

Andor Bischof*

Das neue Gesellschaftsregister für Gesellschaften bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Abstract

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts ist am 1.1.2024 in Kraft getreten. Es reformiert das Personengesellschaftsrecht so umfassend wie seit dessen Schaffung nicht mehr. Dabei ist eine neue Registrierungsmöglichkeit für Gesellschaften bürgerlichen Rechts das Kernstück der neuen Regelungen. Dieser Beitrag setzt sich mit diesem Novum auseinander und hinterfragt die gesetzgeberischen Entscheidungen im Hinblick auf Effektivität der Reform und Rechtssicherheit der geschaffenen Rechtslage.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Wintersemester 2023/24 im Rahmen des Seminars „Aktuelle Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts“, ausgerichtet von Prof. *Dr. Dirk Verse, M.Jur. (Oxford)*, Prof. *Dr. Alfred Bergmann (VRiBGH a. D.)* und *Dr. Michael Brellocks, LL.M.*, erstellt wurde.

A. Einleitung

Der Regierungsentwurf zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)¹ wertet die alte Rechtslage als überholt.² Die Rechtspraxis widersprach aufgrund einer umfassenden Rechtsfortbildung³ insbesondere im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR; BGB-Gesellschaft) teils gesetzlichem Leitbild und Systematik.⁴ Der Rechtsverkehr wurde durch die nicht bestehende Subjektpublizität der rechtsfähigen GbR beeinträchtigt.⁵ Diesem Befund stimmt die allgemeine Meinung⁶ zu. Die „Jahrhundertreform“⁷ soll eine weitgehend systemimmanente Angleichung an die Rechtswirklichkeit⁸ herstellen.

Ein Novum ist die beginnend mit *Karsten Schmidt*⁹ 1983 von der Literatur¹⁰ geforderte Registrierungsmöglichkeit von BGB-Gesellschaften. Es ist

¹ BGBl. 2021, Nr. 53 vom 17.8.2021, S. 3436.

² Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 1 f.

³ Exemplarisch BGHZ 146, 341 ff.; 154, 88 ff.

⁴ *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430 (430 f.); *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (453, 507 ff.); *Schäfer*, Gutachten E, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. E 10; *Ders.*, Reformbedarf des geltenden Rechts und Schwerpunkte des neuen Personengesellschaftsrechts, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 1; *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 713 (713 f.); *Wicke*, Reform des Personengesellschaftsrechts aus Sicht der Gestaltungspraxis, DNotZ 2017, 261 (262).

⁵ *Heckschen*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 761 (763); *Otte-Grübener*, Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2020, 1295 (1295).

⁶ Siehe nur *Röder* (Fn. 4), S. 452 ff.; *Schäfer* (Fn. 4), § 1 Rn. 1; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (18).

⁷ So teils die Bezeichnung in der Literatur, siehe nur *Bolkart*, Das Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), MittBayNot 2021, 319 (319); *Heckschen/Nolting*, Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden, BB 2021, 2946 (2946); *Kruse*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und seine Auswirkungen aus Praktikersicht, DStR 2021, 2412 (2412); *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 16.

⁸ BT-Drucks. 19/27635, 2, S. 101; *Bergmann*, Der Mauracher Gesetzesentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994 (994); *Fleischer* (Fn. 4), S. 438.

⁹ *K. Schmidt*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1983, S. 413, 508.

¹⁰ „Jenenser Appell“ in *Bayer/Koch*, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, S. 97 (97 f.); *Krüger*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch – causa infinita, NZG 2010, 801 (804 f.); *Röder* (Fn. 4), S. 464; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993 (1002); *Ulmer*, Die rechtsfähige GbR: auf Umwegen im

klärungsbedürftig, ob das MoPeG diesbezüglich tatsächlich den Titel „Jahrhundertreform“ tragen sollte. Es gilt, einzelne Entscheidungen des Gesetzgebers zu hinterfragen und diskussionswürdige Konflikte zu beleuchten. Potenziale ebenso wie Defizite werden dargestellt.

B. Reformbedarf der bestehenden Rechtslage

I. Defizitäre Publizität durch Objektregister

Seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den *BGH*¹¹ war keine unmittelbare Eintragung der Gesellschaft in ein öffentliches Register vorgesehen. Über eine sekundäre Registrierung¹² wurde in Objektregistern wie dem Grundbuch durch Eintragung der GbR, nach § 47 Abs. 2 GBO a. F. auch ihrer Gesellschafter, eine Zuordnung hergestellt. Kraft dieser bestand sogenannte Objektpublizität. Nicht überprüfbar waren jedoch die aktuellen Vertretungsverhältnisse, die Aktualität des Gesellschafterbestandes oder die Existenz der Gesellschaft. Aufgrund der Flexibilität der GbR können sich diese Umstände schnell formfrei verändern. Plastisch wird dies am Beispiel der ARGE – Weißes Ross, die zum Zeitpunkt des historischen Judikats des *BGH* nicht mehr existierte.¹³ Die Handlungsfähigkeit der GbR kann einem Objektregister nicht verlässlich entnommen werden. Es bestand keine Anteilspublizität¹⁴ im Sinne einer Offenkundigkeit der Identität der Gesellschaft.¹⁵ Auch der im Einzelnen umstrittene¹⁶ § 899a BGB a. F. heilte diese

Grundbuch angekommen, ZIP 2011, 1689 (1691); *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324 (329).

¹¹ BGHZ 146, 341 ff.

¹² *Schöpflin*, Primäre Registerpflicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, NZG 2003, 606 (607).

¹³ *BGH*, NJW 2002, 1207 f.; siehe auch zum Hintergrund der Entscheidung *Pritting*, Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem, in: FS Wiedemann, 2002, S. 1177 (1180 f.).

¹⁴ Zum Begriff *Bergmann*, Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter in oHG und KG, ZIP 2003, 2231 (2235 f.).

¹⁵ Allg. Ansicht, vgl. weniger differenzierend *Baschnagel/Hülser*, Die GbR und ihre registerrechtliche Behandlung nach dem MoPeG, notar 2023, 167 (167); *Hermanns*, Register für die GbR, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 2 Rn. 1; *Luy/Sorg*, Die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des neuen Gesellschaftsregisters, DNotZ 2023, 657 (657).

¹⁶ Siehe dazu *Bormann/Kraus*, Grundbuchrechtliche Aspekte des Gesellschaftsregisters, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (50); *Heinze*, Die Veräußerung von Grundbesitz durch Gesellschaften des bürgerlichen Rechts – Offene Fragen zu § 899a Satz 2 BGB und Möglichkeiten vertraglicher Gestaltung, DNotZ 2016, 344 (344).

defizitäre Publizität nicht.¹⁷ Dieser Mangel führte zu einem Informationsdefizit des Rechtsverkehrs. Rechtssicheres Kontrahieren war nur schwerlich möglich.¹⁸ Ein Subjekt, das nicht greifbar ist, kann einem Objekt unmöglich zugeordnet werden. Objektpublizität kann also ohne Subjektpublizität nicht sinnvoll bestehen.¹⁹ Erst die Verknüpfung beider, die nur effektiv durch ein öffentliches Register für Gesellschaften bürgerlichen Rechts hergestellt werden kann,²⁰ erzeugt eine den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Wirkung.²¹

II. Firmenbestattungen

Ein Folgeproblem der Registerlosigkeit der GbR waren im Zusammenhang mit Insolvenzen sogenannte Firmenbestattungen.²² Insolvenzbedrohte Rechtsträger wandelten sich in registerlose GbRs um. Indem anschließend mehrere Veränderungen im Gesellschafterbestand vorgenommen wurden und durch vermeintliche Aufgabe des Verwaltungssitzes an ein anderes Insolvenzgericht verwiesen wurde, konnten die ursprünglichen Schuldner nicht mehr ermittelt werden.²³

III. Sicherung des Rechtsverkehrs durch Reform

Die obigen Defizite schädigten den Rechtsverkehr. Eine Heilung ist möglich, allerdings nur im Rahmen einer weitreichenden Reform.²⁴ Dem MoPeG kommt primär die Aufgabe der Mängelbeseitigung²⁵ zu. Inwiefern dies gelingt, wird im Folgenden untersucht.

¹⁷ Bergmann (Fn. 8), S. 996; Schäfer, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrecht nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149 (1151).

¹⁸ Vgl. Heckschen (Fn. 5), S. 763.

¹⁹ Seifin, Die Grundbuchpublizität – Kein Formalismus, sondern Garant für Rechtssicherheit, MittBayNot 2010, 268 (271); Wimmer, Ein Register für die GbR, DZWIR 2020, 379 (380).

²⁰ Hermanns (Fn. 15), § 2 Rn. 2; Herrler, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (43); Noack, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, 581 (582).

²¹ K. Schmidt (Fn. 10), S. 1002.

²² BT-Drucks. 19/27635, S. 134, 267; Wicke, Referat, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. O 39.

²³ Siehe zum Verfahren im Detail Kleindiek, Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte "Firmenbestattung", ZGR 2007, 276 (277 ff.); Werner, Die Firmenbestattung, NZWiSt 2013, 418 (418 ff.).

