



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

Bundesministerium
der Justiz
und für Verbraucherschutz
Herrn Dr. Eberhard Schollmeyer

IIIA1@bmjv.bund.de
poststelle@bmjv.bund.de

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
www.dnotv.de

Berlin, 30. Juni 2020

Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Mauracher Entwurf)

Ihr Schreiben vom 23.04.2020, Az. IIIA1 – 3501/25-36 115/2020

Sehr geehrter Herr Dr. Schollmeyer,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, dem sog. Mauracher Entwurf.

A. Allgemeine Einschätzung des Mauracher Entwurfs

Die rechtswissenschaftliche Bedeutung der mit dem vorliegenden Entwurf in Angriff genommenen Reform kann – auch mit Blick auf die in der kautelarjuristischen Praxis ungebrochene Beliebtheit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als einem vielfältigen Gestaltungsmittel – kaum überschätzt werden. Dabei ist der Expertenkommission zunächst in sprachlicher Hinsicht zu gratulieren. In bester BGB-Tradition wird mit knappen Worten viel gesagt und es werden einfache und zugleich elegante Lösungen für eine Vielzahl von Problemen und Unsicherheiten gefunden.

Auch aus Sicht der notariellen Praxis ist der Entwurf sehr zu loben. Die in den kommenden Monaten sicherlich zu führende fachliche Diskussion über einzelne Fragen ändert nichts daran, dass insbesondere die Regelungen zum Gesellschaftsregister als gelungen zu betrachten sind und sich in der Praxis nach einer Phase der Eingewöhnung als weitere Bausteine eines verlässlichen und schnellen Rechtsverkehrs bewähren werden.

Wenn es trotz krisenbedingt im Fokus stehender gesetzgeberischer Maßnahmen gelingen könnte, wie im Koalitionsvertrag avisiert, die Reform noch in dieser Legislaturperiode umzusetzen, würde dies von der Praxis sicher begrüßt werden. Bis zum Inkrafttreten dürfte es angesichts der erforderlichen technischen Umsetzungsmaßnahmen zur Einrichtung des Gesellschaftsregisters dann ohnehin noch eine Weile dauern. Die nachfolgenden Einzelpunkte stehen daher unter dem Vorbehalt, dass die zügige Umsetzung des Gesamtvorhabens nicht an Diskussionen über Einzelpunkte scheitern sollte.

B. Der Entwurf im Einzelnen

Die Bedeutung und Größe dieses Gesetzgebungsvorhabens bringt es mit sich, dass eine Stellungnahme aus berufspolitischer Sicht nur ausgewählte, für die Praxis besonders bedeutsam erscheinende Aspekte vertieft behandeln kann.

So nehmen wir im Folgenden unter I. zur Einführung eines Gesellschaftsregisters und den damit verbundenen Regelungen aus Sicht der Praxis Stellung. Unter II. bis IV. folgen kürzere Ausführungen zu weiteren wichtigen Elementen des Entwurfs, u. a. zur Öffnung der Personenhandels-gesellschaften für die Ausübung Freier Berufe, zur Kodifizierung des Beschlussmängelrechts und zu einigen weiteren ausgewählten Einzelfragen.

I. Das Gesellschaftsregister

1. Sinn und Anwendungsbereiche

Die Einrichtung eines Gesellschaftsregisters als Spiegel der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es ist zu erwarten, dass das Gesellschaftsregister erhebliche Erleichterungen für den Rechtsverkehr nach sich ziehen wird.

a) Erleichterter Nachweis der Existenz

Zu Recht wird nach § 719 Abs. 1 S. 2 BGB-E die Existenz der eingetragenen Gesellschaft unwiderleglich vermutet. Wie die Begründung hierzu überzeugend ausführt, muss sich der Rechtsverkehr auf die im Gesellschaftsregister verlautbarte Existenz der Gesellschaft als Rechtssubjekt verlassen können. Umgekehrt haben die Gesellschafter damit den Vorteil, dass bei ihren Vertragspartnern, insbesondere bei Kreditgebern, keine Zweifel über die Existenz der Gesellschaft aufkommen können. Die Existenz kann nach der vorgesehenen Änderung des § 21 BNotO auch in einfacher Weise durch Notarbescheinigung erfolgen.

b) Erleichterter Nachweis der Vertretungsberechtigung und Ersatz für kostspielige Geschäftsführungsvollmachten

Vor allem hinsichtlich des Nachweises der Vertretungsberechtigung dürften GbRs von einer Eintragung in das Gesellschaftsregister profitieren. Der Entwurf belässt den gesetzlichen Regelfall für die GbR bei der Gesamtvertretung. Zwar können auch nicht eingetragene GbRs gesellschaftsvertraglich Einzelvertretungsbefugnis vereinbaren, die handelnden Gesellschafter müssen diese aber gegebenenfalls umständlicher durch Vollmachten nachweisen. Insofern ist zu erwarten, dass der Großteil der GbRs, deren Gesellschaftsvertrag Einzelvertretungsbefugnis vorsieht, eine Eintragung in das Gesellschaftsregister anstrebt, um in den Genuss des verlässlichen und einfachen Nachweises der Vertretungsbefugnis zu kommen. Die Kosten für die Registrierung dürften in aller Regel geringer ausfallen, als solche für die Erstellung und Verwendung von sonst erforderlichen Vollmachten.

