



**Stellungnahme Nr. 83**  
**Dezember 2020**

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des  
Personengesellschaftsrechts (MoPeG)**

**Mitglieder des Ausschusses Gesellschaftsrecht**

Rechtsanwältin Dr. Christina Chlepas (Berichterstatterin)  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz  
Rechtsanwalt Dr. Jens Eric Gotthardt, Vorsitzender (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Florian Hartl, LL.M.  
Rechtsanwalt Dr. Peer Koch  
Rechtsanwalt Olaf Kranz (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Rüdiger Ludwig  
Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer  
Rechtsanwältin Dr. Petra Schaffner  
Rechtsanwalt Jürgen Wagner, LL.M.  
Rechtsanwalt Dr. Andreas Wurm  
Rechtsanwalt Dr. Stephan Zilles

Rechtsanwalt Michael Then, Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreis Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Deutsche Rechtspflegervereinigung  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe  
Institut der Wirtschaftsprüfer

Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, Juristenzeitung, MDR, Legal Tribune ONLINE, JUVE  
Verlag für juristische Information GmbH, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG,  
Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten,  
LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten<sup>1</sup> gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) dankt für die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu dem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) am 18.11.2020 übersandten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts.

Im Ergebnis wird ausdrücklich begrüßt, dass das BMJV einem Vorschlag der BRAK gefolgt ist, nämlich für die Anwaltschaft auch die Zulassung der Rechtsform der Kommanditgesellschaft namentlich auch als Rechtsanwaltsgesellschaft und Co. KG als Berufsausübungsgesellschaft für Rechtsanwälte einzuführen. Klargestellt werden muss jedoch, dass die anwaltliche Tätigkeit in einer KG gemäß § 2 Abs. 2 BRAO keine gewerbliche Tätigkeit ist.

Positiv wird ebenfalls die fakultative Ausgestaltung des GbR-Registers für Berufsausübungsgesellschaften gesehen. Nach wie vor ist die Mehrzahl aller Berufsausübungsgesellschaften in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) organisiert. Es ist faktisch unmöglich, die Existenz jeder einzelnen GbR oder die Stellung einer Person als Gesellschafter einer GbR sicher festzustellen. Es gibt keine amtlichen Register, aus denen sich die jeweilige Eigenschaft konstitutiv ergibt.

Da sich die Regelungen des Referentenentwurfs in weiten Teilen am „Mauracher Entwurf“ orientieren, zu welchem die BRAK mit Stellungnahme Nr. 35/2020<sup>2</sup> bereits ausführlich Stellung genommen hat, nimmt sie zu dem Referentenentwurf (nachfolgend: RefE) ergänzend wie folgt Stellung:

### **1. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 1 (Allgemeine Bestimmungen)**

Die BRAK begrüßt, dass § 705 Abs. 2 BGB-E die Legaldefinition der rechtsfähigen Personengesellschaft in das Gesetz einführt und damit eine Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages aufgreift, die seit der Grundsatzentscheidung des BGH in der Rechtsache „ARGE Weißes Ross“ ergangenen Rechtsprechung über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR gesetzlich nachzuvollziehen. Ebenfalls zu begrüßen ist, dass abweichend vom „Mauracher Entwurf“ der RefE nunmehr auch eine Legaldefinition der nicht rechtsfähigen Gesellschaft vorsieht. Nicht verständlich ist jedoch, warum trotz dieser Legaldefinitionen in § 705 Abs. 2 BGB-E eine Aufhebung des § 14 Abs. 2 BGB nicht (mehr) vorgesehen ist.

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

<sup>2</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 35/2020 zum Entwurf eines Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Mauracher Entwurf (MoPeG); abrufbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/juli/stellungnahme-der-brak-2020-35.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.12.2020).

## **2. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 2 (Rechtsfähige Gesellschaft)**

Dass mit § 706 BGB-E eine Legaldefinition des Verwaltungs- und Vertragssitzes in das Gesetz eingeführt wird und so unter bestimmten Voraussetzungen die Trennung des Verwaltungs- von dem Vertragssitz – und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat hat – ermöglicht wird, ist ebenfalls zu begrüßen.

Nach § 707 Abs. 1 BGB-E (Anmeldung zum Gesellschaftsregister) können die Gesellschafter die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Vertragssitz hat, zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden. Die hierdurch geschaffene Möglichkeit der Registrierung der GbR im sogenannten Gesellschaftsregister greift eine langjährige Forderung aus Wissenschaft und Praxis auf, der rechtsfähigen GbR im Interesse des Rechtsverkehrs Subjektpublizität zu verschaffen.

Die Grundentscheidung des RefE, für GbRs ein Gesellschaftsregister in enger Anlehnung an das Handelsregister einzurichten, welches damit auch für anwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften in Form einer GbR zur Verfügung steht, ist zu begrüßen.

Positiv hervorzuheben ist die Ausgestaltung des Gesellschaftsregisters mit fakultativem Charakter. Die Gesellschafter können selbst entscheiden, ob sie die Gesellschaft wegen intensiver Teilnahme am Rechtsverkehr eintragen lassen wollen, um sich so die Vorteile der Registerpublizität insbesondere in Bezug auf den Nachweis der Existenz, Identität und ordnungsgemäßen Vertretung der Gesellschaft zu Nutze zu machen.

Eine GbR kann grundsätzlich auch außerhalb des Registers gegründet werden. Ihre Rechtsfähigkeit hängt nicht von der Eintragung in das Gesellschaftsregister ab. Damit wird vermieden, dass im Recht der GbR eine unnötige und komplizierte Differenzierung zwischen unterschiedlichen Erscheinungsformen der Gesellschaft erfolgen muss.

Abweichend vom „Mauracher Entwurf“ aber im Einklang mit der Möglichkeit, den Verwaltungssitz im Ausland zu nehmen, verzichtet der RefE richtigerweise darauf, dass sich die zum Gesellschaftsregister anzumeldende Anschrift im Inland befinden muss. Die in der Begründung aufgeführten Argumente dafür, dass die Anschrift sich jedoch in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union befinden muss, sind nachvollziehbar.