²⁴ Schäfer, in: MüKo-BGB VII, 9. Aufl. 2024, Vor § 705 Rn. 27.

²⁵ Schollmeyer, Die Personengesellschaft in der Umwandlung, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 12 Rn. 1.

C. Funktionsweise der neuen Registrierung

In der Diskussion wurde ein Ausbau der Objektregisterregelungen verworfen.²⁶ Anstelle dessen führt das MoPeG ein sogenanntes Gesellschaftsregister²⁷ ein, das nun in §§ 707 ff. BGB n. F. geregelt ist.

I. Vergleich des Gesellschaftsregisters mit dem Handelsregister

Eine Registrierung der BGB-Gesellschaften hätte neben der Schaffung eines neuen Gesellschaftsregisters auch durch die Öffnung des Handelsregisters²⁸ oder durch die Errichtung eines einheitlichen Registers für alle Rechtsträger²⁹ realisiert werden können. Beide Varianten hätten für sich gehabt, dass ein erhöhtes Maß an Übersichtlichkeit generiert worden wäre. Jedoch war der legislatorische Aufwand für eine Gesamtregisterlösung zu hoch.³⁰ Bei einer Handelsregisterimplementierung wäre dieser geringer ausgefallen.³¹ Sie wäre naheliegend im Zuge des Leitbildwechsels³² der GbR von der Gelegenheitsgesellschaft zur auf Dauer angelegten, am Rechtsverkehr partizipierenden Gesellschaft. Zudem wäre die praktische Handhabung bekannt. Die Praxis hätte geringe Anpassungsschwierigkeiten. Die Reform wäre weniger regelungsintensiv.

Das neue Gesellschaftsregister ist indes eng an das Handelsregister angelehnt.³³ Es wird nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 8 HGB ebenso elektronisch geführt. Durch eine dynamische Generalverweisung³⁴ der neuen

²⁶ BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

²⁷ Kritik zum Begriff siehe *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, Die geplante Reform des Personengesellschaftsrechts: Gesellschaftsrechtliche Grundfragen und steuerliche Implikationen, ZIP-Beilage 42 (2021), 3 (12); *Krafka*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.1.2024, § 707 Rn. 3; *Wimmer* (Fn. 19), S. 382.

²⁸ Vgl. dazu *K. Schmidt* (Fn. 9), S. 508; *Wicke* (Fn. 4), S. 263.

²⁹ *Krafka* (Fn. 27), Rn. 3.1; *Hippeli*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, 386 (392); *Kiehnle*, „Fehlen der Kaufmannseigenschaft“ und neues Gesellschaftsregister: § 707a III 1 BGB nF, NZG 2023, 1060 (1064); *Noack*, Die Gesellschaftsregisterverordnung, ZPG 2023, 95 (95); vgl. auch das französische *Régistre du Commerce et des Sociétés*.

³⁰ *Noack* (Fn. 29), S. 95.

³¹ *Altmeyden*, Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, 822 (822 f.); *Schall*, Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZIP 2020, 1443 (1444); *Wicke* (Fn. 4), S. 263, die daher eine Handelsregisterimplementierung forderten.

³² BT-Drucks. 19/27635, S. 2, 105.

³³ BT-Drucks. 19/27635, S. 109, 213; zur Geltung von § 15 HGB siehe unten **C. II. 2. d) aa).**

³⁴ *Noack* (Fn. 29), S. 96.

Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) in § 1 Abs. 1 GesRV werden die Vorschriften der bekannten Handelsregisterverordnung für entsprechend anwendbar erklärt. Dies verspricht einen geringen Anpassungsaufwand³⁵ und damit faktisch eine ähnlich geringe Regelungsintensität wie eine Handelsregisterimplementierung. Zwar trifft zu, dass die Schaffung eines neuen Registers aufwendiger ist, im Rahmen einer ernstgemeinten Reform kann der Aufwand allein jedoch nicht ausschlaggebend sein. Das neue Register reflektiert zudem die Unterscheidung kaufmännischer und nicht kaufmännischer Personengesellschaften.³⁶ Das ist systematisch mit dem Partnerschaftsregister kongruent. Die gesetzliche Fiktion des § 2 S. 1 HGB hätte bewirkt, dass jedes im Handelsregister registrierte Gewerbe, ein Handelsgewerbe i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB wäre. Die dem Handelsgesetzbuch inhärente Differenzierung zwischen Gewerbe und Handelsgewerbe wäre auf diese Weise aufgehoben. Unternehmenstragende GbRs, bei denen ein Gewerbebetrieb zu bejahen ist, würden stets in das Sonderprivatrecht der Kaufleute gedrängt. Dies ist unbillig. Ein eigenes Register für GbRs überzeugt daher als konsequenter und besserer Lösungsweg.³⁷

II. Eintragung im Gesellschaftsregister

1. Freiwilligkeit der Eintragung

a) „Nudging“ anstelle einer Eintragungspflicht

Naheliegender ist eine generelle Eintragungspflicht für alle GbRs. Diese Anlehnung an das Modell der OHG wäre mit dem vollzogenen Leitbildwechsel stimmig. Im Idealfall erzeugt eine generelle Pflicht breitflächig Transparenz. Eine Registeranmeldung produziert jedoch organisatorischen und finanziellen Aufwand. Dieser könnte zwar für einige GbRs angemessen sein, insbesondere Gelegenheitsgesellschaften jedoch unverhältnismäßig belasten.³⁸

Mangels Publizität können nur Vermutungen angestellt werden, wie viele GbRs es in Deutschland gibt.³⁹ Eine Überforderung der Registergerichte wäre allerdings durch eine generelle Registrierungspflicht gewiss. GbRs sind vielschichtig und in ihrer Ausgestaltung sehr variabel. Eine präzise Einteilung

³⁵ *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 659.

³⁶ BT-Drucks. 19/27635, 2, S. 101, 213.

³⁷ Siehe dazu *Herrler* (Fn. 20), S. 45; *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1295; *Dies.*, Reform des Personengesellschaftsrechts, in: FS Grunewald, 2021, S. 613 (619).

³⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Herrler* (Fn. 20), S. 47; *Roßkopf*, Referat, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. O 14 f.

³⁹ *Wobst*, Verfügungen von Bestands-GbR über ihre Grundstücke vor und nach Inkrafttreten des MoPeG, ZPG 2023, 58 (59) vermutet „Hunderttausende“.

über grobe Kategorien wie Erwerbsgesellschaft und Gelegenheitsgesellschaft fällt schwer. Es überzeugt daher, dass auch eine abgeschwächte, kriterienbasierte Eintragungspflicht aufgrund ihrer Unschärfe abgelehnt⁴⁰ wurde.

Der Gesetzgeber entschied sich für ein Eintragungswahlrecht. Nach § 707 Abs. 1 BGB n. F. kann sich eine GbR zur Eintragung anmelden, muss es aber nicht. Eine Auswertung zur weitgehend ungenutzten⁴¹ Eintragungsoption der Kann-OHG nach § 105 Abs. 2 HGB a. F. veranlasste dazu, die Eintragung im Gesellschaftsregister attraktiver zu gestalten. Daher schuf man ein Anreizsystem. Bestimmte Privilegien sind die „Nudges“ (motivierende Impulse) für eine Eintragung.⁴² Namentlich sind dies die Errichtung eines Vertragssitzes, die publizitätsgetragene Disposition der Vertretungsregelungen und vollständige Umwandlungsfähigkeit. Auch erwartet der Gesetzgeber gesteigerte Seriosität von eingetragenen BGB-Gesellschaften.⁴³

b) Einschränkung durch Voreintragungserfordernisse

aa) Funktionsweise

Der Hauptzweck von Publizität ist Verkehrssicherheit. Sie darf nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen, indem diese eine unbeschränkte Eintragungswahlfreiheit genießen.⁴⁴ Deswegen schuf der Gesetzgeber durch Voreintragungserfordernisse einen mittelbaren Zwang zur Eintragung,⁴⁵ der die Registrierungsfreiheit einschränkt. Diese, in Form von § 47 Abs. 2 GBO n. F., § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. und § 67 Abs. 1 S. 3 AktG n. F., sind rein verfahrensrechtliche Voraussetzungen.⁴⁶ Ist eine Eintragung oder Änderung in einem Objektregister gewünscht, hat die Registrierung der GbR zu erfolgen.⁴⁷ Anderenfalls können Verfügungen, die vom Verfahrensrecht materiell

⁴⁰ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴¹ Röder (Fn. 4), S. 466.

⁴² Siehe dazu unter **C. II. 2. b).**

⁴³ Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴⁴ Röder (Fn. 4), S. 467.

⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴⁶ Siehe zu gewerblichen Schutzrechten Schäfer (Fn. 4), § 1 Rn. 28.

