

Leseprobe zu

Koch

Personengesellschaftsrecht. Kommentar



Ein Kommentar, der das gesamte Personengesellschaftsrecht wissenschaftlich fundiert, praxisnah, verständlich und übersichtlich zusammengefasst kommentiert. Mit Kommentierungen zum BGB, HGB und zum einschlägigen Umwandlungsrecht.

170X240 mm, 2023, 1.600 Seiten, Kommentar, Buch Hardcover

199,00 € inkl. MwSt.

ISBN 978-3-504-32656-2

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann – wie die Treupflicht – in unterschiedlichen Situationen herangezogen werden. So kann er als eine **Auslegungsmaxime** im Rahmen der (ergänzenden) Vertragsauslegung dienen<sup>294</sup> oder als eine **Schranke der Mehrheitsherrschaft** im Zuge der materiellen Beschlusskontrolle aufgegriffen werden (hierzu § 714 BGB Rz. 109). Namentlich im letztgenannten Fall kann ein Beschlussfehler damit begründet werden, dass die Minderheit qua Mehrheitsbeschluss ohne einen hinreichenden Sachgrund schlechter gestellt werden soll.<sup>295</sup> Dies kommt etwa bei unproportionaler Veränderung der Gesellschafterrechte in Betracht.<sup>296</sup>

Welche Rechtsfolgen eine **Verletzung** des Gleichbehandlungsgebots nach sich zieht, hängt von der Stoßrichtung der willkürlichen Maßnahme ab. Denkbar sind zunächst **Unterlassungsansprüche** der ungleich behandelten Gesellschafter. Allerdings geht der Anspruch nicht so weit, dass die übervorteilten Gesellschafter generell verlangen können, ihnen einen Vorzug, den die begünstigten Gesellschafter erhalten haben, ebenfalls zu gewähren.<sup>297</sup> In einem solchen Fall kann es auch veranlasst sein, die bevorzugten Gesellschafter zu verpflichten, den ungerechtfertigten Vorteil zurückzugewähren.<sup>298</sup> Systematisch stimmig erscheint es, die Gesellschafter über das Schicksal des Vorteils unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes entscheiden zu lassen.<sup>299</sup> Entsteht einem Gesellschafter ein auf die schuldhaftige Ungleichbehandlung zurückgehender Schaden, kommen insoweit Ersatzansprüche in Betracht.<sup>300</sup> Wer der Schuldner des **Schadensersatzanspruchs** ist, hängt von der jeweiligen Situation ab. Nach h.M. richtet sich der Anspruch gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter, die zur Ungleichbehandlung beigetragen haben.<sup>301</sup> Ein gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßender Gesellschafterbeschluss ist – vorbehaltlich einer anderweitigen vertraglichen Regelung zugunsten des Anfechtungsmodells – nichtig (§ 714 BGB Rz. 109).<sup>302</sup>

### III. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft (§ 705 Abs. 2 BGB)

#### 1. Bedeutung der Vorschrift; Terminologie

§ 705 Abs. 2 BGB enthält die Legaldefinitionen der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft. Darin liegt eine der wichtigsten **Klarstellungen** im Zuge des MoPeG: Der Umstand, dass eine Außengesellschaft rechtsfähig ist (zur Terminologie s. noch Rz. 72), ergibt sich nun unmittelbar aus dem Gesetz und muss nicht mehr im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt werden.<sup>303</sup> Die damit einhergehende **Erleichterung der Rechtsanwendung** ist zu begrüßen. Zugleich spiegelt § 705 Abs. 2 BGB die – seit langem anerkannte – **Trennung** zwi-

294 C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 301 ff.

295 Zum Minderheitenschutz qua Gleichbehandlungsgebot etwa C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 304.

296 H.P. Westermann in Erman, 16. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 41.

297 C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 305.

298 OLG Karlsruhe v. 23.11.1982 – 3 U 17/81, ZIP 1983, 445, 446; *Habermeier* in Staudinger, 2003, § 706 BGB Rz. 56; *Hadding/Kießling* in Soergel, 13. Aufl. 2012, § 705 BGB Rz. 67.

299 So der Vorschlag von C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 305; krit. *Schöne* in BeckOK/BGB, 66. Ed., Stand: 1.5.2023, § 705 BGB Rz. 112.

300 *Schöne* in BeckOK/BGB, 66. Ed., Stand: 1.5.2023, § 705 BGB Rz. 112.

301 *Habermeier* in Staudinger, 2003, § 706 BGB Rz. 56; C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 305.

302 RG v. 16.9.1927 – II 21/27, RGZ 118, 67, 72 f. (zum Anfechtungsgrund in der AG); RG v. 13.11.1934 – II 190/34, JW 1935, 1776 (zur Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses).

303 *Bachmann*, NJW 2021, 3073 Rz. 5. Zum Mauracher Entwurf *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1110. S. ferner *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295, 1297: systematisch stimmige Legalordnung.

schen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaften wider (s. noch Rz. 70).<sup>304</sup> Dies kommt auch in der Systematik des 16. Titels zum Ausdruck: Während der Untertitel 2 in §§ 706–739 BGB Regelungen über die rechtsfähige Gesellschaft enthält, widmet sich der Untertitel 3 der nicht rechtsfähigen Gesellschaft.<sup>305</sup> Freilich hat der Gesetzgeber das „**Einheitsmodell**“ materiell nicht vollständig aufgegeben: § 740 Abs. 2 BGB erklärt etliche Regelungen über das Innenverhältnis der rechtsfähigen Gesellschaft für entsprechend anwendbar auf das Innenverhältnis der nicht rechtsfähigen Gesellschaft (im Einzelnen § 740 BGB Rz. 37 ff.); dies gilt auch für die Vorschriften über die Beendigung und Auseinandersetzung einer Gesellschaft (§ 740a Abs. 3 BGB, § 740b Abs. 2 BGB) sowie das Ausscheiden von Gesellschaftern (§ 740c Abs. 2 BGB).

- 70 Die in § 705 Abs. 2 BGB angelegte Unterscheidung zwischen der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaft ist zentral, weil sie die **rechtliche Behandlung** der GbR und deren **Stellung im Rechtsverkehr** prägt: Während die rechtsfähige Gesellschaft als Rechtssubjekt (zur Rechtsnatur s. noch Rz. 88 ff.) selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, woran gem. § 50 Abs. 1 ZPO ihre **Parteifähigkeit** geknüpft ist (hierzu und zur Vollstreckung § 721 BGB Rz. 46 ff.),<sup>306</sup> ist die nicht rechtsfähige Gesellschaft ein bloßes Schuldverhältnis (zur Rechtsnatur s. noch Rz. 94).<sup>307</sup> Auch im **Innenverhältnis** unterscheidet sich die gesetzliche Ausgestaltung der beiden GbR-Typen trotz des Teilverweises auf das Innenrecht der rechtsfähigen Gesellschaft in § 740 Abs. 2 BGB deutlich, was die Notwendigkeit der Differenzierung unterstreicht.<sup>308</sup> Die Unterschiede kommen namentlich darin zum Ausdruck, dass die Sozialansprüche und Sozialverbindlichkeiten in einer rechtsfähigen Gesellschaft zwischen der GbR und dem Gesellschafter entstehen, während sie in einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft im Gesellschafterkreis abgewickelt werden.<sup>309</sup> Dabei schließen die beiden GbR-Typen einander aus;<sup>310</sup> eine „**Mischform**“ aus rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft kommt nicht in Betracht.<sup>311</sup> Die Unterschiede zwischen den GbR-Typen sprechen – entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung<sup>312</sup> – gegen die Möglichkeit einer **identitätswahrenden Umwandlung** einer nicht rechtsfähigen in eine rechtsfähige Gesellschaft (zum umgekehrten Fall s. noch Rz. 85).<sup>313</sup> Bilden die Gesellschafter einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft also den gemeinsamen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr, gründen sie damit eine neue rechtsfähige Gesellschaft.

304 Zur geschichtlichen Entwicklung statt vieler *Habersack*, ZGR 2020, 539, 542 ff. Im Hinblick auf diese Entwicklung hat das Schrifttum im Vorfeld der Reform zu Recht die Aufgabe der „Einheitslösung“ gefordert, vgl. nur *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 464 f.

305 Zur abweichenden Systematik des Mauracher Entwurfs kritisch *Armbrüster* in ZGR-Sonderheft 23, 2021, S. 143, 145 ff.; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613 f.

306 Dazu statt vieler *Althammer* in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 50 ZPO Rz. 17a. Zu prozessrechtlichen Folgen des MoPeG etwa *Prütting* in FS Grunewald, 2021, S. 881 ff.

307 Vgl. auch *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 10.

308 Zur Bedeutung der Unterscheidung s. auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 614.

309 Darauf zutr. hinweisend *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 41.

310 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 103; *Armbrüster* in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 5; *Fleischer*, DStR 2021, 430, 432; *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14, 24 (grundverschiedene GbR-Formen); C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 184, 213; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 24 f. („heterogene Gestaltungen“); *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 44.

311 Vgl. K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 22.

312 So augenscheinlich *Armbrüster* in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 25 ff., 33; C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 21.

313 Überzeugend *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14, 24, die zudem darauf hinweisen, dass die nicht rechtsfähige GbR nach § 740 Abs. 1 BGB über kein Gesellschaftsvermögen verfügt, so dass Vermögensgegenstände, die im Eigentum der Gesellschafter stehen, nicht automatisch auf die rechtsfähige GbR übergehen können; vielmehr bedarf es einer Einzelübertragung. Im Ergebnis auch K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 24 f.

Das modernisierte Gesetz konzentriert sich auf die Ausgestaltung der rechtsfähigen Gesellschaft, die in den §§ 706–739 BGB geregelt ist und das neue **Leitbild der GbR** darstellt.<sup>314</sup> Der Regelungsbestand, der sich mit der nicht rechtsfähigen Gesellschaft befasst, ist mit vier Vorschriften (§§ 740–740c BGB) dagegen vergleichsweise schmal. Eine so geringe **Regelungsdichte** ist nachvollziehbar, weil das Innenverhältnis einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft in erster Linie durch Verweise auf etliche Vorschriften in §§ 708 ff. BGB ausgeformt wird (vgl. § 740 Abs. 2 BGB und § 740 BGB Rz. 37 ff.) und das Außenverhältnis gänzlich ungeregt bleiben kann. Überdies erscheint es opportun, der rechtsfähigen Gesellschaft mehr Aufmerksamkeit im Gesetz zu widmen, weil sie am Rechtsverkehr teilnimmt und deshalb einer gesetzlich niedergelegten **Grundordnung** für den Fall bedarf, dass die Gesellschafter keine vertraglichen Regelungen vorgesehen haben; zudem erfordert die Teilnahme am Rechtsverkehr erhöhte Schutzvorkehrungen zugunsten anderer Rechtsverkehrsteilnehmer.<sup>315</sup>

Was die **Terminologie** angeht, hat sich der MoPeG-Gesetzgeber entschieden, die – früher gängige – Gegenüberstellung der Außen- und Innengesellschaft nicht ins Gesetz einzuführen.<sup>316</sup> Gleichwohl erscheint die synonyme Verwendung der herkömmlichen Begriffe aus einer dogmatischen Perspektive unproblematisch.<sup>317</sup> Wenn § 705 Abs. 2 BGB davon handelt, dass eine rechtsfähige Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen – also nach außen in Erscheinung treten – soll, ist es gerechtfertigt, weiterhin von einer **Außengesellschaft** zu sprechen. Dient die Gesellschaft den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander (so die Umschreibung der nicht rechtsfähigen Gesellschaft), trifft es das Richtige, wenn sie als eine **Innengesellschaft** bezeichnet wird (s. auch § 740 BGB Rz. 9: nicht rechtsfähige Gesellschaft als Grundform der Innengesellschaft).<sup>318</sup>

In terminologischer Hinsicht sollte die gesetzliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Außengesellschaft zum Anlass genommen werden, im gesellschaftsrechtlichen Kontext die Figur der **Teilrechtsfähigkeit**<sup>319</sup> endgültig aufzugeben.<sup>320</sup> Zwar sprach der BGH im Urteil

314 Zum Leitbildcharakter der rechtsfähigen Gesellschaft Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 105 ff.; Armbrüster in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 12; Fleischer, DStR 2021, 430, 431. Zum Mauracher Entwurf bereits Fleischer, DB 2020, 1107, 1109 ff.; M. Noack, NZG 2020, 581; Schollmeyer in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, 2021, S. 15 Rz. 15 ff.

315 Zutreffend Armbrüster in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 12. An der Zweckmäßigkeit der redaktionellen Gewichtung zweifelnd K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 24.

316 Dafür *de lege ferenda* Armbrüster in ZGR-Sonderheft 23, 2021, S. 143, 147; Bachmann, NZG 2020, 612, 614. Anders aber noch Mauracher Entwurf, der im Untertitel 8 von der Innengesellschaft spricht.

317 So auch Armbrüster in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 1; Fleischer, DStR 2021, 430, 432; vgl. ferner die synonyme Verwendung bei Habersack, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung v. 19.1.2021, S. 2; Hermanns, DNotZ 2022, 3, 5; C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, Vor § 705 BGB Rz. 96, § 705 BGB Rz. 183 ff. A.A. Servatius, 2023, § 705 BGB Rz. 6, 10; wohl auch Escher-Weingart, WM 2022, 2297, 2304. Kritisch ferner Martens, AcP 221 (2021), 68, 76.

318 Freilich kann es vorkommen, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft nach außen erkennbar ist, s. Armbrüster in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 1; Bachmann, NZG 2020, 612, 614; Hadding in FS Grunewald, 2021, S. 285, 287; s. auch noch Rz. 93.

319 Zur Geschichte und Bedeutung dieser Figur im Kontext der Durchsetzung von Flumes Gruppenlehre, die den Grundstein für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Außen-GbR bildete, vgl. Wertenbruch in FS Seibert, 2019, S. 1089, 1094 ff.: Teilrechtsfähigkeit als trojanisches Pferd. Vgl. ferner U. Huber in FS Lutter, 2000, S. 107, 112 f.

320 So auch Armbrüster in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 8; Servatius, 2023, § 705 BGB Rz. 41; Wertenbruch, JZ 2023, 78, 79. Von der Teilrechtsfähigkeit spricht aber nach wie vor Hermanns, DNotZ 2022, 3, 5.

„ARGE Weißes Roß“ davon, dass eine Außen-GbR teilrechtsfähig sei,<sup>321</sup> jedoch hat bereits die spätere Rechtsprechungsentwicklung – etwa die Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit,<sup>322</sup> der Markenrechtsfähigkeit,<sup>323</sup> oder der Grundbuchfähigkeit<sup>324</sup> – gezeigt, dass die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft **umfassend** zu verstehen ist.<sup>325</sup> Nach der Einführung des § 705 Abs. 2 BGB ist es noch deutlicher geworden, dass der Begriff der Teilrechtsfähigkeit nicht erforderlich ist, um kenntlich zu machen, dass eine rechtsfähige Gesellschaft nicht jede denkbare Rechtsposition einnehmen kann.<sup>326</sup>

## 2. Rechtsfähige Gesellschaft

### a) Gesetzessystematik und -entwicklung

- 74 Eine Gesellschaft ist nach § 705 Abs. 2 BGB rechtsfähig, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Gemeint sind damit **sämtliche** Gesellschafter; der Wille der geschäftsführenden Gesellschafter reicht alleine nicht aus.<sup>327</sup> In **systematischer Hinsicht** korrespondiert § 705 Abs. 2 BGB mit § 719 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten entsteht, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt (hierzu ausf. § 719 BGB Rz. 6 ff.).<sup>328</sup> Der Unterschied zwischen diesen beiden Vorschriften liegt darin, dass es im Rahmen des § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB ausreicht, wenn die Gesellschaft nach dem Willen aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, während § 719 Abs. 1 darauf abstellt, ob die Gesellschaft nach dem gemeinschaftlichen Gesellschafterwillen am Rechtsverkehr tatsächlich teilnimmt.<sup>329</sup> Liegen die Voraussetzungen des § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB vor, entsteht die Gesellschaft als ein rechtsfähiges Gebilde im **Innenverhältnis** zwischen den Gesellschaftern (zum Entstehungszeitpunkt s. noch Rz. 83 f.).<sup>330</sup> Dabei verfügt die Gesellschaft bereits zu diesem Zeitpunkt über ein Gesellschaftsvermögen (§ 713 BGB), das jedenfalls aus den Beitragsansprüchen gegen die Gesellschafter besteht (s. bereits Rz. 24 und § 713 BGB Rz. 10).<sup>331</sup> Die Gesellschafter können diese Ansprüche der Gesellschaft, die als **Sozialansprüche** einzuordnen sind, unabhängig von der Entstehung der Gesellschaft im Außenverhältnis (§ 719 Abs. 1 BGB) geltend machen.<sup>332</sup> Es spricht viel dafür, dass die Gesellschafter bereits in diesem Stadium eine Gesellschafterklage nach § 715b BGB (*actio pro societate*) geltend machen können.

321 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 343 ff. = ZIP 2001, 330; s. ferner BGH v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 Rz. 10 = ZIP 2009, 66; BGH v. 21.3.2018 – VIII ZR 104/17, BGHZ 218, 162 Rz. 14 = NJW 2018, 2187.

322 BVerfG v. 2.9.2002 – I BvR 1103/03, NJW 2002, 3533.

323 BPatG v. 20.8.2004 – 25 W (pat) 232/03, GRUR 2004, 1030, 1031.

324 BGH v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 Rz. 10 ff. = ZIP 2009, 66.

325 So auch bereits *Hadding*, ZGR 2001, 712, 717 f.; *U. Huber* in FS Lutter, 2002, S. 107, 112 f.; *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 44 ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 588 f. Vgl. ferner *Wertenbruch* in Westermann/Wertenbruch, Hdb. Personengesellschaften, Rz. I 788, 795 ff.

326 Aufzählung der denkbaren Rechtspositionen bei *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 42 f.

327 *Armbrüster* in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 23.

328 Auf den Zusammenhang hinweisend *Armbrüster* in C. Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 21, 23. Für einen Gleichlauf zwischen Entstehung im Außen- und Innenverhältnis *de lege ferenda* *Verse/Tassius* in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1168 ff.

329 Vgl. hierzu *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1, 5.

330 *Röß*, NZG 2023, 401, 403 f.; vgl. ferner *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 49, allerdings mit der fragwürdigen Bezeichnung einer solchen Gesellschaft als „leere Hülse“; s. dazu noch Rz. 83. Krit. zur Innenrechtsfähigkeit *Verse/Tassius* in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1167 f.: „Fehlkonstruktion“.

331 So augenscheinlich auch *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1, 6 f.; a.A. wohl *Röß*, NZG 2023, 401, 404.

332 Vgl. *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1, 6; s. ferner *Verse/Tassius* in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1163, die aber auf S. 1167 f. insoweit von einer Fehlkonstruktion sprechen.

Da die Klageerhebung allein das Gesellschafterverhältnis untereinander betrifft und gerade voraussetzt, dass nicht alle Gesellschafter mit der Anspruchsverfolgung einverstanden sind, dürfte sie nicht dazu führen, dass die Gesellschaft nach Maßgabe des § 719 Abs. 1 BGB am Rechtsverkehr teilnimmt und im Außenverhältnis entsteht.<sup>333</sup>

Mit der Definition des § 705 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber für die Rechtspraxis die Diskussion entschieden, was eine rechtsfähige (Außen-)Gesellschaft kennzeichnet.<sup>334</sup> Der BGH hat im „ARGE Weißes Roß“-Urteil die Rechtsfähigkeit der GbR von der **Teilnahme am Rechtsverkehr** abhängig gemacht,<sup>335</sup> was das Schrifttum aufgegriffen<sup>336</sup> und durch Kriterien wie den **Organisationsgrad**<sup>337</sup> oder das Vorhandensein des **Gesellschaftsvermögens**<sup>338</sup> ergänzt hat. Andere Stimmen wollten nur der **unternehmenstragenden GbR** die Rechtsfähigkeit verleihen.<sup>339</sup> In der rechtspolitischen Debatte plädierten manche dafür, nur in einem **Register eingetragene** Gesellschaften als rechtsfähig zu behandeln,<sup>340</sup> während andere die **Namensführung** als maßgeblich erachtet haben.<sup>341</sup> All diesen Auffassungen hat der Gesetzgeber in § 705 Abs. 2 BGB eine Absage erteilt.<sup>342</sup> Allerdings schimmern die Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft und das Kriterium der Namensführung im Vermutungstatbestand des § 705 Abs. 3 BGB durch (s. noch Rz. 101 ff.).

## b) Merkmale einer rechtsfähigen Gesellschaft

### aa) Gesellschafterwille zur Teilnahme am Rechtsverkehr

Freilich führt die gesetzgeberische Entscheidung für die Einführung des § 705 Abs. 2 BGB nicht dazu, dass die rechtsfähige Gesellschaft problemlos von einer nicht rechtsfähigen unterschieden werden kann.<sup>343</sup> Dies liegt daran, dass § 705 Abs. 2 BGB ein **subjektiver Ansatz** zugrunde liegt.<sup>344</sup> Im Vordergrund steht der gemeinsame Willen sämtlicher Gesellschafter

333 A.A. für den Fall einer Klage, die durch vertretungsberechtigte Gesellschafter im Namen der GbR erhoben wurde, und ohne Bezugnahme auf § 715b BGB *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1, 6.

334 Aufschlussreicher Überblick über den Meinungsstand bei *Denga*, ZfPW 2021, 73, 82 ff. Zu den charakteristischen Merkmalen einer rechtsfähigen Gesellschaft *C. Schäfer* in *C. Schäfer*, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 188.

335 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 Ls. a) = ZIP 2001, 330.

336 Siehe etwa *Bergmann* in *jurisPK/BGB*, 10. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 43; *H.P. Westermann* in *Erman*, 16. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 64.

337 Darauf abstellend etwa *C. Schäfer* in *MünchKomm/BGB*, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 284; ähnlich nunmehr *C. Schäfer* in *C. Schäfer*, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 216.

338 Vgl. *Habermeyer* in *Staudinger*, 2003, § 706 BGB Rz. 58.

339 Hierzu namentlich *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 715 ff. m.w.N.

340 *AK Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, S3, S11 ff.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 553 ff.; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 762 f.; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 466 ff.; *Schall*, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss, S. 5; so wohl auch *Hippeli*, DZWIR 2020, 386, 389.

