

Alternative Formulierungsvorschläge zur Änderung des Personengesellschaftsrechts auf der Grundlage des

Mauracher Entwurfs für ein MoPeG

(Stand: 28.5.2020)

Vorbemerkung: Die nachfolgenden Formulierungsvorschläge beziehen sich auf das BGB und das HGB in ihrer geltenden Fassung bzw. auf die im „Mauracher Entwurf“ vorgeschlagenen Änderungen (letztere nachfolgend mit dem Zusatz ME (= Mauracher Entwurf) gekennzeichnet). Sie sind als Ergänzung meines Aufsatzes „Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)“ in NZG 2020, 612 gedacht, wo sie aus Raumgründen nicht untergebracht werden konnten. Auf diesen Beitrag wird zur ergänzenden Begründung der Vorschläge verwiesen.

I. Änderungen im BGB

1. Einfügung eines neuen Titels im Allgemeinen Teil des BGB betreffend die rechtsfähigen Personengesellschaften

Vor § 15 BGB wird folgender neuer Titel eingeführt:

„Titel 2. Rechtsfähige Personengesellschaften“

§ 14 Abs. 2 BGB wird gestrichen und stattdessen ein neuer § 15 BGB eingefügt:

„§ 15 Begriffsbestimmung

(1) Eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, ist rechtsfähig (rechtsfähige Personengesellschaft).

(2) Rechtsfähige Personengesellschaften sind die rechtsfähige Gesellschaft (§ 706 BGB-E), die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Partnerschaft und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung.“

Folgeänderung: Titel 2 („Juristische Personen“) wird zu Titel 3

Begründung: Als Rechtssubjekt sollte die rechtsfähige Personengesellschaft im Allgemeinen Teil des BGB verankert sein. Der Eingriff in den Allgemeinen Teil ist minimalinvasiv.

2. Nicht rechtsfähiger Verein (§ 54 BGB)

§ 54 erhält folgenden Wortlaut:

„§ 54 BGB Nicht eingetragene Vereine

(1) Für Vereine, die nicht in das Vereinsregister eingetragen sind und denen die Rechtsfähigkeit nicht staatlich verliehen wurde, gelten die Vorschriften der §§ 24-53 entsprechend, soweit diese nicht die Eintragung voraussetzen. Im Übrigen finden die Vorschriften über die Gesellschaft entsprechend Anwendung.

(2) Für die persönliche Haftung eines Mitglieds eines wirtschaftlichen nicht konzessionierten Vereins gelten abweichend von Absatz 1 die §§ 721, 721a und 721b entsprechend.“

Begründung: Absatz 1 bringt die Rechtsfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins und die primäre entsprechende Anwendung der Vorschriften über den eingetragenen Verein angemessen zum Ausdruck. Die Handelndenhaftung (§ 54 S. 2 BGB) entfällt, da eine solche beim eingetragenen Verein nicht vorgesehen ist und es in haftungsrechtlicher Hinsicht keinen Sachgrund für eine Differenzierung zwischen den Vereinsformen gibt. Hat der Handelnde keine Vertretungsmacht, ergibt sich seine persönliche Haftung aus § 179 BGB.

3. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB)

a) Gliederung

Der 16. Titel des achten Abschnitts des zweiten Buchs (Schuldrecht) des BGB (= §§ 705 ff. BGB) wird wie folgt untergliedert:

„Titel 16 – Gesellschaft

Untertitel 1: Allgemeine Bestimmungen

Untertitel 2: Rechtsfähige Gesellschaft

Kapitel 1: Begriff und Sitz

Kapitel 2: Gesellschaftsregister

Kapitel 3: Verhältnis der Gesellschafter untereinander

Kapitel 4: Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten

Kapitel 5: Ausscheiden eines Gesellschafters

Kapitel 6: Auflösung der Gesellschaft

Kapitel 7: Liquidation der Gesellschaft

Untertitel 3: Nicht rechtsfähige Gesellschaft“

b) Begriff und Rechtsfähigkeit

§ 705 BGB erhält folgende Fassung:

„Untertitel 1 Allgemeine Bestimmungen

§ 705 Gesellschaftsvertrag

(1) Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.

