

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 245

Das Gesellschaftsregister und die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Von

Patrick Boguslawski



Duncker & Humblot · Berlin

PATRICK BOGUSLAWSKI

Das Gesellschaftsregister und die eingetragene Gesellschaft
bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

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

Professor Dr. Jens Koch, Köln

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

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 245

Das Gesellschaftsregister und die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Von

Patrick Boguslawski



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Wintersemester 2023/2024 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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY-SA
(<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59321-7> abrufbar.



D61

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Patrick Björn Boguslawski

Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-19321-9 (Print)

ISBN 978-3-428-59321-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2023/2024 als Dissertation angenommen; die mündliche Prüfung fand im April 2024 statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis November 2023 berücksichtigt werden, wobei die Arbeit aber sprachlich an das Inkrafttreten des MoPeG angepasst wurde.

Mein ganz besonderer Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Prof. em. Dr. Ulrich Noack. Die Arbeit an seinem Lehrstuhl und Institut haben mich nicht nur fachlich nachhaltig geprägt, sondern auch die vielen gemeinsamen Projekte haben mich enorm bereichert. Er stand mir stets mit gutem Rat und Tat zur Seite und hat mir viel Raum für die Erstellung der Arbeit gegeben. Verbindlicher Dank gilt auch Frau Prof. Dr. Nicola Preuß für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e. V. gebührt Dank für die Auszeichnung der Arbeit mit dem Förderpreis für herausragende Promotionen. Ebenfalls danke ich der Stiftung Unternehmensrecht für die ehrenvolle Auszeichnung als beste unternehmensrechtliche Dissertation. Zudem möchte ich der Studienstiftung „ius vivum“ sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung jeweils für die großzügige Unterstützung des Werks in Form eines Druckkostenzuschusses danken.

Darüber hinaus danke ich den Herausgebern dieser Schriftenreihe für die Aufnahme der Arbeit. Ebenso gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Johannes Dietlein, der mich an die Wissenschaft herangeführt hat.

Herzlichen Dank vermag ich auch an alle meine ehemaligen Kollegen des Lehrstuhles zu richten, allen voran aber Frau Prof. Dr. Julia Kraft, LL. M. (KU Leuven), Frau Prof. Dr. Lisa Guntermann und Herrn Dr. Robert Nies, die mir fachlich wie menschlich weitergeholfen haben. Gleiches gilt für meine guten Freunde die Herren Timm Weingartz und Maximilian Senghaus. Neben vielen anderen wunderbaren Menschen in meinem Leben haben diese beiden durch den jederzeit klugen Beitrag, die intensiven Diskussionen und ihre Unterstützung viel zur Erstellung dieser Arbeit beigetragen.

Mein größter Dank aber gilt meiner Familie, ohne die diese Arbeit undenkbar gewesen wäre. Ihre unbedingte Unterstützung war und ist das Fundament des Werks. Von der Erörterung der ersten Idee bis zur sorgfältigen Durchsicht des Manuskripts haben sie einen unschätzbaren Anteil an dieser Arbeit. Es gereicht mir zur Ehre, ihnen diese Arbeit widmen zu dürfen.

Düsseldorf, im April A. D. 2024

Patrick Boguslawski

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	23
§ 2 Aufgaben und Aufbau des Gesellschaftsregisters	28
A. Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters	28
I. Publizitätsfunktion	28
II. Vertrauensschutzfunktion	30
1. Zuverlässigkeit	31
2. Vollständigkeit	31
3. Lückenlosigkeit	32
III. Transparenzfunktion	32
IV. Kontrollfunktion	34
V. Zwischenergebnis	36
B. Zuständigkeiten und Aufbau des Gesellschaftsregisters	37
I. Sachliche Zuständigkeit	37
II. Örtliche Zuständigkeit	37
III. Funktionale Zuständigkeit	38
IV. Aufbau des Gesellschaftsregisters	39
V. Zwischenergebnis	40
C. Kapitelergebnis	40
§ 3 Die Eintragung in das Gesellschaftsregister	42
A. Die Eintragungswirkung des Gesellschaftsregisters	42
I. Konstitutiv oder deklaratorisch?	42
1. Terminologische Abgrenzung	42
2. Die jüngsten Vorschläge vor dem MoPeG	44
a) Postulat der konstitutiven Eintragung	44
b) Refüsierende Reaktionen zur konstitutiven Eintragung	45
3. Entscheidung des Gesetzgebers	47
4. Sonderfall: Eintragung der ursprünglich nicht rechtsfähigen Gesellschaft	48
a) Übereinstimmender Wille der Gesellschafter	48

b) (Noch) fehlender Wille der Gesellschafter	49
aa) Primat des Gesellschafterwillens?	49
bb) Eingeschränkte Willensbedeutsamkeit	50
(1) § 15 Abs. 3 HGB	50
(2) Ergänzungssätze	51
(3) § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F.	53
(a) Gesetzssystematik	53
(b) Standardfall des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F.	54
(c) Der atypische Sachverhalt	54
II. Obligatorische oder fakultative Eintragung	57
1. Eine erzwingbare Registerpflicht?	57
2. Präferenz für die Opportunität	57
3. Entscheidung des Gesetzgebers	59
III. Zwischenergebnis	60
B. Strukturmerkmale der GbR nach dem MoPeG	60
I. Gesellschaftsvertrag	61
II. Gesellschafter	62
III. Gesellschaftszweck, Beiträge und Gegenseitigkeit	63
IV. Abschaffung des Gesamthandsprinzips durch das MoPeG?	64
1. Der Begriff der Gesamthand: Eine kurze Zusammenfassung	64
a) Vermögensrechtlicher Gesamthandsbegriff	65
b) Gemeinschaftsbezogener Gesamthandsbegriff	66
2. Auswirkungen des MoPeG	67
a) Vermögensrechtlicher Gesamthandsbegriff	67
b) Gemeinschaftsbezogener Gesamthandsbegriff	68
aa) Die Gesamthandsgesellschaft als Rechtssubjekt	68
bb) Keine Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaft	69
(1) Ausschließlich Personen als Rechtssubjekte?	69
(a) Die Verortung der (fehlenden) Regelung	70
(b) Persönliche Haftung	72
(c) Steuerrechtliche Erwägungen	73
(2) Die Lösung des Gesetzgebers	74
3. Fazit	76
V. Zwischenergebnis	76
C. Besondere Ein- und Austragungen im Gesellschaftsregister	77
I. Registerrechtliche Behandlung der Löschung eines Gesellschafters	77

1. Wortlaut & Gesetzssystematik	78
a) Semantische Auslegung	79
b) Systematischer Vergleich zur Gesellschafterliste	80
c) Systematischer Vergleich zum Handelsregister	82
2. Telos & Risikosphären	82
a) Haftungsfragen	82
b) Verkehrsschutz	83
c) Sinn und Zweck der Vertrauenshaftung	84
d) Wirkungsweisen von Gesellschaftsregister und Gesellschafterliste ..	84
3. Das Verbot des faktischen Registerzwanges	84
4. Lösungsmöglichkeiten	86
a) Kautelarische Absicherungen?	86
b) Die Registertransparenz in Gefahr? – Ein Interessenausgleich	87
5. Zwischenergebnis	88
II. Die Aufnahme einer nicht eingetragenen OHG in das Gesellschaftsregister ..	89
1. Wortlautauslegung: „Soweit gesetzlich vorgesehen“	89
2. Genetische Auslegung	90
a) Die Möglichkeit der Registrierung	90
b) Die Notwendigkeit der Eintragung	91
c) Die Pflicht der Eintragung	92
3. Das System und der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters	93
a) Zwischen Anreiz und Zwang	93
b) Das Transparenzziel	94
aa) Der Vergleich mit dem Aktienregister	94
bb) Verkehrsfähigkeit und Umgehungsgefahr	94
4. Eine verfassungskonforme Auslegung	95
a) Voraussetzungen	95
b) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem	96
c) Rechtfertigung: Willkürverbot/Sachlicher Grund	97
aa) Das Handelsgewerbe	97
bb) Die handelsregisterrechtliche Eintragungspflicht	98
cc) Eigen- und Fremdinteresse	98
5. Fazit	99
III. Zwischenergebnis	99
D. Das Gesellschaftsregister im internationalen Kontext	100
I. Mobilität der eGbR	101
1. Der Sitz der eGbR	101

a) Grundsatz: Verwaltungssitz	102
b) Ausnahme: Vertragssitz	102
2. Sitzverlegung der eGmbH – Wegzugsfälle	103
a) Verlegung (auch) des Vertragssitzes	103
aa) Normativer Ausschluss	103
bb) Einschränkung durch die Niederlassungsfreiheit?	104
cc) Folgen eines Beschlusses	105
(1) Bisherige Lösungsansätze	105
(2) Vertragssitzverlegung als grenzüberschreitender Formwechsel	106
(a) Formwechsel kraft Rechtsformzwangs	106
(b) Europarechtliche Vorgaben	107
(c) Restriktionen des Umwandlungsgesetzes	108
(d) Interessen der Gesellschafter	110
dd) Annex: Die ausländische Geschäftsanschrift	111
b) Verlegung des Verwaltungssitzes	112
aa) Sachrechtliche Behandlung	112
bb) Kollisionsrechtliche Behandlung	112
(1) Wegzug in einen Gründungstheorie-Staat	113
(2) Wegzug in einen Staat der Sitztheorie	114
(a) Kurze terminologische Einordnung	115
(b) Auslegung des § 706 S. 1 BGB n.F.	115
II. Die Eintragung von ausländischen Gesellschaften im Gesellschaftsregister ..	119
III. Zwischenergebnis	120
E. Kapitelergebnis	121
§ 4 Das Gesellschaftsregister und das Grundbuch	123
A. Überblick: Die (e)GmbH im Grundbuch	123
I. Der Eintrag für und betreffend die Gesellschaft	124
1. Der Eintrag für die Gesellschaft	124
a) Die „Soll-Vorschrift“	124
b) „Für“ die Gesellschaft	125
c) Mit oder ohne die Gesellschafter?	126
2. Der Eintrag betreffend die Gesellschaft	126
II. Der gutgläubige Erwerb	127
1. Ein falscher Gesellschafter	127
a) De lege lata	127
b) De lege ferenda	128
c) Übergangsregelungen	128

2. Eine falsche Gesellschaft	129
III. Die Eintragung des Gesellschafterwechsels	129
IV. Verfahrensgang	130
V. Zwischenergebnis	131
B. Eine freiwillige Eintragung?	131
I. Faktischer Zwang als Obliegenheit	131
II. Tatsächlicher Zwang	132
1. Gesetzlicher Eigentumserwerb	132
2. Gesellschafterwechsel	134
a) Rechtslage bis 2001	135
b) Rechtslage von 2001 bis zum ERVGBG	135
c) Die Rechtslage vom ERVGBG bis zum MoPeG	137
d) Die Rechtslage nach dem MoPeG und Auswirkung auf den Eintragungszwang	137
3. Besondere Fallen des Eintragungszwangs	138
III. Zwischenergebnis	139
C. Ein identitärer Schwebezustand?	140
I. Die grundbuchrechtlichen Identifikationsmerkmale	140
II. Konflikte der Identifikationsmerkmale	141
1. Vorüberlegungen	141
2. Gesellschaftsregister	143
3. Maßgebliche Perspektive	143
4. Identitärer Schwebezustand	144
a) Beliebigkeit der Eintragungsreihenfolge	144
b) Der Scheinschwebezustand	145
aa) Keine gesetzlichen Vorgaben	145
bb) Die Auswirkung der Anerkennung	145
cc) Widerspruch zu allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien	146
c) Zwischenergebnis	146
III. Lösung des Publizitätsdefizits	147
1. Erster Problemkreis: Keine Rechtsdurchsetzung	147
2. Zweiter Problemkreis: Unangemessene Gestaltungsmacht der Gesellschafter	148
a) Exkurs: Registersperre zulasten der Gläubiger?	148
b) Faktische Gestaltungsmacht	149
aa) Grundbuchrechtliche Lösung	150

bb) Registerrechtliche Lösung	151
(1) Minimalinvasive Lösung	151
(2) Vollwertige Registereintragung	152
(3) Klarstellungsvermerk	152
IV. Zwischenergebnis	154
D. (K)ein gutgläubiger Erwerb?	154
I. Problem: Doppeleintragung der eGbR im Grundbuch	154
1. Vorüberlegungen	155
2. Vertretung der Gesellschaft	155
3. Berechtigung der Gesellschaft	155
4. Erwerb vom Nichtberechtigten	156
a) Begriffsbestimmung: Grundbuchberichtigung oder Richtigstellung ..	157
b) Dogmatisch: Richtigstellung	158
c) Teleologische Extension der §§ 891 ff. BGB?	159
d) Die Richtigstellung im Gewand der Berichtigung	159
e) Die allgemeinen Vorschriften	161
II. Beseitigung der Unsicherheiten bei der Doppeleintragung	162
III. Zwischenergebnis	163
E. Von der Vor-GmbH zur eGbR im Grundbuch	164
I. Die Vorgründungsgesellschaft – eine GbR?	164
II. Die Vorgesellschaft	166
1. Rechtsnatur	167
a) Vorgesellschaft als Personengesellschaft	167
b) Vorgesellschaft als Körperschaft	168
2. Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH	169
a) Reichweite der Rechtsfähigkeit aus der Sicht des MoPeG	169
b) Verfahrensrecht als Hindernis?	172
aa) Regelungslücke	172
bb) Ausschluss kraft Verfahrensrechts?	173
cc) Planwidrigkeit der Regelungslücke	173
dd) Vergleichbare Regelung	174
c) Die Kapitalaufbringung und das Grundbuch	174
3. Das Scheitern der Vor-GmbH	176
III. Die unechte Vorgesellschaft	177
1. Rechtsnatur	177
2. Die unechte Vorgesellschaft im Grundbuch	178

a) Keine kodifizierte Eintragungsregelung	178
aa) Eintragung ohne die Gesellschafter	179
bb) Eintragung mit den Gesellschaftern	180
b) Normativer Ausschluss	180
aa) § 47 Abs. 2 GBO n.F.	181
(1) Eine oder mehrere Gesellschaften?	181
(2) Identität oder Gesamtrechtsnachfolge?	182
(a) Das Verhältnis von echter Vorgesellschaft zur GmbH ...	183
(b) Folgerungen für das Verhältnis zur unechten Vorgesellschaft	183
bb) Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F.	185
c) Ausschluss kraft Rechtsfortbildung	185
aa) Planwidrigkeit der Regelungslücke	186
bb) Vergleichbare Interessenlage	187
d) Durchsetzung der Voreintragungspflicht	188
aa) Analoge Anwendung des Grundbuchberichtigungszwanges	189
bb) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	189
IV. Zwischenergebnis	191
F. Kapitelergebnis	191
§ 5 Die Nachteile des Gesellschaftsregisters	194
A. Eintragungszwänge	194
I. Eintragungszwang kraft Treuepflicht	194
1. Ursprung der Treuepflicht	195
a) Förderpflicht	195
b) Ergänzung der Förderpflicht	197
aa) Änderung des Gesellschaftsvertrages der GbR	197
bb) Die ungeschriebene Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel ..	199
2. Zustimmungspflicht im Fall der (e)GbR	201
a) Maßstabbildung	201
b) Einführung des Gesellschaftsregisters	202
aa) Ausnahmefall	202
bb) Erforderlichkeit	202
(1) Notwendigkeit	202
(2) Relativ mildeste Mittel	204
cc) Zumutbarkeit	204
c) Die Durchsetzung des privatrechtlichen Eintragungszwanges	206
3. Zwischenergebnis	207

II. Eintragungszwang kraft Beteiligung?	208
1. Beteiligung an einer Personengesellschaft (OHG, KG, eG&R)	208
a) Eintritt in eine andere Gesellschaft	208
aa) Wirksamkeit der Beteiligung	209
bb) Durchsetzbarkeit	210
b) Gesellschafterwechsel bei Bestandsbeteiligungen	212
aa) Klarstellende Funktion des Art. 89 Abs. 1 EGHGB?	213
bb) Plädoyer für eine Verpflichtung	213
cc) Analogie zu § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n.F.	214
2. Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG)	215
a) Eintritt in eine bestehende GmbH	215
aa) Rechtspflicht?	216
bb) Obliegenheiten	216
(1) Mitwirkung des Notars	216
(2) § 16 GmbHG	217
b) Gesellschafterwechsel bei Bestandsbeteiligungen an einer GmbH ...	218
aa) Eintragungspflicht	219
bb) Eintragungsobliegenheit	220
(1) Untaugliche Voreintragungsanreize	220
(a) § 15 HGB	220
(b) § 16 GmbHG	221
(2) Lösung des Publizitätsdefizits	223
(a) § 40 Abs. 3 GmbHG	223
(b) § 40 Abs. 3 GmbHG analog	226
c) Die Besonderheiten des Aktienregisters	228
III. Zwischenergebnis	229
B. Der Weg aus dem Register	230
I. Allgemeines	230
II. Die OHG als Vorbild?	230
1. (K)eine Austragungsmöglichkeit	231
2. Die Benachteiligung der Regelkonformität	231
a) Flucht über die OHG?	231
b) Konsequenz der Neuregelung	232
c) Ungerechtfertigte Privilegierung?	232
III. Der Statuswechsel	234
1. Zusammenfassung des Ablaufs	235
2. Der Statuswechsel: Gesellschaftsregister/Partnerschaftsregister	236

a) Die PartGmbH – eine Frage der Haftung	236
b) Statuswechsel der „kaufmännischen“ PartG	237
IV. Zwischenergebnis	239
C. Der Vertrauensschutz des Registers	240
I. Allgemeines	240
II. Das Gesellschaftsregister und § 15 HGB	241
1. Eine eingeschränkte Verweisung	241
2. Die Ersteintragung der GbR	242
a) Der Begriff der „einzutragenden Tatsache“	243
b) Übertragung auf das Gesellschaftsregister	244
aa) Die gesetzlichen Grundfälle	244
(1) Die Ersteintragung	244
(2) Die Zweiteintragung	246
bb) Die Sonderformen	246
(1) Gemeinsamkeiten mit anderen eintragungspflichtigen Tatsachen	246
(2) Unterschiede zu den bekannten Fällen	247
(a) (Un-)Mittelbarkeit der Eintragsverpflichtung	247
(b) Durchsetzung der mittelbaren Verpflichtung	248
(c) Die mittelbar eintragungspflichtige Tatsache und § 15 HGB	248
(3) Die konstitutive Eintragung	251
c) Erweiterung des Vertrauensschutzes	252
aa) Das Bedürfnis nach Einheitlichkeit	252
bb) Dogmatische Herleitung: Modifizierter Rechtsgrundverweis	253
III. Exkurs: Technisches Versagen des Gesellschaftsregisters und der Vertrauensschutz	255
1. Die Reform der Bekanntmachung	256
2. Die Gefährdungslage und Probleme	257
3. Technische Hintergründe	258
4. Auswirkungen auf den Publizitätsschutz	258
a) Ausfall des Zentralservers	259
aa) Voraussetzung der Abrufbarkeit über das Registerportal?	259
bb) Der Entstehungskontext und die Parallelnorm	260
cc) Übertragung der Wertung auf das Gesellschaftsregister	261
dd) Folgen eines Ausfalles des Zentralservers	261
b) Ausfall des Registerportals	262
aa) Die positive Publizität des Gesellschaftsregisters	262
(1) Schutzwürdigkeit durch Einsichtnahmemöglichkeit	262

(2) Die Notwendigkeit der Bekanntmachung	263
bb) Die negative Publizität des Gesellschaftsregisters	265
IV. Zwischenergebnis	265
D. Kapitelergebnis	266
§ 6 Resümee	269
Literaturverzeichnis	274
Sachverzeichnis	312

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Allg. M.	Allgemeine Meinung
AllgIPR	Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BankR	Bankrecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGBnF	Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung ab dem 01.01.2024

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BLJ	Bucerius Law Journal (Zeitschrift)
BNotO	Bundesnotarordnung
BöhmZ	Zeitschrift für Internationales Privat- und Öffentliches Recht
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DiREG	Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie
DiRUG	Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBJS	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
Ed.	Edition
eGbr	eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EG-ZustellVO	Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
EL	Ergänzungslieferung
ErbbauRG	Erbbaurechtsgesetz
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis

ERVGBG	Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende Seite
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende Seiten
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FR	FinanzRundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
g.h. M.	ganz herrschende Meinung
GBO	Grundbuchordnung
GbR	(nicht eingetragene) Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GBV	Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung
GesLV	Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbHRRundschau (Zeitschrift)
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
grds.	grundsätzlich
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GS	Gedächtnisschrift
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
HCL	Habersack/Casper/Löbbecke
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HRegGebV	Verordnung über Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen
Hrsg.	Herausgeber
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters

Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i.G.	in Gründung
i. H. v.	in Höhe von
i.R.d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
IGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
jurisPR-HaGesR	juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
JustG NRW	Gesetz über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KostR	Kostenrecht
KöMoG	Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts
KStG	Körperschaftsteuergesetz
Lfg.	Lieferung
lit.	Buchstabe
LLP	Limited Liability Partnership
LVN	Landesverwaltungsnetz
m.	mit
MAH PersGesR	Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MHLS	Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zeitschrift)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoFamFG	Münchener Kommentar zum FamFG
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NK-BGB	NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NK-TSG	NomosKommentar zum Transsexuellengesetz
NK-UmwG	NomosKommentar zum Umwandlungsgesetz
NotAktVV	Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse
notar	Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWB	Steuer- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖGesAusG	Österreichisches Gesellschafter-Ausschlussgesetz
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PartGmbH	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAVPV	Verordnung über die Rechtsanwaltsverzeichnisse und die besonderen elektronischen Anwaltspostfächer
RegisterVO	Verordnung über die elektronische Registerführung und die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Nordrhein-Westfalen in Registersachen
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RLEmbNotK	Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
RPfLG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
S.	Seite
sog.	sogenannt
StGH	Staatsgerichtshof
str.	strittig
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
teilw.	teilweise
TraFinG	Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen

UBRegG	Gesetz zur Errichtung und Führung eines Registers über Unternehmensbasissdaten und zur Einführung einer bundeseinheitlichen Wirtschaftsnummer für Unternehmen
UHL	Ulmer/Habersack/Löbbe
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UmRUG	Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze
UmwBerG	Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
Univ.	Universität
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	von
Var.	Variante
VersG NRW	Versammlungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
Vor.	Vorbemerkungen
Vors.	Vorsitzender
Vgl.	Vergleiche
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift)
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichten ist
ZErB	Zeitschrift für Steuer- und Erbrechtspraxis
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMediatAusvV	Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren
ZPG	Zeitschrift für das Recht der Personengesellschaften und Einzelunternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
zust.	zustimmenden
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 Einleitung

„Ein Blick ins Gesetz fördert die Rechtskenntnis!“¹ Dieser wohl auf den Zivilrechtsgelehrten Professor Dr. Harry Westermann zurückgehende Leitspruch ist im Personengesellschaftsrecht schon seit längerem an seine Grenzen gestoßen. Die bislang für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geltenden Regelungen finden sich kaum mehr in den §§ 705 ff. BGB, wo sie eigentlich zu finden sein sollten. Stattdessen besteht für die Gesellschaft ein Geflecht aus richterlichen Rechtsfortbildungen, Analogien und teleologischen Reduktionen. Die Rechtsfortbildung hat die Kodifizierung längst überholt² – die Wirklichkeit wird vom Gesetz nicht mehr abgebildet.³

Angregungen und Mahnungen, diesen Missstand zu beseitigen, gab es zwar immer wieder,⁴ doch die Rufe ihrer Verfechter stießen beim Gesetzgeber bisher auf taube Ohren. Das sollte sich am 12.03.2018 allerdings ändern. An diesem Tag beschlossen die späteren Regierungsparteien CDU, CSU und SPD ihren Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode. In diesem Rahmen einigten sich die Koalitionspartner auch auf eine umfassende Reform des Personengesellschaftsrechts.⁵ Daraufhin wurde eine Expertenkommission eingesetzt, welche viele Vorschläge des Deutschen Juristentages in ihrem Abschlussbericht – dem sog. Mauracher Entwurf – aufgriff. Wenig später folgte der erste Referentenentwurf und kurz darauf der Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (kurz: MoPeG).

¹ *Wesel*, Juristische Weltkunde, S. 7.

² Noack kritisiert etwa: „Die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts wird für rechtsfähig gehalten, aber das BGB weiß davon nichts.“ Abrufbar unter: <https://notizen.duslaw.de/ein-gesetzesvorschlag-zur-neuregelung-des-rechts-der-personengesellschaften/> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

³ BT-Drs. 19/27635, S. 101; *Westermann*, DZWIR 2020, 321; *Habersack*, ZGR 2020, 539 (540 f.); *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (70 f.); *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14.

⁴ Siehe nur *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 ff.; mit noch früheren Reformüberlegungen sogar *ders.*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 413 ff.; *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 9 ff.; mit der Forderung nach einem eigenen GbR-Register bereits *Preuß*, in: FS Fessler, 2013, S. 273 (282).

⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 131, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-undspd-195906> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023). Siehe dazu auch *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14.

Pünktlich zum 125. Geburtstag⁶ des BGB wurde sodann das MoPeG verkündet.⁷ Fortan gilt in weiten Teilen altes Recht in neuem Gewand. Der Gesetzgeber verhehlt nicht, dass viele bisher ungeschriebene Regelungen in das nun kodifizierte Recht überführt werden sollten.⁸ Dabei ist es jedoch nicht geblieben. Das MoPeG beschreitet auch gänzlich neue Pfade, in dem es erstmals ein öffentliches Subjektregister für die GbR einführt. Dieses wird als Gesellschaftsregister bezeichnet⁹ und soll vielen als Missstände empfundene Eigenheiten der GbR begegnen.¹⁰ Obgleich etwa das Innenrecht der GbR keinen großen Wandel erfahren hat, muss man die Einführung eines fünften Rechtsträgerregisters¹¹ durchaus als großen Wurf bezeichnen. Der legislatorische Mehraufwand, welcher mit der Einführung des Registers einhergeht, war enorm. Nicht nur mussten zahlreiche Gesetze in ihrem Wortlaut angepasst werden,¹² sondern vor allem die Existenz einer eingetragenen GbR (eGbR) zwang zur Implementierung gänzlich neuer Systeme.

Wie stets bei derart disruptiven Veränderungen treten, teilweise auch nur vermeintliche, Komplikationen auf. Diese können einerseits im Kleinen liegen, wie die noch zu erläuternden Fehler beim Geldwäschegesetz oder etwa dem fehlgehenden Verweis in § 715a S. 1 BGB n. F. auf den nicht existenten § 715 Abs. 3 S. 3 BGB n. F. zeigen. Andererseits entstehen aber auch im Großen Reibungsprobleme, wo das alte und das neue Recht aufeinandertreffen.

Die nachfolgende Untersuchung soll sich genau diesen Fragen und Problemstellungen widmen, welche durch die Implementierung des Gesellschaftsregisters und damit der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufkommen. Das Ziel dieser Arbeit soll es sein, derartige Verwerfungen nicht nur aufzudecken, sondern abseits eines Appells an den Gesetzgeber insbesondere mit den Mitteln der Gesetzesauslegung und -fortbildung interessengerechte Lösungen zu entwickeln.

Um die gesetzgeberische Intention hinter der Schaffung des Gesellschaftsregisters zu erfassen und dementsprechend ein Verständnis für die spätere Auslegung des vorgefundenen Normenbestandes zu gewinnen, sollen anfänglich die Funktionen des Registers herausgearbeitet werden. Für einen umfassenden Überblick über das Gesellschaftsregister soll im Anschluss auf die praxisrelevanten Zuständigkeiten und den Aufbau des Registers eingegangen werden.

⁶ Das BGB ist vom 18.08.1896 (RGBl. I, 1896, S. 195) und das MoPeG wurde am 17.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), BGBl. I, 2021, S. 3436.

⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 106.

⁹ Die Bezeichnung wurde teilweise kritisiert, *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 3; *Wimmer*, GbR-Register, S. 241 f.; *ders.*, DZWIR 2020, 379 (382).

¹⁰ Dazu zunächst unter § 2 S. 28 ff.

¹¹ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, 1113; *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 9.

¹² Das MoPeG ist ein sog. Artikelgesetz und ändert zugleich 136 Gesetze und Verordnungen. Hinzu kommen etliche weitere Änderungen durch Folgegesetze, siehe etwa § 2 Fn. 49.

Dies leitet zu der Frage der Wirkungsweise einer Eintragung im Gesellschaftsregister über. Insbesondere für die Gesellschafter ist in diesem Zusammenhang relevant, ob und ab welchem Zeitpunkt ihre Gesellschaft die Rechtsfähigkeit erlangt. Können sie mit ihrer vollwertigen Gesellschaft schon vor oder gar ohne die Registereintragung am Rechtsverkehr teilnehmen, wie dies bisher etwa von der OHG bekannt ist, oder müssen sie sich zunächst registrieren lassen? Die Antworten auf diese Fragen führen wiederum zu Folgeproblemen. Wie ist beispielsweise mit einer Gesellschaft umzugehen, welche ohne oder gegen den Willen ihrer Gesellschafter ins Gesellschaftsregister eingetragen wurde?

Mindestens ebenso bedeutsam für die Gesellschafter wird es sein, ob sie frei über eine Registrierung ihrer Gesellschaft entscheiden können oder ob der Gesetzgeber ihnen diese Entscheidung abgenommen hat und die Gesellschaften notfalls ins Gesellschaftsregister zwingt. Dabei handelt es sich nur auf den ersten Blick um eine einfach zu beantwortende Frage. Tatsächlich wird sich diese Frage wie ein roter Faden durch die gesamte Arbeit ziehen und es wird im Einzelnen analysiert werden, ob und wann die Vorgaben des Gesetzgebers wie ein Damoklesschwert über den Gesellschaftern hängen.

Die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts stellt die GbR auf neue und gleichzeitig bekannte Grundlagen. Als Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften¹³ betreffen Änderungen in ihrem Recht auch zahlreiche andere Gesellschaftsformen. Es wird daher nicht nur zu untersuchen sein, ob das MoPeG etwa die Rechtsnatur der GbR berührt, sondern vielmehr wird fortfolgend aufzuzeigen sein, welche Kausalkette durch die Normsetzung im Recht der GbR in Gang gesetzt wurde. Es wird zu analysieren sein, welche Konnexität zwischen der GbR und den Vorgesellschaften der Kapitalgesellschaften besteht und wie dies durch die Einführung des Gesellschaftsregisters später wieder auf die eGbR zurückfällt.

Bevor diese Kaskade allerdings vollständig aufgedeckt wird, soll sich einigen ureigenen registerrechtlichen Fragen gewidmet werden. Zum einen wird zu klären sein, ob die Mechanismen des Gesellschaftsregisters einen Gesellschafterwechsel bei einer GbR zu einem ruinösen Desaster werden lassen können. Zum anderen könnten eben diese Mechanismen des Gesellschaftsregisters – man vermag an dieser Stelle schlicht die noch zu erläuternden Begriffe der Registersperre und des Voreintragungserfordernisses in den Raum stellen – erhebliche Folgewirkungen entfalten. So wird analysiert werden, ob als (unerwünschte?) Nebenfolge dieser Neuerungen die OHG einen beträchtlichen Teil ihrer Verkehrsfähigkeit einbüßen muss.

Das Stichwort der Verkehrsfähigkeit wird durch das Gesellschaftsregister nicht nur für die OHG, sondern auch für die dort eingetragene eGbR akut. Hier wird jedoch nicht die nationale, sondern die internationale Verkehrsfähigkeit zu betrachten sein. Diese Frage ist aktuell besonders brisant für die produzierenden Gesellschaf-

¹³ Siehe nur BT-Drs. 19/27635, S. 2.

ten. Wie das Statistische Amt der Europäischen Union errechnete, divergieren die Inflationsraten zwischen den Ländern der Eurozone in ganz erheblichem Maße, wobei Deutschland gegenwärtig deutlich über dem Mittelwert liegt.¹⁴ Der Wegzug einer Gesellschaft in ein Land mit wirtschaftlich günstigeren Bedingungen dürfte daher gegenwärtig so attraktiv sein wie seit langer Zeit nicht mehr. Es soll daher erörtert werden, unter welchen Bedingungen der Wegzug einer eGbR möglich ist und wie sich ein solcher auf die Gesellschaft auswirkt. Ebenfalls soll geklärt werden, wie bei einem Zuzugsfall die Eintragung der ausländischen Gesellschaft im Gesellschaftsregister auszusehen hat.

Abseits der Frage zur unmittelbaren Eintragung im Gesellschaftsregister führt die Registrierungsmöglichkeit auch zu Novellierungen in anderen öffentlichen Registern. Aufgrund der hohen Fallzahlen ist für die GbR vor allem die Eintragung im Grundbuch besonders praxisrelevant. In diesem Zusammenhang wird neben den allgemeinen verfahrensrechtlichen Fragen insbesondere die bereits angedeutete Eintragungspflicht erneut virulent. Besonders diffizil wird es, wenn die registerrechtlichen Regelungen des Gesellschaftsregisters mit den Bestimmungen des Grundbuchrechts kollidieren. Durch unterschiedliche Anknüpfungspunkte scheint sich hier auf den ersten Blick ein Widerspruch zwischen den beiden Systemen aufzutun, welcher im Endeffekt sogar die Gläubiger einer GbR entretten könnte. Doch nicht nur die Gläubiger könnten durch die Friktionen gefährdet werden, auch der Erwerber eines im Grundbuch verzeichneten Rechtes könnte aufgrund der Novellierung, trotz seines Vertrauens auf das Grundbuch, leer ausgehen. Wie diesen Gefahren für den Rechtsverkehr zu begegnen ist, wird an entsprechender Stelle zu erörtern sein.

Im Übrigen führt das Grundbuch zu einer fast einmaligen Konstellation. Hier können drei Registersysteme (Grundbuch, Gesellschaftsregister und Handelsregister) aufeinanderprallen, wenn aus einer Vorgesellschaft im Grundbuch eine (e)GbR wird. Dass dieses Zusammenwirken zu Spannungen führt, ist damit quasi vorprogrammiert, wenngleich diese, wie zu erläutern sein wird, nicht unauflösbar sind.

Auch im letzten Kapitel dieser Arbeit werden eingangs zumindest zwei der genannten Register aufeinandertreffen. Sofern sich die GbR an anderen Gesellschaften beteiligt oder sogar bereits beteiligt ist, seien diese Personen- oder Kapitalgesellschaften, könnte der lange Arm des Gesellschaftsregisters erneut nach der GbR greifen. Sofern die GbR einmal den – mythologisch gesprochen – Sirenen des Gesellschaftsregisters erlegen ist, werden sich die Gesellschafter gegebenenfalls die Frage stellen, ob und wie sie das Registergewand wieder abstreifen können. Abschließend soll noch erörtert werden, wie das Gesellschaftsregister den Rechtsverkehr schützen kann. Insbesondere ist der Frage nachzugehen, ob sich der Rechtsverkehr stets oder nur auf bestimmte Eintragungen im Gesellschaftsregis-

¹⁴ Eurostat, Inflationsrate im Euroraum für Juli 2023, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/17334860/2-18082023-AP-EN.pdf/87768822-b43d-3ceb-46f3-b103110feb20> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

ter verlassen kann. Zum Ende wird es sodann noch einmal technisch, jedoch nicht minder aktuell. Cyberangriffe sind längst keine futuristische Gefahr mehr, sondern eine reale Bedrohung. Welchen Schutz bieten die elektronischen Subjektregister und damit zuvörderst auch das Gesellschaftsregister zugunsten des Rechtsverkehrs im Falle eines Serverversagens?

Im Schlussteil werden sodann die herausgearbeiteten Strukturen und die entwickelten Lösungsansätze zusammengefasst und damit praktisch handhabbar gemacht.

§ 2 Aufgaben und Aufbau des Gesellschaftsregisters

A. Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters

Seitdem die Frage um die Rechtsfähigkeit der GbR durch den II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in der Rechtssache „ARGE Weißes Ross“¹ zugunsten der Rechtssubjektivität der Gesellschaft entschieden wurde, stellte die rechtsfähige (Außen-)GbR eine bisher einzigartige Form der Personengesellschaft dar.² Anders als die ihr artverwandten Personengesellschaftsformen (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft) verfügte die GbR über keinerlei Möglichkeit, sich unter Beibehaltung ihrer Rechtsform in ein eigenes, häufig als Subjektregister³ bezeichnetes, öffentliches Register eintragen zu lassen. Inwieweit dies zu Problemen führt, wird deutlich, wenn man sich die Funktionen solcher Register ansieht.

I. Publizitätsfunktion

Jedenfalls nach heutigem Verständnis⁴ dienen die Subjektregister⁵ in erster Linie dem Schutz des Rechtsverkehrs.⁶ Die in diesen eingetragenen Informationen über eine Gesellschaft können von jedermann (z. B. § 707b Nr. 2 Var. 1 BGB n. F. i. V. m.

¹ BGHZ 146, 341.

² Der Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S11) spricht gar von einer Anomalie.

³ Vgl. nur BT-Drs. 19/27635, S. 108. Im Rahmen dieses Abschnitts meint der Begriff des öffentlichen Registers die Subjektregister und nicht etwa das Grundbuch; zu letzterem noch unter § 4 S. 123 ff.

⁴ Zu den Ursprüngen des Handelsregisters als Zeugnis rein interner Vorgänge *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 1; zur Geschichte des Handelsregisters außerdem *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Müther HandelsregisterR, Einleitung Rn. 8 ff.; *Fleischer/Pendl*, WM 2019, 2137 (2138 f.) m. w. N.

⁵ Im Folgenden wird primär auf das Handelsregister rekurriert, da das Gesellschaftsregister diesem nachgebildet ist und das Partnerschaftsregister, das Genossenschaftsregister und das Vereinsregister im allgemeinen Bereich keine für diese Untersuchung relevanten Besonderheiten aufweisen. Diese Ausführungen lassen sich aber natürlich dennoch in weiten Teilen auf alle Subjektregister übertragen.

⁶ BGH NJW 2015, 2116 (2118 Rn. 18); KG NJW 1965, 254; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 4; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 50; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 2; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 Rn. 1; *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 8 Rn. 1; *Merkt*, in: Hopt, HGB § 8 Rn. 1; *Böhringer/Melchior*, in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, S. 1 Rn. 1; *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (467).

§ 9 Abs. 1 S. 1 HGB) eingesehen werden.⁷ Damit leisten die öffentlichen Register einen wichtigen Beitrag zur Schnelligkeit und Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs.⁸

Die Möglichkeit der Offenlegung von Tatsachen und Rechtsverhältnissen wird allgemein als Publizität bezeichnet, wobei im Einzelnen verschiedene Ausprägungen zu unterscheiden sind. Zunächst ist die sog. *natürliche Publizität* zu nennen, welche nur von natürlichen Personen ausgehen kann, da diese sich durch ihre augenscheinliche Existenz in Verbindung mit einem Ausweisdokument identifizieren können.⁹

Für eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist diese Verifikation schon mangels einer physischen Präsenz kein taugliches Mittel, um ihr Bestehen nachzuweisen.¹⁰ Daher spricht man bei Gesellschaften von der sog. *Registerpublizität*.¹¹ Durch die Eintragung in ein für sie bestimmtes Register haben Gesellschaften zum einen die Möglichkeit, den Rechtsverkehr über ihre Existenz (*Subjektpublizität*) und zum anderen über ihren Gesellschafterbestand (bei Personengesellschaften die *Mitgliederpublizität*; bei juristischen Personen die *Anteilspublizität*) zu informieren.¹² Nur durch diese Form der Transparenz ist es Dritten möglich, ohne die Inanspruchnahme – kostenintensiver – professioneller Akteure an Unternehmensinformationen zu gelangen.¹³ Es findet eine Nivellierung des Wissensvorsprunges bestimmter Verkehrsteilnehmer statt, was ein „erkauftes ‚Herrschaftswissen‘“¹⁴ verhindert. Verbrauchern werden so Informationen zuteil, mittels derer sie die Seriosität eines Unternehmens bewerten können. Außerdem kann eine etwaige persönliche Haftung der Gesellschafter nur dann effektiv durchgesetzt werden, wenn der Anspruchsteller die notwendigen personenbezogenen Daten einsehen kann. Es werden also gerade – im Verhältnis zu den Unternehmen – tendenziell schwächere Verkehrsteilnehmer geschützt.¹⁵ Diesem Schutzzweck diene beispielsweise auch

⁷ KG NJW 1965, 254; K. Schmidt, Handelsrecht, § 13 Rn. 1; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 4, 7; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8 Rn. 2; *Richter/Brinkmann*, in: Brinkmann/Schmoeckel, Registerwesen, S. 24.

⁸ Statt aller nur *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 8 Rn. 1.

⁹ So schon v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, § 89 S. 277 („Der einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich“); vgl. weiterführend *Bergmann*, ZIP 2003, 2231 (2235); *Wimmer*, GbR-Register, S. 4.

¹⁰ Bereits v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, S. 470 f. weist auf die fehlende Wahrnehmbarkeit der von ihm als „Verbandsperson“ bezeichneten Gesellschaften hin.

¹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 101; vgl. auch *Wimmer*, GbR-Register, S. 4, der von einer „künstlichen Publizität“ spricht; zum Publizitätserfordernis *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (738); *M. Noack*, ZPG 2023, 95.

¹² *Bergmann*, ZIP 2003, 2231, 2235; *Wimmer*, GbR-Register, S. 4; *K. Schmidt*, BB 1983, 1697 (1698); kritisch zum Begriff der Anteilspublizität *Schwichtenberg*, BB 1985, 429 (430).

¹³ Nach BGHZ 105, 324, (344) dient die Publizität etwa „Arbeitnehmern, künftigen oder gegenwärtigen Gläubigern, den Gesellschaftern und den potentiellen Anteilserwerbern“; *Ries*, ZIP 2013, 866 (869); *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 4.

¹⁴ *Ries*, ZIP 2013, 866 (869).

¹⁵ *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 4; *Ries*, ZIP 2013, 866, 869; *Wimmer*, GbR-Register, S. 26; aufgrund des begrenzten Umfangs der zugänglichen Informationen skeptisch *Beurskens*, in: BeckOK HGB, § 8 Rn. 7.

die bisher in § 10 HGB geregelte gesonderte Bekanntgabe der im Handelsregister eingetragenen Informationen. Der Dritte konnte dadurch ohne kostenpflichtige Einsicht in das Handelsregister an Informationen gelangen. Diese gesonderte Form der Bekanntmachung ist zwar zum 01.08.2022 weggefallen, dafür sind aber Auszüge aus den Subjektregistern fortan kostenfrei¹⁶ erhältlich, sodass sich im Ergebnis das Schutzniveau nicht verschlechtert.¹⁷

Bei der GbR fehlte es bisher an einer derartigen zentralen Stelle. Sie verfügte daher über keinerlei Form der Publizität.¹⁸ Dies war mit Blick auf die Identifikation der Gesellschaft sowie den Nachweis ihrer Existenz und der Identität der persönlich haftenden Gesellschafter problematisch, insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung dieser Gesellschaftsform. Diese nun auch vom Gesetzgeber als Missstand anerkannte Lage soll durch das Gesellschaftsregister gelöst werden. Durch die Aufnahme der in § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F. umschriebenen Angaben in das jederzeit einsehbare Register ist es bei Bedarf möglich, die eGbR eindeutig zu identifizieren und sich ihrer Existenz zu versichern. Außerdem lassen sich der Gesellschafterbestand und die Vertretungsbefugnis anhand der Informationen gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 2, 3 BGB n. F. überblicken. Die eGbR erhält damit eine hinreichende Registerpublizität, was, wie aufgezeigt, gerade zu Zwecken der Rechtsverfolgung unerlässlich erscheint.¹⁹

II. Vertrauensschutzfunktion

Der effektive Verkehrsschutz kann durch ein öffentliches Subjektregister jedoch nur dann gewährleistet werden, wenn sich der Dritte auf die Informationen im Register verlassen kann.²⁰ Anderenfalls könnte der Rechtsverkehr auch schlicht auf private Register zurückgreifen und müsste stets damit rechnen, dass die Informationen unrichtig, unvollständig oder veraltet sind.²¹ Aus diesem Grund müssen die öffentlichen Register „zuverlässig, vollständig und lückenlos“²² geführt werden.

¹⁶ Siehe noch die § 5 Fn. 62.

¹⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 63 (Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG), BGBl. I, 2021, S. 3338); damit hat sich *Noack*, DB 2018, 1324 (1327) mit seiner Forderung nach einem Auszug „ohne Registrierung und Kostenpflicht“ durchgesetzt.

¹⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 101; *K. Schmidt*, BB 1983, 1697 (1698); *Bergmann*, ZIP 2003, 2231 (2236).

¹⁹ So auch BT-Drs. 19/27635, S. 101; *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122; vgl. auch *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8 Rn. 1.

²⁰ *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 2; mit Hinweis auf einen durch die juristische Ausbildung verzerrten Blick bezüglich der Fehleranfälligkeit von Registern *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 Rn. 1.

²¹ *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 5; vgl. auch *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 7, der die Gefahr sieht, dass anderenfalls der „Öffentlichkeit zu verschiedenen Zeitpunkten unterschiedliche Angaben zur identischen Tatsache präsentiert würden“.

²² BGH NJW 2015, 2116 (2118 Rn. 18); *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 4.

1. Zuverlässigkeit

Das Merkmal der Zuverlässigkeit wird vornehmlich durch die Implementierung von Vertrauenstatbeständen wie § 15 HGB sichergestellt.²³ Der Rechtsverkehr kann sich daher auf die Informationen im Register verlassen, auch wenn diese mit der wahren Rechtslage nicht (mehr) übereinstimmen (§ 15 Abs. 1 und 3 HGB).²⁴ Darüber hinaus profitiert aber auch die eingetragene Gesellschaft vom öffentlichen Glauben der Registereintragung, da die dortigen Informationen einem Dritten entgegengehalten werden können (§ 15 Abs. 2 HGB).²⁵ Dieser Gedanke wurde nun auch für das Gesellschaftsregister fruchtbar gemacht und über § 707a Abs. 3 BGB n. F. inkorporiert; wengleich die Reichweite dieses Verweises einige Fragen aufwirft.²⁶

2. Vollständigkeit

Obwohl von der Vollständigkeit der Subjektregister gesprochen wird, wäre es ein Trugschluss, wenn man davon ausginge, alle Informationen über eine Gesellschaft dort zu finden.²⁷ Eine derartige Detailtiefe ist mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Registers gar nicht erstrebenswert.²⁸ Vielmehr muss zwischen eintragungsfähigen bzw. eintragungspflichtigen und allen anderen Tatsachen differenziert werden.²⁹ Durch Gesetz (z. B. § 106 Abs. 2 HGB n. F.) und infolge der Rechtsfortbildung³⁰ wird bestimmt, welche Informationen einzutragen sind. Mit der Eintragungspflicht geht auch eine Aktualisierungspflicht einher, sodass das Register auch bei Veränderungen stets auf dem aktuellen Stand zu halten ist (z. B. § 106 Abs. 6 HGB n. F.). Welche Angaben zur GbR einzutragen und zu aktualisieren sind, bestimmt sich in erster Linie nach § 707 Abs. 2 und 3 BGB n. F. Ob auch in diesem Rahmen weitere, nicht normierte Angaben einzutragen sind, wird noch zu untersuchen sein.³¹

²³ *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 5; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 1; siehe weiterführend *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 230 ff.

²⁴ BGHZ 65, 309 (311); *Gehrlein*, in: EBJs HGB, § 15 Rn. 2; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 2.

²⁵ *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 2; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 46.

²⁶ Siehe dazu noch später unter § 5 S. 241 ff.

²⁷ RGZ 132, 138 (140); BayObLGZ 1971, 55 (56); 1980, 195 (198); OLG Karlsruhe GmbHR 1964, 78.

²⁸ OLG München NZG 2016, 1064; OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 107 (108); *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 45; *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 8 Rn. 1; *Fleischer*, in: MüKoHGB § 106 Rn. 37.

²⁹ Statt aller *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 Rn. 8.

³⁰ Die Zulässigkeit einer solchen Rechtsfortbildung ist str., vgl. *Haas/Wöstmann*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 106 Rn. 59 m. w. N.; siehe noch unter § 4 S. 152.

³¹ Siehe dazu ebenfalls unter § 4 S. 152.

3. Lückenlosigkeit

Ein weiteres tragendes Prinzip des Registerrechts ist die Lückenlosigkeit.³² Eine nachträgliche Veränderung oder Löschung von Einträgen aus dem Subjektregister ist grundsätzlich ausgeschlossen.³³ Nur so ist die chronologische Nachverfolgbarkeit von Vorgängen gewährleistet und bei Zweifelsfragen über Vorgänge in der Vergangenheit eine Klärung möglich.³⁴ Selbst das in anderen Rechtsbereichen mit umfassenden Revisionen einhergehende Selbstbestimmungsrecht³⁵ vermag sich gegen das öffentliche Interesse an der Lückenlosigkeit der Subjektregister nicht durchzusetzen.³⁶

Der § 707d Abs. 1 BGB n. F. enthält eine Verordnungsermächtigung, die in Verbindung mit § 387 Abs. 2 FamFG das Bundesministerium der Justiz zum Erlass einer Verordnung zum Gesellschaftsregister ermächtigt.³⁷ Die Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) wurde am 16. Dezember 2022 erlassen und trat gemäß Art. 3 Abs. 1 GesRV am 01. Januar 2024 in Kraft.³⁸ Die Verordnung enthält in Art. 1 Abs. 1 GesRV eine dynamische Verweisung³⁹ auf die Handelsregisterverordnung (HRV), sofern in jener kein anderes bestimmt ist. Dementsprechend gilt § 16 HRV und damit das Verbot der rückwirkenden Veränderung auch für das Gesellschaftsregister.

III. Transparenzfunktion

Der Gesetzgeber erklärte im Rahmen der Reform die Transparenz von Informationen, nicht nur im Sinne der Registerpublizität, sondern auch im erweiterten Sinne, verstanden als Transparenz der Finanzströme, zum Ziel der Novelle.⁴⁰ Das zur Geldwäsche⁴¹ und Kriminalitätsfinanzierungsbekämpfung geschaffene Trans-

³² *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 7; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 4; siehe auch *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 9 Rn. 35 zum historischen Ausdruck aus dem Handelsregister.

³³ Siehe dazu § 16 HRV; BGH NJW 2015, 2116 (2118 Rn. 17); *Wollenschläger*, NZG 2023, 690; *Krafka*, Registerrecht, Rn. 55.

³⁴ BGH NJW 2015, 2116 (2118 Rn. 17); *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 73. Lfg. 03/2019, § 7 Rn. 174 c.

³⁵ In NRW wird etwa ein rückdatiertes neues Original des Schulzeugnisses ausgestellt, *Augstein*, in: NK-TSG § 5 Rn. 2.

³⁶ BGH NJW 2015, 2116 (2118 Rn. 13); *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 47.

³⁷ Siehe auch *Wertenbruch*, GmbHR-Blog vom 27. Juni 2022, abrufbar unter: <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2022/06/27/bmj-veroeffentlicht-refe-gbr-gesellschaftsregisterverordnung-gesrv/> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

³⁸ Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters und zur Änderung der Handelsregisterverordnung, BGBl. I, 2022, S. 2422.

³⁹ BR-Drs. 560/22, 13; *M. Noack*, ZPG 2023, 95 (96).

⁴⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 101, 110.

⁴¹ Auch die internationale Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), welche von Deutschland mitbegründet wurde, kritisierte die fehlende Registertransparenz der GbR, zuletzt im Jahresbericht 2022, S. 13 f., abrufbar unter: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/Mer-germany-2022.html> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

parenzregister⁴² erfasst die eGfR fortan als eingetragene Personengesellschaft gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GwG n. F.⁴³ Die Gesellschaft muss daher die in § 19 Abs. 1 GwG genannten Angaben einholen, aufbewahren, aktuell halten und unverzüglich der registerführenden Stelle mitteilen.

Ursprünglich war geplant, die Gesellschafter dahingehend zu entlasten, dass eine Eintragung im Gesellschaftsregister die Mitteilung an das Transparenzregister ersetzt.⁴⁴ Als das MoPeG in der Sitzung des Bundestages vom 24.06.2021 in der dritten Lesung beschlossen wurde, enthielt der § 20 Abs. 2 GwG eine entsprechende Regelung. Demnach galt eine nach § 19 Abs. 1 GwG erforderliche Mitteilung als erfüllt, wenn eine Information in eines der dort aufgezählten Register eingetragen wurde.⁴⁵ Der MoPeG-Gesetzgeber ging daher davon aus, er müsse schlicht das Gesellschaftsregister in die dortige Aufzählung aufnehmen, um eine Entlastung zu erreichen. Noch bevor das MoPeG allerdings am 17.08.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet werden konnte, wurde der Gesetzgeber von sich selbst überholt und es entstand ein regulatorisches Chaos.⁴⁶

Mit dem TraFinG⁴⁷, welches zum 01.08.2021 in Kraft trat – also parallel entwickelt wurde –, ist der § 20 Abs. 2 GwG (in der Fassung ohne die Änderungen des MoPeG) erneut geändert worden. Nicht nur wurde die Nummerierung in § 20 Abs. 2 GwG zugunsten einer Aufzählung im einleitenden Satz aufgegeben, sondern die Erleichterung in dieser Norm wurde aufgehoben und der Absatz bekam einen neuen Regelungsgehalt (§ 20 Abs. 1a GwG wurde in weiten Teilen in § 20 Abs. 2 GwG überführt).

Die Änderungen durch das MoPeG waren jedoch ebenfalls bereits beschlossen und sollten zum 01.01.2024 in Kraft treten. In der Folge wurde für die Norm eine Nummer 6 geschaffen, obwohl die Aufzählung bei Nummer 4 endet und dies auch

⁴² Zur Entstehung des Transparenzregisters *Weitemeyer*, in: MüKoBGB, § 80 Rn. 90.

⁴³ Zur Kontoeröffnung durch eine GfR, *Wertenbruch*, JZ 2023, 78 (81 f.).

⁴⁴ BT-Drs. 29/27635, S. 287; *M. Noack*, DB 2020, 2618 (2620); *Goette*, DStR 2021, 1551 (1556); *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (76).

⁴⁵ Einen ähnlichen Mechanismus gibt es weiterhin im Rahmen des jüngst geschaffenen Basisregisters. Dieses wurde durch das Gesetz zur Errichtung und Führung eines Registers über Unternehmensbasisdaten und zur Einführung einer bundeseinheitlichen Wirtschaftsnummer für Unternehmen und zur Änderung weiterer Gesetze (Unternehmensbasisdatenregistergesetz) (UBRegG), BGBl. I, 2021, S. 2506, geschaffen und wird vom Statistischen Bundesamt geführt. Es soll Informationen aus anderen Registern (§ 3 Abs. 1 UBRegG) bündeln und in der Kombination mit der Vergabe einer bundeseinheitlichen Wirtschaftsnummer die Rechtssicherheit erhöhen. Der Verwaltungsaufwand soll für die Betroffenen durch das Register nicht steigen, da das Basisregister die benötigten Daten unmittelbar von den jeweiligen öffentlichen Stellen erlangt (§ 4 UBRegG).

⁴⁶ Siehe dazu auch *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14 (17).

⁴⁷ Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparenzregister und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz) (TraFinG), BGBl. I, 2021, S. 2083.

semantisch völlig deplatziert wirkt. Tatsächlich hätte das Gesellschaftsregister in die Aufzählung im Satz nach dem Vereinsregister aufgenommen werden müssen. Außerdem hat der § 20 Abs. 2 GwG im Zeitpunkt des Inkrafttretens des MoPeG nicht mehr denselben Regelungsgehalt wie im Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes. Eine Erleichterung durch die Eintragung im Gesellschaftsregister ist aufgrund der Änderungen durch das TraFinG somit nicht mehr möglich.⁴⁸

Der Gesetzgeber schickte sich zwar an, durch das wenige Tage vor Abschluss dieser Abhandlung verabschiedete Wachstumschancengesetz den semantischen Fehler zu korrigieren;⁴⁹ damit wurde das eigentliche Problem jedoch nicht gelöst. Der Wortlaut der Norm vermag fortan korrekt sein; aus demokratischer Perspektive bleibt hingegen ein Malus bestehen.

Die Parlamentarier stimmten dem MoPeG auch vor dem Hintergrund zu, dass die Gesellschafter der eGmbH nicht übermäßig durch das Transparenzregister belastet werden.⁵⁰ Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des TraFinG wurde die Lage der eGmbH nachvollziehbarerweise nicht erörtert, da das MoPeG zu diesem Zeitpunkt noch nicht verabschiedet war.⁵¹ Auch im Rahmen des Wachstumschancengesetzes wurde die Problematik, soweit aus den bisherigen Gesetzesmaterialien ersichtlich, nicht erörtert. Die Änderungen wurden schlicht als Folgeänderungen zum MoPeG beschrieben und scheinen sich primär auf den missglückten Wortlaut zu beziehen.⁵² Zu einer spezifischen Auseinandersetzung mit der Lage der eGmbH kam es demnach nie. Das demokratische Defizit lässt sich allenfalls mit einer vergleichbaren Interessenlage zwischen den verschiedenen Registern und der europarechtlichen Determinierung überwinden. Unglücklich bleibt der Vorgang allerdings in jedem Fall und die mit der Transparenzregisterpflicht einhergehenden Belastungen werden einen negativen Einfluss auf die Eintragungsbereitschaft haben.⁵³

IV. Kontrollfunktion

Weiterhin ermöglicht die Registrierung von Gesellschaften, abseits der Proklamation von Informationen, eine effektive Kontrolle der dem Rechtsverkehr offengelegten Tatsachen. In jedem Fall wird der Inhalt einer Anmeldung vom

⁴⁸ Auch *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14 (17) weist darauf hin, dass sich dadurch der Verwaltungsaufwand für die eGmbH deutlich erhöhen wird; *Goette*, DStR 2021, 1551 (1556).

⁴⁹ Siehe Art. 43 Abs. 3, Art. 44 Abs. 19 des Regierungsentwurfes für das Gesetz zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz), BT-Drs. 20/8628, S. 70.

⁵⁰ *Goette*, DStR 2021, 1551 (1556); dieses grundsätzliche Anliegen bekräftigt der Gesetzgeber erneut im Rahmen des Entwurfes eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Unternehmensbasisdatenregistergesetzes BT-Drs. 20/8866, S. 6.

⁵¹ Vgl. die Erläuterungen zur Änderung in BT-Drs. 19/28164, S. 49 f.

⁵² Vgl. BT-Drs. 20/8628, S. 236, 239; sowie das Plenarprotokoll 20/129, S. 16135 ff.

⁵³ Siehe zu den weiteren Nachteilen der Registereintragung aus Sicht der Gesellschafter § 5.

zuständigen Gericht in formeller Hinsicht geprüft.⁵⁴ Nach inzwischen allgemein anerkannter Auffassung⁵⁵ steht dem Registergericht darüber hinaus in vielen Fällen⁵⁶ auch ein materielles Prüfungsrecht zu.⁵⁷ Anderenfalls müsste das Gericht sehenden Auges eine rechtswidrige Eintragung vornehmen, was offensichtlich rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspräche.⁵⁸ Dieses Kontrollrecht – zum Teil auch als Pflicht angesehen⁵⁹ – des Registergerichts wird entweder aus dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG⁶⁰ oder dem Grundsatz der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung⁶¹ abgeleitet.

Hinzu kommt, dass diesem Prozess vorgelagert ein weiterer Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), der Notar, die Dokumente sichtet. Die Dokumente müssen gemäß § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 1 HGB n. F. für das Gesellschaftsregister öffentlich beglaubigt werden. Dadurch wird die Identität des Anmelders sichergestellt.⁶²

Das Zusammenwirken beider Institutionen gewährleistet ein hohes Maß an Verlässlichkeit bezüglich der im Register eingetragenen Informationen. Dies wird besonders im Vergleich mit anderen Rechtssystemen deutlich, in denen es an einer derartigen (materiellen) Prüfung fehlt.⁶³ Das Companies House des Vereinigten Kö-

⁵⁴ So schon RGZ 1, 242 (243); *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 7; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 10, 68; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 33; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8 Rn. 36 m. w. N.

⁵⁵ RGZ 127, 153 (156); 148, 175 (186); BGH NJW 1977, 1879 (1880); BGHZ 84, 285 (287); 113, 335 (351); BGH NZG 2011, 907 (908 Rn. 10); KG NZG 1998, 777; OLG Hamm NZG 2001, 1038 (1039); OLG München FGPrax 2011, 250; OLG Nürnberg GmbHR 2015, 196 (198); KG NZG 2022, 1015 (1016 Rn. 15); *Pätzold/Zönnchen*, EWiR 2016, 723 (724 Rn. 3.1); *Müller*, Rpfleger 1970, 375 (376 ff.); *Keilbach*, MittRhNotK 2000, 365 (366); *Förster*, in: Heymann HGB, § 8 Rn. 46; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 10, 13; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 34; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 5; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 47; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8 Rn. 37; a. A. noch RGZ 1, 242 (244); *Menold*, Das materielle Prüfungsrecht, S. 173 f.

⁵⁶ Mit Beispielen, in denen kein Prüfungsrecht besteht, *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 9; siehe auch ausführlich zur Differenzierung *Keilbach*, MittRhNotK 2000, 365 (366 ff.).

⁵⁷ Zum Umfang des Prüfungsrechts *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 97; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 68 ff. m. w. N.

⁵⁸ Ähnlich auch *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 32.

⁵⁹ Für eine Amtspflichtverletzung bei unterlassener Prüfung bereits RGZ 127, 153 (156); siehe auch *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 8.

⁶⁰ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 85; *Hildebrandt/Steckhan*, in: Schlegelberger HGB, § 8 Rn. 23; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 III Rn. 26; *Canaris*, Handelsrecht, § 4 II Rn. 21; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 136; uneindeutig BGH NZG 2011, 907 (908 Rn. 10).

⁶¹ *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 82; *Menold*, Das materielle Prüfungsrecht, S. 66; wohl auch *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 8.

⁶² *Müther*, in: BeckOK HGB, § 12 Rn. 9; *Einsele*, in: MüKoBGB, § 129 Rn. 1; *Hermanns*, DNotZ 2022, 3 (7); *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401 (402 f.).

⁶³ OLG München NJW-RR 2021, 42 (44 Rn. 40); OLG Düsseldorf NZG 2015, 199 (Rn. 9); OLG Nürnberg GmbHR 2015, 196 (198); *Wächter*, DB 2004, 2795, (2799); *Sander*, in: BeckOK BNotO, § 21 Rn. 13; *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (61); *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (56).

nigreiches, welches über ein nur sehr eingeschränktes Sicherungssystem verfügt,⁶⁴ zählt beispielsweise jeden Monat 50 bis 100 Fälle von „Identitätsdiebstählen“^{65, 66}. Das in Deutschland gut funktionierende System wird auch der eGbR zugutekommen und dadurch sowohl die Gesellschaften als auch Dritte vor betrügerischen Aktivitäten deutlich effektiver als unter der bisherigen Rechtslage schützen.

Diesen Schutzzweck verfolgt auch die mit der Errichtung des Registers einhergehende Mitteilungspflicht für die eingangs beschriebenen Kontrollinstanzen. Gemäß § 379 Abs. 1 FamFG n.F. sind unter anderem die Notare verpflichtet, den Versuch einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung an das Registergericht weiterzugeben. In der Folge können Eintragungen zur betroffenen Gesellschaft besonders gründlich geprüft werden. Außerdem wird das Gericht, falls erforderlich, die Staatsanwaltschaft über die Vorfälle informieren.

Damit steht für die eGbR ein konsistentes und bereits mit den anderen Registern erprobtes System zur Verfügung. Dieses verspricht einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit gegenüber dem bisherigen, publizitätslosen Gefüge.

V. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass der Gesetzgeber mit dem Gesellschaftsregister die Möglichkeit eröffnet hat, die bisher bereits überaus beliebte⁶⁷ Gesellschaftsform der GbR mit einem deutlichen Mehr an Rechtssicherheit und Transparenz auszustatten. Dabei greift er auf die erprobten und bewährten Strukturen zurück, sodass diesbezüglich nur wenige Startprobleme zu erwarten sind. Während die neugeschaffene Publizität der Gesellschaft eine Nivellierung von Wissensvorsprüngen mit sich bringt, versprechen die Aktualisierungspflichten und das Gebot der chronologischen Nachverfolgbarkeit ein hohes Maß an Zuverlässigkeit des Gesellschaftsregisters. Flankiert werden diese Mechanismen durch die Mitwirkung des Notars und die weitreichenden Prüfungsrechte des Registergerichts. Die praktische Nutzbarkeit des Gesellschaftsregisters im Geschäftsver-

⁶⁴ Das sog. „PROOF“-System ist ein inzwischen gesetzliches, aber freiwilliges Sicherungssystem, mit dem die unbefugte Änderung von Unternehmensinformationen verhindert werden soll; siehe dazu <https://www.gov.uk/guidance/protect-your-company-from-corporate-identity-theft> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

⁶⁵ Nach Angaben des Companies House ändern die Täter die eingetragenen Unternehmensinformationen, um sich als Inhaber des Unternehmens zu gerieren und anschließend weitere betrügerische Unternehmungen zu verwirklichen; siehe <https://www.gov.uk/guidance/protect-your-company-from-corporate-identity-theft> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

⁶⁶ Siehe <https://www.gov.uk/guidance/protect-your-company-from-corporate-identity-theft> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023); außerdem *Ries*, ZIP 2013, 866 (869).

⁶⁷ Für das Jahr 2018 erfasste das Statistische Bundesamt 487.936 steuerpflichtige (§ 19 Abs. 1 S. 1 UstG, Umsatz > 22.000 Euro) GbR, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/veranlagungen-rechtsformen.html> (Stand: 07.09.2022, zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

kehr wird überdies durch die Inkorporation der Vertrauensschutzregelungen des § 15 HGB sichergestellt.

Im Zusammenhang mit dem GwG sei nochmals darauf hingewiesen, dass hier nicht in erster Linie der Fehler des MoPeG kritisiert wird. Ein solches Versehen sollte zwar nicht, kann aber immer wieder passieren. Kritikwürdig ist allerdings der Umgang mit diesem Fehler. Die Änderung im GwG ist kein bloßes Schreibversehen ohne Auswirkungen. Der Fehler führt zu einer erheblichen Mehrbelastung der GbR-Gesellschafter. Eine derartige Verschärfung sollte nicht als bloßer Anhang eines anderen Gesetzes ohne ausreichende Diskussion und Begründung nachgeschoben werden.

B. Zuständigkeiten und Aufbau des Gesellschaftsregisters

Das Gesellschaftsregister lehnt sich nicht nur im Hinblick auf seine Wirkungsweise eng an das Handelsregister an, sondern bedient sich auch in seinem Aufbau der bewährten Elemente des elektronisch geführten Handelsregisters.⁶⁸

I. Sachliche Zuständigkeit

Wie bereits die Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister wird auch das Gesellschaftsregister von den Ländern geführt.⁶⁹ Innerhalb der Länder sind gemäß § 707b BGB n. F. i. V. m. § 8 Abs. 1 HGB die Gerichte für das Gesellschaftsregister zuständig. Sachlich zuständig sind hierbei die Amtsgerichte, denen die Führung des Registers gemäß § 23a Abs. 2 Nr. 3 GVG i. V. m. § 374 Nr. 2 FamFG n. F. ausschließlich zugewiesen ist.

II. Örtliche Zuständigkeit

Welches Gericht örtlich zuständig ist, bestimmt sich – ähnlich wie bei den Handelsgesellschaften – nach dem Sitz der Gesellschaft gemäß § 707 Abs. 1 BGB n. F. und § 377 Abs. 1 Var. 2 FamFG n. F.⁷⁰ Aus Gründen der Effektivität besteht jedoch mit § 376 Abs. 1 FamFG n. F. eine Vorschrift, welche die örtliche Zuständigkeit im Regelfall ausschließlich auf die Amtsgerichte überträgt, in deren Bezirk auch ein Landgericht seinen Sitz hat. Hiervon können die Länder wiederum im Verordnungswege gemäß § 376 Abs. 2 FamFG abweichen und damit den Kreis der zustän-

⁶⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 109; Herrler, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (45).

⁶⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 109.

⁷⁰ Zum Sitz noch unter § 3 S. 100 ff.

digen Amtsgerichte noch enger ziehen.⁷¹ In der Folge sind in Nordrhein-Westfalen gemäß § 1 Abs. 1 RegisterVO NRW statt der 129 Amtsgerichte (§ 11 JustG NRW) nur 30 Amtsgerichte für die Führung des Handelsregisters zuständig.⁷² Auch für das Gesellschaftsregister soll diese Regelung fruchtbar gemacht werden. Die dortigen Stellen haben bereits ausreichend Erfahrung durch die Führung des Handels-, des Genossenschafts- und des Vereinsregisters. Gerade in den Fällen des Zusammenwirkens von zwei Registern, wie es beispielsweise beim Rechtsformwechsel der Fall ist, verspricht die Bearbeitung „unter einem Dach“ eine bessere und effizientere Abstimmung. Gleichzeitig dürfte mit einem hohen Antragsaufkommen zu rechnen sein, weswegen die Übertragung auf nur ein Amtsgericht, wie dies gemäß § 1 Abs. 2 RegisterVO NRW beim Partnerschaftsregister in NRW der Fall ist, untauglich erscheint.

Auf Anfrage des Verfassers am 06.09.2023 teilte das Ministerium der Justiz NRW mit, dass eine – noch unbestimmt – Anpassung der Verordnung geplant sei. Im Zeitpunkt der Anfrage liefen laut Justizministerium noch die Abstimmungen mit den anderen Ländern, da man um eine einheitliche Regelung bemüht sei. Abschließend wurde versichert, dass eine Anpassung der Verordnung bis zum 01.01.2024 erfolgt sein wird.⁷³

III. Funktionale Zuständigkeit

Auf die Frage nach der funktionellen Zuständigkeit für das Gesellschaftsregister hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 3 Nr. 1 lit. n RPfIG n. F. reagiert. Mit dieser Normierung wurde eine Vollübertragung der Vorgänge auf den Rechtspfleger statuiert. Zwar verweist § 1 Abs. 1 GesRV auch auf § 4 S. 1 HRV und damit auf die Allzuständigkeit⁷⁴ des Richters. Anders als beim Handelsregister, bei dem nur eine Vorbehaltsübertragung mit der Einschränkung des § 17 RPfIG n. F. vorgesehen wurde,⁷⁵ sieht das Gesetz aber keine Ausnahme für besonders anspruchsvolle Prüfungen vor. Die Anordnung des § 4 HRV ist daher im Ergebnis in Bezug auf

⁷¹ Eine Übersicht der für das Handelsregister im ganzen Bundesgebiet zuständigen Gerichte findet sich bei *Krafka*, Registerrecht, Rn. 13.

⁷² Siehe die Anlage zur Verordnung über die elektronische Registerführung und die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Nordrhein-Westfalen in Registersachen vom 8. Mai 2013 (RegisterVO NRW, GV. NRW. 2013, S. 248).

⁷³ Az: 1511E IT 1 Justizportal 2023. *Nachtrag zur Drucklegung*: Der Gesetzgeber hat die Verordnung, wie vorgeschlagen, geändert, GV. NRW. 2024, S. 12.

⁷⁴ *Szalai*, in: BeckOGK HRV, § 4 Rn. 3.

⁷⁵ *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 16; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 225; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 75; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 25; *Böhringer/Melchior*, NotBZ 2022, 361 (363).

das Gesellschaftsregister gegenstandslos.⁷⁶ Sollte der Richter dennoch die Eintragung selbst vornehmen, so ist dies allerdings nach § 8 Abs. 1 RPfIG unschädlich.⁷⁷

Im Zuge der Einführung des § 3 Nr. 1 lit. n) RPfIG n.F. wurden auch das Genossenschafts- und Partnerschaftsregister von dem einschränkenden Vorbehalt ausgenommen und vollumfänglich dem Rechtspfleger übertragen. Dies ist vor dem Hintergrund, dass § 17 RPfIG keine Einschränkung für das Genossenschafts- und Partnerschaftsregister vorsieht, konsequent.⁷⁸

Wie die anderen Register wird auch das Gesellschaftsregister rein elektronisch geführt (§ 707b BGB n.F. i. V.m. § 8 Abs. 1 HGB). In der Folge wird das Gesellschaftsregister auch in die derzeit genutzten Fachverfahren „RegisSTAR“ und „Aureg“ integriert.⁷⁹ Beide Verfahren sollen bereits in etwa zwei Jahren durch das bundeseinheitliche Fachverfahren „AuRegis“ abgelöst werden.⁸⁰ Der Bundesrat empfahl daher, das Inkrafttreten des Gesellschaftsregisters auf das Jahr 2026 zu verschieben.⁸¹ Letztlich wurde sich jedoch gegen diese Möglichkeit entschieden, sodass das Gesellschaftsregister zunächst durch die bisher genutzten Fachverfahren geführt wird.

IV. Aufbau des Gesellschaftsregisters

Das Gesellschaftsregister besteht aus fünf Spalten (§ 4 GesRV).⁸² Die erste Spalte enthält dabei, wie in den anderen Registern auch, die fortlaufende Nummerierung der Eintragungen (§ 2 Abs. 1 i. V.m. § 4 Abs. 1 GesRV). In der zweiten Spalte sind die von § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. geforderten Angaben zur Gesellschaft einzutragen (§ 4 Abs. 2 GesRV), während die Angaben zu den Gesellschaftern nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. in die dritte Spalte einzutragen sind (§ 4 Abs. 3 GesRV). Eigentlich obsolet erscheint hingegen die Angabe der in die vierte Spalte unter dem Buchstaben „a“ einzutragende Angabe zur Rechtsform der Gesellschaft (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 GesRV), da in das Gesellschaftsregister nur Gesellschaften bürgerlichen Rechts eingetragen werden können. Abseits dessen sind in diese Spalte Informationen über die Veränderungen der Gesellschaft, etwa im Wege des Statuswechsels oder der Umwandlung, einzutragen. Die fünfte Spalte

⁷⁶ Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 8 Rn. 16 halten § 4 HRV ohnehin für „mittlerweile überholt“.

⁷⁷ Siehe auch *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 228; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 26. ⁷⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 199.

⁷⁹ Eine technische Beschreibung der Funktionsweise des in NRW genutzten RegisSTAR Systems findet sich unter https://www.justiz.nrw.de/JM/doorpage_online_verfahren_projekte/projekte_d_justiz/registar/verfahrensbeschreibung/index.php (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

⁸⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 308.

⁸¹ BT-Drs. 19/27635, S. 309.

⁸² Siehe deskriptiv zur Gesellschaftsregisterverordnung *M. Noack*, ZPG 2023, 95 (96 ff.); *Schulte*, GWR 2023, 307 (310 ff.).

enthält den Tag der Eintragung und bietet Platz für sonstige Bemerkungen (§ 4 Abs. 5 GesRV).⁸³

V. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit zunächst festzuhalten, dass stets die Amtsgerichte für die Führung des Gesellschaftsregisters sachlich zuständig sind. Welche Amtsgerichte in einem Bundesland zuständig sind, richtet sich nach den einschlägigen Verordnungen. Empfehlenswerterweise wird das Gesellschaftsregister von denselben Gerichten geführt wie auch die anderen Subjektregister (mit Ausnahme des Partnerschaftsregisters). Funktional ist der Rechtspfleger für alle Eintragungen zuständig, allerdings berührt die Eintragung durch einen Richter die Wirksamkeit nicht. Für das Gesellschaftsregister werden vorerst die Fachverfahren „RegisSTAR“ und „Aureg“ genutzt. Das Gesellschaftsregister weist überdies auch im Aufbau viele Parallelen zum Handelsregister auf. Dem mit letzterem vertrauten Rechtsverkehr dürfte es daher leichtfallen, die gewünschten Informationen dem Gesellschaftsregister zu entnehmen.

C. Kapitelergebnis

Im vorstehenden Kapitel wurden zunächst die Funktionen und anschließend die Zuständigkeiten sowie der Aufbau des Gesellschaftsregisters analysiert. Obgleich sich dabei beträchtliche Parallelen zum Handelsregister zeigten, dürfen die beschriebenen Besonderheiten, wozu insbesondere auch die abweichenden Zuständigkeiten zählen, wegen ihrer hohen praktischen Bedeutung nicht vernachlässigt werden. Neben den vielen zu begrüßenden Regelungen konnte jedoch auch das Versäumnis des Gesetzgebers im Rahmen des GwG erkannt und auf das verbleibende demokratische Defizit hingewiesen werden. Inwieweit das Gesellschaftsregister überdies vor den beschriebenen Fällen des Identitätsdiebstahles gefeit sein wird, insbesondere vor dem Hintergrund der öffentlichen Beglaubigung mittels Videokommunikation,⁸⁴ kann nicht sicher vorhergesagt werden. Den obigen Ausführungen entsprechend dürfte das Risiko, gerade im dargestellten internationalen Vergleich, allerdings gering ausfallen.

Im Rahmen der Zuständigkeit bleibt abzuwarten, ob das Ministerium der Justiz NRW – in länderübergreifender Abstimmung – der hier favorisierten organisatorischen Konzentration des Gesellschaftsregisters folgt und die Führung eben dieses denselben Stellen überantwortet, welche auch mit dem Handels-, Genossenschafts-

⁸³ Einige Formulierungsvorschläge für Anmeldungen finden sich bei *Böhringer/Melchior*, NotBZ 2022, 361 (365 f.).

⁸⁴ Siehe zu dieser noch unter § 5 S. 255 f.

und Vereinsregister betraut sind. Zu hoffen bleibt ebenfalls, dass die bevorstehende Umstellung auf das bundeseinheitliche Fachverfahren „AuRegis“ zu keinen langandauernden Störungen fhrt. Im Verlauf dieser Arbeit wird allerdings noch geklart werden, welche Auswirkungen ein solcher oder ein hnlicher Ausfall htte.⁸⁵ Zunchst soll aber im nchsten Kapitel der „Normalfall“ der Eintragung hinsichtlich seiner Wirkung und Besonderheiten analysiert werden.

⁸⁵ Siehe unter § 5 S. 255 ff.

§ 3 Die Eintragung in das Gesellschaftsregister

A. Die Eintragungswirkung des Gesellschaftsregisters

Im Vorfeld der Schaffung des Gesellschaftsregisters gab es eine Vielzahl von Vorschlägen, wie ein solches ausgestaltet werden könnte. Dabei wurde zum einen diskutiert, ob die Eintragung ins Gesellschaftsregister konstitutiv für das Entstehen der (rechtsfähigen) Gesellschaft sein sollte oder ob nicht eine bloß deklaratorische Bedeutung der Eintragung ausreichte. Zum anderen wurde, insbesondere von Vertretern der letztgenannten Wirkungsweise, eine Pflicht der Gesellschafter zur Eintragung der Gesellschaft ins Gesellschaftsregister erwogen, wogegen sich unvermittelt Widerspruch aus dem eher libertären Lager der Anhänger eines freiwilligen Registers erhob. Wofür sich der Gesetzgeber entschieden hat und ob die von ihm in der Gesetzesbegründung angeführten, geradezu apodiktischen Feststellungen in Gänze bestehen können, soll Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein.

I. Konstitutiv oder deklaratorisch?

Es stellte sich zunächst die Frage, ob die Eintragung der GbR konstitutiv wirken oder nur deklaratorische Funktion haben soll.¹ Im Gesellschaftsrecht gibt es von der OHG bis zur GmbH ausreichend Beispiele, sowohl für die eine als auch die andere Eintragungswirkung. Der Gesetzgeber musste also das sprichwörtliche Rad nicht neu erfinden, sondern die unterschiedlichen Vor- und Nachteile der Ausgestaltungen sorgsam abwägen und auf die Interessenlage der GbR übertragen.

1. Terminologische Abgrenzung

Eine Eintragung ist immer dann konstitutiv, wenn sie zwingende Voraussetzung für den Eintritt einer spezifischen Rechtsfolge ist, die Gestaltung der materiellen Rechtslage also erst mit der Eintragung erfolgt.² Demgegenüber tritt die Rechtsfolge bei einer Norm, die nur eine deklaratorische Eintragung vorsieht, bereits vor

¹ Zu dieser Unterscheidung bereits eingängig etwa *Adler*, Die Öffentlichkeit des Handelsregisters, S. 21 f.

² *Wochner*, in: *Fleischhauer/Wochner*, Handelsregisterrecht, S. 33 Rn. 12; *Koch/Harnos*, in: *Staub HGB*, § 8 Rn. 116; *Böhringer/Melchior*, in: *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, S. 1 Rn. 3; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 II Rn. 13; *Wimmer*, GbR-Register, S. 19; *Canaris*, Handelsrecht, § 4 I Rn. 12.

der Registereintragung durch Vollendung aller Tatbestandsvoraussetzungen ein.³ Der Eintragung kommt somit in erster Linie eine publizitätsbezogene, beurkundende Funktion zu.⁴ Zwar kann auch durch eine deklaratorische Eintragung eine Rechtswirkung ausgelöst werden,⁵ wie dies etwa bei § 15 Abs. 2 S. 1 HGB der Fall ist, allerdings ist nicht das Hervorrufen einer bloßen Nebenfolge der Bezugspunkt für die Einordnung. Entscheidend ist, ob die konkret einzutragende Tatsache bereits vor der Eintragung wirksam wird oder eben erst durch diese.⁶ Die Nebenfolgen sind als Reflex anderer Normen auf den veränderten Registertatbestand zu begreifen und daher für die Einordnung unerheblich.

Vor diesem Hintergrund lässt sich daher nicht pauschalisieren, dass eine Gesellschaftsform immer dem gleichen Eintragungstypus folgt, sondern es kommt vielmehr auf die konkrete Eintragung an. Auch innerhalb einer Gesellschaftsform kann es daher vorkommen, dass Normen eine Eintragung für konstitutiv erklären, während andere Vorgänge nur deklaratorisch im Register nachzuvollziehen sind. Dies ist exemplarisch bei der OHG der Fall. Diese Gesellschaft entsteht nach § 105 Abs. 1 HGB n. F. grundsätzlich mit der Aufnahme eines Handelsgewerbes i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB. Die OHG ist also bereits vor ihrer Eintragung vollwertig entstanden; die Eintragung ins Handelsregister ist in der Konsequenz nur von deklaratorischer Bedeutung. Anders sieht es jedoch aus, wenn eine kleingewerbliche GbR (§ 107 Abs. 1 S. 1 HGB n. F.), eine freiberufliche Gesellschaft (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB n. F.)⁷ oder ein landwirtschaftlicher Betrieb (§ 3 Abs. 2 HGB) im Handelsregister eintragen wird. Die Rechtsform der OHG erhält die Gesellschaft sodann erst mit der Eintragung im Handelsregister; die Eintragung ist konstitutiv.⁸

³ *Wimmer*, GbR-Register, S. 18; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 117; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 II Rn. 13; *Ries*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 8 Rn. 52 m. w. N.

⁴ *Wochner*, in: Fleischhauer/Wochner, Handelsregisterrecht, S. 34 Rn. 13; *Wimmer*, GbR-Register, S. 18; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 117; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 13 II Rn. 13; *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 11.

⁵ *Canaris*, Handelsrecht, § 4 I Rn. 13; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 118; *Wimmer*, GbR-Register, S. 19.

⁶ Wie hier *Canaris*, Handelsrecht, § 4 I Rn. 13; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 119; wohl auch *Pritting/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, S. 20 Rn. 41; kritisch hingegen *K. Schmidt*, ZHR 163 (1999), 87 (88 Fn. 5).

⁷ Seit dem MoPeG können auch Freiberufler, sofern es ihre Berufsordnung zulässt, ihre Gesellschaft im Handelsregister eintragen lassen; siehe dazu statt aller *Wertenbruch*, GmbH 2021, R226 (R227 ff.); *Uwer*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 87 ff.

⁸ Siehe schon die Gesetzesbegründung zum Handelsrechtsreformgesetz BT-Drs. 13/8444, S. 63; *Schwartz*, in: BeckOK HGB, § 3 Rn. 16; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 105 Rn. 26; *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 77.

2. Die jüngsten Vorschläge vor dem MoPeG

a) Postulat der konstitutiven Eintragung

In Anbetracht dieser letztgenannten Vorbilder wurde teilweise gefordert, nur die eingetragene GbR als rechtsfähig anzuerkennen und mithin die Eintragung konstitutiv auszugestalten.⁹ Das zentrale Argument der Befürworter dieser Ausgestaltungsoption besteht in der Rigorosität der konstitutiven Eintragung. Sie führt zu einem Alles-oder-nichts-Prinzip der Rechtsfähigkeit und ist daher wie keine andere Lösung geeignet, das Publizitätsdefizit der GbR effektiv zu beseitigen, indem „Rechtsträgerschaft und Registerpublizität“ eine untrennbare Einheit bilden.¹⁰ Beschränkt man sich auf eine deklaratorische Eintragung, so besteht das Publizitätsdefizit bei den nicht eingetragenen Gesellschaften fort.¹¹ Dieser Fortbestand ist aus Sicht der genannten Vertreter auch vor dem Hintergrund der Funktionen des Registers unhaltbar. Das Register dient in erster Linie dem Schutz des Rechtsverkehrs, welcher sich erkundigen können soll, wer hinter einer rechtsfähigen Gesellschaft steht und so seine Rechte durchsetzen können soll.¹²

Der weniger eingriffsintensive Weg der deklaratorischen Eintragung wurde daher von den Verfechtern der konstitutiven Lösung als ineffektiv abgelehnt. Zum einen könne mit Blick auf die „zum Missbrauch neigenden“ Personen, gegen die im Zweifel geklagt werden muss, nicht auf ein System der Freiwilligkeit gesetzt werden.¹³ Zudem zeige die bisherige Erfahrung, dass ohne konstitutive Wirkung der Eintragung von der Möglichkeit des Registers kein Gebrauch gemacht werde.¹⁴ Bereits vor der Reform hatten die Gesellschafter einer GbR die Möglichkeit, diese freiwillig in das Handels- oder das Partnerschaftsregister eintragen zu lassen, um dadurch die Registerpublizität der OHG oder der PartGG zu erlangen, was aber nicht flächendeckend genutzt wurde.¹⁵ Zum anderen sei aber auch eine eintragungspflichtige deklaratorische Eintragung kaum sinnvoll, da dann erneut die Abgrenzung zwischen rechtsfähiger (Außen-)Gesellschaft und nicht rechts-

⁹ So etwa Röder, AcP 215 (2015), 450 (466 ff.); ders., DJT 2016, II/2, O 120 f.; Wicke, DJT 2016, II/1, O 33 (einschränkend aber in DJT 2016, II/2, O 151 f.); ders., DNotZ 2017, 261 (263); Habersack, DJT 2016, II/2, O 128; Heckschen, NZG 2020, 761 (762); teilweise auch Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S13 ff.); vgl. auch Michels, Registerpublizität, S. 202 f., allerdings ohne konkreten Bezug zum MoPeG; siehe zusammenfassend auch Fleischer/Pendl, WM 2019, 2137 (2140 f.).

¹⁰ Röder, AcP 215 (2015), 450 (472); Wicke, DJT 2016, II/1, O 33.

¹¹ Röder, AcP 215 (2015), 450 (472); Habersack, DJT 2016, II/2, O 128; Heckschen, NZG 2020, 761 (762).

¹² Siehe dazu schon oben § 2 S. 28 ff.; Röder, AcP 215 (2015), 450 (467); außerdem auch Wertenbruch, DJT 2016, II/2, O 122 (der aber eine konstitutive Eintragung ablehnt).

¹³ Habersack, DJT 2016, II/2, O 128.

¹⁴ Röder, AcP 215 (2015), 450 (467).

¹⁵ Röder, AcP 215 (2015), 450 (466); Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S13); kritisch zu diesem Argument Habersack, ZGR 2020, 539 (551).

fähiger (Innen-)Gesellschaft virulent wäre, für die es weiterhin keine hinreichend eindeutigen Kriterien gäbe.¹⁶

b) Refüsierende Reaktionen zur konstitutiven Eintragung

Indes regte sich gegen die rigide konstitutive Lösung mehrheitlich Widerstand. Zum einen konnten die Argumente für die konstitutive Eintragung nur bedingt überzeugen. Insbesondere ist die flächendeckende Beibehaltung der Rechtsform „Gbr“, trotz der Möglichkeit der Umwandlung in eine mit Subjektpublizität ausgestattete OHG, nicht auf eine mangelnde Vorzugswürdigkeit der Registerpublizität zurückzuführen, sondern wohl eher auf die mit dem Rechtsformwechsel einhergehenden kaufmännischen Pflichten wie etwa die Rechnungslegung (§§ 238 ff. HGB) oder die Rügeobliegenheit im Geschäftsverkehr (§ 377 HGB).¹⁷ Auch und gerade bei Gelegenheitsgesellschaften ist überdies zwar die Rechtsfähigkeit, nicht aber die aufwändige Registereintragung gewünscht und daher eine konstitutive Eintragung ein unzumutbarer Aufwand.¹⁸

Zum anderen bestanden erhebliche Bedenken gegen die Eintragung mit konstitutiver Wirkung. In der Konsequenz würde eine derartige Registergestaltung alle nicht eingetragenen Gesellschaften auf den Stand vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2001 zurückwerfen und damit ein Mehr an Rechtsunsicherheiten für den Rechtsverkehr mit sich bringen.¹⁹ Es wurde zudem bezweifelt, dass sich die nicht eingetragenen Gesellschaften aus dem Geschäftsverkehr zurückziehen würden, sondern vielmehr angenommen, dass diese erneut nach der Rechtsfähigkeit streben würden oder die Gläubiger das Risiko, mit einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft kontrahiert zu haben, tragen müssten.²⁰ Diese

¹⁶ Röder, AcP 215 (2015), 450 (469 ff.); siehe auch *Wilhelm*, Gesamthand im 21. Jahrhundert, S. 119; weniger kritisch *Grunewald*, in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 391 (393 f.).

¹⁷ Die Rechnungslegungspflicht erkennt auch *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (467), der aber keine Rückschlüsse auf sein zuvor angeführtes Argument zieht; auch der Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S 3 (S133) sieht dieses Gegenargument, verweist allerdings auf die Pflicht nach § 141 AO und auf den Berufsstand der Steuerberater. Siehe zumindest bezüglich der OHG auch *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (43). Vgl. zudem *Michels*, Registerpublizität, S. 208 f.

¹⁸ *Schäfer*, DJT 2016, II/2, O 136, 173; *ders.*, ZIP 2020, 1149 (1151); dagegen aber *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (498 f.). Letzterer führt jedoch selbst aus, dass die einfach gelagerten Sachverhalte den Hauptanwendungsbereich der rechtsfähigen Gbr darstellen, *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (478).

¹⁹ *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (49); *Roßkopf*, DJT 2016, II/1, O 14, II/2, O 153; *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122; *Schäfer*, DJT 2016, II/2, O 215; *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1114); *Bergmann*, DB 2020, 994 (995).

²⁰ *Schäfer*, ZIP 2020, 1149 (1151), „zumal Gesellschaften mit Verschleierungsziel kurzerhand auf die Eintragung verzichten könnten, ohne dass irgendein Zwangs- oder Sanktionsmittel dagegen zur Verfügung stünde“; *ders.*, in: FS Seibert, 2019, S. 723 (728); *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122; *Wilhelmeni*, DJT 2016, II/2, O 130, „Gläubiger quasi für vogelfrei erklären“.

Problematik bestünde bereits bei einer schlichten Verkennung der neuen Rechtslage, würde aber weiterführend auch Tür und Tor für den Missbrauch der Gesamtsituation öffnen.²¹

Weiterhin wurde darauf hingewiesen, dass wenn eine nicht eingetragene GbR nicht rechtsfähig, eine nicht eingetragene OHG hingegen rechtsfähig sei, es auch künftig dem Vertragspartner obliege, zu prüfen, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, was diesem in der Regel nicht zugemutet werden könne.²² Hinzu kommt, dass mit der Negierung der Rechtsfähigkeit der GbR ohne positivistische – dann aber systemwidrige – Regelung auch der nicht eingetragene Verein seine Rechtsfähigkeit verliert, was von Gegnern der konstitutiven Eintragung mit Blick auf die bedeutende Vereinslandschaft für problematisch gehalten wurde.²³ Nicht zuletzt wurden aber auch die Auswirkungen auf die, in diesem Fall ebenfalls notwendigerweise nicht rechtsfähige, Vorgesellschaft²⁴ und auf die Bestandsgesellschaften²⁵ hingewiesen sowie der Gründungsaufwand²⁶ kritisiert. Irritierend wäre außerdem die Annäherung der GbR an die Körperschaften und nicht an die OHG.²⁷ Gerade Letzteres wäre verwunderlich, wenn man berücksichtigt, dass die konstitutive Eintragung insbesondere die Kapitalaufbringung bei den Kapitalgesellschaften sicherstellen soll, die GbR hingegen weder Stamm- noch Grundkapital hat.²⁸ Der Deutsche Juristentag (DJT) in Essen hat sich wegen dieser Bedenken im Jahre 2016 mehrheitlich gegen eine konstitutive Eintragung ausgesprochen.²⁹ Es wurde vielmehr vielfach gefordert, das Gesellschaftsregister so attraktiv zu gestalten, dass bei den Gesellschaftern bereits kein Bedürfnis besteht, die Eintragung nicht vorzunehmen.³⁰

²¹ „Man trägt sich nicht ein, macht Geschäfte, bezahlt nicht, schraubt das Firmenschild ab und keiner kann herausfinden, wer verklagt werden muss“, *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122.

²² *Nolting*, DJT 2016, II/2, O 124.

²³ *Brouwer*, DJT 2016, II/2 O 144; *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 63; *ders.*, DJT 2016, II/2, O 173.

²⁴ *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (49); *Schäfer*, DJT 2016, II/2, O 136; *Otte-Gräbener*, in: FS Seibert, 2019, S. 613 (618); *Schäfer*, in: FS Seibert, 2019, S. 723 (727 f.); vgl. *Fleischer*, WM 2019, 2185 (2189).

²⁵ *Roßkopf*, DJT 2016, II/2, O 153; *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (49); *Otte-Gräbner*, FS Seibert, 2019, S. 613, (618).

²⁶ *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 63; *ders.*, DJT 2016, II/2, O 136; *Wilhelmeni*, DJT 2016, II/2, O 130.

²⁷ *Schäfer*, ZIP 2020, 1149 (1151); *Herrmanns*, DNotZ 2022, 3 (6); *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (49); *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122.

²⁸ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1114).

²⁹ Der Vorschlag Nr. 5 b) wurde mit einer Mehrheit von 11:35:5 der abgegebenen Stimmen abgelehnt, DJT 2016, II/1, O 101 bzw. II/2, O 219.

³⁰ Siehe dazu nur *Vetter*, DJT 2016, II/2, O 142; *Otte-Gräbener*, in: FS Seibert, 2019, S. 613 (618).

3. Entscheidung des Gesetzgebers

Fraglich ist nun, für welchen Weg sich der Gesetzgeber im Rahmen der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts entschieden hat. Eine GbR entsteht zunächst, unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit, nach § 705 Abs. 1 BGB n.F. mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags im Innenverhältnis. Die Frage nach der Rechtsfähigkeit richtet sich allerdings grundsätzlich nach § 705 Abs. 2 BGB n.F. In dieser Legaldefinition wird statuiert, dass die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft allein vom Willen der Gesellschafter, mit der Gesellschaft am Rechtsverkehr teilzunehmen, abhängt. Liegt ein solcher Wille von Anfang an vor, dann entsteht die GbR mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht nur im Innenverhältnis, sondern auch als Rechtsträger und kann von diesem Zeitpunkt an Träger von Rechten und Pflichten sein. Gleichwohl ist es möglich, dass sich ein solcher Wille erst nachträglich bildet und die zunächst nicht rechtsfähige Gesellschaft später die Rechtsfähigkeit erlangt. Jedenfalls ist die Eintragung im Gesellschaftsregister nicht erforderlich für die Erlangung der Rechtsfähigkeit. Die Eintragung wird zwar im Zusammenhang mit § 719 Abs. 1 BGB n.F. relevant, denn das Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis hängt vom Auftreten im Rechtsverkehr (§ 719 Abs. 1 Var. 1 BGB n.F.) oder der Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F.) ab. Wie aber im Falle des § 123 HGB (alte wie neue Fassung) ist das Entstehen der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten keine Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.³¹

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit bereits kraft des übereinstimmenden Willens der Gesellschafter erlangt und dieser Vorgang mit der Registereintragung lediglich nachvollzogen wird. Die Eintragung hat daher nur deklaratorische Bedeutung.³² An dieser Feststellung ändert sich auch nichts vor dem Hintergrund, dass durch die Eintragung weitere Rechtsfolgen wie beispielsweise die Pflicht zur Führung des Namenszusatzes „eGbR“ (§ 707a Abs. 2 BGB n.F.) ausgelöst werden, da wie beschrieben die Einordnung lediglich bezüglich der konkreten Tatsache – hier die Rechtsfähigkeit nach § 705 Abs. 2 BGB – vorzunehmen ist. Der Gesetzgeber hat sich folglich den Bedenken des DJT angeschlossen und verlangt keine Publizität um jeden Preis.³³

³¹ K. Schmidt/Drescher, in: MüKoHGB, § 123 Rn. 6; Bachmann, NZG 2020, 612 (614); kritisch Martens, AcP 221 (2021), 68 (77 f.); siehe aber noch auf S. 53 ff.

³² Wimmer, GbR-Register, S. 18; Bormann/Kraus, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (53); Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167 (169); Freier, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (138); DAV, NZG 2020, 1133 (1139 Rn. 59) hält die Regelung des § 719 BGB daher für wenig überzeugend; Krafka, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 4.

³³ BT-Drs. 19/27635, S. 128.

4. Sonderfall: Eintragung der ursprünglich nicht rechtsfähigen Gesellschaft

In der Regel wird es sich bei den Gesellschaftern einer GbR nicht um juristisch vorgebildete Personen handeln, sodass überwiegend keine ausdrückliche Vereinbarung über die Teilnahme am Rechtsverkehr zu erwarten sein wird. Vielmehr muss mittels Auslegung der Wille der Gesellschafter ermittelt werden.³⁴ Wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber – im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens –³⁵ die Vermutungsregel des § 705 Abs. 3 BGB n. F. eingefügt. Demnach wird vermutet, dass eine Teilnahme am Rechtsverkehr vereinbart wurde, wenn der Gegenstand der Gesellschaft auf den Betrieb eines spezifischen Unternehmens gerichtet ist.

Es stellt sich daher die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn die Gesellschafter zunächst bei der Gründung vereinbaren, mit der Gesellschaft nicht nach außen aufzutreten bzw. über diesen Umstand gar keine Vereinbarung treffen, später aber die Gesellschaft zum Gesellschaftsregister anmelden.

a) Übereinstimmender Wille der Gesellschafter

Die Vorschriften zum Gesellschaftsregister stehen im Untertitel 2: „Rechtsfähige Gesellschaft“, sodass die Eintragung einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft nicht vorgesehen ist. Anders als in § 705 Abs. 3 BGB n. F. gibt es auch keine gesetzliche Vermutungsregelung, dass ein tatsächliches Auftreten der Gesellschaft, wie etwa die Anmeldung beim Gesellschaftsregister, Rückschlüsse auf den Willen der Gesellschafter zu diesem ermöglicht.³⁶ Berücksichtigt man jedoch die Voraussetzungen für die Registeranmeldung, so wird klar, dass es einer solchen Vermutung auch nicht bedarf. Im Regelfall ist die GbR gemäß § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. von allen Gesellschaftern zum Gesellschaftsregister anzumelden. Bereits der Entschluss zur Anmeldung, spätestens aber der Vollzug dessen gegenüber dem Notar zeugt von dem gemeinsamen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr und bedeutet mithin einen wesentlichen Strukturwechsel der nicht rechtsfähigen GbR hin zur rechtsfähigen Gesellschaft kraft entsprechender konkludenter Änderung des Gesellschaftsvertrages.³⁷ Durch den Willen der Gesellschafter, mit der Gesell-

³⁴ Vgl. zu den im Rahmen der Auslegung relevanten Indizien etwa *Grunewald*, in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 391 (392).

³⁵ BT-Drs. 19/30942, S. 12; gefordert wurde dies unter anderem vom Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S11).

³⁶ *Bachmann*, NZG 2020, 612 (614); *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2477) sehen es sogar als widersprüchlich an, dass das tatsächliche Auftreten, anders als die bloße Regelung im Gesellschaftsvertrag, keine Vermutung begründet.

³⁷ Auf § 719 BGB n. F. kommt es daher auch in diesem Fall nicht an. Diese zeitliche Reihenfolge verkennend *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (77f.).

schaft am Rechtsverkehr teilzunehmen, erlangt die Gesellschaft also bereits vor der Eintragung gemäß § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB die Rechtsfähigkeit. Die Registrierung wirkt somit ebenfalls nur deklaratorisch.

b) (Noch) fehlender Wille der Gesellschafter

Es gibt jedoch eine Konstellation, in der die Eintragung im Register eine weitergehende Wirkung entfaltet. Hierzu folgender Beispielfall:

Aristoteles (A) und Platon (P) errichten mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages am 01.01. eine GbR. Sie wollen sich gegenseitig beim Schreiben und dem Vertrieb von philosophischen Büchern unterstützen, nach außen soll aber auf Grund ihres Renommées stets jeder Gesellschafter im eigenen Namen auftreten. Am 01.02. beschließen sie jedoch einstimmig, den Diogenes (D) damit zu beauftragen, die Gesellschaft am 01.06. zum Gesellschaftsregister anzumelden, um sodann als gemeinsame Autoren und Verleger ihre Bücher zu veröffentlichen. Die Gesellschafter waren sich einig, zu diesem – und auch erst zu diesem – Zeitpunkt mit ihrer Gesellschaft nach außen tätig zu werden. Absprachewidrig meldet der D die Gesellschaft jedoch bereits am 01.03. zum Register an und die Gesellschaft wird am 01.04. in das Gesellschaftsregister eingetragen.

A und P fragen sich nun, ob sie ungewollt Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR geworden und damit insbesondere der akzessorischen Gesellschafterhaftung ausgesetzt sind.³⁸

aa) Primat des Gesellschafterwillens?

Die Rechtsfähigkeit der GbR bestimmt sich nach dem Wortlaut des § 705 Abs. 2 BGB n. F. ausschließlich durch den Willen der Gesellschafter. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu der Regelung bei der OHG dar. Nach § 105 Abs. 1 HGB a. F./n. F. entsteht eine OHG, wenn deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Dieser Rechtsformzwang verhindert, dass die Gesellschafter vereinbaren können, dass die Gesellschaft keine OHG sein soll, obwohl sie ein Handelsgewerbe betreibt. Es kommt folglich bei der OHG, anders als bei der GbR, nicht auf den subjektiven Willen der Gesellschafter, sondern auf den objektiven Zweck der Gesellschaft an.³⁹

³⁸ Trotz der Gesamtvertretung kann es zu einer Gesellschafterhaftung bspw. im Falle der Kondiktion nach der Begründung von Organbesitz durch einen Gesellschafter kommen. Siehe zum Organbesitz etwa *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 35 Rn. 71; *F. Schäfer*, in: MüKoBGB, § 854 Rn. 41, 47 f.; *Götz*, in: BeckOGK BGB, § 854 Rn. 125; *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 9; *Elzer*, in: Erman BGB, § 854 Rn. 6.

³⁹ BGHZ 10, 91 (97); 22, 240 (245); 32, 307 (310); *Lieder*, in: Oetker HGB, § 105 Rn. 7; *Wertenbruch*, in: EBS HGB, § 105 Rn. 25; *Roth*, in: Hopt HGB, § 105 Rn. 7; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 102; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 15; unzutreffend insoweit *Bachmann*, NZG 2020, 612 (614); wie hier auch *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (77 Fn. 60).

Im vorliegenden Beispiel fehlt ursprünglich der Wille, mit der GbR nach außen aufzutreten.⁴⁰ Es wurde also eine nicht rechtsfähige GbR errichtet. Wäre der Bezugspunkt ausschließlich der Wille der Gesellschafter, wie es § 705 Abs. 2 BGB n. F. nahelegt, so würde auch die Eintragung im Gesellschaftsregister daran nichts ändern, denn einen übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter, zu diesem Zeitpunkt bereits nach außen aufzutreten, gab es nicht.⁴¹ Das spräche dafür, dass die GbR trotz der Eintragung im Gesellschaftsregister nicht rechtsfähig wäre.

bb) Eingeschränkte Willensbedeutsamkeit

Dieses Ergebnis kann ersichtlich nicht überzeugen. Der Rechtsverkehr muss darauf vertrauen können, dass eine im Register eingetragene Gesellschaft auch rechtsfähig ist. Der Publizitätsgedanke des Gesellschaftsregisters würde anderenfalls *ad absurdum* geführt werden.

(1) § 15 Abs. 3 HGB

Zur Korrektur des Ergebnisses mag man zunächst an den Vertrauensschutzbestand des § 15 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. denken, schließlich ist dessen *sedes materiae* der Fall einer unrichtigen Registereintragung, auf welche sich ein gutgläubiger Dritter berufen möchte. Im höchsten Maße problematisch erscheint zunächst, ob der § 15 Abs. 3 HGB überhaupt auf die Ersteintragung der GbR anwendbar ist. Diesbezüglich wird noch zu klären sein, ob die in Anschlag genommene Tatsache eintragungspflichtig sein muss oder ob die Eintragungsfähigkeit ausreicht.⁴² Vorliegend handelt es sich hingegen nicht einmal um eine abstrakt⁴³ eintragungsfähige Tatsache. Die Rechtsfähigkeit der einzutragenden Gesellschaft wird zwar wie beschrieben durch die systematische Stellung im zweiten Untertitel vorausgesetzt, gehört aber selbst nicht zu den nach § 707 Abs. 2 BGB n. F. in das Gesellschaftsregister aufzunehmenden Informationen. Da die Rechtsfähigkeit also nicht Gegenstand der Eintragung ist, scheidet eine Lösung über § 15 Abs. 3 HGB aus.⁴⁴

⁴⁰ *Armbrüster*, in: Schäfer MoPeG, § 3 Rn. 24 stellt zutreffend fest, dass dem Normzweck entsprechend des Zeitpunktes des gewünschten nach außen Auftretens (im Beispiel der 01.06.) maßgeblich ist und nicht bereits der Zeitpunkt der Willensbildung (im Beispiel der 01.02.).

⁴¹ Anders als in der unter § 3 S. 48 f. beschriebenen Konstellation.

⁴² Dazu ausführlich noch unter § 5 S. 242 ff.

⁴³ Zum Begriff der Abstraktheit OLG Bremen NZG 2016, 185 (187 Rn. 33); *Gehrlein*, in: EBJs HGB, § 15 Rn. 25; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 55.

⁴⁴ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1115); unzutreffend die Lösung von *Röß*, NZG 2023, 401 (404); *Servatius*, GbR, § 705 Rn. 47.

(2) *Ergänzungssätze*

Durch die Rechtsprechung und Literatur wurden aber bereits vor der Einführung des § 15 Abs. 3 HGB allgemeine Rechtsscheingrundsätze entwickelt, welche über den heutigen Anwendungsbereich der Norm hinausgehen und insoweit in Grenzfällen noch Geltung zu beanspruchen vermögen.⁴⁵ Die als „Ergänzungssätze“ bezeichneten Grundsätze erweitern den Schutz des Registers bezüglich der negativen Publizität für den gutgläubigen Dritten.⁴⁶ Der erste Ergänzungssatz erfasst den Fall, in dem eine unrichtige Registereintragung auf die zurechenbare Abgabe einer unrichtigen Erklärung oder anderweitigen Veranlassung der Eintragung durch den Registrierten zurückzuführen ist.⁴⁷ Vom zweiten Ergänzungssatz wird hingegen die Konstellation erfasst, in der eine Eintragung zwar nicht veranlasst, diese allerdings schuldhaft nicht beseitigt wurde.⁴⁸ In beiden Fällen kann sich der gutgläubige Dritte auf die Eintragung berufen. Da der § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. auf den gesamten § 15 HGB verweist und der Gesetzgeber ein dem Handelsregister entsprechendes Schutzniveau erzielen wollte,⁴⁹ ist von der Anwendbarkeit dieser Ergänzungssätze auf das Gesellschaftsregister auszugehen.

Im konkreten Fall haben die Gesellschafter durch die Beauftragung des D zurechenbar die Eintragung veranlasst.⁵⁰ Die daraufhin folgende Eintragung war zudem insoweit unrichtig, als dass nur rechtsfähige Gesellschaften eingetragen werden können und der hierzu nach § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB maßgebliche Wille erst zu

⁴⁵ Ausführlich bereits *Ehrenberg*, in: *Ehrenberg HdB*, S. 644 ff.; teilweise werden diese Grundsätze als Gewohnheitsrecht angesehen, so etwa von *Canaris*, *Handelsrecht*, § 6 I, Rn. 3; *ders.*, *Vertrauenshaftung*, S. 126; *Roth/Stelmaszczyk*, in: *Koller/Kindler/Drüen HGB § 15 Rn. 25*; *Fischinger*, *Handelsrecht*, § 3 Rn. 160; *Lieb*, in: *MüKoHGB*, 1. Aufl. 1996, § 15 Rn. 98; dagegen und für eine Einordnung als „richterliche Rechtsfortbildung extra legem“ die Neuaufgabe, *Krebs*, in: *MüKoHGB*, § 15 Rn. 109; siehe zur fortdauernden Geltung auch *Müther*, in: *BeckOK HGB*, § 15 Rn. 48; *Preuß*, in: *Oetker HGB*, § 15 Rn. 54; *Gehrlein*, in: *EBJS HGB*, § 15 Rn. 24; *Ries*, in: *Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB*, § 15 Rn. 33.

⁴⁶ Statt aller *Schaal*, in: *BeckOGK HGB*, § 15 Rn. 147 ff.

⁴⁷ Schon das Reichsoberhandelsgericht hatte sich 1878 diesbezüglich zum Gutgläubensschutz des Registers positioniert, *ROHGE* 23, 285 ff.; 24, 318 (320); später haben sich auch das Reichsgericht *RGZ* 50, 428 (431); 76, 439 (441); 142, 98 (104 f.); 164, 115 (121) und der Bundesgerichtshof *BGHZ* 22, 234 (238) dem angeschlossen; siehe auch *Henssler*, in: *Brox/Henssler, Handelsrecht*, Rn. 93; *Canaris*, *Handelsrecht*, § 6 I Rn. 2 ff.; v. *Gierke/Sandrock*, *Handelsrecht*, § 11 III 4, S. 156 ff.; *Koch/Harnos*, in: *Staub HGB*, § 15 Rn. 120; *Hofmann*, *JA* 1980, 264 (271); *Hildebrandt/Steckhan*, in: *Schlegelberger HGB*, § 15 Rn. 22; *Krebs*, in: *MüKoHGB HGB*, § 15 Rn. 108.

⁴⁸ *RG JW* 1928, 1586; *RGZ* 131, 12 (14 ff.); *Krebs*, in: *MüKoHGB HGB*, § 15 Rn. 108 m. w. N.

⁴⁹ *BT-Drs.* 19/27635, S. 109.

⁵⁰ *Böhringer/Melchior*, *NotBZ* 2022, 361 (363) nehmen an, dass eine Stellvertretung im Rahmen des § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n.F. nicht möglich sei, da es sich um eine persönlich abzugebende Wissenserklärung handele. Entgegen der dort vorgetragenen Meinung steht jedoch nicht das Wissen im Vordergrund – dann wäre alles eine Wissenserklärung, denn auch die Angaben über die zuvor (!) vereinbarte Vertretung ist die Wiedergabe eines Wissens –, sondern die Ver-

dem eigentlich vorgesehenen Eintragungstermin vorlag. Es könnte daher der erste Ergänzungssatz zugunsten eines gutgläubigen Dritten eingreifen.

Es stellt sich jedoch zunächst dasselbe Problem wie beim § 15 Abs. 3 HGB. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ist keine abstrakt eintragungsfähige Tatsache. Im Gegensatz zu § 15 Abs. 3 HGB kann der Rechtsschein des Registers jedoch weiter reichen. Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall eines geschäftsunfähig gewordenen Geschäftsführers in erfreulicher Deutlichkeit klargestellt, dass der Rechtsschein des Registers sich auch auf solche Tatsachen erstreckt, welche zwar nicht eintragungsfähig sind, jedoch zwingend vorausgesetzt werden können.⁵¹ Ähnlich liegen die Dinge zumindest *prima facie* in dem eingangs geschilderten Beispielfall. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft wird durch die systematische Stellung zwingend für die Eintragung ins Gesellschaftsregister vorausgesetzt. In der Folge erscheint es daher zunächst naheliegend, dass sich ein gutgläubiger Dritter auf den Rechtsschein des Registers im Sinne des ersten Ergänzungssatzes berufen könnte.

Ogleich mit diesen Rechtsscheintatbeständen scheinbar eine Lösung für das Problem gewahrt wurde, bleibt zu beachten, dass eine gesetzliche Lösung in den §§ 705 ff. BGB n. F. demgegenüber Vorrang genießen würde. Letztere sind im Verhältnis zu den Ergänzungssätzen entweder *leges speciales*, wenn man die dogmatische Grundlage der Ergänzungssätze in einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung sieht, oder es fehlt bereits an der zu schließenden Regelungslücke, sofern man die Ergänzungssätze als Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung ansieht.⁵² Im konkreten Fall könnte sich die Lösung des Problems durch eine extensive Auslegung des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. ergeben. Dieser würde nicht nur systematischen Vorrang genießen, sondern vermag möglicherweise auch im Ergebnis zu konsistenteren Lösungen führen.

sicherung. Die nicht strafbewährte Versicherung ist keine höchstpersönliche Erklärung und kann daher auch von einem Vertreter abgegeben werden. Anderenfalls wäre überdies eine Einschränkung des Verweises in § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 12 Abs. 1 S. 3 HGB zu erwarten gewesen. Zutreffend daher *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 43; *Heckschen/Knaier*, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg. 09/2022, § 9 Rn. 228o; *Herrmanns*, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 10; *Servatius*, GbR, § 707 Rn. 23; *M. Noack*, ZPG 2023, 95 (98); *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 707 Rn. 19; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (170); *Freier*, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (141) mit einer ausführlichen und überzeugenden Begründung; *Röß*, NZG 2023, 401 (402), verweist außerdem darauf, dass das Registergericht durch eine Abfrage selbst prüfen könnte; a. A. *Holzer*, ZNotP 2020, 239 (242f.); *Neie*, in: Herrler, Gesellschaftsrecht, § 2 Rn. 534.

⁵¹ BGHZ 115, 78 (82f.), damit unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, siehe BGHZ 53, 210 (215); so auch *W.-H. Roth*, JZ 1990, 1030 (1031); *K. Schmidt*, JuS 1991, 1002 (1005); *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 6 Rn. 9; *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB § 15 Rn. 44; *Ries*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 15 Rn. 7.

⁵² *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1115); vgl. außerdem *Schaal*, in: BeckOGK HGB, § 15 Rn. 148; siehe zur dogmatischen Einordnung die Nachweise in Fn. 45.

(3) § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F.

Fraglich ist daher, ob sich § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. auf die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auswirkt. Der Bedeutungsgehalt der Norm kann nur im Wege der Auslegung erfasst werden, in deren Zuge zunächst der Wortlaut zu berücksichtigen ist.⁵³ Dieser spricht jedoch schlicht vom „Entstehen der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten“ und gibt daher keinen Aufschluss über das konkrete „Wie“ der Gesellschaft, also ob sie nun als rechtsfähige oder als nicht rechtsfähige Gesellschaft entsteht.

(a) Gesetzssystematik

Die Norm muss daher in ihren systematischen Kontext eingeordnet werden. Hierzu lässt sich zwar einerseits anführen, dass § 719 BGB n. F. im Untertitel 2 „Rechtsfähige Gesellschaft“ verortet ist und somit die Annahme naheliegt, dass auch von dem Entstehen einer rechtsfähigen Gesellschaft gesprochen wird. Andererseits muss dem entgegengehalten werden, dass die Legaldefinition, wann eine Gesellschaft rechtsfähig ist, in § 705 Abs. 2 BGB n. F. normiert ist. Es könnte sich dabei um eine abschließende Regelung handeln. Weiterhin ist die Norm des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. dem § 123 Abs. 1 HGB a. F./n. F. nachgebildet⁵⁴, welcher die Rechtsträgereigenschaft der OHG gerade nicht tangiert⁵⁵ und nur das Außenverhältnis der Gesellschaft regelt. Diese systematischen Aspekte legen es nahe, die Wirkung von § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. ebenfalls auf das Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis zu beschränken und somit weiterhin von einer eingetragenen, nicht rechtsfähigen GbR auszugehen.

Zwingend ist dieser systematische Schluss hingegen nicht und er findet auch keine Stütze in der genetischen und teleologischen Auslegung. Der § 123 HGB muss nämlich gar keine Regelungen über die Rechtsfähigkeit enthalten, da in seinem Anwendungsbereich bereits immer eine rechtsfähige Außengesellschaft vorliegt, sei sie nun noch GbR oder schon OHG, sodass nur das anzuwendende Recht zu klären ist.⁵⁶ Anders in dem vorliegenden Fall, in dem gerade das Vorliegen einer rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Gesellschaft strittig ist.

