

## Gesellschaftsvertrag und Entstehung der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF

Prof. Dr. Johannes Wertenbruch\*

### I. § 705 BGB nF – das Tor zum modernisierten Recht der GbR

Das MoPeG wirft schon vor seinem Inkrafttreten vor allem bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen seine Schatten voraus. Dieser Beitrag beleuchtet die Prämissen des Gründungsvertrags und der Entstehung der GbR im Innen- und Außenverhältnis. Die rechts- und parteifähige GbR ist das neue Leitbild der modernisierten §§ 705 ff. BGB nF. Dieser Paradigmenwechsel geht einher mit der Frage, inwieweit die tradierten Grundsätze der Gesamthandsgesellschaft unmittelbar oder vielleicht in einem anderen legislatorischen Gewande auch künftig in Erscheinung treten. Das neue Gesellschaftsregister dient nicht nur der Publizität der Gesellschaftsverhältnisse, sondern spielt zudem eine wichtige Rolle bei der Entstehung der GbR nach außen, obgleich die Rechtsfähigkeit nicht von der Registrierung abhängt. Erläuterungsbedürftig ist auch das Verhältnis zwischen Registereintragung und der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF.

### 1. Die Entstehung des MoPeG

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts tritt am 1.1.2024 in Kraft. Der 71. Deutsche Juristentag 2016 befasste sich im Anschluss an das von *Carsten Schäfer* erstattete Juristentags-Gutachten im Rahmen der Verhandlungen der wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit Fragen der Reform des Rechts der Personengesellschaft und beschloss eine weitreichende Reform des Personengesellschaftsrechts. Die auf Grundlage des Koalitionsvertrags der CDU-CSU-SPD-Regierung vom damaligen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eingesetzte Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts erarbeitete von 2018 bis 2020 den Mauracher Entwurf.<sup>1</sup> Das MoPeG beruht ganz überwiegend auf diesem Entwurf.

### 2. Der Paradigmenwechsel im Recht der GbR

#### a) Die gesamthänderische Sprachverwirrung in den bisherigen §§ 705 ff. BGB

Bei der Beratung des BGB von 1900 konzipierte die 1. Kommission das Recht der GbR als reines Schuldverhältnis mit der Folge, dass § 629 I. BGB-Entwurf mit dem Gesellschaftsvertrag einen reinen Schuldvertrag regelte. Dies stand im Zusammenhang mit der allgemeinen Vorbildfunktion des römischen Rechts für den 1. BGB-Entwurf. Im Rahmen der Beratung des 2. BGB-Entwurfs wurde zwar insbesondere mit den §§ 718, 719 BGB das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip eingeführt. Die begrifflich und inhaltlich nur auf das Bestehen eines reinen Schuldverhältnisses bezogenen Vorschriften des Rechts der GbR wurden aber nicht mehr geändert. Die Frage der Rechtsnatur der GbR und damit auch der Rechts- und Parteifähigkeit wurde auf dieser disharmonischen Paragrafengrundlage vielmehr Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.<sup>2</sup> Dieser unvollendete Paradigmenwechsel bei der Bera-

\* Der Autor ist Mitherausgeber der Zeitschrift für das Recht der Personengesellschaften und Direktor des Instituts für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Philipps-Universität Marburg. Er war von 2018 bis 2020 Mitglied der vom damaligen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eingesetzten „Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts.“

1 Vgl. zur Entstehung den Bericht über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Abschlussbericht Mauracher Entwurf, Vorwort (abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung\\_PersonengesellschaftsR.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung_PersonengesellschaftsR.html), zuletzt abgerufen am 15.12.2022). Mitglieder der Kommission waren: Vorsitzender Richter am BGH a.D. Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Barbara Grunewald (Köln), Notar Dr. Marc Hermanns, Rechtsanwältin Prof. Dr. Thomas Liebscher, Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, Prof. Dr. Carsten Schäfer (Mannheim), Prof. Dr. Frauke Wedemann (Münster) und Prof. Dr. Johannes Wertenbruch (Marburg). Geleitet wurde die Kommission von Ministerialrat Dr. Eberhard Schollmeyer, LL.M. Die Bezeichnung „Mauracher Entwurf“ beruht darauf, dass die abschließende Redaktionskonferenz auf Schloss Maurach am Bodensee stattfand.

2 Mugdan, Protokolle II, 1899, S. 990.

tung des BGB von 1900 führte deshalb über ein Jahrhundert lang zu Dissonanzen, die bereits im Gesetzestext angelegt waren. So werden insbesondere „Gesellschaftsvermögen“ und „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ synonym verwendet. Auf die Spitze getrieben wurde diese Sprachverwirrung durch § 718 Abs. 1 BGB, nach dem die „für die Gesellschaft“ erworbenen Gegenstände „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)“ werden. Aufgrund dieses offen zutage tretenden Widerspruchs musste die Formulierung „Gesellschafter“, sofern es um die GbR als solche ging, im Sinne von „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“ verstanden werden, die als Gruppe rechtsfähig ist.<sup>3</sup> Dies galt dann auch für die Auslegung des ebenfalls widersprüchlich formulierten § 736 ZPO („ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich“) bezüglich der Parteifähigkeit in Prozess und Zwangsvollstreckung.<sup>4</sup>

#### b) Konzeption eines neuen Leitbilds durch die rechtsfähige GbR nach § 705 Abs. 2 BGB nF

Die Vorschrift des § 705 Abs. 1 BGB nF über den Abschluss des Gesellschaftsvertrags stimmt im Wesentlichen mit der bislang geltenden Fassung des § 705 BGB überein. Die Neuregelung des § 705 Abs. 2 BGB enthält eine Legaldefinition sowohl für die rechtsfähige als auch die nicht rechtsfähige Gesellschaft.<sup>5</sup> § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF konzipiert – im Sinne eines gesetzlichen Leitbilds – die GbR in Form der rechtsfähigen Gesellschaft als auf Dauer angelegte, mit eigenen Rechten sowie Pflichten ausgestattete Personengesellschaft grundlegend neu.<sup>6</sup> Die legislatorische Trennung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Variante der GbR in § 705 Abs. 2 BGB nF ist der Tatsache geschuldet, dass beide Erscheinungsformen in der Praxis verbreitet sind.<sup>7</sup> Insbesondere die §§ 706–707d BGB nF über den Sitz der Gesellschaft und die Registrierung im Gesellschaftsregister sowie die §§ 719–722 BGB nF über das Rechtsverhältnis der GbR zu Dritten sind nur auf die rechtsfähige GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF anwendbar. Für die nicht rechtsfähige Gesellschaft (Innengesellschaft) verweist § 740 Abs. 2 BGB nF auf bestimmte Vorschriften des „Kapitel 2“ zum „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft“. In Bezug auf die Beendigung und die Auseinandersetzung der Innengesellschaft sowie das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GbR enthalten die §§ 740a–740c BGB nF Sonderbestimmungen, die das insoweit geltende Recht der rechtsfähigen GbR zum Teil für entsprechend anwendbar erklären.

## II. Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags

Nach § 705 Abs. 1 BGB nF verpflichten sich „die Gesellschafter“ durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags, die Erreichung eines „gemeinsamen Zwecks“ in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Wenn die GbR nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, handelt es sich um eine rechtsfähige GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF. Aufgrund der Verpflichtung der Gesellschafter zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks

stellt jede GbR, also sowohl die Außengesellschaft als auch die Innengesellschaft (nicht rechtsfähige Gesellschaft), zumindest auch ein vertragliches Schuldverhältnis dar.<sup>8</sup> Betont wird das obligatorische (schuldvertragliche) Element des Gesellschaftsvertrags mit der tatbestandlichen Formulierung „durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags“.<sup>9</sup> Bei der rechtsfähigen GbR wird dieses – immer gegebene – schuldvertragliche Element des Gesellschaftsvertrags ergänzt durch das organisationsrechtliche Element in Gestalt der Errichtung der nach außen in Erscheinung tretenden Gesellschaft.<sup>10</sup> Eingedenk dieser Ergänzung stellt der auf die Errichtung einer rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF bezogene Gesellschaftsvertrag – im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer Innengesellschaft (nicht rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB nF) – kein Aliud dar. Der Gesellschaftsvertrag der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 1 iVm Abs. 2 Var. 1 BGB nF hat vielmehr nach wie vor eine Doppelnatur.<sup>11</sup> Bei der Innengesellschaft iSd § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB nF besteht dagegen der Gesellschaftsvertrag nur aus dem schuldvertraglichen Element. Die bei jeder GbR zumindest auch vorhandene schuldvertragliche Komponente des Gesellschaftsvertrags, die bei der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF zu einem Innenverhältnis in Gestalt eines Schuldverhältnisses führt, ist ein wesentlicher Rechtfertigungsgrund für die durch das MoPeG nicht veränderte systematische Platzierung des Rechts der GbR im Besonderen Schuldrecht des BGB.<sup>12</sup>

## III. Zwei-Gesellschafter-Erfordernis – Mehrgliedrigkeit als Strukturmerkmal der Personengesellschaft

Sowohl die Gründung einer GbR durch Abschluss des Gesellschaftsvertrags als auch der Fortbestand der wirksam gegründeten Gesellschaft setzen grundsätzlich die Beteiligung von mindestens zwei Gesellschaftern voraus.<sup>13</sup> Die Mehrgliedrigkeit ist eines Zwei-Gesellschafter-Erfordernisses ist – auch auf

3 Vgl. BGHZ 146, 341 (347) = NJW 2001, 1056 (1058) („Gruppe ihrer gesamthänderischen Mitglieder“).

4 BGHZ 146, 341 (353) = NJW 2001, 1056 (1059) („Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch gebundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil gegen alle Gesellschafter im Sinne des § 736 ZPO“); Wertenbruch, Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 122 ff.