Die Probleme im Zusammenhang mit einer GbR als Verkäuferin einer Immobilie und die Diskussion um die Reichweite des § 899a BGB sind hinlänglich bekannt und sollen hier nicht noch einmal ausführlich referiert werden. Bislang wird in der Praxis bei der Veräußerung eines von einer GbR gehaltenen Grundstücks neben der entsprechenden Verpflichtung der GbR in der Regel auch eine persönliche Verpflichtung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter aufgenommen, um den bestehenden Unsicherheiten einigermaßen Herr zu werden. Solcher für alle Beteiligten unangenehmen Hilfskonstruktionen bedürfte es künftig nicht mehr.

Beispiel: Eine GbR mit zahlreichen Gesellschaftern ist Eigentümerin einer Immobilie und möchte die beim Erwerb zur Finanzierung bestellte Grundschuld löschen lassen. Hierzu bedarf es neben der Löschungsbewilligung des Gläubigers der Zustimmung des Eigentümers (§§ 1192 Abs. 1, 1183 BGB).

Nach geltendem Recht müssen der beglaubigende Notar und das Grundbuchamt hier prüfen, (a) wie viele Gesellschafter die GbR hat, (b) ob (i) entweder von allen diesen Gesellschaftern formgerechte Zustimmungserklärungen vorliegen oder (ii) alle diese Gesellschafter eine formgerechte und materiell hierfür ausreichende Vollmacht an den geschäftsführenden Gesellschafter erteilt haben. Zu (a) ist zu berücksichtigen, dass bei einem größeren Gesellschafterkreis ständig Änderungen im Gesellschafterbestand eintreten, die erfahrungsgemäß von den Beteiligten leider in der Regel hinsichtlich erforderlicher Vollmachten etc. nicht aktuell nachvollzogen werden. Dies gilt auch für sog. „Familien-GbRs“, hier zwar oft weniger durch Veräußerung des Gesellschaftsanteils oder Insolvenz, aber durch bei entsprechend großem Gesellschafterkreis regelmäßig auftretende Erbfälle.

Nach neuem Recht stellt der Notar die Vertretungsberechtigung des geschäftsführenden Gesellschafters durch Online-Einsicht in das Gesellschaftsregister fest. Das Grundbuchamt prüft nur die Identität der zustimmenden GbR mit der im Grundbuch eingetragenen GbR anhand der Registernummer.

Hier zeigen sich also ganz erhebliche Effizienzvorteile und damit einhergehende Kosteneinsparungen für die Beteiligten. Auch wenn die Führung eines Gesellschaftsregisters für die GbR bei der Justiz zunächst zu Mehraufwand führt, wird dieser an anderer Stelle mindestens kompensiert, wenn nicht gar überkompensiert. Dies zeigt gerade das vorstehende (praktisch häufige) Beispiel, in welchem das Grundbuchamt ganz erheblich entlastet wird.

Die Effizienzvorteile betreffen aber nicht nur das Grundbuchrecht, sondern erst recht auch die streitige Gerichtsbarkeit. Man denke nur an den Nachweis der Aktivlegitimation im Gewährleistungsprozess der GbR im Beispiel gegen einen Bauhandwerker. Die Richter könnten sich hier in Zukunft auf die materiellen Probleme des Falls konzentrieren und müssen nicht zunächst die Vollmachten der Gesellschafter zählen.

Das Handelsregister bietet Handelsgesellschaften den Vorteil eines schnellen und kostengünstigen Existenz- und Vertretungsnachweises jetzt schon. Das Gesellschaftsregister ist daher für die Gesellschaften bürgerlichen Rechts selbst, aber auch für den Rechtsverkehr keine Last, sondern ein Geschenk. Es würde nicht wundern, wenn die Eintragung der Außen-GbR künftig von ihren Gläubigern verlangt würde. Insbesondere bei der Kreditvergabe durch Banken dürfte zu erwarten sein, dass künftig vielmals standardmäßig die Eintragung der GbR zur Auszahlungsvoraussetzung gemacht wird.

c) Die GbR jenseits der Registrierung im Gesellschaftsregister

Freilich wird es bei der GbR als Auffang- und Gelegenheitsgesellschaft auch in Zukunft viele Fälle geben, in welchen eine Registrierung für die Verwirklichung des gemeinsamen (dann oft: Ideal-)Zwecks nicht erforderlich ist. Dies gilt insbesondere, wenn der handelnde Gesellschafter Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis im eigenen Namen (auf Rechnung der Gesellschaft) abschließen kann. Für diese Gelegenheits-GbRs tritt aber durch das Gesellschaftsregister keine Verschlechterung der Rechtslage ein.