Die Eintragung von als GbR ausgestalteten Berufsausübungsgemeinschaften von Rechtsanwälten in ein mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Register erleichtert auch den Rechtsanwaltskammern, den Gerichten und den Rechtsuchenden die Feststellung der Gesellschafter und deren Vertretungsberechtigung und damit die Zulassung von Berufsausübungsgesellschaften in der Rechtsform der GbR.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Grundidee des RefE im Hinblick auf die Verknüpfung der Eintragung einer GbR in ein Gesellschaftsregister für die Inanspruchnahme besonderer Rechte nicht auch auf die Registrierungspflicht für anwaltliche Gesellschaften des bürgerlichen Rechts Anwendung finden kann. Die BRAK hat in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe<sup>3</sup> darauf hingewiesen,

---

<sup>3</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 82/2020; abrufbar unter: <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/dezember/stellungnahme-der-brak-2020-82.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.12.2020).

dass es sinnvoll wäre, wenn diejenigen GbRs, die die Zulassung als Berufsausübungsgesellschaft begehren, sich zuvor in das mit öffentlichem Glauben versehene „BGB-Gesellschaftsregister“ eintragen lassen müssten (Voreintragungserfordernis). Nur so würde der notwendige Grad der Verlässlichkeit hinsichtlich der Existenz, des Fortbestehens und der Zusammensetzung einer GbR als Berufsausübungsgesellschaft hergestellt werden können. Die Rechtsanwaltskammern und der Rechtsverkehr könnten anhand des Registereintrags die Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsregelungen überprüfen und sich wegen des öffentlichen Glaubens des Registers darauf verlassen. Durch die Anknüpfung an die Eintragung in das mit öffentlichem Glauben versehene Register würde zudem das besondere Vertrauensniveau, das für die Einrichtung besonderer elektronischer Anwaltspostfächer (beA) vorausgesetzt wird, aufrechterhalten werden. Die Einrichtung sog. Gesellschaftspostfächer (beA für Berufsausübungsgesellschaften) sieht der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe für Berufsausübungsgesellschaften nunmehr vor.

Dass eine GbR nach dem RefE für Grundstücksgeschäfte registerpflichtig wird, eine von der Rechtsanwaltskammer zugelassene, postulationsfähige Anwalts-GbR aber nicht zwingend einer Registrierungspflicht unterliegt, sondern stattdessen auf Freiwilligkeit beruht, bleibt insoweit unverständlich.

Vor diesem Hintergrund begrüßt die BRAK, dass das Gesellschaftsregister mit öffentlichem Glauben ausgestattet werden soll, § 707a Abs. 3 BGB-E i. V. m. § 15 HGB. Die im Register eingetragenen Umstände können so leicht ermittelt und rechtssicher nachgewiesen werden. Das betrifft sowohl die Existenz der Gesellschaft als auch die Frage, wer im Rechtsverkehr vertretungsberechtigt ist.

Den gewählten Ansatz, dass trotz der Freiwilligkeit der Eintragung § 707a Abs. 4 BGB-E eine Löschung der eingetragenen Gesellschaften nur nach den allgemeinen Vorschriften zulässt und daher mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister eine Bindungswirkung eintritt, hält die BRAK für richtig. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund der Bedeutung der Eintragung für die vorerwähnten Berufsregister.

Die BRAK weist im Zusammenhang mit § 707 BGB-E noch auf die in § 707 Abs. 4 S. 2 vorgeschlagene Regelung hin, deren Formulierung aus ihrer Sicht zu weit gefasst ist. Die vorgeschlagene Erleichterung der Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters durch Tod kommt nach Ansicht der BRAK nur in Frage, wenn der Gesellschafter ausscheidet, ohne dass seine Erben in die Gesellschaft eintreten. Das bloße Eintragen des Ausscheidens des Gesellschafters würde ansonsten den Rechtsverkehr sogar über die tatsächliche Rechtslage täuschen. Die BRAK empfiehlt daher, die Regelung wie folgt zu ergänzen:

*„Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus, ohne dass die Gesellschaft mit seinen Erben fortgesetzt wird, kann die Anmeldung ohne Mitwirkung der Erben erfolgen...“*

Während der „Mauracher Entwurf“ in § 707a BGB-E noch vorsah, dass die Gesellschaft mit der Eintragung „berechtigt“ ist, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu verwenden, ist dies nach dem RefE nunmehr verpflichtend. Die in der Begründung diesbezüglich angestellten Erwägungen hält die BRAK für überzeugend und begrüßt den Vorschlag. Ebenfalls für folgerichtig erachtet wird, dass § 707a Abs. 2 S. 2 BGB-E nunmehr in Anlehnung an das Regelungsvorbild des § 19 Abs. 2 HGB die eingetragene GbR verpflichtet, einen erweiterten Namenszusatz zu führen, wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt persönlich haftet.

Möchten die Gesellschafter ihre Gesellschaft nicht löschen, sondern lediglich mit ihrer Gesellschaft in eine andere Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft wechseln, muss nach dem RefE zwingend das Verfahren nach § 707c BGB-E eingehalten werden. Die BRAK begrüßt die vorgeschlagene Regelung, da sie dem Rechtsverkehr die notwendige Sicherheit gibt und dennoch, anders als beim umwandlungsrechtlichen Formwechsel, nur eine Anmeldung erforderlich ist (beim abgebenden Register). In diesem Zusammenhang ist es nach Auffassung der BRAK auch praxisgerecht und daher begrüßenswert, dass es den Gesellschaftern mangels einschränkender Regelungen freisteht, bei der Anmeldung eines Statuswechsels eine Änderung im Gesellschafterbestand anzumelden, also z.B. bei einem Statuswechsel in eine Kommanditgesellschaft den Beitritt einer Komplementär-GmbH.

Die BRAK begrüßt die zu Untertitel 2 Kapitel 2 vorgeschlagenen Regelungen unter der Bezeichnung „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zu der Gesellschaft“. Auch ist es empfehlenswert, in der Ausgestaltung dieses multipolaren Rechtsverhältnisses von einer Kodifizierung allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsätze wie der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Wettbewerbsverbotes abzusehen. Bereits der „Mauracher Entwurf“ hatte zurecht darauf hingewiesen, dass die Vielfalt an denkbaren Anwendungsfällen zu einer derart abstrakt-generellen Regelung zwingen würde, dass davon auszugehen ist, dass der Rechtsanwender aus einer Kodifizierung allenfalls einen geringen Nutzen ziehen könnte.