5 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125 f.

6 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

7 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 126.

8 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125 („Erstens stellt jede Gesellschaft bürgerlichen Rechts jedenfalls auch ein vertragliches Schuldverhältnis dar“); ebenso Begründung Referentenentwurf, 139; Begründung Mauracher Entwurf, 69 f.

9 Vgl. Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125 zur Formulierung „durch den Gesellschaftsvertrag“ des bisherigen § 705 BGB.

10 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161 („Als Rechtssubjekt entsteht sie im Verhältnis zu den Gesellschaftern bereits mit dem wirksamen Abschluss des Gesellschaftsvertrags, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll“); Begründung Referentenentwurf, S. 139 („Organisationsakt zur Errichtung eines Rechtsträgers“).

11 Begründung Referentenentwurf, 118; vgl. zum bisherigen Recht MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 162; Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Träger, Stand: September 2022, § 4 Rn. 102; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, HGB § 105 Rn. 69.

12 Vgl. dazu Wertenbruch GmbHR 2021, 1 Rn. 3.

Grundlage der Neufassung der §§ 705 ff. BGB durch das MoPeG – ein Strukturmerkmal der Personengesellschaft.<sup>14</sup> In Bezug auf die Gründung der GbR nach § 705 Abs. 1 BGB nF ergibt sich diese Grundvoraussetzung der GbR zweifelsfrei aus der tatbestandlichen Formulierung „in dem sich die Gesellschafter verpflichten“. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu § 1 GmbHG, nach dem die GmbH „durch eine oder mehrere Personen errichtet“ werden kann. Die Abhängigkeit des weiteren Fortbestands der GbR vom Vorhandensein zweier Gesellschafter folgt zwingend aus § 712a BGB nF.<sup>15</sup> Denn nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB nF erlischt die GbR ohne Liquidation, wenn nur noch ein Gesellschafter verbleibt (Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters). Der Eintritt des Erlöschens der GbR ohne vorherige Liquidation folgt hier daraus, dass Auflösung und Vollbeendigung zeitlich zusammenfallen.<sup>16</sup> Das Gesellschaftsvermögen geht gem. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über.<sup>17</sup> Es liegt hier zwar kein echter Fall der Anwachsung nach § 712 Abs. 1 BGB nF im rechtstechnischen Sinne vor.<sup>18</sup> Denn die GbR als solche besteht nicht mehr.<sup>19</sup> Gleichwohl handelt es sich um eine Folge, die schon auf Grundlage des bisherigen Rechts der GbR anerkannt ist und im gesamthandsrechtlichen Prinzip der Anwachsung ihren Ursprung hat.<sup>20</sup> Träger des bislang von der rechtsfähigen GbR gehaltenen Vermögens wird bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters der verbleibende Gesellschafter.<sup>21</sup> Das Gesellschaftsvermögen iSd § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF umfasst nach der auch hier unmittelbar einschlägigen Definition des § 713 BGB nF sowohl das Aktiv- als auch das Passivvermögen.<sup>22</sup> Auf den verbleibenden Gesellschafter gehen daher auch die Verbindlichkeiten der bisherigen GbR über.

#### **IV. Wegfall des Tatbestandsmerkmals „gegenseitig“ – begriffliche Distanzierung vom gegenseitigen Vertrag iSd §§ 320–326 BGB**

##### **1. Die Verdrängung der §§ 320–326 BGB durch Spezialvorschriften des Gesellschaftsrechts – bisherige Rechtslage**

Nach der noch bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung des § 705 BGB verpflichten sich die Gesellschafter „gegenseitig“, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Die Regelung des § 705 Abs. 1 BGB nF übernimmt dagegen mit der Formulierung „Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, [...]“ das bisherige Tatbestandsmerkmal „gegenseitig“ nicht. Im Allgemeinen Schuldrecht des BGB enthalten die §§ 320–326 BGB für „gegenseitige Verträge“ besondere Regelungen über Arten von Leistungsstörungen, die leicht auch bei GbR-Gesellschaftsverträgen zutage treten können. Das gilt insbesondere für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB und den Rücktritt nach Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB bei Nichterbringung der geschuldeten fälligen Leistung. Die

Frage der Anwendung dieser Normen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts stellt sich vor allem dann, wenn ein Gesellschafter die durch den Gesellschaftsvertrag übernommene Bar- oder Sacheinlage nicht an die GbR leistet. Im Falle der Anwendung der §§ 320 ff. BGB auf den Gesellschaftsvertrag der GbR könnte ein Gesellschafter, sofern sich ein anderer Gesellschafter mit der Leistung der Einlage im Verzug befindet, seinerseits die Leistung der geschuldeten Einlage gem. § 320 Abs. 1 BGB verweigern und/oder dem säumigen Gesellschafter gem. § 323 Abs. 1 BGB eine Nachfrist setzen, deren fruchtloser Ablauf ein Recht auf Rücktritt vom Gesellschaftsvertrag zur Folge hätte. Obwohl auf Grundlage des bisherigen Rechts der GbR von der überwiegenden Auffassung die Einordnung des Gesellschaftsvertrags als gegenseitiger Vertrag bejaht wird,<sup>23</sup> besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass bei Vorliegen eines in Vollzug gesetzten Gesellschaftsvertrags die Rechtsfolgen der §§ 320 ff. BGB durch die besonderen gesellschaftsrechtlichen Regelungen über die Auflösung und die Kündigung verdrängt werden.<sup>24</sup> Dadurch stellte sich für den MoPeG-Gesetzgeber bei der Neukonfiguration des § 705 BGB die Frage der Sinnhaftigkeit des Attributs „gegenseitig“.

##### **2. Die Bestätigung der Rechtsprechung des RG und des BGH durch § 705 Abs. 1 BGB nF**

Das MoPeG führt in Bezug auf die Nichtanwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts der §§ 320–326 BGB im Ergebnis nicht zu einer Veränderung der Rechtslage. Das bisherige Tatbestandsmerkmal „gegenseitig“ hat nach der Begründung zum Gesetzentwurf für die Unterscheidung zwi-

13 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147; Begründung Mauracher Entwurf, 70; zu bisherigem Recht MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 60; Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Träger, Stand: Juni 2019, § 5 Rn. 145; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, HGB § 105 Rn. 53.

14 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147; vgl. zu § 712a BGB Referententwurf Wertenbruch GmbHR 2021, 1 Rn. 3.

15 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 146 f.

16 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

17 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

18 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

19 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

20 BGH NJW 2008, 2992; BGH NJW-RR 2002, 538; BGH GmbHR 1999, 188; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 738 Rn. II; Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Wertenbruch, Stand: Juni 2019, § 25 Rn. 565.

21 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

22 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147.

23 RGZ 76, 276 (279); BGH NJW 1951, 308; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 165; BeckOGK/Geibel, Stand: 1.1.2019, BGB § 705 Rn. 76; Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Träger, Stand: September 2022, § 4 Rn. 104; Henssler/Strohn GesR/Servatius, 5. Aufl. 2021, BGB § 705 Rn. 17; Grüneberg/Sprau, 82. Aufl. 2023, BGB § 705 Rn. 13; Hüttemann Leistungsstörungen bei PersGes, 1998, S. 72 ff.; U. Huber Leistungsstörungen, 1999, Band II, § 47 IV 1, S. 484 ff.; aA BeckOK BGB/Schöne, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 705 Rn. 67; krit. Erman/Westermann, 16. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 43.

24 RGZ 76, 276 (279); RGZ 78, 303 (305); RGZ 81, 303 (305); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 167 ff.; BeckOGK/Geibel, Stand: 1.1.2019, BGB § 705 Rn. 76 ff.; BeckOK BGB/Schöne, 63. Ed. 1.5.2022, BGB § 705 Rn. 67 f.; Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Träger, Stand: September 2022, § 4 Rn. 103; Erman/Westermann, 16. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 44 f.; Grüneberg/Sprau, 82. Aufl. 2023, BGB § 705 Rn. 13; Hüttemann Leistungsstörungen bei PersGes, 1998, S. 72 ff.; U. Huber Leistungsstörungen, 1999, Band II, § 47 IV 1, S. 483 ff.

schen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger GbR keine erkennbare Bedeutung.<sup>25</sup> Die Bezeichnung werde vielmehr nur im Zusammenhang mit der Anwendung der §§ 320 ff. BGB bei Störungen im Zusammenhang mit der Erbringung der Beitragsleistungen diskutiert.<sup>26</sup> Abgesehen davon sei, so die amtliche Begründung, die Terminologie unglücklich gewählt.<sup>27</sup> Jedenfalls eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 320 ff. BGB komme nämlich nicht in Betracht.<sup>28</sup> Die Streitfrage bleibe aber gleichwohl einer Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten.<sup>29</sup> Die Problematik der Einordnung des Gesellschaftsvertrags der GbR als „gegenseitiger Vertrag“ wird zwar, worauf die amtliche Begründung zu Recht hinweist, von der Neufassung des § 705 BGB nF nicht entschieden.<sup>30</sup> Durch die Streichung des Wortes „gegenseitig“ entfernt sich § 705 Abs. 1 BGB nF aber nunmehr auch schon begrifflich von den §§ 320–326 BGB, bei denen die Formulierung „gegenseitiger Vertrag“ jeweils ein zentrales und für die Anwendung der Norm notwendiges Tatbestandsmerkmal ist. Durch diese eindeutige begriffliche Distanzierung von den §§ 320–326 BGB wird zum einen der Aufwand für die Begründung der Nichtanwendung dieser allgemeinen Vorschriften deutlich geringer. Zum anderen kann in der Streichung von „gegenseitig“ eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung zur Nichtanwendung der in Rede stehenden Leistungsstörungsregeln des Allgemeinen Schuldrechts gesehen werden.