2. Umfang und Reichweite

a) Registrierungspflicht und öffentlicher Glaube

Der Vorteil eines Gesellschaftsregisters hängt nicht zuletzt von der konkreten Ausgestaltung und davon ab, in welchem Umfang sich Gesellschaften in dem Register registrieren lassen beziehungsweise registrieren lassen müssen.

Der vom Entwurf gewählte Mittelweg ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen. Eine Eintragungspflicht für alle GbRs wäre schon deswegen verfehlt, weil bekanntlich vergleichsweise einfach (gegebenenfalls auch konkludent) eine GbR gegründet werden kann, ohne dass die Gesellschafter etwas davon wissen, dass sie sich in einer solchen zusammengeschlossen haben. Andererseits ist es im Sinne der Registerklarheit und -publizität positiv zu bewerten, dass nur noch eingetragene GbRs in das Grundbuch eingetragen werden und als Gesellschafter in Gesellschafts- und Handelsregistern auftreten.

Überzeugend ist auch, dass für den öffentlichen Glauben des neuen Registers auf die Publizität des Handelsregisters nach § 15 HGB verwiesen wird (§ 707a Abs. 2 BGB-E). Die im Register eingetragenen Umstände können so einfach und kostengünstig ermittelt und rechtssicher in öffentlicher Form nachgewiesen werden. Die analog zum Handelsregister vorgesehene Anmeldung zum Gesellschaftsregister durch den Notar stellt die Qualität der Daten im Register sicher. Durch die notarielle Vorprüfung auch des rechtlich zulässigen Inhalts der Anmeldungen beziehungsweise Eintragungen werden zudem die Registergerichte entlastet.

Es versteht sich von selbst, dass – wie beim Handelsregister – eine vollständig elektronische Übermittlung (mit qualifizierter elektronischer Signatur) der Gesellschaftsregisteranmeldungen und eine vollständig digitale Führung des Registers sowie eine jederzeitige Online-Einsicht in das Register möglich sein muss. Auch in dieser Hinsicht ist der Entwurf zu begrüßen.

Auch dem Bestreben, das Gesellschaftsregister wie das Handelsregister bei den Amtsgerichten als Registergerichte anzusiedeln, ist zuzustimmen. Das bewährte Vier-Augen-Prinzip der Kontrolle durch Notar und Rechtspfleger/Richter kann auf diese Weise beibehalten werden. Der Rückgriff auf die bestehenden Strukturen dürfte den technischen und organisatorischen Aufwand für die Länder so gering wie möglich halten. Dies dürfte sich im Rahmen der Prüfung des Erfüllungsaufwands ganz erheblich positiv auswirken. Vor diesem Hintergrund ist auch die Grundentscheidung, kein „großes Gesellschaftsregister“/Unternehmensregister vorzusehen, sondern das Gesellschaftsregister für die GbR als weiteres Register neben den bestehenden Registern anzusiedeln, zu begrüßen. Denn mit der im Entwurf vorgesehenen Lösung besteht für die Praxis die begründete Hoffnung, dass mit dem Gesellschaftsregister auch tatsächlich in naher Zukunft gerechnet werden kann.

b) Weitere Vorteile des Gesellschaftsregisters

Die Eintragung einer GbR im Gesellschaftsregister vermag jedoch auch über Grundstücksgesellschaften hinaus, etwa für Arbeitsgemeinschaften bei (Bau-)Projekten, Joint Ventures, Beteiligungsgesellschaften zur Verdringung von Stimmrechtsbindungsverträgen und für Finanzierungskonsortien Bedeutung erlangen. Auch für diese lediglich exemplarisch genannten Anwendungsfelder ist die Eintragung für den Rechtsverkehr mit vielfältigen – hier nur cursorisch aufzuzeigenden – Vorteilen verbunden, die gegebenenfalls klarstellend in die Entwurfsbegründung aufzunehmen wären:

- Standardisierung von Vollmachten:

Handelsgesellschaften steht für das Institut der Vollmacht die eingetragene Prokura als standardisierte und leicht nachweisbare Form der Generalvollmacht zur Verfügung. Das Bedürfnis nach einer Prokura stellt sich jedoch auch für BGB-Gesellschaften. So könnte eine Prokura auch sinnvoll für die eingetragene GbR etwa bei einer aus einer Vielzahl von Gesellschaftern bestehenden GbR sein, die Eigentümerin einer großen Wohnanlage oder eines Einkaufszentrums ist. Der Einsatz von Prokuristen zur Verwaltung der Anlage ist hier sinnvoll. Gleiches gilt erst recht für Arbeitsgemeinschaften, Finanzierungskonsortien und Joint Ventures.