⁵³ Vgl. zu den Methoden der Auslegung von Gesetzen statt aller *Larenz*, Methodenlehre, S. 320 ff.; bezogen auf das MoPeG *Schöne*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB, BGBnF § 705 Rn. 28 f.; siehe zur Auslegung von Gesetzen auch *Boguslawski/Leißing*, NVwZ 2022, 852 (855 f.).

⁵⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 161.

⁵⁵ *K. Schmidt/Drescher*, in: MüKoHGB, § 123 Rn. 6; *Boesche*, in: Oetker HGB, § 123 Rn. 3; *Hillmann*, in: EBJs HGB, § 123 Rn. 5.

⁵⁶ *Henssler*, in: BeckOGK HGB, § 123 Rn. 8; *K. Schmidt/Drescher*, in: MüKoHGB, § 123 Rn. 3, 6; *Boesche*, in: Oetker HGB, § 123 Rn. 3; *Hillmann*, in: EBJs HGB, § 123 Rn. 6.

(b) Standardfall des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F.

Der konkrete Wille des Gesetzgebers wird deutlich, wenn zunächst der Grundfall des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. rekapituliert wird.

Für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft reicht der bloße Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr aus, wohingegen die Gesellschaft im Außenverhältnis nach § 719 Abs. 1 Var. 1 BGB n.F. grundsätzlich nur dann entsteht, wenn eine tatsächliche, einvernehmliche Teilnahme am Rechtsverkehr erfolgt. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte daher der Fall geregelt werden, in dem die Gesellschafter bereits den Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr haben (Rechtsfähigkeit!), diese Teilnahme allerdings in bloß *zeitlicher* Hinsicht noch nicht gewollt war.⁵⁷

Bestünde die Regelung des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. nicht, so wäre zu differenzieren: Haben die Gesellschafter die Eintragung der zwar im Innenverhältnis wirksam errichtet, aber vor der Eintragung noch nicht im Außenverhältnis entstandenen rechtsfähigen Gesellschaft zurechenbar veranlasst, dann könnte sich der Dritte auch in diesem Fall auf den Ergänzungssatz berufen. Die Gesellschafter könnten sich daher nicht auf die zu früh erfolgte Eintragung berufen und müssten gemäß § 721 BGB n.F. haften.

Weshalb aber dennoch eine Regelung geschaffen wurde, erklärt sich nur durch einen Blick auf die Besonderheit des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. Anders als der Ergänzungssatz setzt dieser gerade keine Veranlassung der Eintragung voraus; er gilt verschuldensunabhängig. Hätte der Vertreter also ohne Auftrag der Gesellschafter die Eintragung bewirkt, könnte sich der Dritte nicht auf das wirksame Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis berufen, da keine einvernehmliche (!) Teilnahme am Rechtsverkehr i. S. d. § 719 Abs. 1 Var. 1 BGB n.F. vorlag, obwohl die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Der Gesetzgeber wollte folglich mit der Regelung des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. erreichen, dass „sich der Rechtsverkehr unabhängig von Vertrauensschutzerwägungen auf die im Gesellschaftsregister verlautbarte Existenz der Gesellschaft *als Rechtssubjekt* [Hervorhebung durch den Verfasser] verlassen“ kann.⁵⁸

(c) Der atypische Sachverhalt

Den „kranken“ Fall, dass auch eine ursprünglich *nicht rechtsfähige* Gesellschaft versehentlich in das Gesellschaftsregister eingetragen werden kann, hat der Gesetzgeber schlicht nicht berücksichtigt. Vor dem Hintergrund der eben erläuterten

⁵⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 162. Diesen Fall schien auch *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (6) vor Augen gehabt zu haben, der aber lediglich das Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis beschreibt.

⁵⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 162.

gesetzgeberischen Intention muss daher eine im teleologischen Sinne schlüssige Erweiterung auf den nicht berücksichtigten Fall erfolgen. Im Gegensatz zu den Ergänzungssätzen ist dem § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. das Veranlasserprinzip fremd. Würde man die Norm somit nicht teleologisch so auslegen, dass die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft auch durch die Registereintragung und damit unabhängig vom ursprünglichen Willen der Gesellschafter begründet wird, ergäbe sich folgendes, widersprüchliches Bild:

Haben die Gesellschafter die Eintragung ins Gesellschaftsregister wie im Beispiel *veranlasst*, käme man bei der rechtsfähigen Gesellschaft auch ohne die hier diskutierte Auslegung über § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. und bei der ursprünglich nicht rechtsfähigen Gesellschaft über den Ergänzungssatz oder die hier besprochene Auslegung des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. stets zum selben Ergebnis. In allen Konstellationen kann sich der Rechtsverkehr, wie vom Gesetzgeber intendiert, auf die Registereintragung verlassen.

Haben die Gesellschafter jedoch die Eintragung *nicht veranlasst*, so ergibt sich zwar für die rechtsfähige Gesellschaft nichts anderes, denn § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. verzichtet gerade auf ein Veranlasserprinzip. Allerdings würden bei der ursprünglich nicht rechtsfähigen Gesellschaft weder der Ergänzungssatz noch § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. (in der einschränkenden Auslegung) Anwendung finden. In der Folge stünde den Gläubigern kein rechtsfähiger Rechtsträger als Anspruchsgegner gegenüber, obwohl die Gesellschaft im Gesellschaftsregister registriert ist. Trotz der Eintragung im Gesellschaftsregister wäre also stets danach zu differenzieren, welchen Status die Gesellschafter ursprünglich für die Gesellschaft gewollt hatten. Der Gläubiger muss dann beweisen, dass der (ggf. mündlich abgeschlossene) Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern, welcher im Übrigen nicht veröffentlichungspflichtig ist,⁵⁹ auf eine rechtsfähige Gesellschaft gerichtet war.⁶⁰ Dies ist offensichtlich mit der Publizitäts- und Vertrauensfunktion des Gesellschaftsregisters unvereinbar.⁶¹ Der Rechtsverkehr muss daher auch im Fall der ursprünglich nicht rechtsfähigen GbR, unabhängig von Vertrauensschutzwägungen, auf die Rechtsfähigkeit der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaften vertrauen dürfen müssen. Der Gesetzgeber spricht in diesem Sinne wie oben dargestellt auch von dem Vertrauen in die „Existenz der Gesellschaft als Rechtssubjekt“.⁶² Möglicherweise zu Recht mag man zwar kritisieren, dass eine Haftung ohne Veranlassung problematisch erscheint, jedoch ist nicht ersichtlich, weswegen hierbei zwischen der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaft zu differenzieren sein soll. § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. stellt eine Wertentschei-

⁵⁹ Kirchfeld/Stöwe/Wilk, DB 2021, Beilage 03, 28; Roßkopf/Hoffmann, ZPG 2023, 14 (17).

⁶⁰ Das sich der Wille von außen kaum feststellen lässt, sieht auch Röder, AcP 215 (2015), 450 (470); ders., DJT 2016, II/2, O 121; Martens, AcP 221 (2021), 68 (77).

⁶¹ Noack/Boguslawski, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1115).

⁶² BT-Drs. 19/27635, S. 162.

dung des Gesetzgebers dar, der den Schutz des Rechtsverkehrs höher gewichtet hat als den des Individuums. Diese Entscheidung gilt es zu respektieren und widerspruchsfrei fortzusetzen.

Der § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. ist daher extensiv auszulegen, sodass durch die Eintragung im Gesellschaftsregister ausnahmsweise auch die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft begründet wird.⁶³ Die Norm enthält die unwiderlegliche Vermutung, dass die eingetragenen Gesellschaften rechtsfähig sind.⁶⁴ Der Eintragung im Gesellschaftsregister kommt daher unter diesen Umständen eine konstitutive Wirkung zu.⁶⁵

⁶³ So im Ergebnis auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074); *Kindler*, ZfPW 2022, 409 (417 f.); *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 5, aber jeweils ohne nähere Auseinandersetzung und Begründung. *Armbrüster*, in: Schäfer MoPeG, § 3 Rn. 33 möchte den § 719 BGB n. F. in den besagten Fällen analog anwenden. Siehe außerdem *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1115).

⁶⁴ Die unwiderlegliche Vermutung hat nicht nur prozessuale Bedeutung, sondern auch materielle Folgen, siehe *Prütting*, in: MüKoZPO, § 292 Rn. 8. Es kann sich überdies nicht um eine Fiktion handeln. Eine Fiktion setzt voraus, dass der fingierte Sachverhalt nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen kann, vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 262; *Musielak*, Grundlagen der Beweislast, S. 82 f.; *Altmeyden*, NJW 2021, 2681 (2683 Rn. 7) m. w. N. Es gilt somit „ *fictio cessat, ubi veritas locum habere potest*“; zu dieser lateinischen Terminologie *Hausmann*, JR 1994, 133 (135). Da die Eintragung einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft nur ausnahmsweise erfolgt und der § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. in der weit überwiegenden Zahl der Fälle auf rechtsfähige Gesellschaften angewendet wird, handelt es sich um eine unwiderlegliche Vermutung. So im Ergebnis ähnlich *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (6); *ders.*, JZ 2023, 78 (80), dessen Ausführungen zum Grundfall sich auf die hier geschilderte Lage übertragen lassen. Wohl auch *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (658 f.), ohne nähere Begründung. *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, 413 (419), setzt die Begriffe der Fiktion und der unwiderleglichen Vermutung – in einem anderen Kontext – gleich, was aufgrund der geschilderten Unterschiede weder im hier noch im dort beschriebenen Fall überzeugt.

⁶⁵ *Armbrüster*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 143 (157); nur im Ergebnis auch *Servatius*, GbR, § 705 Rn. 47; hingegen spricht *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97) zwar von der ausnahmsweise konstitutiven Wirkung, meint allerdings den auf S. 48 f. beschriebenen Fall, dass die Gesellschafter mit der Anmeldung konkludent den Gesellschaftsvertrag ändern. Streng genommen – *Martens* spricht von *de facto* – ist dies jedoch kein Fall der konstitutiven Eintragung, da die Gesellschaft die Rechtsfähigkeit mit der konkludenten Vertragsänderung, also der Anmeldung, und nicht erst mit der Eintragung erhält. *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 80 gehen noch weiter und wollen gar das Entstehen einer neuen Gesellschaft annehmen. Wenn allerdings schon kein Wille der Gesellschafter zur Eintragung ins Gesellschaftsregister im konkreten Moment vorlag, dann erst recht nicht zur Gründung einer neuen Gesellschaft. Man müsste sodann über eine Scheingesellschaft nachdenken, was aufzeigt, dass diese Lösung mehr Probleme schafft, als sie zu lösen vermag.

II. Obligatorische oder fakultative Eintragung

Legt man die obige Erkenntnis zugrunde, dass die Eintragung grundsätzlich nur deklaratorische Wirkung entfaltet, so stellt sich weiterhin die Frage, ob die Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister immer oder zumindest in einigen Fällen obligatorisch ist.⁶⁶

1. Eine erzwingbare Registerpflicht?

Die deutsche Registerlandschaft kenne nur ein dualistisches System, in dem der Eintragung entweder eine konstitutive Wirkung zukommt, so wie bei den juristischen Personen, oder zumindest eine Eintragungspflicht besteht.⁶⁷ Davon gehen jedenfalls zum Teil die Befürworter einer Registerpflicht der GbR aus. Ähnlich dem Recht der OHG, die nach § 106 Abs. 1 HGB n.F. eingetragen werden muss, soll auch die GbR – jedenfalls manche Gesellschaften – notfalls zwangsweise ihren Weg in das Gesellschaftsregister finden.⁶⁸ Nur so sei sichergestellt, dass die Gläubiger einer Gesellschaft sicher wissen können, wer ihr Vertragspartner ist und gegen wen sie eventuell klagen müssen.⁶⁹

2. Präferenz für die Opportunität

Obzwar die Argumente der oben beschriebenen Auffassung zumindest in der Theorie zu überzeugen vermögen, erwies sich diese Position gleich aus mehreren berechtigten Gründen als nicht mehrheitsfähig.

Die Statuierung einer (Eintragungs-)Pflicht ist immer nur dann sinnvoll, wenn sich diese auch tatsächlich durchsetzen lässt. Anderenfalls hätte die gesetzliche Pflicht reinen Symbolcharakter, welcher die Ziele des MoPeG nicht voranzubringen vermag. Folglich hätte es, auch für die Erstanmeldung, einer dem § 14 Abs. 1 S. 1 HGB entsprechenden Regelung von Zwangsmitteln bedurft.⁷⁰ In diesem Zusammenhang wird erneut das Abgrenzungskriterium zwischen der (dann eintragungspflichtigen) rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft virulent.⁷¹

⁶⁶ Zusammenfassend auch *Fleischer*, WM 2019, 2137 (2139 f.).

⁶⁷ *Schöpflin*, NZG 2003, 606 (607).

⁶⁸ Dafür etwa *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122; für unternehmenstragende GbR auch *Weber*, DJT 2016, II/2, O 124; *Herrmanns*, DJT 2016, II/2, O 125; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (1002); wohl auch *Habermeier*, in: Staudinger BGB, Vor. §§ 705–749, Rn. 26a; vgl. auch *Fleischer*, WM 2019, 2137 (2140) m. w. N.

⁶⁹ *Weber*, DJT 2016, II/2, O 124; anerkennend auch *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 65.

⁷⁰ Kritisch zur Durchsetzbarkeit auch *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (48); zu anderen Sanktionsmöglichkeiten *Fleischer*, WM 2019, 2137 (2140) m. w. N.

⁷¹ Kritisch bereits *Schöpflin*, NZG 2003, 606 (610); siehe auch *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (468); siehe auch bereits auf S. 44 ff.

Für das zuständige Registergericht ist die interne Vereinbarung der Gesellschafter schwerlich zu erkennen; eine belastbare objektive Beurteilung ist daher kaum möglich.⁷² Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der fehlenden gesetzlichen Vermutungsregel für das tatsächliche Auftreten im Rechtsverkehr.⁷³

Auch aus der umgekehrten Sicht, nämlich der der Gesellschafter, würde eine zwangsgeldbewährte Verpflichtung undurchsichtig erscheinen. Die Gründung einer rechtsfähigen GbR kann auch konkludent erfolgen, was gerade bei Gelegenheitsgesellschaften häufig der Fall ist.⁷⁴ Weder werden die Gesellschafter in diesen Fällen ein Bewusstsein dafür haben, wie ihr Handeln in rechtlicher Hinsicht einzuordnen ist, noch sind solche Gelegenheitsgesellschaften für das Registergericht erkennbar.⁷⁵ Anders als bei einem umfangreichen (Handels-)Geschäftsbetrieb kann von den Gesellschaftern eine solche Kenntnis auch nicht erwartet werden.

Hinzu kommen weitere praktische Unzulänglichkeiten. So ist der Aufwand, der für die Registrierung sämtlicher kleiner, teilweise sich kurzfristig erledigender Gesellschaften unverhältnismäßig hoch.⁷⁶ Zwar vermag man sich auf den Standpunkt stellen, dass die Registrierung der Gesellschaft vollends digital ausgestaltet werden sollte;⁷⁷ dann müsste jedoch damit die bewährte notarielle Sicherheit aufgegeben werden.⁷⁸ Zu welchen Problemen ein solches System führt, wurde zuvor bereits am Beispiel des „Companies House“ erörtert.⁷⁹ Verlangt man daher weiterhin eine notarielle Mitwirkung, so besteht durchaus die Wahrscheinlichkeit, dass eine GbR gegründet und bereits wieder abgewickelt wurde, noch bevor der Notar den Gesellschaftern überhaupt einen Termin eingeräumt hat. Angesichts der Kosten und des Flexibilitätsverlustes⁸⁰ erscheint es, auch gemessen am Publizitätsbedürfnis des Rechtsverkehrs, übertrieben, dass beispielsweise Abiturienten, die in Form einer GbR T-Shirts für ihren Abiball erwerben wollen, professionelle Hilfe in Form der notariellen Mitwirkung für sich in Anspruch nehmen müssten.⁸¹

⁷² Röder, AcP 215 (2015), 450 (470); Röder, DJT 2016, II/2, O 121.

⁷³ Hierzu auf S. 48 f.

⁷⁴ Siehe nur *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial 2023, 15; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (47); außerdem *Servatius*, GbR, § 705 Rn. 19; *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 12.

⁷⁵ *Roßkopf*, DJT 2016, II/1, O 14; *Beuthien*, NZG 2011, 481 (485 Fn. 49).

⁷⁶ *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 65; *Roßkopf*, DJT 2016, II/1, O 14; *Ulmer*, in: Bayer/Koch, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, S. 31; *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (53); *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (47); *Schäfer*, in: FS Seibert, 2019, S. 723 (728).

⁷⁷ *Wertenbruch*, DJT 2016, II/2, O 122.

⁷⁸ *Herrmanns*, DJT 2016, II/2, O 125.

⁷⁹ Dazu unter § 2 S. 35 f.

⁸⁰ Statt aller *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 66; *Schöpflin*, NZG 2003, 606 (607).

⁸¹ Siehe auch *Noacks* kritische Würdigung des Urteils LG Detmold, NJW 2015, 3176 ff., in dessen gedachter Fortsetzung er wohl erst recht eine aufwändige Registrierung von Gesellschaften ablehnen würde, bei denen es sich „– wenn überhaupt – um eine Gelegenheitsgesellschaft“ handelt. Abrufbar unter: <https://notizen.duslaw.de/der-rechtsfaehige-party-abiturjahrgang/> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

In der Folge wäre zum einen das Registergericht mit der Überwachung der Registrierungspflicht völlig überfordert – fällt dies doch bereits bei der OHG zunehmend schwer –⁸² zum anderen ist auch der wirtschaftliche Aufwand den Gesellschaftern unzumutbar.

Die genannten Probleme treten allesamt bei einer bloß fakultativen Eintragung nicht auf. Da die Eintragung in einem solchen System aus Opportunitätsgründen erfolgt, stellt auch die notarielle Mitwirkung keine übermäßig hohe Eintragungshürde dar. Die Gesellschafter werden diesen Punkt schlicht in ihre Kosten-Nutzen-Rechnung mit aufnehmen.⁸³ Teilweise wurde in Bezug auf diese Abwägung vorgeschlagen, bestimmte Privilegien mit der Eintragung zu verbinden, um somit dem Gesellschaftsregister mehr Gewicht zu verleihen.⁸⁴

3. Entscheidung des Gesetzgebers

Ein Blick auf den Wortlaut von § 707 Abs. 1 BGB n.F. scheint zu genügen, um zu dem Schluss zu gelangen, dass sich der Gesetzgeber den Bedenken angeschlossen und von einer obligatorischen Eintragung abgesehen hat. Im Gegensatz zu § 106 Abs. 1 HGB n.F. ist diese Norm als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet. Ausweislich dieser Formulierung ist die Eintragung im Gesellschaftsregister daher grundsätzlich fakultativ.⁸⁵ Der Gesetzgeber vertraut jedoch nicht nur auf die Überzeugungskraft des Registers und verleiht der eG&R daher zeitgleich verschiedenste Privilegien, welche die Attraktivität des Gesellschaftsregisters erhöhen sollen.⁸⁶ Bei genauerer Betrachtung der einzelnen Regelungsbereiche fällt jedoch auf, dass die gesetzgeberische Proklamation der unbedingten Freiwilligkeit, welche schärfstens zu einer Obliegenheit gerät, möglicherweise nicht vollständig verfangt.⁸⁷ Dies lässt sich jedoch erst bei der Untersuchung der konkreten Aspekte erläutern, sodass an dieser Stelle auf jene Kapitel verwiesen sei.⁸⁸

⁸² Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S14); siehe außerdem die Kritik von *Vossius*, ZGR 2009, 366 (402 f.).

⁸³ *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (467); *Otte*, ZIP 2021, 2162 (2165); die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27635, S. 128 rechnet mit einer erhöhten Kreditwürdigkeit der eG&R; auch *Schäfer*, DJT-Gutachten, E 66 verweist auf viele weitere Vorteile der Registrierung.

⁸⁴ *Brouwer*, DJT 2016, II/2 O 145; *Vetter*, DJT, II/2, O 142; *Weber*, DJT 2016, II/2 O 125; *Westermann*, NJW 2016, 2625 (2628); *Roßkopf*, DJT 2016, II/1, O 14; im Ansatz ähnlich bereits *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 (729).

⁸⁵ *Rubner/Leuering*, NJW-Spezial 2023, 15 (16).

⁸⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 128.

⁸⁷ *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (392) hält selbst dieses Anreizsystem für zu rigide. Der Vorteil der G&R sei unter anderem die Möglichkeit, „im Verborgenen“ zu agieren. Er vermutet daher, dass die Rechtsform der G&R zukünftig gemieden werden wird, denn schließlich könnten die Gesellschaften auch direkt eine GmbH gründen. Dies erscheint schon mit Blick auf die Kapitalaufbringung nicht besonders wahrscheinlich. Letztliche Gewissheit wird jedoch erst die Zeit bringen.

⁸⁸ Siehe S. 62f., § 4 S. 131 ff. und § 5 S. 194 ff.

III. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ergibt sich aus dem zuvor Dargestellten, dass die Rechtswirkung einer Eintragung stets auf Grundlage des Zeitpunktes der Rechtsverwirklichung zu beurteilen ist. Im Vorfeld des MoPeG wurde bezüglich der Rechtsfähigkeit der GbR sowohl für die deklaratorische als auch für die konstitutive Eintragungswirkung geworben. Wie aufgezeigt hat sich der Gesetzgeber am Ende für die grundsätzlich deklaratorische Wirkung der Eintragung entschieden. Abweichend davon wurde herausgearbeitet, dass es in den Fällen der Anmeldung einer ursprünglich nicht rechtsfähigen Gesellschaft zum Gesellschaftsregister einer konstitutiven Eintragungswirkung bedarf. Eine solche ist zugunsten des Rechtsverkehrs unerlässlich, wenn in Ermangelung einer Veranlassung der Eintragung die anderen Schutzinstrumente wie die Ergänzungssätze leerlaufen. Vor dem Hintergrund, dass es nicht möglich ist, zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen, aber im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaften zu differenzieren, ist dem § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. in erweiterter Auslegung eine unwiderlegliche Vermutung der Rechtsfähigkeit der eingetragenen Gesellschaft zu entnehmen.

Überdies ist hervorzuheben, dass die Eintragung der GbR nach dem MoPeG grundsätzlich freiwillig erfolgt. Dies überzeugt mit Blick auf die zuvor dargestellten Argumente. Insbesondere die Abgrenzungsproblematik und die Dynamik der Gelegenheitsgesellschaft lassen eine für alle Gesellschaften geltende Eintragungspflicht kaum praktisch umsetzbar erscheinen. Eine Verpflichtung, welche folgenlos ignoriert werden kann, ist obsolet. Ob und wann ausnahmsweise doch eine Eintragungspflicht besteht, wird im Verlauf der Arbeit noch zu erläutern sein.

B. Strukturmerkmale der GbR nach dem MoPeG

Was zeichnet eine GbR aus? Diese Frage versucht der Gesetzgeber mit dem § 705 Abs. 1 BGB n. F. zu beantworten. Obwohl nicht, wie üblich, mit einem Klammerzusatz versehen, soll diese Norm nach dem Willen des Gesetzgebers eine Legaldefinition enthalten.⁸⁹ Ausweislich des Wortlautes dieser Definition müssen sich die zukünftigen *Gesellschafter* durch den Abschluss eines *Gesellschaftsvertrages* verpflichten, einen *gemeinsamen Zweck zu fördern*. Die Formulierung des ersten Absatzes unterscheidet sich auf den ersten Blick nur geringfügig von dem bisherigen § 705 BGB. Bei näherer Betrachtung fällt jedoch auf, dass mit dieser und weiteren damit korrespondierenden Änderungen eine bedeutsame Evolution des Rechts der GbR eingeleitet bzw. verfestigt wurde. Es lohnt sich daher, die einzelnen Merkmale noch einmal in angemessener Kürze zu beleuchten.

⁸⁹ BT-Drs. 19/27635 S. 125; auch *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 und *Hermanns*, DNotZ 2022, 3 (5) sehen die Norm als Legaldefinition.

I. Gesellschaftsvertrag

Die vertragliche Bindung der zukünftigen Gesellschafter bildet das Fundament der Sonderbeziehung. Zum einen begründet der Vertragsabschluss ein Dauerschuldverhältnis, welches nicht auf den einmaligen Leistungsaustausch, sondern auf die „dauernde Pflichtenanspannung“⁹⁰ gerichtet ist.⁹¹ Dadurch unterscheidet sich die auf freiwilligen Zusammenschluss beruhende GbR von den kraft Gesetzes entstehenden Personenzusammenschlüssen wie etwa der Erbengemeinschaft.⁹² Zum anderen kann ein Vertrag in der Regel nur von einer Personenmehrheit geschlossen werden,⁹³ was den Ausschluss der Ein-Mann-GbR bedeutet⁹⁴ (siehe in dem Sinne auch § 712a Abs. 1 S. 1 BGB n. F.) und auch die systematische Stellung der Regelung im Gesetz erklärt. Bereits *de lege lata* wurde diskutiert, ob die GbR nicht überzeugender im Allgemeinen Teil des BGB zu verorten gewesen wäre.⁹⁵ Just nach der Novellierung wurde angemerkt, dass die nun als rechtsfähiges Rechtssubjekt ausgestaltete GbR besser im ersten Abschnitt des ersten Buches unter der Überschrift „Personen“ zu verorten gewesen wäre.⁹⁶ Dadurch wäre ein Dreiklang aus natürlichen Personen, juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften entstanden.⁹⁷ Die Positionierung an dieser Stelle hätte jedoch nicht gleichsam die Bedeutung des Gesellschaftsvertrages hervorgehoben.⁹⁸ Abseits dieser dogmatischen Erwägungen bleibt zu konstatieren, dass im Allgemeinen Teil des BGB schlicht kein Platz gewesen wäre, die 55 Normen des Rechts der GbR sinnvoll unterzubringen.⁹⁹

⁹⁰ *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, Vor. § 705 Rn. 6.

⁹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 125; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 8; *Schäfer* in: MüKoBGB-Sonderband, Vor. § 705 Rn. 6; *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 1 Rn. 24.

⁹² *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 7; *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 299.

⁹³ Vgl. BGHZ 211, 331 (339, Rn. 21); *Aumann*, notar 2022, 99; *Bork*, in: Staudinger, Vor. §§ 145 ff, Rn. 2.

⁹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 125; *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (2f.); *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 705 Rn. 66; *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 7; *Schöne*, in: BeckOK BGBnF, § 705 Rn. 53; *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2/3, § 705 Rn. 114; *Armbrüster*, ZGR 2014, 333 (342 ff.); *Fleischer*, DStR 2021, 430 (433); *Servatius*, GbR, § 705 Rn. 21; kritisch zur alten Rechtslage noch *Habermeier*, in: Staudinger, Vor. § 705 Rn. 29a; für die Einführung der Ein-Mann-GbR Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S8).

⁹⁵ *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 6; *Weller*, in: FS G. H. Roth, 2011, S. 881 (887).

⁹⁶ *Bachmann*, NZG 2020, 612; *Fleischer*, DStR 2021, 430 (432 f.); *Fleischer*, DB 2020, 1107 (1113); wohl auch *Habersack*, ZGR 2020, 539 (546 f.); *Altmeppen*, NZG 2020, 822; Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S4); *Schirrmacher*, ZHR 186 (2022), 250 (252); *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2300 ff.), die aber viel weiter geht und der GbR die eigene Rechtssubjektivität abspricht; siehe dazu § 3 S. 69 ff.

⁹⁷ *Bachmann*, NZG 2020, 612; ähnlich *M. Noack*, DB 2020, 2618 (2619); siehe auch *Bachmann*, in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 49.

⁹⁸ *Aumann*, notar 2022, 99; *M. Noack*, NZG 2020, 581 (582); *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (75 f.); *Storz*, GWR 2021, 5 (6); *Habersack*, ZGR 2020, 539 (546 f.), gibt zu, dass durch die Positionierung die Einordnung als Schuldverhältnis hervorgehoben wird.

⁹⁹ Das erkennt auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, der dies jedoch als einzigen Grund für die Verortung ansieht; diese Auffassung teilt auch *Schollmeyer*, siehe den Diskussionsbericht *Knaier*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 79 (81).

II. Gesellschafter

Das nächste Merkmal der Legaldefinition ist der Gesellschafterbegriff. Diesbezüglich sind zwei Aspekte anscheinend unverändert geblieben. Erstens besteht – wie beschrieben – das Erfordernis der Personenmehrheit fort. Zweitens kann weiterhin jeder, der Träger von Rechten und Pflichten sein kann, also rechtsfähig ist,¹⁰⁰ Teil dieser Personenmehrheit sein.¹⁰¹

Die Einführung des Gesellschaftsregisters könnte jedoch Zweifel an der letzten Feststellung aufwerfen und das Dogma zu einem Grundsatz reduzieren. Während die nicht eingetragenen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaften keine diesbezüglichen Disruptionen erfahren, könnte die eGbR eine Ausnahme darstellen. Wird eine GbR zum Gesellschaftsregister angemeldet, dann sind nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. auch Angaben zu den Gesellschaftern beizufügen. Dies kann nicht geschehen, wenn ein Eintragungshindernis vorliegt. Ein solches kann § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. begründen. Demnach „soll“ eine GbR nur dann als Gesellschafterin einer anderen eGbR eingetragen werden, wenn die beteiligte Gesellschaft selbst zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen wurde.

Möglicherweise hat diese Regelung aber schon deswegen keine materielle Wirkung, da es sich um eine bloße Soll-Vorschrift handelt. Eine Auswirkung auf die Gesellschafterstellung der beteiligten Gesellschaft durch ein Eintragungshindernis scheidet schon dann aus, wenn die Voreintragung eine bloße Empfehlung darstellt. Indes entspricht dieses Verständnis der Soll-Formulierung nicht der des Gesetzgebers. Dieser verweist darauf, dass es sich um eine zwingende Regelung handelt, die nur aus Gründen der Rechtssicherheit – ein Verstoß gegen die Regelung würde anderenfalls zur Unwirksamkeit der Eintragung führen – als Soll-Vorschrift formuliert wurde.¹⁰²

Dennoch schlägt die Eintragungsunfähigkeit der nicht registrierten Gesellschaft nicht auf ihre Gesellschafterstellung durch. Eine solche Rechtsfolge ließe sich nur begründen, wenn die Ersteintragung der eGbR konstitutiv wirken würde. Die GbR entsteht jedoch bereits vor der Eintragung im Gesellschaftsregister mit dem wirksamen Abschluss des Gesellschaftsvertrages.¹⁰³ Folglich erlangen die vertragsschließenden Personen oder Gesellschaften ihre Gesellschafterstellung bereits mit der wirksamen Einigung. Die Eintragung im Gesellschaftsregister als Gesellschafter zeichnet diesen Vorgang nur nach und ist daher lediglich von deklaratorischer Bedeutung. Nichts anderes ergibt sich bei dem Eintritt in eine bestehende Gesellschaft. Auch hier erlangt der zukünftige Gesellschafter seine Stellung gemäß § 712 Abs. 2

¹⁰⁰ Walker, in: Brox/Walker, BGB AT, § 33 Rn. 2; Petersen, in: Medicus/Petersen, BGB AT, § 63 Rn. 1039; Köhler, BGB AT, § 20 Rn. 2.

¹⁰¹ Statt aller Geibel, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 115.

¹⁰² BT-Drs. 19/27635, S. 132.

¹⁰³ Siehe dazu oben auf S. 47.

BGB n. F. durch die *ipso iure* erfolgende Anwachsung des Geschäftsanteils nach entsprechender Einigung nicht erst mit der Eintragung im Gesellschaftsregister. Die Eintragungsunfähigkeit der GbR kann sich daher nicht auf ihre materielle Gesellschaftserstellung auswirken.¹⁰⁴

In der Konsequenz führt dies zu einem Problem, zu dessen Beseitigung der Gesetzgeber des MoPeG ursprünglich ausgezogen ist – einem Publizitätsdefizit. Ist eine GbR materiell wirksam Gesellschafterin einer eGbR, darf aber nicht als solche eingetragen werden, dann ist diese Position aus dem Gesellschaftsregister nicht ersichtlich. Der in dieser Abhandlung noch häufig bemühte Registerzwang gemäß § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 14 HGB hilft in diesen Fällen nur bedingt weiter.¹⁰⁵ Der Registerzwang setzt die Eintragungspflichtigkeit voraus, was bei der Ersteintragung – wie gezeigt – gerade nicht der Fall ist.¹⁰⁶ Dennoch wird der Rechtsverkehr nicht schutzlos gestellt. Zum einen wird das Gericht, sofern die Gesellschaftserstellung der GbR bekannt ist, die Eintragung wegen Unvollständigkeit ablehnen.¹⁰⁷ Zum anderen greift in den Fällen, in denen das Gericht hiervon keine Kenntnis hat und daher die Eintragung vornimmt, der Vertrauensschutz des § 707a Abs. 3 BGB n. F. i. V. m. § 15 HGB auch im Falle der Ersteintragung.¹⁰⁸ Noch eindeutiger ist der Fall des nachträglichen Eintretens einer GbR in eine bestehende eGbR. Dieser Eintritt ist zwar materiell wirksam, wobei der Vorgang jedoch nach § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. eintragungspflichtig ist, sodass das Gericht die Voreintragung nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 14 HGB erzwingen kann¹⁰⁹ und überdies der Vertrauensschutz des Registers ohne Probleme anwendbar ist.

III. Gesellschaftszweck, Beiträge und Gegenseitigkeit

Das dritte Merkmal der Legaldefinition ist die Förderung des vereinbarten Gesellschaftszweckes. Sowohl die Förderpflicht als auch die Freiheit bei der Wahl des Gesellschaftszweckes blieben von der Reform unberührt. Anders ist es hingegen den Merkmalen der Beitragsleistung und der Gegenseitigkeit ergangen, welche im ursprünglichen § 705 BGB noch vorhanden waren. Im Zuge der Neufassung wurden diese gestrichen. Der Gesetzgeber verweist diesbezüglich darauf, dass der Begriff der Gegenseitigkeit unglücklich gewählt war und die Frage nach

¹⁰⁴ Jedenfalls ungenau daher *Böhringer/Melchior*, in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, S. 68.

¹⁰⁵ Siehe beispielsweise auf S. 88 oder § 5 S. 210 ff.

¹⁰⁶ Siehe nur *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 6; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 14 Rn. 2. Auch die Vorgabe, welche Informationen eingetragen werden müssen, berührt Freiwilligkeit nicht; vgl. § 5 S. 244 f.

¹⁰⁷ *Stock*, NZG 2023, 361 (362); außerdem erneut § 5 S. 244 f.

¹⁰⁸ Siehe auch unter § 5 S. 252 ff.

¹⁰⁹ Siehe noch unter § 5 S. 208 ff.

der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB unnötigerweise verkompliziert hat.¹¹⁰ Der Hinweis auf die Beitragspflicht wurde hingegen vollumfänglich auf die nachfolgenden Regelungen (siehe § 709 BGB n. F.) verlagert und bedurfte daher in § 705 Abs. 1 BGB n. F. keiner eigenen Erwähnung mehr.¹¹¹

IV. Abschaffung des Gesamthandsprinzips durch das MoPeG?

1. Der Begriff der Gesamthand: Eine kurze Zusammenfassung

Wenn es im Personengesellschaftsrecht einen Begriff gibt, über den so viel geschrieben wurde, dass damit ganze Bücherregale gefüllt werden könnten, dann ist es sicherlich der Begriff der Gesamthand. Eine vollständige Rekapitulation der Entwicklung des Begriffsverständnisses ist daher an dieser Stelle weder darstellbar noch wünschenswert.¹¹² Zum Verständnis der nachfolgenden Problematik genügt aber ohnehin ein kursorischer Überblick.

Während schon in der Antike nach römischem Recht Gesellschaftsformen existierten, die in späterer Zeit als „gesamthandsähnlich“ bezeichnet wurden,¹¹³ und in der frühen Neuzeit der Begriff im lehnrechtlichen Sprachgebrauch verankert war,¹¹⁴ wurde der moderne Begriff der Gesamthand in der Mitte des 19. Jahrhunderts maßgeblich von Johannes Emil Kuntze und Johann Ernst Otto Stobbe sowie wenig später von Otto Friedrich von Gierke und Andreas Heusler geprägt.¹¹⁵ Einigkeit über die Bedeutung des Begriffes bestand unter diesen und anderen Autoren freilich nicht.¹¹⁶ Die zeitlich nachfolgende, zweite Kommission zum BGB griff die

¹¹⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 125. Die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB würde an dieser Stelle vom eigentlichen Thema des Gesellschaftsregisters und der eGmbH zu weit weg führen; vgl. daher stattdessen *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (3 ff.); *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 48 ff.; *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 167 ff.; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 68; *Hadding/Kießling*, in: Soergel BGB, § 705 Rn. 45; *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, S. 5 ff., 234 ff.

¹¹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 125, 141 f.; siehe auch *Servatius*, GbR, § 709 Rn. 3; *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 705 Rn. 10; kritisch DAV, NZG 2020, 1133 (1134 Rn. 7).

¹¹² Siehe stattdessen ausführlich und vertieft *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, S. 275 ff.; *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, S. 179 ff.; *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, S. 23 ff.; *Beuthien*, ZGR 2019, 664 ff.; *Fleischer*, DB 2020, 1107 (1108 f.); *Schall*, in: FS Heidel, 2021, S. 155 ff. jeweils m. w. N.

¹¹³ *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, S. 33; *Bär*, in: HKK-BGB, §§ 21–79, Rn. 3; v. *Beseler*, Juristische Miniaturen, S. 132 ff., 138 f., in Ablehnung der Lehre von Gierkes; *Kaser*, Das römische Privatrecht, § 72 S. 303, abw. inzwischen *Lohsse*, in: Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 27 Rn. 4; v. *Lübtow*, in: GS Koschaker, 1954, S. 467 (478 ff.); *Schnorr v. Carolsfeld*, Geschichte der juristischen Person, S. 320 Fn. 3.

¹¹⁴ *Gmeiner*, Das allgemeine Deutsche [sic!] Lehnrecht, 1795, S. 98, dieser verwendet den Ausdruck „gesamnte Hand“, um festzuhalten, dass es „mitbelehrende Lehnherren“ geben kann.

¹¹⁵ *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, S. 286.

¹¹⁶ *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, S. 320 ff.; v. *Gierke*, ArchBürgR 19 (1901), 114 (117) stellt selbst fest, dass „der Begriff [...] offenbar sehr verschieden verstanden“ wird.

Ideen zur Gesamthand zwar auf, konnte sich jedoch nicht auf eine ausdrückliche Stellungnahme zum Wesen der Gesamthand einigen und überließ die Diskussion weiterhin der Wissenschaft (und Praxis).¹¹⁷ In Ermangelung einer kodifizierten oder zumindest allgemein anerkannten Definition entwickelte sich das Begriffsverständnis der Gesamthand in unterschiedliche Richtungen. Von einigen Einzel- und Mindermeinungen abgesehen bildeten sich im Laufe der Zeit hauptsächlich zwei Strömungen heraus.

a) Vermögensrechtlicher Gesamthandsbegriff¹¹⁸

Nach einem tradierten Verständnis der Gesamthand wird angenommen, dass der Begriff eine besondere Vermögensbindung umschreiben soll.¹¹⁹ Der römischen Rechtstradition folgend soll die Gesamthandsgesellschaft im weitesten Sinne wie die damalige *societas* verstanden werden und ausschließlich Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Gesellschaftern – die *socii* genannt wurden – begründen, wobei eine Modifikation durch die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens mit Verfügungsbeschränkungen vorgesehen wird.¹²⁰ Von der Bruchteilsgemeinschaft soll sich dieses Sondervermögen¹²¹ (Gesamthandsvermögen) zum einen dadurch unterscheiden, dass der Einzelne nicht frei über seinen Anteil verfügen könne,¹²² und zum anderen dadurch, dass die Bruchteilsgemeinschaft sich stets nur auf ein einzelnes Recht beziehe.¹²³ Die Gesellschafter halten demnach sprichwörtlich die Hände gemeinsam auf dem Vermögen.¹²⁴

¹¹⁷ *Beuthien*, ZGR 2019, 664 (668).

¹¹⁸ Genau genommen spaltet sich diese Ansicht noch einmal in verschiedene Lehren auf, wie in die „individualistische Gesamthandslehre“ und die „kollektive Gesamthandslehre“. Das wird aber für die weitere Erörterung unerheblich sein, sodass die Ansichten hier unter dem Begriff der vermögensrechtlichen Gesamthand zusammengefasst werden sollen; vgl. zur Unterscheidung ausführlich *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, S. 276 f.

¹¹⁹ So etwa *Binder*, Rechtsstellung der Erben, § 34 S. 9 ff.; *Beuthien*, Münchener HdB des GesR, Bd. 5, § 1 Rn. 36; *Rohde*, NZG 2021, 1491 (1493); *Beuthien*, ZGR 2019, 664 (700), auch wenn dieser den Begriff der Gesamthand anscheinend für überholt hält; siehe außerdem zum Unterscheid von der römischen *societas* zu den verselbständigten Organisationsformen *Fleischer*, DB 2020, 1107 f. m. w. N.

¹²⁰ *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 276.

¹²¹ Eingehend zum Begriff des Sondervermögens *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, S. 74 ff.

¹²² *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 276.

¹²³ v. *Tuhr*, BGB AT, S. 82 stellt fest, dass bei der Bruchteilsgemeinschaft „nicht ein Recht mit mehreren Subjekten, sondern sovielen einzelne Rechte anzunehmen [sind], als es Personen in der Gemeinschaft gibt“.

¹²⁴ Zu diesem Sprachbild auch *Beuthien*, ZGR 2019, 664 (678).

b) *Gemeinschaftsbezogener Gesamthandsbegriff*

Nach dem Verständnis der Gegenauffassung ist nicht das Vermögen der Ausgangspunkt für das Begriffsverständnis, sondern die sich zusammenfindende Personengemeinschaft.¹²⁵ Mal als „kollektive (Personen-)Einheit“¹²⁶, mal als „Gruppe“¹²⁷ bezeichnet, soll der Personenzusammenschluss ein Rechtssubjekt darstellen.¹²⁸ Während traditionell behauptet wurde, dass bei einer Gesamthand „außer und über den Teilhabern kein weiteres Subjekt“ bestehe, sondern nur „ein Rechtsverhältnis unter den Teilhabern“¹²⁹ (Stichwort: *societas*), nehmen die Vertreter der hier unter dem Begriff des gemeinschaftsbezogenen Verständnisses zusammengefassten Ansichten an, dass gerade durch das gemeinschaftliche Wirken ein rechtliches Bezugsobjekt entsteht. Dies darf jedoch weder in der Form missverstanden werden, dass die Vertreter dieser Auffassung in der „Gruppe“ eine abgeschwächte Form der juristischen Person sehen,¹³⁰ noch dahingehend, dass überhaupt eine Art Personenähnlichkeit der Gesamthand angenommen wird.¹³¹ Es gibt daher auch nach diesem Verständnis bei einer Gesamthandsgesellschaft keine den Gesellschaftern übergeordnete und von diesen losgelöste Einheit.¹³² Vielmehr beruht die Gesamthand auf der Einheitlichkeit (!) der Gesellschafter, die durch ihr gleichgerichtetes Wirken ein Mehr zu ihrer eigenen Person schaffen, ohne dass dieses verselbständigt wird.¹³³

¹²⁵ Flume, BGB AT, Bd. I/1, S. 52.

¹²⁶ v. Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 676.

¹²⁷ Flume, BGB AT, Bd. I/1, S. 54 ff.; ders., ZHR 136 (1972), 177 (188).

¹²⁸ Flume, BGB AT, Bd. I/1, S. 56; ders., ZHR 136 (1972), 177 (189); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 199 spricht von der „Rechtssubjektivität der Gesamthand“; v. Gierke, ArchBürgR 19 (1901), 114 (117); Hadding/Kießling, in: Soergel, BGB, § 718 Rn. 3; kritisch u. a. Beuthien, NZG 2019, 41 (44).

¹²⁹ So v. Thur, BGB AT, S. 81.

¹³⁰ v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie, S. 340, keine „degenerierte juristische Person“; die Abgrenzung zur juristischen Person hebt etwa auch Hadding/Kießling, in: Soergel, BGB, Vor. § 705 Rn. 21 besonders hervor.

¹³¹ Flume, BGB AT, Bd. I/1, S. 56; ders., ZHR 136 (1972), 177 (188).

¹³² Rechtsträger der durch die Gruppe begründeten Rechte und Pflichten sind daher stets die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit; abw. etwa Klimke, in: BeckOK HGB, § 124 Rn. 1, der die Personengesellschaften schon jetzt als verselbständigten Rechtsträger ansieht.

¹³³ Dieses überindividuelle Wirken ohne Verfestigung des Übergeordneten ist auch aus anderen Wissenschaften bekannt. Aristoteles beschrieb einst: „Das, was aus Bestandteilen so zusammengesetzt ist, [...] das ist offenbar mehr als bloß die Summe seiner Bestandteile. Eine Silbe ist nicht die Summe ihrer Laute; ba ist nicht dasselbe wie b plus a“, Aristoteles, Metaphysik, S. 129. Mit einem interdisziplinären Blick lässt sich die Gesamthand daher als besondere Form der Emergenz beschreiben.

2. Auswirkungen des MoPeG

Die zur Vorbereitung des MoPeG eingesetzte Expertenkommission schlug vor, „die Grundlage für die historisch überholte Gesamthandslehre“¹³⁴ aus dem BGB zu streichen. Dieser Vorschlag stieß beim Gesetzgeber auf fruchtbaren Boden. In der Gesetzesbegründung wird verlautbart: „Das Gesamthandsprinzip [...] hat jedenfalls auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ausgedient.“¹³⁵ Trotz dieser vermeintlich eindeutigen Positionierung gehen einige Stimmen in der Literatur davon aus, der Gesetzgeber habe das Gesamthandsprinzip in Wahrheit nicht abgeschafft.¹³⁶ Diese im Ergebnis nur scheinbar divergierenden Auffassungen lassen sich nur mit Blick auf das unterschiedliche Begriffsverständnis erklären.¹³⁷

a) Vermögensrechtlicher Gesamthandsbegriff

Der Gesetzgeber und mit ihm Teile der Literatur¹³⁸ scheinen dem hier als vermögensrechtlichen Gesamthandsbegriff zusammengefassten Begriffsverständnis zu folgen bzw. nehmen an, dass das Gesetz bisher dieser Auffassung zugetan war. Obgleich nicht ausdrücklich erklärt wird, dass die besagte Definition der Gesamthand zugrunde gelegt wird, lässt sich die Positionierung aus den vorgetragenen Argumenten entnehmen. Der neugefasste § 713 BGB n.F. ordnet das Vermögen fortan nicht mehr den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu, sondern der Gesellschaft selbst. Ausdrücklich erklärt der Gesetzgeber, dass damit die mit dem Gesamthandsprinzip bezweckte Vermögenstrennung zwi-

¹³⁴ Mauracher Entwurf, S. 87, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

¹³⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 104.

¹³⁶ So etwa K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16 (27 ff.); Habersack, ZGR 2020, 539 (547 ff.).

¹³⁷ Vgl. Beuthien, ZGR 2019, 664 (665); Osterloh-Konrad, in: Schön/Stark, Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, S. 1 (9).

¹³⁸ Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S4); Bachem, DStR 2022, 725 (726); Bachmann, NZG 2020, 612 (615); Bärwaldt/Richter, DB 2021, 2476 (2477); Fleischer, DB 2020, 1107 (1110 f.); ders., DStR 2021, 430 (435, 438 Nr. 2); Geibel, ZRP 2020, 137 (138); Heinze, DStR 2020, 2107; Lieder, ZRP 2021, 34; Schulze/Schlütter-Lückel, jurisPR-HaGesR 5/2020 Anm. 1; Westermann, DZWIR 2020, 321 (324); Servatius, GbR, § 713 Rn. 2 („Gruppenlehre hat noch nie überzeugt“); wohl auch Baumeister/Grobe, ZGR 2022, 733 (744 f.); Desens, GmbH 2023, 772 (Rn. 3); Hermanns, DNotZ 2022, 3 (5); M. Noack, NZG 2020, 581 (584); nachfolgend differenzierend M. Noack, BB 2021, 643; zustimmend auch Kindler, ZIPW 2022, 409 (412 ff.) der allerdings die GbR als juristische Person einordnet, was schwerlich mit dem Gesetz vereinbar ist (siehe z. B. § 711 Abs. 1 S. 2 BGB n. F.) und das Regelungskonzept des MoPeG, welches vielfach auf die rechtsfähige Personengesellschaft rekurriert, zerrütten würde; siehe diesbezüglich nur Bachmann, in: FS Henssler, 2023, S. 769 (773 ff.); ders., in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 49 (57 ff.); Lieder/Hilser, NotBZ 2021, 401 (402); Fleischer, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 25; Wilhelm, NZG 2020, 1041 (1042), „Selbstverständlich“ keine juristische Person. Siehe zur OHG Haas/Wöstmann, in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 105 Rn. 5.

schen dem Vermögen der Gesellschafter und der Gesamthand entbehrlich ist.¹³⁹ Rechtsträger des Vermögens und der Rechte und Pflichten soll damit ein teilweise verselbständigtetes Rechtssubjekt sein, das über den bloßen Gesellschafterzusammenschluss hinausgeht. Die Gesellschafter halten daher sinnbildlich nicht mehr gemeinsam die Hände auf dem Vermögen, sondern übergeben es der Gesellschaft als Rechtsträger. Legt man diese Begriffsauffassung zugrunde, dann ist das vermögensrechtlich geprägte Gesamthandsprinzip daher fortan auch normativ nur noch Rechtsgeschichte.

b) Gemeinschaftsbezogener Gesamthandsbegriff

Im Gegensatz dazu wollen die Autoren, welche eher dem gemeinschaftsbezogenen Gesamthandsbegriff zugeneigt sind, das Gesamthandsprinzip noch nicht zu den Annalen der Geschichte zählen.¹⁴⁰ Das deutsche Recht kenne neben den natürlichen nur die juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften.¹⁴¹ Vor diesem Hintergrund verweisen die Vertreter in erster Linie auf die weiterhin vorhandenen Strukturunterschiede der GbR zur juristischen Person.¹⁴² Folglich müsse es sich bei der GbR auch zukünftig um eine Gesamthand handeln.

aa) Die Gesamthandsgesellschaft als Rechtssubjekt

Überwiegend wird in dieser Feststellung kein Widerspruch zu der Konzeption des Gesetzgebers gesehen. Dabei wird sich auf die Lehre Flumes berufen, nach der die „Gruppe“ ohnehin ein Rechtssubjekt darstelle.¹⁴³ Die „Gruppe“ sei zwar nicht wie bei den juristischen Personen verselbständigt,¹⁴⁴ könne aber dennoch

¹³⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 148.

¹⁴⁰ *Habersack*, ZGR 2020, 539 (547 ff.); *Altmeyden*, NZG 2020, 822; *ders.*, ZIP 2021, 213; *Röder*, DStR 2023, 1085 (1086); *Mohamed*, JuS 2021, 820 (823); wohl auch *Wilhelm*, Gesamthand im 21. Jahrhundert, S. 116 f.; uneindeutig *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (28). Dieser Ansicht zugeneigt auch *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1445), der betont, dass nur das Verständnis des Gesetzgebers von der Gesamthand überholt sei, nicht aber die Gesamthand an sich. Er nimmt allerdings sodann an, dass die Personengesellschaften aufgrund dieser Positionierung als juristische Personen einzuordnen sind (1446). Dazu schon in der Fn. 138. Sich mit diesen Stimmen kritisch auseinandersetzend insbesondere *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 1 (22 f.).

¹⁴¹ *Roth*, in: Hopt HGB, § 124 Rn. 1a; so wohl auch *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2302); weitergehend *Schall*, in: FS Heidel, 2021, S. 155 (166 f.), der von einem Dualismus aus natürlichen und juristischen Personen ausgeht, weswegen alle rechtsfähigen Personengesellschaften juristische Personen wären; kritisch *Fleischer*, NZG 2021, 949 (952).

¹⁴² *Habersack*, ZGR 2020, 539 (548); *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2301).

¹⁴³ Siehe oben unter S. 66.

¹⁴⁴ Auch die juristische Person ist dabei nicht gänzlich unabhängig von ihren Gesellschaftern, da es keine „Kein-Mann-Gesellschaft“ geben kann, *Blath*, ZPG 2023, 133; *U. John*, AcP 185 (1985), 209 (234 ff.).

Träger von Rechten und Pflichten sein.¹⁴⁵ Die Annahme der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und die Einordnung als Gesamthandsgesellschaft seien daher zumindest nicht unvereinbar.¹⁴⁶ Nach diesem Verständnis war der Rechtsträger des Vermögens schon immer die rechtsfähige Gesamthandsgesellschaft in Form der „Gruppe“.¹⁴⁷

bb) Keine Rechtssubjektivität der Gesamthandsgesellschaft

Dementgegen legt Escher-Weingart zwar wohl ebenfalls die Gruppenlehre zugrunde,¹⁴⁸ kommt jedoch zu einem gänzlich anderen Ergebnis. Nach ihrer Ansicht können nur natürliche und juristische Personen selbst Träger von Rechten und Pflichten sein.¹⁴⁹ Anders als die vorgenannten Vertreter nimmt sie daher an, dass die Gesamthand nicht selbst Rechtssubjekt sein könne, sondern nur die Gesellschafter Rechtsträger seien.¹⁵⁰ Dass der Gesetzgeber die GbR als Rechtssubjekt ansieht,¹⁵¹ ist aus ihrer Sicht nicht nur dogmatisch nicht nachvollziehbar,¹⁵² sondern führe gerade wegen dieser Unerklärlichkeit dazu, dass das Vermögen einem in Wahrheit nicht vorhandenen Rechtssubjekt zugewiesen wurde.¹⁵³

(1) Ausschließlich Personen als Rechtssubjekte?

Zur Begründung ihrer Annahme führt sie im Wesentlichen drei Aspekte an. Erstens soll die Systematik des Gesetzes der Annahme einer Rechtssubjektivität der GbR entgegenstehen.¹⁵⁴ Entweder hätte der Gesetzgeber die GbR als juristische Person einordnen müssen oder neben den Personen eine weitere Kategorie in den Allgemeinen Teil des BGB aufnehmen müssen.¹⁵⁵ Zweitens sei die persönliche Haftung der Gesellschafter nur dann begründbar, wenn kein anderes Rechtssubjekt vorhanden ist.¹⁵⁶ Drittens könne eine unmittelbare und transparente Besteuerung

¹⁴⁵ Habersack, ZGR 2020, 539 (548).

¹⁴⁶ Altmeyen, NZG 2020, 822 geht sogar davon aus, dass die Gesamthandsgesellschaft stets rechtsfähig sei; dagegen Bachmann, in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 49 (52).

¹⁴⁷ Altmeyen, NZG 2020, 822 (823).

¹⁴⁸ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2298), „als Gruppe eine gewisse Verselbstständigung erfährt“.

¹⁴⁹ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2303) schlägt daher eine Figur der „derivativen Rechtsfähigkeit“ für die GbR vor.

¹⁵⁰ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2302).

¹⁵¹ Siehe etwa BT-Drs. 19/27635, S. 161.

¹⁵² Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2301), der Gesetzgeber mache einen „dogmatisch nicht mehr begründbaren Schritt“.

¹⁵³ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2301).

¹⁵⁴ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2302).

¹⁵⁵ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2302).

¹⁵⁶ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2301).

der Gesellschafter (also eben nicht der Gesellschaft) nur dann erfolgen, wenn die GbR nicht selbst Rechtsträger ist.¹⁵⁷

Wenn Escher-Weingart dem Gesetzgeber vorwirft, das Vermögen einem nicht vorhandenen Rechtssubjekt zugewiesen zu haben und somit den Willen des Normgebers für unbeachtlich hält, dann kann nur eine stichhaltige normative Begründung diese Ansicht rechtfertigen. Grundsätzlich muss einer Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers soweit möglich Rechnung getragen werden.¹⁵⁸ Im Rahmen der Auslegung ist sein klar zum Ausdruck gebrachter Wille daher ein maßgebliches Kriterium.¹⁵⁹ Die Auslegung findet jedoch ihre Grenzen im Wortlaut der Norm.¹⁶⁰ Wenn der Gesetzgeber daher ein Regelungswerk geschaffen hat, welches im Widerspruch zu seinem eigentlichen Willen steht, so kann die entstehende Konfusion nicht zugunsten des Gesetzgebers über den Wortlaut hinweg aufgelöst werden. Im konkreten Fall könnte daher die Rechtssubjektivität der GbR abzulehnen sein, wenn die gesetzlichen Regelungen der Annahme dieser eindeutig widersprechen.

(a) Die Verortung der (fehlenden) Regelung

Wie erläutert ist das erste Argument der Regelungsstandort der GbR außerhalb des Allgemeinen Teils des BGB. Auch wenn für die Normierung des gesamten Rechts der GbR in diesem Bereich kein ausreichender Platz zur Verfügung stand, wäre es für den Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, eine einzelne Norm, die auf die Rechtssubjektivität der GbR verweist, aufzunehmen. Dadurch wäre deutlich geworden, dass die rechtsfähigen Personengesellschaften eine dritte Gruppe von Rechtssubjekten neben den natürlichen und juristischen Personen darstellen.¹⁶¹

Mit dem § 14 BGB existiert jedoch bereits eine Norm im Allgemeinen Teil, die die rechtsfähigen Personengesellschaften benennt. Die Norm ist zwar systematisch unglücklich im Zusammenhang mit dem Unternehmerbegriff platziert,¹⁶² dennoch wird dadurch deutlich, dass der Gesetzgeber sich der Unterscheidung zwischen

¹⁵⁷ Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2301).

¹⁵⁸ Wenn selbst bei einer verfassungskonformen Auslegung „das Maximum dessen zu erhalten [ist], was der Gesetzgeber gewollt hat“ (BVerfGE 49, 148 (175)), dann muss dies erst recht im Rahmen der gewöhnlichen Auslegung gelten.

¹⁵⁹ Eine Auslegung im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers kann nicht erfolgen, BVerfGE 112, 164 (183); vgl. zur Bedeutung des gesetzgeberischen Willens im Rahmen der Auslegung auch *Spitzlei*, JuS 2022, 315 (317 ff.).

¹⁶⁰ Siehe nur BVerfGE 54, 277 (299); zustimmend auch *Bachmann*, FR 2022, 709 (710); außerdem zur Auslegung von Gesetzen schon Fn. 53.

¹⁶¹ Siehe dazu schon oben auf S. 61; *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3078) geht wegen des Vereins sogar von vier Kategorien aus. Mit Blick auf § 11 Abs. 1 S. 2 InsO n. F. lässt sich diesbezüglich mit guten Gründen in beide Richtungen argumentieren.

¹⁶² *Martens*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB*, § 14 Rn. 5.1.

den Personen und den Personengesellschaften (§ 14 Abs. 1 BGB) bewusst ist.¹⁶³ Mit § 14 Abs. 2 BGB wird überdies die Rechtsträgereigenschaft der rechtsfähigen Personengesellschaften umschrieben.¹⁶⁴ Dem wird entgegengehalten, dass die Anerkennung der Rechtssubjektivität der GbR nicht das Regelungsziel bei der Einführung der Norm im Jahre 2002 war.¹⁶⁵ Darauf kommt es jedoch nicht an. Der Gesetzgeber des MoPeG hat ausdrücklich erklärt, dass er die GbR als rechtsfähige Personengesellschaft i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB einordnet.¹⁶⁶ Außerdem wird in dieser Gesetzesbegründung der § 14 Abs. 2 BGB erwähnt und der Tatbestand eines anderen Gesetzes¹⁶⁷ an den Wortlaut jener Norm angepasst.¹⁶⁸ Daraus lassen sich verschiedene Schlüsse ziehen. Zum einen zeigt der Gesetzgeber, dass ihm die Existenz und der Wortlaut des § 14 BGB wohl bewusst sind. Hätte er den Wortlaut der Norm für irrstiftend gehalten, hätte er diesen angepasst. Stattdessen bestätigt er die Norm und bezieht die GbR ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Norm ein. Der moderne Gesetzgeber macht sich die Regelung daher zu eigen und verleiht ihr, unabhängig von der vorherigen Entstehungsgeschichte, einen neuen Bedeutungsinhalt. Zum anderen wird dies durch weitere Änderungen wie etwa im Bereich des § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO deutlich.¹⁶⁹ Es liegt daher nahe anzunehmen, dass der Gesetzgeber damit die Rechtssubjektivität der GbR im Allgemeinen Teil verortet sah und überdies von einer Dreiteilung in natürliche sowie juristische Personen und Personengesellschaften ausging.¹⁷⁰

Ungeachtet der vorstehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass es zur Annahme der Rechtssubjektivität der GbR einer Regelung im Allgemeinen Teil aber ohnehin nicht bedarf. Die Gesetzessystematik ist für den Gesetzgeber keine Regelungs-
grenze. Eine solche Grenze vermag nur das Verfassungsrecht zu ziehen. Man stelle sich vor, der Gesetzgeber hätte das Recht der GbR zukünftig im vierten Buch des BGB (Familienrecht) platziert. Ganz ohne Zweifel wäre die Regelung dort systematisch deplatziert. Dies tangiert die Geltung der Normen jedoch nicht. Es trifft den Gesetzgeber keine Pflicht zur enumerativen Auflistung aller Rechtssubjekte

¹⁶³ Ausführlich wird in der Gesetzesbegründung der Unterschied zur juristischen Person dargelegt und soll erhalten bleiben, BT-Drs. 19/27635, S. 144; siehe auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3075).

¹⁶⁴ Damit erscheint die Regelung auch nicht mehr tautologisch, wie dies *Derleder*, BB 2001, 2485 (2487) oder *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 14 Rn. 2 sahen, sondern klarstellend. So wohl auch *Bachmann*, NZG 2020, 612; *Bachmann*, in: FS Henssler, 2023, 769 (770 f.); *Wertenbruch*, JZ 2023, 78 (79).

¹⁶⁵ *Escher-Weingart*, WM 2022, 2297 (2300, Fn. 27).

¹⁶⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 106.

¹⁶⁷ Gemeint ist § 2 S. 2 des Telemediengesetzes.

¹⁶⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 288.

¹⁶⁹ Hier wurde der Begriff der „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ durch den der rechtsfähigen Personengesellschaft ersetzt. Siehe dazu auch *Fleischer*, NZG 2021, 949 (951).

¹⁷⁰ Ähnlich auch *Bachmann*, in: FS Henssler, 2023, 769 (782); *Bachmann*, NZG 2020, 612; zustimmend auch *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (748 f.), wobei diese noch viel weitergehend die Differenzierung zwischen den Rechtssubjekten als gänzlich obsolet betrachten. Siehe außerdem erneut im Vergleich den § 11 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 InsO n. F.

im Allgemeinen Teil. Vielmehr ist eine Gesamtschau des Normenbestandes notwendig. Die systematische Stellung von Normen kann daher höchstens ein Indiz sein, nicht jedoch den eindeutigen Willen des Gesetzgebers¹⁷¹ übergehen. Mit Blick auf die eingangs erwähnten restriktiven Anforderungen zur Unbeachtlichkeit der gesetzgeberischen Intention ist das systematische Argument daher, singular betrachtet, unzulänglich.

(b) Persönliche Haftung

Es stellt sich daher die Frage, ob ein anderer Aspekt die These von Escher-Weingart zu stützen vermag. Sie führt als Nächstes die persönliche Haftung der Gesellschafter ins Feld und beruft sich darauf, dass bei einer Anerkennung der Rechtssubjektivität dieses Subjekt dem Durchgriff auf die Gesellschafter entgegenstehe.

Diese Argumentation verkennt jedoch die Rechtfertigungslast der Haftungsbeschränkung.¹⁷² Zutreffend ist, dass die Gesellschafter von juristischen Personen in den allermeisten Fällen¹⁷³ nicht persönlich haften.¹⁷⁴ Dabei handelt es sich aber im Kontext der Haftung von Rechtsträgern nicht um die Regel, sondern um eine Ausnahme. Grundsätzlich haftet jeder, der eine Verbindlichkeit eingeht, mit seinem gesamten Vermögen für diese Schuld, es sei denn, es ergibt sich aus einer Vereinbarung mit dem Vertragspartner oder dem Gesetz etwas anderes.¹⁷⁵ Selbst die Gesellschaften „mit beschränkter Haftung“ haften mit ihrem gesamten Vermögen und nicht nur mit der Stammeinlage. Es handelt sich daher genauer um Gesellschaften mit beschränkter Gesellschafterhaftung. Dass der Gesellschafter durch die Zwischenschaltung eines anderen Rechtssubjekts sein eigenes Vermögen schützen kann, ist also ein Privileg.¹⁷⁶ Diese Privilegierung kann dem Gesellschafter nur dann zugutekommen, wenn an seine Stelle ein anderes Haftungssubjekt tritt. Die Rechtssubjektivität ist daher notwendige Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung.¹⁷⁷

Daraus folgt jedoch nicht, dass es sich auch um eine hinreichende Voraussetzung handelt.¹⁷⁸ Die Schaffung von Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen

¹⁷¹ Zu diesem Willen auf S. 67.

¹⁷² Zutreffend weist *Altmeyen*, NJW 2011, 1905 (1908) auf die Begründungsbedürftigkeit der Abweichung von der persönlichen Haftung hin.

¹⁷³ Zur KGaA sogleich in diesem Abschnitt; siehe zu diesen Fällen der Durchgriffshaftung etwa *Schöpfli*, in: BeckOK BGB, § 21 Rn. 19 ff.

¹⁷⁴ Bspw. § 13 Abs. 2 GmbHG oder § 1 Abs. 1 S. 2 AktG. *Schall*, in: FS Heidel, 2021, S. 155 (166) weist rechtsvergleichend mit Blick auf die britischen Gesellschaften im 19. Jahrhundert darauf hin, dass eine Haftungsbeschränkung auch für juristische Personen nicht zwingend ist.

¹⁷⁵ So ausdrücklich BGHZ 142, 315 (319).

¹⁷⁶ *Altmeyen*, GmbHG, § 13 Rn. 66 spricht vom Haftungsprivileg.

¹⁷⁷ So wohl auch *Reuter*, AcP 207 (2007), S. 673 (692), der aber von Rechtspersönlichkeit spricht.

¹⁷⁸ Auf diese Unterscheidung weist ebenfalls der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Anteile hin, BT-Drs. 19/27635, S. 144.

ist stets ein Eingriff des Gesetzgebers in den Wirtschaftsverkehr. Er verlagert das Insolvenzrisiko weiter auf die Gläubiger der Gesellschaft, als dies bei einer persönlichen Haftung der Fall wäre. Zur Vermeidung von unbilligen Härten wird die Haftungsbeschränkung daher zumeist von strengen Regelungen zur Kapitalaufbringung und, bei der häufig in größerem Umfang am Rechtsverkehr teilnehmenden AG, zur Kapitalerhaltung flankiert.¹⁷⁹ Das Zusammenwirken dieser Regelungen rechtfertigt die Abweichung vom Grundsatz der persönlichen Haftung. Es obliegt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, ob er neben einem Rechtssubjekt die Gesellschafter weiterhin persönlich haften lassen möchte oder ob er Kapitalsicherungsmaßnahmen anordnet, um die Gläubiger mit dem Gesellschaftsvermögen zu vertrösten. Dass sich dementsprechend die Annahme einer Rechtssubjektivität und die persönliche Haftung der Gesellschafter nicht widersprechen, belegt auch die Existenz der Rechtsform der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA).¹⁸⁰ Diese ist trotz ihrer Bezeichnung als Kommanditgesellschaft eine juristische Person (§ 278 Abs. 1 Hs. 1 AktG).¹⁸¹ Dennoch gibt es (mindestens) einen persönlich haftenden Gesellschafter, obwohl unstrittig ein Rechtssubjekt vorhanden ist. Wenn sogar die Rechtspersonlichkeit einer juristischen Person der Haftung einiger Gesellschafter nicht entgegensteht, dann kann die Rechtssubjektivität der GbR erst recht nicht diametral zur persönlichen Haftung stehen. Der Schluss, dass ein Rechtssubjekt schon deswegen nicht existieren könne, weil die persönliche Haftung der Gesellschafter beibehalten wird, kann folglich nicht überzeugen.¹⁸²

(c) Steuerrechtliche Erwägungen

Auch der Rekurs auf das Steuerrecht vermag die Annahme der Rechtssubjektivität der GbR nicht auszuschließen. Ob die Gesellschaft oder die Gesellschafter besteuert werden, richtet sich nicht zwingend nach dem Gesellschaftsrecht. Das Steuerrecht folgte noch nie einhellig der Terminologie und den Einordnungen des Gesellschaftsrechts.¹⁸³ Die Änderungen des MoPeG im Gesellschaftsrecht können zwar zu verfassungsrechtlichen Zweifeln an der Zulässigkeit der transparenten

¹⁷⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 165; *Wicke*, GmbHG, § 13 Rn. 3; *Reuter*, AcP 207 (2007), S. 673 (688) hebt die Bedeutung von Gläubigerschutzvorschriften hervor.

¹⁸⁰ *Fastrich*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG*, § 13 Rn. 5 weist mit Blick auf die KGaA darauf hin, dass die Haftungsbeschränkung typisch, aber nicht wesensnotwendig für die juristische Person ist. Siehe auch *Schall*, in: FS Heidel, 2021, S. 155 (166).

¹⁸¹ *Mertens/Cahn*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, § 278 Rn. 10; *Perlitt*, in: *MüKoAktG*, § 278 Rn. 2, 83; so bereits ausdrücklich der frühere § 219 Abs. 1 AktG von 1937, siehe *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 219 S. 919.

¹⁸² So im Ergebnis auch *Bauermeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (747 f.); siehe auch kritisch zu Haftungsbeschränkungen *Röß*, NZG 2023, 727 (730 ff.).

¹⁸³ Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S 3 (S6); *Bachmann*, FR 2022, 709 (711); *Desens*, GmbHR 2023, 772 (773 Rn. 9); *M. Noack*, BB 2021, 643 (644); das übersieht auch *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (74).

Besteuerung führen,¹⁸⁴ dies ist jedoch ein Problem des Steuer-, nicht des Gesellschaftsrechts. Überdies ist die Terminologie des Steuerrechts durch das MoPeG nicht obsolet geworden. Der Gesetzgeber möchte den Begriff des Gesamthandsvermögens als Gesellschaftsvermögen und damit in Abgrenzung zum Vermögen der Gesellschafter als Sonderbetriebsvermögen verstanden wissen.¹⁸⁵

Unabhängig von diesen Problemen kann aber auch aus anderen Gründen aus dem Festhalten des Gesetzgebers an der transparenten Besteuerung kein Rückschluss auf die Rechtssubjektivität der GbR gezogen werden. Der § 105 Abs. 3 HGB n.F. erklärt die GbR-Vorschriften zur Grundlage des OHG-Rechts. Wenn demnach das Steuerrecht Einfluss auf die Ausgestaltung der GbR haben soll, dann müsste dies zugleich für die OHG gelten. Spätestens seit dem Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftssteuerrechts (KöMoG)¹⁸⁶ führt diese Annahme aber zu erheblichen Problemen. Nach § 1a Abs. 1 S. 1 KStG können Personenhandelsgesellschaften auf Antrag wie Kapitalgesellschaften, also intransparent, besteuert werden.¹⁸⁷ Da diese Gesellschaften wohl kaum mit dem Antrag zu Rechtssubjekten erstarken, liegt es näher, das Steuerrecht als das zu begreifen, was es ist: eine vom Gesellschaftsrecht weitestgehend verselbständigte Regelungsmaterie.¹⁸⁸

(2) Die Lösung des Gesetzgebers

Die von Escher-Weingart genannten Argumente belegen zwar, dass es sich bei der GbR nicht um eine juristische Person nach dem klassischen Verständnis han-

¹⁸⁴ Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S. 3 (S6f.); *Bachem*, DStR 2022, 725 (726); *Bachmann*, FR 2022, 709 (711); *Röder*, DStR 2023, 1085 (1088); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Auswirkungen des MoPeG, Az. WD 4 – 3000 – 051/21, S. 8 ff., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/847526/93583924611a0e252d0fbb40bce2c3c4/WD-4-051-21-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 31.10.2023); siehe zusammenfassend auch *Hubert/Stokes*, in: Strahl/Carlé/Müller, Reformen für Personengesellschaften, S. 179 ff.

¹⁸⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 107; zustimmend *Fleischer*, DStR 2021, 430 (433).

¹⁸⁶ BGBI. I, 2021, S. 2050.

¹⁸⁷ Siehe vertieft *Linn/Maywald*, IStR 2021, 825 (831).

¹⁸⁸ Ähnlich im Ergebnis auch *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1446); *Bachmann*, FR 2022, 709 (711); *ders.*, NJW 2021, 3073 (3075); *Osterloh-Konrad*, in: Schön/Stark, Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, S. 1 (19); *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (28), die Bedenken seien „unplausibel“; für eine dahingehende gesetzliche Klarstellung noch *Heinze*, DStR 2020, 2107 (2110); siehe weiterführend zu den Auswirkungen des MoPeG auf das Steuerrecht *Bode*, in: Brandis/Heuermann EStG, 161. EL März 2022, § 15 Rn. 312g ff. m. w. N.; *Bachem*, DStR 2022, 725 (726 ff.); *Desens*, GmbHR 2023, 772 (774 ff.); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Auswirkungen des MoPeG, Az. WD 4 – 3000 – 051/21, S. 8, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/847526/93583924611a0e252d0fbb40bce2c3c4/WD-4-051-21-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 31.10.2023). *Fischer*, in: FS Crezelius, 2018, S. 117 (122 ff.) stimmt der Autonomie des Steuerrechts zwar grundsätzlich zu, fürchtet allerdings „Wechselwirkungen“ mit dem Gesellschaftsrecht. Siehe zudem die überbordende Kritik von Katja Hessel MDB, BT-Plenarprotokoll 19/236, Anlage 31, 30845 B ff.

delt, viel mehr ist mit dieser Feststellung aber nicht gewonnen. Aus der Ablehnung des einen folgt noch kein anderes. Zöllner stellte einmal überzeugend fest: „Ich wiederhole [...], daß man Rechtsfolgen im einzelnen nicht aus einer vorgefaßten Zuordnung der BGB-Gesellschaft zu bestimmten begrifflichen Kategorien deduzieren darf, vielmehr sich zu bemühen hat, das Verständnis von der Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft so gut wie möglich an ihrem Normenbestand auszurichten.“¹⁸⁹ Es ist daher notwendig, noch einmal den Blick auf den Normenbestand und die Intention des Gesetzgebers zu richten.

Der § 705 Abs. 2 BGB n. F. erklärt bei einem entsprechenden Willen der Gesellschafter die GbR zur rechtsfähigen Personengesellschaft. Die Gesellschaft ist damit selbst Träger von Rechten und Pflichten (§ 14 Abs. 2 BGB). Kongruierend damit wird die Gesellschaft durch den § 713 BGB n. F. zur Trägerin des Gesellschaftsvermögens aufgewertet. Ebenfalls stimmig führt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Regelung des § 712 Abs. 1 BGB n. F. aus, dass die Anwachsung sich im Unterschied zu der Vorgängernorm nur auf die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten bezieht, da keine Gesamthandsberechtigung am Gesellschaftsvermögen mehr besteht.¹⁹⁰ In diesem Sinne ist auch die Gesamtrechtsnachfolge nach § 712a Abs. 1 BGB n. F. zu verstehen.¹⁹¹ Ausdrücklich wird zu § 719 Abs. 1 BGB n. F. ausgeführt, dass die GbR „[a]ls Rechtssubjekt entsteht“¹⁹². Dass es sich dabei nicht um ein redaktionelles Versehen handelt, zeigt überdies die Einführung des Gesellschaftsregisters. Das Subjektregister ist gerade die Kehrseite der Anerkennung der GbR als Rechtssubjekt.¹⁹³ Dies wird auch in anderen Gesetzen bestätigt, indem etwa in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO die Formulierung „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ in „rechtsfähige Personengesellschaften“ geändert wurde.

Im Ergebnis kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber die Rechtssubjektivität der GbR gewollt hat. Das von ihm geschaffene Konzept ist weit überwiegend stimmig und seine Intention hat Niederschlag im Normenbestand gefunden. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist überdies nicht an die dogmatischen Zuordnungen gebunden.¹⁹⁴ Die Ausgestaltung der von ihm geschaffenen Gesellschaftsformen steht dem Gesetzgeber frei.¹⁹⁵ Die begriffliche Zuordnung von Gesellschaften hat keinen Selbstzweck, sondern erschöpft sich in der Umschreibung des Vorgefundenen.¹⁹⁶ Konfligiert das alte Begriffsverständnis

¹⁸⁹ Zöllner, in: FS Kraft, 1998, S. 701 f.

¹⁹⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 146.

¹⁹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 147; a. A. Escher-Weingart, WM 2022, 2297 (2302).

¹⁹² BT-Drs. 19/27635, S. 161.

¹⁹³ BT-Drs. 19/27635, S. 128.

¹⁹⁴ Fleischer, DB 2020, 1107 (1110); ders., NZG 2023, 242, (248) hat die Aufgabe des Gesetzgebers treffend mit dem Satz „*lex moneat, non doceat*“ umschrieben. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, aus dem geschaffenen Regelungswerk eine Dogmatik herauszuarbeiten. Zustimmung auch Martens, AcP 221 (2021), 68 (75 Fn. 45).

¹⁹⁵ Siehe zur Gestaltungsmacht des Gesetzgebers Schön, in: FS Ulmer, 2003, S. 1359 (1364 ff.).

¹⁹⁶ Vgl. auch Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S4 f.); Osterloh-Konrad, in: Schön/Stark, Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, S. 1 (13).

mit dem neuen Normenbestand, so zwingt dies zur Änderung des Begriffsverständnisses und nicht andersherum. Es gilt: *form follows function*.

Das vorgenannte Verständnis der fehlenden Rechtssubjektivität der GbR ist somit mit Blick auf die dieser Ansicht zugrundeliegende Unterschätzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes und der Hochstilisierung der Abgrenzung der Gesamthand zur juristischen Person abzulehnen.

3. Fazit

Die Beantwortung der Frage nach der Abschaffung des Gesamthandsprinzips durch das MoPeG hängt nach der vorangestellten Analyse also maßgeblich vom jeweiligen Begriffsverständnis ab. Es ist daher wortwörtlich „gleichgültig“, sowohl die Abschaffung als auch die Beibehaltung der Gesamthandslehre anzunehmen. Letzteres erfordert jedoch ein dem Normenbestand entsprechendes Verständnis.¹⁹⁷ Es bietet sich allerdings an, die Gelegenheit zu nutzen und alte Zöpfe abzuschneiden. Der Gesamthandsbegriff sorgt für Verwirrung und lässt vieles im Dunklen, ohne dabei Vorteile mit sich zu bringen.¹⁹⁸ Es erscheint daher vorzugswürdiger, schlicht die einzige auch im Gesetz verwendete¹⁹⁹ Terminologie der rechtsfähigen Personengesellschaften in Abgrenzung zu den Personen zu verwenden.²⁰⁰ Der Begriff der Gesamthand ist überzeugenderweise auf seinen vermögensrechtlichen Ursprung zurückzuführen und erlangt fortan (nur) noch Bedeutung für die nicht rechtsfähigen Gemeinschaften wie etwa die Erbengemeinschaft.²⁰¹

V. Zwischenergebnis

Für die Strukturmerkmale der GbR ist folglich festzuhalten, dass auch die Reform des MoPeG an wesentlichen Elementen des tradierten Verständnisses festhält. Dies resultiert nicht nur aus dem historisch gewachsenen Regelungsstandort der §§ 705 ff. BGB im besonderen Schuldrecht, sondern auch aus dem fortbestehenden Ausschluss der Ein-Mann-Gesellschaft.

Ebenfalls wurde geklärt, dass auch weiterhin alle rechtsfähigen Subjekte Gesellschafter einer GbR sein können. Insbesondere wurde aufgezeigt, dass der § 707a

¹⁹⁷ Ähnlich Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S4).

¹⁹⁸ *Bachmann*, FR 2022, 709 (710) geht davon aus, dass der Begriff der Gesamthand ohnehin bereits als bloßes Kürzel für die Personengesellschaft verwendet werden würde, ohne damit die Rechtsfähigkeit in Frage zu stellen.

¹⁹⁹ Steuergesetze folgen, wie beschrieben, ihrer eigenen Terminologie; siehe auch *Beuthien*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 5, § 1 Rn. 35.

²⁰⁰ *Bachmann*, in: FS Henssler, 2023, S. 769 (783); *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 (722); siehe auch *Fleischer*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, I (23).

²⁰¹ *Bachmann*, in: FS K. Schmidt II, Bd. I, 2019, S. 49 (52); *ders.*, NZG 2020, 612 (616); *ders.*, FR 2022, 709 (711); *Werthenbruch*, ZPG 2023, 1 (7); *ders.*, JZ 2023, 78 (79).

Abs. 1 S. 2 BGB n.F. keine materielle Wirkung hat und demnach auch eine nicht eingetragene GbR an einer anderen (e)GbR beteiligt sein kann. In der Folge waren die Beteiligung einer GbR an der Gründung einer eGbR und der Eintritt in eine solche Gesellschaft zu unterscheiden. Während es bei der Gründung zur Zurückweisung des Eintragungsantrages kommt, werden im Falle des Eintritts der Registerzwang und der Vertrauensschutz des § 15 HGB relevant.

Nachfolgend wurde außerdem erläutert, weswegen die Legaldefinition des § 705 BGB n.F. sich von einigen Elementen der Vorgängernorm verabschiedet hat. Ob zu diesen aufgegebenen Elementen auch die Gesamthand zählt, ist heftig umstritten. Es wurde analysiert, dass in diesem Diskurs vor allem deswegen keine Einigung zu erwarten ist, da häufig unter Zugrundelegung unterschiedlicher Begriffsverständnisse aneinander vorbeigeredet wird. Tatsächlich ist das Gesamthandsprinzip für die GbR abgeschafft worden, wenn man den vermögensrechtlichen Gesamthandsbegriff zugrunde legt. Folgt man dem personenrechtlichen Begriffsverständnis, so folgt daraus, wie erörtert, der Ausschluss der Rechtssubjektivität. Vielmehr ist das Verständnis des Gesamthandsbegriffes den veränderten normativen Gegebenheiten anzupassen. Überzeugenderweise ist jedoch im Personengesellschaftsrecht gänzlich auf den Begriff der Gesamthand zu verzichten und fortan schlicht von rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Personengesellschaften zu sprechen.

C. Besondere Ein- und Austragungen im Gesellschaftsregister

Bereits zu Beginn dieser Arbeit wurde beschrieben, wie die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen wird. Während einige besondere Fälle der Eintragung von Angaben zur Gesellschaft selbst noch im späteren Verlauf behandelt werden, soll zunächst ein Blick auf die Eintragungen der Gesellschafter gelegt werden.

I. Registerrechtliche Behandlung der Löschung eines Gesellschafters

Gemäß der Regelung des § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. können sowohl Personen als auch Personengesellschaften als Gesellschafter einer eGbR ins Gesellschaftsregister eingetragen werden. Eine Sonderregelung besteht für die GbR, welche als Gesellschafter einer eGbR eingetragen werden soll. Nach § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. ist die Voreintragung der Gesellschafter-GbR erforderlich, bevor sie bei der eGbR eingetragen werden kann. Die Devise lautet daher: Keine Umgehung der Registerpublizität durch mehrstufige Beteiligungsstrukturen.²⁰²

²⁰² BT-Drs. 19/27635, S. 132; siehe auch *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1117).

Die Eintragungsunfähigkeit der GbR beseitigt zwar auf den ersten Blick das Problem der Intransparenz der Beteiligungsverhältnisse, schafft aber gleichzeitig neue Fragestellungen. Eine nicht eingetragene GbR (hier Beteiligungsgesellschaft genannt) kann materiell-rechtlich ohne Weiteres Gesellschafter einer anderen nicht eingetragenen GbR (hier Hauptgesellschaft genannt) sein. Für die Gesellschafterstellung ist lediglich die Rechtsträgereigenschaft notwendig, welche die GbR nach den zuvor erläuterten Grundsätzen in der Regel bereits mit dem Entschluss der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr erlangt (§ 705 Abs. 2 Hs. 1 BGB n. F.).²⁰³ Soll nun die Hauptgesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen werden, so scheidet die Eintragung, da die nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n. F. i. V. m. § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. erforderlichen Angaben aufgrund der fehlenden Voreintragung der Beteiligungsgesellschaft nicht beigebracht werden können. Wenn die Hauptgesellschaft hingegen von Anfang an nur eintragungsfähige Gesellschafter hat, kann sie registriert werden. Problematisch wird es in dem Moment, in dem ein eingetragener Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an eine nicht eingetragene GbR veräußert. Nach der gesetzlichen Konzeption ist auch dieser Vorgang des Anteilsüberganges nicht von einer konstitutiven Eintragung abhängig, da ansonsten die verpflichtende Änderung der Gesellschaftsregistereintragung nach § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. leerlaufen würde. Folglich kann die nicht eingetragene GbR materiell wirksam die Gesellschafterstellung erlangen; es fragt sich nur, wie dieser Sachverhalt registerrechtlich zu behandeln ist.

Entweder der (Alt-)Gesellschafter, welcher den Anteil an die GbR veräußert hat, wird aus dem Gesellschaftsregister ausgetragen und das Register bleibt so lange unvollständig, bis die GbR eingetragen werden kann (Trennungsmodell),²⁰⁴ oder der Altgesellschafter muss so lange im Register eingetragen bleiben, bis der Gesellschafterwechsel registerrechtlich vollständig nachvollzogen worden ist (Einheitsmodell).

1. Wortlaut & Gesetzssystematik

Für welches System sich der Reformgesetzgeber entschieden hat, ergibt sich im besten Fall unmittelbar aus dem Normenbestand. Mangels Ausführungen zu diesem Problem im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses stehen von den klassischen Auslegungsmethoden in erster Linie die Analyse des Wortlautes und der Gesetzes-systematik zur Verfügung.

²⁰³ Siehe S. 47.

²⁰⁴ Der Begriff des Trennungsmodells bezeichnet hier die getrennte Behandlung von Ein- und Austritt.

a) Semantische Auslegung

Der Wortlaut des § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. erklärt nur „das Ausscheiden eines Gesellschafters und de[n] Eintritt eines neuen Gesellschafters“ zu eintragungspflichtigen Veränderungen. Der Begriff des Gesellschafterwechsels wird diesbezüglich nicht erwähnt, sodass sich zunächst die Frage stellt, wie ein solcher dogmatisch zu begründen ist.

Die erste Möglichkeit ist, dass der Altgesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, mit der Folge, dass sein Gesellschaftsanteil nach § 712 Abs. 1 BGB n.F. den anderen Gesellschaftern anwächst. Daraufhin tritt der neue Gesellschafter in die Gesellschaft ein, was nach § 712 Abs. 2 BGB n.F. das Abwachsen des Gesellschaftsanteils bei den anderen Gesellschaftern zur Folge hat. Diese Art des Wechsels findet in jedem Fall Anwendung, wenn die Alt- und Neugesellschafter unabhängig voneinander handeln. Doch selbst wenn ein geplanter Wechsel vorliegt, kann es durch einen sog. Doppelvertrag zu der zuvor beschriebenen Situation kommen.²⁰⁵ In diesen Fällen mögen sich die Vorgänge zwar gegenseitig bedingen, für zumindest eine juristische Sekunde²⁰⁶ vollzieht sich aber der beschriebene Prozess.²⁰⁷

Die zweite Möglichkeit, in der es nicht zu einem Ausscheiden und den damit verbundenen Folgen wie etwa dem Abfindungsanspruch nach § 728 Abs. 1 BGB n.F. kommt, sondern eine Rechtsnachfolge begründet wird, ist die Abtretung des Gesellschaftsanteils (§ 711 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.).²⁰⁸ Auch wenn es demgemäß nicht zu einem Ausscheiden und Eintreten kommt, ist diese Konstruktion ebenfalls von § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. erfasst.²⁰⁹ Aus Sicht des Registers ist es nämlich unerheblich, auf welchem Wege der Gesellschafter wechselt. Das Register wird auf die eine oder andere Weise unrichtig und soll korrigiert werden müssen.

Zieht man den Wortlaut des § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n.F. zur Beantwortung der Frage nach der Löschung des Altgesellschafters heran, könnte man auf Grundlage des soeben Festgestellten das Wort „und“ zwischen Eintritt und Ausscheiden als Anhaltspunkt für eine dritte Kategorie begreifen. Demnach gäbe es den Eintritt, das

²⁰⁵ RGZ 83, 312 (314f.); BGH NJW 1975, 166 (167); Schäfer, in: MüKoBGB, § 719 Rn. 17; Bergmann, in: Schäfer MoPeG, § 7 Rn. 3; Fleischer, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 455; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 288; Henssler, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 105 Rn. 116; Schunke, JURA 2022, 1287 (1288); Haas/Wöstmann, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 105 Rn. 142.

²⁰⁶ Vgl. Marotzke, AcP 191 (1991), 177 ff.

²⁰⁷ Kell, in: BeckOGK BGB, § 719 Rn. 53; Fleischer, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 456; Haas/Wöstmann, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 105 Rn. 142.

²⁰⁸ Aumann, notar 2022, 99 (100); Kell, in: BeckOGK BGB, § 719 Rn. 64; Roth, in: Hopt HGB, § 105 Rn. 69; Kindler, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 105 Rn. 61; siehe auch Bialluch-von Allwörden, NZG 2022, 791 f.

²⁰⁹ Bergmann, in: Schäfer MoPeG, § 7 Rn. 3; Servatius, GbR, § 707 Rn. 22; Klimke, in: BeckOK HGB, § 107 Rn. 3; für eine analoge Anwendung *ders.*, in: BeckOK HGBnF, § 106 Rn. 57.

Ausscheiden und die Verbindung von Eintritt und Ausscheiden – den Gesellschafterwechsel –, wobei die beiden Vorgänge in Letzterem dergestalt miteinander verbunden sind, dass der Gesellschafterwechsel nur einheitlich i. S. d. Einheitsmodells behandelt werden kann. Zwingend ist dieser Schluss jedoch nicht. Im Gegenteil lässt sich die Norm auch so lesen, dass für das Register nur zwei Fälle relevant sind. Erstens, wenn ein Gesellschafter die Gesellschaft verlässt, und zweitens, wenn ein neuer Gesellschafter hinzukommt. Die Begriffe des Eintritts und des Ausscheidens sind demgemäß untechnisch zu verstehen und verdeutlichen, dass unabhängig von der gesellschaftsinternen Ausgestaltung (einstufige Rechtsnachfolge oder zweistufige Kombination) registerrechtlich die Fälle getrennt i. S. d. Trennungsmodells als Aus- und Eintritt zu behandeln sind. Der Wortlaut ist mithin nicht eindeutig, was die Heranziehung weiterer Auslegungsmethoden erforderlich macht.

b) Systematischer Vergleich zur Gesellschafterliste

Im gesetzessystematischen Vergleich können Gemeinsamkeiten mit und Unterschiede gegenüber der Behandlung von Eintragungen in die GmbH-Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) Rückschlüsse auf die Führung des Gesellschaftsregisters geben.

Der Gesellschafterwechsel in einer GmbH vollzieht sich gänzlich außerhalb des Handelsregisters. Im Unterschied zur GbR kommt es auch anschließend nicht zur deklaratorischen Registereintragung, sondern der Gesellschafterwechsel wird im Rahmen der Gesellschafterliste nachvollzogen (§ 40 GmbHG). Diese Liste weist die aktuellen Gesellschafter aus und legitimiert sie gemäß § 16 GmbHG gegenüber der Gesellschaft und Dritten.²¹⁰ Damit die Gesellschafterliste diesen Zweck erfüllen kann, muss sie lückenlos geführt werden.²¹¹ Daher verbietet es sich, den Austritt des Altgesellschafters in der einen und den Eintritt des neuen Gesellschafters in einer anderen, zweiten Liste anzugeben.²¹² Dafür spricht auch schon der Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG, in dem von einer „Veränderung in den Personen der Gesellschafter“ die Rede ist. Eine Veränderung der Person meint daher den Wechsel im Gesellschafterbestand an sich und nicht das Verhältnis der einzelnen Person zur Gesellschaft i. S. d. Ein- und Austritts.²¹³ Die daraus folgende Einheitlichkeit der Liste wurde auch durch die Änderung der Gesellschafterlistenverordnung bestätigt. Der § 2 GesLV²¹⁴ enthält die sog. Veränderungsspalte. In diese werden, ähnlich dem Grundbuch, die Veränderungen in der Gesellschafterliste deutlich hervorgehoben.²¹⁵

²¹⁰ Zur Gesellschafterliste noch ausführlich unter § 5 S. 215 ff.

²¹¹ *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (402); *ders.*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 24a Rn. 6a.

²¹² *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (177).

²¹³ Zutreffend daher *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (403); *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 707a Rn. 9; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (177); *Stock*, NZG 2023, 361 (364).

²¹⁴ Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste (GesLV), BGBI. I, 2018, S. 870.

²¹⁵ Siehe dazu ausführlich *Krafka*, Registerrecht, Rn. 1104.

Es wäre widersinnig zuzulassen, dass der Übergang eines Gesellschaftsanteils zwar in der Veränderungsspalte aufgeführt werden muss, die Eintragung der dort genannten übernehmenden Person oder Gesellschaft aber in einer anderen Liste erfolgen kann.²¹⁶ Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Gesellschafterliste stets dem Einheitsmodell folgt.²¹⁷ Vor dem Hintergrund, dass die nicht eingetragene GbR gemäß § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen werden kann, führt dies zwar zu Problemen, dem wird sich allerdings an anderer Stelle gewidmet werden.²¹⁸

Auf Grundlage der vorgenannten Feststellung könnte man annehmen, dass das Einheitsmodell auf das Gesellschaftsregister zu übertragen sei. Dafür spricht insbesondere ein Erst-recht-Schluss. Wenn das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Gesellschafterliste geschützt werden soll, indem die Veränderungen lückenlos nachvollziehbar sind, und dies durch die Veränderungsspalte sogar noch prominenter hervorgehoben wird, dann sollte dieser Gedanke erst recht für den auf das Gesellschaftsregister vertrauenden Rechtsverkehr gelten, der nur so die persönliche Haftung des Gesellschafters durchsetzen kann.

Diese Ansicht verkennt jedoch die grundlegenden Unterschiede zwischen der zum Handelsregister eingereichten (!) Gesellschafterliste und den Eintragungen in ein öffentliches Register. Während die Gesellschafterliste privat geführt wird und wenn überhaupt nur sehr begrenzt öffentlichen Glauben genießt,²¹⁹ weisen die Register gänzlich andere Mechanismen zum Schutz des Rechtsverkehrs wie zum Beispiel §§ 14,²²⁰ 15 HGB auf.²²¹ Der Gesetzgeber, welcher auch Änderungen in § 40 GmbHG vorgenommen hat, wusste, dass die Gesellschafterliste und die Registereintragung wesensverschieden²²² sind.²²³ In Ermangelung einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung liegt es daher eher nahe, diese Unterschiede zwischen der Gesellschafterliste und dem Register nicht zu nivellieren, sondern vielmehr hervorzuheben. Der unterschiedliche Wortlaut (Veränderung/Eintritt und Ausscheiden)

²¹⁶ Vgl. auch *Mayer/Weiler*, in: BeckNotar-HdB, § 22, Rn. 538 ff.

²¹⁷ Im Ergebnis so auch *Stock*, NZG 2020, 361 (363); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (177); *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1117); wohl auch *Schudlo/Bock*, BB 2023, 2051 (2052); a. A. *John*, NZG 2020, 243 (246). Dies erkennen wohl auch *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (664) unter Betonung der Unterschiede zur eGmbH, was ihre Ausführungen zur Austragung des GbR-Gesellschafters perplex wirken lässt.

²¹⁸ Siehe unter § 5 S. 215 ff.

²¹⁹ *Mayer*, MittBayNot 2014, 24 (25); *Damm*, BWNNotZ 2017, 2 (3); *Vossius*, DB 2007, 2299 (2300 ff.). Die von *Hermanns*, DNotZ 2022, 3 (6) angenommene Gleichstellung von Grundbuch und Gesellschafterliste ist daher verfehlt.

²²⁰ Der § 14 HGB wird zwar auch auf die Gesellschafterliste angewendet, adressiert aber hier nur den verpflichteten Geschäftsführer und nicht die Gesellschafter; siehe dazu noch unter § 4 Fn. 56.

²²¹ Zu den Schutzmechanismen im vorliegenden Fall unter § 5 S. 210 ff. und § 5 S. 241 ff.

²²² Vgl. auch *Szalai*, NWB 2023, 500 (503).

²²³ Siehe etwa BT-Drs. 19/27635, S. 261, 271.

sowie die verschiedenartigen Konzeptionen zum Schutz des Rechtsverkehrs stehen einer Gleichbehandlung entgegen.

c) Systematischer Vergleich zum Handelsregister

Möglicherweise deutet auch der Vergleich zum Handelsregister auf die Trennungslösung hin. Der § 106 Abs. 6 HGB n. F. enthält eine dem § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. vergleichbare Regelung, welche ebenfalls keine Aussage zur registerrechtlichen Behandlung des Gesellschafterwechsels enthält. Gleiches gilt für den Art. 89 EGHGB n. F.²²⁴

In Ermangelung einer Regelung könnte man demnach annehmen, dass wie bisher im Handelsregister zu verfahren sein soll. Allerdings schafft dies vorliegend keine Klarheit, da die Situation, dass ein Gesellschafter materiell rechtmäßig an einer Gesellschaft beteiligt sein kann, aber zugleich nicht registerfähig ist, ein Novum darstellt.

2. Telos & Risikosphären

Festzuhalten bleibt bisher, dass es keine eindeutige Regelung zur registerrechtlichen Behandlung der Situation gibt, der Vergleich mit der Gesellschafterliste aber eher die Tendenz zum Trennungsmodell erkennen lässt. Die Verweigerung der Austragung eines Altgesellschafters aus dem Register stellt überdies, insbesondere aufgrund der fortdauernden Vertrauenshaftung, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in dessen Rechte dar.²²⁵ Wenn demnach trotz allem das Einheitsmodell angewendet werden sollte, so muss sich dies wenigstens unter Heranziehung des Regelungszweckes, insbesondere in Bezug auf die gesetzliche Risikoverteilung, begründen lassen.

a) Haftungsfragen

Das Gesellschaftsregister dient in erster Linie dem Verkehrsschutz.²²⁶ Für einen potenziellen Gläubiger der eGmbH ist vor allem von Bedeutung, wer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftet und wessen Liquiditätsrisiko er tragen muss. Für Altverbindlichkeiten haften sowohl der Altgesellschafter nach § 728b BGB n. F. als auch der neue Gesellschafter nach § 721a S. 1 BGB n. F. Für Verbindlichkeiten, die nach dem Austritt begründet wurden, haftet grundsätzlich nur der

²²⁴ John, NZG 2022, 243 (246).

²²⁵ Im Ansatz ähnlich John, NZG 2022, 243 (245), der die hier als Einheitsmodell bezeichnete Lösung für „nicht angemessen“ hält.

²²⁶ Siehe oben unter § 2 S. 28 ff.

neue Gesellschafter nach § 721 BGB. Neben diesem könnte der Altgesellschafter haften, sofern man ihm die Löschung aus dem Gesellschaftsregister verweigert. Jedenfalls in den Fällen des Gesellschafterwechsels kann sich der Gläubiger nämlich auf die Eintragungen im Register gemäß § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. i. V. m. § 15 Abs. 1 HGB verlassen.²²⁷

Überdies wäre es auch zirkulär anzunehmen, dass die Löschung dem Altgesellschafter zu verweigern ist, weil anderenfalls die Haftung des § 15 Abs. 1 HGB entfiel. Zu dieser kommt es erst, wenn eine Austragung nicht zugelassen wird. Vielmehr muss gefragt werden, ob unter Abwägung der berechtigten Interessen eine Anwendung des § 15 Abs. 1 HGB erforderlich ist, um Unbilligkeiten abzuwenden.

b) Verkehrsschutz

Wird der Altgesellschafter aus dem Register gelöscht, so vermag der Rechtsverkehr zwar zu erkennen, dass sich der Gesellschafterbestand geändert hat, nicht jedoch, ob es sich dabei um einen Austritt oder um einen Gesellschafterwechsel handelt, mit der Folge, dass ein neuer persönlich haftender Gesellschafter (§ 721a S. 1 BGB n. F.) zur Verfügung steht. Ein Gesellschaftsgläubiger hat daher keine effektive Möglichkeit herauszufinden, dass fortan die GbR für die neu begründeten Schulden der Gesellschaft haftet.²²⁸ Dieser Aspekt des Verkehrsschutzes spricht für das Einheitsmodell.²²⁹

Bei näherer Betrachtung wird der Rechtsverkehr aber durch das Einheitsmodell über die Maße privilegiert. Findet ein Gesellschafterwechsel in einer eGbR mit beispielsweise drei Gesellschaftern statt und wird der eingetragene Altgesellschafter daraufhin gelöscht, weist das Register aufgrund der Eintragungsunfähigkeit der die Beteiligung übernehmenden GbR nur noch zwei Gesellschafter aus. Kontrahiert nun ein Dritter mit der eGbR, muss er aufgrund der Registerlage annehmen, dass die eGbR nur zwei Gesellschafter hat.²³⁰ Die Gesellschafterstellung der nicht eingetragenen GbR ist für ihn dann „ein Geschenk des Himmels“. Die wahre Rechtslage begünstigt ihn somit gegenüber der registerrechtlich ausgewiesenen Gesellschafterzusammensetzung. Dass die Haftung des Altgesellschafters aufgrund einer erhöhten Liquidität für den Gläubiger unter Umständen noch günstiger wäre, rechtfertigt die Lösungsverweigerung nicht, da die Verbindlichkeit nicht in der Erwartung abgeschlossen wurde, der Altgesellschafter sei noch Gesellschafter.

²²⁷ Zur Anwendbarkeit von § 15 HGB auf das Gesellschaftsregister noch unter § 5 S. 214 ff.

²²⁸ Siehe auch noch S. 87 f.

²²⁹ So wohl *Stock*, NZG 2023 361 (363), der auf die „materielle Richtigkeitsgewähr des Registers“ hinweist.

²³⁰ Wenn mit der eGbR kontrahiert wird, bevor es zu dem Gesellschafterwechsel kam, dann ist die Löschung aus dem Register aufgrund der Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters gemäß § 728b BGB n. F. ebenfalls unerheblich für den Gläubiger. Für das Hinzutreten der GbR gilt das oben Ausgeführte.

c) *Sinn und Zweck der Vertrauenshaftung*

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass sich der vorliegende Fall auch in anderen Punkten von den üblichen Konstellationen des § 15 HGB unterscheidet. Während häufig die Nachlässigkeit durch die fortgesetzte Haftung sanktioniert wird, hat der Gesellschafter im konkreten Fall alles in seiner Macht Stehende getan, um die Löschung aus dem Gesellschaftsregister zu erreichen. Wurde der Gesellschaftsanteil einmal an die GbR übertragen, so kann sich der Altgesellschafter nicht durch die erneute Übertragung an einen Dritten aus der Registerlage befreien, da es eine dem § 16 Abs. 3 GmbHG vergleichbare Regelung im BGB nicht gibt.

d) *Wirkungsweisen von Gesellschaftsregister und Gesellschafterliste*

Die unterschiedlichen Wirkungsweisen von Register und Liste zeigen sich insbesondere daran, dass das Risiko der Inanspruchnahme aus § 15 HGB bei der dem Einheitsmodell folgenden Gesellschafterliste nicht besteht. Während die Gesellschafterliste primär den Erwerber unter Zugzwang setzt, etwa durch das Risiko des Verlustes des Gesellschaftsanteiles in Folge eines gutgläubigen Erwerbs (§ 16 Abs. 3 GmbHG) oder den Ausschluss von der Ausübung der Gesellschafterrechte und damit auch des Gewinnbezuges (§ 16 Abs. 1 GmbHG),²³¹ wird beim Handels- und Gesellschaftsregister der Veräußerer unter Druck gesetzt. Dem Veräußerer von Personengesellschaftsanteilen droht die Haftung nach § 15 HGB, wenn dieser nicht seinen Pflichten nachkommt, was vorliegend aber geschehen ist.²³² In Übereinstimmung mit dieser Konzeption scheint daher das Trennungsmodell sinnvoller.

3. Das Verbot des faktischen Registerzwanges

Ungeachtet der voranstehenden Erwägungen könnte das Einheitsmodell ohnehin unzulässig sein. Werden mehrere selbständige Tatsachen gemeinsam zum Gesellschaftsregister angemeldet oder liegen sie zumindest zur gemeinsamen Erledigung vor, dann sind sie gemäß § 707d BGB n.F., § 1 Abs. 1 GesRV i. V. m. § 14 Abs. 2 HRV gleichzeitig unter einer fortlaufenden Nummer einzutragen.²³³ Selbst im Falle des Ausscheidens des Altgesellschafters und Eintretens des neuen Gesellschafters ist daher in der Regel ein einheitlicher Vollzug vorzunehmen. Wenn die Eintragung wegen der Eintragungsunfähigkeit der GbR nicht vollzogen werden kann, dann hat das Registergericht die Eintragung durch Zwischenverfügung wegen eines behebbaren Mangels gemäß § 382 Abs. 4 S. 1 Var. 2 FamFG auszusetzen.

²³¹ Siehe dazu noch vertieft unter § 5 S. 217 f.

²³² Noack/Boguslawski, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1118).

²³³ Krafka, Registerrecht, Rn. 187; vgl. auch Szalai, in: BeckOGK HRV, § 14 Rn. 6.

Dieser Mechanismus führt jedoch noch nicht dazu, dass der Altgesellschafter tatsächlich bis zur Voreintragung der GbR im Register bleiben muss. Es kann bereits bei der Anmeldung oder auch zu jedem späteren Zeitpunkt der getrennte Vollzug beantragt werden.²³⁴ Das Registergericht ist in diesen Fällen verpflichtet, die Eintragung getrennt vorzunehmen, wenn es sich um selbständige Tatsachen handelt.

Im Registerrecht gibt es das Verbot des faktischen Registerzwanges. Gemeint ist damit, dass wenn eine öffentlich-rechtliche Anmeldepflicht²³⁵ für eine bestimmte Tatsache besteht und eine dementsprechende vollständige und ordnungsgemäße Anmeldung vorliegt, diese Eintragung vom Registergericht unverzüglich einzutragen ist.²³⁶ Eine Verweigerung der Eintragung mit Verweis auf die Erfüllung einer anderen Pflicht stellt eine unzulässige Verknüpfung der Pflichten dar, denn das Register muss nach Möglichkeit mit der wahren Rechtslage in Einklang gehalten werden und somit mindestens alle ordnungsmäßig angemeldeten Tatsachen abbilden.²³⁷ Jede Eintragungspflicht ist selbständig, etwa durch die Verhängung eines Zwangsgeldes gemäß § 707b Nr. 2 BGB n.F. i. V.m. § 14 HGB, durchzusetzen.

Fraglich ist daher nur, ob es sich beim Gesellschafterwechsel um zwei selbständige Tatsachen handelt. Jedenfalls dann, wenn die Variante des Ausscheidens und des Eintritts gewählt wird, liegen zwei selbständige Tatsachen vor. Es kann keinen Unterschied geben zwischen dem Fall, in dem ein Gesellschafter schlicht aus der Gesellschaft ausscheidet und ein neuer Gesellschafter, etwa aus Liquiditätsgründen oder wegen besonderer Fachkenntnisse, aufgenommen wird, oder ob es sich um ein geplantes Ausscheiden und Eintreten handelt. Eine Nichteintragung des Ausscheidens, weil ein Eintreten nicht eingetragen werden kann, würde daher unter das Verbot des faktischen Registerzwanges fallen.²³⁸ Anderes könnte sich für den Fall der Abtretung des Gesellschaftsanteils ergeben, da es sich um eine Rechtsnachfolge handelt.²³⁹

Auch hier ist allerdings aus Sicht des Registers der eine Gesellschafter auszutragen und der andere einzutragen.²⁴⁰ Vor diesem Hintergrund stellt auch die Rechts-

²³⁴ *Krafka*, Registerrecht, Rn. 188.

²³⁵ Eine privatrechtliche Pflicht genügt nicht, BayObLGZ 1985, 257 (261).

²³⁶ BGH NJW 1977, 1879 (1880); BGH NJW 1985, 736 (738); BayObLG NJW-RR 2001, 1482; BayObLGZ 1988, 51 (54); KG OLGZ 1965, 124 (127 f.); KG GmbHR 2016, 707; OLG Hamm DB 1977, 1255; *Merkt*, in: Hopt HGB, § 14 Rn. 1; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 14 Rn. 6; *Koch/Hamos*, in: Staub HGB, § 14 Rn. 12; *Mansdörfer*, in: Heymann HGB, § 14 Rn. 6; *Schaub*, in: EBS HGB, § 14 Rn. 14.

²³⁷ KG NJW 1965, 254; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 24.

²³⁸ Dies verkennt *Stock*, NZG 361(363), der von einer gegenseitigen Bedingung aus Gründen der „materielle[n] Richtigkeitsgewähr des Registers“ spricht.

²³⁹ Dafür *Stock*, NZG 2023, 361 (363); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (178).

²⁴⁰ So ausdrücklich auch *Szalai*, NWB 2023, 500 (504), der in Bezug auf den Gesellschafterwechsel durch Abtretung festhält: „Das Registerverfahren kennt gegenwärtig nur das Ausscheiden eines Gesellschafters und den Eintritt. Die Übertragung wird damit als ein gleichzeitiges Ausscheiden des Altgesellschafters und Eintreten des Neugesellschafters behandelt (§ 707 Abs. 3 S. 2 BGB n.F.)“.

nachfolge entsprechend § 2 Abs. 3 S. 2 HRegGebV einen zweiaktigen Vorgang dar, der zu zwei Gebühren führt.²⁴¹ Selbst wenn man das Verbot des faktischen Registerzwanges für die Anteilsabtretung ablehnt, erscheint eine Differenzierung zwischen den beiden Möglichkeiten des Gesellschafterwechsels nicht nachvollziehbar.²⁴²

4. Lösungsmöglichkeiten

a) Kautelarische Absicherungen?

Für das Einheitsmodell in allen Fällen des Gesellschafterwechsels wird vereinzelt angeführt, dass der Altgesellschafter sich die GbR als Vertragspartner ausgesucht hat und folglich mit den Konsequenzen der Eintragungsunfähigkeit leben müsse. Gegen solche Risiken könne er sich schließlich im Vertrag mit der GbR absichern.²⁴³

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Sie basiert zunächst auf der unzutreffenden Annahme, dass der Gesellschafterwechsel nie als kombinierter Aus- und Eintritt erfolgen kann.²⁴⁴ Auch nach dem MoPeG ist diese Gestaltungsmöglichkeit weiterhin zulässig.²⁴⁵ Würde man dieser Ansicht folgen – wenn auch nur dahingehend, das Einheitsmodell auf die Fälle der Anteilsabtretung anzuwenden –, so würde dies zu einem praxisfernen kautelarischen Mehraufwand führen, der überdies mit dem Leitbild der GbR unvereinbar wäre.

Da auf den Ein- und Austritt das Einheitsmodell wegen des Verbotes des faktischen Registerzwanges nicht anwendbar ist,²⁴⁶ müsste bei der Annahme einer Differenzierung durch Auslegung ermittelt werden, welchen Weg des Gesellschafterwechsels die Parteien wählen wollten. Aufgrund der Formfreiheit des Gesellschafterwechsels dürfte nicht nur die Auslegung der Wechselvereinbarung, sondern insbesondere die Beweiserbringung gegenüber dem Registergericht erhebliche Probleme mit sich bringen. Bisher wurde angenommen, dass im Zweifel eine Abtretung des Gesellschaftsanteils und kein Aus- und Eintritt gewollt war, selbst wenn ein entgegenstehender Wortlaut bekannt war.²⁴⁷ Diese Annahme dürfte bei partieller Anerkennung des Einheitsmodelles nicht nur als überholt anzusehen sein, sie

²⁴¹ *Thamke*, in: BeckOK KostR, HRegGebV § 2 Rn. 4; *Thamke*, in: Korintenberg GNotKG, HRegGebV § 2 Rn. 15; siehe auch *Böhringer/Melchior*, in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, S. 79: „Das Registerverfahren kennt den Tatbestand der Übertragung nicht, sondern nur das Ausscheiden eines Gesellschafters oder den Eintritt.“

²⁴² Siehe auch *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1118).

²⁴³ So *Stock*, NZG 2023, 361 (363); *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (662).

²⁴⁴ Dafür *Stock*, NZG 2023, 361 (363); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (178); dazu aber schon oben auf S. 79.

²⁴⁵ *Haas/Wöstmann*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 105 Rn. 142; *Krafka*, in: BeckOGK GesRV, § 3 Rn. 45.

²⁴⁶ Oben auf S. 84 ff.

²⁴⁷ *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 455; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 105 Rn. 117.

wäre womöglich auch ins Gegenteil verkehrt. Für den Altgesellschafter wäre das Ausscheiden aus der Gesellschaft wegen der Möglichkeit des Registervollzuges nämlich vorzugswürdig und für die Gesellschaft wäre es unerheblich, da die Abfindungspflicht nach § 728 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. abdingbar ist.

Das entscheidende Argument gegen eine partielle Anwendung des Einheitsmodells ist hingegen der geringe Professionalisierungsgrad der GbR. Schon nach bisherigem Recht wurde eine verminderte Professionalisierung unterstellt, weswegen, wie gerade erwähnt, etwa auch der Wortlaut einer Vereinbarung über den Gesellschafterwechsel laienünstig in eine Abtretung umgedeutet werden konnte.²⁴⁸ Auch der Gesetzgeber hat diesen ausdrücklich anerkannt.²⁴⁹ Würde man annehmen, dass nur das Ausscheiden aus der Gesellschaft vollzogen werden kann, nicht aber der Gesellschafterwechsel durch Abtretung, dann wäre das eine massive Privilegierung der juristisch vorgebildeten oder beratenden Gesellschafter. Von einem Laien kann eine solche Differenzierung nicht erwartet werden.²⁵⁰ Bei einer strengen Handhabung würde der Laie, der entweder um die Eintragungsunfähigkeit der GbR oder um die optimale Ausgestaltung des Gesellschafterwechsels nicht wusste, in der durch § 15 Abs. 1 HGB vermittelten persönlichen Haftung gefangen sein. Da die Anteilsübertragung materiell wirksam ist, kann er weder den Anteil noch einmal veräußern noch vom Vertrag zurücktreten. Um diese Unbilligkeiten zu vermeiden, müsste man den Gesellschafterwechsel stets laienünstig in ein Ausscheiden und Eintreten umdeuten, was aber mit der Konzeption des § 711 Abs. 1 BGB n.F. konfligiert und weitere Probleme bereitet.

Der einzig sinnvolle Weg ist daher die Anwendung des Trennungsmodells, unabhängig von der dogmatischen Ausgestaltung des Gesellschafterwechsels.

b) Die Registertransparenz in Gefahr? – Ein Interessenausgleich

Folgt man dem dargestellten Ansatz, dann kann der Altgesellschafter aus dem Gesellschaftsregister gelöscht werden, obwohl die ihm nachfolgende GbR noch nicht eingetragen werden kann. Dies führt bei kleinen Gesellschaften auf den ersten Blick zu Problemen. Wenn die eGbR nur aus zwei Gesellschaftern besteht und einer der Gesellschafter veräußert seinen Anteil an eine GbR, dann sieht es nach seiner Löschung im Gesellschaftsregister so aus, als hätte die Gesellschaft nur einen Gesellschafter.²⁵¹ Veräußern beide Gesellschafter jeweils an eine GbR, dann weist das Gesellschaftsregister sogar eine eGbR ohne Gesellschafter aus.²⁵²

²⁴⁸ *Schunke*, JURA 2022, 1287 (1288) weist darauf hin, dass der Doppelvertrag i. d. R. nicht den Interessen der Beteiligten entspricht.

²⁴⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 111, 113, 136.

²⁵⁰ Siehe auch *Richter*, Typische GbR-Gesellschafter, S. 210 ff.

²⁵¹ Tendenziell wohl auch *John*, NZG 2022, 243 (245).

²⁵² *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1118); nachfolgend auch *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (662).

Diese Folge ist zwar missliebig, aber nicht weiter problematisch. Den bisherigen Gläubigern der eGbR gegenüber haften die ausgeschiedenen Gesellschafter nach § 728b BGB n. F. fort. Neue Gläubiger werden häufig mit einer solchen eGbR keine Verträge schließen, da eine Gesellschaft mit nur noch einem Gesellschafter nach § 712a Abs. 1 BGB n. F. bereits ohne Liquidation erloschen sein müsste und es eine Gesellschaft ohne Gesellschafter schon gar nicht geben kann. Wem diese offensichtlichen Hinweise auf eine unrichtige Registerlage nicht auffallen oder wer sich auf den abstrakten Schutz des Registers verlässt, dem wird das Registergericht zur Hilfe eilen. Da auch der Eintritt in die eGbR ein eintragungspflichtiger Vorgang ist, muss die Unrichtigkeit genauso beseitigt werden wie in vergleichbaren Fällen – durch Zwang. Mit der Übernahme des Gesellschaftsanteiles trifft die Beteiligungsgesellschaft, wie noch zu zeigen sein wird, eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Voreintragung. Diese Verpflichtung wird das Registergericht, notfalls durch ein Zwangsgeld, durchsetzen und so das Register korrigieren. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich in seinen Auswirkungen nur geringfügig von erbrechtlichen Sachverhalten. Sterben die Gesellschafter einer eGbR und wird die Gesellschaft nach § 724 Abs. 1 BGB n. F., in Abkehr von § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F., mit den Erben fortgeführt,²⁵³ so weist das Gesellschaftsregister zwar weiterhin die ursprünglichen Gesellschafter aus, diese sind allerdings aufgrund ihres Todes indisponiert. Ob das Gesellschaftsregister demnach zwei Gesellschafter ausweist, die nicht (mehr) existieren,²⁵⁴ oder ob gar kein Gesellschafter ausgewiesen wird, ist unerheblich. In beiden Fällen muss das Registergericht die Korrektur herbeiführen und so die Richtigkeit des Registers wiederherstellen.