Die vorgeschlagene Streichung der in § 708 BGB geregelten Haftungsbeschränkung auf Verletzung der in eigenen Sachen üblichen Sorgfalt (sog. *diligentia quam in suis*) und ihre Begründung ist sachgerecht und überzeugend.

Die BRAK begrüßt, dass mit § 712a BGB-E eine ausdrückliche Regelung betreffend den Übergang des Gesellschaftsvermögens bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters in das Gesetz aufgenommen wurde. Hierdurch werden richtigerweise Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Vermögensübergangs beseitigt, die sich aus Anlass des MoPeG ergeben.

### **3. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 3 (Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zu der Gesellschaft)**

Anders als noch im „Mauracher Entwurf“ hat der RefE das Recht zur Beschlussfassung einschließlich des Beschlussmängelrechts nicht mehr in den Regelungen zur GbR im BGB, sondern im Bereich des Personengesellschaftsrecht in den §§ 109 ff. HGB-E verortet. Es gilt demgemäß nur noch für die OHG und die KG, nicht aber für die GbR.

Der RefE greift insoweit die berechtigte Kritik am „Mauracher Entwurf“ auf, wonach das Anfechtungsmodell ohne eine gewisse Formalisierung des Beschlussverfahrens leerlaufe, da es bei (vermeintlichen) Beschlüssen, deren Zustandekommen und Ergebnis mangels Feststellung oder vergleichbaren verbindlichkeitsbegründenden Aktes ungewiss ist, bei der nicht fristgebundenen Feststellungsklage bleibe.

In Anbetracht der Vielschichtigkeit, in der die GbR am Markt in Erscheinung tritt und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in dieser Rechtsform häufig kleingewerbliche, freiberufliche oder kulturelle Zwecke mit regelmäßig überschaubarem Gesellschafterkreis verfolgt werden, ist die Entscheidung des RefE, im Bereich der Personengesellschaften ein an das Kapitalgesellschaftsrecht angelehnte Beschlussmängelrecht nur für die Personenhandelsgesellschaften zu implementieren, zu begrüßen.

#### **4. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 4 (Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten)**

##### **Zu § 719 BGB-E (Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten)**

Die Klarstellung des Entstehungszeitpunkts im Verhältnis zu Dritten ist zu begrüßen.

##### **Zu § 720 BGB-E (Vertretung der Gesellschaft)**

Die Vertretungsbefugnis für die GbR war bisher nur im Sinne einer Auslegungsregel normiert. Zwar behält der RefE grundsätzlich den Gleichlauf von rechtlichem Dürfen im Innenverhältnis und rechtlichem Können im Außenverhältnis bei, unterscheidet aber zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis.

Dass durch die Registerpublizität die gesellschaftsvertraglich erteilte Einzelvertretungsbefugnis nunmehr nicht mehr per Gesellschaftsvertrag nachgewiesen werden muss, ist erfreulich und dürfte zu einer Vereinfachung der Handhabung in der Praxis führen. Der RefE hat bewusst den Vorschlag des 71. Deutschen Juristentages, der eine Möglichkeit zur Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis vorgeschlagen hatte, nicht aufgegriffen. Argument hierfür ist die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft und der Verkehrsschutz. Zumindest der Verkehrsschutz kann hierfür nicht ins Feld geführt werden, da die Eintragung der Beschränkung eine ausreichende Warnfunktion für den Rechtsverkehr gewährleistet hätte.

##### **Zu § 721 BGB-E (Persönliche Haftung der Gesellschafter)**

Entsprechend der BGH-Rechtsprechung greift § 721 BGB-E die akzessorische Haftung der Gesellschafter auf. Der RefE enthält demnach folgerichtig den Gleichlauf der Haftungsregelung in BGB und HGB. Gleichzeitig klärt die Neuregelung den bestehenden Meinungsstreit zur Haftung für deliktische Verbindlichkeiten zugunsten der herrschenden Meinung.<sup>4</sup> Allerdings gelten diese Grundsätze aufgrund der nun umfassenden Regelung auch für Fälle, in denen der BGH bislang Einschränkungen gegenüber der gesamtschuldnerischen Gesellschafterhaftung zugelassen hat, vgl. zur Bauherrenhaftung und der Anlegerhaftung bei Fondsgesellschaften.<sup>5</sup> Dies wird in der Praxis Probleme für bestehende Anlegermodelle bereiten.

Weiterhin nicht berücksichtigt wurde der Meinungsstreit, ob der Gesellschafter nicht nur im Umfang, sondern auch inhaltlich auf dasselbe haftet wie die Gesellschaft. Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert gewesen. Ebenso erfolgt leider keine Regelung der Haftung minderjähriger Gesellschafter bei Eintritt der Volljährigkeit. Da Berufsträgergesellschaften auch weiterhin nicht eintragungspflichtig sind, wird das Problem des Scheinsozius ebenfalls weiterhin bestehen bleiben.

##### **Zu § 721a BGB-E**

§ 721a BGB-E ergänzt § 721 BGB-E für die Haftung des eintretenden Gesellschafters.

##### **Zu § 721b BGB-E (Persönliche Haftung der Gesellschafter)**

§ 721b BGB-E statuiert folgerichtig die Konsequenzen der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung

---

<sup>4</sup> Vgl. MüKo, § 714 BGB, Rz. 38.

<sup>5</sup> Vgl. MüKo, § 714 BGB, Rz. 62ff.

**Zu § 721c BGB-E**

Die Regelung der Zwangsvollstreckung in § 721c BGB-E ist logische Konsequenz der im RefE verankerten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.

**Zu § 722 BGB-E (Zahlungsverbot bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung; Haftungsfolgen)**

Ebenso folgerichtig wurde § 722 BGB-E, wie die Gesetzesbegründung zutreffend ausführt, § 130a HGB nachgebildet. Dies erscheint aufgrund der Änderung des Leitbildes der GbR und entsprechend seiner bisher erfolgten analogen Anwendung folgerichtig.

