

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZG Sonderausgabe MoPeG 2.0

15. Mai 2023

Herausgeber: Prof. Dr. Holger Altmeyen, Universität Passau – Prof. Dr. Alfred Bergmann, Vors. Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Prof. Dr. Wulf Goette, Vors. Richter am BGH a. D., Ettlingen – Prof. Dr. Jürgen Götz, Rechtsanwalt, Bad Soden am Taunus – Prof. Dr. Mathias Habersack, Universität München – Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Universität Köln – Prof. Dr. Dieter Leuering, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hanno Merkt, Universität Freiburg – Prof. Dr. Peter O. Mühlbert, Universität Mainz – Dr. Bernhard Schaub, Notar, München; Dr. Kersten von Schenck, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt a. M. – Dr. Sven H. Schneider, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Priv.-Doz. Dr. Christoph Andreas Weber, Universität München – Prof. (em.) Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann, Universität Tübingen – Dr. Hildegard Ziemons, Rechtsanwältin beim BGH, Karlsruhe

Schriftleitung: Rechtsanwältin Dr. Melanie Döge, Frankfurt a. M.

Editorial

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

der Gesetzgeber hat das Personengesellschaftsrecht umfassend überarbeitet und erneuert. Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) tritt am 1.1.2024 in Kraft und ist seit seiner Verabschiedung für die Gestaltungspraxis von hohem Interesse. Bereits im September 2022 hat sich die NZG mit einer Sonderausgabe zum MoPeG und einer Auswahl an Beiträgen zu diesem spannenden Thema gezeigt. Heute erscheint ein Update, die NZG-Sonderausgabe MoPeG 2.0!

Das MoPeG hat die Regelungen zur GbR grundlegend umgestaltet. Das Heft startet mit einem Beitrag von Simon Röß, der die Neuerungen vorstellt. Alexander Neumayer und Stefan Zeyher befassen sich mit der gesellschaftsrechtlichen Prozessführung. Die Autoren analysieren einzelne Aspekte, zB in der Parteibezeichnung in der Klageschrift, im allgemeinen Gerichtsstand, in der Gesellschafterklage, in Beschlussmängelstreitigkeiten und in der Zwangsvollstreckung. Johannes Enneking und Tim Wöffen widmen sich in ihrem Beitrag der Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins. Sie kommen zu dem Schluss, dass der nicht eingetragene Idealverein und der nicht konzessionierte Wirtschaftsverein das Schicksal der nicht eingetragenen GbR teilen werden: Sie sind nicht mehr grundbuchfähig. Mit dem neuen § 724 BGB und den Haftungsfragen bei der Nachfolge von Todes wegen in einer GbR befassen sich die Autoren Knut Werner Lange und Nicolas Kretschmann. Künftig ist zwischen der rechtsfähigen GbR und der nicht rechtsfähigen Innen-Gesellschaft zu unterscheiden. In der Vergangenheit wurde vor allem die fehlende gesetzliche Möglichkeit der Haftungsbegrenzung auf den ererbten Nachlass beklagt. Wird sich die Haftungssituation mit Inkrafttreten des MoPeG verbessern? Lennart Stock bespricht die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse. Mit Inkrafttreten des MoPeG erfordert die Beteiligung einer GbR an anderen Gesellschaften in einigen Konstellationen die Voreintragung der GbR in das neu geschaffene Gesellschaftsregister. Dies wird von praktischer Relevanz sein. Von den Neuregelungen des MoPeG sind auch sog. Alt-Gesellschaften betroffen. Die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 61 EGBGB ermöglicht einzelnen Gesellschaftern ein Fortgeltungsverlangen durchzusetzen. Gerade in der Übergangsphase besteht Handlungs- und Beratungsbedarf. Mit diesem Thema befasst sich Maximilian Freiherr von Proff in seinem Beitrag. Die NZG-Redaktion wünscht Ihnen viel Freude beim Lesen!

Rechtsanwältin Dr. Melanie Döge, Schriftleitung, Frankfurt a. M. ■

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

Simon Röß

Die GbR nach dem MoPeG 3

Alexander Neumayer/Stefan Zeyher

MoPeG und gesellschaftsrechtliche Prozessführung 10

Johannes Enneking/Tim Wöffen

Die Grundbuchunfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins nach MoPeG 18

Knut Werner Lange/Nicolas Kretschmann

Haftungsfragen bei der Nachfolge von Todes wegen in eine GbR nach dem MoPeG –
der neue § 724 BGB 22

Lennart Stock

Die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse nach dem MoPeG 27

Maximilian Freiherr von Proff

Ausscheiden statt Auflösen: Handlungs- und Beratungsbedarf infolge des MoPeG bei der GbR
in der Übergangsphase 36

ISSN 1434–9272

NZG – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)

Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt
a.M.; Telefon: (069) 756091-0;
Telefax: (069) 756091-49;
E-Mail: NZG@beck-frankfurt.de
Internet: www.nzg.beck.de

Schriftleitung:

Rechtsanwältin *Dr. Melanie Döge*,
LL.M. (V.i.S.d.P.)

Mitglieder der Redaktion: Rechtsanwältin
Anett Hoffmann; Rechtsanwältin
Jennifer Böhner, LL.M.; *Maiko Goldbach*
(Schlussredaktion).

Manuskripte und andere Einsendungen:

Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor dem Verlag C.H. BECK an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektroni-

schen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Redaktionsrichtlinie C.H.BECK:

Redaktionsrichtlinien und Werkabkürzungen sind im Zitierportal des Verlags C.H.BECK abrufbar: www.zitierportal.de

Urheber- und Verlagsrechte:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589. Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: (089) 3 81 89-609, Telefax (089) 3 81 89-589, E-Mail: anzeigen@beck.de Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Mehling*.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Amtsgericht München, HRA 48 045. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Dreimal im Monat.

Bezugspreise 2023: *Jahresabo* € 509,- (inkl. MwSt.). *Vorzugspreis* bei Bezug der NJW: jährlich € 465,- (inkl. MwSt.). *Einzelheft* € 21,- (inkl. MwSt.). **Versandkosten** jeweils zugänglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitellei und -register sind nur mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

KundenServiceCenter:

Telefon: (089) 3 81 89-750,
Telefax: (089) 3 81 89-358.
E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellung:

Abbestellfristen finden Sie unter: www.beck-shop.de/nzg-neue-zeitschrift-gesellschaftsrecht/product/1340

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

Druck: Druckerei C.H.Beck, Bergerstraße 3-5, 86720 Nördlingen.



chbeck.de/nachhaltig

Beiträge

Richter am LG Dr. Simon RöB*

Die GbR nach dem MoPeG

Das 2021 verabschiedete und Anfang 2024 in Kraft tretende Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG, BGBl. 2021 I 3436) hat die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) grundlegend umgestaltet. Der Beitrag stellt diese Neuerungen vor, erörtert aber auch Probleme, die Wissenschaft und Rechtsprechung erhalten geblieben sind.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat sich im Wesentlichen darauf beschränkt, die etablierte Rechtsprechung zur GbR zu kodifizieren.¹ Eine echte Neuheit ist aber die Einführung eines Gesellschaftsregisters, das die Möglichkeit bietet, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintragen zu lassen (eGbR). Der Beitrag wird die nach dem neuen Recht bestehenden Arten einer GbR (II.) und das Gesellschaftsregister vorstellen (III.). Des Weiteren erörtert er – soweit erforderlich artspezifisch – die Entstehung einer GbR (IV.), ihre Geschäftsführung und Vertretung (V.), die Zurechnung von Verschulden und Wissen ihrer Gesellschafter (VI.), die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (VII.) und schließlich den Rechtsformwechsel zwischen GbR und offener Handelsgesellschaft (VIII.).