### 3. Der Gesellschaftsvertrag der rechtsfähigen GbR als mehrseitiger Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck

Dass der Gesellschaftsvertrag der rechtsfähigen GbR nach § 705 Abs. 1 iVm Abs. 2 Var. 1 BGB nF – aufgrund des Zwei-Gesellschafter-Erfordernisses<sup>31</sup> – ohne Zweifel ein mehrseitiger Vertrag ist, besagt noch nicht, dass es sich auch um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne des Allgemeinen Schuldrechts handelt. In Bezug auf die Frage des Bestehens eines Synallagmas und die damit zusammenhängende Geltung des „do ut des“-Prinzips („ich gebe, damit du gibst“)<sup>32</sup> bestehen nämlich Besonderheiten, die der Annahme eines gegenseitigen Vertrags iSd §§ 320 ff. BGB entgegenstehen.<sup>33</sup> Der auf das römische Recht zurückgehende strenge Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung ist – anders als bei Austauschverträgen wie dem Kauf – insbesondere beim Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer rechtsfähigen GbR nach § 705 Abs. 1 iVm Abs. 2 Var. 1 BGB nF nicht gegeben. Dies folgt zunächst daraus, dass der GbR als solcher die Ansprüche auf Leistung der übernommenen Einlage als Sozialansprüche gegen die jeweiligen Gesellschafter zustehen.<sup>34</sup> Denn nach § 713 BGB nF bilden die Beiträge der Gesellschafter sowie die für oder durch die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten das Vermögen der Gesellschaft.<sup>35</sup> Soweit eine Klage gegen einen säumigen Gesellschafter erforderlich ist, handelt es sich um einen Prozess der nach § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF, § 50 ZPO nF rechts- und parteifähigen GbR gegen den betreffenden Gesellschafter. Vertreten wird die GbR dabei gem. §§ 715, 720 BGB nF durch ihre geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter. Es

klagt also nicht ein anderer Gesellschafter eine Gegenleistung iSd §§ 320 ff. BGB ein.

Nach § 715b Abs. 1 S. 1 BGB nF ist zwar jeder Gesellschafter befugt, einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Anspruch der Gesellschaft – und damit insbesondere einen Anspruch auf Leistung einer rückständigen Einlage – gegen einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen, wenn der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter dies pflichtwidrig unterlässt (*actio pro socio*)<sup>36</sup>. Aber auch hier handelt es sich nicht um die gerichtliche Verfolgung eines eigenen, sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Anspruchs des Klägers auf Erbringung einer Gegenleistung iSd §§ 320 ff. BGB. Der klagende Gesellschafter macht vielmehr mit der durch das MoPeG für das Recht der Personengesellschaft gesetzlich zementierten *actio pro socio* einen Anspruch der GbR im eigenen Namen im Rahmen einer gesetzlichen Prozessstandschaft geltend.<sup>37</sup> Zudem spricht die in § 705 Abs. 1 BGB nF als Wesensmerkmal des Gesellschaftsvertrags hervorgehobene Verpflichtung der Gesellschafter zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks gegen die Vorherrschaft des Prinzips von Leistung und Gegenleistung im Sinne eines „do ut des“. Bestätigt wird dies durch die Regelung des § 718 BGB nF, nach der im Zweifel zum Schluss jedes Kalenderjahrs der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung zu erfolgen haben. Stimmkraft und der Anteil an Gewinn und Verlust richten sich nach § 709 Abs. 3 BGB nF. Der erzielte Jahresüberschuss gehört zunächst gem. § 713 BGB nF zum Vermögen der GbR. Soweit ein Gesellschafter qua Gewinnverteilung einen Anspruch auf unmittelbare Auszahlung eines Gewinnanteils oder Gutschrift auf einem persönlichen Gesellschafterkonto erlangt, handelt es sich um einen Sozialanspruch des betreffenden Gesellschafters gegen die GbR, also nicht um Anspruchsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern mit synallagmatischer Verknüpfung iSd §§ 320 ff. BGB. Ein einzelner Gesellschafter erbringt aufgrund dieser Vermögenskonzentration bei der GbR mit einem gesellschaftsvertraglich übernommenen Beitrag keine Leistung, um von einem anderen Gesellschafter als Vertrags-

25 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

26 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125 mit Verweis auf MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 705 Rn. 167 ff.

27 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

28 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

29 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

30 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

31 Vgl. dazu oben Rn. III.

32 Vgl. zum „do ut des“-Grundsatz im römischen Recht: In der römischen Antike betraf „do ut des“ zunächst das Verhältnis der Römer zu ihren Göttern. Zu ihren Gunsten erbrachten die Römer Opfer und leisteten Huldigungen in der Erwartung auf Vorteile im Gegenzug (<https://www.proverbia-iuris.de/do-ut-des/>; zuletzt abgerufen am 15.12.2022).

33 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125; so iE auch Schäfer/Schäfer, Das neue PersGesR, 2022, § 1 Rn. 13.

34 Vgl. Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 125.

35 Vgl. zum Begriff des Gesellschaftsvermögens unten VII.1.

36 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 154 f.

37 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 154; Schäfer/Schäfer, Das neue PersGesR, 2022, § 6 Rn. 43 ff.; Osterloh-Konrad in VGR 27, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2021, 2022, 63 Rn. 15 ff.

partner eine Gegenleistung zu erhalten. Erstrebt wird mit der eigenen Beitragsleistung vielmehr die Förderung eines gemeinsamen Zwecks als Voraussetzung für die Erwirtschaftung eines Gesellschaftsgewinns, der nach § 718 BGB nF verteilt wird und Auszahlungsansprüche gegen die GbR begründet. Der Gesellschaftsvertrag ist daher kein gegenseitiger Vertrag iSd §§ 320 ff. BGB, sondern ein mehrseitiger Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck.<sup>38</sup>

Dies gilt auch für den Gesellschaftsvertrag der Innengesellschaft. Die Innengesellschaft ist zwar gem. § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB nF nicht rechtsfähig und demzufolge nicht parteifähig (§ 50 ZPO nF). Daher hat sie gem. § 740 Abs. 1 BGB nF auch kein Vermögen. Die für die Innengesellschaft geltende Verweisungsnorm des § 740 Abs. 2 BGB nF bezieht sich dementsprechend nicht auf die Vorschrift des § 713 BGB nF, die das eigenständige Gesellschaftsvermögen der rechtsfähigen GbR regelt. Die Verweisung auf das Recht der rechtsfähigen GbR erfasst aber die Regelung des § 709 BGB nF über die Stimmkraft der Gesellschafter sowie deren Anteil an Gewinn und Verlust der Gesellschaft, so dass auch § 718 BGB nF über die Gewinnermittlung und -verteilung entsprechende Anwendung findet. Trotz Fehlens einer rechtsfähigen GbR als Schuldnerin von Gewinnansprüchen besteht also aufgrund der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks und der Gewinnverteilung durch Beschluss nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags und der subsidiär zum Zuge kommenden Regelung des § 709 BGB nF zwischen den einzelnen Gesellschaftern der Innengesellschaft kein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne eines „do ut des“. Zudem kann für das Nichtvorliegen eines gegenseitigen Vertrags iSd §§ 320 ff. BGB und die schon daraus folgende Nichtgeltung dieser Vorschriften auf den Gesellschaftsvertrag der Innengesellschaft angeführt werden, dass § 740a BGB nF die Beendigung dieser GbR-Variante eigenständig regelt. Nach § 740a Abs. 2 BGB nF endet die Innengesellschaft, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich geworden ist. Die Rechtsfolgen einer Unmöglichkeit richten sich daher gerade nicht nach allgemeinem Leistungsstörungsrecht. Schließlich spricht insbesondere § 740a Abs. 1 Nr. 4 BGB nF, nach dem die Innengesellschaft im Falle der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter endet, für die Annahme, dass Leistungsstörungen im Gesellschaftsverhältnis, also vor allem die Nichtleistung der Einlage durch einen Gesellschafter, eine Beendigung der Gesellschaft und eine nachfolgende Auseinandersetzung nach § 740b BGB nF, nicht aber eine Anwendung der §§ 320 ff. BGB wegen Vorliegens eines gegenseitigen Vertrags rechtfertigen.