Es besteht daher keine Notwendigkeit, dem Altgesellschafter die Austragung aus dem Gesellschaftsregister zu verweigern, und es ist demnach in allen Fällen des Gesellschafterwechsels das Trennungsmodell anzuwenden.²⁵⁵

5. Zwischenergebnis

Wenn demnach das Trennungsmodell für das Gesellschaftsregister gilt, bedeutet dies, dass die Austragung des Altgesellschafters unabhängig von der Eintragung des neuen Gesellschafters zu erfolgen hat. Das Eintragungshindernis der GbR betrifft daher den veräußernden Gesellschafter nicht. In der Konsequenz findet eine sachgerechte Risikoverlagerung von dem ordnungsgemäß handelnden Altgesellschafter auf die sich pflichtwidrig verhaltende GbR statt. Die Sicherstellung der Richtigkeit des Registers ist – wie in anderen Fällen auch – hoheitliche Aufgabe und kann vom Registergericht mit den Mitteln des Registerzwanges herbeigeführt werden.

²⁵³ Zur bisherigen Rechtslage im Handelsregister vgl. nur *Krafka*, Registerrecht, Rn. 636 ff.; zur Nachfolgeklausel eingehend *K. Schmidt/Fleischer*, in: MüKoHGB, § 139 Rn. 12 ff.

²⁵⁴ Zur Haftung der Erben *Weidlich/Federle*, NJW 2023, 1993 ff.

²⁵⁵ Die Austragung des Altgesellschafters befürwortet im Ergebnis auch *John*, NZG 2022, 243 (245), allerdings mit dem Argument, dass ein anderes Ergebnis schlicht „nicht angemessen“ sei.

II. Die Aufnahme einer nicht eingetragenen OHG in das Gesellschaftsregister

Wenn sich eine Mehrzahl von Personen zusammenschließt, um gemeinsam ein Handelsgewerbe zu betreiben, dann errichten sie kraft Rechtsformzwang gemäß § 105 Abs. 1 HGB n.F. eine OHG und keine GbR. Wie bei letzterer ist aber auch die Registereintragung der OHG für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nur von deklaratorischer Bedeutung (§ 105 Abs. 2 HGB n.F.).²⁵⁶ Wenn eine OHG auch ohne eine Eintragung im Handelsregister Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, dann ist auch die Beteiligung an einer eGbR ohne Weiteres möglich.²⁵⁷ Sobald die OHG in die eGbR als Gesellschafter eingetreten ist, muss, wie zuvor dargestellt, dieser Eintritt im Gesellschaftsregister gemäß § 707 Abs. 3 S. 2 Var. 2 BGB n.F. nachvollzogen werden. Dafür müsste die nicht eingetragene OHG allerdings auch registerfähig sein.

1. Wortlautauslegung: „Soweit gesetzlich vorgesehen“

Zweifel an der Registerfähigkeit der nicht im Handelsregister eingetragenen OHG entstehen mit Blick auf die anzugebenden Angaben bei der Eintragung im Gesellschaftsregister.²⁵⁸ Nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n.F. sind bezüglich der Gesellschaft „deren Firma oder Namen, Rechtsform, Sitz und, *soweit gesetzlich vorgesehen* [Hervorhebung durch den Verfasser], zuständiges Register und Registernummer“ anzugeben. Die nicht im Handelsregister eingetragene OHG hat logischerweise keine Registernummer, welche sie angeben könnte. Es stellt sich daher die Frage, wie die Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ zu verstehen ist.

Der Wortlaut der Norm ist unvollständig, denn es wird nicht deutlich, auf was sich das „gesetzlich vorgesehen“ bezieht. Die Vorschrift lässt sich daher unterschiedlich lesen. Es könnte gemeint sein, dass das zuständige Register und die Registernummer anzugeben sind, soweit gesetzlich vorgesehen ist, dass hierzu eine Möglichkeit besteht. Diese weiteste Auslegung würde also jeden Fall erfassen, in dem auf irgendeinem Wege eine Registernummer erlangt werden kann. Da der OHG die Eintragung in das Handelsregister offensteht, diese nach besagtem Verständnis aber nicht alle geforderten Angaben beibringen kann, wäre sie eintragungsunfähig.

²⁵⁶ Zur Eintragungswirkung bei der GbR bereits auf S. 47.

²⁵⁷ Zur Beteiligung einer nicht eingetragenen OHG an einer GmbH vor dem MoPeG Wicke, NotBZ 2022, 401 (403).

²⁵⁸ Der nachfolgend problematisierte Wortlaut findet sich auch in den Regelungen zum Handelsregister (§ 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b HGB n.F.) und zur Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F.). Die Ausführungen gelten demgemäß entsprechend für diese Fälle.

Diese Interpretation ist nicht zwingend, denn der Satz lässt sich auch anders vervollständigen. Das zuständige Register und eine Registernummer könnten anzugeben sein, soweit gesetzlich vorgesehen ist, dass es ein zuständiges Register und eine Registernummer geben muss. An diese Auslegung schließt sich die Frage an, in welchen Fällen es diese Angaben zwingend gibt. Erneut kommen zwei Varianten in Betracht. In der ersten Variante muss es die Angaben stets dann geben, wenn ohne diese eine Beteiligung an der eGbR nicht möglich ist. Das ist immer dann der Fall, wenn die Registereintragung für die Beteiligungsgesellschaft konstitutiv für deren Rechtsfähigkeit wirkt. Nach diesem Verständnis ist nur das anzugeben, was vorhanden ist.²⁵⁹ Da die OHG auch ohne die Eintragung im Handelsregister rechtsfähig ist, muss sie keine weiteren Registerangaben machen.

In der zweiten Variante könnten alle Informationen anzugeben sein, die es bei rechtstreuem Verhalten der Beteiligungsgesellschaft über diese geben muss. Wenn demnach eine obligatorische Eintragung angelegt ist, dann muss dieser zunächst nachgekommen werden, bevor die Aufnahme im Gesellschaftsregister erfolgen kann.²⁶⁰ Für die OHG besteht nach § 106 Abs. 1 HGB n. F. eine Anmeldepflicht. Folglich müsste die OHG sich im Handelsregister voreintragen lassen, um anschließend im Gesellschaftsregister aufgenommen zu werden.

Zusammenfassend ergeben sich daher drei Lesarten in absteigender Rigidität:

1. Das zuständige Register und die Registernummer sind anzugeben, soweit die Möglichkeit für die Existenz dieser Angaben gesetzlich vorgesehen ist.
2. Das zuständige Register und die Registernummer sind anzugeben, soweit gesetzlich vorgesehen ist, dass die Beteiligungsgesellschaft ihrerseits verpflichtet ist, sich in ihrem Register eintragen zu lassen.
3. Das zuständige Register und die Registernummer sind anzugeben, soweit gesetzlich vorgesehen ist, dass diese Angaben ohnehin vorhanden sind, weil das Gesetz der Beteiligungsgesellschaft dies für die Beteiligungsfähigkeit, also die Rechtsfähigkeit, voraussetzt.

2. Genetische Auslegung

a) Die Möglichkeit der Registrierung

Welche Variante der Gesetzgeber bei der Schaffung der Regelung im Sinn hatte, könnte sich durch die Heranziehung der Gesetzesmaterialien ergeben. Wenngleich es für die Lage der nicht eingetragenen OHG unerheblich ist, ob die erste oder die

²⁵⁹ *Krafka*, in: BeckOGK GesRV, § 4 Rn. 28 spricht von „soweit vorhanden“; *M. Noack*, ZPG 2023, 95 (97) geht davon aus, dass die Ausnahme für die Gesellschaften gilt, welche auch ohne Registrierung beteiligungsfähig sind; ähnlich auch *Hermanns*, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 7.

²⁶⁰ *Servatius*, GbR, § 707 Rn. 18 stellt auf die Registerpflicht ab.

zweite Auslegung vorzugswürdig ist – freilich müsste die OHG in beiden Fällen zuvor im Handelsregister eingetragen werden –, sei bezüglich der ersten Variante dennoch auf die Lage des nicht eingetragenen Vereines verwiesen. Letzterer wird fortan im Gesetz nicht mehr als „nicht rechtsfähiger Verein“ betitelt, sondern erhält die amtliche Überschrift: „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“ (§ 54 BGB n. F.). Der Gesetzgeber stellt eindeutig klar, dass der nicht eingetragene Verein, in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung, rechtsfähig sein soll.²⁶¹ Überdies wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass der Verein ohne Rechtspersönlichkeit als Gesellschafter in eine Gesellschafterliste aufgenommen werden kann.²⁶² Obwohl dem Verein die Eintragung im Vereinsregister offensteht, muss er eine solche nicht vornehmen, um als Gesellschafter eingetragen zu werden. Die erste Auslegung der Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ war daher nicht vom Gesetzgeber gewollt.²⁶³

b) Die Notwendigkeit der Eintragung

Schwieriger wird es jedoch, Anhaltspunkte für eine Entscheidung des Gesetzgebers zwischen den beiden weiteren Varianten festzustellen. Die nicht eingetragene OHG wird in der Gesetzesbegründung an keiner Stelle erwähnt, sodass die Frage nach ihrer Behandlung höchstens implizit geklärt worden sein könnte.

Zu der Regelung in § 106 Abs. 2 HGB n. F. führt der Gesetzgeber aus, dass „eingetragene Personengesellschaften oder juristische Personen“ die weiteren Registerdaten anzugeben haben.²⁶⁴ Im Umkehrschluss folgt aus dieser Formulierung, dass alle nicht eingetragenen – auch ohne die Eintragung rechtsfähigen, da sich die Frage nach einer Eintragung als Gesellschafter ansonsten nicht stellt – Personengesellschaften kein zuständiges Registergericht oder eine Registernummer angeben brauchen. Anderenfalls hätte von einzutragenden Personengesellschaften gesprochen werden können.

In diese Richtung lässt sich auch die Begründung zur Anpassung des § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n. F. verstehen. Der Gesetzgeber erläutert, dass eine inhaltliche Änderung durch den neuen Wortlaut nicht bezweckt sei.²⁶⁵ Bisher wurde angenommen, dass die nicht eingetragene OHG in die Gesellschafterliste aufgenommen werden

²⁶¹ BT-Drs. 19/27635, S. 123.

²⁶² BT-Drs. 19/27635, S. 271 zu § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n. F., der ebenfalls die Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ verwendet.

²⁶³ Unklar allerdings Herrler, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (54), der einerseits die Formulierung als Ausnahme für alle „als solche auch nicht eintragungsfähige[n] Gesellschaften“ verstanden wissen möchte und andererseits die GbR nur deswegen als nicht erfasst ansieht, da für diese mit § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. eine Sonderregelung besteht.

²⁶⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 222.

²⁶⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 271.

kann.²⁶⁶ In der Konsequenz liegt es nahe anzunehmen, dass eine solche Aufnahme auch fortan möglich sein soll.²⁶⁷

Zweifel an diesem Resultat ergeben sich jedoch aus den weiteren Ausführungen des Gesetzgebers. Dieser scheint nur die GbR als nicht eingetragene Personengesellschaft zu erkennen und nennt als weitere nicht eingetragene Gesellschaften nur körperschaftlich verfasste Personenvereinigungen.²⁶⁸ Ferner wird auf eine frühere Gesetzesbegründung zum Umsetzungsgesetz der vierten EU-Geldwäscherichtlinie verwiesen.²⁶⁹ In diesem Rahmen nimmt der historische Gesetzgeber eine Dualität aus Personenhandelsgesellschaften sowie juristischen Personen auf der einen und Gesellschaften bürgerlichen Rechts auf der anderen Seite an.²⁷⁰ Während erstere stets die Registerinformationen anzugeben haben, sollte für die GbR anders verfahren werden. Dass es auch eine nicht eingetragene Personengesellschaft geben kann, wird nicht gesehen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber sich des Problems nicht bewusst war und folglich auch keine Aussage zur Behandlung der nicht eingetragenen OHG treffen konnte.

c) Die Pflicht der Eintragung

Ogleich der Gesetzgeber die nicht eingetragene OHG wohl nicht vor Augen hatte, lassen sich gleichwohl aus der Gesetzesbegründung einige Motive entnehmen, welche Rückschlüsse auf die registerrechtliche Behandlung ermöglichen. Zu § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. wird etwa ausgeführt, dass die Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ für die Gesellschaften gelten soll, die an einer eGmbH beteiligt sein können, für die aber kein Subjektregister existiert.²⁷¹ Diese Annahme ist zwar mit Blick auf die bereits geschilderte Lage des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit offensichtlich konfus, da dieser beteiligungsfähig ist und ein Subjektregister für diesen existiert, dennoch ist dies für die OHG relevant.²⁷² In der Passage wird der Ausnahmecharakter der Vorschrift betont, die nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine andere Handhabung kaum möglich ist. Werden auch die Gesellschaften, welche sich deklarativ-obligatorisch eintragen müssen, einbezogen, führt dies zu dem gewünschten Mehr an Registerangaben.

²⁶⁶ Zur Rechtslage vor dem MoPeG *Servatius*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 40 Rn. 12; *Wegener*, notar 2017, 299 (302); *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (403).

²⁶⁷ *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (404) erläutert, dass „[b]ei nicht eingetragenen Personenvereinigungen inländischen und ausländischen Rechts [...] daher an die bisherige Eintragungspraxis unter Außerachtlassung von Registergericht und Registernummer angeknüpft werden“ kann. Da die nicht eingetragene OHG, wie dargelegt, bereits bisher aufgenommen werden konnte, könnte sie demgemäß dazuzählen.

²⁶⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 271.

²⁶⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 271.

²⁷⁰ BT-Drs. 18/11555, S. 172 f.

²⁷¹ BT-Drs. 19/27635, S. 130.

²⁷² Siehe bereits auf S. 90 f.

Noch deutlicher wird dies, wenn der Gesetzgeber betont, dass die Regelung des § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. – auf die sogleich noch näher eingegangen werden soll – nicht für die Gesellschaftsformen erforderlich sei, die einem Eintragungszwang unterliegen.²⁷³ Die zweite Auslegungsvariante des § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n.F. erreicht genau ein solches Voreintragungserfordernis, wie es an dieser Stelle anklingt.

Eine eindeutige Festlegung des Gesetzgebers ist trotz allem nicht ersichtlich, sodass weitere Aspekte zum Verständnis der Norm herangezogen werden müssen.

3. Das System und der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters

a) Zwischen Anreiz und Zwang

Die Registersperre für die nicht eingetragene GbR ist die Konsequenz aus der Entscheidung zugunsten der freiwilligen Eintragung. Durch diesen Mechanismus sollen Anreize – wie zu zeigen sein wird teilweise auch Pflichten –²⁷⁴ gesetzt werden, damit die GbR ihre Eintragung im Gesellschaftsregister herbeiführt. Für die OHG besteht hingegen bereits eine Eintragungspflicht. Wenn auch für die nicht eingetragene OHG ein Voreintragungserfordernis angenommen wird, dann bestehen die zwei Instrumente parallel. Fraglich ist, ob eine derart rigide Zwangswirkung sinnvoll erscheint. Dies ist aus zwei Gründen zu bejahen. Erstens wird die nicht eingetragene OHG zumindest *de facto* nicht doppelt und damit über Gebühr belastet. Würde man das Voreintragungserfordernis ablehnen, so könnte die Gesellschaft zwar in das Gesellschaftsregister aufgenommen werden, spätestens ab diesem Zeitpunkt hätte aber das zuständige Registergericht Kenntnis von der Existenz der OHG. Das Gericht würde sodann durch die Mittel des § 14 HGB die Eintragung der OHG im Handelsregister erzwingen. Der Mehrwert wäre für die OHG daher nur von kurzer Dauer. Zweitens ist der Zeitpunkt der Registereintragung der maßgebliche. Im Gesellschaftsregister soll es nicht zu Transparenzdefiziten kommen. Diese Gefahr bestünde aber, wenn die Eintragung der OHG im Handelsregister nur nachgeholt werden müsste. Hinzu kommt die Ökonomie des Voreintragungserfordernisses. Vor dem Hintergrund eines schonenden Umgangs mit den begrenzten Ressourcen der Justiz erscheint es wenig sinnvoll zuzulassen, dass erst eine Eintragung der nicht eingetragenen OHG im Gesellschaftsregister stattfindet, dann eine Eintragung im Handelsregister, nur um sodann unmittelbar wieder das Gesellschaftsregister zu ändern. Da die Eintragung der OHG nur eine Frage der Zeit ist, besteht kein schützenswertes Interesse an diesem Dreischritt.

²⁷³ BT-Drs. 19/27635, S. 132.

²⁷⁴ Dazu unter § 4 S. 131 ff. und § 5 S. 194 ff.

b) Das Transparenzziel

Die Kenntnis des Gesellschafterbestandes ist eine elementare Voraussetzung für einen Vertragsschluss mit der eGmbH, und zwar nicht nur aufgrund der die Kreditwürdigkeit der eGmbH begründenden persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern auch und gerade wegen der grundsätzlichen Gesamtvertretungsbefugnis nach § 720 Abs. 1 BGB n.F.

aa) Der Vergleich mit dem Aktienregister

Dass dieser Gedanke des Verkehrsschutzes von zentraler Bedeutung ist und daher auch das Voreintragungserfordernis für die OHG rechtfertigt, zeigt der Vergleich mit dem Aktienregister. Während sich die hier thematisierte Formulierung in den Normen zum Gesellschafts- und Handelsregister sowie zur Gesellschafterliste der GmbH wiederfindet, enthält § 67 AktG n.F. keine solche Regelung. Gemäß § 67 Abs. 1 S. 2 AktG n.F. muss eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft nur ihre Firma bzw. ihren Namen, ihren Sitz und ihre Anschrift angeben.²⁷⁵ Für die nicht eingetragene OHG besteht daher auch nach dem MoPeG kein diesbezügliches Hindernis, in das Aktienregister aufgenommen zu werden.²⁷⁶ Der Gesetzgeber stellt zu Recht fest, dass das Aktienregister nicht in gleichem Maße eine Publizitätsfunktion für die Öffentlichkeit erfüllt.²⁷⁷ Folglich ist eine Voreintragung hier im Gegensatz zu den Registern und der Gesellschafterliste nicht erforderlich.

bb) Verkehrsfähigkeit und Umgehungsgefahr

Bedenken bezüglich der hier favorisierten Auslegung der Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ könnten insofern bestehen, als durch das Voreintragungserfordernis die Verkehrsfähigkeit der OHG erheblich eingeschränkt wird. Die Schnelligkeit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs werden auch dadurch gewährleistet, dass, anders als bei den juristischen Personen, nicht erst die Registereintragung abgewartet werden muss, sondern die Gesellschaft direkt am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Dementgegen hängt die Verkehrsfähigkeit der eGmbH nicht minder von der Transparenz ihres Gesellschafterbestandes ab, da anderenfalls Vertragspartner abgeschreckt werden könnten. Zudem kann die nicht eingetragene OHG wie bisher am Rechtsverkehr teilnehmen und materiell sogar Geschäftsan-

²⁷⁵ Zur bisherigen Rechtslage *Drygala/Lutter*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 67 AktG, Rn. 30; *Paul*, in: Henssler/Strohn GesR, AktG § 67 Rn. 6; *Koch*, AktG, § 67 Rn. 8; *Bayer*, in: MüKoAktG, § 67 Rn. 29; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 67 Rn. 21 (Rn. 22 ff. zu den Änderungen des MoPeG, wobei auch Cahn keine Änderungen für die OHG erkennt).

²⁷⁶ Zur Regelung für die eGmbH in § 67 Abs. 1 S. 3 AktG n.F. noch unter § 5 S. 228 f.

²⁷⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 296.

teile, etwa an der eGbR, erwerben. Nur für die Registereintragung muss sie zunächst ihre eigene Eintragung herbeiführen. Da die geplante Eintragung als Gesellschafter in das Gesellschaftsregister ebenfalls Zeit beansprucht, entsteht durch die Voreintragung kein gravierender zeitlicher Nachteil.

Abschließend sei noch die Gefahr der Umgehung der eGbR-Regelungen erwähnt. Könnte eine Gesellschaft ohne eigene Registertransparenz als Gesellschafter der eGbR eingetragen werden, bestünde durch diese Mehrstufigkeit die Gefahr, dass das Transparenzziel der eGbR vollständig verfehlt wird.

Diese teleologischen Erwägungen legen es nahe, die Norm des § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n. F. dahingehend auszulegen, dass jede Gesellschaft, welche einer Eintragungspflicht unterliegt, dieser zunächst nachkommen muss, bevor sie ins Gesellschaftsregister eingetragen werden kann.

4. Eine verfassungskonforme Auslegung

Abseits der dargelegten teleologischen Erwägungen könnte der Inhalt der Vorschrift nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung zu bestimmen sein.²⁷⁸ Eine verfassungskonforme Auslegung kommt immer dann in Betracht, wenn nach Ausschöpfung der allgemeinen Auslegungsmethoden mehrere methodisch vertretbare Auslegungsergebnisse vorliegen, allerdings nur eines mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist.²⁷⁹ Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er verfassungswidriges Recht schaffen wollte.²⁸⁰ Aufgrund dessen ist, sofern es dem gesetzgeberisch intendierten Gesetzeszweck nicht widerspricht – Stichwort Gewaltenteilung –,²⁸¹ die mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung anzuwenden.²⁸²

a) Voraussetzungen

Dass der Wortlaut der Norm mehrere Verständnisse zulässt, wurde bereits dargestellt. Auch dass der Gesetzeszweck zwar eine Tendenz zur Verpflichtung erkennen lässt, aber mit Blick auf eine stärkere Betonung der Verkehrsfähigkeit der OHG unter Umständen auch eine gegenteilige Auslegung methodisch noch vertretbar ist, wurde erläutert.

²⁷⁸ Zur verfassungskonformen Auslegung schon BVerfGE 2, 266 (282).

²⁷⁹ Boguslawski/Leißing, NVwZ 2022, 852 (855); Larenz, Methodenlehre, S. 339; Spanner, AöR 91 (1966), 503, 505 ff.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, S. 133 f.; ablehnend Lembke, Einheit aus Erkenntnis, S. 185 ff.

²⁸⁰ Vgl. Spanner, AöR 91 (1966), 503, 506 f.; Lüdemann, JuS 2004, 27 (29).

²⁸¹ Ständige Rspr. des BVerfG siehe statt aller BVerfGE 149, 126 (154); 126, 29 (46 f.); 78, 20 (24); 59, 330 (334); 54, 277 (299); 2, 266 (282) jeweils m. w. N.; Larenz, Methodenlehre, S. 340; Müller/Christensen, Juristische Methodik, S. 135 f.; Spanner, AöR 91 (1966), 503, 510 ff.

²⁸² Wank, Juristische Methodenlehre, § 9 Rn. 153 f.

Jedoch könnte das letztgenannte Auslegungsergebnis mit der Verfassung unvereinbar sein. Die Annahme, dass die OHG ohne Voreintragung in das Gesellschaftsregister aufgenommen werden kann, während die GbR hingegen stets zunächst in ihrem Register registriert werden muss, könnte zu einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG führen. Wenn dies der Fall ist, so wäre die Norm zwingend verfassungskonform bzw. verfassungsgeleitet dahingehend auszulegen, dass eine Voreintragung verpflichtend ist.

Nach zutreffender, ganz herrschender Auffassung können sich auch inländische rechtsfähige Personengesellschaften über Art. 19 Abs. 3 GG auf die Grundrechte berufen, wenn diese ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.²⁸³ Unabhängig davon, ob man auf das „personale Substrat“²⁸⁴ der Gesellschaft oder auf die grundrechtsgleiche Gefährdungslage²⁸⁵ abstellt, kann sich die Gesellschaft jedenfalls auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen.²⁸⁶

b) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen

Damit ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz überhaupt vorliegen kann, müsste eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichen durch denselben Hoheitsträger vorliegen.²⁸⁷ Sowohl die nicht eingetragene GbR als auch die nicht eingetragene OHG sind rechtsfähige Personengesellschaften. Ihre Eintragung im entsprechenden Register wirkt lediglich deklaratorisch. Während diese Gesellschaftsformen sich daher in wesentlichen Punkten gleichen, wäre ein Vergleich mit dem nicht eingetragenen Verein untauglich. Dieser folgt aufgrund seiner körperschaftlichen Verfassung²⁸⁸ und der ihm eigenen besonderen Haftungsstruktur²⁸⁹ einem nicht vergleichbaren Regime.

²⁸³ BVerfGE 4, 7 (12); 10, 89 (99); 20, 283 (290); 23, 208 (223); 53, 1 (13); *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19 Rn. 35; *Kaufhold*, in: Dreier GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 43; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 55. EL Mai 2009, Art. 19 Abs. 3 Rn. 43; *Sachs*, in: Sachs GG, Art. 19 Rn. 64.

²⁸⁴ BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (101); 68, 193 (205 f.); 75, 192 (195 f.); BVerfG WM 2009, 1761 (1762); *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 55. EL Mai 2009, Art. 19 Abs. 3 Rn. 35; *Sachs*, in: Sachs GG, Art. 19 Rn. 10; *Rüfner*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, 55 (57).

²⁸⁵ StGH Hessen DÖV 2007, 483; *Dreier*, in: Dreier GG, 3. Aufl., Art. 19 Abs. 3 Rn. 34; *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22 (27); *Bettermann*, in: FS Hirsch, 1968, S. 1 (11); *Erichsen/Scherzberg*, NVwZ 1990, 8 (11); *Ernst*, in: v. Münch/Kunig GG, Art. 19 Rn. 59.

²⁸⁶ BVerfGE 4, 7 (12); 19, 206 (215); 21, 362 (369); 23, 153 (163); 41, 126 (149); 95, 267 (317); *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19 Rn. 42; *Kaufhold*, in: Dreier GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 102; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 55. EL Mai 2009, Art. 19 Abs. 3, S. 133; *Stern/Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1128 ff.; *Sachs*, in: Sachs GG, Art. 19 Rn. 71.

²⁸⁷ Siehe statt aller *Hufen*, Staatsrecht II, S. 732.

²⁸⁸ *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 54 Rn. 1; *Leuschner*, in: MüKoBGB, § 54 Rn. 2.

²⁸⁹ Siehe § 54 Abs. 2 BGB n.F., der neben der Haftung des Vereins die Handelndenhaftung, nicht aber die Haftung aller Vereinsmitglieder vorsieht. Vgl. *Leuschner*, in: MüKoBGB, § 54 Rn. 42; *D. Eckardt*, in: NK-BGB, Bd. 1, § 54 Rn. 17; *Dörner*, in: HK-BGB, § 54 Rn. 5.

Die GbR muss sich wegen § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. in jedem Fall registrieren lassen, bevor sie im Gesellschaftsregister als Gesellschafter einer eGbR eingetragen werden kann. Legt man den § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n. F. dahingehend aus, dass nur dann das zuständige Registergericht und die Registernummer anzugeben sind, wenn diese auch vorhanden sind, also deklaratorische Eintragungen ausklammert, dann kann die nicht eingetragene OHG ins Gesellschaftsregister als Gesellschafter eingetragen werden. Die beiden Gesellschaften würden dann unterschiedlich behandelt werden, was nicht *per se* unzulässig, aber rechtfertigungsbedürftig ist.²⁹⁰

c) Rechtfertigung: Willkürverbot/Sachlicher Grund

Ob eine Ungleichbehandlung auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, hängt davon ab, ob diese gerechtfertigt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht wendet je nach Intensität der Ungleichbehandlung entweder die sog. Willkürformel oder die sog. neue Formel an.²⁹¹ Während bei der neuen Formel eine vertiefte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden muss, prüft das Gericht bei der Willkürformel nur, ob für die Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund vorliegt.²⁹² Teilweise wird angenommen, dass eine Ungleichbehandlung von zwei Gesellschaften als eine personenbezogene Regelung verstanden werden muss und daher den strengen Voraussetzungen der neuen Formel unterliegt.²⁹³ Diese Frage wird aber nur dann relevant, wenn überhaupt ein der Willkürformel genügender sachlicher Grund vorliegt.

aa) Das Handelsgewerbe

Möglicherweise könnte die Ungleichbehandlung dadurch gerechtfertigt sein, dass die nicht eingetragene OHG stets ein Handelsgewerbe betreibt. Mit dem Handelsgewerbe geht aber eine umfänglichere Teilnahme am Rechtsverkehr einher. Daraus folgt wiederum ein Mehr an Gläubigern und/oder ein erhöhtes Interesse des Rechtsverkehrs an den Informationen über die Gesellschaft. Gläubiger der OHG haben ein berechtigtes Interesse daran zu erfahren, an welchen Gesellschaften die OHG beteiligt ist. Gemäß § 726 BGB n. F. können die Gläubiger etwa die Mitgliedschaft in einer eGbR kündigen, was jedoch nur bei Kenntnis über die Beteiligung möglich ist. Diese kann nicht gewährleistet werden, wenn die Gesellschafterstellung der OHG nicht eindeutig zugeordnet werden kann. Das Betreiben eines Handelsgewerbes ist daher kein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, weswegen sich die GbR voreintragen lassen muss, die OHG

²⁹⁰ Vgl. nur *Sachs*, in: *Sachs GG*, Art. 19 Rn. 71.

²⁹¹ *Hufen*, *Staatsrecht II*, S. 736.

²⁹² *Manssen*, *Staatsrecht II*, Rn. 924 ff.

²⁹³ *Sachs*, in: *Sachs GG*, Art. 19 Rn. 71.

allerdings nicht; im Gegenteil spricht dies sogar für eine Eintragungspflicht auch bei der OHG.

bb) Die handelsregisterrechtliche Eintragungspflicht

Ebenfalls kein sachlicher Differenzierungsgrund ist die bestehende Eintragungspflicht der nicht eingetragenen OHG. Die Eintragungspflicht der OHG im Handelsregister knüpft an einen gänzlich anderen Zeitpunkt an als das hier geschaffene Voreintragungserfordernis. Der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters ist unter anderem die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse. Für diesen Zweck ist es unerheblich, ob eine Gesellschaft sich eigentlich im Handelsregister registrieren lassen müsste. Entscheidend ist ausschließlich, ob im Zeitpunkt der Eintragung die Gesellschaft eindeutig identifiziert werden kann und das Transparenzziel erfüllt wird. Ließe man die Eintragung der OHG nur mit ihrer Firma und ihrem Sitz zu, dann wäre dieser Zweck verfehlt. Die Eintragungspflicht vermag zwar hinterher diesen Zustand zu korrigieren, das ursprüngliche Problem beseitigt sie aber nicht. Dies zeigt sich auch daran, dass der Gesetzgeber ein Voreintragungserfordernis für die GbR statuiert hat anstatt die Eintragung der GbR als Gesellschafter der eGbR zuzulassen und im Anschluss die Registrierung der Beteiligungsgesellschaft zu verlangen. Die Eintragungspflicht der OHG stellt daher keinen sachlichen Grund dar, weswegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufnahme in das Gesellschaftsregister nicht eingetragen sein müsste.

cc) Eigen- und Fremdinteresse

Das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung in den Registern und der Gesellschafterliste wird besonders deutlich, wenn ein Blick auf die Lage des Aktienregisters geworfen wird. Dort findet nach den oben dargestellten Ausführungen eine derartige Ungleichbehandlung statt.²⁹⁴ Das Aktienregister erfüllt, wie ebenfalls dargestellt, keine vergleichbare öffentliche Informationsfunktion.²⁹⁵ Das Voreintragungserfordernis für die GbR aus § 67 Abs. 1 S. 3 AktG n. F. wurde daher vom Gesetzgeber nicht aus Fremd-, sondern aus Eigenschutzgründen eingeführt. Vor dem Hintergrund des verminderten Professionalisierungsgrades der GbR ist ein derartiges Schutzinstrument im Rahmen des Aktienregisters durch einen sachlichen Differenzierungsgrund gerechtfertigt.

Für den Schutz der Fremdinteressen, den die Regelungen der Register und der Gesellschafterliste vorsehen, ist eine Differenzierung allerdings schädlich und in Ermangelung eines tauglichen sachlichen Grundes nicht gerechtfertigt.

²⁹⁴ Oben auf S. 94.

²⁹⁵ Siehe S. 94 und § 5 S. 228 f.

5. Fazit

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Auslegung der Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“, welche die Voreintragung der OHG nicht erfordert, einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellen würde. Bereits aus teleologischen Gründen vorzugswürdig und spätestens im Sinne der verfassungsgeleiteten Auslegung erforderlich, ist daher anzunehmen, dass auch jede Gesellschaft, die einer Eintragungspflicht unterliegt, nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n.F. (§ 106 Abs. 2 Nr. 2 lit. b HGB n.F.; § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F.) stets das zuständige Gericht und die Registernummer anzugeben hat.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis dieses Abschnittes ist zunächst festzuhalten, dass die Frage nach der Austragung des Altgesellschafters aufgrund der Vertrauenshaftung von hoher praktischer Relevanz ist. Im Rahmen der Gesetzesauslegung zeigte unter anderem ein systematischer Vergleich mit der Gesellschafterliste auf, dass das Gesellschaftsregister dem Trennungsmodell folgen muss. Für diese Feststellung spricht zudem, dass die Forthaftung zum einen aus Verkehrsschutzgründen nicht zwingend erforderlich ist und zum anderen der faktisch sanktionierende Gehalt des § 15 HGB in der beschriebenen Situation unbillig wirkt. Weiterhin gilt es, das registerrechtliche Verbot des faktischen Registerzwanges zu beachten. Zur effektiven Lösung der Problematik kann nicht allein auf die vertragliche Absicherung des Altgesellschafters verwiesen werden. Stattdessen belegt die Parallele zum Gesellschafterwechsel infolge eines Erbfalles, dass auf die hoheitliche Durchsetzung der Anmeldepflicht vertraut werden kann. Nur auf diese Weise findet eine sachgerechte Risikoverteilung statt.

Eine Analyse des Normenbestandes mittels der Methoden zur Gesetzesauslegung wurde auch für die Registerfähigkeit der nicht eingetragenen OHG vorgenommen. Während der Wortlaut der Vorschriften noch verschiedene Deutungsvarianten offenließ, konnte eine Eingrenzung vor dem Hintergrund des Willens des Gesetzgebers erfolgen. Dieser hatte allerdings die Lage der nicht eingetragenen OHG übersehen. Der Vergleich mit dem Aktienregister und dessen abweichender Funktion deutete bereits auf die Eintragungsunfähigkeit der nicht im Handelsregister eingetragenen OHG als Gesellschafter hin. Bestätigt wurde diese Annahme insbesondere durch die drohende Umgehungsgefahr. Abschließend untermauert wurde dieses Ergebnis durch eine verfassungsgeleitete Auslegung, in deren Folge eine Gleichbehandlung mit der GbR geboten ist. Die nicht eingetragene OHG verliert damit allerdings nur scheinbar einen wesentlichen Teil ihrer Verkehrsfähigkeit. Sie kann sich nach wie vor materiell an allen Gesellschaften beteiligen; ihre Rechtsfähigkeit ist diesbezüglich nicht beschränkt. Außerdem flankiert die Registersperre lediglich die ohnehin bestehende Registerpflicht und wirkt damit weniger intensiv als

bei der GbR. Letztlich ist die Einschränkung für die nicht eingetragene OHG aber auch kein gänzlich Novum, da beispielsweise bereits nach geltendem Recht nur theoretisch, in Ermangelung der notwendigen Nachweise aber *de facto* keine Umwandlung nach dem UmwG möglich ist.²⁹⁶

D. Das Gesellschaftsregister im internationalen Kontext

Die Globalisierung und der Abbau von Handelshemmnissen lassen die Welt immer kleiner werden. Gerade die Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union²⁹⁷ fördert den grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen. Es ist daher nicht ungewöhnlich, wenn sich auch ausländische Unternehmen an deutschen Gesellschaften beteiligen. Es wird jedoch zu klären sein, wie vor dem Hintergrund der Transparenz und Publizität des Gesellschaftsregisters diese Beteiligung registerrechtlich zu behandeln ist.²⁹⁸

Begleitet wird dieser Globalisierungsprozess von einer zunehmenden Konkurrenz der Rechtsordnungen.²⁹⁹ Auch der Rechtsstandort Deutschland muss sich behaupten, wenn er für internationale Unternehmen attraktiv sein soll. Selbstverständlich ist es ein Konglomerat aus den verschiedensten Umständen, welche die Wahl des Unternehmensstandortes beeinflussen, sei es die örtliche Infrastruktur oder die Steuerpolitik.³⁰⁰ Das Phänomen des sog. „Forum Shopping“, also die Wahl der für den Beteiligten günstigsten Rechtsordnung, zeigt jedoch, dass auch die Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens für ein Unternehmen von erheblicher Relevanz für dessen Standortwahl ist.³⁰¹ Ob die eGbR ein internationaler Exportschlager wird oder übernational in der Bedeutungslosigkeit versinkt, hängt vor diesem Hintergrund maßgeblich von ihrer Mobilität ab.³⁰² Nur wenn die Gesellschaftsform flexibel im internationalen Rechtsverkehr genutzt werden kann, werden sowohl wegzugswillige deutsche Unternehmer die Rechtsform wählen als auch ausländische Akteure die eGbR ihrer heimischen Rechtsform vorziehen.

²⁹⁶ Siehe nur *Böttcher*, in: NK-UmwG, § 3 Rn. 3.

²⁹⁷ Sofern in diesem Abschnitt von der Europäischen Union gesprochen wird, sind die Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes aufgrund des Art. 31 des EWR-Abkommens (BGBl. II, 1993, S. 266) mitgemeint.

²⁹⁸ Dazu gleich auf S. 119 f.

²⁹⁹ Dieser wird häufig auch weniger kontradiktorisch als „Wettbewerb“ beschrieben. Siehe nur *Groß*, in: EBJS, WpPG § 9 Rn. 13; *Fleischer*, NZG 2022, 827 (832, 834 f.).

³⁰⁰ Zum Einfluss des Steuerrechts *Fleischer*, NZG 2022, 827 (832); *Frank*, Formwechsel im Binnenmarkt, S. 45 f.; siehe außerdem die Analyse von *Rathje/Wohlrabe*, ifo Schnelldienst, 2018, 46 ff. zu den Auswirkungen des internationalen Steuerwettbewerbes.

³⁰¹ *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, S. 277 (284); vgl. außerdem *Jünger/Samtleben*, RabelsZ 46 (1982), 708 (716); *H. Koch*, AnwBl 2015, 454 (458); *Welter/Brian*, in: Ellenberger/Bunte BankR-HdB, § 7 Rn. 114; siehe auch *Meckbach*, NZG 2014, 526 (528 f.); *Brakalova/Barth*, DB 2009, 213 (216 f.).

³⁰² Zur Reaktion des Auslands auf die bisherige Konzeption der Gesamthandsgesellschaft *Fleischer*, NZG 2020, 601 (602 ff.).

I. Mobilität der eGbR

Wer ein Gewerbe gewinnbringend betreiben möchte, ist darauf angewiesen, sich an veränderte Umwelt- und Marktbedingungen anzupassen. Sollte demgemäß ein produzierendes Gewerbe in Deutschland wegen der gestiegenen Energiekosten unrentabel sein, bedeutet dies noch nicht, dass das Geschäft nicht im Ausland gewinnbringend fortgeführt werden kann. Damit dieser grenzüberschreitende Wechsel reibungslos funktioniert, muss die Gesellschaftsform genauso mobil sein wie ihre Gesellschafter. Rechtsordnungen neigen allerdings häufig dazu, ihre Gesellschaften möglichst eng an sich zu binden, denn nur so können Schutzmechanismen effektiv wirken und kontrolliert werden.³⁰³ Attraktiv wird eine Rechtsform durch diese Immobilität aber nicht. Flexiblere ausländische Gesellschaftsformen könnten in der Folge den Markt erobern, über welche der Zuzugsstaat weniger bis gar keine Kontrolle hat.³⁰⁴ Erkennt der Gesetzgeber dieses Problem und reagiert überschießend, droht der sog. „Delaware-Effekt“, der ein „race to the bottom“, also ein sich gegenseitiges Unterbieten der Rechtsordnungen mit immer lascheren Schutzstandards bedeutet.³⁰⁵ Folglich muss eine „gute“ Gesellschaftsform einerseits eine angemessene Balance aus Flexibilität für die Gesellschafter und Schutz für Dritte (z. B. Gläubiger oder Arbeitnehmer) gewährleisten und andererseits mobil genug sein, um in einer sich rasch wandelnden, kompetitiven Welt zu bestehen.

1. Der Sitz der eGbR

Die Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft – welcher nicht mit der Anschrift verwechselt werden darf³⁰⁶ ist aus vielerlei Gründen von entscheidender Bedeutung. Soll eine GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen werden, ist für diese Registrierung nach § 707 Abs. 1 BGB n. F. das Registergericht am Sitz der Gesellschaft zuständig. Darüber hinaus richtet sich der allgemeine Gerichtsstand gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 ZPO nach dem Sitz der Gesellschaft und auch für das Insolvenzverfahren ist der Sitz folglich nach §§ 3 Abs. 1 S. 1, 4 InsO für die örtliche Zuständigkeit von Bedeutung.³⁰⁷ Nicht nur für den transnationalen Wirtschaftsverkehr, sondern bereits für solche Grundlagen ist die Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft daher relevant.

³⁰³ Ähnlich BT-Drs. 19/27635, S. 127; BayObLGZ 2004, 24 (26).

³⁰⁴ Siehe etwa das Vordringen der englischen Limited vor einigen Jahren. Diese war wegen ihrer Gründungsvorschriften attraktiver und konnte durch ihre Mobilität den deutschen Markt in Teilen erobern. Der Gesetzgeber reagierte mit der UG (haftungsbeschränkt); zu dem Trend der Umwandlung in die britische LLP *Fleischer*, NZG 2022, 827 (832).

³⁰⁵ *Groh*, in: Weber Rechtswörterbuch, Wettbewerb der Rechtsordnungen.

³⁰⁶ Zur Anschrift noch auf S. 111.

³⁰⁷ Siehe auch § 17 Abs. 1 ZPO, §§ 3, 4 InsO; BT-Drs. 19/27635, S. 127; *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); *Servatius*, GbR, § 706 Rn. 7; *Lieberknecht*, in: BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 9, 98 ff.; *ders.*, NZG 2023, 1247 (1248 ff.).

a) Grundsatz: Verwaltungssitz

Während früher umstritten war, was überhaupt mit dem „Sitz“ der Gesellschaft gemeint ist,³⁰⁸ hat der Gesetzgeber des MoPeG diese Diskussion durch die Legaldefinition des § 706 BGB n. F. beendet. Demgemäß ist der Sitz der Gesellschaft grundsätzlich der Verwaltungssitz der Gesellschaft, welcher legaldefiniert wird als Ort, an dem die Geschäfte der Gesellschaft geführt werden (§ 706 S. 1 BGB n. F.).³⁰⁹ Der Gesetzgeber bediente sich augenscheinlich der auch von der Rechtsprechung³¹⁰ übernommenen Formel von Otto Sandrock.³¹¹ Die örtliche Zuständigkeit des Registergerichtes richtet sich somit nach dem Verwaltungssitz der Gesellschaft.³¹²

b) Ausnahme: Vertragssitz

Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB n. F. haben die Gesellschafter bei der Anmeldung ihrer Gesellschaft einen Sitz anzugeben. Dabei muss aber nicht zwingend der Verwaltungssitz angegeben werden. Das Gesetz eröffnet den Gesellschaftern der eGmbH gemäß § 706 S. 2 BGB n. F. die Möglichkeit, einen vom Verwaltungssitz abweichenden Vertragssitz zu wählen. Wenn sie eine solche Vereinbarung getroffen haben, ist dieser Vertragssitz der Sitz der Gesellschaft.³¹³

Im Umkehrschluss folgt aus dem Wortlaut des § 706 S. 2 BGB n. F., dass der Sitz einer nicht eingetragenen Gesellschaft stets der Verwaltungssitz ist. Zu Recht wird diese Einschränkung mit dem fehlenden Formzwang des Gesellschaftsvertrages begründet.³¹⁴ Eine unter Umständen mündliche Absprache der Gesellschafter vermag nicht die Gewähr der Richtigkeit zu vermitteln, wie es eine notarielle Beurkundung oder zumindest eine Registereintragung leisten würde.

³⁰⁸ *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK IGesR, 01.04.2023, Int. GesR AT, Rn. 106.

³⁰⁹ Eingängig beschreibt *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, S. 277: „Der [Verwaltungs-]Sitz der Personengesellschaft unterliegt also als solcher also [*sic!*] nicht der Disposition der Gesellschafter, sondern folgt zwingend dem Faktum der Geschäftsführung.“

³¹⁰ Siehe nur BGHZ 97, 269 (272).

³¹¹ „Der Verwaltungssitz einer Gesellschaft liegt an demjenigen Ort, an dem ihr oberstes Verwaltungsorgan die Mehrheit seiner Entscheidungen über die Geschäftsführung trifft“, *Sandrock*, in: FS Beitzke, 1979, S. 669 (683).

³¹² Zur Lokalisierung dieses Ortes *Lieberknecht*, BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 18 ff.

³¹³ Dies gilt es auch i.R.d. § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO zu beachten, siehe auch *Toussaint*, in: BeckOK ZPO, § 17 Rn. 9, wobei die Ausführungen zur rechtsfähigen Personengesellschaft als überholt anzusehen sind. Siehe außerdem *Lieberknecht*, BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 15; zur nicht eingetragenen GbR *Servatius*, GbR, § 706 Rn. 4.

³¹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 127; ablehnend *Röß*, MDR 2023, 805 (807 ff.), der eine Beschränkung des Sitzwahlrechts auf die eingetragene Gesellschaft für europarechtswidrig hält.

2. Sitzverlegung der eGmbH – Wegzugsfälle

Wenn sich eine Gesellschaft motiviert sieht, ihre Geschäftstätigkeiten außerhalb des Bundesgebietes wahrzunehmen, dann soll sie nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht auf die ihr „vertraute deutsche Rechtsform verzichten [...] müssen“.³¹⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob und wie dieses Ziel bei einer Sitzverlegung erreicht werden kann.

a) Verlegung (auch) des Vertragssitzes

Die erste und gleichzeitig rigideste Möglichkeit für eine Gesellschaft ins Ausland abzuwandern, ist die Verlegung sowohl des Verwaltungs- als auch des Vertragssitzes. Die eGmbH würde in diesen Fällen nicht nur fortan ihre Geschäfte im Ausland abwickeln, sondern auch die Eintragung eines ausländischen Sitzes im Gesellschaftsregister beantragen. In diesem Fall bestünde außer der Registereintragung kein Bezug mehr zur Bundesrepublik.

Denkbar wäre aber auch eine zweite Variante, in der nur der Vertragssitz ins Ausland verlegt werden soll, etwa um eine begünstigende Zuständigkeit der ausländischen Gerichte zu erreichen.

aa) Normativer Ausschluss

Einer derartigen Verlegung des Vertragssitzes steht jedoch bereits der Wortlaut des § 706 S. 2 BGB n. F. entgegen. Demgemäß muss der Vertragssitz im Inland liegen.³¹⁶ Der Gesetzgeber ist überzeugt, dass nur so die Durchsetzung des deutschen Rechts gewährleistet werden kann.³¹⁷

Dies scheint auf den ersten Blick widersprüchlich, da nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. c BGB n. F. zumindest die Anschrift der Gesellschaft inzwischen auch in einem europäischen Mitgliedstaat liegen kann. Die Angabe des Sitzes der Gesellschaft hat jedoch eine andere Bedeutung als die Anschrift.³¹⁸ Während der Sitz zuständigkeitsbegründend wirkt, ist die Anschrift nur für die Zustellung von Bedeutung. Der Gesetzgeber begründet die Ausweitung, insbesondere im Vergleich

³¹⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 127.

³¹⁶ Für die Kapitalgesellschaften OLG München NZG 2007, 915; BayObLGZ 2004, 24 (26 ff.); Hupka, in: MüKoGmbHG, § 4a Rn. 34; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 4a Rn. 9 m. w. N.

³¹⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 127; zustimmend Fleischer, BB 2021, 389 (388); ders., DSrR 2021, 430 (434); Claußen/Pieronczyk, NZG 2021, 620 (621).

³¹⁸ Irritierend daher Leitzen, in: FS Heidinger, 2023, 277 (280).

zum derzeitigen § 106 Abs. 2 Nr. 2 Var. 3 HGB, im Bereich der Anschrift mit der Niederlassungsfreiheit.³¹⁹

Dies wirft die Frage auf, ob nicht die Verlegung (auch) des Vertragssitzes ins EU-Ausland³²⁰ ebenfalls von der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV umfasst ist.

bb) Einschränkung durch die Niederlassungsfreiheit?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen zunächst zwei Konstellationen unterschieden werden: zum einen die formwechselnde, identitätswahrende Sitzverlegung, wie sie ähnlich Gegenstand der „Polbud“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes³²¹ war, und zum anderen die rechtsformwahrende Sitzverlegung. Nur Letztere ist für die hier erörterten Fragen zur eGbR zunächst relevant, da die deutsche Rechtsform gerade ins Ausland mitgenommen werden soll.

Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur rechtsformwahrenden Vertragssitzverlegung einer Personengesellschaft gibt es (noch) nicht. Orientiert man sich aber an der Judikatur zur juristischen Person,³²² so bringt die „Daily-Mail“-Entscheidung³²³ des Europäischen Gerichtshofes Licht ins Dunkle. In diesem Urteil hob der Gerichtshof die „Geschöpftheorie“ aus der Taufe.³²⁴ Eine Gesellschaft hat demnach „[j]enseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, [...] keine Realität.“³²⁵ Folglich kann der Inkorporationsstaat frei darüber entscheiden, ob und wie eine nach seinen Statuten geschaffene Gesellschaft ihren Vertragssitz verlegen kann.³²⁶ Diese Auffassung bestätigte der Europäische Gerichtshof in seiner Folgerechtsprechung. Im Urteil „Cartesio“ wird im Rahmen einer Vorfrage festgehalten, dass es allein dem Mitgliedstaat obliegt, welche Anforderungen an eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft gestellt werden, damit diese ihre Gesellschaftsform behalten kann.³²⁷ Diese „Definitionsheit“ wird auch in der „VALE“-Entscheidung bestätigt.³²⁸ Die Niederlassungsfreiheit steht daher der Regelung des § 706 S. 2 BGB n. F. nicht ent-

³¹⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 129.

³²⁰ Zur Vernetzung der europäischen Register *Bock*, GmbHR 2018, 218 ff.

³²¹ EuGH NJW 2017, 3639, die Entscheidung erging bezüglich einer juristischen Person.

³²² Vgl. Art. 54 Abs. 2 AEUV; zur Anwendung der Art. 54 AEUV auf Personengesellschaften ausführlich *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (131 ff.).

³²³ EuGH NJW 1989, 2186.

³²⁴ Zur Terminologie v. *Hein*, in: MüKoBGB, EGBGB Art. 3 Rn. 95; *Fleischer*, NZG 2023, 243 (249); *Zwirlein-Forschner*, ZGR – Sonderheft 26, 2023, 195 (203); *W.-H. Roth*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 965 (972 ff.).

³²⁵ EuGH NJW 1989, 2186 (2187).

³²⁶ *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1449); siehe auch v. *Hein*, in: MüKoBGB, EGBGB Art. 3 Rn. 95.

³²⁷ EuGH NJW 2009, 569 (571 Rn. 109 f.).

³²⁸ EuGH NJW 2012, 2715 (2716 Rn. 29).

gegen.³²⁹ Auf die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung kommt es aufgrund dieses sachrechtlichen Ausschlusses nicht mehr an.³³⁰

cc) Folgen eines Beschlusses

Eine rechtsformwahrende Verlegung des Vertragssitzes ist aufgrund von § 706 S. 2 BGB n.F. nicht möglich. Wenn die Gesellschafter aber entgegen dieser Regelung einen Beschluss zur Verlegung des Vertragssitzes ins EU-Ausland fassen, stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist. Vorweg ist festzuhalten, dass das Erfordernis zur Registereintragung nach § 707 Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB n.F. dem Beschluss nicht entgegensteht, da die Eintragung im Gesellschaftsregister nur von deklaratorischer Bedeutung wäre.³³¹

(1) Bisherige Lösungsansätze

Die Möglichkeit der Statuierung eines Vertragssitzes und der Verlegung desselben stellt für die Personengesellschaften ein Novum dar.³³² Zieht man das Recht der Kapitalgesellschaften heran, so erscheinen zwei Lösungsmöglichkeiten denkbar. Entweder könnte der Beschluss zur Verlegung des Vertragssitzes als Auflösungsbeschluss i. S. d. §§ 729 Abs. 1 Nr. 4, 732 BGB n.F. verstanden werden³³³ oder es könnte die Nichtigkeit des Verlegungsbeschlusses (§ 134 BGB) angenommen werden.³³⁴ Beide Ansätze begegnen allerdings vorliegend Bedenken.

Wenn der Satzungssitz einer AG oder einer GmbH verlegt werden soll, muss dazu ein Satzungsänderungsbeschluss gefasst werden. Zu Recht wird von einem Großteil der aktienrechtlichen Literatur angenommen, dass ein solcher Beschluss wegen Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorschriften gemäß § 241 Nr. 3 AktG nichtig ist, wenn ein Ort im Ausland gewählt wird (§ 5 AktG).³³⁵ Möchte die AG ins Ausland abwandern, so steht ihr entweder die Möglichkeit der Auflösung und

³²⁹ Siehe zu den Wegzugsbeschränkungen auch *Schultzky* in: Zöller ZPO, § 17 ZPO, Rn. 8a.

³³⁰ Siehe nochmals BayObLGZ 2004, 24 (26).

³³¹ Vgl. *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, 277 (283).

³³² Siehe oben auf S. 102.

³³³ So auch *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 20; zur jur. Pers. etwa OLG Düsseldorf NJW 2001, 2184; OLG Hamm, NJW 2001, 2183; OLG Hamm NJW-RR 1998, 615; BayObLGZ 1992, 113 (116); RGZ 107, 94 (97); *Großfeld*, in: Staudinger BGB, Int. GesR Rn. 655 f.

³³⁴ Für diese Lösung *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 20; *dies.*, in: Staub HGB, § 13h Rn. 31; *Schöne*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB, BGBnF § 706 Rn. 18; *Hoffmann/Horn*, RabelsZ 86 (2022), 65 (79 f.); zur GmbH exemplarisch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 4a Rn. 9 m. w. N.

³³⁵ *Winnen*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 262 AktG, Rn. 32; *Rieckers*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 4, § 15 Rn. 58; *J. Koch*, in: MüKoAktG, § 262 Rn. 38.

Neugründung³³⁶ oder – im Falle des EU-Auslandes – des grenzüberschreitenden Formwechsels nach den §§ 333 ff. UmwG offen. Für die GmbH soll § 241 Nr. 3 AktG analog gelten.³³⁷ Im Gegensatz zur AG kennt das Personengesellschaftsrecht aber keine mit § 23 Abs. 5 S. 1 AktG vergleichbare Satzungsstrenge. Zwar kann es auch im Personengesellschaftsrecht, wie die Einführung von § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB n. F. eindrücklich zeigt,³³⁸ zu einer Beschlussnichtigkeit bei einem Verstoß gegen unabdingbare Vorschriften kommen,³³⁹ der Gestaltungsspielraum ist aber deutlich weiter als bei den Kapitalgesellschaften. Selbst wenn gegen obligatorische Rechtsvorschriften verstoßen wird, muss dies nicht zwingend die Nichtigkeit nach sich ziehen. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 134 BGB („wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“). Vorliegend könnte der Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrages zu einem (ggf. ungewünschten) Rechtsformwechsel kommen.

Auch der Ansatz zur Deutung als Auflösungsbeschluss kann für die Personengesellschaften nicht überzeugen, denn er suggeriert, dass die Auflösung und Neugründung die einzige Möglichkeit zum Wegzug einer Gesellschaft ist.³⁴⁰ Im Übrigen dürfte es in den wenigsten Fällen dem Willen der Gesellschafter entsprechen, auf diese Art den Wegzug zu vollziehen, da dieser nicht identitätswahrend stattfinden kann.

(2) Vertragssitzverlegung als grenzüberschreitender Formwechsel

Sachgerechter und interessennäher ist daher eine andere Lösung. Der Beschluss zur Verlegung des Vertragssitzes führt zu einem identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Formwechsel. Dies mag auf den ersten Blick verwundern, da die Rechtsform der eGbR ursprünglich ins Ausland mitgenommen werden sollte. Der Formwechsel ist jedoch konsequent und im Ergebnis interessengerecht.

(a) Formwechsel kraft Rechtsformzwangs

Eingangs mag man sich fragen, weswegen es zu einem Rechtsformwechsel kommt, wenn doch die Rechtsform der eGbR gerade ins Ausland mitgenommen werden soll. Dies erklärt sich mit Blick auf das System der Personengesellschaften.

³³⁶ Rieckers, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 4, § 15 Rn. 58.

³³⁷ Noack, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, Anh. § 47 Rn. 24, 50f.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, Anh. § 47 GmbHR Rn. 16.

³³⁸ Zu diesem auch *Lieder/Hilser*, ZHR 185 (2021), 471 (497).

³³⁹ Siehe zum neukonzipierten Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG eingängig *Preuß*, in: FS Gehrlein, 2022, S. 469 (470 ff.).

³⁴⁰ Siehe noch S. 107 ff.

Der Wechsel zwischen den verschiedenen Rechtsformen der Personengesellschaften läuft deutlich fließender ab, als es bei den Kapitalgesellschaften der Fall ist. Für den Wechsel von einer GmbH zu einer AG muss ein aufwändiges Verfahren nach den §§ 190 ff. UmwG durchgeführt werden. Der Wechsel von der eGmbH zur OHG erfolgt hingegen schlicht durch die Aufnahme eines Handelsgewerbes i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB. Während demnach ein Wechsel zwischen Kapitalgesellschaften ausschließlich aufgrund eines voluntativen Aktes erfolgen kann, ist der Formwechsel im Personengesellschaftsrecht auch unabhängig vom Willen der Gesellschafter möglich. Mehr noch kann ein entgegenstehender Wille sogar unbeachtlich sein. Wenn die Gesellschafter eine GbR zum Handelsregister anmelden, wird aus dieser Gesellschaft nach § 107 Abs. 1 S. 1 HGB n.F. eine OHG, ganz gleich, ob die Gesellschafter dachten, sie könnten die Gesellschaft in der Rechtsform der GbR fortführen (siehe auch § 107 Abs. 2 S. 2 HGB n.F.). Dieser Rechtsformzwang³⁴¹ könnte auch beim Verlegungsbeschluss zum Tragen kommen. Sofern die Verlegung ohne Liquidation möglich ist – was sogleich zu zeigen sein wird –, entfallen die Anknüpfungspunkte für die GbR und auch unabhängig vom Willen der Gesellschafter nimmt die Gesellschaft eine neue Rechtsform an.

(b) Europarechtliche Vorgaben

Schon im *obiter dictum* der „Cartesio“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes wurde bestimmt, dass zwar für den Herkunftsstaat keine Verpflichtung besteht, bei einem Wegzug einer Gesellschaft die Mitnahme der Rechtsform zu ermöglichen, jedenfalls muss aber eine Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates möglich sein, wenn dies nach dessen Recht möglich ist.³⁴² Bezüglich der zuletzt genannten Einschränkung entschied der Gerichtshof allerdings im „VALE“-Urteil, dass Beschränkungen des rechtsformwechselnden Zuzuges nur nach der „Gebhard“-Formel³⁴³ möglich sind.³⁴⁴ In der Folge verbleibt dem Zuzugsstaat zwar die Möglichkeit, bestimmte Anforderungen an die Erlangung einer bestimmten Rechtsform zu stellen; sofern diese aber nicht erfüllt sind, gebietet die Niederlassungsfreiheit regelmäßig den Wechsel in eine „Auffangrechtsform“ (Stichwort: Rechtsformverfehlung).³⁴⁵ Aus deutscher (Wegzugs-)Sicht darf kon-

³⁴¹ Siehe auch *M. Noack/Göbel*, GmbHR 2021, 569; *Rubner/Leuering*, NJW-Spezial 2019, 591 f.

³⁴² EuGH NJW 2009, 569 (571 Rn. 111 f.); *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (148) weist insbesondere darauf hin, dass hier keine Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften vorgenommen wurde.

³⁴³ EuGH NJW 1996, 579 (581 Rn. 37).

³⁴⁴ EuGH NJW 2012, 2715 (2717 Rn. 39); *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701 (2702); *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, § 4a Rn. 17; siehe außerdem *Guntermann*, *Mindeststammkapital*, S. 370 ff.

³⁴⁵ *Hoffmann*, in: *NK-BGB*, Bd. 1, Anh. Art. 12 Rn. 178.

sequenter Weise der liquidationslose und damit identitätswahrende Wegzug nicht schlechterdings verhindert werden.³⁴⁶

Dass sogar die identitätswahrende, isolierte Vertragssitzverlegung von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist, ergibt sich aus der – auf die Personengesellschaften übertragbaren –³⁴⁷ „Polbud“-Entscheidung.³⁴⁸ In dieser wurde außerdem noch einmal ausdrücklich festgehalten, dass der Wegzugstaat seine Gründe des Allgemeininteresses nur durch begrenzte Mittel wie Bankbürgschaften absichern darf, nicht aber durch die Auflösung und Liquidation.³⁴⁹

Im Ergebnis muss daher das deutsche Recht zwar nicht die Existenz einer eGmbH mit ausländischem Vertragssitz zulassen,³⁵⁰ es muss aber die Möglichkeit geben, einen identitätswahrenden grenzüberschreitenden Formwechsel durchzuführen.³⁵¹ Aufgrund des Anwendungsvorranges vermag sich auch das nationale Verbot der gewillkürten Löschung der eGmbH nicht gegen die Grundfreiheit durchzusetzen.³⁵² Die Annahme, dass eine Verwaltungssitzverlegung somit zwingend zu einer Auflösung der Gesellschaft führt, ist, jedenfalls im Falle der Personengesellschaften, nicht mit der in Art. 49 und Art. 54 Abs. 2 AEUV verbürgten Niederlassungsfreiheit vereinbar.

(c) Restriktionen des Umwandlungsgesetzes

Nachdem nun geklärt wurde, dass es zu einem Formwechsel kommen kann, obwohl die Gesellschafter die Rechtsform der eGmbH behalten wollten, und dass die Niederlassungsfreiheit die Wegzugsmöglichkeit zulässt, stellt sich noch die Frage, in welchem Maße das UmwG für den vorliegenden Sachverhalt eine Regelung bereithält.

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmwUG)³⁵³ hat der Gesetzgeber insbesondere die §§ 333 ff. UmwUG geschaffen, welche den grenzüberschreitenden Formwechsel aus deutscher Sicht regeln. Diese finden jedoch gemäß

³⁴⁶ *Grohmann/Gruschinske*, GmBHR 2008, 27, (30); *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1449); *Hoffmann*, in: NK-BGB, Bd. 1, Anh. Art. 12 Rn. 182.

³⁴⁷ *Fleischer*, in: MüKoHGB, Vor. § 105 Rn. 357 m. w. N.

³⁴⁸ EuGH NJW 2017, 3639 (3642 f.).

³⁴⁹ EuGH NJW 2017, 3639 (3643 Rn. 58); *Henssler*, in: *Henssler/Strohn GesR*, HGB § 105 Rn. 198.

³⁵⁰ Siehe bereits die „Daily Mail“-Rechtsprechung des EuGH oben auf S. 104 f.

³⁵¹ Vgl. *Lieder*, in: *Oetker HGB*, § 105 Rn. 145a; *Henssler*, in: *Henssler/Strohn GesR*, HGB § 105 Rn. 197 a. E.; *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1449); *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (147 f.); unklar insoweit OLG Oldenburg NZG 2020, 992 (994 Rn. 12), da nicht deutlich wird, ob das Gericht generalisierend auch auf Drittstaaten Bezug nimmt; zustimmend sogar für die GmbH *J. Schmidt*, in: *MHLS GmbHG*, § 4a Rn. 18; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, § 4a Rn. 16; *Berner*, in: *MüKoGmbHG*, § 60 Rn. 215; kritisch zur GmbH abl. *Hupka*, in: *MüKoGmbHG*, § 4a Rn. 93.

³⁵² So aber *Hoffmann/Horn*, *RabelsZ* 86 (2022), 65 (79 f.).

³⁵³ BGBl. I, 2023, Nr. 51.

§ 334 S. 1 UmwG nur auf Kapitalgesellschaften und nicht auf Personengesellschaften Anwendung.³⁵⁴ Auch die Vorschriften zum rein nationalen Formwechsel sind wenig zielführend, da nach § 214 Abs. 1 UmwG n.F. eine eGbR nur die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft erlangen kann.³⁵⁵ Freilich beruht dies auf der Besonderheit, dass sich innerdeutsche Umwandlungen von Personengesellschaften, etwa von der eGbR in die OHG, außerhalb des UmwG vollziehen und das UmwG dem ausdrücklich nicht entgegensteht (§ 190 Abs. 2 UmwG).³⁵⁶ Für die Behandlung eines grenzüberschreitenden Formwechsels von Personengesellschaften sind diese Vorschriften aber dennoch nicht zielführend. Auch eine analoge Anwendung der Regelungen kann nicht überzeugen, da die Regelungen nur schwerlich vergleichbar³⁵⁷ sind.³⁵⁸ Der Formwechsel nach den §§ 190 ff. UmwG ist gekennzeichnet von zahlreichen Restriktionen, insbesondere Formerfordernissen. Während dieses formalisierte Verfahren für einen Wechsel in eine Kapitalgesellschaft gerade mit Blick auf das Prinzip der Kapitalaufbringung sinnvoll und notwendig ist, passt die Reglementierung nicht zu den Personengesellschaften. Sowohl die Gründung als auch der Wechsel zwischen den nationalen Rechtsformen der Personengesellschaften muss nicht notariell beurkundet werden, wie dies bei einem Formwechsel nach § 193 Abs. 3 S. 1 UmwG der Fall ist. Lediglich für die deklaratorische Eintragung im entsprechenden Register muss eine öffentliche Beglaubigung nach § 12 Abs. 2 Hs. 2 HGB i. V. m. § 707b Nr. 2 BGB n.F. stattfinden. Es ist nicht ersichtlich, weswegen für den grenzüberschreitenden Formwechsel derart höhere Hürden bestehen sollen als für den innerstaatlichen Wechsel zwischen Personengesellschaften.

Überzeugenderweise ist daher das Umwandlungsgesetz auch nicht analog anwendbar und die eGbR ist für den grenzüberschreitenden Formwechsel weiterhin auf die allgemeinen Regelungen der Niederlassungsfreiheit angewiesen.³⁵⁹

³⁵⁴ Siehe auch *Koch/Harnos*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 706 Rn. 21; *Kraft*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 214 UmwG Rn. 3; für eine Analogie zu Personengesellschaften *Heckschen*, GWR 2020, 449 (453 f.).

³⁵⁵ *Kraft*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 214 UmwG Rn. 2, 5; siehe auch *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (149).

³⁵⁶ OLG Hamm GmbHR 2019, 294; v. *Thunen*, in: *BeckOGK IGesR*, 01.08.2022, Int. Personengesellschaftsrecht Rn. 131; *Kraft*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 214 UmwG Rn. 2.

³⁵⁷ Siehe zur Voraussetzung der vergleichbaren Interessenlage *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 381 f.; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (952 f.); *Canaris*, *Lücken im Gesetz*, S. 25. Außerdem § 4 Fn. 225. ³⁵⁸ So aber v. *Thunen*, in: *BeckOGK IGesR*, 01.08.2022, Int. Personengesellschaftsrecht Rn. 131; *Knaier*, DNotZ 2021, 148 (157 Rn. 7); *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (162).

³⁵⁹ Zutreffend OLG Oldenburg NZG 2020, 992 (993 Rn. 7 f.); *Kraft*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 214 UmwG Rn. 3; *Lieder*, in: *Oetker HGB*, § 105 Rn. 145a; wohl auch *Koch/Harnos*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 706 Rn. 21; *Heckschen*, GWR 2021, 1 (3 f.), der feststellt, dass die Umwandlungen „nicht aus den Regelungen des deutschen Umwandlungsrechts, sondern allein und ausschließlich aus der Niederlassungsfreiheit“ herrühren; differenzierend *Hilser*, *Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel*, S. 322; für eine entsprechende Anwendung der Vorschriften zum Statuswechsel *Hoffmann/Horn*, *RabelsZ* 86 (2022), 65 (86); kritisch *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (153 f.); für eine analoge Anwendung des UmwG *Zwirlein-Forschner*, ZGR – Sonderheft 26, 2023, 195 (217); *Hornberger*, *Rechtsformwahrende Sitzverlegung*, S. 230 ff.

(d) Interessen der Gesellschafter

Die hier vorgeschlagene Lösung zum identitätswahrenden Formwechsel liegt auch im eigentlichen Interesse der Gesellschafter. Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten, einen Auslandsbezug herzustellen.

Die eine Variante ist die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland.³⁶⁰ In diesem Fall verfolgen die Gesellschafter typischerweise zwei Ziele. Erstens soll der Rechtsstandort Deutschland erhalten bleiben, sonst würden sie auch den Vertragssitz verlegen. Zweitens sollen die ausländischen Produktionsbedingungen wie die örtliche Infrastruktur genutzt werden können.

Die zweite Variante ist der umgekehrte Fall. In dieser Lage erscheinen zwar die Produktionsbedingungen in Deutschland günstig, weswegen die Hauptverwaltung im Bundesgebiet belassen wird, allerdings wirkt eine ausländische Rechtsordnung attraktiver. Aufgrund der europaweit geltenden Gründungstheorie³⁶¹ ist ein Wechsel der Rechtsform in dieser Situation erforderlich, da anderenfalls auf das deutsche Recht zurückverwiesen wird. Die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes hilft den Gesellschaftern nur wenig weiter, wenn dieses wiederum deutsches Recht anwenden muss. Sollten die Gesellschafter daher nur um den Preis des Formwechsels in den Genuss der ausländischen Rechtsordnung gelangen können, dann wird dies in ihrem Interesse liegen.

Die eingangs benannten Lösungen (Beschlussnichtigkeit/Auflösungsbeschluss) sind hingegen nicht in der Lage, die Ziele der Gesellschafter zu erreichen. Ist der Beschluss nichtig, so müssen die Gesellschafter einen neuen, als Formwechsel bezeichneten Beschluss fassen, da ein anderer Weg zum grenzüberschreitenden Formwechsel nach dem für die Personengesellschaften geltenden Recht, insbesondere nach dem UmwG, nicht möglich ist. Die Annahme einer Nichtigkeit erschöpft sich daher im Ergebnis in einem bloßen Formalismus. Geht man hingegen von der Auflösung der Gesellschaft aus, so geht dies – neben den europarechtlichen Problemen – völlig am Ziel der Gesellschafter vorbei. Sie wollten die Gesellschaft gerade nicht neu gründen, sondern signalisieren mit der Verlegung des Sitzes, dass sie an der alten Gesellschaft festhalten möchten.

Im Ergebnis führt daher die Vereinbarung eines ausländischen Vertragssitzes im Zuge einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zu einem grenzüberschreitenden identitätswahrenden Formwechsel.³⁶²

³⁶⁰ Dazu noch auf S. 112 ff.

³⁶¹ Zu dieser noch auf S. 113.

³⁶² Zustimmung auch *Koch/Harnos*, in: *Koch Personengesellschaftsrecht*, § 706 Rn. 21; *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401 (406); *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (151 ff.); ähnlich auch schon *Lieder*, in: *Oetker HGB*, § 105 Rn. 145a.

dd) Annex: Die ausländische Geschäftsanschrift

Bezugnehmend auf die eingangs erwähnte Auffassung des Gesetzgebers, die Niederlassungsfreiheit gebiete die Möglichkeit zur Angabe einer Anschrift außerhalb der Bundesrepublik,³⁶³ sei erwähnt, dass dies wenig überzeugend ist.³⁶⁴ Wenn die Mitgliedstaaten die rechtsformwahrende Verlegung des Vertragssitzes unterbinden können und damit unter anderem die Zuständigkeit ihrer Gerichte sicherstellen, dann muss es ihnen freistehen, auch die Zustellbarkeit von Dokumenten zu gewährleisten. Nach der bisher herrschenden Meinung dürfen Sitz und Geschäftsanschrift nicht auseinanderfallen.³⁶⁵ Würde man daher anerkennen, dass die Niederlassungsfreiheit die ausländische Geschäftsanschrift ermöglicht, so hätte dies bereits für den Sitz gelten müssen. Jedenfalls gänzlich verfehlt ist es vom Gesetzgeber, den § 15a HGB nicht in Bezug auf die Fälle der ausländischen Geschäftsanschrift für entsprechend anwendbar zu erklären. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass, im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften, den Gläubigern der eGmbH neben dem Gesellschaftsvermögen auch die persönlich haftenden Gesellschafter als Schuldner zur Verfügung stehen.³⁶⁶ Eine Klage gegen die Gesellschafter ist zwar möglich, bereitet aber unter Umständen die gleichen Probleme, wenn sich diese im Ausland aufhalten. Eine öffentliche Zustellung nach § 185 Nr. 3 ZPO wird in der Regel im EU-Ausland unzulässig sein.³⁶⁷ Sofern man sich nicht auf die Zustellung nach der EG-ZustellVO³⁶⁸ verlassen möchte, was angesichts des § 15a HGB offensichtlich die Haltung des Gesetzgebers ist, ist es demnach irrelevant, ob einer Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft (und ihren Gesellschaftern) ein Schriftstück nicht zugestellt werden kann.³⁶⁹ Angesichts des Ausnahmeharakters des § 15a HGB und des verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsvorbehalts kann die Norm auch nicht analog angewendet werden.³⁷⁰ Die Praxis wird zeigen, ob es in diesem Bereich zu Problemen kommen wird.

³⁶³ Oben auf S. 103 f.

³⁶⁴ Kritisch auch *Bachmann*, Stellungnahme zum MoPeG, S. 7 f., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/835876/234bd0eea27b419ef57e5717770a212fi/stellungnahme-bachmann-data.pdf> (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

³⁶⁵ *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 106 Rn. 32; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 106 Rn. 21.

³⁶⁶ Auch *Kögel*, Rpfleger 2022, 56 (59) hält die Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft für nicht überzeugend; *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, 277 (283) verweist auf die bereits bei der GmbH bestehenden Probleme.

³⁶⁷ *Häublein/Müller*, in: MüKoZPO, § 185 Rn. 19.

³⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken“) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates, ABl. L 324 I vom 10. 12. 2007, S. 79 ff.

³⁶⁹ *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 18 verweisen zwar auf die Prüfungsbefugnis des Gerichts bezüglich der Erreichbarkeit unter der angegebenen Anschrift, ob dies aber zur Verhütung von Missbrauch ausreicht, ist zumindest zweifelhaft.

³⁷⁰ Zur Analogie von Ausnahmenvorschriften generell ablehnend etwa RGZ 47, 356 (360); 78, 171 (172); BGHZ 2, 320 (322 f.); 4, 219 (222); äußerst restriktiv auch *Koch*, AG 2017, 6 (15);

b) Verlegung des Verwaltungssitzes

Neben der besprochenen Verlegung des Vertragssitzes bleibt noch die Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes. Wie oben erwähnt besteht hierbei ein ungleich höheres Bedürfnis, die Rechtsform beizubehalten, da lediglich die Tätigkeit ins Ausland verlagert werden soll, das deutsche Rechtsstatut aber günstig erscheint. Ob und wie dies möglich ist, muss zum einen auf der sachrechtlichen und zum anderen auf der kollisionsrechtlichen Ebene geklärt werden.³⁷¹

aa) Sachrechtliche Behandlung

Im ersten Schritt ist zu klären, ob nach deutschem Recht die isolierte Verlegung des Verwaltungssitzes³⁷² einer eGbR rechtsformwährend möglich ist. Nach bisherigem Recht führte eine derartige Verlegung nach überwiegender Ansicht zu einer Auflösung der Gesellschaft und Löschung von Amts wegen aus dem Register gemäß § 395 FamFG.³⁷³ Fortan bestimmt jedoch der § 706 S. 1 BGB n. F., dass der Verwaltungssitz jeder Ort sein kann, an dem die Geschäfte tatsächlich geführt werden. Im Zusammenhang mit § 706 S. 2 BGB n. F. ist *e contrario* festzustellen, dass eine Beschränkung auf das Inland nicht vorgesehen ist. Auch die Gesetzesbegründung proklamiert die damit vollführte Abkehr zur bisherigen Rechtslage.³⁷⁴ In sachrechtlicher Hinsicht bestehen daher keine Bedenken gegen eine isolierte Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland.³⁷⁵

bb) Kollisionsrechtliche Behandlung

Obgleich aus deutscher Sicht die Gesellschaft bei einem derartigen Wegzug nicht aufgelöst wird, bedeutet dies noch nicht, dass auch weiterhin deutsches Recht auf

Nipperdey, in: Enneccerus BGB AT I/1, § 48 S. 296 f.; *Bartholomeyczyk*, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 112 f.; *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 181; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (965 ff., 975). Siehe außerdem die Nachweise in § 4 Fn. 225.

³⁷¹ Zur Unterscheidung siehe auch *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung, S. 10 ff.

³⁷² Zur kumulativen Verlegung mit dem Vertragssitz gilt das oben Ausgeführte.

³⁷³ BT-Drs. 19/27635, S. 126; *Fleischer*, BB 2021, 389 (388); *Kögel*, Rpfleger, 2022, 56 (58); *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14 (17); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (168); *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 105 Rn. 197; siehe auch BGH WM 1957, 999 (1000); *Krafka*, Registerrecht, Rn. 1919 (Genossenschaft), 2196 (Verein); *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2477); *Neie*, in: Herrler, Gesellschaftsrecht § 2 Rn. 130; *Hansen*, MedR 2022, 198 (200).

³⁷⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 126.

³⁷⁵ *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); *Hoffmann/Horn*, RabelsZ 86 (2022), 65 (67); *M. Noack*, BB 2021, 643 (645); ohne die Differenzierung *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2477); *Lieder/Hilser*, ZHR 185 (2021), 471 (481); später erneut wohl auch *dies.*, NotBZ 2021, 401 (405 f.), dort allerdings konfus, da sie ausführen, dass die Auflösung der Gesellschaft nur durch die Annahme einer kollisionsrechtlichen Bedeutung verhindert werden könnte.

die Gesellschaft angewendet wird und damit die Rechtsform der eGbR erhalten bleibt. Dies hängt davon ab, ob ein Staat der sog. „Sitztheorie“ oder der bereits erwähnten „Gründungstheorie“ folgt.³⁷⁶ Grundsätzlich lässt sich sagen, dass im Falle der Sitztheorie das Recht des Staates angewendet wird, in dem die Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz hat.³⁷⁷ Wenn hingegen die Gründungstheorie zur Anwendung gelangt, dann ist das Recht des Gründungsstaates bzw. des Vertragsstaates der Gesellschaft maßgeblich.³⁷⁸

(1) *Wegzug in einen Gründungstheorie-Staat*

Ob ein Staat der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt, richtet sich grundsätzlich nach dessen Kollisionsrecht. Zahlreiche Staaten, wie etwa die Schweiz, haben sich für die Gründungstheorie entschieden.³⁷⁹ Auch andere Staaten, welche eigentlich der Sitztheorie folgen, können aufgrund von internationalen Abkommen und Verpflichtungen zur Anwendung der Gründungstheorie verpflichtet sein. Ebenso wie innerhalb der Europäischen Union die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV die Anwendung der Gründungstheorie gebietet, verpflichtet etwa der Deutsch-Amerikanische Freundschaftsvertrag³⁸⁰ seit jeher zur gegenseitigen Anerkennung der Gesellschaften.³⁸¹

Verlegt nun eine eGbR ihren Verwaltungssitz in einen solchen Staat, dann verweist das ausländische Kollisionsrecht auf das deutsche Recht. Ganz gleich, ob Deutschland selbst der Sitz- oder Gründungstheorie folgt, bestimmt Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB, dass diese Rückverweisung angenommen und deutsches Sachrecht zur Anwendung gelangen soll. Die eGbR wird demgemäß im Ausland nach deutschem Recht behandelt und kann ihre Rechtsform dort fortführen. Nichts anderes gilt aus deutscher Perspektive. Auch hier ist es irrelevant, ob Deutschland der Sitz-

³⁷⁶ Siehe allgemein dazu *Fleischer*, NZG 2023, 243 (249).

³⁷⁷ BGHZ 53, 181 (182); BGH NZG 2000, 926; BGHZ 153, 353 (355); 178, 192 (196 Rn. 19); BGH NZG 2016, 1156 (1158 Rn. 15); *Preuß*, GmbHR 2007, 57 (59); *Röß*, MDR 2023, 805 f. (Rn. 3); *Schaub*, in: EBJS HGB, Anh. § 12 Rn. 7; *Lieder/Hilser*, ZHR 2021, 471 (478); *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, Int. GesR Rn. 5; *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, 277; *Trautrim*s, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, S. 28 f.

³⁷⁸ *Lieder/Hilser*, ZHR 2021, 471 (478); *Preuß*, GmbHR 2007, 57 (59 f.); *Röß*, MDR 2023, 805 f. (Rn. 3); v. *Hein*, in: MüKoBGB, EGBGB Art. 3 Rn. 94; *Schaub*, in: EBJS HGB, Anh. § 12 Rn. 13; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, Int. GesR Rn. 5; *Trautrim*s, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, S. 30 f.

³⁷⁹ Siehe die Übersicht bei *Großrichter/Zwirlein-Forschner*, in: BeckOGK IGesR, 01.04.2023, Int. GesR AT Rn. 76 ff.; *Gesell*, in: Prinz/Desens, Umwandlungen im internationalen Steuerrecht, S. 106 ff.

³⁸⁰ Gesetz zu dem Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29. Oktober 1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, BGBl. II, 1956, S. 487.

³⁸¹ Auch Personengesellschaften fallen in den Anwendungsbereich des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages, siehe Art. XXV Nr. 5, BGBl. II, 1956, S. 487 (500).

oder der Gründungstheorie folgt; das Ergebnis bleibt dasselbe.³⁸² Wenn die Gründungstheorie angewendet wird, dann muss ohnehin deutsches Recht aus deutscher Sicht angewendet werden, da die eGfR hier gegründet wurde. Sollte jedoch die Sitztheorie zur Anwendung gelangen, so würde diese zwar auf das ausländische Recht verweisen, dieser Verweis ist jedoch nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB allumfassend und bezieht somit auch das ausländische Kollisionsrecht mit ein. Der ausländische Staat folgt der Gründungstheorie, verweist zurück auf das deutsche Recht und Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB nimmt diesen Verweis an. In jedem Fall ist somit deutsches Recht anwendbar. In diesen Fällen hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 706 S. 1 BGB n.F. sein Ziel erreicht, da die Gesellschaft sachrechtlich nicht aufgelöst wird und kollisionsrechtlich ihr Rechtsstatut beibehalten wird.³⁸³

(2) *Wegzug in einen Staat der Sitztheorie*

Anders könnte es hingegen aussehen, wenn die eGfR ihren Sitz in einen Staat verlegt, der der Sitztheorie folgt. Die ausländische Rechtsordnung wird in diesem Fall ihr eigenes Recht anwenden, da der Verwaltungssitz in ihrem Hoheitsbereich belegen ist. Die eGfR wird in diesen Fällen nach den Vorschriften, welche für die dortigen Gesellschaften gelten, behandelt. An diesem – für die Gesellschafter zugegeben misslichen – Ergebnis, vermag das deutsche nationale Recht nichts zu ändern.³⁸⁴ Selbst wenn Deutschland der Gründungstheorie folgen würde und damit stets deutsches Recht auf die eGfR angewendet sehen wollte, würde dies die ausländische Rechtsordnung nicht von einem Statutenwechsel für die eGfR abhalten können.

Der einzige Anwendungsfall, in dem es darauf ankommt, ob Deutschland nativ der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt, ist somit, wenn eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Drittstaat verlegt, welcher der Sitztheorie folgt, und sich dennoch deutsche Stellen mit der Gesellschaft beschäftigen müssen.

Wenn Deutschland, wie dies nach höchstrichterlicher Rechtsprechung bisher der Fall ist,³⁸⁵ auch nach dem MoPeG der Sitztheorie folgt, wäre auf die eGfR ausländisches Sachrecht anzuwenden (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB).³⁸⁶ Somit würde es auch aus deutscher Sicht durch einen derartigen Wegzug zu einem Statutenwechsel kommen.

³⁸² Vgl. auch *Kraft*, in: Groh/Nath/Kraft IntGesR, S. 8 Rn. 20.

³⁸³ Siehe auch *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; *Nazari-Khanachayi*, WM 2020, 2056 (2059), der wohl zu Recht davon ausgeht, dass der Gesetzgeber auch nur diesen Fall regeln wollte; *Lieberknecht*, in: BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 82 f.

³⁸⁴ Ähnlich *Lieder/Hilser*, ZHR 2021, 471 (489); *Hoffmann*, NZI 2023, 315 (316); *M. Noack*, BB 2021, 643 (645); *Nazari-Khanachayi*, WM 2020, 2056 (2059); *Lieberknecht*, in: BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 88; *Servatius*, GbR, § 706 Rn. 12; *Wertenbruch*, NZG 2023, 1343 (1346).

³⁸⁵ BGHZ 178, 192 (194 Rn. 13 ff.); BT-Drs. 19/27635, S. 127.

³⁸⁶ *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 23.

Man könnte jedoch § 706 S. 1 BGB n. F. auch als Kollisionsnorm interpretieren, mit der Folge, dass sich Deutschland der Gründungstheorie zugewandt hätte.³⁸⁷ Bei § 706 S. 1 BGB n. F. müsste es sich dafür um eine sog. verdeckte einseitige Kollisionsnorm handeln.

(a) Kurze terminologische Einordnung

Der Auslegung der Norm soll hier eine kurze Einordnung der Begrifflichkeiten vorangestellt werden, da dies für die spätere Argumentation relevant sein wird. Die Terminologien rund um die Kollisionsnormen gehen weitestgehend auf Theodor Niemeyer zurück. Dieser beschrieb zunächst die sog. vollkommenen Kollisionsnormen, welche heute überwiegend als allseitige Kollisionsnormen bezeichnet werden.³⁸⁸ Diese kennzeichnet, dass je nach Sachverhalt entweder auf das deutsche oder auf das ausländische Recht verwiesen wird.³⁸⁹ Demgegenüber besagt das Gegenstück, die einseitigen Kollisionsnormen, nur, wann das eigene Recht anzuwenden ist.³⁹⁰ Ein weiteres Begriffspaar Niemeyers sind die ausdrücklichen und die versteckten Kollisionsnormen.³⁹¹ Letztere liegen vor, wenn beispielsweise einer Sachnorm durch Auslegung ein kollisionsrechtlicher Gehalt entnommen werden kann.³⁹²

(b) Auslegung des § 706 S. 1 BGB n. F.

Ein solcher versteckter kollisionsrechtlicher Gehalt könnte dem § 706 S. 1 BGB n. F. zu entnehmen sein.

³⁸⁷ So *Lieder/Hilser*, ZHR 2021, 471 (490); *dies.*, NotBZ 2021, 401 (405 f.); *Hilser*, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel, S. 293 f.; *Hoffmann/Horn*, RabelsZ 86 (2022), 65 (67 f.); *Schön*, ZHR 187 (2023), 123 (137); *Wertenbruch*, NZG 2023, 1343 (1346); *Servatius*, GbR, § 706 Rn. 10; wohl auch *Holzer*, ZNotP 2020, 239 (240); a. A. insbesondere *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); *dies.*, BB 2021, 2946 (2947); *Kindler*, ZfPW 2022, 409 (414 f.); *M. Noack*, BB 2021, 643 (645); *Nazari-Khanachayi*, WM 2020, 2056 (2058 f.); *Weller/Schwemmer*, BB 2021, I; *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 23 ff.; *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, 277 (280); *Schöne*, in: BeckOK BGBnF, § 706 Rn. 5; wohl auch *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1448 f.).

³⁸⁸ *Niemeyer*, Das internationale Privatrecht, S. 10; *Gebauer*, in: BeckOGK AllgIPR, 01.05.2023, Rn. 24; *Weber*, Die Theorie der Qualifikation, S. 21.

³⁸⁹ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, EGBGB Einl. zum IPR Rn. 46.

³⁹⁰ *Niemeyer*, Das internationale Privatrecht, S. 9; *Hausmann*, in: Hausmann/Odersky IPR, Rn. 17.

³⁹¹ Zum Begriff der ausdrücklichen Kollisionsnorm *Niemeyer*, Methodik des internationalen Privatrechts, 1894, S. 9; zum Begriff der versteckten Kollisionsnorm *Niemeyer*, BöhmSZ 13 (1903), 447 (448); *Gebauer*, in: BeckOGK AllgIPR, 01.05.2023, Rn. 24 f.

³⁹² *Hausmann*, in: Hausmann/Odersky IPR, § 2 Rn. 23.

Der Wortlaut der Norm hat, wie zuvor dargestellt, in erster Linie einen sachrechtlichen Bezug.³⁹³ Es kann sich somit schon um keine ausdrückliche, sondern wenn nur um eine versteckte Kollisionsnorm handeln.³⁹⁴

Die Systematik des Gesetzes – welcher allerdings wie beschrieben nur eine indizierende Bedeutung zukommt –³⁹⁵ spricht jedoch nicht für einen kollisionsrechtlichen Gehalt.³⁹⁶ Eine Kollisionsnorm wäre eher im EGBGB zu verorten gewesen. Hinzu kommt, dass mit § 4a GmbHG und § 5 AktG bereits vergleichbare Regelungen bestehen, welche jedoch wohl überwiegend nicht als Kollisionsnormen verstanden werden.³⁹⁷ In Kenntnis der um diese Normen kursierenden Diskussionen hätte der Gesetzgeber sicherlich einen anderen, deutlicheren Standort für eine etwaige Kollisionsnorm gewählt.³⁹⁸ Dies gilt, zumal der Bundesgerichtshof noch in Kenntnis der MoMiG-Reform³⁹⁹ die genannten Normen des Kapitalgesellschaftsrechts nicht als Kollisionsnormen eingeordnet hat.⁴⁰⁰

Der systematisch im Recht der GbR platzierte § 706 S. 1 BGB n.F. vermag zudem nur zu regeln, dass auf die eGbR – durch die Verweisungen auch auf die Handelsgesellschaften – deutsches Recht anzuwenden ist. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass auf ausländische Gesellschaften aus Drittstaaten weiterhin die

³⁹³ Siehe oben auf S. 112.

³⁹⁴ Das Fehlen eines klaren Bekenntnisses kritisiert auch *Heckschen*, NZG 2020, 761 (764).

³⁹⁵ Siehe S. 70ff.

³⁹⁶ *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4.

³⁹⁷ BGHZ 178, 192 (189 Rn. 22), ablehnend, jedenfalls zugunsten ausländischer Gesellschaften; *Kindler*, ZIPW 2022, 409 (414); *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 25; *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; *Dauner-Lieb*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 5 AktG, Rn. 28; *Heider*, in: MüKoAktG, § 5 Rn. 54; *Weller*, in: MüKoGmbHG, Einleitung Rn. 416; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 4a Rn. 1; *Kindler*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 4a Rn. 24 f.; *ders.*, in: Goette/Habersack MoMiG, S. 250 Rn. 7.47 ff.; *Heckschen*, NZG 2020, 761 (763 f.); *Preuß*, GmbHR 2007, 57 (62); *Brakalova/Barth*, DB 2009, 213 (216); *Lips/Randel/Werwig*, DStR 2008, 2220 (2223 Fn. 37); *Franz*, BB 2009, 1250 (1251); *Franz/Laeger*, BB 2008, 678 (682); *Hirte*, NZG 2008, 761 (766); *Kindler*, IPRax 2009, 199 (202); *ders.*, NJW 2008, 3249 (3251); *ders.*, AG 2007, 721 (722); *König/Bormann*, DNotZ 2008, 652 (658 f.); *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338 (343); *Peters*, GmbHR 2008, 245 (249); *Stiegler*, ZGR 2017, 312 (325 f.); zweifelnd auch *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); tendenziell *Lieberknecht*, in: BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 77; a.A. *Leible*, in: MHLs, Systematische Darstellung 2, Int. Ges. Rn. 8; *Lieder/Hilser*, ZHR 2021, 471 (478); *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (749 ff.); *Fingerhuth/Rumpf*, IPRax 2008, 90 (92); *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581 (1585 ff.); *Körber/Kliebisch*, JuS 2008, 1041 (1044); *Kobelt*, GmbHR 2009, 808 (811); noch weitergehend *Paefgen*, in: FS Vetter, 2019, S. 527 (535 f.).

³⁹⁸ So auch *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; ähnlich *Leitzen*, in: FS Heidinger, 2023, 277 (280); *Lieberknecht*, in: BeckOGK BGBnF, § 706 Rn. 79.1, „Aus den Materialien geht [...] keine klare Absicht [...] hervor, sich [...] der überkommenden Sitzanknüpfung zu entledigen [...]“.

³⁹⁹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 23. 10. 2008, BGBl. I, 2008, S. 2026.

⁴⁰⁰ BGHZ 178, 192 (198 Rn. 22) („Trabrennbahn“-Entscheidung); *Nazari-Khanachayi*, WM 2020, 2056 (2059).

Sitztheorie anzuwenden wäre.⁴⁰¹ Es erscheint unergründlich, weswegen sich der Gesetzgeber einer einseitigen Kollisionsnorm bedienen sollte.⁴⁰² Nicht nur, dass einseitige Kollisionsnormen seit der IPR-Reform 1986⁴⁰³ die absolute Ausnahme sind,⁴⁰⁴ eine solche wäre im vorliegenden Fall auch kaum geeignet, ein schlüssiges Gesamtgefüge zu schaffen. Genauso wie die Sitztheorie ist die Gründungstheorie vom Grundgedanken her eine allseitige Kollisionsregelung.⁴⁰⁵ Wenn die Sitztheorie nun nicht durch eine allseitige Regelung ersetzt, sondern durch partielle einseitige Regelungen durchbrochen wird, droht eine Rechtsfragmentierung, welche zu unerwünschten Rechtsunsicherheiten führt. Außerdem müsste man im Falle der eGbR, auf welche stets das deutsche Recht anzuwenden sein soll, während für ausländische Gesellschaften weiterhin die Sitztheorie gilt, annehmen, dass die Regelung aufgrund der einseitigen Bevorzugung eine Exklusivnorm darstellt.⁴⁰⁶ Überzeugende Gründe für eine derart unterschiedliche Behandlung dürften nur schwerlich zu finden sein. Wenn demnach die Sitztheorie vom Gesetzgeber verworfen werden sollte, dann wäre dies schlüssiger durch eine für alle Gesellschaften geltende allseitige Regelung geschehen. Solange dies nicht geschieht, erscheint die Fragmentierung nicht überzeugend, weswegen die Systematik gegen die Einordnung als Kollisionsnorm spricht.⁴⁰⁷

Möglicherweise könnte die genetische Auslegung zu einem anderen Ergebnis führen.⁴⁰⁸ Der Gesetzgeber führt eingangs zur Begründung des § 706 BGB n. F. an, dass durch die Vorschrift „die Trennung des Verwaltungs- von dem Vertragssitz, [...] unabhängig davon, ob die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Drittstaat hat“, möglich wird.⁴⁰⁹ Dies wird, soweit dies mit Blick auf die Rechtsetzungshoheit anderer Staa-

⁴⁰¹ Das müssen auch *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401 (406) zugeben; siehe auch *Servatius*, GbR, § 706 Rn. 13.

⁴⁰² Diesbezüglich unzutreffend *Nazari-Khanachayi*, WM 2020, 2056 (2059). Dessen Bedenken lassen sich jedoch dahingehend nachvollziehen, dass die für die Abkehr von der Gründungstheorie überzeugendermaßen eigentlich erforderliche allseitige Regelung im Personen-Gesellschaftsrecht völlig deplatziert wäre.

⁴⁰³ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986, BGBl. I, 1986, S. 1142.

⁴⁰⁴ *Lorenz*, in: BeckOK BGB, EGBGB Einl. zum IPR Rn. 46.

⁴⁰⁵ *Weller*, in: MüKoGmbHG, Einleitung, Rn. 416, „Des Weiteren ist die Sitztheorie eine allseitige und nicht nur eine einseitige [...] Kollisionsregel.“

⁴⁰⁶ *Hausmann*, in: Hausmann/Odersky IPR, § 2 Rn. 18.

⁴⁰⁷ Im Ergebnis auch *Kraft*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 214 UmwG Rn. 4; *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 706 Rn. 25, deren Argument, aus der Begrenzung der Anschrift auf das EU-Ausland ließe sich ableiten, dass der Gesetzgeber den Wegzug in Sitztheorie-Staaten beschränken wollte, allerdings fehlgeht. Wie dargestellt, wollte der Gesetzgeber nur den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit nachkommen und nahm daher die Erweiterung vor. Die Zustellung in Drittstaaten ist obendrein ungleich schwieriger als innerhalb der EU, was letztlich das leitende Motiv für die Begrenzung gewesen sein dürfte, nicht aber die Sitztheorie.

⁴⁰⁸ *Hoffmann/Horn*, *RebelsZ* 86 (2022), 65 (67).

⁴⁰⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 216.

ten möglich ist,⁴¹⁰ nur durch eine Hinwendung zur Gründungstheorie ermöglicht. Bei der Analyse des gesetzgeberischen Willens darf jedoch nicht unterschlagen werden, dass die Trennung nur „unter bestimmten Voraussetzungen“ auch in den Drittstaaten möglich sein soll.⁴¹¹ Ein eindeutiger Hinweis des Gesetzgebers, dass die Sitztheorie in Deutschland überwunden sein soll, lässt sich demnach nicht entnehmen. Der Begriff der „Voraussetzungen“ kann auch die Anwendung der Gründungstheorie in Drittstaaten meinen.

Zugunsten der Vertreter der Kollisionsnorm könnte man das Ziel des Gesetzgebers anführen, dass die Gesellschafter nicht auf die ihnen vertraute Rechtsform verzichten sollen müssen.⁴¹² Diesbezüglich muss allerdings dezidiert berücksichtigt werden, welche Fälle von der Annahme einer Kollisionsnorm überhaupt erfasst wären. Wie dargestellt, ist die Diskussion um den kollisionsrechtlichen Gehalt der Norm jedenfalls immer dann obsolet, wenn der Zuzug in einen Gründungstheoriestaat erfolgt. Hier reicht der sachrechtliche Gehalt des § 706 S. 1 BGB n. F. aus. Würde der Zuzugsstaat der Sitztheorie folgen, könnte die eGbR ihre Rechtsform aber in vielen Fällen selbst dann nicht effektiv beibehalten, wenn Deutschland der Gründungstheorie folgen würde. Dies gilt immer dann, wenn der besagte Zuzugsstaat die Rechtsform nicht vollumfänglich anerkennt und ihr vielleicht sogar, in Anlehnung an die römisch-rechtliche Tradition,⁴¹³ die Rechtsfähigkeit in Gänze abspricht.⁴¹⁴ Ausschließlich relevant wäre die Annahme einer Kollisionsnorm für die deutsche Behandlung der Gesellschaft. Wenn die eGbR aber ihren Verwaltungssitz in den Drittstaat verlegt hat, folglich dort in aller Regel ihre Haupttätigkeit ausführt, und dieser sie nicht anerkennt, wird die Gesellschaft sich ohnehin früher oder später umwandeln (müssen). Alles in allem läge selbst bei der Annahme nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich für die Anwendung der Kollisionsnorm vor. Dass der Gesetzgeber bei einem solch geringen Nutzen mit dem schlichten Verweis auf die wünschenswerte Beibehaltung der Rechtsform der eGbR einen seit Jahrzehnten schwelenden Streit zugunsten der Gründungstheorie entscheiden wollte, ist unwahrscheinlich.⁴¹⁵ Statt den Streit zu entscheiden, weist der Gesetzgeber sogar auf eine Rechtsvereinheitlichung mit dem GmbHG und dem AktG hin.⁴¹⁶ Dies lässt vermuten, dass die Diskussion um den kollisionsrechtlichen Gehalt bewusst der Rechtsprechung und Literatur überlassen wurde und an der bisherigen, den ausschließlich sachrechtlichen Gehalt betonenden herrschenden Meinung nichts geändert werden sollte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich auf

⁴¹⁰ Siehe auf S. 114.

⁴¹¹ BT-Drs. 19/27635, S. 216.

⁴¹² BT-Drs. 19/27635, S. 217.

⁴¹³ Zu dieser unter § 3 B. IV. 1.

⁴¹⁴ Zutreffend *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256 (2257); irritierend allerdings *Wertenbruch*, NZG 2023, 1343 (1346), der anscheinend annimmt, dass der Wegzug zu einer Auflösung der Gesellschaft führen würde. Die zwingende Auflösung durch den Wegzug ist allerdings keine Frage des Kollisions- sondern des Sachrechts. Siehe auf S. 105 ff.

⁴¹⁵ *Heckschen/Nolting*, BB 2021, 2946 (2947).

⁴¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 217.

eine umfassende Reform des internationalen Gesellschaftsrechts schon vor dem MoPeG nicht geeinigt werden konnte und eine entsprechende Reform nicht durch die Hintertür zu erwarten ist.⁴¹⁷ Die genetische Auslegung der Norm führt daher zu keinem anderen Ergebnis.

Die besseren Argumente sprechen folglich dafür, einen kollisionsrechtlichen Gehalt des § 706 S. 1 BGB n.F. abzulehnen. Mit dem Zuzug in einen Staat der Sitztheorie kommt es demgemäß auch aus deutscher Perspektive zu einem Statutenwechsel.

II. Die Eintragung von ausländischen Gesellschaften im Gesellschaftsregister

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit Gesellschaftsregistern im internationalen Kontext besteht bei der Beteiligung von ausländischen Gesellschaften an einer eGmbH.⁴¹⁸ Wenn sich eine Gesellschaft aus einem EU-Mitgliedstaat – nur diese werden aufgrund der durch die Niederlassungsfreiheit bedingten Gründungstheorie ohne Probleme in Deutschland anerkannt –⁴¹⁹ an einer eGmbH als Gesellschafter beteiligen möchte, dann ist dies materiell ohne Probleme möglich. Spannend wird es hingegen, wenn die Gesellschaft gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n.F. als Gesellschafter ins Gesellschaftsregister eingetragen werden soll. Nach § 707 Abs. 3 S. 2 Var. 2 BGB n.F. besteht eine Verpflichtung, eine derartige Korrektur des Gesellschafterbestandes beim Gesellschaftsregister zu erwirken. Sofern für die ausländische Gesellschaft keine Eintragungspflicht in einem öffentlichen Register ihres Gründungsstaates besteht, muss sie kein Register und keine Registernummer angeben.⁴²⁰ Sollte die Gesellschaft in der Folge nur mit ihrem Namen, ihrer Rechtsform und ihrem Sitz eingetragen werden, besteht ein ähnliches Publizitätsdefizit, wie es gerade bei der nicht eingetragenen OHG vermieden werden sollte.⁴²¹ Die Regelung des § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. bekräftigt diese Feststellung. Das Gesetz bietet allerdings keine ausdrückliche Möglichkeit, einem derartigen Problem zu begegnen.

⁴¹⁷ Siehe den Referentenentwurf zum Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008, abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/gesetzgebung/gesetzgebungsvorhaben-zusaetzliche-materialien/internationales-privatrecht-der-gesellschaften> (zuletzt abgerufen am: 31.10.2023); Wall, in: Hausmann/Odersky IPR, § 18 Rn. 4.

⁴¹⁸ Zur Eintragung von ausländischen Gesellschaften in das Transparenzregister bei Immobiliengeschäften siehe *Full/Lorenz/Sturm*, DStR 2023, 892 ff.

⁴¹⁹ Siehe oben auf S. 113; natürlich müssen die Gesellschaften auch beteiligungsfähig sein, vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 131; BayObLG ZIP 1986, 840 (841 a.E.).

⁴²⁰ Siehe zur Auslegung des Merkmals „soweit gesetzlich vorgesehen“ oben auf S. 89 ff.; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (54 f.).

⁴²¹ Siehe zur OHG auf S. 99.

Der Bundesgesetzgeber hat dieses Problem erkannt und schlägt vor, die Regelungen über die Zweigniederlassung gemäß §§ 13e ff. HGB entsprechend anzuwenden.⁴²² Diese Lösung wurde bereits zum Handelsrecht vertreten,⁴²³ erfuhr dabei jedoch auch Kritik. Teilweise wurde (und wird) mit Blick auf die Reform des MoMiG eine ergänzende Anwendung abgelehnt.⁴²⁴ Der damalige Reformgesetzgeber hätte sich gegen einen Zusatz der Gesellschafter und schlicht für die Angabe einer inländischen Geschäftsanschrift entschieden. Letztgenannte Auffassung kann nach dem MoPeG nicht nur wegen der vorgenannten Positionierung des Gesetzgebers, sondern bereits aus Gründen der Registertransparenz nicht mehr überzeugen. Freilich ist eine demgemäß geforderte Angabe der Gesellschafter auch europarechtlich unbedenklich, da insoweit keine Form der Diskriminierung vorliegt. Zwar müssen deutsche Gesellschaften ihre Gesellschafter nicht im Gesellschaftsregister angeben, dafür aber in dem zuständigen Subjektregister. Wie schon bei der OHG ist es mit dem Zweck des Gesellschaftsregisters unvereinbar, wenn die Registertransparenz durch eine mehrstufige Beteiligungsstruktur aufgehoben wird. Diesem Sinn und Zweck folgend ist es unerheblich, ob für eine derartige Umgehung eine in- oder ausländische Gesellschaft benutzt wird. Im Ergebnis ist daher die Auffassung des Gesetzgebers, die Regelungen über die Zweigniederlassung anzuwenden, nicht zu beanstanden.⁴²⁵

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass dem § 706 S. 1 BGB n. F. kein kollisionsrechtlicher Gehalt zu entnehmen ist. In der Folge findet keine Bevorzugung der eGmbH im Verhältnis zur Behandlung ausländischer Gesellschaften⁴²⁶ oder deutscher Kapitalgesellschaften⁴²⁷ statt. Sollte sich der Gesetzgeber jemals, wie einst angedacht, zu einer offenen Abkehr von der Sitztheorie durchringen können, so wird dies nicht sang- und klanglos geschehen. Bis dahin mag man vielleicht das Festhalten an der Sitztheorie kritisieren, der Rechtsentwicklung ist jedoch nicht aus (subjektiven) Zweckmäßigkeitserwägungen vorwegzugreifen.

Sofern ausländische Gesellschaften dennoch in Deutschland anerkannt werden, können sie sich auch an einer eGmbH beteiligen. Bezüglich der in diesen Fällen

⁴²² BT-Drs. 19/27634, S. 131.

⁴²³ *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 106 Rn. 24; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 106 Rn. 16.

⁴²⁴ LG Berlin GmbHR 2008, 431 (433) m. zust. Anm. *Melchior/Rudolph* (434); *Lieder*, in: Oetker HGB, § 106 Rn. 20; *Heidel*, in: HK-HGB, § 106 Rn. 19.

⁴²⁵ Zustimmung auch *Freier*, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (141); zu den Problemen der ausländischen Gesellschaft im Grundbuch siehe *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (60f.).

⁴²⁶ Selbst wenn man den § 706 S. 1 BGB n. F. als einseitig versteckte Kollisionsnorm ansähe, würde Deutschland die ausländischen Gesellschaften weiterhin nach der Sitztheorie behandeln, siehe S. 117.

⁴²⁷ Siehe S. 116.

nachfolgenden Eintragung als Gesellschafter im Gesellschaftsregister müssen die Vorschriften über die Zweigniederlassung analog angewendet werden, wenn die ausländische Gesellschaft über keine vergleichbare Registertransparenz verfügt.

E. Kapitelergebnis

Zusammenfassend lässt sich zunächst festhalten, dass die Eintragung im Gesellschaftsregister grundsätzlich von deklaratorischer Bedeutung ist. Ausnahmsweise wirkt die Eintragung allerdings in den Fällen konstitutiv, in denen eine ursprünglich nicht rechtsfähige GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Nach der hier entwickelten Auffassung ist der, eigentlich auf das Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis beschränkte, § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n.F. im Sinne der Rechtsfortbildung dahingehend auszulegen, dass er eine unwiderlegliche Vermutung zugunsten der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft enthält. Weiterhin ist die Eintragung im Gesellschaftsregister grundsätzlich fakultativ. Dies gilt allerdings nur vorbehaltlich der noch im Verlauf dieser Arbeit zu erläuternden Ausnahmen.

Die Reform des MoPeG hat überdies wesentliche Strukturen der GbR beibehalten. Insbesondere wurde die materielle Beteiligungsfähigkeit der Gesellschaft durch die Reform nicht beschränkt, sodass die GbR trotz der Regelung des § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. Gesellschafter einer anderen Gesellschaft sein kann. Die im Anschluss dargestellte Diskussion um die Abschaffung des Gesamthandsprinzips ist vermittelnd dahingehend aufzulösen, dass es letztlich vom Begriffsverständnis abhängt, ob die Gesamthand durch das MoPeG auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts abgeschafft wurde. Unzutreffend ist es aber in jedem Fall davon auszugehen, dass der GbR durch die Reform die Rechtssubjektivität abgesprochen wurde. Überzeugenderweise ist der Gesamthandsbegriff auch unabhängig von einer entsprechenden Positionierung der Rechtsgeschichte zu überlassen und es sollte fortan schlicht im Sinne der Rechtsvereinfachung von rechtsfähigen Personengesellschaften gesprochen werden.

Weiterhin ist festzuhalten, dass das Gesellschaftsregister, im Gegensatz zur Gesellschafterliste, dem Trennungsmodell folgt. Vor dem Hintergrund einer sachgerechten Risikoverteilung sollte – und mit Blick auf das Verbot des faktischen Registerzwanges darf – dem veräußernden Altgesellschafter nicht die Austragung aus dem Gesellschaftsregister verwehrt werden, selbst wenn die nachfolgende GbR eintragungsunfähig ist. Entstehende Lücken sind wie in anderen Fällen auch durch hoheitliches Einschreiten zu schließen.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die nicht eingetragene OHG, obgleich vom Gesetzgeber wohl nicht bedacht, wie auch die GbR sich zwar weiterhin materiell an anderen Gesellschaften beteiligen, fortan allerdings nicht mehr als Gesellschafter eingetragen werden kann. Sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Sinn und Zweck der Formulierung „soweit gesetzlich vorgesehen“ führen zu diesem Ergeb-

nis. Untermauert wird die Feststellung dadurch, dass eine Gleichbehandlung mit der GbR verfassungsrechtlich geboten ist.

Abschließend sei rekapituliert, dass eine GbR nach dem MoPeG einen Verwaltungssitz und – sofern sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist – einen (abweichenden) Vertragssitz haben kann. Der Vertragssitz kann zwar wegen § 706 S. 2 BGB n. F. nicht rechtsformwahrend ins Ausland verlegt werden, allerdings muss vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit zumindest ein identitätswahrender rechtsformwechselnder Wegzug der eGbR möglich sein. Sofern nicht der Vertrags-, sondern der Verwaltungssitz verlegt werden soll, führt dies in sachrechtlicher Hinsicht wegen § 706 S. 1 BGB n. F. nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft. Nach der hier vertretenen Auffassung ist besagte Norm überdies nicht als einseitig versteckte Kollisionsnorm, sondern als reine Sachnorm einzuordnen. Hierfür sprechen die Gesetzessystematik, die Entstehungsgeschichte und letztlich auch das gesetzgeberische Vorgehen. In diesem Zusammenhang sei allerdings erneut darauf hingewiesen, dass es, wie dargestellt, in den meisten Konstellationen ohnehin nicht auf einen etwaigen kollisionsrechtlichen Gehalt von § 706 S. 1 BGB n. F. ankommt. Wenn der Wegzug der Gesellschaft in einen Gründungstheoriestaat erfolgt, ist sowohl aus ausländischer als auch aus deutscher Perspektive stets das deutsche Recht anzuwenden. Sofern der Wegzug in einen Sitztheoriestaat erfolgt, ist ebenfalls das deutsche Kollisionsrecht für die Behandlung der Gesellschaft aus ausländischer Perspektive irrelevant, da die ausländische Rechtsordnung die Gesellschaft ihren Statuten unterwirft. Lediglich für die Behandlung der Gesellschaft aus deutscher Perspektive im Falle des Wegzugs in einen Gründungstheoriestaat ist der kollisionsrechtliche Gehalt besagter Norm zu diskutieren und richtigerweise abzulehnen.

Das Gegenstück zur im Ausland aktiven eGbR ist die im deutschen Markt agierende ausländische Gesellschaft. Zur Vermeidung einer Umgehung der Registerpublizität durch eine mehrstufige Beteiligung muss ein etwaiges Transparenzdefizit ausländischer Gesellschaften effektiv beseitigt werden. Überzeugenderweise sind daher die Regelungen über die Zweigniederlassungsregelungen entsprechend anzuwenden.

§ 4 Das Gesellschaftsregister und das Grundbuch

A. Überblick: Die (e)GbR im Grundbuch

Die Grundbucheintragung ist die wohl mit Abstand wichtigste Ursache, weswegen eine GbR im Gesellschaftsregister voreingetragen wird. Der Gesetzgeber schätzt, dass immerhin fast 79 % aller anfänglichen Gesellschaftsregisteranmeldungen zu einer anschließenden Grundbuchkorrektur führen werden.¹ Doch bereits vor dem MoPeG war die „GbR im Grundbuch“ ein Dauerthema, welches Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten beschäftigte.² Dabei schritt die Rechtsfortbildung der GbR schneller voran, als die Gesetzgebung diese Entwicklung nachzeichnen konnte. In diesem Sinne strebt die Reform an, alte Zöpfe abzuschneiden, die Zeit der „Reparaturgesetze“³ zu überwinden und ein stringentes Konzept zu etablieren, welches sich vor allem durch die Publizität der Gesellschaft und die Transparenz der Gesellschafterverhältnisse auszeichnet.⁴ Mit der Registerpublizität der eGbR soll fortan nicht nur den besonders strengen grundbuchverfahrensrechtlichen Anforderungen genüge getan werden,⁵ sondern insbesondere soll auch der Rechtsverkehr entlastet werden, indem beispielsweise „künftig die Kosten, die bisher für eine juristische Prüfung der Existenz der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Vertretungsbefugnisse ihrer Gesellschafter oder ihrer Inhaberschaft des gegenständlichen Rechts entstanden sind“,⁶ entfallen. Mit der Integration der eGbR in das bestehende Grundbuchgefüge gehen aber eine Vielzahl von Anpassungen einher. Ob alle Unsicherheiten bezüglich der GbR im Grundbuch damit beseitigt werden können oder ob die Änderungen nicht zu neuen Problemen führen werden, soll im Folgenden erörtert werden.

¹ Der Gesetzgeber nimmt 10.344 Fälle der Gesellschaftsregisteranmeldungen an und geht gleichzeitig von 8.166 anschließenden Fällen der Grundbuchkorrektur aus, BT-Drs. 19/27635, S. 115.

² Zum historischen Verlauf der Thematik siehe etwa S. 135 ff.

³ So wurde zum Teil das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) bezeichnet; siehe dazu *Hertel*, in: BeckOGK BGB, § 899a Rn. 13, der überdies die Anpassung als ein „Durchwursteln“ des Gesetzgebers bezeichnet.

⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 101 f.

⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 102.

⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 117.

I. Der Eintrag für und betreffend die Gesellschaft

1. Der Eintrag für die Gesellschaft

Ausgangspunkt der Änderungen ist § 47 Abs. 2 Grundbuchordnung (GBO). In der derzeitigen Fassung lautet der erste Satz wie folgt: „*Soll* ein Recht *für* eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren *Gesellschafter* im Grundbuch einzutragen.“⁷

Im Unterschied dazu lässt § 47 Abs. 2 GBO n. F. verlauten: „*Für* eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts *soll* ein Recht nur eingetragen werden, wenn sie im *Gesellschaftsregister* eingetragen ist.“⁸

Aus dem Wortlaut lassen sich drei relevante Aspekte entnehmen:

a) Die „Soll-Vorschrift“

Als erste Gemeinsamkeit der Normen fällt die Formulierung als „Soll-Vorschrift“ auf. Dies könnte auf die Einräumung eines Ermessens hindeuten, schließlich wird mit dieser Wortwahl regelmäßig ein sog. gebundenes Ermessen beschrieben.⁹ Bereits an anderer Stelle findet sich, gerade im Zusammenhang mit der GbR, eine solche Formulierung. Nach § 15 Abs. 1 lit. c Grundbuchverordnung (GBV) können derzeit für die GbR neben den Angaben aus § 47 Abs. 2 GBO auch der Name und der Sitz der Gesellschaft eingetragen werden. Bezüglich dieses Zusatzes steht dem Grundbuchamt allerdings kein Ermessen zu, denn die Norm soll nur die Freiwilligkeit der Eintragung seitens der Gesellschafter hervorheben, nicht jedoch dem Grundbuchamt ein Entschließungsermessen zubilligen.¹⁰ Wenn daher schon die noch weitere „Kann-Vorschrift“ kein Ermessen begründet, dann muss dies erst recht auf die „Soll-Vorschrift“ zutreffen.¹¹ In diesem Sinne knüpft § 47 Abs. 2 GBO n. F. an das tradierte Verständnis solcher Normen innerhalb der GBO an und begründet kein Ermessen.¹²

⁷ Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁸ Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁹ Vgl. nur *Aichberger/Weber*, in: Weber Rechtswörterbuch, Ermessen (Verwaltungsermessen).