341 *Denga*, ZfPW 2021, 73, 88 ff.

342 *Armbrüster* in *C. Schäfer*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 14. Die Absage an die Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft führt namentlich dazu, dass auch eine GbR mit ideellen Zwecken rechtsfähig sein kann, vgl. *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 44 a.E.

343 Auf die Schwierigkeiten hinweisend *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 470; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 25. Anders augenscheinlich *Servatius*, 2023, § 705 BGB Rz. 44: § 740 Abs. 2 BGB beseitigt die bisherigen Abgrenzungsprobleme.

344 Kritisch dazu *AK Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, S3, S10 f.; Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung v. 9.3.2021, S. 3; *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297, 2305; *Schall*, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss, S. 4 („zu vage“). Vgl. ferner zum Gegenstand des gemeinsamen Willens *Schall*, ZIP 2020, 1443, 1448, der die Bildung des Gesellschaftsvermögens als den maßgeblichen Anknüpfungspunkt erachtet.



rechtsformwechselnde identitätswahrende Sitzverlegung nicht eingetragener Gesellschaften.<sup>50</sup>

### III. Vertragssitz (§ 706 Satz 2 BGB)

#### 1. Anforderungen an den Vertragssitz

- 12 Nach § 706 Satz 2 BGB steht es den Gesellschaftern frei, den Sitz der Gesellschaft abweichend von der Grundregel des § 706 Satz 1 BGB **privatautonom** zu bestimmen. Haben die Gesellschafter die Option des § 706 Satz 2 BGB ausgeübt, verfügt die Gesellschaft über einen Vertragssitz, der gegenüber dem Verwaltungssitz vorrangig ist. Mit Einführung des § 706 Satz 2 BGB hat der Gesetzgeber des MoPeG die früher herrschende – wenn auch nicht überzeugende – Ansicht **korrigiert**,<sup>51</sup> wonach die Gesellschafter einer Personengesellschaft den Gesellschaftssitz nicht privatautonom festlegen durften (s. bereits Rz. 1).
- 13 Die privatautonome Festlegung des Vertragssitzes ist unter der Voraussetzung zulässig, dass die Gesellschaft gem. §§ 707 ff. BGB im Gesellschaftsregister **eingetragen** ist. Damit will der Gesetzgeber eine verlässliche Grundlage für die Sitzbestimmung sicherstellen, den der – grundsätzlich formlose (s. § 705 BGB Rz. 13) – Gesellschaftsvertrag nicht bietet.<sup>52</sup> Überdies bedarf es einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, in der der Sitz festgelegt wird. Dabei muss der Vertragssitz an einem **Ort im Inland** liegen, der allerdings keinerlei Bezugspunkte zum Ort der Geschäftsführung aufweisen muss.<sup>53</sup> Wie beim Verwaltungssitz (Rz. 4) ist damit eine **politische Gemeinde** gemeint.<sup>54</sup> In größeren Gemeinden mit mehreren potenziell zuständigen Gerichten kann es opportun sein, ergänzend den Gemeindeteil anzugeben, um auf diese Weise die gerichtlichen Zuständigkeiten zu steuern (zur Bedeutung des Sitzes für die Gerichtszuständigkeit Rz. 3).<sup>55</sup> Dagegen ist es nicht möglich, einen Ort im Ausland als Vertragssitz zu bestimmen. Dies ergibt sich zum einen ausdrücklich aus dem Wortlaut,<sup>56</sup> zum anderen aus den Aussagen des Gesetzgebers in den MoPeG-Materialien: Die GbR mit einem Vertragssitz soll fest in der deutschen Rechtsordnung „verankert“ werden.<sup>57</sup>

#### 2. Sitzwahl- und Sitzspaltungsfreiheit

- 14 Nicht aus dem Wortlaut des § 706 BGB, aber aus den Gesetzesmaterialien folgt, dass die GbR einen vom Vertragssitz **abweichenden Verwaltungssitz** haben kann, der auch im Ausland liegen darf.<sup>58</sup> Dabei muss der Vertragssitz keinerlei Bezüge zum Verwaltungssitz aufwei-

50 Erste Vorschläge bei Schön, ZHR 187 (2023), 123, 157 ff. Zur grenzüberschreitenden Umwandlung von Personengesellschaften ferner Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 82 ff.

51 Auf der Grundlage der hier befürworteten Auffassung liegt es freilich näher, von einer Klarstellung zu sprechen; so auch die Einordnung bei Lieder/Hilser, ZHR 185 (2021), 471, 482. Einen Korrekturbedarf verneinte konsequent Paefgen in FS E. Vetter, 2019, S. 527, 534 f.

52 Vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 127; zu diesem Gesichtspunkt auch bereits J. Koch, ZHR 173 (2009), 101, 106.

53 Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 9.

54 C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 9; Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 8.

55 Vgl. Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 8. Für Erforderlichkeit der Konkretisierung C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 9.

56 Dies entspricht den kapitalgesellschaftsrechtlichen Parallelregelungen in § 5 AktG, § 4a GmbHG; zu diesem Gleichlauf s. auch Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 127.

57 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 127; vgl. ferner Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 8.

58 Vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126 f.

sen.<sup>59</sup> Damit genießen Personengesellschaften eine Sitzwahl- und Sitzspaltungsfreiheit, die im Ausgangspunkt über die deutschen Grenzen reicht (zu den sach- und kollisionsrechtlichen Schranken der Sitzverlegung s. noch Rz. 19 ff.). Liegt der Verwaltungssitz im Inland, ist er registerrechtlich als eine **Zweigniederlassung** zu behandeln<sup>60</sup> (hierzu noch Rz. 18) und als solche nach § 707b Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 13, 13d HGB eintragungsfähig, aber nicht eintragungspflichtig. Er kann sich bereits bei der Gesellschaftsgründung vom Vertragssitz unterscheiden. Namentlich ist es denkbar, dass der Verwaltungssitz von vornherein im **Ausland** liegt und die Gesellschafter von dort eine (registrierte) GbR mit Vertragssitz in Deutschland gründen.<sup>61</sup> Es spricht ferner viel dafür, dass eine Gesellschaftsgründung im Ausland und eine nachträgliche Registrierung und Festlegung des Vertragssitzes im Inland möglich sind; in einem solchen Fall unterliegt die Gesellschaft deutschem Recht.<sup>62</sup>

Im internationalen Kontext von Bedeutung ist der Umstand, dass die Gesellschafter im Rahmen der Gesellschaftsregisteranmeldung nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c BGB eine **Anschrift** angeben müssen, die – abweichend von § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB a.F., der noch die Angabe einer inländischen Anschrift verlangte – in jedem EU-Mitgliedstaat liegen kann.<sup>63</sup> Diese Option erleichtert die Führung der Geschäfte vom Verwaltungssitz, der im EU-Ausland belegen ist.<sup>64</sup> Freilich muss die Anschrift nicht mit dem Verwaltungssitz übereinstimmen.<sup>65</sup> Zur (grenzüberschreitenden) Sitzverlegung s. noch Rz. 19 ff.

Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass mit der Eintragung der Gesellschaft ins Gesellschaftsregister die **Pflicht** zur Festlegung eines Vertragssitzes folgt.<sup>66</sup> Eine solche Pflicht ergibt sich indes nicht aus dem Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB, der eher auf eine **Befugnis** zur Bestimmung eines Vertragssitzes hindeutet.<sup>67</sup> Zudem kann § 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b BGB, wonach der Sitz der Gesellschaft in der Anmeldung zum Gesellschaftsregister anzugeben ist, nicht als ein systematisches Argument für eine Pflicht zur Bestimmung des Vertragssitzes angeführt werden.<sup>68</sup> Vor dem MoPeG waren die Personenhandelsgesellschaften nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB a.F., dem § 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b BGB im Wesentlichen entspricht, zur Sitzangabe verpflichtet. Dabei war der Verwaltungssitz maßgeblich<sup>69</sup> – in der gerichtlichen Praxis schon deshalb, weil die Rechtsprechung die Sitzwahlfreiheit nicht anerkannte

59 Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 67.

60 Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 4a GmbHG Rz. 1.

61 Vgl. Lieder/Hilser, ZHR 185 (2021), 471, 474, 482; C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 10; mit weiterführenden Erläuterungen zur registerrechtlichen Behandlung, insbesondere der Zuständigkeit des Registergerichts Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 76 f. A.A. Kindler, ZIPW 2022, 409, 415, der eine Gründung mit anfänglich inländischem Verwaltungssitz für zwingend hält.

62 Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 69. So wohl auch C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 10.

63 So auch nunmehr § 106 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c HGB.

64 Zur Einordnung des § 707 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c BGB im Kontext der Niederlassungsfreiheit und des europäischen Sekundärrechts Lieder/Hilser, ZHR 185 (2021), 471, 481; Schön, ZHR 187 (2023), 123, 137.

65 Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 67; Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 10 a.E.

66 So augenscheinlich Servatius, 2023, § 706 BGB Rz. 1, 6, § 707 BGB Rz. 13: Rechtsfähige eingetragene GbR müssten einen Vertragssitz haben. A.A. M. Noack, BB 2021, 643, 644 f.; C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 8; implizit auch Hoffmann/Horn, RabelsZ 86 (2022), 65, 80 (im kollisionsrechtlichen Kontext).

67 Aufschlussreich M. Noack, BB 2021, 643, 644 f., der darauf hinweist, dass der Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB im Vergleich zum Mauracher Entwurf angepasst wurde, um die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter zu unterstreichen.

68 So aber Servatius, 2023, § 707 BGB Rz. 13. Wie hier C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 8.

69 Born in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 106 HGB Rz. 14.



(hierzu bereits Rz. 2). Es spricht nichts dagegen, auch heute den eingetragenen Gesellschaften die Möglichkeit zu belassen, den Verwaltungssitz in das Gesellschaftsregister eintragen zu lassen und auf eine Bestimmung des Vertragssitzes zu verzichten.<sup>70</sup> Wieso der Gesetzgeber ausgerechnet im Zusammenhang mit der Anerkennung der Sitzwahlfreiheit im Zuge des MoPeG eine Pflicht zur Festlegung eines Vertragssitzes bei eingetragener GbR einführen sollte, leuchtet nicht ein; die Gesetzesmaterialien geben keinen Anlass für einen solchen Schluss. Im Gegenteil: Die Gesetzesbegründung deutet darauf hin, dass auch der Verwaltungssitz zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet werden kann.<sup>71</sup> Eine Pflicht zur Festlegung des Vertragssitzes lässt sich überdies nicht mit dem Grundsatz der Privatautonomie vereinbaren, die auch die (negative) Entscheidung erfasst, einen Vertragssitz nicht zu bestimmen.<sup>72</sup>

- 17 Einen **Doppelsitz** halten Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums für unzulässig.<sup>73</sup> Gleichwohl zeigt die Diskussion zum Kapitalgesellschaftsrecht, dass ein praktisches Bedürfnis nach einer solchen Gestaltung bestehen kann, in der im Gesellschaftsvertrag zwei Orte als Gesellschaftssitz festgelegt werden.<sup>74</sup> Daher kann in (eng verstandenen) **Ausnahmefällen**, die auch im Personengesellschaftsrecht in Betracht kommen,<sup>75</sup> angezeigt sein, die Zulässigkeit eines Doppelsitzes zu bejahen. Erforderlich sind nicht unerhebliche wirtschaftliche Vorteile, die für eine Gesellschaft mit der Führung eines Doppelsitzes einhergehen und die die Nachteile überwiegen, die aus registerrechtlichen Verfahrenerschwernissen<sup>76</sup> und Irritationen des Rechtsverkehrs resultieren können. Zugleich darf der von der Gesellschaft angestrebte Vorteil nicht durch die Begründung einer Zweigniederlassung (Rz. 18) erreicht werden können.<sup>77</sup> So kann ein Doppelsitz zulässig sein, wenn mit der Aufgabe eines Standortes ein Verlust an Goodwill verbunden wäre; bloße Prestige Gründe und Affektionsinteressen reichen dagegen nicht aus.<sup>78</sup>
- 18 Kein Fall der Ausübung von Sitzwahlfreiheit liegt vor, wenn die Gesellschaft eine sog. **Zweigniederlassung** gründet (vgl. im handelsrechtlichen Kontext § 13 HGB, der wegen des Verweises in § 707b Nr. 3 BGB auch im GbR-Recht eine Rolle spielt; s. § 707b BGB Rz. 25 f.). Es handelt sich um eine organisatorische Einheit, die zwar von der Hauptniederlassung abhängig ist, aber – anders als eine bloß räumlich getrennte Betriebsabteilung – in einem solchen Umfang selbständig am Rechtsverkehr teilnimmt, dass es gerechtfertigt ist, sie einer registerrechtlichen Dokumentation zu unterwerfen. Sie wird definiert als ein räumlich getrennter Teil des Unternehmens, der unter der Leitung der Hauptniederlassung **dauerhaft selbständig Geschäfte schließt** und die dafür erforderliche Organisation in sachlicher und personeller Hinsicht aufweist.<sup>79</sup> Eine Zweigniederlassung verfügt nicht über Rechts-, Partei- und Grundbuchfähigkeit. Die in der Zweigniederlassung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wer-

70 Vgl. *M. Roth* in Hopt, 42. Aufl. 2023, § 106 HGB Rz. 8.

71 Siehe Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 129.

72 Vgl. dazu auch *M. Noack*, BB 2021, 643, 644 f.

73 RG JW 1938, 1718, 1719; *Haas/Wöstmann* in Röhrich/von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann, 6. Aufl. 2023, § 106 HGB Rz. 7 a.E.; *Servatius*, 2023, § 706 BGB Rz. 8.

74 Ausführlich zu Entwicklung und Meinungsstand *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 50 ff.

75 LG Köln v. 21.6.1950 – 24 T 2/50, NJW 1950, 871 f.; *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 54.

76 Solche Erschwernisse sind insbesondere dann in die Abwägung einzustellen, wenn der zweite Vertragssitz im Ausland liegen soll. In einem solchen Fall sprechen etwa Koordinierungsprobleme und Sprachbarrieren gegen die Zulässigkeit eines Doppelsitzes; vgl. dazu *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 53.

77 Zu den Kriterien *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 53.

78 BayObLG v. 29.3.1985 – BReg. 3 Z 22/85, BayObLGZ 1985, 111, 118 = ZIP 1985, 929 (zur AG).

79 Einzelheiten bei *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 19 ff.

den der Gesellschaft gem. § 164 BGB zugerechnet; die Zurechnung sonstiger Handlungen erfolgt nach Maßgabe der §§ 31, 278 BGB.<sup>80</sup>

### 3. Sitzverlegung

#### a) Verlegung des Vertragssitzes

Eine Verlegung des Vertragssitzes **im Inland** ist ohne weiteres möglich. Es handelt sich um eine **Vertragsänderung**, die nach den hierfür sonst geltenden Regeln zu erfolgen hat (dazu § 705 BGB Rz. 20):<sup>81</sup> Grundsätzlich muss die Sitzverlegung einstimmig beschlossen werden, es sei denn, die Änderung qua Mehrheitsbeschluss ist von einer vertraglichen Mehrheitsklausel erfasst und hält der materiellen Beschlusskontrolle am Maßstab der Treupflicht stand. Ist die Sitzverlegung wirksam beschlossen, muss dies gem. § 707 Abs. 3 Satz 1 BGB zur **Eintragung in das Gesellschaftsregister** angemeldet werden (dazu § 707 BGB Rz. 28 ff.);<sup>82</sup> die Anmeldung ist gem. § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB grds. von allen Gesellschaftern zu bewirken (s. § 707 BGB Rz. 31 ff.).<sup>83</sup> **Zuständig** ist nach § 707b Nr. 2 BGB i.V.m. § 13h Abs. 1 HGB das Gericht des alten Sitzes.<sup>84</sup> Unterbleibt die Eintragung, kann dies die Folgen des § 15 HGB (i.V.m. § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB) auslösen.<sup>85</sup>

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 706 Satz 2 BGB, der in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich bestätigt wird,<sup>86</sup> ist eine **rechtsformwahrende** Vertragssitzverlegung **ins Ausland** unzulässig;<sup>87</sup> Der Vertragssitz muss ein Ort im Inland sein (vgl. bereits Rz. 13). Wie ein Vertragsänderungsbeschluss, der die Vertragssitzverlegung ins Ausland zum Gegenstand hat, zu behandeln ist, wurde im Personengesellschaftsrecht bislang nicht vertieft diskutiert,<sup>88</sup> es bietet sich aber an, an die Erkenntnisse der kapitalgesellschaftsrechtlichen Diskussion anzuknüpfen. Die Rechtsprechung versteht den Beschluss als einen **Auflösungsbeschluss** i.S.d. § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.<sup>89</sup> Überträgt man diesen Gedanken in das Personengesellschaftsrecht, wären § 729 Abs. 1 Nr. 4, § 732 BGB, § 128 Abs. 1 Nr. 4, § 140 HGB einschlägig. Vorzugswürdig erscheint indes die überwiegende Ansicht im Schrifttum, das die **Nichtigkeit**<sup>90</sup> des Verlegungsbeschlusses annimmt und das Registergericht dazu

<sup>80</sup> Vgl. im handelsrechtlichen Kontext *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13 HGB Rz. 79 ff.

<sup>81</sup> C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 11; *Servatius*, 2023, § 706 BGB Rz. 9.

<sup>82</sup> Siehe auch *Lieder/Hilser*, ZHR 185 (2021), 471, 481.

<sup>83</sup> C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 11.

<sup>84</sup> C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 11.

<sup>85</sup> *Lieder/Hilser*, ZHR 185 (2021), 471, 482; vgl. auch bereits zu Personenhandelsgesellschaften J. Koch, ZHR 173 (2009), 101, 107 f.

<sup>86</sup> Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 127.

<sup>87</sup> C. Schäfer in C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, § 706 BGB Rz. 11. Zu weitgehend *Hippeli*, DZWIR 2020, 386, 391, der zwischen den unterschiedlichen Konstellationen der Sitzverlegung nicht differenziert.

<sup>88</sup> Ansätze bei *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13h HGB Rz. 41.

<sup>89</sup> RG v. 29.6.1923 – II 552/22, RGZ 107, 94, 97; BayObLG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92, BayObLGZ 1992, 113, 116 = ZIP 1992, 842; OLG Hamm v. 30.4.1997 – 15 W 91/97, GmbHG 1997, 848; OLG Hamm v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, GmbHR 2001, 440.

<sup>90</sup> Den Ausgangspunkt im kapitalgesellschaftsrechtlichen Schrifttum bildet dabei § 241 Nr. 3 AktG (s. *Koch/Harnos* in Staub, 6. Aufl. 2023, § 13h HGB Rz. 31), der im GmbH-Recht analog anwendbar ist (s. nur *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 16). Im GbR-Recht folgt die Nichtigkeit schlicht aus einem Verstoß gegen § 706 Satz 2 BGB, der ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB sein dürfte (so auch *Hoffmann/Horn*, *RabelsZ* 86 (2022), 65, 80; zum Beschlussmängelrecht der GbR ausf. § 714 BGB Rz. 110 ff.). Im Recht der Personenhandelsgesellschaften greift § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HGB ein (so auch *Hoffmann/Horn*, *RabelsZ* 86 (2022), 65, 80; *Lieder/Hilser*,

## I. Bedeutung des Registers und der Eintragung

- 1 Einer der Kernpunkte des zum 1.1.2024 in Kraft getretenen MoPeG war die Einführung des Gesellschaftsregisters und die damit verbundene Unterscheidung zwischen a) nicht rechtsfähigen Gesellschaften, b) rechtsfähigen, aber nicht eingetragenen Gesellschaften sowie c) rechtsfähigen und eingetragenen Gesellschaften.
- 2 Die Schaffung des Gesellschaftsregisters begründet **keinen Zwang** zur Eintragung, sondern lediglich eine Eintragungsoption für rechtsfähige Gesellschaften.<sup>1</sup> Nicht rechtsfähige Gesellschaften sind nicht eintragungsfähig. Die gemeinsame EntschlieÙung zur Eintragung in das Gesellschaftsregister wird man aber als EntschlieÙung zur (potentiellen) Teilnahme am Rechtsverkehr begreifen müssen (so auch § 705 BGB Rz. 83). Auf die tatsächliche Teilnahme am Rechtsverkehr kommt es nach dem klaren Wortlaut des § 705 Abs. 2 BGB nicht an. Kurz: **Die Gesellschaft ist rechtsfähig, wenn bzw. weil die Gesellschafter das so wollen** (s. dazu § 705 BGB Rz. 83 ff.). Die Teilnahme am Rechtsverkehr ist entgegen sich hartnäckig behauptender Auffassung<sup>2</sup> nicht das die Rechtsfähigkeit begründende Element. Vielmehr ist es der GbR ohne Rechtssubjektivität gar nicht möglich, am Rechtsverkehr teilzunehmen, da es sie ja „noch gar nicht gibt“.<sup>3</sup>
- 3 Wenngleich kein Eintragungszwang besteht, ist die Eintragung in das Gesellschaftsregister Voraussetzung für den **Erwerb** diverser **Registerrechte**, d.h. von Rechten, die in einem Objektregister eingetragen sind. Registerrecht in diesem Sinne sind nicht nur das Grundbuch (vgl. hier etwa § 47 Abs. 2 GBO mit dem Registerzwang), sondern auch Schiffs- bzw. Luftfahrzeugregister oder die GmbH-Gesellschafterliste. Selbst in Fällen, in denen die Gesellschaft schon Rechtsinhaber solcher Rechte ist (diese Rechte also nicht erwirbt), sieht Art. 229 § 21 EGBGB n.F. vor, dass eine Eintragung der Gesellschaft vor dem registerlichen Vollzug erfolgen soll. Im Ergebnis wird daher für den Verkehr mit Registerrechten ein faktischer Eintragungszwang geschaffen. Technisch handelt es sich um eine „**Voreintragungsobliegenheit**“. Diese wird man richtigerweise auch annehmen müssen, wenn über die Beteiligung an einer Grundstücks-GbR verfügt wird, also lediglich ein Gesellschafterwechsel erfolgt.<sup>4</sup> Dies folgt systematisch aus § 82 GBO n.F. bzw. den Materialien, die im Ergebnis darauf abstellen, dass auch jeder Wechsel im Gesellschafterbestand eintragungspflichtig ist.<sup>5</sup>
- 4 Die mit der Registereintragung verknüpfte Publizität ist gesetzgeberisch beabsichtigt. Weiter wird das Gesellschaftsregister sowohl in das Unternehmensregister als auch in das Transparenzregister eingebunden. Mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister entsteht weitergehend der **Zwang**, sich in das **Transparenzregister** eintragen zu lassen (§ 20 GwG), um den wirtschaftlich Berechtigten einer eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts festzustellen bzw. feststellen zu können. Die eGbR muss nach § 20 Abs. 1 GwG die in § 19 Abs. 1 GwG benannten Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten einholen und der registerführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister mitteilen.<sup>6</sup>

Im Ergebnis wird somit in einigen wesentlichen Wirtschaftsbereichen der Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung geführt.