## V. Entstehung der rechtsfähigen GbR im Verhältnis zu Dritten

### 1. Teilnahme am Rechtsverkehr mit Zustimmung aller Gesellschafter (§ 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF)

Nach § 719 Abs. 1 BGB nF entsteht die rechtsfähige GbR im Verhältnis zu Dritten, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister. Durch die

gesetzliche Fixierung des Zustimmungserfordernisses greift das MoPeG eine Empfehlung des 71. Deutschen Juristentages auf.<sup>39</sup> § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF soll insbesondere die in Bezug auf die bisherige Regelung des § 123 Abs. 2 HGB bestehende Streitfrage eliminieren, ob für die Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten auch genügt, dass ein – oder auch mehrere – Gesellschafter ohne oder gegen den Willen eines oder mehrerer anderer Gesellschafter für die Gesellschaft nach außen hin tätig werden.<sup>40</sup> Bei Fehlen eines auf den Geschäftsbeginn bezogenen Einverständnisses aller Gesellschafter kann im konkreten Einzelfall eine Scheingesellschaft entstehen mit der Folge, dass für die Frage der Haftung der vermeintlichen Gesellschafter die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze heranzuziehen sind.<sup>41</sup> In Übereinstimmung mit § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF statuiert für die OHG § 123 Abs. 1 S. 2 HGB nF das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.

Die Regelung des § 719 Abs. 1 BGB nF stimmt inhaltlich überein mit § 719 Abs. 1 S. 1 und S. 2 des Mauracher Entwurfs.<sup>42</sup> Für die endgültige Fassung wurden beide Sätze der Fassung des Mauracher Entwurfs – im Rahmen einer redaktionellen Überarbeitung – schon im Referentenentwurf in einem Satz zusammengefasst.<sup>43</sup> Gem. § 705 Abs. 1 iVm Abs. 2 Var. 1 BGB nF entsteht die rechtsfähige GbR als Rechtssubjekt zwar im Verhältnis zu den Gesellschaftern bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr „teilnehmen soll“.<sup>44</sup> Davon zu trennen ist aber die Frage, ab welchem Zeitpunkt die GbR in jeder Hinsicht auf Grundlage ihrer Rechtsfähigkeit auch den Vorschriften über die Vertretung und Haftung unterliegt.<sup>45</sup> In gesetzessystematischer Hinsicht ist § 719 BGB nF die erste Vorschrift des Kapitels 3 („Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten“) des Untertitels 2 („Rechtsfähige Gesellschaft“) des gesamten Rechts der „Gesellschaft“ (Titel 16 des Buchs 2 Abschnitt 8). Die weitere tatbestandliche Formulierung „am Rechtsverkehr teilnimmt“ des § 719 BGB nF bezieht sich auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit gesellschaftsfremden Dritten.<sup>46</sup> Ausreichend sind insoweit auch vorbereitende Geschäfte der GbR.<sup>47</sup> Klassisches Beispiel eines vorbereitenden Geschäfts ist zwar die Eröffnung eines Bankkontos im Namen der Gesellschaft.<sup>48</sup> Macht die Bank oder Sparkasse allerdings – was vor allem aufgrund der Vertretungsproblema-

38 Gegen das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrags auch Schäfer/Schäfer, Das neue PersGesR, 2022, § 1 Rn. 13.

39 Beschl. 18 des 71. Deutschen Juristentages in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band II/2, 2017, S. O222; Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161 f.

40 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161 mit Verweis auf Staub/Habersack, 5. Auflage 2009, HGB § 123 Rn. 20.

41 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161 f.

42 Vgl. dazu Begründung Mauracher Entwurf, 112 f.

43 Vgl. dazu Begründung Referentenentwurf, 184.

44 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161; Begründung Mauracher Entwurf, 112.

45 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 161.

46 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

47 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

48 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

tik<sup>49</sup> und der Prüfungspflichten nach GwG<sup>50</sup> zu erwarten ist – die Kontoeröffnung von einer vorherigen Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister abhängig, so führt gem. § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF schon die Registereintragung zur Entstehung der GbR im Außenverhältnis.<sup>51</sup> Daher ist auch die praktische Bedeutung der Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF gering.<sup>52</sup>

Für den rechtsgeschäftlichen Verkehr innerhalb des Gesellschaftskreises sowohl bei Entstehung der GbR, die zum Zwecke der Teilnahme am Rechtsverkehr gegründet wurde, als auch während ihres Bestehens, können Sozialansprüche – also zum Beispiel eine gesellschaftsvertraglich übernommene Einlageverpflichtung – schon vor dem gem. § 719 Abs. 1 BGB nF erfolgten Geschäftsbeginn gegen einzelne Gesellschafter geltend gemacht werden.<sup>53</sup> Die nach Gesellschaftsvertrag vertretungsberechtigten Gesellschafter können insoweit daher im Namen der nach § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF rechtsfähigen und nach § 50 ZPO nF parteifähigen GbR eine Klage gegen den säumigen Gesellschafter auf Erfüllung des Sozialanspruchs erheben. Die Klage der GbR, vertreten durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter, führt zwar im Falle des Vorliegens einer Zustimmung aller Gesellschafter gem. § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF auch zum Entstehen der Gesellschaft im Außenverhältnis, sofern nicht inzwischen schon eine Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister erfolgt ist. Im Falle einer Klage der GbR gegen einen einzelnen Gesellschafter auf Erfüllung eines Sozialanspruchs wird aber häufig gerade der verklagte Gesellschafter mit der Klageerhebung nicht einverstanden sein.

## 2. Entstehung nach § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF durch Eintragung in das Gesellschaftsregister – unwiderlegbare Vermutung

Die Entstehungsvariante „spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister“ ist im Vergleich zur Variante „mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt“ regelungstechnisch als gleichwertig anzusehen.<sup>54</sup> Die Entstehung der GbR tritt mit Eintragung in das Gesellschaftsregister *uno actu* ein, also ohne Einschränkung und unabhängig von einem gemeinsamen Willen der Gesellschafter. Die nach § 707 Abs. 1 BGB nF für die Registereintragung erforderliche Anmeldung muss zwar gem. § 707 Abs. 4 S. 1 BGB nF grundsätzlich von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt werden, so dass *prima vista* mit der Registeranmeldung immer schon der Entstehungstatbestand des § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF verwirklicht wird.<sup>55</sup> Dafür spricht zumindest eine tatsächliche Vermutung.<sup>56</sup> Einen Unsicherheitsfaktor kann aber insoweit die Konstellation darstellen, in der die zur Eintragung der GbR führende Anmeldung von einem Bevollmächtigten der GbR vorgenommen wird, der in Wirklichkeit nicht zur Vertretung aller Gesellschafter berechtigt ist.<sup>57</sup> Die in Rede stehende tatsächliche Vermutung wäre daher bei Einordnung als widerlegbare Vermutung im Falle des Nachweises einer fehlenden Vertretungsmacht des Bevollmächtigten nicht mehr geeignet, die Entstehung der GbR im Außenverhältnis

gem. § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF zu bewirken. Der auf die fehlende Vertretungsmacht bezogene Einwand der Gesellschafter, die mit der Registereintragung zumindest momentan nicht einverstanden sind, steht aber der Entstehung der GbR nach § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF „spätestens“ durch die Eintragung ohne Einschränkung nicht entgegen.<sup>58</sup> Der Rechtsverkehr kann sich vielmehr – unabhängig von Vertrauensschutzerwägungen – auf die Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister verlassen.<sup>59</sup> Aufgrund der Unbeachtlichkeit des Nichtvorliegens einer Zustimmung aller Gesellschafter und eines berechtigten Vertrauens des Rechtsverkehrs im konkreten Einzelfall stellt § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF eine unwiderlegbare Vermutung dar.<sup>60</sup> Um eine Fiktion handelt es sich deshalb nicht, weil die Eintragung in das Gesellschaftsregister bei Zweifeln bezüglich des Vorliegens einer Zustimmung aller Gesellschafter letztlich auf einem derartigen kollektiven Konsens beruhen kann.

