

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 240

Die zweckoffene Personengesellschaft

Ein Beitrag zur Weiterentwicklung
des Handelsrechts zu einem Recht
der Unternehmen

Von

Tim Obermann



Duncker & Humblot · Berlin

TIM OBERMANN

Die zweckoffene Personengesellschaft

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 240

Die zweckoffene Personengesellschaft

Ein Beitrag zur Weiterentwicklung
des Handelsrechts zu einem Recht
der Unternehmen

Von

Tim Obermann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-19165-9 (Print)

ISBN 978-3-428-59165-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Frühjahr 2023, vereinzelt auch darüber hinaus, berücksichtigt werden.

Danken möchte ich an erster Stelle meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard). Er hat den Entstehungsprozess dieser Arbeit fachlich und menschlich hervorragend betreut. Seine stete Unterstützung hat nicht nur ganz erheblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen, sondern beeinflusst meinen Werdegang bis heute.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. Andreas Pickenbrock danke ich herzlich für die Übernahme des Vorsitzes in meiner Disputation. Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M., und Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M., haben meine Arbeit in ihre Schriftenreihe aufgenommen. Die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung hat den Druck dieses Buches mit einem großzügigen Zuschuss gefördert. Für die mit diesen Entscheidungen einhergehende Wertschätzung meiner Arbeit möchte ich mich bei allen Beteiligten bedanken.

Die Arbeit ist geprägt vom Blick auf die Unternehmensrechtsentwicklung in Österreich, den ich während meines Forschungsaufenthaltes an der Universität Graz gewinnen konnte. Für den ungemein herzlichen Empfang am Institut für Unternehmensrecht möchte ich mich stellvertretend bei Univ.-Prof. Mag. Dr. Johannes Zollner aufrichtig bedanken. Meine Zeit in Graz werde ich stets in bester Erinnerung behalten.

Herzlich danken möchte ich darüber hinaus meinen lieben Freunden in Heidelberg und Berlin, die mir eine einzigartige Studien- und Promotionszeit beschert haben. Den erfolgreichen Abschluss der Arbeit haben Herr Dr. Simon Redler, der die erste Durchsicht übernommen hat, und meine Schwester Ida-Maria, die sehr gründlich Korrektur gelesen hat, in besonderem Maße gefördert. Von ganzem Herzen dankbar bin ich zudem meiner Freundin Fiona. Ohne ihren unbedingten Rückhalt hätte ich meinen Weg nicht mit der gleichen Überzeugung beschreiten können.

Widmen möchte ich die Arbeit meinen lieben Eltern als kleines Zeichen meiner Dankbarkeit und Wertschätzung für ihre immer fortwährende Unterstützung, die größer nicht sein könnte.

Berlin, im Frühjahr 2024

Tim Obermann

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung und Grundlagen	21
A. Einführung	21
B. Grundlagen	24
I. Die GbR als Grundform der Personengesellschaften	25
II. Vielfältige Erscheinungsformen	32
III. Zusammenfassung	39
§ 2 Reform im bestehenden System durch das MoPeG	41
A. Leitbildwandel der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	41
I. Leitbilder im Recht	42
II. Vom Schuldverhältnis zum Rechtssubjekt	44
III. Vom Sondervermögen der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen ...	48
IV. Von der Haftung der Gesellschafter zur Haftung der Gesellschaft	53
V. Vom Vertrag zur Organisation	57
VI. Von der Gelegenheits- zur Dauergesellschaft	64
VII. Vom publizitätslosen Rechtssubjekt zur eingetragenen GbR	69
VIII. Zusammenfassung	78
B. Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute	79
I. Der Kaufmannsbegriff	79
II. Die Handels-Personengesellschaften	83
III. Handelsgesellschaften und Kaufmannsrecht	89
C. Eintragungsoption für freie Berufe	91
I. Begriff des „Freiberuflers“	92
II. Eintragungswahlrecht für Angehörige der freien Berufe	93
III. Vorbehalt des Berufsrechts	94
IV. Ausstrahlungswirkungen der Öffnung	97
D. Motive	98