II. Voraussetzungen und Arten einer GbR

Die Reform hat an den Grundvoraussetzungen der GbR nichts geändert. So entspricht die in § 705 I BGB² enthaltene Legaldefinition der GbR im Kern der Vorgängerregelung.³ Die GbR wird hiernach durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Ein Formerfordernis besteht nicht.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist im nächsten Schritt eine wichtige Weichenstellung erforderlich: die Abgrenzung zwischen einer rechtsfähigen (§§ 706-739 BGB) und einer nicht rechtsfähigen GbR (§§ 740-740 c BGB). Eine rechtsfähige GbR (nunmehriges Leitbild⁴) zeichnet sich gem. § 705 II BGB dadurch aus, dass sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Dieser Wille wird nach § 705 III BGB vermutet, wenn Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist.⁵ Demgegenüber dient die nicht rechtsfähige GbR gem. § 705 II BGB lediglich dazu, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander auszugestalten. Sie kann als Folge ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit nicht Inhaberin von Gesellschaftsvermögen sein (klarstellend: § 740 I BGB).⁶ Aufgrund ihres beschränkten Tätigkeitsbereichs benötigt die nicht rechtsfähige GbR naturgemäß weniger detaillierte Regelungen. Daher hat sich der Gesetzgeber im Wesentlichen auf einen Verweis (§ 740 II BGB) auf die das Innenverhältnis regelnden Vorschriften zur rechtsfähigen GbR beschränkt.

Eine rechtsfähige Gesellschaft kann sich auf freiwilliger Grundlage in das Gesellschaftsregister eintragen lassen und muss forthin gem. § 707 a II 1

BGB einen entsprechenden Namenszusatz, zB „eGbR“, führen. Die Eintragung bewirkt aber keinen anderen rechtlichen Status. Der eingetragenen Gesellschaft sind lediglich bestimmte Rechte vorbehalten, die eine Eintragung attraktiv machen sollen.⁷ Das Gesellschaftsregister und diese besonderen Rechte sind daher gemeinsam zu betrachten.

III. Gesellschaftsregister und eingetragene GbR

Das Gesellschaftsregister ist im Wesentlichen mit dem Handelsregister vergleichbar (1.). Die Eintragung erfolgt nach einer Anmeldung (2.) und begründet spezielle Rechte (3.).

1. Grundsätzliches zum Gesellschaftsregister und Vergleich mit dem Handelsregister

Das Gesellschaftsregister⁸ ist eng an das Handelsregister angelehnt.⁹ Beide sind öffentliche Register, mit deren Hilfe Unternehmen wichtige rechtliche Vorgänge (zB das Ausscheiden eines Gesellschafters) publik machen können und in der Regel auch müssen. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer Eintragung bzw. deren pflichtwidriger Nichtvornahme sind ebenfalls fast gleich. Sie ergeben sich für das Handelsregister aus § 15 HGB, der für das Gesellschaftsregister mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass das Fehlen der Kaufmannseigenschaft nicht an der Publizität des Gesellschaftsregisters teilnimmt (§ 707 a III 1 BGB). Der Rechtsverkehr darf sich also nicht allein aufgrund der Eintragung in das Gesellschaftsregister darauf verlassen, dass es sich um eine GbR handelt. Sie könnte ebenso eine in das Handelsregister einzutragende oHG sein. Denn die Eintragung ins Gesellschaftsregister ist nicht konstitutiv für die Eigenschaft als GbR und ein Statuswechsel von der GbR zur oHG auch ohne Eintragung ins Handelsregister möglich (ausführlich unter VIII.).¹⁰

Allerdings bestehen auch relevante Unterschiede zwischen beiden Registern. So ist die Eintragung einer rechtsfähigen GbR in das Gesellschaftsregister stets freiwillig und deklaratorisch. Der Gesetzgeber hat sich lediglich dafür entschieden, ihre Gesellschafter durch rechtliche Anreize (III. 3.) zu einer Eintragung zu motivieren.¹¹ Im Gegensatz dazu kann die

* Der Autor, derzeit Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern, war zuvor als Richter am LG München II tätig.

1 BT-Drs. 19/27635, 125; K. Schmidt ZHR 2021, 16 (48 f.). Kritisch zur Reform: Altmeppen NZG 2020, 822; ders. ZIP 2021, 213.

2 Alle Vorschriften beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf die ab 2024 geltende Rechtslage.

3 BT-Drs. 19/27635, 125.

4 BT-Drs. 19/27635, 2, 125.

5 Zur Erleichterung der Rechtsanwendung eingefügt: BT-Drs. 19/31105, 6.

6 Nach der Gesetzesbegründung soll das Vermögen der Gesellschafter auch nicht gesamthänderisch gebunden sein, weil dies ohne hinreichenden Grund die Zwangsvollstreckung erschweren würde (BT-Drs. 19/27635, 190 f.). Kritisch: Bachmann NZG 2020, 612 (616); Geibel ZRP 2020, 137 (139).

7 BT-Drs. 19/27635, 128, 132 f. Übergang in den registerrechtlichen Publizitätsstatus: K. Schmidt ZHR 2021, 16 (25).

8 Ausführlich hierzu: John NZG 2022, 243.

9 BT-Drs. 19/27635, 109.

10 BT-Drs. 19/27635, 132 f.

11 BT-Drs. 19/27635, 128.

Eintragung – einer Einzelperson oder Gesellschaft – ins Handelsregister freiwillig und konstitutiv (zB gem. § 107 II 1 HGB bei einer Gesellschaft mit dem Status eines Kann-Kaufmanns) oder verpflichtend und deklaratorisch (zB gem. § 106 I HGB¹² bei einer Gesellschaft mit der Eigenschaft eines Ist-Kaufmanns iSv § 105 I iVm § 1 II HGB) sein (VIII.).

2. Anmeldung zum Gesellschaftsregister

Die Anmeldung zur Eintragung in das Gesellschaftsregister ist in § 707 BGB geregelt. Sie „muss“ gem. § 707 II BGB Angaben zur Gesellschaft (Name, Sitz und Anschrift) und zu den Gesellschaftern (insbesondere zur Vertretungsbefugnis) enthalten. Ergeben sich hierbei nachträglich Änderungen, sind auch diese nach § 707 III BGB in das Gesellschaftsregister einzutragen. Die in § 707 II und III BGB genannten Angaben stellen somit „einzutragende“ Tatsachen iSv § 707 a III 1 BGB iVm § 15 I HGB dar.¹³ Das hat zur Folge, dass der Rechtsverkehr Rechtsänderungen, die nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen und bekannt gemacht sind, grundsätzlich nicht gegen sich gelten lassen muss.

Die Anmeldung bedarf gem. § 707 IV 1 BGB der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter. Dieses Erfordernis ist dem Umstand geschuldet, dass die anschließende Eintragung die GbR gem. § 719 I Alt. 2 BGB im Außenverhältnis entstehen lässt und das dadurch begründete Haftungsrisiko alle Gesellschafter betrifft (vgl. IV.).¹⁴ Zudem gewährleistet besagte Vorgabe die Richtigkeit der Angaben und ermöglicht die haftungsrechtliche Zurechnung unrichtiger Eintragungen nach § 707 a III 1 BGB iVm § 15 III HGB.¹⁵

Die vorgenannte Mitwirkungspflicht bei der Anmeldung ist aber keine höchstpersönliche. Vielmehr können sich die Gesellschafter hierbei vertreten lassen, vgl. §§ 10, 378 I FamFG und § 707 b Nr. 2 BGB iVm § 12 I 3 HGB. Dies gilt auch für die erstmalige Anmeldung einer GbR, obgleich hierfür nach § 707 II Nr. 4 BGB eine Versicherung nötig ist, dass keine Eintragung in das Handels- oder Partnerschaftsregister besteht. Zwar ist eine Stellvertretung bei einer registerrechtlichen Anmeldung ausgeschlossen, soweit es um die Abgabe von Versicherungen geht, für deren Richtigkeit der Anmelder in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht persönlich verantwortlich ist.¹⁶ Bezogen auf § 707 II Nr. 4 BGB existiert aber keine solche Androhung zivil- oder strafrechtlicher Folgen.¹⁷ Ferner geht die Regierungsbegründung, ohne sich zur Höchstpersönlichkeit der Versicherung zu äußern, davon aus, dass eine Vertretung bei der Anmeldung möglich ist.¹⁸ Gegen die Höchstpersönlichkeit der Versicherung spricht zudem deren geringe Bedeutung für das Anmeldeverfahren. Das Registergericht könnte nämlich auch selbst und ohne besonderen Aufwand durch eine Registerabfrage prüfen, ob eine anderweitige Eintragung besteht.