## VI. Entstehung des Gesellschaftsvermögens nach § 713 BGB nF

### 1. Gesellschaftsvertragliche Begründung der Beitragspflicht der Gesellschafter

Soweit der Wortlaut des § 713 BGB nF statuiert, dass die „Beiträge der Gesellschafter“ – ebenso wie die von der Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten – „Vermögen der Gesellschaft“ sind, ist zwar auch die Deutung möglich, dass erst die Leistung der Beiträge zur Entstehung des Gesellschaftsvermögens führt. Es begründet aber in Wirklichkeit bereits die durch den Gesellschaftsvertrag entstandene Beitragspflicht der einzelnen Gesellschafter das Vermögen der GbR, das heißt, ein Vermögenstransfer in Gestalt eines Verfügungsgeschäfts zwischen Gesellschafter und GbR ist dafür nicht erforderlich.<sup>61</sup> Dies ergibt sich zum einen aus der gebotenen weiten Auslegung des Beitragsbegriffs.<sup>62</sup> Zum anderen muss gesehen werden, dass die durch den Gesellschaftsvertrag der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF begründete Beitragspflicht der Gesellschafter in Gestalt einer Einlage oder eines sonstigen übertragbaren Vermögensgegenstands einen einklagbaren Sozialanspruch der GbR auf Leistung an die Gesellschaft begründet. Dass schon der durch Gesellschaftsvertrag entstandene Leistungsanspruch der GbR zur Entstehung des Gesellschaftsvermögens führt, wird eindeutig durch die bilanzielle Einord-

49 Vgl. dazu unten VIII.4.b.

50 Vgl. Wertenbruch JZ 2023 im Erscheinen.

51 Vgl. zur Registereintragung unten V.2.

52 Vgl. dazu unten VIII.4.b.

53 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

54 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

55 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

56 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

57 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

58 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

59 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

60 So iErg Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 162.

61 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

62 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

nung der betreffenden Vorgänge bestätigt. Denn die Erfüllung des Anspruchs der GbR gegen einen einzelnen Gesellschafter auf Leistung einer Einlage stellt bei der Buchführung und Bilanzierung einen erfolgsneutralen Aktivtausch dar. Das Eigenkapital der GbR wird durch den Tausch der Forderung gegen den zum Zwecke der Erfüllung geleisteten Einlagegegenstand nicht berührt. Ein Aktivtausch hat generell keinen Einfluss auf die Bilanzsumme und die Gewinn- und Verlustrechnung (GuV). Es tritt durch den Aktivtausch nur eine vermögensneutrale Umschichtung auf der Aktivseite der Bilanz ein, das heißt, die Forderung wird durch den Einlagegegenstand ersetzt. Das bereits durch Abschluss des Gesellschaftsvertrags der GbR begründete Gesellschaftsvermögen wird demzufolge durch die Erfüllung einer Beitragsforderung nicht verändert. Es ändert sich nur die Struktur des bereits vorhandenen Aktivvermögens der GbR. Die „für oder durch die Gesellschaft erworbenen Rechte“ umfassen sowohl die rechtsgeschäftlich als auch die kraft Gesetzes erworbenen Rechte (zum Beispiel durch Erbfall, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz).<sup>63</sup>

## 2. Erstreckung des Vermögensbegriffs auf Verbindlichkeiten der GbR

Die Neuregelung des § 713 BGB nF erstreckt den Begriff des Gesellschaftsvermögens der GbR auch auf „die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten“. Dies ist eine notwendige Konsequenz der durch § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF klargestellten aktiven und passiven Rechtsfähigkeit der GbR.<sup>64</sup> Die „gegen sie begründeten Verbindlichkeiten“ können – wie Vermögensrechte<sup>65</sup> – sowohl durch Rechtsgeschäft als auch kraft Gesetzes entstanden sein.<sup>66</sup> Die nach der bisherigen Regelung des § 718 Abs. 1 BGB auf das Aktivvermögen (Beiträge der Gesellschafter und durch Geschäftsführung erworbene Gegenstände) beschränkte Definition des Gesellschaftsvermögens war – aufgrund der Klarstellung der Rechtsfähigkeit der GbR – aus der Sicht des MoPeG-Gesetzgebers nicht übernahmefähig.<sup>67</sup> Der auch die Gesellschaftsverbindlichkeiten umfassende weite Vermögensbegriff des § 713 BGB nF geht in systematischer Hinsicht konform mit der Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge in § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF im Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters.<sup>68</sup> Denn eine Universalsukzession ist ohne Übernahme der Verbindlichkeiten der GbR nicht möglich. Mit der in § 713 BGB nF enthaltenen Legaldefinition des Gesellschaftsvermögens wird zugleich bestätigt, dass eine GbR vom Erblasser gem. § 1937 BGB durch Testament und nach § 2278 BGB im Rahmen eines Erbvertrags als Erbin eingesetzt werden kann.<sup>69</sup>

## VII. Entstehung der rechtsfähigen GbR als Gesamthandsgesellschaft?

### 1. Ersetzung der „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“ durch „Vermögen der Gesellschaft“ in § 713 BGB nF – Vermögenstrennung

Die §§ 705 ff. BGB nF enthalten – ebenso wie das bis zum 31.12.2023 – noch geltende Recht der GbR weder den Begriff

„Gesamthand“ noch die theorienumwobene Formulierung „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“. Nach der amtlichen Begründung zum MoPeG stellen die neuen Vorschriften über die rechtsfähige GbR klar, dass „die für die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten zum Vermögen der Gesellschaft gehören [§ 713 BGB-E], womit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass Träger des Vermögens die Gesellschaft selbst ist und nicht mehr die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit“.<sup>70</sup> Nach der Begründung zu § 713 BGB nF ersetzt diese Vorschrift den geltenden § 718 BGB, der zusammen mit § 719 BGB und § 738 BGB die Grundlage für das „historisch überholte Gesamthandsprinzip“ bildete.<sup>71</sup> Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft sei das Gesamthandsprinzip „unter dem Gesichtspunkt der Vermögenstrennung entbehrlich geworden“, so dass folglich auch der dogmatische Ausgangspunkt von § 718 BGB überholt sei.<sup>72</sup> § 713 BGB nF stelle daher klar, dass das dem gemeinsamen Zweck gewidmete sowie das daraufhin erworbene Vermögen nicht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, sondern der Gesellschaft selbst gehöre.<sup>73</sup> Abweichend von der üblichen Terminologie des BGB und des HGB (zB §§ 311b Abs. 2, 1365, 1666 BGB, § 242 Abs. 1 HGB) erfasse der Vermögensbegriff des neuen Rechts der GbR sowohl das Aktiv- als auch das Passivvermögen. Mit diesem umfassenden Vermögensbegriff soll nach der Intention des Gesetzgebers der Bedeutung der Rechtsfähigkeit der GbR als Trägerin sowohl von Rechten als auch Pflichten angemessen Ausdruck verliehen werden.<sup>74</sup>

Die in § 713 BGB nF – als wesentliche Folge der Rechtsfähigkeit iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF – geregelte volle Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens gegenüber den Vermögen der einzelnen Gesellschafter markiert in der Tat den wesentlichen Unterschied zu den fortbestehenden BGB-Gesamthandsgemeinschaften, also zur Ehegatten-Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft. Dadurch ist die GbR – zumindest in Bezug auf die Vermögenstrennung und die allgemeine Rechtsfähigkeit – im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften als ebenbürtig anzusehen, das heißt, diese Eigenschaften sind bei der Abgrenzung der Außen-GbR von der Kapitalgesellschaft als juristischer Person keine geeigneten Unterscheidungsparameter.

63 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

64 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 149.

65 Vgl. dazu vorstehend VI.1.

66 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 149.

67 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148 f.

68 Vgl. dazu oben III.

69 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 149.

70 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 103.

71 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

72 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

73 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

74 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

## 2. Begriffliche Distanzierung von der deutschrechtlichen Gesamthand durch § 14 BGB und §§ 705 ff. BGB nF

Der MoPeG-Gesetzgeber hat zwar dem missverständlichen Begriff „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“ ebenso zu Recht eine legislatorische Absage erteilt wie den Bezeichnungen „Gesamthand“ und „Gesamthandsgesellschaft“. Das bedeutet aber nicht, dass mit der Neufassung der §§ 705 ff. BGB sämtliche Wesensmerkmale und Rechtsfolgen des deutschrechtlichen Gesamthandsprinzips über Bord geworfen worden wären. Die Begründung zum MoPeG verweist zwar zutreffend darauf, dass das Gesamthandsprinzip „unter dem Gesichtspunkt der Vermögenstrennung entbehrlich geworden“ sei.<sup>75</sup> Diese Formulierung lässt aber offen, ob dieses Prinzip bei der einen oder anderen Einzelfrage inhaltlich nach wie vor zum Zuge kommt und die GbR zumindest in gewisser Weise auch charakterisiert. Der Begriff „Gesamthand“ und insbesondere die Ableitung der Rechtsfähigkeit der GbR und der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens aus der Rechtsnatur der Gesamthand ist von vornherein deshalb problematisch, weil die Ehegatten-Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft zwar auch Gesamthandsgemeinschaften, aber nach hM eindeutig nicht rechts- und parteifähig sind.<sup>76</sup> Der Begriff „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“ ist nicht nur prima vista in sich widersprüchlich, weil „Gesellschafter“ auf eine Personenmehrheit und „Verbundenheit“ auf eine verselbständigte Einheit hindeutet. Gleichwohl hat sich diese Verbundenheitsformel im Recht der GbR bis zur Verabschiedung des MoPeG bleibende Verdienste erworben, als es darum ging, in Abweichung vom römischen Recht im Zivilrechtssystem ein drittes rechtsfähiges Subjekt neben der natürlichen Person und der juristischen Person zu etablieren und die Parteifähigkeit der GbR in Konkordanz mit § 736 ZPO zu rechtfertigen.<sup>77</sup> Eine zweifelsfreie Kodifikation der rechtsfähigen Personenhandelsgesellschaft ist bei der Beratung des ADHGB von 1861 und des HGB von 1900 ebenso am römischen Dogma von der ausschließlichen Rechtsfähigkeit von natürlicher und juristischer Person gescheitert wie eine eindeutige Bejahung der Rechtsfähigkeit der GbR bei der Beratung der §§ 705 ff. des BGB von 1900.<sup>78</sup>

Mit den Begriffen „Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“ sowie „Teilrechtsfähigkeit“ und „Gruppe“ sollte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die GbR einerseits zumindest im Ergebnis als rechtsfähig behandelt werden, und zwar vor allem deshalb, weil ansonsten ein Gesellschafterwechsel bei der Außengesellschaft nicht die Rechtsverhältnisse der GbR zu Dritten unberührt lassen und sich daher nicht „hinter dem Vorhang“ vollziehen kann.<sup>79</sup> Andererseits sollte mit diesen in Rede stehenden ominösen Begriffen die Distanz zur „vollrechtsfähigen“ juristischen Person und dem römisch-rechtlichen numerus clausus der rechtsfähigen Privatrechtssubjekte gewahrt werden. Ihre Schuldigkeit getan haben „Gruppe“ und ihre begrifflichen Konsorten allerdings nicht erst mit Verabschiedung des MoPeG im Jahre 2021, sondern schon im Jahre 2000 durch die Einfügung des § 14 in das BGB.<sup>80</sup> Denn nach § 14 Abs. 1 BGB

ist Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist gem. § 14 Abs. 2 BGB eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Der Gesetzgeber hat daher schon mit § 14 BGB klargestellt, dass die rechtsfähige Personengesellschaft vollberechtigt als Rechtsträger neben der juristischen Person besteht, und damit die kurze Zeit später erfolgte Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch den BGH erleichtert.