(2) Die Gesellschafter sind verpflichtet, die vereinbarten Beiträge zu leisten. Der Beitrag kann in jeder Förderung des gemeinsamen Zwecks, auch in der Leistung von Diensten, bestehen.

Begründung: Die Definition der Gesellschaft wird „vor die Klammer“ gezogen und behält im Wesentlichen ihre bisherige Formulierung bei, da sie auf rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaften gleichermaßen passt.

Die Beitragspflicht als zentrale Verpflichtung der Gesellschafter wird ebenfalls wie bisher in der Eingangsnorm geregelt, zur besseren Übersichtlichkeit aber in einen eigenen Absatz ausgegliedert. Einzelheiten der Beitragspflicht werden – wie im ME vorgesehen – im Kapitel über das Innenverhältnis geregelt.

§ 706 BGB (Untertitel 2, Kapitel 1) erhält folgende Fassung:

„§ 706 Begriff

*Die Gesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter **als solche, insbesondere unter eigenem Namen**, am Rechtsverkehr teilnehmen soll. **Die im Gesellschaftsregister eingetragene Gesellschaft kann stets Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 707b Absatz 2 Nr. 1).**“*

Begründung: Klarstellung gegenüber dem ME (§ 705 Abs. 1 BGB-ME).

§ 706 BGB-ME (Sitz) bleibt unverändert.

c) Das Gesellschaftsregister

Das neue Kapitel 2 (Gesellschaftsregister) erhält folgende Fassung:

§ 707a Anmeldung zum Gesellschaftsregister

[wie § 707 BGB-ME]

§ 707b Inhalt und Wirkungen der Eintragung

(1) – wie § 707a Abs. 1 ME –

(2) Die Eintragung hat folgende Wirkungen:

- 1. Die Gesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.*
- 2. Die Gesellschaft kann in das Grundbuch, das Schiffsregister, das Gesellschaftsregister, das Handelsregister, die Gesellschafterliste, das Aktienregister und das Genossenschaftsregister eingetragen werden.*
- 3. Die Gesellschaft kann Patente, Marken, Gebrauchsmuster und Designs anmelden.*
- 4. Die Gesellschaft kann an Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz beteiligt sein.*
- 5. Die Gesellschaft ist berechtigt, als Namenszusatz die Bezeichnung „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu verwenden. Diesen Namenszusatz dürfen nur eingetragene Gesellschaften tragen.*

(3) – wie § 707a Absatz 2 BGB-ME -

(4) – wie § 707a Absatz 4 BGB-ME-“

§ 707b und § 707c BGB-ME werden zu § 707c bzw. § 707d BGB

Begründung: Die zentralen Wirkungen der Eintragung im Gesellschaftsregister sollten aus Gründen der Rechtsklarheit unmittelbar in der entsprechend überschriebenen Norm des § 707b BGB-E (= § 707a BGB-ME) zum Ausdruck gelangen.

d) Verhältnis der Gesellschafter untereinander

Der erste Absatz von § 709 BGB-ME wird gestrichen (da Inhalt von § 705 Abs. 2 BGB-E), Absätze 2 und 3 von § 709 BGB-ME werden zu Absätzen 1 und 2.

e) Anwachsung und Gesamtrechtsnachfolge beim Gesellschafterwechsel

§ 712 Abs. 1 BGB-ME wird um folgenden zweiten Satz ergänzt:

„Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Abwicklung. Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über. Der ausscheidende Gesellschafter ist in sinngemäßer Anwendung des § 728 BGB-ME abzufinden.“

Begründung: Die praktisch wichtigen Konsequenzen bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters sollten – wie im österreichischen Recht, dem die Formulierung entlehnt ist – im Gesetz zum Ausdruck gelangen.

f) Wirksamwerden der Gesellschaft nach außen

§ 719 BGB-E (korrespondiert mit § 123 HGB-ME) wird gestrichen.