¹⁰ *Heinze*, RNotZ 2010, 289 (294); *Reetz*, in: BeckOK GBO, § 47 Rn. 95, wobei die im Vergleich zur „Soll-Vorschrift“ weitergehende Formulierung dem Grundbuchamt zumindest eine Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung ermöglicht; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 4254.

¹¹ Dies gilt sowohl für die GBV als auch für die GBO, vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 53.

¹² BT-Drs. 19/27635, S. 207; *Wagner*, in: Lemke GBO, § 47 Rn. 110; *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (54).

Bedeutung entfaltet die Wortwahl hingegen für die Auswirkungen von Fehlern. Während eine Eintragung entgegen den gesetzlich zwingenden Vorgaben zur Unwirksamkeit dieser führen kann, folgt aus einem Verstoß gegen die „Soll-Vorschrift“ nur die Korrekturbedürftigkeit des Grundbuchs, sodass die materielle Rechtsänderung (bspw. der Eigentumserwerb) unberührt bleibt.¹³

b) „Für“ die Gesellschaft

Die zweite Gemeinsamkeit, welche beide Normfassungen aufweisen, ist die Beschränkung ihres Anwendungsbereiches auf eine Eintragung „für“ eine GbR. Diese Bestimmung soll entsprechend dem Verständnis des bestehenden § 47 Abs. 1 GBO ausgelegt werden und erfasst damit jeden Fall des Rechtserwerbs, der Inhaltsänderung oder der Berichtigung eines Rechts der GbR.¹⁴ In den besagten Fällen muss die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen werden, bevor der Grundbucheintrag vorgenommen werden kann. Aufgrund dieser zeitlichen Reihenfolge spricht der Gesetzgeber auch von einer sog. „Voreintragung“.¹⁵ Relevantester Fall ist ohne Zweifel der rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Eigentumserwerb durch die GbR.¹⁶ Aber auch die Bedeutung für die Grundbuchberichtigung wird im Kontext der eGbR noch erheblich sein.

Nicht erfasst wird hingegen der Rechtsverlust, wobei die Veräußerung den wohl häufigsten Auslöser darstellen dürfte.¹⁷ Die Eintragung erfolgt in diesen Fällen nämlich „für“ den Erwerber und zulasten der GbR. Ebenfalls außerhalb des Anwendungsbereiches der Norm liegen solche Eintragungen, welche den Grundbuchinhalt nicht berühren, wie beispielsweise die Richtigstellung von Tippfehlern.¹⁸

¹³ BT-Drs. 19/27635, S. 207; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 31; *Wagner*, in: Lemke GBO, § 47 Rn. 110; *Hertel*, in: BeckOGK BGB, § 899a Rn. 22; *Herrler*, in: Herrler/Hertel/Kessler, Immobilienrecht, 278; siehe auch noch unter § 5 S. 209 ff.

¹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 206; *Wagner*, in: Lemke GBO, § 47 Rn. 87; schon zur derzeitigen Rechtslage *Reetz*, in: BeckOK GBO, § 47 Rn. 51. Nachfolgend soll primär auf das Eigentum rekuriert werden, die Ausführungen lassen sich allerdings problemlos auf andere Rechte übertragen.

¹⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 108.

¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 206.

¹⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 206, 216; *Wagner*, in: Lemke GBO, § 47 Rn. 90; insoweit unpräzise wäre eine Beschreibung wie bei *Böhringer*, in: Meikel/Böttcher GBO, § 47 Rn. 4, der zumindest im Rahmen von Abs. 1 alle rechtsändernden Eintragungen als erfasst ansieht.

¹⁸ Zur Unterscheidung zwischen förmlicher Berichtigung und formloser Richtigstellung auf S. 157.

c) Mit oder ohne die Gesellschafter?

Der dritte Aspekt unterscheidet die beiden Normfassungen voneinander. Während nach der derzeitigen Fassung die GbR nur mit ihren Gesellschaftern ins Grundbuch eingetragen werden kann, wird die eingetragene Gesellschaft nach der Novellierung nur noch unter ihrem nun obligatorischen Namen eingetragen.¹⁹ Mit der Schaffung des Gesellschaftsregisters wurde die Miteintragung der Gesellschafter obsolet, denn das Mindestmaß an Publizität und Transparenz, welches durch die Aufnahme der Gesellschafter im Grundbuch erreicht worden ist, wird nun durch das Gesellschaftsregister vermittelt.²⁰ Der Rechtsverkehr kann fortan aus dem Gesellschaftsregister ersehen, ob die Gesellschaft existiert, wer ihre Gesellschafter sind und wie die eGbR vertreten wird. Folglich bedarf es fortan, wie bei den anderen Personengesellschaften und juristischen Personen auch, nicht mehr der weiteren Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch.²¹

2. Der Eintrag betreffend die Gesellschaft

Wie dargestellt kann nicht nur der Rechtserwerb zu einer Veränderung der grundbuchrechtlichen Lage führen, sondern auch der Rechtsverlust. Dieser nicht von § 47 Abs. 2 GBO n. F. erfasste Vorgang würde daher eigentlich keine Voreintragung erfordern. Gerade in diesen Fällen ist der Rechtsverkehr aber in besonderem Maße auf die Informationen über die GbR angewiesen. Der Erwerber hat ein berechtigtes Interesse, sich über die Existenz der Gesellschaft und die Identität ihrer Gesellschafter zu informieren.²² Aus dieser Motivlage heraus sind vom Gesetzgeber weitere Änderungen vorgenommen worden; diesmal im EGBGB. Nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. ist eine Voreintragung auch dann erforderlich, wenn das Recht einer GbR betroffen wird. Im Unterschied zu § 47 Abs. 2 GBO n. F. erfasst das „Betreffen“ zumindest jeden Fall der Verfügung über das bestehende Grundstücksrecht.²³ Damit geht aber Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F., jedenfalls im engeren Sinne, nicht über § 47 Abs. 2 GBO n. F. hinaus, sondern die Normen erfassen unterschiedliche Zeitpunkte.²⁴ Neue Rechte werden *für* die GbR eingetragen (§ 47 Abs. 2 GBO n. F.), bestehende Rechte können *betroffen* sein (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F.).

¹⁹ Siehe zur Bezeichnung der Gesellschaft § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n. F., sowie auf S. 140 f.

²⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 206; vgl. außerdem zur historischen Entwicklung der GbR S. 135 ff.

²¹ Zur Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins nach dem MoPeG *Enneking/Wölfen*, NZG 2023, 308 (310 ff.).

²² Siehe auch *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (174).

²³ BT-Drs. 19/27635, S. 216; *Wagner*, in: Lemke GBO, § 47 Rn. 91 schlägt vor, den Begriff identisch mit dem in § 19 GBO auszulegen.

²⁴ So aber wohl BT-Drs. 19/27635, S. 216.

Beide Normen setzen aber voraus, dass sich der materielle Grundbuchinhalt ändert. Wird das Grundbuch durch die geänderte Eintragung im Zweifel nicht unrichtig, so wird auch kein Recht der GbR betroffen.²⁵

II. Der gutgläubige Erwerb

1. Ein falscher Gesellschafter

Die Voreintragung der grundstückshaltenden GbR ist nicht nur erforderlich, damit sich, etwa im Falle einer Veräußerung, ein Erwerber der Existenz der Gesellschaft versichern kann. Sie ist sogar für die Verkehrsfähigkeit der von der Gesellschaft gehaltenen Grundstücksrechte geradezu unerlässlich.

Sowohl nach der bisherigen (§§ 714, 709 Abs. 1 BGB) als auch nach der neuen Rechtslage (§ 720 Abs. 1 BGB n.F.) gilt der Grundsatz der Gesamtvertretung bei der GbR.

a) De lege lata

Wenn daher nach bisheriger Rechtslage ein Gesellschafterwechsel bei der GbR stattgefunden hat und dieser im Grundbuch noch nicht nachvollzogen wurde, läuft der Erwerber Gefahr, mit einer nicht ordnungsgemäß vertretenen Gesellschaft zu kontrahieren. Er kann sich nur auf die aus dem Grundbuch ersichtlichen Informationen verlassen, sodass sich die Frage stellt, ob er zumindest gutgläubig das Eigentum von der Gesellschaft erwerben kann, wenn diese nicht ordnungsgemäß vertreten wurde.

Der Gutglaubensschutz des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB erstreckt sich nur auf solche Inhalte, welche die Richtigkeit des Grundbuchs berühren.²⁶ Für die Richtigkeit des Grundbuchs kommt es jedoch in erster Linie auf die Rechtsinhaberschaft an. Rechtsinhaber des Grundstücks ist die rechtsfähige GbR und nicht (mehr) die Gesellschafter.²⁷ Ein Gesellschafterwechsel ließe das Grundbuch daher grundsätzlich nicht unrichtig werden, wenn nicht § 899a BGB existieren würde. Dieser erstreckt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch auf besagte Information und sichert so das Vertrauen des Dritten in die eingetragenen Angaben.

²⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 216 f.; siehe zu der Frage, wann ein Grundbuch unrichtig ist, unten S. 157.

²⁶ H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, § 892 Rn. 3.

²⁷ Siehe zu der Frage der Unrichtigkeit des Grundbuchs bei einem Gesellschafterwechsel ausführlicher S. 138 f.

b) *De lege ferenda*

Eben dieser § 899a BGB wurde im Zuge der Reform abgeschafft, sodass die Frage des gutgläubigen Erwerbs erneut virulent wird. Mit der Einführung der eGfR entfällt jedoch der Zweck der Regelung. Der Dritte kann sich fortan, statt auf die Informationen im Grundbuch, auf die Eintragung im Gesellschaftsregister verlassen. Dieses vermittelt über § 707a Abs. 3 BGB n.F. i. V. m. § 15 Abs. 3 HGB einen ausreichenden Schutz.²⁸ Rekurrierend auf die Eingangsproblematik bleibt festzuhalten, dass das Register seinen Schutz nur dann entfalten kann, wenn die GfR zum Zeitpunkt der Veräußerung auch in diesem eingetragen ist. Daher musste der Gesetzgeber mit Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. eine entsprechende Voreintragung anordnen.²⁹

c) *Übergangsregelungen*

Aufgrund der langen Verfahrensdauer beim Grundbuchamt kann es mehrere Monate³⁰ dauern, bis ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Auf diese Verzögerung hat der Antragsteller – sofern sein Antrag vollständig ist – ab dem Zeitpunkt der Antragstellung keinen Einfluss mehr. Gleichzeitig müssen aber alle Eintragungsvoraussetzungen, welche im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs – hier der Eintragung – gelten, vorliegen.³¹ Das führt dazu, dass die Bearbeitungsdauer zulasten des Antragstellers geht, wenn sich, wie vorliegend, zwischenzeitlich die gesetzlichen Regelungen geändert haben. Dies ist sowohl vor dem Hintergrund des Art. 14 GG, aber auch des Justizgewährungsanspruchs problematisch.³² Im materiellen Recht existiert § 878 BGB, welcher diesen Konflikt aus der Welt schafft und den Betrachtungszeitpunkt auf die verbindliche Stellung des Antrags vorverlagert. Diesen Rechtsgedanken hat der Gesetzgeber auch im Rahmen der aktuellen Änderungen aufgegriffen.³³ Gemäß Art. 229 § 21 Abs. 4 S. 1 EGBGB n.F. gelten sowohl § 899a BGB als auch § 47 Abs. 2 GBO in der bisher geltenden Fassung auch nach Inkrafttreten des MoPeG fort,

²⁸ Mehr zur Schutzfunktion des Gesellschaftsregisters unter § 5 S. 240 ff.

²⁹ BT-Drs. 19/27635 S. 216; siehe auch *Bochmann*, BLJ 2020, 71 (75).

³⁰ Exemplarisch siehe LT Drs. BW 16/9956, S. 4: Im Jahr 2020 dauerte die Bearbeitung eines Antrags beim Grundbuchamt im Durchschnitt in ca. 77 % der Fälle bis zu einem Monat und in knapp 5 % sogar bis zu einem halben Jahr (wobei zusätzlich zu bemerken ist, dass die Statistik alle Arten von Anträgen erfasst, also auch schnell durzuführende Vormerkungen); siehe auch BGH NJW 2017, 1546 (1547 Rn. 16); *Kesseler*, in: BeckOGK BGB, § 878 Rn. 2.

³¹ Vgl. nur BGH NJW 2017, 1546 (Rn. 7); OLG Nürnberg NJW 2015, 562 (563); *Staudinger*, in: HK-BGB, § 878 Rn. 1; *Lettmaier*, in: MüKoBGB, § 878 Rn. 1.

³² BGH NJW 2017, 1546 (1547 Rn. 16).

³³ BT-Drs. 19/27635, S. 219; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (64). Siehe zu den verschiedenen Anwendungsfällen des Art. 229 § 21 Abs. 4 S. 1 EGBGB n.F. auch *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457 (463 ff.).

wenn zuvor die Einigung oder Bewilligung erklärt und der Eintragungsantrag gestellt wurden. Somit besteht durch die Novellierung kein Risiko für bereits laufende Verfahren.

2. Eine falsche Gesellschaft

Mit der dargestellten Situation darf nicht der Fall verwechselt werden, dass eine GbR zu Unrecht bei einem Grundstück eingetragen ist. In diesem Fall kam es noch nie auf § 899a BGB an, sondern nur auf § 892 Abs. 1 S. 1 BGB. Daran ändert sich dementsprechend auch mit der Einführung der eGbR nichts.³⁴

III. Die Eintragung des Gesellschafterwechsels

Eine Sondersituation stellt der Gesellschafterwechsel bei einer bereits nach derzeitigem Recht im Grundbuch eingetragenen GbR dar. Sollen ein neuer Gesellschafter für die GbR eingetragen und ein alter aus dem Grundbuch gestrichen werden, so wird weder ein neues Recht für die Gesellschaft eingetragen noch wird das bestehende Recht einer GbR betroffen. Der Inhaber des bestehenden Grundstücksrechts war und ist auch nach dem Gesellschafterwechsel die GbR selbst und nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.³⁵ Ohne eine weitere Regelung wäre damit keine Voreintragung der GbR in einem solchen Fall erforderlich. Da sich die Gesellschaften aber oftmals mit dem Kaufen und Halten von Immobilien begnügen und auf steigende Grundstückspreise spekulieren, ist der Gesellschafterwechsel häufig die einzige Veränderung, welche bei den im Grundbuch eingetragenen GbR auftritt. Vor dem Hintergrund, dass das Grundbuch nicht noch über Jahre die nicht eingetragene GbR mit sich herumschleppen soll, wurde in diesen Fällen ebenfalls ein Voreintragungserfordernis statuiert. Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 1 EGBGB n.F. ordnet an, dass eine Umschreibung der Gesellschafter nicht mehr stattfinden kann. In der Folge wird eine Voreintragung, selbst wenn nur ein Kaufen und Halten geplant ist, spätestens mit der ersten, beispielsweise durch einen Erbfall ausgelösten, Veränderung im Gesellschafterbestand erforderlich.³⁶

Abseits der wohl hinter dieser Regelung stehenden dargestellten rechtspolitischen Erwägung liefert der Gesetzgeber noch eine weitere plausible Begründung für das Voreintragungserfordernis. Der Gesellschafterwechsel kann formlos vollzogen werden, wobei er aber wirtschaftlich betrachtet ähnlich wie eine Verfügung über das Grundstücksrecht wirkt.³⁷ Durch Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 1 EGBGB n.F.

³⁴ Für den Fall, dass eine falsche eGbR bei einer GbR voreingetragen wird, unten S. 154 ff.

³⁵ Siehe zur Rechtsfähigkeit auch § 3 S. 47.

³⁶ *Böhringer/Melchior*, NotBZ 2022, 361 (362).

³⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 217.

wird daher sichergestellt, dass das Voreintragungserfordernis nicht etwa dadurch umgangen wird, indem einfach alle Gesellschafter der GbR ausgetauscht werden.

IV. Verfahrensgang

Der § 47 Abs. 2 GBO n. F. und die Art. 229 § 21 Abs. 1 und 2 S. 1 EGBGB n. F. haben eine Gemeinsamkeit. Sind sie einschlägig, liegt der Vorgang zunächst sprichwörtlich auf Eis. Alle drei Normen verhindern, dass die Eintragung vollzogen werden kann. Sie bewirken also eine – vom Gesetzgeber nicht als solche bezeichnete – Registersperre.³⁸ Diese Methode, eine gesetzgeberisch gewünschte Veränderung zu forcieren, ist bereits aus dem Gesellschaftsrecht bekannt.³⁹ Das Verfahren ist durch das Grundbuchamt wegen eines Eintragungshindernisses nach § 18 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GBO auszusetzen.⁴⁰ Soll die Registersperre nun überwunden werden, muss zunächst die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen werden. Ist dies erfolgt, richtet sich der Verfahrensgang in den Fällen des § 47 Abs. 2 GBO n. F. nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts der GBO, da nun der ursprüngliche Eintragungsvorgang fortgesetzt wird.

Wenn die Voreintragung aber aufgrund der Art. 229 § 21 Abs. 1 oder 2 S. 1 EGBGB n. F. erforderlich wurde, stellt sich die Frage, nach welchen Vorschriften nun die Eintragung der eGbR zu erfolgen hat, da die GbR bereits als Grundstücksinhaberin eingetragen war. Diese Grundbucheintragung stellt dogmatisch eine Richtigstellung des Grundbuchs dar und hätte somit eigentlich im von Amts wegen zu betreibenden, nicht formalisierten Freibeweisverfahren i. S. d. § 26 FamFG⁴¹ zu erfolgen. Allerdings hat der Gesetzgeber die entsprechende Geltung der Verfahrensvorschriften des zweiten Grundbuchabschnittes in Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB n. F. angeordnet und das Verfahren somit der streng formalisierten Grundbuchberichtigung unterstellt.⁴²

Es bleibt festzuhalten, dass im Falle des § 47 Abs. 2 GBO n. F. die Eintragung in einem Zweischritt erfolgt. Erst wird die Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister und dann die (Fortsetzung der) Eintragung im Grundbuch vorgenommen. Im Falle des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. ist ein Dreischritt vorgesehen, also

³⁸ Vgl. auch *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (56); *Fleischer*, DSr 2021, 430 (434); *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1120).

³⁹ Man erinnere sich nur an die Umstellung des GmbH Stammkapitals auf Euro, § 1 Abs. 1 S. 4 EGGmbHG.

⁴⁰ Dem Grundbuchamt kommt dabei nach überzeugender Ansicht kein Ermessen zu, vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 429; *Zeiser*, in: BeckOK GBO, § 18 Rn. 10; Darstellungen unterschiedlicher Ansichten zum Verhältnis Zwischenverfügung/Zurückweisung bei *Böttcher*, in: Meikel/Böttcher GBO, § 18 Rn. 32 m. w. N.

⁴¹ *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 22 Rn. 97.

⁴² BT-Drs. 19/27635, S. 218; im Übrigen ist deswegen die genaue Unterscheidung der Korrekturarten an dieser Stelle noch unerheblich und es sei auf die Ausführungen auf S. 157 ff. verwiesen.

erst die Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister, dann die Eintragung der eGbR im Grundbuch und sodann die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch.

V. Zwischenergebnis

Nach dem soeben Ausgeführten ist festzuhalten, dass die Voreintragung der Gesellschaft sowohl beim Rechtserwerb und dem Rechtsverlust als auch bei der Belastung eines Rechts erforderlich ist. Dem Grundbuchamt steht zwar kein Ermessen zu, Fehler berühren allerdings die Wirksamkeit der Eintragung nicht. Weiterhin ist trotz der Aufhebung des § 899a BGB ein gutgläubiger Erwerb von einer nicht ordnungsgemäß vertretenen Gesellschaft möglich, da durch die Voreintragung der Vertrauensschutz des § 707a Abs. 3 BGB n.F. i. V.m. § 15 Abs. 3 HGB zur Verfügung steht. Die für Bestandsgesellschaften wichtigste praktische Neuerung ist allerdings, dass auch eine Veränderung im Gesellschafterbestand, selbst wenn schlicht ein Gesellschafter ausscheidet, nicht mehr im Grundbuch nachvollzogen werden kann. Welche Folgen hieraus resultieren können, soll im nächsten Abschnitt erörtert werden.

B. Eine freiwillige Eintragung?

I. Faktischer Zwang als Obliegenheit

Die Eintragung im Gesellschaftsregister ist nicht nur, wie eingangs festgestellt, von lediglich deklaratorischer Natur, sie soll zudem auch dem freien Entschluss der Gesellschafter obliegen.⁴³ Letzteres wird auch vom Bundesministerium der Justiz aufgegriffen und bestätigt, indem dieses erklärt: „[...] die Anmeldung ist im Grunde freiwillig“.⁴⁴ Primär sollen die Vorteile des Gesellschaftsregisters für sich selbst sprechen und die Gesellschafter aus intrinsischer Motivation heraus zur Eintragung bewegen. Der Gesetzgeber wollte sich jedoch nicht ausschließlich auf die Überzeugungskraft des Registers verlassen – sind ihm doch die Nachteile dessen sehr wohl bewusst⁴⁵ und so soll das Register auch einen „faktische[n] Zwang“⁴⁶ vermitteln. Wie dieser faktische Zwang aussehen kann, sieht man an der zuvor beschriebenen Registersperre. Diese Konnexität zwischen Register- und Grundbucheintragung reicht in den Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs bzw. der Veräußerung als Druckmittel aus – keine Voreintragung, kein Eigentumsüber-

⁴³ BT-Drs. 19/27635, S. 128; zur Eintragungsnatur § 3 S. 59.

⁴⁴ Siehe hierzu die FAQ des Bundesministeriums der Justiz, Nr. 7, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Personengesellschaftsrecht_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

⁴⁵ Zu den Nachteilen aus Gesellschaftersicht unter § 5.

⁴⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 128.

gang. Das Unterlassen der Eintragung im Gesellschaftsregister führt in diesen Fällen zu Nachteilen, ist aber nicht erzwingbar, sodass es sich rechtstechnisch um eine Obliegenheit handelt.⁴⁷

II. Tatsächlicher Zwang

Für die Gesellschafter einer GbR ist die konkrete Ausgestaltung des vom Gesetzgeber proklamierten faktischen Zwanges von elementarer Bedeutung. Keineswegs ist die Eintragung in das Gesellschaftsregister lediglich vorteilhaft. Vielmehr können die Gesellschafter berechnete Interessen an der Vermeidung einer Registrierung haben. Exemplarisch kann ihnen daran gelegen sein, aus Gründen der Privatsphäre eine gläserne Gesellschaftsstruktur verhindern zu wollen,⁴⁸ oder sie scheuen die Unwiderruflichkeit der Eintragung.⁴⁹ Solange sich die Zwangswirkung auf die Statuierung einer Registersperre beschränkt, ist dies für die Gesellschafter unproblematisch, da sie jederzeit die Möglichkeit haben, die Registerpublizität durch die Aufgabe des Grundstückserwerbs zu vermeiden.

1. Gesetzlicher Eigentumserwerb

Von der dargestellten Situation ist der Fall zu unterscheiden, dass eine GbR durch gesetzlichen Übergang Eigentümerin eines Grundstücks wird. Eine durch einen Erbfall ausgelöste Gesamtrechtsnachfolge führt zu einem Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs.⁵⁰ Die Möglichkeiten der GbR sind in einem solchen Fall überaus beschränkt. Der Rechtsinhaber des Grundstücksrechts hat gewechselt, sodass ein Recht für die GbR einzutragen wäre, wobei § 47 Abs. 2 GBO n.F. wie beschrieben eigentlich die Voreintragung verlangt. Die durch die Norm begründete Eintragungssperre führt in diesen Fällen jedoch nicht zu dem gewünschten Ergebnis. Während im Fall des rechtsgeschäftlichen Eigentums-

⁴⁷ Als Voreintragungsobliegenheit titulierte etwa auch von *Aumann*, notar 2022, 99 (102); *Bergmann*, DB 2020, 994 (995); *Hermanns*, DNotZ 2022, 3 (6); *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197 (200); zu pauschal jedenfalls *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (745), welche die Eintragung anscheinend stets als verpflichtend ansehen, wenn die GbR „registrierungsfähige Rechte halten soll“; siehe dazu unter § 5 S. 215 ff.

⁴⁸ *Herrler*, in: Herrler/Hertel/Kesseler, Immobilienrecht, S. 279 sieht in der Flexibilität und Anonymität bisher die Stärken der GbR; ähnlich *Guntermann*, Mindeststammkapital, S. 136; kritisch zum Anonymitätsinteresse hingegen *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 39 (43); nachfolgend auch *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (169).

⁴⁹ Siehe dazu noch unter § 5 S. 230 ff.

⁵⁰ Die Einführung des Registers hat aufgrund der für die Rechtsfähigkeit bloß deklaratorisch wirkenden Eintragung keinen Einfluss auf diesen materiellen Rechtserwerb; siehe statt vieler nur *M. Noack*, NZG 2020, 581 (582); unzutreffend daher *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1444), der von einer „Teilrechtsfähigkeit“ der GbR spricht, obwohl nur der registerrechtliche Vollzug gehindert wird.

übergangs stets Druck auf die Gesellschafter aufgebaut wird, die Voreintragung zu veranlassen, da anderenfalls etwa die Durchführung eines lukrativen Geschäftes zu scheitern droht, wird vorliegend die unrichtige Grundbuchlage perpetuiert. Konkret könnten die Gesellschafter unter Umständen gar kein Interesse an dem Grundstück haben, da es z. B. mit Altlasten belastet sein kann. Dann werden sie dementsprechend auch keine Korrektur des Grundbuchs anregen.

Doch auch die Passivität ist der GbR nicht vergönnt. Das offenkundig nicht zufriedenstellende Ergebnis wird durch das Instrumentarium des § 82 S. 1 GBO n. F. aufgelöst. Der Eigentümer kann demnach verpflichtet werden, eine Korrektur des Grundbuchs herbeizuführen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, kann das Grundbuchamt ihn dazu zwingen.⁵¹ Übertragen auf die GbR bedeutet dies, dass die Gesellschaft als Eigentümer einerseits nicht untätig bleiben und andererseits aber auch keine Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen kann, da die GbR eintragungsunfähig ist.

In der Folge könnte die Anordnung der Korrekturverpflichtung wegen der Undurchführbarkeit unstatthaft sein.⁵² Jedenfalls könnte die Verhängung eines Zwangsmittels unzulässig sein, da es an einer schuldhaften Verletzung der Verpflichtung mangeln könnte.⁵³ Mit diesem Einwand wird die GbR allerdings kaum durchdringen. Inhalt der Verpflichtung des § 82 S. 1 GBO n. F. ist nicht nur die Stellung des Berichtigungsantrages und die Einreichung der vorhandenen Unterlagen, sondern auch die Beschaffung aller Unterlagen, die für die Eintragung erforderlich sind.⁵⁴ Die Gesellschaft muss also auch die Gesellschaftsregisternummer beibringen, wofür wiederum die Eintragung im Register erforderlich ist.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass im Falle des gesetzlichen Eigentümerserwerbs die Gesellschaftsregistereintragung nicht mehr nur eine Obliegenheit darstellt, welche, gegebenenfalls unter Inkaufnahme wirtschaftlicher Nachteile, ignoriert werden kann. Es handelt sich stattdessen um eine erzwingbare Rechtspflicht. Aus dem proklamierten „faktischen“ Zwang wird also ein echter Zwang.⁵⁵ Für die Gesellschafter hat dies merkliche Konsequenzen. Sie können ohne ihr Zutun in eine Lage versetzt werden, in der sie die Nachteile des Gesellschaftsregisters in Kauf nehmen müssen. Anderenfalls droht ihnen ein Zwangsgeld von bis zu 25.000 Euro (§ 35 Abs. 3 S. 1 FamFG).⁵⁶ Die einzige Option den Eintragungszwang abzuwen-

⁵¹ Das Grundbuchamt kann einen Beschluss i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 1 FamFG erlassen, *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 82 Rn. 31.

⁵² *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke GBO, § 82 Rn. 37.

⁵³ *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 82 Rn. 31; *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke GBO, § 82 Rn. 47.

⁵⁴ *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke GBO, § 82 Rn. 41.

⁵⁵ *John*, NZG 2022, 243 (247); *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197 (201).

⁵⁶ Verpflichteter i. S. d. § 82 S. 1 GBO n. F. ist nach dem Wortlaut der Eigentümer, mithin die GbR, siehe nur OLG Schleswig NZG 2011, 108 (109); *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke GBO, § 82 Rn. 64. Bezüglich des Zwangsgeldes gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 FamFG ist es unerheblich, ob man mit guten Gründen die hinter der GbR stehenden Gesellschafter unmittelbar als Adressaten an-

den, wäre in dem beschriebenen Fall die Ausschlagung der Erbschaft. Lassen sie die Ausschlagungsfrist jedoch – sei es aus Unachtsamkeit oder laienhafter Unwissenheit – verstreichen, dann führt kein Weg mehr an der Eintragungspflicht vorbei.⁵⁷ Man wird wohl in der Praxis, mit Blick auf den gerade angesprochenen geringen Professionalisierungsgrad der typischen GbR-Gesellschafter,⁵⁸ nicht unvermittelt zu diesen Zwangsmaßnahmen übergehen. Das Instrumentarium steht jedoch bereit und kann gerade für die unkundigen GbR-Gesellschafter zu einem Fallstrick werden, an dessen Ende sie sich in der unumkehrbaren Registerpublizität wiederfinden.

2. Gesellschafterwechsel

Das Damoklesschwert der Eintragungspflicht hängt nicht nur über jenen Gesellschaften, welche ein neues Grundstücksrecht überantwortet bekommen, sondern auch über solchen, die bereits im Grundbuch eingetragen sind. Kommt es in diesen Gesellschaften zu einem Wechsel im Gesellschafterbestand, was sowohl aufgrund eines Gesellschafterwechsels – rechtsgeschäftlich oder im Wege der Erbfolge – als auch durch das schlichte Ausscheiden eines Gesellschafters geschehen kann, dann ist, wie beschrieben, dieser Umstand im Grundbuch wegen Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB n. F. nicht mehr eintragungsfähig. In dieser Situation wird demnach durch die Registersperre eine unrichtige Grundbuchlage perpetuiert, sodass sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 82 S. 1 GBO n. F. stellt.

Dieser setzt schon nach seinem Wortlaut voraus, dass das Grundbuch durch die Veränderung im Gesellschafterbestand unrichtig geworden ist.⁵⁹ Dies ist der Fall, wenn der Gesellschafterbestand am öffentlichen Glauben des Grundbuches teilnimmt. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bezieht sich zum einen auf den Bestand, den Inhalt, den Rang und die Belastung eines Rechtes sowie zum ande-

sieht (wie *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 25 m. w. N.) oder ob der Adressat die GbR selbst sein soll. Letzteres wurde für die juristischen Personen – für die GbR kann aufgrund der Rechtsträgerschaft aber nichts anderes gelten – angenommen von OLG Dresden FamRZ 2000, 298; *Rüntz*, in: Bahrenfuss FamFG, § 35 Rn. 10. Selbst wenn man die GbR als Adressaten ansieht, haften die Gesellschafter gemäß § 721 BGB n. F. für das Zwangsgeld persönlich, vgl. nur *Herchen*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 1, § 68 Rn. 28. Im Ergebnis trifft die Zwangswirkung die Gesellschafter in jedem Fall. Überzeugender dürfte dennoch die Ansicht von *Preuß* sein, da das Zwangsgeld so gezielter nur gegen die renitenten Gesellschafter verhängen werden kann. Das Ergebnis kann zwar auch über einen Innenausgleich im Falle der Haftung für die Gesellschaftsschulden erreicht werden. Dann verlagert sich aber unbilligerweise das Insolvenzrisiko auf die anderen Gesellschafter. Auf eine Treuepflicht, wie sie *Wimmer*, DZWIR 2020, 379 (381) im Falle eines Zwangsgeldes heranziehen möchte, kommt es daher richtigerweise nicht an.

⁵⁷ Auch der sofortige Verkauf des Grundstücks ist wegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. keine Option.

⁵⁸ Diesen verortet der Gesetzgeber eher bei den Handelsgesellschaften gegeben, BT-Drs. 19/27635, S. 113.

⁵⁹ Siehe zur Unrichtigkeit des Grundbuchs auch S. 157.

ren auf die Inhaberschaft des Rechts.⁶⁰ Somit ist zu klären, ob das Grundbuch die Gesellschafter als Rechtsinhaber ausweist.

a) Rechtslage bis 2001

Zur Beantwortung dieser Frage muss ein kurzer Blick in die Vergangenheit geworfen werden. Eine eindeutige Antwort darauf gab es nämlich zumindest bis zur Jahrhundertentscheidung des Bundesgerichtshofs (ARGE/Weißes Ross)⁶¹ im Jahre 2001. Bis dato herrschte überwiegender Konsens, dass ein Grundstück nicht der Gesellschaft selbst als Rechtsträger, sondern den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zustand.⁶² Dies wurde auch durch eine entsprechende Bezeichnung im Grundbuch deutlich gemacht, indem der Eintragungswortlaut auf „A, B und C als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ lautete.⁶³ Noch heute werden die verbliebenen nicht rechtsfähigen Gesamthandsgemeinschaften, wie etwa die Erbengemeinschaft, in dieser Art und Weise ins Grundbuch eingetragen.⁶⁴ Bezogen auf die eingangs aufgeworfene Fragestellung bleibt zu konstatieren, dass daher das Grundbuch die Gesellschafter als Rechtsinhaber auswies. Durch einen Gesellschafterwechsel, der im Grundbuch noch nicht nachvollzogen war, entstand somit eine Divergenz zwischen dem wirklichen Berechtigten und demjenigen, welchen das Grundbuch (noch) auswies. Damit wurde das Grundbuch unrichtig i. S. d. §§ 894 BGB, 22 GBO, mit der Folge, dass § 82 S. 1 GBO a. F. anwendbar war.

b) Rechtslage von 2001 bis zum ERVGBG

Mit der Anerkennung⁶⁵ der Rechtsfähigkeit der GbR durch den II. Zivilsenat geriet dieses System unter Druck. Es blieb nach der Entscheidung zunächst unklar, wie sich die Entscheidung auf das Immobilienrecht auswirken würde. Sowohl in der angesprochenen als auch in einer Folgeentscheidung hielt der II. Senat nämlich fest, „dass spezielle Gesichtspunkte, das heißt [...] die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses, der Fähigkeit der GbR zur Einnahme bestimmter Rechtspositionen [...], entgegenstehen“ kann.⁶⁶ Während einige diese Einschränkung als willkommene Hintertür verstanden, um der GbR die Grundbuchfähigkeit weiterhin abzusprechen, zeigten sich andere offen für die neue Entwicklung und forderten die konsequente Weiterführung der Rechtsfähigkeit der GbR auch im

⁶⁰ H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, § 892 Rn. 3.

⁶¹ BGHZ 146, 341.

⁶² Hertel, in: BeckOGK BGB, § 899a Rn. 4.

⁶³ Reetz, in: BeckOK GBO, 1. Ed. 01.06.2006, § 13 Rn. 82h.

⁶⁴ Reetz, in: BeckOK GBO, § 47 Rn. 58.

⁶⁵ Hertel spricht gar von „Erfindung“, Hertel, in: BeckOGK BGB, § 899a Rn. 5 ff.

⁶⁶ BGH NJW 2002, 1207 (1208).

Grundbuch.⁶⁷ Es lag daher erneut beim Bundesgerichtshof, für eine einheitliche und klare Linie zu sorgen. Dem Klärungsbedürfnis kam diesmal der V. Zivilsenat nach und stellte fest, dass es neben dem Gesellschaftsvermögen kein weiteres im Rahmen dieser GbR gehaltenes Gesamthandsvermögen geben kann und in der Folge die Gesellschaft Rechtsinhaber des Grundstücksrechts sein muss.⁶⁸ Weiterhin stellte er fest, dass die GbR auch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden kann.⁶⁹ Insbesondere hat die Eintragung ohne die Ergänzung der Gesellschafter zu erfolgen.⁷⁰

Die Entscheidung war konsequent; die daraus entstehende Lage aber mehr als misslich. Zulässig war fortan die Eintragung der Gesellschaft allein unter ihrem Namen, sodass keine Rückschlüsse auf die Gesellschafter mehr möglich waren.⁷¹ Im Falle eines Gesellschafterwechsels konnte und musste dieser im Grundbuch nicht mehr nachvollzogen werden, da die Eintragung der Gesellschafter unstatthaft war. Dadurch, dass nun die Gesellschaft Rechtsinhaber des Grundstücksrechts war, wurde das Grundbuch auch nicht mehr unrichtig, wenn ein Gesellschafterwechsel stattfand. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs umfasste den Gesellschafter-

⁶⁷ *Gegen die Grundbuchfähigkeit* etwa BayObLG NJW 2003, 70 (71); NJW-RR 2004, 810 (811); NJW-RR 2005, 43; OLG Celle NJW 2006, 2194 f.; OLG Schleswig NJW 2008, 306 (307); LG Aachen NJOZ 2006, 3309 (3311); Rpfleger 2003, 496 (497); LG Berlin Rpfleger 2004, 283; LG Dresden BeckRS 2002, 16655 (Rn. 18); LG Hagen Rpfleger 2007, 26 (für den nicht rechtsfähigen Verein); *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 19 Rn. 108 (a.A. ab der 26. Aufl.); *Holzer*, in: BeckOK GBO, 6. Ed. 01.03.2009, § 1 Rn. 54 f.; *Sprau*, in: Palandt BGB, 60. Aufl. 2001, § 705 Rn. 24 (zweifelnd ab der 61. Aufl. 2002 und bejahend ab der 67. Aufl. 2008, Rn. 24a); *Stöber*, MDR 2001, 544 (545); *Heil*, NZG 2001, 300 (304); *ders.* NJW 2002, 2158 (2159); *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (1002); *Westermann*, NZG 2001, 289 (293 f.); *Prütting*, in: FS Herbert Wiedemann, 2002, S. 1177 (1185); *Schöpflin*, NZG 2003, 117; *Kremer*, RNotZ 2004, 239 (244 f.); *Böttcher*, NJW 2008, 2088 (2094); wohl auch *Abel/Eitzert*, DZWIR 2001, 353 (359 ff.); *für die Grundbuchfähigkeit* etwa OLG Stuttgart NJW 2008, 304 (305); OLG Dresden ZIP 2008, 2361 (2363); LG Magdeburg NotBZ 2008, 39; *Dümmig*, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, Einl. B 60 f.; *Ulmer*, in: MüKoBGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 314; *ders.*, ZIP 2001, 585 (594); *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330 (334); *Münch.*, DNotZ 2001, 535 (544 f.); *Eickmann*, ZfIR 2001, 433 (436); *Hadding*, ZGR 2001, 712 (724 f.); *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (329); *Demuth*, BB 2002, 1555 (1556 ff.); *Pohlmann*, WM 2002, 1421 (1428 f.); *Dümmig*, ZfIR 2002, 796 (798); *Nagel*, NJW 2003, 1646 (1647); *Elsing*, BB 2003, 909 (914); *Ott*, NJW 2003, 1223; *Lautner*, MittBayNot 2005, 93 (94 ff.); *Knöfel*, AcP 205 (2005), 645 (663); *Wagner*, ZIP 2005, 637 (645); *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 121; *Hefeler/Kleinhenz*, NZG 2007, 250 (251 f.); *Leipold*, in: FS Canaris, Bd. 2, 2007, S. 221 (230 ff.); *Schodder*, EWiR 2007, 167 (168); *Tavakoli/Fehrenbacher*, DB 2007, 382 (384); *Schmeken*, in: FS Streitböcher, 2008, S. 251 (265).

⁶⁸ BGH NJW 2006, 3716 f. Rn. 11; siehe auch zur Gesamthand unter § 3 S. 64 ff.

⁶⁹ BGH NJW 2009, 594 (596 Rn. 12 f.), m. w. N. auch zur Gegenansicht.

⁷⁰ Für diese Lösung aber etwa LG Magdeburg NotBZ 2008, 39 (40); *Nagel*, NJW 2003, 1646 (1647 f.); *Lautner*, MittBayNot 2005, 93 (100); *ders.*, NotBZ 2007, 229 (234); *Böhringer*, BWNotZ 2006, 118 (121); *Priester*, BB 2007, 837 (838 f.); *Kesseler*, ZIP 2007, 421 (423 Rn. 3.4); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 240c.

⁷¹ Eine Ausnahme bildeten die Gesellschaften, die keinen Namen hatten. Diese wurden fortan bezeichnet als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus A, B und C“, vgl. BGH DNotZ 2009, 115 Rn. 22; siehe außerdem *Fleischer*, WM 2019, 2137 f.

bestand nicht mehr. In der Folge konnte ein Grundstück nicht mehr rechtssicher von einer GbR erworben werden.

c) Die Rechtslage vom ERVGBG⁷² bis zum MoPeG

Das Problem rief daher 2009 den Gesetzgeber auf den Plan, der sich anschickte, möglichst schnell eine Lösung zu finden. Schon damals wurde von einigen Stimmen die Einführung eines Registers für die GbR gefordert.⁷³ Doch konnte sich der Gesetzgeber, sicherlich auch, da es vor allem einer zeitnahen Lösung bedurfte, nicht zu einer großen Reform durchringen. Stattdessen schuf er die damaligen § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB und § 15 Abs. 1 lit. c GBV. Die Normen § 47 Abs. 2 S. 1 GBO i. V. m. § 15 Abs. 1 lit. c GBV bewirkten, dass von nun an die Gesellschaften wieder zwingend mit ihren Gesellschaftern einzutragen waren. Allerdings änderte sich dadurch nichts an der Rechtsinhaberschaft der GbR. Das Verfahrensrecht wurde nur dem Wandel im materiellen Recht angepasst, sodass die Eintragung der Gesellschafter eigentlich keinen öffentlichen Glauben genossen hätte. Damit wäre das Publizitätsdefizit zwar abgemildert worden – wenn auch aufgrund des formlos möglichen Gesellschafterwechsels nicht beseitigt –, allerdings war der gutgläubige Erwerb bei mangelhafter Vertretung der Gesellschaft immer noch nicht möglich. Um dies zu ändern, erklärten die § 47 Abs. 2 S. 2 GBO, § 899a BGB, dass sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch auf die Gesellschafter beziehen sollte.⁷⁴ Eine unrichtige Eintragung im Grundbuch war daher (wieder) im Wege der Berichtigung zu korrigieren.

d) Die Rechtslage nach dem MoPeG und Auswirkung auf den Eintragungszwang

Eine scheinbare Reversion vollzieht nun das MoPeG. Der § 899a BGB wird aufgehoben und § 47 Abs. 2 GBO wie beschrieben geändert. Erneut sind die Gesellschafter nicht mehr ins Grundbuch einzutragen. Man könnte daher annehmen,

⁷² Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG), BGBl. I, 2009, S. 2713.

⁷³ Für die Aufnahme in das *Handelsregister K. Schmidt*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 413 (565, Vorschlag § 732); *ders.*, NJW 2001, 993 (1002); *Ulmer*, ZGR 1984, 313 (321 ff.); *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (329 a. E.); für ein *eigenes GbR-Register Preuß*, in: FS Fessler, 2013, S. 273 (282); *Häublein*, in: Bayer/Koch, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, S. 48 f., 97 f.; *Ann*, MittBayNot 2001, 192 (198); *Münch*, DNotZ 2001, 535 (549); *Krüger*, NZG 2010, 801 (804 ff.); *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848 (852); *Miras*, DSStR 2010, 604 (608); wohl auch *Scholz*, NZG 2002, 153 (159); kritisch hingegen *Hertel*, DNotZ 2009, 115 (129); *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177 (189); *Lautner*, NotBZ 2009, 77 (85).

⁷⁴ *Preuß*, in: FS Fessler, 2013, S. 273 (275); *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (48 f.); zu den Problemen des § 899a BGB *Bergmann*, DB 2020, 994 (996).

dass das Grundbuch damit auf den Stand vor 2009 zurückfällt. In der Konsequenz genießen die noch im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter fortan, mangels entsprechender Sonderregelung, nicht mehr den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Für den Fall des Gesellschafterwechsels bedeutet dies, dass das Grundbuch nicht mehr unrichtig wird und im Wege der nicht formalisierten Richtigstellung⁷⁵ zu korrigieren wäre.

Indes übernimmt, wie zuvor dargestellt, das Gesellschaftsregister die publizitätsvermittelnde Funktion. Ein Vertrauen auf die Gesellschafterstellung der im Register eingetragenen Gesellschafter ist aufgrund des Voreintragungserfordernisses in den Fällen der Veräußerung nicht mehr notwendig. Zudem ist die Korrektur der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter im Falle eines Wechsels, wie dargestellt, wegen Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 1 EGBGB n. F. nicht nur unstatthaft, sondern soll zu einer Eintragung⁷⁶ ins Gesellschaftsregister führen. Vor dem Hintergrund, dass sich der öffentliche Glaube nicht (mehr) auf die Gesellschafter bezieht und das Grundbuch folglich nicht unrichtig wird, ist eine Durchsetzung der Eintragung mittels des grundbuchrechtlichen Zwangs gemäß § 82 S. 1 GBO n. F. unstatthaft.⁷⁷ Um jedoch die daraus folgende potenzielle Perpetuierung zu vermeiden,⁷⁸ erklärt der Gesetzgeber kurzerhand mit Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n. F. den § 82 GBO n. F. für anwendbar. Somit besteht auch im Falle eines Gesellschafterwechsels eine echte durchsetzbare Rechtspflicht zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister.⁷⁹

3. Besondere Fallen des Eintragungszwangs

Wie zuvor beschrieben kann eine Eintragungspflicht dadurch ausgelöst werden, dass der GbR im Zuge eines Erbfalls ein Grundstück zukommt. Eine Eintragung im Gesellschaftsregister kann dann nur durch eine rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft abgewendet werden. Dies ist zwar möglicherweise wirtschaftlich äußerst ungünstig für die GbR, obliegt aber der Abwägungsentscheidung der Gesellschafter zwischen ihrem Interesse an der Erbschaft und ihrem Bedürfnis nach Privatsphäre.

Anders liegen die Dinge jedoch im Falle eines Gesellschafterwechsels. Unbedingt beachtlich ist dabei, dass Gesellschafterwechsel, im oben genannten Sinne,

⁷⁵ Zur Unterscheidung von Berichtigung und Richtigstellung noch auf S. 157.

⁷⁶ Der Begriff der Voreintragung ist in diesen Fällen nicht zu verwenden, da eine Eintragung im Grundbuch nach der Eintragung im Gesellschaftsregister gerade nicht erfolgt.

⁷⁷ Der § 82 S. 3 GBO wurde ebenfalls abgeschafft. Vgl. zudem *Bormann/Kraus*, in: FS Heindinger, 2023, S. 47 (55).

⁷⁸ Diese Gefahr sah noch *Wilsch*, ZfIR 2020, 521 (526).

⁷⁹ Siehe zudem *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1116). So im Ergebnis auch *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2021, 90 (95 f.); *John*, NZG 2022, 243 (247); *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197 (201 f.); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (176); zutreffend sprechen *Bormann/Kraus*, FS Heindinger, 2023, 47 (57) zudem von einer Voreintragungspflicht. Ungenau hingegen *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 707 Rn. 45 („Voreintragungserfordernis“); unzutreffend *Röß*, NZG 2023, 401 (402), „stets freiwillig und deklaratorisch“.

nicht nur die Anteilsübertragung meint, sondern jeden Fall der Änderung des Gesellschafterbstandes. Verstirbt ein Gesellschafter, so fällt sein Gesellschaftsanteil nur dann seinen Erben zu, wenn die Gesellschafter dies nach § 711 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. vereinbart haben. Anderenfalls scheidet der verstorbene Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. aus der Gesellschaft aus und sein Anteil wächst nach § 712 Abs. 1 BGB n.F. den verbleibenden Gesellschaftern an. Auch das Ausscheiden eines Gesellschafters stellt eine Veränderung im Gesellschafterbstand dar und führt daher (bisher) zur Unrichtigkeit des Grundbuchs.⁸⁰ Der Tod eines Gesellschafters löst in der Folge unweigerlich den Eintragungszwang nach Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n.F. i. V. m. § 82 GBO n.F. aus.

Diese Situation stellt eine ganz erhebliche und gleichzeitig äußerst praxisrelevante Besonderheit dar. Während der freiwillige Entschluss zur Eintragung gemäß § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. der Mitwirkung aller Gesellschafter bedarf, die Übertragung eines Gesellschaftsanteils gemäß § 711 Abs. 1 BGB n.F. die Zustimmung aller Gesellschafter benötigt und die Vererbung eines Geschäftsanteils gemäß § 711 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. einer Vereinbarung zwischen allen Gesellschaftern erfordert, vollzieht sich die Änderung im Gesellschafterbstand im Falle des Todes gänzlich ohne die Mitwirkung der verbleibenden Gesellschafter. Verstirbt ein Gesellschafter, werden die übrigen Gesellschafter also zum einen zur Eintragung im Gesellschaftsregister gezwungen und sind damit allen Nachteilen wie der Eintragung im Transparenzregister ausgesetzt. Zum anderen wird dieses Schicksal, der Natur der Sache nach, irgendwann jede im Grundbuch eingetragene GbR treffen. Die im Grundbuch mit ihren Gesellschaftern eingetragene GbR ist daher nicht nur wegen der Attraktivität des Gesellschaftsregisters oder der Vornahme von Grundstücksgeschäften ein Auslaufmodell, sondern hat ein natürliches Ablaufdatum.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis folgt somit, dass das Voreintragungserfordernis im Falle des Rechtserwerbs als Obliegenheit ausgestaltet wurde. Die Blockade des Rechtserwerbs reicht aus, um die GbR zur Voreintragung zu bewegen. Wenn dies, wie etwa beim gesetzlichen Eigentumserwerb, nicht der Fall ist, dann muss das Grundbuchamt die Korrektur des Grundbuchs durchsetzen können. Das Grundbuchamt kann nach § 82 GBO n.F. der GbR die Verpflichtung auferlegen, das Eintragungshindernis zu beseitigen und so mittelbar die Eintragung im Gesellschaftsregister erreichen. Kraft der Verweisung in Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n.F. steht dieses Instrumentarium auch beim Gesellschafterwechsel zur Verfügung. In der Folge wird langfristig keine nicht registrierte GbR mehr im Grundbuch eingetragen sein.

⁸⁰ OLG München NJW-RR 2016, 83 (Rn. 14); *Reetz*, in: BeckOK GBO, § 47 Rn. 103.

C. Ein identitärer Schwebezustand?

I. Die grundbuchrechtlichen Identifikationsmerkmale

Die Reform der GbR musste zwar zum einen Antworten auf die drängenden Fragen zur Publizität des Gesellschafterbestandes finden, zum anderen aber auch und vor allem die Publizität des Subjekts, also der Gesellschaft selbst, aufwerten.⁸¹ *De lege lata* wird die Subjektpublizität nur unzureichend und dezentral vermittelt. Dem Rechtsverkehr stellen sich daher vor allem zwei dahingehende Fragen: Existiert die Gesellschaft überhaupt? Wenn dem so ist, handelt es sich bei der in Rede stehenden Gesellschaft auch um die, die sie vorgibt zu sein?⁸²

Die Eintragung der GbR mit ihren Gesellschaftern im Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO gibt zumindest Aufschluss über die Frage der Existenz der Gesellschaft im Zeitpunkt der Eintragungsantragstellung. Die Fortentwicklung der GbR lässt sich dem Grundbucheintrag ebenso wenig entnehmen, wie er dienlich ist, die Existenz der Gesellschaft in anderen Geschäftslagen, etwa dem Anteils-erwerb, zu verlauten. Das Gesellschaftsregister vermag diese Probleme durch die Anmeldepflichten des § 707 Abs. 3 BGB n. F. zu beheben.

Von der Frage der Existenz zu unterscheiden ist die Frage nach der Identität der Gesellschaft. Besteht also die Gefahr der Verwechslung von zwei Gesellschaften? Bisher war diese Verwechslungsgefahr, zumindest im Kontext des Grundbuchrechts, nicht übermäßig akut, da hinreichende Identifikationsmerkmale für den Rechtsverkehr ersichtlich sind. Vornehmlich ist das Unterscheidungskriterium der Gesellschafterbestand. Obwohl nach § 15 Abs. 1 lit. c GBV die Eintragung eines Sitzes oder Namens der Gesellschaft – fakultativ – möglich wäre, sieht die Praxis diese zusätzlichen Merkmale als in der Regel entbehrlich an.⁸³ Der Gesetzgeber hat bei Schaffung der Regelung den Mehrwert der zusätzlichen Eintragungsinhalte abgewogen und sich dafür entschieden, dass rein abstrakte Zweifel an der Identität nicht ausreichen, um weitere Angaben zu verlangen.⁸⁴ Es ist beispielsweise auch möglich, dass zwei natürliche Personen mit demselben Namen und Geburtsdatum ins Grundbuch eingetragen werden.⁸⁵ Die GbR wird daher in den beschriebenen Fällen grundsätzlich wie jeder andere im Grundbuch eingetragene Berechtigte behandelt. Allenfalls wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die eindeutige Identifizierung der Gesellschaft nicht gewährleistet ist, sollen die genannten Aspekte ergänzt werden.⁸⁶ Reicht auch die Hinzunahme des Sitzes nicht aus und

⁸¹ Dazu schon oben unter § 2 S. 28 ff.

⁸² Siehe auch Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S12).

⁸³ BGHZ 189, 274 (278, Rn. 13); a. A. noch OLG München DNotZ 2010, 299 (300).

⁸⁴ BT-Drs. 16/13437, S. 24; *Steffek*, ZIP 2009, 1445 (1447).

⁸⁵ BT-Drs. 16/13437, S. 24.

⁸⁶ BGHZ 189, 274 (278, Rn. 13); *Steffek*, ZIP 2009, 1445 (1447).

hat die Gesellschaft schlicht keinen Namen, der eingetragen werden könnte, so ist ausnahmsweise ein klarstellender Vermerk ins Grundbuch einzutragen.⁸⁷ In der Folge finden sich zahlreiche GbR⁸⁸ ohne Angabe eines Namens oder Sitzes in den Grundbüchern der Republik.

Eine eGbR ohne Namen kann es hingegen nicht geben. Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB n.F. wird die Gesellschaft mit ihrem Namen im Gesellschaftsregister und später auch ins Grundbuch eingetragen. Damit wird die eGbR fortan behandelt wie bisher bereits die OHG und KG, sodass es eigentlich keine neuen Identifikationsprobleme geben sollte.

II. Konflikte der Identifikationsmerkmale

Die Vertrautheit endet jedoch da, wo die GbR-Spezifika beginnen. Während bei der Neueintragung alles in gewohnten Bahnen läuft, stellt die (Vor-)Eintragung der GbR ein Novum dar. In diesem Moment konfliktieren die unterschiedlichen Ansätze der alten und neuen Rechtslage zur Identifizierung der GbR. Dies kann zu erheblichen Problemen führen, wie das folgende Beispiel veranschaulicht.

Die Düsseldorfer Cäsar (C), Pompeius (P) und Kleopatra (K) sind Gesellschafter von zwei namenlosen, im Grundbuch als Eigentümerin von Grundstücken eingetragenen GbR. Der einen GbR gehört ein Grundstück in Krefeld. Dabei handelt es sich um ein kleines Grundstück in einem Randbezirk mit einem Verkehrswert von 150.000 Euro. Die andere Gesellschaft ist Eigentümerin eines größeren Grundstücks in Meerbusch. Dieses weist mit der dazugehörigen ausgiebigen Bebauung einen Verkehrswert von 1.000.000 Euro auf. Beide Grundstücke sollen verkauft werden, sodass zu diesem Zweck die „CP&K Immobilien I eGbR“ und die „CP&K Immobilien II eGbR“, beide mit Sitz in Düsseldorf, im Gesellschaftsregister registriert werden.⁸⁹

Es stellt sich nun die Frage, welcher eingetragenen Gesellschaft welches Grundstück gehört. Mit anderen Worten, welche eGbR entspricht welcher zuvor existenten GbR?

1. Vorüberlegungen

Zunächst sind drei Aspekte festzuhalten. Erstens war für die Veräußerung wegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F., wie beschrieben, die Eintragung der GbR erforderlich. Folglich konnte dem dargestellten Problem nicht durch das Unterlassen der Voreintragung entgangen werden.

⁸⁷ OLG München NJOZ 2013, 843 (845).

⁸⁸ *Wobst*, ZPG 2023, 58 (59) schätzt, dass es „Hunderttausende“ sein dürften.

⁸⁹ Das Beispiel ist angelehnt an jenes von *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (324).

Zweitens wäre es auch möglich gewesen, den für die Voreintragung der GbR erforderlichen Notartermin mit dem zur Veräußerung des Grundstückes zusammenzulegen. Dabei würden die Gesellschaften nacheinander eingetragen werden und durch den Bezug zu einem konkreten Grundstücksgeschäft wäre ihre Identifizierung gesichert. Es liegt jedoch im beiderseitigen Interesse, dass die Registrierung der GbR bereits vorgenommen wird, sobald die Gesellschafter eine Veräußerung des Grundstückes planen.⁹⁰ Auf diese Weise wird zum einen, durch den Wegfall der Bearbeitungszeit des Gesellschaftsregistergerichts, der Verkaufsprozess nicht unnötig in die Länge gezogen.⁹¹ Zum anderen hat der Erwerber ein berechtigtes Interesse daran, von Anfang an mit einer eGbR zu verhandeln, da er nur so Unwägbarkeiten minimieren kann. Bereits zu Beginn kann sich der Erwerber dann der Existenz der Gesellschaft und ihres Gesellschafterbestandes versichern. Auch entgeht er so der Problematik, dass trotz wirksamen Kaufvertrages seine Eintragung im Grundbuch blockiert wird, da beispielsweise ein Gesellschafter die Mitwirkung an der Voreintragung verweigert. Mit Blick auf die möglichen Verpflichtungen des Käufers, etwa der Abruf eines für den Grundstückserwerb aufgenommenen Kredites, wäre eine solche Verzögerung von ungewisser Dauer fatal.

Als dritter Aspekt bleibt zu konstatieren, dass die Voreintragung im Gesellschaftsregister nicht zum Entstehen einer neuen Gesellschaft führt, sondern nur dazu, dass die bisherige Gesellschaft im Register aufgenommen wird. Alles andere würde zu dem befremdlichen Ergebnis führen, dass die Eintragung der eGbR im Grundbuch zu einem – steuerpflichtigen – Eigentümerwechsel führen würde. Die Identität der Gesellschaften muss gewahrt bleiben. Es handelt sich also weiterhin um zwei Gesellschaften, wobei jedoch unklar ist, welche GbR – aus Sicht des Rechtsverkehrs – unter welchem Namen als eGbR registriert wurde.

⁹⁰ Siehe dazu auch *Wilsch*, ZfIR 2020, 521 (524) der aber, statt wie hier auf eine Eintragung vor Verhandlungsbeginn zu verweisen, gegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. insgesamt opponiert; vgl. ebenfalls *Böhringer*, NotBZ 2022, 161 (164), der mit Verzögerungen des Transaktionsprozesses rechnet; *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (56) erläutern Probleme im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz bei einer Abhandlung in nur einem Notartermin; vgl. auch *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (170, 175).

⁹¹ *M. Noack*, ZPG 2023, 95 erwartet insbesondere in der Zeit nach der Einführung einen „Registrierungsstau“. Ähnliche Bedenken äußert F. Schmidt in ihrem Artikel „Die Freiwilligkeit als schöner Schein. Gesellschaften bürgerlichen Rechts sollten sich in ein neues Register eintragen – sonst droht Ungemach“ welcher in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung am 31. 05. 2023 erschienen ist. Sie verweist darauf, dass die Gesellschaften sich nicht vor dem Inkrafttreten registrieren können und somit ab dem 01. 01. 2024 faktisch handlungsunfähig sein werden, bis der Ansturm auf das Gesellschaftsregister ihre Eintragung zulässt.

2. Gesellschaftsregister

Die Antwort findet sich jedenfalls nicht im Gesellschaftsregister. Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. müssen dort der Name, der Sitz und die Anschrift der Gesellschaft angegeben werden. Der Grundbesitz einer Gesellschaft ist hingegen nach dem Gesetz keine erforderliche Angabe. Somit muss die Identifizierung durch einen Vergleich der aus dem Gesellschaftsregister ersichtlichen Informationen über die eGbR und der aus dem Grundbuch ersichtlichen Informationen über die bisherigen GbR erfolgen. Im Grundbuch ist weder ein Name der Gesellschaften noch ihr Sitz eingetragen, sodass diese Angaben, welche sich aus dem Gesellschaftsregister ergeben, als Zuordnungskriterien ausscheiden. Der Gesellschafterbestand ist bei allen in Rede stehenden Gesellschaften identisch und daher auch als Unterscheidungsmerkmal ungeeignet. Die im Grundbuch eingetragenen GbR unterscheiden sich durch ihren Grundbesitz, der allerdings, wie aufgezeigt, nicht im Gesellschaftsregister zu finden ist. Weder Name, Sitz, Gesellschafterbestand noch Grundbesitz sind daher taugliche Zuordnungskriterien.⁹²

In dem Beispiel bedeutet dies, dass die angemeldete eGbR I die Gesellschaft aus Krefeld sein kann, ebenso gut aber auch die Gesellschaft aus Meerbusch. Einzig die Gesellschafter wissen, welche Gesellschaft sie unter welchem Namen anmelden wollten.

3. Maßgebliche Perspektive

Dies führt zum ersten zu klärenden Punkt, nämlich aus wessen Perspektive die Registereintragung betrachtet werden muss. Man könnte überlegen, ob der Rechtsverkehr überhaupt ein berechtigtes Interesse an der erkennbaren Zuordnung hat oder ob es nicht vielmehr ausreicht, wenn die Gesellschafter ihre Vorhaben nicht verwechseln. Anders als noch während der Anfänge des Handelsregisters angenommen dient das (Gesellschafts-)Register nicht ausschließlich gesellschaftsinternen Zwecken, sondern primär dem Verkehrsschutz.⁹³ Die Informations- und Publizitätsfunktion des Gesellschaftsregisters kann nur gewahrt werden, wenn die Registereintragung aus Sicht eines objektiven, verständigen Dritten zu interpretieren ist.⁹⁴ Hierfür spricht auch, dass eine Registereintragung nach § 1 Abs. 1 GesRV i. V. m. § 12 S. 1 HRV klar und verständlich zu erfolgen hat, was auch voraussetzt, dass die Eintragung nicht mehrdeutig sein darf und aus sich heraus verständlich sein muss.⁹⁵

⁹² So auch *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (324).

⁹³ *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 1, 7.

⁹⁴ *Heinze*, AG 2011, 408 (409) m. w. N.

⁹⁵ *Szalai*, in: BeckOGK HRV, § 12 Rn. 9.

Die Eintragung im Gesellschaftsregister könnte daher mangels Eindeutigkeit unwirksam sein. Allerdings ist die Registrierung genauso abgelaufen, wie das Gesetz sie vorsieht. § 47 Abs. 2 GBO n. F. setzt voraus, dass die (e)GbR erst nach der Eintragung im Gesellschaftsregister ins Grundbuch eingetragen werden kann.

4. Identitärer Schwebezustand

Festzuhalten bleibt also, dass erst in diesem Moment, wenn etwa die *CP&K Immobilien I eGbR* bei dem Grundstück in Meerbusch eingetragen wird, klar ist, dass diese eGbR mit der dort vorher eingetragenen Gesellschaft identisch ist. In der Zeit zwischen der Registrierung und der Eintragung der eGbR im Grundbuch herrscht daher scheinbar eine Art „identitärer Schwebezustand“.⁹⁶ In diesem Zeitraum ist nach außen nicht ersichtlich, welche Gesellschaft unter welchem Namen voreingetragen wurde.

a) Beliebigkeit der Eintragungsreihenfolge

In dieser Problematik meint Bolkart ein bereits in ähnlicher Form bekanntes Phänomen zu erkennen. Aus seiner Sicht sei die Lage der eGbR vergleichbar mit der Eintragungsreihenfolge des § 873 Abs. 1 BGB. Letzterer setzt für eine Rechtsveränderung die Einigung und Eintragung voraus. Aufgrund des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO) erfolgt regelmäßig erst die Einigung, bevor die Eintragung im Grundbuch erfolgt. Ausnahmslos erforderlich ist diese Reihenfolge jedoch nicht. Es kann auch vorkommen, dass die Einigung erst nach der Eintragung des Rechts erklärt wird und die Rechtswirkung sodann beim erstmaligen Koinzidieren eintritt.⁹⁷

Dieser im Grundsatz beliebige Verfahrensablauf soll auch bei der eGbR möglich sein. Dazu führt Bolkart aus, dass „der Voluntativakt (konkludente Vereinbarung eines mit dem Register übereinstimmenden Namens) dem Publizitätsakt (Eintragung in das Gesellschaftsregister) nachfolg[en]“ könne.⁹⁸ Das Gesellschaftsregister soll demnach eine Rechtsänderung verlauten, die erst nachfolgend beschlossen wird.

Übertragen auf den hier diskutierten Fall würde dies bedeuten, dass die Gesellschafter die „*CP&K Immobilien I eGbR*“ und die „*CP&K Immobilien II eGbR*“ registrieren lassen könnten und erst danach, durch den Eintragungsantrag beim

⁹⁶ Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (324); vgl. auch Heckschen, NZG 2020, 761 (763).

⁹⁷ Lettmaier, in: MüKoBGB, § 873 Rn. 110; wobei diese umgekehrte Reihenfolge aufgrund der Konsensprinzipien in der Praxis nur in Ausnahmefällen wie etwa der unerkannten Nichtigkeit der Einigung Relevanz erlangt, Enders, in: BeckOGK BGB, § 873 Rn. 192 f.

⁹⁸ Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (325).

Grundbuchamt, konkludent den Namen der dort eingetragenen Gesellschaft ändern müssten, sodass dieser dann mit dem Namen der eGbR übereinstimmt. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Gesellschafter sich erst in dem Moment, in dem die eGbR ins Grundbuch eingetragen werden soll, entscheiden müssten, welche Gesellschaft unter welchem Namen voreingetragen werden sollte.

b) Der Scheinschwebezustand

Dem ist aus drei Gründen entgegenzutreten. Erstens ist die Vergleichbarkeit der Regelungsgrundlagen nicht gegeben. Zweitens würde diese Sichtweise die Vertrauenswürdigkeit des Gesellschaftsregisters unterminieren. Drittens kommt hinzu, dass der Lösungsweg grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Prinzipien widerspricht.

aa) Keine gesetzlichen Vorgaben

Zunächst ist daher zu konstatieren, dass die beschriebene Variabilität der Elemente des § 873 BGB nur sehr bedingt auf die Lage der eGbR übertragbar ist. Während mit den § 879 Abs. 2 BGB und § 892 Abs. 2 Hs. 2 BGB die Trennbarkeit der Abläufe gesetzlich vorgesehen ist, gibt es eine solche Regelung bei der Voreintragung nicht. Der Wortlaut des Art. 229 § 21 Abs. 1 a. E. EGBGB n.F. deutet eher darauf hin, dass die Registrierung der Gesellschaft bereits wirksam abgeschlossen sein muss.

bb) Die Auswirkung der Anerkennung

Abseits der fehlenden gesetzlichen Stütze sprechen auch schon die tatsächlichen Auswirkungen eines solchen Verständnisses der Voreintragung gegen diese Auffassung. Das benannte Modell basiert auf der Vorstellung, dass erst mit der Eintragung der eGbR im Grundbuch eine konkludente Namensänderung der bisher existenten GbR hin zum Namen der eGbR stattfindet.⁹⁹ Mit anderen Worten wird vorausgesetzt, dass die Gesellschafter erst *irgendeine* Gesellschaft zum Register anmelden und sich hinterher überlegen können, welche Gesellschaft das überhaupt gewesen sein soll. Wollen die Gesellschafter aber eine eGbR anmelden und dabei keine neue Gesellschaft gründen (dann wäre die Eintragung im Grundbuch ein gerade unerwünschter Rechtsübergang), sondern eine bisher existente Gesellschaft voreintragen, dann müssen sie sich auch dazu entschlossen haben, welche Gesellschaft voreingetragen werden soll. Dies wird bereits vom Wortlaut der anzuwendenden Norm vorausgesetzt. Nach § 707 Abs. 1 BGB n.F. wird „die Gesellschaft“

⁹⁹ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (324).

und nicht „eine Gesellschaft“ zum Register angemeldet. Anderenfalls könnte es zu der befremdlichen Situation kommen, dass eine Gesellschaft voreingetragen wird, wobei aber die nach jener Auffassung nachfolgende Identifizierung durch die Eintragung im Grundbuch nie erfolgt. Im Ergebnis wäre dann im Register eine leere Hülle eingetragen, sodass die Eintragung irgendwann (?) unwirksam werden müsste.

cc) Widerspruch zu allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien

Entscheidend ist allerdings, dass bereits allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzipien der Verlautbarung der Rechtsänderung vor der eigentlichen Rechtsänderung entgegenstehen. Die eGbR unterscheidet sich in wesentlichen Punkten (Transparenz, Haftung nach § 15 HGB etc.) von der GbR. Daher muss regelmäßig vor der Anmeldung, spätestens aber mit der Anmeldung ein Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrages gefasst werden. Dieser Beschluss kann zwar auch konkludent gefasst werden, was jedoch nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass jeweils ein Beschluss bei jeder Gesellschaft vorliegen muss. Werden also beide Gesellschaften aus dem Beispiel angemeldet, liegen insgesamt zwei Beschlüsse zur Änderung der jeweiligen Gesellschaftsverträge vor. Die dem Gesellschaftsregister mitgeteilten Informationen über die Gesellschaft (vor allem der Name) wurden durch diese Beschlüsse für die jeweilige Gesellschaft übernommen. Die Annahme, es könne eine eGbR eingetragen werden, ohne dass die Registrierung die zugrundeliegende GbR tangiert, basiert daher auf der irrigen Vorstellung, dass bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages vom Registrierungsvorgang abstrahiert werden könnte. Tatsächlich ist die Gesellschaft aber bereits mit der Eintragung im Gesellschaftsregister eine eGbR und die Rechtsänderung muss nur noch im Grundbuch nachvollzogen werden. Es wird somit immer eine konkrete Gesellschaft angemeldet und die entsprechende – konkludente – Namensänderung der bestehenden GbR findet spätestens im Zeitpunkt der Anmeldung zum Gesellschaftsregister statt.

c) Zwischenergebnis

Das eigentliche Problem ist also, dass die internen Vorstellungen der Gesellschafter, welche Gesellschaft später wo eingetragen werden soll, für den maßgeblichen außenstehenden Dritten nicht ersichtlich sind. Dieser kann sich nur über das informieren, was die öffentlichen Register ihm diesbezüglich verlauten – leider nichts.¹⁰⁰ Ein identitärer Schwebezustand existiert somit in Wirklichkeit nicht, sondern die Register lassen die Zeitspanne zwischen der Eintragung im Gesell-

¹⁰⁰ Der Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S12) stellt zu Recht fest, dass die Verantwortung auch nicht schlicht auf den Gläubiger verlagert werden darf. Dieser wird zumeist als Laie keine hinreichende Kenntnis haben.

schaftsregister und der Eintragung im Grundbuch nur wie einen solchen aussehen. Doch auch dies kann bereits ein erhebliches Problem darstellen, welches es zu vermeiden gilt.

III. Lösung des Publizitätsdefizits

Der Anschein des Schwebezustandes begründet ein Publizitätsdefizit für den Rechtsverkehr, obwohl die Reform sich anschickte, eben solche Defizite zu beseitigen. Es ist daher nicht nur zur Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich, dieses Problem zu lösen, sondern eine Toleranz des beschriebenen Zustandes würde zu weiteren erheblichen Verwerfungen führen. Zur Verdeutlichung soll noch einmal auf das oben beschriebene Beispiel in folgender Abwandlung eingegangen werden:

C, P und K haben sich nun entschlossen, die GbR, die bei dem Grundstück in Meerbusch eingetragen ist, in das Gesellschaftsregister voreintragen zu lassen. Dazu haben sie den Gesellschaftsvertrag entsprechend geändert und die Eintragung im Register mit dem Namen „CP&K Immobilien I eGbR“ erwirkt. Das Grundbuchamt wurde noch nicht benachrichtigt.

1. Erster Problemkreis: Keine Rechtsdurchsetzung

Die Gesellschaft hat mit der Änderung des Gesellschaftsvertrages einen neuen Namen bekommen und dieser Name ist aus dem Grundbuch (noch) nicht ersichtlich. Nach Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB n.F. muss das Grundbuch daher entsprechend korrigiert werden. Dabei handelt es sich auch, wie zuvor beschrieben, nicht nur um eine bloße Obliegenheit der Gesellschafter, sondern um eine echte – zwangsgeldbewährte – Rechtspflicht.

Damit das Grundbuchamt diese Pflicht auch durchsetzen kann, muss es aber Kenntnis von der Rechtsänderung erlangen.¹⁰¹ Problematisch ist, dass in diesen Fällen weder das Grundbuchamt weiß, dass die bei ihnen eingetragene namenlose GbR inzwischen eine eGbR ist, noch hat das zuständige Registergericht Kenntnis davon, dass die ins Register einzutragende Gesellschaft Eigentümerin eines Grundstückes ist und kann daher das Grundbuchamt auch nicht über die erfolgte Rechtsänderung informieren.¹⁰² Im Ergebnis wird damit niemand die Gesellschafter dazu anhalten können, ihrer Rechtspflicht nachzukommen. Die vom Gesetzgeber intendierte Verpflichtung droht leerzulaufen.

¹⁰¹ Siehe auch *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (58).

¹⁰² Vgl. Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021, S3 (S12).

2. Zweiter Problemkreis: Unangemessene Gestaltungsmacht der Gesellschafter

Während sich das zuvor genannte Problem noch als unglückliches, aber wegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. zu verkraftendes Ergebnis diminuieren lässt, betrifft das folgende Problem den Rechtsverkehr in ganz erheblicher Weise. Selbst wenn die Gesellschafter die Korrektur beim Grundbuchamt beantragen, kommt ihnen eine Gestaltungsmacht zu, welche sie gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft unangemessen privilegiert.

Die durchaus einige Monate in Anspruch nehmende Bearbeitungsdauer eines Eintragungsantrages beim Grundbuchamt wurde bereits beschrieben.¹⁰³ Während dieser Zeit können und wollen die Gesellschafter ihre geschäftlichen Aktivitäten unter Umständen nicht ruhen lassen und werden mit der eGbR nach außen auftreten. Beispielsweise könnte es erforderlich sein, dass aufgrund eines neuen Gebäudeenergiegesetzes die Installation von Wärmepumpen bei der Bebauung in Meerbusch erforderlich wird. Diese Heizungsanlage von erheblichem Wert wäre unter Umständen von der Gesellschaft nur als Ratenkauf zu erwerben. Sollten sodann diese Raten nicht mehr ordnungsgemäß bedient werden können, droht der Gesellschaft die Zwangsvollstreckung.

Besonders interessant ist für die Gläubiger in einem solchen Fall das Immobilienvermögen der Gesellschaft. Die eGbR, mit der die Gläubiger kontrahiert haben, ist jedoch noch nicht im Grundbuch eingetragen, sodass nicht ersichtlich ist, ob und welche Grundstücke der Gesellschaft gehören. Erst in dem Moment, in dem der zuvor gestellte Korrekturantrag vom Grundbuchamt bearbeitet und die eGbR im Grundbuch eingetragen wurde, wird für die Gläubiger offenkundig, mit welcher zuvor namenlos eingetragenen GbR die eGbR übereinstimmt. Bereits diese Verzögerung der Zwangsvollstreckung benachteiligt die Gläubiger der eGbR.

a) Exkurs: Registersperre zulasten der Gläubiger?

Bereits in der Entwurfsphase des MoPeG wurde die Frage aufgeworfen, ob sich das intendierte Voreintragungserfordernis nicht auch zulasten der Gläubiger auswirken kann. Durch die Eintragung einer Zwangshypothek i. S. d. § 867 ZPO oder einer Arresthypothek i. S. d. § 932 ZPO wird das Recht einer Gesellschaft am Grundstück belastet und ist damit betroffen i. S. d. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. In der Folge muss eine GbR zunächst im Gesellschaftsregister voreingetragen werden, bevor die Hypothek ins Grundbuch eingetragen werden kann. Die Motivation der Gesellschafter, die Voreintragung in solchen Fällen herbeizuführen, dürfte begrenzt sein. Es wurde daher vorgeschlagen, für diese Fälle eine gesetz-

¹⁰³ Siehe auch Fn. 30.

liche Ausnahme von der Voreintragung vorzusehen.¹⁰⁴ Dass es einer solchen Ausnahme jedoch nicht bedarf, hat der Gesetzgeber zu Recht erkannt. Er erläutert, dass diese Fälle in entsprechender Anwendung des § 14 GBO gelöst werden können.¹⁰⁵

In diesem Zusammenhang stellt der Gesetzgeber sogar fest, dass der Gläubiger den Nachweis zu erbringen hat, dass die im Grundbuch eingetragene GbR und die Gesellschaft, mit der er kontrahiert hat, identisch sind.¹⁰⁶ Die in der Ereigniskette einen Schritt weiter befindliche Situation, dass mit einer eGbR kontrahiert wird, jedoch das Grundbuch noch nicht geändert wurde, scheint der Gesetzgeber hingegen nicht zu erkennen.

b) Faktische Gestaltungsmacht

Die oben beschriebene Benachteiligung der Gläubiger durch die Verzögerung der Zwangsvollstreckung tritt bereits ein, wenn sich die Gesellschafter dem Grunde nach rechtstreu verhalten.

Nehmen es die Gesellschafter mit ihren Pflichten jedoch nicht ganz so genau, können sie durch die Ausnutzung der Publizitätslücke die Gläubiger in erheblichem Maße schädigen. Erkennen sie auf das Beispiel bezogen rechtzeitig, dass ihrer Gesellschaft die Zwangsvollstreckung droht, werden sie den noch anhängigen Eintragungsantrag für die Gesellschaft bei dem Grundstück in Meerbusch zurückziehen¹⁰⁷ und die eGbR bei dem bedeutend weniger wertvollen Grundstück in Krefeld eintragen lassen.¹⁰⁸ Damit wäre zwar eigentlich die falsche Gesellschaft in Krefeld eingetragen,¹⁰⁹ das kann, außer den Gesellschaftern, aber niemand wissen oder nachvollziehen. Das Grundbuchamt in Krefeld hat keine Chance zu erkennen, dass die eGbR nicht der bei ihnen im Grundbuch eingetragenen GbR entspricht, sondern eigentlich der in Meerbusch. Das für Meerbusch zuständige Grundbuchamt hat keinen Anlass, an der Angabe der Gesellschafter, dass der Berichtigungsantrag zu Unrecht gestellt wurde, zu zweifeln.

In der Folge wird es für die Gläubiger kompliziert. Unmittelbar ist damit eine Zwangsvollstreckung nur noch in das Grundstück in Krefeld möglich. Um auf das ihnen in Wahrheit zustehende, wertvollere Grundstück in Meerbusch zugreifen zu können, müssten sie den langwierigen Weg über die Inanspruchnahme der Gesellschafter wählen. In diesem Rahmen können sie zwar im Wege der Kündigung

¹⁰⁴ Herrler, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (61); Wilsch, ZfIR 2020, 521, (525).

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 219; ausführlich hierzu Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197 (205 f.).

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 219.

¹⁰⁷ Der Antrag kann nach § 31 S. 2 GBO sogar formfrei zurückgenommen werden, da Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 1 EGBGB n.F. die Anwendung des Berichtigungsverfahrens anordnet; vgl. zur Antragsrücknahme auch Schaub, in: Bauer/Schaub GBO, § 31 Rn. 4.

¹⁰⁸ Oder, wenn noch keine Berichtigung beantragt wurde, direkt dort eintragen lassen.

¹⁰⁹ Zur Behandlung dieses Falles auf S. 154 ff.

durch die Privatgläubiger (§ 726 BGB n.F.) eine Auseinandersetzung der Meerbuscher eGbR erreichen, das verzögert die Zwangsvollstreckung aber um mindestens etliche Monate, wenn nicht sogar Jahre.¹¹⁰ Diese faktische Gestaltungsmacht der Gesellschafter durch das Ausnutzen von Beweisschwierigkeiten ist ersichtlich unbillig.

aa) Grundbuchrechtliche Lösung

Zur Lösung dieser Problematik ließe sich zunächst an bereits bekannte Ansätze anknüpfen. Wie erwähnt kann nach der aktuellen Rechtslage bereits ein klärender Vermerk im Grundbuch eingetragen werden, wenn konkrete Bedenken bezüglich der Verwechslung zweier GbR bestehen. Obwohl es auch bei der geschilderten Situation im Kern um die (bewusste) Verwechslung von zwei Gesellschaften geht, taugt der klärende Vermerk im Grundbuch als Lösung nicht. Ein solcher Vermerk im Grundbuch ist nur bei Neueintragungen sinnvoll. Bei der Voreintragung würde der Vermerk jedoch zu spät ansetzen, da das Problem vorgelagert schon bei der Auswahl des Grundstückes besteht.

Die Identitätsproblematik ist dem MoPeG jedoch nicht gänzlich fremd, sodass sich eine Lösung aus dem Vergleich mit anderen Regelungen ergeben könnte. Sowohl in Art. 89 Abs. 1 S. 3 EGHGB n.F. als auch in § 12 Abs. 1 EGGmbHG n.F. findet sich die Pflicht der Gesellschafter zu versichern, dass es sich bei der eGbR um dieselbe Gesellschaft handelt wie die, welche zuvor im Handelsregister bzw. der Gesellschafterliste eingetragen war.¹¹¹ Eine vergleichbare Regelung fehlt zwar im Grundbuchrecht, man könnte jedoch überlegen, die Lücke durch eine entsprechende Anwendung zu schließen. Dann müssten die Gesellschafter eine solche Erklärung auch gegenüber dem Grundbuchamt abgeben.

Bei näherer Betrachtung erscheint diese Lösung jedoch untauglich, da die Versicherung der Gesellschafter an der falschen Stelle ansetzt.¹¹² Wenn die Gesellschafter die Berichtigung des Grundbuches beantragen, dann erklären sie damit bereits, dass es sich um dieselbe Gesellschaft handelt. Eine ausdrückliche Erklärung erscheint vor diesem Hintergrund obsolet und darüber hinaus auch nicht zielführend. Das Problem liegt nicht in einer unzureichenden oder uneindeutigen Erklärung der

¹¹⁰ Zunächst muss eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen ohne Erfolg geblieben sein, dann kann innerhalb von sechs Monaten die Kündigung gegenüber der Gesellschaft erklärt werden, allerdings ebenfalls mit einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des Kalenderjahres; siehe zur Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil auch *U. Schmidt*, ZPG 2023, 81 (89).

¹¹¹ Siehe dazu auch *Böhringer/Melchior*, NotBZ, 2022, 361 (363).

¹¹² Gleiches gilt für die von *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (665 f.) befürwortete Lösung, der Identifikation in der notariellen Urkunde. Eine solche vermag nicht sicherzustellen, dass ein anderes Grundbuchamt (ggfs. zudem auch ein anderer Notar) ebenfalls Kenntnis der Vorgänge erlangt.

Gesellschafter, sondern in der unzureichenden Möglichkeit für das Grundbuchamt und die Gläubiger, die Erklärungen der Gesellschafter rechtssicher zu prüfen.¹¹³

bb) Registerrechtliche Lösung

Rechtssicherheit zu schaffen ist der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters, sodass dieses Ursache und Lösung der Problematik zugleich sein kann. Das Register kann für die notwendige Publizität sorgen, sodass sowohl die Gläubiger als auch die Grundbuchämter erkennen können, um welche Gesellschaft es sich bei der eGbR handelt.

Welche Inhalte bei der Anmeldung einer eGbR angegeben werden müssen, regelt allerdings der § 707 Abs. 2 BGB n.F. Demnach sind nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. der Name (lit. a), der Sitz (lit. b) und eine ladungsfähige Anschrift innerhalb der Europäischen Union (lit. c) anzugeben.¹¹⁴ Alle diese Angaben sollen die eindeutige Identifizierung der Gesellschaft ermöglichen, reichen aber im dargestellten Fall nicht aus.

(1) *Minimalinvasive Lösung*

Der Rechtsverkehr kann jedoch nicht nur auf die Informationen, welche im Register eingetragen sind, zugreifen, sondern nach § 707b Nr. 2 BGB n.F. i. V.m. § 9 Abs. 1 S. 1 HGB n.F. auch auf alle zum Gesellschaftsregister eingereichten Dokumente wie etwa die Anmeldung selbst.¹¹⁵ Als minimalinvasive Lösung wäre überlegenswert, eine weitergehende Information in die Anmeldung mitaufzunehmen.¹¹⁶ In dieser könnten die Gesellschafter mitteilen, dass es sich um eine Voreintragung einer bereits im Grundbuch erfassten GbR handelt.¹¹⁷

Diese Option ist zwar dem Grunde nach geeignet, den Rechtsverkehr über die frühere Existenz der Gesellschaft aufzuklären, aber sie reicht nicht aus. Die Mitteilung an das Gericht wäre ein freiwilliger Zusatz. Ein System der Freiwilligkeit ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn die Gefahr der Verwechslung hauptsächlich die Gesellschafter treffen würde. In diesem Fall wäre die ergänzende Angabe in ihrem Interesse. Wie dargestellt ist in erster Linie der Rechtsverkehr schützenswert

¹¹³ Hier vermag auch die Einführung des Basisdatenregisters keine Abhilfe zu schaffen, da weder der Grundbesitz in § 3 Abs. 2 UBRegG noch das Grundbuch in § 3 Abs. 3 UBRegG bzw. das Grundbuchamt in § 5 Abs. 1 UBRegG genannt werden.

¹¹⁴ Siehe hierzu auch bereits oben unter § 3 S. 111.

¹¹⁵ *Schaub*, in: EBJs HGB, § 9 Rn. 4; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 9 Rn. 19 ff.

¹¹⁶ Vorgeschlagen von *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (325); nachfolgend auch *Aumann*, notar 2022, 99 (104).

¹¹⁷ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (325).

und darüber hinaus erwächst den Gesellschaftern unbilligerweise sogar ein Vorteil aus der unklaren Registerlage. Auf eine freiwillige Aufklärung der Lage sollte daher nicht gesetzt werden.

(2) *Vollwertige Registereintragung*

Die Information über die Identität der Gesellschaft soll also zum einen aus dem Register ersichtlich sein und zum anderen pflichtig gestellt werden. Dies ließe sich erreichen, indem man die Angabe über den Grundbesitz der Gesellschaft als eine eintragungspflichtige Tatsache begreifen würde.

In das Gesellschaftsregister sind grundsätzlich nur solche Inhalte einzutragen, die das Gesetz ausdrücklich vorsieht.¹¹⁸ Ausnahmsweise kann im Einzelfall auch eine über die normativen Vorgaben hinausgehende Tatsache eintragungsfähig bzw. eintragungspflichtig sein, wenn aus Sicht des Rechtsverkehrs ein erhebliches sachliches Bedürfnis hierfür besteht und der Zweck des Registers eine solche Eintragung daher erfordert.¹¹⁹ Hierbei gilt es allerdings größte Zurückhaltung zu üben, um die Übersichtlichkeit des Registers nicht zu gefährden.¹²⁰

Diese Voraussetzungen gelten für die Eintragung von Tatsachen, für die keine gesetzliche Anordnung besteht.¹²¹ Im Falle des Hinweises auf den Grundbesitz der Gesellschaft handelt es sich hingegen nur um eine Konkretisierung der ohnehin einzutragenden Angaben zur Identifizierung der Gesellschaft. Die Angabe des Namens, des Sitzes und der Anschrift reichen nicht aus, um eine zweifelsfreie Identifizierung der Gesellschaft, insbesondere mit Blick auf ihre Vergangenheit, zu gewährleisten. Es handelt sich daher nicht um die Eintragung einer eigenständigen Tatsache.

(3) *Klarstellungsvermerk*

Wenn die Publizitätsfunktion des Gesellschaftsregisters eine nähere Erläuterung von ohnehin einzutragenden Tatsachen erfordert, dann kann zumindest ein Klarstellungsvermerk aufgenommen werden.¹²² Schon der Große Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts hielt eine solche Vorgehensweise in einem Fall, in dem der

¹¹⁸ Gleiches gilt für das Handelsregister, siehe dazu *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 37; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 103 f.

¹¹⁹ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 23; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 37 f.

¹²⁰ *Krafka*, Registerrecht, Rn. 88; *ders.*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 5; *Freier*, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (144); kritisch zu der Begründung *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 103.

¹²¹ *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8 Rn. 117 ff. mit Beispielen für solche Fälle.

¹²² *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 106 Rn. 39; *Haas/Wöstmann*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 106 Rn. 58.

Wechsel eines Kommanditisten durch Gesamtrechtsnachfolge nicht hinreichend erkennbar war und die Gläubiger daher hinsichtlich der Einlagenerbringung erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt waren, für angezeigt.¹²³ Auch die Gläubiger der eGbR sehen sich einem solchen Informationsdefizit ausgesetzt, da alleinig der Name eGbR keinen ausreichenden Aufschluss über die grundbuchrechtliche Vergangenheit der Gesellschaft ermöglicht. Auch in diesem Fall ist daher zum Schutz des Rechtsverkehrs eine weitergehende Erläuterung notwendig. Den Rechtsgedanken der Nachverfolgbarkeit hat auch der Gesetzgeber aufgegriffen und im Rahmen des Statuswechsels gemäß § 707c Abs. 4 S. 1 BGB n.F. einen ähnlichen Vermerk vorgesehen, damit Zuordnungsprobleme ausgeschlossen werden können.¹²⁴

Der Gesellschaftsregistereintrag sollte daher durch einen Vermerk ergänzt werden,¹²⁵ der beispielsweise lautet:

„Die CP&K Immobilien I eGbR ist identisch mit der im Zeitpunkt der Anmeldung als Eigentümerin im Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts Neuss im Grundbuch von [Ortsteil von Meerbusch] mit der Blattnummer [0001] eingetragenen Gesellschaft.“

Dieser Lösungsweg bietet gleich mehrere Vorteile. Zum einen ist die Identifikation der Gesellschaft damit zweifelsfrei möglich. Nur das für Meerbusch zuständige Grundbuchamt wird die eGbR anstelle der zuvor namenlos eingetragenen GbR eintragen, da alle anderen Grundbuchämter diese Zuordnung aus dem Gesellschaftsregister entnehmen können. Auch die Gläubiger erhalten durch diese Ergänzung hinreichend Klarheit über die schuldnerische Gesellschaft und können so eine adäquate Risikoabwägung treffen. Außerdem wäre der Klarstellungsvermerk nicht nur eintragungsfähig, sondern auch eintragungspflichtig.¹²⁶ Kein Grundbuchamt würde bzw. dürfte dann eine Berichtigung vornehmen, solange diese Information nicht aus dem Register ersichtlich ist. Im Ergebnis ist daher ein Klarstellungsvermerk im Gesellschaftsregister geeignet und erforderlich, die eindeutige Identifizierung der Gesellschaft zu gewährleisten, und er ist das tauglichste Mittel, um den Rechtsverkehr vor der drohenden Publizitätslücke zu schützen.

¹²³ RG DNotZ 1944, 195 (196), (wiederveröffentlicht in WM 1964, 1130 (1131)); vertiefte Aufarbeitung und Einordnung der Hintergründe des Beschlusses bei *Thiessen*, in: *Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten*, § 2 S. 56 ff.; siehe auch *Fleischer*, in: *MüKoHGB*, § 106 Rn. 39; *Lieder*, in: *Oetker HGB*, § 106 Rn. 29; *Martens*, in: *Schlegelberger HGB*, § 106 Rn. 17; *Ries/Schulte, GmbHR* 2013, 345 (346 f.).

¹²⁴ Siehe dazu *M. Noack/Göbel, GmbHR* 2021, 559 (575 Rn. 33) sowie unter § 5 S. 235.

¹²⁵ Im Handelsregister wird der Nachfolgevermerk in Spalte 5, Unterspalte c eingetragen, vgl. *Krafka, Registerrecht*, Rn. 754. Übertragen auf die eGbR würde sich demnach ein Vermerk zum Namen der Gesellschaft anbieten. Einfacher, klarer und daher vorzugswürdig wäre es jedoch, einen klarstellenden Vermerk beim Namen der Gesellschaft lediglich anzudeuten und sodann in der Spalte 5, Unterspalte b (§ 4 Abs. 5 Nr. 2 GesRV, „sonstige Bemerkungen“) einzutragen. Diese Spalte hat bisher noch keine Bedeutung und könnte daher für die eindeutige Identifizierung genutzt werden, siehe auch *Krafka*, in: *BeckOGK GesRV*, § 4 Rn. 57.

¹²⁶ *Lieder*, in: *Oetker HGB*, § 106 Rn. 29; *Fleischer*, in: *MüKoHGB*, § 106 Rn. 39.

IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass aufgrund der vielen namenlosen GbR in den deutschen Grundbüchern die Identifikation der dort eingetragenen Gesellschaften von herausragender Bedeutung ist. Für diese Identifikation reicht es nicht aus, wenn die Gesellschafter die Gesellschaften zuordnen können, sondern aus Verkehrsschutzgründen ist es erforderlich, dass ein objektiver Dritter die Gesellschaften zweifelsfrei identifizieren kann. Da es häufig ratsam sein wird, die Anmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister und das Grundstücksgeschäft in getrennten Notarterminen zu erledigen, kann der Notar im Rahmen der Identifikation keine hinreichende Abhilfe schaffen. Bei näherer Betrachtung wird außerdem klar, dass die Voreintragung keinen Schwebezustand, sondern ein Publizitätsdefizit verursacht. Dieses Defizit kann weder durch eine Eintragung im Grundbuch noch durch eine freiwillige Angabe beim Gesellschaftsregister effektiv behoben werden. Stattdessen ist überzeugenderweise bei der Anmeldung zum Gesellschaftsregister obligatorisch anzugeben, in welchen Grundbüchern die Gesellschaft bisher namenlos eingetragen und in der Folge ein klarstellender Identifikationsvermerk einzutragen ist.

D. (K)ein gutgläubiger Erwerb?

Die Verkehrsfähigkeit von Grundstücken wird primär durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs gesichert. Die Einführung der eGbR wirft jedoch neue Fragen zur Reichweite des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf. Insbesondere die Voreintragungsobliegenheit und die damit einhergehenden Änderungen bergen das Risiko, dieses Verkehrsschutzinstrument zu unterminieren.

I. Problem: Doppeleintragung der eGbR im Grundbuch

Die folgende Abwandlung des Ausgangsfalls skizziert, welche Unsicherheiten sich ergeben können, wenn die Eintragung der eGbR im Grundbuch nicht ordnungsgemäß erfolgt.

Cäsar, Pompeius und Kleopatra sind, wie im Ausgangsfall, jeweils Gesellschafter von zwei unterschiedlichen, grundstückshaltenden GbR. Die Gesellschafter entscheiden sich diesmal dazu, nur eine Gesellschaft mit dem Namen „CP&K Immobilien eGbR“ beim Gesellschaftsregister anzumelden. Die eGbR wird sodann, wie geplant, bei dem Grundstück in Meerbusch voreingetragen und selbiges wird veräußert. Um Geld und Zeit zu sparen, möchten die drei die Registrierung der anderen GbR vermeiden und meinen, „sie seien ja sowieso Eigentümer von beiden Grundstücken“. In der Folge lassen sie die eben genannte eGbR auch bei dem zweiten Grundstück in Krefeld eintragen.

Wenig später entschließt sich Cäsar beruflich nach Rom zu reisen. Da er nicht weiß, wie lange er in Italien bleiben wird und wie sich sein gesundheitlicher Zustand dort entwickelt,

überträgt er alle seine Gesellschaftsanteile an seine Tochter Julia (J) – aus zeitlichen Gründen ebenfalls ohne Mitwirkung des Registergerichts. Um das nötige Kleingeld für seine Reise zusammenzubekommen, überredet Cäsar danach Pompeius und Kleopatra, auch das zweite Grundstück zu verkaufen. Ohne seine Tochter darüber zu informieren, veräußern Cäsar und seine Mitstreiter im Namen der eGbR das Grundstück in Krefeld an den gutgläubigen Augustus. Letzterer fragt sich nun, ob er Eigentümer des Grundstücks geworden ist.¹²⁷

1. Vorüberlegungen

Damit A das Eigentum an dem Grundstück erlangen konnte (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB), müsste der Veräußerer als Berechtigter gehandelt haben. Obwohl die drei ursprünglichen Gesellschafter (C, P & K) glaubten, selbst Eigentümer beider Grundstücke zu sein, so ist dies natürlich unzutreffend. Eigentümer ist die bei dem Grundstück eingetragene, rechtsfähige Gesellschaft. Es müsste daher zum einen die richtige Gesellschaft gehandelt haben und zum anderen müsste diese ordnungsgemäß vertreten worden sein.

2. Vertretung der Gesellschaft

Dem A gegenüber trat die „CP&K Immobilien eGbR“ als Veräußerin auf. Vertreten wurde die Gesellschaft, ganz im Sinne der Gesamtvertretung nach § 720 Abs. 1 BGB n. F., durch die drei Gründungsgesellschafter C, P und K. Letzteres ist vor dem Hintergrund, dass im Zeitpunkt der Veräußerung eigentlich die J Gesellschafterin der eGbR war, problematisch. Die Gesellschaft wurde nicht ordnungsgemäß vertreten und auch das Grundbuch weist die Gesellschafter nicht mehr aus, sodass sich der A auch nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann. Da der Gesellschafterwechsel jedoch nach § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. eine eintragungspflichtige Tatsache darstellt, bewährt sich nun der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters. Gemäß § 707a Abs. 3 BGB n. F. i. V. m. § 15 Abs. 3 HGB kann sich der A auf die im Gesellschaftsregister eingetragenen Tatsachen verlassen. In der Folge gilt die Gesellschaft ihm gegenüber als ordnungsgemäß vertreten, obwohl nach der wahren Rechtslage die J hätte mitwirken müssen.

3. Berechtigung der Gesellschaft

Darüber hinaus müsste die handelnde Gesellschaft auch Eigentümerin des besagten Grundstücks gewesen sein, um über dieses als Berechtigte zu verfügen. Als die Gesellschaft registriert wurde, war für den Rechtsverkehr zwar – mangels Klar-

¹²⁷ Das Beispiel ist angelehnt an jenes von *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326).

stellungsvermerk –¹²⁸ zunächst nicht ersichtlich, welche der beiden GbR registriert wurde; anderes gilt jedoch für die Gesellschafter. Diese wollten von Anfang an die Gesellschaft mit dem Grundstück in Meerbusch registrieren lassen und durch die Eintragung der Gesellschaft im Grundbuch wird dies auch später offenkundig. Die eGbR ist daher mit der ursprünglich beim Grundstück in Meerbusch eingetragenen GbR identisch. Nicht identisch ist sie hingegen mit der eigentlichen Eigentümerin des Grundstücks in Krefeld. Die weiterhin nicht im Gesellschaftsregister eingetragene GbR hat nicht gehandelt.¹²⁹

Es stellt sich somit die Frage, ob die Eintragung der eGbR bei dem Grundstück in Krefeld einen materiellen Eigentumsübergang auf diese Gesellschaft zur Folge hat. Dafür könnte sprechen, dass C, P und K im Zeitpunkt der Eintragung noch Gesellschafter beider GbR waren und sich daher konkludent für einen Eigentumsübergang entschieden haben könnten. Die Annahme eines solchen Willens der Gesellschafter wäre jedoch eine bloße Fiktion. C, P und K wollten dem Voreintragungserfordernis nachkommen, nicht jedoch das Eigentum übertragen. Nicht zuletzt aufgrund der steuerrechtlichen Implikationen überzeugt eine andere Auslegung nicht.¹³⁰ Die „*CP&K Immobilien eGbR*“ handelte daher als Nichtberechtigte.

4. Erwerb vom Nichtberechtigten

Der A könnte vom Nichtberechtigten das Eigentum erworben haben, falls das Grundbuch unrichtig war (§ 892 BGB). Dies setzt eine Divergenz der wahren von der durch das Grundbuch verlautbarten Rechtslage voraus, soweit der öffentliche Glaube reicht.¹³¹ Wenn die Voreintragung einer GbR erfolgt ist, dann muss das Grundbuch korrigiert werden, da dieses die Gesellschaft inzwischen unzutreffend bezeichnet. Im konkreten Fall wurde die eGbR darüber hinaus bei einem fremden Grundstück eingetragen.

Ob die Eintragung der eGbR zur Unrichtigkeit des Grundbuchs im oben beschriebenen Sinne geführt hat, hängt also davon ab, ob sich der öffentliche Glaube auf diese Korrektur erstreckt.

¹²⁸ Zum Vorschlag des Klarstellungsvermerks oben auf S. 152 f.

¹²⁹ Selbst wenn sie gehandelt hätte, wäre sie wegen der fehlenden Mitwirkung der J nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen und weder das Grundbuch noch das Gesellschaftsregister schützen in diesem Fall den guten Glauben des A an die Vertretung.

¹³⁰ Bereits vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR, war ein Grundstücksübergang auch bei personengleichen GbR nicht unproblematisch, siehe KG OLGZ 1987, 276 (277 ff.).

¹³¹ *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 892 Rn. 2; *H. Schäfer*, in: MüKoBGB, § 892 Rn. 22.

a) *Begriffsbestimmung: Grundbuchberichtigung oder Richtigstellung*

Das Gesetz kennt zur Beseitigung von Fehlern im Grundbuch nur die Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB/§ 22 GBO. Daher ist dieses Instrument für die Grundbuchämter fast immer das Mittel der Wahl. Dabei ist es unerheblich, ob das Grundbuch bereits anfänglich unrichtig ist oder durch nachträgliche Rechtsveränderung unrichtig wird.¹³² Wesentlich ist nur, dass ein relevanter Grundbuchinhalt nicht oder nur unzutreffend eingetragen ist.¹³³ Die Grundbuchberichtigung findet grundsätzlich nur auf Antrag statt (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBO) und unterliegt den strengen Nachweispflichten des § 29 GBO.¹³⁴

Ausnahmsweise findet das Grundbuchberichtigungsverfahren keine Anwendung, wenn es sich um Unrichtigkeiten rein tatsächlicher Art handelt.¹³⁵ In diesem Fall wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht berührt. Solche Fehler sind im nicht formalisierten Verfahren der Richtigstellung von Amts wegen bzw. der Lösung von Amts wegen (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO) zu korrigieren.¹³⁶ Beispielhaft für die Richtigstellung wären etwa bloße Schreibfehler oder ungenaue, aber im Grunde richtige Eintragungen zu nennen.¹³⁷ Eine Lösung von Amts wegen kommt bei einer Eintragung von unzulässigen, generell eintragungsunfähigen Tatsachen in Betracht.¹³⁸ Eine gesetzliche Regelung der Richtigstellung gibt es in der Grundbuchordnung nicht, sondern es werden die Regelungen des FamFG herangezogen.¹³⁹ Auch das Handelsregisterrecht kennt im Übrigen eine solche vereinfachte Fehlerkorrektur (§ 17 Abs. 1 S. 1 HRV).¹⁴⁰ Wenn also im Grundbuch als Berechtigter ein „*Philipp* Mustermann, wohnhaft in der Musterstraße 1 in 40215 Düsseldorf“ eingetragen ist, statt eines „*Philip* Mustermann, wohnhaft in der Musterstraße 1 in 40215 Düsseldorf“, dann bedarf es keines aufwändigen Grundbuchberichtigungsverfahrens.¹⁴¹

¹³² *H. Schäfer*, in: MüKoBGB, § 894 Rn. 4; *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 22 Rn. 38; *Hertel*, in: BeckOGK, § 894 Rn. 34.

¹³³ *Hertel*, in: BeckOGK, § 894 Rn. 10 ff.; *Baschnagel/Hilser*, Notar 2023, 167 (171).

¹³⁴ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 2437; *Schäfer*, in: Bauer/Schaub GBO, § 22 Rn. 37 ff.

¹³⁵ *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, 894 Rn. 4; *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 22 Rn. 38.

¹³⁶ *Reetz*, in: BeckOK GBO, § 13 Rn. 9; *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 894 Rn. 4.

¹³⁷ *Böttcher*, in: Meikel/Böttcher GBO, § 22 Rn. 86; *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 894 Rn. 4.

¹³⁸ *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 894 Rn. 4; *H. Schäfer*, in: MüKoBGB, § 894 Rn. 3; im Ergebnis auch *Hertel*, in: BeckOGK BGB, § 894 Rn. 36.

¹³⁹ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 291; *Böhringer*, BWNotZ 2016, 154 (162); *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (325).

¹⁴⁰ *Szalai*, in: BeckOGK HRV, § 17 Rn. 6.

¹⁴¹ Siehe zur Unterscheidung auch ausführlich *Holzer*, Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 83 ff.

b) Dogmatisch: Richtigstellung

Bei der Voreintragung kommt es zu keinem Wechsel des Rechtsträgers, sondern die registrierte Gesellschaft ist identisch mit der im Grundbuch eingetragenen GbR. Da nur der Bestand, der Inhalt, der Rang, die Belastung und die Inhaberschaft eines Rechtes vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfasst werden,¹⁴² nicht aber die Bezeichnung des Inhabers (§ 15 Abs. 1 GBV n. F.), wird das Grundbuch durch die Voreintragung nicht unrichtig i. S. d. § 894 BGB. Lediglich fehlt im Grundbuch der neue Name der Gesellschaft und es wird der nun veraltete Rechtsformzusatz verwandt. Fehlerhaft ist daher nur die Art und Weise, wie die Gesellschaft eingetragen ist, sodass dies im Rahmen einer Richtigstellung zu korrigieren ist.¹⁴³

Bei ordnungsgemäßem Lauf der Dinge wäre dieses Ergebnis auch unproblematisch, da es durch die Identität der Gesellschaft für den Erwerber unerheblich ist, ob der richtige Name der Gesellschaft im Grundbuch eingetragen ist; er erwirbt weiterhin vom Berechtigten. Außerdem betritt die eGbR mit dieser Art der Fehlerkorrektur kein grundbuchrechtliches Neuland, sondern die Situation ist bereits von den Personenhandelsgesellschaften bekannt. Wechselt eine GbR in die Rechtsform einer OHG durch die Aufnahme eines Handelsgeschäfts, vollzieht sich der Rechtsformwechsel *ipso iure*, wobei der Rechtsträger identisch bleibt.¹⁴⁴ Da kein Rechtsübergang auf einen anderen Rechtsträger stattfindet, handelt es sich grundbuchrechtlich ebenfalls um eine bloße Richtigstellung.¹⁴⁵

Schwierigkeiten bereitet jetzt jedoch der Fall, wenn, wie im vorliegenden Fall, die eigentliche Richtigstellung bei der falschen Gesellschaft geschieht. Legt man die oben erläuterten Aspekte zugrunde, dann müsste man eigentlich zu dem Ergebnis kommen, dass die Richtigstellung keinen neuen registerrechtlich relevanten Grundbuchinhalt schafft, sodass auch kein gutgläubiger Erwerb möglich wäre.¹⁴⁶

¹⁴² H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, § 892 Rn. 3; siehe außerdem bereits auf S. 134 f.

¹⁴³ Zutreffend daher die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27635, S. 216, 218; siehe auch Wilsch, MittBayNot 2023, 457 (459); Wegmann, in: Bauer/Schaub GBO, § 47 Rn. 231; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 290, 291; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167 (171); für den Fall der identitätswahrenden Umwandlung nach dem UmwG Böhringer, BWNotZ 2016, 154 (155, 159); ders., NotBZ 2022, 161 (164).

¹⁴⁴ BayObLG NJW-RR 2002, 1363 (1364); für den umgekehrten Fall statt aller Roth, in: Hopt HGB § 105 Rn. 8.

¹⁴⁵ BayObLG NJW-RR 2002, 1363 (1364); LG Berlin NJOZ 2008, 1289 (1290).

¹⁴⁶ So auch Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (325).

c) *Teleologische Extension der §§ 891 ff. BGB?*

Dieses Ergebnis kann ersichtlich nicht gewollt gewesen sein. Der Gesetzgeber beabsichtigte durch die Streichung von § 899a BGB nicht, den Rechtsverkehr, der mit einer eGbR kontrahiert, schlechter zu stellen.¹⁴⁷ Es wurde daher vorgeschlagen, dieses Spannungsverhältnis durch eine teleologische Extension der Gutgläubensvorschriften (§§ 891 ff. BGB) aufzulösen.¹⁴⁸ Hierfür werden im Wesentlichen drei Argumente angeführt. Erstens solle man sich gänzlich von der Unterscheidung zwischen Richtigstellung und Berichtigung im Zusammenhang mit der Voreintragung verabschieden.¹⁴⁹ Die Begriffe passen nach dieser Auffassung nicht, da das Grundbuch nach der Voreintragung der Gesellschaft nicht deswegen „falsch“ sei, weil die Gesellschafter noch eingetragen sind, sondern es bestünde schlicht keine zulässige verfahrensrechtliche Grundlage für die Eintragung mehr.¹⁵⁰ Zweitens habe der Gesetzgeber das Korrekturverfahren gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 und 2 S. 2 EGBGB n. F. dem Regime der Berichtigung und nicht der Richtigstellung unterstellt, weshalb er erkannt haben solle, dass es nicht nur um die Frage der Bezeichnung der Gesellschaft, sondern auch um die Frage nach der Inhaberschaft des Rechtes gehe.¹⁵¹ Als drittes Argument wird angeführt, dass der Verweis in Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EGBGB n. F. auf § 22 Abs. 2 GBO unzumutbar wäre, wenn es sich um eine Richtigstellung handeln würde.¹⁵²

d) *Die Richtigstellung im Gewand der Berichtigung*

Der dargestellte Ansatz vermag indes nicht zu überzeugen. Dem ersten Aspekt ist entgegenzuhalten, dass das Grundbuch nach der Voreintragung sehr wohl inkorrekt wird. Aus der zwar zutreffenden Feststellung, dass keine verfahrensrechtliche Grundlage für die Eintragung der Gesellschafter mehr existiert, lässt sich kein gegenteiliger Schluss ziehen. Mit der Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister ändern sich gemäß §§ 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, 707a Abs. 2 BGB n. F. ihr Name und ihr Rechtsformzusatz. Demnach lässt zwar nicht die bestehende Eintragung der Namen der Gesellschafter das Grundbuch inkorrekt werden, allerdings weist das Grundbuch unzutreffend eine Gesellschaft aus, welche fortan in anderer Form und unter anderem Namen existiert. Diesbezüglich unterscheidet sich die Rechtsänderung der GbR hin zur eGbR nicht von den bereits bekannten Fällen des identitätswahrenden Rechtsformwechsels, wie er etwa von dem Wech-

¹⁴⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 216.

¹⁴⁸ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326), wobei dieser seinen Vorschlag nicht dogmatisch einordnet, aber eine teleologische Extension zu meinen scheint. Zustimmung wohl *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (171).

¹⁴⁹ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326).

¹⁵⁰ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326).

¹⁵¹ *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326).

¹⁵² *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (326).

sel der GbR in die OHG/KG oder von der einen in die andere Personenhandels-gesellschaft bekannt ist.¹⁵³

Auch die Interpretation von Art. 229 § 21 Abs. 3 und 2 S. 2 EGBGB n.F. vermag nicht zu bestehen. Der Gesetzgeber lässt zu Recht keinen Zweifel daran, dass er in der Voreintragung einen Fall der Richtigstellung sieht, weil es zu keinem Rechts-trägerwechsel kommt.¹⁵⁴ Dennoch ist es richtig, dass Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB n.F. auf das Verfahren der Grundbuchberichtigung verweist. Dies hat jedoch sei-nen Grund nicht darin, dass der Gesetzgeber etwa selbst mit den Begrifflichkeiten durcheinandergekommen ist oder sich von der Differenzierung der Korrekturver-fahren distanzieren wollte. Dass nach der Voreintragung nun das Verfahren der Berichtigung angewendet werden soll, hat vielmehr den Hintergrund, dass dieses formalisierte und geordnete Verfahren mehr Rechtssicherheit und Struktur bietet als die Richtigstellung.¹⁵⁵ Insbesondere ist nur im Verfahren der Berichtigung die strenge Nachweispflicht des § 29 GBO anzuwenden, was angesichts der denk-baren Fehler erforderlich erscheint. Nur weil aber das Verfahren entsprechend (!) anzuwenden ist, wird aus der Richtigstellung noch keine Berichtigung. Die Verfahrensordnung kann sich nicht über den Umstand hinwegsetzen, dass der Name oder die Rechtsformbezeichnung nicht dem öffentlichen Glauben des Grund-buchs unterliegen. Auch dass § 82 GBO für entsprechend anwendbar erklärt wird (Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n.F.), hat primär damit zu tun, dass anderen-falls die Pflicht zur Voreintragung nicht durchgesetzt werden könnte.¹⁵⁶ Der Ge-setzgeber sah sich in der Pflicht, den § 82 GBO zusätzlich zu der Anordnung in Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB n.F. für anwendbar zu erklären. Dies zeigt, dass das Grundbuch trotz des Verweises auf die Berichtigung nicht unrichtig im Sinne der Norm wird. Bei den Verweisen geht es somit nicht um die Frage des Berechtigten, sondern um die Effektivität und Sicherheit des Verfahrens. Somit handelt es sich weiterhin um eine Richtigstellung, die im Verfahrensgewand der Berichtigung da-herkommt und dementsprechend wie eine Berichtigung vom Grundbuchamt be-handelt wird.¹⁵⁷

Auch die weiteren Argumente, weswegen die Voreintragung einen neuen grund-buchrechtlich relevanten Inhalt schaffen solle, sind wenig belastbar. Wenn angeführt wird, dass es sich aus systematischen Gründen nicht um eine bloße Richtigstel-

¹⁵³ Zum Wechsel: GbR zur OHG siehe auch KG RNotZ 2009, 239; GbR zur KG siehe BayObLG BayObLGZ 2002, 137 (138 ff.); OHG zur KG siehe BayObLG NJW-RR 1998, 1565; zusammenfassend auch nochmal *Böhringer*, BWNNotZ 2016, 154 (162).

¹⁵⁴ Vgl. nur BT-Drs. 19/27635, S. 115, 216, 218; *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 22 Rn. 92.

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 218; *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (68); kritisch *Wilsch*, ZfIR 2020, 521 (525 f.).

¹⁵⁶ Dazu auf S. 137 f.

¹⁵⁷ *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (68); *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457 (459); unklar *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (171) die einerseits die Unterscheide der Verfahren betonen und andererseits davon ausgehen, dass durch den Vorgang stets ein neuer Grundbuchinhalt i. S. d. § 892 BGB geschaffen wird.

lung handeln könne, da die Voreintragung nur bei solchen Verfügungen angeordnet wurde, bei denen ein gutgläubiger Erwerb möglich sei und gerade nicht „bei Anteilen an Personenhandelsgesellschaften (Art. 50 [sic!] MoPeG)¹⁵⁸, ist dies ersichtlich unzutreffend. Auch bei der Beteiligung an Personenhandelsgesellschaften besteht, wie noch zu zeigen sein wird, für die GbR ein Voreintragungserfordernis.¹⁵⁹

Im Übrigen kann die Einordnung des Verweises auf § 22 GBO nicht überzeugen und versperrt den Blick für die im Vergleich zur teleologischen Extension dogmatisch überzeugendere Lösung der Problematik. Es wird zu zeigen sein, dass die gesetzgeberische Einordnung gar nicht geändert werden muss, sondern in weiten Teilen schlüssig ist.

e) Die allgemeinen Vorschriften

Der Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 EGBGB n.F. statuiert, dass der § 22 Abs. 2 GBO durch die verfahrensrechtliche Behandlung wie eine Berichtigung unberührt bleibt. Dem § 22 Abs. 2 GBO kommt im „normalen“ Berichtigungsverfahren die Funktion zu, den Einzutragenden vor der Aufdrängung eines Grundstücks und den damit verbundenen Folgen wie etwa der Verantwortlichkeit für Altlasten oder Anliegerbeiträge zu schützen. Bolkart schließt daraus, dass bei der Eintragung der eGbR ein für den öffentlichen Glauben relevanter Grundbuchinhalt geschaffen werde, da anderenfalls der Gesellschaft kein Grundstück aufgedrängt werden könne, denn es würde sich anderenfalls nur um eine bloße Namensanmaßung handeln.¹⁶⁰ In der Gesetzesbegründung wird dem Halbsatz jedoch zutreffend nur eine klarstellende Bedeutung zugewiesen und gleichzeitig ausgeführt, dass es „nach den allgemeinen Vorschriften“ zu weiteren notwendigen Bewilligungen kommen kann.¹⁶¹ Die Klarstellung widerspricht dem Charakter der eigentlichen Richtigstellung nicht.¹⁶² Es kann vielmehr auch im Zuge einer Richtigstellung dazu kommen, dass § 22 GBO relevant wird.¹⁶³ Das ist immer dann der Fall, wenn es zu erheblichen Fehlern kommt. Wenn ein Versehen bei einer Richtigstellung auftritt, so ist dieses nicht automatisch ebenfalls im Wege der Richtigstellung zu beseitigen. Wurde durch die fehlerhafte Korrektur der Anschein erweckt, der Rechtsinhaber habe gewechselt,¹⁶⁴ so muss das Grundbuch im formellen Berichtigungsverfahren

¹⁵⁸ Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (326).