---

1 Für eine zwingende Anknüpfung der Rechtsfähigkeit an die Registereintragung *de lege ferenda* AK Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, ZIP 2021, S3, S11 ff.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 553 ff.; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 762 f.; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 466 ff.

2 Vgl. etwa *Servatius*, § 707 BGB Rz. 7, § 719 BGB Rz. 12 ff.

3 Dazu sowie zum Verständnis der Rechtsfähigkeit bereits grundlegend *Szalai*, Personengesellschaften, Rechtsfähigkeit und Leistungsstörungen, 2013, passim.

4 Zutr. *John*, NZG 2022, 243, 247.

5 Vgl. BT-Drucks. 19/27635, 217.

6 Vgl. weitergehend hierzu *Wertenbruch*, JZ 2023, 78, 81 f.

Aufgabe des Registers ist es, zuverlässig sowie vollständig und lückenlos Auskunft über die Tatsachen und Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu geben, soweit sie für den Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung sind.<sup>7</sup> Das Register ermöglicht es dem Rechtsverkehr, die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft mit Publizitätswirkung aus dem Gesellschaftsregister abzulesen.<sup>8</sup> Die zentrale Funktion des Registers ist die durch Verweisung auf § 15 HGB begründete Publizitätsfunktion. Durch Verweisung auf § 15 HGB in § 707a Abs. 3 BGB wird dem Register ein spezifischer öffentlicher Glaube beigemessen.

Im Übrigen sind eine Reihe von für das Handelsregister geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (vgl. § 707b BGB). Insbesondere werden in die Anmeldung zum Zweck der Prüfung der Identität der Anmeldenden und der Eintragungsfähigkeit in etablierter und erprobter Weise Notare eingebunden (§ 707b Nr. 2 BGB i.V.m. § 12 HGB).

Jeder Eintragung in das Gesellschaftsregister geht eine Anmeldung voraus. Die **Eintragung** in das Gesellschaftsregister ist grundsätzlich **deklaratorisch**, bewirkt also keine Rechtsänderung in Bezug auf die Gesellschaft; sie kann jedoch einen schützenswerten Rechtsschein begründen. So sieht § 707a Abs. 3 BGB die entsprechende Anwendung des § 15 HGB vor. Diese erstreckt sich jedenfalls auf einen **positiven** Gutgläubensschutz nach § 15 Abs. 3 HGB. Hinsichtlich der eintragungspflichtigen Tatsachen besteht auch ein negativer Gutgläubensschutz nach § 15 Abs. 1 HGB. Das Fehlen der Kaufmannseigenschaft nimmt jedoch nicht an der Publizität des Gesellschaftsregisters teil (§ 707a Abs. 3 BGB).

Da die rechtsfähige Gesellschaft jedenfalls in der juristischen Sekunde der Anmeldung (nicht erst der Eintragung) entsteht, findet **§ 707 BGB nur auf rechtsfähige Gesellschaften** Anwendung. Dafür spricht u.a. die Gesetzessystematik: § 707 BGB ist ein Teil des Untertitels 2, der Regelungen für rechtsfähige Gesellschaften enthält. Die Begründung einer rechtsfähigen GbR steht freilich den Gesellschaftern offen.<sup>9</sup> Richtigerweise ist bereits die Anmeldung ein die Rechtsfähigkeit begründendes Auftreten im Rechtsverkehr.

Der Weg in das Register ist in Bezug auf den Erhalt der Rechtsfähigkeit eine **Einbahnstraße**. Eine rechtswahrende Austragung aus dem Gesellschaftsregister ist nur noch als Statuswechsel hin zu einem anderen Register bzw. aufgrund Umwandlungsmaßnahme möglich.

§ 707 BGB definiert lediglich die Anforderungen an die Anmeldung. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter einander verpflichtet sind, an der Anmeldung mitzuwirken, beschreibt die Norm nicht. Maßgebend ist insoweit der **Gesellschaftsvertrag**. Aus der Zweckförderpflicht können im Einzelfall auch konkreten Pflichten der Gesellschafter erwachsen, an der Eintragung der Gesellschaft in das Register mitzuwirken. Unzweifelhaft ist das bei auf den Erwerb und das Halten von Registerrechten gerichteten Gesellschaften der Fall. Dies gilt auch für „Altgesellschaften“, die vor dem MoPeG gegründet wurden. Weniger klar liegen die Dinge bei Neugesellschaften – insbesondere dann, wenn legitime Interessen einzelner Gesellschafter an der Geheimhaltung ihrer Gesellschafterstellung existieren.

Sieht der Gesellschaftsvertrag eine **Mehrheitsklausel** vor, greift diese auch bei Abstimmungen über die Anmeldung zum Gesellschaftsregister. Während die Einhaltung des Mehrheitserfordernis auf einer ersten Stufe zu prüfen ist, ist erst auf der zweiten Stufe zu fragen, ob die legitimen Interessen und Belange der Minderheit, die ggf. an Geheimhaltung interessiert ist, bei der Beschlussfassung hinreichend beachtet wurden.

Den konkreten Modus der Eintragung bzw. Anmeldung normiert § 707 BGB. Während Abs. 1 lediglich die Zuständigkeit definiert, regelt Abs. 2 zwingenden Angaben der (Erst-)Anmel-

<sup>7</sup> BT-Drucks. 19/27635, 108.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 19/27635, 108 f.

<sup>9</sup> Missverständnis *Servatius*, § 707 BGB Rz. 6.

dung. Abs. 3 befasst sich mit Folgeanmeldungen und Abs. 4 definiert die weitergehende (Anmeldungs-)Befugnis der Gesellschafter.

- 12 Während die Ersteintragung fakultativ für die Gesellschaft und Gesellschafter ist, besteht bei späteren Änderungen der Personendaten nach der erfolgten Ersteintragung gem. § 707 Abs. 4 BGB mitunter ein Anmeldezwang. Soweit ein Anmelde- bzw. Berichtigungszwang besteht, wird man auch einen Gutgläubensschutz nach § 707a Abs. 3 BGB, § 15 HGB bejahen müssen.

## II. Tatbestände und Rechtsfolgen

### 1. Anmeldung zum Gesellschaftsregister (Abs. 1)

- 13 Der Entschluss über die Eintragung in das Gesellschaftsregister obliegt den Gesellschaftern. Nur rechtsfähige Gesellschaften können in das Register eingetragen werden und die Eintragung anmelden (s. Rz. 2). Die Anmeldung zum Gesellschaftsregister hat grundsätzlich durch alle Gesellschafter zur erfolgen. Ausnahmen finden sich in § 707 Abs. 4 BGB. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Eintragung.
- 14 Die Anmeldung erfolgt entsprechend § 12 HGB und verfahrensrechtlich nach den Regelungen des FamFG. Die Unterschriften der Gesellschafter sind öffentlich zu beglaubigen, eine umfangreiche Verweisung in das Recht der Personenhandelsgesellschaft wird im Übrigen durch § 707b BGB bewirkt.
- 15 Spätere bzw. nachträgliche Änderungen des Registerinhalts erfolgen nach § 707 Abs. 4 BGB (dazu noch Rz. 31 ff.).
- 16 Die Anmeldung erfolgt bei dem für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Registergericht. Nach § 706 Satz 1 BGB ist der Sitz der Gesellschaft der Ort, an dem deren Geschäfte tatsächlich geführt werden (Verwaltungssitz). Da die Gesellschaft jedenfalls mit Eintragung einen gem. § 706 BGB im Inland gelegenen Vertragssitz haben muss, ist unter der Angabe des Sitzes i.S.d. § 707 Abs. 1 BGB jedoch der Vertragssitz zu verstehen (a.A. § 706 BGB Rz. 16).<sup>10</sup> Der Sitz derwerbenden Gesellschaft hat erhebliche Auswirkungen auf diverse Rechtsbeziehungen der Gesellschaft und der Gesellschafter, wie bspw. die Zuständigkeit des Finanzamtes, die Frage des Erfüllungsortes bei Leistungspflichten etc., so dass ein Abstellen auf den bloßen Verwaltungssitz (der im Einzelfall auch schwer festzustellen sein kann) den Gesellschaftern und dem Rechtsverkehr „Steine statt Brot“ gäbe. Als Sitz maßgeblich ist die politische Gemeinde. Funktional zuständig ist der Rechtspfleger (§§ 17, 3 Nr. 1 RPflG).

### 2. Inhalt der Anmeldung (Abs. 2)

- 17 Die Mindestangaben des § 707 Abs. 2 BGB entsprechen weitgehend den Angaben in § 106 HGB. Das Gesetz unterscheidet insbesondere zwischen Angaben zur Gesellschaft und den weiteren Angaben zu den Gesellschaftern.

#### a) Angaben zur Gesellschaft

- 18 Zur Gesellschaft sind der **Name** der Gesellschaft, der **Sitz** der Gesellschaft und die **Anschrift** in einem Mitgliedstaat der EU anzugeben. Der erfasste Sitz ist auch hier ein Vertragssitz im

---

<sup>10</sup> A.A. *Böhringer/Melchior*, NotBZ 2022, 361, 363; wie hier aber etwa *Krafka* in BeckOGK/BGB, § 707 BGB Rz. 39; *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14, 17; *Holzer*, ZNotP 2020, 239.

gesellschaftsrechts – Reformgesetzgebung und Rechtsfortbildung im Dialog, ZHR 187 (2023), 107 ff.; *Uwe H. Schneider*, Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, ZGR 1972, 357 ff.; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020; *Tröger/Happ*, Unzulängliche Institutionenbildung im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaft, NZG 2021, 133 ff.; *Tröger/Happ*, Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung, ZIP 2021, 2059 ff.; *Ulmer*, Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften: definitiver Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, ZIP 2015, 657 ff.; *Vormbaum*, Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluß der Generalversammlung und das Abstimmen in ihr, 1929; *Winnefeld*, Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluß, ihre Rechtsnatur und Behandlung, DB 1972, 1053 ff.; *Zöllner*, Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung – Ein Beitrag zu Theorie und Dogmatik des Beschlußrechts, Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S. 821 ff.; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963.

## I. Grundlagen

### 1. Regelungsgegenstand und Normzweck

- 1 Der Gesetzgeber hat § 714 BGB durch MoPeG **umfassend neu gefasst**. Die in § 714 BGB a.F. enthaltenen Vorgaben zur Vertretung der Gesellschaft finden sich mit inhaltlichen Änderungen nunmehr in § 720 BGB. Die Wertungen des § 714 BGB waren bislang überwiegend § 709 BGB a.F. zu entnehmen. § 709 BGB a.F. war zwar primär die Grundnorm für Geschäftsführung. Indem in § 709 Abs. 1 Halbs. 2 BGB a.F. das Zustimmungsprinzip vorgegeben war und in § 709 Abs. 2 BGB a.F. darüber hinaus Mehrheitsbeschlüsse zugelassen und Zweifelsregelung für Berechnung der Mehrheit aufgestellt waren, war § 709 BGB aber zugleich als Grundlage für das Beschlussrecht in der GbR zu verstehen.<sup>1</sup>
- 2 In seiner aktuellen Fassung gibt § 714 BGB vor, dass Beschlüsse der Gesellschafter der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedürfen. Explizit regelt die Vorschrift damit das **Abstimmungsprinzip** und somit lediglich eine Modalität der Beschlussfassung der Gesellschafter.<sup>2</sup> Implizit bringt die Vorschrift allerdings die Einsicht zum Ausdruck, dass die Willensbildung unter den Gesellschaftern im Beschlusswege erfolgt. Mangels anderweitiger Vorgaben, die sich den Beschlussfassungen der BGB-Gesellschafter annehmen, bildet § 714 BGB insofern die **normative Grundlage für das gesamte Beschlussrecht in der GbR**.<sup>3</sup> Die Festschreibung allein des Abstimmungsprinzips hält den Rechtsanwendender allerdings dazu an, sonstige Regelungen zur Beschlussfassung und insbesondere die Beschlussdogmatik aus **allgemeinen Lehren und analoger Anwendung einzelner Vorschriften** aus anderen Beschlusskonstellationen abzuleiten.
- 3 § 714 BGB ist **dispositiv**. Die Gesellschafter können vom Zustimmungsprinzip abweichen und die Fassung von Mehrheitsbeschlüssen vorsehen.<sup>4</sup> Erst recht können die Gesellschafter die in § 714 BGB als solche überhaupt nur vorausgesetzten Beschlussfassungen nach ihren Vorstellungen ausgestalten. Insofern steht es den Gesellschaftern insbesondere frei, ihre Beschlussfassungen an die Vorgaben anzugleichen, die der Gesetzgeber für die offene Handelsgesellschaften nunmehr in §§ 109 ff. HGB bereitstellt.

1 *Schäfer* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 709 BGB Rz. 50.

2 Vgl. auch *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 116.

3 Siehe auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 149: Vorschrift regelt Grundlagen gesellschaftsinterner Willensbildung und Entscheidungsfindung durch Beschlussfassung.

4 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 149.



## 2. Entstehungsgeschichte

Die gegenüber dem bisherigen Recht vollzogene **Herausnahme der Regelungen zur Beschlussfassung aus den Regelungen zur Geschäftsführung war weitestgehend entwicklungsgeschichtlich vorgezeichnet**: Sie vollzieht die Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüber ihren Gesellschaftern nach und beseitigt daher einen Missstand, der sich mit der fortschreitenden Weiterentwicklung des GbR-Rechts herausgebildet hat. Geschäftsführung und Beschlussfassung miteinander zu verweben, war auf der Grundlage eines rein schuldrechtlichen Verständnisses der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vertretbar, da es sich insoweit sowohl bei der Geschäftsführung als auch bei der Beschlussfassung um autonome Entscheidungsprozesse unter den Gesellschaftern handelte. Je stärker dann allerdings die Geschäftsführung einer Gesellschaft gegenüber der Willensbildung und Entscheidungsfindung der Gesellschafter verselbständigt wurde, umso mehr drängte dies dazu, auch die Beschlusskompetenz der Gesellschafter von der Geschäftsführungskompetenz der Geschäftsführer zu trennen.<sup>5</sup> Während Geschäftsführung jede zur Förderung des Gesellschaftszwecks bestimmte, für die Gesellschaft wahrgenommene Tätigkeit mit Ausnahme solcher Maßnahmen ist, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, dient der nunmehr in § 714 BGB eigenständig geregelt Gesellschafterbeschluss im Ausgangspunkt „nur“ mehr dazu, im Rahmen von Grundlagengeschäften sowie außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen das Gesellschaftsverhältnis zu gestalten (vgl. auch § 715 Abs. 2 Satz 2 BGB). Als Instrument zur Entscheidungsfindung im Kollektiv **begegnen Beschlüsse allerdings auch auf Ebene der Geschäftsführung**.<sup>6</sup>

Die zurückhaltende Normierung der Beschlussfassungen erweist sich ansonsten als das **Ergebnis einer wissenschaftlich eskortierten rechtspolitischen Abwägung**,<sup>7</sup> die dahingehend ausgefallen ist, die Privatautonomie, die bürgerlich-rechtliche Natur sowie den geringen Professionalisierungsgrad des Zusammenschusses zu betonen. So war im Mauracher-Entwurf noch vorgesehen, dass eine gesellschaftsvertragliche **Mehrheitsklausel** im Zweifel auch für Beschlüsse gilt, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gerichtet sind (§ 714 Satz 2 BGB-Mauracher-Entwurf). Ausgehend vom dem Umstand, dass es sich bei einer GbR im Regelfall um einen weniger professionellen Zusammenschluss handelt, ist es allerdings zu Recht kritisch gesehen worden, einem einzelnen Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass er sich nicht umfänglich der Mehrheitsherrschaft unterworfen hat.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber hat daher von einer solchen Regelung Abstand gehalten und es insoweit bei den herkömmlichen Grundsätzen der Vertragsauslegung belassen (s. dazu noch unter Rz. 90, 96).

Ebenso war im Mauracher-Entwurf noch anvisiert worden, das **Beschlussmängelrecht** der Gesellschaft bürgerlichen Rechts so umfassend zu regeln wie das Beschlussmängelrecht der offenen Handelsgesellschaft (vgl. §§ 714a–714e BGB-Mauracher-Entwurf). Das bei Handelsgesellschaften nunmehr zur Anwendung gebrachte Anfechtungsmodell hätte zur Folge gehabt, dass bestimmte Mängel lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen und der Beschluss bei Nichterhebung einer Anfechtungsklage in Bestandskraft erwächst. Dies hätte

5 Vgl. K. Schmidt in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 3, 1983, S. 413, 528.

6 Siehe auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 149; Servatius, GbR, 2023, § 714 BGB Rz. 8.

7 Allgemein zur umfassenden wissenschaftlichen Begleitung des MoPeG s. auch M. Noack, DB 2020, 2618.

8 DAV, NZG 2020, 1133 Rz. 39; Bayer/Rauch, DB 2021, 2609, 2611 f.; Drescher, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 119; M. Noack, DB 2020, 2618, 2621; vgl. auch Schäfer, ZIP 2021, 1527; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 35; anders Habersack, ZGR 2020, 539, 559; M. Noack, NZG 2020, 581, 583.

auch für die GbR einen Gewinn an Rechtssicherheit versprochen.<sup>9</sup> Allerdings ist zuzugeben, dass dem Aspekt der Rechtssicherheit bei einem bei der GbR typischerweise überschaubaren Gesellschafterkreis kein so großes Gewicht beizumessen ist.<sup>10</sup> Auch sind mit dem Anfechtungsmodell gewisse Förmlichkeiten verbunden, die bei weniger professionellen Zusammenschlüssen nicht passgenau erscheinen und auch der bürgerlich-rechtlichen Struktur des Zusammenschlusses zuwiderlaufen mögen.<sup>11</sup> Dass der Gesetzgeber das Anfechtungsmodell nunmehr lediglich im Recht der OHG kodifiziert hat,<sup>12</sup> ist als rechtliches Datum hinzunehmen und kann **nicht durch eine analoge Anwendung der §§ 109 ff. HGB** auf sämtliche oder bestimmte Arten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts (unternehmenstragende, eingetragene etc.) überspielt werden (s. auch noch Rz. 120).<sup>13</sup> Den Gesellschaftern bleibt es jedoch unbenommen, im Gesellschaftsvertrag die Anwendung der handelsrechtlichen Regelungen vorzusehen (s. noch Rz. 131 f.).<sup>14</sup>

- 7 Die sonstige gesetzgeberische Zurückhaltung wie namentlich der Verzicht darauf, die Gesellschafterversammlung als Gesellschaftsorgan vorzusehen und Vorschriften für deren Zuständigkeit und Verfahren zu bereitzuhalten, erweist sich als heikles Unterfangen.<sup>15</sup> Eine solche Regelungsleere ist unproblematisch, solange Beschlüsse nur mit der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters zustande kommen.<sup>16</sup> Für den Fall, dass es nicht der Zustimmung jedes Gesellschafters bedarf, sei es weil die Gesellschafter die Geltung des Mehrheitsprinzips vereinbart haben oder Stimmverbote eingreifen, besteht hingegen ein Normmangel. Dann nämlich bedarf es gewisser Vorkehrungen, um jedem Gesellschafter die Teilhabe an der Willensbildung<sup>17</sup> sowie eine fundierte Entscheidungsfindung<sup>18</sup> zu gewährleisten. Der Gesetzgeber setzt offensichtlich darauf, dass die Gesellschafter in solchen Fällen im Gesellschaftsvertrag selbst Vorsorge treffen. Bei wenig professionellen Zusammenschlüssen, die rechtlich nicht

9 Befürwortend daher etwa *Lieder*, ZRP 2021, 34, 35; *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295, 1297; *K. Schmidt*, ZHR 187 (2023), 107, 114 f.; *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133, 137 ff.; *Tröger/Happ*, ZIP 2021, 2059, 2065 ff.; tendenziell auch *Bayer/Rauch*, DB 2021, 2609, 2610 f.

10 *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 124; anders etwa *Otte*, ZIP 2020, 1743, 1745.

11 *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 124 f.; vgl. auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 113, 228: Annahme, wonach bestimmte Mängel nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen und der Beschluss bei Nichterhebung einer Anfechtungsklage in Bestandskraft erwächst, erfordert gewisse „Mindestanforderungen an die Formalisierung der Beschlussfassung und damit einen Professionalisierungsgrad“, „der bei der gebotenen typisierenden Betrachtung eher bei den kaufmännischen Rechtsformen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft als bei den nicht kaufmännischen Rechtsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Partnerschaftsgesellschaft zu erwarten“ ist; als nachvollziehbar einstufend *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1530.

12 Letztlich begrüßend etwa *DAV*, NZG 2020, 1133 Rz. 37; *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 126; *Fehrenbach*, WM 2020, 2049, 2051 ff.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 559 ff.; *Schall*, ZIP 2020, 1443, 1450; tendenziell wohl auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613.

13 In diese Richtung aber wohl *Tröger/Happ*, ZIP 2021, 2059, 2069 f.; in Bezug auf Mehrheitsbeschlüsse in BGB-Außengesellschaften *K. Schmidt*, ZHR 187 (2023), 107, 117; für die eingetragene GbR *Claußen/Pieronczyk*, NZG 2021, 620, 628; wie hier *Grunewald* in *Schäfer*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 40; *Liebscher* in *Schäfer*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 69; *Pieronczyk*, ZIP 2022, 1033, 1034 f.

14 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

15 Kritisch etwa auch *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 118.

16 Siehe auch *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115, 118.

17 Hierzu zuletzt ausdrücklich BGH v. 17.1.2023 – II ZR 76/21, NZG 2023, 564 Rz. 30.

18 Vgl. dann auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 226: Versammlung gewährleistet im Regelfall durch Möglichkeit zur Rede und direkten Widerrede im Kreis der Versammlungsteilnehmer optimale Willensbildung und Entscheidungsfindung bei gleichmäßiger Informationsversorgung.

beraten sind, dürfte dies aber nicht ohne weiteres gewährleistet sein. Dann laufen die Gesellschaftler Gefahr, rechtswidrige Beschlüsse zu fassen. Die vom Gesetz gewährte Flexibilität schlägt sich dann in **fehlender Rechtssicherheit** nieder.