Die Möglichkeit, sich bei der Anmeldung vertreten zu lassen, birgt aber zugleich das Risiko ungewollter Eintragungen. Zum einen kann es vorkommen, dass sich der Bevollmächtigte nicht an die Weisungen seines Vollmachtgebers hält. Zum anderen besteht die – obschon unwahrscheinliche¹⁹ – Gefahr einer Fälschung der Vollmachtsurkunde. Dennoch entsteht in beiden Fällen durch die Eintragung ein Rechtsschein, auf den sich Dritte gem. § 707 a III 1 BGB iVm § 15 III HGB grundsätzlich berufen können. Die Haftung nach § 15 III HGB ist nicht von einem Verschulden des Anmeldenden abhängig und greift damit auch bei Fehlern des Registergerichts. Sie könnte theoretisch sogar vollkommen Unbeteiligte, zB Privatpersonen, treffen. Literatur und Rechtsprechung haben zur Begrenzung dieser als zu weitreichend empfundenen Haftung das – vom MoPeG bestätigte²⁰ – so genannte Veranlassungsprinzip entwickelt, dh, die Haftung aus § 15 III HGB trifft nur denjenigen, der einen Eintragungsantrag gestellt hat oder sich einen solchen zurechnen lassen muss.²¹ Hieran fehlt es im Falle der Vollmachtsfäl-

schung.²² Anders ist der absprachewidrige Einsatz einer echten Vollmacht zu bewerten. Mit einer solchen hat der Vollmachtgeber das Anmeldeverfahren zurechenbar in Gang gesetzt und dadurch das Risiko für etwaige Fehler Dritter begründet.²³ Angesichts der strengen Haftung gilt das ebenso für den Fall, dass das Registergericht eine Beschränkung der Vollmacht (zB keine Eintragung neuer Gesellschafter) verkannt hat.

3. Besondere Rechte der eingetragenen GbR

Der Gesetzgeber möchte die Gesellschaften bürgerlichen Rechts durch Anreize zur Anmeldung in das Gesellschaftsregister motivieren. So „soll“ ein Grundstücksrecht gem. § 47 II GBO zukünftig nur noch zugunsten einer eGbR ins Grundbuch eingetragen werden. Dies hat vor allem Auswirkungen auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb,²⁴ der gem. § 873 I BGB von einer Eintragung abhängig ist. Die Formulierung „soll“ ist hier – wie allgemein im Grundbuchrecht – als zwingende Vorgabe zu verstehen. Sie bringt zum Ausdruck, dass ein entsprechender Verstoß die grundbuchrechtliche Wirksamkeit der Eintragung unberührt lässt. Gleiches gilt für die materiell-rechtliche Wirksamkeit des Rechtsenerwerbs, kommt dem Grundbuchrecht doch ohnehin nur dienende Funktion zu.²⁵

Aber nicht allein der Erwerb, sondern auch die Verfügung über bestehende Grundstücksrechte bleibt in Zukunft den eingetragenen Gesellschaften vorbehalten. Gemäß der Übergangsregelung in Art. 229 § 21 I EGBGB sollen Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer GbR betreffen, nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister und daraufhin nach den neuen Vorgaben im Grundbuch eingetragen ist. Eine GbR, die bereits nach altem Recht als Berechtigte im Grundbuch steht, kann somit ohne eine Eintragung in das Gesellschaftsregister keine Verfügungen mehr über ihr Recht vornehmen. Im Hinblick auf Verstöße gegen diese Norm gelten die Ausführungen zu § 47 II GBO entsprechend.²⁶

Des Weiteren sind mit der Eintragung ins Gesellschaftsregister Erleichterungen im täglichen Rechtsverkehr verbunden. So wird dadurch beispielsweise die Vertretungsregelung (§ 707 II Nr. 3, III 1 BGB) publik gemacht und Rechts-

12 Alternativ: § 29 iVm § 6 I HGB (BeckOK HGB/Klimke, 15.10.2022, § 106 Rn. 1).

13 Bolkart MittBayNot 2021, 319 (322). A.A. Geibel ZRP 2020, 137 (139).

14 Vgl. BT-Drs. 19/27635, 162.

15 BT-Drs. 19/27635, 131.

16 BayObLGZ 1986, 203 (205) = NJW 1987, 136; Schaub MittBayNot 1999, 539 (542); Grau/Kirchner GWR 2021, 23 (24 f.).

17 BeckOGK BGB/Krafka, 1.10.2022, BGB n.F. GbR 2024, § 707 Rn. 41. Beispiele solcher Androhungen laut BayObLGZ 1986, 203 (205) = NJW 1987, 136: §§ 46, 48 AktG, §§ 9 a, 57 IV GmbHG (zivilrechtlich) und § 399 AktG, § 82 GmbHG (strafrechtlich).

18 BT-Drs. 19/27635, 162.

19 Da die Vollmachtserteilung gem. § 707 b Nr. 2 BGB iVm § 12 I 3 HGB öffentlich beglaubigt (§ 129 BGB) sein muss, ist deren Abgabe vor einem Notar erforderlich. Damit ist eine Fälschung faktisch nur durch Vorlage eines gefälschten Ausweisdokuments möglich.

20 Die og Aussage, dass eine Anmeldung die Mitwirkung aller Gesellschafter erfordert, damit unrichtige Eintragungen gem. § 707 a III 1 BGB iVm § 15 III HGB zugerechnet werden können (BT-Drs. 19/27635, 131), ist Ausdruck des Veranlassungsprinzips.

21 OLG Brandenburg JuS 2013, 360 (361); K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 14 Rn. 84, 86; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 Rn. 51 f.; Hopt/Merkt, HGB, 41. Aufl. 2022, § 15 Rn. 19.

22 Vgl. OLG Brandenburg JuS 2013, 360 (361).

23 Vgl. BT-Drs. 19/27635, 162.

24 Bei einem gesetzlichen Rechtserwerb bedarf es lediglich der Grundbuchberichtigung.

25 BT-Drs. 19/27635, 207; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 31, 53. Zur Grundbuchfähigkeit der GbR vor Einführung einer grundbuchrechtlichen Spezialvorschrift: BGHZ 179, 102 = NZG 2009, 137 Rn. 13; ferner: Altmeyen ZIP 2011, 1937 (1939 f.).

26 BT-Drs. 19/27635, 216.

sicherheit für potenzielle Vertragspartner geschaffen (Vertrauensschutz nach § 707a III 1 BGB iVm § 15 I HGB). Ohne eine solche Eintragung ist die Prüfung der Vertretungsregelung für Außenstehende deutlich schwieriger und mit Unsicherheiten behaftet. Sie könnten die Vorlage des Gesellschaftsvertrags verlangen, der allerdings formfrei änderbar ist. Fehlt die Vertretungsbefugnis dann doch,²⁷ wird die Gesellschaft aus dem Rechtsgeschäft nicht verpflichtet und der Vertragspartner muss sich an den – mitunter mittellosen – Handelnden halten, der in diesem Fall als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) zu qualifizieren ist. Daher stellt die Eintragung in das Gesellschaftsregister eine vertrauensfördernde Maßnahme dar, die den Rechtsverkehr erleichtert.²⁸

Ein weiterer Vorteil der Eintragung besteht darin, dass die Gesellschaft einen Vertragssitz bestimmen und sich dort gem. § 707 I BGB registrieren lassen kann. Grundsätzlich ist der Sitz der Gesellschaft gem. § 706 S. 1 BGB der Ort, an dem die Geschäfte tatsächlich geführt werden (Verwaltungssitz). Die eingetragene Gesellschaft kann aber gem. § 706 S. 2 BGB einen hiervon abweichenden Sitz im Gesellschaftsvertrag festlegen.