⁴⁷ Ausführlich Jobn, Das Gesellschaftsregister gemäß MoPeG, NZG 2022, 243 (244 ff.); Lay/Sorg (Fn. 15), S. 661 ff.; Stock, Die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse nach dem MoPeG, NZG 2023, 361 (362 ff.).

grundsätzlich unabhängig sind, nicht vollzogen werden. Es handelt sich nicht um Pflichten, sondern um Eintragungsobliegenheiten.⁴⁸

Mit Wirkbeginn des MoPeG gelten die Voreintragungserfordernisse auch für Bestands-GbRs (etwa nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F.⁴⁹ für das Grundbuch). Auch Altgesellschaften werden auf diese Weise sanft zur Eintragung gedrängt. In Anbetracht des Reformzieles umfassender Publizität ist dies konsequent.

bb) Kritik an Voreintragungserfordernissen

Neben der zu erwartenden, aber unvermeidbaren Anmeldeflut, die zu einem temporären Registerstau führen dürfte,⁵⁰ entstehen weitere Schwierigkeiten. Der verfahrensrechtliche Charakter der Voreintragungsobliegenheiten kann zu Vollzugsblockaden von materiell wirksamen Rechtsgeschäften führen.⁵¹ Eine GbR kann, auch wenn sie nicht eingetragen ist, Geschäftsanteile einer GmbH wirksam erwerben. Die nach § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG vom Notar unverzüglich einzureichende Gesellschafterliste kann nicht erstellt werden, solange die GbR nicht im Gesellschaftsregister registriert ist (§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F.). Die verkehrsrelevante Publizität des Vorgangs ist nur deklaratorisch nachgeschaltet und liegt allein im Verantwortungsbereich der GbR.⁵² Etwa indem die Haftung des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG durch beliebige Eintragungsverzögerungen umgangen werden kann, ruft dieser Zustand Rechtsunsicherheit hervor und wurde vom Gesetzgeber nicht bedacht.⁵³

c) Kritik zum Verhältnis von Eintragung und Rechtsfähigkeit

Entscheidend für das Verhältnis von Eintragung und Rechtsfähigkeit ist, ob die Registrierung konstitutiv oder deklaratorisch wirkt. Das MoPeG verfolgt letzteren Ansatz. Nach §§ 705 Abs. 2, 719 Abs. 1 BGB n. F. orientiert sich die

⁴⁸ *Hermanns*, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, DNotZ 2022, 3 (6); *Herrler* (Fn. 20), S. 50; *John* (Fn. 47), S. 244.

⁴⁹ Ausführlich zu Grundstücksverfügungen *Wobst* (Fn. 39), S. 58 ff.

⁵⁰ So *Heckschen/Knaier*, in: *Westermann/Wertenbruch*, Handbuch der Personengesellschaften, 88. EL 2024, § 9 Rn. 228b; *Lay/Sorg* (Fn. 15), S. 660.

⁵¹ Siehe dazu unter **C. II. 3. b) bb)** (1).

⁵² Siehe zum Umgang mit diesem Problem unter **C. II. 3. b)**.

⁵³ Siehe dazu *Heckschen/Knaier* (Fn. 50) § 9 Rn. 230c; *Heckschen/Nolting* (Fn. 7), S. 2947; *Stöck* (Fn. 47), S. 369.

Rechtsfähigkeit einer GbR an dem nach außen getretenen Willen der Gesellschafter, am Rechtsverkehr teilzunehmen.⁵⁴

Insbesondere mit Bedenken hinsichtlich der gewonnenen Verkehrssicherheit wurde im Voraus teils eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung gefordert.⁵⁵ Vertreten wurde, nur durch ein strenges Normativsystem⁵⁶ könne das Publizitätsdefizit der GbR beseitigt, Rechtssicherheit vollständig geschaffen werden⁵⁷ und Deutschland im Wettbewerb der Rechtsordnungen bestehen.⁵⁸ Eine deklaratorische Eintragung sei dagegen ein übermäßiges Zugeständnis an die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter zulasten des Rechtsverkehrs.⁵⁹ Daran ist insbesondere zutreffend, dass eine deklaratorisch freiwillige Eintragung weiterhin Transparenzdefizite zulässt.

Gelegenheitsgesellschaften benötigen regelmäßig keine Rechtsfähigkeit.⁶⁰ Der Einwand eines vermeintlich konfligierenden praktischen Bedürfnisses⁶¹ überzeugt daher nicht. In einem strengen Normativsystem gäbe es die rechtsfähige Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr. Eine rein schuldrechtliche Ausgestaltung würde aber die Interessen derjenigen, die bislang einen derartigen Zusammenschluss wählten, ausreichend befriedigen.⁶² Eine Fahrgemeinschaft als Lehrbuchbeispiel einer Gelegenheitsgesellschaft benötigt nicht zwingend Rechtsfähigkeit. Warum in Kenntnis der praktischen Probleme eine Gesellschaft, die nicht am Verkehr teilnimmt, weiterhin Rechtssubjektivität haben sollte, ist unverständlich.

⁵⁴ Näher dazu *Verse/Tassius*, Die Entstehung der rechtsfähigen GbR im reformierten Personengesellschaftsrecht, in: FS Grunewald, 2021, S. 1159 (1160 ff.).

⁵⁵ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 3; *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539 (556); *Heckschen* (Fn. 5), S. 762; *Röder* (Fn. 4), S. 471 ff.; *Wicke* (Fn. 4), S. 263.

⁵⁶ Siehe zur österreichischen und französischen Rechtslage *Fleischer/Heinrich/Pendl*, Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?, NZG 2016, 1001; *Fleischer/Pendl*, Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Teil-2, WM 2019, 2185 (2186 ff.).

⁵⁷ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27) S. 11, 14; *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2189; *Röder* (Fn. 4), S. 471 f.

⁵⁸ *Heckschen* (Fn. 5), S. 762 f.

⁵⁹ Vgl. *Habersack* (Fn. 55), S. 551; *Röder* (Fn. 4), S. 467.

⁶⁰ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 15; a. A. *Schöpflin* (Fn. 12), S. 607.

⁶¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 104, 108.

⁶² *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 15; *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2186, die auf die Beliebtheit der nicht eingetragenen und daher nicht rechtsfähigen *société de fait* und der *société en participation* in Frankreich hinweisen.

Lückenlose Transparenz gäbe es nur, wäre tatsächlich jede GbR registriert.⁶³ Dies wurde vom Gesetzgeber erkannt. Er schuf ein Eintragungswahlrecht, welches in Kombination mit positiven Anreizen und faktischem Zwang zur Registrierung viele Eintragungen motivieren und damit breitflächig Publizität herstellen soll.⁶⁴ Treffend weist *Herrler* darauf hin, dass die Voreintragungserfordernisse den Kern der Registrierung bilden.⁶⁵ Es trifft zu, dass der Umgang mit registrierten Rechten von Publizität begleitet werden muss. Aber auch außerhalb der Objektregister existiert ein Rechtsverkehr, der auf Publizität angewiesen ist. Ungeachtet der teils zweifelhaften Ausgestaltung⁶⁶ lastet auf den Voreintragungserfordernissen eine zu hohe Erwartung zur Bewältigung des gesamten Problems. Verbleibende Lücken sollen durch Eintragungsanreize geschlossen werden. Zwar wird der *Lock-in-Effekt*⁶⁷ des Registers entgegen mancher Einwände⁶⁸ Registrierungsvorhaben nicht ernsthaft behindern,⁶⁹ das Anreizsystem ist jedoch an anderer Stelle defizitär.⁷⁰ Beispielsweise befand man eine Eintragungspflicht für eine Vielzahl von GbRs als unverhältnismäßig, da dies der Gesellschaft ihre Flexibilität raube.⁷¹ Insbesondere bezieht sich dies auf Gelegenheitsgesellschaften und solche bestehend aus Verbrauchern und anderen Geschäftsunerfahrenen. Jene wirtschaftlichen Laien werden die Registrierungsfolgen in der Regel nicht überblicken können.⁷² Ein mittelbarer Zwang wird nicht erzeugt. Es besteht aus ihrer Perspektive kein Grund zur Eintragung. Publizitätslücken können so nicht flächendeckend geschlossen werden. Das geschaffene System basiert also auf Spekulationen des Gesetzgebers zu Lasten der Verkehrssicherheit.

Ein konstitutives Eintragungserfordernis, welches auch die Aberkennung der Rechtsfähigkeit von bestehenden GbRs bewirkte, erzielte wenig Zustimmung

⁶³ *Herrler* (Fn. 20), S. 50.

⁶⁴ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁶⁵ *Herrler* (Fn. 20), S. 50.

⁶⁶ Siehe dazu oben unter **C. II. 1. b) bb)**.

⁶⁷ Siehe dazu unter **C. II. 2. c)**.

⁶⁸ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 13; *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612 (615); *DAV*, Stellungnahme durch den Ausschuss Handelsrecht unter Mitwirkung der Ausschüsse Anwaltsnotariat und Berufsrecht zum Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 1133 (1135); *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁶⁹ *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 32.

⁷⁰ Siehe dazu unter **C. II. 2. b)**.

⁷¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Hermanns* (Fn. 48), S. 6; *Ders.* (Fn. 15), § 2 Rn. 2; *Herrler* (Fn. 20), S. 47.