§ 3 Systemwechsel in Österreich	101
A. Vom Handels- zum Unternehmensgesetzbuch	101
B. Wesentliche Reforminhalte	103
I. Vom Kaufmann zum Unternehmer	103
II. Von der Handelsgesellschaft zur Offenen Gesellschaft	105
III. Einführung des Normativsystems	107
C. Kritik und Bewertung	107
I. Sinnvolle Erweiterung des Grundtatbestands	108
II. Gelungene Neuausrichtung der Personengesellschaften	109
III. Rechtssicherheit durch konstitutive Eintragung	110
§ 4 Vorschlag einer zweckoffenen Personengesellschaft	111
A. Zweckoffener Grundtatbestand	112
I. Folgerichtigkeit	112
II. Sachgerechtigkeit	133
III. Rechtssicherheit	158
B. Gleichlauf von Rechtsfähigkeit und Registereintragung	165
I. Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft	166
II. Vorzüge einer konstitutiven Eintragung	174
III. Keine durchgreifenden Bedenken	195
C. Bereichsausnahmen	205
I. Unternehmensgegenstand	205
II. Unternehmensgröße	210
§ 5 Fazit und Empfehlungen	215
A. Deutsche Reform im bestehenden System	215
B. Vom Handels- zum Unternehmensrecht in Österreich	216
C. Die zweckoffene Personengesellschaft	218
Literatur- und Quellenverzeichnis	219
Stichwortverzeichnis	240

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung und Grundlagen	21
A. Einführung	21
B. Grundlagen	24
I. Die GbR als Grundform der Personengesellschaften	25
1. Flexibilität des Regelungsgerüsts	25
2. Subsidiäre Geltung des GbR-Rechts	27
3. Möglichkeit identitätswahrender Rechtsformwechsel	28
4. Auffangrechtsform für Gesellschaften ausländischen Rechts	30
5. Vorgründungsgesellschaft	31
II. Vielfältige Erscheinungsformen	32
1. Zwei Strukturtypen unter einem Dach	33
2. Innengesellschaften	34
3. Außengesellschaften	37
4. Zwischenfazit	39
III. Zusammenfassung	39
§ 2 Reform im bestehenden System durch das MoPeG	41
A. Leitbildwandel der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	41
I. Leitbilder im Recht	42
II. Vom Schuldverhältnis zum Rechtssubjekt	44
1. Historische Konzeption der GbR	44
2. Rechtsfortbildung durch den BGH	45
3. Konsolidierung des GbR-Rechts durch das MoPeG	47
III. Vom Sondervermögen der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen ...	48
1. Das Wesen der Gesamthand	48
2. Vom Anteil am Gesellschaftsvermögen zum Anteil an der Gesellschaft	49
3. Das Anwachsungsprinzip	51
4. Abschied vom Gesamthandsprinzip im Gesellschaftsrecht	52
IV. Von der Haftung der Gesellschafter zur Haftung der Gesellschaft	53
1. Gesellschaftsschuld und Gesellschafterhaftung	53
2. Doppelverpflichtungstheorie	54

3. Akzessorietätstheorie	54
4. Kodifizierung der BGH-Rechtsprechung durch das MoPeG	56
V. Vom Vertrag zur Organisation	57
1. Trennung von Beschlussfassung und Geschäftsführung	57
a) Die reformbedürftigen §§ 709–711 BGB a.F.	58
b) Die reformierten §§ 714 und 715 BGB	59
2. Vom Selbsthandeln der Gesamthand zur organschaftlichen Vertretung ..	61
a) Der reformbedürftige § 714 BGB a.F.	61
b) Organtheorie	62
c) Der neu gefasste § 720 BGB	63
VI. Von der Gelegenheits- zur Dauergesellschaft	64
1. § 708 BGB a.F.	65
2. § 709 Absatz 3 BGB	66
3. § 723 Absatz 1 BGB	68
4. § 725 Absatz 1 BGB	69
VII. Vom publizitätslosen Rechtssubjekt zur eingetragenen GbR	69
1. Rechtsunsicherheiten mangels Registerpublizität	70
a) Die GbR im Grundstücksrechtsverkehr	72
b) Die GbR als Gesellschafterin	74
c) Die GbR im Zivilprozess	75
2. Einführung eines Gesellschaftsregisters durch das MoPeG	75
3. Verbleibendes Publizitätsdefizit	77
VIII. Zusammenfassung	78
B. Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute	79
I. Der Kaufmannsbegriff	79
1. Kaufmann kraft Betrieb eines Handelsgewerbes	80
2. Kaufmann kraft Eintragung	82
II. Die Handels-Personengesellschaften	83
1. Ist-oHG kraft Betrieb eines Handelsgewerbes	83
2. Kann-oHG kraft Eintragung	84
a) Kleingewerbetreibende, Land- und Forstwirte, Vermögens-	
verwaltung	84
b) Grenzen der Vermögensverwaltung	86
aa) Meinungsspektrum	86
bb) Stellungnahme	87
3. Zwischenfazit	89
III. Handelsgesellschaften und Kaufmannsrecht	89