Schließlich „soll“ eine Gesellschaft nach § 707a I 2 BGB nur dann als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, wenn sie bereits selbst im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Diese Vorgabe gewährleistet, dass auch bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft volle Publizität besteht. Sie ist zwingend, ein Verstoß gegen sie hat aber analog zu den grundbuchrechtlichen Ausführungen keinen Einfluss auf die registerrechtliche Wirksamkeit einer Eintragung. Ebenso treten in einem solchen Fall die materiell-rechtlichen Wirkungen ein, die von einer Eintragung abhängen können (Entstehung im Außenverhältnis, s. IV.).²⁹

IV. Die Entstehung der GbR

Erster und zentraler Schritt bei der Gründung einer GbR ist gem. § 705 I BGB der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Dadurch entsteht sie im Verhältnis der Gesellschafter zueinander (Entstehung im Innenverhältnis). Bei der rechtsfähigen GbR stellt sich die weitere Frage, ab wann sie im Rechtsverkehr wirksam vertreten werden kann und gegenüber Dritten haftet (Entstehung im Außenverhältnis). Dies setzt gem. § 719 I BGB voraus, dass die rechtsfähige GbR mit Zustimmung aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt oder in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Hiervon können die Gesellschafter nicht durch Festlegung eines späteren Zeitpunkts abweichen, wie § 719 II BGB zum Schutz des Rechtsverkehrs vorgibt.³⁰

Die Entstehung im Innen- und Außenverhältnis fällt regelmäßig zeitlich auseinander, so dass sich die Frage stellt, welchen rechtlichen Status die GbR in dieser Übergangsphase besitzt. Zum einen könnte es sich um eine nicht rechtsfähige Innengesellschaft handeln, welche die Gründung einer rechtsfähigen Außengesellschaft vorbereitet.³¹ Zum anderen könnte sie bezogen auf das Innenverhältnis als rechtsfähige GbR zu qualifizieren sein.³² Für den zweiten Ansatz spricht die Definition der rechtsfähigen GbR in § 705 II Alt. 1 BGB. Hiernach genügt es, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr „teilnehmen soll“. Ein Außenverhältnis muss also nur beabsichtigt, aber noch nicht vorhanden sein. Ferner wollte der Gesetzgeber, dass die GbR bereits in der Übergangsphase von den Gesellschaftern Beiträge einfordern und Gesellschaftsvermögen (§ 713 BGB) bilden kann.³³

In der Übergangsphase kann es ferner vorkommen, dass ein Gesellschafter schon vor dem vereinbarten Zeitpunkt im Namen der GbR am Rechtsverkehr teilnimmt. Die GbR ist dann aber nach § 719 I BGB gegenüber Dritten noch nicht existent und kann folglich nicht vertreten werden. Dieser Fall wird wertungsmäßig wie das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht eingestuft. Ohne eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts analog § 177 BGB durch die Gesellschaft haftet der vollmachtlose Vertreter analog § 179 BGB.³⁴ Darüber hinaus ist eine weitergehende Haftung aller Gesellschafter denkbar, wenn sie den Rechtschein einer im Außenverhältnis entstandenen rechtsfähigen GbR mitveranlassen haben, zB durch die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde für die spätere Geschäftsaufnahme (vgl. § 172 BGB).

Ein absprachewidriges Verhalten ist aber auch bei der Eintragung der GbR ins Gesellschaftsregister möglich. Zwar müssen bei der Anmeldung alle Gesellschafter mitwirken, sie können sich aber vertreten lassen (III. 2.). Durch die Eintragung entsteht der Rechtschein einer im Außenverhältnis entstandenen eGbR.³⁵ Für Rechtsgeschäfte, die Dritte im Vertrauen auf die Existenz der eingetragenen GbR abschließen, kann diese gem. § 707a III 1 BGB iVm § 15 III HGB und können folglich alle (Schein-)Gesellschafter gem. § 721 S. 1 BGB in Haftung genommen werden, sofern die Eintragung den (Schein-)Gesellschaftern zuzurechnen ist (III. 2.).

V. Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführung betrifft das Innenverhältnis (1.), die Vertretung das Außenverhältnis (2.). Trotz dieser formaljuristischen Trennung überschneiden sich bei der rechtsfähigen GbR beide Bereiche, weil die Vertretung Teil der Geschäftsführung ist. Beispielsweise bildet der Abschluss eines Rechtsgeschäfts sowohl einen Akt der Geschäftsführung als auch der Vertretung.³⁶ Daher sind die Geschäftsführungs- und die Vertretungsbefugnis grundsätzlich kongruent ausgestaltet.³⁷ Sollten sie jedoch voneinander abweichen, ist die Wirksamkeit einer Maßnahme im Innen- und Außenverhältnis getrennt zu beurteilen (s.u.).

1. Geschäftsführung

Die Geschäftsführung der rechtsfähigen GbR ist in §§ 715 f. BGB geregelt, die wie alle das Innenverhältnis betreffenden Vorschriften gem. § 708 BGB grundsätzlich dispositiv sind.³⁸ Aufgrund eines Verweises in § 740 II BGB gelten diese Vorschriften auch für die nicht rechtsfähige GbR. Der Begriff der Geschäftsführung ist zwar nicht gesetzlich definiert, aber in der Regierungsbegründung erläutert und durch die Rechtsprechung zum auslaufenden Recht konturiert. Danach ist jede zur Förderung des Gesellschaftszwecks ausgeübte Tätigkeit erfasst,³⁹ zB die Organisation

27 Der Gesellschaftsvertrag ist keine Urkunde iSv § 172 BGB: OLG München NZG 2010, 1263 (1265); MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 172 Rn. 9.

28 BT-Drs. 19/27635, 128.

29 BT-Drs. 19/27635, 132.

30 BT-Drs. 19/27635, 162.

31 Hierfür auf der Basis der alten Rechtslage: BeckOK HGB/Klimke, § 123 Rn. 16.

32 Kritisch: Martens AcP 221 (2021), 68 (78); Geibel ZRP 2020, 137 (138).

33 BT-Drs. 19/27635, 161 f.

34 BGH NJW 1974, 1905 (1905 f.); BeckOGK BGB/Ulrici, 1.8.2021, § 177 Rn. 9.

35 BT-Drs. 19/27635, 162.

36 MüKoHGB/Jickeli, 5. Aufl. 2022, HGB § 114 Rn. 7, 15; BeckOK HGB/Klimke § 114 Rn. 5.

37 BT-Drs. 19/27635, 151.

38 Da hier Rechte Dritter nicht betroffen sind, besteht kein Grund zur Einschränkung der Privatautonomie (vgl. BT-Drs. 19/27635, 140).

39 BT-Drs. 19/27635, 150.

des Unternehmens, der Einsatz des Personals, die Vorbereitung und der Abschluss von Rechtsgeschäften.⁴⁰

§ 715 II BGB unterscheidet – in Anlehnung an § 116 I, II HGB aF⁴¹ – zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften. Die Geschäftsführung erstreckt sich im Grundsatz nur auf Geschäfte, die die Teilnahme am Rechtsverkehr gewöhnlich mit sich bringt (§ 715 II 1 BGB). Sie erfasst zB den Ein- und Verkauf von Kraftfahrzeugen bei einem Kfz-Handel. Für gewöhnliche Geschäfte sieht § 715 III 1 BGB die Gesamtgeschäftsführung, dh die Mitwirkung aller Gesellschafter, als Regelfall vor. Die Gesellschafter können hiervon aber abweichen und zB Einzelgeschäftsführung vereinbaren. In diesem Fall ist jeder Gesellschafter allein zur Geschäftsführung befugt. Als Ausgleich steht den anderen Gesellschaftern ein Widerspruchsrecht zu (§ 715 IV 1 BGB). Ein Widerspruch hat zur Folge, dass das Geschäft gem. § 715 IV 2 BGB unterbleiben muss. Diese Vorgabe bezieht sich aber lediglich auf das Innenverhältnis, beschränkt also eine etwaige Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis nicht. Ein trotz Widerspruch vorgenommenes Geschäft ist damit wirksam.⁴²