## II. Beschluss als etabliertes Rechtsinstitut

### 1. Einheitliche Mechanik

#### a) Erfordernis eines Beschlussantrags und Kundgabe der Einzelstellungnahmen hierzu

Der Beschluss wird von § 714 BGB als **Verfahren zur Bildung eines einheitlichen Willens aus den Einzelwillen mehrerer, die mit der Willensbildung betraut sind**,<sup>19</sup> vorausgesetzt. Auch ansonsten gibt die Rechtsordnung keinen Aufschluss darüber, wie sich diese gemeinschaftliche Willensbildung vollziehen soll. Anders als etwa die einzelne Willenserklärung oder der Vertrag hat der Beschluss bislang **keine allgemeine Regelung** erfahren. In sämtlichen Gesetzen wird er allenfalls mit Blick auf die verfahrenstechnischen Details oder das Vorliegen von Mängeln näher geregelt.<sup>20</sup>

**Eine einheitliche rechtliche Erschließung** des Beschlusses ist dadurch **vorgezeichnet**, dass die Mechanik des Verfahrens zur Bildung eines einheitlichen Willens aus den Einzelwillen mehrerer weitestgehend „naturgesetzlich“ vorgegeben ist und das Beschlussverfahren hierdurch in sämtlichen Beschlusskonstellationen in gewissem Umfang konsolidiert wird.<sup>21</sup> Der Grund für die naturgegebene Vorprägung des Beschlussverfahrens liegt darin, dass sich die eingeforderte einheitliche Entscheidung der zur Willensbildung berufenen Personen überhaupt nur erzielen lässt, wenn der **Kundgabe der Einzelwillen eine Vorauswahl in Form eines Beschlussantrags vorangestellt** wird, so dass die Kundgabe der Einzelwillen lediglich noch in einem „Ja“ oder „Nein“ zu dieser im Antrag vorformulierten Entscheidung beziehungsweise in einer Enthaltung bestehen kann.<sup>22</sup> Erst solche, auf diese drei Inhalte verengten Einzelwillen, können gezählt und daraus rechnerisch ein Ergebnis als einheitlicher Wille abgeleitet werden. Würde man demgegenüber zulassen, dass die zur Willensbildung berufenen Personen nach Belieben ihren Einzelwillen kundtun, wäre nicht gewährleistet, dass hieraus rational ein einheitlicher Wille ermittelt werden kann. Die Bildung eines einheitlichen Willens aus den Einzelwillen mehrerer setzt also immer voraus, dass im Vorfeld der Einzelstel-

19 Zum Beschluss als Verfahren zur Willensbildung durch mehrere vgl. etwa *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 8 ff., 41; *Busche* in FS Sacker, 2011, S. 45; *Grunewald* in FS Vetter, 2019, S. 173; *Zöllner* in FS Lutter, 2000, S. 821; aus dem österreichischen Recht zuletzt *Felzl* in FS Aicher, 2012, S. 79, 82 f.

20 Eingehend *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, § 1 I (im Erscheinen).

21 Vgl. auch *Grunewald* in FS E. Vetter, 2019, S. 173: „Jedermann kennt jedenfalls in groben Zügen das Prozedere“; eingehender zum Folgenden *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, § 4 (im Erscheinen).

22 Vgl. auch *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 100 f., 104 f., 106; *Baltzer*, GmbHR 1972, 57, 59 f.; *Bruns* in FS Senn, 1954, S. 137, 139 f.; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, § 4 I (im Erscheinen); *Lohrmann*, Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss, 2019, S. 6; *Zöllner*, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 12 f., 358; *Zöllner* in FS Lutter, 2000, S. 821, 822.

lungnahmen in einem Beschlussantrag<sup>23</sup> eine ganz bestimmte, in sich einheitliche Entscheidung<sup>24</sup> festgelegt wird.

#### b) Keine weitergehenden tatsächlichen Erfordernisse

- 10 Für die Gewinnung eines einheitlichen Willens aus den Einzelwillen mehrerer spielt keine Rolle, nach welchen konkreten **Modalitäten die Kundgabe der Einzelwillen** erfolgt. Dies kann im Rahmen einer präsenten oder audio-visuellen Versammlung, durch offene oder geheime und namentliche oder nicht namentliche Abstimmung geschehen.<sup>25</sup> Die einzelne Stimme kann schriftlich, in elektronischer oder textlicher Form, mündlich oder durch Gesten wie Handheben oder Aufstehen abgegeben werden.<sup>26</sup> Ebenso kann dies aber auch außerhalb einer Versammlung durch Einzelverständigung zwischen den zur Beschlussfassung berufenen Personen oder in einem sog. Umlaufverfahren erfolgen.<sup>27</sup> Die Einzelstimmen müssen weder in einem zeitlich einheitlichen Vorgang noch in einer bestimmten inhaltlichen Reihenfolge abgegeben werden, etwa dergestalt, dass zuerst die „Ja“-Stimmen und erst dann die „Nein“-Stimmen sowie hierauf wiederum folgend die Enthaltungen kundzutun sind.<sup>28</sup> Der Maßstab für das Beschlussverfahren ist am Ende allein, dass erkennbar sein muss, ob und wie die zur Beschlussfassung berufenen Personen jeweils zu einem konkreten Beschlussantrag Stellung beziehen.<sup>29</sup>
- 11 Sowohl der Formulierung des konkreten Antrags als auch der Kundgabe der Einzelstimmen kann zudem eine **Beratung** vorausgehen, das heißt ein Meinungsaustausch unter den zur Willensbildung berufenen Personen.<sup>30</sup> Nach welchem konkreten „Schlüssel“ die auf Abgabe der Einzelstimmen basierende rechnerische Ableitung des Beschlussergebnisses zu erfolgen hat, hängt alsdann vom jeweils geltenden Abstimmungsprinzip ab. Der Bezugspunkt, an dem das Vorliegen der für eine Annahme des Beschlussantrags erforderlichen Mehrheit zu ermitteln ist, kann dabei beliebig gesetzt werden. So kann es etwa auf die Mehrheit der zur Beschlussfassung berufenen Personen, die Mehrheit derselben, die bei der Beschlussfassung tatsächlich anwesend sind, oder die Mehrheit der abgegebenen „Ja“- und „Nein“-Stimmen

23 Der Beschlussantrag ist von der zumeist vorgesehenen Ankündigung des Verhandlungs- und Beschlussgegenstandes bei Einberufung des zur Beschlussfassung berufenen Kollektivs (vgl. etwa § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 23 Abs. 2 WEG, § 13 Abs. 2 SchVG, § 74 Abs. 2 Satz 1 InsO, § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) zu trennen. Auch hierbei wird zwar der Kreis möglicher Beschlussgegenstände eingeschränkt, da über nicht angekündigte Gegenstände kein Beschluss gefasst werden darf. Dies dient aber allein dem Zweck, die zur Beschlussfassung berufenen Personen die Ratsamkeit einer Teilnahme beurteilen zu lassen, ihnen die Möglichkeit der Vorbereitung zu geben und sie vor Überraschungen zu schützen. Folglich ist die Festlegung des Sachgehalts hier noch deutlich breiter und nicht wie beim Beschlussantrag derart verengt und gegenüber anderen Lösungsmöglichkeiten abgegrenzt, als dass sie die eine Lösung formulieren würde, zu der zur Beschlussfassung Berufene ihre Einzelstellungnahmen kundtun können; vgl. zum Ganzen auch *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 105.

24 Als Grundlage eines Beschlusses kommt also immer nur eine vorformulierte Antwort auf die sich stellende Frage in Betracht. Anders liegt es auch nicht im Fall von Wahlbeschlüssen. Aus Gründen der Vereinfachung werden hier häufig lediglich mehrere Lösungsmöglichkeiten nebeneinander zur *Abstimmung* gestellt, vertiefend *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 106 f.

25 Vgl. auch *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 134.

26 Gleichsinnig *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 147.

27 So schon *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 134.

28 *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 134, 135.

29 Ebenso *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 134, 147.

30 Ausführlicher *Baltzer*, Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion, 1965, S. 118 ff.

ankommen (s. dazu noch Rz. 68 f.). In den beiden zuerst genannten Fällen handelt es sich um sog. Quorumsvorgaben.

## 2. Beschlusstatbestand und Rechtsnatur

### a) Meinungsstand

Angesichts der „naturgesetzlichen“ Gegebenheiten ist unstreitig, dass zum rechtlichen Tatbestand des Beschlusses ein Antrag sowie die Abgabe von Einzelstellungnahmen hierzu gehören.<sup>31</sup> Streit setzt bei Frage ein, ob und gegebenenfalls wie die Bildung eines einheitlichen Willens tatbestandlich alleine durch Elemente Antrag und Abstimmung dargestellt werden kann oder ob es hierfür noch der **Feststellung des Abstimmungsergebnisses** bedarf, die den Beschluss als Rechtsakt erst konstituiert.<sup>32</sup> 12

Für das tatbestandliche Verständnis vom Beschluss als nicht weiterführend erweist sich die in der älteren gesellschaftsrechtlichen Literatur geprägte Formel, wonach der Beschluss ein sog. **Gesamtakt** ist.<sup>33</sup> Im Recht der Wohnungseigentümer wird sie zwar noch immer gebraucht, um die rechtliche Natur von Beschlüssen schlagwortartig zu umschreiben. In dieser Eigenschaft hat sie Eingang in die Judikate des für das Wohnungseigentumsrecht zuständigen V. Zivilsenats gefunden.<sup>34</sup> Der Begriff des Gesamtakts ist aber kein feststehender Rechtsbegriff,<sup>35</sup> so dass er aus sich heraus nicht beantwortet, aus welchen Elementen der Beschluss rechtlich wie zu konstruieren ist.<sup>36</sup> 13

In der älteren gesellschaftsrechtlichen Literatur ist mit Blick auf die Personengesellschaft vertreten worden, dass sich die Elemente Antrag und Abstimmung jedenfalls bei Geltung des Zustimmungsprinzips zu einem **Vertrag** zusammenfügen ließen, derartige Beschlüsse also als durch die in Bezug auf den Antrag abgegebenen Einzelstimmen konstituierte Verträge zu 14

31 Deutlich auch *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 31; *Casper* in FS Hüffer, 2010, S. 111, 114; *Casper* in Bork/C. Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rz. 5; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 241 Nr. 3 AktG, 2009, S. 25; *C. Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 13 f., 368; *Skauradszun*, Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 70 mit Fn. 28 und S. 76 mit Fn. 55.

32 Ausführlich zum Meinungsstand *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, § 6 (im Erscheinen).

33 Siehe etwa *Eltzbacher*, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Erster Band, Das rechtswirksame Verhalten, 1903, S. 165 ff.; *O. von Gierke*, Deutsches Privatrecht III, 1917, S. 840; *Kisch*, JurLitBl. 1909, 197, 200; *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, 1939, S. 340; *Manigk*, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935, S. 58; vgl. ferner *Gleitsmann*, Vereinbarung und Gesamtakt, 1900, S. 11 f., 32 ff., 38; *Gleitsmann*, VerwArch 10 (1902), 395, 404 f., 419 f., 425.

34 Siehe etwa BGH v. 10.9.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297 = NJW 1998, 3713; aus dem Schrifttum vgl. etwa *H. Müller*, ZWE 2000, 237, 238; aus der Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht vgl. noch etwa BGH v. 22.9.1969 – II ZR 144/68, BGHZ 52, 316, 318 = NJW 1970, 33 (GmbH).

35 Vgl. nur *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 180.

36 Sich im Beschlusskontext ebenfalls ablehnend mit Begriff des Gesamtakts auseinandersetzend etwa *Bohn*, Wesen und Rechtsnatur des Gesellschaftsbeschlusses, 1950, S. 111 ff.; *W. Flume*, BGB AT II, 3. Aufl. 1979, S. 602 f.; *Heck* in FS O. von Gierke, 1911, S. 319, 354 ff.; *Jung*, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel, 1934, S. 20 f.; *Lehmann*, GesR, 2. Aufl. 1959, S. 49; *Vormbaum*, Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluss der Generalversammlung und das Abstimmen in ihr, 1929, S. 23 f.; *Wiedemann*, JZ 1970, 291, 292; wegen fehlender Konturen-schärfe zurückhaltend *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333; *Müller-Erzbach*, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, S. 155.



6. Ausscheiden eines Gesellschafters; Eintritt eines neuen Gesellschafters (§ 712 BGB) .....	48	10. Ersatz von Aufwendungen und Verlusten; Vorschusspflicht; Herausgabepflicht; Verzinsungspflicht (§ 716 BGB) .....	53
7. Beschlussfassung (§ 714 BGB) .....	49	11. Informationsrechte (§ 717 Abs. 1 BGB) .	54
8. Geschäftsführungsbefugnis (§ 715 BGB) .....	50	12. Rechnungsabschluss und Gewinn- verteilung (§ 718 BGB) .....	58
9. Notgeschäftsführungsbefugnis (§ 715a BGB) .....	52		

**Schrifttum:** *Altmppen*, Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, 822; *Armbrüster*, Außengesellschaft und Innengesellschaft, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143; *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 612; *Beuthien*, Darf die Innengesellschaft kein Vermögen bilden?, NZG 2017, 201; *Beuthien*, Ist die Innengesellschaft nicht rechtsfähig?, NZG 2011, 161; *Bochmann*, Gesellschafterwechsel, Ausscheiden und Auflösung im Mauracher Entwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 221; *Denga*, Zur Definition der Außen-GbR, ZfPW 2021, 73; *Fest*, Zweckoffenheit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Restriktionen bei der Errichtung von Innengesellschaften, AcP 2015, 765; *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430; *Fleischer*, Ein Rundflug über das OHG-Recht im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2021, 386; *Fleischer*, Leibildwandel im Recht der BGB-Gesellschaft, DB 2020, 1107; *Fleischer/Danninger*, Der Sorgfaltsmaßstab in der Personengesellschaft, NZG 2016, 481; *Fleischer/Hahn*, Das Gesellschaftsrecht der Tippgemeinschaft – ein Lehrstück zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, NZG 2017, 1; *Geibel*, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht, ZRP 2020, 137; *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539; *Hadding*, Zur Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Grunewald, 2021, S. 285; *Hippeli*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, 386; *Lieder*, Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34; *Martens*, Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum „Mauracher Entwurf“, AcP 2021, 68; *Mohamed*, Die Reform des Personengesellschaftsrechts, JuS 2021, 820; *Röder*, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 2015, 450; *Schäfer*, Innengesellschaft – die Zündapp unter den Gesellschaften, in FS Windbichler, 2020, S. 981; *Schäfer*, Grundsatzfragen bei der anstehenden Reform des Personengesellschaftsrechts, in FS Seibert, 2019, S. 723; *Schäfer*, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; *Schall*, Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZIP 2020, 1443; *Schirmmacher*, Der Haftungsmaßstab in der Personengesellschaft nach dem MoPeG, ZHR 186 (2022), 250; *K. Schmidt*, Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften, ZHR 185 (2021), 16; *Steckhan*, Die Innengesellschaft, 1966; *Wertenbruch*, Gesellschaftsvertrag und Entstehung der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF, ZPG 2023, 1; *Wertenbruch*, Der BMJV-Referentenentwurf eines MoPeG, GmbHR 2021, 1; *Westermann*, Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts, NJW 2016, 2625; *Wilhelm*, Paradigmenwechsel im Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, NZG 2020, 1041.

## I. Grundlegendes zur nicht rechtsfähigen Gesellschaft

- 1 Im Anschluss an die Grundnorm des § 705 BGB (Untertitel 1) und die Regelungen zur rechtsfähigen Gesellschaft in Untertitel 2, wird in Untertitel 3 (§§ 740–740c BGB) fortan die nicht rechtsfähige Gesellschaft als zweite **Variante**<sup>1</sup> der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geregelt. Die seit der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 2001 („ARGE Weißes

<sup>1</sup> Vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 103; *K. Schmidt* macht in ZHR 185 (2021), 16, 23 f. zutreffend darauf aufmerksam, dass es sich bei der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft zwar um zwei Varianten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nicht jedoch – wie es die Begründung des Regierungsentwurfs formuliert – um zwei Varianten derselben Rechtsform handelt.



Ross“)<sup>2</sup> von der „Außengesellschaft bürgerlichen Rechts“ strikt zu unterscheidende „Innengesellschaft bürgerlichen Rechts“ erfährt damit eine eigenständige gesetzliche Regelung, die systematisch den Abschluss des neuen Rechts zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildet. Terminologisch wird nun mit der Bezeichnung als *nicht rechtsfähige* Gesellschaft zum Ausdruck gebracht, was vormalig mit der „Innengesellschaft bürgerlichen Rechts“ ohnehin assoziiert wurde, dass diese nämlich nicht Trägerin von Rechten und Pflichten ist (zur nunmehr überholten Frage, ob auch eine „Innengesellschaft bürgerlichen Rechts“ ein Vermögen haben kann, s. Rz. 26).<sup>3</sup>

## 1. Entstehung

Die nicht rechtsfähige Gesellschaft entsteht<sup>4</sup> – ebenso wie die rechtsfähige Gesellschaft – 2 durch den **Abschluss des Gesellschaftsvertrags**, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern (§ 705 Abs. 1 BGB).<sup>5</sup> Die Auslegung der auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichteten Willenserklärungen muss gem. der §§ 133, 157 BGB ergeben, dass eine **Teilnahme am Rechtsverkehr mit der Gesellschaft als solcher nicht bezweckt** ist (zur Abgrenzung von dem Gesellschaftsvertrag einer rechtsfähigen Gesellschaft ausführlich bei Rz. 3 ff.).<sup>6</sup> Da die nicht rechtsfähige Gesellschaft sich in den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander erschöpft, Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft und zu Dritten gerade nicht bestehen, ist ihre Entstehung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vollständig abgeschlossen.<sup>7</sup>

## 2. Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

### a) Abgrenzung zur rechtsfähigen Gesellschaft

Im Gegensatz zur rechtsfähigen Gesellschaft, darf der Gesellschaftsvertrag einer nicht rechts- 3 fähigen Gesellschaft gerade **nicht den Willen** der Gesellschafter erkennen lassen, **mit der Gesellschaft als solcher am Rechtsverkehr teilnehmen zu wollen**.<sup>8</sup> Die Gesellschaft soll ihre

2 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = ZIP 2001, 330.

3 Vgl. noch die Bezeichnung im Mauracher Entwurf, 22 („Innengesellschaft“); *Armbrüster* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 1; *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 147; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 614; *Fleischer*, DStR 2021, 430, 432; *Noack*, MDR 2021, 1425; *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295, 1297; *Schäfer* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 705 BGB Rz. 96; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 48; *Weller/Schwemmer*, BB 2021, Heft 29/30, I; vgl. zur grundsätzlich synonymen Verwendung beider Begriffe auch bereits BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = ZIP 2001, 330; abweichend jedoch *Beuthien*, NZG 2011, 161 ff.

4 Für die nicht rechtsfähige Gesellschaft scheint es terminologisch zutreffender, von der „Entstehung“ und nicht von der „Errichtung“ zu sprechen, auch wenn das Gesetz in § 705 Abs. 1 BGB insofern nicht differenziert.

5 Grundsätzlich kommt jeder erlaubte Zweck in Frage; zur eingeschränkten Zweckoffenheit von Innengesellschaften, wenn ein weiteres Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten (insbesondere Bruchteils- oder Zugewinnsgemeinschaft) besteht: *Fest*, AcP 2015, 766.

6 *Mohamed*, JuS 2021, 820, 824; anders wohl *Martens* in AcP 2021, 68, 77.

7 Vgl. hingegen zur abgestuften Entstehung der rechtsfähigen Gesellschaft als Rechtsträger gegenüber den Gesellschaftern und gegenüber Dritten *Geibel*, ZRP 2020, 137, 137 ff.; *Martens*, AcP 2021, 68, 78 sowie *Versel/Tassius* in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1160 ff.

8 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126; *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 148; *Armbrüster* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 16 ff.; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 614; mit diesem Verständnis von einer „Innengesellschaft bürgerlichen Rechts“ zuvor auch *Hadding* in FS Grunewald, 2021, S. 285, 288 f. sowie *Schäfer* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 283 und *Westermann*, NJW 2016, 2625, 2626; das von *Denga* in ZfPW 2021,

Rechtswirkungen vielmehr ausschließlich im Verhältnis der Gesellschafter untereinander entfalten (§ 705 Abs. 2 Alt. 2 BGB), auch wenn sie dafür nicht von den Gesellschaftern geheim gehalten werden muss.<sup>9</sup> Für die Abgrenzung ist die (mitunter durchaus schwierige)<sup>10</sup> Auslegung des Gesellschaftsvertrags maßgeblich, der freilich auch konkludent und ohne ein entsprechendes Bewusstsein über die Entstehung einer Gesellschaft geschlossen werden kann.<sup>11</sup> Auf die tatsächliche (vorübergehende) Teilnahme bzw. Nichtteilnahme am Rechtsverkehr kommt es grundsätzlich nicht an.<sup>12</sup> Insbesondere kann auch nicht für Gesellschaften, die *nicht* unter gemeinschaftlichem Namen ein Unternehmen führen, durch eine Art Umkehrschluss zu § 705 Abs. 3 BGB automatisch auf das Vorliegen einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft geschlossen werden, da die Vermutungsregel allein *für* das Vorliegen einer rechtsfähigen Gesellschaft greift.<sup>13</sup> Ist im Gesellschaftsvertrag lediglich die Geschäftsführung eines Gesellschafters vorgesehen, kann nicht mehr (wie gegebenenfalls nach alter Rechtslage)<sup>14</sup> auch eine Vertretungsbefugnis und damit das Vorliegen einer rechtsfähigen Gesellschaft ohne weiteres vermutet werden, da die Vermutungsregelung des § 714 BGB a.F. durch den Reformgesetzgeber abgeschafft wurde. Es ist dann vielmehr ein genaues Augenmerk darauf zu richten, wie sich diese Geschäftsführung nach dem Willen der Gesellschafter zu vollziehen hat. Vertragliche Regelungen zu einem gemeinschaftlichen Namen (als einem Merkmal, was häufig Dritten gegenüber die Identität der Gesellschaft als selbständige Rechtsteilnehmerin zum Ausdruck bringen soll)<sup>15</sup> sowie zum Gesellschaftszweck (wenn dieser etwa eine Teilnahme am Rechtsverkehr oder auch die Bildung eines der Gesellschaft zuzuordnenden Vermögens<sup>16</sup> nötig erscheinen lässt) können hingegen für das Vorliegen einer rechtsfähigen und damit gegen die Annahme einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft sprechen.<sup>17</sup>

- 4 Dadurch, dass sich die Abgrenzung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft allein danach richtet, ob die Gesellschafter mit der Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen wollen oder nicht, kann ein **Wechsel einer nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen rechtsfähigen in eine nicht rechtsfähige Gesellschaft oder umgekehrt** jederzeit stattfinden, ohne dass sich dieser für den Rechtsverkehr aufgrund einer Veränderung im Gesellschaftsregister besonders bemerkbar macht oder durch sonstige objektive Anhaltspunkte (wie im Fall eines automatischen Formwechsels zwischen rechtsfähiger Gesellschaft und Handelsgesellschaft)<sup>18</sup> ankündigt.<sup>19</sup> Der Wechsel vollzieht sich dogmatisch allein durch eine wieder-

73, 88 ff. bevorzugte Kriterium der Namensführung spielt lediglich im Rahmen der Vermutungsregel des § 705 Abs. 3 BGB eine Rolle.