⁷² *Heckschen* (Fn. 5), S. 763; *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 668.

von Seiten der Betroffenen. Proklamiert wurde, sie wären in die Zeit vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit durch den *BGH* zurückgeworfen.⁷³ Die maßgebliche⁷⁴ Akzeptanz der Reform wäre tatsächlich beeinträchtigt. Freiwillige Eintragungen zur (Rück-)Erlangung der Rechtsfähigkeit sind nicht gewiss.⁷⁵ Anders als im System deklaratorischer Eintragungen droht allerdings keine Unterwanderung der Publizität durch nicht registrierte Verkehrsteilnehmer. Eine Kopplung der Rechtsfähigkeit an die Eintragung käme insbesondere einem Rückschritt nicht gleich. Unsicherheit vor dem Urteil *ARGE – Weißes Ross* ging im Wesentlichen von der diffusen Gesamthand aus. Die Streichung von § 719 BGB a. F. führt jedoch zur endgültigen Aufgabe dieser Struktur. Ohne Registrierung müsste auf Bruchteilsgemeinschaften zurückgegriffen werden.⁷⁶ Zugunsten von Verkehrssicherheit ist dies hinnehmbar.⁷⁷ Unerträgliche Friktionen von Bestandsgesellschaften⁷⁸ hätten durch eine ausreichend lange Übergangsfrist abgemildert werden können.⁷⁹

Gegen eine konstitutive Eintragung spricht systematisch, dass sie nur bei Körperschaften angelegt ist.⁸⁰ Weitere systematische Einwände, die auf einen Systembruch hinweisen, müssen kritisch betrachtet werden. Das bisher systemfremde Konstrukt einer nicht rechtsfähigen „Vor-GbR“ kann aus rechtsvergleichender Perspektive befriedigend gelöst werden.⁸¹ Ein Systembruch ist nicht zu bemängeln, wenn er zur Realisierung des Kerns der Reform vonnöten ist.⁸² Einem allgemein anerkannt hohen Reformbedarf muss mit entsprechenden Maßnahmen begegnet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn ein mildereres, gleich effektives Mittel zur Verfügung stünde. Die nur deklaratorische Eintragung ist milder, aber nicht gleich effektiv.

⁷³ *Schäfer*, Grundsatzfragen bei der anstehenden Reform des Personengesellschaftsrechts, in: FS Seibert, 2019, S. 723 (728); a. A. *Habersack* (Fn. 55), S. 555.

⁷⁴ *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 31.

⁷⁵ Siehe auch *Herrler* (Fn. 20), S. 49; *Schäfer* (Fn. 17), S. 1151.

⁷⁶ *Röder* (Fn. 4), S. 500 ff.

⁷⁷ Zweifel zur Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Bruchteilsgemeinschaft bei *Herrler* (Fn. 20), S. 49.

⁷⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Bergmann* (Fn. 8), S. 995; *Herrler* (Fn. 20), S. 49.

⁷⁹ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 14 f.

⁸⁰ *Freier*, Das Gesellschaftsregister nach dem MoPeG (ohne Fragen zum Grundbuchrecht, Statuswechsel und zur Gesellschafterliste), in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (138); *Herrler* (Fn. 20), S. 49; *Schäfer* (Fn. 17), S. 1151.

⁸¹ Auf die österreichische Lösung abstellend *Habersack* (Fn. 55), S. 556; *Röder* (Fn. 4), S. 475; die österreichische Lösung modifizierend *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2189; zweifelnd in Anbetracht des Aufwandes *Otte-Gräbener* (Fn. 37), S. 618.

⁸² Vgl. *Habersack* (Fn. 55), S. 555.

Zuletzt wäre eine konstitutive Eintragung ein wirksames Mittel gegen Firmenbestattungen. Die Option, ein insolvenzreifes Unternehmen in ein publizitätsloses Vehikel zu verschieben,⁸³ entfielen. Unter diesem Gesichtspunkt ist das hier präferierte Modell einer für die Rechtsfähigkeit konstitutiven Eintragung der deklaratorischen Registrierung überlegen.

Es bleibt abzuwarten, ob das geschaffene System funktioniert und die Reform Erfolg hat. Die Akzeptanz könnte bei der gewählten deklaratorischen Eintragung höher sein. Es überzeugt dennoch nicht, warum zulasten des effektiveren Weges aufbauend auf Spekulationen freiwilliger Eintragungen der Rechtsverkehr (erneut) gefährdet wird.

2. Folgen der Eintragung

a) Zwingender Rechtsformzusatz

Mit Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister ist diese nach § 707a Abs. 2 S. 1 BGB n. F. zur Führung des Namenszusatzes „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ („eGmbH“) verpflichtet. Auch eine Obliegenheit zur Namensführung hätte ausgereicht.⁸⁴ Es ist wahrscheinlich, dass eGmbHs im System der freiwilligen Eintragung zugunsten des Namenszusatzes optiert hätten, um sich dem Rechtsverkehr als seriös zu präsentieren. Dennoch ist eine Pflicht zur Führung des Zusatzes konsequent und vorzugswürdig. Vertragspartner wissen auf den ersten Blick, ob sie mit einer registrierten Gesellschaft kontrahieren und vom Gesetz abweichende Regelungen bestehen (dazu gleich).

b) Privilegien der eGmbH

Kernstück des *Nudging*-Systems sind die Privilegien, die nur durch Eintragung wahrgenommen werden können. Diese sind bei genauerer Betrachtung allerdings für sich teils nicht überzeugend. Das Anreizsystem stellt sich als defizitär heraus.

aa) Seriosität kraft Namenszusatzes

Die Führung des Namenszusatzes „eGmbH“ könnte ein Seriositätsindiz für den Rechtsverkehr werden.⁸⁵ Dies gilt allerdings nur hinsichtlich des professionellen Rechtsverkehrs.⁸⁶ Namentlich vermutet der Gesetzgeber eine höhere

⁸³ Siehe zu Firmenbestattungen unter **B. II.**

⁸⁴ So noch der Mauracher Entwurf, S. 76; siehe dazu *Lay/Sorg* (Fn. 15), S. 667 f.; *Schäfer* (Fn. 4), § 1 Rn. 27.

⁸⁵ So BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁸⁶ Siehe dazu unter **C. II. 1. c)** und Fn. 72.

Kreditwürdigkeit, während *Wertenbruch* mahnt, Kreditinstitute könnten ihre geldwäscherechtlichen Identifizierungspflichten aus §§ 11, 12 GwG n. F. mit Blick auf § 12 Abs. 2 Nr. 1 GwG n. F., der eine Überprüfung anhand eines Registerauszuges vorsieht, ausschließlich bei eGbRs erfüllen.⁸⁷ Die Konsequenzen wären einschneidend. Jede unternehmenstragende Gesellschaft benötigt Konten bei Kreditinstituten, die für nicht registrierte BGB-Gesellschaften nunmehr unerreichbar wären. Dennoch bewirkt dies keinen faktischen Zwang zur Eintragung.⁸⁸ Verkannt wird, dass die drei Varianten von § 12 Abs. 2 GwG n. F. zueinander in einem Alternativverhältnis⁸⁹ stehen. Dafür streitet unter anderem der Wortlaut „oder“ von § 12 Abs. 2 Nr. 2 GwG n. F. Nicht registrierte GbRs können daher weiterhin auch ohne Eintragung nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 GwG n. F. überprüft werden.

Die Reichweite als Anreiz hängt von der noch nicht absehbaren Etablierung am Markt ab. Die Seriosität der Akteure im wirtschaftlichen Geschehen ist regelmäßig ein bestimmender Faktor, sodass ein hohes Wirksamkeitspotenzial als Anreiz besteht. Gegenüber Laien und Außenstehenden ist die Verwirklichung des Effektes hingegen fraglich. Die verpflichtende Führung des Rechtsformzusatzes kann daher allenfalls zurückhaltend positiv hinsichtlich seiner Wirksamkeit als Eintragungsimpuls gewertet werden.

bb) Verwaltungssitzverlegung

Nach § 706 S. 2 BGB n. F. kann die eGbR im Gesellschaftsvertrag neben dem bestehenden Verwaltungssitz einen inländischen Vertragssitz bestimmen, der als Sitz der Gesellschaft gilt. Im Umkehrschluss ist also ein Verwaltungssitz an einem anderen Ort (im Ausland) möglich. Dies führt zu einer (grenzüberschreitenden) Sitzspaltungsfreiheit⁹⁰ und resultiert in einer Sitzwahlfreiheit. Es ist denkbar, dass registrierte Personengesellschaften⁹¹ ihren

⁸⁷ *Wertenbruch*, Das MoPeG – die Reform des Rechts der Personengesellschaften, JZ 2023, 78 (82); *Ders.*, Das neue Personengesellschaftsrecht im Mietverhältnis, NJW 2023, 1393 (Rn. 12).

⁸⁸ A. A. *Rönnan/Saathoff*, Das MoPeG – Konsequenzen für das Wirtschaftsstrafrecht, wistra 2023, 221 (223); *Wertenbruch* (Fn. 87), S. 82.