¹⁵⁹ Dazu unter § 5 S. 208 ff.

¹⁶⁰ Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (326).

¹⁶¹ BT-Drs. 19/27635, S. 218.

¹⁶² Ohne die Klarstellung wäre denkbar gewesen, dass Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 EGBGB n.F. den § 22 Abs. 2 GBO als *lex specialis* verdrängt.

¹⁶³ Bormann/Kraus, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (59) nennen weitere Fälle, in denen § 22 Abs. 2 GBO relevant wird.

¹⁶⁴ Vgl. zu diesem Rechtsgedanken der gewechselten Identität auch Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 86, 136.

ren geändert werden.¹⁶⁵ Die Rechtsprechung hat zutreffend festgestellt, dass dies auch und gerade bei Maßnahmen von Amts wegen gilt.¹⁶⁶ Für den zu schützenden Rechtsverkehr ist der Grund der durch das Grundbuch verlautbarten Änderung unerheblich.

Zur Verdeutlichung sei nochmals die Lage der OHG reminisziert. Wenn eine M-GbR aus Düsseldorf zur M-OHG aus Düsseldorf wird, ist dies, wie dargelegt, aufgrund der Identität der Gesellschaften im Verfahren der Richtigstellung zu ändern.¹⁶⁷ Wird in diesem Zuge aber versehentlich die tatsächlich ebenfalls existierende M-OHG aus Köln eingetragen, so verlautbart das Grundbuch einen Wechsel des Rechtsträgers, der nach der wahren Rechtslage nicht stattgefunden hat. Der Fehler kann vom Grundbuchamt nun nicht erneut im Wege der Richtigstellung korrigiert werden, sondern es ist ein Amtswiderspruch einzutragen und dann – auf Antrag – eine Berichtigung durchzuführen.¹⁶⁸ Übertragen auf die voreingetragene Gesellschaft bedeutet dies, dass im Normalfall kein den öffentlichen Glauben berührender Grundbuchinhalt durch die Eintragung der eGbR geschaffen wird. Nach den allgemeinen Vorschriften gilt jedoch etwas anderes, wenn die eGbR versehentlich bei einer GbR eingetragen wird, mit der sie nicht identisch ist, da hierdurch ein Wechsel des Rechtsinhabers proklamiert wird. Einer teleologischen Extension bedarf es daher nicht, um die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs zu ermöglichen.

II. Beseitigung der Unsicherheiten bei der Doppeleintragung

Hätte man im Fall der M-GbR/M-OHG bereits bei der Richtigstellung den § 22 Abs. 2 GBO angewendet, dann wäre der Fehler mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden. Die M-OHG aus Köln hätte der Eintragung nicht zugestimmt. Da § 22 Abs. 2 GBO aber nur in Fällen der Berichtigung angewendet wird, war dies keine Option. In der Praxis ist ein solcher Fall freilich kaum ein Problem und dürfte eher theoretischer Natur sein, da das Grundbuchamt gar keine Veranlassung hat, auch den Sitz der Gesellschaft zu ändern.¹⁶⁹ Die Verwechslung

¹⁶⁵ Ähnlich OLG München ErbR 2014, 539 (540 Rn. 14) für den Fall der Identitätszweifel im Erbfall; zutreffend *Hertel*, in: BeckOGK BGB, § 894 Rn. 37.1; siehe auch *H. Schäfer*, in: Bauer/Schaub GBO, § 22 Rn. 62; *C. Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 707 Rn. 42.

¹⁶⁶ So das OLG München FGPrax 2014, 51 (52) im Falle eines Übertragungsfehlers bei der Umschreibung eines Grundbuchblattes; zustimmend *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 894 Rn. 4.

¹⁶⁷ KG RNotZ 2009, 239; BayObLG NJW-RR 2002, 1363 (1364); LG Berlin NJOZ 2008, 1289 (1290); siehe oben auf S. 158.

¹⁶⁸ Vgl. *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 53 Rn. 25; *Wesely/Bellardita*, in: Stöber/Morvilius/Wesely/Bellardita GBO, § 43 Rn. 3 ff.

¹⁶⁹ Da auch der Sitz nur zur Bezeichnung des Rechtsinhabers gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n. F. dient, ist eine Sitzänderung dennoch auch im Wege der Richtigstellung nachzuvollziehen, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 290, 291.

zweier nicht namentlich bezeichneter GbR im Zuge der Eintragung der eGbR ist jedoch ungleich wahrscheinlicher. Daher war es sinnvoll, den § 22 Abs. 2 GBO durch die Anwendung der verfahrensrechtlichen Berichtigungsvorschriften für diesen Vorgang fruchtbar zu machen.

Doch auch die Regelung von § 22 Abs. 2 GBO gelangt in dem eingangs beschriebenen Fall der „*CP&K Immobilien eGbR*“ an ihre Grenzen. Die Norm setzt die Personenverschiedenheit der Gesellschafter von der im Grundbuch eingetragenen GbR und der registrierten eGbR voraus. Nur dann haben die Gesellschafter der eGbR ein Interesse daran, die erforderliche Zustimmung zu verweigern. Der § 22 Abs. 2 GBO schützt den einzutragenden Berechtigten, entfaltet aber nicht, wie im vorliegenden Fall eigentlich erforderlich, eine Schutzwirkung zugunsten des Rechtsverkehrs.

Damit solche Fehler im Grundbuch effektiv vermieden werden können und ein potenzieller Erwerber nicht auf den unsicheren Weg des gutgläubigen Erwerbs verwiesen werden muss, sollte die hier zuvor beschriebene Lösung über das Gesellschaftsregister gewählt werden. Wenn im Gesellschaftsregister ein Klarstellungsvermerk bezüglich des Grundbesitzes der Gesellschaft eingetragen ist, dann wäre eine doppelte Eintragung der eGbR bei einem Grundstück, welches ihr nicht gehört, nahezu ausgeschlossen. Durch die Registertransparenz können sowohl das Grundbuchamt als auch der Erwerber abgleichen, ob die im Gesellschaftsregister registrierte eGbR mit der im Grundbuch eingetragenen GbR identisch ist. Wer sich dieser allgemein zugänglichen Information dann nicht versichert, ist auch nicht schützenswert. Ein potenzieller, aber sorgloser Erwerber müsste sich den Registerinhalt gemäß § 707a Abs. 3 BGB n. F. i. V. m. § 15 Abs. 2 HGB entgegenhalten lassen und könnte sich daher schon mangels Gutgläubigkeit nicht auf § 892 BGB berufen, ganz unabhängig davon, ob sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf die eingetragene Veränderung erstreckt oder nicht.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich somit zunächst festhalten, dass die Eintragung einer eGbR bei einer ihr nicht zustehenden Grundbuchposition, auch bei gleichem Gesellschafterbestand, nicht zu einem Eigentumsübergang, sondern zu einer unzutreffenden Grundbuchlage führt. Obwohl die Voreintragung der GbR nicht die Rechtsstellung der Gesellschaft berührt und das Grundbuch daher im Wege der Richtigstellung zu korrigieren wäre, wird diese zur Fehlerprävention wie eine Berichtigung behandelt. Sofern es in diesem Verfahren zu einem Fehler kommt, der den Anschein erweckt, dass der Rechtsinhaber gewechselt hat, wird das Grundbuch unrichtig und ist – wie in anderen Fällen der nachträglichen Unrichtigkeit auch – zu berichtigen. Für den Rechtsverkehr ist dies eine bedeutende Erkenntnis, denn nur so ist sichergestellt, dass auch bei Problemen im Rahmen der Voreintragung ein gutgläubiger Erwerb möglich ist. Die Verkehrsfähigkeit der im Grundbuch eingetragenen Rechte wird folglich nicht durch die Voreintragung bedroht.

Das beschriebene Problem der Doppelintragung ließe sich allerdings gänzlich vermeiden, wenn der zuvor vorgeschlagenen Lösung gefolgt und ein klarstellender Registervermerk aufgenommen würde. Dies brächte die maximale Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr mit sich, ohne dass es zu übermäßigem Aufwand oder übermäßig hohen Kosten kommen würde.

E. Von der Vor-GmbH zur eG&R im Grundbuch

Obwohl es mit dem Gesellschaftsregister nun die Möglichkeit gibt, eine G&R in ein öffentliches Register eintragen zu lassen, wird es eine „eG&R i.G.“, also eine eG&R in Gründung, nicht geben. Für ein solches Zwischenstadium gibt es kein Bedürfnis, da die Eintragung der G&R lediglich deklaratorisch wirkt und es daher bereits vor der Registrierung einen rechtsfähigen Rechtsträger gibt.¹⁷⁰ Anders ist die Rechtslage bei der GmbH. Der endgültige Rechtsträger der GmbH entsteht erst mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG).¹⁷¹ Die konstitutiv wirkende Eintragung eröffnet daher die Frage, welche Gesellschaftsform vor dem rechtsverwirklichenden Akt vorliegt und ob die Reform des Personengesellschaftsrechts Disruptionen in diesem Bereich mit sich bringt.

I. Die Vorgründungsgesellschaft – eine G&R?

Der Weg zur Gründung einer GmbH beginnt mit dem entsprechenden Entschluss einer oder mehrerer Personen. Wenn sich mehrere Personen zusammenfinden, um eine GmbH zu errichten, dann verfolgen sie damit einen gemeinsamen Zweck, der durch ihre jeweilige Mitwirkung gefördert wird. Sofern es sich also nicht um eine Ein-Personen-Gründung handelt, sind die klassischen Merkmale der G&R i. S. d. § 705 Abs. 1 BGB n. F. gegeben.¹⁷² Die Gesellschaft wird in diesem Stadium als sog. Vorgründungsgesellschaft bezeichnet.¹⁷³

Häufig werden sich die zukünftigen Gesellschafter der GmbH, zumeist juristische Laien, zu diesem Zeitpunkt noch keine vertieften Gedanken über die rechtliche Qualifizierung ihrer Handlungen auf dem Weg zur GmbH gemacht haben. Daher wird der die Gesellschaft konstituierende Gesellschaftsvertrag in diesen Fällen regelmäßig konkludent abgeschlossen.¹⁷⁴ Zu beachten ist jedoch, dass jedenfalls der

¹⁷⁰ Siehe dazu oben § 3 S. 47.

¹⁷¹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 2; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 165.

¹⁷² Vgl. nur *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 36; *Blath*, in: MHLG GmbHG, § 11 Rn. 17; *Böhringer*, Rpfleger 1988, 446.

¹⁷³ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 35.

¹⁷⁴ Dies ist grundsätzlich möglich, siehe oben § 3 S. 58.

Gesellschaftsvertrag für eine GmbH der Form des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG unterliegt und damit der notariellen Mitwirkung bedarf. Denkbar wäre daher, dieses Form-erfordernis auch auf den Gesellschaftsvertrag der Vorgesellschaft zu erstrecken, was in der Regel zur Formnichtigkeit desselben führen würde. Der Schutzzweck des § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist insbesondere die Warnfunktion der notariellen Beurkundung sowie die Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars.¹⁷⁵ Vor diesem Hintergrund sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

Erstens muss sichergestellt werden, dass diese Schutzmaßnahmen nicht leerlaufen. Daher ist es völlig konsequent, die Formbedürftigkeit für die Fälle anzunehmen, in denen sich die Gesellschafter bereits vor dem eigentlichen Notartermin rechtswirksam zur Gründung der GmbH verpflichten wollen (Vorvertrag).¹⁷⁶ Das entspricht im Übrigen auch der sonstigen Handhabung von Vorverträgen.¹⁷⁷ In der Praxis dürfte dies aber eher selten der Fall sein.¹⁷⁸

Im zweiten Fall treten die Gesellschafter gemeinsam nach außen auf, um die spätere Gründung der GmbH vorzubereiten. Wenn in diesem Rahmen keine durchsetzbare Verpflichtung zur Errichtung der GmbH vereinbart wird, besteht keine Gefahr für die Beteiligten, in eine GmbH hineingezwungen zu werden. Der Schutzzweck der notariellen Mitwirkung wird daher nicht gefährdet, sodass keine Formbedürftigkeit anzunehmen ist.¹⁷⁹ Es spricht daher nichts gegen die Annahme einer rechtsfähigen Gesellschaft i. S. d. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n. F.¹⁸⁰

Die dritte Konstellation bildet der eingangs dargestellte Sachverhalt. Ohne sich weitere Gedanken zu machen, wollen die Gesellschafter gemeinsam darauf hinwirken, eine GmbH zu gründen. Teilweise wird in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer GbR abgelehnt.¹⁸¹ Einem Vertrag der zukünftigen Gesellschafter, der keine durchsetzbare Verpflichtung zur Errichtung der GmbH enthalte, fehle der Rechtsbindungswille, sodass es sich bei den (konkludenten) Absprachen lediglich um „Absichtserklärungen“ handle.¹⁸² Diese Auffassung vermag nicht vollends zu überzeugen. Der Gesellschaftsvertrag muss nicht zwingend auf den Errichtungserfolg abzielen, sondern kann auch das Hinwirken auf die Errichtung ausreichen

¹⁷⁵ C. Jaeger, in: BeckOK GmbHG, § 2 Rn. 8; Blath, in: MHLS GmbHG, § 11 Rn. 15; siehe weiterführend Regler, in: BeckOGK BeurkG, § 17 Rn. 22 ff.

¹⁷⁶ Servatius, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 35; Altmeyen, GmbHG, § 2 Rn. 51; str. ist, ob neben dem Vorvertrag eine GbR entsteht, kritisch etwa Blath, in: MHLS GmbHG, § 11 Rn. 10; so aber Merkt, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 112.

¹⁷⁷ Bspw. beim Grundstückskaufvertrag, Schreindorfer, in: BeckOGK BGB, § 311b Rn. 74.

¹⁷⁸ Priester, GmbHR 1995, 481 (483).

¹⁷⁹ C. Jaeger, in: BeckOK GmbHG § 2 Rn. 35; wohl auch Altmeyen, GmbHG, § 11 Rn. 4.

¹⁸⁰ Sofern noch kein Handelsgewerbe betrieben wird, anderenfalls ist das Recht der OHG anzuwenden, Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 11 Rn. 2; C. Jaeger, in: BeckOK GmbHG, § 2 Rn. 35.

¹⁸¹ Altmeyen, GmbHG, § 2 Rn. 53.

¹⁸² Altmeyen, GmbHG, § 2 Rn. 53, der dann auf eine schuldrechtliche Sonderverbindung zurückgreifen möchte.

lassen. Für die Gesellschafter geht damit die Verpflichtung zur Förderung des Vorhabens und zum Unterlassen von bewusst obstruierenden Handlungen einher.¹⁸³ Es bleibt den Gesellschaftern jedoch jederzeit – und insofern anders als nach einer vorvertraglichen Bindung – unbenommen, die Gesellschaft zu verlassen und damit an der Errichtung der GmbH nicht weiter mitzuwirken. Die Annahme einer GbR liegt insoweit, spätestens seit dem MoPeG, im Interesse der Gesellschafter. Solange die Gesellschafter nicht den gemeinsamen Willen haben, mit der GbR nach außen aufzutreten, handelt es sich um eine nicht rechtsfähige Gesellschaft (§ 705 Abs. 2 BGB n.F.). Diese Gesellschaft hat kein eigenes Gesellschaftsvermögen (§ 740 Abs. 1 BGB n.F.), sondern dient ausschließlich der Regelung und dem Ausgleich im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern. Damit bietet das nun kodifizierte Recht eine weitaus sachgerechtere und rechtssicherere Grundlage, als es die anderweitig vorgeschlagenen Modelle wie etwa die Behandlung als *culpa in contrahendo* herzugeben vermögen. Die Vorgründungsgesellschaft ist damit in der Regel als GbR zu qualifizieren.

II. Die Vorgesellschaft

Mit der Errichtung der GmbH, also dem formgültigen Abschluss des Gesellschaftsvertrages, geht eine erhebliche Zäsur einher.¹⁸⁴ In diesem Zwischenstadium bis zur endgültigen Entstehung der GmbH kraft Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) liegt die sog. Vorgesellschaft bzw. Vor-GmbH.¹⁸⁵ Die Vorgründungsgesellschaft ist mit der Vorgesellschaft weder identisch noch kommt es zu einem automatischen Vermögensübergang.¹⁸⁶ Erstere hat mit der Errichtung der GmbH ihren Zweck erreicht und endet damit zumeist gemäß § 729 Abs. 2 BGB n.F.¹⁸⁷ Wie sich der Fortschritt der GmbH-Gründung hingegen auf die Vorgesellschaft auswirkt und in welchem Umfang diese bereits am Rechtsverkehr, insbesondere im Grundstücksverkehr, teilnehmen kann, hängt von der Rechtsnatur der Gesellschaft ab.

¹⁸³ Zutreffend *Blath*, in: MHLG GmbHG, § 11 Rn. 14; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 109.

¹⁸⁴ *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 1 Rn. 1; *Altmeyden*, GmbHG, § 1 Rn. 3; *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, S. 346.

¹⁸⁵ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 11 Rn. 2; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 1; *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 16.

¹⁸⁶ BGHZ 91, 148 (151); BGH NJW 1998, 1645; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 119; *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 124 m. w. N.

¹⁸⁷ *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 120; *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 30; im Falle der rechtsfähigen Vorgründungsgesellschaft können die beiden Gesellschaften u. U. eine Zeit lang parallel existieren, siehe *Ulmer/Löbbe*, in: HCL GmbHG, § 2 Rn. 58; *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 124.

1. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Vor-GmbH ist seit Jahrzehnten umstritten. Entsprechend lässt sich der Meinungsstand zur Einordnung der Vorgesellschaft als divers bis diffus bezeichnen. Vor allem die uneinheitliche Verwendung von Terminologien und divergierende Verständnisse derselben verhindern einen echten Konsens. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich noch nicht ausdrücklich zu dieser Frage positioniert (und wird dies wohl auf absehbare Zeit nicht ändern). Damit die nachfolgenden Problemkreise und Lösungsansätze auch unter Zugrundelegung der unterschiedlichen Verständnisse ihre Gültigkeit behalten, soll es daher im Folgenden nicht um die Entscheidung des Streitstandes gehen, sondern vielmehr eine Kanalisierung der bedeutendsten Meinungsströme stattfinden, damit auf dieser Basis die Folgefragen beantwortet werden können.

Eine gewisse Einigkeit besteht immerhin dahingehend, dass sich die Vorgesellschaft nicht einer existierenden Gesellschaftsform zuordnen lässt, sondern vielmehr als eine Rechtsform *sui generis* zu verstehen ist.¹⁸⁸ Diese Negativabgrenzung zu den anderen Gesellschaftsformen schafft jedoch für die Frage nach den Charakteristika der Gesellschaft kaum Erkenntnisgewinn.¹⁸⁹ Inzwischen konnte man sich zwar darauf verständigen, dass auf die Rechtsform *sui generis* alle Regelungen betreffend die GmbH entsprechend angewendet werden, solange diese nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen. Damit ist jedoch die Frage der Rechtsfähigkeit und damit des Umfangs der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten nicht geklärt.¹⁹⁰ Dies hängt wiederum von der dogmatischen Einordnung der Gesellschaft ab.

a) Vorgesellschaft als Personengesellschaft

Teilweise wird die Gesellschaft als Gesamthandsgesellschaft eingeordnet, wobei innerhalb dieser Strömung – wohl teilweise unbewusst – unterschiedliche Definitionen des Begriffes zugrunde gelegt werden.¹⁹¹ Während einige die Gesamthand als gesamthänderische Vermögensbindung verstehen und daher in der Folge die Rechtsträgereigenschaft ablehnen,¹⁹² ordnen andere die Gesellschaft zwar als Gesamthandsgesellschaft ein, rekurrieren dabei aber auf die Gruppenlehre und

¹⁸⁸ Vgl. nur *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 6; *Altmeyen*, GmbHG, § 11 Rn. 16; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 10; *Böhringer*, Rpfleger 1988, 446 (447).

¹⁸⁹ Möllers sah in der Bezeichnung „*sui generis*“ – in einem anderen Kontext – eine „begriffliche Bankrotterklärung“, *Möllers*, Staatstheorie in der Bundesrepublik, S. 88.

¹⁹⁰ Vgl. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 6, 12; *Blath*, in: MHLG GmbHG § 11 Rn. 44.

¹⁹¹ Siehe zu den unterschiedlichen Auslegungen auch unter § 3 S. 64 ff.

¹⁹² *Ulmer/Habersack*, in: UHL GmbHG, § 11 Rn. 41 (a. A. ab der 3. Aufl. „Vermögen der Vor-GmbH“); *Roth*, in: Roth/Altmeyen, 8. Aufl., § 11 Rn. 4.

sprechen von einem Sondervermögen der Gesellschaft.¹⁹³ Von letzteren wird dann teilweise noch – insoweit erfreulich – der Begriff der rechtsfähigen Personengesellschaft eingeworfen.¹⁹⁴

Dass der Begriff der Gesamthand inzwischen in dieser Form ausgedient haben sollte und besser neutral von rechtsfähigen Personengesellschaften zu sprechen ist, wurde bereits dargestellt. Auch ist nicht mehr ersichtlich, weswegen zwar die GbR Rechtsträgerin eigenen Vermögens ist (§ 713 BGB n. F.), die Vorgesellschaft aber bezüglich ihrer Rechtsträgereigenschaft auf einer Stufe mit den nicht rechtsfähigen Erben- und Gütergemeinschaften stehen soll.¹⁹⁵ Es ist daher nicht zu erwarten, dass zumindest das Verständnis der Vorgesellschaft als Gesamthand i. S. d. gesamthänderischen Vermögensbindung weitergeführt wird.

Die besagte Strömung lässt sich damit zusammenfassen, dass sie die Vorgesellschaft in der Nähe der anderen rechtsfähigen Personengesellschaften verortet.¹⁹⁶ Ganz überwiegend wird auf dieser Grundlage der Vorgesellschaft die „Teilrechtsfähigkeit“ zugesprochen, wobei vereinzelt genauer von beschränkter Rechtsfähigkeit¹⁹⁷ gesprochen wird, deren Reichweite im Einzelnen zu prüfen sei.¹⁹⁸

b) Vorgesellschaft als Körperschaft

Dementgegen sehen andere die Vorgesellschaft näher an der vollwertigen GmbH. Obwohl die konstitutive Eintragung noch fehlt, soll es sich bei der Vor-GmbH bereits um eine Körperschaft handeln.¹⁹⁹ Teilweise wird dies mit dem Begriff der „vorläufigen juristischen Person“ umschrieben.²⁰⁰ In der Konsequenz

¹⁹³ Vgl. nur *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn. 61 („Sondervermögen eigener Art“); *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 6.

¹⁹⁴ *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 11 Rn. 13.

¹⁹⁵ Zu den verbliebenen nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen mit gesamthänderischer Vermögensbindung siehe *Sanders*, in: BeckOGK HGB, § 105 Rn. 41.

¹⁹⁶ BGHZ 72, 45 (48 f.); 80, 129 (135); *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 11 Rn. 13; *Böhringer*, BWNotZ 1981, 53; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, S. 152 ff.; *Beuthien*, ZIP 1996, 305 (310).

¹⁹⁷ *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn. 74.

¹⁹⁸ Letzterer Begriff ist insoweit genauer, als die Vertreter der Gruppenlehre eigentlich mit der „Teilrechtsfähigkeit“ eine unbeschränkte Rechtsfähigkeit meinen müssten, siehe *Wertenbruch*, in: EBJG HGB, § 105 Rn. 13 m. w. N. Tatsächlich wollen die meisten aber im Einzelnen klären, auf welche Bereiche sich die Rechtsfähigkeit erstreckt und gehen damit im Ergebnis auch von einer beschränkten Rechtsfähigkeit aus, siehe etwa *Blath*, in: MHLS, 3. Aufl. 2017, GmbHG § 11 Rn. 58 ff.; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 17.1.

¹⁹⁹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 7; *K. Schmidt* in: Scholz GmbHG, § 11 Rn. 30; *ders.*, GmbHR 1987, 77 (79); *Baumeister/Grohe*, ZGR 2022, 733 (755); tendenziell *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 11; jedenfalls die gesamthänderische Vermögensbindung ablehnend *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 19; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 11 Rn. 5.

²⁰⁰ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 7.

dieser Auffassung ist die Vorgesellschaft selbst Rechtsträgerin und bereits in vollem Umfang rechtsfähig.²⁰¹

2. Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH

Auf Grundlage der eben skizzierten Verständnisse der Vorgesellschaft stellt sich die Frage, ob die Vor-GmbH als Eigentümerin eines Grundstückes ins Grundbuch eingetragen werden kann. Bereits in diesem Stadium kommt es nämlich in der Praxis häufig vor, dass die Vor-GmbH ein Grundstück erwerben oder ein solches auf sie übertragen werden soll.²⁰² Ein Bedürfnis hiernach kann aus den verschiedensten Gründen bestehen, sei es etwa wegen der Einbringung des Grundstücks als Sacheinlage im Zuge der Kapitalaufbringung oder vorausschauend zur Errichtung einer zukünftigen Produktionsstätte.

Damit dem Wunsch entsprochen werden kann, muss die Vorgesellschaft wirksam das Eigentum an dem besagten Grundstück erlangen können. Dem könnten jedoch drei Aspekte entgegenstehen. Erstens müsste die Vorgesellschaft grundsätzlich grundbuchfähig sein.²⁰³ Mit Blick auf die oben zusammengefassten Ansichten zur Rechtsnatur der Gesellschaft ist dafür die Reichweite der Rechtsfähigkeit zu untersuchen, insbesondere unter Berücksichtigung der Veränderungen durch das MoPeG. Zweitens scheint *prima facie* die Verfahrensordnung des Grundbuchs der Eintragung der Vorgesellschaft entgegenzustehen. Drittens könnte selbst bei einer angenommenen Grundbuchfähigkeit der Vorgesellschaft ein Konflikt mit den Kapitalaufbringungs Vorschriften den wirksamen Eigentumserwerb am Grundstück verhindern.

a) Reichweite der Rechtsfähigkeit aus der Sicht des MoPeG

Wer grundbuchfähig ist, bestimmt sich in erster Linie nach der Rechtsfähigkeit. Nur wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann, hat die Möglichkeit, als solcher ins Grundbuch eingetragen werden.²⁰⁴ Billigt man der Vorgesellschaft bereits die volle Rechtsfähigkeit zu, entweder da sie als Körperschaft bzw. vorläufige juristische Person eingeordnet wird oder in Ablehnung einer nur eingeschränkten Rechtsfähigkeit, ist die Frage nach der Reichweite der Rechtsfähigkeit natürlich

²⁰¹ K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, § 11 Rn. 34; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 12; Altmeyen, GmbHG, § 11 Rn. 19; Schroeter, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 11 Rn. 24.

²⁰² Diesen verbreiteten Praxiswunsch artikulierend S. Koch, DNotZ 2022, 332.

²⁰³ Zum Begriff der Grundbuchfähigkeit Leible, in: MHLS GmbHG, Systematische Darstellung 2 Int. Ges. Rn. 127.

²⁰⁴ OLG Naumburg NJ 1998, 321; Holzer, in: BeckOK GBO, § 1 Rn. 47; Leible, in: MHLS GmbHG, Systematische Darstellung 2 Int. Ges. Rn. 127; Wagner, ZIP 2005, 637 (638) nennt „die Grundbuchfähigkeit ein[en] Reflex der Rechtsfähigkeit“.

obsolet.²⁰⁵ Die Vorgesellschaft ist dann, vorbehaltlich der Frage nach den verfahrensrechtlichen Problematiken, als grundbuchfähig anzusehen.

Legt man hingegen mit der Gegenauffassung²⁰⁶ die beschränkte Rechtsfähigkeit der Vor-GmbH zugrunde, stellt sich die Frage, ob die Rechtsfähigkeit auch auf Grundstücksgeschäfte erstreckt werden kann. Mit Blick auf die Vorläufigkeit der Gesellschaft bis zur konstitutiven Eintragung wurde eine dahingehende Rechtsfähigkeit und damit die Grundbuchfähigkeit ursprünglich abgelehnt.²⁰⁷ Möglich sei nur eine Auflassung an die zukünftig entstehende GmbH.²⁰⁸ Dem ist der Bundesgerichtshof bereits 1966 teilweise entgegengetreten.²⁰⁹ Der Entscheidung lag damals aber noch das Verständnis der Vorgesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft mit entsprechender Vermögensbindung der Gesellschafter zugrunde.²¹⁰ Damit war zwar noch nicht die Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH als eigener Rechtsträger geklärt, jedoch wurde der Weg dafür bereitet. Die nachfolgende Rechtsprechung und Literatur hat sich, unter Adaption des inzwischen gewandelten Verständnisses der Vorgesellschaft, einhellig der Entscheidung angeschlossen.²¹¹ Dabei werden jedoch fast ausschließlich die damaligen Argumente des Bundesgerichtshofs rezipiert. Es stellt sich daher die Frage, ob die Argumentationslinie auch den heutigen Maßstäben des MoPeG standhält.

Das Gericht stellt zunächst auf die damals teilweise noch vertretene Ansicht ab, die Vor-GmbH sei in ihrer Rechtsnatur als GbR zu qualifizieren.²¹² Daraus wird der Schluss gezogen, dass die Gesellschafter der Vorgesellschaft entsprechend als Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ins Grundbuch einzutragen seien.²¹³ Da inzwischen allgemein anerkannt ist, dass die Vorgesellschaft nicht als GbR eingeordnet wird und diese darüber hinaus nach dem MoPeG auch nicht mehr mit ihren Gesellschaftern ins Grundbuch eingetragen werden würde, ist dieses erste Argument für die heutige Betrachtung nicht mehr von Belang.

²⁰⁵ Vgl. nur *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 11 Rn. 41; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 14; *Altmeppen*, GmbHG, § 11 Rn. 29.

²⁰⁶ Vgl. nur *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn. 74; siehe außerdem S. 167 f.

²⁰⁷ *Hueck*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 12. Aufl. 1966, § 7 Rn. 4 A, B („Umschreibung [...] auf die Geschäftsführer“); *S. Wilhelmi*, in: Godin/Wilhelmi AktG, 4. Aufl. 1971, § 41 Anm. 8 (zur Vor-AG).

²⁰⁸ RG JW 1925, 1109; KG DR 1941, 1087.

²⁰⁹ BGHZ 45, 338 (348).

²¹⁰ Siehe zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft § 3 S. 47.

²¹¹ BayObLGZ 1979, 172 (173); 1985, 368 (370); OLG Hamm OLGZ 1981, 410 (411); *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 17.1; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 11 Rn. 16; *Blath*, in: MHLs GmbHG, § 11 Rn. 59; *Merk*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 56; *Wicke*, GmbHG, § 11 Rn. 3; *Holzer*, in: BeckOK GbO, GbO, § 1 Rn. 50; *Böttcher*, in: Meikel/Böttcher, GbO, Einleitung C. Rn. 54; *Demharter*, GbO, § 19 Rn. 103; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 990; *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, S. 120; zur Vor-AG statt aller *M. Arnold*, Kölner Kommentar zum AktG, § 41 Rn. 19 m. w. N.

²¹² BGHZ 45, 338 (348).

²¹³ BGHZ 45, 338 (348), damals noch mit Vermögen in gesamthänderischer Verbundenheit, siehe dazu S. 135.

In derselben Entscheidung distanziert sich der Bundesgerichtshof aber ohnehin von der Einordnung der Vorgesellschaft als GbR und erwägt, die Vorgesellschaft einem „Sonderrecht“ zuzuordnen.²¹⁴ Die Vorgesellschaft sei ein „Mehr“ zur grundbuchfähigen GbR, sodass in einem Erst-recht-Schluss auch die dem „Sonderrecht“ unterstehende Gesellschaft grundbuchfähig sein müsse.²¹⁵ Allerdings vermag auch dieses *argumentum a minore ad maius* mit Blick auf das MoPeG nicht mehr zu überzeugen. Die GbR kann ohne eine vorherige Registrierung im Gesellschaftsregister gerade nicht mehr ins Grundbuch als Rechtsinhaberin eingetragen werden. Es wäre daher, von dieser Feststellung ausgehend, konsequent, auch bei der Gründung einer GmbH die Grundbucheintragung von der Registrierung im Handelsregister abhängig zu machen. Nur die endgültige GmbH, nicht aber die Vorgesellschaft wäre dann grundbuchfähig. Für diesen Ansatz würde auch die Ratio der Gesetzesreform sprechen. Das MoPeG wollte insbesondere die „Transparenz der Gesellschaftsverhältnisse“ stärken.²¹⁶ Vor diesem Hintergrund mutet es kontraintuitiv an, wenn die GbR, die immerhin noch mit ihren Gesellschaftern ins Grundbuch eingetragen wurde, wegen der erheblichen Transparenzzweifel fortan grundbuchunfähig ist, die Vorgesellschaft aber, die nur mit ihrem Namen und ohne ihre Gesellschafter in das Grundbuch aufgenommen wird, weiterhin auch ohne Registrierung grundbuchfähig sein soll.²¹⁷

Der Bundesgerichtshof führt zudem noch ein drittes Argument für die Grundbuchfähigkeit der Vorgesellschaft an. Wie eingangs dargestellt ist einer der Hauptbeweggründe, weshalb sich die Frage der Grundbucheintragung der Vor-GmbH überhaupt stellt, die Einbringung der Kapitaleinlagen. Grundstücke können als Sacheinlage in eine GmbH eingebracht werden.²¹⁸ Nach § 7 Abs. 3 GmbHG müssen Sacheinlagen vollständig vor der Anmeldung so bewirkt werden, dass sie zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Das Gericht schlussfolgert daraus, dass ein Grundstück erst dann endgültig zur freien Verfügung steht, wenn die Vorgesellschaft im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist und die Vorgesellschaft daher grundbuchfähig sein muss.²¹⁹ Da die Reform des Personengesellschaftsrechts nicht die Sacheinlagefähigkeit von Grundstücken beseitigen wollte, ist dieser Schluss nach wie vor überzeugend. Die Vorgesellschaft muss grundbuchfähig sein. Die daraus resultierenden Irritationen, etwa der latente Widerspruch zur Lage der

²¹⁴ BGHZ 45, 338 (348), was der heutigen Einordnung als „*sui generis*“ entspricht.

²¹⁵ BGHZ 45, 338 (348).

²¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 102.

²¹⁷ Zur Bezeichnung der Vorgesellschaft im Grundbuch siehe unten auf S. 169 ff.

²¹⁸ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 7 Rn. 14; *Herrler*, in: MüKoGmbHG, § 7 Rn. 111.

²¹⁹ BGHZ 45, 338 (348); so auch *Veil*, in: Scholz GmbHG, § 7 Rn. 43; teilweise wird, zur Vermeidung der langen Bearbeitungsdauer beim Grundbuchamt, auch zumindest das bindende Vorliegen der Eintragungsvoraussetzung für ausreichend gehalten, was aber nichts an der Notwendigkeit der Grundbuchfähigkeit ändert, siehe etwa *Altmeyen*, GmbHG, § 7 Rn. 41 f.; *Herrler*, in: MüKoGmbHG, § 7 Rn. 126; *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 7 Rn. 31; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 7 Rn. 14 m. w. N.

(e)GbR, müssen als Resultat der Eigenheiten der Gesellschaftsform „*sui generis*“ hingenommen werden. Die mangelnde Transparenz ist auf der Ebene der Verfahrensordnung zu kompensieren.

Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde kurzzeitig diskutiert, ob aus der Grundbuchfähigkeit im Falle der Sacheinlage auch eine allgemeine Grundbuchfähigkeit abgeleitet werden müsse.²²⁰ Richtigerweise wurde dies im Ergebnis bejaht. Aus Sicht des den Transparenzschwierigkeiten ausgesetzten Rechtsverkehrs ist es unerheblich, ob eine Vor-GmbH aufgrund einer Sacheinlage im Grundbuch eingetragen ist oder weil dadurch der spätere Geschäftsbetrieb bereits vorbereitet werden sollte. Eine dahingehende Unterscheidung wäre also kaum sinnvoll und könnte ohnehin leicht umgangen werden, indem zunächst die Gesellschafter ein Grundstück erwerben und dieses dann als Sacheinlage in die Vor-GmbH einbringen. Auch bei angenommener beschränkter Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft ist daher davon auszugehen, dass sich diese auf alle Arten von Grundstücksgeschäften erstreckt.

b) Verfahrensrecht als Hindernis?

aa) Regelungslücke

Obgleich die Vorgesellschaft in materieller Hinsicht das Eigentum an einem Grundstück erwerben können muss, könnten die grundbuchverfahrensrechtlichen Vorschriften zu Problemen bei der Eintragung der Gesellschaft im Grundbuch führen. In § 15 Abs. 1 GBV wird geregelt, wie der ins Grundbuch einzutragende Rechtsträger bezeichnet werden muss. Während in § 15 Abs. 1 lit. a GBV (entspricht wortgleich § 15 Abs. 1 Nr. 1 GBV n. F.) die Eintragungsangaben für natürlichen Personen geregelt sind, lassen sich § 15 Abs. 1 lit. b GBV (lediglich ähnlich § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n. F.) die Eintragungsangaben für juristische Personen-, Handels- und Personengesellschaften entnehmen. Darüber hinaus existiert *de lege lata* mit § 15 Abs. 1 lit. c GBV noch die zukünftig obsolete und daher gestrichene Regelung für die Eintragung einer GbR mit ihren Gesellschaftern. Eine Regelung zur Eintragung einer Vorgesellschaft gibt es hingegen nicht und wird es auch nach dem MoPeG nicht geben. Folglich besteht für diese Gesellschaftsform eine Regelungslücke.

²²⁰ Zusammenfassend BayObLGZ 1979, 172 (174) m. w. N.; bejahend etwa *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, S. 120; *Schnorr von Carolsfeld*, DNotZ 1963, 404 (407 Fn. 14) (für die Vor-AG); *Schnorr von Carolsfeld*, ZfG 1959, 50 (60 Fn. 35) (für die Vor-Genossenschaft).

bb) Ausschluss kraft Verfahrensrechts?

In der Konsequenz könnte man erwägen, ob daher die Eintragung der Vor-GmbH zu unterbleiben hat; das fehlende „Wie“ überwäge das „Ob“.²²¹ Indes würde eine solche Sichtweise die Funktion des Verfahrensrechts verkennen. Während etwa die Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer GbR gemäß § 711 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. schlicht durch Abtretung erfolgen kann und später – nicht aus Gründen des Rechtserwerbs, sondern zur Vermeidung der Vertrauenshaftung – im Gesellschaftsregister nachvollzogen wird, ist die Eintragung im Grundbuch konstitutive Voraussetzung für den Eigentumserwerb an einem Grundstück.²²² Wenn daher schon geklärt wurde, dass die Vorgesellschaft Grundstückseigentum erwerben können muss, dann darf dem Verfahrensrecht keine obstruierende Funktion zukommen. Vielmehr kommt diesem eine bloß „dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht“²²³ zu.²²⁴ Die Regelungslücke muss daher im Wege einer Analogie geschlossen werden.²²⁵

cc) Planwidrigkeit der Regelungslücke

Zunächst müsste die Regelungslücke dafür planwidrig sein. Die Vor-GmbH im Grundbuch ist ein in der Rechtsprechung und Literatur seit Jahrzehnten diskutiertes Thema.²²⁶ Obwohl § 15 GBV im Zuge des MoPeG geändert wurde, findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis auf die Eintragung einer Vorgesellschaft. Denkbar wäre also, dass der Gesetzgeber aus Gründen der Transparenz die Vor-GmbH genauso aus dem Grundbuch entfernen möchte wie die GbR mit ihren Gesellschaftern; keine Grundbucheintragung ohne Registrierung. Dann wäre die GBV zwar der falsche Ansatzpunkt, das würde aber „nur“ zu dogmatischen Schwierigkeiten und verfassungsrechtlichen Fragen führen, jedoch einer Analogie dennoch im Wege stehen. Allerdings ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber, wenn er denn die ständige Rechtsprechung und jahrzehntelange Praxis ändern wollen würde, dies ohne einen Anhaltspunkt in der Gesetzesbegründung umsetzen

²²¹ Leible sieht etwa die Subsumierbarkeit unter § 15 Abs. 1 GBV für ausländische Gesellschaften trotz deren Rechtsfähigkeit als Voraussetzung für ihre Grundbuchfähigkeit an, siehe *Leible/Hoffmann*, NZG 2003, 259; *Leible*, in: MHLs GmbHG, Systematische Darstellungen 2, Rn. 127.

²²² Statt aller nur *Letzmaier*, in: MüKoBGB, § 873 Rn. 94.

²²³ *Leipold*, in: FS Canaris, Bd. 2, S. 221 (230).

²²⁴ BGHZ 179, 102 (109 Rn. 13); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 990; *Röß*, NZG 2023, 401 (403); *Nolting*, DJT 2016, II/2, O 123; *Krüger*, AcP 208 (2008) S. 699 (711).

²²⁵ Zu dieser und weiteren Voraussetzungen einer Analogie vgl. BGHZ 105, 140 (143); *Larenz*, Methodenlehre, S. 381 ff.; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (949 ff.); *Württemberg/Otto*, in: Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 194 ff.; *Honsell*, in: Staudinger BGB, Einleitung BGB, Updatestand: 30. 04. 2022, Rn. 156; *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 24 ff.; *Nipperdey*, in: Enneccerus BGB AT I/1, § 58 S. 336 ff.

²²⁶ Siehe nur die Nachweise in Fn. 211.

würde.²²⁷ Wahrscheinlicher ist daher, dass der Gesetzgeber keinen Anpassungsbedarf sah. Entweder folgt er der Auffassung, dass die Vorgesellschaft bereits als vorläufige juristische Person behandelt werden sollte und daher unter § 15 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 GBV n.F. subsumiert werden kann,²²⁸ oder die Frage wurde bewusst der weiteren Erörterung in Rechtsprechung und Literatur überlassen, wie dies auch mit anderen ungeklärten Aspekten geschehen ist.²²⁹ Möglicherweise wurde die Reform des Personengesellschaftsrechts aber auch schlicht nicht als richtiger Standort für die Anpassung an die Rechtsform *sui generis* angesehen. Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass die Regelungslücke (weiterhin) planwidrig ist.

dd) Vergleichbare Regelung

Welche Regelung vergleichbar ist, hängt wiederum von dem Verständnis der Rechtsnatur der Gesellschaft ab. Je nach Standpunkt ist die Vorgesellschaft entweder der juristischen Person oder der rechtsfähigen Personengesellschaft (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 GBV n.F.) näher. In beiden Fällen wird die Vorgesellschaft demgemäß mit ihrer Firma und ihrem Sitz eingetragen, nicht hingegen mit ihren Gesellschaftern. Die eigentlich erforderliche Handelsregisternummer kann aus ersichtlichen Gründen noch nicht eingetragen werden. Zum einen wird die Regelung aber nur entsprechend auf die Vorgesellschaft angewendet und zum anderen handelt es sich um eine „Soll“-Bestimmung, weswegen das Fehlen der Handelsregisternummer die Wirksamkeit der Eintragung nicht beeinträchtigt.

c) Die Kapitalaufbringung und das Grundbuch

In der gebotenen Kürze lässt sich auch die letzte Hürde, nämlich ein fraglicher Widerspruch zwischen dem vorgesellschaftlichen Grundstückserwerb und den Kapitalaufbringungsvorschriften, behandeln. Erwirbt eine Vorgesellschaft ein Grundstück, so belastet sie ihr Vermögen zwar mit den Erwerbskosten, erhält allerdings als Gegenwert das Grundstück. Bilanziell schmälert sich das Vermögen also nur, wenn der Erwerbspreis über dem Grundstückswert liegt. Anderenfalls handelt es sich um einen bloßen Aktivtausch.²³⁰ Spätestens die Erwerbsnebenkosten werden jedoch in aller Regel zu einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung führen, da das Grundstück aus Gläubigerschutzgründen mit seinem

²²⁷ Für eine ähnliche Argumentation siehe die GbR im internationalen Kontext unter § 3 S. 118 f.

²²⁸ Dann wäre überdies die Reform des Personengesellschaftsrechts auch nicht das richtige Mandat hierfür.

²²⁹ In BT-Drs. 19/27635, S. 146, 155, 228, 229 wird die Klärung anderer Fragen bewusst der Rechtsprechung überlassen.

²³⁰ Dazu auch *Meister*, in: FS Werner, 1984, S. 521 (527).

tatsächlichen Wert und nicht den Anschaffungskosten in der Vorbelastungsbilanz anzusetzen ist.²³¹ Es stellt sich daher die Frage, wie mit dieser über den Gründungsaufwand hinausgehenden Belastung für die Vorgesellschaft umzugehen ist. Die Zeiten des strikten, schon auf Art. 211 ADHGB (1861) zurückgehenden sog. Vorbelastungsverbot sind vorbei.²³² Das Vorbelastungsverbot passte nicht mehr zur Entwicklung der Vorgesellschaft als eigenständiges Rechtssubjekt, welches bereits im Rechtsverkehr auftreten können soll. Außerdem sähen sich die Gesellschafter anderenfalls, gerade in den gegenwärtigen, dynamischen Zeiten, erheblichen Risiken eines möglicherweise verpassten Markteintrittes ausgesetzt.²³³ Der Sinn und Zweck des Vorbelastungsverbot, nämlich das unversehrte Vorhandensein des vor der Eintragung eingebrachten Kapitals auch im Zeitpunkt der Eintragung sicherzustellen, lässt sich auch auf anderem Wege verwirklichen.²³⁴ Die Gläubiger der Gesellschaft werden durch die inzwischen allgemein anerkannte volle Übernahme aller Verbindlichkeiten durch die GmbH geschützt, wenn nicht gar von einer Identität der Gesellschaften ausgegangen wird.²³⁵ Damit die spätere GmbH diese Verbindlichkeiten auch gegenüber ihren Gläubigern bedienen kann, tritt die Unterbilanzhaftung, also die Innenhaftung der Gesellschafter für Verluste gegenüber der Gesellschaft, hinzu.²³⁶ Wird die Vorgesellschaft später nicht eingetragen, tritt an die Stelle der Unterbilanzhaftung die Verlustdeckungshaftung.²³⁷ Bezogen auf die Ausgangsfrage bedeutet das aber nicht, dass folgenlos Verbindlichkeiten im Vorgesellschaftsstadium aufgenommen werden können, um diese dann erst später wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen. Vielmehr kann ein Eintragungshindernis bestehen, wenn die Unterbilanz nicht rechtzeitig in geeigneter Form

²³¹ Nur dieser Wert wäre bei einer Bareinlage eingebracht worden und ist für die Gläubiger verfügbar; siehe dazu und zur Vorbelastungsbilanz BGHZ 80, 129 (136 f.); 124, 282 (287); 165, 391 (401); S. Koch, DNotZ 2022, 332 (338); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 64; *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 108 („Es handelt sich um eine Vermögensbilanz; ihre Wertansätze bestimmen sich [...] nach den Grundsätzen über die Bewertung von Sacheinlagen“); *Tiedchen*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 41 Rn. 104 ff.; *Schulze-Osterloh*, in: FS Goerdeler, 1987, S. 531 (537); *Habersack/Lüssow*, NZG 1999, 629 (631); *Priester*, ZIP 1994, 413 (415); siehe auch *Altmeyen*, GmbHG, § 11 Rn. 62.

²³² BGHZ 80, 129 (133 ff.); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 59; *Altmeyen*, GmbHG, § 11 Rn. 54; *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (753).

²³³ *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 62.

²³⁴ Zum Sinn und Zweck des Vorbelastungsverbot eingehend *Altmeyen*, GmbHG, § 11 Rn. 28.

²³⁵ BGHZ 105, 300 (303 f.); *Blath*, in: MHLS GmbHG, § 11 Rn. 116; *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (754); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 56; *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 11, Rn 151 f., der von „Statuswechsel“ spricht, aber nicht § 707c BGB n. F. meint; *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn 137; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 44 m. w. N.

²³⁶ *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 63; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 11 Rn. 32 m. w. N.

²³⁷ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 24; *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (754).

(z. B. durch Geldleistung²³⁸ oder möglicherweise durch Schuldanerkenntnis²³⁹) ausgeglichen wird.²⁴⁰ Dabei handelt es sich allerdings um eine Frage der konkreten Ausgestaltung des Grundstückserwerbs, sodass zumindest grundsätzlich die Kapitalaufbringungsvorschriften dem nicht (mehr) entgegenstehen.²⁴¹

Folglich ist die Vor-GmbH auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG weiterhin grundbuchfähig.²⁴²

3. Das Scheitern der Vor-GmbH

Für eine Vor-GmbH gibt es nur zwei mögliche Schicksale. Entweder sie wird ins Handelsregister eingetragen und damit zur vollwertigen GmbH oder ihre Eintragung kommt nicht zustande. Für den letzteren Fall kann es eine Vielzahl von Gründen geben, wobei die rechtskräftige Ablehnung des Eintragungsantrages oder die Aufgabe der Eintragungsabsicht²⁴³ wohl die häufigsten Fälle darstellen dürften.²⁴⁴ Die Vorgesellschaft findet ihren Ursprung in der bevorstehenden Eintragungsvirklichung, sodass sie ohne Aussicht auf diese ihr Ende finden muss.²⁴⁵ Dogmatisch lässt sich der Auflösungsgrund entweder in einer Zweckverfehlung erblicken (entsprechend § 729 Abs. 2 BGB n. F.)²⁴⁶ oder in einem Wegfall der Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses²⁴⁷. Im Ergebnis laufen beide Begründungen auf dasselbe hinaus, nämlich darauf, dass die Vorgesellschaft kraft Gesetzes²⁴⁸ in den benannten

²³⁸ *Ulmer/Casper*, in: HCL GmbHG, § 7 Rn. 62; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 8 Rn. 12.

²³⁹ So *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 11 Rn. 138; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 51; ablehnend *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 8 Rn. 14; *S. Koch*, DNotZ 2022, 332 (343) m. w. N.

²⁴⁰ Jedenfalls im Zeitpunkt der Anmeldung; *Blath*, in: MHLs GmbHG, § 11 Rn. 159; *S. Koch*, DNotZ 2022, 332 (334); weitergehend OLG Hamm NJW-RR 1993, 1381 (1382); BayObLG NZG 1999, 27; siehe außerdem auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 9c Rn. 9.

²⁴¹ Zur weiteren Behandlung der Unterbilanz durch den Grundstückserwerb der Vorgesellschaft im Detail *S. Koch*, DNotZ 2022, 332 ff.

²⁴² *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1119).

²⁴³ Fehlt der Eintragungswille von Anfang an – was angesichts der dann überflüssigen Kosten selten der Fall sein dürfte –, dann entsteht keine Vorgesellschaft, sondern höchstens eine unechte Vorgesellschaft, *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 82 f.; *C. Jaeger*, BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 36.

²⁴⁴ Zu weiteren Auflösungsgründen siehe *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 21, 23; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 30; *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 47 ff.; *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, S. 334 m. w. N.

²⁴⁵ Vgl. statt aller *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 21.

²⁴⁶ OLG Köln NJW-RR 1998, 1047; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 30; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 195; *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 52; *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn. 66.

²⁴⁷ *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 11 Rn. 159.

²⁴⁸ Zur Auflösung durch Beschluss der Gesellschafter *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 83.

Fällen aufgelöst und im Anschluss zu liquidieren ist.²⁴⁹ Der Liquidationsvorgang führt aber – wie sonst auch im Gesellschaftsrecht – nicht zu einem Rechtsformwechsel²⁵⁰ oder gar einem Wechsel des Rechtsträgers.

III. Die unechte Vorgesellschaft

1. Rechtsnatur

Legt man die bisherigen Erkenntnisse zugrunde, dann bleibt festzuhalten, dass die Vorgesellschaft bereits ein Grundstück erwerben und auch als Eigentümer dessen ins Grundbuch eingetragen werden kann. Außerdem ist die Gesellschaft zwar zu liquidieren, wenn die Eintragung nicht mehr erfolgen kann oder soll, aber sie verliert dadurch nicht ihre spezifische Rechtsform *sui generis*. Nur weil die Liquidation zu betreiben wäre, bedeutet dies in der Praxis nicht, dass die Gesellschafter dem auch nachkommen. Häufig werden sie ihre unternehmerischen Tätigkeiten unbeirrt fortsetzen. In diesen Fällen ist insbesondere für die Gläubiger von Interesse, welche Regeln auf die Gesellschaft anzuwenden sind.

Eine in dieser Konstellation fortgeführte Gesellschaft bezeichnet man als unechte Vorgesellschaft.²⁵¹ Die Bezeichnung als Vorgesellschaft verleitet zu dem Schluss, dass es sich weiterhin um eine Gesellschaftsform *sui generis* handeln könnte.²⁵² Indes beruhen sowohl die dogmatische Einordnung der echten Vorgesellschaft als Rechtsform *sui generis* als auch die Haftungsprivilegierung der Gesellschafter auf der alsbald zu erwartenden konstitutiven Eintragung der Gesellschaft.²⁵³ Nur diese Besonderheit rechtfertigt es, von dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen abzuweichen.²⁵⁴ Ab dem Zeitpunkt, in dem der Privilegierungsgrund wegfällt,²⁵⁵ handelt es sich schlicht um einen Zusammenschluss einer Mehrzahl von

²⁴⁹ BGH NJW 2008, 2441 (2442 Rn. 6); *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 26; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 31.

²⁵⁰ *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 45, 104.

²⁵¹ BGH DSzR 1996, 515 (518); BFHE 185, 356 (359); BayObLGZ 1985, 368 (371); *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 196; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 36; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 32; *Blath*, in: MHLs GmbHG, § 11 Rn. 79.

²⁵² Kritisch zu diesem Begriff daher auch *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 23.

²⁵³ Vgl. *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 78.

²⁵⁴ Zum Rechtsformzwang *Mutter/Müller*, in: MAH PersGesR, § 1 Rn. 1; *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 29; *Flume*, BGB AT, Bd. I/1, § 13 III, S. 196ff.; *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 92; *M. Noack/Göbel*, GmbHR 2021, 569f.

²⁵⁵ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 32; wohl auch *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR., GmbHG § 11 Rn. 39, der zwar von einer rückwirkenden Anwendung des GbR-Rechts spricht, damit aber vermutlich nur die Haftung für Altverbindlichkeiten betonen möchte, da später von einer Umwandlung ab dem Scheitern gesprochen wird; siehe auch *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 129.

Personen,²⁵⁶ die einen gemeinsamen Zweck verfolgen, nämlich die Fortführung der im Einzelnen begonnenen wirtschaftlichen Unternehmungen. Es handelt sich daher – sofern kein Handelsgewerbe betrieben wird – um eine GbR i. S. d. § 705 Abs. 1, 2 Var. 1 BGB n. F.²⁵⁷ Die Gesellschaft haftet in diesem Zuge auch für alle bisher begründeten Verbindlichkeiten und gleiches gilt dementsprechend auch für die persönlich und akzessorisch haftenden Gesellschafter nach § 721 BGB n. F.²⁵⁸ Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wie sich die Veränderung der Vor-GmbH hin zur unechten Vorgesellschaft als GbR auf die öffentlichen Register, namentlich das Grundbuch, auswirkt.

2. Die unechte Vorgesellschaft im Grundbuch

Wird eine Vor-GmbH zu einer unechten Vorgesellschaft, so führt dies insbesondere bei grundstückshaltenden Gesellschaften zu Anpassungsbedarf. Im Grundbuch ist die Vor-GmbH, wie beschrieben, vorzugsweise in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 1 lit. b Var. 1 GBV (bzw. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 GBV n. F. analog) mit ihrem Namen sowie dem Zusatz „in Gründung“²⁵⁹ und ihrem Sitz im Grundbuch eingetragen. Ändert sich nun die Rechtsform kraft Gesetzes, muss das Grundbuch entsprechend korrigiert werden. Bisher wird dafür zum einen der Rechtsformzusatz der Gesellschaft geändert und zum anderen werden *de lege lata* auch die Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 lit. c GBV) der Eintragung hinzugefügt.

a) Keine kodifizierte Eintragsregelung

Nun hält jedoch das MoPeG Einzug und mit diesem die Änderungen der GBO und GBV. Der § 47 Abs. 2 GBO wurde geändert, der § 15 Abs. 1 lit. c GBV ersatzlos gestrichen. Es drängt sich daher die Frage auf, ob und wie die Korrektur des Grundbuches nun zu erfolgen hat. Nur wenn hierauf eine hinreichende Antwort

²⁵⁶ Siehe zum Scheitern der hier nicht weiter thematisierten Ein-Personen-Gründung OLG Oldenburg NZG 1999, 729 m. Anm. *Michalski/de Vries; Heil*, Die Rechtsnatur der Einpersonen-Vor-GmbH, S. 128 ff. m. w. N.

²⁵⁷ So auch die g. h. M. BGH NJW 1998, 1079 (1080); BGHZ 152, 290 (294); BGH NJW 2008, 2441 (2442 Rn. 6); OLG Hamm NZG 2006, 754 (755); OLG Koblenz WM 2002, 182 (183); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 32; *Blath*, in: MHLs GmbHG, § 11 Rn. 79; *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, § 11 Rn. 36; *Wicke*, GmbHG, § 11 Rn. 11; *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 87; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 11 Rn. 24; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, § 11 Rn. 162 m. w. N.; abw. *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 114 ff. („nichtrechtsfähiger Verein“).

²⁵⁸ Vgl. nur BGHZ 80, 129 (142); 152, 290 (294); BAGE 93, 151 (158); BFHE 185, 356 (361); BSGE 85, 192 (199); BayObLG, BB 1986, 549 (550); *Gummert*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 16 Rn. 22; weiterführend zur Haftung auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 33.

²⁵⁹ Statt aller *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 4 Rn. 18.

gefunden werden kann, können die Kernanliegen der Reform des Personengesellschaftsrechts, nämlich die ausreichende Subjektpublizität und der effektive Gläubigerschutz, verwirklicht werden.

Die nun in der Rechtsform der GbR bestehende unechte Vorgesellschaft ist offensichtlich nicht im Gesellschaftsregister registriert, sodass eine Eintragung unter ihrem Namen und mit der Registernummer, wie es § 15 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 GBV n.F. vorsieht, nicht erfolgen kann. Eine abweichende Sonderregelung, dass ausnahmsweise auch eine nicht eingetragene GbR in das Grundbuch aufgenommen werden kann, sieht das Gesetz nicht vor.

Es bleibt jedoch auch dabei, dass das Voreintragungserfordernis sich nur sehr begrenzt, etwa beim rechtsgeschäftlichen Grundstückseigentumserwerb,²⁶⁰ materiell auswirkt. In diesem Sinne ist die unechte Vorgesellschaft auch ohne eine Eintragung im Gesellschaftsregister nach § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n.F. rechtsfähig und daher auch nach dem Rechtsformwechsel weiterhin materiell Eigentümer des Grundstücks.²⁶¹ Das dem materiellen Recht dienende Verfahrensrecht²⁶² hat deswegen grundsätzlich die Eintragung der Gesellschaft als Eigentümer zu ermöglichen.

aa) Eintragung ohne die Gesellschafter

Die naheliegendste Möglichkeit das Grundbuch zu korrigieren wäre, nur die Rechtsformbezeichnung der Gesellschaft von „GmbH i.G.“ in „GbR“ zu ändern. Das wäre allerdings problematisch, da das Grundbuch dann eine GbR verlauten würde, welche nur unter ihrem Namen und Sitz eingetragen ist. Im Ergebnis wäre das ein Rückfall in den Zustand vor der Reform durch das ERVGBG. Ein Dritter könnte dann weder aus dem Grundbuch noch aus dem Gesellschaftsregister erkennen, wer Gesellschafter der GbR ist. Dadurch wird das erstrebte Transparenzziel sowohl der benannten Reform als auch des MoPeG verfehlt.

Den Bedenken ließe sich entgegenhalten, dass genau dieses Transparenzdefizit auch bei der echten Vor-GmbH besteht. Da die Gesellschaft in analoger Anwendung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n.F. ohne ihre Gesellschafter eingetragen wird und (natürlich) auch noch keine Handelsregistereintragung der echten Vor-GmbH vorliegt, sieht sich der Rechtsverkehr demselben Publizitätsdefizit ausgesetzt. Wird dies bei der echten Vor-GmbH hingenommen, ist zunächst nicht ersichtlich, weshalb es bei der unechten Vorgesellschaft als GbR anders sein sollte. Für die Eintragung ohne die Gesellschafter spricht außerdem der Wortlaut der Neufassung des § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n.F. Die Eintragung der Registernummer ist eine „Soll“-Bestimmung. Daher könnte man genauso wie bei der echten Vorgesellschaft auf die Nummer verzichten, wenn es eine solche nicht gibt.

²⁶⁰ *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (173); siehe oben auf S. 125.

²⁶¹ Zu der Frage, ob Identität oder Rechtsnachfolge vorliegt, auf S. 182 ff.

²⁶² Zur dienenden Funktion bereits auf S. 173.

Die ebenbenannten Erwägungen können dennoch im Ergebnis nicht durchgreifen. Die „Soll“-Formulierung wird im Grundbuchkontext verwendet, um eine Unwirksamkeit der Eintragung zu vermeiden, wenn ausnahmsweise die Eintragung unvollständig war.²⁶³ Damit ist nicht verbunden, dass die Eintragung dieser Elemente optional ist.²⁶⁴ Während bei der Vorgesellschaft zudem in der Regel die Gesellschafter gleich bleiben und daher zumindest aus dem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag die Identität dieser hervorgeht, kann es bei dem formlosen Gesellschafterwechsel in der GbR zu Nachverfolgungsproblemen kommen. Entscheidend dürfte aber die zeitliche Dimension sein. Eine Vorgesellschaft ist der Natur der Sache nach nur für Wochen bis Monate im Grundbuch eingetragen. Danach wird sie entweder zur GmbH, liquidiert oder zur unechten Vorgesellschaft. Das Publizitätsdefizit besteht also nur für kurze Zeit und ist aufgrund der Eigenart der Vorgesellschaft hinzunehmen. Die unechte Vorgesellschaft als GbR kann hingegen Jahre oder auch Jahrzehnte im Grundbuch eingetragen sein. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist die Eintragung der GbR ohne ihre Gesellschafter daher nicht hinnehmbar.

bb) Eintragung mit den Gesellschaftern

Wenn somit eine Eintragung der GbR ohne ihre Gesellschafter nicht möglich ist, dann bestünde freilich die Option, sie wie bisher mit ihren Gesellschaftern ins Grundbuch einzutragen. Allerdings fehlt hierfür nach der Änderung des § 42 Abs. 2 GBO n. F. die entsprechende gesetzliche Grundlage. Auch kommt keine Analogie zu der weiterhin bestehenden Regelung des § 47 Abs. 1 Var. 2 GBO n. F.²⁶⁵ in Betracht. Der Gesetzgeber hat zwar im Rahmen der Novellierung die unechte Vorgesellschaft im Grundbuch nicht bedacht, jedoch müsste die Eintragung dann lauten „A, B und C als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. Eine solche Eintragung entspräche der Formulierung, wie sie vor der Grundbuchfähigkeit der GbR gewählt wurde und würde damit einen Rechtsübergang des Grundstücks auf die Gesellschafter suggerieren.

b) Normativer Ausschluss

Sowohl die Korrektur des Grundbuchs mit als auch ohne die Gesellschafter der unechten Vorgesellschaft bereitet also Schwierigkeiten. Fraglich ist, ob wegen der Funktion des Verfahrensrechts dennoch eine Behelfslösung gefunden werden muss oder ob nicht von einer Eintragungssperre ausgegangen werden kann. Wie dargestellt darf sich eine solche Eintragungssperre aber nicht aus dem bloßen Fehlen

²⁶³ Siehe auf S. 124 f.

²⁶⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 208.

²⁶⁵ Siehe zu dieser nur *Reetz*, in: BeckOK GBO, § 47 Rn. 58.

einer Regelung ergeben; vielmehr muss eine Norm positiv die Eintragungsfähigkeit des materiell Berechtigten negieren.²⁶⁶

aa) § 47 Abs. 2 GBO n. F.

Der § 47 Abs. 2 GBO n. F. stellt eine solche Regelung dar. Die unechte Vorgesellschaft ist in der hier erörterten Konstellation eine GbR, sodass zu klären ist, ob mit der Korrektur des Grundbuches ein Recht „für“ diese eingetragen werden soll. Im vorliegenden Fall wurde bereits eine echte Vor-GmbH in der Rechtsform *sui generis* im Grundbuch eingetragen. Entscheidend ist daher zunächst, ob durch das Scheitern der Vorgesellschaft und den anschließenden Fortbetrieb neben die echte Vorgesellschaft die unechte Vorgesellschaft als abgrenzbare zweite Gesellschaft getreten ist oder ob es sich weiterhin nur um eine, vielleicht sogar dieselbe Gesellschaft handelt. Vor allem im ersten Fall würde nach der Einzelrechtsübertragung ein gänzlich neuer Berechtigter eingetragen werden, sodass dieser Rechtsübergang in den Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 GBO n. F. fiel.

(1) *Eine oder mehrere Gesellschaften?*

Die erste Variante, also die zeitgleiche Existenz zweier Gesellschaften, ist bereits von dem Verhältnis der Vorgründungsgesellschaft zu der Vorgesellschaft bekannt.²⁶⁷ Ähnliches wäre auch für die Vorgesellschaft und die unechte Vorgesellschaft denkbar. Auch hier könnte die Vorgesellschaft, etwa während der Liquidation, neben der unechten Vorgesellschaft als GbR bestehen.

Indes würde eine solche Trennung der Gesellschaften mit dem Rechtsformzwang konfliktieren.²⁶⁸ Bestünden mit der Fortsetzung der unternehmerischen Tätigkeiten zwei Gesellschaften, so liefen die Gesellschafter Gefahr, mit der zu liquidierenden Vorgesellschaft weiterhin im Rechtsverkehr aufzutreten.²⁶⁹ Außerdem widerspräche der Übergang im Wege der Einzelrechtsübertragung dem sonstigen Ablauf des gesetzlichen Formwechsels. Wenn an anderen Stellen das Gesetz zu einem Formwechsel zwingt, sei es von der GbR zur OHG, bei Überschreitung der Schwelle zum Handelsgewerbe oder von der OHG zur KG, dann erfolgt dieser Wechsel eben-

²⁶⁶ Zur dienenden Funktion des Verfahrensrechts auf S. 173.

²⁶⁷ BGHZ 91, 148 (151); *Ulmer*, ZHR 164 (2000), 76, (81 f.); *Servatius*, in: Noack/Servatius/ Haas GmbHG, § 11 Rn. 38; *Merk*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 8 m. w. N.; a. A. noch OLG Köln NZG 2000, 151, 152; *Roth*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rn. 75, der die Gegenansicht selbst als „aus dogmatischer Sicht nachvollziehbar“ beschreibt und ausschließlich ergebnisorientiert argumentiert; *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, S. 350 ff.

²⁶⁸ Zutreffend *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 127; a. A. *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft, S. 167 ff. (für das österreichische Recht).

²⁶⁹ *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 128.

falls *uno actu*. Ein Grund für eine Sonderstellung der unechten Vorgesellschaft ist nicht ersichtlich. Der Übergang zur unechten Vorgesellschaft ist daher eher mit dem Verhältnis von echter Vorgesellschaft zur GmbH zu vergleichen. Für eine solche eingliedrige Fortsetzung der Gesellschaft spricht überdies auch der Wille der Gesellschafter. Würden die Gesellschafter die *Vorgründungsgesellschaft* fortsetzen wollen, könnten sie einen Formwechsel der Gesellschaft – nach der Eintragung im Gesellschaftsregister – gemäß §§ 190 ff. UmwG in eine GmbH anstreben. Regelmäßig wird dieser aufwändigere Weg aber nicht ihrem Interesse entsprechen, weswegen sie sich mit der Einzelrechtsübertragung an die Vor-GmbH abfinden müssen. Die unechte Vorgesellschaft entsteht hingegen, gerade weil die Gesellschafter die bestehende Gesellschaft fortführen wollen. Sachgerechter ist es daher, von nur einer Gesellschaft auszugehen.²⁷⁰

(2) *Identität oder Gesamtrechtsnachfolge?*

Nimmt man auf dieser Grundlage an, dass es sich nur um eine Gesellschaft handelt, schließt sich die Frage an, ob mit dem Wechsel von der echten in die unechte Vorgesellschaft das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird oder ob die Gesellschaften identisch sind.²⁷¹ Kommt es zur Gesamtrechtsnachfolge, dann wechselt formal der Rechtsträger des Grundstücks, wie dies etwa auch in einem Erbfall geschehen würde,²⁷² sodass § 47 Abs. 2 GBO n.F. anwendbar wäre.²⁷³ In der Folge würde bereits hier die Eintragung der unechten Vorgesellschaft als GbR ohne Registrierung im Gesellschaftsregister scheitern. Sind die Gesellschaften hingegen identisch, wird kein neues Recht für die GbR eingetragen, sondern es ändert sich lediglich ihre Bezeichnung im Grundbuch.

Wann ein Fall der Identität der Gesellschaften vorliegt, ist weder gesetzlich geregelt noch in der Literatur und Rechtsprechung eindeutig geklärt. Da bisher nur das Verhältnis von Vorgesellschaft zur späteren GmbH Gegenstand zahlreicher Untersuchungen war, der Übergang von der echten in die unechte Vorgesellschaft aber eher ein Schattendasein fristete, bietet es sich an, näherungshalber den Meinungsstand der ersten Variante heranzuziehen.

²⁷⁰ Im Ergebnis auch *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 128.

²⁷¹ Diese Frage wird auch bei dem – hier nicht relevanten – Übergang von der Vor-GmbH zur GmbH diskutiert, vgl. *Böhringer*, BWNNotZ 1981, 53 (55).

²⁷² Siehe dazu oben S. 132 ff.

²⁷³ Diese erkennt bereits *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 131, wobei vor dem MoPeG die Unterscheidung von bloß verfahrensrechtlicher Bedeutung war, jetzt allerdings die Eintragung der GbR verhindern kann.

(a) Das Verhältnis von echter Vorgesellschaft zur GmbH

Zu dem Verhältnis von Vorgesellschaft und späterer juristischer Person wurde teilweise vertreten, dass es sich um eine „Rechtsnachfolge unter Wechsel des Rechtsträgers“²⁷⁴ handelt. Dieser Auffassung lag lange Zeit auch das Verständnis zugrunde, dass die Vorgesellschaft als nicht rechtsfähig angesehen wurde.²⁷⁵ Doch auch heute wird insbesondere von den Vertretern, welche die Vorgesellschaft als „Gesamthandsgemeinschaft“ einordnen, angenommen, dass die Gesellschaften nicht identisch sein können, sondern eine Gesamtrechtsnachfolge vorliegen muss.²⁷⁶ Es wird insbesondere darauf verwiesen, dass bei einer vollständigen Identität die konstitutiv wirkende Eintragung leerliefe.²⁷⁷

Dementgegen sprach bereits das Reichsgericht von derselben „Vergesellschaftung in verschiedenen Entwicklungsstadien“²⁷⁸ und ging damit von der Identität der Gesellschaften aus. Die Position, dass eine Identität der Gesellschaften vorliegt, wird gegenwärtig vor allem von denjenigen eingenommen, die die Vorgesellschaft als bereits körperschaftlich verfasste, vorläufige juristische Person²⁷⁹ einordnen.²⁸⁰ Ursächlich für diese Differenzen ist also insbesondere das unterschiedliche Verständnis der Vorgesellschaft.

(b) Folgerungen für das Verhältnis zur unechten Vorgesellschaft

Überträgt man diese Wertungen auf die Lage der unechten Vorgesellschaft, dann wäre die Frage, ob eine Identität oder eine Rechtsnachfolge vorliegt, anhand eines Vergleichs der Gesellschaftsstrukturen (personalistische/körperschaftliche

²⁷⁴ Für den Verein *Nipperdey*, in: Enneccerus, BGB AT I/1, § 107 S. 650.

²⁷⁵ *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, S. 22.

²⁷⁶ Für eine Gesamtrechtsnachfolge BGHZ 105, 300 (303 f.); *Ulmer*, in: FS Ballerstedt, 1975, S. 279 (300); *Hüffer*, JuS 1983, 161 (167); *G. Hueck*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 127 (151 f.); wohl auch *Merkt*, in: MüKoGmbHG, § 11 Rn. 169.

²⁷⁷ *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 12, allerdings für die Vermögensidentität siehe Fn. 280.

²⁷⁸ RGZ 82, 288 (290); siehe auch für die Richtigstellung kraft Identität *Böhringer*, BWNotZ 1981, 53 (55); *ders.*, Rpfleger 1988, 446 (449).

²⁷⁹ Siehe dazu schon S. 168 f.

²⁸⁰ *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 11 Rn. 30, 151 f.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 11 IV, S. 302; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 56; *Gummert*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 16 Rn. 20; *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft, S. 167; *Baumeister/Grobe*, ZGR 2022, 733 (754); für die Identität bezüglich der Vermögenszuordnung auch BGH NJW 2009, 2883 (2884 Rn. 11); BFH GmbHR 1993, 171; *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 11 Rn. 43; *Schroeter*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 11 Rn. 54; *Pfisterer*, in: HK-GmbHG, § 11 Rn. 43; *Altmeyden*, GmbHG, § 11 Rn. 17; *Blath*, in: MHLs GmbHG, § 11 Rn. 70; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 35 Rn 112; jedenfalls gegen eine Rechtsträgerverschiedenheit *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG § 11 Rn. 44; *Wöstmann*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 11 Rn. 137; *Ulmer/Habersack*, in: HCL GmbHG, § 11 Rn. 89 („dass es bei Eintragung nicht zu einer Vermögensübertragung kommt“).

Prägung; Gesamthandsgesellschaft bzw. Personengesellschaft/juristische Person) zu beantworten. Der zuvor skizzierte Meinungsstand müsste sich auf den ersten Blick vorliegend umkehren.

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der GbR um eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt, müssten diejenigen, welche die Vorgesellschaft als eine „Gesamthandsgemeinschaft“ – oder besser als eine rechtsfähige Personengesellschaft –²⁸¹ einordnen, von einer Identität der Gesellschaften ausgehen. Hierfür spricht insbesondere auch, dass sich die Wertungen des MoPeG, welches mit § 707c BGB n.F. den identitätswahrenden²⁸² Statuswechsel zwischen zwei Personengesellschaftsformen bekräftigt²⁸³ hat, auch auf den Formwechsel kraft Rechtsformzwanges übertragen lassen.

Dementgegen dürften jene Vertreter, welche die Vorgesellschaft als „vorläufige juristische Person“ einordnen, eher der Annahme einer Rechtsnachfolge zugeneigt sein, weil sich die Grundstruktur der Gesellschaft durch den Rechtsformwechsel wesentlich ändert.²⁸⁴ Spätestens seit dem MoPeG vermag jedoch selbst die Annahme einer körperschaftlich verfassten Vorgesellschaft die Ablehnung der Identität mit der unechten Vorgesellschaft nicht mehr zu begründen. Sowohl die Vorgesellschaft als auch die GbR unterliegen keiner gesamthänderischen Vermögensbindung (mehr), sondern sind kraft ihrer Rechtsfähigkeit selbst Rechtsträger ihres Vermögens.²⁸⁵ Die zunehmende Annäherung der rechtsfähigen Personengesellschaft an die – in diesem Fall vorläufige – juristische Person führt dazu, dass jedenfalls aus diesem Umstand kein belastbares Exklusivitätsverhältnis mehr anzunehmen ist. Vielmehr zeigt die Möglichkeit einer identitätswahrenden Umwandlung von einer GmbH in eine eGbR gemäß §§ 191 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 Var. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n.F., dass die Unterschiede zwischen juristischer Person und rechtsfähiger Personengesellschaft nicht unüberwindbar groß sind.²⁸⁶ Nun erfolgt der Rechtsformwechsel bei der unechten Vorgesellschaft zwar kraft Gesetzes, doch auch in anderen Fällen des gesetzlichen Formwechsels, etwa von der GbR in die

²⁸¹ Siehe dazu schon S. 167f., aber auch § 3 S. 76.

²⁸² BT-Drs. 19/27635, S. 137.

²⁸³ Der Statuswechsel ist zwar grundsätzlich neu, der identitätswahrende Formwechsel ist hingegen bereits etwa vom Verhältnis der GbR zur OHG bekannt, siehe S. 158.

²⁸⁴ So etwa noch die Regierungsbegründung zum UmwG vom 6. 11. 1969 (BGBl. I, 1969, S. 2081), BT-Drs. 05/3165, S. 8f.; *Fichtelmann*, GmbHR 1997, 995 (996); *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, S. 338; kritisch auch *Zöllner*, FS Gernhuber, 1993, S. 563 (566); a. A. bereits das Reichsgericht zum Verein: „Hier ist zunächst die Auffassung abzulehnen, daß [sic] der eingetragene Verein deswegen, weil er juristische Persönlichkeit besitzt, den nicht eingetragenen Verein nicht fortsetzen könne“ RGZ 85, 256 (259); siehe auch *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 132 m. w. N.

²⁸⁵ So sieht *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 132 in der Rechtsträgereigenschaft das maßgebliche Kriterium zur Annahme einer Identität.

²⁸⁶ *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn GesR, UmwG, § 202 Rn. 3; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 202 Rn. 2; siehe auch *Schäfer*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG, § 11 Rn. 43 „[identitätswahrender] Formwechsel auch zwischen Gesamthandsgesellschaft und Kör-

OHG, handelt es sich um eine identitätswahrende Umwandlung.²⁸⁷ Hinzu kommt, dass im Verhältnis von echter und unechter Vorgesellschaft keine konstitutive Eintragung unterlaufen werden kann.

Es ist daher überzeugend von einer Identität zwischen der echten Vorgesellschaft und der unechten Vorgesellschaft auszugehen.²⁸⁸ Dies hat zur Folge, dass im Grundbuch kein neues Recht für die GmbH eingetragen werden muss, sondern lediglich die Bezeichnung der Gesellschaft unzutreffend ist.²⁸⁹ Damit ist der Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 GBO n. F. nicht eröffnet und bietet keine taugliche Grundlage, eine Aufnahme der nicht registrierten GmbH im Grundbuch zu versagen.

bb) Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F.

Keineswegs ist damit aber der Weg für die Korrektur des Grundbuchs auf die GmbH frei. Vielmehr könnte sich aus einer anderen gesetzlichen Regelung ein Voreintragungserfordernis für die GmbH ergeben. Auch Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. steht der nicht eingetragenen GmbH unter Umständen im Weg. Wie dargestellt erfasst diese Norm allerdings nur Fälle der Grundbuchberichtigung und nicht der Richtigstellung.²⁹⁰ Da eine Grundbuchberichtigung aufgrund der Identität des Rechtsträgers ausscheidet, muss hier ein Fall der Richtigstellung vorliegen. Die Eintragungsfähigkeit der GmbH wird daher in diesen Fällen nicht durch die Erweiterung des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. beschränkt.

c) *Ausschluss kraft Rechtsfortbildung*

Ohne einen Ausschlussbestand droht das Ziel des Gesetzgebers, die Registerpublizität der GmbH konsequent durch das Voreintragungserfordernis herbeizuführen, verfehlt zu werden. Die nicht eingetragene GmbH könnte über den Umweg der Vorgesellschaft immer wieder neu in das Grundbuch gelangen. Von einem Aus-

perschaft“; für einen identitätswahrenden Formwechsel von einer GmbH über eine OHG hin zur GmbH BGH NZG 2016, 517 (518 Rn. 16); vgl. zudem die Begründung zum Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG) (BGBl. I, 1996, S. 3210), BT-Drs. 12/6699, S. 137; dem Vergleich von rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Formwechsel steht auch § 190 Abs. 2 UmwG nicht entgegen, siehe nur *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 133 f.

²⁸⁷ Allg. M., siehe Fn. 153.

²⁸⁸ So auch BGH NJW 2008, 2441 (2442 Rn. 6); *K. Schmidt*, in: FS Zöllner, Bd. 1, 1998, S. 521 (530); *Murawo*, Die unechte Vorgesellschaft, S. 134; *Roth*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 11 Rn. 58 („handelt es sich um dieselbe Gesellschaft, nunmehr [...] in geänderter Rechtsform“); *Gummert*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 16 Rn. 25; a. A. *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 11 Rn. 32, wobei widersprüchlich erscheint, dass einerseits zu Recht die Parallele zur gesetzlichen Umwandlung erkannt, andererseits aber dennoch von einer Unversalsukzession gesprochen wird.

²⁸⁹ Zutreffend daher *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 89 (90); *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 22 Rn. 95.

²⁹⁰ Siehe dazu auch oben S. 126 f.

laufmodell²⁹¹ kann dann keine Rede mehr sein. Eine entsprechende Regelung wäre also grundsätzlich, auch um den Missbrauch der Rechtsform für rechtswidrige Zwecke zu verhindern, im Interesse des Gesetzgebers gewesen. Eine analoge Anwendung des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. könnte diesen Missstand beseitigen.

aa) Planwidrigkeit der Regelungslücke

Fraglich ist aber, ob die oben geschilderte Regelungslücke wirklich planwidrig ist oder ob es sich nicht um eine zu respektierende Wertentscheidung des Gesetzgebers handelt. In der Gesetzesbegründung wird nicht nur klargestellt, dass der Anwendungsbereich der Norm auf die Fälle der Grundbuchberichtigung beschränkt sein soll. Ausdrücklich erkennt der Gesetzgeber auch an, dass eine Umwandlung von einer GbR in eine OHG einen Fall der Richtigstellung darstellt und somit kein Voreintragungserfordernis nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. auslöst.²⁹² Da im Rahmen der Rechtsfortbildung der eindeutige Wille des demokratischen Gesetzgebers nicht übergangen werden darf,²⁹³ könnte eine Analogie ausgeschlossen sein, wenn dieser damit alle identitätswahrenden Umwandlungen von der Voreintragungspflicht ausklammern wollte.

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass der Fall der unechten Vorgesellschaft im Grundbuch vom Gesetzgeber schlechterdings nicht bedacht wurde und sich der Gesetzesbegründung daher kein entgegenstehender Wille entnehmen lässt. Hierfür spricht insbesondere das vom Gesetzgeber gewählte Beispiel. In dem benannten Fall ist die GbR nicht die Ziel-, sondern die Ausgangsrechtsform. Zu einem Publizitätsdefizit kommt es daher nicht, da die OHG über das Handelsregister eine hinreichende Klarheit zu vermitteln vermag. Mit dem vorliegenden Fall der unechten Vorgesellschaft vergleichbar wäre eher die umgekehrte Umwandlung von Rechts wegen, also von der OHG in die GbR. Wenn die im Handelsregister eingetragene OHG die Schwelle zum Handelsgewerbe unterschreitet, wird sie zwar *ipso iure* zur GbR, jedoch muss sie seit der Tilgung des Verweises in § 105 Abs. 2 S. 2 HGB auf § 2 S. 3 HGB durch das MoPeG im Handelsregister eingetragen bleiben, bis der Statuswechsel durchgeführt wurde.²⁹⁴ Zielrechtsform ist damit am Ende nicht die GbR, sondern die eGbR, welche unproblematisch ins Grundbuch eingetragen werden kann. Obwohl die Eintragung der OHG im Handelsregister grundsätzlich nur von deklaratorischer Bedeutung ist, wird auch die Annahme einer nicht eingetragenen OHG kaum zu einer nicht eingetragenen GbR im Grundbuch führen. Die Aufnahme einer nicht eingetragenen OHG in das Grundbuch ist sowohl aufgrund der bereits bestehenden Nachweisprobleme im Zusammenhang mit § 29 Abs. 1 S. 2

²⁹¹ Dazu oben S. 138 f.

²⁹² BT-Drs. 19/27635, S. 217.

²⁹³ Siehe nur BVerfGE 82, 6 (12); BVerfGE 96, 375 (394), die Rechtsfortbildung darf sich „nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen.“

²⁹⁴ Siehe dazu unter § 5 S. 231 f.

GBO²⁹⁵ als auch angesichts der durch das MoPeG aufgeworfenen Fragen zur Bezeichnung der Gesellschaft mit ihren Registerdaten i. S. d. § 15 Abs. 2 Hs. 2 GBV n. F.²⁹⁶ mehr als unwahrscheinlich. Die Frage nach einer Korrektur des Grundbuches wäre sodann obsolet. Die GbR als Zielrechtsform einer von der OHG ausgehenden Umwandlung ist daher im Grundbuchkontext praktisch ausgeschlossen. Zudem wurde auch an keiner anderen Stelle im Gesetzgebungsverfahren auf das Problem der Vorgesellschaft hingewiesen,²⁹⁷ sodass davon auszugehen ist, dass die identitätswahrende Umwandlung einer im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft in eine GbR schlicht nicht bedacht wurde. Die Eintragung letzterer im Grundbuch widerspricht der grundsätzlichen gesetzgeberischen Intention, sodass von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist.

bb) Vergleichbare Interessenlage

Darüber hinaus ist die Interessenlage auch mit der des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. vergleichbar. Dafür sprechen vor allem drei Aspekte.

Erstens ist es aus der Sicht des Rechtsverkehrs irrelevant, ob eine GbR aufgrund eines rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Erwerbes oder wegen eines Formwechsels in das Grundbuch aufgenommen werden soll. Zwar bestehen strukturelle Unterschiede zwischen dem Halten und dem Erhalten eines Grundstücksrechts, mit Blick auf das entstehende Publizitätsdefizit ist dies jedoch unerheblich. Weswegen dieses Defizit in der letzten Variante hinzunehmen sein soll, ist nicht ersichtlich.

Zweitens führt auch der Vergleich mit der echten Vorgesellschaft zu keinem anderen Ergebnis. Bei dieser wird zwar ein gewisser Mangel an Transparenz und Publizität auch weiterhin hingenommen werden müssen, dies ergibt sich allerdings aus dem logischen Erfordernis, dass noch keine Registerangaben eingetragen werden können, wie es jetzt § 15 Abs. 2 Hs. 2 GBV n. F. eigentlich vorsieht. Eine genauere Angabe ist hingegen bei der, typischerweise länger als die echte Vorgesellschaft bestehenden, unechten Vorgesellschaft als GbR möglich und auch erforderlich. Anderenfalls ließe sich das Voreintragungserfordernis der GbR durch die Wahrnehmung eines einzigen Notartermines umgehen, was das Konzept der Voreintragung im Grundbuch fast vollständig entwerten würde. Gleichsam müsste man sich mit der Frage auseinandersetzen, zu welchem Zeitpunkt die Eintragungsabsicht bezüglich der GmbH aufgegeben wurde und wie dies überhaupt festgestellt wer-

²⁹⁵ *Klebs/Buchberger*, Rpfleger 1991, 1 (2) verweist insbesondere auf die drohende Überforderung des Grundbuchamtes, wenn dieses das Vorliegen eines Handelsgewerbes prüfen müsste, und verneint daher die Eintragungsfähigkeit vor der Eintragung im Handelsregister; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rn. 981e; *Kral*, in: BeckOK GBO, Gesellschaftsrecht Rn. 44.

²⁹⁶ Vgl. hierzu auch die Probleme der nicht eingetragenen OHG bei der Beteiligung an anderen Gesellschaften, dazu unter § 3 S. 89 ff.

²⁹⁷ Weder in der Gesetzesbegründung noch in den Stellungnahmen oder in den Ausschusssitzungen.

den soll. Fehlt die Eintragungsabsicht nämlich von Anfang an, dann entsteht keine echte Vorgesellschaft als Rechtsform *sui generis*, sondern direkt eine unechte Vorgesellschaft als GbR.²⁹⁸ Mit anderen Worten bedeutet dies: Fehlt die Eintragungsabsicht vor der Grundbucheintragung, dann muss sich die gegründete Gesellschaft zuvor im Gesellschaftsregister registrieren lassen. Geben die Gesellschafter hingegen nach der Grundbucheintragung die Eintragung der GmbH auf, dann wäre eine Registrierung nicht erforderlich und die GbR könnte nach dem Formwechsel in das Grundbuch aufgenommen werden. Was in der Theorie zwar konsequent ist, lässt sich in der Praxis ersichtlich nicht bewerkstelligen und würde zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

Drittens ist darauf hinzuweisen, dass die hier dargestellte Situation, unabhängig von der tatsächlichen Einordnung, eher dem Verständnis des Gesetzgebers von den Vorgängen entspricht, die eine Voreintragung erfordern. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. dient als Erweiterung des § 47 Abs. 2 GBO n. F. und soll sicherstellen, dass keine neuen nicht eingetragenen GbR in das Grundbuch gelangen und perspektivisch nur noch eGbR in diesem zu finden sind. Daher wird in der Gesetzesbegründung angeführt: „Eine Eintragung im Grundbuch, die die bestehende Eintragung ändert, betrifft kein Recht der Gesellschaft im Sinne von Artikel 229 § 21 Absatz 1 EGBGB-E“.²⁹⁹ Genau das Gegenteil würde aber ohne eine Regelung im vorliegenden Fall geschehen. Damit ist die Lage der unechten Vorgesellschaft in ihren tatsächlichen Auswirkungen den in Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. geregelten Vorgängen näher als den dogmatisch gleichgelagerten Fällen der Richtigstellung, wie etwa der „isolierten Umfirmierung“.³⁰⁰

Die Interessenlage ist aus allen diesen Gründen mit der des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. vergleichbar und eine Analogie zu befürworten.

d) Durchsetzung der Voreintragungspflicht

Abschließend drängt sich noch die Frage auf, ob die Eintragungssperre das einzige Beugemittel ist, um die Voreintragung der GbR in diesen Fällen zu erreichen. Es ist denkbar, dass die Gesellschafter die falsche Bezeichnung der Gesellschaft im Grundbuch einfach hinnehmen und sich so Kosten und Zeitaufwand ersparen. Die Eintragungssperre würde dann entgegen ihrem Sinn und Zweck nicht die Voreintragung forcieren, sondern die unrichtige Grundbuchlage perpetuieren. Diese Gefahr besteht zwar immer in den Fällen, in denen die Korrektur des Grundbuchs nicht zumindest auch im überwiegenden Interesse der Gesellschafter liegt. Beispielhaft wäre hier der gesetzliche Eigentumserwerb zu nennen, bei dem

²⁹⁸ Schäfer, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG, § 11 Rn. 38; Gummert, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 16 Rn. 22; Cebulla, NZG 2001, 972.

²⁹⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 216.

³⁰⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 217.

der Erwerber bereits Eigentümer des Grundstücks ist, bevor dies im Grundbuch nachvollzogen wird. Für diese Fälle hat das Gesetz aber mit dem Grundbuchberichtigungszwang eine Lösung gefunden.

Die Verpflichtung zur Korrekturantragstellung ist jedoch, genauso wie die eigentliche Voreintragungspflicht, der Grundbuchberichtigung vorbehalten. Bei der Richtigstellung bedarf es eines solchen Zwanges normalerweise nicht, da diese ohnehin von Amts wegen vorzunehmen ist. Im Rahmen des Formwechsels zur unechten Vorgesellschaft als GmbH ist allerdings nach der hier vertretenen Lösung zunächst die Eintragung im Gesellschaftsregister notwendig, sodass trotz dogmatischer Richtigstellung eine Korrektur von Amts wegen nicht erfolgen kann. Fraglich ist daher, ob das Grundbuchamt entsprechend § 82 S. 1 GBO n. F. auch in besagter Konstellation eine derartige Verpflichtung aussprechen und auch durchsetzen kann.

aa) Analoge Anwendung des Grundbuchberichtigungszwanges

Unproblematisch ist dabei das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, denn der Gesetzgeber konnte die hier zuvor angenommene Analogie offensichtlich nicht vorhersehen. Die Lage der unechten Vorgesellschaft ist zudem auch mit den Fällen der Berichtigung mit Blick auf die Perpetuierung der unrichtigen Lage vergleichbar. Zwar könnte man einwenden, dass bei einem außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Eigentümerwechsels im Grundbuch der falsche Eigentümer eingetragen ist und bei einem identitätswahrenden Formwechsel immer noch der richtige Eigentümer, nur unter einer falschen Rechtsformbezeichnung, dort verzeichnet ist. Das würde aber die Besonderheit der nicht eingetragenen GmbH verkennen. Bei dieser kann sich die Anteilsübertragung ohne Publizitätsakt vollziehen, weswegen eine Nachverfolgung der Berechtigten hinter der GmbH kaum mehr möglich ist. Dafür spricht weiterhin, dass beim Gesellschafterwechsel einer bereits im Grundbuch eingetragenen GmbH ein Grundbuchberichtigungszwang durchgeführt werden könnte, obwohl es sich dabei dogmatisch gesehen auch eigentlich um eine Richtigstellung handelt.³⁰¹ Die Grundvoraussetzungen einer Analogie liegen somit vor.

bb) Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Bedenklich erscheint aber die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG) könnte einer Analogie zu einer Eingriffsermächtigungsgrundlage entgegenstehen. Hierfür ist

³⁰¹ Bisher wurde auf diese Richtigstellung wegen § 899a BGB das Verfahren der Berichtigung angewandt, sodass der native Anwendungsbereich des § 82 S. 1 GBO eröffnet war. Fortan gibt Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 1 EGBGB n. F. das Verfahren vor und Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n. F. erklärt das Zwangsverfahren des § 82 GBO n. F. für entsprechend anwendbar.

zunächst festzuhalten, dass die Anordnung des § 82 S. 1 GBO „nur“ mit Mitteln der Zwangsvollstreckung (§ 35 Abs. 1 FamFG)³⁰² durchgesetzt werden kann und daher Art. 103 Abs. 2 GG nicht tangiert wird.³⁰³ Im Gegensatz zu Art. 103 Abs. 2 GG führt die Bindungswirkung des Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG zu keinem „allgemeinen Analogieverbot“.³⁰⁴

Dennoch ist mit Blick auf die grundrechtlichen Auswirkungen Zurückhaltung angezeigt. Das Bundesverfassungsgericht stellte zu Recht fest, dass der Bürger sein „Verhalten auf den Inhalt der Rechtsordnung einstellen [können muss] und dementsprechend disponieren“ kann.³⁰⁵ Eine den Bürger in der Form belastende Analogiebildung ist daher nur dann zulässig, wenn anderweitig der Sinn und Zweck des Gesetzes verfehlt werden würde und die Belastung des Betroffenen nicht außer Verhältnis zu den anderenfalls entstehenden Nachteilen steht, also verhältnismäßig ist.³⁰⁶

Bei näherer Betrachtung ist eine solche belastende Analogie im Registerrecht kein Novum. Bereits im Handelsregisterrecht werden zum notwendigen Schutz des Rechtsverkehrs im Wege der Analogie Tatsachen eintragungspflichtig gestellt, mit der Folge, dass diese Pflicht nach § 14 HGB durchgesetzt werden kann.³⁰⁷ Im vorliegenden Fall muss ebenfalls eine Analogie angenommen werden. Anderenfalls drohen, wie dargestellt, beträchtliche Nachteile sowohl für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Grundbuchs als auch für den sich auf das Grundbuch verlassenden Dritten. Die Verpflichtung zur Voreintragung kann daher in entsprechender Anwendung des § 82 S. 1 GBO n. F. durchgesetzt werden, sodass sich keine Diskrepanzen zu den anderen voreintragungspflichtigen Sachverhalten ergeben.

³⁰² *Holzer*, in: BeckOK GBO, § 82 Rn. 31.

³⁰³ *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 80. EL Juni 2017, Art. 103 Abs. 2 Rn. 57; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 103 Abs. 2 Rn. 21.

³⁰⁴ So zutreffend *Sachs*, in: Sachs GG, Art. 20 Rn. 121; vgl. auch BVerfGE 82, 6 (11 f.); 108, 150 (160); BGHZ 147, 39 (44); *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 20 Rn. 286; *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, S. 291 f.; *Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 171; kritisch hingegen BVerfG NJW 1996, 3146; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 104; *Beaucamp*, AöR 134 (2009), 83 (89 ff.); *Konzak*, NVwZ 1997, 872 (873).

³⁰⁵ BVerfGE 82, 6 (12).

³⁰⁶ Hätte der Sinn und Zweck des Gesetzes auch ohne eine Analogie erreicht werden können, dann würde sich der Richter unzulässigerweise „aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz“ begeben, BVerfGE 87, 273 (280); vgl. auch *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 20 Rn. 286. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. nur *Jarass*, in: Jarass/Pieroth GG, Art. 20 Rn. 112.

³⁰⁷ Vgl. hierzu *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 8 Rn. 8; *Krafka*, in: MüKoFamFG, § 388 Rn. 4; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8 Rn. 48; siehe auch *Krafka*, Registerrecht, Rn. 98.

IV. Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Ergebnissen lässt sich zunächst ableiten, dass auch nach dem MoPeG im Vorfeld der GmbH-Gründung eine Vorgründungsgesellschaft als GbR entstehen kann, wenn keine Verpflichtung zur Gründung der Gesellschaft vereinbart wird. Diese geht sodann in das Stadium der Vorgesellschaft über. Unabhängig davon, ob man die Rechtsform *sui generis* zu den Personengesellschaften oder zu den Körperschaften zählt, ist sie nach den vorstehenden Ausführungen trotz der Reformen weiterhin grundbuchfähig. Der Gesetzgeber hat für die Vorgesellschaft keine eigenen Regelungen im Grundbuchrecht geschaffen, weswegen überzeugenderweise § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n.F. analog auf diese Gesellschaften anzuwenden ist.

Sofern die gescheiterte Vorgesellschaft als unechte Vorgesellschaft fortgeführt wird, ist sie als GbR einzuordnen und das Grundbuch entsprechend zu korrigieren. Dabei greift jedoch aufgrund der Identität der Vorgesellschaft mit der unechten Vorgesellschaft weder die Eintragungssperre des § 47 Abs. 2 GBO n.F. noch kann aus Publizitätsgründen geduldet werden, dass die unechte Vorgesellschaft als GbR ohne ihre Gesellschafter ins Grundbuch eingetragen wird. Zur Vermeidung von schwerwiegenden Transparenzproblemen und in Aufrechterhaltung der gesetzgeberischen Zielsetzung ist daher Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. entsprechend auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Damit keine Perpetuierung der unzutreffenden Grundbucheintragung eintritt, ist überdies § 82 S. 1 GBO n.F. analog anzuwenden.³⁰⁸

F. Kapitelergebnis

Für das vorstehende Kapitel zum Einfluss des Gesellschaftsregisters auf das Grundbuch lässt sich anfänglich konstatieren, dass die nicht eingetragene GbR im Grundbuch ein Auslaufmodell ist. Sowohl die Eintragung eines neuen Rechtes als auch die Tangierung eines bestehenden Grundbuchrechtes setzen die Voreintragung der GbR voraus. In beiden Fällen besteht demnach eine Obliegenheit zur Anmeldung der Gesellschaft beim Gesellschaftsregister. Dieser faktische Zwang verdichtet sich im Falle des GbR-internen Gesellschafterwechsels bei einer bereits nach derzeitigem Recht im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft zu einem echten, durchsetzbaren Zwang. Die besagte Rechtspflicht erklärt sich insbesondere vor dem dargestellten historischen Hintergrund und wird erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben, da die Verpflichtung auch unabhängig von einem entsprechenden Willen der Gesellschafter eintreten kann (Stichwort: § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.).

Nachfolgend wurde erläutert, dass es bei bisher namenlos im Grundbuch eingetragenen Gesellschaften zu einem erheblichen Konflikt zwischen den grundbuch-

³⁰⁸ Siehe dazu auch *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1120).

und den gesellschaftsregisterrechtlichen Identifikationsmerkmalen kommen kann. In diesem Abschnitt wurde daher die Auffassung entwickelt und begründet, dass ein klarstellender Registervermerk bei der Eintragung einer bereits zuvor namenlos im Grundbuch eingetragenen GbR im Gesellschaftsregister aufgenommen werden sollte. Dies erklärt sich vor dem Hintergrund, dass entsprechend der Vorgaben des Handelsregisters die eindeutige Identifikation einer im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft aus Sicht eines objektiven Dritten möglich sein muss. Dass eine solche Identifikation nach einer Voreintragung im Gesellschaftsregister aus den in diesem Abschnitt dargestellten Gründen nicht ohne Weiteres möglich ist, führt richtigerweise nicht zu einem sich materiell auswirkenden identitären Schwebezustand. Vielmehr sprechen neben der Gesetzessystematik und teleologischen Erwägungen vor allem allgemeine Prinzipien des Gesellschaftsrechts dafür, dass sich die Auswirkungen des besagten Vorgangs auf die formelle registerrechtliche Bezeichnung beschränken. Obgleich können, wie dargestellt, aus einer uneindeutigen Bezeichnung der Gesellschaft gravierende Probleme für den Rechtsverkehr resultieren. Der hier präsentierte Vorschlag des klarstellenden Vermerks vermag diesen Problemen effektiv und systemgerecht vorzubeugen. Dies hat sich auch noch im weiteren Verlauf des Kapitels bestätigt.

Zunächst ist jedoch die im nachfolgenden Abschnitt herausgearbeitete Erkenntnis hervorzuheben. Die Eintragung einer eGbR (auch) anstelle einer mit ihr nicht identischen GbR im Grundbuch beeinträchtigt den Rechtsverkehr bei zutreffendem Normverständnis nur bedingt. Die Korrektur des Grundbuches, welche infolge der Voreintragung im Gesellschaftsregister vorgenommen werden muss, führt trotz der Anordnung des formellen Berichtigungsverfahrens unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte überzeugenderweise zu keinen den öffentlichen Glauben des Grundbuches berührenden Änderungen. Das Grundbuch muss lediglich richtiggestellt werden, wobei das Verfahren, nicht aber die Wirkung der Grundbuchberichtigung zur Anwendung gelangt. Einer teleologischen Extension der §§ 891 ff. BGB zur Sicherung der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes bedarf es in der Folge nicht. Gänzlich beseitigen lässt sich die Problematik allerdings, indem dem hier erarbeiteten Vorschlag des klarstellenden Registervermerks gefolgt wird.

Im letzten Abschnitt dieses Kapitels wurde die Verknüpfung zwischen dem Gesellschaftsregister, dem Grundbuch und den Kapitalgesellschaften behandelt. Während es sich bei der Vorgründungsgesellschaft einer juristischen Person in den meisten Fällen um eine GbR handelt, ist die Vorgesellschaft eine Rechtsform *sui generis*. Unabhängig davon, ob man diese Rechtsform in der Nähe der Personengesellschaften oder der juristischen Personen einordnet, muss die Vorgesellschaft aus den erörterten Gründen auch nach den Regelungen des MoPeG weiterhin grundbuchfähig sein, obwohl es ihr an der eigentlich notwendigen Publizität fehlt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sollte § 15 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 GBV n.F. analog auf diesen Fall angewendet werden. Scheitert die Vorgesellschaft, wird diese aber dennoch fortgesetzt, so wandelt sie sich nach zutreffendem Verständnis identitäts-

wahrend in eine GbR um. Der eingetretene Rechtsformwechsel kann jedoch weder durch die Eintragung mit noch ohne die Gesellschafter im Grundbuch nachvollzogen werden. Um der drohenden Perpetuierung der unzutreffenden Grundbucheintragung und den folgenreichen Schwierigkeiten für den Rechtsverkehr zu begegnen, sollte in der beschriebenen Situation Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. entsprechend angewendet und hierdurch eine Voreintragung der GbR herbeigeführt werden. Diese Voreintragung ist durch eine – verfassungsrechtlich unbedenkliche – Analogie zu § 82 S. 1 GBO durchzusetzen.

§ 5 Die Nachteile des Gesellschaftsregisters

A. Eintragungszwänge

Im dritten Kapitel dieser Bearbeitung wurde der Freiwilligkeitsgrundsatz der Gesellschaftsregisteranmeldung herausgearbeitet. Gleiches gilt für den Umstand, dass sich der Gesetzgeber nicht allein auf die Überzeugungskraft des Registers verlässt.¹ Er setzt verschiedene Anreize, um die GbR mit – mal mehr, mal weniger sanftem – Druck zur Eintragung im Gesellschaftsregister zu bewegen. Diese Obliegenheiten sind das Zuckerbrot des Gesetzgebers, um eine größtmögliche Akzeptanz des Gesellschaftsregisters zu erzielen. Doch gilt wie immer: Kein Grundsatz ohne Ausnahme. Im Zusammenhang mit dem Grundbuch wurde aufgezeigt, dass der Gesetzgeber auch bereit ist, zur Peitsche zu greifen und die GbR notfalls zur Eintragung im Gesellschaftsregister zu zwingen.² Vor diesem Hintergrund stellt sich vor allem für die Gesellschafter, aber auch für andere Akteure (z. B. Registergerichte³, Notare und Geschäftsführer⁴) die Frage, ob das Grundbuch einen *casus extraordinarius* darstellt oder inwieweit das vielbeschworene Konzept der Obliegenheiten an weiteren Stellen durchbrochen wird.

I. Eintragungszwang kraft Treuepflicht

Der Zusammenschluss zur Rechtsgemeinschaft, genauer zur Gesellschaft, bringt nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich. Nur wenn jeder Gesellschafter Rücksicht auf die Interessen seiner Mitgesellschafter und der Gesellschaft walten lässt, sich also treu zu diesen verhält, ist die Gesellschaft nicht schon anfänglich zum Scheitern verurteilt.⁵ Dies zwingt allerdings nicht zur vollständigen Zurückstellung der Interessen des Individuums hinter diejenigen des Kollektivs – das

¹ Siehe nur § 3 S. 59.

² Siehe unter § 2 S. 132 ff.; vgl. außerdem *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1115).

³ Diese können Eintragungspflichten nur durchsetzen, wenn sie um diese wissen, siehe auf S. 232 ff.

⁴ Zu diesen beiden auf S. 215 ff.

⁵ *Hueck*, in: FS Hübner, 1935, S. 72 f.; *ders.*, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht*, S. 12 f.; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (102 ff.) differenziert zwischen Förderpflichten und Rücksichtnahmepflichten.

wäre mit der grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie⁶ und Art. 14 GG zu Recht unvereinbar.⁷

Besonders relevant wird die Frage nach einer Treuepflicht im Rahmen von Einstimmigkeitsentscheidungen.⁸ In diesen Fällen kann bereits ein einzelner Gesellschafter das geplante Vorhaben blockieren. Die wohl bedeutendste Einstimmigkeitsentscheidung im Rahmen der GbR ist die Anmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister gemäß § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F.⁹ Aufgrund der besonders gravierenden Folgen für den einzelnen Gesellschafter, der durch die Registereintragung in das Licht der Publizität gezogen wird, hat der Gesetzgeber die Entscheidung allen Gesellschaftern übertragen.¹⁰ Dementgegen besteht unter Umständen ein existenzielles Interesse der Mitgesellschafter bzw. der Gesellschaft, die Eintragung herbeizuführen. Zöllner hat schon 1979 erkannt, dass Gesellschaftsverträge „statisch konzipiert werden, während Unternehmen sich dynamisch entwickeln, und zwar in einer rasch sich wandelnden Welt dynamisch entwickeln müssen, wenn sie nicht aufhören wollen zu bestehen“.¹¹ Der Anpassungsdruck auf die GbR, der von der sich verändernden Umwelt und Rechtslage ausgeht, kann so hoch sein, dass die Zukunft der Gesellschaft mit der Entscheidung des einzelnen Gesellschafters steht und fällt. Spannungen und Konflikte sind mit Blick auf die widerstreitenden Positionen vorprogrammiert.

1. Ursprung der Treuepflicht

a) Förderpflicht

Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter, entsprechend der Regelung des § 705 Abs. 1 BGB n. F. die Erreichung des vereinbarten Gesellschaftszweckes zu fördern. Schon aus dem Wortlaut dieser Verpflichtung folgt damit, erstens ein gesellschaftsschädliches Verhalten zu unterlassen und zwei-

⁶ *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 53 ff.; *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 30 ff.; *Schwarz*, Treuepflichtlose Pflichten, S. 14 f.; *Stern/Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1554; differenzierend zudem *Flume*, in: *FS 100 Jahre DJT*, Bd. 1, 1996, S. 135 (137 ff.).

⁷ *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 32 stellt zutreffend fest: „Zwar wird die Vertragsfreiheit des Einzelnen durch jene der anderen begrenzt. Allerdings muss jedem Grundrechtsträger ein elementarer, substantieller Bereich eigener Freiheitsbetätigung verbleiben“; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 27, 106.

⁸ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 353 m. w. N.; *Schäfer*, in: *MüKoBGB*, § 705 Rn. 238; *Schöne*, in: *BeckOK BGB*, § 705 Rn. 106.

⁹ Zum Begriff der Einstimmigkeit *Leo*, *NZG* 2023, 959 ff.

¹⁰ Zur Warnfunktion der Einstimmigkeit auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/27635, S. 131.

¹¹ *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 11.

tens Maßnahmen zur Förderung des Gesellschaftszweckes zu ergreifen.¹² Alles andere würde der vertraglich zugesicherten Förderung widersprechen. Ihre Grundlage¹³ findet die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht daher in erster Linie im Gesellschaftsvertrag.¹⁴

Die Förderpflicht der Gesellschafter kann jedoch nicht allein die Grundlage der Treuepflicht sein. Sie gebietet zwar das Handeln zum Wohle der Gesellschaft und schützt damit die Interessen dieser, nicht erklärbar sind damit aber die Rücksichtnahmepflichten auf die Belange der Mitgesellschafter. Wie eingangs angedeutet kann eine Gesellschaft, deren Gesellschafter gegeneinander arbeiten, ebenfalls nicht funktionieren. Es muss daher eine gewisse Rücksichtnahmepflicht geben, wie dies auch in einigen anderen Bereichen einhellig anerkannt ist.¹⁵ Es sei an dieser Stelle etwa auf das Recht der OHG verwiesen. Wird ein OHG-Gesellschafter für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft nach § 126 HGB n. F. (= § 128 HGB) persönlich in Anspruch genommen, so steht ihm ein Regressanspruch gegen die Gesellschaft aus § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. § 716 Abs. 1 BGB n. F. (= § 110 Abs. 1 HGB)¹⁶ und gegen seine Mitgesellschafter zumindest aus § 426 Abs. 1 BGB zu.¹⁷ Der letztgenannte Anspruch gegen die Mitgesellschafter ist nach herrschender Auffassung aufgrund der Treuepflicht subsidiär zu dem gegenüber der Gesellschaft.¹⁸ Mit der Förderpflicht lässt sich diese Rücksichtnahme nicht erklären, da die Geltendmachung eines Anspruches gegen die Gesellschaft gerade nicht für diese förderlich ist.

¹² Schäfer, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 230; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 105.

¹³ Fleischer, DStR 2021, 430 (434).

¹⁴ Siehe nur BGH NJW 2011, 1667 (1669 Rn. 21); Schäfer, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 229; Wertenbruch, in: EBJs HGB, § 105 Rn. 122; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 4; Fleischer, in: Kalss/Torggler, Treuepflichten, S. 43 (45 ff.); Hueck, in: FS Hübner, 1935, S. 72 (76); Jähne, MoPeG, Rn. 125; den Gesellschaftsvertrag als Ausgangspunkt aller Pflichten hervorhebend auch Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 14 ff.; *abw.* wohl Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 101 „aus dem Grundsatz von Treu und Glauben“; Westermann, in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020, § 705 Rn. 49.

¹⁵ Dies wird teilw. als „horizontale Treuepflichtbindung“ bezeichnet, Servatius, GbR, § 705 Rn. 35.

¹⁶ Klimke, in: BeckOK HGB, § 128 Rn. 40.

¹⁷ K. Schmidt/Drescher, in: MüKoHGB, § 128 Rn. 35; Klimke, in: BeckOK HGB, § 128 Rn. 42.

¹⁸ BGHZ 37, 299 (303); BGH NJW 1980, 339 (340); BGHZ 103, 72 (76); BGH NJW-RR 2002, 455 (456); BGH NJW-RR 2008, 256 (257 Rn. 17); BGH NZG 2011, 502 (503 Rn. 13); Klimke, in: BeckOK HGBnF, § 126 Rn. 56; Herchen, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 2, § 31 Rn. 14; die Treuepflicht für den Innenausgleich ausdrücklich anerkennend außerdem BGH NZG 2013, 1334 (1337 Rn. 35).

b) Ergänzung der Förderpflicht

Folglich muss es eine weitere Grundlage geben. Teilweise wird in diesem Zusammenhang die Treuepflicht als eine besondere Ausprägung des § 242 BGB gesehen.¹⁹ Dass der Rückgriff auf diese Allzweckwaffe des Zivilrechtes in diesem Zusammenhang überflüssig ist, zeigt der Rekurs auf die anfänglich beschriebene Problematik.

aa) Änderung des Gesellschaftsvertrages der GbR

Veränderungen in der wirtschaftlichen oder rechtlichen Lage können dazu führen, dass eine oder mehrere Regelungen im Gesellschaftsvertrag nicht mehr zeitgemäß erscheinen. In diesen Fällen muss der Gesellschaftsvertrag an die veränderten Bedingungen angepasst werden. In aller Regel erfolgt eine solche Anpassung durch eine einvernehmliche Einigung der Gesellschafter. Die vorausgehenden Verhandlungen mögen von Zugeständnissen, Kompromissen und Verhandlungstaktiken²⁰ aller Art gezeichnet sein, was aber ganz im Sinne der Privatautonomie ist.²¹ Je höher das notwendige Zustimmungsquorum jedoch ist, desto wahrscheinlicher wird ein Scheitern der Verhandlungen sein. Insbesondere bei einer Einstimmigkeitsentscheidung kommt dem einzelnen Gesellschafter eine erhebliche Machtposition zu. Im Normalfall stellt dies kein Problem dar, da schlimmstenfalls die Änderung des Gesellschaftsvertrages schlicht scheitert. Dies mag für die Mehrheit der Gesellschafter unglücklich sein, ist jedoch ebenfalls Ausfluss der Privatautonomie.²² Anders sieht es allerdings aus, wenn die Gesellschaft ohne die Vertragsänderung erheblich gefährdet wird. Kennt der renitente Gesellschafter seine Machtposition, wird er sich seine Zustimmung teuer bezahlen lassen, was zu Gleichbehandlungsproblemen²³ und weiteren Konflikten führt.²⁴ Ein weiteres Problem kann im Kontext der Einstimmigkeit die Vielzahl der Gesellschafter sein. In wenigen Jahrzehnten erwartet Deutschland eine große Erbschaftswelle,²⁵ wodurch auch Gesellschaften tendenziell immer größer werden.²⁶ Eine Einstimmigkeit zu erzielen,

¹⁹ *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 101.

²⁰ Auch die Kündigung als Druckmittel zur Einigung ist nicht rechtsmissbräuchlich, BGH WM 1977, 736 (738).

²¹ *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 13.

²² BGH NJW 1985, 972 (973), „keine allgemeine Rechtspflicht, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen.“

²³ *Heidel*, in: NK-BGB, Bd. 2/3, § 705 Rn. 204; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 462; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 108 ff.; *Servatius*, GbR, § 705 Rn. 35.

²⁴ *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 13 spricht eingängig von „Raubtiergesellschaftern“.

²⁵ Vgl. die Analyse „Erben in Deutschland 2015–24: Volumen, Verteilung und Verwendung“, S. 21 f., https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen_Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

²⁶ *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 14.

wird bei zunehmend pluralistischen Interessen schwierig. Es liegt daher nahe zu fragen, ob der Gesellschafter vor dem Hintergrund seiner Treuepflicht zur Gesellschaft verpflichtet ist, seine Zustimmung zu erteilen.

Aus der Förderpflicht kann eine solche Verpflichtung nicht folgen. Diese besteht nach § 705 Abs. 1 BGB n.F. nur „in der durch den Vertrag bestimmten Weise“. Vorliegend soll der Vertrag aber gerade geändert werden.²⁷

Möglicherweise könnte eine ergänzende Vertragsauslegung die Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages begründen.²⁸ Dieser Ansatz bereitet hingegen einige Schwierigkeiten. Der Gesellschaftsvertrag wird durch die Einführung des Gesellschaftsregisters nicht lückenhaft. Die Reform ist nicht so zu verstehen, dass es einer neuen Entscheidung der Gesellschafter bedarf, welcher Form der GbR (nicht rechtsfähige, rechtsfähige oder eingetragene GbR) ihre Gesellschaft zugehören soll. Vielmehr wird der *Status quo* beibehalten, sodass jede bisher nach außen auftretende Gesellschaft auch weiterhin eine rechtsfähige, nicht eingetragene GbR bleibt. Das Gesetz eröffnet fortan vielmehr die positive Möglichkeit, die Rechtsform durch eine Eintragung im Register aktiv zu modifizieren. Insoweit unterscheidet sich die Gesellschaftsregistereintragung nicht von dem gänzlichen Rechtsformwechsel durch die Eintragung im Handelsregister, etwa zur OHG. Die ergänzende Vertragsauslegung vermag aber eine solche – für die Eintragung im Gesellschaftsregister notwendige – Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht zu begründen, sondern kann nur Lücken schließen.²⁹

Unter Ablehnung einer Anpassungspflicht wird daher, wie in den oben genannten Fällen, schlicht auf die Privatautonomie verwiesen.³⁰ Dass dieser Ansatz jedoch zu inakzeptablen Ergebnissen führt, wird besonders deutlich mit Blick auf die Änderungen durch das Gesellschaftsregister. Die Verweigerung der Zustimmung zur Eintragung durch einen einzigen Gesellschafter kann die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft bedeuten, insbesondere wenn für den Gesellschaftszweck eine Voreintragung notwendig ist. Lehnt man eine Treuepflicht zur Vertragsänderung ab, dann gibt es in dieser Situation nur zwei Möglichkeiten: Einigung oder Auflösung. Kommt keine Einigung zustande, muss die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert werden. In diesem Zuge würde es bei einer Immobiliengesellschaft im Zweifel

²⁷ In dem Sinne wohl auch Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 2 Fn. 9.