- Zweigniederlassung (Klarstellung § 707b Nr. 3 BGB-E)

Ein praktisches Bedürfnis für die Anerkennung einer Zweigniederlassung besteht für die inländische GbR wie auch für ausländische Rechtsformen, die nach deutschem internationalem Privatrecht als Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu qualifizieren wären, gleichermaßen.

Im Einklang mit der Entwurfsbegründung zu § 707b Nr. 3 BGB-E sollte klarstellend zur Vermeidung von Missverständnissen das Wort „Eintragung“ durch „Anmeldung“ ersetzt werden.

3. Fragen zur praktischen Umsetzung des Gesellschaftsregisters

a) Zuständigkeit/Registerführende Stelle

Der § 707b Nr. 2 BGB-E verweist im Hinblick auf die registerrechtliche Behandlung der eingetragenen Gesellschaft auf § 8 HGB, der die elektronische Führung der Handelsregister von den Gerichten vorsieht. Dementsprechend äußert die Expertenkommission in ihrem Tätigkeitsbericht (4. a. aa)) die Erwartung, dass die Länder die Gesellschaftsregister in technisch-organisatorischer Nähe zu den Handelsregistern einrichten. Dieser Erwartung schließen wir uns – wie schon oben unter I. 2. a. letzter Absatz ausgeführt – an.

Die Einbindung in bewährte gerichtliche Strukturen lässt erwarten, dass die Verwendung schon vorhandener Hard- und Software und der Rückgriff auf die jahrelange Erfahrung der Justiz in der Registerführung zu einer erheblichen Beschleunigung in der Umsetzung des Gesellschaftsregisters führen werden.

Soweit die Länder im Rahmen ihrer Zuständigkeit dafür sorgen, dass Handels- und Gesellschaftsregister an einer Stelle geführt werden, dürfte sich der Statuswechsel in der Praxis auch als gut handhabbar erweisen.

b) Form der Erstanmeldung

Nach § 707b Nr. 2 BGB-E sind die Formvorschriften des § 12 HGB für „eingetragene Gesellschaften“ entsprechend anwendbar. Die in Artikel 3 und 17 geplanten flankierenden Änderungen der BNotO und des GNotKG sowie die Begründung des Gesetzentwurfs¹ dürften nur die Annahme zulassen, dass „eingetragene Gesellschaften“ hier im Sinne des Namenszusatzes gemäß § 707a Abs. 3 BGB-E gemeint ist und die Verweisung auf § 12 HGB auch die Erstanmeldung umfasst.

Gleichwohl könnte es sich empfehlen, zur Klarstellung von „einzutragenden und eingetragenen“ Gesellschaften zu sprechen. Zumindest sollte aus Klarstellungsgründen in der Gesetzesbegründung ausdrücklich angeführt werden, dass durch den Verweis auch die Erstanmeldung zum Gesellschaftsregister erfasst ist.

c) Altfälle im Grundbuch

Für die Praxis wichtig ist die Frage, was mit den bereits zahlreich im Grundbuch eingetragenen GbRs, die bislang nicht im Gesellschaftsregister eingetragen sind, geschieht. Hierzu regelt Art. 229 § 21 Abs. 1 S. 1 EGBGB-E, dass Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, nicht erfolgen sollen, solange die Gesellschaft nicht nach den neuen Vorschriften im Grundbuch eingetragen ist.

Im Interesse der Rechtssicherheit begrüßen wir diese Regelung. Würden für Altfälle andere Regelungen gelten, könnte es noch Jahrzehnte dauern, bis sich die Vorteile des Gesellschaftsregisters in der Praxis des Grundstücksrechtsverkehrs flächendeckend bemerkbar machen. Überzeugend erscheint uns daher ebenfalls die Entscheidung, auch für Änderungen im Gesellschafterbestand einer bereits im Grundbuch eingetragenen GbR eine Anpassung an die neue Rechtslage, also die Eintragung der eGbR ins Grundbuch (statt der Änderung des Gesellschafterbestandes), zu verlangen.