## 3. Anwachsungsprinzip (§ 712 BGB nF), Gesamtrechtsnachfolge nach § 712a BGB nF und Selbstorganschaft als fortgeltende Facetten des Gesamthandsprinzips

### a) Das Prinzip der Anwachsung nach § 712 Abs. 1 BGB nF und der Abwachsung nach § 712 Abs. 2 BGB nF

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst gem. § 712 Abs. 1 BGB nF sein Anteil an der GbR den übrigen Gesellschaftern im Zweifel im Verhältnis ihrer Anteile zu. Das Gegenteil dieser Anwachsung ist mit Inkrafttreten des MoPeG die ebenfalls gesetzlich geregelte Abwachsung. Tritt ein neuer Gesellschafter in die GbR ein, so mindern sich gem. § 712 Abs. 2 BGB nF die Anteile der anderen Gesellschafter im Zweifel im Umfang des dem neuen Gesellschafter zuwachsenden Anteils und in dem Verhältnis ihrer bisherigen Anteile. Im Vergleich zur noch geltenden Regelung des § 738 BGB, nach der die An- und Abwachsung sich nur auf den „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ bezieht, erstreckt das MoPeG mit § 712 BGB nF dieses – bei den Kapitalgesellschaften als juristische Personen im Falle von Veränderungen im Gesellschafterbestand nicht einschlägige Prinzip – auf den gesamten Gesellschaftsanteil als Inbegriff der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.<sup>81</sup> In systematischer Hinsicht ist diese Erweiterung des An- und Abwachsungsprinzips eine notwendige Konsequenz des weiten Vermögensbegriffs des § 713 BGB nF, der auch die Verbindlichkeiten der GbR erfasst.<sup>82</sup> Durch § 712

<sup>75</sup> Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148.

<sup>76</sup> Vgl. zur Ehegatten-Gütergemeinschaft folgende Kommentare: MüKoBGB/Münch, 9. Aufl. 2022, BGB § 1415 Rn. 1 ff.; BeckOGK/Mensch, Stand: 1.8.2022, BGB § 1415 Rn. 7 ff.; zur Erbengemeinschaft BGH NJW 2002, 3389 (3390); MüKoBGB/Gergen, 9. Aufl. 2022, BGB § 2032 Rn. 19; Erman/Bayer, 16. Aufl. 2020, BGB § 2032 Rn. 1; BeckOGK/Rißmann/Szalai, Stand: 1.8.2022, BGB § 2032 Rn. 2 ff.

<sup>77</sup> Vgl. dazu BGHZ 146, 341 (353) = NJW 2001, 1056 (1059); Wertenbruch, Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 122 ff.

<sup>78</sup> Vgl. dazu Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, HGB § 105 Rn. 19.

<sup>79</sup> BGHZ 146, 341 (345) = NJW 2001, 1056 (1057); H. Wiedemann WM-Sonderbeil. 4/1994, 6 (9 f.); Wertenbruch, Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 215 ff.; Wertenbruch NZG 2008, 454 (456).

<sup>80</sup> Vgl. dazu Seibert JZ 1996, 785; Wertenbruch FS Seibert, 2019, 1089 (1091 ff.).

<sup>81</sup> Vgl. Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 146; Schäfer/Schäfer, Das neue PersGesR, 2022, § 1 Rn. 15.

<sup>82</sup> Vgl. dazu oben VI.2.



BGB nF wird also die im bisherigen Recht der GbR in § 738 BGB verankerte An- und Abwachsung als Wesensmerkmal der deutschrechtlichen Gesamthand nicht eliminiert, sondern vielmehr extendiert auf den gesamten Gesellschaftsanteil. Aufgrund der gesetzlichen Klarstellung der Rechtsfähigkeit der GbR (§ 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF) und der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens (§ 713 BGB nF) spielt das Gesamthandsprinzip zwar in der Tat keine Rolle mehr bei der Separierung des Gesellschaftsvermögens von den Privatvermögen der Gesellschafter.<sup>83</sup> Es wurden aber – wie § 712 BGB nF belegt – in Bezug auf die Struktur der GbR nicht alle Wesensmerkmale der Gesamthand aufgegeben. Die Aussage, das MoPeG habe das Gesamthandsprinzip (vollständig) beseitigt, wäre daher unrichtig. Da § 712 BGB nF die An- und Abwachsung auch begrifflich eigenständig regelt, muss allerdings bei der Anwendung der Vorschrift nicht der Begriff der Gesamthand bemüht werden.

#### **b) Die Gesamtrechtsnachfolge bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters nach § 712a BGB nF**

Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die GbR gem. § 712a Abs. 1 BGB nF ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht nach § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über. Diese Nachfolgeregelung steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Zwei-Gesellschafter-Erfordernis als Strukturmerkmal der Personengesellschaft.<sup>84</sup> Da die GbR im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters nicht mehr existiert, handelt es sich zwar nicht um eine Anwachsung nach § 712 Abs. 1 BGB nF.<sup>85</sup> Die nunmehr durch § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF ausdrücklich geregelte Gesamtrechtsnachfolge ist aber schon auf Grundlage des bisherigen Rechts als weitere Ausprägung des gesamthandsrechtlichen Anwachsungsprinzips anerkannt.<sup>86</sup> Aufgrund der Klarstellung des § 712a Abs. 1 S. 2 BGB nF muss zum Zwecke des Übergangs aller Aktiva und Passiva der GbR auf den verbleibenden Gesellschafter weder § 712 BGB nF analog angewandt noch eine Ableitung aus dem Anwachsungsprinzip vorgenommen werden. Das MoPeG beseitigt aber mit § 712a BGB nF – ebenso wie mit § 712 BGB nF – gleichwohl nicht den Ursprung im Gesamthandsprinzip.

#### **c) Die Selbstorganschaft als systembildender Grundsatz – Gesamtvertretung nach § 720 Abs. 1 BGB nF**

Die amtliche Begründung ordnet in den Ausführungen zu § 720 BGB nF die Selbstorganschaft als systembildenden Grundsatz des Rechts der GbR ein.<sup>87</sup> Nach § 720 Abs. 1 BGB nF sind zur Vertretung der GbR alle Gesellschafter gemeinsam befugt, sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Vertretungsregelung vorsieht. Eine Bestellung durch die Gesellschafterversammlung ist nicht erforderlich. Die Selbstorganschaft in Gestalt einer gemeinschaftlichen Vertretung der Personengesellschaft durch sämtliche Gesellschafter ohne das Erfordernis eines besonderen Bestellungsaktes hat ihren Ursprung in der deutschrechtlichen Gesamthand, die grundsätzlich durch ein Handeln aller Gesellschafter nach außen in Erscheinung

tritt.<sup>88</sup> Dass § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF iVm § 713 BGB nF die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR mit selbstständigem Vermögen zementiert, spricht nicht gegen das dispositive Regelmodell einer gemeinschaftlichen Vertretung der GbR durch alle Gesellschafter, sondern ist vielmehr Voraussetzung für das Vorliegen einer echten organschaftlichen Vertretung. Das MoPeG übernimmt die Selbstorganschaft als Wesensmerkmal der rechtsfähigen Personengesellschaft, ohne den gesamthandsrechtlichen Ursprung dieses Prinzips zu verwischen.<sup>89</sup>

## **VIII. Die Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF – Betrieb eines Unternehmens**

### **1. Inhalt und Entstehungsgeschichte**

#### **a) Vorschlag des Bundesrates in Anlehnung an § 1176 Abs. 1 S. 2 des österreichischen ABGB**

Eine dem § 705 Abs. 3 BGB nF entsprechende Vermutungsregelung war weder im Mauracher Entwurf noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthalten.<sup>90</sup> Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme vom 5.3.2021<sup>91</sup> den jetzigen, auf den „Betrieb eines Unternehmens“ bezogenen § 705 Abs. 3 BGB nF vorgeschlagen, allerdings mit einer zweiten selbstständigen Vermutungsalternative in Gestalt von „oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen“. In gesetzessystematischer Hinsicht sollten die beiden Vermutungen den jetzigen § 719 Abs. 1 BGB nF im Rahmen eines angefügten zweiten Satzes ergänzen. § 719 Abs. 1 BGB nF regelt, dass die GbR im Verhältnis zu Dritten entsteht, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister.<sup>92</sup> Der Bundesrat kritisierte, dass nach der Begründung zum Regierungsentwurf<sup>93</sup> von einer gesetzlichen Vermutungsregel zugunsten einer Gesellschaftsform Abstand genommen werden und die Auslegung des Willens der Gesellschafter den Gerichten überlassen bleiben sollte.<sup>94</sup> Dies werde dem Bedürfnis des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs nach Rechtssicherheit nicht gerecht.<sup>95</sup>

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene grundlegende Überarbeitung des Rechts der GbR rücke, so

83 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 148; vgl. auch K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (27 ff.).