Außergewöhnlich ist ein Geschäft, das nach seinem Inhalt und Zweck oder aufgrund seiner Bedeutung und der mit ihm verbundenen Gefahr für die Gesellschafter über den Rahmen dessen hinausgeht, was die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr für gewöhnlich mit sich bringt. Dazu zählt zB die Neuausrichtung der Geschäftspolitik.⁴³ Anknüpfend an das og Beispiel des Kfz-Handels wäre dies zB die Einführung eines anderen Markensortiments. Für außergewöhnliche Geschäfte bedarf es nach § 715 II 2 BGB eines Beschlusses „aller“ Gesellschafter. Damit sind aber nur die stimmberechtigten Gesellschafter – unabhängig von ihrer Geschäftsführungsbefugnis – gemeint, wie sich aus § 714 BGB ergibt. Besagte Norm konkretisiert die von § 715 II 2 BGB geforderte Beschlussfassung.⁴⁴ Ein solcher Beschluss muss gem. § 714 BGB einstimmig ergehen, es sei denn, die Gesellschafter haben im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung, namentlich ein Mehrheitserfordernis, getroffen.⁴⁵

Die Unterteilung in gewöhnliche und außergewöhnliche Geschäfte dient dem Schutz der Gesellschafter, die abweichend vom gesetzlichen Regelfall von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Sie werden bei außergewöhnlichen Geschäften durch das og Beschlusserfordernis eingebunden und davor geschützt, dass sich der Zuschnitt der Geschäftstätigkeit ohne ihr Zutun wesentlich verändert. Dieser Schutzmechanismus ist allerdings dem Prinzip der Privatautonomie folgend dispositiv.⁴⁶

Dem Bereich der (gewöhnlichen und außergewöhnlichen) Geschäftsführung unterfallen jedoch keine Geschäfte, die die Grundlagen der Gesellschaft berühren.⁴⁷ Grundlagengeschäfte betreffen das Gesellschaftsverhältnis, dh das Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Dazu gehören klassischerweise Maßnahmen, die einer Änderung des Gesellschaftsvertrags bedürfen, wie die Festlegung eines neuen Gesellschaftszwecks (zB Obst- statt Kfz-Handel), Änderungen der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht sowie die Aufnahme eines neuen Gesellschafters. Grundlagengeschäfte unterfallen § 714 BGB und bedürfen hiernach grundsätzlich der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter (s.o.).⁴⁸

2. Vertretung

Die Aktiv- und Passivvertretung wird in § 720 BGB geregelt.

Zur Aktivvertretung sind nur alle Gesellschafter gemeinsam (Gesamtvertretung) befugt (§ 720 I BGB). Die Gesellschafter

können hiervon jedoch durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag abweichen, indem sie zB Einzelvertretung festlegen (§ 720 I Hs. 2 BGB) oder auch einen Gesellschafter von der Vertretung ausschließen (§ 720 IV BGB). Ein Ausschluss lediglich von der Geschäftsführung hat dagegen keine Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis.

Zur Passivvertretung ist dagegen gem. § 720 V BGB jeder vertretungsbefugte Gesellschafter berechtigt. Von dieser Einzelvertretungsbefugnis darf nicht, zB durch Festlegung einer Gesamtvertretung, abgewichen werden, weil die Notwendigkeit, eine Willenserklärung mehreren statt nur einem Gesellschafter zugehen zu lassen, den Rechtsverkehr mit der Gesellschaft erheblich erschweren würde. Hierfür ist auch kein nachvollziehbares Bedürfnis der GbR ersichtlich, lässt sich die Kenntnisnahme aller Gesellschafter doch genauso durch eine interne Weiterleitung erreichen.⁴⁹

Inhaltlich erstreckt sich die (aktive und passive) Vertretungsbefugnis der Gesellschafter gem. § 720 III 1 BGB auf alle Geschäfte der Gesellschaft. Eine Beschränkung ihres Umfangs ist nach S. 2 Dritten gegenüber unwirksam. Dies gilt nach S. 3 insbesondere für die Beschränkung, dass sich die Vertretung ausschließlich auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften erstreckt oder dass sie bloß unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

VI. Verschuldens- und Wissenszurechnung

Die Frage, ob und, wenn ja, nach welcher Vorschrift sich eine GbR das Verschulden und Wissen ihrer Gesellschafter zurechnen lassen muss, stellt sich nur, wenn eine Gesellschaft als solche nach außen auftritt, also bei der rechtsfähigen GbR. Ob sie zudem in das Gesellschaftsregister eingetragen ist, spielt dabei keine Rolle.

1. Verschuldenszurechnung der Gesellschafter

Die GbR ist ein juristisches Konstrukt, das nicht selbst, sondern allein durch seine Gesellschafter handelt. Wenn diese in Ausübung ihrer Tätigkeiten einen Fehler begehen, stellt sich die Frage, inwiefern er der Gesellschaft zuzurechnen ist.

Das BGB kennt als Zurechnungsvorschriften § 31 BGB und § 278 BGB. § 31 BGB verkörpert den Gedanken, dass das Handeln von Organen eigenes Handeln einer Gesellschaft darstellt und damit eigenes Verschulden begründet. Dieser Gedanke passt wertungsmäßig zur selbst nicht handlungsfähigen GbR. Zudem erfasst § 31 BGB den rechtsgeschäftli-

40 Hopt/Roth HGB § 114 Rn. 2; BeckOK HGB/Klimke § 114 Rn. 5.

41 BT-Drs. 19/27635, 151.

42 BT-Drs. 19/27635, 152. Zur möglichen Ausnahme beim Missbrauch der Vertretungsmacht: MüKoHGB/Jickeli § 115 Rn. 30.

43 BT-Drs. 19/27635, 151.

44 BT-Drs. 19/27635, 149. § 714 BGB erfasst laut der Gesetzesbegründung sowohl Grundlagengeschäfte als auch außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen. Es wäre nicht stringent, bei der außergewöhnlichen Geschäftsführung alle Gesellschafter, bei den bedeutsameren Grundlagengeschäften dagegen nur die stimmberechtigten zu beteiligen.

45 BT-Drs. 19/27635, 149.

46 BT-Drs. 19/27635, 151. Vgl. zu § 116 HGB: MüKoHGB/Jickeli § 116 Rn. 2.

47 BT-Drs. 19/27635, 151.

48 BT-Drs. 19/27635, 149; vgl. ferner: BeckOK HGB/Klimke § 114 Rn. 6 f.; Hopt/Roth HGB § 114 Rn. 3. Aber selbst Änderungen des Gesellschaftsvertrags können mitunter einem Mehrheitserfordernis unterstellt werden (BGH NZG 2013, 63 Rn. 22; BeckOK HGB/Klimke § 119 Rn. 34).

49 I. Erg. MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 125 Rn. 49; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl. 2009, § 125 Rn. 54; Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch, HdB PersGes, 84. Lfg. 9/2022, § 16 Rn. 325.

chen ebenso wie den deliktischen Bereich. § 278 BGB regelt dagegen die Zurechnung fremden Verschuldens und beschränkt sich dabei auf den rechtsgeschäftlichen Bereich. Die von § 278 BGB belassene Schutzlücke im deliktischen Bereich lässt sich auch nicht durch die Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 I 1 BGB schließen. Zum einen sind Gesellschafter keine weisungsabhängigen Verrichtungsgehilfen der GbR, sondern deren weisungserteilendes Handlungsorgan. Zum anderen sieht § 831 I 2 BGB im Gegensatz zu § 31 BGB eine Exkulpationsmöglichkeit vor, deren Anwendung die GbR ohne sachlichen Grund besserstellen würde als eine natürliche Person, die sich für eigene Handlungen nicht exkulpieren kann.⁵⁰ Dieser bereits vor der Reform etablierten Auffassung hat sich die Regierungsbegründung angeschlossen und damit auch ohne Veränderung des Gesetztextes Rechtsklarheit geschaffen.⁵¹

Die Annahme, dass die Gesellschafter analog § 31 BGB die Organe der rechtsfähigen GbR darstellen, trifft jedoch nur zu, wenn sie die Aufgabe haben, für die Gesellschaft zu handeln.⁵² Dies setzt eine Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis voraus.⁵³ Dabei ist es unerheblich, ob der schadensverursachende Gesellschafter eine Einzelhandlungsbefugnis besaß. Der Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des § 31 BGB bewusst dafür entschieden, an einen bloßen Bezug zum Aufgabenkreis („in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“) und nicht an die Einhaltung von Befugnissen anzuknüpfen.⁵⁴ Dies ist auch sachgerecht, geht es vorliegend doch nicht um die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit des Handelns, sondern um die Zurechnung von Verschulden zum Schutz des Rechtsverkehrs. Dessen Schutzwürdigkeit ist aber nicht von der Einhaltung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis abhängig.⁵⁵

Sollte einem Gesellschafter dagegen ausnahmsweise die Organeigenschaft fehlen,⁵⁶ kommt eine Anwendung der §§ 278, 831 I 1 BGB in Betracht.⁵⁷ Für die Eigenschaft als Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfe ist entscheidend, dass der Gesellschafter im Auftrag der GbR tätig wird. Dies ist zB nicht der Fall, wenn er sich eigenmächtig in die Geschäfte einmischt.