⁸⁹ *Frey/Brian*, in: BeckOK-GwG, Ed. 17, Stand: 1.3.2024, § 12 Rn. 24; *Sonnenberg*, in: Frankfurter Kommentar zum GwG, 3. Aufl. 2022, § 12 GwG Rn. 40.

⁹⁰ *Lieberknecht*, Der Sitz der GbR nach § 706 BGB n. F., NZG 2023, 1247 (1247); *Servatius*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2023, § 706 Rn. 6.

⁹¹ § 706 BGB n. F. gilt nach § 105 Abs. 3 HGB n. F. entsprechend für OHG, nach § 161 Abs. 2 HGB n. F. für KG und nach § 1 Abs. 4 PartGG n. F. für die PartG.

Verwaltungssitz ins Ausland verlegen, ohne wie zuvor⁹² die deutsche Rechtsform zu verlieren.⁹³ Diese Möglichkeit dient nicht nur der Angleichung an die Rechtslage von AG (§ 5 AktG) und GmbH (§ 4a GmbHG),⁹⁴ sondern befriedigt auch ein praktisches Bedürfnis.⁹⁵ Fraglich bleibt allerdings, ob dieses Privileg auch tatsächlich einen hinreichenden Anreiz zur Eintragung setzt. Eine Sitzverlegung ist typischerweise eine wirtschaftlich folgenreiche Entscheidung, die einer Spontanität regelmäßig nicht bedarf. Stattdessen dürfte eine derartige Maßnahme langfristig geplant werden. Parallel zu dieser Planung kann als vorbereitender Akt eine Eintragung der GbR angestrengt werden. Dass jedoch ohne ein konkretes Vorhaben die Möglichkeit einer Verwaltungssitzverlegung ausschlaggebend für eine Eintragung ist, kann bezweifelt werden. Wirkungen darüber hinaus, dass die Wahl der Rechtsform GbR von Gründern mit vagen Verlegungsperspektiven nicht mehr kategorisch ausgeschlossen wird, da eine Sitzverlegung ohne Formwechsel möglich ist, bleiben aus. Da das Privileg nur eine bestimmte Zielgruppe adressiert, überzeugt es als umfassender Eintragungsanreiz nicht vollständig.

cc) Vollständige Umwandlungsfähigkeit

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F. wird durch das MoPeG um eGbRs ergänzt. Eingetragene BGB-Gesellschaften sind in Verbindung mit §§ 124 Abs. 1, 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F. vollständig umwandlungsfähig.⁹⁶ Überzeugend schließt § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG n. F. die nicht registrierte GbR als neue Rechtsform nach einem Formwechsel aus. Firmenbestattungen wird die Grundlage entzogen.⁹⁷ Die neue Umwandlungsfähigkeit ist ein Privileg. Ob dies zugleich ein Anreiz für eine Registrierung darstellt, ist jedoch zu bezweifeln. Plant eine GbR nicht mit Umwandlungsmaßnahmen, ist keine Eintragung erforderlich. Soll sodann doch etwa ein Verschmelzungsvertrag nach § 4 UmwG abgeschlossen werden, ist eine Registrierung der Gesellschaft im gleichen Beurkundungstermin möglich.⁹⁸ Die vollständige Umwandlungsfähigkeit überzeugt als Anreiz zur Eintragung nicht vollständig.

⁹² Die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland führte bis 31.12.2023 zur Auflösung und Liquidation; siehe dazu *Leitzgen*, Die Personengesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland, in: FS Heidinger, 2023, S. 277 (277 f.).

⁹³ BT-Drucks. 19/27635, S. 127.

⁹⁴ *Fleischer* (Fn. 4), S. 434; *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁹⁵ *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁹⁶ Zuvor konnte eine GbR nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG a. F. nur neue Rechtsform im Rahmen eines Formwechsels sein.

⁹⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 267.

⁹⁸ *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 670.

dd) Publizitätsgetragene Disponibilität der Vertretungsverhältnisse

Nach § 720 Abs. 1 BGB n. F. sind die Vertretungsbefugnisse durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag disponibel. Unabhängig vom Gebrauch dieser Dispositionsmöglichkeit sind die Vertretungsregelungen nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. eintragungspflichtige Tatsachen. Im Verhältnis zur nicht registrierten BGB-Gesellschaft besteht eine Beweiserleichterung der vertretungsberechtigten Gesellschafter der eGbR und Registerpublizität zugunsten des Rechtsverkehrs. Bei Vertragsschlüssen können nun die entsprechenden Nachweise durch eine eGbR leichter erbracht werden. Dies beschleunigt das Kontrahieren im Rechtsverkehr und motiviert zur Eintragung.

Es bleibt aber zu beachten, dass die eGbR durch die Eintragung Aktualisierungspflichten trifft. Geänderte Vertretungsregelungen könnten anderenfalls durch § 15 Abs. 1 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB Dritten nicht entgegengesetzt werden, was mitunter einschneidende Folgen haben kann. Im Hinblick auf diese Erweiterung des Pflichtenkreises der Gesellschafter und möglicher negativer Konsequenzen bei Versäumnissen ist die Offenlegung der Vertretungsverhältnisse ebenso nützlich wie gefährlich.⁹⁹ Maßgeblich dürften aus Perspektive der Gesellschafter die Erwartungen des Rechtsverkehrs sein, die erfüllt werden sollen. Dieser wird mit den Nachweismöglichkeiten durch sicherere Vertragsschlüsse begünstigt. Die publizitätsgetragene Disponibilität der Vertretungsverhältnisse kann mithin als Anreiz zur Eintragung beitragen.

ee) Privilegien im Überblick

Zuzugestehen ist, dass eine isolierte Betrachtung der einzelnen Privilegien, wie zuvor vorgenommen, nicht allein die Bewertungsgrundlage darstellen kann. Immerhin konzipierte der Gesetzgeber ein geschlossenes System. Mithin müssen auch die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Privilegien sowie deren Kumulation beachtet werden. Ob gerade das Zusammenwirken der defizitären Anreize jedoch im Hinblick auf durch Publizität vermittelte Transparenz hinreichende Rechtssicherheit erzeugt, ist ungewiss. Angesichts der Last, die in Folge gesetzgeberischer Entscheidungen, insbesondere dem Eintragungssystem mit nur deklaratorischer Wirkung, auf dem *Nudging*-Prinzip liegt, ist dies unbefriedigend.

⁹⁹ Ähnlich *Habersack*, Vertretung der Gesellschaft und Haftung der Gesellschafter, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 4 Rn. 13; a. A. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

c) Kein gewillkürter Ausstieg aus dem Register

Nach § 707a Abs. 4 BGB n. F. wird eine eGbR nur nach den allgemeinen Vorschriften aus dem Gesellschaftsregister gelöscht. Dies geschieht grundsätzlich, sofern nicht Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen,¹⁰⁰ nach der Liquidation gemäß § 738 BGB n. F. Der Einstieg ins Register ist also freiwillig, während der Ausstieg nicht unmittelbar von der Willkür der Gesellschafter abhängt. Die bisherige Rechtslage in Bezug auf kleingewerbliche Gesellschaften nach § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. i. V. m. § 2 S. 2, 3 HGB, die eine gewillkürte Löschung zuließ, wird entsprechend angepasst.¹⁰¹ Dies ist zugunsten möglichst umfassender Verkehrssicherheit durch Registerkontinuität konsequent und wirkt Firmenbestattungen entgegen.

Teils wird in § 707a Abs. 4 BGB n. F. ein Eintragungshemmnis gesehen.¹⁰² Im System freiwilliger Eintragungen kristallisiert sich jedoch der Anreiz, Erwartungen von Geschäftspartnern im Rechtsverkehr gerecht zu werden, heraus. Indem der *Lock-in*-Effekt des Registers von Firmenbestattungen Abstand nimmt, symbolisiert die freiwillige Registrierung zugleich eine Distanz von solch unseriösem Verhalten. Gesellschaften, die Seriosität ausstrahlen wollen, werden sich daher dennoch eintragen lassen. § 707a Abs. 4 BGB n. F. steht Eintragungsvorhaben damit nicht effektiv entgegen.

d) Publizität

aa) Materielle Publizität

Eine isolierte Registrierung würde das Publizitätsdefizit nicht lösen. Erst § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ordnet durch den Verweis auf § 15 HGB eine materielle Publizität an. Der damit gewährleistete abstrakte Vertrauensschutz in Form negativer und positiver Publizität ist zwingend für einen verlässlichen Rechtsverkehr.¹⁰³ Dazu tritt das schützenswerte Vertrauen in die Aktualität des Gesellschaftsregisters, indem § 707 Abs. 3 BGB n. F. eine Eintragungspflicht bei Änderungen vorsieht.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 19/27635, S. 133.

¹⁰¹ Siehe dazu § 107 Abs. 2 S. 2 HGB n. F.; siehe zum Statuswechsel *Hermanns* (Fn. 15), § 2 Rn. 21 ff.

¹⁰² Siehe Fn. 68.