84 Vgl. dazu oben III.

85 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 147; vgl. dazu auch oben VII.3.a).

86 Vgl. dazu VII.3.a).

87 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 164.

88 Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, HGB § 164 Rn. 2 („Das Prinzip der Selbstorganschaft folgt also aus dem Begriff der Gesamthand selbst oder umgekehrt: Es ist Definitionsmerkmal der Gesamthand.“); Flume, Personengesellschaft, 1977, S. 54 f., 131, 240 ff.; Wertenbruch, Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, S. 40 ff.

89 Vgl. dazu auch Westermann/Wertenbruch PersGes-HdB/Wertenbruch, Stand: September 2021, § 13 Rn. 234c, 235.

90 Vgl. dazu Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 126.

91 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, Anlage 3.

92 Vgl. dazu bereits oben V. und unten VIII.4.

93 Begründung Gesetzentwurf, BT-Drs. 19/27635, 126.

94 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.

95 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.

der Bundesrat, die Außengesellschaft schon systematisch in das Zentrum der neuen GbR-Vorschriften.<sup>96</sup> Eine Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister sei jedoch nur dann erforderlich, wenn sie Rechte erwerben wolle, die eine Eintragung der GbR als Inhaber des Rechts erfordern.<sup>97</sup> Für den Rechtsverkehr könne es auch in weiteren Fällen an der erforderlichen Transparenz der Rechtsform fehlen.<sup>98</sup> Setze die GbR nach außen den Rechtsschein, am Rechtsverkehr teilnehmen zu wollen, so sei es sachgerecht, sie im Rechts- und Wirtschaftsverkehr als rechtsfähige GbR zu behandeln.<sup>99</sup> In Anlehnung an die Regelung in § 1176 Abs. 1 S. 2 des österreichischen ABGB<sup>100</sup> schlug der Bundesrat deshalb eine Vermutungsregelung zugunsten einer rechtsfähigen Außengesellschaft für die Konstellation vor, dass der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens ist oder die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen führen.<sup>101</sup> Nach Ansicht des Bundesrats wählen viele Gründerinnen und Gründer, die sich als Kleingewerbetreibende in die unternehmerische Selbstständigkeit begeben, aufgrund des geringen Gründungsaufwands und ihrer hohen Gestaltungsfreiheit zunächst die Rechtsform der GbR.<sup>102</sup> Die vorgeschlagene Vermutungsregelung könne daher nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit die in der Praxis häufig anzutreffenden Abgrenzungsfragen zwischen Innen- und Außengesellschaft entschärfen.<sup>103</sup>

**b) Ablehnung der Bundesregierung – Verweis auf das Eingreifen von Rechtsscheintatbeständen und den Mauracher Entwurf**

In ihrer Gegenäußerung sagte die Bundesregierung zwar zu, den Vorschlag des Bundesrates prüfen zu wollen.<sup>104</sup> Zugleich wurde aber darauf hingewiesen, dass die Einführung von Vermutungsregelungen bereits durch die Expertenkommission und bei der Auswertung der Stellungnahmen zum „Mauracher Entwurf“ eingehend geprüft worden sei.<sup>105</sup> Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Vermutungsregeln berührten, so die Bundesregierung, das Verhältnis von Verkehrsschutz und Schutz des nicht handelnden Gesellschafters vor vereinbarungswidriger Tätigkeit eines Mitgesellschafters.<sup>106</sup> Eine angemessene Wahrung dieser Schutzinteressen garantierten nach Ansicht der Bundesregierung die von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsscheintatbestände.<sup>107</sup> Nach der Begründung zu § 705 BGB des Mauracher Entwurfs haben im Einzelfall die Gerichte zu entscheiden, ob eine Teilnahme am Rechtsverkehr von allen Gesellschaftern gemeinsam gewollt ist.<sup>108</sup> Aus diesem Grund sah die Expertenkommission von einer gesetzlichen Vermutungsregel ab.<sup>109</sup> Grundlage für die Beurteilung, ob eine Teilnahme am Rechtsverkehr von allen Gesellschaftern gemeinsam gewollt ist, sind nach dem Mauracher Entwurf vorrangig die insoweit einschlägigen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag.<sup>110</sup> Verwiesen wird von der Expertenkommission in diesem Zusammenhang vor allem auf die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen zu Name und Sitz der GbR sowie ihre Handlungsorganisation und Haftungsverfassung.<sup>111</sup> Rückschlüsse könnten grundsätzlich auch aus dem vereinbarten Gesellschaftszweck gezogen werden.<sup>112</sup> Erfordert der konkrete Gesellschaftszweck eine Teilnahme am Rechtsverkehr, so kann dies nach dem Mauracher Entwurf für die

Annahme sprechen, dass die Teilnahme am Rechtsverkehr stillschweigend von den Gesellschaftern vereinbart ist.<sup>113</sup> Zudem könne insoweit auch die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr als Indiz herangezogen werden.<sup>114</sup> Bedeutung habe in dieser Hinsicht insbesondere der Umstand, dass von den Gesellschaftern gemeinsam eine gewerbliche oder eine selbstständige berufliche Tätigkeit ausgeübt werde.<sup>115</sup>

**c) Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses – Übernahme der ersten und stillschweigender Verzicht auf die zweite „Bundesrats-Alternative“**

Nach dem Bericht des Rechtsausschusses greift § 705 Abs. 3 BGB nF einen Vorschlag des Bundesrates auf und dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs.<sup>116</sup> Der Rechtsverkehr soll für einen wichtigen Anwendungsfall bereits aus dem Gesetz ersehen können, ob er von einer rechtsfähigen GbR ausgehen darf.<sup>117</sup> Die Bezugnahme des Berichts des Rechtsausschusses auf den Vorschlag des Bundesrates<sup>118</sup> ist deshalb zumindest missverständlich, weil nur eine Alternative des vom Bundesrat vorgeschlagenen § 719 Abs. 1 S. 2 BGB („Betrieb eines Unternehmens“) durch § 705 Abs. 3 BGB nF übernommen wird, aber nicht die zweite („oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen“). Die Nichtübernahme der zweiten, mit § 1176 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 des ABGB übereinstimmenden Variante des Vorschlags des Bundesrates wird vom Rechtsausschuss auch nicht ansatzweise begründet.<sup>119</sup> In der Sache hat das verabschiedete MoPeG allerdings die Variante „oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen“ zu Recht

96 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 97 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 98 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 99 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 100 § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB lautet: „Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Gesellschaftsnamen (§ 1177), so wird vermutet, dass die Gesellschafter eine Außengesellschaft vereinbaren wollten“; siehe dazu Roth FS Grunewald, 2021, 917 (926).  
 101 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305. Der vom Bundesrat vorgeschlagene § 719 Abs. 1 S. 2 lautete: „Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.“  
 102 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 103 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/27635, 305.  
 104 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27635, 310.  
 105 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27635, 310.  
 106 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27635, 310 f.  
 107 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27635, 310 f.  
 108 Begründung Mauracher Entwurf, 70.  
 109 Begründung Mauracher Entwurf, 70.  
 110 Begründung Mauracher Entwurf, 70 f.  
 111 Begründung Mauracher Entwurf, 70 f.  
 112 Begründung Mauracher Entwurf, 71.  
 113 Begründung Mauracher Entwurf, 71.  
 114 Begründung Mauracher Entwurf, 71.  
 115 Begründung Mauracher Entwurf, 71.  
 116 Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/31105, 6.  
 117 Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/31105, 6.  
 118 Vgl. dazu vorstehend VIII.1.a).  
 119 Vgl. dazu auch Schäfer/Schäfer, Das neue PersGesR, 2022, § 1 Rn. 35 („weicht eigenartigerweise von der österreichischen Parallelregelung in § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB ab“); Roth FS Grunewald, 2021, 917 (926).

nicht übernommen. Die Einbeziehung dieser vom Bundesrat vorgeschlagenen Variante hätte nämlich zu einem eklatanten Widerspruch zur mit § 705 Abs. 3 BGB nF eigentlich beabsichtigten Rechtsfolge geführt. Denn die von dieser Vorschrift angeordnete Vermutungswirkung bezieht sich inhaltlich auf das in § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF aufgeführte Tatbestandsmerkmal „mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt“; § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF betrifft dagegen nur eine darauf bezogene Absicht der Gesellschafter und hat daher ausschließlich Relevanz im Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Dieser gemeinsame Wille nach § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF – und nicht mehr – ist Gegenstand der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF und damit die vermutete Tatsache iSd § 292 ZPO.