²⁸ Die ergänzende Vertragsauslegung als Grundlage der Treuepflicht wird etwa angenommen von Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 25 ff.

²⁹ So schon RGZ 87, 211 (213 f.); RG Urt. v. 21. 09. 1932, Az. 195/32, HRR 1933 Nr. 1573; nachfolgend u. a. BGHZ 9, 273 (278); BGHZ 90, 69 (77); Piper, in: BGB-RGRK, § 157 Rn. 103; Busche, in: MüKoBGB, § 157 Rn. 55; Lettl, AcP 202 (2002), 3 (14); Roth, in: Staudinger BGB, § 157 BGB, Rn. 39; Mayer-Maly, in: FS Flume, 1978, S. 621 (625); Geibel, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 66; Armbrüster, in: Erman BGB, § 157 Rn. 23; Looschelders, in: NK-BGB, Bd. 1, § 157 Rn. 25; ähnlich Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 25 ff.; weitergehend Flume, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. 1, 1996, S. 135 (197).

³⁰ Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 26.

zur Zwangsversteigerung der Vermögenswerte kommen.³¹ Eine solche Zwangsversteigerung erzielt häufig nicht nur Erlöse deutlich unter dem Marktwert, auch gesamtwirtschaftlich betrachtet würde eine massenhafte Auflösung von handlungsunfähigen Immobilien-GbR zu einem wirtschaftlichen Chaos führen. Alles in allem können das also keine wünschenswerten Zustände sein.³²

bb) Die ungeschriebene Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel

Bei näherer Betrachtung wird jedoch ersichtlich, dass die Privatautonomie einer anderen Lösung nicht entgegensteht. Der Gesellschaftsvertrag ist zwar ein Schuldverhältnis, allerdings mit der Besonderheit, dass er eine Gemeinschaft schafft.³³ Im Rahmen dieser Gemeinschaft unterwerfen sich alle Gesellschafter dem Gesellschaftszweck und verpflichten sich zur Förderung dessen. Sie nehmen dabei auch eine Einschränkung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit hin. Es steht ihnen jederzeit frei, die Gesellschaft zu verlassen und somit ihren unbegrenzten Handlungsspielraum zurückzugewinnen. Gehen sie diesen Schritt jedoch nicht, so müssen sie Rücksicht auf die Interessen der anderen nehmen und gegebenenfalls Einschränkungen hinnehmen.

Zur Begründung der beschriebenen Einschränkung bedarf es aber nicht des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB.³⁴ Vielmehr zeigt die Natur des Schuldverhältnisses auf, dass eine solche Verpflichtung bereits aus dem Gesellschaftsvertrag folgen kann. Häufig wird sich in einem professionell ausgearbeiteten Gesellschaftsvertrag eine sog. Anpassungsklausel finden. Diese kann etwa lauten: „Sollten sich die dem Vertrag zugrunde liegenden technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich ändern, so daß die Durchführung des Vertrages unter den bisherigen Bedingungen für einen der Vertragspartner eine unbillige Härte bedeuten würde, so werden die Partner eine Anpassung des Vertrages im Sinne eines vernünftigen und billigen Interessenausgleiches herbeiführen.“³⁵ In diesem Fall ist unzweifelhaft, dass sich die Parteien zur Anpassung des Vertrages verpflichtet sehen.³⁶ Eine Anpassungsklausel kann *expressis verbis* im Gesellschaftsvertrag vorhanden sein, muss es jedoch nicht. Da der Gesellschaftsvertrag formfrei geschlossen werden kann, müssen nicht alle Rege-

³¹ Siehe dazu noch auf S. 203.

³² Legt man das Verständnis von Schwarz zugrunde, dann hilft auch der § 313 BGB nicht. Durch die Voreintragung würde der Gesellschafter zusätzlich belastet werden, siehe dazu Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 54 ff.

³³ Ähnlich Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindung im GmbH-Recht, S. 10; zur Doppelnatur des Vertrages auch Wertenbruch, ZPG 2023, 1 (2).

³⁴ Siehe zu den anderen Erklärungsansätzen Fleischer/Harzmeier, NZG 2015, 1289 (1290) m. w. N.

³⁵ So formuliert Salje, NZG 1998, 161.

³⁶ Eine solche Klausel stellt auch keine bloße Wiedergabe von § 313 BGB dar, Baur, ZIP 1985, 905 (907).

lungen ausdrücklich niedergeschrieben sein, vielmehr sind auch konkludente Regelungen und Ergänzungen möglich.³⁷ Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages darf jeder Gesellschafter davon ausgehen, dass sich die Mitgesellschafter weder ihm noch der Gesellschaft gegenüber illoyal verhalten. Zu Recht wurde daher schon früh erkannt: „Treubindungen sind das Korrelat eingeräumten Vertrauens, und ihre Intensität hängt direkt ab vom Maß des der Natur der Sache nach implizierten Vertrauens“.³⁸ Besinnt man sich vor diesem Hintergrund auf die Besonderheiten des Schuldverhältnisses, liegt es nahe, von einer Art sachgedanklichem Mitbewusstsein auszugehen, in dessen Folge eine konkludent vereinbarte, ungeschriebene Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel Inhalt jedes Personengesellschaftsvertrages ist.³⁹ Die Klausel flankiert die Förderungspflicht des Gesellschaftszweckes und begründet durch dieses Zusammenwirken die Treuepflicht.⁴⁰ Die hierdurch geschaffene Möglichkeit zum schonenden Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen wird die Zusammenarbeit der Gesellschafter auch unter veränderten Bedingungen gewährleisten, ohne dass es zu einem übermäßigen hoheitlichen Eingriff in die Privatautonomie kommt.⁴¹

³⁷ Statt aller *Koch/Harnos*, in: Koch Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 12 f.

³⁸ *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 34.

³⁹ Tendenziell wohl auch BGH NJW 2015, 2882 (2884 Rn. 23). Dieser stellt fest: „Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftserlichen Treuepflicht [...]. Der Gesellschaftsvertrag muss jedoch [...] keine ausdrückliche Regelung enthalten. Diese Treuepflicht ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diese Treuepflicht ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierender Regelungen enthalten [...]“. Der BGH stellt damit klar, dass die Treuepflicht aus dem Vertrag und nicht dem Gesetz (Stichwort: § 242 BGB) folgt. Gleichzeitig soll zum einen jedes Gesellschaftsverhältnis erfasst sein, was gegen die ergänzende Vertragsauslegung als Grundlage spricht, und zum anderen soll bei einer ausdrücklichen Regelung der Inhalt der Treuepflicht dieser entsprechen. Letzteres legt den Schluss nahe, dass die Treuepflicht stets aus einer Vertragsklausel folgt und bei einer ausdrücklichen Regelung an ihrem Wortlaut gemessen werden kann.

⁴⁰ Die Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel kann zwar durch ausdrückliche Regelung modifiziert, aber nicht dispensiert werden. Dies folgt aus der besonderen Natur des Schuldverhältnisses. Es handelt sich um einen notwendigen Vertragsbestandteil. Genauso wie es keine zwecklose GbR geben kann, ist eine treulose Gesellschaft undenkbar, denn sie würde zum einen die Verfehlung des Gesellschaftszweckes bereits in sich tragen und zum anderen den verfassungsrechtlich geforderten Freiheitsausgleich vermissen lassen, siehe dazu Fn. 7, außerdem *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 592 „Wie jedes Rechtsverhältnis, so begründet auch jedes Verbandsrechtsverhältnis Loyalitätspflichten“; vgl. weiterführend zur Unabdingbarkeit der Treuepflicht *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289 (1295 ff.).

⁴¹ Die Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel begründet in erster Linie die Pflicht zu Verhandlungen. Wenn diese scheitern oder nicht zustande kommen, besteht ein Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung nach den nachfolgend aufgezeigten Kriterien. Der Anspruch ist damit vertraglicher Natur und schont die Privatautonomie, vgl. *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 39 a. E.

2. Zustimmungspflicht im Fall der (e)GbR

a) Maßstabsbildung

Die Reichweite der Treuepflicht lässt sich nur mit Blick auf das konkret betroffene Recht bestimmen. Generell lässt sich im Sinne einer Je-mehr-desto-Formel sagen, dass je mehr der Gesellschaftszweck von der Mitwirkung des Gesellschafters im Einzelfall abhängt, desto größeren Einfluss hat die Treuepflicht.⁴² Gemeinhin wird zwischen eigennützigen und uneigennützigen Rechten unterschieden.⁴³ Während die Treuepflicht naheliegenderweise auf uneigennützige Rechte einen hohen Einfluss hat, wurden eigennützige Rechte dem Gesellschafter gerade zur Wahrung seiner Interessen verliehen. In der Folge müssen besondere Gründe angeführt werden, um zu rechtfertigen, weswegen ausnahmsweise die Interessen der Gesellschaft denen des berechtigten Gesellschafters vorgehen.⁴⁴ Das stärkste eigennützige Recht ist immer das Zustimmungsrecht zur Vertragsänderung. Der Bundesgerichtshof hat daher zu Recht hohe Hürden für die Annahme einer Zustimmungspflicht statuiert.⁴⁵ Erstens muss es sich um einen besonderen *Ausnahmefall* handeln. Nicht jede Veränderung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage kann vom *Pacta-sunt-servanda*-Grundsatz dispensieren und zu einer Anpassung zwingen; dies gilt nur für tiefgreifende Veränderungen. Zweitens muss die Anpassung unter Berücksichtigung der bisherigen Gesellschaftsverhältnisse und der Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander *erforderlich* sein. Dies ist der Fall, wenn mit der Entscheidung die Erreichung des Gesellschaftszweckes steht und fällt und/oder den Gesellschaftern wesentliche Verluste drohen. Drittens muss die Vertragsanpassung dem sich weigernden Gesellschafter *zumutbar* sein. Es dürfen demnach keine schützenswerten Belange der Vertragsänderung entgegenstehen, was letztlich auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausläuft. Die vorzugsweise anzunehmende, ungeschriebene Anpassungsklausel ist entsprechend dieser Kriterien auszulegen.

⁴² Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 343; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 102; Schäfer, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 231.

⁴³ Schäfer, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 231; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 103.

⁴⁴ Hueck, Das Recht der OHG, S. 173 f.; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 103; Habermeier, in: Staudinger BGB, § 705, Rn. 51.

⁴⁵ Besonders deutlich zum Ganzen in BGH NJW 1961, 724 f.; aber auch BGH BB 1954, 456; WM 1956, 352; NJW 1960, 434; BGHZ 44, 40 (41); BGH NJW 1970, 706; BGHZ 64, 253 (257); BGH NJW 1985, 974 f.; NJW 1987, 952 (953); BGHZ 183, 1 (8 Rn. 23); BGH NJW 2011, 1667 (1679 Rn. 20); NJW 2015, 2882 (2884 Rn. 22); OLG Hamm, NZG 2000, 252 (253); OLG München NZG 2001, 793 (794); Zöllner, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 25; Servatius, GbR, § 705 Rn. 57; Hueck, Das Recht der OHG, S. 173 f.; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 106; ders., ZIP 2015, 501 (606 ff.); Roth, in: Hopt HGB, § 105 Rn. 64; Hadding/Kießling, in: Soergel BGB, § 705 Rn. 63; Schäfer, in: MüKoBGB, § 705 Rn. 239; siehe auch Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 144 ff.; Holler/Mann, NZG 2021, 402 (408 f.); kritisch Schwarz, Treuepflichtlose Pflichten, S. 70 ff.; ablehnend Kollhossler, in: FS Westermann, 1974, S. 275 ff.; ders., in: FS Bärmann, 1975, S. 533 ff.

b) Einführung des Gesellschaftsregisters

aa) Ausnahmefall

Ob es sich um einen Ausnahmefall handelt, hängt maßgeblich vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses ab. Dass die seit Jahrzehnten größte Reform des Personengesellschaftsrechts für Bestandsgesellschaften einen Ausnahmefall darstellt, dürfte wohl niemand ernsthaft bestreiten. Anderes gilt, wenn die GbR erst nach dem 01.01.2024 errichtet wird, denn dann handeln die Gesellschafter in Kenntnis der neuen Rechtslage.⁴⁶ Die Achtung vor der Privatautonomie gebietet es in diesem Fall, grundsätzlich auf eine Verhandlungslösung zu setzen oder die Gesellschaft aufzulösen und mit den willigen Gesellschaftern neu zu errichten. Wurde hingegen in Kenntnis der Rechtslage ein Gesellschaftszweck gewählt, welcher die Voreintragung erfordert, so verpflichtet sich der Gesellschafter bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, diesen nicht zu hintertreiben (Es gilt: *protestatio facto contraria non valet*). In der Folge muss der Gesellschafter entweder den im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag bereits angelegten Plan, die Gesellschaft registrieren zu lassen, weiter mitverfolgen oder er kann seine Mitgliedschaft nach § 725 BGB n. F. kündigen.⁴⁷

bb) Erforderlichkeit

Nimmt man daher zumindest für die Bestandsgesellschaften einen Ausnahmefall durch die Einführung des Gesellschaftsregisters an, so stellt sich die Frage, ob eine Vertragsänderung auch erforderlich ist. Hierfür ist zunächst die Notwendigkeit festzustellen. Es müssen also etwa die Verfehlung des Vertragszweckes oder wesentliche Verluste für die Gesellschafter drohen. Weiterhin muss die Vertragsänderung auch das relativ mildeste Mittel unter Berücksichtigung der Nachteile für die Minorität sein.⁴⁸

(1) Notwendigkeit

Die Eintragung im Gesellschaftsregister ist in den weit überwiegenden Fällen freiwillig. Sie mag zwar für viele Gesellschaften förderlich sein, etwa durch ein größeres Vertrauen des Rechtsverkehrs oder eine erhöhte Kreditwürdigkeit,⁴⁹ dies kann für die Notwendigkeit jedoch noch nicht ausreichen. Förderlich können viele

⁴⁶ Weniger kritisch *John*, NZG 2022, 243 (244).

⁴⁷ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1121).

⁴⁸ Teilweise ähnlich auch *Schöne*, ZIP 2015, 501 (606 ff.); *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 144 ff.

⁴⁹ Siehe Fn. 83 und auf S. 240; außerdem *Wertenbruch*, GmbHR 2020, R195 (R196 f.).

Entscheidungen sein. Damit aber der Eingriff in die Rechte des Gesellschafters gerechtfertigt ist, muss es sich um dringend notwendige Maßnahmen handeln. Die Anmeldung der Gesellschaft ist jedenfalls dann notwendig, wenn die Gesellschaft eine echte und durchsetzbare Rechtspflicht zur Eintragung trifft.⁵⁰ Auch abseits dieser eher eindeutigen Notwendigkeit kann sich eine solche aus dem vereinbarten Gesellschaftszweck ergeben.⁵¹

Exemplarisch sei zunächst die Beteiligungsgesellschaft genannt. Richtet sich der Gesellschaftszweck auf die Beteiligung an einer GmbH, so besteht ein Voreintragungserfordernis für die Aufnahme in die Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. Ohne die Voreintragung kann die Gesellschaft keine Gesellschafterrechte ausüben.⁵²

Noch deutlicher wird die Lage bei einer Immobiliengesellschaft, die nach den derzeitigen Regelungen im Grundbuch eingetragen ist. Diese kann, wie aufgezeigt, weder ihre Bestandsimmobilien dinglich wirksam veräußern noch neues Grundstückseigentum dinglich wirksam erwerben.⁵³ Bei einer GbR, deren Zweck auf sog. Fix&Flip-Geschäfte, also den Ankauf, die Renovierung und den anschließenden Weiterverkauf von Immobilien, gerichtet ist, führt dies zur Handlungsunfähigkeit.⁵⁴ Würde man die Notwendigkeit und mithin die Treuepflicht in solchen Fällen ablehnen, würde dies zu erheblichen Folgeproblemen führen.

Sofern bei einer Gesellschaft kein Konsens über die Eintragung erzielt werden kann, bleibt nur deren Auflösung nach § 732 BGB n. F. und in der Folge die Liquidation gemäß §§ 735 ff. BGB n. F.⁵⁵ Es stellt sich dann die Frage, wie mit den vorhandenen Grundstücken zu verfahren ist. Eine Veräußerung der Grundstücke kann auch durch die Liquidatoren (was im Übrigen i. d. R. die Gesellschafter in Gesamtvertretung sind, § 736 Abs. 1 BGB n. F.) gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F. nicht ohne eine Voreintragung erfolgen. Nach bisherigem Recht kann es bei der Auseinandersetzung einer GbR zur Zwangsversteigerung von Immobilien gemäß §§ 731 S. 2 i. V. m. 753 BGB i. V. m. §§ 180 ff. ZVG kommen.⁵⁶ Die Gesellschaft wird in diesen Fällen einer Bruchteilsgemeinschaft gleichgestellt. Diese Verweisung wurde jedoch durch das MoPeG gestrichen, mit dem schlichten Verweis auf das Liquidationsverfahren.⁵⁷ Die Argumentation mag zwar für Neugesellschaften

⁵⁰ Dazu unter § 4 S. 132 ff., § 5 S. 229 f.

⁵¹ Siehe auch *John*, NZG 2022, 243 (244).

⁵² Zur GmbH-Gesellschafterliste noch auf S. 217 f.

⁵³ Siehe unter § 4 S. 124 ff.

⁵⁴ Die Handlungsunfähigkeit als Kriterium sehen auch etwa *Freier*, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (139) und *Heckschen/Knaier*, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 86. Lfg. 8/2023, § 9 Rn. 228p.

⁵⁵ Siehe zur Liquidation der GbR nach dem MoPeG *Schäfer*, in: FS Heidinger, 2023, S. 429 ff.

⁵⁶ So auch noch BGH NZG 2021, 1309 (1310 Rn. 8) m. w. N.

⁵⁷ BT-Drs. 1927635, S. 187; *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 736d Rn. 14, der auf das durch die OHG erprobte Modell verweist, bei dem sich ein vergleichbares Problem aber nicht stellt.

überzeugen – diese sind entweder eingetragen und in der Lage, entsprechend zu veräußern, oder können erst gar kein Grundstückseigentum erwerben –, taugt jedoch nicht für Bestandsgesellschaften. Die Behandlung der eintragungsunwilligen Gesellschaft im Liquidationsstadium wurde vom Gesetzgeber schlicht übersehen. Es bietet sich daher an, die planwidrige Regelungslücke durch eine fortgesetzte analoge Anwendung von § 753 Abs. 1 BGB zu schließen.⁵⁸

Die fehlende Regelung und die dadurch entstehenden Rechtsunsicherheiten zeigen jedenfalls, dass insbesondere bei Gesellschaften mit Immobiliervermögen die Eintragung notwendig ist. Vorbehaltlich der anderen Merkmale hätte dies den Vorteil, dass die Analogie zu § 753 Abs. 1 BGB auf die wenigen Fälle begrenzt werden könnte, in denen eine Treuepflicht ausnahmsweise abzulehnen ist.

Festzuhalten bleibt, dass die Notwendigkeit der Gesellschaftsregistereintragung von der drohenden Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft abzuleiten ist. Sofern der Gesellschaftszweck demnach auch die Betätigung in Geschäftsfeldern zulässt, welche die Registrierung der Gesellschaft nicht erfordern, ist die Gesellschaft nicht handlungsunfähig und eine Treuepflicht zur Zustimmung ist abzulehnen.⁵⁹ Solange die alternativen Geschäftsbereiche nicht von gänzlich untergeordneter Bedeutung sind, reicht die höhere Profitträchtigkeit der die Eintragung erfordernden Geschäftsfelder nicht aus, um vom Grundsatz der privatautonomen Einigung abzuweichen.

(2) *Relativ mildeste Mittel*

Die Eintragung ist daher nicht nur geeignet und notwendig, sie ist neben der Auflösung der Gesellschaft auch das einzige Mittel, um die Problemlage zu lösen.⁶⁰ Es handelt sich daher um das relativ mildeste Mittel.

cc) Zumutbarkeit

Zuletzt müsste die Zustimmung zur Vertragsänderung dem eintragungsunwilligen Gesellschafter auch zumutbar sein. Das wäre dann der Fall, wenn es entweder keine schutzwürdigen Belange des Gesellschafters gibt oder diese Belange in krassem Missverhältnis zu den Interessen der Gesellschaft stehen.⁶¹

⁵⁸ Zu den Voraussetzungen einer Analogie auch § 4 Fn. 225.

⁵⁹ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1121).

⁶⁰ Insbesondere kann nicht auf die Zustimmung des sich weigernden Gesellschafters verzichtet werden, da ansonsten das Registergericht im Rahmen des Anmeldeverfahrens stets eine unverhältnismäßige, umfassende Prüfung der Einzelheiten vornehmen müsste; siehe dazu *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1121).

⁶¹ Siehe oben auf S. 201.

Der Gesellschafter, welcher der Vertragsänderung widerspricht, kann sich zunächst darauf berufen, dass eine Anmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister mit einigen Kosten verbunden ist, welche die Gesellschaft und damit, zumindest mittelbar, er selbst zu tragen hat.⁶² Diesbezüglich ist jedoch bereits die Schutzwürdigkeit abzulehnen, da die Kosten der Eintragung im Verhältnis zu den Folgekosten im Falle einer Auflösung der Gesellschaft verschwindend gering sind. Wie bereits beschrieben müsste die ohne die Vertragsänderung handlungsunfähige Gesellschaft liquidiert werden, was typischerweise zu Vermögensnachteilen führt, sei es durch die Zwangsversteigerung von Immobilien unter Marktwert oder durch die Mehrkosten einer verfrühten Darlehensrückzahlung. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtung, wie sie auch der Bundesgerichtshof im Jahre 2009 („Sanieren oder Ausscheiden“) vorgenommen hat, steht der Gesellschafter daher bei der Annahme einer Zustimmungspflicht oder einem Austritt unter Abfindung (§ 728 BGB n. F.)⁶³ besser da als bei einer anderenfalls notwendigen Liquidation.⁶⁴

Weiterhin wird der Gesellschafter anführen, dass er durch die Registrierung der Gesellschaft sowohl der Publizität des Gesellschaftsregisters als auch der Folgeeintragung im Transparenzregister ausgesetzt ist. Bei diesen beiden Punkten handelt es sich grundsätzlich um schutzwürdige Belange. Würde es sich um eine neu gegründete Gesellschaft handeln, wären dies legitime Bedenken, weswegen kein die Gesellschaftsregistereintragung erfordernder Gesellschaftszweck gewählt wird. Nicht so bei Bestandgesellschaften mit Grundstückseigentum oder Beteiligungen. Die Gesellschafter dieser Gesellschaften sind bereits aus dem Grundbuch und/oder dem Handelsregister ersichtlich. Die Zentralisierung der Informationen ist, anders als die Eintragung im Transparenzregister,⁶⁵ nur eine unwesentliche zusätzliche Belastung.⁶⁶ Im Verhältnis zu den anderenfalls drohenden Nachteilen für die Gesellschaft sind diese Auswirkungen aber, insbesondere auch der Verwaltungsmehraufwand,⁶⁷ von lediglich untergeordneter Bedeutung.

⁶² Der für die Notarkosten der Erstanmeldung einer GbR relevante Geschäftswert liegt gemäß § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG n. F. bei 45.000 Euro, sofern die Gesellschaft nur zwei Gesellschafter hat. Anderenfalls erhöht sich der Geschäftswert um 15.000 Euro für jeden weiteren Gesellschafter. In der Folge entstehen mindestens 108,50 Euro Notarkosten. Hinzu kommt eine Festgebühr von 100 Euro gemäß Nr. 1101 GV HRegGebV n. F. für das Registergericht, sofern die Gesellschaft maximal drei Gesellschafter hat. Auch hier fallen für jeden weiteren Gesellschafter Zusatzkosten an, diesmal i. H. v. 40 Euro je Gesellschafter (Nr. 1102 GV HRegGebV n. F.). Schließlich ergibt sich aus Nr. 6000 GV HRegGebV n. F. noch eine zusätzliche Gebühr in Höhe eines Drittels der für die Eintragung bestimmten Gebühr. Diese Gebühr kompensiert die weggefallenen Kosten für den Abruf aus dem Gesellschaftsregister, siehe § 2 S. 30. Günstigstenfalls entstehen somit Gesamtkosten von etwa 242 Euro für die Ersteintragung der GbR im Gesellschaftsregister. Siehe hierzu *Wagner*, in: Berkefeld/Sikora/Wagner, Handelsregisteranmeldungen, S. 543 Rn. 34 ff.; *Böhringer/Melchior*, in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, S. 68 ff.

⁶³ Siehe zur Abfindung nach dem MoPeG ausführlich *Walter*, ZIP 2022, 2587 (2588 ff.).

⁶⁴ BGHZ 183, 1 (12 Rn. 32).

⁶⁵ *John*, NZG 2022, 243 (244); *Goette*, DStR 2021, 1551 (1555); auch unter § 2 S. 32 ff.

⁶⁶ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1121).

⁶⁷ Siehe erneut unter § 2 S. 32 ff.

Zuletzt wäre anzuführen, dass das Register nicht nur die Publizität an sich mit sich bringt, sondern auch und vor allem den Publizitätsschutz des § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. i. V. m. § 15 HGB, dem aufgrund der fehlenden Löschungsmöglichkeit auch nicht entkommen werden kann.⁶⁸ Dem ist wiederum entgegenzuhalten, dass der Gesellschafter durchaus Einfluss auf die Korrektheit des Registers hat. Er kann zwar trotz seiner grundsätzlichen Vertretungsmacht wegen § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. eine Berichtigung von unrichtigen Eintragungen nicht allein bewirken; da es sich jedoch bei späteren Änderungen um eintragungspflichtige Vorgänge handelt (insbesondere die für den Gesellschafter wichtigste Änderung des eigenen Ausscheidens aus der Gesellschaft, § 707 Abs. 3 S. 2 BGB n. F.),⁶⁹ reicht eine Mitteilung an das Registergericht aus, welches die Eintragung daraufhin erzwingen kann. Auch die fehlende Möglichkeit der gewillkürten Löschung führt zu keinem gewichtigen schutzwürdigen Belang. Da es sich um eine Gesellschaft handelt, deren Gesellschaftszweck die Voreintragung erfordert, wäre eine Löschung aus dem Gesellschaftsregister, selbst wenn dies möglich wäre, ohnehin unstatthaft, denn in diesem Falle würde sich die Gesellschaft wieder in der handlungsunfähigen Ausgangslage wiederfinden.

Die Zustimmung zur Vertragsänderung ist dem Gesellschafter daher zumutbar. In der Folge kann es eine Verpflichtung geben, einer Vertragsänderung zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister zuzustimmen, selbst wenn die Gesellschaft vor dem Inkrafttreten des MoPeG gegründet wurde.⁷⁰

c) Die Durchsetzung des privatrechtlichen Eintragungszwanges

Anders als in den Fällen des Grundbuches⁷¹ und den noch nachfolgend zu erläuternden Situationen⁷² handelt es sich bei der verpflichtenden Zustimmung zur Eintragung der Gesellschaft kraft Treuepflicht nicht um eine öffentlich-rechtliche Pflicht. In der Folge kann diese Verpflichtung nicht durch das Registergericht durchgesetzt werden.⁷³ Es obliegt hingegen den Gesellschaftern, die

⁶⁸ Dazu noch auf S. 230 ff.

⁶⁹ Zum Schicksal der Gesellschaft im Falle des Ausscheidens siehe nur *Freiherr v. Proff*, NZG 2023, 147 ff.

⁷⁰ Im Ergebnis ähnlich *Freier*, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (139); *Luy/Sorg*, DNotZ 2023, 657 (660 f.); *John*, NZG 2022, 243 (244); zu weitgehend *Stock*, NZG 2023, 361 (367 f.); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (170), welche eine Treuepflicht schon beim Vorliegen eines internen Mehrheitsbeschlusses, welcher ohne die Voreintragung nicht durchgeführt werden kann, annehmen wollen. Dies kann angesichts der auf S. 201 dargestellten engen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Gesellschaftsvertragsänderung nicht überzeugen. Im Ergebnis könnte ansonsten die grds. einstimmig vorzunehmende Grundlagenentscheidung durch eine Geschäftsleitungsmaßnahme – für welche häufig abweichende Quoren vereinbart werden – unterlaufen werden.

⁷¹ Siehe unter § 4 S. 132 ff.

⁷² Siehe auf S. 208 ff.

⁷³ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 8; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 14 Rn. 6.

Voraussetzungen zur Anmeldung der Gesellschaft beim Gesellschaftsregister herbeizuführen. Sie können daher gegen den renitenten Gesellschafter mit dem Ziel klagen, seine Willenserklärung durch das Urteil gemäß § 894 S. 1 ZPO⁷⁴ zu ersetzen.⁷⁵ Dann müssen sie allerdings ein rechtskräftiges Urteil erstreiten, was mitunter einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Alternativ können sie bereits mit dem ersten (vorläufig) vollstreckbaren Urteil die Eintragung der Gesellschaft gemäß § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 16 Abs. 1 S. 1 HGB herbeiführen.⁷⁶ Es handelt sich insoweit bei dem § 16 Abs. 1 S. 1 HGB um das privatrechtliche Pendant zu § 14 HGB.⁷⁷ Sofern das Verhältnis allerdings endgültig zerrüttet ist, bleibt die Option des Ausschlusses gemäß § 727 BGB n. F.⁷⁸ Dann muss allerdings nach § 728 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. – damit im Unterschied zur Klage auf Zustimmung – eine angemessene Abfindung gezahlt werden.⁷⁹

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass in jeder GbR Treuepflichten gelten. Ihren Ausgangspunkt findet diese Pflicht zunächst in der Förderpflicht. Wo diese an ihre Grenzen stößt, etwa im Bereich der Rücksichtnahme oder der Vertragsänderung, wird diese nach der hier vorgeschlagenen Lösung durch eine ausdrücklich oder konkludent vereinbarte Anpassungs- und Rücksichtnahme Klausel ergänzt. Diese dogmatische Grundlage ist insbesondere vor dem Hintergrund der Einführung des Gesellschaftsregisters die gegenüber dem Ansatz der ergänzenden Vertragsauslegung vorzugswürdige Lösung, da letztere keine Änderung des Gesellschaftsvertrages zu begründen vermag. Die Anpassungs- und Rücksichtnahme Klausel ist dahingehend auszulegen, dass eine Zustimmungspflicht zu Vertragsänderungen besteht, wenn dies in einem Ausnahmefall erforderlich und zumutbar ist. Die Reform des Personengesellschaftsrechts stellt jedenfalls für die Bestandsgesellschaften einen Ausnahmefall dar. Bei den neu gegründeten Gesellschaften ist dagegen im Einzelfall zu prüfen, ob durch die Wahl des Gesellschaftszweckes das Erfordernis zur Registrierung bereits determiniert wurde. Sofern für die Bestandsgesellschaften weiterführend die Erforderlichkeit zu prüfen ist, so ist diese in jedem Fall bei einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Voreintragung anzunehmen. Häufig wird die Erforderlichkeit auch zu bejahen sein, wenn

⁷⁴ Diese Norm ist auch im Registerrecht anwendbar, siehe *Preuß*, in: Oetker HGB, § 16 Rn. 5; *Seibel*, in: Zöller, ZPO, § 894 Rn. 3; *Kießling*, in: HK-ZPO, § 894 Rn. 4; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 16 Rn. 4; *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 16 Rn. 3.

⁷⁵ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1122); kritisch *Stock*, NZG 2023, 361 (368).

⁷⁶ *Preuß*, in: Oetker HGB § 16 Rn. 18; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 16 Rn. 4; *ders.*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 53.

⁷⁷ *Müther*, in: BeckOK HGB, § 16 Rn. 1.

⁷⁸ *Stock*, NZG 2023, 361 (368).

⁷⁹ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1122).

anderenfalls die Zweckverfehlung der Gesellschaft droht. Sofern dies nicht der Fall ist, muss vor dem Hintergrund der Privatautonomie auf eine Verhandlungslösung oder die Auflösung der Gesellschaft verwiesen werden. Falls hingegen sowohl der Ausnahmefall als auch die Erforderlichkeit gegeben sind, wird die Vertragsänderung in aller Regel auch zumutbar sein. Stets verbleibt dem sich weigernden Gesellschafter die Möglichkeit zur Kündigung der Mitgliedschaft gemäß § 725 BGB n. F.⁸⁰ Wenn der Gesellschafter zur Zustimmung verpflichtet ist, in der Gesellschaft verbleibt und trotzdem seine Zustimmung verweigert, so können die anderen Gesellschafter seine Zustimmung ersetzen lassen (§ 894 S. 1 ZPO/§ 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 16 Abs. 1 S. 1 HGB) oder ihn gegen Zahlung einer Abfindung aus der Gesellschaft ausschließen.

II. Eintragungszwang kraft Beteiligung?

Der Begriff des Eintragungszwanges muss aus verschiedenen Perspektiven betrachtet werden. Zum einen kann ein solcher Zwang gesellschaftsintern bestehen, wenn, wie im oben genannten Fall, der Gesellschafter aufgrund seiner Treuepflicht die Zustimmung zur Anmeldung der GbR beim Gesellschaftsregister erteilen muss. Zum anderen kann aber auch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung bestehen und somit zu einem Eintragungszwang führen. Eine derartige Anmeldepflicht wurde bereits für bestimmte Konstellationen der ins Grundbuch einzutragenden/eingetragenen GbR angenommen.⁸¹ Ähnlich könnte die Lage der GbR sein, welche als Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist oder zukünftig sein möchte.

1. Beteiligung an einer Personengesellschaft (OHG, KG, eGbR)

a) Eintritt in eine andere Gesellschaft

Die erste Konstellation, in der sich die Frage nach einer Eintragungspflicht der GbR im Gesellschaftsregister stellt, ist der Neuerwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft. Zur Beantwortung dieser Frage soll primär die Lage der angestrebten Beteiligung einer GbR an einer OHG betrachtet werden, da sich die Frage nach einer Anmeldepflicht für bestehende Beteiligungen anschließen wird und eine bestehende Beteiligung an einer eGbR vor dem 01.01.2024 denklogisch ausgeschlossen ist. Über § 161 Abs. 2 HGB n. F. gelten die Ausführungen aber auch entsprechend für die KG und sinngemäß für die zukünftige Beteiligung an einer eGbR, wobei die Besonderheiten, die sich bei der zuletzt genannten Gesellschaftsform stellen, an gegebener Stelle hervorgehoben werden.

⁸⁰ Unter Umständen kann sogar eine fristlose Kündigung gemäß § 725 Abs. 3 BGB n. F. in Betracht kommen.

⁸¹ Siehe § 4 S. 132 ff. und § 4 S. 185 ff.

aa) Wirksamkeit der Beteiligung

Grundvoraussetzung, damit eine Gesellschaftsregistereintragung infolge der Beteiligung an einer anderen Personengesellschaft erzwungen werden kann, ist die Möglichkeit der materiell wirksamen Beteiligung ohne eine solche. Es wurde zwar bereits festgestellt, dass die GbR gemäß § 705 Abs. 2 BGB n. F. ihre Rechtsfähigkeit nicht aufgrund einer Registrierung, sondern kraft des gemeinsamen Willens der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr erlangt,⁸² womit jedoch noch nicht gesagt ist, dass nicht das Recht der Zielgesellschaft⁸³ eine Eintragung der GbR erfordern kann. Wenn demnach der wirksame Eintritt in die Zielgesellschaft von einer konstitutiv wirkenden Eintragung in das Zielregister abhängt und gleichzeitig die nicht im Gesellschaftsregister eingetragene GbR eintragungsunfähig ist, dann bedarf es keiner durchsetzbaren Anmeldepflicht. Die Lage wäre in einem solchen Fall vergleichbar mit dem angestrebten rechtsgeschäftlichen Grundstückserwerb.⁸⁴ Es bestünde eine bloße Obliegenheit.

Der § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. statuiert, dass eine GbR nur dann als Gesellschafter einer eGbR ins Gesellschaftsregister eingetragen werden soll, wenn jene ihrerseits zuvor registriert wurde. Obwohl die Norm als „Soll“-Bestimmung formuliert wurde, regelt die Vorschrift die Eintragungsunfähigkeit der GbR als Gesellschafterin.⁸⁵ Anders ausgedrückt: Nur eine eGbR kann Gesellschafter einer eGbR sein. Fraglich ist somit, ob dies auch für die Beteiligung an einer Personenhandels-gesellschaft gilt. Das HGB enthält zu dieser Frage keine Regelung. Aufgrund des durch die Reform weiter verfestigten „Baukastenprinzips“⁸⁶ des neuen Personengesellschaftsrechts, welches sich durch platzsparende Generalverweisungen auszeichnet, bedarf es einer solchen Sonderregelung jedoch auch nicht.⁸⁷ Statt doppelte Regelungen in das HGB aufzunehmen, beschränkte sich der Gesetzgeber weitestgehend auf Spezialregelungen und verweist mit § 105 Abs. 3 HGB n. F. auf das Recht der GbR.⁸⁸ Infolgedessen kann die GbR nach § 105 Abs. 3 HGB

⁸² Siehe § 3 S. 47.

⁸³ Der Begriff „Zielgesellschaft“ wird hier nicht im Sinne des UmwG gebraucht, sondern meint die Gesellschaft, deren Gesellschafter die GbR werden möchte.

⁸⁴ Siehe § 4 S. 130 f.

⁸⁵ Zur Bedeutung dieser Formulierung bereits § 3 S. 62, § 4 S. 124 f.; außerdem *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 18.

⁸⁶ Zu diesem Prinzip *Bachmann*, NZG 2020, 612 f.; *Fleischer*, DStR 2021, 430; siehe auch *ders.*, BB 2021, 389 (387); *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (19); *Szalai*, NWB 2023, 500.

⁸⁷ *Hermanns*, DNotZ 2022, 3 (4); für eine noch stärkere Verschlinkung des OHG-Rechts *Lieder*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 169 (190); *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (86); *Otte-Grübener*, in: FS Seibert, 2019, S. 613 (617); dem entgegen die Normwiederholungen im HGB befürwortend *Bachmann*, NZG 2020, 612 (613); schon vor der Reform *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001 (1005 f.).

⁸⁸ Zwar enthielt der § 105 Abs. 3 HGB auch schon vor dem MoPeG einen Rechtsgrundverweis auf das Recht der GbR, mit dem MoPeG wurde dieser aber dogmatisch sauberer gestaltet, BT-Drs. 19/27635, S. 222.

n.F. i.V.m. § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. auch nicht in das Handelsregister als Gesellschafter eingetragen werden.

Die Eintragungsunfähigkeit der GbR würde aber nur dann zu einer die Durchsetzung der Publizität fördernden effektiven Obliegenheit führen, wenn die Registereintragung notwendig für die Erlangung der Gesellschafterstellung wäre. Bereits zu Beginn dieser Arbeit wurde festgestellt, dass sich die Frage nach einer konstitutiven oder deklaratorischen Eintragung nicht pauschal für die Gesellschaftsform, sondern immer nur bezüglich der jeweiligen Tatsache bestimmen lässt. Dass demnach die Ersteintragung von OHG⁸⁹ und eGmbH⁹⁰ nur deklaratorisch wirkt, hat für den Gesellschafterwechsel zunächst keine Bedeutung. Zumindest im Recht der OHG wurde aber bisher ebenfalls angenommen, dass ein Eintritt in die Gesellschaft nicht von der Handelsregistereintragung abhängt, sondern vorgelagert schon mit der Vereinbarung der Gesellschafter und einer entsprechenden Änderung des Gesellschaftsvertrages vollzogen war.⁹¹ Diese Rechtslage hat das neue Recht beibehalten und macht die Übertragung von Gesellschaftsanteilen gemäß § 711 Abs. 1 BGB n.F. (i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB n.F.) lediglich von der Zustimmung der anderen Gesellschafter, nicht aber von der Eintragung im jeweiligen Register abhängig. Für die deklaratorische Wirkung der Eintragung des Gesellschaftereintrittes auch nach dem MoPeG spricht außerdem, dass anderenfalls die Verpflichtung, einen solchen Eintritt beim zuständigen Register anzumelden, gemäß § 106 Abs. 6 Var. 5 HGB n.F. bzw. § 707 Abs. 3 S. 2 Var. 2 BGB n.F. obsolet erscheinen würde, denn anderenfalls wäre die Registereintragung ohnehin Wirksamkeitserfordernis.

In der Folge kann die GbR materiell wirksam zum Gesellschafter einer anderen Personengesellschaft werden, obwohl dieser Vorgang wegen der fehlenden Voreintragung und der daraus resultierenden Eintragungsunfähigkeit nicht im Zielregister nachvollzogen werden kann.⁹²

bb) Durchsetzbarkeit

Wenn es sich folglich nicht um eine Obliegenheit zur Eintragung handelt, bleiben nur noch zwei Systeme: Freiwilligkeit oder Pflichtigkeit. Der Gesetzgeber scheint sich für Letzteres entschieden zu haben. Sowohl § 106 Abs. 6 Var. 5 HGB

⁸⁹ Statt aller *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 85; *Schäfer*, in: Staub HGB § 105 Rn. 49.

⁹⁰ Siehe § 3 S. 47.

⁹¹ *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 105 Rn. 111; *K. Schmidt*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 206.

⁹² Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, BT-Drs. 19/27635, S. 260 („nicht zu perpetuieren“), 261 *e contrario* („ohne eine entsprechende Änderung im Gesellschafterbestand [...] keine eintragungspflichtige Tatsache“); *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1116); insoweit also unzutreffend *Lieder*, in: Oetker HGB, § 106 Rn. 34, wenn dieser behauptet, die Eintragungsunfähigkeit der GbR „schlägt auch auf deren materiellrechtliche Beteiligungsfähigkeit“ durch.

n. F. als auch § 707 Abs. 3 S. 2 Var. 2 BGB n. F. statuieren die Eintragungspflichtigkeit von Eintritten in die Gesellschaft. Dieser Imperativ richtet sich jedoch an die eingetragene Gesellschaft und nicht an die sich beteiligende GbR.⁹³ Die Beteiligungsgesellschaft ist daher auch in diesen Fällen nicht von Gesetzes wegen zur Voreintragung verpflichtet. Allerdings kann das Registergericht die Korrektur der Gesellschaftereintragung durchsetzen und damit mittelbar die GbR über die Anordnung zur Beseitigung des Eintragungshindernisses⁹⁴ zur Voreintragung verpflichten.⁹⁵

Eine Rechtspflicht ist jedoch nur dann tauglich, wenn sie auch durchgesetzt werden kann. In diesem Zusammenhang wird daher erneut § 14 S. 1 HGB (bzw. § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 14 S. 1 HGB) relevant. Er ermöglicht grundsätzlich die Durchsetzung der Pflichten durch das Registergericht, indem ein Zwangsgeld verhängt werden kann. Zu klären ist aber noch, ob die Norm in den oben beschriebenen Fällen überhaupt anwendbar ist.

Der Anwendbarkeit könnte entgegenstehen, dass auch hier möglicherweise ein Fall des faktischen Registerzwanges vorliegt.⁹⁶ Das wäre dann der Fall, wenn eine unzulässige Verknüpfung von zwei unterschiedlichen Eintragsverpflichtungen vorläge.⁹⁷ Erstens wird jedoch in der vorliegenden Situation schon keine ordnungsgemäße und vollständige Anmeldung nur deswegen nicht eingetragen, weil eine andere Verpflichtung durchgesetzt werden soll. Die Anmeldung des Eintritts der GbR ist wegen der Eintragungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht ordnungsgemäß, weswegen ein konkretes Hindernis beseitigt werden soll, um die Eintragung vornehmen zu können. Zweitens besteht grundsätzlich keine Verpflichtung der GbR zur Eintragung, sodass schwerlich von einer unzulässigen Verknüpfung zweier Pflichten gesprochen werden kann.

Gerade Letzteres wirft aber die Frage auf, ob und inwieweit das Konzept der Freiwilligkeit der GbR-Eintragung dem Registerzwang entgegensteht. Normalerweise soll § 14 HGB eine bestehende Pflicht durchsetzen. Vorliegend sieht es aber so aus, als würde er eine solche begründen. Dem ist indes nicht so, da die Verpflichtung indirekt aus der Anordnung des Registergerichtes folgt. Dieses gibt der GbR auf, den Eintragungsmangel zu beseitigen, wobei das „Wie“ zumindest theoretisch im Ermessen der Gesellschaft liegt. Da die Voreintragung die einzige Möglichkeit

⁹³ Noack/Boguslawski, in: FS Hensler, 2023, S. 1113 (1116).

⁹⁴ Adressaten der Pflicht zur Korrektur des Gesellschafterbestandes sind die anmeldepflichtigen Gesellschafter, also auch die nicht eingetragene GbR. Ein etwaiges Zwangsgeld muss dabei nicht gegen alle Gesellschafter gerichtet sein, sondern hat sich auf den das Eintragungshindernis verursachenden Gesellschafter zu beschränken, Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 14 Rn. 13 m. w. N. Zudem wirkt das Zwangsgeld im Falle der hier nicht eingetragenen GbR gegen ihre Gesellschafter, siehe dazu § 4 Fn. 56.

⁹⁵ Siehe im Grundbuchkontext § 4 S. 132 ff.

⁹⁶ Ohne Problembewusstsein wird der Begriff etwa von Rubner/Leuering, NJW-Spezial 2023, 15 (16) verwendet, die verkennen, dass dies zur Unzulässigkeit der Durchsetzung führen würde.

⁹⁷ Preuß, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 24; Krafska, in: MüKoHGB, § 14 Rn. 6.

zur Behebung des Mangels darstellt, ist das Ermessen der Gesellschaft jedoch auf null reduziert. Vor diesem Hintergrund wird mit § 14 HGB nicht die Verpflichtung zur Eintragung im Gesellschaftsregister durchgesetzt, sondern die Beseitigung des Eintragungshindernisses, welches die Registrierung der GbR zur Folge hat.⁹⁸

Es bleibt somit festzuhalten, dass die GbR zwar die Möglichkeit hat, sich wirksam ohne eine Voreintragung zu beteiligen, anschließend jedoch zur Registrierung verpflichtet⁹⁹ werden kann.¹⁰⁰

b) Gesellschafterwechsel bei Bestandsbeteiligungen

Anders könnte die Lage hingegen für die bereits an einer Personenhandelsgesellschaft nach derzeitigem Recht beteiligten und im Handelsregister als Gesellschafter aufgenommenen GbR aussehen.¹⁰¹ Ähnlich der Eintragung im Grundbuch ist eine GbR in einem solchen Fall mit ihren Gesellschaftern im Handelsregister eingetragen.¹⁰² Ändert sich der Gesellschafterbestand der GbR, so muss dieser Vorgang bisher nach § 162 Abs. 1 S. 2 HGB – welcher analog auch auf die OHG anzuwenden ist –¹⁰³ beim Handelsregister angemeldet werden.¹⁰⁴ Im Zuge der Einführung der eGbR wurde die Regelung des Art. 89 Abs. 1 EGHGB geschaffen, nach welcher im Falle eines Gesellschafterwechsels bei der GbR eine Korrektur des Handelsregisters nicht erfolgen solle, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister voreingetragen wurde.

Mit Blick auf die eingangs beschriebenen grundbuchrechtlichen Regelungen lässt sich zunächst sagen: so weit, so bekannt. Die Norm wäre jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht erwähnenswert, wenn sie nicht eine Besonderheit aufwiese. Während Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n. F. auf § 82 GBO n. F. verweist und somit die Verpflichtung zur Änderung des Grundbuches anordnet, fehlt eine dementsprechende Regelung in Art. 89 Abs. 1 EGHGB. Eine solche wäre aber erforderlich gewesen, da im Zuge der Reform die Pflichtstellung in § 162 Abs. 1 S. 2 HGB weggefallen ist. Dies wirft die Frage auf, ob die Korrektur des Handelsregisters fortan wirklich ins Belieben der Gesellschafter gestellt werden soll.

⁹⁸ Zutreffend bezüglich des Zwangsgeldes gegenüber der Gesellschaft *Wimmer*, DZWIR 2020, 379 (381), unzutreffend jedoch bezüglich der Wirkung gegenüber den Gesellschaftern, siehe § 4 Fn. 56.

⁹⁹ Erneut: Die Verpflichtung besteht nicht *ipso iure*, sondern erst mit und seit der Anordnung des Registergerichts.

¹⁰⁰ Unvertretbar daher *Szalai*, NWB 2023, 500 (501): „Einen echten Eintragungszwang sieht das Gesetz nicht vor.“

¹⁰¹ Eine Bestandsbeteiligung einer GbR an einer eGbR kann es natürlich noch nicht geben.

¹⁰² *Roth*, in: Hopt HGB, § 106 Rn. 6; *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 18; *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 105 Rn. 236.

¹⁰³ *Lieder*, in: Oetker HGB, § 106 Rn. 17; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 106 Rn. 13; *Roth*, in: Hopt HGB, § 106 Rn. 6.

¹⁰⁴ *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 107 Rn. 4; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 107 Rn. 11.

aa) Klarstellende Funktion des Art. 89 Abs. 1 EGHGB?

Eine Verpflichtung zur Korrektur des Registers, in dessen Zuge die GbR ins Gesellschaftsregister voreingetragen werden müsste, ergibt sich jedenfalls nicht unmittelbar aus § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n. F., denn mit dem Gesellschafterwechsel bei der GbR wechselt aufgrund der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht der Rechtsträger der OHG-Anteile, sondern nur die Bezeichnung der GbR wird unrichtig. In Ermangelung einer Regelung wird daher teilweise vertreten, dass eine Verpflichtung zur Korrektur des Handelsregisters und mithin eine Pflicht zur Voreintragung der GbR nicht bestünde.¹⁰⁵ Die Norm des Art. 89 Abs. 1 EGHGB habe nur eine klarstellende Funktion.¹⁰⁶

bb) Plädoyer für eine Verpflichtung

Dieser Auffassung ist indes entschieden entgegenzutreten.¹⁰⁷ Sie führt zur Perpetuierung der unrichtigen Lage im Handelsregister. Wenn eine angemeldete Änderung nicht eingetragen und eine Beseitigung des Eintragungshindernisses nicht angeordnet werden kann, dann führt dies zu empfindlichen Nachteilen für die betroffene OHG und ihre Gläubiger. Erstens kann nicht mehr ermittelt werden, wer die Gesellschafter-GbR vertritt, sodass insbesondere Einstimmigkeitsentscheidungen kaum wirksam getroffen werden können. Zweitens haftet die GbR als Gesellschafter unbeschränkt persönlich und damit mittelbar auch das ihrige personale Substrat. Wenn aber nicht mehr nachvollzogen werden kann, wer für die Verbindlichkeiten der haftenden GbR haftet, dann ist das Publizitätsdefizit der Gesellschaft größer als es vor der Reform der Fall war. Eine solche Benachteiligung der betroffenen Personenhandelsgesellschaft und des Rechtsverkehrs kann nicht hingenommen werden.

Erschwerend kommt hinzu, dass auch keine sonstigen Mechanismen diese Problematik auffangen. Gewöhnlicherweise ist ein unrichtiges Register wenig problematisch, da insbesondere § 15 Abs. 1 HGB ein entsprechendes Vertrauen auf die unveränderte Registerlage schützt. Wenn jedoch die Eintragung eines Gesellschafterwechsels in der GbR in Ermangelung einer Regelung nicht mehr verpflichtend ist, dann handelt es sich fortan auch um keine „einzutragende Tatsache“, weswegen eine derartige Veränderung aus dem Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 HGB herausfallen würde.¹⁰⁸

¹⁰⁵ John, NZG 2022, 243 (246).

¹⁰⁶ John, NZG 2022, 243 (246); Jähne, MoPeG, Rn. 107; unklar *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 19.

¹⁰⁷ Zustimmung *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (179).

¹⁰⁸ Siehe auf S. 243; wohl unzutreffend daher *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 37.

Vor diesem Hintergrund ist es daher dringend erforderlich, dass die GbR eine Verpflichtung zur Voreintragung trifft.¹⁰⁹

cc) Analogie zu § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n. F.

Abhilfe vermag folglich nur eine Analogie zu § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n. F.¹¹⁰ zu schaffen.¹¹¹ Dies setzt aber voraus, dass die aufgezeigte Regelung planwidrig und die Interessenlage vergleichbar ist. Gegen die Planwidrigkeit könnte sprechen, dass auch der noch zu analysierende § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. auf eine Verpflichtung zur Korrektur bei einem Gesellschafterwechsel verzichtet.¹¹² Diese Argumentation verkennt jedoch, dass bei der GmbH andere Beugemittel wirken, die im Endeffekt zu einer entsprechenden Korrektur führen und diese Instrumente für die Personenhandelsgesellschaften nicht zur Verfügung stehen.¹¹³ Für die Planwidrigkeit spricht hingegen, dass auch der Gesetzgeber offenbar von der Korrekturpflicht ausgeht. In der Gesetzesbegründung wird auf die bisher aus § 162 Abs. 1 S. 2 HGB folgende Verpflichtung hingewiesen und anschließend die Regelung des Art. 89 Abs. 1 EGHGB n. F. mit der Verhinderung der Perpetuierung der Gesellschafterangaben im Handelsregister gerechtfertigt.¹¹⁴ Dass der Gesetzgeber eine zu dieser Begründung diametrale Regelung schaffen wollte, darf als unwahrscheinlich gelten. Flankiert wird diese Feststellung von den Ausführungen des Gesetzgebers zur „isolierten Umfirmierung“, womit der Fall gemeint sein soll, dass sich eine Gesellschaft ohne (!) einen Gesellschafterwechsel zu einer Gesellschaftsregistereintragung entscheidet und zur eGbR wird. Diesbezüglich wird ausdrücklich erwähnt, dass es sich um keine eintragungspflichtige Tatsache handeln solle. Im Umkehrschluss scheint der Gesetzgeber für den Fall des Gesellschafterwechsels vom Gegenteil, also der Pflichtigkeit, auszugehen.¹¹⁵ Dieser Ansatz ist auch konsequent, denn in der Tat liegt streng genommen sowohl im Fall des Gesellschafterwechsels als auch bei einer „isolierten Umfirmierung“ aufgrund der Rechts-

¹⁰⁹ Noack/Boguslawski, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1116 f.).

¹¹⁰ Zur Problematik der Analogiefähigkeit von Verpflichtungen und von Zwangsnormen schon unter § 4 S. 189 ff.

¹¹¹ Eine Analogie nur zu § 14 HGB wäre nicht zielführend. Zwar würde dies ebenfalls die Durchsetzbarkeit der Voreintragung zur Folge haben, dann wäre aber der § 15 HGB weiterhin nicht anwendbar, da § 14 HGB zwar die Durchsetzung einer Verpflichtung zu bewirken vermag, nicht aber eine Pflicht begründen kann. Bis das Registergericht daher Kenntnis vom Gesellschafterwechsel erlangt hat, wäre der Rechtsverkehr schutzlos. Die Verpflichtung zur Anmeldung aus § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n. F. analog i. V. m. dem Eintragungshindernis aus Art. 89 Abs. 1 EGHGB n. F. führt zum gewünschten Ergebnis, indem es die Erzwingung der Eintragung ermöglicht und bis dahin das Vertrauen in die Eintragung (§ 15 HGB) weiterhin schützt, wie es auch vor dem MoPeG der Fall war.

¹¹² John, NZG 2022, 243 (246).

¹¹³ Siehe auf S. 216 ff.

¹¹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 260.

¹¹⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 261.

trägereigenschaft der GbR nur eine Namensänderung vor.¹¹⁶ Allerdings besteht bei der „isolierten Umfirmierung“ keines der aufgezeigten Probleme, denn erstens ergibt sich die Publizität fortan aus dem Gesellschaftsregister, zweitens kommt es zu keiner Änderung, welche für die Gläubiger den Schutz des § 15 HGB erfordern würde, und drittens kann das Registergericht von der Registrierung der GbR ohne Umstände Kenntnis erlangen und eine Korrektur von Amts wegen durchführen, sodass weder die Sperre des Art. 89 Abs. 1 EGHGB n.F. dem entgegensteht noch es einer Erzwingung nach § 14 HGB bedürfte. Es besteht demnach eine planwidrige Regelungslücke. Aus Sicht eines Dritten und der betroffenen Personenhandelsgesellschaft ist es überdies unerheblich, ob ein Gesellschafter ausscheidet und ein neuer eintritt oder ob ein Gesellschafterwechsel bei der Gesellschafter-GbR stattfindet. In beiden Fällen muss das Register korrigiert werden und es besteht ein erhebliches Interesse an einer Absicherung durch § 15 HGB. Die Interessenslage ist daher auch vergleichbar.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Der Gesetzgeber wollte und der Rechtsverkehr braucht die Verpflichtung der GbR zur Voreintragung in den Fällen des Gesellschafterwechsels.¹¹⁷ Aus diesem Grund ist § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n.F. analog auf diese Lage anzuwenden und führt in Verbindung mit Art. 89 Abs. 1 EGHGB n.F. zur durchsetzbaren Eintragungspflicht zulasten der GbR.

2. Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG)

a) Eintritt in eine bestehende GmbH

Die zuvor dargestellte materielle Beteiligungsfähigkeit der GbR erstreckt sich in Ermangelung einer konstitutiven Registereintragung auch auf den Eintritt in eine bestehende GmbH.¹¹⁸ Im Unterschied zu den Personenhandelsgesellschaften werden die Gesellschafter der juristischen Person nicht unmittelbar ins Handelsregister eingetragen, sondern gemäß § 40 GmbHG a.F./n.F. in eine Gesellschafterliste aufgenommen, welche wiederum zum Handelsregister eingereicht werden muss.¹¹⁹ Die GbR sieht sich nach dem Inkrafttreten des MoPeG Restriktionen ausgesetzt. Gemäß § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F. kann die Gesellschaft nur dann in die Gesellschafterliste aufgenommen werden, wenn sie zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen wurde. Es stellt sich daher die Frage, welche Konsequenz aus der Eintragungsunfähigkeit folgt. In der zuvor beschriebenen Situation des Eintrittes

¹¹⁶ Siehe dazu schon zuvor und unter § 4 S. 158.

¹¹⁷ Im Ergebnis zutreffend *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (179).

¹¹⁸ *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2480); unklar *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 6a „allein möglich“.

¹¹⁹ Die Liste wird nicht eingetragen, siehe OLG Brandenburg FGPrax 2021, 115 (116); OLG Düsseldorf NZG 2019, 821 (822 Rn. 13); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 75.

in eine Personenhandelsgesellschaft war die Antwort bisher: Registerzwang. Das Recht der GmbH könnte aber einen anderen Weg beschreiten.

aa) Rechtspflicht?

Damit es einen klassischen Registerzwang geben kann, muss zunächst eine entsprechende Verpflichtung bestehen. Der bisher bemühte § 14 HGB ist seinem Wortlaut nach sowohl auf pflichtige Eintragungen als auch auf Einreichungen anzuwenden. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 S. 1 GmbHG n. F. muss bei einer dort beschriebenen Veränderung unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB), eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden. Kommen die Verpflichteten¹²⁰ dieser Aufgabe nicht nach, dann kann die Einreichung der Liste grundsätzlich vom Registergericht erzwungen werden.¹²¹ Die Lage ist hingegen nur auf den ersten Blick mit den Anmeldepflichten bei den Personenhandelsgesellschaften vergleichbar. Der Registerzwang war in dortigen Konstellationen effektiv, weil das Zwangsgeld auf die Gesellschafter der GbR durchschlug.¹²² Bei der GmbH ist jedoch der Geschäftsführer bzw. der Notar zur Einreichung der Liste verpflichtet und daher Adressat des Registerzwanges.¹²³ Somit können die Gesellschafter der GmbH nicht zur Einreichung und mithin zur Voreintragung der GbR vom Registergericht gezwungen werden.

bb) Obliegenheiten

(1) Mitwirkung des Notars

Der Fall ist vielmehr aus zwei anderen Perspektiven zu betrachten. Zunächst muss man sich vergegenwärtigen, dass bei jedem Anteilsübergang nach § 15 Abs. 3 GmbHG ein Notar mitwirken muss. In der Folge ist er nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG der Einreichungspflichtete.¹²⁴ Gleichzeitig ist die Aufnahme der Gesellschafter

¹²⁰ Str. ist, ob ein Registerzwang auch gegenüber einem Notar ausgeübt werden kann. Vorliegend kommt es darauf jedoch nicht an, siehe daher *bejahend* OLG Köln NZG 2013, 1431 (1433); *Krafka*, in: MüKoHGB, § 14 Rn. 10; *Schlögel/Ahr*, in: BeckOK FamFG, § 388 Rn. 16; *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 14 Rn. 2; *ablehnend* OLG München NZG 2009, 797; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 14; *Eickelberg*, in: Sternal FamFG, § 388 Rn. 36; *Steup*, in: Bahrenfuss FamFG, § 388 Rn. 26; *Schemmann*, in: Haußleiter FamFG, § 388 Rn. 6; *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (410).

¹²¹ OLG Brandenburg NZG 2013, 507 (508); *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 14; *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 40 Rn. 25.

¹²² *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 19, 24 f.; siehe außerdem Fn. 94 und § 4 Fn. 56.

¹²³ *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 14 Rn. 2; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 20.

¹²⁴ *Link*, RNotZ 2009, 193 (195); *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 211 f.; *Heilmeier*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 61; *Ziemons*, BB-Special 7, 2006, 9 (10); siehe außerdem zum Begriff der „Mitwirkung“ *Preuß*, RNotZ 2009, 529 (533 ff.).

in die Gesellschafterliste obligatorisch und unabdingbar.¹²⁵ Reicht der Notar daher keine Liste ein, verletzt er seine Amtspflicht und sieht sich Schadensersatzansprüchen aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO ausgesetzt.¹²⁶ Eine Liste, in der die GbR trotz § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F. aufgenommen wurde, wird vom Registergericht¹²⁷ zurückgewiesen werden,¹²⁸ was ebenfalls zur Haftung aus § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO führt.¹²⁹ Schon aus diesem Grund wird der Notar daher an keinem Anteilsübertrag mitwirken, bei dem nicht zumindest gleichzeitig auch die Voreintragung der GbR vorbereitet wird.¹³⁰

(2) § 16 GmbHG

Auch aus der Sicht der GbR besteht gleichwohl ein ureigenes Interesse, die Voreintragung vorzunehmen. Ohne die Eintragung in die Gesellschafterliste kann die Gesellschaft ihre Gesellschafterrechte nicht ausüben, denn gegenüber der GmbH gilt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nur derjenige als berechtigter Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies bedeutet allem voran einen Ausschluss vom Stimmrecht und von den Gewinnausschüttungen.¹³¹ Außerdem sieht sich die GbR dem Risiko ausgesetzt, dass ein Dritter den Gesellschaftsanteil aufgrund der unrichtigen Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG gutgläu-

¹²⁵ *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 219.

¹²⁶ *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, § 40 Rn. 38; *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 318; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, Rn. 541; *Vossius*, DB 2007, 2299 (2304); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 72; *Wicke*, GmbHG, § 40 Rn. 21; *Paefgen*, in: HCL GmbHG, § 40 Rn. 250; *Heckschen*, ZErB 2008, 246 (252); *Reichert/Weller*, in: Goette/Habersack MoMiG, S. 96, Rn. 3.62; *Sikora*, NWB 2010, 5081 (5090); *Terlau*, in: MHLS GmbHG, § 40 Rn. 45; *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 223.

¹²⁷ Prüfungsrecht des Registergerichts *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 180 m. w. N.

¹²⁸ *Schullo/Bock*, BB 2023, 2051 (2052).

¹²⁹ Auch kann der Anteil nicht als „nicht zugeordnet“ angesehen werden, wie *John*, NZG 2022, 243 (246) vorschlägt, denn eine isolierte Löschung ist dort unzulässig, siehe unter § 3 S. 80 ff.; außerdem *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1117).

¹³⁰ Auf das Problem für den Notar weisen auch *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (404) und *Heckschen*, AnwBl 2022, 31 (31) hin. Im Gegensatz zu *Heckschen/Nolting*, BB 2021, 2946 (2947) ist jedoch davon auszugehen, dass die absehbare Amtspflichtverletzung durch die Nichteinreichbarkeit der Liste und die hieraus folgende, für den Notar unabwendbare Haftung einen ausreichenden Grund i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO darstellt. *John*, NZG 2022, 243 (246) geht davon aus, dass schon niemand an eine GbR veräußern wird. Das kann freilich nicht überzeugen, da der Veräußerer den Kaufpreis erhält und darüber hinaus weiterhin gegenüber der Gesellschaft, etwa bezüglich der Gewinnausschüttung, legitimiert bleibt. Die Nachteile für den Veräußerer sind daher eher gering.

¹³¹ *Wicke*, GmbHG, § 16 Rn. 3a; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 16 Rn. 9; *Altmeyen*, GmbHG, § 16 Rn. 14; zur neuen Rechtslage auch *Görner*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 40 Rn. 62; *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2480); *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, 413 (420).

big vom Veräußerer erwirbt.¹³² Die Unrichtigkeit der Liste ist der berechtigten GbR darüber hinaus stets i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG zurechenbar,¹³³ da allein sie es durch die Voreintragung in der Hand hat, die Liste zu korrigieren und somit eine gesetzliche Risikoverteilung¹³⁴ zu ihren Lasten besteht.¹³⁵ Es besteht daher eine Obliegenheit und keine durchsetzbare Pflicht der Gesellschaft, die Voreintragung vorzunehmen, wenn sie trotz der Probleme für den Notar einen Gesellschaftsanteil übernehmen konnten.¹³⁶

b) Gesellschafterwechsel bei Bestandsbeteiligungen an einer GmbH

Die Reform des Personengesellschaftsrechtes betrifft nicht nur die Anteilsübernahme, sondern, wie bereits an ähnlicher Stelle ausgeführt,¹³⁷ auch die Bestandsbeteiligungen. Ist eine GbR nach den bis zum 31. 12. 2023 geltenden Vorschriften in die Gesellschafterliste einer GmbH eingetragen worden, so musste diese Eintragung seit dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie¹³⁸ gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GmbHG neben einer zusammenfassenden Bezeichnung für die Gesellschaft auch die Namen, Geburtsdaten und Wohnorte der Gesellschafter enthalten.¹³⁹ Sollte es zu einer Veränderung im Gesellschafterbestand der GbR kommen oder sich auch nur der Name eines Gesellschafters der GbR ändern, so war unverzüglich eine aktualisierte Liste durch den Geschäftsführer der GmbH gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG einzureichen.¹⁴⁰ In Ermangelung einer

¹³² BT-Drs. 19/27635, S. 272; *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2480); *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (404); *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, S. 413 (420); *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 16 Rn. 33; *Link*, RNotZ 2009, 193 (215 ff.); siehe außerdem *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 16 Rn. 63; sowie *Preuß*, ZGR 2008, 676 (687 ff.).

¹³³ Vgl. zur Zurechenbarkeit auch *Harbarth*, ZIP 2008, 57 (60).

¹³⁴ Zur Bedeutung der Risikoverteilung *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 16 Rn. 37; *Seibt*, in: Scholz GmbH, § 16 Rn. 105; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 (897 f.); *Apfelbaum*, BB 2008, 2470 (2471).

¹³⁵ Siehe allgemein zur Zurechenbarkeit innerhalb der 3-Jahres-Frist *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 16 Rn. 38 ff.

¹³⁶ Im Ergebnis ähnlich *John*, NZG 2022, 243 (246); *Späth-Weinreich*, BWNotZ 2021, 90 (96 f.); *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (403); *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 23; zustimmend wohl ebenfalls *ders.*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 12a.

¹³⁷ Siehe S. 212.

¹³⁸ Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, BGBl. I, 2017, S. 1822 (1864).

¹³⁹ *Servatius*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 40 Rn. 12; *ders.*, GbR, § 713 Rn. 22; *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 47; zur Rechtslage vor 2017 siehe eingehend *Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 40 Rn. 10.

¹⁴⁰ Dies wurde schon bisher angenommen, siehe *Heidinger*, in: BT-Drs. 18/11555, S. 173; MüKoGmbHG, § 40 Rn. 47; *Wicke*, GmbHG, § 40 Rn. 5; *Böhringer*, BWNotZ 2017, 61 (62); *Birkefeld/Schäfer*, BB 2017 2755 (2759). Mit § 12 Abs. 2 EGGmbHG n.F. wurde dies normativ bestätigt; zur neuen Rechtslage auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 12a; unzutreffend daher *Wertenbruch*, GmbHR 2021, R226 (R227).

entsprechenden Mitwirkung geht diese Pflicht auch nicht, wie in dem vorherigen Sachverhalt, nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG auf den Notar über.¹⁴¹

Die Aktualisierung der Gesellschafterliste im Falle des Gesellschafterwechsels bei der GbR wird im Zuge der Reform von § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. untersagt. Obwohl demnach ein aktualisierungspflichtiger Vorgang vorliegt, kann dieser nicht formal nachvollzogen werden, was in der Konsequenz zu der bereits an anderen Stellen erörterten Registersperre¹⁴² führt.¹⁴³ Mit Inkrafttreten der Regelung stellt sich daher die Frage, welche weiteren Konsequenzen aus der Registersperre folgen, wenn die Gesellschafter der GbR nicht einstimmig (!) bereit sind, die Voreintragung der Gesellschaft herbeizuführen.

aa) Eintragungspflicht

Die für den Gesetzgeber einfachste, effektivste, aber auch eingriffsintensivste Lösungsmöglichkeit wäre es gewesen, die Durchsetzung der Voreintragung in § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. zu regeln. Der Wortlaut der Norm deutet hingegen keine derartige Durchsetzungsmöglichkeit an. Auch unter Rekurs auf die Systematik ergibt sich kein anderes Resultat. Während die Einreichung der Gesellschafterliste zwar grundsätzlich gemäß § 14 S. 1 HGB vom Registergericht erzwungen werden kann, trifft dieser Registerzwang aber nur den Einreichungsverpflichteten, mithin den Geschäftsführer der GmbH, nicht die Gesellschafter.¹⁴⁴ Dass diese Konzeption für die GbR suspendiert sein soll, ist nicht ersichtlich. Außerdem fehlt eine dem Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB n. F. vergleichbare Regelung.

Möglicherweise kann die genetische Auslegung der Norm zu einem anderen Blickwinkel führen. Der erste dem Bundesrat von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzesentwurf enthielt noch keine dem § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. vergleichbare Regelung.¹⁴⁵ Vielmehr forderte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf, dass eine Regelung zur verpflichtenden Änderung der Gesellschafterliste bei Veränderungen im Gesellschafterbestand der GbR aufzunehmen sei, wozu die Bundesregierung erklärte, diesen Vorschlag prüfen zu wollen.¹⁴⁶ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages empfahl daraufhin die Aufnahme des später Gesetz gewordenen § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F.¹⁴⁷ Während jedoch der Bundesrat von einer „Verpflichtung“ sprach, geht der Aus-

¹⁴¹ Siehe dazu S. 216 f.; zutreffend *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (409); differenzierend *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, S. 413 (425 f.).

¹⁴² In dem Fall genauer: Einreichungssperre.

¹⁴³ Zutreffend insoweit *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2480); *Wicke*, DNotZ 2022, 401 (404); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (177).

¹⁴⁴ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 14; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 14 Rn. 14.

¹⁴⁵ BR-Drs. 59/21, S. 79 f.; vgl. auch *John*, NZG 2022, 243 (246).

¹⁴⁶ BT-Drs. 19/27635, Anlage 4 Nr. 9, S. 311.

¹⁴⁷ BT-Drs. 19/30942, S. 117.

schluss in seinem Bericht von einer „Obliegenheit zur Voreintragung“ aus.¹⁴⁸ Da sich auch im Wortlaut kein Hinweis auf die durchsetzbare Verpflichtung findet,¹⁴⁹ kann nicht von einer bloßen sprachlichen Ungenauigkeit ausgegangen werden.¹⁵⁰

Das Telos der Regelung erfordert darüber hinaus nicht zwingend eine durchsetzbare Verpflichtung. Anders als im zuvor beschriebenen Fall der Personengesellschaften¹⁵¹ besteht wegen § 13 Abs. 2 GmbHG keine persönliche Haftung der Gesellschafter der GmbH. Die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse ist daher zwar ein wünschenswerter Faktor;¹⁵² das Interesse des Rechtsverkehrs ist jedoch nicht vergleichbar hoch. Eine öffentlich-rechtlich durchsetzbare Eintragungspflicht für die GbR besteht daher auch im Falle des Gesellschafterwechsels in ihren Reihen bei gleichzeitig bestehender Beteiligung an einer GmbH grundsätzlich nicht.

bb) Eintragungsobliegenheit

Wenn demnach keine Verpflichtung zur Voreintragung besteht,¹⁵³ muss der Frage nachgegangen werden, ob zumindest eine Obliegenheit zur Eintragung besteht. Eine Obliegenheit bestünde dann, wie bereits beschrieben, wenn eine GbR mit erheblichen Nachteilen konfrontiert wird, sofern sie der Voreintragung nicht nachkommt. Diese Nachteile sind im besten Fall so erheblich, dass die GbR aus Eigeninteresse die Registrierung betreibt.

(1) Untaugliche Voreintragungsanreize

(a) § 15 HGB

Ebenfalls im Unterschied zu den Personengesellschaften kann auf die Angaben in der Gesellschafterliste nicht gemäß § 15 Abs. 1 HGB vertraut werden, da

¹⁴⁸ BT-Drs. 19/31105, S. 10. Die für das weitere parlamentarische Verfahren notwendige Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses wurden damals aus Zeitgründen getrennt.

¹⁴⁹ *John*, NZG 2022, 243 (246).

¹⁵⁰ Streng genommen ist auch der Vorschlag des Bundesrates Gesetz geworden, denn die Änderung der Liste ist ohne Zweifel verpflichtend seitens der Geschäftsführer. Nur die Frage, was zu unternehmen ist, wenn die Verpflichtung mangels entsprechender Mitwirkung der GbR unerfüllbar bleibt, wurde weder vom Bundesrat noch vom Bundestag beantwortet.

¹⁵¹ Siehe S. 213 ff.

¹⁵² Siehe etwa BR-Drs. 182/17, S. 204; *Birkefeld/Schäfer*, BB 2017 2755 (2757 f.).

¹⁵³ A.A. *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (177); wohl auch *Späth-Weinreich*, BWNNotZ 2022, 2 gehen von einer Verpflichtung zur Voreintragung wegen des Wortlautes des § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. aus. Dieser ordnet jedoch nur die Anwendung des § 40 Abs. 1 S. 1, 3 GmbHG n. F. an, welcher zwar zu einer Einreichungssperre führt, aber selbst im direkten Anwendungsbereich keine Voreintragungspflicht begründet. Siehe dazu auf S. 216. Im Übrigen wäre eine solche Pflicht auch nicht durchsetzbar, wenn man sich, wie dargestellt, an den Verpflichteten i. S. d. § 14 HGB erinnert. Zutreffend daher *John*, NZG 2022, 243 (246).

die Liste keine einzutragende Tatsache, sondern nur ein einreichungspflichtiges Dokument darstellt.¹⁵⁴ Das mag auf den ersten Blick wenig gravierend erscheinen, da eine persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter selten in Betracht kommt. Gesellschaftsintern kann die nicht korrigierte Liste aber zu erheblichen Problemen führen, wie der Blick auf § 16 GmbHG zeigt.

(b) § 16 GmbHG

Im vorliegenden Fall muss § 16 GmbHG aus zwei Perspektiven betrachtet werden. Auf der einen Seite enthält § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG eine Regelung zugunsten der GmbH. Diese kann sich, im gewöhnlichen Fall einer unrichtigen Liste, an die in der Liste eingetragene Person halten, welche der Gesellschaft gegenüber als berechtigter Gesellschafter gilt. Auf die wahre Rechtslage kommt es insofern nicht an. Auf der anderen Seite besteht für den nicht ordnungsgemäß in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG die Gefahr des Verlustes seines Gesellschaftsanteiles durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten. Im Falle der GbR funktionieren diese Mechanismen jedoch nicht, was mit der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft zusammenhängt. Die GbR ist als Rechtssubjekt Inhaber des Gesellschaftsanteils. Die Eintragung mit ihren Gesellschaftern stellt nur die Bezeichnung eben dieser dar. Durch den Gesellschafterwechsel innerhalb der GbR ändert sich daher nicht die Person des Gesellschafters i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG, also der Rechtsträger, sondern nur die Bezeichnung der Gesellschaft wird unzutreffend.¹⁵⁵ Die GbR wird grundsätzlich nach § 720 Abs. 1 BGB n. F. von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten. Für die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen im Rahmen der GmbH ist es somit dringend erforderlich zu wissen, wer die vertretungsberechtigten Gesellschafter der anteilhaltenden GbR sind.¹⁵⁶ Diese bisher aus der Gesellschafterliste zu entnehmenden Informationen lassen sich wegen der Sperre des § 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F. nicht mehr aktualisieren. Die entstehenden Rechtsunsicherheiten gehen zulasten der GmbH.

Beseitigen ließen sich diese Unsicherheiten, wenn durch die beschriebene Kehrseite – gemeint ist der § 16 Abs. 3 GmbHG – die GbR der Gefahr ausgesetzt wäre, ohne eine Korrektur der Liste ihren Gesellschaftsanteil verlieren zu können. In diesem Fall würden die GbR-Gesellschafter in eigenem Interesse die Voreintragung nach einem Gesellschafterwechsel vorantreiben. Der § 16 Abs. 3 GmbHG vermag

¹⁵⁴ Dies war schon vor der MoPeG-Reform der Fall, siehe *Noack*, in: FS Hüffer, 2010, S. 723 (726); *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 7; *ders.*, in: MüKoGmbHG, § 16 Rn. 266; siehe auch oben unter § 3 S. 80 f.

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/27635, S. 272; *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (404); dieser Vorgang ist bereits aus dem Grundbuchrecht bekannt, siehe dazu etwa § 4 S. 129 ff.

¹⁵⁶ Der Gesetzgeber übersieht in BT-Drs. 19/27635, S. 272, dass die Gesellschafterliste zwar nicht unmittelbar Angaben über die Vertretungsbefugnis enthält, diese Angabe sich aber wegen § 714 BGB/§ 720 Abs. 1 BGB n. F. regelmäßig mittelbar aus der Gesellschafterliste entnehmen lässt.

zwar den guten Glauben eines Dritten an die Berechtigung des Veräußerers zu schützen, schützt hingegen nicht den guten Glauben an die Vertretungsmacht.¹⁵⁷ Das ergibt sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung, sondern auch bereits aus dem Wortlaut der Norm, welcher nur vom „Nichtberechtigten“ und nicht vom nicht ordnungsgemäß vertretenen Berechtigten spricht. Der nicht ordnungsgemäß Vertretene ist darüber hinaus auch kein Weniger zum Nichtberechtigten, sondern stellt sich wegen der auch an anderen Stellen differenzierenden Behandlung¹⁵⁸ als *Aliud* dar. Einen Erst-recht-Schluss kann es damit nicht geben. Die GbR ist auch nach einem internen Gesellschaftswechsel berechtigter Anteilsinhaber, nur die Vertretungsverhältnisse werden in der Gesellschafterliste nicht mehr korrekt wiedergegeben.

Darüber hinaus sorgt auch ein anderer Mechanismus für Probleme. Veränderungen an der Eintragung der GbR können nach § 40 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 GmbHG nur dann vorgenommen werden, wenn die GbR zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen wurde. Diese Regelung erfasst auch den Fall der Veräußerung.¹⁵⁹ Selbst wenn demnach die Altgesellschafter einer GbR, man nenne sie A und B, bereits zugunsten von C und D aus der GbR ausgeschieden sind und § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG den guten Glauben eines Dritten an die Vertretungsberechtigung der noch in der Gesellschafterliste eingetragenen A und B schützen würde, könnte der erwerbende Dritte nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen werden. Der Dritte kann zwar materiell den Gesellschaftsanteil übernehmen, im Verhältnis zur GmbH gilt wegen § 16 Abs. 1 GmbHG aber bis zur Voreintragung der GbR, welche wiederum von den wahren Gesellschaftern betrieben werden muss, weiterhin die GbR als berechtigter Anteilsinhaber.¹⁶⁰

Insgesamt ist § 16 GmbHG daher kein taugliches Mittel, um die GbR zur Eintragung zu bewegen und begründet folglich keine wirksame Eintragungsobliegenheit im Falle des Gesellschafterwechsels der GbR.¹⁶¹

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 272; BT-Drs. 18/11555, S. 173; *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 48, 131; *Wachter*, GmbHR 2009, 953 (958); *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 220.

¹⁵⁸ Der § 932 BGB etwa schützt den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers, nicht aber an die Vertretungsmacht, *Berger*, in: Jauernig BGB, 18. Aufl. 2021, BGB § 932 Rn. 7 ff. Auch § 366 HGB schützt nach herrschender Meinung nicht das Vertrauen auf die Vertretungsmacht, sondern nur die Verfügungsbefugnis, *Maultzsch*, in: Oetker HGB, § 366 Rn. 28; *Lettl*, in: EBS HGB, § 366 Rn. 11; *Canaris*, Handelsrecht, § 27 Rn. 16 m. w. N.; kritisch *Reinicke*, AcP 189 (1989), 79 (102).

¹⁵⁹ BT-Drs. 19/27635, S. 271.

¹⁶⁰ Das ergibt sich bereits aus § 16 Abs. 1 i. V. m. § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. *Weswegen Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 6a in diesem Zusammenhang auf die Versicherung nach § 12 Abs. 1 EGGmbHG abstellt, erschließt sich nicht vollends.

¹⁶¹ Dass ein Gesellschafterwechsel i. R. d. GbR eine Pflicht zur Listenaktualisierung auslöst, aber § 16 GmbHG unanwendbar bleibt, sieht auch *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 16 Rn. 91.

(2) Lösung des Publizitätsdefizits

Teilweise wird aus diesem Ergebnis der Schluss gezogen, es bestünde nicht einmal eine Obliegenheit für die GbR, sich im Falle eines Gesellschafterwechsels vorzutragen zu lassen.¹⁶² In der Folge würde die Gesellschafterliste auf unbestimmte Zeit einen falschen Gesellschafterbestand ausweisen, was für den Rechtsverkehr – wie soeben zur Vertretung dargelegt – erhebliche Nachteile bedeuten würde. Bei näherer Betrachtung des Regelungsgefüges wird jedoch offenbar, dass man vor dem soeben aufgezeigten Ergebnis nicht kapitulieren muss. Eine sachgerechte Lösung lässt sich in einer Haftung der GbR für ihre Versäumnisse erblicken.

(a) § 40 Abs. 3 GmbHG

Verletzt ein Geschäftsführer seine Einreichungspflicht, haftet er gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG für den daraus entstehenden Schaden. Mit dieser Regelung ergänzt der Gesetzgeber die allgemeine Geschäftsführerhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG und sorgt für eine tatsächliche Umsetzung der Einreichungspflicht in der Praxis.¹⁶³ Möglicherweise kann diese Schadensersatzpflicht auf die GbR durchschlagen und somit die Obliegenheit zur Voreintragung schaffen. Die Nichteinreichung der Liste beruht auf der Eintragungsunfähigkeit der GbR, sodass der Geschäftsführer gegebenenfalls einen Freistellungs- bzw. Regressanspruch gegen diese haben könnte. Teilweise wird auch eine Mithaftung der Gesellschafter nach § 830 Abs. 2 BGB analog vertreten.¹⁶⁴ Alle diese Ansätze erfordern jedoch, dass es in den oben beschriebenen Fällen überhaupt zu einer Haftung des Geschäftsführers kommen kann.

Zunächst ist fraglich, ob es überhaupt einen tauglichen Anspruchsteller geben kann. Dem Wortlaut des § 40 Abs. 3 GmbHG folgend könnte das derjenige sein, dessen Beteiligung sich geändert hat. Zum einen ändert sich im Falle des GbR-internen Gesellschafterwechsels die Beteiligung der GbR aber nicht und zum anderen wird die GbR wohl kaum einen Anspruch geltend machen, der am Ende auf sie zurückfallen könnte. Zumindest theoretisch könnten die Gläubiger der GmbH taugliche Anspruchsteller sein. Da die GbR aber nicht persönlich haftet, sind nur wenige Sachverhalte denkbar, in denen dieser Fall relevant werden würde. Diese Fallgruppe ist daher ebenfalls zu vernachlässigen. Teilweise wird angenommen, dass auch die Gläubiger der GbR den Anspruch aus § 40 Abs. 3 GmbHG geltend

¹⁶² Siehe nur *Wicke*, NotBZ 2022, 401 (404).

¹⁶³ Zum Verhältnis von § 40 Abs. 3 und § 43 Abs. 2 GmbHG siehe *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 226.

¹⁶⁴ *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 227; einschränkend *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 44.

machen könnten.¹⁶⁵ Mit Blick auf den ganz eindeutigen Wortlaut der Norm ist diese Auslegung allerdings abzulehnen.¹⁶⁶ Anders könnte es jedoch bezüglich der Mitgesellschafter der GmbH aussehen. Kommt es nach dem GbR-internen Gesellschafterwechsel später zu einer Veränderung im Gesellschafterbestand der GmbH, etwa durch einen Erbfall,¹⁶⁷ muss auch eine diesbezüglich geänderte Gesellschafterliste eingereicht werden. Im Unterschied zu dem im dritten Kapitel beschriebenen Fall des Gesellschafterwechsels¹⁶⁸ liegen in diesem Fall zwei Veränderungen vor (GbR-interner Wechsel und Wechsel im Gesellschafterbestand der GmbH). Es muss demnach nicht zwingend eine Liste eingereicht werden, obgleich dies möglich ist,¹⁶⁹ sondern es können zwei Listen eingereicht werden.¹⁷⁰ Das suspendiert allerdings nicht davon, dass die Listen chronologisch, lückenlos und richtig einzureichen sind, da anderenfalls der Zweck der Gesellschafterliste verfehlt wird.¹⁷¹ Es gibt demnach nur zwei Möglichkeiten. Wenn die eingereichten Gesellschafterlisten den geänderten Gesellschafterbestand der GbR aufweisen, dann werden diese wegen des formalen Mangels (§ 12 Abs. 2 EGGmbHG n. F.) zurückgewiesen werden, ganz gleich, ob es sich um eine Sammeliste oder getrennte Listen handelt.¹⁷² Sofern der Gesellschafterbestand der GbR weiterhin unverändert und damit unzutreffend¹⁷³ in der Gesellschafterliste angegeben wird, wird die Liste nach zutreffender herrschender Ansicht wegen offensichtlicher Unrichtigkeit¹⁷⁴ vom über

¹⁶⁵ „Da hier der Gesellschafterbestand [der GbR] für die persönliche Haftung maßgeblich ist, können Verletzungen der Einreichungspflicht auch zu Gunsten von deren Mitgliedern oder Gläubigern in Betracht kommen.“ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 48.

¹⁶⁶ Das sieht auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 46 nur wenige Randnummern davor selbst so; *Görner*, in: Rowedder/Pentz GmbHG, § 40 Rn. 54; *Oetker*, in: Henssler/Strohn GesR, § 40 Rn. 28.

¹⁶⁷ Bei einer Veräußerung würde ein Notar mitwirken und wäre daher einreichungspflichtig.

¹⁶⁸ Dazu oben unter § 3 S. 80 ff.

¹⁶⁹ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 40 Rn. 32; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 7b.

¹⁷⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 2019, 861 Rn. 23; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 7b; siehe auch *Graf Wolfskeel v. Reichenberg/Danninger*, NZG 2019, 1001 (1002).

¹⁷¹ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 34.

¹⁷² BT-Drs. 19/27635, S. 272; BGHZ 191, 84 (86 f. Rn. 10); 199, 270 (273 Rn. 8); OLG Oldenburg GmbHR 2022, 38 (39) m. zust. Anm. *Haase*; KG NZG 2016, 987 (989 Rn. 18); *Wicke*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 24a Rn. 6a; *Cramer*, NZG 2018, 721 (723).

¹⁷³ Darüber hinaus ist es weder möglich, die Angaben zu der GbR gänzlich wegzulassen – diese Unrichtigkeit würde sogar unter (zu enge) Ausnahme von *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 368 fallen –, noch im Falle der getrennten Listeneinreichung die erste Liste, welche den GbR-Gesellschafterwechsel nachvollziehen müsste, nicht einzureichen. Vgl. zur Lückenlosigkeit *Wicke*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3, § 24a Rn. 6a; *Krafka*, Registerrecht, Rn. 1102 a. E.; ähnlich auch *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 75a; *Stock*, NZG 2023, 361 (364).

¹⁷⁴ Das OLG Hamm NZG 2016, 1147 (1148 Rn. 8) sowie das KG NZG 2016, 987 (989 Rn. 18) nehmen sogar an, dass auch die Überprüfung der „Veränderungen in den Personen der Gesellschafter“ Teil des formellen Prüfungsrechts des Registergerichts ist. Folgt man dieser Ansicht, dann ist die Gesellschafterliste schon aus formellen Gründen zurückzuweisen.

die Änderung informierten¹⁷⁵ Registergericht zurückgewiesen werden.¹⁷⁶ Folglich kann der nicht aufgenommene Neu-Gesellschafter, welcher den Restriktionen des § 16 Abs. 1 GmbHG und der Gefahr des § 16 Abs. 3 GmbHG¹⁷⁷ ausgesetzt ist, tauglicher Anspruchsteller sein.¹⁷⁸

Eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers liegt vor, wenn er trotz der Mitteilung¹⁷⁹ über den Gesellschafterwechsel¹⁸⁰ – teilweise wird auch eine Nachforschungspflicht befürwortet –¹⁸¹ keine aktualisierte Liste einreicht.¹⁸²

Die Nichteinreichung kann allerdings nur dann zum Schadensersatzanspruch führen, wenn der Geschäftsführer die Nichteinreichung der Liste auch zu vertreten hat.¹⁸³ Dies folgt aus dem Merkmal der Unverzüglichkeit, welches nach § 121 Abs. 1 BGB ein schuldhaftes (!) Zögern voraussetzt.¹⁸⁴ Sein Vertretenmüssen wird

¹⁷⁵ Verschweigt der Geschäftsführer böswillig den GbR-Gesellschafterwechsel gegenüber dem Registergericht, haftet er nicht nur aus §§ 40 Abs. 3, 43 Abs. 2 GmbHG, sondern sogar aus § 826 BGB, vgl. zur Haftung des Geschäftsführers nach § 826 BGB *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 43 Rn. 130; *Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 409; *ders.*, in: MHLs GmbHG, § 43 Rn. 591.

¹⁷⁶ Zum Prüfungsrecht bei offensichtlicher Unrichtigkeit BR-Drucks. 105/18, S. 9; OLG Köln NZG 2013, 1431 (1432); OLG München NZG 2009, 797 (798); OLG München NJW-RR 2021, 229 (230 Rn. 32); OLG Frankfurt GmbHR 2011, 198 (201); OLG Frankfurt GmbHR 2011, 823 (826); OLG Jena NZG 2010, 591 (592); *Noack*, in: FS Hüffer, 2010, S. 723 (727); *ders.*, Status:Recht 2009, 38; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 75a; *Wachter*, NZG 2009, 1001 (1002 f.); *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 180; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 40 Rn. 70; *Paefgen*, in: HCL GmbHG, § 40 Rn. 103; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 40 Rn. 110; *Link*, RNotZ 2009, 193 (209); *Schneider*, GmbHR 2009, 393 (395); *Mayer*, MittBayNot 2014, 24 (27); *Krafka*, Registerrecht, Rn. 1105; wohl auch *Preuß*, ZGR 2008, 676 (689), die zwar von einer Funktion als „öffentlicher Aushang“ spricht, später (700) aber die registergerichtliche Plausibilitätskontrolle annimmt und dort auf die Ausführungen von *Krafka* verweist, der ebenfalls die Prüfung bei offensichtlicher Unrichtigkeit bejaht; weitergehend *Löbbe*, GmbHR 2012, 7 (14) der nicht nur ein Recht, sondern eine beschränkte Prüfungspflicht annimmt; a. A. BayObLG DB 1985, 1521; *Heidinger*, in: MüKoGmbHG, § 40 Rn. 367, wobei es mit dem allgemeinen Grundsatz der Verpflichtung staatlicher Stellen zum rechtmäßigen Handeln kaum in Einklang zu bringen ist, wenn diese stehenden Auges Unrecht in ihrer Sphäre dulden müssten; daher kritisch wie hier auch *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (386).

¹⁷⁷ Aus naturgesetzlichen Gründen besteht diese Gefahr bei einem Erbfall nur bedingt.

¹⁷⁸ *Terlau*, in: MHLs GmbHG, § 40 Rn. 44.

¹⁷⁹ Siehe zur Mitteilung *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 18 ff.; *Terlau*, in: MHLs GmbHG, § 40 Rn. 15; *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 128 ff.

¹⁸⁰ Ohne Gesellschafterwechsel genießt die GbR Bestandsschutz, *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 3.

¹⁸¹ *Birkefeld/Schäfer*, BB 2017, 2755 (2761), die eine analoge Anwendung von § 93 Abs. 2 S. 2 AktG vorschlagen; ablehnend *Terlau*, in: MHLs GmbHG, § 40 Rn. 16.

¹⁸² *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 42.

¹⁸³ BT-Drs. 16/6140, S. 39, 43 a. E.; *Schneider*, GmbHR 2009, 393 (394); *Altmeyden*, GmbHG, § 40 Rn. 48; *Paefgen*, in: HCL GmbHG, § 40 Rn. 236; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 43.

¹⁸⁴ *Heilmeyer*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 218.

gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG analog vermutet.¹⁸⁵ Möglicherweise kann sich der Geschäftsführer aber im vorliegenden Fall exkulpieren. Die aktualisierte Gesellschafterliste darf er nur einreichen, wenn dort die eingetragene GbR aufgeführt wird. Die Eintragung der Gesellschaft kann der Geschäftsführer der GmbH hingegen nicht forcieren. Ihm stehen keine Beugemittel zur Verfügung, um die Gesellschaft zur Eintragung zu bewegen.¹⁸⁶ Selbst wenn der Geschäftsführer demnach seiner Pflicht nachkommen möchte, so kann er sie schlechterdings nicht erfüllen und hat die Pflichtverletzung folglich auch nicht zu vertreten. Da eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung im Gesetz nicht angelegt ist,¹⁸⁷ scheidet eine Haftung des Geschäftsführers und mithin der GbR für die Nichteinreichung der Gesellschafterliste aus.

(b) § 40 Abs. 3 GmbHG analog

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erläuterungen bleibt Folgendes festzuhalten: Erstens scheint kein Anreiz für die GbR zu bestehen, ihrer Voreintragung nachzukommen. Bei einem System der reinen Freiwilligkeit verschlechtert sich die Publizität im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage, was diametral zu den Zielen des Gesetzgebers steht. Zweitens werden vor allem die anderen Gesellschafter einer GmbH die Leidtragenden der Eintragungsunfähigkeit der GbR sein. Während kaum Situationen denkbar sind, in denen der GbR erhebliche Nachteile aufgrund der unrichtigen Gesellschafterliste drohen, bestehen ernsthafte Probleme für die Mitgesellschafter. Diese Lastenverteilung erscheint unbillig, da ausschließlich die GbR das Eintragungshindernis zu beseitigen vermag. Es wäre daher billig, ihr die Kosten ihrer Blockade aufzuerlegen. Möglicherweise kann aufgrund dessen § 40 Abs. 3 GmbHG analog zulasten der GbR angewendet werden. Auch hierfür bedarf es wieder einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage.

Dass eine Regelungslücke besteht, lässt sich bereits den vorangestellten Ausführungen entnehmen. Diese muss auch planwidrig sein. Der Rechtsausschuss des Bundestages wollte mit seiner Änderung statuieren, dass auch im Falle eines GbR-internen Gesellschafterwechsels eine Voreintragung stattfinden muss, wenn diese an einer GmbH beteiligt ist. Zur Erreichung dieses Zieles hat er die Pflicht zur Aktualisierung der Gesellschafterliste in diesen Fällen hervorgehoben und gleichzeitig die Einreichung der Liste so lange untersagt, bis die GbR im Gesell-

¹⁸⁵ *Birkefeld/Schäfer*, BB 2017, 2755 (2756); *Paefgen*, in: HCL GmbHG, § 40 Rn. 249; *Heilmeier*, in: BeckOK GmbHG, § 40 Rn. 222; *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 43.

¹⁸⁶ *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 12a; *Stock*, NZG 2023, 361 (368) geht zwar von einer Treupflicht der GbR aus, weist allerdings gleichzeitig auf die problematische Durchsetzung in diesem Fall hin. Dieser Weg ist dem Geschäftsführer nicht zumutbar.

¹⁸⁷ So ausdrücklich *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG, § 40 Rn. 43.

schaftsregister eingetragen wurde.¹⁸⁸ Indes wurde offenbar übersehen, dass die Adressaten der Pflichten nicht koinzidieren. Zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet ist der Geschäftsführer der GmbH. Dieser wiederum hat keinen Einfluss auf die Voreintragung der GbR. Die Gesellschafter der GbR sind aber auch nicht zur Voreintragung verpflichtet. Es entsteht bei einem Konflikt zwangsläufig eine Pattsituation. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber damit das Risiko geschaffen, dass sich die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse im Vergleich zur alten Rechtslage verschlechtert. Wenn in dem Ausschussbericht daher festgehalten wird: „Der neue Absatz 2 dient der Vermeidung von Transparenzlücken im Rahmen der Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung“¹⁸⁹, dann droht dieses Ziel verfehlt zu werden. Die Regelungslücke ist daher planwidrig.

Die hier dargestellte Interessenlage ist zudem mit dem Regelungssinn des § 40 Abs. 3 GmbHG vergleichbar. Nach dieser Regelung soll in erster Linie derjenige haften, der die unrichtige Liste eingereicht bzw. die Nichteinreichung zu verantworten hat. Grundsätzlich ist der Einreichungsberechtigte für diese Probleme verantwortlich. Dass in der Norm der Geschäftsführer und nicht der Notar genannt wird, begründet sich aus der Amtsstellung des Notars und der vergleichbaren Haftung aus § 19 BNotO.¹⁹⁰ Dem Gesetzgeber war nicht daran gelegen, den Geschäftsführer zur Haftung heranzuziehen, schlicht weil er das Leitungsorgan ist und ihn damit eine Art Generalverantwortlichkeit trifft – dann wäre aufgrund der fehlenden Stellung der GbR eine Analogie abzulehnen –, sondern weil er im weit überwiegenden Teil der Fälle die Probleme mit der Gesellschafterliste zu verantworten hat, was sich in dem Verschuldenserfordernis zeigt. Das Verschulden wird zwar vermutet, bei einer Exkulpation, etwa aufgrund der fehlenden Kenntnis mangels entsprechender Mitteilung, entfällt jedoch die Haftung.¹⁹¹ Anders als bei einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung ist dem § 40 Abs. 3 GmbHG daher ein Element der Verantwortlichkeit immanent. Diese Verantwortlichkeit trifft in der vorliegenden Konstellation ausnahmsweise die GbR. Mit ihrer Entscheidung zur Voreintragung steht und fällt die Registersperre. Dies führt nicht nur zu einer unbilligen Belastung der Mitgesellschafter der GmbH, sondern auch zu einer Privilegierung gegenüber diesen, welche eine Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG analog rechtfertigt. Die anderen Mitgesellschafter können zwar die Einreichung einer neuen Liste durch den Geschäftsführer verzögern, indem sie einen Wechsel vor diesem geheim halten, sie können diese aber nicht blockieren, wenn der Geschäftsführer von der Veränderung Kenntnis erlangt. Hinzu kommt, dass für die anderen Gesellschafter kein Interesse besteht, eine solche Mitteilung zu verweigern, da sie von den Restriktionen des § 16 GmbHG betroffen sind. Während demnach für die anderen Gesellschafter eine Obliegenheit nach § 16 GmbHG besteht und für den Geschäftsführer

¹⁸⁸ BT-Drs. 19/31105, S. 10.

¹⁸⁹ BT-Drs. 19/31105, S. 10.

¹⁹⁰ Siehe oben auf S. 216 f.

¹⁹¹ *Altmeppen*, GmbHG, § 40 Rn. 48; siehe oben auf S. 225 f.

die Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG, besteht für die GbR überhaupt kein Anreiz zur Mitwirkung.¹⁹² Aufgrund der Möglichkeit zur nachhaltigen Verhinderung der Listeneinreichung steht die GbR somit diesbezüglich der Geschäftsführerstellung näher als den anderen Gesellschaftern, denen diese Macht nicht zukommt. Durch die analoge Anwendung des § 40 Abs. 3 GmbHG wird die GbR daher ihrer, dem Geschäftsführer der GmbH vergleichbaren, Verhinderungsmacht entsprechend zur Haftung herangezogen und es besteht für die GbR eine hinreichend starke Obliegenheit, der Voreintragung im Gesellschaftsregister nachzukommen.

c) Die Besonderheiten des Aktienregisters

Die dargestellten Ansätze für die GmbH lassen sich auf die Lage der AG nur bedingt übertragen. Zunächst ist festzuhalten, dass der § 67 S. 3 AktG n.F. ebenfalls ein Voreintragungserfordernis statuiert, wenn die GbR in das Aktienregister eingetragen oder Veränderungen an ihrer Eintragung vorgenommen werden sollen. In der Folge besteht bei einem Erwerb von Namensaktien durch eine GbR ebenfalls eine „Registersperre“, ohne materiell-rechtliche Folgen.¹⁹³ In Übereinstimmung mit den Ausführungen in Bezug auf die GmbH kann eine Voreintragung nicht erzwungen werden. Es besteht, im Ergebnis ebenfalls vergleichbar, hingegen eine Obliegenheit zur Voreintragung für die GbR. Diese resultiert allerdings nicht aus einer notariellen Mitwirkung oder der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbes.¹⁹⁴ Stattdessen ist die GbR in Ermangelung einer Eintragung im Aktienregister gemäß § 67 Abs. 2 S. 1 AktG n.F. weitestgehend¹⁹⁵ von den Aktionärsrechten ausgeschlossen.¹⁹⁶

Etwas anderes gilt jedoch für die Fälle des Gesellschafterwechsels. Nicht nur fehlt es an einer dem § 12 Abs. 2 EGGmbHG n.F. vergleichbaren Regelung, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers soll ein Gesellschafterwechsel bei Bestandsbeteiligungen zu keinem Voreintragungserfordernis führen.¹⁹⁷ Im Gegensatz zur Lage der GmbH soll der Transparenzzweck eine solche

¹⁹² Auch das Transparenzregister vermag keinen hinreichenden Anreiz zu vermitteln, da eine diesbezügliche Eintragung nur bei einer Beteiligungsquote von über 25 % überhaupt in Betracht kommt, vgl. nur *Wicke*, GmbHG, § 40 Rn. 10e.

¹⁹³ *John*, NZG 2022, 243 (246); *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 67 Rn. 25; siehe auch *Koch*, AktG, § 67 Rn. 25; *Bayer*, in: MüKoAktG, § 67 Rn. 46.

¹⁹⁴ BT-Drs. 19/27635, S. 269; *Lutter/Drygala*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 67 Rn. 42; *Koch*, AktG, § 67 Rn. 25; *Bayer*, in: MüKoAktG, § 67 Rn. 46; *Schudlo/Bock*, BB 2023, 2051 (2053).

¹⁹⁵ Siehe zur faktisch eingeschränkten Bedeutung bei Dividenden *Lutter/Drygala*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 67 Rn. 68; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 67 Rn. 50.

¹⁹⁶ Zu den Folgen einer Nichteintragung im Aktienregister *Lutter/Drygala*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 67 AktG, Rn. 53 ff.; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 67 Rn. 51 ff.

¹⁹⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 270; *Cahn*, in: BeckOGK AktG, § 67 Rn. 23; *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 26.

Voreintragung nicht erfordern. Rechtsinhaber sei ohnehin die rechtsfähige GbR, weswegen der Eintragung der Gesellschafter keine übermäßige Bedeutung zukomme.¹⁹⁸ Vor dem Hintergrund, dass sich das Aktienregister strukturell von den anderen genannten Registern unterscheidet, ist die Wertung des Gesetzgebers plausibel. Das Aktienregister ist nämlich kein öffentliches, sondern ein rein internes Register und wird auch nicht zum Handelsregister eingereicht.¹⁹⁹ Hinzu kommt die beschriebene fehlende Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes, sodass dem Aktienregister keine mit etwa der Gesellschafterliste vergleichbare Publizitätsfunktion zukommt.²⁰⁰ Sicherlich hätte der Gesetzgeber dennoch im Sinne der Rechtsvereinheitlichung die Voreintragung anordnen können. Da es sich so aber um eine minder eingriffsintensive Regelung handelt, ist dies durchaus zu begrüßen.²⁰¹ Folglich besteht kein Voreintragungserfordernis in den Fällen des GbR-internen Gesellschafterwechsels.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass zunächst zwischen dem Eintritt in eine Gesellschaft und dem GbR-internen Gesellschafterwechsel zu differenzieren ist. Die Beteiligung einer GbR ist auch ohne die Gesellschaftsregistereintragung materiell an Personen- und/oder Kapitalgesellschaften möglich. Im Einzelnen bestehen allerdings Unterschiede. Während der Eintritt in eine Personenhandelsgesellschaft die Pflicht zur Eintragung als Gesellschafter im Handelsregister und damit mittelbar zur Voreintragung begründet, besteht eine solche Pflicht beim Eintritt in eine Kapitalgesellschaft nicht. In dem zuletzt genannten Fall besteht hingegen eine Obliegenheit zur Voreintragung im Gesellschaftsregister, weil zum einen die erforderliche notarielle Mitwirkung nicht sichergestellt werden kann und zum anderen die Gesellschafter-GbR von den Gesellschafter-/Aktionärsrechten ausgeschlossen ist. Bei der GmbH kommt das Risiko des gutgläubigen Erwerbs des Gesellschaftsanteils hinzu, wenn die GbR nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen wurde. Sofern eine GbR bereits nach derzeitigem Recht als Gesellschafter im Handelsregister, der Gesellschafterliste oder dem Aktienregister eingetragen ist und es zu einem GbR-internen Gesellschafterwechsel kommt, führt dies zu Problemen. Im Recht der Personenhandelsgesellschaften fehlt die eigentlich erforderliche Regelung, welche die GbR zur Korrektur des Handelsregisters anhält. Der § 106 Abs. 4 HGB n.F. muss daher analog herangezogen werden, um Publizitätsdefizite, ein dauerhaft unrichtiges Handelsregister und einen Mangel an Verkehrsschutz zu beheben. Auch bei der GmbH wäre zwar keine Pflicht, jedoch zumindest eine

¹⁹⁸ BT-Drs. 19/27635, S. 270.

¹⁹⁹ *Schudlo/Bock*, BB 2023, 2051 (2053); siehe auch *Grigoleit/Rachlitz*, in: *Grigoleit AktG*, § 67 Rn. 9 ff.

²⁰⁰ *Schudlo/Bock*, BB 2023, 2051 (2053).

²⁰¹ Kritisch aus rechtspolitischen Gründen *Servatius*, GbR, § 713 Rn. 26.

Obliegenheit zur Ermöglichung der Korrektur der Gesellschafterliste notwendig. Zur Vermeidung von erheblichen Friktionen ist eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 3 GmbHG notwendig und geboten. Dementgegen musste für das Aktienregister, aufgrund seiner rein internen Funktion, kein Voreintragungserfordernis für den Fall des GbR-Gesellschafterwechsels eingeführt werden.

B. Der Weg aus dem Register

I. Allgemeines

Die Eintragung im Gesellschaftsregister mag man als Einbahnstraße²⁰², als One-Way-Ticket²⁰³ oder als Reuse bezeichnen. Egal welches sprachliche Bild präferiert wird, eins haben sie alle gemein: Es gibt für die eGbR keinen Weg zurück; jedenfalls fast keinen. Der Gesetzgeber hat sich ganz bewusst dazu entschieden, trotz des deklaratorischen Fakultativmodells der Ersteintragung die gewillkürte Löschung aus dem Gesellschaftsregister zu untersagen.²⁰⁴ Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die durch die Eintragung erlangte Subjektpublizität wieder abgelegt wird und in der Folge das zuvor begründete Vertrauen des Rechtsverkehrs ins Leere geht.²⁰⁵ Ebenso soll das vorgesehene Insolvenzverfahren für die GbR nicht durch die liquidationslose Löschung unterlaufen werden.²⁰⁶

II. Die OHG als Vorbild?

Ihr unausgesprochenes Vorbild findet diese Bindungswirkung in den Regelungen des HGB zu den land- oder forstwirtschaftlichen Betrieben. Der § 3 Abs. 1 HGB dispensiert von der Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB für diese Betriebe, sodass auch der Inhaber eines Großbetriebes nicht als Istkaufmann zu qualifizieren ist.²⁰⁷ Stattdessen eröffnet § 3 Abs. 2 Hs. 1 HGB i. V. m. § 2 HGB die fakultative

²⁰² So z. B. *Punte/Klemens/Sambulski*, ZIP 2020, 1230 (1234); *Szalai*, NWB 2023, 500 (502).

²⁰³ *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (32) „ohne Rückfahrkarte“; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23, 2021, 39 (58).

²⁰⁴ Siehe schon BT-Drs. 19/27635, S. 109.

²⁰⁵ Häufig wird dies als Firmenbestattung bezeichnet, z. B. BT-Drs. 19/27635, S. 134, 267; *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476 (2481), wobei die eGbR natürlich keine Firma, sondern einen Namen hat, vgl. *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14 (15); zustimmend auch *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (32). Der DAV, NZG 2020, 1133 (1135 Rn. 19 f.) hält die Bedenken dagegen für unbegründet.

²⁰⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 109; kritisch *Wimmer*, GbR-Register, S. 246 f.; *ders.*, DZWIR 2020, 379 (383); ablehnend auch DAV, NZG 2020, 1133 (1135 Rn. 18); *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295 (1296).

²⁰⁷ *Körper*, in: *Oetker HGB*, § 3 Rn. 1. Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 HGB stellt ein Redaktionsversehen dar, vgl. *Kindler*, in: *EBJS HGB*, 4. Aufl. 2020, HGB § 3 Rn. 32.

Möglichkeit zur konstitutiven Eintragung.²⁰⁸ Diese Verweisung wird durch § 3 Abs. 2 Hs. 2 HGB modifiziert, indem die Löschungsmöglichkeit des § 2 S. 3 HGB ausgeklammert wird und stattdessen eine Löschung „nur nach den allgemeinen Vorschriften stattfindet“. Diesen Wortlaut greift § 707a Abs. 4 BGB n. F. auf. Der Inhaber eines land- oder forstwirtschaftlichen Großbetriebes hat dementsprechend ebenso keine „Rückfahrkarte“ wie die eGmbH.

1. (K)eine Austragungsmöglichkeit

Bei näherer Betrachtung wird ersichtlich, dass die Regelungen im BGB sogar noch über die des HGB hinausgehen. Während bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb die Löschung aus dem Handelsregister – entweder auf Antrag oder von Amts wegen²⁰⁹ – in Betracht kommt, wenn dieser auf ein kleingewerbliches Niveau absinkt, ist eine auch nur ähnliche Option bei der eGmbH nicht vorgesehen. Eine rechtsfortbildende entsprechende Übertragung auf die eGmbH könnte demnach angezeigt sein. Denkbar wäre es, die eGmbH aus dem Registerzwang zu entlassen, wenn etwa der zur Eintragung zwingende Umstand weggefallen ist. Opportun ist dies jedoch schon mit Blick auf die Auswirkungen dessen nicht. Gerade wenn der ursprüngliche Eintragungszweck weggefallen ist, etwa durch die Veräußerung oder den Verlust des Grundbesitzes, wird sich die eGmbH häufig Ansprüchen Dritter ausgesetzt sehen, seien diese Käufer oder Altgläubiger. Der Sinn und Zweck des Gesellschaftsregisters würde in diesen Fällen unterminiert, sodass die Löschung der eGmbH überzeugenderweise nur nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen darf.

2. Die Benachteiligung der Regelkonformität

Wenn die eGmbH demnach nicht aus dem Gesellschaftsregister ohne Liquidation zu löschen ist, werden sich die öffentlichkeitsscheuen Gesellschafter fragen, ob es noch eine andere Möglichkeit gibt, der Registerpublizität zu entkommen.

a) *Flucht über die OHG?*

Ein Statuswechsel in die Rechtsform der OHG könnte in diesem Zusammenhang in Betracht kommen. Nach dem bisherigen Recht kann eine OHG auch ohne Liquidation gemäß § 105 Abs. 2 S. 2 HGB i. V. m. § 2 S. 3 HGB aus dem Handelsregister gelöscht werden, wenn sie nur einen kleingewerblichen Betrieb unterhält.²¹⁰ Die

²⁰⁸ *Schwartz*, in: BeckOK HGB, § 3 Rn. 16; *Körber*, in: Oetker HGB, § 3 Rn. 21.

²⁰⁹ Zum Streitstand siehe *Körber*, in: Oetker HGB, § 3 Rn. 24 m. w. N.

²¹⁰ *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 14; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 105 Rn. 31; *Bergmann*, DB 2020, 994 (997).

Gesellschaft wird in diesen Fällen identitätswahrend (wieder) zu einer GbR.²¹¹ Wäre der Gesetzgeber folglich in diesem Punkt nicht tätig geworden, hätte die eGbR den Statuswechsel zur OHG vollziehen können, um anschließend auf diesem Wege die Registerpublizität hinter sich zu lassen. Um einer solchen Umgehung vorzubeugen, wurde im Zuge der Neufassung des § 105 HGB n. F. der Verweis auf § 2 S. 3 HGB gestrichen.²¹²

b) Konsequenz der Neuregelung

Infolge dieser Änderung kann auch die kleingewerbliche OHG das Handelsregister nicht mehr durch liquidationslose Löschung verlassen. Zwar kann sie weiterhin die Rechtsform der eGbR durch einen Statuswechsel annehmen; der Weg in die publizitätslose GbR bleibt ihr aber versperrt.²¹³ Im Fall der ursprünglich kleingewerblich tätigen OHG erscheint dieser Ausschluss konsequent. In dieser Lage haben sich die Gesellschafter bewusst für die Rechtsform der OHG entschieden, um in den Genuss der Vorteile derer zu gelangen. Der Preis dieser Vorteile ist die Bindung an die Publizität.

Berücksichtigt man jedoch, dass eine GbR auch kraft Gesetzes durch das Überschreiten der Schwelle zum Handelsgewerbe zur OHG werden kann, stellt sich die Frage, ob die Bindung an das Register zu rechtfertigen ist. In diesem Fall wollten die Gesellschafter unter Umständen nie die dauernde Publizität. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass die aus der Eintragung resultierende Bindungswirkung nur die Gesellschaften betrifft, deren Gesellschafter sich der Verpflichtung gewahr sind und pflichtbewusst die Eintragung herbeiführen.

c) Ungerechtfertigte Privilegierung?

Eine Gesellschaft ist gemäß § 105 Abs. 1 HGB n. F. eine OHG, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt. Die Eintragung hat lediglich deklaratorische Bedeutung, was in der Konsequenz die volle Rechtsfähigkeit der Gesellschaft vor der Eintragung bedeutet.²¹⁴ Anders als die GbR muss die OHG zwar nach § 106 Abs. 1 HGB grundsätzlich zum Handelsregister angemeldet werden, die Teilnahme am Rechtsverkehr ist aber auch ohne diese möglich. Das führt zu folgender Problematik:

Wird die OHG ordnungsgemäß als solche eingetragen, dann steht ihr anschließend nur der Weg in die eGbR offen. Auf die Registerpublizität kann nicht mehr ver-

²¹¹ Roth, in: Hopt HGB, § 105 Rn. 14; Lieder, in: Oetker HGB, § 105 Rn. 33.

²¹² BT-Drs. 19/27635, S. 224 f.; Lieder, in: Oetker HGB, § 105 Rn. 34e; Bochmann, BLJ 020, 71 (76); Roßkopf/Hoffmann, ZPG 2023, 14 (17); Haas/Wöstmann, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 105 Rn. 18.

²¹³ Servatius, GbR, § 707c Rn. 3.

²¹⁴ Siehe dazu schon oben auf S. 47.

zichtet werden. Melden jedoch die Gesellschafter pflichtwidrig ihre Gesellschaft nicht zum Handelsregister an, obwohl sie die Schwelle zum Handelsgewerbe bereits überschritten haben, steht ihnen im Fall des Absinkens auf ein kleingewerbliches Niveau (wieder) kraft Gesetzes die Rechtsform der nicht eingetragenen GbR zu. Durch die Nichtbefolgung der Verpflichtung werden die Gesellschafter insoweit privilegiert, als sie die Registerpublizität effektiv vermeiden können. Ihnen kommt also aufgrund ihres pflichtwidrigen Verhaltens ein Wahlrecht in Bezug auf die Registerpublizität zu, das anderenfalls nicht bestanden hätte.

