



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Die zweckoffene Personengesellschaft**

—

## **Überlegungen und Vorschläge zur Zukunft der Personengesellschaften nach dem MoPeG“**

Dissertation vorgelegt von Tim Obermann

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **Die zweckoffene Personengesellschaft**

–

### **Überlegungen und Vorschläge zur Zukunft der Personengesellschaften nach dem MoPeG**

Dissertation vorgelegt von Tim Obermann

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

#### **I. Einführung**

Die vorliegende Arbeit plädiert für die Einführung einer zweckoffenen Personengesellschaft.

Dabei handelt es sich um eine Rechtsform, die sich zum einen durch ihren weiten Anwendungsbereich und zum anderen dadurch auszeichnet, dass sie erst mit Eintragung im Register entsteht. Sie steht allen erlaubten Gesellschaftszwecken offen, neben ihr braucht es keine weitere rechtsfähige Personengesellschaft.

All das macht sie zum Gegenentwurf des deutschen Personengesellschaftsrechts, welches sich durch eine anachronistisch anmutende Formenvielfalt auszeichnet, weil es neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Grundform mit der offenen Handelsgesellschaft (oHG) eine Spezialform für Kaufleute und mit der Partnerschaftsgesellschaft (PartG) eine weitere Spezialform für Angehörige der freien Berufe bereithält.

Ausgehend vom Personengesellschaftsrecht in der Gestalt, die es durch das MoPeG erhalten hat, streitet die vorgelegte Arbeit argumentativ dafür, mittelfristig eine zweckoffene Personengesellschaft nach Vorbild der österreichischen Offenen Gesellschaft (OG) zu schaffen. Die Forderung selbst dient als Blaupause und soll die rechtswissenschaftliche Debatte zur Reform nach der Reform einleiten.

Um die Sinnhaftigkeit einer langfristigen Reform des deutschen Personengesellschaftsrechts zu verdeutlichen, wird nach der Einführung im zweiten Kapitel der Arbeit das MoPeG im Lichte seiner Zielvorgabe, namentlich der Konsolidierung des Rechts der GbR unter Anerkennung der grundlegenden Trennung zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Personengesellschaften, analysiert (II.). Als Antithese wird dem MoPeG sodann die österreichische UGB-Reform durch das HaRÄG gegenübergestellt, mit dem das österreichische Personengesellschaftsrecht unter Aufgabe des Dualismus zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Personengesellschaften erneuert wurde (III.). Die gewonnenen Erkenntnisse münden schließlich im Vorschlag der zweckoffenen Personengesellschaft *de lege ferenda* (IV.).