2. Zurechnung von Wissen der Gesellschafter

Die Frage, nach welcher Vorschrift der GbR das Wissen von Gesellschaftern zugerechnet werden kann, war vor der Reform strittig. Sie wurde auch durch die Reform nicht (eindeutig) geklärt, weil die Regierungsbegründung hierzu keine Aussage enthält.

Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass der GbR das Wissen ihrer Organe grundsätzlich zuzurechnen ist. Als normative Verankerung dieser Zurechnung stehen § 31 BGB⁵⁸ und § 166 I BGB⁵⁹ zur Wahl. § 166 I BGB regelt die Zurechnung fremden Wissens. Bei Organwissen handelt es sich jedoch wertungsmäßig um eigenes Wissen der Gesellschaft. Diesem Gedanken trägt § 31 BGB Rechnung, obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach keine Wissenszurechnung normiert.⁶⁰ Der erwähnte Gedanke kommt ferner in der von der Regierungsbegründung favorisierten Anwendung des § 31 BGB auf die Verschuldenszurechnung zum Ausdruck. Damit hat die Anwendung dieser Norm bei der Wissenszurechnung ein kohärentes Gesamtsystem zur Folge und ist daher vorzugswürdig.

Bei der Wissenszurechnung ist strittig, ob bereits ein bloß geschäftsführungsbefugter Gesellschafter als Organ iSv § 31 BGB qualifiziert werden kann⁶¹ oder es dafür einer Vertretungsbefugnis bedarf.⁶² Für Ersteres spricht, dass es zur Geschäftsführung gehört, geschäftsrelevante Informationen für die Gesellschaft zur Kenntnis zu nehmen und intern weiterzuleiten. Eine solche Vorgehensweise wird auch vom Rechtsverkehr erwartet. Des Weiteren trägt dieser Ansatz der engen Verzahnung von Wissens- und Verschuldenszurechnung besser Rechnung. Bei der Wissenszurechnung steht regelmäßig die Frage eines Verschuldens bei der Wissensorganisation im

Fokus.⁶³ Bei der Verhaltens- und Verschuldenszurechnung genügt aber für die Organstellung die Geschäftsführungsbefugnis (VI. 1.). Es stellt somit einen konsistenten Maßstab für die Beurteilung zusammenhängender Rechtsfragen dar, wenn für die Wissenszurechnung ebenfalls die Geschäftsführungsbefugnis ausreicht.

Das Wissen eines Gesellschafters, der wegen fehlender Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nicht als Organ iSv § 31 BGB qualifiziert werden kann, lässt sich der rechtsfähigen GbR dagegen allein auf der Grundlage des § 166 I BGB als fremdes Wissen zurechnen. Dies ist möglich, wenn die GbR dem Gesellschafter – trotz seines Ausschlusses von der organschaftlichen Vertretung – eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erteilt hat.⁶⁴ Sollte eine solche Vertretungsmacht nicht vorliegen, kommt eine Wissenszurechnung nur in Betracht, wenn der Gesellschafter als so genannter Wissensvertreter qualifiziert werden kann. Wissensvertreter sind Personen, die keine Vertretungsmacht haben, dessen ungeachtet aber wie ein Vertreter damit betraut sind, Informationen zur Kenntnis zu nehmen und an den Geschäftsherrn weiterzuleiten. Ihr Wissen wird dem Geschäftsherrn, hier der GbR, dann analog § 166 I BGB zugerechnet.⁶⁵ Ob die Voraussetzungen eines Wissensvertreters vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalls.

VII. Die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

Die Frage der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten stellt sich allein bei der rechtsfähigen GbR, da nur diese am

50 Insgesamt: BGHZ 154, 88 (94 f.) = NZG 2003, 428 (429); BGHZ 155, 205 (210) = NJW 2003, 2984 (2985); K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, 273-278; MüKoBGB/Leuschner § 31 Rn. 5. Dagegen für § 278 BGB: Staudinger/Schwennicke, BGB, Neubearbeitung 2019, § 31 Rn. 6 f.; Flume, BGB AT I 2, 1983, S. 383 f., 398.

51 BT-Drs. 19/27635, 166.

52 BGHZ 98, 148 (151 f.) = NJW 1986, 2941 (2941 f.).

53 K. Schmidt, GesR, S. 278.

54 BGHZ 98, 148 (151 ff.) = NJW 1986, 2941 (2941 f.).

55 Vgl. K. Schmidt, GesR, S. 278.

56 Es ist zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen, dass ein Gesellschafter trotz seines Ausschlusses von der gesetzlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eine so bedeutsame Stellung in der GbR einnimmt, dass sie seine Qualifikation als deren Repräsentant und eine Haftung analog § 31 BGB rechtfertigt (zur Repräsentantenhaftung: BGHZ 49, 19 (21) = NJW 1968, 391 (391 f.)).

57 Vgl. zur oHG Hopt/Roth HGB § 124 Rn. 24; Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch HdB PersGes § 30 Rn. 722.

58 BAGE 125, 70 = NZA 2008, 348 Rn. 53; offengelassen: BGHZ 140, 54 (61) = NZG 1999, 127 (129); K. Schmidt GesR S. 285; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, 2. Aufl. 2011, 631 f.; zur oHG Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch HdB PersGes § 16 Rn. 311; Grunwald, FS Beusch, 1993, S. 301 (302 f., 318 f.).

59 Hopt/Roth HGB § 125 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, 4. Aufl. 2020, § 125 Rn. 15; Altmeppen NJW 2020, 2833 Rn. 15.

60 K. Schmidt GesR S. 285; Spindler Unternehmensorganisationspflichten S. 631 f.

61 K. Schmidt GesR S. 285.

62 Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, S. 632. Die Gesellschafter können durch den Ausschluss von der Vertretungsmacht verhindern, dass der GbR über die ausgeschlossenen Gesellschafter Willenserklärungen zugehen. Laut Spindler soll das auch für die Wissenszurechnung gelten. Dem steht aber entgegen, dass die Wissenszurechnung aus normativen Erwägungen unabhängig von einer Vertretungsbefugnis erfolgen kann, wie die Rechtsfigur des Wissensvertreters zeigt (Verkehrsschutz als Leitgedanke: MüKoBGB/Schubert § 166 Rn. 7).

63 BGH NJW 2001, 359 (360); Guski ZHR 2020, 363 (372 ff.); Spindler Unternehmensorganisationspflichten S. 625 ff. Für eine Trennung dieser Bereiche: Altmeppen NJW 2020, 2833 Rn. 16, 40.

64 Zur oHG Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch HdB PersGes § 16 Rn. 311.

65 BGHZ 117, 104 (106 f.) = NJW 1992, 1099 (1100); BGH NJW 1996, 1205 (1205 f.); MüKoBGB/Schubert § 166 Rn. 28.

Rechtsverkehr teilnimmt. Ob die rechtsfähige Gesellschaft in das Gesellschaftsregister eingetragen ist, hat auf die Haftung indes keine Auswirkungen.⁶⁶ Gesellschafter haften akzessorisch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (1.), und das auch nach ihrem Ausscheiden aus der GbR (2.).