¹⁰³ *Michels*, Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2020, S. 178 ff.; *Röder* (Fn. 4), S. 483; *Schäfer* (Fn. 4), S. E 68.

Zweifel, ob die Geltung von § 15 HGB außerhalb von Handelsgesellschaften angemessen ist,¹⁰⁴ verblasen mit Blick auf den Leitbildwechsel der GbR und die Annäherung an die OHG. Aus systematischer Sicht spricht dafür zudem § 5 Abs. 2 PartGG, der für das Partnerschaftsregister ebenso auf § 15 HGB verweist. In der Realität der unternehmenstragenden GbR ist eine Anwendung der handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften daher angemessen.

Der Verweis gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Von den Publizitätswirkungen ausgenommen ist nach § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. a. E. die Kaufmannseigenschaft. Dies berücksichtigt, dass eine gewerbetreibende GbR im laufenden Geschäftsbetrieb die Schwelle des § 1 Abs. 2 HGB überschreiten kann und dadurch nach § 105 Abs. 1 HGB zur OHG wird. Eine im Gesellschaftsregister eingetragene Muss-OHG kann sich nicht mit Wirksamkeit gegenüber Dritten nach § 15 Abs. 2 S. 1 HGB¹⁰⁵ der Geltung des Handelsrechts entziehen.

bb) Publizität auch bei Ersteintragung?

In der Fachdiskussion zum „Mauracher Entwurf“, dem grundlegenden Gesetzesentwurf einer Expertenkommission, wurde die Reichweite dieses Publizitätsschutzes in Frage gestellt. Abstellend auf die nur fakultative Eintragung wurde bezweifelt, dass der Tatbestand von § 15 HGB hinsichtlich einer eintragungspflichtigen Tatsache erfüllt sei.¹⁰⁶ Ohne dies ausdrücklich zu benennen wurde die Norm als Rechtsgrundverweisung ausgelegt. Angesichts des unergiebigsten Wortlauts von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ist jedoch eine darüber hinausgehende Auslegung erforderlich. Für ein abweichendes Verständnis streiten vorwiegend teleologische Gesichtspunkte:

Das MoPeG wird insbesondere vom Drang, die Publizitätsdefizite der GbR zu lösen, angetrieben. Würde die Erstregistrierung nicht von der Publizität des § 15 HGB erfasst, widerspräche dies dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Tatsächlich, insofern ist den kritischen Stimmen beizupflichten, wäre das Schutzniveau des MoPeG dann geringer als das durch § 899a BGB a. F.

¹⁰⁴ Hüffer, Die Reform des Schuldrechts im Spiegel weiterer Gutachten und Vorschläge, AcP 184 (1984), 584 (590).

¹⁰⁵ Zweifelnd dazu DAV (Fn. 68), Rn. 15.

¹⁰⁶ Zu § 707a Abs. 2 S. 1 BGB-E Geibel, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht, ZRP 2020, 137 (139); Herrler (Fn. 20), S. 57; zweifelnd auch Martens, Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum »Mauracher Entwurf«, AcP 221 (2021), 68 (97 ff.).

generierte.¹⁰⁷ Dieser Widerspruch muss zugunsten einer abweichenden Auslegung aufgelöst werden.

Auch der Zweck von § 707a Abs. 1 S. 1 BGB n. F. spricht für eine Erstreckung des Publizitätsschutzes auf die Ersteintragung. Die Inhaltsangaben der Anmeldung müssten nicht verpflichtend geregelt werden, würde ihnen keine verkehrsrelevante Bedeutung zukommen. Sie sind allerdings für den Rechtsverkehr erheblich und werden im Register verlautbart. Es wäre inkonsequent, diese Angaben von der Wirkung des § 15 HGB auszunehmen.¹⁰⁸ Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass Änderungen, bei denen nach § 707 Abs. 3 BGB n. F. zweifelsfrei ein Eintragungserfordernis besteht, inhaltlich gleich relevant sind. Unter Publizitätsaspekten lässt sich eine Differenzierung von Ersteintragung und Änderung nicht rechtfertigen.¹⁰⁹

Systematisch ähnlich gelagert ist der Fall der Kann-OHG nach § 2 S. 2 HGB. Dass fehlende Publizität der Ersteintragung aufbauend auf Unterschieden in der gesetzlichen Konzeption der Vertretungsbefugnisse größere Risiken für eine GbR als für eine Kann-OHG birgt,¹¹⁰ spricht auch für eine umfangreiche Erstreckung des § 15 HGB.

Mit der Positionierung des Gesetzgebers im finalen Regierungsentwurf zu einer Erstreckung des § 15 HGB auf die Ersteintragung¹¹¹ reduziert sich das Problem auf eine rein dogmatische Kontroverse.¹¹² Entweder sieht man den Tatbestand von § 15 HGB erfüllt, indem die Pflichtangaben der §§ 707a Abs. 1 S. 1, 707 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB n. F. als eintragungspflichtige Tatsachen gesehen werden oder man stellt darauf ab, es handele sich um eine Rechtsfolgenverweisung.¹¹³ Indes wirkt die Abkoppelung der freiwilligen Eintragung von der Pflicht zu bestimmten Inhaltsangaben gekünstelt. Dogmatisch überzeugend und vorzugswürdig ist die Auslegung von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. als Rechtsfolgenverweisung.

¹⁰⁷ Siehe nur *Geibel* (Fn. 106), S. 139.

¹⁰⁸ In diese Richtung *Baschnagel/Hilser* (Fn. 15), S. 169; *Bolkart* (Fn. 7), S. 323.

¹⁰⁹ *Aumann*, Das MoPeG: Ein Überblick für die Praxis, notar 2022, 99 (103); *Bolkart* (Fn. 7), S. 323.

¹¹⁰ Vgl. *Geibel* (Fn. 106), S. 139; *Herrler* (Fn. 20), S. 58.

¹¹¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 129.

¹¹² *Freier* (Fn. 80), S. 145 bezeichnet die Debatte als "hinfällig".

¹¹³ Zu letzterem: *Reymann*, Die GbR im Grundbuch – Auf dem Weg vom ERVGBG zum sog. MoPeG, DNotZ 2021, 103 (118).

Die gesetzgeberische Reaktion auf diese Unstimmigkeiten war durch eine wenig eindeutige Wortlautanpassung¹¹⁴ marginal. Trotz zahlreicher Formulierungsvorschläge aus der Literatur nutzte der Gesetzgeber die Chance zur Klarstellung nicht.

3. Verfahren

Nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. müssen Anmeldungen von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt werden.¹¹⁵ Stellvertretung ist möglich.¹¹⁶

a) Online-Registrierungen zur Wiederherstellung der Flexibilität der GbR

Ein Argument gegen die konstitutive Eintragung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit war der Erhalt der Flexibilität der BGB-Gesellschaft. Tatsächlich verlangsamte ein derartiges Modell den Rechtsverkehr. Dies gilt hingegen nur, wenn eine Anmeldung ausschließlich analog unter Mitwirkung eines Notars erfolgen kann. Dies ist der vom Gesetzgeber durch Verweis von § 707b Nr. 2 BGB n. F. auf § 12 HGB gewählte Weg.¹¹⁷ Denkbar ist mit Blick auf den Richtlinienvorschlag zur Ausweitung und Optimierung des Einsatzes digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht,¹¹⁸ dass einst gescheiterte Harmonisierungsvorhaben auf Unionsebene zunächst für Personenhandelsgesellschaften, anschließend auch für eingetragene Personengesellschaften anlaufen könnten. Insbesondere die GbR könnte von einer Digitalisierung des Anmeldeverfahrens als Mittel zur Kombination von Flexibilität und Rechtssicherheit profitieren.

Gleich wie stark der Wunsch nach Flexibilität sein mag, muss eine Online-Selbstregistrierung, zum Beispiel nach dem Vorbild des britischen Companies

¹¹⁴ Enders, in: BeckOK-BGB, Ed. 70, Stand: 1.5.2024, § 707a Rn. 42 ff.

¹¹⁵ Zum Eintragungsverfahren und dem notwendigen Inhalt der Anmeldung im Detail siehe Hermanns (Fn. 15), § 2 Rn. 3 ff.; Noack (Fn. 29), S. 96 ff.

¹¹⁶ So die hM Baschnagel/Hilser (Fn. 15), S. 170 f.; Hermanns (Fn. 15), § 2 Rn. 10; Riß, Die GbR nach dem MoPeG, NZG 2023, 401 (402 f.); a. A. Böhringer/Melchior, Ausgewählte Anmeldungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum neuen Gesellschaftsregister, NotBZ 2022, 361 (363); Holzer, Die registerrechtlichen Regelungen des "Mauracher Entwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts", ZNotP 2020, 239 (242 f.).

¹¹⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 135 f.

¹¹⁸ Änderung der Richtlinien 2009/102/EG und (EU) 2017/1132, COM (2023) 177.