## **II. Die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts**

1. Der deutsche Gesetzgeber neigt im Recht der Personengesellschaften nicht dazu, altbewährte Grundsätze im Anflug vorschnellen Aktionismus über Bord zu werfen. Als Folge dieser legislativen Behutsamkeit präsentierte sich das Gesellschaftsrecht des BGB bis zuletzt als ein Relikt aus einer anderen Zeit. Es war nicht mehr als ein unvollständiges, teilweise unzutreffendes Abbild der geltenden Rechtslage. Denn während die §§ 705 ff. BGB a.F. (weitgehend) unverändert in der Gestalt erscheinen, die ihnen der Gesetzgeber im Jahr 1900 gegeben hatte, wurde die GbR durch die Kautelarpraxis und die Rechtsprechung zu einem selbstständigen Rechtssubjekt entwickelt. Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung markierte im Jahr 2001 das Grundsatzurteil „ARGE Weißes Ross“, mit dem der Bundesgerichtshof (BGH) die Entwicklung der GbR hin zur dauerhaften, rechtsfähigen Außengesellschaft einleitete.
2. Auf diese Weise ist eine Schieflage zwischen dem geltendem und dem geschriebenen Recht entstanden, da Letzteres nicht zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Personengesellschaften unterschied. Die §§ 705 ff. BGB a.F. enthielten Regelungen, die sich kaum mit der vom BGH geschaffenen Rechtslage in Einklang bringen ließen. Das hatte zur Folge, dass einige Vorschriften ins Leere liefen (insbesondere die §§ 718, 719 BGB a.F.), andere unvollständig waren (zum Beispiel § 716 BGB a.F.), teils nur durch exegetische Klimmzüge mit dem geltendem Recht vereinbar waren (so § 736 ZPO a.F.) oder sogar gänzlich fehlten. Leidtragende dieser Schieflage waren in erster Linie unternehmerische GbR, für die die §§ 705 ff. BGB nur unzureichend ausgestaltet waren. Sie zwangen den Rechtsanwender zu zahlreichen Anpassungen des kodifizierten Rechts, die von der Kautelarpraxis durch gesellschaftsvertragliche Abbedingung dispositiver Vorschriften und von der Rechtsprechung mittels ergänzender Vertragsauslegung vorgenommen wurden.
3. Mit dem am 01. Januar 2024 in Kraft getretenen MoPeG hat der Gesetzgeber die §§ 705 ff. BGB einer grundlegenden Modernisierung unterzogen. Dazu wurden die Vorschriften der GbR am Leitbild einer dauerhaft am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaft ausgerichtet. Für die GbR wurde ein mit öffentlichem Glauben ausgestattetes Gesellschaftsregister errichtet. Durch ein mit Voreintragungsobliegenheiten kombiniertes Eintragungswahlrecht soll das Publizitätsdefizit der rechtsfähigen GbR behoben werden. Gleichwohl können rechtsfähige GbR weiterhin nach dem Prinzip der freien Rechtsträgerbildung ohne Eintragung im Gesellschaftsregister entstehen. Die im Einzelfall schwierige Abgrenzung zwischen rechtsfähiger Außengesellschaft und nicht rechtsfähiger Innengesellschaft bleibt somit virulent.
4. Mit Blick auf den soeben beschriebenen Reformstau hat der Gesetzgeber aus nachvollziehbaren Gründen zunächst für die Konsolidierung des geltenden Rechts gesorgt, anstatt über die Einführung einer neuen Rechtsform nachzudenken. Und so überrascht es auch nicht, dass die wiederholt geäußerte Kritik an der längst überholten Trennung zwischen gewerblichen und freiberuflichen Rechtsformen bisher auf taube Ohren gestoßen ist. Gleiches gilt für hieran anknüpfende rechtspolitische Vorschläge *de lege ferenda*. Forderungen nach ei-

nem Systemwechsel, herbeigeführt durch eine Öffnung der Handels-Personengesellschaften für alle Zwecke, konnten angesichts des drängenden Reformbedarfs mit dem Argument der politischen Undurchsetzbarkeit im Keim erstickt werden. Stattdessen ist und bleibt der vom Warenhandel des 19. Jahrhunderts geprägte Kaufmannsbegriff Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher Rechtsfolgen. Im Personengesellschaftsrecht des HGB prägt er das dualistische System von kaufmännischen und nicht kaufmännischen Personengesellschaften. Diese werden nach Maßgabe des von ihnen verfolgten Zwecks unterschiedlichen Regelungsregimen unterworfen. Der auf kaufmännische Unternehmen verengte Anwendungsbereich bleibt in der Folge hinter dem Geltungsanspruch zahlreicher Vorschriften, insbesondere solcher aus dem Zweiten Buch des HGB, zurück.