1. Akzessorische Haftung

Die Gesellschafter haften gem. § 721 S. 1 BGB persönlich als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Dabei handelt es sich um die Verbindlichkeiten, die während der Mitgliedschaft eines Gesellschafters entstehen (sog. Neuverbindlichkeiten). Das ergibt sich im Umkehrschluss zu § 721 a S. 1 BGB, wo eine Haftung für bereits bestehende Verbindlichkeiten (sog. Altverbindlichkeiten) vorgesehen ist. Die Gesetzesbegründung stellt zudem klar, dass diese – nach dem Wortlaut ohnehin unbeschränkte – Haftung sowohl für rechtsgeschäftlich als auch für gesetzlich begründete, namentlich deliktische Verbindlichkeiten gilt.⁶⁷

Die Gesellschafter können ihre Haftung für Neu- und Altverbindlichkeiten gem. §§ 721 S. 2, 721 a S. 2 BGB nicht durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ausschließen oder beschränken. Zum einen entsteht sonst unter Verstoß gegen das gesellschaftsrechtliche Numerus-Clausus-Prinzip⁶⁸ eine gesetzlich nicht vorgesehene Gesellschaftsform, nämlich eine GbR mit einer allgemein wirkenden Haftungsbeschränkung. Zum anderen geht eine solche Vereinbarung zulasten der am Gesellschaftsvertrag nicht beteiligten Gläubiger und stellt somit einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter dar. Unter Einbeziehung der Gläubiger kann eine einzelfallbezogene Regelung zur Haftung aber getroffen werden.⁶⁹

Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist akzessorischer Natur, dh, sie hängt hinsichtlich ihres Bestands, Umfangs und ihrer Durchsetzbarkeit von der Gesellschaftsverbindlichkeit ab.⁷⁰ So dürfen sich die Gesellschafter gem. § 721 b BGB mit Einwendungen und Einreden verteidigen, die der Gesellschaft zustehen.

2. Zeitlich begrenzte Nachhaftung

Scheidet ein Gesellschafter aus einer GbR aus, kann seine Haftung für bereits begründete Verbindlichkeiten (sog. Nachhaftung) einer zeitlichen Begrenzung nach § 728 b I 1 BGB unterliegen. Der Zeitraum der Nachhaftung beträgt fünf Jahre. Es handelt sich um eine Ausschlussfrist und damit um eine Einwendung. Daher sind die in § 728 b I 4 BGB genannten Verjährungsvorschriften nur entsprechend anzuwenden.⁷¹ Voraussetzung für die Nachhaftung ist aber, dass der Anspruch innerhalb der Nachhaftungsfrist fällig wird und der Gläubiger anspruchserhaltende Maßnahmen, wie zB die rechtskräftige Feststellung eines Anspruchs, getroffen hat. Das Vorliegen der in § 728 b I 1 BGB aufgelisteten Maßnahmen lässt sich regelmäßig einfach feststellen.

Schwierigkeiten kann dagegen die Frage bereiten, ob eine Verbindlichkeit im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits „begründet“ war, wie es § 728 b I 1 BGB voraussetzt. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals an die bereits von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien angeknüpft werden kann, sieht das auslaufende Recht doch eine vergleichbare Regelung (§ 736 II BGB aF iVm § 160 I 1 HGB aF) vor.⁷² Hiernach ist eine Verbindlichkeit „begründet“, wenn ihr Rechtsgrund bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens gelegt ist. Bei Dauerschuldverhältnissen wie einem Mietvertrag genügt der Vertragsschluss.⁷³

Für Schadensersatzansprüche hat der Gesetzgeber dagegen in § 728 b I 2 BGB eine Klarstellung vorgenommen. Danach

haftet der ausgeschiedene Gesellschafter nur, wenn auch die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor dem Ausscheiden des Gesellschafters eingetreten ist. Der Gesetzgeber wollte dadurch verhindern, dass der ausgeschiedene Gesellschafter für Pflichtverletzungen haftet, auf die er keinen Einfluss hatte.⁷⁴

Die Ausschlussfrist beginnt gem. § 728 b I 3 BGB, sobald der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt hat oder das Ausscheiden des Gesellschafters im Gesellschaftsregister eingetragen worden ist. Hier hat der Gesetzgeber einen weiteren Anreiz für die Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister geschaffen: Die dadurch ermöglichte Eintragung des Ausscheidens ist einfacher und rechtssicherer als das individuelle und nachweisbare Informieren aller Gläubiger.⁷⁵ Letzteres wird allein durch förmliche Zustellungen möglich sein.

VIII. Rechtsformwechsel zwischen rechtsfähiger GbR und oHG

1. Von der rechtsfähigen GbR zur oHG

Eine rechtsfähige GbR kann sowohl durch eine Veränderung ihrer Geschäftstätigkeit (idR Wachstum) als auch durch Eintragung in das Handelsregister zur oHG werden. Die erste Option besteht aber nur für solche Gesellschaften, die ein Gewerbe betreiben, dh mit Gewinnerzielungsabsicht oder zumindest entgeltlich am Markt tätig sind.⁷⁶ Vom Gewerbebegriff ausgenommen sind künstlerische, wissenschaftliche und freiberufliche Tätigkeiten⁷⁷ sowie die Verwaltung eigenen Vermögens.⁷⁸ Liegt eine gewerbetreibende GbR vor und verändert sich deren Geschäftstätigkeit derart, dass sie nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung benötigt, erfüllt sie die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes iSv § 105 I iVm § 1 II HGB („ist-kaufmännische“ oHG). Damit wandelt sie sich – mit Ausnahme der land- und forwirtschaftlichen Betriebe (§ 3 I HGB)⁷⁹ – automatisch in eine oHG um (§ 105 I HGB: „ist“ eine oHG, Umkehrschluss aus § 107 I 1 HGB).⁸⁰ Der Eintragung in das Handelsregister kommt dann lediglich deklaratorische Wirkung im Hinblick auf den Statuswechsel zu. Andere Gesellschaften bürgerlichen Rechts werden dagegen erst durch eine freiwillige und konstitutive Eintragung zur oHG („kann-kaufmännische“ oHG). Hierunter fallen gem. § 107 I HGB diejenigen, die ein Kleingewerbe betreiben, ausschließlich eigenes Vermögen verwalten oder (neu und berufsrechtsabhängig) aus Angehörigen freier Berufe bestehen. Gleiches gilt für Land- und Forstwirte (vgl. § 3 II iVm § 2 S. 1 HGB).⁸¹

66 BT-Drs. 19/27635, 165.

67 BT-Drs. 19/27635, 166.

68 Ausführlich: K. Schmidt GesR S. 95 ff.; ferner Bitter/Heim, GesR, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5.

69 BT-Drs. 19/27635, 165.

70 BT-Drs. 19/27635, 165; vgl. ferner Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann HGB § 128 Rn. 19; Oetker/Boesche, HGB, 7. Aufl. 2021, § 128 Rn. 5.

71 BT-Drs. 19/27635, 177.

72 BT-Drs. 19/27635, 177.

73 BGHZ 142, 324 (329) = NZG 2000, 135 (136); BGHZ 150, 373 (376) = NJW 2002, 2170 (2171); Grüneberg/Sprau, BGB, 82. Aufl. 2023, § 736 Rn. 10, 13.

74 Vgl. BT-Drs. 19/31105, 3, 4, 7.

75 BT-Drs. 19/27635, 177.

76 Zum Meinungsstand: MüKoHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 31; BeckOK HGB/Schwartz § 1 Rn. 18 ff.

77 MüKoHGB/K. Schmidt § 1 Rn. 32. Liste freier Berufe in § 1 II Partnerschaftsgesellschaftsgesetz.

78 BeckOK HGB/Klimke § 105 Rn. 10.

79 Land- und Forstwirte betreiben ein Gewerbe Hopt/Merkt HGB § 3 Rn. 3.

80 BT-Drs. 19/27635, 133; BeckOK HGB/Krafka § 707 c Rn. 3 ff.

81 Vgl. BeckOK HGB/Krafka § 707 c Rn. 3 ff.; vgl. ferner Müller JA 2021, 454.

Für die eGbR gelten verfahrensrechtliche Besonderheiten. Sie muss für den „Aufstieg“ zur oHG einen so genannten Statuswechsel nach § 707 c BGB vollziehen. Sie kann sich nicht einfach zur Eintragung in das Handelsregister anmelden, sondern muss beim Gesellschaftsregister einen Wechsel in das Handelsregister beantragen. Dieser Wechsel und die entsprechenden Vermerke in beiden Registern machen den Statuswechsel für den Rechtsverkehr transparent (Registerkontinuität).⁸² Dieses formalisierte Statuswechselverfahren hat aber keinen Einfluss auf die oben erörterte Frage, ob die Eintragung in das Handelsregister deklaratorisch oder konstitutiv ist. So kann eine gewerbetreibende GbR, die in das Gesellschaftsregister eingetragen ist, nach wie vor durch eine Veränderung ihrer Geschäftstätigkeit einen automatischen Rechtsformwechsel zur oHG vollziehen.⁸³