Da es aber nicht wenige GbRs im Grundbuch gibt, an deren Rechten sich lange Zeit nichts ändert, dürfte die Praxis voraussichtlich noch in Jahrzehnten im Grundbuch auf nicht im Gesellschaftsregister eingetragene GbRs stoßen. Im Interesse der Verhältnismäßigkeit und auch aus organisatorischen Gründen (Überlastung der registerführenden Stelle) befürworten wir dennoch die Entscheidung, keine Pflicht zur sofortigen Eintragung ins Gesellschaftsregister für derzeit im Grundbuch eingetragene GbRs vorzusehen.

Für eine Verfügung einer bereits im Grundbuch eingetragenen „Alt-GbR“ über ein eingetragenes Recht dürften nach dem Gesetzentwurf nacheinander folgende Schritte erforderlich sein: Eintragung der GbR ins Gesellschaftsregister, Berichtigung des Grundbuchs und dann Eintragung der Verfügung. Dieses Verfahren mag den Beteiligten in manchen Fällen, etwa bei Ehegatten-GbRs, umständlich erscheinen. Wir halten das vorgesehene Verfahren dennoch für überzeugend, da so die Verlässlichkeit der Register und damit die Rechtssicherheit gestärkt werden.

Für die Beteiligten dürfte sich der Aufwand in der Regel auch in Grenzen halten, da die erforderlichen Schritte in vielen Fällen nur einen Besuch im Notariat erfordern dürften. Die Notarin bzw. der Notar kann dann den weiteren Vollzug im Auftrag der Beteiligten übernehmen, also die beglaubigte Anmeldung zum Gesellschaftsregister in bewährter Weise elektronisch signiert einreichen und nach Eintragung beim Grundbuchamt den Antrag auf Berichtigung und die weiteren erforderlichen Anträge stellen.

¹ Auf Seite 77 unten heißt es hier zu Nr. 2: „Insbesondere die Verweisung auf § 12 HGB gewährleistet die Mitwirkung des Notars bei der **Anmeldung** zum Gesellschaftsregister, insofern als diese in öffentlich beglaubigter Form erfolgen muss.“

Eine Ausnahme von der grundsätzlich im Sinne eines sicheren und verlässlichen Rechtsverkehrs zu begründenden Eintragungspflicht im Gesellschaftsregister vor Änderungen im Grundbuch wäre allerdings nach hiesiger Ansicht bei bloßen Löschungen von Rechten der GbR und die damit einhergehenden „Gegenstandslosigkeit“ der GbR zu machen.

Beispiel: Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags stellt sich bei der Grundbucherhebung heraus, dass für die A-B-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B, eine Sicherungshypothek über 2.000,- Euro eingetragen ist. Außer dieser Buchposition besteht bei der GbR kein Vermögen mehr. Diese ist auch nicht mehr tätig in irgendeiner Hinsicht.

Hier dürfte eine Eintragung ins Gesellschaftsregister, die Löschung der Hypothek und die anschließende Löschung der GbR im Gesellschaftsregister den Beteiligten nur schwer vermittelbar sein und von den Bürgern als „bloße Formelei“ empfunden werden. Einen ähnlichen Fall stellt die Veräußerung von Grundbesitz dann dar, wenn die GbR kein weiteres Eigentumsrecht im Grundbuch hat.

Hierzu könnte in Art. 229 § 21 EGBGB-E eine entsprechende Sonderregelung in einem neuen Absatz 3 aufgenommen werden, in welchem für eine GbR, deren Gesellschafter nach § 47 Abs. 2 Satz 1 der Grundbuchordnung in der bis zum [...] geltenden Fassung eingetragen sind und deren Vermögen ausschließlich aus Rechten an dem Grundstück besteht, über welche durch Aufhebung oder Übertragung verfügt wird, eine Eintragung im Gesellschaftsregister nicht erforderlich ist, sofern die GbR aus nur zwei Gesellschaftern besteht und wenn die Gesellschafter erklären, dass der GbR keine weiteren im Grundbuch oder anderen Registern erfassten Rechte zustehen.

Als weniger weitgehende Ausnahme von der Registrierungspflicht käme in diesen Fällen auch die erleichterte Löschung aus dem Gesellschaftsregister ohne formelle Liquidation in Betracht.

Jedenfalls für Ehegatten-GbRs dürfte auch aus steuerlicher Sicht keine formelle Liquidation erforderlich sein, sodass zumindest für die in der Praxis wichtige Konstellation der Ehegatten-GbR, die Eigentümerin eines einzelnen Grundstücks ist und dieses veräußert, eine Erleichterung der vorstehenden Art ohne Weiteres möglich scheint.

4. Statuswechsel

Der identitätswahrende Formwechsel etwa zwischen GbR und oHG/KG ist schon lange anerkannt. Erst kürzlich wurde wieder bestätigt, dass sich ein Formwechsel identitätswahrend außerhalb des UmwG auch zwischen oHG/KG und Partnerschaftsgesellschaft vollziehen kann (OLG Hamm v. 12.7.2019 – 27 W 24/18, RNotZ 2019, 418). Dies kann bislang durch bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags, Abmeldung zum Handelsregister und Anmeldung zum Partnerschaftsregister geschehen.