1. Handels-Personengesellschaften	90
2. Kapital-Handelsgesellschaften	91
C. Eintragungsoption für freie Berufe	91
I. Begriff des „Freiberuflers“	92
II. Eintragungswahlrecht für Angehörige der freien Berufe	93
III. Vorbehalt des Berufsrechts	94
1. Gesellschaftsrecht und Berufsrecht	95
2. Wirkungsweise des Berufsvorbehalts	96
IV. Ausstrahlungswirkungen der Öffnung	97
D. Motive	98
§ 3 Systemwechsel in Österreich	101
A. Vom Handels- zum Unternehmensgesetzbuch	101
B. Wesentliche Reforminhalte	103
I. Vom Kaufmann zum Unternehmer	103
1. Unternehmer kraft Betrieb eines Unternehmens	103
2. Unternehmer kraft Rechtsform	104
3. Unternehmer kraft Eintragung	105
4. Scheinunternehmer	105
II. Von der Handelsgesellschaft zur Offenen Gesellschaft	105
III. Einführung des Normativsystems	107
C. Kritik und Bewertung	107
I. Sinnvolle Erweiterung des Grundtatbestands	108
II. Gelungene Neuausrichtung der Personengesellschaften	109
III. Rechtssicherheit durch konstitutive Eintragung	110
§ 4 Vorschlag einer zweckoffenen Personengesellschaft	111
A. Zweckoffener Grundtatbestand	112
I. Folgerichtigkeit	112
1. Vom Handels- zum Unternehmensrecht	112
a) Das Handelsrecht als Kaufmannsrecht	113
b) Das Unternehmensmodell als Gegenentwurf	113
aa) Rechtsfortbildung de lege lata	116
bb) Rechtsfortbildung de lege ferenda	118
cc) Würdigung	120

c)	Die Rechtsentwicklung in Deutschland und Europa	122
aa)	Nationale Entwicklungslinien	123
bb)	Europäische Harmonisierung des Privatrechts	125
2.	Eintragungsoption für Freiberufler	128
a)	Gewerbetreibende und Freiberufler	128
b)	Öffnung des Grundtatbestands	130
3.	Schritt-für-Schritt-Rechtspolitik	131
II.	Sachgerechtigkeit	133
1.	Überschießende Regelungen	133
a)	Rechtsangleichung	134
b)	Keine Haftungserleichterung	135
c)	Würdigung	137
aa)	Aufgabe der GbR als Grundform?	137
bb)	Eingeschränkte Rechtsformwahlfreiheit	139
2.	Unzureichende Regelungen	142
a)	Verbleibende Unterschiede zwischen GbR und oHG	142
aa)	Eintragung	143
bb)	Geschäftsführung und Vertretung	143
cc)	Beschlussmängelrecht	144
dd)	Wettbewerbsverbot	145
ee)	Kündigungs- und Auflösungsgründe	146
ff)	Gestaltungsklageerfordernis	147
gg)	Jahresabschluss und Liquidation	148
b)	Würdigung	148
aa)	Eintragung	149
bb)	Geschäftsführung und Vertretung	150
cc)	Beschlussmängelrecht	150
dd)	Wettbewerbsverbot	152
ee)	Kündigung des Gesellschafter-Erben	154
ff)	Gestaltungsklageerfordernis	154
3.	Rückbesinnung und Fortschritt	156
III.	Rechtssicherheit	158
1.	Anwendung von Sonderprivatrecht	158
2.	Betrieb eines Handelsgewerbes	159
a)	Erforderlichkeit	159
b)	In kaufmännischer Weise	160
c)	Art oder Umfang	161
d)	Beweislastumkehr	161