House,¹¹⁹ abgelehnt werden.¹²⁰ Ohne die Mitwirkung eines Notars kann die Richtigkeit des Registers nicht im gewohnten Standard gewährleistet werden. Die resultierende Rechtsunsicherheit wäre inakzeptabel. Die Übertragung von Regelungsmodellen wie solchen des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) und des Gesetzes zur Ergänzung der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG)¹²¹ auf die GbR sind jedoch wünschenswert.¹²² Trotz Mitwirkung eines Notars und des praktischen Terminerfordernisses wäre ein Flexibilitätsgewinn erzielt.

b) Mitwirkungspflicht beim Anmeldeverfahren

Angesichts der systematischen Stellung in Kapitel 1 ist § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. nicht nach § 708 BGB n. F. disponibel, sondern zwingend. Denkbar sind Situationen, in denen das Voreintragungserfordernis wirkt, das Eintragungsvorhaben jedoch von einzelnen Gesellschaftern blockiert wird. Es stellt sich die Frage, ob aus der Voreintragungsobliegenheit eine Mitwirkungspflicht von Gesellschaftern resultieren kann und wie diese durchzusetzen wäre.

aa) Motive für Mitwirkungsvermeidung

Das Hauptmotiv, einen zur Eintragung führenden Beschluss zu blockieren, ergibt sich aus dem Konflikt zwischen den Eintragungsfolgen und dem Geheimhaltungsinteresse des Gesellschafters. Durch § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. wird dem Rechtsverkehr im Sinne der gesetzgeberisch angestrebten Publizität Zugang zur Identität der Gesellschafter eröffnet. Darüber hinaus ist eine eingetragene GbR nach § 20 Abs. 1 GWG zu weitergehenden Transparenzmitteilungen nach §§ 19 ff. GWG verpflichtet. Insbesondere muss Offenkundigkeit über die wirtschaftlich Berechtigten erzeugt werden. Dies konfliktiert insbesondere mit Interessen von Gesellschaftern, die bisher die Rechtsform der GbR aufgrund der Diskretion zum Rechtsverkehr wählten.

¹¹⁹ Für fünfzig Pfund kann mit einer Bearbeitungszeit von 24 Stunden eine Private Limited Company registriert werden; siehe dazu unter *UK government*, Register your company, 2024, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/limited-company-formation/register-your-company> (zuletzt abgerufen am 30.5.2024).

¹²⁰ Vgl. *Herrler* (Fn. 20), S. 56.

¹²¹ Siehe dazu *Noack*, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), BB 2021, 643 (645).

¹²² So auch *J. Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, 112 (118).

bb) Herleitung einer Mitwirkungspflicht

(1) Notwendigkeit

Verfahrensrechtliche Voraussetzungen berühren die materielle Rechtslage grundsätzlich nicht. Es besteht eine rechtliche Unabhängigkeit. Beispielsweise ist die Eintragung des § 106 Abs. 6 HGB n. F. nur deklaratorisch. Die Beteiligung einer nicht registrierten GbR an einer OHG würde aufgrund von § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. nicht eingetragen werden. Dennoch wäre sie unabhängig davon materiell wirksam. Anderes gilt, wenn beispielsweise nach § 873 Abs. 1 BGB eine Eintragung in das Grundbuch für den Eigentumserwerb konstitutiv ist. Dann schlägt die verfahrensrechtliche Komponente auf die materielle Rechtslage durch. Ist der Gesellschaftszweck beispielsweise nur durch den Erwerb von Grundstücken zu fördern, wäre die nicht eingetragene GbR aufgrund eines Registrierungsmaßnahmen dissentierenden Gesellschafters handlungsunfähig.¹²³ Eine derartige Verzahnung von Verfahrensrecht und materiellem Recht kann sich aber auch auf andere Rechtsträger auswirken.¹²⁴ Etwa könnte eine GmbH mangels Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. nicht gegründet werden. Auch könnten GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen erfolgen, ohne in der Gesellschafterliste verlaublich zu werden.¹²⁵ Es besteht daher ein Bedürfnis nach einer durchsetzbaren Mitwirkungspflicht.

(2) Dogmatische Umsetzung

Eine Mitwirkungspflicht könnte sich aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben. Dies ist nur angemessen, wenn eine Interessenabwägung zugunsten der Gesellschaft und damit zulasten der Minderheit und deren Geheimhaltungsinteresse ausfällt, insbesondere dann, wenn die GbR ohne Eintragung den Gesellschaftszweck nicht erfüllen kann.¹²⁶ Maßgeblich in der Abwägung ist eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Entscheidend ist dabei auch der Gründungszeitpunkt der Gesellschaft. Wurde der Gesellschaftsvertrag in Kenntnis der Voreintragungserfordernisse des MoPeG geschlossen, kann eine antizipierte Zustimmung zu Anmeldungen entnommen werden. Handelt es sich um Bestands-GbRs, die lange vor der Reform gegründet wurden, müssen bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages auch die Begleitumstände berücksichtigt

¹²³ Vgl. *Heckschen/Knaier* (Fn. 50), § 9 Rn. 228p.

¹²⁴ Ausführlich *John* (Fn. 47), S. 245 ff.; *Stock* (Fn. 47), S. 362 ff.

¹²⁵ Siehe dazu bereits oben **C. II. 1. b) bb)**; dazu auch *Bolkart*, Die GbR als GmbH-Gesellschafterin nach Inkrafttreten des MoPeG, *MittBayNot* 2024, 110 (113 f.).

¹²⁶ *John* (Fn. 47), S. 244; *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 660.

werden.¹²⁷ Das Geheimhaltungsinteresse ist hier höher zu werten, da es zum Gründungszeitpunkt legitim war. Jedoch ist das Diskretionsinteresse am Eingriffsinteresse der Gesellschaft und an der persönlichen Zumutbarkeit für die Betroffenen zu messen.¹²⁸ Je gravierender der Eingriff in die Mitgliedschaft, desto höhere Anforderungen bestehen an das Interesse der Gesellschaft an der Maßnahme. Es gilt den Gesellschaftszweck im Sinne des Unternehmensgegenstandes¹²⁹ und die dahingehenden Förderpflichten umso präziser zu bestimmen. Ist eine GbR nach dieser Auslegung handlungsunfähig, etwa weil der Unternehmensgegenstand ein Grundstückshandel ist, der zwangsläufig in den Bereich von § 47 Abs. 2 GBO n. F. fällt, ist ein überwiegendes Eingriffsinteresse gegeben. Es muss in diesem Fall eine Pflicht zur Mitwirkung an der Eintragung aus der Treuepflicht bestehen;¹³⁰ vertikal zur GbR und horizontal zu den Mitgesellschaftern.¹³¹ Gleiches muss für die GbR selbst als Gesellschafterin eines anderen Rechtsträgers gelten.¹³²

c) Durchsetzung

Insbesondere ist an einen Ausschluss des blockierenden Gesellschafters nach § 727 BGB n. F. zu denken. Nach oben genannten Maßstäben ist die Mitwirkung an der Eintragung „wesentlich“ i. S. v. § 727 S. 2 BGB n. F. Ein Verbleib des dissentierenden Gesellschafters ist unzumutbar. Die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ausschluss aus wichtigem Grund sind gegeben.

¹²⁷ John (Fn. 47), S. 244.

¹²⁸ Vgl. BGHZ 203, 77 Rn. 19; siehe dazu *Wertenbruch*, Abschied von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, DB 2014, 2875 (2877).

¹²⁹ Die bei Kapitalgesellschaften übliche Unterscheidung zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand wird bei Personengesellschaften üblicherweise nicht vorgenommen, siehe dazu *Schöne*, in: BeckOK-BGB, Ed. 70, Stand: 1.5.2024, § 705 Rn. 37.

¹³⁰ Siehe zur ggf. erforderlichen teleologischen Reduktion *Bormann/Kraus* (Fn. 16), S. 56 f.; *Göthel*, in: Lutter, 7. Aufl. 2024, § 235 Rn. 12, § 246 Rn. 30; *Stock* (Fn. 47), S. 368 f.

¹³¹ *Lay/Sorg* (Fn. 15), S. 661; *Stock* (Fn. 47), S. 368; *Freier* (Fn. 80), S. 139.

¹³² *Stock* (Fn. 47), S. 367 f.

D. Die Sitzwahlfreiheit im Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit

I. Folgen der Sitzspaltungsfreiheit für eingetragene Personengesellschaften

Ungeachtet der fraglichen Reichweite des Vertragssitzprivilegs der eGbR aus § 706 S. 2 BGB n. F.¹³³ ist der Weg eingetragener Personengesellschaften deutscher Rechtsform ins Ausland gebahnt. Folgt der Zuzugsstaat der Sitztheorie, erfolgt ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel. Gilt hingegen, wie etwa in den EU-Mitgliedstaaten oder bei Parteien von Anerkennungsabkommen¹³⁴, die Gründungstheorie, ist eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich.

II. Kollision mit der Niederlassungsfreiheit

Nur registrierte Personengesellschaften, insbesondere nicht die nicht eingetragene GbR, werden von der Sitzwahlfreiheit privilegiert. Diese differenzierte Ausgestaltung des deutschen Gesetzgebers könnte als eine Wegzugsbeschränkung an der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV zu messen sein. Eine erforderliche Eintragung könnte aufgrund des Aufwandes und der Kosten den Marktzugang¹³⁵ erschweren. Das Registrierungserfordernis wäre bei einem Verstoß aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte unanwendbar.¹³⁶ Dafür müsste zunächst der Schutzbereich eröffnet sein.