Dieses Verfahren würde sich durch die vorgesehene Regelung zum Statuswechsel insofern vereinfachen, dass nur noch eine Anmeldung erforderlich ist. Auf der anderen Seite dürfte das nun vorgesehene Verfahren für die Registergerichte einen Mehraufwand gegenüber der bisherigen Praxis des nicht geregelten „Statuswechsels“ bedeuten. Freilich kann der Entwurf gegenüber der bisherigen Praxis eine erhöhte Rechtssicherheit der Identifizierung der Gesellschaft für sich in Anspruch nehmen, sodass die Neuregelung für den Rechtsverkehr im Ergebnis ein Gewinn sein dürfte.

Möglicherweise kann aber in der Begründung noch klarer herausgestellt werden, dass der Statuswechsel nicht zur Anwendung des Gründungsrechts führt. Dies kann insbesondere relevant werden, wenn der Gesellschaftsvertrag des formwechselnden Rechtsträgers nur punktuell hinsichtlich Namen und Rechtsform geändert wird, die übrigen Bestimmungen aber unverändert bleiben. Hier sollte beispielsweise für unveränderte Abfindungsklauseln Rechtssicherheit bestehen, dass die Klausel nicht aufgrund des Statuswechsels wieder der Inhaltskontrolle unterliegt, sondern es bei der Ausübungskontrolle durch die Rechtsprechung bleibt.

II. Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für die Ausübung Freier Berufe

Die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für die Ausübung Freier Berufe führt einen Prozess zu seinem konsequenten Abschluss, der bereits 2007 und 2008 mit der berufsrechtlichen Öffnung der GmbH & Co. KG für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater begonnen hat. Mit der Öffnung der oHG durch § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E und der KG durch die Verweisung des § 161 Abs. 2 HGB-E für alle Freien Berufe i. S. d. § 1 Abs. 2 PartGG wird diesen nicht nur eine Haftungsbeschränkung ermöglicht, welche über die begrenzten Möglichkeiten einer Partnerschaftsgesellschaft hinausgeht. Zugleich ermöglicht der ebenfalls in § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E neu eingeführte Berufsvorbehalt, dass die spezifischen Schutzbedürfnisse von Kunden, Patienten, Mandanten etc. vom jeweils zuständigen Landes- oder Bundesgesetzgeber maßgeschneidert ausgestaltet werden können.

Für Notare ist diese Öffnung freilich nur von begrenzter Bedeutung, da das Notaramt für sich gemäß § 9 Abs. 1 BNotO nicht sozietätsfähig ist und aufgrund des hoheitlichen Charakters der notariellen Amtsausübung nach § 19 Abs. 1 BNotO die Beschränkung der Haftung für Amtspflichtverletzungen ausgeschlossen ist. Der Zusammenschluss mit Kollegen zur Begrenzung der über die Amtspflichten hinausgehenden Haftung kommt ohnehin nur für Anwaltsnotare – und für diese gemäß § 59a Abs. 1 Satz 3 BRAO auch lediglich in ihrer Funktion als Rechtsanwalt – in Betracht, denen nach § 9 Abs. 2 BNotO auch die Sozietät mit Patentanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern offensteht. Für hauptamtliche Notare, deren Berufsausübungs-Sozietäten in den meisten Bundesländern des Nur-Notariats ohnehin durch Sozietätsverordnungen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BNotO auf zwei Berufsträger beschränkt sind, bleibt die GbR die einzig zulässige Rechtsform.²

III. Kodifizierung des Beschlussmängelrechts und zu einigen weiteren ausgewählten Einzelfragen

Zu Recht flexibilisiert der in §§ 714a-714e BGB-E (i. V. m. § 105 Abs. 2 HGB-E, § 161 Abs. 2 HGB-E bzw. § 1 Abs. 4 PartGG-E) vorgesehene Vorschlag den bislang grundsätzlich auf die Nichtigkeitsfeststellungsklage fixierten Rechtsschutz gegen Beschlüsse von Personengesellschaften. Entsprechend dem Regelungsvorbild der §§ 231-249 AktG, deren Regelungsmuster ferner bereits im GmbH-Recht praktiziert wird, steht nunmehr auch die Anfechtungsklage als Gestaltungsklage zur Verfügung.

Im Übrigen erscheint die an das aktienrechtliche Vorbild angelehnte, aber im Bedarfsfall hiervon mögliche punktuell abweichende Ausgestaltung des Anfechtungsprozesses sachgerecht.