3. Betrieb eines Unternehmens	162
4. Zusammenfassung und Würdigung	163
B. Gleichlauf von Rechtsfähigkeit und Registereintragung	165
I. Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft	166
1. Innen- und Außengesellschaft	166
2. Bestimmung der Rechtsfähigkeit	167
3. Abgrenzungsschwierigkeiten	170
a) Divergierender Wille	170
b) Wechselnder Wille	172
c) Fehlender Wille	172
II. Vorzüge einer konstitutiven Eintragung	174
1. Vollständige Subjektpublizität	174
a) Erkenntnisverfahren	175
b) Zwangsvollstreckung	177
2. Transparenter Vermögensübergang	180
a) Beschluss zur Teilnahme am Rechtsverkehr	181
aa) Einzelrechtsnachfolge in Deutschland	182
bb) Partielle Gesamtrechtsnachfolge in Österreich	183
b) Rückkehr in die nicht rechtsfähige Gesellschaft	185
aa) Auflösung und Neugründung in Deutschland	185
bb) Einzelrechtsnachfolge auch in Österreich?	186
c) Konstitutive Eintragung als Chance zur Gesamtrechtsnachfolge	190
3. Keine Rechtsfähigkeit nolens volens	193
III. Keine durchgreifenden Bedenken	195
1. Wegfall der (Außen-)GbR als publizitätsloses Rechtssubjekt	196
a) Kostensteigerung	196
b) Reputationsgewinn und Einspareffekte	197
c) Ausweichverhalten der Gesellschafter	199
d) Zusammenfassung und Bewertung	199
2. Handlungen der Gesellschafter zwischen Gründung und Entstehung	200
a) Rechtsnatur der Vor-Gesellschaft	200
b) Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschafter	201
c) Vermögensordnung in der Vor-Gesellschaft	202
d) Eintritt in die Rechtsverhältnisse der Vor-Gesellschaft	202
e) Zusammenfassung und Bewertung	202
3. Bestandsschutz für publizitätslose Rechtssubjekte	203

a) Übergangsrecht	203
b) Bewertung	204
C. Bereichsausnahmen	205
I. Unternehmensgegenstand	205
1. Sonderstellung der freien Berufe, Land- und Forstwirte	206
2. Würdigung	207
II. Unternehmensgröße	210
1. Anfängliche Differenzierung	210
2. Nachträgliche Differenzierung	212
3. Würdigung	213
§ 5 Fazit und Empfehlungen	215
A. Deutsche Reform im bestehenden System	215
B. Vom Handels- zum Unternehmensrecht in Österreich	216
C. Die zweckoffene Personengesellschaft	218
Literatur- und Quellenverzeichnis	219
Stichwortverzeichnis	240

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BE	Beschlussempfehlung
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BNotO	Bundesnotarordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag

DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
E	Entwurf
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Erwerbsgesellschaftengesetz, eingetragene Erwerbsgesellschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ErbbauRG	Erbbaurechtsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVHG	Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
f.	folgende (Einzahl)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	folgende (Mehrzahl)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Österreich)
GesbR-RG	GesbR-Reformgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht)
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GrdsVG	Grundstückverkehrsgesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. M.	herrschende Meinung
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

HRefG	Handelsrechtsreformgesetz
HRegGebV	Handelsregistergebührenverordnung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBL	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KEG	Kommanditerwerbsgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LLP	Limited Liability Partnership
m.	mit
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
mbB	mit beschränkter Berufshaftung
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdb	Münchener Handbuch
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ö	österreichisch
OEG	offene Erwerbsgesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
oHG	offene Handelsgesellschaft
öHGB	österreichisches Handelsgesetzbuch
ÖJZ	Österreichische Jurist:innenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Prot.	Protokolle
PSR	Die Privatstiftung
RefE	Referentenentwurf

RegE	Regierungsentwurf
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
RK	Reformkommentar
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RV	Regierungsvorlage
Rz.	Randziffer
S.	Seite, Satz
SchRegO	Schiffsregisterordnung
SE	Europäische Aktiengesellschaft
StBerG	Steuerberatungsgesetz
stellv.	stellvertretend
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	vom, von
Var.	Variante
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRB	Zeitschrift für Recht des Bauwesens
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 Einführung und Grundlagen

A. Einführung

Die zweckoffene Personengesellschaft ist 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.