5. Diese „Reform im bestehenden System“ kommt nicht ohne Wertungswidersprüche aus. Die Modernisierung der §§ 705 ff. BGB führt zu einer „Verhandelsgesellschaft“ der GbR, die nur schwer mit ihrer bisherigen Funktion als Auffang- und Einstiegsrechtsform vereinbar ist. Die Angleichung der rechtsfähigen GbR an die oHG berührt die rechtspolitische Zielsetzung, den Dualismus zwischen nicht kaufmännischer Grundform und kaufmännischer Spezialform beizubehalten, indem sie die ihr zugrundeliegende Wertentscheidung unterwandert. Zugleich provoziert sie die Frage, ob es tatsächlich geboten ist, dieselben Gesellschafter, welche mit der linken Hand dem strengen kaufmännischen Haftungsrecht unterstellt werden, mit der rechten Hand vor den Risiken der Prokura zu schützen. Oder anders gewendet: Sollte nicht zumindest GbR-Gesellschaftern, die sich durch Eintragung ihrer Gesellschaft den Publizitätsvorschriften unterworfen haben, die Möglichkeit zuteilwerden, erteilte Prokuren einzutragen?
6. Vergrößert man den Blickwinkel, so erscheint das geschriebene Recht in Folge des Leitbildwandels für schlicht zivilistische Gestaltungen überzogen und unangemessen. Auf der anderen Seite wurde der Leitbildwandel aber auch nicht konsequent genug vollzogen, weil die §§ 705 ff. BGB auch in neuer Fassung für unternehmerische Gesellschaften eine nur unzureichende Kodifizierung darstellen. Die noch verbleibenden Unterschiede zwischen GbR und oHG sind auch nicht Ausdruck einer sachgerechten Differenzierung zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Unternehmen. Vielmehr ließen sich die als Sonderprivatrecht für Kaufleute im HGB verorteten Vorschriften ihrem Sinngehalt nach auf alle unternehmerischen Personengesellschaften erstrecken, weil diese letztlich eine homogene Gruppe bilden. Sie sind strukturell identisch und gehören ins HGB. Die dortigen Regeln passen besser zu ihren rechtlichen Bedürfnissen als diejenigen im BGB. Die Enge des Kaufmannsbegriffs führt jedoch dazu, dass das Potenzial der §§ 105 ff. HGB in zahlreichen Fällen unternehmerischer GbR ungenutzt bleibt. Und so tummeln sich im weiten Verwendungsbereich der GbR zahlreiche Gesellschaften, denen ein noch professionelleres Regelungsgerüst gut zu Gesicht stünde. Ihnen gegenüber stehen die Gesellschaften, die ein solches wegen ihrer vorübergehenden, lockeren Verbindung gerade nicht benötigen. Für sie schießen die Regelungen über das Ziel hinaus.

7. Ein wertungskonsequenter Ausgleich bestünde darin, das oHG-Recht für alle dauerhaft am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaften zu öffnen, um so einerseits alle unternehmerischen Gesellschaften an den Ort ihrer ursprünglichen Bestimmung (ins HGB) zurückzuführen und andererseits den ausgeuferten Verwendungsbereich der GbR entsprechend ihrer historischen Konzeption auf nicht dauerhaft bestehende, kleinteilige Konstellationen zu reduzieren.

### **III. Vom Handels- zum Unternehmensrecht in Österreich**

1. In Österreich fanden die Kritik am Kaufmann und die Vorschläge einer Totalrevision dagegen deutlich mehr Anklang beim Gesetzgeber. Mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG) aus dem Jahr 2005 wurde das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen entwickelt. Der Kaufmannsbegriff wurde durch einen weiteren Unternehmerbegriff ersetzt. Dieser erfasst alle selbstständig Erwerbstätigen, ohne zwischen gewerblichen und freien Berufen zu unterscheiden. Der Unternehmensbegriff bringt Anwendungsbereich und Geltungsanspruch des Sonderprivatrechts in Einklang, indem er nicht zwischen gewerblichen und freiberuflichen Tätigkeiten differenziert. Hierdurch entfallen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen handelsgewerblichen und kleingewerblichen sowie nicht gewerblichen Tätigkeiten.
2. Im Personengesellschaftsrecht wurde die Zweckbeschränkung der österreichischen oHG aufgegeben und eine zweckoffene Gesellschaft eingeführt. Diese entsteht erst im Zeitpunkt ihrer Firmenbucheintragung. Der Rechtsformwechsel von der nicht rechtsfähigen GesbR zur rechtsfähigen OG erfolgt durch Eintragung im Firmenbuch. Das den Gesellschaftern zugeordnete Vermögen geht dabei im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger über. Die Unternehmereigenschaft einer eingetragenen Gesellschaft setzt den Betrieb eines Unternehmens voraus. Dieser ist im Einzelfall anhand des Gesellschaftszwecks zu bestimmen. Die Eintragung als OG im Firmenbuch bleibt unterhalb der Umsatzschwelle des § 8 Absatz 3 UGB freiwillig. Wird die Schwelle überschritten, müssen die Gesellschafter eine OG zur Eintragung im Firmenbuch anmelden. Freiberufliche Unternehmen sind in Österreich von der Pflicht zur Eintragung ins Firmenbuch auch bei Überschreiten der Umsatzschwelle ausgenommen. Zur Rechnungslegung sind sie selbst dann nicht verpflichtet, wenn sie als OG im Firmenbuch eingetragen sind.
3. Der mit einer konstitutiv wirkenden Eintragung verbundene Gewinn an Rechtssicherheit überwiegt die gegen den Gleichlauf von Registereintragung und Rechtsfähigkeit vorgetragenen Einwände. Zunächst ließe sich die Rechtssubjektivität einer Gesellschaft einfach und rechtssicher anhand ihrer Registereintragung feststellen. Hierdurch können sich Vertragspartner von der Existenz und der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft überzeugen und über den Kreis ihrer Gesellschafter informieren. Die mit einer konstitutiv wirkenden Eintragung verbundenen Kostensteigerungen für Gesellschafter einer bisher publizitätslosen (Außen-) GbR halten sich in Grenzen und lassen sich durch die Vorzüge der Registereintragung kom-