Begründung: Mit der Errichtung ist die Gesellschaft als solche entstanden, so dass es für ein Wirksamwerden nach außen keiner weiteren Akte bedarf. Aufgrund der Gesamtvertretung und der hier vorgeschlagenen eingeschränkten Gesellschafterhaftung bedarf es zum Schutze der Gesellschafter auch nicht des besonderen Erfordernisses einer Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr.

g) Haftung der Gesellschafter

§ 721 BGB-ME wird durch folgende Formulierung ersetzt:

*„Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern zu **gleichen Teilen**, soweit nicht der Gesellschafter eine niedrigere oder der Gläubiger eine höhere Beteiligung nachweist. Für unerlaubte Handlungen sind die Gesellschafter nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich.“*

Alternativ (Ergänzung um eine Handelndenhaftung):

„Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften den Gläubigern diejenigen Gesellschafter persönlich und solidarisch, die in ihrem Namen gehandelt haben. Die übrigen Gesellschafter haften zu gleichen Teilen, soweit nicht der Gesellschafter eine niedrigere oder der Gläubiger eine höhere Beteiligung nachweist. Für unerlaubte Handlungen sind die Gesellschafter nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich.“

Alternativ: § 721 BGB-ME wird durch folgenden zweiten Absatz ergänzt:

*„(2) **Ist die Gesellschaft nicht Unternehmer im Sinne von § 14**, haften für ihre Verbindlichkeiten den Gläubigern diejenigen Gesellschafter, die in ihrem Namen gehandelt haben. Die übrigen Gesellschafter haften zu gleichen Teilen, soweit nicht der Gesellschafter eine niedrigere oder der Gläubiger eine höhere Beteiligung nachweist. Für unerlaubte Handlungen sind Gesellschafter nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich.“*

§ 721 BGB-ME (Haftung des Eintretenden für Altverbindlichkeiten) wird gestrichen.

Begründung: Die strenge Solidarhaftung gem. §§ 128 ff. HGB kann ökonomische Vorteile für sich verbuchen, weil sie der Gefahr opportunistischer Lastenverschiebungen bei Fehlen eines gegen Entnahmen gesicherten

und buchmäßig erfassten Sondervermögens wehrt. Wenigstens für nicht unternehmerisch tätige Gesellschaften ist sie aber zu scharf und führt zu einer übermäßigen Begünstigung der Gläubiger. Daher ist die Haftung der nichthandelnden Gesellschafter insgesamt oder doch wenigstens für nicht unternehmerisch tätige Gesellschaften auf eine teilschuldnerische (unter Ausschluss von deliktischen Verbindlichkeiten und Altschulden) zu begrenzen und ggfs. durch eine Handelndenhaftung zu ergänzen.

h) Nicht rechtsfähige Gesellschaft („Innengesellschaft“)

Untertitel 8 des ME wird zu Untertitel 3 und lautet: „Nicht rechtsfähige Gesellschaft“

§ 740 BGB-ME erhält folgenden Wortlaut:

„§ 740 BGB Begriff und anwendbares Recht

*(1) Eine Gesellschaft, die nicht die Voraussetzungen des § 706 zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erfüllt, ist **nicht rechtsfähig**.*

(2) – wie ME-“

Es wird ein neuer § 740a mit folgendem Wortlaut eingefügt:

„§ 740a BGB Gemeinschaftsvermögen

„(1) Soweit die Gesellschafter nichts Abweichendes vereinbaren, werden ihre Beiträge und die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gemeinschaftsvermögen).“

(2) – entspricht § 719 Abs. 1 BGB

(3) – entspricht § 720 BGB

Folgeänderung: §§ 740a – 740c BGB-ME werden zu §§ 740b – 740d BGB.