² Vgl. *Bischoff* in Würzburger Notarhandbuch Teil 1 Kap 1 Rn. 56; *Schippel/Bracker/Görk* BNotO § 9 Rn. 5.

1. Klagefrist

Auch der im Entwurf gewählte Weg, im Rahmen der Übertragung des aktienrechtlichen Modells auf personalistisch strukturierte Gesellschaften die Klagefrist abweichend zu § 246 Abs. 1 AktG statt mit einem Monat mit drei Monaten zu bemessen (§ 714 c Abs. 1 Satz 1 BGB-E) und eine Hemmung der Klagefrist für die Dauer von Vergleichsverhandlungen (§ 714c Abs. 3 BGB-E) vorzusehen, dürfte dem Bedürfnis einer vorgerichtlichen Streitbeilegung hinreichend Rechnung tragen und ist daher aus Sicht der Praxis zu begrüßen.

2. Anfechtungsbefugnis

Anfechtungsbefugt ist nach § 714b Abs. 1 BGB-E jeder Gesellschafter, der „vom Zeitpunkt der Beschlussfassung an der Gesellschaft angehört“. Die Begründung des Gesetzentwurfs³ und der Vergleich zum aktienrechtlichen Grundmodell des § 245 AktG dürfte nur die Annahme zulassen, dass maßgebend für die Anfechtungsbefugnis die Gesellschafterstellung *im* Zeitpunkt der Beschlussfassung ist.

Gleichwohl könnte es sich zur Klarstellung empfehlen, in § 714b Abs. 1 E-BGB das Wort „vom“ durch „im“ zu ersetzen und das Wort „an“ zu streichen. Jedenfalls wäre eine entsprechende Klarstellung in der Gesetzesbegründung begrüßenswert, dass Voraussetzung für die Anfechtungsbefugnis nur ist, dass der Gesellschafter *im* Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschaft angehört.

3. Redaktionelle Hinweise

Im zweiten Satz des ersten Absatzes der Begründung zu § 714d Abs. 2 BGB-E wird sprachlich angeregt, das Wort „daherkommen“ durch „auftreten“ zu ersetzen. Im zweiten Satz des dritten Absatzes der Begründung zu § 714d Abs. 3 BGB-E ist das Komma nach „Vorschrift“ zu streichen. Im dritten Satz des siebten Absatzes der Begründung zu § 714d Abs. 3 BGB-E liegt eine Doppelung des Wortes „der“ vor.

IV. Ausgewählte weitere Fragen

1. Auskunftsrechte

§ 717 BGB-E führt das geltende Recht zu Recht im Wesentlichen fort. In § 717 Abs. 2 BGB-E erscheint die erfolgte Übernahme von § 666 BGB nicht ganz sachgerecht, insbesondere bei einer auf längere Dauer angelegten GbR. Hier wäre in Anknüpfung an § 2218 Abs. 2 BGB erwägenswert, die Pflicht zur Rechenschaftslegung auf „*mindestens einmal jährlich sowie nach Beendigung der Geschäftsführertätigkeit*“ zu erstrecken.

Ferner ist zu bemerken, dass § 105 Abs. 2 HGB-E diese Grundsätze für die OHG übernimmt und der geltende § 118 HGB entfällt, der insofern kaufmännischer konturiert ist, als er namentlich das Recht des OHG-Gesellschafters enthält, sich aus den „*Handelsbücher[n] und Papiere[n]*“ der Gesellschaft „*eine Bilanz und einen Jahresabschluss an[zu]fertigen*“. Hierin dürfte gegenüber der geltenden Rechtslage letztlich eine Einschränkung des Informationsrechts gerade des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafters liegen.

Zutreffend geht die Entwurfsbegründung im Ausgangspunkt davon aus, dass in der gesetzestypischen KG „*der Kommanditist ein geringeres Informationsbedürfnis hat als der unbeschränkt persönlich haftende Komplementär*“. Das in § 166 Abs. 1 HGB-E nunmehr präziser geregelte Auskunftsrecht des Kommanditisten

³ Vgl. erster Absatz der Begründung zu § 714b Abs. 1 BGB-E: „*Die Vorschrift verschafft Klarheit, zu welchem Zeitpunkt die Gesellschafterstellung bestehen muss*“ [Hervorhebung nicht im Original].