9 Bachmann, NZG 2020, 612, 614; Beuthien, NZG 2017, 201, 202; Hadding in FS Grunewald, 2021, S. 285, 287; Schäfer in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 284.

10 Weller/Schwemmer, BB 2021, Heft 29/30, I.

11 Armbrüster, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 148; Denga, ZfPW 2021, 73, 93; Mohamed, JuS 2021, 820, 824; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 26 („gesellschaftsvertraglicher Konsens“); anders wohl Martens, AcP 2021, 68, 77.

12 Vgl. § 705 Abs. 2 BGB („teilnehmen soll“); Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126 (lediglich ergänzende Heranziehung des tatsächlichen Verkehrsverhaltens). Im Fall einer nicht nur vorübergehenden (Nicht-) Teilnahme am Rechtsverkehr kommt freilich eine überholende konkludente Willensbildung der Gesellschafter in Betracht, die dann wiederum (entgegen der ursprünglichen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag) für die Annahme einer (nicht) rechtsfähigen Gesellschaft sprechen kann.

13 Vgl. auch Heckschen/Nolting, BB 2021, 2946; Noack, MDR 2021, 1425, 1426.

14 So bislang Schäfer in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 287.

15 Zur Bedeutung der Namensführung insbesondere Denga, ZfPW 2021, 73, 75 ff.

16 Vgl. Westermann, NJW 2016, 2625, 2626.

17 Vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126; hierzu auch Armbrüster in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rz. 19.

18 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 105 HGB Rz. 25.

19 Vgl. Armbrüster, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 150.

rum **vom Willen aller Gesellschafter getragenen Vertragsänderung** (zu gegebenenfalls erforderlichen Vermögensübertragungsvorgängen beim Wechsel von einer nicht rechtsfähigen zu einer rechtsfähigen Gesellschaft bei Rz. 32). Die Vertragsänderung kann gewiss auch konkludent getroffen werden, indem die Gesellschafter beispielsweise einem Gesellschafter die Befugnis erteilen, die Gesellschaft als solche im Rechtsverkehr zu vertreten.<sup>20</sup> Ein Gläubigerschutzdefizit dürfte sich aus diesem rein subjektiv bewirkten Wechsel nicht ergeben.<sup>21</sup> In ersterem Fall (Übergang einer rechtsfähigen zu einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft) wird der Rechtsverkehr bei der Neubegründung von rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten durch die allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätze ausreichend geschützt, falls er nach wie vor von einer rechtsfähigen Gesellschaft ausgeht. In Bezug auf Altverbindlichkeiten der Gesellschaft wird der Gläubigerschutz durch die Liquidationsregelungen (insbesondere § 736d Abs. 4 BGB) bzw. die bis zur vollständigen Gläubigerbefriedigung fortbestehende Gesellschafterhaftung (in den zeitlichen Grenzen des § 739 BGB) gewährleistet. Im zweiten Fall (Übergang einer nicht rechtsfähigen zu einer rechtsfähigen Gesellschaft) kommt ein neues Rechtsgeschäft mit der nunmehr rechtsfähigen Gesellschaft ohnehin nur dann zustande, wenn in deren Namen gehandelt wurde (§ 164 Abs. 1 BGB). Bereits begründete Verbindlichkeiten gegenüber dem (ehemals) geschäftsführenden Gesellschafter der nicht rechtsfähigen Gesellschaft bedürfen **mangels rechtlicher Identität** beider Varianten der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft<sup>22</sup> auch einer entsprechenden Willenserklärung des Gläubigers, um einen Übergang auf die nunmehr rechtsfähige Gesellschaft zu bewirken (vgl. §§ 414, 415 BGB; s. hierzu auch die Ausführungen bei Rz. 32).

Sobald die Gesellschaft **im Gesellschaftsregister eingetragen** ist bzw. wird, erhält die Abgrenzung von rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft im Fall eines (möglicherweise auch nur von Teilen der Gesellschafter) angestrebten **Rechtsformwechsels** eine zusätzliche Komplexität. Dies hängt mit dem durch die Registrierung gesteigerten Verkehrsschutz sowie der in den § 705 Abs. 2, § 719 Abs. 1 Alt. 2 BGB angelegten Differenzierung zwischen der Entstehung der rechtsfähigen Gesellschaft im Innen- und im Außenverhältnis zusammen.<sup>23</sup> In dem einen Fall, in dem die Gesellschafter einen **Wechsel von einer eingetragenen rechtsfähigen Gesellschaft zu einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft** erreichen wollen, kommt es zur Auflösung der rechtsfähigen Gesellschaft, die bis zur vollständigen Liquidation als (rechtsfähige) Liquidationsgesellschaft fortbesteht. Eine „direkte Umwandlung“ dergestalt, dass eine eingetragene rechtsfähige Gesellschaft nunmehr als nicht rechtsfähige Gesellschaft registriert wird, ist – ebenso wie die grundsätzliche Eintragung einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft –<sup>24</sup> ausgeschlossen.<sup>25</sup> Werden die Auflösung oder das Erlöschen (als jeweils eintragungspflichtige Tatsachen, vgl. §§ 733, 738 BGB) nicht im Gesellschaftsregister eingetragen, kann sich die Gesellschaft gem. § 707a Abs. 3 BGB i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB hierauf nicht berufen. Nichtwissende Dritte können also, solange die entsprechenden Eintragungen nicht erfolgt sind, auf die Existenz einerwerbenden bzw. sich in Liquidation befindenden rechtsfähigen Gesellschaft vertrauen, obgleich eine solche tatsächlich bereits (aufgrund vollständiger Liquidation oder Vermögenslosigkeit) erloschen sein mag.<sup>26</sup> Ob bereits im Zeitpunkt des Auflösungsbeschlusses eine nicht rechtsfähige Gesellschaft (parallel zur Liquidationsgesell-

20 Vgl. *Beuthien*, NZG 2017, 201, 202.

21 So auch *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 150.

22 K. *Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 24.

23 Zur Kritik an § 719 BGB s. auch *Verse/Tassius* in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1166 ff.; kritisch zur bereits im Mauracher Entwurf verankerten Innen- und Außenrechtsfähigkeit der rechtsfähigen Gesellschaft auch *Geibel*, ZRP 2020, 137, 137 ff.

24 *Martens*, AcP 2021, 68, 97; *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1, 5; eine Eintragungsmöglichkeit hingegen in Betracht ziehend *Hippeli*, DZWIR 2020, 386, 390.

25 So wohl auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615.

26 Die Rechtsfolgen der Auflösung treten unabhängig von der nur deklaratorisch wirkenden Eintragung ein (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 186).

schaft) besteht<sup>27</sup> oder ob ihre Entstehung auf den Zeitpunkt des vollständigen Erlöschens der rechtsfähigen Gesellschaft aufschiebend bedingt wurde, ergibt sich wiederum aus dem Willen der Gesellschafter. In dem anderen Fall, in dem eine (ursprünglich) **nicht rechtsfähige Gesellschaft im Gesellschaftsregister eintragen** wird, ist wiederum zu differenzieren. Ist die Eintragung auf die gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter zurückzuführen, ergibt sich im Zweifel daraus der für § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB erforderliche gemeinsame Wille der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr;<sup>28</sup> es entsteht somit durch wirksame Änderung des Gesellschaftsvertrags vor Eintragung bereits eine rechtsfähige Gesellschaft im Innenverhältnis und im Eintragungszeitpunkt sodann auch im Außenverhältnis (§ 719 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Wird die Eintragung nicht einvernehmlich, sondern beispielsweise durch das eigenmächtige Handeln eines Gesellschafters bewirkt, steht der Annahme einer rechtsfähigen Gesellschaft<sup>29</sup> bzw. der Fiktion einer solchen<sup>30</sup> (wie auch im Fall eines gänzlich fehlenden Gesellschaftsvertrags) der in § 705 Abs. 2 BGB verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Gesellschafter entgegen.<sup>31</sup> Insbesondere kann der in § 705 Abs. 2 BGB als maßgeblich erklärte Wille der Gesellschafter nicht per se in der Stellung eines Eintragungsantrags gesehen werden.<sup>32</sup> Es liegt in diesen Fällen somit weiterhin eine nicht rechtsfähige Gesellschaft vor.<sup>33</sup> Dritte können sich gegenüber dem eigenmächtig Handelnden Gesellschafter aber nach § 707a Abs. 3 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 HGB<sup>34</sup> auf das Bestehen einer rechtsfähigen Gesellschaft berufen.<sup>35</sup> Davon zu unterscheiden ist die auch von der Gesetzesbegründung gesehene Konstellation, dass ein Gesellschafter einer bislang ausschließlich im Innenverhältnis wirksamen *rechtsfähigen* Gesellschaft vorzeitig und ohne entsprechende Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Eintragung im Gesellschaftsregister bewirkt.<sup>36</sup> Hier entsteht durch das eigenmächtige Handeln des eintragungswilligen Gesellschafters auch im Außenverhältnis eine

27 Hierzu auch *Geibel* in BeckOGK/BGB, Stand 1.1.2019, § 705 BGB Rz. 235.

28 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162; *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 157 f.; vgl. auch *Hippeli*, DZWIR 2020, 386, 390.

29 A.A. *Bachmann*, NZG 2020, 612, 614.

30 So wohl *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 157, 160 („[Die nicht rechtsfähige Gesellschaft] ist dann aber als rechtsfähige Gesellschaft zu behandeln.“).

31 Von der (wohl) abweichenden Ansicht eines Mitglieds der Expertenkommission (s. hierzu die Darstellung der anschließenden Diskussionsbeiträge bei *Benz*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 165, 166) sowie ursprünglich angedachter gesetzlicher Vermutungsregelungen (vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 2 der von den Arbeitsgruppen ursprünglich erstellten Thesenpapiere, abrufbar unter <https://perma.cc/F64Y-ANNR>) ist auch nicht zwingend auf einen gegensätzlichen gesetzgeberischen Willen zu schließen. Vielmehr scheint die Gesetzesbegründung lediglich von einer Entbehrlichkeit des Einvernehmens im Fall einer im Innenverhältnis bereits existierenden rechtsfähigen Gesellschaft auszugehen (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162).

32 So tendenziell allerdings *Martens*, AcP 2021, 68, 97.

33 A.A. *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143, 157; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 614 und wohl auch *Martens*, AcP 2021, 68, 97, der unterstellt, dass ein jeder Eintragungsantrag vom Willen sämtlicher Gesellschafter getragen sein wird, was nicht zwingend der Fall sein muss.

34 Die im Rahmen von § 15 Abs. 3 HGB nach h.M. erforderliche Zurechenbarkeit der unrichtig eingetragenen Tatsache setzt die Mitwirkung des jeweiligen Gesellschafters bei der Anmeldung voraus (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 131; vgl. auch BGH v. 21.7.2020 – II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658, 1659 Rz. 20 = GmbHR 2020, 1067).

35 Zwar ist die Eintragung der rechtsfähigen Gesellschaft im Gesellschaftsregister fakultativ und insofern keine „einzutragende Tatsache“ i.S.v. § 15 Abs. 3 HGB. Der Normzweck des § 707a Abs. 3 BGB gebietet allerdings auch insofern eine Publizitätswirkung des Registers, so dass die *entsprechende* Anwendung von § 15 Abs. 3 HGB auch in dieser Konstellation Verkehrsschutz entfaltet (vgl. auch *Lieder*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 169, 176 sowie *Martens*, AcP 2021, 68, 97 f. sowie die Ausführungen im Tätigkeitsbericht der Expertenkommission, S. 16 („Für die Angaben im Register gilt öffentlicher Glauben.“), abrufbar unter <https://perma.cc/PHW9-EF64>); a.A. und mit entsprechender Gesetzeskritik *Geibel*, ZRP 2020, 137, 139 sowie *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39, 57 f.).

36 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162.

rechtsfähige Gesellschaft und zwar tatbestandlich und nicht nur dem äußeren Anschein nach, da hierfür nicht zwingend das Einvernehmen der Gesellschafter erforderlich ist (vgl. § 719 Abs. 1 Alt. 2 BGB).<sup>37</sup> Die von der Gesetzesbegründung angestellten Verkehrsschutz-erwägungen<sup>38</sup> rechtfertigen für diese Konstellation die Entbehrlichkeit des Einvernehmens, da hier der Wille der Gesellschafter hinsichtlich einer Teilnahme der Gesellschaft als solcher *grundsätzlich* vorhanden ist.

Aus dem vormalig Gesagten ergibt sich bereits, dass die nicht rechtsfähige Gesellschaft weder als Durchgangsstadium zur rechtsfähigen Gesellschaft zu begreifen noch mit der lediglich im Innenverhältnis rechtsfähigen Gesellschaft zu verwechseln ist.<sup>39</sup> Bei letzterer handelt es sich vielmehr um eine rechtsfähige Gesellschaft, die allein im Außenverhältnis noch nicht wirksam entstanden ist (§ 719 Abs. 1 BGB).

## b) Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft

Des Weiteren ist die nicht rechtsfähige Gesellschaft von der Bruchteilsgemeinschaft abzugrenzen. Bei letzterer handelt es sich um eine **reine Rechtsgemeinschaft**, die sich im Inneren eines gemeinschaftlichen Rechts erschöpft<sup>40</sup> und bei der sich die diesbezüglichen Rechte und Pflichten aus dem Gesetz ergeben,<sup>41</sup> während sich die Gesellschafter einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft auf vertraglicher Grundlage verpflichten, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.<sup>42</sup> Nicht rechtsfähige Gesellschaft und Bruchteilsgemeinschaft können auch **kombiniert** werden, beispielsweise können Ehegatten an einem Vermögensgegenstand Bruchteilseigentümer sein, der zugleich dem Zweck einer unter ihnen bestehenden nicht rechtsfähigen Gesellschaft zu dienen bestimmt ist.<sup>43</sup> Insbesondere hatte der Gesetzgeber diese Kombinationsmöglichkeit bei der Konzeption der nicht rechtsfähigen Gesellschaft und ihrer Vermögensverhältnisse vor Augen (hierzu ausführlich bei Rz. 33 ff.).<sup>44</sup>

Die Abgrenzung zwischen nicht rechtsfähiger Gesellschaft und Bruchteilsgemeinschaft wurde durch die **Abschaffung der Gesamthand** im Recht der Gesellschaft (hierzu bei Rz. 27) dahingehend entschärft, als es nun nicht mehr (auch) um eine sich gegenseitig ausschließende unterschiedliche Rechtszuständigkeit (Bruchteilsgemeinschaft oder Gesamthand)<sup>45</sup> geht. Es verbleibt aber die Frage, ob im konkreten Fall neben einer gemeinschaftlichen Rechtszuständigkeit (insbesondere Miteigentum) an einem Vermögensgegenstand zugleich eine diesbezügliche gemeinsame Zweckverfolgung i.S.d. § 705 Abs. 1 BGB und damit ein Gesell-

37 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162. Dies mag damit zusammenhängen, dass der Gesetzgeber ausschließlich den Fall vor Augen hatte, dass eine Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr *noch* nicht gewollt war (Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162), es sich also um eine im Innenverhältnis (bereits) bestehende rechtsfähige Gesellschaft handelt.

38 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 162 („[Der Rechtsverkehr muss sich] auf die im Gesellschaftsregister verlautbarte Existenz der Gesellschaft als Rechtssubjekt verlassen können.“).

39 Vgl. auch Geibel, ZRP 2020, 137, 139.

40 von Proff in Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 741 BGB Rz. 10; K. Schmidt in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 4.

41 Zur Bruchteilsgemeinschaft als „Quelle“ gesetzlicher Schuldverhältnisse: BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, BGHZ 62, 243, 246 = NJW 1974, 1189, 1190; Fest, AcP 2015, 765, 788; K. Schmidt in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 3.

42 Schäfer in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 132; K. Schmidt in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 4; zum Erfordernis einer Vertragsgrundlage insbesondere Geibel in BeckOGK/BGB, Stand: 1.1.2019, § 705 BGB Rz. 133; vgl. auch Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 125; Fleischer, DStR 2021, 430, 432.

43 Vgl. BGH v. 3.2.2016 – XII ZR 29/13, ZIP 2016, 860.

44 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 190.

45 Aderhold in Erman, 16. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 2; K. Schmidt in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 6.



3. Weitergehende Geltendmachung der Nichtigkeit (Abs. 2 Satz 2) .....	24
4. Keine Flexibilisierung der Nichtigkeitsrechtsfolge .....	25

## V. Weitere Fallgruppen fehlerhafter Beschlüsse

1. Tatbestandlich unvollendeter Beschluss .	28
2. Wirkungsloser Beschluss .....	29
3. Schwebend unwirksamer Beschluss ....	30

**Schrifttum:** *Bayer/Möller*, Beschlussmängelklagen de lege lata und de lege ferenda, NZG 2018, 801 ff.; *Bayer/Rauch*, Beschlussmängel im neuen Recht der Personengesellschaften nach dem MoPeG, DB 2021, 2609 ff.; *Drescher*, Beschlussmängelrecht, ZGR-Sonderheft 23, 2020, 115 ff.; *Holle*, Der privatrechtliche Beschluss, Funktionsvoraussetzungen, Tatbestand, Fehlerfolgen, § 38 II 2 (im Erscheinen); *Koch*, Empfiehl sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, 2018; *Koch*, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit? – Auf der Suche nach einem rechtsformübergreifenden Sortiermechanismus, ZHR 182 (2018), 378 ff.; *Lieder*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34 ff.; *M. Noack*, Adieu „Feststellungsmodell“, bonjour „Anfechtungsmodell“ – über den Systemwechsel im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, ZIP 2020, 1382 ff.; *Otte*, Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften nach dem Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZIP 2020, 1743 ff.; *Pieronczyk*, Folgen des Rechtsformwechsels zwischen GbR und oHG für Beschlussmängelklagen nach dem MoPeG, ZIP 2022, 1033 ff.; *Schäfer*, Grundzüge eines Beschlussmängelrechts für die Personengesellschaft, Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band II, 2019, S. 323 ff.; *Schäfer*, Beschlussfassung und Beschlussanfechtung in der Personenhandels-gesellschaft nach dem MoPeG-RegE, ZIP 2021, 1527 ff.; *K. Schmidt*, Beschlussmängel und Beschlussmängelstreitigkeiten nach der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Reformgesetzgebung und Rechtsfortbildung im Dialog, ZHR 187 (2023), 107 ff.; *Tröger/Happ*, Unzulängliche Institutionenbildung im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaft, NZG 2021, 133 ff.; *Tröger/Happ*, Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung, ZIP 2021, 2059 ff.