2. Von der oHG zur rechtsfähigen GbR

Ein Rechtsformwechsel von der oHG zur rechtsfähigen GbR kommt nur in Betracht, wenn die Gesellschaft – von Anfang an oder aufgrund einer negativen Geschäftsentwicklung – den Status eines Kann-Kaufmanns besitzt. Bei Gewerbetreibenden darf somit keine kaufmännische Einrichtung iSv § 1 II HGB erforderlich sein.⁸⁴ Freiberufler und Verwalter eigenen Vermögens können die Kaufmannseigenschaft ungeachtet ihrer Größe immer abstreifen, da sie rechtlich gesehen kein Gewerbe betreiben und ihre Gesellschaft den oHG-Status allein aufgrund einer freiwilligen Eintragung erlangt hat (so).⁸⁵ Bei Land- und Forstwirten ist der Statuswechsel zur GbR gem. § 3 II HGB dagegen lediglich zulässig, wenn ihr Betrieb keine kaufmännische Einrichtung erfordert („eingeschränktes Rückfahrricket“).⁸⁶

Der Rechtsformwechsel von der oHG zur rechtsfähigen GbR unterliegt einem besonderen Verfahren. Die oHG kann sich im Gegensatz zur auslaufenden Rechtslage nicht einfach gem. § 31 II 1 HGB aus dem Handelsregister löschen lassen und fortan ein „registerloses Dasein“ führen, sondern muss einen Statuswechsel nach § 107 II 2 HGB durchführen und sich als GbR in das Gesellschaftsregister eintragen lassen. Eine Löschung aus dem Gesellschaftsregister ist künftig aber nicht mehr ohne Weiteres möglich. Gemäß § 707 a IV BGB kann sie nur nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen, in der Regel also nach Beendigung der Liquidation der Gesellschaft (§ 738 BGB). Hintergrund dieser Regelungen – obligatorischer Statuswechsel und begrenzte Möglichkeit zur Löschung aus dem Gesellschaftsregister – ist das Ziel, so genannte Firmenbestattungen zu vermeiden, bei denen Gesellschaften außerhalb des vorgesehenen Insolvenzverfahrens liquidationslos gelöscht werden. Zudem würde die Möglichkeit einer gewillkürten Löschung aus dem Handels- und Gesellschaftsregister die Anspruchsverfolgung erschweren, weil dann nicht ersichtlich wäre, was aus der Gesellschaft geworden ist.⁸⁷

IX. Die Anwendbarkeit des § 28 HGB bei Entstehung einer rechtsfähigen GbR

§ 28 HGB wurde durch die Reform zwar nicht verändert, seine Auslegung könnte aber neu zu bewerten sein. § 28 I 1 HGB regelt die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft durch den Eintritt einer Person in das Geschäft eines Einzelkaufmanns und ordnet die Haftung der neu gegründeten Gesellschaft für die geschäftsbezogenen Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns an.

Auch wenn die Rechtsprechung die rechtsfähige GbR bereits vor der Reform weitgehend an die oHG angeglichen hat, lehnt sie eine analoge Anwendung des § 28 HGB auf die Entstehung einer rechtsfähigen GbR ab. Begründet wird das unter anderem damit, dass diese keine Möglichkeit habe, einen Haftungsausschluss nach § 28 II HGB in das Handelsregister einzutragen, und eine Haftung nach § 28 I 1 HGB daher unzumutbar sei.⁸⁸ Die Reform hat zwar ein Register für die GbR eingeführt, in das ein Haftungsausschluss theoretisch eingetragen werden könnte, aber der Gesetzgeber lehnte eine Erweiterung des § 28 HGB auf die Gründung einer rechtsfähigen GbR bewusst ab. So sei es in einem solchen Fall fraglich, ob der Rechtsverkehr eine schützenswerte Erwartung einer Haftungskontinuität habe. Außerdem entstände ein unstatthafter Druck auf die Gesellschafter, ihre Gesellschaft in das Gesellschaftsregister einzutragen.⁸⁹ Ungeachtet der Frage, ob diese Argumente überzeugen,⁹⁰ scheidet eine analoge Anwendung des § 28 HGB auf eine rechtsfähige GbR damit mangels planwidriger Regelungslücke unzweifelhaft aus. Insofern hat die Reform auch hier zur Rechtsklarheit beigetragen.

X. Fazit

Die Reform hat die bisherige Zweiteilung in rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaften bürgerlichen Rechts beibehalten. Die zentrale Neuerung besteht in der Einführung eines Gesellschaftsregisters, in das sich eine rechtsfähige GbR eintragen lassen kann. Dieses Register ist mit dem Handelsregister vergleichbar und genießt im Wesentlichen denselben Vertrauensschutz, wie die entsprechende Anwendung des § 15 HGB zeigt. Zwar ist die Anmeldung zum Gesellschaftsregister im Unterschied zum Handelsregister stets freiwillig und deklaratorisch. Die Freiwilligkeit relativiert sich aber dadurch, dass bestimmte Rechte der eGbR vorbehalten sind.

Eine GbR entsteht im Innenverhältnis mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags, die rechtsfähige GbR im Außenverhältnis mit der Teilnahme am Rechtsverkehr oder durch die Eintragung ins Gesellschaftsregister. Geschäftsführung und – bei der rechtsfähigen GbR – Vertretung obliegen grundsätzlich allen Gesellschaftern gemeinsam. Bei der Geschäftsführung ist zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften zu unterscheiden, wobei Letztere eines besonderen Gesellschafterbeschlusses bedürfen. Verschulden und Wissen der geschäftsführungs- bzw. vertretungsberechtigten Gesellschafter können der rechtsfähigen GbR grundsätzlich analog § 31 BGB zugerechnet werden. Die bereits bisher bejahte akzessorische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten einer rechtsfähigen GbR ist nunmehr kodifiziert.

Ein Rechtsformwechsel von einer rechtsfähigen GbR zu einer oHG tritt mit dem Betreiben eines Handelsgewerbes („ist-kaufmännische Gesellschaft“) automatisch ein, während er im Übrigen einer konstitutiven Eintragung in das Handelsregister bedarf („kann-kaufmännische Gesellschaft“). Nur letztgenannte Gesellschaften können einen umgekehrten Wechsel vollziehen, müssen sich dafür aber aus dem Handelsregister austragen und ins Gesellschaftsregister eintragen lassen. Auch wenn sich die rechtsfähige GbR durch die Eintragung in das Gesellschaftsregister sehr stark der oHG angenähert hat, wird sie dieser doch nicht gänzlich gleichgestellt. Insbesondere bleibt § 28 HGB für sie unanwendbar. ■

82 BT-Drs. 19/27635, 133 f., 136 f.; BeckOGK BGB/Krafka § 707 c Rn. 7.

83 BT-Drs. 19/27635, 133; BeckOGK BGB/Krafka § 707 c Rn. 4.

84 BT-Drs. 19/27635, 136; Müller JA 2011, 454 (457).

85 Vgl. BT-Drs. 19/27635, 224.

86 Müller JA 2011, 454 (458); BeckOK HGB/Klimke § 105 Rn. 14.

87 BT-Drs. 19/27635, 133 f., 224 f.; zustimmend: K. Schmidt ZHR 2021, 16 (32).

88 BGHZ 157, 361 (367) = NZG 2004, 321 (322); MüKoHGB/Thiessen § 28 Rn. 13. A.A. K. Schmidt Handelsrecht § 8 Rn. 83, 97.

89 BT-Drs. 19/27635, 167.

90 Kritisch K. Schmidt ZHR 2021, 16 (39).