**5. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 5 (Ausscheiden eines Gesellschafters)**

Der RefE nähert die Regelungen für die GbR denen der Handelsgesellschaften an. Er entspricht damit im Grundgedanken den in der Praxis in Gesellschaftsverträgen, in der im Regelfall vom bisherigen gesetzlichen Leitbild abgewichen wird. Dies hat zur Folge, dass an die Stelle der Auflösung der Gesellschaft nunmehr das Grundprinzip des Ausscheidens des Gesellschafters tritt. Diese Änderung ist zu begrüßen. Allerdings erscheint die Regelung nicht ganz konsistent:

**Zu § 725 BGB-E (Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter)**

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass in § 725 BGB-E auf die Gleichstellung von auf Lebenszeit befristeten Verträgen bzw. auf die von Verträgen mit nach Ablauf einer bestimmten Laufzeit fortgesetzten Verträgen verzichtet wird. Der Argumentation, vergleichbare Erfolge könnten über § 723 Abs. 1 S. 1 erzielt werden, kann nicht gefolgt werden. Ebenso erscheint die Begründung für die Zulässigkeit eines Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaft als schwierig.

**Zu § 723 BGB-E (Gründe für das Ausscheiden; Zeitpunkt des Ausscheidens)**

Weiterhin sieht der RefE in § 723 Abs. 3 BGB-E vor, dass für den Fall, dass ein Gesellschafter durch Beschluss aus wichtigem Grund ausgeschlossen wird, dieser sofort mit der Mitteilung des Beschlusses aus der Gesellschaft ausscheidet. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage von dem neuen § 122 HGB-E, der die Ausschließung des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft vom Vorliegen eines rechtskräftigen Ausschließungsurteils abhängig macht. Die Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ist in der Praxis insbesondere dann relevant, wenn natürliche Personen an der Gesellschaft beteiligt sind. Die von natürlichen Personen betriebene offene Handelsgesellschaft bindet aber regelmäßig keine größeren Vermögenswerte, während umgekehrt in von natürlichen Personen geführten GbRs oft private Vermögensverwaltung mit erheblichen Vermögenswerten (insbesondere Immobilien) betrieben wird. Der Begründung (S. 196) kann daher nicht gefolgt werden.

**Zu § 727 BGB-E (Ausschließung aus wichtigem Grund)**

§ 727 BGB-E übernimmt im Wesentlichen den geltenden § 737 S. 1 und 2 BGB. Allerdings entfällt die Notwendigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Grundlage im Sinne einer Fortsetzungsklausel. Dies ist aufgrund der Abkehr vom Grundgedanken der Auflösung der Gesellschaft im Falle der Kündigung folgerichtig.



## **6. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 6 (Auflösung der Gesellschaft)**

Auch bei der Neuordnung der Auflösung der Gesellschaft zeigt sich die Annäherung der GbR an die OHG. Entsprechend erweitert § 729 BGB-E die nicht abschließenden Auflösungsgründe um die Gründe aus § 131 Abs. 2 Nr. 1, 2 HGB.

### **Zu § 731 BGB-E (Kündigung der Gesellschaft)**

§ 731 BGB-E statuiert das Recht des Gesellschafters zur Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund. Dies entspricht, wie in der Begründung aufgeführt wird (S. 207) einem allgemeinen Prinzip. Es stellt sich allerdings die Frage, warum bei der Kündigung aus wichtigem Grund die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses und nicht vorrangig der Mitgliedschaft geregelt ist.

### **Zu § 732 BGB-E (Auflösungsbeschluss)**

§ 732 BGB-E regelt den Auflösungsbeschluss. Der RefE weicht vom Erfordernis der Einstimmigkeit ab und unterstellt den Beschluss einer Dreiviertelmehrheit. Entsprechend der Gesetzesbegründung reicht das Mehrheitserfordernis aus, ein gesonderter Hinweis auf die Anwendbarkeit für die Auflösung soll nicht erforderlich sein. Es stellt sich die Frage, ob hier das Schutzinteresse des einzelnen Gesellschafters gewahrt ist.

## **7. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 7 (Liquidation der Gesellschaft)**

An die Stelle der Auseinandersetzung tritt im RefE die Liquidation der rechtsfähigen GbR. Dies entspricht dem neuen gesetzlichen Leitbild der (Außen-)GbR. Folgerichtig orientieren sich die §§ 736 ff. BGB-E stark am Recht der OHG. Allerdings stellt sich die Frage, ob der RefE nicht hätte verschlankt werden können, wenn auch in diesem Bereich eine Verweisung erfolgt wäre. Auch stellt sich die Frage, warum bei der GbR nicht aber bei der OHG das Erlöschen der Gesellschaft zum Register anzumelden ist.

## **8. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 3 (nicht rechtsfähige Gesellschaft)**

Einer Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages folgend, die Rechtsfähigkeit und die Abgrenzung von Außen- und Innengesellschaften gesetzlich zu regeln, fasst der RefE im eigenen Untertitel 3 (nicht rechtsfähige Gesellschaft) im Sinne einer systembildenden Unterscheidung die auf die Innengesellschaft anwendbaren Vorschriften zusammen. Die BRAK begrüßt die vom RefE im eigenen Untertitel 3 (nicht rechtsfähige Gesellschaft) vorgeschlagenen Regelungen in Gänze. Hinweisen möchte sie lediglich darauf, dass der RefE im Hinblick auf die vorgeschlagene Aufhebung des § 899 a BGB keinen „anderen Weg“ als die Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages beschreitet. Der angesprochene Beschluss 14 des 71. Deutschen Juristentages empfahl die Erstreckung des Gutgläubensschutzes der Grundbucheintragung auf die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter nur, „sofern auch künftig die Rechtsfähigkeit der GbR nicht von einer Registereintragung abhängt“.

## **9. Zu Artikel 51 (Änderungen des Handelsgesetzbuchs), Titel 1 (Errichtung der Gesellschaft)**

Der RefE wählt bei der vorgeschlagenen Neufassung des Zweiten Buchs Erster Abschnitt den konzeptionellen Ansatz, zusammengehörige Normenkomplexe möglichst reziprok zu den

§ 705 ff. BGB-E zu gestalten und dadurch die verbleibenden Strukturunterschiede für den Rechtsanwender deutlich zum Ausdruck zu bringen. Diesen Ansatz begrüßt die BRAK.