## I. Neuordnung des Beschlussmängelrechts

- 1 Bislang galt sowohl im Recht der GbR als auch im Recht der Personenhandelsgesellschaften, dass **sämtliche Fehler eines Beschlusses grundsätzlich dazu führen, dass die mit ihm anvisierten Rechtsfolgen von Anfang an, endgültig und von einer Geltendmachung unabhängig nicht eintreten** (§ 714 BGB Rz. 118 ff.). Auch Mängel, die allein das formale Zustandekommen eines Beschlusses betreffen, sowie die Missachtung disponibler inhaltlicher Vorgaben führten danach grundsätzlich zur Nichtigkeit des Beschlusses, die von jedermann zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden konnte.<sup>1</sup> Eingeschränkt wurde die Nichtigkeitsrechtsfolge lediglich bei als bloße Ordnungsvorschriften deklarierten Vorgaben sowie mithilfe eines Verweises auf eine Verwirkung und etwaige Treuebindungen (§ 714 BGB Rz. 121 f., 124 ff.). Ein besonderes Verfahren zur gerichtlichen Geltendmachung von Beschlussmängeln war nicht vorgesehen. Wer sich auf die Nichtigkeit des Beschlusses oder die Unrichtigkeit des festgestellten Beschlussergebnisses berief, konnte gegen diejenigen Gesellschafter, die der Feststellung widersprachen, allgemeine Feststellungsklage gem. § 256 ZPO erheben (§ 714 BGB Rz. 127 ff.). Natürliche Folge dieser „Regelungsleere“ war, dass eine Klage unbefristet erhoben werden konnte und keine Differenzierung nach der Schwere des Beschlussmangels vorzunehmen war.
- 2 Weil bei Beschlüssen einerseits ein gesteigertes Interesse an Rechtssicherheit besteht, da sie in eine Handlungsorganisation und damit in ein regelmäßig dynamisches Gebilde hineinwirken und hierbei zumeist eine Vielzahl eingegliedelter Personen binden, jedenfalls Mehrheitsbeschlüsse andererseits aber besonders fehler- und streitanfällig sind (eingehender § 714 BGB Rz. 119), erweist sich skizzierter Rechtszustand als wenig befriedigend. Grundsätzliche

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Grunewald* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 9.



und gemeinsame Interessenlage der Gesellschafter geht dahin, dass Fehler bei Entscheidungsfindung nicht zeitlich unbeschränkt und vor allem nicht von jedermann geltend gemacht werden können. Insbesondere bei größeren Gesellschaften, die im kaufmännischen Verkehr aktiv sind, wurde es als wenig praxistauglich empfunden, dass selbst kleinste Beschlussfehler fortwährend beanstandet werden konnten.<sup>2</sup> Aktienrecht vermeidet solchen Zustand, indem es in den §§ 241 ff. AktG eigenständiges Beschlussmängelrecht vorsieht, nach dem formelle und materielle Beschlussfehler grundsätzlich nur von den Aktionären und innerhalb einer eng begrenzten Frist im Rahmen einer Anfechtungsklage geltend gemacht werden können. Weil analoge Heranziehung dieser Regelungen auf die Personengesellschaften von der herrschenden Meinung stets verworfen wurde,<sup>3</sup> behalf sich die **Kautelarpraxis** zumeist mit **Klauseln über die rechtzeitige Geltendmachung von Beschlussmängeln** (vgl. auch § 714 BGB Rz. 130).<sup>4</sup>

Verfasser des Mauracher-Entwurfs haben skizzierte Rechts- und Interessenlage zum Anlass genommen, ein am Aktienrecht orientiertes Anfechtungsklagemodell für sämtliche Personengesellschaften vorzuschlagen (vgl. §§ 714a–714e BGB-Mauracher-Entwurf). Gesetzgeber des MoPeG ist dem nicht umfänglich gefolgt.<sup>5</sup> In §§ 110 ff. HGB hat er nur für die Personengesellschaften eigenständiges Beschlussmängelrecht geschaffen, sich hierbei dann allerdings am Mauracher-Entwurf und dessen Anleihen an den §§ 241–249 AktG orientiert.<sup>6</sup> Wesentliche Charakteristik des neuen Beschlussmängelrechts ist demnach die **Unterscheidung zwischen Mängeln, die bereits aus sich heraus zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen, und Mängeln, die den Beschluss erst dann unwirksam machen, wenn sie innerhalb einer bestimmten Frist wirksam angefochten werden (§ 110 HGB)**. Diese Anfechtung kann nicht durch eine einfache Erklärung erfolgen, sondern nur im Wege der **Erhebung einer Gestaltungsklage** (113 HGB). Anfechtungsbefugt ist jeder Gesellschafter (§ 111 HGB). Die Klage ist innerhalb von drei Monaten ab der Bekanntgabe des Beschlusses zu erheben (§ 112 HGB). Sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsklage sind gegen die Gesellschaft zu richten (§ 113 Abs. 2 Satz 1 HGB) und ein stattgebendes Urteil wirkt für und gegen alle Gesellschafter, auch wenn sie nicht Partei sind (§ 113 Abs. 6 HGB). Wendet sich ein Gesellschafter gegen einen Beschluss, mit dem ein Beschlussvorschlag abgelehnt wurde, kann er seinen Antrag auf Nichtigerklärung des ablehnenden Beschlusses mit dem Antrag verbinden, dass der Beschluss festgestellt wird, der bei Annahme des Beschlussvorschlags rechtmäßig gefasst worden wäre (sog. positive Beschlussfeststellungsklage).

Gesetzgeber hat darauf **verzichtet, Übergangsregelung** für Anfechtungsmodell vorzusehen.<sup>7</sup> Eine Feststellungsklage, die wegen eines Beschlussmangels, der zukünftig die Fehlerfolge der Anfechtbarkeit begründet, noch vor Inkrafttreten des MoPeG am 1.1.2024 gegen die anderen Gesellschafter erhoben worden ist, kann nicht wegen eines Versäumnisses der Klagefrist abgewiesen werden, da dem geltend gemachten Beschlussmangel zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung die Fehlerfolge der Nichtigkeit anhaftet.<sup>8</sup> Auch soll eine allgemeine Feststellungsklage gegen die anderen Gesellschafter die statthafte Klageart bleiben und keine Umstellung der Klage gegen die Gesellschaft erforderlich sein.<sup>9</sup>

Wegen der im Gesetz sowie in der Regierungsbegründung unmissverständlich zum Ausdruck gebrachten Zweiteilung können §§ 110 ff. HGB nicht analog auf die GbR angewandt

2 Vgl. auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 227.

3 Statt aller BGH v. 7.6.1999 – II ZR 278/98, NJW 1999, 3113, 3114.

4 Vgl. auch insoweit RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 227.

5 Zu Recht kritisch etwa *Lieder*, ZRP 2021, 34, 35; *K. Schmidt*, ZHR 187 (2023), 107, 114 f.

6 Vgl. RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 111, 227.

7 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

8 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

9 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

werden.<sup>10</sup> Den Gesellschaftern einer GbR bleibt es allerdings möglich, **Anwendung der §§ 110 ff. HGB auf ihre Gesellschaft zu vereinbaren** (§ 714 BGB Rz. 131)<sup>11</sup> oder ihr individuelles Regelungskonzept zumindest an diese Vorschriften anzulehnen.<sup>12</sup> Umgekehrt sind **§§ 110 ff. HGB dispositiv**, so dass die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften vereinbaren können, dass §§ 110 ff. HGB auf ihre Gesellschaft keine Anwendung finden sollen.<sup>13</sup> Ausreichend wäre insofern eine Bestimmung, die für sämtliche Beschlussstreitigkeiten die Erhebung der allgemeinen Feststellungsklage gegen die widersprechenden Gesellschafter vorsieht.<sup>14</sup> Vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag finden auf ihre Gesellschaft dann die für GbR allgemein geltenden Grundsätze Anwendung. Fehlt eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, können Probleme auftreten, wenn eine **Gesellschaft unkenntlich die Rechtsform gewechselt** hat und dies erst im Zuge der Beschlussmängelklage offenbar wird.<sup>15</sup>

## II. Systematik und Normzweck des § 110 HGB

- 6 Im Zuge der Einführung eines Beschlussmängelrechts für Personenhandelsgesellschaft ist § 110 HGB umfassend neu gefasst worden. Bisher in § 110 Abs. 1 HGB enthaltene Regelung zum Ersatz von Aufwendungen und Verlusten findet sich nunmehr über Verweisung des § 105 Abs. 3 HGB in § 716 Abs. 1 HGB. In § 110 Abs. 2 HGB geregelte Verzinsungspflicht ist in § 119 Abs. 1 HGB gewandert. § 110 HGB bildet in seiner jetzigen Fassung insofern **Kernstück** des für die Personenhandelsgesellschaften neu geregelten Beschlussmängelrechts als Norm, die grundlegende Unterscheidung zwischen Mängeln, die aus sich heraus zur Nichtigkeit des Beschlusses führen und Mängeln, die erst dann diese Wirkung zeitigen, wenn sie im Wege einer fristgebundenen Anfechtungsklage geltend gemacht werden, festschreibt.
- 7 Im Aufbau des § 110 HGB gibt Abs. 1 zunächst allgemein vor, dass Beschluss wegen Verletzung von Rechtsmängeln durch Klage auf Nichtigkeitsklärung angefochten werden kann. In Abs. 2 Satz 1 legt Vorschrift dar, dass Beschluss entweder aus sich heraus nichtig ist (Nr. 1) oder Anfechtungsklage zur Nichtigkeit des Beschlusses führt (Nr. 2). Abs. 2 Satz 2 stellt klar, dass Nichtigkeit eines Beschlusses auch auf andere Weise als durch Klage auf Feststellung der Nichtigkeit geltend gemacht werden kann. Skizzierte Reihung, die Anfechtbarkeit der Nichtigkeit voranstellt, ist missverständlich und allein Umstand geschuldet, dass Anfechtbarkeit in Praxis größeres Gewicht zukommt.<sup>16</sup> Tatsächlich ist Beschlussmängelrecht nämlich so konzipiert, dass sich **beide Fehlerfolgen gegenseitig ausschließen**.<sup>17</sup> Dabei ist es dann aber die Anfechtbarkeit, die sich negativ von der Nichtigkeit abgrenzt,<sup>18</sup> so dass Weg zur Anfechtbarkeit erst offen steht, wenn nicht ohnehin Nichtigkeit des Beschlusses gegeben ist. Gedank-

10 Ebenso *Grunewald* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 40; *Liebscher* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 69; für eine analoge Anwendung aber *Tröger/Happ*, ZIP 2021, 2059, 2069 f.; in Bezug auf Mehrheitsbeschlüsse in BGB-Außengesellschaften *K. Schmidt*, ZHR 187 (2023), 107, 117; für die eingetragene GbR *Claußen/Pieronczyk*, NZG 2021, 620, 628.

11 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 111.

12 Vgl. auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228; Vorbild; eingehender *Liebscher* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 144 ff.

13 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 111; *Liebscher* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 152; *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1533.

14 *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1533; weitergehend *Liebscher* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 5 Rz. 152 f.

15 S. hierzu eingehend *Pieronczyk*, ZIP 2022, 1033, 1036 ff.; vgl. auch *Tröger/Happ*, ZIP 2021, 2059, 2066 f.

16 Siehe auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

17 Siehe auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

18 Vgl. auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

lich ist Nichtigkeit nach Abs. 2 daher vorab zu prüfen und in Abs. 1 ist Einschränkung hinzuzulesen, dass Beschluss der Gesellschafter nur dann durch Klage auf Nichtigkeitsklärung angefochten werden kann, wenn er nicht ohnehin nichtig ist. Da sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsklage darauf abzielen, Beschluss die Rechtsgeltung abzusprechen, liegt allerdings einheitlicher Streitgegenstand vor, so dass sich Einschränkung für Kläger nicht auswirkt, weil Gericht sowohl Anfechtungs- als auch Nichtigkeitsgründe zu prüfen hat (§ 113 HGB Rz. 12).

**Nicht explizit von § 110 HGB geregelt** ist Umgang mit **tatbestandlich fehlerhaften Beschlüssen**, mit Beschlüssen, die sich **nicht auf eine einschlägige Beschlussfassungskompetenz zurückführen** lassen sowie mit **zustimmungspflichtigen Beschlüssen** (§ 714 BGB Rz. 111, 112 ff., 115 ff.). Rechtsfolgen dieser Beschlussfehler sind entlang allgemeiner Beschlussdogmatik sowie der Wertungen des § 110 HGB zu entwickeln. 8

### III. Anfechtbarkeit (Abs. 1)

#### 1. Gesetzes- oder Rechtsverletzung

§ 110 Abs. 1 HGB normiert als einzige Voraussetzung für eine Anfechtbarkeit eines Gesellschafterbeschlusses, dass dieser Rechtsvorschriften verletzt. Ausweislich Regierungsbegründung meint Gesetz mit Rechtsvorschriften jede Rechtsnorm sowie Gesellschaftsvertrag.<sup>19</sup> Das ist insofern missverständlich, als Gesellschafter auch losgelöst vom Gesellschaftsvertrag mit Blick auf einzelne oder sämtliche Beschlussfassungen bestimmte Modalitäten vereinbaren können. Deren Missachtung steht einer Verletzung des Gesellschaftsvertrags gleich, so dass mit den Rechtsvorschriften letztlich **jede Rechtsnorm sowie sämtliche Vereinbarungen der Gesellschafter** gemeint sind, unabhängig davon, ob die zuletzt genannten im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgehalten sind oder nur anlässlich einzelner Beschlussfassungen getroffen wurden. 9

Ausgehend vom Wortlaut des Gesetzes müsste des Weiteren jede Abweichung von gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Vorschriften zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen. Da Anfechtbarkeit trotz ihrer systematischen Stellung in Abs. 1 nur als „**Auffangregelung bei solchen Beschlussfehlern eingreift, die nicht bereits aus sich heraus zur Folge haben, dass Beschluss keine Rechtswirkungen zeitigt**“ (zur missverständlichen Reihung des § 110 HGB s. bereits Rz. 7), wäre solche Lesart jedoch verfehlt. Als Anfechtungsgrund scheiden vielmehr sämtliche Verstöße gegen gesetzliche oder vereinbarte Vorgaben aus, die gem. § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HGB zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Gleiches gilt bei Beschlussfehlern, die zur Folge haben, dass der Tatbestand des Beschlusses unvollendet bleibt (Rz. 28), sowie dann, wenn es an der Beschlussfassungskompetenz fehlt, das Kollektiv nicht beschlussfähig war oder eine Beschlussfassungskompetenz gegenständlich überschritten wurde (Rz. 29). Denn auch insoweit ist der Beschluss bereits aus sich heraus rechtlich wirkungslos. 10

Als Anfechtungsgrund bleiben übrig die **Missachtung sämtlicher Rechtsnormen sowie Vereinbarungen der Gesellschafter, auf deren Einhaltung die Gesellschafter verzichten können** (arg. e contr. § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 HGB) und die **weder das tatbestandliche Hervorbringen eines Beschlusses, das Vorhandensein einer Beschlussfassungskompetenz, die Beschlussfähigkeit sowie die gegenständliche Einhaltung der maßgeblichen Beschlussfassungskompetenz betreffen**. Mit Blick hin zu den Nichtigkeitsgründen wird auf diese Weise gewährleistet, dass Dispositionsbefugnis, ob gegen den Beschluss Anfechtungsklage erhoben wird, mit der Dispositionsbefugnis über das materielle Recht korrespondiert.<sup>20</sup> 11

19 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 228.

20 Vgl. auch RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 229.

### III. Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten bei Eintritt (Abs. 2)

1. Bestehende – und eingetragene – Handelsgesellschaft ..... 34

2. Eintritt als „weiterer Gesellschafter“ .... 36  
3. Entsprechende Anwendung des Abs. 1 .. 41

### IV. Prozessuales ..... 44

**Schrifttum:** *Bialluch-von Allwörden*, Übertragung von Kommanditanteilen – aufschiebend bedingte Abtretung durch MoPeG passé?, NZG 2022, 791; *Leo/John*, Endlich Klarheit für die Praxis – § 176 II HGB in der Fassung des MoPeG, NZG 2021, 1195; *Scholz*, Funktion und Funktionsweise von § 176 HGB im modernisierten Personengesellschaftsrecht, ZIP 2023, 665; *Stephan*, Kommanditistenhaftung bei Beteiligungsänderungen – Das Haftungssystem, NZG 2021, 1481; *Stephan*, Kommanditistenhaftung bei Beteiligungsänderungen – Die Haftsumme, NZG 2021, 1533.

## I. Grundlagen

Die Vorschrift etabliert die Kommanditistenhaftung **vor Eintragung als grundsätzlich unbeschränkte, aber auf die Haftsumme beschränkbare Haftung** (Rz. 22 ff.) und für die Fälle der fehlenden Zustimmung zum Geschäftsbeginn (Rz. 30) sowie der Anteilsübertragung und -umwandlung (Rz. 36 ff.) sogar von vornherein auf die Haftsumme beschränkte Haftung. Insofern steht § 176 HGB nicht neben den §§ 171 ff. HGB, sondern fügt sich in das System der beschränkten Kommanditistenhaftung ein (§ 171 HGB Rz. 8 ff.).

Die Haftung vor Eintragung der Gesellschaft ist in **Abs. 1** geregelt. Dieser bestimmt, dass Kommanditisten, die der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt haben, für die bis zur Eintragung begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten wie Komplementäre, d.h. unbeschränkt haften, es sei denn, dass ihre Kommanditbeteiligung dem Gläubiger bekannt war. Der Kommanditist haftet daher vor Eintragung grundsätzlich unbeschränkt, kann seine Haftung – wie im Wortlaut nur unvollständig zum Ausdruck kommt – jedoch auf die Haftsumme beschränken, indem er den Gläubiger vor Begründung der Verbindlichkeit über seine Kommanditistenstellung in Kenntnis setzt.

Diese Möglichkeit besteht indessen nur, wenn es sich bei der Gesellschaft um eine Kommanditgesellschaft i.S.d. § 161 Abs. 1 HGB, mithin um eine „Ist-KG“ handelt. Denn § 176 Abs. 1 HGB gilt nur für Gesellschaften, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Für die nicht eingetragene „Kann-KG“ i.S.v. § 107, § 161 Abs. 2 HGB gilt § 176 Abs. 1 HGB dagegen nicht. Sie ist GbR mit der Folge der zwingend unbeschränkten Gesellschafterhaftung gem. § 721 BGB. Insofern begründet § 176 Abs. 1 HGB ein **Haftungsprivileg für den Kommanditisten der nicht eingetragenen „Ist-KG“**. Hierzu hatte sich die Vorschrift im Zuge der Veränderung des Haftungsregimes der GbR (vgl. § 721 BGB Rz. 1) bereits vor dem MoPeG entwickelt. Die Privilegierungsfunktion wird zwar durch die Möglichkeit, die unbeschränkte Haftung unter Berufung auf die negative Publizität des Handelsregisters parallel auch auf § 721 BGB zu stützen (Rz. 45 f.), nicht unerheblich relativiert.<sup>1</sup> Sachlich lässt sich die Ungleichbehandlung gleichwohl kaum rechtfertigen.<sup>2</sup> Der Regierungsentwurf zum MoPeG wollte diese „Unstimmigkeiten“ durch Streichung der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung beheben.<sup>3</sup> Im Rechtsausschuss wurde die „vorgesehene Verschärfung der Haftung der Kommanditisten vor der Eintragung“ allerdings zurückgenommen und die „Haftungserleichterung“ bewusst beschränkt,<sup>4</sup> so dass die Ungleichbehandlung de lege lata mangels planwidriger Regelungslücke hinzunehmen ist.

1 Im Einzelnen *Scholz*, ZIP 2023, 665, 671.

2 Eingehend zur Privilegierungswirkung des § 176 Abs. 1 HGB als fortbestehendem Regulationsproblem *Scholz*, ZIP 2023, 665, 674 f.

3 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 258 f.

4 Bericht Rechtsausschuss MoPeG, BT-Drucks. 19/31105, 9.

- 4 Nichtsdestotrotz begründet § 176 Abs. 1 HGB eine deutliche **Haftungsverschärfung gegenüber dem Haftungsregime nach Eintragung** und übt deshalb – zusätzlich zum nach § 14 i.V.m. § 106 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB drohenden Registerzwang – Druck auf die Gesellschafter aus, die KG zum Handelsregister anzumelden.<sup>5</sup> In dieser Druckwirkung liegt die historische Funktion der Vorschrift.<sup>6</sup> Auf Grund der negativen Publizität des Handelsregisters und der Möglichkeit, den Kommanditisten auch als GbR-Gesellschafter unbeschränkt in Anspruch zu nehmen (Rz. 45 f.), hat sich an dieser Druckfunktion trotz der zwischenzeitlich eingetretenen Privilegierungswirkung (Rz. 3) nicht viel geändert.<sup>7</sup>
- 5 Die Haftung des neu eingetretenen, aber noch nicht eingetragenen Kommanditisten regelt **Abs. 2** durch einen Rechtsfolgenverweis auf Abs. 1, konzipiert die Haftung mithin ebenfalls als grundsätzlich unbeschränkte, aber auf die Haftsumme beschränkbare Haftung.
- 6 Das gilt aber nur für den Beitritt „weiterer Gesellschafter“. Die Übertragung eines Kommanditanteils fällt daher nicht unter die Vorschrift,<sup>8</sup> was dem Erwerber der Beteiligung indessen nicht die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nehmen, sondern seine Haftung von vornherein auf die bereits eingetragene Haftsumme begrenzen soll (Rz. 36). Daher begründet § 176 Abs. 2 HGB eine **Haftungsverschärfung für den nicht eingetragenen Neu-Kommanditist nach Eintragung der Gesellschaft**. Diese übt wie § 176 Abs. 1 HGB (Rz. 4) Druck auf die Gesellschafter aus, den Eintritt zum Handelsregister anzumelden.
- 7 Angesichts des Umstands, dass die unbeschränkte Haftung sowohl nach Abs. 1 als auch Abs. 2 unter dem Vorbehalt der Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditbeteiligung steht, gewährleistet § 176 HGB nach Rechtsprechung und herrschender Lehre in beiden Absätzen **abstrakten Vertrauensschutz**, so dass von der unbeschränkten Haftung – ebenso wie von der Publizität des Handelsregisters (§ 15 HGB Rz. 2) – nur solche Verbindlichkeiten erfasst werden sollen, die auf einer Disposition des Gläubigers beruhen, für die der Haftungsumfang des Kommanditisten zumindest potenzielle Relevanz besitzt.<sup>9</sup> Insofern versteht sich der Vertrauensschutz des § 176 HGB zugleich als *lex specialis* gegenüber § 15 HGB und wird daher weder durch § 15 Abs. 1 HGB (Maßgeblichkeit der Bekanntmachung) noch durch § 15 Abs. 1 Satz 2 HGB (Schonfrist nach der Bekanntmachung) verlängert.<sup>10</sup>
- 8 Darüber hinaus impliziert § 176 Abs. 1 HGB, dass die **Entstehung der KG gegenüber Dritten** gem. § 123 Abs. 1 Satz 2, § 161 Abs. 2 HGB nicht von der Zustimmung der Kommanditisten abhängt.<sup>11</sup> Denn nach § 176 Abs. 1 HGB haftet unbeschränkt nur der Kommanditist, der der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt hat. Die Formulierung „jeder Kommandi-

5 Mock in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 5. Aufl. 2019, § 176 HGB Rz. 1.

6 Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift. Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs, 1897 (abrufbar unter <https://perma.cc/WJ6J-2AMQ>), S. 125: „nicht zu entbehren, weil sie das wirksamste Mittel bildet, um die schleunige Eintragung in das Handelsregister und hierdurch eine sichere Grundlage für das Verhältniß zu Dritten herbeizuführen“.

7 Eingehend Scholz, ZIP 2023, 665, 671.

8 Bericht Rechtsausschuss MoPeG, BT-Drucks. 19/31105, 9.

9 BGH v. 28.10.1981 – II ZR 129/80, BGHZ 82, 209, 215 = ZIP 1982, 177, 179; Mock in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 5. Aufl. 2019, § 176 HGB Rz. 1; K. Schmidt/Grüneberg in MünchKomm/HGB, 5. Aufl. 2022, § 176 HGB Rz. 1; Wertenbruch in Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Rz. I 3113 (Stand: 10/2018).

10 Mock in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, 5. Aufl. 2019, § 176 HGB Rz. 20; K. Schmidt/Grüneberg in MünchKomm/HGB, 5. Aufl. 2022, § 176 HGB Rz. 47 f.; Stephan, NZG 2021, 1481, 1482 f.; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 176 HGB Rz. 19.