Fraglich ist demnach, ob es in den eben genannten Fällen einer Korrektur in der Form bedarf, dass auch die ordnungsgemäß eingetragene OHG die Registerpublizität wieder verlassen können muss. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn zukünftig eine flächendeckende Ignoranz der Eintragungspflicht zur OHG zu befürchten ist.

Dass ein solches Phänomen tatsächlich auftreten könnte, dafür sprechen insbesondere die unzureichenden Sanktionsmöglichkeiten bei einem Pflichtversäumnis. Dem Registergericht steht zur Durchsetzung der Verpflichtung primär das Zwangsgeld zur Verfügung. Dies ist zwar grundsätzlich geeignet, den Registerzwang durchzusetzen – weswegen auch im Rahmen dieser Arbeit des Öfteren auf den Einsatz des Beugemittels verwiesen wurde –, in der konkreten Problemlage ist die Effektivität jedoch zu bezweifeln. Erstens muss das Registergericht zunächst Kenntnis von den Aktivitäten der Gesellschaft erlangen.²¹⁵ Anders als in den hier skizzierten Fällen wirkt bei der Aufnahme eines Handelsgewerbes aber keine andere staatliche Stelle mit, wie etwa das Grundbuchamt oder das Registergericht.²¹⁶ Eine amtliche Kenntnis der Eintragungspflicht ist daher nicht unbedingt zu erwarten. Zweitens ist das Zwangsgeld gerade kein Sanktionsmittel.²¹⁷ Wenn dementsprechend das Registergericht zufällig doch irgendwann Kenntnis von der Eintragungspflicht erlangt, können die Gesellschafter das Zwangsgeld durch die Nachholung ihrer Pflichterfüllung abwenden. Bis zum ungewissen Zeitpunkt der Entdeckung besteht für die Gesellschafter kein Risiko, die Eintragungspflicht zu ignorieren. Das neben einem Bußgeld einzig effektive Mittel zur Verhinderung dieses Verhaltens wäre eine Art fortwirkende Eintragungspflicht, die eine GbR zur Eintragung verpflichtet, wenn sie schon als OHG hätte eingetragen werden müssen. Eine solche Fortwirkung ist aber im Gesetz nicht angelegt und lässt sich auch dogmatisch nicht im Wege der Rechtsfortbildung begründen.

Obgleich das pflichtwidrige Verhalten nicht effektiv unterbunden werden kann, deutet vieles darauf hin, dass die Vermeidung der Registerpublizität keine übermäßige Sogwirkung entfalten wird. Die nicht eingetragene OHG unterliegt nach den hier vorgestellten Untersuchungen in weiten Teilen denselben Beschränkungen

²¹⁵ Daher wurde im Kapitel zum Grundbuch unter § 4 S. 152f. vorgeschlagen, die entsprechenden Angaben publik zu machen, sodass der Zwang auch ausgeübt werden kann.

²¹⁶ Vgl. etwa S. 214f.

²¹⁷ Siehe S. 250.

wie die nicht eingetragene GbR.²¹⁸ Die Anreize zur Eintragung der GbR wirken demnach auch auf die OHG und flankieren damit die Eintragungspflicht. Die Gesellschafter, welche ihre OHG nicht eintragen lassen, stehen also nicht besser da als jene Gesellschafter, die ihre GbR nicht eintragen lassen. Die Vorteile der Publizitätsvermeidung werden in der Regel die Nachteile der Beschränkungen, insbesondere bei der im größeren Umfang am Rechtsverkehr teilnehmenden OHG, nicht überwiegen.

Auch die eingangs aufgeworfenen grundsätzlichen Bedenken bezüglich der mangelnden Freiwilligkeit vermögen keine Abweichung von der Registerbindung zu rechtfertigen. Es ist zwar richtig, dass anders als bei der aus einer kleingewerblich tätigen Gesellschaft hervorgehenden OHG bei der einen kaufmännischen Betrieb führenden OHG keine Willensbetätigung der Gesellschafter hin zur Registerpublizität erforderlich ist. Das ist jedoch kein Spezifikum der OHG. Wie dargestellt kann auch die GbR einer Eintragungspflicht unterliegen, wenn sie bestimmte Geschäfte vornimmt.²¹⁹ Dem folgend ist ein konkreter Wille zur Bindung an das Register nicht erforderlich; es reicht vielmehr aus, wenn der Wille zu einer wirtschaftlichen Betätigung im bestimmten Umfang vorliegt und die Registerpflicht als Nebenfolge eintritt. Bei der Registerbindung handelt es sich im Ergebnis um ein rechtsformübergreifendes Prinzip, welches als gesetzgeberische Grundentscheidung hinzunehmen ist. Die OHG wird somit im Ergebnis nicht ungerechtfertigt benachteiligt.

III. Der Statuswechsel

Wenn die Gesellschafter die Rechtsform der eGbR ablegen wollen, bleibt ihnen nach dem eben Gesagten nur die Möglichkeit des sog. Statuswechsels. Dieser neu geschaffene Vorgang ist für die eGbR in § 707c BGB n.F. geregelt²²⁰ und soll den identitätswahrenden Übergang zwischen den Registern ermöglichen.²²¹ Er flankiert damit die zwei bisher bestehenden Möglichkeiten zum Rechtsformwechsel. *De lege lata* kann eine GbR primär entweder einen Formwechsel nach dem UmwG durchführen und so zu einer juristischen Person werden oder in eine andere Personengesellschaftsrechtsform wechseln, indem sie sich in dem für die neue Rechtsform vorgesehenen Register eintragen lässt.

Nach dem MoPeG besteht für die nicht eingetragene GbR (nur noch) die Möglichkeit, ihre Rechtsform durch die Anmeldung beim Zielregister zu wechseln.²²²

²¹⁸ Siehe oben § 3 S. 99.

²¹⁹ Siehe dazu schon oben unter § 4 S. 134 ff., § 5 S. 208 ff.

²²⁰ Vgl. zudem § 107 Abs. 3 HGB n.F. und § 4 Abs. 4 PartGG n.F.

²²¹ *Böhringer*, NotBZ 2023, 201 (205); *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201 (202); *Luy*, notar 2020, 182 (184) spricht sich im Sinne des erleichterten Überganges für ein einheitliches Register als Konsolidierung aller Subjektregister aus.

²²² *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201 (203).

Die eGmbH genießt hingegen bereits die Registerpublizität und soll diese nach dem Willen des Reformgesetzgebers unbedingt beibehalten. Damit für den Rechtsformwechsel daher nicht auf die Auflösung und Neugründung zurückgegriffen werden muss, wurde mit dem Statuswechsel ein einheitliches, vereinfachtes und zuverlässiges Verfahren geschaffen.²²³

1. Zusammenfassung des Ablaufs

Das Verfahren lässt sich wie folgt zusammenfassen:²²⁴ Eine Anmeldung des Statuswechsels erfolgt stets bei dem Register, in dem die Gesellschaft bereits eingetragen ist (Ausgangsregister). Das somit zuständige Registergericht prüft sodann, ob die Voraussetzungen der Zielrechtsform vorliegen. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn eine Handelsgesellschaft in die Rechtsform der eGmbH wechseln möchte. Dann hat das sachnächste Register, das Handelsregister, als Ausgangsregister zu prüfen, ob nicht immer noch ein Handelsgewerbe betrieben wird und die Gesellschaft daher eine Handelsgesellschaft bleiben muss. Sofern das Ausgangsregister aber grünes Licht für den Statuswechsel gibt, trägt es gemäß § 707c Abs. 2 S. 1 BGB n. F. einen Statuswechselvermerk ein und gibt das Verfahren nach § 707c Abs. 2 S. 3 BGB n. F. an das Zielregister ab. Dem Zielregister obliegt sodann nur noch eine eingeschränkte Prüfung,²²⁵ bevor die Gesellschaft in das Zielregister eingetragen und das Ausgangsregister von Amts wegen benachrichtigt wird (§ 707c Abs. 4 S. 2 BGB n. F.). Im Anschluss wird der Wechsel auch im Ausgangsregister vermerkt und das Registerblatt geschlossen; der Statuswechsel ist damit abgeschlossen.

Wenig problematisch ist die Frage nach der Eintragungswirkung des Statuswechsels. Nach den bereits zu Beginn dargestellten Grundsätzen ist zu fragen, in welchem Zeitpunkt die Rechtswirkung eintritt.²²⁶ Wenn eine eGmbH bereits die Schwelle zum Handelsgewerbe überschritten hat, ist der Statuswechsel – wie bei der unmittelbaren Eintragung bisher auch – lediglich von deklaratorischer Bedeutung. Sofern es sich um eine kleingewerbliche Gesellschaft handelt, wirkt die Eintragung konstitutiv.²²⁷

²²³ M. Noack, ZPG 2023, 95 (100).

²²⁴ Sehr ausführlich zum Ablauf *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201 ff.; M. Noack, ZPG 2023, 95 (100 f.); *Servatius*, GbR, § 707c Rn. 8 ff.

²²⁵ *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband, § 707c Rn. 10; *Hermanns*, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 23; *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707c Rn. 19.

²²⁶ Siehe oben unter § 3 S. 42 f.

²²⁷ *Luy*, notar 2020, 182 (184); *Schollmeyer*, DNotZ 2021, 889 (898); *Servatius*, GbR, § 707c Rn. 14.

2. Der Statuswechsel: Gesellschaftsregister/Partnerschaftsregister

Aufmerksamkeit verdient hingegen der Wechsel aus oder in das Partnerschaftsregister.

a) Die PartGmbH – eine Frage der Haftung

Wenn eine eGmbH in eine Partnerschaftsgesellschaft (PartG) wechselt, so führt dies grundsätzlich zu dem zuvor beschriebenen Ablauf. Möglich ist allerdings auch der direkte Wechsel in die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH). Ein solcher Statuswechsel wird für all jene Angehörige der freien Berufe interessant sein, welche nicht persönlich für etwaige Berufsfehler haften möchten.²²⁸

Fraglich ist, wie sich ein solcher Rechtsformwechsel auf die Haftung der Gesellschafter auswirkt. Bereits zur bisherigen Rechtslage wird diskutiert, zu welchem Zeitpunkt die Haftungsbeschränkung des § 8 Abs. 4 PartGG eintritt, insbesondere wenn die Ausgangsrechtsform eine GmbH war. Teilweise wird dabei angenommen, dass die persönliche Haftung der Partner für all jene Verträge beschränkt sei, die nach dem Rechtsformwechsel abgeschlossen wurden.²²⁹ Dementgegen geht eine weitergehende Auffassung davon aus, dass auch die Haftung für Altverträge beschränkt sei, sofern der die Haftung auslösende Berufsfehler nach dem Rechtsformwechsel aufgetreten ist.²³⁰ Das MoPeG könnte hier noch einen Schritt weiter gegangen sein. Möglicherweise ist die persönliche Haftung der Gesellschafter/Partner auch für bereits vor dem Rechtsformwechsel begangene Berufsfehler beschränkt. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber mit § 707c Abs. 5 BGB n.F. eine Sonderregelung für den Wechsel in die KG aufgenommen hat. Eine entsprechende Nachhaftung wurde für die PartGmbH nicht vorgesehen, woraus geschlossen werden könnte, dass hier ein vollumfänglicher Haftungsausschluss gewollt war. Auch ließe sich das Hauptargument der Vertreter, welche auch die Haftung bei Altverträgen begrenzen wollen, auf den Fall des Statuswechsels übertragen. Nach dieser Auffassung ist nicht ersichtlich, weswegen den Gläubigern mit der Versicherung ein

²²⁸ Möglich wäre zwar auch der Wechsel in eine GmbH oder neuerdings eine GmbH & Co. KG, siehe § 3 Fn. 7. Dies kann aber zu einem Reputationsverlust führen. Vielfach ist (noch) die Ansicht verbreitet, dass sich die vollständige persönliche Haftungsbeschränkung für Freiberufler nicht geziemt. Siehe außerdem zu den Nachteilen der GmbH & Co. KG im Vergleich zur PartGmbH *Wertenbruch*, in: Schäfer MoPeG, § 10 Rn. 13.

²²⁹ *Sommer/Treptow*, NJW 2013, 3269 (3272); *Gladys*, DStR 2013, 2416f.; *Heckschen*, AnwBl 2018, 119 (121f.).

²³⁰ Für die Rechtslage nach dem MoPeG *Schäfer*, MüKoBGB-Sonderband, PartGG § 8 Rn. 53; *ders.*, NZG 2020, 401 (406) mit Verweis auf das versicherungsrechtliche Verstoßprinzip; für die alte Rechtslage *Hirtz*, in: *Henssler/Strohn GesR*, PartGG § 8 Rn. 42; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting BRAO*, PartGG § 8 Rn. 66; *Schöne*, in: *BeckOK BGB*, PartGG § 8 Rn. 48.

weiterer Schuldner zur Verfügung gestellt werden sollte, ohne dass die Haftung der Partner zu begrenzen wäre.

Überzeugen kann dies im Ergebnis allerdings nicht. Die fehlende Sondernormierung der Nachhaftung der Gesellschafter zeigt gerade, dass der Gesetzgeber von keiner rückwirkenden Haftungsbeschränkung ausgeht. Dafür spricht auch die Wertung des § 224 Abs. 1 UmwG, insbesondere weil der Statuswechsel dem Formwechsel nachgebildet wurde.²³¹ Eine derartige Benachteiligung der Gläubiger lässt sich auch nicht mit dem Abschluss einer Versicherung rechtfertigen, da kein Versicherungsschutz für bereits entstandene Schäden besteht²³² und damit den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stünde. Folglich können sich die Gesellschafter nicht durch einen Statuswechsel in die PartGmbH der persönlichen Haftung entziehen.²³³

b) Statuswechsel der „kaufmännischen“ PartG

Wie bereits erwähnt hat das Ausgangsregister in weiten Teilen die Voraussetzungen für den Wechsel in die Zielrechtsform zu prüfen. Gemäß § 4 Abs. 4 PartGG n. F. i. V. m. § 107 Abs. 3 S. 1 HGB n. F. ist vom Registergericht des Partnerschaftsregisters zu prüfen, ob bei einem Statuswechsel die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB vorliegen, also ein Handelsgewerbe betrieben wird.²³⁴ Das dürfte bei den PartG fast nie der Fall sein, da diese Rechtsform nur Freiberuflern offensteht (§ 1 Abs. 1 S. 1 PartGG). Diese betreiben nämlich schon qua Definition kein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 1 S. 2 PartGG). Denkbar sind jedoch Fälle, in denen der Wechsel von der freiberuflichen Tätigkeit hin zum (Handels-)Gewerbe gerade die Motivation für den Statuswechsel darstellt. Wenn sich ein Künstlerkollektiv etwa nicht mehr auf die Herstellung von Kunst, sondern auf den schlichten Vertrieb von angekauften Werken konzentriert, üben sie keinen freien Beruf mehr aus.²³⁵ Sollte das Registergericht daher im Rahmen des Statuswechsels feststellen, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird, stellt sich die Frage, wie mit dieser Erkenntnis verfahrensrechtlich umzugehen ist.

Man könnte, ganz im Sinne der Verfahrensökonomie, überlegen, ob der Statuswechsel in einem solchen Fall nicht schlicht fortgeführt werden kann. Das Partner-

²³¹ BT-Drs. 19/27635, S. 37; BR-Drs. 560/21, S. 20; *M. Noack*, ZPG 2023, 95 (100); *M. Noack/Göbel*, GmbHG 2021, 569 (572).

²³² Vgl. LG Frankfurt NJW 1978, 1007; *Schöne*, in: BeckOK BGB, PartGG § 8 Rn. 37; *Hirtz*, in: *Henssler/Strohn GesR*, PartGG § 8 Rn. 36; siehe auch *Kilian*, MDR 2013, 1137 (1142).

²³³ *Schäfer*, MüKoBGB-Sonderband, PartGG § 8 Rn. 53; *ders.*, NZG 2020, 401 (406); siehe außerdem *Schöne*, in: BeckOK BGB, PartGG § 8 Rn. 47; *Schollmeyer*, DNotZ 201, 889 (899).

²³⁴ Das gilt auch im umgekehrten Fall des Statuswechsels einer eGmbH in eine PartG, BT-Drs. 19/27635, S. 138.

²³⁵ Künstler sind nach § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG freiberuflich tätig; vgl. auch *Schöne*, in: BeckOK BGB, PartGG § 1 Rn. 13.

schaftsregistergericht würde sodann das Verfahren an das Handelsregistergericht abgeben und letzteres auf die Ergänzung der für das Handelsregister notwendigen Angaben drängen.²³⁶ Ferner wird in diesem Kontext vorgeschlagen, dass aufgrund der Eintragungspflicht der OHG auch eine Rücknahme des Statuswechselantrags unzulässig sein soll.²³⁷

Aus gleich mehreren Gründen ist diesem Ansatz entgegenzutreten. Die Eintragung im Handelsregister ist trotz der Eintragungspflicht ein Antragsverfahren und kann grundsätzlich nicht von Amts wegen durchgeführt werden.²³⁸ Der Antrag für den Statuswechsel reicht nicht für die Eintragung im Handelsregister. Aufgrund der Bestimmtheit des Antrags lässt sich dieser nicht in einen Antrag auf Wechsel in das Handelsregister auslegen. Auch eine Umdeutung scheidet daran, dass die Eintragung im Handelsregister nicht nur ein Weniger oder jedenfalls ein *Aliud*, sondern wegen der handelsrechtlichen Pflichten ein Mehr zur Eintragung im Gesellschaftsregister darstellt.²³⁹ Ein entsprechender Wille der Gesellschafter lässt sich überdies nicht ohne Weiteres annehmen, da denkbar ist, dass die Gesellschaft eher aufgelöst werden soll, als den handelsregisterrechtlichen Bestimmungen zu unterfallen. Der Gesetzgeber geht daher zu Recht davon aus, dass das Betreiben eines Handelsgewerbes zur Zurückweisung des Statuswechselantrages gemäß § 382 Abs. 3 FamFG führt.²⁴⁰ Damit ist die Registerpflicht der OHG jedoch keineswegs ausgehebelt. Im Gegenteil wird das Handelsregistergericht über diesen Vorgang informiert werden, sodass dieses – wie in allen anderen Fällen der Kenntniserlangung auch – das Eintragungsverfahren notfalls mittels des § 14 HGB herbeiführen wird.

Dieses Ergebnis überzeugt zudem vor dem Hintergrund, dass die zweite Annahme, nämlich dass der Antrag auf Statuswechsel nicht zurückgenommen werden könne, in jedem Fall unzutreffend ist. Ein Eintragungsantrag kann bis zum Vollzug der Eintragung selbst dann zurückgenommen werden, wenn es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt.²⁴¹ Der Statuswechselantrag muss daher schon nach allgemeinen Grundsätzen erst recht zurückgenommen werden können. Es überzeugt nicht, weswegen die Rücknahme eines Antrags, welcher direkt beim

²³⁶ Dafür *M. Noack/Göbel*, GmbHR 2021, 569 (573 Rn. 23).

²³⁷ *M. Noack/Göbel*, GmbHR 2021, 569 (573 Rn. 23).

²³⁸ *Krafka*, in: MüKoHGB, § 12 Rn. 3 f.; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 12 Rn. 5 ff.

²³⁹ Vgl. zur Umdeutung nur BGHZ 19, 269 (275); *Flume*, BGB AT, Bd. II, S. 593; *Beurskens*, in: BeckOKG BGB, § 140 Rn. 53; *Ahrens*, in: PWW BGB, § 140 Rn. 9; *Ellenberger*, in: Grünberg BGB, § 140 Rn. 6; *Faust*, in: NK-BGB, Bd. 1, § 140 Rn. 18; *Busche*, in: MüKoBGB, § 140 Rn. 17; *Arnold*, in: Erman BGB, § 140 Rn. 11.

²⁴⁰ BT-Drs. 19/27635, S. 176; so auch *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 3 Rn. 36.

²⁴¹ OLG Düsseldorf Rpfleger 1989, 201; *Fleischer*, in: MüKoHGB, § 106 Rn. 16; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 106 f.; *Krafka*, Registerrecht, Rn. 83; *Ammon*, DStR 1993, 1025 (1026); *Otto*, in: BeckOK FamFG, § 382 Rn. 7; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 106 Rn. 12; *Martens*, in: Schlegelberger HGB, § 106 Rn. 6 („Sodann muß die Eintragung auch dann unterbleiben, wenn die angemeldete Tatsache vorliegt und eine Pflicht zur Anmeldung besteht.“).

Handelsregister gestellt wird, möglich ist, für den Statuswechselantrag allerdings strengere Voraussetzungen gelten sollen. Wenn daher auch der Antrag auf Statuswechsel zurückgenommen werden kann, ist eine dogmatisch fragwürdige Abgabe des Verfahrens nicht erforderlich. Es könnte dann nämlich ebenfalls zu der Situation kommen, dass das Handelsregistergericht nur über den Vorgang informiert werden kann, weil es kein Verfahren mehr gibt, welches abgegeben werden könnte.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass der Statuswechsel genauso behandelt werden sollte, wie der Grundfall, wenn eine GbR die Eintragung beim Gesellschaftsregister beantragt und dieses das Vorliegen eines Handelsgewerbes feststellt. Das Handelsregistergericht wird informiert und die entsprechende Eintragung notfalls erzwungen.

IV. Zwischenergebnis

Im Ergebnis dieses Abschnitts ist festzuhalten, dass wegen der Tilgung des Verweises auf § 2 S. 3 HGB keine Löschungsmöglichkeit für die OHG mehr besteht. Das bedeutet für die eGbR, dass sie nicht über einen Wechsel in die Rechtsform der OHG das Register wieder verlassen kann. Eine Korrektur dieses Ergebnisses ist auch nicht mit Blick auf die Benachteiligung der sich regeltreu verhaltenden OHG geboten, da die Freiwilligkeit der Eintragung keine Voraussetzung für die Registerbindung ist. Aufgrund der bereits in dem betreffenden Kapitel dargestellten Restriktionen für die nicht eingetragene OHG ist trotz der faktischen Bevorzugung keine massenhafte Ignoranz der Registerpflicht zu erwarten.

Wenn eine OHG allerdings in das Gesellschaftsregister wechseln möchte, dann muss sie den Statuswechsel durchführen. Hierbei ist besonders hervorzuheben, dass die Hauptprüfung durch das Ausgangsregister vorgenommen wird, was insbesondere beim Wechsel von einer Handelsgesellschaft in eine andere Rechtsform von Vorteil ist, da in diesen Fällen von der besonderen Expertise des sach nächsten Registers profitiert werden kann.²⁴² Fällt die Prüfung, ob ein Handelsgewerbe betrieben wird, beim Wechsel außerhalb des Handelsregisters – eGbR zur PartG oder umgekehrt – positiv aus, so ist das Verfahren nicht zu verweisen, sondern der Antrag zurückzuweisen und das Handelsregister über die Vorgänge zu informieren. Der Statuswechselantrag kann überdies zu jedem Zeitpunkt zurückgenommen werden. Weiterhin ist zu statuieren, dass der Statuswechsel von einer eGbR zu einer PartGmbH keinen Einfluss auf bereits bestehende Verbindlichkeiten hat.

²⁴² Dies gilt vor allem, wenn keine örtliche Konzentrierung, wie unter § 2 S. 38 gefordert, vorgenommen wurde.

C. Der Vertrauensschutz des Registers

I. Allgemeines

Für die Gesellschafter einer GbR muss das Gesellschaftsregister in manch einer Hinsicht geradezu janusköpfig wirken. Mit der Eintragung erlangen sie eine Vielzahl von Vorteilen, deren Genuss ihnen ansonsten verwehrt geblieben wäre. Neben der aufgezeigten Eintragungsfähigkeit in andere öffentliche Register wird zum einen erwartet, dass der Gesellschaft vom Rechtsverkehr eine erhöhte Kreditwürdigkeit zugeschrieben wird.²⁴³ Zum anderen dürften die Gesellschafter auf bessere Marktbedingungen durch die Senkung von Risikokosten seitens ihrer Vertragspartner hoffen. Diese exemplarischen Vorzüge sind das Ergebnis nicht nur der Transparenz, sondern vor allem des Gutgläubensschutzes des Registers. Da sich Dritte über die Inkorporation des § 15 HGB mittels § 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BGB n. F.²⁴⁴ auf die im Register eingetragenen Informationen verlassen und gleichsam auch auf das Schweigen des Registers vertrauen können, ersparen sie sich aufwändige Prüfungen der wahren Rechtslage. Umgekehrt bedeutet dies für die Gesellschafter jedoch auch, dass Nachlässigkeiten gravierende Konsequenzen haben können. Sie müssen sich nicht nur an dem festhalten lassen, was im Register eingetragen bzw. nicht eingetragen ist, sondern sind überdies dem Wahlrecht des sich auf den öffentlichen Glauben des Registers Berufenden ausgesetzt, der auch die wahre Rechtslage heranziehen kann.²⁴⁵ So oder so wird also bei einer Divergenz zwischen der formellen Registerlage und der materiellen wahren Rechtslage stets die für die Gesellschafter ungünstigste Situation entstehen. Diesem Haftungsrisiko müssen sich die Gesellschafter gewahr sein, bevor sie die GbR registrieren. Sind sie sich dessen im Unklaren und tragen ihre Gesellschaft leichtfertig ein, dann haben sie sich in eine wahre Einbahnstraße manövriert.²⁴⁶

²⁴³ BT-Drs. 19/27635, S. 128; *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113; *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (467); *Freier*, in: FS Hedinger, 2023, S. 137 (139).

²⁴⁴ Eine ähnliche Verweisteknik findet sich auch in § 5 Abs. 2 PartGG n. F., *Schaal*, in: Beck-OGK HGB, § 15 Rn. 7.

²⁴⁵ Dieses Wahlrecht billigt die Rechtsprechung dem Dritten seit BGHZ 65, 309 (310 f.) zu, was nicht auf einhellige Zustimmung in der Literatur gestoßen ist – so bezeichnete *U. John*, ZHR 140 (1976), 236 (254) diese Auffassung lapidar als „Rosinentheorie“ –, aber inzwischen als gefestigte Rechtsprechung gelten dürfte; vgl. dazu auch *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 14 Rn. 60; *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 58 m. w. N.

²⁴⁶ Dazu ab S. 230 ff.

II. Das Gesellschaftsregister und § 15 HGB

Die Norm des § 15 HGB war und ist bereits Gegenstand zahlreicher Abhandlungen, sodass sich an dieser Stelle auf eine kurze Rekapitulation des Regelungsgehalts beschränkt werden soll, um anschließend die für das Gesellschaftsregister geltenden Besonderheiten herauszustellen.

Die Norm ist geprägt durch eine Trichotomie der Publizität. Während der erste Absatz die negative Publizität des Registers und damit das Vertrauen in das Schweigen des Registers schützt,²⁴⁷ erfasst der zweite Absatz die Wirkung von eingetragenen Inhalten gegenüber Dritten und entlastet somit den Eintragenden.²⁴⁸ Der dritte Absatz verleiht dem Register eine positive Publizität, schützt somit das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die eingetragenen²⁴⁹ Tatsachen.²⁵⁰

1. Eine eingeschränkte Verweisung

Um die erprobte und bewährte Norm auch für das Gesellschaftsregister fruchtbar zu machen und somit den regulatorischen Mehraufwand zu begrenzen, bediente sich der Gesetzgeber einer dynamischen Verweisung (§ 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BGB n. F.). Wie bereits dargestellt erstreckt sich der Vertrauensschutz nicht auf die vom Register bloß vorausgesetzten Umstände. Diese können gegebenenfalls von den Ergänzungssätzen erfasst werden.²⁵¹ Die gemäß § 4 Abs. 4 Nr. 1 GesRV in Spalte 4 lit. a einzutragende Rechtsformbezeichnung nähme hingegen grundsätzlich an der Publizität teil. In der Konsequenz wurde befürchtet, dass ein relevanter Rechtsschein zugunsten der dort eingetragenen Rechtsform bestehen könnte, obwohl die Gesellschaft unter Umständen bereits die Schwelle zur Aufnahme eines Handelsgewerbes überschritten hat und folglich materiell-rechtlich als OHG besteht (§ 105 Abs. 1 HGB n. F.).²⁵² Der Rechtsformwechsel *ipso iure* hätte damit an Bedeutung verloren und wäre nur noch für die nicht eingetragenen GbR – welche mit Blick auf die fehlenden Privilegien regelmäßig ohnehin wirtschaftlich unbe-

²⁴⁷ *Schaal*, in: BeckOGK HGB, § 15 Rn. 25; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 16; *Schmidt-Kessel*, GPR 2006, 6 (12 f.).

²⁴⁸ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 33; *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 66; *Gehrlein*, in: EBJS HGB, § 15 Rn. 18.

²⁴⁹ Der § 15 Abs. 3 HGB a. F. stellte bisher auf die Bekanntmachung ab und nicht auf die Eintragung. Durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DIRUG), BGBl. I, 2021, S. 3338 wurde jedoch die Eintragung der maßgebliche und vorrangige Anknüpfungspunkt, siehe dazu BT-Drs. 19/28177, S. 100; eingängig auch *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 53a, 57a.2.

²⁵⁰ *Merkt*, in: Hopt HGB, § 15 Rn. 16; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 15 Rn. 31; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 53.

²⁵¹ Siehe zu diesen unter § 3 S. 51 f.

²⁵² *Hermanns*, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 13; *Schulteis*, GWR 2023, 307 (309); *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201 (203); *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707a Rn. 16, 16.1; *Eickelberg*, in: Herrler, Gesellschaftsrecht, § 19 Rn. 239 Fn. 817.

deutend sein werden – von Relevanz. Teilweise wurde hingegen bezweifelt, dass ein Fall denkbar wäre, in dem das Register ein derartiges Vertrauen auf das Fehlen der Kaufmanns-eigenschaft schützt.²⁵³ Der Gesetzgeber hat eine Diskussion hierüber obsolet werden lassen und von einer Verweisung *in toto* Abstand genommen, indem er die Einschränkung des § 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BGB n.F. aufgenommen hat.²⁵⁴ Der Rechtsschein des Registers erstreckt sich durch den lediglich partiellen Verweis nicht auf die fehlende Kaufmannseigenschaft.

Die Begrenzung des Vertrauensschutzes kann man durchaus als verpasste Gelegenheit zur Schaffung von noch ausgeprägter Rechtssicherheit ansehen.²⁵⁵ Die verabschiedete Regelung führt vielmehr dazu, dass weiterhin, auch bei registrierten Gesellschaften, eine Abgrenzung im Einzelfall zwischen GbR und OHG auf Grundlage weitestgehend unbestimmter Kriterien vorgenommen werden muss. Für den Rechtsverkehr wäre ein Mehr an Rechtssicherheit, etwa ob die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen wie beispielsweise § 377 HGB Anwendung finden, zuträglich gewesen. Berücksichtigt man die Grundintention des Gesetzgebers, die Unterschiede von kaufmännischen und nicht kaufmännischen Personengesellschaften zu wahren, so ist die Regelung zumindest immerhin konsequent.²⁵⁶ In diesem Zusammenhang stellt § 707a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. daher noch einmal klar, dass die Anmeldepflicht der OHG unberührt bleibt und auch die im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaften dieser Pflicht, wenn notwendig, nachkommen müssen.

2. Die Ersteintragung der GbR

Bei jeder Eintragung in einem Register kann es zu Fehlern kommen – *errare humanum est* – und so auch bei der erstmaligen Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der § 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BGB n.F. i. V. m. § 15 HGB zugunsten des betroffenen Rechtsverkehrsteilnehmers eingreift. In diesem Kontext können sowohl der § 15 Abs. 1 HGB als auch der § 15 Abs. 3 HGB Bedeutung erlangen. Letzterer würde etwa den Fall erfassen, dass eine Gesamtvertretung vereinbart, aber eine Einzelvertretung eingetragen wurde. Der § 15 Abs. 1 HGB wiederum könnte beispielsweise einschlägig sein, wenn ein materiell rechtmäßiger, einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter einen Vertrag abschließt, ohne jedoch im Gesellschaftsregister eingetragen zu sein.²⁵⁷

²⁵³ Wimmer, GbR-Register, S. 248 f.; ders., DZWIR 2020, 379 (384); DAV, NZG 2020, 1133 (1135, Rn. 16); zweifelnd ebenfalls Servatius, GbR, § 707a Rn. 9.

²⁵⁴ Siehe auch Servatius, GbR, § 707a Rn. 9.

²⁵⁵ Kritisch – aus anderen Gründen – auch Kiehnle, NZG 2023, 1060 ff.

²⁵⁶ Siehe zu dieser Intention BT-Drs. 19/27635, S. 112.

²⁵⁷ Auf § 15 Abs. 3 HGB kann es dann nicht ankommen, da nicht eine unrichtige Eintragung, sondern bezüglich des Gesellschafters überhaupt keine Eintragung vorliegt; vgl. ähnlich bereits die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, Reichstag, 9. Legislaturperiode 1895/97, S. 28, in: Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch 1897, S. 972.

a) Der Begriff der „einzutragenden Tatsache“

Zur Beantwortung dieser Frage ist § 15 HGB zunächst anhand seines Wortlautes und der Gesetzessystematik auszulegen. Die Absätze 1 und 3 erfordern, im Gegensatz zu Absatz 2, eine „einzutragende Tatsache“. Der Gesetzgeber stellt dem Begriff der Tatsache ein *participium necessitatis*, also ein gerundivisches Attribut zur Seite. Orientiert man sich streng am Wortlaut, bleibt trotz der eindeutig passiv-obligatorischen Bedeutung unklar, aus wessen Perspektive die Eintragungsaufforderung zu beurteilen ist.²⁵⁸ Aus der Perspektive des Registergerichts sind alle eintragungsfähigen Tatsachen einzutragen, da diesem diesbezüglich kein Wahlrecht oder Ermessen zusteht.²⁵⁹ Wird hingegen auf die Sichtweise des Anmelders abgestellt, so könnten lediglich solche Inhalte gemeint sein, bezüglich derer ihn eine Anmeldepflicht trifft.

Der Wortlaut ist also kaum ergiebig, sodass erst der systematische Vergleich Klarheit zu schaffen vermag. Zunächst ist festzuhalten, dass das Gesetz ein Fehlverhalten des Anmelders zugrunde legt, der bewusst oder zumindest fahrlässig eine Tatsache nicht zur Eintragung angemeldet hat.²⁶⁰ Dieser soll sanktioniert werden. Es wäre widersinnig, den Anmeldeur für einen Fehler haften zu lassen, der nicht in seiner Einflussphäre liegt. Weiterhin spricht auch die Systematik innerhalb der Norm dafür, auf die Verpflichtung des Anmelders abzustellen. Der erste Absatz darf nur anmeldepflichtige Informationen erfassen, da ansonsten ein mittelbarer Zwang zur Eintragung aller Tatsachen bestünde, ganz gleich, ob diese eigentlich der Maxime der Freiwilligkeit unterliegen sollten.²⁶¹ Es ist nicht ersichtlich, weswegen derselbe Begriff innerhalb der Norm unterschiedlich auszulegen sein sollte, sodass auf den ersten Blick auch für den dritten Absatz von der Notwendigkeit einer Anmeldepflicht auszugehen sein könnte.

Letzteres wird auch und gerade durch die genetische Auslegung bekräftigt. Der Gesetzgeber führte zu § 15 Abs. 3 HGB a. F. in der Gesetzesbegründung von 1969 aus, dass sich der Absatz 3 „also nicht auf nur eintragungsfähige Tatsachen“ beziehe.²⁶²

Es bleibt daher festzuhalten, dass auch der § 15 Abs. 3 HGB in seinem direkten Anwendungsbereich nicht auf bloß eintragungsfähige Tatsachen anwendbar ist.²⁶³

²⁵⁸ Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 15 Rn. 32; Schaub, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 61.

²⁵⁹ Kraffka, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 36; Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 8 Rn. 33; Schaub, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 61; Bokelmann, DSiR 1991, 945 (948).

²⁶⁰ Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 15 Rn. 32.

²⁶¹ Krebs, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 31; Förster, in: Heymann HGB, § 15 Rn. 18; so auch die g.h.M. zu § 15 Abs. 1 HGB, siehe Schaal, in: BeckOGK HGB, § 15 Rn. 33; Müther, in: BeckOK HGB, § 15 Rn. 7; Gehrlein, in: EBJs HGB, § 15 Rn. 6; Wamser, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 15 Rn. 3; Merkt, in: Hopt HGB, § 15 Rn. 5; Preuß, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 18; Koch/Harnos, in: Staub HGB, § 15 Rn. 32; K. Schmidt, Handelsrecht, § 14 Rn. 80.

²⁶² BT-Drs. V/3862, S. 11.

²⁶³ Statt aller BGH NJW 2017, 559 (560 Rn. 13) m. w. N.

b) Übertragung auf das Gesellschaftsregister

aa) Die gesetzlichen Grundfälle

(1) Die Ersteintragung

Die Ersteintragung der GbR ist, wie beschrieben, grundsätzlich fakultativ.²⁶⁴ In der Regel handelt es sich bei den Erstangaben nach dem eben Gesagten um bloß eintragungsfähige Tatsachen. Diese Angaben dürften somit auf den ersten Blick weder den Schutz des § 15 Abs. 1 HGB noch den des § 15 Abs. 3 HGB genießen.²⁶⁵

Teilweise wird versucht, dieses für den Rechtsverkehr unvorteilhafte Ergebnis zu umgehen. Hierzu wird zunächst zutreffend festgestellt, dass die Anmeldung der Gesellschaft zwar fakultativ ist, der Umfang der Eintragung sich hingegen nach den Vorgaben des § 707 Abs. 2 BGB n. F. richtet.²⁶⁶ Aus diesem Umstand wird sodann der Schluss gezogen, dass es sich um eintragungspflichtige Vorgänge im Sinne des § 15 HGB handeln müsse, da das Gesetz vorgebe, welche Tatsachen konkret eingetragen werden müssen.²⁶⁷

Diese ausschließlich ergebnisorientierte Auffassung kann so nicht überzeugen. Sie verkennt, dass nicht das „Wie“ der Eintragung, sondern das „Ob“ über die Einordnung als eintragungspflichtige Tatsache entscheidet. Zunächst sei darauf verwiesen, dass das Gesellschaftsregister, wie alle öffentlichen Register, auf eine gewisse Standardisierung der Eintragungen angewiesen ist, damit es seine Übersichtlichkeit nicht verliert.²⁶⁸ Genauso, wie viele Informationen eintragungsunfähig sind, muss das Gesetz einen Kreis von Tatsachen bestimmen, die bei einer Anmeldung angegeben werden müssen.²⁶⁹ Anderenfalls droht eine Fragmentierung des Registerinhalts, wenn jeder Anmelder frei darüber entscheiden könnte, welche Informationen er preisgeben möchte. Dass die Gesellschafter also beispielsweise

²⁶⁴ Siehe dazu oben unter § 3 S. 59.

²⁶⁵ So Herrler, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (57); Geibel, ZRP 2020, 137 (139).

²⁶⁶ Aumann, notar 2022, 99 (103); Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (322); Heckschen/Knaier, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg. 09/2022, § 9 Rn. 228v; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167 (169).

²⁶⁷ Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (322); Heckschen/Knaier, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg. 09/2022, § 9 Rn. 228e; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167 (169); Lieder/Hilser, NotBZ 2021, 401 (403); Hermanns, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 13; wohl auch Freier, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (144); unklar überdies BT-Drs. 19/27635, S. 129.

²⁶⁸ Siehe dazu schon oben § 2 S. 31; so eigentlich auch Freier, in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (144).

²⁶⁹ Dies gilt obgleich des von Bolkart, MittBayNot 2021, 319 (323) angeführten Falles, in dem das Gesetz nicht genau bestimmt, wie eine Tatsache eingetragen werden muss. Bei den dort beschriebenen Vorgängen handelt es sich um nur selten vorkommende Sonderfälle, für die keine detaillierte Regelung erforderlich ist. Für die Vielzahl der zu erwartenden GbR-Eintragungen ist eine solche Flexibilität aber nicht praktikabel.

nicht die Angaben zum Sitz der Gesellschaft weglassen können, macht die Angabe nicht eintragungspflichtig im Sinne des § 15 HGB, sondern ist Ausdruck der Einheitlichkeit der Registerangaben.

Dies wird besonders deutlich, wenn man die Auswirkungen einer solchen unvollständigen Anmeldung postuliert. Das Gericht prüft im Rahmen einer formellen Prüfung insbesondere, ob die Anmeldung vollständig ist.²⁷⁰ Wie bei allen unvollständigen Registeranmeldungen wird das Registergericht nicht die schon gelieferten Informationen eintragen, sondern die Eintragung aussetzen und in einer Zwischenverfügung gemäß § 382 Abs. 4 S. 1 Var. 1 FamFG auf die notwendige Ergänzung der Anmeldung hinweisen.²⁷¹ Die Gesellschafter haben in diesem Fall drei Möglichkeiten. Sie können erstens die Anmeldung ergänzen oder zweitens schlicht untätig bleiben. Eine Registeranmeldung kann drittens aber auch bis zum Vollzug der Eintragung, selbst bei eintragungspflichtigen Vorgängen, zurückgenommen werden.²⁷² Würde das „Wie“ der Anmeldung ausreichen, um eine Eintragungspflicht zu begründen, dann entstünde die irritierende Situation, dass den Gesellschaftern bei einer Untätigkeit ein Zwangsgeld drohen würde, bei einer Rücknahme der Anmeldung jedoch nicht.²⁷³ Die Regelung zum Umfang der Eintragung kann daher keine Eintragungspflicht begründen. In der Konsequenz droht den Gesellschaftern, welche die Gesellschaft unvollständig angemeldet haben, kein Zwangsgeld, sondern die Eintragung wird nach § 382 Abs. 3 FamFG durch förmlichen Beschluss zurückgewiesen.²⁷⁴

Obgleich der benannte Lösungsansatz daher nicht überzeugen kann,²⁷⁵ wird – im Anschluss an die zuvor notwendige Erläuterung der weiteren Grundfälle – aufgezeigt werden, weswegen die Ersteintragung dennoch in den Genuss des Schutzes von § 15 HGB gelangt.²⁷⁶

²⁷⁰ *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 134; *Krafka*, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 68.

²⁷¹ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 126; *Stock*, NZG 2023, 361 (362).

²⁷² Siehe Fn. 241.

²⁷³ Dass der Entschluss zur Anmeldung, auf den es dann wieder ankommen würde, grundsätzlich nicht erzwungen werden kann, wird von den Vertretern der beschriebenen Auffassung nicht bezweifelt.

²⁷⁴ Zur Zurückweisung *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 124; unzutreffend daher *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 2 Rn. 51.

²⁷⁵ *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (170) führen zudem an, dass „auch in anderen Fällen, in denen von einer Eintragungsoption Gebrauch gemacht wird, anerkannt [ist], dass diese Publizität hat (z. B. bei Kannkaufleuten).“ So auch *Hermanns*, in: Schäfer MoPeG, § 2 Rn. 13. Dieses Argument geht fehl, denn es verkennt den Unterschied zwischen einer deklaratorischen und einer konstitutiven Eintragung. Zutreffend daher *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97), „und sie führt auch nicht zu einer konstitutiven Statusänderung wie bei § 2 HGB“; *Lieder*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 169 (176). *Herrler*, in: Herrler/Hertel/Kesseler, Immobilienrecht, S. 274 geht gar davon aus, dass bei der kleingewerblichen OHG eine Publizitätslücke bestünde und diese Problematik bei der OHG noch nicht vertieft erörtert wurde. Siehe dazu die folgenden Ausführungen und auf S. 251.

²⁷⁶ Dazu auf S. 252 ff.

(2) *Die Zweiteintragung*

Im Gegensatz zur Ersteintragung sind Änderungen der im Gesellschaftsregister eingetragenen Umstände gemäß § 707 Abs. 3 BGB n. F. stets aktualisierungs- und damit anmeldepflichtig. Zwar setzt § 15 Abs. 3 HGB die Eintragung und Bekanntmachung einer unrichtigen Tatsache voraus, wobei eine Anmeldepflicht für eine unrichtige Tatsache natürlich nicht bestehen kann; diesbezüglich reicht aber eine abstrakte Eintragungspflicht aus.²⁷⁷ Eine solche besteht dann, wenn ein Umstand, seine Richtigkeit vorausgesetzt, anmeldepflichtig wäre.²⁷⁸ Da die (richtige) Änderungsanmeldung nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 14 HGB mithilfe eines Zwangsgeldes erzwingbar ist, stellt sie eine klassische „eintragungspflichtige Tatsache“ i. S. d. § 15 HGB dar.²⁷⁹

bb) Die Sonderformen

Angesichts der bereits dargestellten Vielfältigkeit der Betätigungsformen der GbR kann es jedoch keineswegs bei dieser Zweiteilung bleiben. Zu differenzieren sind die verschiedenen Auswirkungen, welche die mannigfaltigen Teilnahmemöglichkeiten am Rechtsverkehr nach sich ziehen. Exemplarisch sei an dieser Stelle auf die Lage der an einer OHG beteiligten GbR verwiesen.²⁸⁰ Zudem sind etwa auch die Besonderheiten der nach dem bisherigen Recht im Grundbuch eingetragenen GbR, bei der ein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat, zu berücksichtigen.²⁸¹

(1) *Gemeinsamkeiten mit anderen eintragungspflichtigen Tatsachen*

In beiden Fällen muss die GbR, wie bereits dargestellt, ins Gesellschaftsregister eingetragen werden und diese Pflicht kann unter Zuhilfenahme von Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Beide Situationen haben zudem mit anderen eintragungspflichtigen Tatsachen wie etwa § 106 Abs. 1 HGB n. F. gemein, dass es sich ebenfalls um eine öffentlich-rechtliche Anmeldepflicht und gerade nicht um eine schlicht privatrechtliche Verpflichtung handelt.²⁸²

²⁷⁷ Siehe nur BT-Drs. V/3862, S. 11.

²⁷⁸ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 55; *Gehrlein*, in: EBJs HGB, § 15 Rn. 25; *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 90; kritisch zu diesem Begriff *Wilhelm*, ZIP 2010, 713 (715).

²⁷⁹ Vgl. nur *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707 Rn. 46.

²⁸⁰ Dazu bereits auf S. 208 ff.

²⁸¹ Dazu unter § 4 S. 134 ff.

²⁸² Eine solche reicht für § 15 HGB nicht aus, siehe *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 24, § 15 Rn. 18; *Förster*, in: Heymann HGB, § 8 Rn. 13.

(2) Unterschiede zu den bekannten Fällen

Bei näherer Betrachtung enden jedoch an dieser Stelle die Gemeinsamkeiten mit den *de lege lata* bekannten Fällen der eintragungspflichtigen Tatsachen. Vor allem zwei Besonderheiten der beschriebenen anmeldepflichtigen Situationen sind in diesem Zusammenhang bemerkenswert. Erstens stellt der Ursprung der Eintragungsverpflichtung ein Novum dar. Zweitens divergiert auch die normative Grundlage zur Durchsetzung der Pflicht von den bisher bekannten Fällen.

(a) (Un-)Mittelbarkeit der Eintragungsverpflichtung

Die für § 15 HGB erforderliche Eintragungsverpflichtung ist zumeist ausdrücklich und unmittelbar im HGB oder in anderen Gesetzen wie dem GmbHG oder dem AktG normiert.²⁸³ Der § 106 Abs. 1 HGB a.F./n.F. ordnet beispielsweise *ausdrücklich* an, dass die OHG zum Handelsregister anzumelden ist. Die Eintragungspflicht wirkt somit *unmittelbar* und ist darüber hinaus transparent für die Anmelder ersichtlich. Vor diesem Hintergrund wird eine Eintragungsverpflichtung auf Grundlage einer Analogie oder richterlichen Rechtsfortbildung nur ganz ausnahmsweise angenommen, denn sie ist nicht in gleicher Weise ersichtlich.²⁸⁴ Selbst in diesen Fällen stellt die Eintragungsverpflichtung zwar keine ausdrückliche,²⁸⁵ aber zumindest eine unmittelbare Reaktion auf einen abgeschlossenen Vorgang dar. Wenn zum Beispiel eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vereinbart wurde, dann ist dieser Vorgang anmeldepflichtig, ohne dass es einer weiteren gerichtlichen oder behördlichen Anordnung hierzu bedürfte.²⁸⁶

Diese Feststellung lässt sich auf die eingangs geschilderten Situationen nicht übertragen. Die Eintragungspflicht ist in diesen Fällen weder ausdrücklich normiert, wie dies etwa bei § 707 Abs. 3 BGB n.F. der Fall wäre, noch wirkt sie wenigstens unmittelbar, denn sie wird erst durch eine auf den Vorgang reagierende Anordnung begründet. Deutlich wird dies, wenn man etwa den Fall der GbR als OHG-Gesellschafterin betrachtet. Erwirbt die GbR einen Gesellschaftsanteil, dann wird sie materiell wirksam Gesellschafterin.²⁸⁷ Dieser abgeschlossene Vorgang an sich begründet aber nicht die durchsetzbare Verpflichtung der Eintragung der GbR im *Gesellschaftsregister*. Vielmehr führt er dazu, dass die im Handelsregister eingetragenen Angaben zur OHG gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB n. F. unrichtig bzw. unvollständig sind und nach § 106 Abs. 6 HGB n. F. geändert werden müssen. Nur dies stellt die unmittelbare gesetzliche Reaktion auf den materiellen Vorgang dar.

²⁸³ Förster, in: Heymann HGB, § 8 Rn. 12; Schaub, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 62 ff.

²⁸⁴ Schaub, in: EBJs HGB, § 8 Rn. 67.

²⁸⁵ Die Ausdrücklichkeit der Verpflichtung ist eben keine notwendige Voraussetzung siehe Preuß, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 25.

²⁸⁶ Zu § 181 BGB Preuß, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 25.

²⁸⁷ Dazu schon auf S. 209 f.

Aufgrund der Eintragungsunfähigkeit der GbR erlässt das (Handels-)Registergericht im Eintragungsverfahren der OHG eine Zwischenverfügung, welche auf die Beseitigung des Eintragungshindernisses gerichtet ist. Im Ergebnis läuft diese Beseitigungsanordnung dann darauf hinaus, dass die GbR dem Voreintragungserfordernis nachkommen muss. Damit ergibt sich die Verpflichtung der GbR aber nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern ist nur mittelbare Folge der gerichtlichen Anordnung. Die Eintragungspflicht ist daher nicht *self-executing*, was bisher im Registerrecht, jedenfalls so, nicht existierte. Anders als nach der bisherigen Rechtslage setzt das Registergericht also nicht nur eine bestehende Pflicht durch, sondern begründet eine solche im Rahmen der Durchsetzung einer anderen Verpflichtung.

Ähnlich ist auch die Lage der Grundbuch-GbR zu beurteilen. Diese Konstellation ist sogar noch weiter von den bisher bekannten Fällen entfernt, da die Beseitigungsanordnung hier nicht einmal vom Registergericht ausgesprochen wird, sondern von dem mit der gesellschaftsbezogenen Registerführung ansonsten nicht betrauten Grundbuchamt. Die Pflicht zur Eintragung der GbR ist auch hier nur eine Nebenfolge der auf die Korrektur des Grundbuchs gerichteten Anordnung.

(b) Durchsetzung der mittelbaren Verpflichtung

Während der Registerzwang bei den unmittelbar eintragungspflichtigen Vorgängen direkt auf die Durchsetzung der Eintragungspflicht selbst gerichtet ist, wird die Voreintragung in den Fällen der mittelbaren Verpflichtung nur zur Erreichung des eigentlichen Zieles durchgesetzt. Dementsprechend kann der § 14 HGB, wie bei den bisherigen anmeldepflichtigen Tatsachen,²⁸⁸ zwar die Rechtsgrundlage für das zu verhängende Zwangsgeld darstellen, dem muss aber nicht so sein. Hierzu können die soeben genannten Beispielkonstellationen der mittelbaren Verpflichtung herangezogen werden. Die Verpflichtung der GbR als OHG-Gesellschafterin wird auf Grundlage des § 14 HGB durchgesetzt, da primär die Verpflichtung des § 106 Abs. 6 HGB n. F. verwirklicht werden soll. Im Grundbuchsachverhalt muss hingegen auf § 82 S. 1 GBO zurückgegriffen werden,²⁸⁹ denn hier soll in erster Linie das Grundbuch korrigiert werden.

(c) Die mittelbar eintragungspflichtige Tatsache und § 15 HGB

Es stellt sich daher die Frage, ob durch diese mittelbaren Eintragungspflichten der Anwendungsbereich des § 15 HGB eröffnet wird. In der Rechtsprechung und Literatur wurde diese Problematik, soweit ersichtlich, bisher nicht dezidiert erörtert, was vor dem Hintergrund der beschriebenen Neuartigkeit der Konstel-

²⁸⁸ Preuß, in: Oetker HGB, § 8 Rn. 25; Kraßka, in: MüKoHGB, § 8 Rn. 38.

²⁸⁹ Holzer, in: BeckOK GBO, § 82 Rn. 31; siehe auch unter § 4 S. 132 ff.

lation kaum verwundert. Möglicherweise lassen sich jedoch Parallelen zu bereits bekannten Sachverhalten ziehen.

Im Regelfall sind die eintragungspflichtigen Vorgänge ausdrücklich im Gesetz normiert.²⁹⁰ Im Zuge der Rechtsentwicklung wurden, wie bereits erwähnt, zusätzlich ungeschriebene Anmeldepflichten entwickelt.²⁹¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sollen solche ungeschriebenen Anmeldepflichten jedoch nur dann in den Anwendungsbereich des § 15 HGB fallen, wenn die Eintragungsverpflichtung bereits höchstrichterlich anerkannt wurde.²⁹² Diese Sichtweise begründet das Gericht insbesondere mit Blick auf zwei Umstände:

Zunächst stellt der Bundesgerichtshof fest, dass die Haftung nach § 15 Abs. 1 HGB a. F. nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Gesellschafter diese durch eine entsprechende Registereintragung tatsächlich hätten vermeiden können. Streitgegenständig war in dem 1991 entschiedenen Fall die Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrages.²⁹³ Die bis dahin fehlende höchstrichterliche Bindungswirkung ermöglichte eine divergierende Rechtsauffassung zwischen den einzelnen Registergerichten und sorgte dafür, dass einige Gerichte die Beendigung des Unternehmensvertrages für eintragungsunfähig hielten.²⁹⁴

Weiterhin führte das Gericht aus, dass das typisierte Vertrauen des Rechtsverkehrs nur dann schutzwürdig ist, wenn dieser davon ausgehen durfte, dass eine Veränderung der Rechtslage durch eine Eintragung angezeigt wird.²⁹⁵ Einen derartigen Vertrauenstatbestand vermag ebenfalls nur eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu schaffen, insbesondere wenn sich die Eintragungspflicht „nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern nur aus einer entsprechenden Gesetzesanwendung“²⁹⁶ ergibt.²⁹⁷

Vor dem Hintergrund, dass die Eintragungsfähigkeit der hier diskutierten Fälle der mittelbaren Eintragungspflicht außer Frage steht, ist diese zweite Feststellung von vorrangiger Relevanz. Der Bundesgerichtshof knüpft in seiner Entscheidung maßgeblich an eine Vorhersehbarkeit der Eintragungspflicht an. Diese Vorhersehbarkeit ist im Falle einer höchstrichterlich anerkannten, ungeschriebenen Anmeldepflicht schon deswegen gegeben, weil diese *generell* wirkt. Sobald die materiellen Voraussetzungen vorliegen, etwa die Beendigung eines Unternehmensvertrages oder die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, besteht in jedem

²⁹⁰ Vgl. *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 18; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 15 Rn. 7.

²⁹¹ Etwa bezüglich § 181 BGB, BGHZ 87, 59 (62) oder im Rahmen von Unternehmensverträgen BGHZ 116, 37 (40); siehe auch *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 29.

²⁹² BGHZ 116, 37 (44 f.).

²⁹³ BGHZ 116, 37.

²⁹⁴ Dafür etwa LG Hamburg ZIP 1984, 838; dagegen OLG Düsseldorf NJW 1987, 3208 (3209); OLG Celle DNotZ 1988, 633 (634) m. Anm. *Hilles*, 635 (637 f.).

²⁹⁵ BGHZ 116, 37 (45).

²⁹⁶ BGHZ 62, 216 (228).

²⁹⁷ BGHZ 116, 37 (45).

einzelnen Fall unmittelbar – gemeint ist hier die Entbehrlichkeit eines Umsetzungsaktes – eine Eintragungspflicht für den Verpflichteten. Im Gegensatz dazu erfordern die hier genannten Fälle der mittelbaren Eintragungspflicht stets einen Vollzugsakt, da unmittelbar pflichtig beispielsweise nur die Grundbuchkorrektur ist. Die mittelbaren Pflichten wirken demnach *individuell* und können niemals das gleiche Maß an Vorhersehbarkeit erreichen, weil nicht sichergestellt werden kann, ob die zuständige Stelle, etwa mangels entsprechender Kenntnis des Sachverhalts, überhaupt eine Verpflichtung aussprechen wird.

Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfte den Erfordernissen des § 15 HGB wohl nicht genüge getan sein.

Dieses Ergebnis bestätigt sich, wenn man zusätzlich die Wertungen des § 14 HGB berücksichtigt und zudem dezidiert die verschiedenen Zeitstadien betrachtet.

Die Haftung nach § 15 HGB kann grundsätzlich im Stadium zwischen dem materiellen Vorgang und dem Erlass der Beseitigungsanordnung noch nicht zum Zuge kommen, da bis zum Erlasszeitpunkt noch gar keine durchsetzbare Verpflichtung besteht – Grundsatz der Freiwilligkeit.

Nachdem die Anordnung ergangen ist, wissen die Gesellschafter zwar von ihrer Verpflichtung, auf diesen Zeitpunkt abzustellen; dies würde aber andere erhebliche Probleme mit sich bringen. In der Praxis wird die zuständige Stelle aber keineswegs sofort Kenntnis von den materiellen Vorgängen erlangen. Zu welchem Zeitpunkt daher eine Anordnung erlassen wird, ist völlig ungewiss. Im Ergebnis wäre dann ein willkürlich gewählter Zeitpunkt Anknüpfungspunkt für die Haftung, was nicht nur aus gleichheitsrechtlichen wie aus rechtsstaatlichen Gründen untauglich erscheint, sondern darüber hinaus auch dem Rechtsverkehr unzumutbar ist, der nie wissen kann, ob eine Eintragungsverpflichtung bereits ausgesprochen wurde.²⁹⁸

Einzig möglicher Anknüpfungspunkt bleibt damit der Zeitpunkt der materiellen Rechtsänderung und der ab diesem Moment zumindest theoretischen Möglichkeit des Verpflichtungsausspruches. Doch auch dieser Weg erscheint kaum glücklich. Die Rechtsscheinhaftung ist im Vergleich zum Zwangsgeld die deutlich gravierendere Konsequenz. Während das Zwangsgeld nach § 14 S. 2 HGB auf 5.000 Euro begrenzt ist und darüber hinaus durch die Pflichterfüllung ohne Konsequenzen abgewendet werden kann – es handelt sich eben nicht um ein Sanktions-, sondern um ein Beugemittel –²⁹⁹, eröffnet § 15 HGB die persönliche Haftung der Gesellschafter in unbegrenzter Höhe. Demnach erscheint es wenig nachvollziehbar, wenn § 15 HGB vor § 14 HGB Anwendung finden würde. Dies gilt vor allem, da beide Normen, obwohl aus unterschiedlicher Perspektive kommend (materiell-rechtliche gegen-

²⁹⁸ Dass der durchschnittliche Dritte ohnehin keine Kenntnis von allen Vorgängen haben wird, dazu auf S. 252.

²⁹⁹ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 14 Rn. 32; *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 14 Rn. 6; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 14 Rn. 1.

über staatlicher Konsequenz), zumindest auch dasselbe Rechtsgut, nämlich die Vollständigkeit, Richtigkeit und Zuverlässigkeit des Handelsregisters schützen.³⁰⁰

Zuletzt sei an dieser Stelle auch noch einmal der im Vergleich zu den Handelsgesellschaften verminderte Professionalisierungsgrad der GbR betont.³⁰¹ Nähme man an, dass die bloße Möglichkeit zur Verpflichtung ausreicht, dann würden nur die (wenigen) rechtskundigen Gesellschafter die Haftung vermeiden können. Diese würden ihre Gesellschaft noch vor dem materiellen Vorgang registrieren und damit unter dem Regime der Freiwilligkeit bleiben. Ein Publizitätsschutz der im Register eingetragenen Tatsachen bestünde sodann auch nach dem ansonsten die Voreintragung auslösenden Ereignis nicht. Alle anderen Gesellschafter sehen sich der vollen Haftung ausgesetzt, noch bevor ihnen überhaupt von der zuständigen Stelle eröffnet wird, dass sie eigentlich zur Eintragung verpflichtet sind.³⁰²

Es ist damit festzuhalten, dass trotz der durchsetzbaren mittelbaren Eintragungspflicht der Anwendungsbereich des § 15 HGB nach dem tradierten Verständnis nicht eröffnet sein dürfte.³⁰³

(3) Die konstitutive Eintragung

Wiederum anders könnten die Ersteintragungen zu behandeln sein, denen ausnahmsweise eine konstitutive Wirkung gemäß § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB n.F. zukommt.³⁰⁴ Nach inzwischen weit überwiegender anerkannter Ansicht fallen auch konstitutive Eintragungen, welche stets fakultativ sind, in den Anwendungsbereich des § 15 HGB.³⁰⁵ Auf die Ersteintragung könnte sich der Rechtsverkehr daher in diesen Fällen verlassen.³⁰⁶

³⁰⁰ *Krafka*, in: MüKoHGB, § 14 Rn. 1; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 14 Rn. 1.

³⁰¹ BT-Drs. 19/27635, S. 136.

³⁰² Anders als bei den Handelsgesellschaften kann eine umfassende Kenntnis auch nicht erwartet werden.

³⁰³ Siehe auch *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97, Fn. 163); so aber wohl *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, S. 413 (418).

³⁰⁴ Siehe dazu oben unter § 3 S. 54 ff.

³⁰⁵ *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 19; *Gehrlein*, in: EBS HGB, § 15 Rn. 6; *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 15 Rn. 37; *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 38; *Ries*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB, § 15 Rn. 8; *Schall*, in: HK-HGB, § 15 Rn. 26; *Schmidt-Kessel/Kopp*, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Müther HandelsregisterR, HGB § 15 Rn. 29; *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (834); a.A. noch *Lieb*, in: MüKoHGB, 1. Aufl. 1996, § 15 Rn. 19 (zustimmend aber für § 15 Abs. 3 HGB); kritisch auch *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 15 Rn. 25; überzeugend für eine Anknüpfung an die Eintragung, welche auch die konstitutive Eintragung erfasst, bereits *Noack*, in: FS Ulmer, 2003, S. 1245 (1256).

³⁰⁶ *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707a Rn. 14 erstreckt dies, zwar im Ergebnis zutreffend, wie auf S. 252 ff. zu zeigen sein wird, aber leider ohne weitere Begründung auf die deklaratorischen Eintragungen.

c) *Erweiterung des Vertrauensschutzes*

Nach dem oben Gesagten wäre die Ersteintragung grundsätzlich nicht von der Publizität des Gesellschaftsregisters erfasst. Anderes würde vielleicht, überzeugenderweise aber nicht für die Fälle der mittelbaren Eintragungspflicht gelten. Wiederum anders wäre die Lage zu beurteilen, wenn § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB n. F. in erweiterter Auslegung zur Anwendung gelänge und die Eintragung damit konstitutiv wirkte. Letzteres wäre dann wie die Zweiteintragung von der Publizität erfasst.

aa) Das Bedürfnis nach Einheitlichkeit

Diese verworrene Gemengelage wird weder den Interessen des Rechtsverkehrs noch der Gesellschaft gerecht und kann ersichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein. Letzterer geht ohne Problembewusstsein und entsprechende Differenzierung davon aus, dass der Verweis in § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. auf § 15 HGB dem Gesellschaftsregister die notwendige Publizität verleiht.³⁰⁷ Der Schutz des Vertrauens in die Angaben im Gesellschaftsregister stellt, wie erörtert, eines der zentralen Ansinnen der Gesetzesreform dar.³⁰⁸ Viele Gesellschaften werden über das Stadium der Ersteintragung gar nicht hinauskommen. Das Interesse des Rechtsverkehrs, auf die Ersteintragung vertrauen zu können, ist damit sogar noch größer als bei den Zweiteintragungen. Weswegen sich dann das Vertrauen nur auf einen nicht unerheblich eingegrenzten Teil der Eintragungen beschränken soll, ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass die beschriebenen Vorgänge aus der Sicht eines Dritten kaum bis nicht ersichtlich sind. Selbst wenn der Dritte Einsicht in das Register nimmt, kann er dort weder ersehen, weswegen die Gesellschaft eingetragen wurde, noch, ob die Eintragung wegen der internen (mündlichen) Vereinbarung der Gesellschafter ausnahmsweise konstitutiv gewirkt hat.³⁰⁹ Auch ein Verweis auf die bereits erörterten Ergänzungssätze vermag den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Anders als § 15 HGB schützen diese nicht das abstrakte Vertrauen in die eingetragenen Tatsachen und bleiben damit in ihrem Schutzgehalt wesentlich hinter der gesetzlichen Regelung zurück.³¹⁰ Auch wäre eine Differenzierung zwischen der Ersteintragung, welche dann nach den Ergänzungssätzen behandelt wird, und der Zweiteintragung, die von § 15 HGB erfasst wird, wenig sinnvoll und findet keine Grundlage in der Gesetzesbegründung. Ein solcher Hinweis wäre aber zu erwarten gewesen, da bereits früher diskutiert wurde, ob § 15 Abs. 1 HGB a. F. auf die Ersteintragungen im

³⁰⁷ BT-Drs. 19/27635, S. 109, 133.

³⁰⁸ Dazu oben unter § 2 S. 30 ff.; *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401 (403); *Reymann*, in: FS Heidinger, 2023, S. 413 (417).

³⁰⁹ *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1119).

³¹⁰ *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 108.

Handelsregister anzuwenden ist.³¹¹ Da diese Auffassung jedoch ausdrücklich nie zu § 15 Abs. 3 HGB vertreten wurde³¹² und heutzutage gar nicht mehr vertreten wird,³¹³ kann nicht angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber ihr (über-schießend) angeschlossen hat.

Im Ergebnis muss sich der Publizitätsschutz des Gesellschaftsregisters damit auf alle Eintragungen, also auch die fakultativ eintragungsfähigen Tatsachen der GbR, erstrecken.³¹⁴ Wer in den Genuss der Vorteile des Gesellschaftsregisters kommen möchte, muss auch die Nachteile in Form der Publizität in Kauf nehmen und sich an dem festhalten lassen, was er verlautbaren lässt.

bb) Dogmatische Herleitung: Modifizierter Rechtsgrundverweis

Normativ gibt es zwar keine dem § 5 HGB vergleichbare Regelung im BGB,³¹⁵ auf eine Analogie, wie sie im direkten Anwendungsbereich des § 15 HGB diskutiert wird,³¹⁶ muss aber, wie zu zeigen ist, nicht zurückgegriffen werden.

Der § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. ordnet an: „[...] dass § 15 des Handelsgesetzbuchs mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden ist, dass [...].“ Die Verweisungsnorm des § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n.F. enthält aus sich heraus nicht alle für die beabsichtigte Regelung erforderlichen Elemente, sondern bedient sich des § 15 HGB als Verweisungsobjekt.³¹⁷ Die Verweisungsnorm ist damit ein sog. unvollständiger Rechtssatz.³¹⁸ Die Unvollständigkeit kann grundsätzlich im Tatbestand, in der Rechtsfolge oder in beidem zu verorten sein.³¹⁹ Eine Unvollständigkeit

³¹¹ Die Ersteintragung wird als „Primärtatsache“ bezeichnet, *Lieb*, in: MüKoHGB, 1. Aufl. 1996, § 15 Rn. 17 f.; *Lieb*, NJW 1999, 35 (36); *Axer*, Abstrakte Kausalität, S. 98 m. w. N.

³¹² *Lieb*, in: MüKoHGB, 1. Aufl. 1996, § 15 Rn. 63.

³¹³ Statt aller *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 37 m. w. N.

³¹⁴ So im Ergebnis auch *Krafka*, in: BeckOGK BGBnF, § 707a Rn. 14, der aber nicht sauber zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen differenziert, siehe dazu schon Fn. 306; *Servatius*, GbR, § 707a Rn. 10 ohne weitere Begründung; *Lieder*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 169 (176); a.A. *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139); *Herrler*, ZGR – Sonderheft 23, 2021, 39 (57).

³¹⁵ Siehe dazu *Noack/Boguslawski*, in: FS Henssler, 2023, S. 1113 (1119).

³¹⁶ *Dafür* etwa *Krebs*, in: MüKoHGB HGB, § 15 Rn. 91; *Liebscher*, ZGR 2017, 389 (405 ff.); *Bürck*, AcP 171 (1971), 328 (342); *Duden/Hopt*, in: Baumbach/Duden/Hopt HGB, § 15 Anm. 4 C S. 75; wohl auch *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 15 Rn. 27; *dagegen* BGH NJW 2017, 559 (560 Rn. 13); BAG NJW 1988, 222 (223); OLG Bremen NZG 2016, 185 (187 Rn. 34); *Merk*, in: Hopt HGB, § 15 Rn. 18; *Förster*, in: Heymann HGB, § 15 Rn. 45; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 55; *Schilken*, AcP 187 (1987), 1 (13); *Beuthien*, in: FS Reinhardt, 1972, S. 199 (202 f.).

³¹⁷ Siehe zur Terminologie eingehend *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 21 f.; siehe auch *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 24.

³¹⁸ Zum Begriff *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 78; *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 22 m. w. N.

³¹⁹ *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 24 ff.

nur in der Rechtsfolge ist dann anzunehmen, wenn die Norm den zu erfüllenden Tatbestand vollständig und abschließend beschreibt, sodass nur die Rechtsfolge des Verweisungsobjektes anzuwenden ist. In diesen Fällen lässt sich von einem Rechtsfolgenverweis sprechen.³²⁰ Betrifft die Unvollständigkeit aber sowohl den Tatbestand als auch die Rechtsfolgen, dann müssen neben den unvollständigen Voraussetzungen der Verweisnorm zusätzlich die tatbestandlichen Elemente des Verweisungsobjektes gegeben sein.³²¹ Wie beim Rechtsfolgenverweis richtet sich in diesem gemeinhin als Rechtsgrundverweis bezeichneten Fall die Rechtsfolge – die Unvollständigkeit findet sich wie beschrieben gerade in beiden Elementen – nach dem Verweisungsobjekt.³²²

Wäre § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. nur in der Rechtsfolge unvollständig, dann bestünde kein Problem mit dem Begriff der „einzutragenden Tatsache“, da es nach dem eben Gesagten auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 HGB nicht mehr ankäme. Indes kommt in der Regelung im BGB nur zum Ausdruck, dass ab der Eintragung die Vorschrift des HGB zur Anwendung gelangen soll, nicht aber, ab wann sich ein Dritter auf die Eintragung berufen kann. Im systematischen Zusammenhang ist zu beachten, dass § 707b Nr. 2 BGB n. F. unter anderem auf § 10 Abs. 1 HGB verweist, der die Bekanntmachung durch die erstmalige Abrufbarkeit regelt. Während die Eintragung häufig als reines Internum unbeachtet bleibt, ist es grundsätzlich die Bekanntmachung durch die Abrufbarkeit, welche einer Tatsache ihre Publizität verleiht.³²³ Wäre der Tatbestand des § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. abschließend, käme es auf die Bekanntmachung nicht an, was einen Bruch mit der sonstigen, auch kürzlich durch das DiRUG bekräftigten Systematik begründen würde. Weiterhin wäre weder nachvollziehbar, weswegen auf das Merkmal „in dessen Angelegenheiten“ verzichtet werden sollte, noch erscheinen die Einschränkungen des Anwendungsbereiches, etwa in § 15 Abs. 2 S. 2 HGB, entbehrlich. Im Ergebnis kann es sich daher nicht um einen Rechtsfolgenverweis handeln.³²⁴

Vielmehr sind sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolge unvollständig, sodass die Norm einen Rechtsgrundverweis darstellt. Dass in diesem Zuge durch die Einschränkung in § 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BGB n. F. nur teilweise auf das Verweisobjekt Bezug genommen wird, ist für die Einordnung unschädlich.³²⁵ Unzutreffend wäre es, aus dieser Feststellung den Schluss zu ziehen, dass damit auch für

³²⁰ Zur Unterscheidung Rechtsgrund-/Rechtsfolgenverweis auch *Wörlen/Leinhas*, JA 2006, 22 (23).

³²¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 82.

³²² Vgl. *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, S. 53 Rn. 98.

³²³ Zum Auseinanderfallen von Eintragung und Bekanntmachung noch unten auf S. 258 ff.

³²⁴ Zumindest im Ergebnis wie hier *Claußen/Pieronczyk*, NZG 2021, 620 (622); a. A. *Aumann*, notar 2022, 99 (103); *Reymann*, DNotZ 2021, 103 (118); *ders.*, in: FS Heidinger, 2023, S. 413 (417); *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167 (169), jeweils ohne nähere Begründung.

³²⁵ Zur Teilübereinstimmung *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 25.

die GbR zwingend nur eintragungspflichtige Tatsachen in den Anwendungsbereich der Norm fallen können. Die Anordnung der „entsprechenden“ Geltung eines Verweisobjekts setzt stets voraus, dass eine sachgerechte Anpassung an die Umstände der Verweissnorm vorzunehmen ist.³²⁶ Diese Anpassung darf sich nicht auf eine begriffliche Adaption (Handelsregister/Gesellschaftsregister) beschränken, sondern muss den Anforderungen der zu regelnden Sachverhalte gerecht werden.³²⁷ Aus den oben beschriebenen Gründen ist eine Modifikation der Regelung des § 15 HGB in der Gestalt erforderlich, dass auch nicht eintragungspflichtige Tatsachen vom Publizitätsschutz der Norm erfasst werden. Aus teleologischen Gründen ist § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. daher als ein in zweifacher Hinsicht – geschrieben wie ungeschrieben – modifizierter Rechtsgrundverweis anzusehen.³²⁸

In der Folge fällt die Ersteintragung der GbR in jeglicher Ausgestaltung in den Anwendungsbereich des § 15 HGB.

III. Exkurs: Technisches Versagen des Gesellschaftsregisters und der Vertrauensschutz

Die Digitalisierung hält schon seit geraumer Zeit auch in der deutschen Registerlandschaft Einzug. Den wesentlichen Anfang hat das Handelsregister³²⁹ bereits 2007 mit dem EHUG³³⁰ beschritten; es wird seitdem ausschließlich elektronisch geführt.³³¹ Erst jüngst hat die Registerlandschaft mit dem DiRUG³³² ein weiteres Update in Sachen Digitalisierung erfahren. Durch dieses wurden etwa Online-Gründungen und weitere digitale Anmeldungen ermöglicht. Bei der Lektüre des Gesetzes fällt jedoch auf, dass ein Register dort nicht genannt wurde – das Gesellschaftsregister. Das Gesellschaftsregister, welches durch die Verweisung in § 707b Nr. 2 BGB n. F. bezüglich der Registerführung in vielerlei Hinsicht dem Handelsregister gleichgestellt ist, sollte jedoch nicht weniger fortschrittlich sein und an den zeitgemäßen Neuerungen teilnehmen. Der Gesetzgeber besserte daher nach und

³²⁶ *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, S. 55 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 80.

³²⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 80.

³²⁸ Im Ergebnis ähnlich *Claußen/Pieronczyk*, NZG 2021, 620 (622); wohl zustimmend *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97 f.); im Ergebnis auch *Schöne*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* BGB, BGBnF § 707a Rn. 44 f., der die Modifikation allerdings aus dem Begriff „bewirkt“ herauslesen möchte; siehe auch *Noack/Boguslawski*, in: *FS Henssler*, 2023, S. 1113 (1119).

³²⁹ Damit auch die Register, die auf die Vorschriften des HGB verweisen.

³³⁰ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), BGBl. I, 2006, S. 2553.

³³¹ Siehe dazu eingängig *Noack*, in: *Noack*, Das EHUG, S. 21 ff.; *Koch/Rudzio*, ZZP 2009, 37 (39 ff.).

³³² Siehe Fn. 249.

erließ im Juli 2022 ein Ergänzungsgesetz³³³, durch welches zumindest Teilaspekte wie beispielsweise die öffentliche Beglaubigung mittels Video-kommunikation für die GbR ermöglicht wurden.³³⁴

1. Die Reform der Bekanntmachung

Mit der zunehmenden Digitalisierung sind zahlreiche Vorteile verbunden, jedoch eröffnet sie auch neue Schwachstellen. Die im vorherigen Abschnitt thematisierte Publizitätsschutznorm des § 15 HGB (i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F.) knüpft in ihrem Wortlaut nach wie vor an die Eintragung und die Bekanntmachung an. Letztere fand ursprünglich ihre Daseinsberechtigung in den physischen Zeiten des Handelsregisters, als die Registerblätter nur vor Ort eingesehen werden konnten.³³⁵ Mit der Schaffung der digitalen Einsichtsmöglichkeit wirkte die parallele Bekanntmachung allerdings überflüssig und aus der Zeit gefallen.³³⁶ Der Gesetzgeber schickte sich daher an, die Doppelstruktur aufzulösen, und änderte das System der Bekanntmachungen mit § 10 Abs. 1 S. 1 HGB (in der Fassung des DiRUG) im Ergebnis dahingehend, dass fortan eine Eintragung mit ihrer erstmaligen Abrufbarkeit auf der Website „www.handelsregister.de“ bekanntgemacht ist. Der Begriff der Bekanntmachung wurde also umdefiniert, um den regulatorischen Mehraufwand zu begrenzen.³³⁷

Dem Gesetzgeber ist insoweit beizupflichten, als zumindest ein inhaltliches Auseinanderfallen von Registereintragung und Bekanntmachung damit praktisch ausgeschlossen ist.³³⁸ Ob dieser Optimismus aber bei Berücksichtigung der technischen Gegebenheiten auch für das tatsächliche Auseinanderfallen im Sinne des Vorhandenseins beider Elemente geteilt werden kann, erscheint fraglich.

³³³ Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (DiREG), BGBl. I, 2022, S. 1146.

³³⁴ § 707b Nr. 2 BGB n. F. nimmt Bezug auf § 12 HGB. Dieser beschränkte in der Fassung des DiRUG die öffentliche Beglaubigung mittels Videokommunikation auf bestimmte Gesellschaftsformen. Erst mit dem Änderungsgesetz wurde der Wortlaut offengehalten, sodass auch die GbR erfasst wird. Vgl. auch *Lieder*, ZRP 2022, 102. Siehe außerdem zur Möglichkeit der virtuellen Gesellschafterversammlung der GbR *Heckschen/Hilser*, ZPG 2023, 41 (42 ff.).

³³⁵ Vgl. *Noack*, in: FS Ulmer, 2003, S. 1245 (1252, 1255); kritisch zur Breitenwirkung bereits *Windbichler*, CR 1988, 447: „Ins Handelsregister guckt keiner, und wer liest schon den Bundesanzeiger zum Frühstück?“.

³³⁶ In dem Sinne schon *Noack*, in: FS Ulmer, 2003, S. 1245 (1254).

³³⁷ *J. Schmidt*, ZIP 2021, 112 (118); *Omlor/Blöcher*, DStR 2021, 2352 (2354); *Bock*, RNotZ 2021, 326 (334 f.); *Linke*, NZG 2021, 309 (312).

³³⁸ BT-Drs. 19/28177, S. 99; *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8 Rn. 2d.

2. Die Gefährdungslage und Probleme

Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) vermeldet in seinem Bericht über die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland, dass täglich Cyberangriffe auf die Regierungsnetze stattfinden.³³⁹ Mit Blick auf diese Analyse bleibt festzuhalten, dass das Handelsregister, mit seiner unzweifelhaft überragenden Bedeutung für den Wirtschaftsverkehr, ein akut gefährdetes, potenzielles Ziel für solche Angriffe darstellt.

Neben diesen externen Risiken plagen die öffentlichen Server auch immer wieder interne Probleme, die dort zu Ausfällen führen. Alleine während der Bearbeitungszeit dieser Arbeit konnten bei stichprobenartigen Überprüfungen wiederholt solche Ausfälle registriert werden. Exemplarisch war der Server der Website „www.justiz.nrw.de“ am 05. Februar 2022 zwischenzeitlich nicht erreichbar. Auch die Website „www.handelsregister.de“ vermeldete selbst in ihrer Rubrik „Aktuelle Statushinweise“ zahlreiche Fälle von Fehlfunktionen. Zwischen dem 27. Juli 2022 und dem 01. August 2022 waren die Registerinformationen aus zahlreichen Bundesländern und über mehrere Tage hinweg sogar das gesamte Registerportal wegen Wartungsarbeiten nicht erreichbar.

Während ein solcher Totalausfall sowohl der Landesnetze als auch der Handelsregisterseite wohl eher die Ausnahme bildet und sich auf die Umstellung durch das DiRUG zurückführen lässt, kam es dennoch auch danach immer wieder zu weiteren Zwischenfällen. Am 22. Januar 2023 wurde vermeldet, dass es auf nicht absehbare Zeit zu Abrufproblemen der Daten aus allen Bundesländern kommen kann, weil Massenabrufe das System überlasten würden. Darüber hinaus gab es Einschränkungen beim Abruf von Daten aus den Bundesländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Im Zeitraum vom 03.03.2023 bis zum 04.03.2023 waren auch keine Abrufe aus Rheinland-Pfalz möglich. Am 01.09.2023 galt dasselbe für die Bundesländer Bayern, Berlin und Schleswig-Holstein.³⁴⁰ Die Anzahl der beschriebenen Fehlfunktionen, obwohl lediglich stichprobenartig gesammelt, zeigt auf, dass das System keineswegs zu jedem Zeitpunkt zuverlässig funktioniert. Es stellt sich daher die Frage, wie sich die verschiedenen möglichen technischen Ausfälle, die teilweise tagelang andauerten, auswirken.

³³⁹ BSI, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland, 25.10.2022, S. 84 Rn. 2.3.1, abrufbar unter: <https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2022.html?nn=129410> (zuletzt abgerufen am: 31.10.2023).

³⁴⁰ Die Liste ist keineswegs vollständig und es sei schlicht auf einen Blick in die aktuellen Statushinweise verwiesen.

3. Technische Hintergründe

Um zu bestimmen, welche Folgen eine Fehlfunktion haben kann, muss zunächst festgestellt werden, was von einem Ausfall eigentlich konkret betroffen ist. Von den eigentlichen Registern zu unterscheiden ist das „Gemeinsame Registerportal der Länder“. Letzteres ist über die Internetadresse „www.handelsregister.de“ erreichbar und ermöglicht den örtlich unbeschränkten Zugriff auf die Inhalte der jeweiligen Register (§ 9 Abs. 1 S. 2–5 HGB). Betrieben wird die Website, obwohl von nationaler Reichweite und Bedeutung, nicht vom Bund, sondern im Auftrag der Länder vom Land Nordrhein-Westfalen.

Neben diesem gemeinsamen Portal bestehen die eigentlichen Register. Diese werden nicht bundeseinheitlich geführt, sondern selbständig von den Bundesländern. Wie diese technisch geführt werden, unterscheidet sich je nach Bundesland. Beispielhaft soll hier Nordrhein-Westfalen erläutert werden. In Nordrhein-Westfalen verfügt zwar jedes Registergericht über einen eigenen Server, den sog. Produktionsserver, dieser dient aber nur gerichtswissenschaftlichen Zwecken.³⁴¹ Soll eine Registereintragung vorgenommen werden, so speichert das Registergericht die Informationen nicht auf dem Produktionsserver, sondern unmittelbar auf dem Zentralserver³⁴² des Landes, welcher bei der „IT-NRW“ in Hagen angesiedelt ist.³⁴³ Von diesem Zentralserver aus wird demnach das jeweilige Register geführt, während es sich bei den Daten auf dem Produktionsserver nur um Kopien der gespeicherten Informationen handelt. Der Server der Website „www.handelsregister.de“ fragt wiederum die Daten von dem beschriebenen Zentralserver ab. Ein Fehler des Zentralservers NRW betrifft also die Website „www.handelsregister.de“ nur bezüglich der Daten aus Nordrhein-Westfalen und andersherum hat ein Ausfall der Website „www.handelsregister.de“ keine Auswirkungen auf den Zentralserver NRW.

4. Auswirkungen auf den Publizitätsschutz

Für die Frage nach den Auswirkungen eines Serverausfalles auf den Publizitätsschutz des Registers gilt zunächst dieselbe Grundprämisse wie in allen anderen Fällen des § 15 HGB (i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F.). Es kommt entweder zu einer unrichtigen Eintragung (§ 15 Abs. 3 HGB) oder eine Eintragung wird nicht vorgenommen (§ 15 Abs. 1 HGB) und ein gutgläubiger Dritter beruft sich später

³⁴¹ Siehe hierzu die Verfahrensbeschreibung des Justizministeriums, abrufbar unter: https://www.justiz.nrw/JM/doorpage_online_verfahren_projekte/projekte_d_justiz/registar/verfahrensbeschreibung/index.php (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

³⁴² Bei dem Zentralserver handelt es sich genau genommen nicht um einen singulären Server, sondern um einen Serververbund.

³⁴³ Siehe hierzu die Verfahrensbeschreibung des Justizministeriums, abrufbar unter: https://www.justiz.nrw/JM/doorpage_online_verfahren_projekte/projekte_d_justiz/registar/verfahrensbeschreibung/index.php (zuletzt abgerufen am: 31. 10. 2023).

auf den Registerinhalt bzw. das Fehlen dessen. Wie sich ein Serverausfall auswirkt, hängt maßgeblich davon ab, welcher Server konkret betroffen ist.

a) Ausfall des Zentralservers

Für die Anwendung von § 15 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. muss es zunächst zu einer wirksamen Eintragung im Gesellschaftsregister gekommen sein. Nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 8a Abs. 1 HGB ist eine Eintragung im Gesellschaftsregister wirksam, wenn die Informationen in den dafür vorgesehenen Datenspeicher aufgenommen wurden und auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können. Der vorgesehene Datenspeicher im Sinne dieser Norm ist wie beschrieben der Zentralserver des Landes. Auf diesem müssen die Informationen gespeichert werden.

Zusätzlich erfordert § 8a Abs. 1 HGB, dass die Daten in lesbarer Form wiedergegeben werden können. Dabei liefert die Vorschrift bedauerlicherweise keine Legaldefinition, sodass unklar bleibt, aus wessen Perspektive die Wiedergabemöglichkeit zu beurteilen ist. Es könnte entweder auf die Perspektive des Registergerichts und damit einer öffentlichen Stelle abzustellen sein, die über das Intranet – das LVN – auf die Daten zugreifen kann, oder es könnte die Sicht des Rechtsverkehrs maßgeblich sein, der vornehmlich über das Internet auf die Daten zugreift.

aa) Voraussetzung der Abrufbarkeit über das Registerportal?

In der Literatur wird die „Wiedergabe“ häufig mit dem Begriff der Abrufbarkeit umschrieben.³⁴⁴ Damit wird mal bewusst, mal möglicherweise unbewusst ein Konnex zur Terminologie des § 10 Abs. 1 HGB hergestellt. Teilweise wird in diesem Sinne vertreten, dass die Wirksamkeit der Eintragung gemäß § 8a HGB erst in dem Zeitpunkt der Abrufbarkeit über das Registerportal eintritt und damit zeitgleich mit der Bekanntmachung erfolgt.³⁴⁵

³⁴⁴ Siehe etwa *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8a Rn. 1; *Schaub*, in: EBJs HGB, § 8a Rn. 1; *Wamser*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB § 8a Rn. 1; *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8a Rn. 5; *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8a Rn. 2; *Roth/Stelmaszczyk*, in: Koller/Kindler/Drüen HGB, § 8a Rn. 1; *Preuß*, in: Oetker HGB, § 8a Rn. 3.

³⁴⁵ *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8a Rn. 3, insofern aber widersprüchlich zu *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 10 Rn. 8; wohl auch *Heckschen/Knaier*, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg. 09/2022, § 9 Rn. 228y.

bb) Der Entstehungskontext und die Parallelnorm

Gegen diese Auffassung sprechen sowohl der Wortlaut als auch die Historie der Norm. Hätte der Gesetzgeber die Wirksamkeit und die Bekanntmachung vom selben Momentum abhängig machen wollen, dann hätte er in § 8a HGB und § 10 HGB die identische Formulierung gewählt.

Eine derartige Verknüpfung der Elemente war jedoch nie angestrebt. In der Gesetzesbegründung zu § 8a Abs. 1 HGB wird auf die Parallelvorschrift des § 129 Abs. 1 S. 1 GBO verwiesen.³⁴⁶ Die nahezu identisch gefasste Norm begnügt sich ebenfalls nicht mit der Aufnahme in den Datenspeicher, sondern erfordert ebenfalls die dauerhafte, unveränderte Wiedergabemöglichkeit. Hierzu führt der Gesetzgeber aus, dass der zweite Halbsatz aus der Eigenart des Eintragungsvorganges herührt.³⁴⁷ In der Begründung wird davon ausgegangen, dass die Datenverarbeitung im sog. Stapelbetrieb erfolgt.³⁴⁸ Das bedeutet, dass die in das System eingegebenen Daten nicht unmittelbar nach der Auswahl des „Speichern“-Knopfes in den Datenspeicher übertragen wurden, sondern die endgültige Speicherung der Daten im Ganzen zum Dienstschluss erfolgte.³⁴⁹ Bis zu diesem Zeitpunkt können die Daten weiterhin bearbeitet werden, sodass die zuständige Stelle erst mit der Übertragung der Daten zum Dienstschluss die Einwirkungsmöglichkeit auf die Daten verlor.³⁵⁰ Während das Merkmal der Unveränderlichkeit also aus dem erst später eintretenden Verlust der Einwirkungsmöglichkeit resultierte, soll die Voraussetzung der Wiedergabemöglichkeit zum Ausdruck bringen, dass nicht der Speicherbefehl, sondern der technisch korrekte Speicherungserfolg Wirksamkeitsvoraussetzung ist.³⁵¹ Der Speicherungserfolg ist dann gegeben, wenn die Daten vom Datenspeicher auch wieder ausgelesen werden können.³⁵² Auslesbar sind die gespeicherten Daten schon dann, wenn sie von der zuständigen öffentlichen Stelle wieder auf einem Bildschirm angezeigt werden können (vgl. § 79 Abs. 1 S. 1 GBV).³⁵³

³⁴⁶ BT-Drs. 12/5553, S. 101.

³⁴⁷ BT-Drs. 12/5553, S. 81.

³⁴⁸ Zu den Nachteilen der alternativ möglichen Soforteintragung *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke, GBO, § 129 Rn. 16.

³⁴⁹ *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke, GBO, § 129 Rn. 17.

³⁵⁰ BT-Drs. 12/5553, S. 81; *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke, GBO, § 129 Rn. 15.

³⁵¹ In dem Sinne für die Subjektregister *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8a Rn. 3; *Müther*, in: BeckOK HGB, § 8a Rn. 1; *Merkt*, in: Hopt HGB, § 8a Rn. 2; für das Grundbuch *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke, GBO, § 129 Rn. 5.

³⁵² Vgl. nur *Beurskens*, in: BeckOGK HGB, § 8a Rn. 5.

³⁵³ *Dressler-Berlin*, in: Meikel/Böttcher, GBO, § 129 Rn. 13.

cc) Übertragung der Wertung auf das Gesellschaftsregister

Für das Registerrecht liegt es daher nahe, auch die interne Ansicht über das Intranet ausreichen zu lassen und die Abrufbarkeit über das Registerportal für nicht erforderlich zu halten. Die Befürworter der Verknüpfung von Eintragung und Bekanntmachung führen jedoch noch den besonderen Publizitätszweck des Registers an, der es erfordere, dass auch der Rechtsverkehr Kenntnis von der Eintragung erlangen können muss.³⁵⁴ Dieses Argument könnte freilich nur dann überzeugen, wenn die Eintragung immer ein „reines Internum“ bleibt, wie teilweise behauptet wird, und nicht separat eingesehen werden kann.³⁵⁵

Diese Behauptung findet jedoch keine Stütze im Gesetz und übersieht den § 10 Abs. 1 HRV i. V. m. § 1 Abs. 1 GesRV. Auch nach der Novellierung hat ein Interessent demnach das Recht, das Register und die dort eingereichten Dokumente bei der Geschäftsstelle des Registergerichts einzusehen.³⁵⁶ Der Zugriff auf die Daten über die Geschäftsstelle erfolgt dabei nicht über das Registerportal, sondern über das LVN. Dafür spricht bereits der § 10 Abs. 2 S. 3 HRV. Diese Parallelregelung zu § 79 Abs. 1 S. 2 GBV besagt, dass dem Interessenten nur insoweit Einsicht gewährt werden darf, wie es ihm nach § 9 Abs. 1 HGB zusteht. Eine solche Regelung wäre entbehrlich, wenn vor Ort auf das Registerportal zugegriffen werden würde, da dieses den Umfang von § 9 Abs. 1 HGB nicht überschreiten kann. Streng genommen kann damit vor Ort die Eintragung und nicht die Bekanntmachung eingesehen werden und die Eintragung ist daher nicht zwingend ein reines Internum. Es handelt sich somit bei der Eintragung und der Bekanntmachung zwar um zwei eng miteinander verbundene, aber dennoch strikt zu trennende Vorgänge.³⁵⁷

dd) Folgen eines Ausfalles des Zentralserver

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Eintragung mit der Speicherung auf dem Datenspeicher und der Auslesbarkeit durch das interne Netzwerk wirksam wird. Fällt der Zentralserver nach der beschriebenen Eintragung aus, berührt dies die Wirksamkeit der Eintragung nicht.³⁵⁸ Da im ersten Szenario das Registerportal ohne Probleme funktioniert, besteht auch ein Publizitätsschutz i. S. d. § 15 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F.

Eine Eintragung kann hingegen nicht wirksam erfolgen, wenn der Zentralserver schon zum Zeitpunkt der Eintragung funktionsunfähig ist. Der Eintragungs-

³⁵⁴ So wohl *Koch/Harnos*, in: Staub HGB, § 8a Rn. 3.

³⁵⁵ Ausdrücklich *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (835).

³⁵⁶ *Schaub*, in: EBJs HGB, § 9 Rn. 8.

³⁵⁷ BT-Drs. 19/28177, S. 99; *Linke*, NZG 2021, 309 (313).

³⁵⁸ Daran ändert auch das Merkmal „auf Dauer“ nichts, denn dieses soll nur die Wiedergabefähigkeit etwa durch die Konvertierung von Dateien sicherstellen, *Dressler-Berlin*, in: Meikel/Böttcher, GBO, § 129 Rn. 14; *Schmidt-Räntsch*, in: Lemke, GBO, § 129 Rn. 14.

verpflichtete kann in diesem Fall der Haftung des § 15 Abs. 1 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. nicht entkommen.³⁵⁹ Ein solcher Serverausfall darf jedoch auch nicht zulasten des Rechtsverkehrs gehen. Da der Eintragungsverpflichtete dafür Sorge zu tragen hat, dass seine Informationen „vollständig und richtig publiziert“³⁶⁰ werden, muss er für den technischen Fehler einstehen und kann im Anschluss seinen Schaden im Wege der Staatshaftung liquidieren.

b) Ausfall des Registerportals

Die Kehrseite des beschriebenen Falles stellt der Ausfall des Registerportales dar. Wie bereits erläutert kann eine Eintragung auch bei einem vollständigen Ausfall des Registerportals und damit dem Unterbleiben der Bekanntmachung wirksam werden.

aa) Die positive Publizität des Gesellschaftsregisters

Fraglich ist aber, ob der Rechtsverkehr auch in diesem Fall schützenswert ist, was nur dann gegeben sein kann, wenn ein hinreichender Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Ein Dritter kann zwar von dem Eintragungsverpflichteten selbst oder über Hörensagen Kenntnis von der Eintragung einer Tatsache erlangen,³⁶¹ das allein schafft aber noch kein berechtigtes Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Informationen.

(1) Schutzwürdigkeit durch Einsichtnahmemöglichkeit

Wie allerdings ebenfalls zuvor beschrieben steht dem Dritten auch die Möglichkeit zur Einsichtnahme bei Gericht gemäß § 10 Abs. 1 HRV zu.³⁶² Möglicherweise könnte das Einsichtsrecht aber durch § 10 Abs. 2 S. 3 HRV beschränkt sein, wenn man annähme, dass die Einsichtsmöglichkeit vor Ort identisch zu der Einsicht über das Registerportal sein muss. Dem steht jedoch der Wortlaut von § 10

³⁵⁹ Von der Möglichkeit des Ersatzregisters gemäß § 54 HRV i. V. m. § 5 Abs. 1 der Verordnung über die elektronische Registerführung und die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Nordrhein-Westfalen in Registersachen (RegisterVO) wird an dieser Stelle bewusst abgesehen, da hierzu zunächst eine Entscheidung des Gerichtsvorstandes notwendig ist und zudem fraglich ist, ab wann das elektronische Register „nicht nur vorübergehend“ funktionsunfähig ist.

³⁶⁰ *Altmeyen*, Disponibilität des Rechtsscheins, S. 163 und S. 163 Fn. 50 („Organisationsrisiko“); *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 163.

³⁶¹ Aus diesem Grund schadet etwa bei einem Widerruf der Prokura die fehlende Voreintragung nicht, siehe nur *Preuß*, in: Oetker HGB, § 15 Rn. 21; siehe außerdem auch *Michels*, Registerpublizität, S. 29 ff.

³⁶² Diese Möglichkeit verkennend *Lieder*, DNotZ 2021, 830 (843).

Abs. 2 S. 3 HRV entgegen, der davon spricht, dass nur die „zulässige“ Einsicht nicht überschritten werden darf. Das bedeutet also, dass die Einsicht vor Ort in ihrem Umfang nicht weiter reichen darf, als sie über das Registerportal möglich wäre. Damit wurde allerdings gerade nicht angeordnet, dass auch die reine Möglichkeit der Einsicht entsprechend dem Registerportal zu gestalten ist. Nur weil Letzteres ausfällt, ist demgemäß nicht auch die Einsichtnahme vor Ort zu beschränken. Somit kann sich der Dritte, auch bei einem Ausfall des Registerportales, über das Vorliegen einer Registereintragung vor Ort erkundigen. Der durch die öffentliche Stelle geschaffene Vertrauenstatbestand muss hinreichend gewürdigt werden.

(2) Die Notwendigkeit der Bekanntmachung

Problematisch ist jedoch, dass § 15 Abs. 3 HGB sowohl die Eintragung als auch die Bekanntmachung voraussetzt.

Zur Lösung dieser Situation bietet sich ein Blick in die Vergangenheit an. Nicht vergleichbar mit der hier vorliegenden Situation ist die Zeit zwischen dem EHUG und dem DiRUG. Wenn in diesem Zeitraum die Bekanntmachung fehlte, dann war nach wie vor die Eintragung über das Registerportal abrufbar. Die Bekanntmachung war als Publizitätsträger nur wenig bedeutsam, wohingegen im vorliegenden Fall die elektronische Einsichtsmöglichkeit insgesamt fehlt.³⁶³

Bis zur „technischen Revolution“ der elektronischen Registereinsicht konnte es aber zu einem vergleichbaren Sachverhalt kommen. Bis in die 1990er Jahre hinein war die Einsicht in das Handelsregister nur vor Ort möglich. Erst 1993 wurde mit § 9a HGB a. F. die Möglichkeit geschaffen, die im Handelsregister eingetragenen Informationen online abzurufen.³⁶⁴ Dieser Abruf war allerdings für Private insoweit beschränkt, als ein Nachweis des „beruflichen oder gewerblichen Interesses“ notwendig war (§ 9a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 HGB a. F. 1993). Für all jene, die vor der elektronischen Registereinsicht an Informationen kommen mussten oder kein besagtes Interesse nachweisen konnten, blieb somit nur die Möglichkeit, sich vor Ort oder über die Bekanntmachungen zu informieren. Die Bekanntmachung, welche im Bundesanzeiger und mindestens einem anderen Blatt eingestellt (§ 10 Abs. 1 HGB a. F.) sowie anschließend von verschiedenen Zeitungen und Diensten weiterverbreitet wurde, war somit der einzige wirkliche Publizitätsträger.³⁶⁵ Wie im hier beschriebenen heutigen Fall konnte es daher dazu kommen, dass eine Bekanntmachung unterblieben ist, allerdings durch eine Einsicht beim Registergericht Kenntnis von einer Eintragung erlangt wurde.

³⁶³ Siehe zur Lösung der Problematik in besagtem Zeitraum *Noack*, in: FS Eisenhardt 2007, S. 475 (480 f.).

³⁶⁴ Vgl. zu den Anfängen der elektronischen Registereinsicht *Noack*, ZGR 1998, 592 (606).

³⁶⁵ Zu dem Problem der hauptsächlich regionalen Verfügbarkeit der Bekanntmachung *Noack*, ZGR 1998, 592 (605).

Denkbar ist damals wie heute, einen Vertrauensschutz über § 15 HGB anzunehmen. Da der geschaffene Vertrauenstatbestand zum einen nicht in den direkten Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 HGB fällt und zum anderen auch von keiner anderen Vertrauensschutznorm abgedeckt wird, könnte die vorhandene Regelungslücke durch eine Analogie zu § 15 Abs. 3 HGB zu schließen sein.³⁶⁶ Dann würde die bloße Registereintragung, unabhängig von der Bekanntmachung, einen abstrakten Vertrauensschutz begründen.

Ein solcher abstrakter Vertrauensschutz, also unabhängig von der tatsächlichen Einsichtnahme, ist grundsätzlich nur für solche Tatsachen anzuerkennen, welche auch bekanntgemacht wurden. Dieser rechtfertigt sich nämlich vor allem durch die jederzeitige und einfache Möglichkeit der Informationsverschaffung über den Registerinhalt.³⁶⁷ Es ist schlechterdings kaum nachweisbar, ob sich ein Dritter Kenntnis über den Registerinhalt verschafft hat, indem er binnen kürzester Zeit den Bundesanzeiger bzw. nun das Registerportal geprüft hat.³⁶⁸ Wenn jedoch, wie im konkreten Fall, eine Anreise zum Gericht erforderlich wird, dann greifen diese Praktikabilitäts Erwägungen nicht. Eine solche Anreise wird nur auf einen konkreten Anlass hin unternommen und lässt sich überdies leicht nachweisen.³⁶⁹ Die einfache Registereintragung ist demnach zwar einsehbar, vermag aber aufgrund ihrer erschwerten Zugänglichkeit nicht das gleiche Maß an Publizität zu vermitteln.

Schon Canaris vertrat allerdings zu § 15 Abs. 1 HGB, dass sich ausnahmsweise derjenige nicht auf den Vertrauensschutz berufen können soll, der unstreitig keine Kenntnis vom Registerinhalt hatte.³⁷⁰ Unabhängig davon, ob man diese Einschränkung im klassischen Anwendungsfall des § 15 Abs. 1 HGB für überzeugend hält,³⁷¹ bietet es sich an, aus diesem Vorschlag den Umkehrschluss zu ziehen und ein entsprechendes Regel/Ausnahme-Verhältnis auf den hier zugrundeliegenden Sachverhalt zu übertragen. Demnach ist grundsätzlich nur der schutzwürdig, der das Register tatsächlich eingesehen hat.³⁷² Ausnahmen können nach den Grundsätzen von Treu und Glauben höchstens in engen Grenzen erforderlich sein. Alles in allem liegt es daher näher, bei fehlender Bekanntmachung nur einen konkreten

³⁶⁶ Für diese Lösung damals *Roth*, in: Koller/Roth/Morck HGB, § 15 Rn. 28; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 15 Rn. 18; *Lieb*, in: MüKoHGB, 1. Aufl. 1996, § 15 Rn. 65; *Paefgen*, ZIP 2008, 1653 (1658) („teleologische Extension“); noch früher bereits *Bürck*, AcP 171 (1971), 328 (338); *Sandberger*, JA 1973, 215 (219f.).

³⁶⁷ *Canaris*, Handelsrecht, § 5 Rn. 16 weist darauf hin, dass deswegen ein rein konkreter Vertrauensschutz in der Rechtspraxis schlicht unpraktisch wäre.

³⁶⁸ Dies gilt vor allem, seit die Kostenpflicht mit dem DiRUG entfallen ist, siehe *Noack*, in: FS Eisenhardt, 2007, S. 475 (481 Fn. 29).

³⁶⁹ Dass ein abstrakter Vertrauensschutz eher bei „sehr gut auffindbaren“ Informationen angebracht ist, erläutert bereits *Noack*, in: FS Eisenhardt, 2007, S. 475 (481).

³⁷⁰ *Canaris*, Handelsrecht, § 5 Rn. 17 m. w. N.

³⁷¹ Kritisch und den abstrakten Vertrauensschutz betonend etwa *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 14 Rn. 42.

³⁷² *Schilken*, AcP 187 (1987), 1 (12ff.) erstreckt dies entgegen der g.h.M. sogar auf den direkten Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 HGB.

Vertrauensschutz durch die Anwendung der hier bereits zuvor thematisierten Ergänzungssätze zu gewähren.³⁷³

bb) Die negative Publizität des Gesellschaftsregisters

Aus der entgegengesetzten Perspektive des Eintragungsverpflichteten stellt sich die Frage, ob er bei einer Rechtsveränderung der Haftung des § 15 Abs. 1 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. entgehen kann. Die angemeldete Tatsache kann zwar wirksam eingetragen, allerdings nicht bekanntgemacht werden. Überdies kann es dem Rechtsverkehr nicht zugemutet werden, auf gut Glück die Registereintragung vor Ort einzusehen.³⁷⁴ Folglich kann die notwendige Publizität auch nicht allein durch Eintragung erreicht werden. In der Folge kann der Eintragungsverpflichtete auch bei einem Ausfall des Registerportales die Vertrauenshaftung nicht vermeiden und ist erneut auf die Staatshaftung verwiesen.³⁷⁵

IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist eingangs festzuhalten, dass die Subjektregister mit ihrer enormen Bedeutung für den Wirtschaftsverkehr ein vulnerables Ziel für Cyberangriffe darstellen und überdies bereits gegenwärtig mit zahlreichen technischen Problemen zu kämpfen haben. Um die Folgen eines Ausfalles beurteilen zu können, muss zwischen den beiden Komponenten Zentralserver und Website differenziert werden. Die Speicherung der in das Gesellschaftsregister einzutragenden Informationen erfolgt auf dem Zentralserver. Eine Eintragung wird demgemäß wirksam, wenn der Speicherungserfolg eintritt, was die Wiedergabemöglichkeit der Daten zur Folge hat. Diese Wiedergabemöglichkeit ist nicht synonym zum in § 10 Abs. 1 S. 1. HGB verwendeten Begriff der Abrufbarkeit, sondern es reicht die gerichtinterne Einsichtnahmemöglichkeit aus. Auch unter Berücksichtigung der Publizitätsfunktion des Gesellschaftsregisters kann wegen § 10 HRV i. V. m. § 1 Abs. 1 GesRV nichts anderes gelten.

Fällt der Zentralserver aus, dann berührt dies zwar nicht die bereits wirksam eingetragenen Informationen, eine Neueintragung ist allerdings nicht möglich. Der Eintragungsverpflichtete haftet in diesen Fällen zunächst aus § 15 Abs. 1 HGB

³⁷³ Im Ergebnis auch *Sonnenschein/Weitemeyer*, in: Heymann HGB, 2. Aufl. 1995, § 15 Rn. 30; *Gehrlein*, in: EBJs HGB, 1. Aufl. 2001, § 15 Rn. 30; *Canaris*, Handelsrecht, § 5 Rn. 45; *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 2 Rn. 56; *Ammon/Ries*, in: Röhrich/Graf von Westphalen HGB, 3. Aufl. 2008, § 15 Rn. 39.

³⁷⁴ Kritisch wäre wohl *Beuthien*, NJW 1970, 2283 (2284), der staatliche Fehler nicht dem Eintragenden anlasten will. Eine endgültige Anlastung findet aber auch nicht statt, da dieser seinen Schaden im Wege der Staatshaftung liquidieren kann.

³⁷⁵ *Hopt*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 10 Rn. 1; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck HGB, § 10 Rn. 2.

i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F., kann seinen Schaden aber im Zuge der Staatshaftung liquidieren.

Sollte das Registerportal nicht erreichbar sein, so kann zwar eine wirksame Eintragung, allerdings keine Bekanntmachung erfolgen. Einen abstrakten Vertrauensschutz zugunsten des Rechtsverkehrs kann es aufgrund der stark eingeschränkten Publizität nicht geben. Allerdings besteht die Möglichkeit zur Einsichtnahme vor Ort. In diesen Fällen ist ein konkreter Vertrauensschutz im Einzelfall zu gewähren. Aus der Sicht des Eintragungsverpflichteten ist es bezüglich der negativen Publizität des Registers überdies unerheblich, ob die Eintragung oder die Bekanntmachung nicht erfolgt ist. In beiden Fällen sieht er sich der Haftung aus § 15 Abs. 1 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ausgesetzt. Es besteht auch im zuletzt genannten Fall die Möglichkeit zur Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen.

D. Kapitelergebnis

In diesem letzten Kapitel wurden die aus Sicht der Gesellschafter nachteiligen Aspekte des Gesellschaftsregisters analysiert.

Eingangs war zu thematisieren, wann das häufig gepriesene System der Freiwilligkeit an seine Grenzen stößt. Im Sinne der Unterteilung zwischen gesellschaftsinternen und öffentlichen Eintragungszwängen wurde zunächst der Einfluss der Treuepflicht untersucht. Die Grundlage der besagten gesellschaftlichen Treuepflicht findet sich in der gesellschaftsvertraglich begründeten Förderpflicht. Diese Grundlage allein vermag jedoch nicht hinreichend die anerkannten Rücksichtnahmepflichten zu begründen und ist überdies nicht geeignet, eine Verpflichtung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages zu begründen. Der hier vorgeschlagene Ansatz, aufgrund der Natur des Schuldverhältnisses eine Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel anzunehmen, kann hingegen die Förderpflicht in den notwendigen Bereichen schlüssig ergänzen. Nicht nur scheint die höchstrichterliche Rechtsprechung für diesen Vorschlag offen zu sein, sondern dieser schon zudem auch in weitaus größerem Maße die Privatautonomie, als es die anderen Erklärungsansätze bisher leisten können.³⁷⁶ Sofern es sich um eine lediglich konkludent vereinbarte Regelung handelt, ist diese im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auszulegen. Eine aus der Treuepflicht folgende Verpflichtung zur Zustimmung zur Vertragsänderung wird daher regelmäßig vorliegen, wenn in einem Ausnahmefall die Vertragsanpassung erforderlich und zumutbar ist. Unter Abwägung aller Belange sind diese Voraussetzungen im Falle des Gesellschaftsregisters nur dann anzunehmen, wenn entweder eine Eintragungspflicht für die Gesellschaft besteht oder der Gesellschaftszweck die Vornahme von Geschäften, welche einem Voreintragungserfordernis unterliegen, schlechterdings voraussetzt. Anderenfalls muss auf

³⁷⁶ Siehe zu der Möglichkeit der Modifikation sowie der gezeitigten Unabdingbarkeit die Fn. 40.

eine Verhandlungslösung gesetzt werden oder die Gesellschaft ist aufzulösen. Besteht eine Verpflichtung, kann sie entweder nach § 894 S. 1 ZPO oder nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 16 Abs. 1 S. 1 HGB durchgesetzt werden. Denkbar ist auch ein Ausschluss des renitenten Gesellschafters. In diesen Fällen ist jedoch eine angemessene Abfindung zu zahlen.

Wenn sich eine GbR an einer anderen Personengesellschaft beteiligt, ist dies auch ohne Voreintragung materiell wirksam möglich. Allerdings können die Gesellschafter dann nach (§ 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m.) § 14 S. 1 HGB verpflichtet werden, die Korrektur des Zielregisters zu ermöglichen, indem sie die GbR voreintragen lassen. Kommt es hingegen bei einer Bestandsbeteiligung zu einem GbR-internen Gesellschafterwechsel, so muss ebenfalls eine entsprechende Verpflichtung möglich sein. Anderenfalls bestünde die Gefahr von dauerhaft unzutreffenden Subjektregistereinträgen. In Ermangelung einer entsprechenden Normierung ist § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n. F. analog anzuwenden.

Im Gegensatz zur Beteiligung an einer Personengesellschaft ist die Beteiligung an einer GmbH für eine GbR zwar ebenfalls materiell möglich, allerdings kann keine Verpflichtung zur Voreintragung ausgesprochen werden. Dies ist aufgrund der notwendigen notariellen Mitwirkung und der durch § 16 GmbHG begründeten Restriktionen auch nicht notwendig. Allerdings versagen diese Anreize zur Einreichung einer korrekten Gesellschafterliste im Falle des GbR-internen Gesellschafterwechsels bei Bestandsgesellschaften. Zur Vermeidung von erheblichen Publizitätsdefiziten ist § 40 Abs. 3 GmbHG analog anzuwenden.

Entsprechend der Beteiligung an einer GmbH besteht für die GbR auch im Falle der Beteiligung an einer AG (mit Namensaktien) eine hinreichende Obliegenheit zur Korrektur des Aktienregisters. Im Unterschied zu der zuvor beschriebenen Problematik des GbR-internen Gesellschafterwechsels bei einer Bestandsbeteiligung ist ein Voreintragungserfordernis in einem solchen Fall im Aktienrecht weder vorgesehen noch unter Berücksichtigung der Funktionen des Aktienregisters notwendig.

Für den nächsten Abschnitt ist zunächst festzuhalten, dass eine einmal eingetragene GbR das Gesellschaftsregister nicht mehr liquidationslos verlassen kann. In Teilen ist dies zwar bereits aus dem bisher geltenden Registerrecht bekannt, ein Novum stellt dieses Lösungsverbot allerdings für die kleingewerblich tätige OHG dar. Dieses Verbot benachteiligt die eingetragene OHG nicht unbillig gegenüber der nicht eingetragenen OHG. Hierfür ist insbesondere anzuführen, dass eine derartige Registerbindung nicht von einem entsprechenden Willen der Gesellschafter abhängig gemacht werden muss und zudem die nicht eingetragene OHG hinreichenden Restriktionen unterliegt.

Eine Möglichkeit zum Wechsel des Registers ist allerdings der neu eingefügte Statuswechsel. In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere zu beachten, dass die Haftung für bereits eingetretene Berufsfehler nicht durch einen Statuswechsel

in eine PartG mbB beschränkt werden kann. Sollte zudem bei einem Statuswechsel von einer GbR zu einer PartG (oder umgekehrt) auffallen, dass inzwischen ein Handelsgewerbe betrieben wird, dann ist der Statuswechselantrag vom Gericht zurückzuweisen und das Handelsregister zu informieren, welches wiederum die notwendige Eintragung forcieren wird. Im Übrigen können die Gesellschafter ihren Antrag auf Statuswechsel zu jeder Zeit zurücknehmen.

Im letzten Abschnitt dieses Kapitels wurde der Vertrauensschutz des Registers thematisiert. Hierzu ist festzuhalten, dass der § 15 Abs. 3 weder seiner Systematik noch seiner Entstehungsgeschichte zufolge unmittelbar auf bloß eintragungsfähige Tatsachen anwendbar ist. Alle Eintragungen im Gesellschaftsregister werden hingegen von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. i. V. m. § 15 Abs. 3 HGB erfasst, obwohl die Ersteintragung der GbR in den meisten Fällen fakultativ ist. Dies folgt allerdings nicht aus den Vorgaben des § 707 Abs. 2 BGB n. F. Vielmehr ist der Verweisnorm des § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. eine diesbezügliche Modifikation zu entnehmen. Diese Auslegung der Norm resultiert auch aus der teleologischen Erwägung, dass anderenfalls die Zweiteintragungen und die Fälle der konstitutiven Ersteintragungen erfasst wären, allerdings weder die deklaratorisch-fakultativen Ersteintragungen noch solche aus einer mittelbaren Eintragungspflicht resultierenden.

Die Server der Subjektregister sind ein potenziell attraktives Ziel für Cyberangriffe. Gelegentlich führen aber auch Wartungsarbeiten und technische Unzulänglichkeiten zu Ausfällen. Sollten die Landeszentralserver ausfallen, so ist eine wirksame Eintragung nicht mehr möglich. In der Folge haften die Gesellschaften gegenüber Dritten nach § 15 Abs. 1 HGB, wenn eine etwaige Veränderung nicht im Register eingetragen ist. Es können allerdings Regressansprüche nach den Grundsätzen der Staatshaftung in Betracht kommen. Eine einmal eingetragene und bekanntgemachte Tatsache wird demgegenüber von einem derartigen Serverausfall nicht betroffen.