Der deutsche Gesetzgeber neigt – jedenfalls 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.¹ (weitgehend) unverändert in der Gestalt erschienen, 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“,² mit dem der Bundesgerichtshof (BGH) die Entwicklung der GbR hin zur dauerhaften, rechtsfähigen Außengesellschaft einleitete.

Auf diese Weise entstand eine Schiefelage zwischen dem geltendem und dem geschriebenen Recht, da Letzteres nicht zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Personengesellschaften unterschied. Die §§ 705 ff. BGB a. F. enthielten Regelungen, die sich kaum mit der neuen 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

¹ Gesetzesangaben mit dem Zusatz „a. F.“ kennzeichnen, soweit keine entgegenstehenden Angaben vorhanden sind, die bis zum 31. Dezember 2023 geltende Rechtslage.

² BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross.

§ 736 ZPO a. F.) oder sogar gänzlich fehlten.³ Leidtragende dieser Schiefelage waren in erster Linie unternehmerische GbR, für die die §§ 705 ff. BGB a. F. 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.

Vor dem Hintergrund dieser Schiefelage priorisierte der Gesetzgeber zuletzt die Konsolidierung des geltenden Rechts und den Abbau des Reformstaus, anstatt über die Einführung einer neuen Rechtsform nachzudenken. Und so überrascht es nicht, dass die wiederholt geäußerte Kritik an der längst überholten Trennung zwischen gewerblichen und freiberuflichen Rechtsformen⁴ bisher auf taube Ohren gestoßen ist. Gleiches gilt für hieran anknüpfende rechtspolitische Vorschläge *de lege ferenda*. Forderungen nach einer „völlig neue[n] Architektur des Personengesellschaftsrechts“,⁵ herbeigeführt durch eine Öffnung der Handels-Personengesellschaften für alle Zwecke,⁶ konnten angesichts des drängenden Reformbedarfs mit dem Argument der politischen Undurchsetzbarkeit im Keim erstickt werden.⁷

Stattdessen ist und bleibt der vom Warenhandel des 19. Jahrhunderts geprägte Kaufmannsbegriff⁸ Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher Rechtsfolgen. Seine tatbestandliche Verengung auf Unternehmen, die ein Handelsgewerbe betreiben, provoziert in der heutigen Zeit zahlreiche Wertungswidersprüche. Zum Beispiel ist schwer nachvollziehbar, warum den Hotelier die kaufmännische Untersuchungs- und Rügelast des § 377 HGB trifft, wenn dieser Hotelbetten bestellt, nicht aber den freiberuflichen Chefarzt, wenn dieser neue Krankenhausbetten bestellt.⁹ Im modernen Wirtschaftsleben braucht es vielmehr einen Grundtatbestand, der nicht den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzt, sondern alle Freiberufler, Kleingewerbetreibende, Künstler und sonstige sich stetig neu und weiter entwickelnde Dienstleistungsangebote gleichbehandelt. Die Beschränkung des handelsrecht-

³ So enthielten die §§ 705 ff. BGB a. F. keine Regeln zur Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten.

⁴ *Henssler*, NZG 2011, 1121, 1122; *Lieder/Frehse/Kilian*, NJW 2018, 2175, 2179; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 105 Rn. 22a; *Hopt*, Verhandlungen des 71. DJT II/2, S. O199; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 553. Seit jeher für die Einbeziehung der Freiberufler *K. Schmidt*, JZ 2003, 585, 592.

⁵ *Henssler*, NZG 2011, 1121, 1129. Auch ein Personengesellschaftsgesetz wurde vorgeschlagen, vgl. *Vetter*, Verhandlungen des 71. DJT II/2, S. O143.