11 Scholz, ZIP 2023, 665, 667 f.; vor der Neufassung des § 123 HGB durch das MoPeG bereits Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 176 HGB Rz. 10; Wertenbruch in Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Rz. I 3108; a.A. Thiessen in Staub, 5. Aufl. 2015, § 176 HGB Rz. 45.



tist, der der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt hat“ schließt ein, dass es auch Kommanditisten geben kann, die ihre Zustimmung nicht erteilt haben. Da § 176 Abs. 1 HGB zugleich die Haftung der konsentierenden Kommanditisten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft anordnet, muss die Gesellschaft auch dann nach außen wirksam werden, wenn es an der Zustimmung einzelner Kommanditisten fehlt. Diese haften dann nicht „gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter“, sondern eben als Kommanditisten, also gem. § 171 Abs. 1 Halbs. 1 HGB beschränkt auf die noch nicht eingetragene Haftsumme (Rz. 19).

Im Zuge des MoPeG sollte § 176 HGB auf das Prinzip zurückgeführt werden, „dass sich eine Haftungsbeschränkung, hier in Gestalt der beschränkten Kommanditistenhaftung, nur durch Vertrag mit dem einzelnen Gesellschaftsgläubiger oder eben durch Registereintragung erreichen lässt“. <sup>12</sup> Hierzu sah der Regierungsentwurf vor, den haftungsbeschränkenden Einwand in § 176 Abs. 1 HGB zu streichen und den Haftungstatbestand zudem ausdrücklich auf die nicht eingetragene Kann-KG zu erstrecken. <sup>13</sup> Seine Gesetz gewordene Fassung erhielt § 176 HGB im Rechtsausschuss. Dort wurde „die im Regierungsentwurf vorgesehene Verschärfung der Haftung der Kommanditisten vor der Eintragung zurückgenommen und auf den Stand des geltenden § 176 Abs. 1 HGB gebracht“. <sup>14</sup> Darüber hinaus wurde durch den Rechtsausschuss der Tatbestand von § 176 Abs. 2 HGB um die Formulierung „ein weiterer Gesellschafter als Kommanditist“ angepasst; durch sollte „die bisher umstrittene Frage klargestellt werden, dass die Übertragung eines Kommanditanteils auf einen anderen – auch neuen – Gesellschafter bei gleichzeitigem Ausscheiden des bisherigen Anteilsinhabers nicht unter die Vorschrift fällt, so dass die Haftungsbestimmung des Abs. 1 in diesem Fall keine Anwendung findet“. <sup>15</sup>

## II. Kommanditistenhaftung vor Eintragung der Gesellschaft (Abs. 1)

### 1. Das Haftungsregime im Überblick

Die gesetzliche Formulierung macht Tatbestand und Rechtsfolgen des § 176 Abs. 1 HGB schwer verständlich. <sup>16</sup> Ordnet man die Vorschrift, so bestimmt § 176 Abs. 1 HGB auf Rechtsfolgenseite, dass der Kommanditist für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, d.h. nach Maßgabe der §§ 126, 128, 129 i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB unbeschränkt haftet. <sup>17</sup> Weil § 176 Abs. 1 HGB nach herrschender Meinung eine abstrakte Vertrauenshaftung begründet, werden von dieser **unbeschränkten Haftung** nur solche Verbindlichkeiten erfasst, die auf einer Disposition des Gläubigers beruhen, für die der Haftungsumfang des Kommanditisten zumindest potenzielle Relevanz besitzt (Rz. 7).

<sup>12</sup> Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 259.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 49 Nr. 15 RegE MoPeG, nach dem § 176 Abs. 1 HGB wie folgt gefasst werden sollte: „Hat die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilgenommen, bevor sie in das Handelsregister eingetragen ist, haftet jeder Kommanditist, der der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Dies gilt entsprechend für eine Kommanditgesellschaft, die nach § 107 Absatz 1 erst mit Eintragung in das Handelsregister im Verhältnis zu Dritten entsteht.“ Dazu Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 258 f.

<sup>14</sup> Bericht Rechtsausschuss MoPeG, BT-Drucks. 19/31105, 9.

<sup>15</sup> Bericht Rechtsausschuss MoPeG, BT-Drucks. 19/31105, 9.

<sup>16</sup> Zur Funktionsweise des § 176 Abs. 1 HGB eingehend Scholz, ZIP 2023, 665, 666 ff. mit einer transparenten Formulierung der Vorschrift auf S. 674.

<sup>17</sup> Siehe nur Mock in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, 5. Aufl. 2019, § 176 HGB Rz. 14.



# Umwandlungsgesetz (UmwG)

## Verschmelzung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften (§§ 39–42)

### § 39 UmwG

#### Ausschluss der Verschmelzung

Eine aufgelöste Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann sich nicht als übertragender Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligen, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung als die Abwicklung durch Liquidation oder als die Verschmelzung vereinbart haben.

In der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.8.2021 (BGBl. I 2021, 3436).

#### I. Allgemeines

- |  |   |
|--|---|
| 1. eGbR als verschmelzungsfähiger Rechtsträger ..... | 1 |
| 2. Funktion des Ersten Unterabschnitts ...           | 7 |
| 3. Regelungsstruktur .....                           | 8 |

#### II. Überblick über § 39 UmwG

- |   |    |
|---|----|
| 1. Systematischer Zusammenhang mit § 3 Abs. 3 UmwG .....  | 9  |
| 2. Normzweck .....  | 13 |
| 3. Entsprechende Anwendung und Parallelvorschriften ..... | 15 |

#### III. Inhalt der Vorschrift

- |   |    |
|---|----|
| 1. Einschränkung der Verschmelzungsfähigkeit .....      | 17 |
| 2. Aufgelöste eGbR als übertragender Rechtsträger ..... | 18 |
| 3. Andere Art der Auseinandersetzung ...                | 22 |
| 4. Aufgelöste eGbR als übernehmender Rechtsträger ..... | 24 |

#### IV. Rechtsfolgen bei Verstoß .....

#### V. Verfahrensvorschriften .....

**Schrifttum:** *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612; *Bachmann*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NJW 2021, 3073; *Bärwaldt/Richter*, Das künftige Recht der GbR und seine Auswirkungen auf die Registerpraxis, DB 2021, 2476; *Bayer*, 1000 Tage neues Umwandlungsrecht – eine Zwischenbilanz, ZIP 1997, 1613; *Beuthien*, Darf die Innengesellschaft kein Vermögen bilden?, NZG 2017, 201; *Bungert/Strotthotte*, Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem Referentenentwurf des UmRUG, BB 2022, 1411; *Claußen/Pieronczyk*, Das Beschlussmängelrecht in der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ein Plädoyer für die Erstreckung des Anfechtungsmodells auf die „eGbR“, NZG 2021, 620; *Denga*, Zur Definition der Außen-GbR, ZfPW 2021, 73; *Drescher*, Beschlussmängelrecht, ZGR-Sonderheft, 2020, 115; *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430; *Ganske*, Umwandlungsrecht, Textausgabe des Umwandlungsgesetzes (UmwG) und des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG) 2. Aufl. 1995; *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539; *Heckschen*, Die Entwicklung des Umwandlungsrechts aus Sicht der Rechtsprechung und Praxis, DB 1998, 1385; *Heckschen*, Das Umwandlungsrecht unter besonderer Berücksichtigung registerrechtlicher Problembereiche, Rpfleger 1999, 357; *Heckschen*, Differenzhaftung und existenzvernichtender Eingriff bei der Verschmelzung in der Krise, NZG 2019, 187; *Heckschen*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 761; *Hoffmann*, Ausscheiden oder Auflösen – Grundsatzfrage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts neu gestellt im Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), FS Heidelberg, 2021, S. 79; *Kögel*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – ein Überblick, Rpfleger 2022, 56; *Kruse*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und seine Auswirkungen aus Praktikersicht, DStR 2021, 2412; *Lieder*, Modernisie-

rung des Personengesellschaftsrechts. Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34; *Lutter*, Zur Reform von Umwandlung und Fusion. Das Konzept und seine Verwirklichung im Diskussionsentwurf, ZGR 1990, 392; *Madaus*, Umwandlungen als Gegenstand eines Insolvenzplans, ZIP 2014, 2133; *Mülbner*, Die rechtsfähige Personengesellschaft: Rechtsfähigkeit, akzessorische Mitglie derhaftung und das Umwandlungsrecht, AcP 199 (1999), 38; *Neye*, Die Änderungen im Umwandlungsrecht nach den handels- und gesellschaftsrechtlichen Reformgesetzen in der 13. Legislaturperiode, DB 1998, 1649; *Noack*, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, 581; *Noack/Boguslawski*, Das Gesellschaftsregister der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG – eine Problemskizze, FS Henssler, 2023, S. 1113; *Pieronczyk*, Folgen des Rechtsformwechsels zwischen GbR und oHG für Beschlussmängelklagen nach dem MoPeG, ZIP 2022, 1033; *Priester*, Personengesellschaften im Umwandlungsrecht. Praxisrelevante Fragen und offene Posten, DStR 2005, 788; v. *Proff*, Ausscheiden statt Auflösen: Handlungs- und Beratungsbedarf infolge des MoPeG bei der GbR in der Übergangsphase, NZG 2023, 147; *Richter*, Typische GbR-Gesellschafter, 2023; *Röder*, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450; *Schäfer*, Grundsatzfragen bei der anstehenden Reform des Personengesellschaftsrecht, FS Seibert, 2019, S. 723; *Schäfer*, Innengesellschaft – die Zündapp unter den Gesellschaften, FS Windbichler, 2020, S. 981; *Schäfer*, Beschlussfassung und Beschlussanfechtung in der Personenhandels-gesellschaft nach dem MoPeG-RegE, ZIP 2021, 1527; *Schluck-Amend*, Keine Differenz-, aber Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter bei der Verschmelzung einer insolvenzreifen GmbH, DStR 2019, 1312; *H. Schmidt*, Verschmelzung von Personengesellschaften, in *Lutter* (Hrsg.), Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, 1995, S. 59; *K. Schmidt*, Gesetzliche Gestaltung und dogmatisches Konzept eines neuen Umwandlungsgesetzes – Überlegungen zur legislatorischen Praxis und Theorie, ZGR 1990, 580; *K. Schmidt*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts: Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsinstituts im Unternehmensrecht, AcP 191 (1991), 495; *K. Schmidt*, Umwandlung von Vorgesellschaften? §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, FS Zöllner, 1998, S. 521; *K. Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? Vorüberlegungen für eine konsistente Reform, ZHR 177 (2013), 712; *K. Schmidt*, Umwandlung stiller Beteiligungen in GmbH-Geschäftsanteile, NZG 2016, 4; *K. Schmidt*, Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften, ZHR 185 (2021), 16; *Schöne*, Das Aktienrecht als „Maß aller Dinge“ im neuen Umwandlungsrecht? Zugleich Anmerkungen zu den Kölner Umwandlungsrechtstagen, GmbHR 1995, 325; *Simon/Merkelbach*, Gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen im Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG, NZG 2012, 121; *Streck/Mack/Schwedhelm*, Verschmelzung und Formwechsel nach dem neuen Umwandlungsgesetz, GmbHR 1995, 161; *Tröger/Happ*, Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung, ZIP 2021, 2059; *Tröger/Happ*, Unzulängliche Institutionenbildung im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaft, NZG 2021, 133; *Tröger/Happ*, Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung, ZIP 2021, 2059; *Versel/Tassius*, Die Entstehung der rechtsfähigen GbR im reformierten Personengesellschaftsrecht, FS Grunewald, 2021, S. 1159; *Wachter*, Umwandlung insolventer Gesellschaften, NZG 2015, 858; *Westermann*, Das Gesellschaftsregister – ein neues Instrument zur Bewältigung älterer und neuerer Aufgaben im Personengesellschaftsrecht, FS Säcker, 2021, S. 343; *Wicke*, Sanierungsfusion und Existenzvernichtungshaftung, DNotZ 2019, 405; *Zöllner*, Bemerkungen zu allgemeinen Fragen des Referentenentwurfs eines Umwandlungsgesetzes, ZGR 1993, 334.

## I. Allgemeines

### 1. eGbR als verschmelzungsfähiger Rechtsträger

- 1 Mit dem am 1.1.2024 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.8.2021<sup>1</sup> (MoPeG) und der damit vollzogenen Generalrevision des Personengesellschaftsrechts wurde die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts (eGbR) in den **Kreis der verschmelzungsfähigen Rechtsträger** aufgenommen. Ermöglicht wurde dieser Schritt vor allem durch die Einführung eines Gesellschaftsregisters als neues Subjektregis-

<sup>1</sup> BGBl. I 2021, 3436.

ter mit Publizitätswirkung, denn ohne Registereintragung lässt sich die Universalsukzession nach §§ 20, 131 UmwG nicht bewerkstelligen.<sup>2</sup>

Aus umwandlungsrechtlicher Sicht stellt die Einbeziehung der GbR in den Kreis der verschmelzungsfähigen Rechtsträger eine **grundlegende Neuerung** dar, denn bislang kam die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts lediglich als Zielrechtsträger eines Formwechsels in Betracht (vgl. § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG a.F.).<sup>3</sup> Sie konnte sich also weder als formwechselnder Rechtsträger an einem Formwechsel noch an einer anderen Umwandlungsart i.S.v. § 1 Abs. 1 UmwG beteiligen. Dieser Ausschluss der GbR erfolgte bewusst. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 UmwG a.F. zählen die verschmelzungsfähigen Rechtsträger abschließend auf,<sup>4</sup> so dass eine analoge Anwendung des Gesetzes mangels planwidriger Regelungslücke ausgeschlossen war.<sup>5</sup> Vor der eigentlichen Umwandlungsmaßnahme musste daher stets ein Wechsel in eine verschmelzungsfähige Rechtsform durchgeführt<sup>6</sup> oder eine der Verschmelzung wirtschaftlich gleichstehende oder nahe kommende Transaktion **außerhalb des UmwG** gewählt werden (s. § 214 UmwG Rz. 1).<sup>7</sup> Seit Inkrafttreten des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG im Jahr 2024 ist für die **rechtsfähige Gesellschaft** (Außengesellschaft, § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB), die von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, sich zu dem neu eingeführten Gesellschaftsregister anzumelden (§ 707 Abs. 1 BGB), die Verschmelzung in vollem Umfang eröffnet. Die **nicht rechtsfähige Gesellschaft** (Innengesellschaft<sup>8</sup>; zur systemprägenden Unterscheidung dieser beiden Erscheinungsformen s. § 705 BGB Rz. 69 ff.; § 740 BGB Rz. 3 ff.) ist nicht verschmelzungsfähig. Sie kann mangels Rechtsfähigkeit selbst nicht Trägerin eines Vermögens sein (§ 740 Abs. 1 BGB),<sup>9</sup> welches sie als Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 20 Abs. 1 Nr. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) übertragen könnte. Zudem ist zu bedenken, dass mit jedem Umwandlungsvorgang notwendig der gemeinsame Wille der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr einhergeht, womit schon nach Maßgabe des § 705 Abs. 2 Halbs. 1 BGB (s. § 705 BGB Rz. 76) keine nicht rechtsfähige Gesellschaft besteht, sondern

2 K. Schmidt in FS Zöllner, 1998, S. 521, 529 f.; s. auch Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 264; Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 5; vgl. auch Begründung des Mauracher Entwurfs, S. 190.

3 Dazu Mülbert, AcP 199 (1999), 38, 52 ff.; kritisch zur fehlenden Verschmelzungsfähigkeit der GbR etwa Lutter, ZGR 1990, 392, 399 f.; K. Schmidt, ZGR 1990, 580, 591 f.; Winter in Schmitt/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 14 f.; Priester, DStR 2005, 788 („stiefmütterlich behandelt“); Winter in Schmitt/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 15.

4 Begr. RegE UmwBerG zu § 3 UmwG, abgedruckt in Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 47.

5 H. Schmidt in Lutter, Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, 1995, S. 59, 61 Fn. 3.

6 Heckschen, NZG 2020, 761 f.; s. auch Simon in KölnKomm/UmwG, 2009, § 3 UmwG Rz. 51; Petersen in KölnKomm/UmwG, 2009, § 191 UmwG Rz. 8.

7 Dazu Heckschen in Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Rz. I 5042 (85. EL April 2023); Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, 10. Aufl. 2023, Rz. 493 ff.

8 Zu den Begriffspaaren rechtsfähige Gesellschaft/Außengesellschaft und nicht rechtsfähige Gesellschaft/Innengesellschaft sowie der systembildenden Unterscheidung zwischen beiden Rechtsformvarianten einer GbR vgl. Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 103; Schäfer in MünchKomm/BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 705 BGB Rz. 96; § 705 BGB Rz. 184 ff.; Armbrüster in Schäfer, Neues PersGesR, § 3 Rz. 1; Bachmann, NZG 2020, 612, 614; Fleischer, DStR 2021, 430, 432; Westermann in FS Sacker, 2021, S. 343, 346 f.; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 20 ff.

9 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 103, 190; Schäfer in FS Windbichler, 2020, S. 981, 985; zur umstrittenen Frage der gesamthänderischen Vermögensbildung bei der Innengesellschaft Schäfer in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rz. 285, 288; Armbrüster in Schäfer, Neues PersGesR, § 3 Rz. 48 ff.; Beuthien, NZG 2017, 201, 204; Schäfer in FS Seibert, 2019, S. 723, 729 ff.; Bachmann, NZG 2020, 612, 615 f.; Fleischer, DStR 2021, 430, 438; Bachmann, NJW 2021, 3073, 3076; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 21 f.; zur Wechselbezüglichkeit von Rechtsfähigkeit und Vermögen Denga, ZfPW 2021, 73, 76.

von einer rechts- und (uneingeschränkt) vermögensfähigen Gesellschaft auszugehen ist, deren Verschmelzungsfähigkeit gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG von einer Registereintragung abhängt (s. Rz. 4). Da die stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB) eine klassische Innengesellschaft darstellt,<sup>10</sup> gehört sie ebenfalls nicht zum Kreis der verschmelzungsfähigen Rechtsträger.<sup>11</sup>

- 3 Macht die Gesellschaft von ihrer fakultativen<sup>12</sup> Eintragung nach § 707 Abs. 1 BGB Gebrauch (zum Wahlrecht s. § 707 BGB Rz. 2), dann kann sie sich als „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „eGbR“ (§ 707a Abs. 2 Satz 1 BGB; zum zwingenden Rechtsformzusatz s. § 707a BGB Rz. 7 ff.) an Verschmelzungen als übertragender und übernehmender Rechtsträger beteiligen. Sie kann auch als neuer Rechtsträger fungieren. In diesem Fall ist die neue GbR im Gesellschaftsregister anzumelden. Die Registrierung eröffnet ihr zugleich die Möglichkeit, an einer **Spaltung** (§§ 123 ff. UmwG) mitzuwirken. Rechtstechnisch wurde dies dadurch vollzogen, dass § 124 Abs. 1 UmwG im Zuge des MoPeG keine inhaltliche Änderung erfahren hat und damit zur Bestimmung der spaltungsfähigen Rechtsträger weiterhin auf die in § 3 Abs. 1 UmwG genannten uneingeschränkt verschmelzungsfähigen Rechtsträger Bezug nimmt. Eine **Vermögensübertragung** (§§ 174 ff. UmwG) unter Beteiligung einer GbR ist indes auch nach Inkrafttreten des MoPeG ausgeschlossen (§ 175 UmwG). Mitwirken kann sie demgegenüber an einem **Formwechsel**, und zwar sowohl als formwechselnder Ausgangsrechtsträger als auch als neuer Rechtsträger. Aufgrund der Änderung des § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG ist der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GbR nun allerdings registereingetragen, d.h., er ist nur möglich, wenn die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Gleiches gilt, wenn die rechtsfähige GbR von der durch das MoPeG neu geschaffenen Möglichkeit Gebrauch macht und sich als Ausgangsrechtsträger in eine Kapitalgesellschaft oder in eine eG umwandelt (§ 191 Abs. 1 Nr. 1, § 214 Abs. 1 UmwG). Auch dieser Vorgang steht nur der eingetragenen Gesellschaft offen (s. § 214 UmwG Rz. 1).
- 4 Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG sind nur „eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts“ verschmelzungsfähig. Das kann auch nicht anders sein, denn die Verschmelzung knüpft an die Registerpublizität an, und eben an dieser fehlt es, wenn die GbR von ihrer Eintragungsmöglichkeit nach § 707 Abs. 1 BGB keinen Gebrauch macht. Das aber bedeutet auch: Nicht die Entstehung der rechtsfähigen GbR, sondern die Eintragung in das Gesellschaftsregister markiert den Beginn ihrer Verschmelzungsfähigkeit. Damit ist die Registereintragung nicht nur auf der Ebene des Registervollzugs von Relevanz. Sie stellt vielmehr eine **materielle Verschmelzungsvoraussetzung** dar.<sup>13</sup> Der Sache nach gilt damit für Gesellschaften bürgerlichen Rechts nichts anderes als für Kapitalgesellschaften. Denn auch diese erlangen erst durch die Registereintragung ihre Verschmelzungsfähigkeit.<sup>14</sup> Anders als bei den Gesellschaften bürgerlichen Rechts folgt dies freilich nicht daraus, dass im Katalog der verschmelzungsfähigen Rechtsträger die Registereintragung der Kapitalgesellschaft vorausgesetzt wird. Denn das ist nicht der Fall. Der Grund liegt vielmehr darin, dass die Handelsregistereintragung konstitutiv für ihre Entstehung ist (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 278 Abs. 3 i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 11 Abs. 1 GmbHG) und § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG eine

10 K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 23.

11 Stengel in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 3 UmwG Rz. 10.

12 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 128; Schäfer in MünchKomm/BGB, 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rz. 7; dazu kritisch Heckschen, NZG 2020, 761, 762 f.; Geibel, ZRP 2020, 137, 140; zum Eintragungswahlrecht K. Schmidt, ZHR 177 (2013), 712, 728 f.; Röder, AcP 215 (2015), 450, 466 ff.; Richter, Typische GbR-Gesellschafter, 2023, S. 371 ff.

13 Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 46; a.A. Fleischer, DStR 2021, 430, 434 („formelles Voreintragungserfordernis“, „verfahrensrechtliche Voraussetzung“).

14 Simon in KölnKomm/UmwG, 2009, § 3 UmwG Rz. 22; Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 10; Stengel in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 3 UmwG Rz. 22; Hoyer/Hoyer in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 19; kritisch K. Schmidt, ZGR 1990, 580, 592.