Begründung: Der nicht rechtsfähigen Gesellschaft sollte die Option, ein gebundenes Gemeinschaftsvermögen zu bilden, nicht genommen werden. Ob dafür ein praktisches Bedürfnis besteht, sollte nicht der Gesetzgeber, sondern die Praxis entscheiden.

II. Änderungen im HGB:

1. Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten

§ 115 HGB-ME (entspricht weitgehend § 123 HGB) wird gestrichen

Begründung: Die OHG entsteht mit ihrer Errichtung und unterliegt als solche jedenfalls im Innenverhältnis den Regeln des HGB. Dass sie im Verhältnis zu Dritten wirksam wird, sobald sie zu diesen in Kontakt tritt (d.h. „am Rechtsverkehr teilnimmt“), versteht sich von selbst und bedarf deshalb keiner Regelung. Auf die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zum vorzeitigen Geschäftsbeginn sollte im Interesse des Verkehrsschutzes nicht abgestellt werden. Der Rechtsverkehr sollte sich vielmehr schon vor der Eintragung auf die unbeschränkte Vertretungsmacht der Handelnden verlassen dürfen (**a.A.** aber die h.M. zur OHG und zur Vor-GmbH, s. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 39. Aufl. 2020, § 123 Rn. 12; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2020, § 11 Rn. 19, jew. m.w.N.).

2. Rechtsstellung der OHG

§ 124 HGB wird nicht gestrichen.

Begründung: Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte die Rechtsfähigkeit der OHG (und damit auch diejenige der KG) unmissverständlich im HGB geregelt sein und sich nicht lediglich aus einem Verweis auf das BGB ergeben.

3. Haftung der Gesellschafter

§§ 128-130 HGB werden nicht gestrichen.

Begründung: Aus Gründen der Rechtsklarheit sollten die zentralen Haftungsnormen unmittelbar im HGB verankert bleiben und sich nicht erst aus einer Verweisung auf das Recht der GbR ergeben – dies erst recht, wenn die Haftung der GbR-Gesellschafter, wie hier vorgeschlagen, abweichend von derjenigen der OHG-Gesellschafter geregelt wird.

4. Liquidation

- §§§ 150, 151, 156 HGB bleiben (ggfs. mit neuer Nummerierung) erhalten.

Begründung: Die Vertretungsmacht der Liquidatoren (§§ 150 f. HGB) sollte wie bei den anderen Handelsgesellschaften (§ 68 GmbHG, § 269 AktG) im Gesetz geregelt sein. Dasselbe gilt für die Aussage, dass die Vorschriften über die werbende Gesellschaft grundsätzlich weiterhin anwendbar bleiben (§ 156 HGB; § 69 GmbHG; § 264 Abs. 3 AktG).

§ 138 HGB-ME (= § 157 HGB) erhält folgende Fassung:

*„(1) Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen **der Gesellschaft** von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden“.*

Begründung: entspricht § 739 BGB-ME

5. Kommanditgesellschaft

§ 176 HGB (Geschäftsbeginn vor Eintragung in das Handelsregister) wird wie folgt geändert: Absatz 1 bleibt unverändert (keine Streichung des letzten Halbsatzes). Absatz 1 Satz 2 wird gestrichen.

Begründung: Die im ME vorgesehene Streichung von § 176 Abs. 1 letzter Halbsatz HGB führt zu einer Haftungsverschärfung für Kommanditisten vor der Eintragung: diese haften auch dann wie ein persönlich haftender Gesellschafter, wenn ihre Kommanditistenstellung dem Gläubiger bekannt war. Dafür besteht kein Anlass. Vorschlägen des Schrifttums entsprechend sollte vielmehr Absatz 1 Satz 2 gestrichen werden, damit auch Kommanditisten einer Kann-KG vor der Eintragung nicht in jedem Fall unbeschränkt haften.