Im Einzelnen wird begrüßt, dass zur Verbesserung der Firmenunterscheidbarkeit der Geltungsbereich des § 30 Abs. 1 HGB auch auf Voreintragungen im Gesellschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister erweitert wird.

#### **Zu § 107 HGB-E (Kleingewerbliche, vermögensverwaltende oder freiberufliche Gesellschaft; Statuswechsel)**

§ 107 Abs. 1 HGB-E sieht vor, dass eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, offene Handelsgesellschaft ist, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Nach § 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E gilt dies insbesondere auch für eine Gesellschaft, deren Zweck die gemeinsame Ausübung freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist, soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt.

Durch die neue Vorschrift geschaffene Möglichkeit, freie Berufe – im Rahmen berufsrechtlicher Zulässigkeit – insbesondere in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft & Compagnie Kommanditgesellschaft auszuüben, kann die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft weiter beschränkt werden, als dies bislang in der Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung der Fall ist.

Klarstellend sollte allerdings hinzugefügt werden, dass die anwaltliche Tätigkeit in einer solchen KG keine gewerbliche Tätigkeit darstellt.

Den vorgesehenen berufsrechtlichen Vorbehalt begrüßt die BRAK ausdrücklich, da hierdurch konsequenterweise sichergestellt wird, dass die spezifischen Schutzbelange im Zusammenhang mit der Ausübung jedes Berufs verfolgt werden können. Rechtsanwälte dürfen ihre berufliche Unabhängigkeit nicht gefährden, weswegen hier besonders hohe Anforderungen gelten.

Darauf, dass die Prüfung der berufsrechtlichen Voraussetzungen den für die Berufsaufsicht zuständigen Stellen vorbehalten bleiben muss, weist die BRAK mit Nachdruck ausdrücklich hin.

#### **Zu § 108 HGB-E (Gestaltungsfreiheit)**

Die Regelung zur Gestaltungsfreiheit gemäß § 108 HGB-E, wonach von den Regelungen des Untertitels 3 durch den Gesellschaftsvertrag abgewichen werden kann, soweit im Gesetz nichts anderes bestimmt ist, betreffen auch das gesamte Beschlussmängelrecht. Dessen Regelungen sind sämtlich dispositiv. Dieser Umstand ist richtigerweise dem Grundsatz der Privatautonomie für Personengesellschaften geschuldet. Vor diesem Hintergrund begrüßt die BRAK den Umstand, dass die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften im Wege der Privatautonomie selbst entscheiden können, ob sie sich den gesetzlichen Bestimmungen zum Beschlussmängelrecht unterwerfen wollen oder nicht.

Die zur Regelung der Geschäftsführungsbefugnis vorgeschlagene Zusammenfassung der geltenden §§ 709 – 712 BGB in § 715 BGB-E erachtet die BRAK für sinnvoll. Dies gilt auch, soweit der RefE an der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis als gesetzlichen Regelfall festhält. Die bereits von der Expertenkommission in ihrer Begründung des „Mauracher Entwurfs“ vorgenommene Abgrenzung zum Recht der offenen Handelsgesellschaft, bei der § 108 Abs. 2 HGB-E als gesetzlichen Regelfall die Einzelgeschäftsführung vorsieht, wird für überzeugend gehalten. Auch ist nach Auffassung der BRAK

maßgeblich darauf abzustellen, dass sich bei einer GbR eine gesetzliche Einzelvertretungsbefugnis schwerlich mit der unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter in Einklang bringen lässt.

Für sinnvoll erachtet wird auch, dass die im Gesetz bislang nicht vorgesehene, gleichwohl anerkannte allgemeine Notgeschäftsführungsbefugnis nunmehr in § 715a BGB-E ausdrücklich geregelt werden soll.

Entsprechendes gilt für die bereits von der Expertenkommission vorgeschlagene neue Vorschrift zur Gesellschafterklage (§ 715b BGB-E), welche die als solche bereits anerkannte Rechtsfigur der „actio pro socio“ im Gesetz verankert.

### **Zu § 109 HGB-E (Beschlussfassung)**

In §109 HGB-E sieht der RefE eine explizite Regelung zu der gesellschaftsinternen Willensbildung und Entscheidungsfindung durch Beschlussfassung vor. Insoweit erfolgt im Gesetz nun explizit eine Abgrenzung zur Geschäftsführung. Sprachlich misslungen erscheint indes insoweit die in § 109 Abs. 1 HGB-E gewählte Formulierung, dass Beschlüsse der Gesellschaft in „Versammlungen“ gefasst werden. Die Begründung zum RefE relativiert dies zwar, indem sie darauf verweist, dass der Begriff „Versammlungen“ weit zu verstehen sei und die Voraussetzungen für eine solche erfüllt seien, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck, aber nicht notwendigerweise an einem bestimmten Ort, zusammenkämen. Damit erfasse § 109 Abs. 1 HGB-E auch die Beschlussfassung im Rahmen einer Telefon- oder Videokonferenz. Damit versäumt es der RefE, an dieser Stelle gleich auch Regelungen zur präsenzlosen Beschlussfassung mit aufzunehmen. Zwar ist § 109 Abs. 1 HGB-E dispositiv (§ 108 HGB-E), so dass es den Gesellschaftern freisteht, entsprechende Regelungen zu treffen. Wie dies aber im Einzelfall zu erfolgen hat, bleibt unklar. Insbesondere ist nicht klar, ob ein entsprechender Beschluss, mit dem eine präsenzlose Beschlussfassung ermöglicht werden soll, seinerseits wiederum nur in der Form des § 109 Abs. 1 HGB-E erfolgen darf. Ebenso fraglich dürfte sein, welche Mehrheitserfordernisse für einen solchen Beschluss Anwendung finden. Gilt das Mehrheitserfordernis des betroffenen Beschlussgegenstands oder handelt es sich um eine Satzungsänderung mit entsprechendem Mehrheits- und Formerfordernissen? Um diese Unklarheiten zu beseitigen, wäre es zu begrüßen, wenn die Formulierung dergestalt ergänzt würde, dass auch die präsenzlose Beschlussfassung von § 109 Abs. 1 HGB-E erfasst würde.