Kapitalgesellschaft voraussetzt. Vor ihrer Eintragung in das Handelsregister besteht die Kapitalgesellschaft „als solche“ nicht.<sup>15</sup> Dennoch lässt sich konstatieren, dass zwischen den Gesellschaften bürgerlichen Rechts und den Kapitalgesellschaften ein Gleichlauf besteht. Beide erlangen – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen – erst durch die Registereintragung ihre Verschmelzungsfähigkeit. Anders liegen die Dinge bei der Personenhandelsgesellschaft. Deren materielle Verschmelzungsfähigkeit hängt nicht von einer Eintragung im Handelsregister ab. Betreibt eine Gesellschaft ein Handelsgewerbe, so ist sie unabhängig von ihrer Eintragung ins Handelsregister nach § 105 Abs. 1 i.V.m. § 1 HGB eine Personenhandelsgesellschaft und damit gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG verschmelzungsfähig.<sup>16</sup> Die Registereintragung der Personenhandelsgesellschaft ist erst für den Registervollzug erforderlich, da die Verschmelzung nach § 19 Abs. 1 UmwG in das Register sämtlicher Rechtsträger einzutragen ist.

Das UmwG geht in § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG von der Existenz bereits eingetragener Gesellschaften bürgerlichen Rechts aus. Möchte sich eine GbR als übertragender oder übernehmender Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligen, sollte daher eine **Eintragung „auf Vorrat“** erfolgen.<sup>17</sup> Die Umwandlungsmaßnahme kann dann ohne die Gefahr einer zeitlichen Verzögerung aufgrund einer noch ausstehenden Registereintragung umgesetzt werden. Sollen die Vorbereitungshandlungen für die Verschmelzung bereits in die Wege geleitet werden, obgleich die nach einvernehmlichem Geschäftsbeginn im Außenverhältnis entstandene GbR (§ 719 Abs. 1 Alt. 1 BGB)<sup>18</sup> noch nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist, kann die Anmeldung der Gesellschaft zusammen mit der Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vorgenommen werden.<sup>19</sup> Dazu wird die Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet und im Verschmelzungsvertrag auf die zuvor erfolgte Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister durch genaue Bezeichnung der Anmeldung mit Datum und Urkundennummer Bezug genommen. Dass bei diesem Vorgehen der Verschmelzungsvertrag von einer nicht eingetragenen GbR und damit von einem **noch nicht verschmelzungsfähigen Rechtsträger** geschlossen wird, ist unschädlich. Unabhängig von der fehlenden Verschmelzungsfähigkeit kann die nicht eingetragene GbR, deren Rechtsfähigkeit nicht konstitutiv an die Registereintragung geknüpft ist,<sup>20</sup> mit Blick auf ihre bevorstehende Registrierung einen Verschmelzungsvertrag schließen sowie den erforderlichen Zustimmungsbeschluss einholen, insbesondere auch mit der qualifizierten Mehrheit des § 39c Abs. 2 Satz 2 UmwG. Die gesetzlichen Verschmelzungswirkungen nach § 20 UmwG können allerdings erst eintreten, wenn die GbR eingetragen ist. Bis dahin besteht ein **formelles Eintragungshindernis**.<sup>21</sup> Es kommt damit zu einer aufschiebend bedingten Verschmelzung.<sup>22</sup> Die Situation ist insoweit mit derjenigen der **Kapitalvorgesellschaft** vergleichbar. Auch sie ist kein verschmelzungsfähiger

15 K. Schmidt in FS Zöllner, 1998, S. 521.

16 Simon in KölnKomm/UmwG, 2009, § 3 UmwG Rz. 19; Stengel in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 3 UmwG Rz. 15; Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 46; Hoyer/Hoyer in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 6.

17 Zu den Vor- und Nachteilen einer Voreintragung Armbrüster in Schäfer, Neues PersGesR, § 3 Rz. 35 f.

18 Kritisch dazu Verse/Tassius in FS Grunewald, 2021, S. 1159, 1166 ff.; Geibel, ZRP 2020, 137, 139.

19 Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 47, 49.

20 Noack, NZG 2020, 581, 582; der Vorschlag, die Rechtsfähigkeit der GbR konstitutiv an die Registereintragung zu knüpfen, konnte sich nicht durchsetzen; s. dazu etwa Habersack, ZGR 2020, 539, 554 ff.; Habersack, Verhandlungen des 71. DJT 2016, Band II/2, 2017, S. O 127 f., 188 f.; Wicke, Verhandlungen des 71. DJT 2016, Band II/1, 2017, S. O 31, 32 f.; Röder, AcP 215 (2015), 450, 471 ff.

21 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 264; s. bereits Begründung des Mauracher Entwurfs, S. 190; Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 47.

22 So zur Kapitalvorgesellschaft Simon in KölnKomm/UmwG, 2009, § 3 UmwG Rz. 24; K. Schmidt in FS Zöllner, 1998, S. 521, 538.



Rechtsträger i.S.d. § 3 UmwG,<sup>23</sup> kann aber im Vorgriff auf die bevorstehende Eintragung im Handelsregister als rechtsfähiges Subjekt den Verschmelzungsvertrag abschließen und den Verschmelzungsbeschluss fassen. Beides wird in der Phase der Vorgesellschaft als zulässig erachtet.<sup>24</sup> Es genügt also auch hier, dass die Eintragung in das Handelsregister der Eintragung der Verschmelzung vorausgeht. Auch das BayObLG hat allgemein festgestellt, dass es ausreicht, wenn die Voraussetzungen für den Formwechsel zum Zeitpunkt der Eintragung vorliegen.<sup>25</sup> Für die Verschmelzung gelten insoweit die gleichen Grundsätze.

- 6 Keine Änderung hat die durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.12.2018<sup>26</sup> eingefügte Möglichkeit der **grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Beteiligung bestimmter Personenhandelsgesellschaften** erfahren, und zwar weder durch das MoPeG<sup>27</sup> noch durch das am 1.3.2023 – in seinen wesentlichen Teilen – in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)<sup>28</sup>. Eine grenzüberschreitende Hineinverschmelzung von Kapitalgesellschaften i.S.d. Art. 119 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts<sup>29</sup> ist daher nach wie vor nur auf übernehmende oder neue Personenhandelsgesellschaften (mit in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmern) möglich (§ 306 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Auch an einer grenzüberschreitenden Spaltung, die in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen<sup>30</sup> mittlerweile eine Regelung im deutschen Recht erfahren hat (§§ 320–332 UmwG),<sup>31</sup> können sich nur Kapitalgesellschaften nach Anhang II der Richtlinie (EU) 2017/1132 beteiligen (§ 321 UmwG). Zum grenzüberschreitenden Formwechsel s. § 214 UmwG Rz. 3.

## 2. Funktion des Ersten Unterabschnitts

- 7 Die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordnete Verschmelzungsfähigkeit der eGmbH verlangte nach Vorschriften zur Regelung der **Besonderheiten dieses Rechtsträgers**. Der Zweite Teil des Zweiten Buches enthält daher im Ersten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts die besonderen Vorschriften für die Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Da die Bestimmungen der §§ 39–39f UmwG die allgemeinen rechtsformunabhängigen Grundsätze des allgemeinen Verschmelzungsrechts (§§ 2–38 UmwG) ergänzen, hat sich an der grundlegenden Funktion des Ersten Unterabschnitts durch das MoPeG nichts geändert.<sup>32</sup> § 125 Satz 1 UmwG verweist für die Spaltung (§§ 123 ff. UmwG) u.a. auf die besonderen Vorschriften zur Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften. Die Re-

23 Kritisch Bayer, ZIP 1997, 1613, 1614.

24 Dazu Stengel in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 3 UmwG Rz. 48; Fronhöfer in Widmann/Mayer, 179. EL Juli 2019, § 3 UmwG Rz. 75; Marsch-Barner/Oppenhoff in Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 10; Winter in Schmitt/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 23; Hoyer/Hoyer in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 20; Streck/Mack/Schwedhelm, GmbHR 1995, 161 f.; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1614; für den Formwechsel Meister/Klöcker/Berger in Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, § 191 UmwG Rz. 22; zu weiteren Einzelheiten einer Umwandlung im Vorgriff auf die Eintragung K. Schmidt in FS Zöllner, 1998, S. 521, 525 ff.

25 BayObLG v. 4.11.1999 – 3Z BR 333/99, NZG 2000, 166 = GmbHR 2000, 89.

26 BGBl. I 2018, 2694.

27 Dazu Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 263 f.

28 BGBl. I 2023, Nr. 51.

29 ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

30 ABl. EU Nr. L 321 v. 12.12.2019, S. 1.

31 Eingehend dazu Bungert/Strothotte, BB 2022, 1411 ff.

32 Zur Funktion des Ersten Unterabschnitts nach alter Rechtslage H. Schmidt in Lutter, 6. Aufl. 2019, § 39 UmwG Rz. 5; zur aktuellen Rechtslage H. Schmidt in Lutter, 7. Aufl. 2024, § 39 UmwG Rz. 1 ff.

gelungen der §§ 39–39f UmwG sind dementsprechend auch bei Spaltungen unter Beteiligung einer eGmbH zu beachten. Nicht einschlägig sind die besonderen Vorschriften dagegen bei einer Vermögensübertragung, da sich eine eGmbH hieran nicht beteiligen kann (s. Rz. 3). Die besonderen Vorschriften für den Formwechsel von Gesellschaften bürgerlichen Rechts und von Personenhandelsgesellschaften (§§ 214–225 UmwG) finden sich im Ersten Unterabschnitt des Zweiten Teils des Fünften Buches (s. § 214 UmwG Rz. 2). Regelungen zum Wechsel in eine Personengesellschaft sind in den §§ 228–237 UmwG über den Formwechsel von Kapitalgesellschaften niedergelegt.

### 3. Regelungsstruktur

Die Aufnahme der Regelungen zur Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in den Ersten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts im Zweiten Teil des Zweiten Buches (§§ 39–39f UmwG) hat dazu geführt, dass die besonderen Vorschriften zur Verschmelzung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften in den Zweiten Unterabschnitt verschoben wurden (§§ 40–42 UmwG). Bereits aus dem Aufbau des Ersten Abschnitts wird deutlich, dass der Regelungsschwerpunkt auf der Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts liegt. Diesem Vorgang sind sieben Vorschriften gewidmet, während auf die Verschmelzung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften lediglich drei Paragraphen entfallen. Darunter befindet sich die Verweisungsnorm des § 42 UmwG, die zahlreiche Vorschriften des Verschmelzungsrechts der GmbH für die Verschmelzung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften für entsprechend anwendbar erklärt. Durch diese im Zweiten Unterabschnitt gewählte Verweisungstechnik als Mittel der Gesetzgebung sowie durch das Voranstellen der besonderen Vorschriften zur Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts als „Grundnormen“<sup>33</sup>, wird die Bedeutung der GmbH als „**Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften**“<sup>34</sup> im UmwG konsequent nachgezeichnet.<sup>35</sup>

## II. Überblick über § 39 UmwG

### 1. Systematischer Zusammenhang mit § 3 Abs. 3 UmwG

Die eGmbH ist gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG uneingeschränkt verschmelzungsfähig (s. Rz. 1). Befindet sie sich allerdings in Auflösung, hat sich ihr Zweck also von der verbenden Gesellschaft in die auf Abwicklung gerichtete Tätigkeit der Gesellschaft geändert, sind bei der Beurteilung ihrer Verschmelzungsfähigkeit die Vorgaben des § 3 Abs. 3 UmwG zu beachten. Denn diese Bestimmung gilt aufgrund ihrer rechtsformneutralen Formulierung und der systematischen Stellung als Teil der allgemeinen Verschmelzungsvorschriften für alle verschmelzungsfähigen Rechtsträger nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 UmwG und damit auch für die eGmbH. Zur Erleichterung von Sanierungsfusionen<sup>36</sup> lässt § 3 Abs. 3 UmwG eine Ausnahme vom dem Grundsatz zu, dass **aufgelöste Rechtsträger generell nicht verschmelzungsfähig** sind.<sup>37</sup> Lie-

33 So Schollmeyer in Schäfer, Neues PersGesR, § 12 Rz. 6.

34 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 2, 105; Fleischer, DStR 2021, 430, 433.

35 Vossius in Widmann/Mayer, 193. EL August 2021, Umwandlungsrecht aktuell I. 3.

36 Begr. RegE UmwBerG zu § 3 UmwG, abgedruckt in Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 47; OLG Naumburg v. 12.2.1997 – 10 Wx 1–97, NJW-RR 1998, 178, 180 = GmbHR 1997, 1152.

37 OLG Brandenburg v. 27.1.2015 – 7 W 118/14, NZI 2015, 565, 566 = ZIP 2015, 929; OLG Naumburg v. 12.2.1997 – 10 Wx 1/97, NJW-RR 1998, 178, 179 = GmbHR 1997, 1152; Dauner-Lieb/Tettinger in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 1.

gen die Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung nicht vor, bleibt es dabei, dass nur werbende, nicht aber aufgelöste Rechtsträger verschmelzungsfähig sind.

- 10 § 3 Abs. 3 UmwG bestimmt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein aufgelöster Rechtsträger ausnahmsweise (s. Rz. 9) die Verschmelzungsfähigkeit erlangt.<sup>38</sup> Eine aufgelöste Gesellschaft kann sich demnach an einer Verschmelzung beteiligen, wenn sie als **übertragender Rechtsträger** auftritt und ihre **Fortsetzung beschlossen werden könnte**. Anders als bei einer Kapitalgesellschaft<sup>39</sup> kann bei einer aufgelösten GbR oder Personenhandels-gesellschaft ein Fortsetzungsbeschluss auch dann gefasst werden, wenn **mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter bereits begonnen wurde**.<sup>40</sup> Weder § 734 BGB noch § 142 HGB sehen in ihrem Wortlaut eine dem § 274 Abs. 1 Satz 1 AktG vergleichbare Einschränkung auf Fälle vor, in denen noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist. Auch europarechtliche Gründe zwingen nicht zur Annahme eines ungeschriebenen Merkmals nicht begonnener Vermögensverteilung, da Art. 89 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts<sup>41</sup> nur die Rechtsform der Aktiengesellschaft betrifft.<sup>42</sup> Die europarechtlichen Vorgaben strahlen nicht auf die Verschmelzung von Personengesellschaften aus. Auch eine einheitliche Auslegung der rechtsformneutralen Allgemeinen Vorschrift des Zweiten Buches ist weder aus systematischen noch aus teleologischen Gesichtspunkten geboten.<sup>43</sup> Schließlich konterkariert der Beginn der Vermögensverteilung auch nicht die Gesamtrechtsnachfolge als „Herzstück der Verschmelzung“<sup>44</sup>. Diese ist bei der Verschmelzung zwar dadurch charakterisiert, dass sie nicht nur einen zu definierenden Vermögensbestand, sondern ungeteilt das gesamte Aktiv- und Passivvermögen umfasst.<sup>45</sup> Der Umfang des übergehenden Vermögens ist dabei jedoch ohne Bedeutung. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob noch das gesamte Vermögen vorhanden ist.
- 11 Keine Bedingung für die Erlangung der Verschmelzungsfähigkeit ist ferner, dass die Gesellschafter tatsächlich einen Fortsetzungsbeschluss gefasst haben.<sup>46</sup> Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 UmwG („könnte“) genügt die bloße **Möglichkeit zur Fortsetzung des Rechtsträgers**. Anderes wäre auch nicht sinnvoll, denn nach einem Fortsetzungsbeschluss handelt es sich wieder um eine werbende, also nicht mehr um eine aufgelöste Gesellschaft, so dass weder § 3 Abs. 3 UmwG noch § 39 UmwG der Verschmelzung entgegenstünden.<sup>47</sup> Zudem führt die Beteiligung an der Verschmelzung ohnehin zur Auflösung des übertragenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG).<sup>48</sup> Die Fortsetzungsmöglichkeit setzt zweierlei voraus: Ers-

38 H. Schmidt in Lutter, 7. Aufl. 2024, § 39 UmwG Rz. 9.

39 Zur AG Koch, 16. Aufl. 2022, § 274 AktG Rz. 4; zur GmbH Haas in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 60 GmbHG Rz. 91a; BGH v. 8.4.2020 – II ZB 3/19, NZG 2020, 1182, 1185 f. = ZIP 2020, 1124.

40 Dauner-Lieb/Tettinger in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 18 ff.; Kocher in Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, § 39 UmwG Rz. 12; Vossius in Widmann/Mayer, 201. EL September 2022, § 39 UmwG Rz. 42; Ihrig in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 39 UmwG Rz. 6; Hoger/Hoger in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 35; a.A. H. Schmidt in Lutter, 7. Aufl. 2024, § 39 UmwG Rz. 11; Heidinger in Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 3 UmwG Rz. 20; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1614.

41 ABl. EU Nr. L 169 v. 30.6.2017, S. 46.

42 Dauner-Lieb/Tettinger in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 22; Vossius in Widmann/Mayer, 201. EL September 2022, § 39 Rz. 42; a.A. H. Schmidt in Lutter, 7. Aufl. 2024, § 39 UmwG Rz. 11.

43 Eingehend dazu Schöne, GmbHR 1995, 325, 327 f.

44 Dazu K. Schmidt, AcP 191 (1991), 495, 503 ff.

45 Zur „geteilten Gesamtrechtsnachfolge“ bei der Spaltung s. K. Schmidt, AcP 191 (1991), 495, 510 ff.

46 Simon in KölnKomm/UmwG, 2009, § 3 UmwG Rz. 54; Dauner-Lieb/Tettinger in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 17; Priester, DStR 2005, 788, 789.

47 Dauner-Lieb/Tettinger in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 17.

48 Hoger/Hoger in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 44.

tens, die Gesellschaft muss **fortsetzungsfähig** sein, d.h., die Vollbeendigung der Gesellschaft darf noch nicht eingetreten sein.<sup>49</sup> Liegt ein anderer Auflösungsgrund als ein Auflösungsbeschluss gem. § 729 Abs. 1 Nr. 4 BGB (ggf. i.V.m. § 732 BGB) vor, so dass nicht bereits der Fortsetzungswille der Gesellschafter – der jederzeit durch Beschluss zum Ausdruck gebracht werden kann<sup>50</sup> – den Auflösungsgrund behebt, so muss zweitens der **spezielle Auflösungsgrund** beseitigt sein,<sup>51</sup> da anderenfalls die Fortsetzung der Gesellschaft nicht beschlossen werden könnte. Dies folgt aus § 734 Abs. 1 BGB, der seit Inkrafttreten des MoPeG für die GbR erstmals eine Regelung über die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft enthält.

Bei der Frage, wann von einer Beseitigung des Auflösungsgrundes i.S.d. § 734 Abs. 1 BGB 12 auszugehen ist, muss zwischen den verschiedenen gesetzlichen sowie gesellschaftsvertraglich vereinbarten Auflösungsgründen (s. Rz. 19) differenziert werden. Ist die Gesellschaft aufgelöst, weil der **Zweck**, zu dem sie errichtet wurde, erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist (§ 729 Abs. 2 BGB), haben die Gesellschafter einen neuen gemeinsamen Zweck zu vereinbaren,<sup>52</sup> den sie in der durch den Vertrag bestimmten Weise fördern. Bei Auflösung durch **Kündigung der Gesellschaft** (§ 729 Abs. 1 Nr. 3 BGB) muss der wichtige Grund i.S.d. § 731 Abs. 1 Satz 1 BGB beseitigt werden, der dem Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft unzumutbar macht.<sup>53</sup> Ist die Gesellschaft durch **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft** aufgelöst (§ 729 Abs. 1 Nr. 2 BGB)<sup>54</sup>, kann die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden, wenn das Verfahren auf Antrag der Gesellschaft als Schuldnerin wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes eingestellt (§ 212 InsO) oder nach Bestätigung des Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben wird (§ 258 InsO).<sup>55</sup> Seit Inkrafttreten des ESUG<sup>56</sup> ist es zudem möglich, die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft sowie eine Verschmelzung während des laufenden Insolvenzverfahrens im **Insolvenzplan** zu regeln (§ 225a InsO).<sup>57</sup> Bei einer insolvenzbedingten Auflösung der Gesellschaft findet § 39 UmwG keine Anwendung (s. Rz. 20). Zur Auflösung infolge **Gesellschafterinsolvenz** oder **Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters** s. Rz. 20.

## 2. Normzweck

§ 39 UmwG ist im Zusammenhang mit den in § 3 Abs. 3 UmwG aufgestellten Grundbedin- 13 gungen für die Verschmelzungsfähigkeit aufgelöster Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu sehen. Die Rechtsnorm ergänzt die in den allgemeinen Vorschriften verankerte Ausnahme-

49 BGH v. 19.6.1995 – II ZR 255/93, NJW 1995, 2843, 2844 = ZIP 1995, 1412; Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 181; *H. Schmidt* in Lutter, 7. Aufl. 2024, § 39 UmwG Rz. 10; *Dauner-Lieb/Tettinger* in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 15; *Roth* in Hopt, 41. Aufl. 2022, § 131 HGB Rz. 2, 30, 33; *Hoger/Hoger* in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 7 Rz. 33.

50 Vgl. nur BGH v. 19.6.1995 – II ZR 255/93, NJW 1995, 2843, 2844 = ZIP 1995, 1412.

51 BGH v. 19.6.1995 – II ZR 255/93, NJW 1995, 2843, 2844 = ZIP 1995, 1412; Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 181.

52 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 181.

53 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 181; *Noack* in Schäfer, Neues PersGesR, § 9 Rz. 9.

54 Zur Insolvenzfähigkeit der Außengesellschaft vgl. *Armbrüster* in Schäfer, Neues PersGesR, § 3 Rz. 59.

55 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, 181; *Ihrig* in Semler/Stengel/Leonard, 5. Aufl. 2021, § 39 UmwG Rz. 6; *Dauner-Lieb/Tettinger* in KölnKomm/UmwG, 2009, § 39 UmwG Rz. 16; *Winter* in Schmitt/Hörtnagl, 9. Aufl. 2020, § 3 UmwG Rz. 57.

56 BGBl. I 2011, 2582.

57 Eingehend zu Umwandlungsmaßnahmen in Insolvenzplänen *Kocher* in Kallmeyer, 7. Aufl. 2020, Anh. II Rz. 1 ff.; *Brückmans* in MünchHdb. GesR VIII, 5. Aufl. 2018, § 46 Rz. 9 ff.