Wenn hingegen das Registerportal nicht erreichbar ist, kann eine wirksame Eintragung im jeweiligen Subjektregister ohne Weiteres vorgenommen werden. Für die Wiedergabemöglichkeit von eingetragenen Daten reicht der gerichtsinterne Zugriff aus. Aufgrund der Möglichkeit zur Einsichtnahme in das Register vor Ort ist die Eintragung trotz der fehlenden Bekanntmachung kein reines Internum. Folglich muss ein gewisser Vertrauensschutz in die so in den Rechtsverkehr gelangten Informationen bestehen. Ein derartiger Vertrauensschutz darf jedoch nur im konkreten Einzelfall gewährt werden, da in Ermangelung einer Bekanntmachung ein abstrakter Vertrauensschutz keine Rechtfertigung findet. Im Übrigen besteht auch in diesem Fall die Haftung des § 15 Abs. 1 HGB, da die Möglichkeit zur Einsichtnahme vor Ort keine hinreichende Publizität zu vermitteln vermag.

§ 6 Resümee

1. Zum Ende dieser Arbeit wird ersichtlich, dass die Regelungen zum Gesellschaftsregister in weiten Teilen einem schlüssigen Gesamtkonzept folgen. In einigen Bereichen ist hingegen eine Rechtsfortbildung angezeigt, um den Zielen der Reform in Gänze zum Durchbruch zu verhelfen.

2. Das Gesellschaftsregister weist in seiner Funktionsweise viele Parallelen zum Handelsregister auf und ist diesem in weiten Teilen nachempfunden. Obschon der Gesetzgeber bemüht war, den Verwaltungsaufwand für die GbR zu begrenzen, ist das Gesellschaftsregister durch ein unglückliches Zusammentreffen der Gesetzgebungsverfahren in die Mitteilungspflicht zum Transparenzregister geraten. Das durch diesen Vorgang entstehende demokratische Defizit wurde, obgleich ohne Weiteres möglich, nicht hinreichend aufgearbeitet und beseitigt.

3. Auch im Bereich der Zuständigkeiten lehnt sich das Gesellschaftsregister eng an das Handelsregister an. Letzterem steht es aufgrund seiner kaum zu überschätzenden Bedeutung und Größe auch wesentlich näher als dem Partnerschaftsregister. In der Folge sollte die örtliche Zuständigkeit innerhalb der Bundesländer entsprechend dem Handelsregister konzentriert werden. Im Unterschied zum Handelsregister wurde allerdings eine Vollübertragung an den Rechtspfleger statuiert.

4. Die Eintragung im Gesellschaftsregister hat grundsätzlich nur deklaratorische Bedeutung. Die Rechtsfähigkeit erlangt die Gesellschaft in aller Regel bereits durch den gemeinsamen Willen der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr. Die Regelung des § 719 Abs. 1 Var. 2 BGB n. F. ist allerdings erweiternd dahingehend auszulegen, dass sie eine unwiderlegliche Vermutung zugunsten der Rechtsfähigkeit der im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR enthält. Wird daher eine eigentlich nicht rechtsfähige Gesellschaft ins Gesellschaftsregister eingetragen, wirkt die Eintragung ausnahmsweise konstitutiv.

5. Mit diesem Konzept der Rechtsfähigkeit der GbR kraft übereinstimmenden Willens der Gesellschafter ist es unvereinbar, der Gesellschaft die Rechtssubjektivität abzuspochen. Auch die vom Gesetzgeber proklamierte Abschaffung des Gesamthandsprinzips auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts gebietet keine divergierende Betrachtungsweise. Bei der gegenwärtigen Diskussion um die Abschaffung des Gesamthandsprinzips handelt es sich in Wahrheit um eine Scheindiskussion, da angesichts der Annahme unterschiedlicher Definitionsansätze des Gesamthandsbegriffes ein Konsens schwerlich zustande kommen kann. Bei einem dem aktuellen Normenbestand entsprechenden Verständnis kann sowohl die Abschaffung als auch die Beibehaltung des Gesamthandsprinzips angenommen werden. Überzeugender-

weise ist jedoch im Gesellschaftsrecht zukünftig gänzlich auf diese Terminologie zu verzichten, da ein hierdurch geschaffener Mehrwert nicht ersichtlich ist. Stattdessen sollte von rechtsfähigen Personengesellschaften gesprochen werden.

6. Die Eintragung im Gesellschaftsregister ist grundsätzlich freiwillig. Gleichwohl können bestimmte Formen der Teilnahme am Rechtsverkehr zu Ausnahmen führen.

- a) Eine Obliegenheit zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister kann durch die Anordnung einer „Registersperre“ und den damit verbundenen Nachteilen begründet werden. Dies ist zum einen der Fall, wenn ein Grundstücksrecht erworben, veräußert oder sonst belastet werden soll. Zum anderen kann der Eintritt als Gesellschafter in eine GmbH oder Aktiengesellschaft zwar materiell wirksam erfolgen, allerdings ist ohne eine Voreintragung im Gesellschaftsregister keine Aufnahme in die Gesellschafterliste oder in das Aktienregister möglich. In der Folge können im Wesentlichen Gesellschafterrechte nicht ausgeübt werden und/oder es besteht die Gefahr des Verlustes des Gesellschaftsanteils durch einen gutgläubigen Dritterwerb. In entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 3 GmbHG ist zudem eine sich aus der potenziellen Haftung begründende Obliegenheit zur Voreintragung der GbR anzunehmen, wenn innerhalb einer nach derzeitigem Recht in einer Gesellschafterliste eingetragenen GbR ein Gesellschafterwechsel stattfindet und die Gesellschafterliste der GmbH folglich unzutreffend wird.
- b) Eine mittelbare Verpflichtung zur Eintragung im Gesellschaftsregister kann sowohl vom Grundbuchamt als auch vom Registergericht oktroyiert werden. Erlangt eine GbR durch einen gesetzlichen Erwerb ein Grundstücksrecht oder kommt es bei einer nach derzeitigem Recht im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft zu einem Gesellschafterwechsel, kann das Grundbuchamt die Verpflichtung zur Korrektur des Grundbuches anordnen. Diese Anordnung kann mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Aufgrund der Eintragungsunfähigkeit der nicht im Gesellschaftsregister registrierten GbR führt diese Verpflichtung mittelbar zu einem Eintragungszwang. Ähnliches gilt auf Seiten des zuständigen Registergerichts für den Eintritt in eine Personengesellschaft. In entsprechender Anwendung des § 106 Abs. 6 Var. 4/5 HGB n.F. sollte ferner eine Korrektur des Handelsregisters auch dann verpflichtend sein, wenn es bei einer nach derzeitigem Recht an einer Personenhandelsgesellschaft beteiligten GbR zu einem Gesellschafterwechsel kommt.
- c) Ein Gesellschafterwechsel bei einer nach derzeitigem Recht an einer AG beteiligten GbR führt hingegen zu keinem Voreintragungserfordernis.

7. Die beschriebene Eintragungsunfähigkeit der nicht eingetragenen GbR als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft führt überdies nicht dazu, dass einem Altgesellschafter, welcher seinen Anteil an dieser eGbR veräußern möchte, die Austragung aus dem Register zu verwehren wäre. Eine solche Restriktion lässt

sich, insbesondere in Abgrenzung zur Gesellschafterliste, für welche das Gegenteil gilt, nicht begründen. Stattdessen ist die Richtigkeit des Gesellschaftsregisters durch Zwangsmittel gegenüber der GbR wiederherzustellen.

8. Durch die mit der Einführung des Gesellschaftsregisters einhergehenden Reformen verliert auch die nicht eingetragene OHG einen beträchtlichen Teil ihrer Verkehrsfähigkeit. Obwohl vom Gesetzgeber vermutlich nicht bedacht, unterliegt diese Gesellschaft zutreffenderweise den gleichen Restriktionen bezüglich ihrer Registerfähigkeit wie die GbR.

9. Die Einführung des Gesellschaftsregisters ermöglicht auch die Wahl eines vom Verwaltungssitz abweichenden Vertragssitzes, welcher im Inland belegen sein muss. Eine grenzüberschreitende Verlegung dieses Sitzes ist gleichwohl möglich, führt allerdings zu einem identitätswahrenden Rechtsformwechsel. Wenn die Rechtsform der eGbR beibehalten werden soll, bietet sich in vielen Fällen die Verlegung des Verwaltungssitzes an. Jedenfalls bei einem Wegzug in einen Staat, welcher der Gründungstheorie folgt, kann die Rechtsform beibehalten werden. Dies betrifft in der Praxis insbesondere Sitzverlegungen innerhalb der EU/EWR. Der Wegzug in einen Staat, welcher der Sitztheorie folgt, führt aus Sicht des Zuzugsstaates stets und unvermeidbar zu einem Statutenwechsel. Aus deutscher Sicht ist überzeugenderweise selbiges anzunehmen. Die Vorschrift des § 706 S. 1 BGB n.F. enthält lediglich eine sach-, jedoch keine kollisionsrechtliche Regelung und begründet daher nicht die Abkehr der Bundesrepublik von der Sitz- hin zur Gründungstheorie.

10. Wenn sich eine ausländische Gesellschaft an einer eGbR beteiligt, ist sie in analoger Anwendung der Regelungen über die Zweigniederlassungen mit ihren Gesellschaftern ins Gesellschaftsregister einzutragen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese über keine mit dem Gesellschaftsregister vergleichbare Registerpublizität in ihrem Herkunftsland verfügt.

11. Die Voreintragung einer nach derzeitigem Recht im Grundbuch eingetragenen namenlosen GbR führt selbst dann nicht zu einem identitären Schwebestand, wenn eine weitere namenlose Gesellschaft mit demselben Gesellschafterbestand in einem Grundbuch eingetragen ist. Es kann stets nur eine konkrete Gesellschaft zum Gesellschaftsregister angemeldet werden. Da allerdings eine Eintragung im Gesellschaftsregister überzeugenderweise nicht aus der Sicht der Gesellschafter, sondern eines objektiven Dritten eindeutig und zweifelsfrei zugeordnet werden können muss, ist das entstehende Publizitätsdefizit zu beseitigen. Zu diesem Zweck ist bei der Eintragung der vormals namenlosen GbR im Gesellschaftsregister ein klarstellender Vermerk zu ergänzen, welcher die in anderen öffentlichen Registern geführten Rechte der Gesellschaft ausweist. Hierdurch wird die Zuordnung eindeutig ersichtlich und dem Registergericht kommt die notwendige Befugnis zugute, die Eintragung von diesen Informationen abhängig zu machen.

12. Der klarstellende Registervermerk ist überdies nicht nur geeignet und erforderlich, um im Zeitraum zwischen der Voreintragung im Gesellschaftsregister

und der anschließenden Richtigstellung im Grundbuch für die notwendige Rechtssicherheit zu sorgen, er ist auch das effektivste Mittel, um unrichtige Grundbucheintragungen in Folge der Voreintragung zu verhindern. Sofern kein entsprechender Vermerk vorhanden ist und in der Folge die unzutreffende Eintragung einer eGbR anstelle einer mit ihr nicht identischen, namenlosen GbR möglich erscheint, ist der Rechtsverkehr gleichwohl nicht schutzlos gestellt. Obschon es sich bei der im Anschluss an die Voreintragung vorzunehmenden Eintragung um eine Richtigstellung handelt, auf die lediglich das Verfahren der Grundbuchberichtigung angewendet wird, ist bei einer unrichtigen Grundbuchkorrektur ein gutgläubiger Erwerb vom Buheigentümer möglich.

13. Unbeschadet der Einführung des Gesellschaftsregisters und des damit verbundenen Voreintragungserfordernisses, ist eine Vorgesellschaft weiterhin grundbuchfähig. Sollte die Eintragung der Vorgesellschaft im Handelsregister scheitern, wandelt sich diese identitätswahrend in eine GbR um. Für den Fall, dass besagte Vorgesellschaft im Grundbuch eingetragen war, ist in entsprechender Anwendung des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. die Richtigstellung des Grundbuches in Form der Korrektur der Rechtsform zu untersagen. Stattdessen muss in diesen Fällen ebenfalls ein Voreintragungserfordernis bestehen. Die Eintragung im Gesellschaftsregister ist in entsprechender Anwendung des § 82 S. 1 GBO n.F. mittelbar zu erzwingen.

14. Die gesellschaftliche Treuepflicht findet ihre Grundlage im Gesellschaftsvertrag. Infolge einer Kombination aus der Förderpflicht und einer gesellschaftsvertragsimmanenten Rücksichtnahme- und Anpassungsklausel sind die Gesellschafter untereinander und der Gesellschaft gegenüber zur Treue verpflichtet. Diese Verpflichtung kann auch in einer Zustimmung zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages bestehen. Wenn die GbR ins Gesellschaftsregister eingetragen werden soll, sind die Gesellschafter verpflichtet, dieser Veränderung zuzustimmen, sofern eine Eintragungspflicht besteht oder der Gesellschaftszweck schlechterdings anderenfalls nicht erreicht werden kann. Sollte sich ein Gesellschafter trotz seiner Zustimmungspflicht der Mitwirkung verweigern, kann seine Mitwirkung entweder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden oder es besteht die Möglichkeit, den renitenten Gesellschafter unter Zahlung einer Abfindung aus der Gesellschaft auszuschließen.

15. Die gewillkürte Löschung der eGbR aus dem Gesellschaftsregister ohne Liquidation ist unstatthaft. Auch die kleingewerblich tätige OHG kann gleichsam nicht mehr ohne Weiteres aus dem Handelsregister gelöscht werden. Dies führt weder zu einer unbilligen Benachteiligung der OHG gegenüber ihrem nicht eingetragenen Pendant noch verhindert es die Austragung einer eGbR über den Umweg des Handelsregisters.

16. Zur Sicherstellung eines friktionslosen Wechsels zwischen den Registern wurde der Statuswechsel eingeführt. Dieser ermöglicht jedoch keine Umgehung der persönlichen Haftung der eGbR-Gesellschafter, da auch im Falle eines Status-

wechsel in die Rechtsform der PartGmbH die Haftung für bereits begangene Berufsfehler nicht suspendiert werden kann. In registerrechtlicher Hinsicht sollte dem Statuswechsel keine Sonderstellung zukommen. Wenn das zuständige Registergericht bei einem Statuswechsel von einer GbR in eine PartG (oder umgekehrt) den Betrieb eines Handelsgewerbes feststellt, dann ist der Antrag auf Statuswechsel anstelle einer Verfahrensaussetzung in Gänze zurückzuweisen. Es obliegt sodann dem Handels- und nicht dem Gesellschaftsregister, die Eintragungspflichten des HGB durchzusetzen. Der Antrag auf Statuswechsel kann überdies jederzeit zurückgezogen werden.

17. Das Vertrauen in alle im Gesellschaftsregister eingetragenen Tatsachen wird von § 707a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 BGB n. F. i. V. m. § 15 HGB geschützt. Insbesondere von § 15 Abs. 3 HGB werden in jedem Fall die verpflichtenden Zweiteintragungen und die ausnahmsweise konstitutiv wirkenden Ersteintragungen erfasst. Obwohl die Vorschrift des § 15 Abs. 3 HGB genuin keine bloß eintragungsfähigen Tatsachen erfasst, muss für das Gesellschaftsregister etwas anderes gelten. Die Verweisung des § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ist dahingehend auszulegen, dass sie den § 15 Abs. 3 HGB in zweifacher Hinsicht modifiziert. Zum einen besteht kein Rechtsschein für das Fehlen der Kaufmannseigenschaft und zum anderen werden auch fakultativ-deklaratorische sowie mittelbar verpflichtende Ersteintragungen erfasst.

18. Falls aufgrund eines technischen Ausfalls die Zentralserver, auf denen etwa das Gesellschaftsregister geführt wird, nicht mehr erreichbar sind, ist eine wirksame Eintragung nicht möglich. Gleichwohl steht die fehlende Abrufbarkeit über das Registerportal der Wirksamkeit der Eintragung nicht im Wege. Insoweit genügt die gerichtsinterne Zugriffsmöglichkeit auf die Zentralserver. Dementgegen reicht die Eintragung auf den gerichtseigenen Servern, insofern im Unterschied zu den früher physisch geführten Büchern, nicht aus. Wenn wegen eines Ausfalls der Zentralserver keine wirksame Eintragung möglich ist oder eine Eintragung wegen der Nichterreichbarkeit des Registerportals nicht bekanntgemacht werden kann, haftet der Eintragsverpflichtete gegenüber dem Rechtsverkehr aus § 15 Abs. 1 HGB. Wenn die Bekanntmachung unterblieben ist, besteht auch kein abstrakter Vertrauensschutz in die eingetragenen Tatsachen zugunsten des Rechtsverkehrs. Möglich und notwendig ist hingegen die Annahme eines konkreten Vertrauensschutzes, sofern ein Dritter vor Ort Einsicht in die Registereintragung genommen hat.

Literaturverzeichnis

- Abel, Ralf B./Eitzert, Peter A.*: Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: DZWIR 2001, S. 353–362
- Adler, Carl*: Die Öffentlichkeit des Handelsregisters und wie weit reicht sein öffentlicher Glaube?, zugl. Diss. Univ. Heidelberg 1908, Melle in Hannover 1908 (zitiert: *Adler*, Die Öffentlichkeit des Handelsregisters)
- Altgen, Christian*: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, zugl. Diss. Univ. Münster 2009, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen)
- Altmeppen, Holger*: Disponibilität des Rechtsscheins: Struktur und Wirkungen des Redlichkeitsschutzes im Privatrecht, zugl. Habil. Univ. Bonn 1992, Köln 1993 (zitiert: *Altmeppen*, Disponibilität des Rechtsscheins)
- Altmeppen, Holger*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar
- 8. Aufl., Roth, Günter H./Altmeppen, Holger (Hrsg.), München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, 8. Aufl.)
 - 11. Aufl., München 2023 (zitiert: *Altmeppen*, GmbHG)
- Altmeppen, Holger*: Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, in: NZG 2020, S. 822–823
- Altmeppen, Holger*: Inwiefern „gilt“ der Listengesellschafter als Gesellschafter?, in: NJW 2021, S. 2681–2688
- Altmeppen, Holger*: Mängel und Widersprüche des Regierungsentwurfs zum MoPeG am Beispiel des Ausschlusses eines Gesellschafters und der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, in: ZIP 2021, S. 213–219
- Ammon, Ludwig*: Die Anmeldung zum Handelsregister, in: DStR, 1993, S. 1025–1032
- Ann, Christoph*: Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, Anmerkung zu BGH, Az. II ZR 331/00, in: MittBayNot 2001, S. 192–198
- Apfelbaum, Sebastian*: Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen, in: BB 2008, S. 2470–2477
- Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft: Die geplante Reform des Personengesellschaftsrechts: Gesellschaftsrechtliche Grundfragen und steuerliche Implikationen, in: ZIP 2021, S3–S26 (zitiert: Arbeitskreis Hochschullehrer, ZIP 2021)
- Aristoteles*: Metaphysik. Ins Deutsche übertragen von Adolf Lasson, Jena 1907 (zitiert: *Aristoteles*, Metaphysik)

- Armbrüster*, Christian: Außengesellschaft und Innengesellschaft, in: ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 143–163
- Armbrüster*, Christian: Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht, in: ZGR 2014, S. 333–363
- Artz*, Markus/*Ball*, Wolfgang/*Benecke*, Martina/*Geibel*, Stefan J./*Gsell*, Beate/*Hager*, Johannes/*Harke*, Jan Dirk/*Kessen*, Martin/*Köndgen*, Johannes/*Krafka*, Alexander/*Krüger*, Wolfgang/*Lobinger*, Thomas/*Looschelders*, Dirk/*Lorenz*, Stephan/*Maurer*, Hans-Ulrich/*Müller-Engels*, Gabriele/*Reymann*, Christoph/*Schindler*, Wulf/*Schmidt*, Hubert/*Segna*, Ulrich/*Spickhoff*, Andreas/*Wellenhofer*, Marina (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB)
- § 140, Stand: 01.08.2023
 - § 311b, Stand: 01.07.2023
 - § 705, Stand: 01.01.2019
 - § 719, Stand: 15.12.2020
 - § 854, Stand: 01.07.2023
 - § 873, Stand: 01.07.2023
 - § 878, Stand: 01.05.2023
 - § 894, Stand: 15.04.2021
 - § 899a, Stand: 15.04.2021
- Augstein*, Maria Sabine: NomosKommentar, Transsexuellengesetz, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Augstein*, in: NK-TSG)
- Aumann*, Christoph: Das MoPeG: Ein Überblick für die Praxis, in: notar 2023, S. 99–108
- Axer*, Jochen: Abstrakte Kausalität – ein Grundsatz des Handelsrechts? Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen Konzeption und Risikoordnung durch Außenhaftungsnormen des Handelsgesetzbuches, zugl. Diss. Univ. Köln 1985, Bergisch Gladbach 1986 (zitiert: *Axer*, Abstrakte Kausalität)
- Bachem*, Eberhard: Das Ende des Gesamthandsprinzips durch das MoPeG und die Auswirkungen im Steuerrecht, in: DStR 2022, S. 725–729
- Bachmann*, Gregor: Abschied von der rechtsfähigen Gesamthand, in: Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag, München 2023, S. 769–783
- Bachmann*, Gregor: Die folgenlose Beseitigung der rechtsfähigen Gesamthand durch das MoPeG, in: FR 2022, S. 709–712
- Bachmann*, Gregor: Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: NJW 2021, S. 3073–3078
- Bachmann*, Gregor: Was ist eine „rechtsfähige Personengesellschaft“? – Ein Rätsel und seine Lösung, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, 2. Festschrift, Bd. 1, München 2019, S. 49–63

- Bachmann*, Gregor: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: NZG 2020, S. 612–619
- Bärwaldt*, Roman/*Richter*, Moritz: Das künftige Recht der GbR und seine Auswirkungen auf die Registerpraxis, in: DB 2021, S. 2476–2481
- Bahrenfuss*, Dirk (Hrsg.): Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bahrenfuss FamFG*)
- Bamberger*, Heinz Georg/*Roth*, Herbert (Begr.)/*Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB*)
- Bd. 1 (§§ 1–480)
 - Bd. 3 (§§ 705–1017, PartGG, ProdHaftG, ErbbauRG, WEG)
- Bartholomeyczik*, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung. Eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung, Frankfurt am Main 1951
- Baschnagel*, Markus/*Hilser*, Raphael: Die GbR und ihre registerrechtliche Behandlung nach dem MoPeG, in: notar 2023, S. 167–179
- Bauer*, Hans-Joachim/*Schaub*, Bernhard (Hrsg.): Grundbuchordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bauer/Schaub GBO*)
- Baumbach/Hopt HGB* → *Hopt*, Klaus J.
- Baumbach/Hueck GmbHG* → *Noack*, Ulrich/*Servatius*, Wolfgang/*Haas*, Ulrich
- Baumeister*, Tabea/*Grobe*, Tony: Personen im Recht – über Rechtssubjekte und ihre Rechtsfähigkeit, in: ZGR 2022, S. 733–780
- Baur*, Jürgen F.: Preisänderungsklauseln, Vertragsanpassungsklauseln und Höhere-Gewalt-Klauseln in langfristigen Lieferverträgen über Energie, in: ZIP 1985, S. 905–915
- Bayer*, Walter/*Koch*, Elisabeth (Hrsg.): Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Bayer/Koch, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch*)
- Bayer*, Walter/*Schmidt*, Jessica: Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, Europäischer Rahmen, deutsche lex lata und rechtspolitische Desiderata, in: ZHR 173 (2009), S. 735–774
- Beaucamp*, Guy: Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht, in: AöR 134 (2009), S. 83–105
- BeckOGK AktG → *Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard
- BeckOGK AllgIPR → *Budzikiewicz*, Christine/*Weller*, Marc-Philippe/*Wurmnest*, Wolfgang
- BeckOGK BeurkG → *Müller-Engels*, Gabriele
- BeckOGK BGB → *Artz*, Markus et. al.
- BeckOGK BGBnF → *Geibel*, Stefan J.
- BeckOGK GesRV → *Geibel*, Stefan J.
- BeckOGK HGB → *Henssler*, Martin/*Herresthal*, Carsten/*Paschke*, Marian

- BeckOGK HRV → *Henssler*, Martin/*Herresthal*, Carsten/*Paschke*, Marian
- BeckOGK IGesR → *Budzikiewicz*, Christine/*Weller*, Marc-Philippe/*Wurmnest*, Wolfgang
- BeckOK BGB → *Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman
- BeckOK BNotO → *Eschwey*, Claudius
- BeckOK FamFG → *Hahne*, Meo-Micaela/*Schlögel*, Jürgen/*Schlünder*, Rolf
- BeckOK GBO → *Hügel*, Stefan
- BeckOK GG → *Epping*, Volker/*Hillgruber*, Christian
- BeckOK GmbHG → *Ziemons*, Hildegard/*Jaeger*, Carsten/*Pöschke*, Moritz
- BeckOK HGB → *Häublein*, Martin/*Hoffmann-Theinert*, Roland
- BeckOK Kostenrecht → *Dörndorfer*, Josef/*Wendtland*, Holger/*Gerlach*, Karl-Heinz/*Diehn*, Thomas
- BeckOK ZPO → *Vorwerk*, Volkert/*Wolf*, Christian
- Behme*, Caspar: Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze. Ein Beitrag zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Gesellschaftsrecht, zugl. Diss. Univ. Heidelberg 2014, Tübingen 2015 (zitiert: *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung)
- Bergmann*, Alfred: Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DB 2020, S. 994–998
- Bergmann*, Andreas: Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter in oHG und KG, in: ZIP 2003, S. 2231–2242
- Berkefeld*, Sebastian/*Sikora*, Markus/*Wagner*, Christoph: Handelsregisteranmeldungen, mit Kostenberechnungen, 8. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Berkefeld/Sikora/Wagner*, Handelsregisteranmeldungen)
- Beseler*, Gerhard von: Juristische Miniaturen, Leipzig 1929
- Bettermann*, Karl August: Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, Beiträge zu Art. 12 I, 15, 19 III GG, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch zum 65. Geburtstag, Berlin 1968, S. 1–24
- Beuthien*, Volker: Die Gesamthand – was ist das eigentlich? Die kühle Antwort des BGB, in: ZGR 2019, S. 664–701
- Beuthien*, Volker: Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem (Teil I). Fehlentwicklungen in Rechtsprechung und Lehre?, in: ZIP 1996, S. 305–320
- Beuthien*, Volker: Gibt es doch noch die herkömmliche GbR, noch dazu auf vielerlei Art? Zum Verhältnis von Gesamthand, Bruchteilsgemeinschaft und Rechtsfähigkeit, in: NZG 2019, S. 41–45
- Beuthien*, Volker: Fragwürdige Rechtsscheingrenzen im neuen § 15 Abs. 3 HGB, in: NJW 1970, S. 2283–2284
- Beuthien*, Volker: Sinn und Grenzen der Rechtsscheinhaftung nach § 15 Abs. 3 HGB, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 199–210

- Beuthien*, Volker: Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht? Zur Entzauberung der Gruppenlehre, in: NZG 2011, S. 481–488
- Beuthien*, Volker/*Gummert*, Hans/*Schöpflin*, Martin (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5 (Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts), 5. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 5)
- Bialluch-von Allwörden*, Stephanie: Übertragung von Kommanditanteilen – aufschiebend bedingte Abtretung durch MoPeG passé?, in: NZG 2022, S. 791–795
- Binder*, Julius: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 3, Leipzig 1905 (zitiert: *Binder*, die Rechtsstellung des Erben)
- Birkefeld*, Jan/*Schäfer*, Stephan: Die neue Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG – „Prozente, Prozente, Prozente!“ und am Ende haftet der Geschäftsführer?, in: BB 2017, S. 2755–2761
- Blath*, Simon: Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen oder: Die leidige logische Sekunde. Besprechung des Beschlusses OLG Celle 9 W 81/22 [ZPG 2023, S. 141] zur Errichtung der Einheits-KG, in: ZPG 2023, S. 133–135
- Bochmann*, Christian: Reform des Personengesellschaftsrechts. Vom Mauracher Entwurf zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, in: BLJ 2020, S. 71–79
- Bock*, Lenard: Online-Gründung von GmbHs und veränderte Registerpublizität – der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, in: RNotZ 2021, S. 326–337
- Bock*, Lenard: Verknüpfung der Handels- und Gesellschaftsregister in Europa, in: GmbHR 2018, S. 281–289
- Böhringer*, Walter: GmbH-Recht und Grundbuchverfahren, in: BWNotZ 1981, S. 53–59
- Böhringer*, Walter: Grundbuchberichtigung bei Umwandlung von Gesellschaften, in: BWNotZ 2016, S. 154–164
- Böhringer*, Walter: Neue Entwicklungen im Grundstücksrecht, in: BWNotZ 2006, S. 118–128
- Böhringer*, Walter: Neue Regeln zur Bezeichnung bestimmter Personenvereinigungen im Grundstücksverkehr, in: NotBZ 2022, S. 161–167
- Böhringer*, Walter: Neue Pflichtangaben für Gesellschafterlisten einer GmbH, in: BWNotZ 2017, S. 61–65
- Böhringer*, Walter: Neuerungen bei Registeranmeldungen, in: NotBZ 2023, S. 201–207
- Böhringer*, Walter: Zur Grundbuchfähigkeit einer GmbH im Gründungsstadium, in: Rpfleger 1988, S. 446–450
- Böhringer*, Walter/*Melchior*, Robin: Ausgewählte Anmeldungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum neuen Gesellschaftsregister, in: NotBZ 2022, S. 361–372
- Böttcher*, Lars/*Blasche*, Sebastian: Die Grundbuchfähigkeit der GbR im Lichte der aktuellen Rechtsentwicklung, in: NZG 2007, S. 121–125
- Böttcher*, Lars/*Habighorst*, Oliver/*Schulte*, Christian (Hrsg.): NomosKommentar, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: NK-UmwG)

- Böttcher, Leif/Kraft, Julia*: Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH, in: NJW 2012, S. 2701–2704
- Böttcher, Roland*: Entwicklung des Grundbuch- und Grundstücksrechts in den Jahren 2005–2007, in: NJW 2008, S. 2088–2096
- Boguslawski, Patrick/Leißing, Martin*: Bahn frei oder freie Autobahnen? Versammlungen auf Bundesautobahnen und § 13 I 3 VersG NRW, in: NVwZ 2022, S. 852–855
- Bokelmann, Gunther*: Der Einblick in das Handelsregister, in: DStR 1991, S. 945–951
- Bolkart, Johannes*: Das Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: MittBayNot 2021, S. 319–331
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bork/Schäfer GmbHG)
- Bormann, Jens/Kraus, Judith*: Grundbuchrechtliche Aspekte des Gesellschaftsregisters, in: Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag, München 2023, S. 47–62
- Brakalova, Maria/Barth, Daniel*: Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU bleiben zulässig. Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. Cartesio vom 16. 12. 2008 – Rs. C-210/06, DB 2009, S. 52, in: DB 2009, S. 213–217
- Brox, Hans (Begr./Henssler, Martin)*: Handelsrecht: mit Grundzügen des Wertpapierrechts, 23. Aufl., München 2020 (zitiert: *Henssler*, in: Brox/Henssler, Handelsrecht)
- Brox, Hans (Begr./Walker, Wolf-Dietrich)*: Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl., München 2023 (zitiert: *Walker*, in: Brox/Walker, BGB AT)
- Budzikiewicz, Christine/Weller, Marc-Philippe/Wurmnest, Wolfgang* (Hrsg.): beck-online. GROSSKOMMENTAR Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AllgIPR)
- Budzikiewicz, Christine/Weller, Marc-Philippe/Wurmnest, Wolfgang* (Hrsg.): beck-online. GROSSKOMMENTAR Internationales Gesellschaftsrecht, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK IGesR)
- Bürck, Harald*: § 15 III HGB und die Grundsätze der Haftung von fehlerhaften und entstehenden Personengesellschaften gegenüber Dritten. Zugleich ein Beitrag zum Problem des Rechtsscheins, in: AcP 171 (1971), S. 328–357
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang, zugl. Habil. Freie Univ. Berlin 1998, Tübingen, 1999 (zitiert: *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang)
- Büttner, Hermann*: Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, zugl. Diss. Univ. Erlangen-Nürnberg 1966, Bielefeld 1967 (zitiert: *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen)
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, zugl. Habil. Univ. München 1967, München 1971 (zitiert: *Canaris*, Vertrauenshaftung)
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtfertigung praeter legem, zugl. Diss. Univ. München 1965, 2. Aufl., Berlin 1983 (zitiert: *Canaris*, Lücken im Gesetz)

- Canaris*, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006 (zitiert: *Canaris*, Handelsrecht)
- Cebulla*, Mario: Haftungsmodelle bei der GmbH-Gründung, in: NZG 2001, S. 972–979
- Claußen*, Ramona/*Pieronczyk*, Marc-Christian: Das Beschlussmängelrecht in der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ein Plädoyer für die Erstreckung des Anfechtungsmodells auf die „eGmbH“, in: NZG 2021, S. 620–628
- Cramer*, Carsten: Das Prüfungsrecht des Registergerichts bei fehlenden oder fehlerhaften Prozentangaben in der GmbH-Gesellschafterliste, in: NZG 2018, S. 721–726
- Damm*, Matthias: Die GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG, in: BWNotZ 2017, S. 2–14
- Dauner-Lieb*, Barbara/*Langen*, Werner (Hrsg.): BGB, Bd. 2/3, Schuldrecht (§§ 662–853, ProdHaftG, UKlaG), 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: NK-BGB, Bd. 2/3)
- Debus*, Alfred G.: Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, zugl. Diss. Univ. Gießen 2007, Berlin 2008
- Demharter*, Johann: Grundbuchordnung, mit dem Text der Grundbuchverfügung und weiteren Vorschriften
- 25. Aufl., München 2005 (zitiert: *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005)
 - 33. Aufl., München 2023 (zitiert: *Demharter*, GBO)
- Demuth*, Björn: Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft – logische Folge der jüngsten BGH-Rechtsprechung, in: BB 2002, S. 1555–1560
- Derleder*, Peter: Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit, in: BB 2001, 2485–2493
- Desens*, Marc: Was wird aus der Grunderwerbsteuer, wenn die Personengesellschaft keine Gesamthand mehr ist? Zur unionsrechts- und verfassungskonformen Verhinderung unerwünschter MoPeG-Folgewirkungen bei §§ 5, 6, 7 Abs. 2 und 3 GrEStG, in: GmbHR 2023, S. 772–785
- Deutscher Anwaltsverein: Stellungnahme durch den Ausschuss Handelsrecht unter Mitwirkung der Ausschüsse Anwaltsnotariat und Berufsrecht zum Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: NZG 2020, S. 1133–1145
- Dieckmann*, Andreas: Gesamthand und juristische Person, zugl. Habil. Univ. Hannover 2019, Tübingen 2019
- Dörndorfer*, Josef/*Wendtland*, Holger/*Gerlach*, Karl-Heinz/*Diehn*, Thomas: Beck'scher Online-Kommentar zum Kostenrecht, 42. Edition, Stand: 01.07.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK KostR)
- Dreier*, Horst (Begr.): Grundgesetz-Kommentar (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier GG)
- Bd. 1 (Präambel, Art. 1–19 GG), 3. Aufl., Tübingen 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier GG, 3. Aufl.)
 - Bd. 1 (Präambel, Art. 1–19 GG), 4. Aufl., Tübingen, 2023

- Bd. 2 (Art. 20–82 GG), 3. Aufl., Tübingen 2015
 - Bd. 3 (Art. 83–146 GG), 3. Aufl., Tübingen 2018
- Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoHGB)
- Bd. 1 (§§ 1–104), Schmidt, Karsten (Hrsg.), 1. Aufl., München 1996 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoHGB, 1. Aufl. 1996)
 - Bd. 1 (§§ 1–104a), 5. Aufl., München 2021
 - Bd. 2 (§§ 105–160), 4. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016)
 - Bd. 2 (§§ 105–177a), 5. Aufl., München 2022
- Dümig, Michael*: Die rechtsfähige GbR als „mehrere“ i. S. d. § 47 GBO – ein tertium des Grundbuchrechts?, in: *ZfIR* 2002, S. 796–798
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz* (Begr.)/*Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: EBJS HGB)
- Bd. 1 (§§ 1–342e), 4. Aufl., München 2020
 - Bd. 1 (§§ 1–342e), Ebenroth, Carsten, Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev (Hrsg.), 1. Aufl., München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: EBJS HGB, 1. Aufl. 2001)
 - Bd. 2 (§§ 343–475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht), 4. Aufl., München 2020
- Ehrenberg, Victor* (Hrsg.): Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluss des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, Bd. 1, Leipzig 1913 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ehrenberg HdB)
- Eickmann, Dieter*: Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: *ZfIR* 2001, S. 433–437
- Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ellenberger/Bunte BankR-HdB)
- Elsing, Siegfried*: Alles entschieden bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts? Die Rechtsprechung zwischen Mosaik- und Meilensteinen, in: *BB* 2003, S. 909–915
- Engisch, Karl* (Begr.): Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zitiert: *Württemberg/Otto*, in: Engisch Einführung in das juristische Denken)
- Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martin* (Begr.): Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1 (Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte), 15. Aufl., Tübingen 1959 (zitiert: *Nipperdey*, in: Enneccerus, BGB AT I/1)
- Enneking, Johannes/Wöffen, Tim*: Die Grundbuchunfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins nach MoPeG, in: *NZG* 2023, S. 308–312
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Beck’scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 56. Edition, Stand: 15.08.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG)
- Erichsen, Hans-Uwe/Scherzberg, Arno*: Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Hochschulpolitik, in: *NVwZ* 1990, S. 8–17

- Erman*, Walter (Begr.)/*Westermann*, Harm Peter/*Grunewald*, Barbara/*Maier-Reimer*, Georg (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen und Internationalem Privatrecht (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman BGB)
- Bd. 1, 17. Aufl., Köln 2023
 - Bd. 1, 16. Aufl., Köln 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman BGB, 16. Aufl. 2020)
 - Bd. 2, 17. Aufl., Köln 2023
- Escher-Weingart*, Christina: Die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft nach dem MoPeG – Was ist das eigentlich?, in: WM 2022, S. 2297–2306
- Eschwey*, Claudius: Beck'scher Online-Kommentar zur BNotO mit DONot, NotAktVV und RLEmbBNotK, 8. Edition, Stand: 01.08.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BNotO)
- Fantur*, Lukas: Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft, zugl. Diss. Univ. Wien 1996, Wien 1997 (zitiert: *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft)
- Fichtelmann*, Helmar: Die prozessuale Stellung der Vorgesellschaft nach ihrer Auflösung. Anmerkungen und Beratungshinweise zu dem Urteil des OLG Köln vom 27. 2. 1997 – 7U 178/96, in: GmbHR 1997, S. 995–996
- Fingerhuth*, Jörn/*Rumpf*, Joachim: MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?, in: IPRax 2008, S. 90–96
- Fischer*, Michael: Gesamthandgesellschaft, juristische Person und das Steuerrecht, in: Festschrift für Georg Crezelius zum 70. Geburtstag, 2018, S. 117–136
- Fischinger*, Philipp S.: Handelsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2023 (zitiert: *Fischinger*, Handelsrecht)
- Fleischer*, Holger: Annäherungen an den Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 1–27
- Fleischer*, Holger: Ein Rundflug über das OHG-Recht im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: BB 2021, S. 386–392
- Fleischer*, Holger: Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, in: NZG 2022, S. 827–835
- Fleischer*, Holger: Ein Rundgang durch die Landschaft gesellschaftsrechtlicher Theorien, in: NZG 2023, S. 243–252
- Fleischer*, Holger: Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DStR 2021, S. 430–439
- Fleischer*, Holger: Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht: Allmähliche Erosion oder erfolgreiche Exportartikel?, in: NZG 2020, S. 601–611
- Fleischer*, Holger: Leitbildwandel im Recht der BGB-Gesellschaft. Ein erster Rundgang durch den Mauracher Entwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DB 2020, S. 1107–1114

- Fleischer*, Holger: Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, in: Kalss, Susanne/Torggler, Ulrich (Hrsg.), Treuepflichten, 6. Wiener Unternehmensrechtstag, Wien 2018, S. 43–70 (zitiert: *Fleischer*, in: Kalss/Torggler, Treuepflichten)
- Fleischer*, Holger: Zur Rechtsnatur der OHG und ihres Gesellschaftsvertrags, in: NZG 2021, S. 949–956
- Fleischer*, Holger/*Goette*, Wulf: Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoGmbHG)
- Bd. 1 (§§ 1–34), 4. Aufl., München 2022
 - Bd. 3 (§§ 53–88), 4. Aufl., München 2022
- Fleischer*, Holger/*Harzmeier*, Lars: Zur Abdingbarkeit der Treuepflichten bei Personengesellschaft und GmbH, in: NZG 2015, S. 1289–1297
- Fleischer*, Holger/*Heinrich*, Elke/*Pendl*, Matthias: Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?, in: NZG 2016, S. 1001–1010
- Fleischer*, Holger/*Pendl*, Matthias: Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Teil I, in: WM 2019, S. 2137–2143
- Fleischer*, Holger/*Pendl*, Matthias: Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Teil II, in: WM 2019, S. 2185–2191
- Fleischer*, Holger/*Thiessen*, Jan (Hrsg.): Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten)
- Fleischhauer*, Jens/*Wochner*, Georg (Hrsg.)/*Preuß*, Nicola (Begr.): Handelsregisterrecht, Verfahren, Anmeldemuster, Erläuterungen, 4. Aufl., Berlin 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fleischhauer/Wochner, Handelsregisterrecht)
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
- Bd. I, Erster Teil (Die Personengesellschaft), Berlin/Heidelberg 1977 (zitiert: *Flume*, BGB AT, Bd. I/1)
 - Bd. I, Zweiter Teil (Die juristische Person), Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1983 (zitiert: *Flume*, BGB AT, Bd. I/2)
 - Bd. II (Das Rechtsgeschäft), 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest 1992 (zitiert: *Flume*, BGB AT, Bd. II)
- Flume*, Werner: Gesellschaft und Gesamthand, in: ZHR 136 (1972), S. 177–207
- Flume*, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135–238
- Frank*, Ansgar: Formwechsel im Binnenmarkt: Die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in Europa, zugl. Diss. Univ. München 2015, Tübingen 2016
- Franz*, Alexander: Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland, in: BB 2009, S. 1250–1259
- Franz*, Alexander/*Laeger*, Lars: Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, in: BB 2008, S. 678–685

- Freier*, Sophie: Das Gesellschaftsregister nach dem MoPeG (ohne Fragen zum Grundbuchrecht, Statuswechsel und zur Gesellschafterliste), in: Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag, München 2023, S. 137–148
- Full*, Matthias/*Lorenz*, Karsten/*Sturm*, Susann: Transparenzregister: Neuerungen und Handlungsbedarf für ausländische Gesellschaften mit unmittelbarem und mittelbarem Immobilienbesitz in Deutschland, in: DStR 2023, S. 892–896
- Geibel*, Stefan J. (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB nF GbR 2024, Stand: 01.08.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGBnF)
- Geibel*, Stefan J. (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesRV, Stand: 01.08.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK GesRV)
- Geibel*, Stefan J.: Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht: Ein Gesetzgebungsvorschlag mit gewissen Widersprüchen, in: ZRP 2020, S. 137–140
- Gierke*, Otto von: Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895 (zitiert: v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht)
- Gierke*, Otto von: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (zitiert: v. *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie)
- Gierke*, Otto von: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, am 15. Dezember 1900, in: ArchBürgR 19 (1901), S. 114–137
- Gierke*, Otto von/*Sandrock*, Otto: Handels- und Wirtschaftsrecht 1. Allgemeine Grundlagen: Der Kaufmann und sein Unternehmen, 9. Aufl., Berlin 1975 (zitiert: v. *Gierke/Sandrock*, Handelsrecht)
- Glady*, Paul-Franz: Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – Offene Fragen und Widersprüche aus Sicht der Berufshaftpflichtversicherung, in: DStR 2013, S. 2416–2420
- Gmeiner*, Franz Xaver: Das allgemeine Deutsche Lehnrecht, Bd. 2, Erste Hälfte, Graz 1795 (zitiert: *Gmeiner*, Das allgemeine Deutsche [*sic!*] Lehnrecht)
- Godin*, Reinhard Freiherr von/*Wilhelmi*, Hans: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937 (RGBl. I, S. 107 ff.), 2. Aufl., Berlin 1950 (zitiert: *Godin/Wilhelmi*, AktG)
- Godin*, Reinhard Freiherr von/*Wilhelmi*, Hans (Begr.)/*Wilhelmi*, Sylvester: Aktiengesetz vom 06. September 1965, Bd. 1 (§§ 1–178), 4. Aufl., Berlin 1971 (zitiert: *S. Wilhelmi*, in: *Godin/Wilhelmi AktG*, 4. Aufl. 1971)
- Goette*, Maximilian: Die Reform des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes: Erhebliche Ausweitung der Mitteilungspflichten für ca. 1,9 Mio. Unternehmen in Deutschland, in: DStR 2021, S. 1551–1558
- Goette*, Wulf/*Habersack*, Mathias (Hrsg.): Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Köln 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Goette/Habersack MoMiG*)
- Goette*, Wulf/*Habersack*, Mathias/*Kalss*, Susanne: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKoAktG*)
- Bd. 1 (§§ 1–75), 5. Aufl., München 2019

- Bd. 4 (§§ 179–277), 5. Aufl., München 2021
- Bd. 5 (§§ 278–328, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht), 6. Aufl., München 2023
- Götze, Cornelius/Bressler, Stefan*: Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, in: NZG 2007, S. 894–899
- Grigoleit, Hans Christoph*: Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zitiert: *Be-arbeiter*, in: Grigoleit AktG)
- Groh, Gunnar/Nath, Raffael (Begr.)/Kraft, Julia*: Fälle zum Internationalen Gesellschaftsrecht mit Bezügen zum Europäischen Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2022 (zitiert: *Kraft*, in: Groh/Nath/Kraft IntGesR)
- Grohmann, Uwe/Gruschinske, Nancy*: Die identitätswahrende grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung in Europa – Schein oder Realität?, in: GmbHR 2008, S. 27–31
- Grunewald, Barbara*: Die Abgrenzung zwischen der Außen- und der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts – eine überschätzte Problematik, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, 2. Festschrift, Bd. 1, München 2019, S. 391–396
- Gummert, Hans (Hrsg.)*: Münchener Anwaltshandbuch zum Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MAH PersGesR)
- Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1 (BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV), 5. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 1)
- Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2 (Kommanditgesellschaft, GmbHG & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft), 5. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 2)
- Guntermann, Lisa Marleen*: Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung: eine normative und ökonomische Analyse, zugl. Diss. Univ. Düsseldorf 2015, Köln 2016 (zitiert: *Guntermann*, Mindeststammkapital)
- Gustavus, Eckhart (Begr.)*: Handelsregisteranmeldungen, 11. Aufl., Köln 2022 (zitiert: *Böhringer/Melchior*, in: Gustavus, Handelsregisteranmeldungen)
- Haase, Karsten*: Zum Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts hinsichtlich der eingereichten GmbH-Gesellschafterliste, Anmerkung zu OLG Oldenburg, Az. 12 W 71/2, in: GmbHR 2022, S. 38–41
- Habersack, Mathias*: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, in: ZGR 2020, S. 539–568
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbe, Marc (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar (zitiert: *Bearbeiter*, in: HCL GmbHG)
- Bd. 1 (Einleitung, §§ 1–28), 3. Aufl., Tübingen 2019
- Bd. 1 (Einleitung, §§ 1–28), Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc (Hrsg.), 2. Aufl., Tübingen 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: UHL GmbHG)
- Bd. 2 (§§ 29–52), 3. Aufl., Tübingen 2020

- Habersack, Mathias/Lüssow, Björn*: Vorbelastungshaftung, Vorbelastungsbilanz und Unternehmensbewertung: Plädoyer für ein zweistufiges Vorbelastungskonzept, in: NZG 1999, S. 629–634
- Hadding, Walther*: Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2001, 408, in: ZGR 2001, S. 712–743
- Hahne, Meo-Micaela/Schlögel, Jürgen/Schlünder, Rolf* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum FamFG, 47. Edition, Stand: 01.08.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK FamFG)
- Hansen, Carsten*: Ärztliche Kooperation im Lichte des MoPeG, in: MedR 2022, S. 198–204
- Harbarth, Stephan*: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG-RegE, in: ZIP 2008, S. 57–64
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman*: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 67. Edition, München – Stand: 01.08.2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB)
- Stand: 01.01.2024 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGBnF)
- Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland*: Beck'scher Online-Kommentar zum HGB
- 40. Edition, Stand: 01.07.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK HGB)
- 40. Edition, Stand: 01.01.2024, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK HGBnF)
- Hausmann, Jens*: Die Rechtsfolgen einer Fortführung von Handelsgeschäft und Firma für die im Betriebe begründeten Forderungen – § 25 I S. 2 HGB, in: JR 1994, S. 133–138
- Hausmann, Rainer/Odersky, Felix* (Hrsg.): Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis Personenrecht und Rechtsgeschäfte, Familienrecht, Erbrecht, Schuldvertrags- und Sachenrecht, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hausmann/Odersky IPR)
- Haußleiter, Martin* (Hrsg.): FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 2. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Haußleiter FamFG)
- Heckschen, Heribert*: Auswirkungen des MoMiG auf die Übertragung von GmbH-Anteilen von Todes wegen und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, in: ZErB 2008, S. 246–253
- Heckschen, Heribert*: Das MoMiG in der notariellen Praxis, München 2009 (zitiert: *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis)
- Heckschen, Heribert*: Der letzte Stand – vorbereitet sein auf den 1. Januar 2024, Gesetz zur Modernisierung des Personen- und Gesellschaftsrechts (MoPeG) verkündet, in: AnwBl 2022, S. 31–33
- Heckschen, Heribert*: Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, in: NZG 2020, S. 761–767
- Heckschen, Heribert*: Die PartG mbB – eine Gesellschaftsform für Freiberufler. Aktuelles zur Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, in: AnwBl 2018, S. 116–127

- Heckschen*, Heribert: Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, in: GWR 2020, S. 449–453
- Heckschen*, Heribert: Nächster Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts genommen – Referentenentwurf zum MoPeG vorgestellt, in: GWR 2021, S. 1–4
- Heckschen*, Heribert/*Herrler*, Sebastian/*Münch*, Christof: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckNotar-HdB)
- Heckschen*, Heribert/*Hilser*, Raphael: Digitalisierung im Personengesellschaftsrecht, in: ZPG 2023, S. 41–52
- Heckschen*, Heribert/*Nolting*, Ekkehard: Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden, in: BB 2021, S. 2946–2955
- Heckschen*, Heribert/*Nolting*, Ekkehard: Reform des Personengesellschaftsrechts – Berichtigungsbedarf bei Teilfragen, in: BB 2020, S. 2256–2264
- Heidel*, Thomas/*Hüßtege*, Rainer/*Mansel*, Heinz-Peter/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Nomos-Kommentar, BGB, Bd. 1 (Allgemeiner Teil, EGBGB), 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: NK-BGB, Bd. 1)
- Heidel*, Thomas/*Schall*, Alexander (Hrsg.): Nomos-Kommentar, Handelsgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-HGB)
- Heil*, Hans-Jürgen: Das Grundeigentum der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – res extra commercium?, in: NJW 2002, S. 2158–2160
- Heil*, *Henning* Die Rechtsnatur der Einpersonen-Vor-GmbH: und ihre Folgen für die Probleme des Gründungsvorgangs, zugl. Diss. Univ. Heidelberg 2006, Frankfurt am Main 2007 (zitiert: *Heil*, Die Rechtsnatur der Einpersonen-Vor-GmbH)
- Heil*, Hans-Jürgen: Parteifähigkeit der GbR – der Durchbruch der Gruppenlehre?, in: NJW 2001, S. 300–305
- Heinze*, Stefan: Der Mauracher Entwurf und die Abkehr von der Gesamthand – Gefahren im Steuerrecht?, in: DStR 2020, S. 2107–2110
- Heinze*, Stefan: Die Auslegung von Handelsregistereintragungen – erörtert am Beispiel des genehmigten Kapitals bei der Aktiengesellschaft –, in: AG 2011, S. 408–411
- Heinze*, Stefan: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr, RNotZ 2010, S. 289–309
- Hemeling*, Peter (Vors.): Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. II/2, München 2016, O115–O225 (zitiert: *Teilnehmer*, DJT 2016, II/2)
- Hemke*, Katja: Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, zugl. Diss. Univ. Freiburg 2004, Berlin 2006 (zitiert: *Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht)
- Henssler*, Martin/*Herresthal*, Carsten/*Paschke*, Marian (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR, HGB, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK HGB)
- § 8, Stand: 15.04.2023

- § 8a, Stand: 15.04.2023
- § 9, Stand: 15.04.2023
- § 15, Stand: 15.09.2019
- § 105, Stand: 01.05.2023
- § 123, Stand: 01.04.2023

Henssler, Martin/Herresthal, Carsten/Paschke, Marian (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR, HRV, Stand: 15.05.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK HRV)

Henssler, Martin/Prütting, Hanns (Hrsg.) Bundesrechtsanwaltsordnung, mit EuRAG, Berufs- und Fachanwaltsordnung, RAVPV, Rechtsdienstleistungsgesetz, Mediationsgesetz, ZMediatAusbV und Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Prütting BRAO)

Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn GesR)

Hermanns, Marc: Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, in: DNotZ 2022, S. 3–9

Herrler, Sebastian: Das neue Gesellschaftsregister, in: ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 39–78

Herrler, Sebastian: Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Herrler, Gesellschaftsrecht)

Herrler, Sebastian/Hertel, Christian/Kessler, Christian: Aktuelles Immobilienrecht 2021/2022 in der Gestaltungspraxis, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Herrler/Hertel/Kessler, Immobilienrecht)

Hertel, Christian: Eintragung der GbR im Grundbuch, Anmerkung zu BGH, Az. V ZB 74/08, in: DNotZ 2009, S. 115–129

Heßeler, Benjamin/Kleinhenz, Holger Michael: Der weite Weg zur Grundbuchfähigkeit der GbR, Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 9. 1. 2007, in: NZG 2007, S. 250–252

Heuermann, Bernd/Brandis, Peter: Ertragsteuerrecht, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Außensteuergesetz, Investmentsteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz und Nebengesetze, Loseblatt, Bd. 2 (§§ 9–25 EstG), Werkstand: 167. Ergänzungslieferung, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Brandis/Heuermann EStG)

Heymann, Ernst (Begr.): Handelsgesetzbuch, Kommentar (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heymann HGB)

- Bd. 1 (§§ 1–104), 2. Aufl., Berlin 1995 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heymann HGB, 2. Aufl. 1995)
- Bd. 1 (§§ 1–104a), 3. Aufl., Berlin/Boston 2019

Hilles, Klaus: Eintragung eines GmbH-Gewinnabführungsvertrages, Anmerkung zu OLG Celle, Az. 1 W 26/87, DNotZ 1988, S. 633–641

- Hilser*, Raphael: Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union. Unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und ihrer Implikationen für Personengesellschaften, zugl. Diss. Univ. Freiburg 2021, Berlin 2022 (zitiert: *Hilser*, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel)
- Hippeli*, Michael: Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, in: DZWIR 2020, S. 386–393
- Hirte*, Heribert: Die „Große GmbH-Reform“ – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, S. 761–766
- Hoffmann*, Jochen: Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, in: ZIP 2007, S. 1581–1589
- Hoffmann*, Jochen/*Horn*, Simon: Die Neuordnung des internationalen Personengesellschaftsrechts, in: RabelsZ 86 (2022), S. 65–90
- Hoffmann*, Veronique: MoPeG – Generalüberholung des Personengesellschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Insolvenzrechts, in: NZI 2023, S. 315–318
- Hoffmann-Becking*, Michael (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 (Aktiengesellschaft), 5. Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 4)
- Hofmann*, Paul: Das Handelsregister und seine Publizität, in: JA 1980, S. 264–273
- Holler*, Lorenz/*Mann*, Maximilian: Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in der Familiengesellschaft, in: NZG 2021, S. 402–410
- Holzer*, Johannes: Die registerrechtlichen Regelungen des „Mauracher Entwurfs“ für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: ZNotP 2020, S. 239–246
- Holzer*, Johannes: Die Richtigstellung des Grundbuchs. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 892, 894 BGB, zugl. Diss. Humboldt-Univ. Berlin 2003, Berlin 2005 (zitiert: *Holzer*, Die Richtigstellung des Grundbuchs)
- Hopt*, Klaus J. (Hrsg.) Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)
- 24. Aufl., Baumbach, Adolf (Begr.)/Duden, Konrad/Hopt, Klaus J., München 1980 (zitiert: *Duden/Hopt*, in: Baumbach/Duden/Hopt HGB)
 - 32. Aufl., Baumbach, Adolf (Begr.)/Hopt, Klaus J. (Hrsg.), München 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt HGB)
 - 42. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hopt HGB)
- Hornberger*, Thomas: Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU. Eine Analyse de lege lata und de lege ferenda, zugl. Diss. Univ. Regensburg 2019, Baden-Baden 2020
- Hueck*, Alfred: Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft: Systematisch dargestellt, 4. Aufl., Berlin/New York 1971 (zitiert: *Hueck*, Das Recht der OHG)

- Hueck*, Alfred: Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947 (zitiert: *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht)
- Hueck*, Alfred: Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in: Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, Jena 1935, S. 72–91
- Hueck*, Alfred (Begr.)/*Windbichler*, Christine: Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., München 2017 (zitiert: *Windbichler*, Gesellschaftsrecht)
- Hueck*, Götz: Vorgesellschaft, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 127–158
- Hufen*, Friedhelm: Staatsrecht II, Grundrechte, 10. Aufl., München 2023 (zitiert: *Hufen*, Staatsrecht II)
- Hüffer*, Uwe: Das Gründungsrecht der GmbH – Grundzüge, Fortschritte und Neuerungen, in: JuS 1993, S. 161–169
- Hügel*, Stefan (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zur GBO
- 1. Edition, Stand: 01.06.2006, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GBO, 1. Ed. 01.06.2006)
 - 6. Edition, Stand: 01.03.2009, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GBO, 6. Ed. 01.03.2009)
 - 50. Edition, Stand: 01.08.2023, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GBO)
- Hüttemann*, Rainer: Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, zugl. Habil. Univ. Bonn 1997/98, Köln 1998
- Jähne*, Ina: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der GbR, Herne 2023 (zitiert: *Jähne*, MoPeG)
- Jarass*, Hans D./*Kment*, Martin (Hrsg.)/*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth GG)
- Jauernig*, Othmar (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig BGB)
- John*, David: Das Gesellschaftsregister gemäß MoPeG. Voraussetzungen und Folgen der Eintragung einer GbR unter dem neuen Registerregime, in: NZG 2022, S. 243–247
- John*, Uwe: Fiktionswirkung oder Schutz typisierten Vertrauens durch das Handelsregister. Zur Frage der negativen Publizität bei nicht eingetragener Veränderung selbst nicht eingetragener Rechtsverhältnisse, in: ZHR 140 (1976), S. 236–255
- John*, Uwe: Personenrecht und Verbandsrecht im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts – Werner Flumes Buch über „Die juristische Person“, in: AcP 185 (1985), S. 209–243
- Juenger*, Friedrich K./*Samleben*, Jürgen: Der Kampf ums Forum, Forum Shopping, Forum Fixing, in: RabelsZ 46 (1982), S. 708–726
- Karpen*, Hans-Ulrich: Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970 (zitiert: *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik)

- Kaser*, Max: Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971 (zitiert: *Kaser*, Das römische Privatrecht)
- Kaser*, Max (Begr./*Knütel*, Rolf/*Lohsse*, Sebastian: Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021 (zitiert: *Lohsse*, in: *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht)
- Keilbach*, Heinz: Die Prüfungsaufgaben der Registergerichte, in: *MittRhNotK* 2000, S. 365–379
- Kessler*, Christian: Grundbuchfähigkeit der GbR unter eigenem Namen, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Az. 8 W 223/06, in: *ZIP* 2007, S. 421–424
- Kiehnle*, Arndt: „Fehlen der Kaufmannseigenschaft“ und neues Gesellschaftsregister: § 707a III 1 BGB nF, in: *NZG* 2023, S. 1060–1064
- Kießling*, Erik: Vorgründungs- und Vorgesellschaften. Zu Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, e.G. und e.V., zugl. Diss. Univ. Mainz 1998, Berlin/New York 1999 (zitiert: *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften)
- Kilian*, Matthias: Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, in: *MDR* 2013, S. 1137–1142
- Kindler*, Peter: Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: *ZfPW* 2022, S. 409–424
- Kindler*, Peter: GmbH-Reform und internationales Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf grenzüberschreitend strukturierte Kapitalgesellschaften, in: *AG* 2007, S. 721–731
- Kindler*, Peter: Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts. Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in: *NJW* 2008, S. 3249–3256
- Kindler*, Peter: Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen, in: *IPRax* 2009, S. 189–202
- Kirchfeld*, Achim/*Stöwe*, Sören/*Wilk*, Cornelius: Rechtsentwicklungen 2021: Rechtsentwicklungen im Personengesellschaftsrecht 2021, in: *DB* 2021, Beilage 03, S. 28–30
- Klebs*, Paul/*Buchberger*, Horst: Nochmals: Beschränkungen der Beteiligten eines Grundstückveräußerungsvertrages. Ergänzung zur Abhandlung von Böhringer, Rpfleger 1990, 337, in: *Rpfleger* 1991, S. 1–3
- Knaier*, Ralf: Bericht über die Diskussion, in: *ZGR – Sonderheft* 23, 2021, S. 79–86
- Knaier*, Ralf: Grenzüberschreitender Formwechsel einer Personengesellschaft. Anmerkung zu OLG Oldenburg, Az. 12 W 23/20, *DNotZ* 2021, S. 148–157
- Knöfel*, Oliver L.: Rechtszuordnung und Publizität – Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Grundstücksverkehr, in: *AcP* 205 (2005), S. 645–686
- Kobelt*, Robert: Internationale Optionen deutscher Kapitalgesellschaften nach MoMiG, „Cartesio“ und „Trabrennbahn“ – zur Einschränkung der Sitztheorie, in: *GmbH* 2009, S. 808–813

- Koch*, Harald: Grenzüberschreitende strategische Zivilprozesse: Ein Weg zu mehr Recht? Politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Wandel mit Musterverfahren fördern, in: *AnwBl* 2015, S. 454–461
- Koch*, Jens: Aktiengesetz, 17. Aufl., München 2023 (zitiert: *Koch*, AktG)
- Koch*, Jens: Kapitalerhöhungen „unter Wert“ als Anwendungsfall des § 216 Abs. 3 AktG, in: *AG* 2017, S. 6–16
- Koch*, Jens (Hrsg.): Personengesellschaftsrecht, Kommentar, Köln 2023 [im Erscheinen] (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Koch* Personengesellschaftsrecht)
- Koch*, Jens/*Rudzio*, Moritz: Die Beweiskraft des Handelsregisters nach seiner Modernisierung, in: *ZZP* 2009, S. 37–61
- Koch*, Simon: Vorbelastung des Gesellschaftsvermögens beim Grundstückserwerb durch die Vor-GmbH, in: *DNotZ* 2022, S. 332–348
- Kögel*, Steffen: Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – ein Überblick, in: *Rpfleger* 2022, S. 56–59
- Köhler*, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 47. Aufl., München 2023 (zitiert: *Köhler*, BGB AT)
- Koller*, Ingo/*Kindler*, Peter/*Drüen*, Klaus-Dieter/*Huber*, Stefan/*Stelmaszczyk*, Peter/*Bach*, Nina (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kommentar
- 6. Aufl., *Koller*, Ingo/*Roth*, Wulf-Henning/*Morck*, Winfried (Hrsg.), München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Koller/Roth/Morck* HGB)
 - 10. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Koller/Kindler/Drüen* HGB)
- Kollhosser*, Helmut: Noch einmal: Zustimmungspflicht zur Abänderung von Gesellschaftsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften. Rechtsprechungsanalyse, in: *Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag*, München 1975, S. 533–552
- Kollhosser*, Helmut: Zustimmungspflicht zur Abänderung von Gesellschaftsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften?, in: *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Karlsruhe 1974, S. 275–290
- König*, David C./*Bormann*, Jens: Die Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in: *DNotZ* 2008, S. 652–672
- Konzak*, Olaf: Analogie im Verwaltungsrecht, in: *NVwZ* 1997, S. 872–873
- Körber*, Torsten/*Kliebisch*, René: Das neue GmbH-Recht, in: *JuS* 2008, S. 1041–1049
- Korintenberg*, Werner (Begr.): Gerichts- und Notarkostengesetz, 22. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Korintenberg* GNotKG)
- Krafka*, Alexander: Registerrecht, 11. Aufl., München 2019 (zitiert: *Krafka*, Registerrecht)
- Kratzmeier*, Fabian: Die „alte“ GbR im Grundbuch – aktuelle Probleme des intertemporalen Grundbuchrechts nach dem MoPeG, in: *ZfIR* 2023, S. 197–210
- Kremer*, Sebastian: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr, in: *RNotZ* 2004, S. 239–253

- Krüger, Wolfgang*: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch – causa infinita, in: NZG 2010, S. 801–807
- Krüger, Wolfgang*: Rezension zur Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, in: AcP 2008 (2008), S. 699–713
- Kuckein, Mathias/Jenn, Matthias*: Klarheit bei Grundstücksgeschäften mit BGB-Gesellschaften durch das neue ERVGBG, in: NZG 2009, S. 848–852
- Kuntze, Joachim/Ertl, Rudolf/Herrmann, Hans/Eickmann, Dieter* (Begr.): Grundbuchrecht, Kommentar zur Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung, 6. Aufl., Berlin 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht)
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991 (zitiert: *Larenz, Methodenlehre*)
- Larenz, Karl* (Begr.)/*Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995 (zitiert: *Larenz/Canaris, Methodenlehre*)
- Lautner, Konrad*: Die GbR ist grundbuchfähig! oder: Karlsruhe locuta – causa non finita! Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 4. 12. 2008 – V ZB 74/08 mit Hinweisen für die Praxis, in: NotBZ 2009, S. 77–86
- Lautner, Konrad*: Neues zur Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, in: NotBZ 2007, S. 229–238
- Lautner, Konrad*: Rechtsfähigkeit ohne Grundbuchfähigkeit? – Das Dilemma der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksrecht – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 8. 9. 2004, 2Z BR 139/04, in: MittBayNot 2005, S. 93–100
- Leible, Stefan/Hoffmann, Jochen*: Die Grundbuchfähigkeit der Scheinauslandsgesellschaft: (teilweise) Aufgabe der Sitztheorie?, in: NZG 2003, S. 259–260
- Leipold, Dieter*: Einige Bemerkungen zur Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft und des nicht eingetragenen Vereins, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 2007, S. 221–244
- Leitzen, Mario*: Die Personengesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland, in: Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag, München 2023, S. 277–286
- Lembke, Ulrike*: Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, zugl. Diss. Univ. Greifswald 2007, Berlin 2009 (zitiert: *Lembke, Einheit aus Erkenntnis*)
- Lemke, Reiner* (Hrsg.): Grundbuchordnung, mit ErbbauRG, WEG und Wertermittlung, Kommentar, 3. Aufl., Hürth 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lemke GBO)
- Leo, Hubertus*: Einstimmigkeit ohne alle Stimmen?, in: NZG 2023, S. 959–965
- Lettl, Tobias*: Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen (GbR, oHG) aufgrund von Zustimmungspflichten der Gesellschafter. Zugleich ein Beitrag über die Wechselseitigkeit von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, in: AcP 202 (2002), S. 3–39
- Lieb, Manfred*: Probleme des neuen Kaufmannsbegriffs, in: NJW 1999, S. 35–36

- Lieberknecht*, Markus: Der Sitz der GbR nach § 706 BGB nF. Auswirkungen des MoPeG auf die Gerichtsstände im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, in: NZG 2023, S. 1247–1251
- Liebscher*, Thomas: Gesellschafterhaftung bei Umwandlung einer GmbH in eine GbR – Rechtsscheinhaftung aufgrund fehlerhafter Registereintragung?, in: ZGR 2017, S. 389–408
- Lieder*, Jan: Das DiREG – Mehr Digitalisierung wagen?!, in: ZRP 2022, S. 102–105
- Lieder*, Jan: Die Publizität des Handelsregisters nach dem DiRUG, in: DNotZ 2021, S. 830–845
- Lieder*, Jan: Geschäftsführung und Vertretung im modernisierten Personengesellschaftsrecht, in: ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 169–213
- Lieder*, Jan: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, in: ZRP 2021, S. 34–37
- Lieder*, Jan/*Hilser*, Raphael: Das Internationale Personengesellschaftsrecht des MoPeG, in: ZHR 185 (2021), S. 471–506
- Lieder*, Jan/*Hilser*, Raphael: Die Reform des Personengesellschaftsrechts – Implikationen für Dogmatik und notarielle Praxis, in: NotBZ 2021, S. 401–412
- Lieder*, Jan/*Kliebisch*, René: Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten? Zugleich Anmerkung zu BGH, U. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – (Trabrennbahn), in: BB 2009, S. 338–343
- Limbach*, Francis: Gesamthand und Gesellschaft, Geschichte einer Begegnung, zugl. Habil. Univ. Kiel 2016, Tübingen 2016
- Link*, Jan: Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, in: RNotZ 2009, S. 193–221
- Linke*, Christian: Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG). Analyse des Regierungsentwurfs, in: NZG 2021, S. 309–315
- Linn*, Alexander/*Maywald*, Andreas: Der Rechtstypenvergleich nach MoPeG und KöMoG, in: IStR 2021, S. 825–831
- Lips*, Jörg/*Randel*, Thierry/*Werwigk*, Claudius: Das neue GmbH-Recht – Ein Überblick, in: DStR 2008, S. 2220–2227
- Löbbe*, Marc: Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar für Inhalt und Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste, in: GmbHR 2012, S. 7–17
- Lübtow*, Ulrich von: Bemerkungen zum Problem der juristischen Person, in: L'Europa e il diritto romano, studi in memoria di Paolo Koschaker, Bd. 2, Mailand 1954, S. 467–510 (zitiert: v. *Lübtow*, in: GS Koschaker)
- Lüdemann*, Jörn: Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: JuS 2004, S. 27–30
- Ludwigs*, Markus/*Friedman*, Carolin: Die Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Kontinuität oder Wandel der verfassungsrechtlichen Dogmatik?, in: NVwZ 2018, S. 22–28
- Lutter*, Marcus: Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, in: AcP 180 (1980), S. 84–159

- Lutter, Marcus (Begr.)/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): GmbH-Gesetz, Kommentar, 21. Aufl., Köln 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHGG)
- Luy, Theo: Das Gesellschaftsregister und der Statuswechsel in der Reform des Personengesellschaftsrechts, in: *notar* 2020, S. 182
- Luy, Theo/Sorg, Steffen: Die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des neuen Gesellschaftsregisters, in: *DNotZ* 2023, 657–673
- Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2 (Art. 20–82 GG), 7. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG)
- Manssen, Gerrit: Staatsrecht II, Grundrechte, 19. Aufl., München 2022 (zitiert: *Manssen*, Staatsrecht II)
- Marotzke, Wolfgang: Die logische Sekunde – ein Nullum mit Dauerwirkung?, in: *AcP* 191 (1991), S. 177–200
- Martens, Sebastian A.E.: Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum „Mauracher Entwurf“, in: *AcP* 221 (2021), S. 68–107
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Werkstand: 101. Ergänzungslieferung, Mai 2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG)
- Mayer, Dieter: Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil I), in: *MittBayNot* 2014, S. 24–35
- Mayer-Maly, Theo: Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, Köln 1978, S. 621–628
- Meckbach, Anne: Wahl des Satzungssitzes der Kapitalgesellschaft: Forum Shopping bei inländischen Gesellschaften?, in: *NZG* 2014, S. 526–531
- Medicus, Dieter (Begr.)/Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016 (zitiert: *Petersen*, in: Medicus/Petersen, BGB AT)
- Meikel, Georg (Begr.)/Böttcher, Roland (Hrsg.): Grundbuchordnung Kommentar, 12. Aufl., Hürth 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Meikel/Böttcher GBO)
- Meister, Burkhardt W.: Zur Vorbelastungsproblematik und zur Haftungsverfassung der Vorgesellschaft bei der GmbH, in: *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag*, Berlin 1984, S. 521–556
- Melchior, Robin/Rudolph, Sven: Anmeldung: Keine notwendige Eintragung der Organe einer Ltd. & Co. KG und deren Vertretungsbefugnisse. Anmerkung zu LG Berlin, *Az.* 102 T 4/07, *GmbHR* 2008, S. 431–434
- Menold, Dieter: Das materielle Prüfungsrecht des Handelsregisterrichters, zugl. Diss. Univ. Tübingen 1966, Stuttgart 1966 (zitiert: *Menold*, Das materielle Prüfungsrecht)
- Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität: Die Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001 (zitiert: *Merkt*, Unternehmenspublizität)

- Michalski, Lutz (Begr.)/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica (Hrsg.):* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MHLS GmbHG)
- Michalski, Lutz/Vries, Kolja de:* Haftung nach Beitritt zur unechten Einmann-Vorgesellschaft. Anmerkung zu OLG Oldenburg, Az. 4 U 11/98, in: NZG 1999, S. 729–730
- Michels, André:* Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Eine Untersuchung zur (fehlenden) Publizität der GbR de lege lata und de lege ferenda, zugl. Diss. Univ. Köln 2019, Baden-Baden 2020 (zitiert: *Michels*, Registerpublizität)
- Miras, Antonio:* Die Grundbuchfähigkeit der GbR nach dem ERVGBG, in: DStR 2010, S. 604–609
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Bd. 1 (§§ 1–240), 12. Aufl., Berlin/New York 1982 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BGB-RGRK-BGB)
- Mohamed, Jean:* Die Reform des Personengesellschaftsrechts. Ein Sujet für das juristische Studium, in: JuS 2021, S. 820–826
- Möllers, Christoph:* Der vermisste Leviathan: Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main 2008 (zitiert: *Möllers*, Staatstheorie in der Bundesrepublik)
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph:* Juristische Methodik, Bd. 1, Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik)
- Müller, Klaus:* Zur Prüfungspflicht des Handelsregisterrichters und -rechtspflegers, in: Rpfleger 1970, S. 375–380
- Müller-Engels, Gabriele (Hrsg.):* beck-online.GROSSKOMMENTAR zum BeurkG, Stand: 01.07.2023, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BeurkG)
- Münch, Christof:* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Grundbuch und Register, in: DNotZ 2001, S. 535–557
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Begr.)/Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzu, Markus (Hrsg.):* Grundgesetz Kommentar, Bd. 1 (Art. 1–69 GG), 7. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig GG)
- Münchener Anwaltshandbuch zum Personengesellschaftsrecht → *Gummert, Hans*
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts → Bd. 1, *Gummert, Hans/Weipert, Lutz*
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts → Bd. 2, *Gummert, Hans/Weipert, Lutz*
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts → Bd. 3, *Wicke, Hartmut/Bachmann, Gregor*
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts → Bd. 4, *Hoffmann-Becking, Michael*
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts → Bd. 5, *Beuthien, Volker/Gummert, Hans/Schöpflin, Martin*
- Münchener Kommentar zum AktG → *Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne*

- Münchener Kommentar zum BGB → *Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Harmut/Limberg, Bettina*
- Münchener Kommentar zum FamFG → *Rauscher, Thomas*
- Münchener Kommentar zum GmbHG → *Fleischer, Holger/Goette, Wulf*
- Münchener Kommentar zum HGB → *Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten*
- Münchener Kommentar zur ZPO → *Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*
- Murawo, Maximilian*: Die unechte Vorgesellschaft im GmbH- und Aktienrecht, zugl. Diss. Freie Univ. Berlin 2005, Baden-Baden 2006 (zitiert: *Murawo, Die unechte Vorgesellschaft*)
- Musielak, Hans-Joachim*: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, zugl. Habil. Univ. Köln 1975, Berlin/New York 1975 (zitiert: *Musielak, Grundlagen der Beweislast*)
- Nagel, Riever*: Grundeigentum und Grundbucheintragung der GbR, in: NJW 2003, S. 1646–1648
- Nazari-Khanachayi, Arian*: Anpassungsvorschläge zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: WM 2020, S. 2056–2063
- Niemeyer, Theodor*: Anmerkung zum Urteil des Supreme Court (Andrews/Andrews, 23. Sup. Ct. Rep. 237; Harvard Law Review XVI 448), in: BöhmsZ 13 (1903), S. 447–448
- Niemeyer, Theodor*: Das internationale Privatrecht, in: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Heft VII, Berlin 1896 (zitiert: *Niemeyer, Das internationale Privatrecht*)
- Niemeyer, Theodor*: Zur Methodik des internationalen Privatrechts, Leipzig 1894 (zitiert: *Niemeyer, Methodik des internationalen Privatrechts*)
- Noack, Max*: Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG): Ausgewählte Aspekte im rechtsgebietsübergreifenden Überblick, in: BB 2021, S. 643–648
- Noack, Max*: Die Gesellschaftsregisterverordnung, in: ZPG 2023, S. 95–101
- Noack, Max*: Vom „Mauracher Entwurf“ zum RefE eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: DB 2020, S. 2618–2623
- Noack, Max*: Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, in: NZG 2020, S. 581–585
- Noack, Max/Göbel, Lennart*: Die eingetragene Personengesellschaft zwischen Rechtsformwahl und Rechtsformzwang. Zum praktischen Umgang mit Statuswechseln rechtsfähiger Personengesellschaften nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: GmbHR 2021, S. 569–577
- Noack, Ulrich*: Amtliche Unternehmenspublizität und digitale Medien, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 1245–1262
- Noack, Ulrich* (Hrsg.): Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister – EHUG: Veröffentlichungspflichten der Unternehmen, Köln 2007 (*Bearbeiter*, in: Noack, Das EHUG)

- Noack*, Ulrich: Die Gesellschafterliste der GmbH, in: *Status:Recht* 2009, S. 38–39
- Noack*, Ulrich: Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG, in: *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, München 2010, S. 723–734
- Noack*, Ulrich: Die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (§ 11, § 15 HGB) nach dem EHUG, in: *Festschrift für Ulrich Eisenhardt zum 70. Geburtstag*, München 2007, S. 475–488
- Noack*, Ulrich: Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts, in: *ZGR* 1998, S. 592–616
- Noack*, Ulrich: Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa – Der neue Richtlinienvorschlag im Company Law Package, in: *DB* 2018, S. 1324–1329
- Noack*, Ulrich/*Boguslawski*, Patrick: Das Gesellschaftsregister der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG – eine Problemskizze, in: *Festschrift für Martin Henssler zum 70. Geburtstag*, München 2023, S. 1113–1122
- Noack*, Ulrich/*Servatius*, Wolfgang/*Haas*, Ulrich (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
- 12. Aufl., Baumbach, Adolf (Begr.)/Hueck, Alfred (Hrsg.), München/Berlin 1966 (zitiert: *Hueck*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 12. Aufl. 1966)
 - 21. Aufl., Baumbach, Adolf (Begr.)/Hueck, Alfred (Hrsg.), München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 21. Aufl. 2017)
 - 22. Aufl., Baumbach, Adolf (Begr.)/Hueck, Alfred (Hrsg.), München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck GmbHG)
 - 23. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG)
- Noack*, Ulrich/*Zetsche*, Dirk (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kölner Kommentar zum AktG)
- Bd. 1 (§§ 1–22) 3. Aufl., Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Köln 2009
 - Bd. 1 (§§ 67–75), 3. Aufl., Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Köln 2008
 - Bd. 4 (§§ 23–53), 4. Aufl., Hürth 2021
 - Bd. 5 (§§ 262–277), 3. Aufl., Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Köln 2017
 - Bd. 5 (§§ 278–290), 3. Aufl., Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Köln 2014
- Nomos Handkommentar → BGB: *Schulze*, Reiner
- Nomos Handkommentar → GmbHG: *Saenger*, Ingo/*Inhester*, Michael
- Nomos Handkommentar → HGB: *Heidel*, Thomas/*Schall*, Alexander
- Nomos Handkommentar → ZPO: *Saenger*, Ingo
- NomosKommentar BGB → Bd. 1 *Heidel*, Thomas/*Hüßtege*, Rainer/*Mansel*, Heinz-Peter/*Noack*, Ulrich
- NomosKommentar BGB → Bd. 2/3 *Dauner-Lieb*, Barbara/*Langen*, Werner

- Oetker*, Hartmut (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Oetker HGB)
- Omlor*, Sebastian/*Blöcher*, Tim: DiRUG-Neuerungen im Beurkundungs- und Registerrecht, in: *DStR* 2021, S. 2352–2358
- Osterloh-Konrad*, Christine: Gesamthand, Rechtsfähigkeit, Transparenz, in: Schön, Wolfgang/*Stark*, Johanna (Hrsg.), *Zukunftsfragen des Steuerrechts IV*, Berlin 2022, S. 1–26 (zitiert: *Osterloh-Konrad*, in: Schön/*Stark*, *Zukunftsfragen des Steuerrechts IV*)
- Ott*, Sieghart: Zur Grundbuchfähigkeit der GbR und des nicht eingetragenen Vereins, in: *NJW* 2003, S. 1223
- Otte-Gräbener*, Sabine: Reform des Personengesellschaftsrechts, in: *Festschrift für Ulrich Seibert zum 65. Geburtstag*, Köln 2019, S. 613–628
- Otte-Gräbener*, Sabine: Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Entwurf der Expertenkommission, in: *BB* 2020, S. 1295–1299
- Otte*, Daniel: Auswirkungen des MoPeG auf die anwaltliche Gestaltungs- und Beratungspraxis, in: *ZIP* 2021, S. 2162–2169
- Paefgen*, Walter G.: Der Sitz der Personenhandels-gesellschaft (§ 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB), in: *Festschrift für Eberhard Vetter zum 70. Geburtstag*, Köln 2019, S. 527–539
- Paefgen*, Walter G.: Handelsregisterpublizität und Verkehrsschutz im Lichte des EHUG, in: *ZIP* 2008, S. 1653–1661
- Palandt*, Otto (Begr.)/*Grüneberg*, Christian (Hrsg. seit der 81. Aufl.): *Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch* (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grüneberg BGB*)
- 82. Aufl., München 2023
- Palandt*, *Bürgerliches Gesetzbuch* (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Palandt BGB*)
- 60. Aufl., München 2001
 - 61. Aufl., München 2002
 - 67. Aufl., München 2008
- Pätzold*, Julia/*Zönnchen*, Franziska: Zum Prüfungsumfang des Registergerichts bei Anmeldung der Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern zum Handelsregister, in: *EWIR* 2016, S. 723–724
- Peters*, Carsten: Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland. Aufgabe der Sitztheorie durch das MoMiG?, in: *GmbHR* 2008, S. 245–250
- Pohlmann*, Petra: Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Folgen für Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit, in: *WM* 2002, S. 1421–1432
- Preuß*, Nicola: Das Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG aus prozessrechtlicher Sicht, in: *Festschrift für Markus Gehrlein zum 65. Geburtstag*, Hürth 2022, S. 469–483
- Preuß*, Nicola: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Buchberechtigte, in: *Festschrift für Helmut Fessler zum 70. Geburtstag*, Köln 2013, S. 273–282

- Preuß, Nicola*: Die Wahl des Sitzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf, in: *GmbHR* 2007, S. 57–63
- Preuß, Nicola*: Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, in: *ZGR* 2008, S. 676–701
- Preuß, Nicola*: Kampf der Kulturen – Die Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege im reformierten GmbH-Recht, in: *RNotZ* 2009, S. 529–536
- Priester, Hans-Joachim*: Das Gesellschaftsverhältnis im Vorgründungsstadium – Einheit oder Dualismus?, in: *GmbHG* 1995, S. 481–486
- Priester, Hans-Joachim*: Grundbuchfähigkeit der GbR – Problem gelöst? Zugleich Anmerkung zu OLG Stuttgart v. 09.01.2007 – 8 W 223/06, in: *BB* 2007, S. 837–840
- Priester, Hans-Joachim*: Gesellschafterdarlehen in der Vorbelastungsbilanz, in: *ZIP* 1994, S. 413–417
- Prinz, Ulrich/Desens, Marc*: Umwandlungen im Internationalen Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Prinz/Desens, Umwandlungen im internationalen Steuerrecht)
- Proff, Maximilian Freiherr von*: Ausscheiden statt Auflösen: Handlungs- und Beratungsbedarf infolge des MoPeG bei der GbR in der Übergangsphase, in: *NZG* 2023, S. 147–156
- Prütting, Hanns*: Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem, in: *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*, München 2002, S. 1177–1198
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., Hürth 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *PWW BGB*)
- Prütting, Jens/Weller, Marc-Philippe*: Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., München 2020 (zitiert: *Prütting/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht)
- Punte, Jan-Henric M./Pelle, Klemens/Sambulski, Yanick*: Der „Mauracher-Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – was lange währt, wird endlich gut?, in: *ZIP* 2020, S. 1230–1234
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften: Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 6. Aufl., München 2015 (zitiert: *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaftsrecht)
- Rathje, Ann-Christin/Wohlrabe, Klaus*: Der internationale Steuerwettbewerb aus Unternehmenssicht, in: *ifo Schnelldienst* 2018, S. 46–55
- Rauscher, Thomas* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVR, EuZVR), Bd. 2 (§§ 271–493), 3. Aufl., München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKo-FamFG*)
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 (§§ 1–354 ZPO), 6. Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKoZPO*)
- Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB → Mitglieder des Bundesgerichtshofes

- Reinicke*, Michael: Schützt § 366 Abs. 1 HGB den guten Glauben an die Vertragsgmacht?, in: AcP 189 (1989), S. 79–105
- Reuter*, Dieter: Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit. Rechtstheoretische und rechtspraktische Anmerkungen zu einem großen Thema, in: AcP 207 (2007), S. 673–717
- Reymann*, Christoph: Die GbR im Grundbuch – Auf dem Weg vom ERVGBG zum sog. MoPeG, in: DNotZ 2021, S. 103–135
- Reymann*, Christoph: GbR und GmbH-Gesellschafterliste im Lichte des MoPeG, in: Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag, München 2023
- Richter*, Johannes/*Brinkmann*, Moritz: Verkehrsschutz durch Register, in: Brinkmann, Moritz/Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Registerwesen, Grundlagen, Rechtfertigung, Potentiale, Baden-Baden 2020, S. 15–34 (zitiert: *Richter/Brinkmann*, in: Brinkmann/Schmoeckel, Registerwesen)
- Richter*, Ludwig: Typische GbR-Gesellschafter, Ein verhaltensökonomischer Beitrag zum Innenrecht der GbR vor und nach MoPeG, zugl. Diss. Univ. Münster 2023, Baden-Baden 2023 (zitiert: *Richter*, Typische GbR-Gesellschafter)
- Ries*, Peter: Die europaweite Verknüpfung der Handelsregister – Risiken und Chancen, in: ZIP 2013, S. 866–870
- Ries*, Peter/*Schulte*, Christian: Umstrittene Eintragungsfähigkeit bestimmter Veränderungen in das Handelsregister – Fluch oder Segen für die beteiligten Gesellschaften?, in: GmbHR 2013, S. 345–348
- Ring*, Gerhard: Reform des Personengesellschaftsrechts, Bonn 2023 (zitiert: *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts)
- Röder*, Erik: Der Einfluss des MoPeG auf die Besteuerung von Personengesellschaften, in: DStR 2023, S. 1085–1094
- Röder*, Erik: Reformüberlegungen zum Recht der GbR, in: AcP 215 (2015), S. 450–532
- Röhricht*, Volker (Begr./*Westphalen*, Friedrich Graf von/*Haas*, Ulrich/*Mock*, Sebastian/*Wöstmann*, Heinz (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgesellschaften, besonderen Handelsverträgen, internationalem Vertragsrecht und nachhaltiger Unternehmensführung (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht)
- 3. Aufl., Röhricht, Volker/Westphalen, Friedrich Graf von (Hrsg.), Köln 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Röhricht/Graf von Westphalen HGB, 3. Auf. 2008)
 - 6. Aufl., Köln 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann HGB)
- Röß*, Simon: Die Frage der Haftungsbeschränkung bei der GbR nach dem MoPeG, in: NZG 2023, S. 727–734
- Röß*, Simon: Die GbR nach dem MoPeG, in: NZG 2023, S. 401–408
- Röß*, Simon: GbR: Sitzwahlrecht nur bei Eintragung in das Gesellschaftsregister – Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit?, in: MDR 2023, S. 805–810

- Rohde*, Jonas: Schenkungssteuerrechtliche Behandlung disquotaler Einlagen in Personengesellschaften. Zur Sinnhaftigkeit einer „eigenständigen schenkungssteuerrechtlichen Prüfung“, in: NZG 2021, S. 1491–1495
- Roßkopf*, Gabriele: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? Referat, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, München 2016, O11–O29 (zitiert: *Roßkopf*, DJT 2016, II/1)
- Roßkopf*, Gabriele/*Hoffmann*, Silke: Das MoPeG kommt – was ist zu tun? Handlungsbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten für bestehende und neu zu gründende Personengesellschaften, in: ZPG 2023, S. 14–26
- Roth*, Günter H./*Weller*, Marc-Philippe: Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., München 2010 (zitiert: *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht)
- Roth*, Wulf-Henning: Anmerkung zu OLG München, Az. 23 U 2079/90, in: JZ 1990, S. 1029–1031
- Roth*, Wulf-Henning: Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE, in: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 965–995
- Rowedder*, Heinz/*Pentz*, Andreas (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 7. Aufl., München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Pentz GmbHG)
- Rubner*, Daniel/*Leuering*, Dieter: Das neue GbR-Recht nach MoPeG, in: NJW-Spezial 2023, S. 15–16
- Rüfner*, Wolfgang: Der personale Grundzug der Grundrechte und der Grundrechtsschutz juristischer Personen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 55–76
- Ruhwinkel*, Sebastian: Die GbR im Grundbuch – was nun?, in: MittBayNot 2009, S. 177–189
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sachs GG)
- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Harmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB)
- Bd. 1 (§§ 1–240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG), 9. Aufl., München 2021
 - Bd. 5 (§§ 705–853, PartGG, ProdHaftG), Rebmman, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), 4. Aufl., München 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKoBGB, 4. Aufl. 2004)
 - Bd. 7 (§§ 705–853, PartGG, ProdHaftG), 8. Aufl., München 2020
 - Bd. 7 (GbR, PartG – Sonderausgabe), Ulmer, Peter (Begr.), 9. Aufl., München 2023 (zitiert: *Schäfer*, in: MüKoBGB-Sonderband)
 - Bd. 8 (§§ 854–1269, WEG, ErbbauRG), 9. Aufl., München 2023
 - Bd. 12 (Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26)), 8. Aufl. 2020
- Saenger*, Ingo (Hrsg.): NomosKommentar zur Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-ZPO)

- Saenger, Ingo/Inhester, Michael* (Hrsg.): Nomos-Kommentar, GmbHG, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-GmbHG)
- Salje, Peter*: Nationale und internationale Vertragspraxis bei Anpassungsklauseln, in: NZG 1998, S. 161–167
- Sandberger, Georg*: Die handelsrechtliche Register-Rechtsscheinhaftung nach der Neufassung des § 15 HGB, in: JA 1973, S. 215–220 (entspricht nach der Ursprungszählung ZR S. 75–80)
- Sandrock, Otto*: Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen. Ein Beitrag zum internationalen Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1979, S. 669–696
- Savigny, Friedrich Karl von*: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Berlin 1840 (zitiert: v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts)
- Schäfer, Carsten*: Aktuelle Fragen zur Haftung für Berufsfehler in der Partnerschaftsgesellschaft (PartG), in: NZG 2020, S. 401–407
- Schäfer, Carsten* (Hrsg.): Das neue Personengesellschaftsrecht, Einführung zum MoPeG, München 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schäfer MoPeG)
- Schäfer, Carsten*: Die Liquidation der Personengesellschaft nach dem MoPeG, in: Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag, München 2023, S. 429–436
- Schäfer, Carsten*: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? Gutachten, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I, München 2016, E1–E118 (zitiert: *Schäfer*, DJT-Gutachten)
- Schäfer, Carsten*: Grundsatzfragen bei der anstehenden Reform des Personengesellschaftsrechts, in: Festschrift für Ulrich Seibert zum 65. Geburtstag, Köln 2019, S. 723–732
- Schäfer, Carsten*: Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, in: ZIP 2020, S. 1149–1155
- Schall, Alexander*: Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: ZIP 2020, S. 1443–1451
- Schall, Alexander*: Zur Rechtsnatur der rechtsfähigen Personengesellschaft nach dem MoPeG – Abschied vom „guten alten Recht“, in: Festschrift für Thomas Heidel, Baden-Baden 2021, S. 155–170
- Schilken, Eberhard*: Abstrakter und konkreter Vertrauensschutz im Rahmen des § 15 HGB, in: AcP 187 (1987), S. 1–22
- Schirrmacher, Carsten*: Der Haftungsmaßstab in der Personengesellschaft nach dem MoPeG, in: ZHR 186 (2022), S. 250–289
- Schlegelberger, Franz* (Begr.): Handelsgesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schlegelberger HGB)
- Bd. 1 (§§ 1–47a), 5. Aufl., München 1973
 - Bd. 3/1 (§§ 105–160), 5. Aufl., München 1992
- Schmalz, Dieter*: Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl., Baden-Baden 1992 (zitiert: *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium)

- Schmeken*, Stephan: Neues zur Grundbuchfähigkeit der GbR, in: Festschrift für Dr. Manfred Streitböcker zum 80. Geburtstag, Berlin 2008, S. 251–266
- Schmidt*, Christopher: Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse der deutschen Gesamthandslehre und des Preußischen Allgemeinen Landrechts auf die Rechtsgemeinschaften des Bürgerlichen Gesetzbuches, zugl. Diss. Univ. Köln 2014, Berlin 2015 (zitiert: *C. Schmidt*, Von der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft)
- Schmidt*, Jessica: DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, in: ZIP 2021, S. 112–123
- Schmidt*, Karsten: Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 1. 2001, in: NJW 2001, S. 993–1003
- Schmidt*, Karsten: Die GmbH-Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Publizitätsproblem – Wucherungen der Gesamthands-BGB-Gesellschaft?, in: BB 1983, S. 1697–1702
- Schmidt*, Karsten: „Deklaratorische“ und „konstitutive“ Registereintragungen nach §§ 1 ff. HGB, in: ZHR 163 (1999), S. 87–98
- Schmidt*, Karsten: Ein Lehrstück zu § 15 I HGB, in: JuS 1991, S. 1002–1005
- Schmidt*, Karsten: Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften – Zum Regierungsentwurf eines MoPeG, in: ZHR 185 (2021), S. 16–51
- Schmidt*, Karsten: Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Welche Änderungen und Ergänzungen sind im Recht der BGB-Gesellschaft geboten?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, Köln 1983 (zitiert: *K. Schmidt*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts)
- Schmidt*, Karsten: Gesellschaftsrecht, Unternehmensrecht II, 4. Aufl., Köln 2002 (zitiert: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht)
- Schmidt*, Karsten: Handelsrecht, Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014 (zitiert: *K. Schmidt*, Handelsrecht)
- Schmidt*, Karsten: Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften?, Vorüberlegungen für eine konsistente Reform, in: ZHR 177 (2013), S. 712–739
- Schmidt*, Karsten: Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand. Rechtsfortbildung am Ziel oder noch auf dem Wege?, in: GmbHR 1987, S. 77–87
- Schmidt*, Karsten: Umwandlung von Vorgesellschaften? – §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1998, S. 521–538
- Schmidt*, Karsten: Zur Rechtslage der gescheiterten Einmann-Vor-GmbH, in: GmbHR 1988, S. 89–91
- Schmidt*, Uwe: Verfahrensrechtliche Konsequenzen des MoPeG – Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, freiwillige Gerichtsbarkeit, in: ZPG 2023, S. 81–90
- Schmidt-Kessel*, Martin: Das Gemeinschaftsrecht des Handelsregisters, in: GPR 2006, S. 6–17

- Schmidt-Kessel, Martin/Leutner, Gerd/Münther, Peter-Hendrik* (Hrsg.): Handelsregisterrecht, §§ 8–16 HGB, 3378–401 FamFG, HandelsregisterVO mit Kurzdarstellungen zum ausländischen Gesellschafts- und Registerrecht, Kommentar, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Münther, HandelsregisterR)
- Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert* (Hrsg.): Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 9. Aufl., München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG)
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.) Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1 (§§ 1–240), Tübingen 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HKK-BGB)
- Schneider, Uwe H.*: Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste, in: GmbHR 2009, S. 393–396
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig*: Bemerkungen zum Aktienrecht, in: DNotZ 1963, S. 404–421
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig*: Bemerkungen zum Genossenschaftsrecht, in: ZfgG 1959, S. 50–101
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig*: Geschichte der juristischen Person, Bd. 1: Universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht, zugl. Habil. Univ. München 1932, München 1933 (zitiert: *Schnorr v. Carolsfeld*, Geschichte der juristischen Person)
- Schodder, Thomas F. W.*: Eintragungsfähigkeit der GbR im Grundbuch unter eigenem Unterscheidungskräftigen [*sic!*] Namen. Anmerkung zu OLG Stuttgart, Az. 8 W 223/06, in: EWIR 2007, S. 167–168
- Schollmeyer, Eberhard*: Neuerungen und Kontinuitäten bei der Gesellschafterhaftung nach dem MoPeG, in: DNotZ 2021, S. 889–899
- Scholz, Franz* (Begr.): Kommentar zum GmbH-Gesetz, mit Anhang Konzernrecht (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG)
- Bd. 1 (§§ 1–34), 13. Aufl., Köln 2022
 - Bd. 2 (§§ 35–52), 13. Aufl., Köln 2022
- Scholz, Kai-Steffen*: Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. 1. 2001, in: NZG 2002, S. 153–163
- Schön, Wolfgang*: Der Aktionär im Verfassungsrecht, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 1359–1392
- Schön, Wolfgang*: Die Personengesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, in: ZHR 187 (2023), S. 123–163
- Schöne, Torsten*: „Sanieren oder Ausscheiden“ und die sog. Trittbrettfahrer, in: ZIP 2015, S. 501–509
- Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt* (bis 14. Aufl.)/*Riedel, Ernst/Volmer, Michael/Wilsch, Harald* (ab 15. Aufl.) *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht
- 14. Aufl., München 2008 (zitiert: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl.)
 - 16. Aufl., München 2020 (zitiert: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht)
- Schöpflin, Martin*: Die Grundbuchunfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: NZG 2003, S. 117–118

- Schöpflin*, Martin: Primäre Registerpflicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, in: NZG 2003, S. 606–610
- Schubert*, Werner/*Schmiedel*, Burkhard/*Krampe*, Christoph (Hrsg.): Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. 2/2 (Denkschriften, Beratungen, Berichte), Frankfurt am Main 1988
- Schudlo*, Matthias/*Bock*, Nils-Ole: Das MoPeG – Auswirkungen von Beteiligungen einer GbR an Kapitalgesellschaften, in: BB 2023, S. 2051–2056
- Schulteis*, Thomas: Das Gesellschaftsregister unter Berücksichtigung der „Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters und zur Änderung der Handelsregisterverordnung“, in: GWR 2023, S. 307–313
- Schulze*, Jörn-Christian/*Schlütter-Lückel*, Carolin: Mauracher Entwurf zur Reform des Personengesellschaftsrechts – ein Überblick, in: jurisPR-HaGesR 5/2020 Anm. 1
- Schulze*, Reiner (Schriftleitung): Nomos-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-BGB)
- Schulze-Osterloh*, Joachim: Die Vorbelastungsbilanz der GmbH auf den Eintragungszeitpunkt und der Ausweis des Anspruchs aus der Vorbelastungshaftung im Jahresabschluss, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h. c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 531–549
- Schünemann*, Wolfgang Bernward: Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, Bielefeld 1975 (zitiert: *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft)
- Schunke*, Daniel: Gesellschafterwechsel im Recht der Personengesellschaften nach Inkrafttreten des MoPeG, in: JURA 2022, S. 1287–1298
- Schwarz*, Carina Gabriella: Vertragsgestaltung statt Treuepflicht im Recht der Personengesellschaften: Eine Auseinandersetzung mit der Spruchpraxis des Bundesgerichtshofs, zugl. Diss. Univ. München 2023, Hürth 2024 (zitiert: *Schwarz*, Treuepflichtlose Pflichten)
- Schwichtenberg*, Knut W.: Wucherungen der Gesamthands-BGB-Gesellschaft?, in: BB 1985, S. 429–431
- Servatius*, Wolfgang: Gesellschaft bürgerlichen Rechts: GbR, §§ 705–740c BGB, München 2023 (zitiert: *Servatius*, GbR)
- Sikora*, Karl: Die Gesellschafterliste bei der GmbH. Aktualisierungspflichten und Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers, in: NWB 2010, I. Ergänzungslieferung, S. 5081–5091
- Soergel*, Hans-Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 11/1, Schuldrecht 9/1 (§§ 705–758), 13. Aufl., Stuttgart 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel BGB)
- Sommer*, Michael/*Treptow*, Oliver: Die „Umwandlung“ einer Partnerschaftsgesellschaft in eine PartG mbB und ihre Folgen, in: NJW 2013, S. 3269–3275
- Späth-Weinreich*, Annette: Update: Das MoPeG wurde verabschiedet – Im Blickpunkt: Die beschlossenen Änderungen im materiellen Personengesellschaftsrecht, in: BWNotZ 2022, S. 2–12

- Späth-Weinreich*, Annette: Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG – Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht, in: *BWNotZ* 2021, S. 90–98
- Spanner*, Hans: Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *AöR* 91 (1966), S. 503–536
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard: beck-online.GROSSKOMMENTAR, AktG, Stand: 01.07.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AktG)
- Spitzlei*, Thomas: Die Gesetzesbegründung und ihre Bedeutung für die Gesetzesauslegung, in: *JuS* 2022, S. 315–319
- Staub*, Hermann (Begr.): Handlungsgesetzbuch (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub HGB):
- Bd. 1/1 (§§ 1–16, 104a), 6. Aufl., Berlin/Boston 2023
 - Bd. 3 (§§ 105–160), 5. Aufl., Berlin/Boston 2009
- Staudinger*, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger BGB)
- Einleitung zum BGB, §§ 1–14; VerschG (Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer), Neubearbeitung 2018
 - §§ 139–163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Neubearbeitung 2020
 - §§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), Neubearbeitung 2003
 - EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998
- Steffek*, Felix: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch, in: *ZIP* 2009, S. 1445–14456
- Stern*, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Erster Halbband (Allgemeine Lehren der Grundrechte), 1. Aufl., München 1988 (zitiert: *Stern/Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1)
- Sternal*, Werner (Hrsg.): FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 21. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sternal FamFG)
- Stiegler*, Sascha: Grenzüberschreitende Mobilität von Personengesellschaften, *ZGR* 2017, S. 312–359
- Stöber*, Kurt: Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft – Rechtslage nach der neuen BGH-Entscheidung, in: *MDR* 2001, S. 544–546
- Stöber*, Kurt/*Morvilus*, Theodor (Begr.)/*Wesely*, Anahita/*Bellardita*, Alessandro: GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht, 4. Aufl., München 2023 (zitiert: *Wesely/Bellardita*, in: Stöber/Morvilus/Wesely/Bellardita GBO)
- Stock*, Lennart: Die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse nach dem MoPeG, in: *NZG* 2023, S. 361–370
- Storz*, Johanna: Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Ein Überblick über die Änderungen und Ergänzungen zum Mauracher Entwurf, *GWR* 2021, S. 5–7

- Strahl, Martin/Carlé, Thomas/Sergej, Müller* (Hrsg.): Grundlegende Reformen für Personengesellschaften durch KöMoG und MoPeG. Auswirkungen auf Steuer- und Handelsrecht sowie Bilanzierung, Herne 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Strahl/Carlé/Müller, Reformen für Personengesellschaften)
- Szalai, Stephan*: Das Gesellschaftsregister wird zum 1.1.2024 eingeführt. Besonderheiten und Vorteile in Sachen Publizität und Schutz des Rechtsverkehrs durch das neue Register, in: NWB 2023, S. 500–505
- Tavakolo, Anusch/Fehrenbacher, Oliver*: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist grundbuchfähig! Zugleich Anmerkung zu OLG Stuttgart, B. v. 09.01.2007 – 8 W 223/06, in: DB 2007, S. 382–385
- Trautrim, Christopher*: Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, zugl. Diss. Univ. Marburg 2009, München 2009
- Tuhr, Andreas von*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allgemeine Lehren und Personenrecht), Leipzig 1910 (zitiert: v. Tuhr, BGB AT)
- Ulmer, Peter*: Das Vorbelastungsverbot im Recht der GmbH-Vorgesellschaft – notwendiges oder überholtes Dogma?, in: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, Berlin 1975, S. 279–301
- Ulmer, Peter*: Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Zugleich Besprechung zu BGH ZIP 2001, 330, in: ZIP 2001, S. 585–599
- Ulmer, Peter*: Rezension zur Dissertation von Erik Kießling (Vorgründungs- und Vorgesellschaften: Zu Struktur und Kontinuität der Entstehungsphasen bei AG, GmbH, eG. und e. V.), Berlin 1999, in: ZHR 164 (2000), S. 76–83
- Ulmer, Peter*: Rückbesinnung als Fortschritt? Bemerkungen zu Karsten Schmidts Vorschlag einer Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: ZGR 1984, S. 313–341
- Ulmer, Peter/Steffek, Felix*: Grundbuchfähigkeit einer rechts- und parteifähigen GbR, in: NJW 2002, S. 330–338
- Uwer, Dirk*: Die Öffnung der Personenhandelsgesellschaft für Freiberufler in berufsrechtlicher Perspektive, in: ZGR – Sonderheft 23, 2021, S. 87–107
- Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO, 49. Edition, Stand: 01.07.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK ZPO)
- Vossius, Oliver*: Gesellschaftsrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit, in: ZGR 2009, S. 366–412
- Vossius, Oliver*: Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, in: DB 2007, S. 2299–2304
- Wachter, Thomas*: Aktuelle Praxisprobleme mit der neuen Gesellschafterliste, in: NZG 2009, S. 1001–1005
- Wachter, Thomas*: Existenz- und Vertretungsnachweise bei der englischen Private Limited Company. Zugleich Anmerkung zum Beschluss des LG Berlin vom 22.6.2004 – 102 T 48/04, DB 2004, S. 2628, in: DB 2004, S. 2795–2803
- Wachter, Thomas*: GmbH-Reform: Auswirkungen auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: ZNotP 2008, S. 378–386

- Wachter*, Thomas: Weitere Gesetzesänderungen im GmbH-Recht nach MoMiG, in: *GmbHR* 2009, S. 953–958
- Wagner*, Gerhard: Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: *ZIP* 2005, S. 637–646
- Walter*, Felix R.: Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Recht der Unternehmensbewertung, in: *ZIP* 2022, S. 2587–2592
- Wank*, Rolf: Juristische Methodenlehre: Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München 2019 (zitiert: *Wank*, Juristische Methodenlehre)
- Weber*, Helmut: Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890–1945), zugl. Diss. Univ. Tübingen 1985, Tübingen 1986 (zitiert: *Weber*, Die Theorie der Qualifikation)
- Weber*, Klaus (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 30. Edition, Stand: 01.04.2023, München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Weber*, Rechtswörterbuch)
- Wegener*, Wolf A.: Neue Anforderungen an die GmbHG-Gesellschafterliste, in: *notar* 2017, S. 299–331
- Weidlich*, Dietmar/*Federle*, Constantin: Haftungsfragen bei einem Gesellschafterwechsel unter Geltung des MoPeG, in: *NJW* 2023, S. 1993–1999
- Weller*, Marc-Philippe: Von der GbR zur OHG: Abkehr „Vom Geist der Gesetze“ durch richterliche Rechtsfortbildung?, in: *Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag*, München 2011, S. 881–892
- Weller*, Marc-Philippe/*Schwemmer*, Sophia: Das MoPeG: Eine Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht?, in: *BB* 2021, S. I
- Wendland*, Matthias: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit: Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, zugl. *Habil.* Univ. München 2017, München 2018 (zitiert: *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit)
- Wertenbruch*, Johannes: Das MoPeG – die Reform des Rechts der Personengesellschaften, in: *JZ* 2023, S. 78–88
- Wertenbruch*, Johannes: Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, in: *NJW* 2002, S. 324–329
- Wertenbruch*, Johannes: Gesellschaftsvertrag und Entstehung der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF, in: *ZPG* 2023, S. 1–13
- Wertenbruch*, Johannes: Schloss Maurach zur Reform des Personengesellschaftsrechts, in: *GmbHR* 2020, S. R196–198
- Wertenbruch*, Johannes: Sitz, Gesellschaftsstatut und nationale sowie internationale Gerichtsstände der Personengesellschaft nach MoPeG, in: *NZG* 2023, S. 1343–1353
- Wertenbruch*, Johannes: Von Schloss Maurach zu Schloss Bellevue, in: *GmbHR* 2021, S. R226–R229

- Wertenbruch, Johannes/Alm, Sebastian*: Der Statuswechsel zwischen Personengesellschaften nach MoPeG, in: ZPG 2023, S. 201–211
- Wesel, Uwe*: Juristische Weltkunde: Eine Einführung in das Recht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2000 (zitiert: *Wesel, Juristische Weltkunde*)
- Westermann, Harm Peter*: Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, in: NZG 2001, S. 289–295
- Westermann, Harm Peter*: Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts, in: NJW 2016, S. 2625–2629
- Westermann, Harm Peter*: Zum Stand der „Modernisierung“ des Personengesellschaftsrechts, in: DZWIR 2020, S. 321–325
- Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes* (Hrsg.): Handbuch Personengesellschaften, Loseblatt, Werkstand: 86. Ergänzungslieferung, Köln 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften)
- Wicke, Hartmut*: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? Referat, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, München 2016, O31–O51 (zitiert: *Wicke, DJT 2016, II/1*)
- Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Aufl., München 2020 (zitiert: *Wicke, GmbHG*)
- Wicke, Hartmut*: Inhalts- und Verfahrensfragen der Gesellschafterliste – ein aktueller Überblick, in: NotBZ 2022, S. 401–414
- Wicke, Hartmut*: Reform des Personengesellschaftsrechts aus Sicht der Gestaltungspraxis, in: DNotZ 2017, S. 261–276
- Wicke, Hartmut/Bachmann, Gregor* (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3 (GmbH), 6. Aufl., München 2023 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münchener HdB des GesR, Bd. 3)
- Wilhelm, Alexander*: Das Recht der Gesamthand im 21. Jahrhundert: Entwicklungsstand und Perspektiven unter besonderer Berücksichtigung der geplanten Reform des Personengesellschaftsrechts, Tübingen 2021 (zitiert: *Wilhelm, Gesamthand im 21. Jahrhundert*)
- Wilhelm, Jan*: Paradigmenwechsel im Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft. Der Mauracher Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: NZG 2020, S. 1041–1044
- Wilhelm, Jan*: Sind einzutragende Tatsachen wirklich abstrakt einzutragende Tatsachen? Zur Auslegung des § 15 Abs. 3 HGB, in: ZIP 2010, S. 713–715
- Wilsch, Harald*: Die grundbuchverfahrensrechtlichen Übergangsregelungen des MoPeG, in: MittBayNot 2023, S. 457–466
- Wilsch, Harald*: GbR im Grundbuch nach dem Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, in: ZfIR 2020, S. 521–529
- Wimmer, Florian*: Ein Register für die GbR. Der Mauracher Entwurf eine richtungsweisende Konzeption für Objekt- und Subjektpublizität, in: DZWIR 2020, S. 379–385

- Wimmer, Florian*: Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zugl. Diss. Humboldt- Univ. Berlin 2020, Wiesbaden 2021 (zitiert: *Wimmer*, GbR-Register)
- Windbichler, Christine*: Handelsrechtliche Publizität durch private Datenverarbeiter, in: CR 1988, S. 447–452
- Winter, Martin*: Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht: rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips, zugl. Diss. Univ. Heidelberg 1986, München 1988 (zitiert: *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht)
- Wobst, Felix*: Verfügungen von Bestands-GbR über ihre Grundstücke vor und nach Inkrafttreten des MoPeG, in: ZPG 2023, S. 58–61
- Wolffskeel von Reichenberg, Luitpold Graf/Danninger, Nadja*: Die zuletzt aufgenommene Gesellschaftsliste, in: NZG 2019, S. 1001–1005
- Wollenschläger, Bernward*: Eingeschränkte Registerkontinuität aufgrund von Änderungen der Gesellschaftsregister- und Handelsregisterverordnung. Eine kritische Analyse der Neuregelungen unter Berücksichtigung der Auswirkungen für die Praxis, in: NZG 2023, S. 690–694
- Wörlen, Rainer/Leinhas, Sabrina*: Rechtsfolgen- und Rechtsgrundverweisungen im BGB, in: JA 2006, S. 22–27
- Würdinger, Markus*: Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, in: AcP 206 (2006), S. 946–979
- Ziemons, Hildegard*: Mehr Transaktionssicherheit durch das MoMiG?, in: BB-Special 7, 2006, S. 9–14
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, 57. Edition, Stand: 01.08.2023, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK GmbHG)
- Zöllner, Richard* (Begr.): Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1–185, 200–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 34. Aufl., Köln 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Zöllner ZPO)
- Zöllner, Wolfgang*: Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, Heidelberg/Karlsruhe 1979 (zitiert: *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen)
- Zöllner, Wolfgang*: Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, zugl. Habil. Univ. München 1960, München 1963 (zitiert: *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht)
- Zöllner, Wolfgang*: Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – ein Sachverstands- oder Kommunikationsproblem?, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 701–718
- Zöllner, Wolfgang*: Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 563–578
- Zwirlein-Forschner, Susanne*: Grenzüberschreitende Umwandlungen außerhalb der Mobilitätsrichtlinie, in: ZGR – Sonderheft 26, 2023, S. 195–224

Sachverzeichnis

- Abrufbarkeit** 259 ff.
Aktienregister 228
Analogie 173 ff., 185 ff., 189 ff., 214 ff., 264
Anmeldepflicht *siehe* Eintragungszwang
Anpassungsklausel 199 ff.
Auflösung 105, 203 f.
Ausfall 257 ff.
Austragung 77 ff., 230 ff.
- Bekanntmachung** 256 ff.
Bestandsbeteiligung *siehe* Gesellschafterwechsel
- Deklaratorisch** 42 f., 45 f.
Doppeleintragung 154 ff.
- Einheitsmodell** 78 ff.
Eintragsverfahren 130
Eintragungszwang 88, 132 ff., 210 ff.
Eintritt *siehe* Gesellschafterwechsel
Ersteintragung 50, 242 ff., 251
- Faktischer Registerzwang** 84 ff.
Fakultativ 57 ff.
Förderpflicht 195 ff.
- Gesamthand** 64 ff.
– Gemeinschaftsbezogen 66, 68 ff.
– Vermögensrechtlich 65, 67 f.
Gesamtrechtsnachfolge 75, 132 ff., 182 ff.
Geschäftsanschrift 111
Gesellschafterwechsel 77 ff., 89 ff., 129 f., 134 ff., 208 ff.
Gesellschafterwille 49 ff.
Gesellschaftserliste 80 ff., 215 ff.
Grundbuchberichtigung 157
Grundbuchfähigkeit 169 ff.
Gründungstheorie 113
Gutgläubig 154 ff., 221
- Haftungsbeschränkung** 72 f., 236 ff.
- Identität** 158, 182 ff., 231 f., 234
Identitätsdiebstahl 40
Interessenlage 34, 187 ff., 214 f., 227 f.
- Klarstellungsvermerk** 152
Kollisionsnorm 103 ff.
Konstitutiv 42 f., 44, 56
- Liquidation** 88, 107 f., 176 f., 203 ff., 230 ff.
Löschung *siehe* Austragung
Lückenlosigkeit 32
- Nichtberechtigter** 156 ff.
Niederlassungsfreiheit 104 ff.
- Obliegenheit** 131 ff., 216 ff.
Obligatorisch 57
- Prüfungsrechts** 35 ff.
Publizität 28 ff., 47, 63, 94, 137 f., 140 ff., 179 ff., 205 f., 223 ff., 231 ff., 241 ff., 258 ff.
– Anteile 29
– Mitglieder 29
– Subjekt 29
- Rechtsfähigkeit** 47, 54 ff.
Rechtsformzwang 49
Rechtsgrundverweis 253 ff.
Rechtsnatur 64 ff., 167 ff., 177 ff.
Rechtssubjektivität 28, 69 ff.
Rechtsträgerwechsel 160 ff., 183 ff.
Regelungslücke 172 ff., 186 ff., 189 ff., 215, 226 f.
Registereintragung 50 ff., 152
Registerpublizität *siehe* Publizität
Registersperre 130, 148 ff.
Richtigstellung 158
- Sachrecht** 105
Schwebezustand 144 ff.

- Sitz 100 ff.
– Theorie 114 ff.
– Verlegung 103 ff.
– Vertrag 102 ff.
– Verwaltung 102 ff.
Statuswechsel 234 ff.
- Transparenz 32 ff., 87 f., 94 ff., 120, 163,
169 ff., 179, 226 ff.
- Trennungsmodell 78 ff.
- Treuepflicht 194 ff.
- Umgehungsgefahr 94 ff.
- Verfassungskonform 95 ff., 188 ff.
- Vertragsänderung 197 ff.
- Vertrauensschutz 30 ff., 50 ff., 63, 131,
240 ff.
- Vollständigkeit 31
- Voreintragungsanreize *siehe* Obliegenheit
- Voreintragungserfordernis *siehe* Obliegenheit
- Voreintragungspflicht *siehe* Eintragungszwang
- Vorgesellschaft 166 ff.
– Unechte 177 ff.
- Vorgründungsgesellschaft 164 ff.
- Z**uständigkeit 37 ff.
– Funktional 38 f.
– Örtlich 37 f.
– Sachlich 37
- Zuverlässigkeit 31
- Zwangsvollstreckung 148 ff., 190
- Zweiteintragung 246