geht hingegen insofern sehr weit, als nahezu alle „Gesellschaftsunterlagen“ bilanzrelevant und damit „zugehörig“ sein dürften. Wegen des zwingenden Charakters der Vorschrift (§ 166 Abs. 2 HGB-E) könnte dies dazu führen, dass die zwingenden Auskunftsrechte des Kommanditisten weitergehen als die dispositiven Rechte des unbeschränkt haftenden Gesellschafters. Dies erscheint nicht sachgerecht, zumal – wie dies in der Praxis schon heute allzu oft bei § 51a GmbH zu beobachten ist – eine potenzielle Ausweitung missbräuchlicher bzw. streitanfälliger Informationsbegehren zu befürchten steht. Zu erwägen wäre daher jedenfalls, die bisherige gerichtliche Entscheidung über das Auskunftsrecht in § 166 Abs. 3 HGB beizubehalten. Das Auskunftsrecht des Kommanditisten könnte zudem dispositiv ausgestaltet werden, soweit nicht Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Gestaltungen wie etwa die Wahrnehmung des Auskunftsrechts nur durch einen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Dritten sind in der Vertragspraxis weithin geläufig und sachgerecht.

2. § 54 BGB-E

Inhaltlich ist die Neuregelung des nicht eingetragenen Vereins gemäß § 54 BGB-E vorbehaltlos zu begrüßen. In redaktioneller Hinsicht bleibt lediglich die klarstellende Aufnahme einer Legaldefinition des eingetragenen und wirtschaftlichen nicht konzessionierten Vereins in Absatz 1 anzuregen. In der Folge ließe sich Absatz 2 verkürzt mit der Formulierung „Verein nach vorstehendem Absatz“ oder „solchen Verein“ fassen.

3. § 722 Abs. 1 Satz 1 BGB-E

Zu § 722 Abs. 1 Satz 1 BGB-E wird angeregt, die Formulierung „nachdem“ wegen seiner Umgangssprachlichkeit wie folgt anzupassen: „Ist eine Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, zahlungsunfähig oder überschuldet, dürfen deren organschaftliche Vertreter oder Liquidatoren keine Zahlungen leisten.“

Die jetzige Formulierung lässt nach ihrem Wortlaut überdies eine Zahlung durch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte der Gesellschafter zu; dies dürfte wohl nicht intendiert sein. Dem könnte mit einer Formulierung am Ende des Satzes statt „leisten“ mit „leisten oder solche Zahlungen dulden“ abgeholfen werden.

4. § 728b Abs. 1 Satz 1 BGB-E

In § 728b Abs. 1 Satz 1 BGB-E hat es „deren bis“ statt „derenbis“ sowie „begründete“ statt „begründeten“ zu heißen.

5. Begründung zu § 707c E-BGB

Im zweiten Satz der Begründung zu § 707c Abs. 2 BGB-E muss wohl auf „§ 198 Abs. 2 Satz 4 UmwG“ verwiesen werden, nicht auf § 98 Abs. 2 Satz 4 UmwG.

6. Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen

Zur Ermöglichung flexibler Testamentsvollstreckungsgestaltungen – gerade bei minderjährigen Erben – wäre es aus Sicht der Praxis zu begrüßen, wenn, trotz des freilich bestehenden und hinlänglich bekannten Spannungsfeldes zwischen den Prinzipien des Handelsrechts (höchstpersönlicher Charakter der Gesellschaftsbeteiligung; Prinzip der unbeschränkten Haftung des Gesellschafters) einerseits und des Erbrechts (Haftungsbeschränkung auf den Nachlass; Eingehen nur von Verbindlichkeiten für den Nachlass durch den

Testamentsvollstrecker) andererseits, eine (Dauer-)Testamentsvollstreckung an nicht haftungsbeschränkten Anteilen von Personengesellschaften ermöglicht würde.⁴

Dem könnte etwa dadurch verholpen werden, dass dem Testamentsvollstrecker in Abweichung von § 2206 Abs. 1 BGB gestattet würde, auch mit seinem Eigenvermögen zu haften und als Partei kraft Amtes nach außen hin Inhaber des Anteils zu sein. Eine entsprechende normative Verankerung wäre etwa in § 724 BGB-E und in § 119 HGB-E zu erwägen. Die Eigenhaftung des Testamentsvollstreckers ließe sich gestalterisch dadurch lösen, dass die Testamentsvollstreckung einem haftungsbeschränkten Rechtsträger übertragen wird. Ferner könnte ggf. eine entsprechende Vergütung des Testamentsvollstreckers als Anreiz und als Ausgleich für dessen höheres Haftungsrisiko dienen und schließlich könnte der Testamentsvollstrecker, ist ihm das Haftungsrisiko zu groß, das Amt gemäß § 2202 Abs. 2 BGB auch ablehnen.

Für Fragen und Ergänzungen stehen wir gerne, auch im Rahmen eines persönlichen Gesprächs, zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Christian Rupp'.

Dr. Christian Rupp

⁴ *De lege lata* wird die Zulässigkeit überwiegend verneint, vgl. dazu etwa *Pauli* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, Rn. 111 mit weit. Nachw.