Die Regelung in § 109 Abs. 3 HGB-E hält insoweit an der bestehenden Gesetzeslage fest, als Gesellschafterbeschlüsse grundsätzlich auch weiterhin der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedürfen. Neu und begrüßenswert ist hingegen, dass in § 109 Abs. 4 HGB-E nunmehr die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen gesetzlich geregelt ist, soweit der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung vorsieht.

### **Zu § 110 ff. HGB-E (Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen)**

Ausgehend von der zutreffenden Annahme, dass die nach dem RefE gesetzlich uneingeschränkte Anerkennung von Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag in Zukunft vermehrt zu Beschlussmängelstreitigkeiten bei Personengesellschaften führen dürfte, sieht der RefE ein neues Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften nach dem sogenannten Anfechtungsmodell vor, dass sich an den Bestimmungen des Aktienrechts orientiert. Der RefE beinhaltet insoweit allerdings einige Vereinfachungen, die den Verhältnissen einer Personengesellschaft gerecht werden und die die BRAK ausdrücklich mit Blick auf die Rechtssicherheit begrüßt.

Wesentlicher Bestandteil des neuen Beschlussanfechtungsrechts der Personengesellschaft ist die Regelung in § 110 HGB-E, in der zwischen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen differenziert wird. Dabei wird der Begriff der Nichtigkeit im Gegensatz zu den Bestimmungen des Aktienrechts dergestalt vereinfacht, dass jeder Beschluss nichtig ist, durch

dessen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt werden, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann. Anders als im Aktienrecht, welches sich durch eine Vielzahl zwingender Normen auszeichnet – weshalb insoweit eine Abgrenzung erforderlich ist, in welchen Fällen eine Verletzung dieser zwingenden Normen zur Nichtigkeit des Beschlusses führen soll – ist eine entsprechende Differenzierung im Personengesellschaftsrecht nicht nötig. Vor diesem Hintergrund begrüßt die BRAK die Vereinfachung der Abgrenzung zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen nach dem MoPeG.

Jeder Beschlussmangel, der nicht zu einer Nichtigkeit des Beschlusses gemäß § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E führt, kann nach der neuen Regelung des § 110 Abs. 1 HGB-E im Wege der Anfechtungsklage angegriffen werden. Beschlussanfechtungen sind sowohl wegen Verletzungen des Gesetzes als auch des Gesellschaftsvertrages möglich. Auch die Art und Weise des Beschlussverfahrens, welches auch weiterhin gesetzlich nicht geregelt ist, kann eine Beschlussanfechtung rechtfertigen, wenn eine entsprechende Verletzung des Gesellschaftsvertrages vorliegt. Die BRAK teilt insoweit die Auffassung des BMJV, dass für die Missachtung von Vereinbarungen zum Beschlussverfahren im Gesellschaftsvertrag abweichend von § 241 Nr. 1 und 2 AktG im Hinblick auf die Personengesellschaften die mildere Sanktion der Anfechtbarkeit genügt.

Gemäß § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB-E ist ein Gesellschafterbeschluss auch dann von Anfang an nichtig, wenn er auf Anfechtungsklage mit Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist. Die BRAK teilt die Auffassung des BMJV, dass für die Regelungen des § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB-E ein eigener Regelungsgehalt besteht, weil § 113 Abs. 6 HGB-E lediglich die materielle Rechtskraftwirkung eines solchen Urteils regelt, während § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB-E eine Regelung der materiellen Gestaltungswirkung des Urteils bestimmt.

#### **Zu § 111 HGB-E (Anfechtungsbefugnis)**

Nach der neuen Regelung gemäß § 111 HGB-E sind anfechtungsbefugt nicht nur sämtliche Gesellschafter, die vom Zeitpunkt der Beschlussfassung an der Gesellschaft angehören, sondern auch ausgeschiedene Gesellschafter, soweit diese ein berechtigtes Interesse an der Führung des Rechtsstreits haben. Die BRAK begrüßt diese Erweiterung des Beschlussmängelrechts gegenüber den aktienrechtlichen Bestimmungen. Aus Sicht der BRAK ist es sachgerecht, auch ausgeschiedenen Gesellschaftern die Möglichkeit einzuräumen, die betreffenden Beschlussfassungen anzufechten, wenn sie ein berechtigtes Interesse an der Beschlussanfechtung geltend machen können.

#### **Zu § 112 HGB-E (Klagefrist)**

Gemäß § 112 HGB-E ist die Anfechtungsklage innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Tag, an dem der Beschluss dem Gesellschafter von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist oder der Gesellschafter davon anderweitig Kenntnis erlangt hat, zu erheben. Die Gesellschafter können gemäß § 110 Abs. 1 S. 2 HGB-E die Anfechtungsfrist durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag auf bis zu einen Monat verkürzen.

Die BRAK begrüßt die Einführung einer gesetzlichen Regelung, nach der Anfechtungsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse im Bereich der Personengesellschaften innerhalb einer bestimmten Frist zu erheben sind. Die Regelung führt zu mehr Rechtssicherheit, an der es derzeit mangelt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag entsprechende Regelungen vorgenommen sind. Die Dauer der Klagefrist von drei Monaten erscheint angemessen, zumal es im Ermessen der Gesellschafter steht, die Frist erforderlichenfalls durch gesellschaftsvertragliche Regelung auf bis zu einem Monat zu verkürzen. Aus Sicht der BRAK stellt die Klagefrist von drei Monaten einen guten Kompromiss zwischen dem Interesse an baldmöglichster Rechtssicherheit einerseits und der Einräumung eines gewissen Zeitrahmens zur vorgerichtlichen Verständigung andererseits dar. Insoweit teilt die BRAK die Auffassung des BMJV,

dass die personalistische Struktur der Personengesellschaft eine längere Klagefrist rechtfertigt, als dies beispielsweise im Aktienrecht vorgesehen ist.

Dem steht auch die Regelung in § 110 Abs. 3 HGB-E, wonach für die Dauer von Vergleichsverhandlungen über die Wirksamkeit des Beschlusses zwischen dem anfechtungsbefugten Gesellschafter und der Gesellschaft die Klagefrist gehemmt wird, nicht entgegen. Denn häufig besteht Streit darüber, ob die Voraussetzungen der Hemmung gemäß § 203 BGB tatsächlich vorliegen. Entsprechende Streitigkeiten können durch die verlängerte Klagefrist von drei Monaten voraussichtlich häufig vermieden werden.