pensieren. Die konstitutive Registereintragung birgt ferner das Potenzial, den Rechtsformwechsel zwischen nicht rechtsfähiger und rechtsfähiger Gesellschaft im Interesse der Gesellschafter durch Anordnung einer (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge zu erleichtern, ohne dabei schutzwürdige Interessen des Rechtsverkehrs zu beeinträchtigen. Der Gleichlauf zwischen Rechtsfähigkeit und Registereintragung würde zudem dafür Sorge tragen, dass dem Übergang vom Schuldverhältnis zum Rechtssubjekt ein bewusstes Zusammenwirken aller Gesellschafter vorausgeht.

4. Die Privilegierung der Angehörigen freier Berufe bedeutet hingegen einen systematischen Bruch und eignet sich nicht als Vorbild für die Entwicklung des deutschen Unternehmensrechts. Interessenvertreter der freien Berufe tragen die Gründe, die nach ihrer Auffassung eine Besserstellung rechtfertigen, immer wieder mit Nachdruck beim Gesetzgeber vor. Sie erkennen die Rechtfertigung ihrer Privilegierung in den „hohen ethischen Standards“, die eine „Kommerzialisierung“ ihres Berufsstandes verbieten würde. Das für Gewerbetreibende typische markt- und absatzorientierte Tätigwerden unterscheidet sich grundlegend von der Arbeit eines Freiberuflers. Sie seien zudem zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet.

Tatsächlich müssen Freiberufler ihre Leistungen regelmäßig persönlich erbringen, weil der wirtschaftliche Wert ihrer Arbeit auf die individuellen, vor allem kognitiven Fähigkeiten einer Rechtsanwältin, Ärztin oder eines Architekten zurückzuführen ist. Sie sind infolge ihres hohen Ausbildungsgrades, ihrer Kreativität und Professionalität nicht austauschbar. Zudem sind auch die Geschäftsbeziehungen zwischen Mandant und Anwältin, Patient und behandelnder Ärztin oder zwischen dem Bauherrn und seinem Architekten regelmäßig durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt. Insofern unterscheidet sich die freiberufliche Tätigkeit durchaus von der eines Handwerkers oder Bäckers.

Das erklärt allerdings noch nicht, warum Freiberufler nicht in der Lage sein sollten, Bücher nach Maßgabe der §§ 238 ff. HGB beziehungsweise §§ 189 ff. UGB zu führen. Allein die fehlende Geschäftserfahrung kann es nicht sein, sie wird schließlich auch Gewerbetreibenden nicht in die Wiege gelegt. Vielmehr ist es doch gerade Freiberuflern, die nicht selten eine akademische Ausbildung durchlaufen haben, zuzutrauen, sich in die Grundsätze der doppelten Buchführung einzuarbeiten. Auch die persönliche Leistungserbringung kann die Befreiung von Pflichten, die scheinbar als besonders belastend empfunden werden, nicht ohne Weiteres begründen. Schlüssig wäre dieser Einwand, wenn der Freiberufler tatsächlich allein für die gesamte Leistungserbringung verantwortlich wäre, weil er das Unternehmen ohne Mitarbeiter betreibt und daher nicht über die zeitlichen Kapazitäten verfügt, um einer Buchführungspflicht nachzukommen. Indes könnte dieser Einwand ebenso gut von einem Handwerker stammen, der als Einzelkaufmann tätig ist und ebenfalls keine Mitarbeiter beschäftigt, die ihn bei der Buchführung unterstützen können. Die Sorge vor einer „Kommerzialisierung“ des Berufsstandes, angefeuert durch den nachvollziehbaren Wunsch, die hohen ethischen Standards der freien Berufe zu konservieren, ist schließlich unbegründet. Zum einen würde wohl schon heute kaum ein Freiberufler das individuelle