1. „Gesellschaft“ i. S. v. Art. 54 Abs. 1 AEUV

Nach Art. 49 Abs. 1 AEUV sind grundsätzlich Staatsangehörige eines Mitgliedstaates vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Art. 54 Abs. 1 AEUV stellt dem Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden, gleich. Eine GbR ist nach deutschem Verständnis als Personengesellschaft keine juristische Person. Die Definition der Gesellschaft in Art. 54 Abs. 2 AEUV muss autonom ausgelegt werden. Im Sinne eines weitreichenden Schutzes ist der Begriff der Gesellschaft extensiv zu verstehen

¹³³ Siehe dazu unter **C. II. 2. b) bb)**.

¹³⁴ Zum Beispiel USA (Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954), Kanada (CETA-Abkommen) oder die EWR-Staaten (Art. 31, 34 EWR-Abkommen); nicht: Schweiz (siehe BGHZ 178, 192 ff. – Trabrennbahn).

¹³⁵ Siehe zum Erfordernis dieses Kriteriums: *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 8.

¹³⁶ Dafür *Riß*, GbR: Sitzwahlrecht nur bei Eintragung in das Gesellschaftsregister, MDR 2023, 805 (Rn. 36).

und nicht auf juristische Personen zu reduzieren.¹³⁷ An den erforderlichen Erwerbzweck sind geringe Anforderungen zu stellen.¹³⁸ Eine deutsche GbR ist unabhängig von einer öffentlichen Registrierung eine „Gesellschaft“ i. S. v. Art. 54 Abs. 1 AEUV.¹³⁹

2. EuGH-Rechtsprechung zu Wegzugsbeschränkungen

Nach Art. 54 Abs. 1 AEUV muss eine Gründung nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erfolgt sein. Dieses Tatbestandsmerkmal wird maßgeblich von der Rechtsprechung des *EuGH* zu rechtsformwahrenden Sitzverlegungen beeinflusst. Unter anderem wurden Vorgaben für den Gründungsstaat als Wegzugsstaat aufgestellt. Der *EuGH* bestätigt eine ausschließliche Regelungskompetenz jedes Mitgliedstaates über die Entstehung und den Erhalt der Eigenschaft einer Gesellschaft, Trägerin der Niederlassungsfreiheit zu sein.¹⁴⁰ Im Sinne der Geschöpftheorie¹⁴¹ werden die Voraussetzungen der Trägerschaft der Niederlassungsfreiheit in einer sogenannten Vorfrage beantwortet.¹⁴² Diese ist vorgeschaltet und nicht an der Niederlassungsfreiheit zu messen. Erst Beschränkungen infolge einer positiven Beantwortung der Vorfrage bedürfen einer Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit.¹⁴³

3. Registrierungserfordernis als Teil der Vorfrage

Ob das Registrierungserfordernis an der Niederlassungsfreiheit zu messen ist, richtet sich also danach, ob es Teil der Vorfrage im Sinne des *Cartesio* Urteils des *EuGH* ist oder außerhalb davon eine Wegzugsbeschränkung darstellt.

Röß führt für ein Verständnis des Eintragungserfordernisses außerhalb der Vorfrage an, eine bestehende Parallele zum *EuGH*-Urteil in der Sache *Polbud*¹⁴⁴

¹³⁷ *Fortshoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 81. EL 2024, Art. 54 AEUV Rn. 5 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 54 AEUV Rn. 4; *Roth*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, ZGR 2014, 168 (176 f.).

¹³⁸ *Korte*, in: Callies/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 54 AEUV Rn. 10; *Müller-Graff* (Fn. 136), Rn. 2 f.

¹³⁹ *Schön*, Die Personengesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 187 (2023), 123 (131 ff.).

¹⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 110.

¹⁴¹ *V. Hein*, in: MüKo-BGB XII, 9. Aufl. 2024, Art. 3 EGBGB Rn. 95; *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458 (461).

¹⁴² *EuGH*, Urt. v. 27.9.1988, C-81/87, *Daily Mail*, Rn. 19 ff.; *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 109.

¹⁴³ *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Rn. 28 ff.

¹⁴⁴ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*.

sprache für eine Eröffnung des Schutzbereichs.¹⁴⁵ Die behauptete Parallele besteht nicht. Der *EuGH* stellte fest, dass eine polnische Gesellschaft ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit ihren Satzungssitz verlegen könne.¹⁴⁶ Die Löschung im Handelsregister, die als Vollzug der Sitzverlegung zu sehen ist, war abhängig von der Liquidation der Gesellschaft. Vorliegend steht die formwahrende Verwaltungssitzverlegung im Gegensatz zur rechtsformwechselnden Satzungssitzverlegung im Mittelpunkt. Das Registrierungserfordernis für GbRs ist darüber hinaus nicht bloße Vollzugsvoraussetzung auf zweiter Stufe, sondern konstitutiv für einen möglicherweise zu verlegenden Sitz auf erster Stufe.

Der Gesetzgeber begründet das Registrierungserfordernis einerseits als notwendig für den Rechtsverkehr,¹⁴⁷ andererseits zählt er es als Teil des Anreizsystems.¹⁴⁸ Darin sieht *Röß* einen Widerspruch, der für die Eröffnung des Schutzbereiches spräche.¹⁴⁹ Aus der Aufnahme der möglichen Verwaltungssitzverlegung nach Registrierung in den Katalog der Eintragungsanreize kann nicht geschlossen werden, eine Sitzverlegung wäre nach Auffassung des Gesetzgebers auch ohne Eintragung möglich gewesen. Vielmehr ist die Aufnahme als Anreiz ein Hinweis, eine hohe Akzeptanz der Reform werde aufgrund des zuvor bekundeten Bedürfnisses nach einer Sitzverlegung erwartet. Für dieses Verständnis spricht die ausführliche Begründung zur Notwendigkeit im Gegensatz zur lapidaren Nennung des Privilegs als Teil des Anreizsystems.¹⁵⁰

Der *EuGH* stellte fest, dass nicht nur die Gründungsvoraussetzungen, sondern auch die „Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird“¹⁵¹ in der Regelungskompetenz des Mitgliedstaats steht. Eine Registrierung ist zwar nicht für die Gründung, aber für eine Sitzspaltung notwendig. Eine Verlegung des Verwaltungssitzes ist ihrerseits an die Sitzspaltung geknüpft. Nicht eingetragene GbRs werden weiterhin aufgelöst und liquidiert, wenn sie ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen. Das Registrierungserfordernis regelt also

¹⁴⁵ *Röß* (Fn. 136), Rn. 18.

¹⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*, Rn. 49.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 127; *Röß* (Fn. 136), Rn. 13 bezweifelt die Ausführungen zur Notwendigkeit eines inländischen Vertragssitzes, übersieht jedoch, dass eine Sitzverlegung ohne Publizität zu Schutzlücken führte; siehe dazu *Schön* (Fn. 139), S. 138 ff.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

¹⁴⁹ *Röß* (Fn. 136), Rn. 17 f.

¹⁵⁰ Während die Sitzverlegung über eine Seite begründet wird, erfolgt die Nennung beiläufig.

¹⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 110.

die Voraussetzungen für den Erhalt der Trägerschaft der Niederlassungsfreiheit. Es ist Teil der Vorfrage.¹⁵² Der Schutzbereich ist nicht eröffnet. Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit ist daher ausgeschlossen.¹⁵³

E. Ergebnisse

1. Eine Registrierung von GbRs verbessert die Verlässlichkeit des Rechtsverkehrs und erzeugt Rechtssicherheit. Sie verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.
2. Die Kopplung von Registrierung und Rechtsfähigkeit der GbR wäre trotz teils ausgelöster Friktionen überzeugender gewesen, um die bemängelten Publizitätsdefizite zu beheben.
3. Sowohl die Voreintragungsobliegenheiten, obgleich im Kern zu begrüßen, als auch das Anreizsystem des MoPeG sind zulasten der Verkehrssicherheit defizitär.
4. Ob das MoPeG eine „Jahrhundertreform“ ist, verrät die Zukunft, die zeigen wird, ob sich die Spekulationen des Gesetzgebers bewahrheiten.

¹⁵² So auch *Schall*, in: *Heidel*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2024, § 706 Rn. 14; *Ders.*, in: *Heidel/Hirte*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 17 Rn. 26.

¹⁵³ Im Ergebnis zustimmend: *Lieder/Hilser*, Das internationale Personengesellschaftsrecht des MoPeG, ZHR 185 (2021), 471 (493 f.); *Schön* (Fn. 139), S. 137; *Wertenbruch*, Sitz, Gesellschaftsstatut und nationale sowie internationale Gerichtsstände der Personengesellschaft nach MoPeG, NZG 2023, 1343 (1344); a. A. *Röß* (Fn. 136), Rn. 15 ff.