Der „Mauracher Entwurf“ sah in § 714 c Abs. 4 BGB-E noch eine Regelung vor, wonach ein Gesellschafter mit einer Anfechtungsklage in jedem Fall ausgeschlossen ist, wenn seit der Beschlussfassung zwei Jahre vergangen sind, wobei diese Regelung nicht dispositiv sein sollte. Diese im Sinne der Rechtssicherheit begrüßenswerte Regelung ist im MoPeG weggefallen. Die BRAK regt an, diese Streichung nochmals zu überdenken.

### **Zu § 113 HGB-E (Anfechtungsklage)**

Nach § 113 Abs. 1 HGB-E ist für Anfechtungsklagen ausschließlich das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Diese Regelung fördert die Prozessökonomie insbesondere für den Fall, dass mehrere Anfechtungsklagen wegen desselben Streitgegenstands erhoben werden. Die vorgeschlagene Gesetzesregelung hat in diesen Fällen zur Folge, dass ein einziges örtlich und sachlich zuständiges Gericht über diese Klagen einheitlich entscheidet. Die BRAK teilt hierzu auch die Auffassung des BMJV, dass eine gesetzliche Zuweisung von Beschlussanfechtungsklagen an die Landgerichte aufgrund der dort regelmäßig bei den zuständigen Kammern für Handelssachen vorhandenen Spezialexpertise sachgerecht ist.

Der Umstand, dass die Anfechtungsklage nach § 113 Abs. 2 HGB-E gegen die Gesellschaft zu richten ist, wird der Tatsache gerecht, dass der Gesellschaft der Beschluss ihrer Gesellschafterversammlung als eigener Wille zuzurechnen ist, wie auch das BMJV zutreffend ausführt.

Zu begrüßen ist auch die klarstellende Regelung gemäß § 113 Abs. 2 HGB-E, wonach die Gesellschaft in dem Fall, in dem außer dem Kläger kein Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, von allen anderen Gesellschaftern gemeinsam vertreten wird. Auch bei Vertretungslosigkeit der Gesellschaft wird auf diese Weise ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet.

Das einer Anfechtungsklage stattgebende Urteil erklärt den angefochtenen Beschluss rückwirkend für nichtig, und zwar gemäß § 113 Abs. 6 HGB-E mit Rechtskraftwirkung für und gegen alle Gesellschafter. Die BRAK begrüßt diese klare und eindeutige Rechtsfolgenregelung, die ebenfalls der Rechtssicherheit dient.

Wegen der allseitigen Rechtskraftwirkung des Anfechtungsurteils ist es erforderlich, dass sämtliche Gesellschafter Gelegenheit erhalten, sich als Nebenintervenienten an dem Anfechtungsrechtsstreit zu beteiligen. Diesem Umstand wird die Bestimmung in § 113 Abs. 3 HGB-E aus Sicht der BRAK in hinreichendem Maße gerecht. Danach hat die Gesellschaft die bislang nicht am Rechtsstreit beteiligten Gesellschafter unverzüglich über die Erhebung der Klage sowie die Lage des Rechtsstreits zu unterrichten und das Gericht davon in Kenntnis zu setzen. Versäumt die Gesellschaft diese Pflicht, hat das Gericht auf eine unverzügliche Unterrichtung hinzuwirken. Die Regelung stellt sicher, dass die von der Anfechtungsklage betroffenen Mitgesellschafter des Klägers als Nebenintervenienten auf den Ausgang des Rechtsstreits Einfluss nehmen können. Verletzt die Gesellschaft ihre Pflicht aus § 113 Abs. 3 HGB-E, macht sie sich gegenüber den betroffenen Gesellschaftern

schadensersatzpflichtig. Demgemäß sind die Mitgesellschafter des klagenden Gesellschafters durch die Bestimmungen des § 113 Abs. 3 HGB-E hinreichend in ihren Interessen geschützt.

Die Regelung in § 113 Abs. 4 HGB-E, wonach die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf der Klagefrist stattfinden soll und mehrere Anfechtungsprozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden sind, dient der Prozessökonomie.

Die Regelung des § 113 Abs. 5 HGB-E zur Bestimmung des Streitwerts, den das Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach billigem Ermessen festzulegen hat, erscheint der BRAK ausreichend. Einer Regelung entsprechend § 247 Abs. 2 AktG, die dem Schutz von Kleinaktionären dient, bedarf es im Bereich der Personengesellschaften nicht. Wirtschaftlichen Grenzfällen kann durch die Ermessenausübung hinreichend Rechnung getragen werden.

#### **Zu § 114 HGB-E (Nichtigkeitsklage)**

Die Regelung in § 114 HGB-E bestimmt im Hinblick auf die Nichtigkeitsklage, dass insoweit mit Ausnahme der Klagefrist die Bestimmungen über die Anfechtungsklage Anwendung finden. Damit erhält auch die Nichtigkeitsklage einen verlässlichen gesetzlichen Rahmen, was zu begrüßen ist.

Zudem sieht die Regelung vor, dass mehrere Nichtigkeits- und Anfechtungsprozesse zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden sind. Dies erscheint auf den ersten Blick nicht zwingend erforderlich, insbesondere, wenn die unterschiedlichen Prozesse verschiedene Beschlussgegenstände betreffen. Andererseits besteht aber häufig auch in diesen Fällen ein einheitlicher Gesamtzusammenhang, so dass es aus Sicht der BRAK begrüßenswert ist, wenn eine entsprechende Verbindung zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung erfolgt.