Gewinnstreben als Antrieb seiner Leistungserbringung ernsthaft von sich weisen. Zum anderen ist ein Gewinnstreben auch unter Einhaltung hoher ethischer Standards möglich. Selbst ein allein aus finanziellem Eigeninteresse handelnder Arzt leistet, wenn auch ungewollt, einen Beitrag zum Funktionieren des Gesundheitssystems. Und so wie eine Gesellschaft, die nicht verhungern möchte, nicht auf die Nächstenliebe ihrer Bäcker vertraut, sollte der Rechtsstaat nicht allein auf das verantwortliche Handeln seiner Rechtsanwälte und Notare im Sinne des Gemeinwohls hoffen. Ein individuelles Gewinnstreben der Freiberufler als Folge ihrer tatsächlichen „Kommerzialisierung“ ist daher sogar ordnungsökonomisch gewollt. Abgesehen davon wäre das Unternehmensrecht der Zukunft nicht der richtige Ort, um die hohen ethischen Anforderungen einzelner Berufsstände legislativ abzubilden. Dafür ist vielmehr das jeweils einschlägige Berufsrecht zuständig.

5. Der Unternehmensbegriff erleichtert es, die Anwendung des Unternehmensrechts auf die OG festzustellen. Noch leichter fiel die Prüfung, wenn die OG – anders als in Österreich – Unternehmerin kraft ihrer Rechtsform wäre. Die für Klein-Unternehmer vorgesehenen Bereichsausnahmen ermöglichen eine gestufte Anwendung des Unternehmensrechts und verhindern eine anfängliche Überforderung der Unternehmer sowie eine Überlastung der Registergerichte.

#### **IV. Die zweckoffene Personengesellschaft**

Die vorstehenden Erkenntnisse und Überlegungen begründen folgenden Vorschlag *de lege ferenda*:

1. Die in § 105 Absatz 1 HGB angelegte Trennung der Personengesellschaften nach Maßgabe des von ihnen verfolgten Zwecks wird aufgegeben. Das Erfordernis vom Betrieb eines Handelsgewerbes wird durch eine Formulierung ersetzt, nach der eine „Offene Gesellschaft“ zu sämtlichen Zwecken gegründet werden kann. Für die PartG besteht kein Bedürfnis mehr; das PartGG tritt außer Kraft.
2. Die zweckoffene Personengesellschaft entsteht erst durch Eintragung im Register. Die GbR ist nicht eintragungsfähig. Sie steht künftig lediglich als nicht rechtsfähige Gesellschaft zur Verfügung. Für den Rechtsformwechsel von der nicht rechtsfähigen GbR in die OG (und umgekehrt) wird eine Gesamtrechtsnachfolge angeordnet.
3. Die Rückbildung der GbR zu einem bloßen Schuldverhältnis spricht nicht gegen die Einführung des Normativprinzips. Die entstehenden Ordnungsfragen im Zusammenhang mit der rechtlichen Behandlung einer Vor-OG sowie bestehender Außen-GbR lassen sich mit Hilfe von Sonderregeln und Übergangsvorschriften auflösen.
4. Die OG ist unabhängig davon, ob sie tatsächlich ein Unternehmen betreibt, Unternehmerin kraft Rechtsform. Gewerbliche und freiberufliche Unternehmen werden gleichbehandelt. Eine Kommerzialisierung der freien Berufe ist nicht zu befürchten. Die hohen ethischen Anforderungen einzelner Berufsstände können im jeweiligen Berufsrecht berücksichtigt werden.

## *Die zweckoffene Personengesellschaft*

5. Kleine Unternehmen sind von der Pflicht zur Eintragung als OG ausgenommen. Sie können sich freiwillig für eine Eintragung als OG entscheiden. Bis zur Eintragung bleiben sie GbR. Die Differenzierung zwischen nicht eintragungspflichtigen Klein-Unternehmen und eintragungspflichtigen Unternehmen erfolgt anhand konkreter Umsatzschwellen.