⁶ Für die Öffnung der Handels-Personengesellschaften für alle (zulässigen) Gesellschaftszwecke plädierten schon vor der Reform *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 728; *ders.*, in: MüKo HGB, § 1 Rn. 4; *ders.*, DB 2011, 2477, 2480; *Henssler*, in: FS für K. Schmidt (2019), 449, 450.

⁷ Zuletzt wies *Noack*, NZG 2020, 581 darauf hin, dass eine Totalrevision mit „solch gravierenden Umwälzungen“ verbunden gewesen wäre, dass das Gelingen einer Reform insgesamt in Zweifel gestanden hätte.

⁸ Vgl. RV 1058 Beilagen XXII. GP, 4.

⁹ *K. Schmidt*, in: Krejci/K. Schmidt, Vom HGB zum Unternehmergebiet, S. 109.

lichen Geltungsbereichs auf das antiquierte Bild eines vom Warenhandel geprägten Kaufmanns scheint jedenfalls überholt.

In Österreich fanden die Kritik am Kaufmann und die Vorschläge einer Totalrevision dagegen deutlich mehr Anklang beim Gesetzgeber. Mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG)¹⁰ aus dem Jahr 2005 wurde das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen entwickelt.¹¹ Der Kaufmannsbegriff wurde durch den Begriff des Unternehmers und die österreichische oHG durch die Offene Gesellschaft (OG) ersetzt.¹² So wurde ein Grundtatbestand geschaffen, der alle Unternehmer gleichbehandelt, ohne danach zu fragen, ob ein (handels-)gewerblicher, freiberuflicher oder landwirtschaftlicher Betrieb vorliegt. Dabei handelt es sich zweifellos um eine mutige, weil innovative und progressive Reform, die allerdings nicht dazu verleiten sollte, dem deutschen Gesetzgeber Ängstlichkeit vorzuwerfen.¹³ Denn anders als in Deutschland, wo der Rechtsanwender seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR mit den Problemen eines publizitätslosen Rechtssubjekts konfrontiert wird, konnte der österreichische Gesetzgeber zu Beginn seiner Reformbemühungen auf einer konsolidierten Rechtslage aufbauen.

Eine vergleichbare Ausgangslage besteht in Deutschland erst, seitdem am 1. Januar 2024 das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) in Kraft getreten ist.¹⁴ Mit ihm wurden die §§ 705 ff. BGB a. F. grundlegend modernisiert. Dazu wurde insbesondere die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR in allen betroffenen Gesetzen konsequent nachvollzogen. Darüber hinaus wurde das Regelungsgerüst der GbR am neuen Leitbild der dauerhaft tätigen Personengesellschaft ausgerichtet. Schließlich soll ihr chronisches Publizitätsdefizit durch Einführung eines Gesellschaftsregisters behoben werden.

Mit dem MoPeG hat der Gesetzgeber das notwendige Fundament für eine mittelfristige Totalrevision des Personengesellschaftsrechts geschaffen. Um sicherzustellen, dass bis zur nächsten Reform keine weiteren 100 Jahre vergehen, enthält das MoPeG eine Evaluierungsklausel, nach der „[...] die Regelungen über die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften im Handelsgesetzbuch [...] spätestens zehn Jahre nach dem Inkrafttreten“ evaluiert werden. Insofern lohnt es sich, die Neuregelungen des MoPeG schon jetzt vor dem Hintergrund einer künftigen, weiteren Öffnung zu bewerten.

Ausgehend vom Personengesellschaftsrecht in der Gestalt, die es durch das MoPeG erhalten hat, soll in dieser Arbeit argumentativ dafür gestritten werden, mittelfristig eine zweckoffene Personengesellschaft nach österreichischem Vorbild

¹⁰ Handelsrechts-Änderungsgesetz vom 27. Oktober 2005, BGBl. I Nr. 120/2005.

¹¹ Vgl. *Krejci*, in: *Krejci RK-UGB*, Einführung Rz. 1.

¹² RV 1058 Beilagen XXII. GP, 6 und 14.

¹³ *K. Schmidt*, JZ 2003, 585, 590 („ängstliche Kleinmütigkeit“).

¹⁴ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3436.