#### **Zu § 121 HGB-E (Feststellung des Jahresabschlusses) und § 122 HGB-E (Gewinnauszahlung)**

Die Regelungen der §§ 121 (Feststellung des Jahresabschlusses) und 122 (Gewinnauszahlung) HGB-E sind nach Ansicht der BRAK ergänzungsbedürftig. Nach § 114 HGB-E hat der Gesellschafter (nur) auf Grund des festgestellten Jahresabschlusses einen Anspruch auf Auszahlung seines Gewinnanteils. Dieser Anspruch soll nach der Begründung des RefE mit der Feststellung des Jahresabschlusses für das vorangegangene Jahr entstehen und erlöschen, wenn er nicht bis zur Feststellung des folgenden Jahresabschlusses geltend gemacht wird. In Bezug auf die Feststellung des Jahresabschlusses regelt § 121 HGB-E aber nur die Zuständigkeit der Gesellschafter, ohne eine Frist für den Feststellungsbeschluss vorzusehen. Dies erschwert dem Gesellschafter, seinen Auszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft durchzusetzen. Die BRAK hatte daher bereits zu den entsprechenden Vorschriften des „Mauracher Entwurfs“ angeregt, wie z.B. in §§ 29, 42a GmbHG konkrete Fristen für die Feststellung des Jahresabschlusses vorzusehen. Entgegen der Anregung der BRAK lehnt die Begründung des RefE die Aufnahme einer Frist für die Feststellung des Jahresabschlusses wie schon für dessen Aufstellung aber ab und führt lediglich aus, dass in Anlehnung an § 42a Abs. 2 GmbHG im Regelfall die dort genannte Frist von acht Monaten, bei kleinen Gesellschaften im Sinne von § 267 Abs. 1 HGB von elf Monaten sachgerecht sei. Nach Auffassung der BRAK ist dem Rechtsanwender mit diesem bloßen Hinweis ohne konkrete Regelung im Gesetz jedoch nicht geholfen.

### **10. Zu Artikel 20 (Änderungen des Handelsgesetzbuchs), Titel 3 (Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten)**

#### **Zu § 123 HGB-E (Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten)**

Gemäß § 123 HGB-E müssen alle Gesellschafter der Teilnahme am Rechtsverkehr zugestimmt haben. Dies ist konsistent mit § 719 BGB-E und dient der Klarheit.

**Zu § 125 HGB-E (Angaben auf Geschäftsbriefen)**

Die Ausnahmetatbestände des § 125 Abs. 1 a. E. HGB-E und § 138 Abs. 2 a. E. HGB-E beschränken sich jeweils auf den Fall, dass zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Diese Formulierung bleibt hinter dem Grundanliegen des RefE zurück. Tauglicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft kann nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. B HGB-E auch eine rechtsfähige Personengesellschaft sein und daher sollten die Ausnahmetatbestände der §§ 125 Abs. 1 und 138 Abs. 2 HGB-E auch die „rechtsfähige Personengesellschaft, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist“ umfassen. Noch konsequenter wäre es, in den vorgenannten Ausnahmetatbeständen die Bezugnahme auf die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft dadurch zu ersetzen, dass nur auf die eingetragene Personengesellschaft (bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist) Bezug genommen wird, denn schließlich sind die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft nur „eine andere Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft“ (vgl. § 707c Abs. 1 BGB-E). Im Übrigen verweist § 722 Abs. 1 a. E. HGB-E in diesem Regelungszusammenhang auch nur auf die „rechtsfähige Personengesellschaft, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter mindestens eine natürliche Person ist“.

**11. Zu Artikel 20 (Änderungen des Handelsgesetzbuchs), Titel 4 (Ausscheiden eines Gesellschafters)****Zu § 130 HGB-E (Gründe für das Ausscheiden; Zeitpunkt des Ausscheidens)**

§ 130 Abs. 3 HGB-E unterscheidet sich von § 723 BGB-E dadurch, dass für das Ausscheiden des Gesellschafters der GbR die Mitteilung des Ausschließungsbeschlusses ausschlaggebend ist, die Unterscheidung erscheint nicht ganz konsistent.

**Zu § 32 HGB-E (Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter)**

§ 132 HGB-E regelt, laut Begründung mangels Regelungsbedarf (S. 284), bei auf Lebenszeit eingegangenen Gesellschaften kein Kündigungsrecht. Diese Regelung sollte überdacht werden, vgl. § 725 BGB-E.

**12. Zu Artikel 20 (Änderungen des Handelsgesetzbuchs), Fünfter Titel (Auflösung der Gesellschaft)**

§ 138 HGB-E entspricht im Wesentlichen § 729 BGB-E. Es stellt sich die Frage, warum zur Verschlinkung der Regelung nicht auch hier mit einer Verweisung gearbeitet wurde.

**13. Zu Artikel 20 (Änderungen des Handelsgesetzbuchs), Sechster Titel (Liquidation der Gesellschaft)**

Vgl. hierzu die bereits weiter oben unter Ziffer 7. „Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs), Titel 16 (Gesellschaft), Untertitel 7 (Liquidation der Gesellschaft)“ gemachten Ausführungen und Anmerkungen

Daneben begrüßt die BRAK die Aufnahme einer Sonderregelung für die atypische Kommanditgesellschaft in Gestalt der Einheits-Kapitalgesellschaft & Compagnie Kommanditgesellschaft in § 170 Abs. 2 HGB-E. Die Regelung schafft – einem Bedürfnis der Praxis entsprechend – eine klare gesetzliche Auffanglösung (und folgt insoweit einer Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages).

#### **14. Zu Artikel 67 (Änderungen des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes)**

Von den im RefE vorgeschlagenen Änderungen des Partnerschaftsregisters begrüßt die BRAK insbesondere die Liberalisierung des Namensrechts der Partnerschaftsgesellschaft und den Wegfall des Schriftformerfordernisses für den Partnerschaftsvertrag. Beide Regelungen entsprechen den Bedürfnissen der Praxis, da vor allem das in § 3 Abs. 1 PartGG für Partnerschaftsverträge vorgesehene Schriftformerfordernis ohne Not zusätzliche Unsicherheit in die Partnerschaftsbeziehung bringen kann, worauf in der Begründung (vgl. S. 323) zurecht hingewiesen wird.

#### **15. Inkrafttreten zum 01.01.2023**

Die BRAK begrüßt, dass das Gesetz nicht nach Verkündung, sondern erst am 01.01.2023 in Kraft treten soll. Selbst diese Vorbereitungsphase wirkt in Anbetracht der erforderlichen Einrichtung eines elektronischen Gesellschaftsregisters und weiterer anstehender Digitalisierungsprojekte der Justiz allerdings als sehr knapp bemessen, zumal die einzelnen Bundesländer für die Führung der Registergerichte zuständig sind. Um hier ausreichend Zeit zur Umsetzung zu geben, regt die BRAK an, den Zeitpunkt des Inkrafttretens noch einmal zu hinterfragen.

\* \* \*