In Bezug auf die vom Rechtsausschuss richtigerweise nicht übernommene Alternative „oder führen die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen“ kann wohl davon ausgegangen werden, dass die vom Bundesrat gewählte Formulierung „die Gesellschafter“ nicht auf einer reinen Verwechslung mit dem Begriff „die Gesellschaft“ beruht. Das Vermögen der rechtsfähigen GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF steht aber gem. § 713 BGB nF der Gesellschaft als solcher und nicht (mehr) den „Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit“ zu.<sup>120</sup> Vom Bundesrat wurde dieser zentrale Paradigmenwechsel im Recht der GbR offenbar nicht in vollem Umfang erkannt. Denn das Vorliegen einer Gesellschaft iSd § 705 Abs. 1 BGB nF wird durch § 705 Abs. 3 BGB nF gerade nicht unmittelbar vermutet. Zentrale Voraussetzung für das Vorliegen einer GbR ist ein Gesellschaftsvertrag iSd § 705 Abs. 1 BGB nF. Wenn mehrere Personen unter einem gemeinsamen Namen auftreten, dann kann es sich nach deutschem Recht auch um eine schlichte Bruchteilsgemeinschaft iSd § 741 BGB handeln, etwa eine Miteigentümergeinschaft, die eine Sache gemeinsam verwaltet. Es besteht daher ein wesentlicher Unterschied zwischen dem jetzt in § 705 Abs. 3 BGB nF geregelten Fall des Betriebs eines Unternehmens und damit einer Einheit unter einem gemeinschaftlichen Namen und dem Führen eines gemeinsamen Namens durch mehrere Gesellschafter und damit einer Personmehrheit.

## 2. Der für § 705 Abs. 3 BGB nF maßgebliche Unternehmensbegriff – Geltung des § 14 BGB

Unternehmer ist nach § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit ist danach nicht zwingend erforderlich. Die Variante „selbstständige berufliche Tätigkeit“ erfasst vor allem die Ausübung eines Freien Berufs.<sup>121</sup> § 705 BGB nF und die nachfolgenden Vorschriften enthalten keine eigenständige Definition des Unternehmensbegriffs. Im Rahmen einer systematischen Auslegung ist daher davon auszugehen, dass die dem Allgemeinen Teil des BGB angehörende Norm des § 14 Abs. 1 BGB auch bei der Anwendung der Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF einschlägig ist. Zur

Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zählen auch die vor dem eigentlichen Geschäftsbeginn vorgenommenen Gründungsgeschäfte. Der Existenzgründer hat daher grundsätzlich schon den Unternehmerstatus iSd § 14 Abs. 1 BGB. Dies gilt auch, wenn es sich um das Gründungsgeschäft einer GbR handelt.<sup>122</sup> Die Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF kommt aber von vornherein dann nicht zum Zuge, wenn die GbR in der Gründungsphase nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Denn in diesem Fall entsteht sie auch schon vorher durch die Eintragung nach § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF.

## 3. Widerlegung der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF

### a) Einordnung als widerlegbare Vermutung iSd § 292 ZPO

§ 705 Abs. 3 BGB nF statuiert keine unwiderlegbare, sondern eine widerlegbare Vermutung. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift und der systematischen Auslegung. Denn das BGB trennt beide Vermutungsarten dadurch, dass das Vorliegen einer unwiderlegbaren Vermutung ausdrücklich im Gesetzestext durch das betreffende Adjektiv als Attribut hervorgehoben wird. Klassische und bedeutende Fälle einer widerlegbaren Vermutung sind die sachenrechtlichen Vermutungen bei Besitz einer beweglichen Sache sowie bei Grundbucheintragung als Rechtsinhaber. Wenn für jemanden ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, dann wird nach § 891 Abs. 1 BGB vermutet, dass ihm das Recht zusteht.<sup>123</sup> Gem. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB wird zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die Eigentümerstellung vermutet. Bekanntes Beispiel für die andere Art der Vermutung ist die familienrechtliche Regelung des § 1566 BGB. Nach § 1566 Abs. 1 BGB wird „unwiderlegbar vermutet“, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. Entsprechendes gilt gem. § 1566 Abs. 2 BGB, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben. Die systematische Gesetzesauslegung ergibt daher, dass eine Vermutung iSd BGB grundsätzlich widerlegbar ist, es sei denn, sie ist durch den Zusatz „unwiderlegbar“ besonders gekennzeichnet. § 705 Abs. 3 BGB nF ist daher eindeutig als widerlegbare Vermutung einzuordnen.

### b) Tatsachenvermutung oder Rechtsvermutung

Im Falle einer Tatsachenvermutung schließt die betreffende gesetzliche Vorschrift von einer tatbestandsfremden Tatsache auf ein Tatbestandsmerkmal.<sup>124</sup> Klassisches Beispiel ist die

<sup>120</sup> Vgl. dazu VII.1.

<sup>121</sup> BeckOGK/Alexander, Stand: 1.8.2022, BGB § 14 Rn. 154; MüKoBGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, BGB § 14 Rn. 31; BeckOK BGB/Martens, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 14 Rn. 35; Erman/Saenger, 16. Aufl. 2020, BGB § 14 Rn. 15.

<sup>122</sup> Vgl. zum Ganzen BGHZ 162, 253 (256) = NJW 2005, 1273; BGH NJW 2011, 1236 Rn. 24.

<sup>123</sup> Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2002, BGB § 891 Rn. 1; MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, BGB § 891 Rn. 1; Erman/Artz, 16. Aufl. 2020, BGB § 891 Rn. 1 ff.; BeckOGK/Hertel, Stand: 15.4.2021, BGB § 891 Rn. 2; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 891 Rn. 1 ff.

sachenrechtliche Tatsachenvermutung des § 1253 Abs. 2 S. 1 BGB.<sup>125</sup> Wenn eine bewegliche Sache als Pfand im Besitz des Verpfänders oder des Eigentümers ist, dann wird gem. § 1253 Abs. 2 S. 1 BGB vermutet, dass das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei. Bei der Rechtsvermutung schließt die betreffende gesetzliche Regelung von einer Tatsache unmittelbar auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts.<sup>126</sup> Die Regelung des § 705 Abs. 3 BGB nF ist als Tatsachenvermutung einzuordnen. Denn von der Tatsache in Gestalt des Betriebs eines Unternehmens unter einem gemeinschaftlichen Namen wird nicht unmittelbar auf das Bestehen eines Rechts, sondern vielmehr auf das Vorliegen eines gemeinsamen Willens iSd § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF bezüglich der Teilnahme am Rechtsverkehr geschlossen, der seinerseits eine von mehreren Voraussetzungen für das Entstehen einer rechtsfähigen GbR darstellt.

**c) Ausgangstatsache und Erfordernis eines vollen Gegenbeweises gem. § 292 ZPO – persönliche Gesellschafterhaftung nach § 721 BGB nF**

Nach § 292 S. 1 ZPO ist in dem Fall, in dem das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufstellt, der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Etwas anderes bestimmt ist insbesondere dann, wenn das Gesetz die Vermutung als unwiderlegbar statuiert. § 292 ZPO erfasst also nur widerlegbare Vermutungen.<sup>127</sup> Der Gegenbeweis kann gem. § 292 S. 2 ZPO auch durch Antrag auf Parteivernehmung nach § 445 ZPO geführt werden. Es muss der volle Beweis des Gegenteils der Vermutung erbracht werden, das heißt, eine Erschütterung der Vermutung oder die Glaubhaftmachung des Gegenteils sind nicht ausreichend.<sup>128</sup> Zur Widerlegung der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF ist daher der volle Beweis erforderlich.

Die vom Kläger zu beweisende Ausgangstatsache iSd § 292 ZPO ist im Falle des § 705 Abs. 3 BGB nF das Vorliegen einer Gesellschaft und der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen. Es muss also vom angeblichen Gläubiger der GbR sowohl der – zumindest konkludente – Abschluss eines Gesellschaftsvertrags als auch der Betrieb eines Unternehmens iSd § 14 Abs. 1 BGB unter gemeinschaftlichem Namen nachgewiesen werden. Die Darlegungs- und Beweislast des Klägers erstreckt sich dagegen – bei Vorliegen des Beweises der Ausgangstatsache – nicht mehr auf die vermutete Tatsache.<sup>129</sup> Es muss also vom Kläger nicht das Vorliegen eines gemeinsamen Willens bezüglich der Teilnahme am Rechtsverkehr (§ 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF) dargelegt werden. Wenn der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen durch eine GbR als Ausgangstatsache nachgewiesen ist, dann muss das Gericht die Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF ohne Weiteres seiner Entscheidung zugrunde legen.<sup>130</sup> Weist der Kläger das Vorliegen einer GbR nach, die ein Unternehmen unter gemeinschaftlichen Namen betreibt, so hat ein nach § 721 BGB nF persönlich in Anspruch genommener Gesellschafter noch die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass die Geschäftsaufnahme durch einen oder mehrere geschäftsführende Gesellschafter ohne seine

Zustimmung erfolgt ist und im Übrigen auch keine wirksame Vertretung der GbR durch alle Gesellschafter vorliegt. Der Unterschied zur allgemeinen Rechtsscheinhaftung, die bei Nichtexistenz des § 705 Abs. 3 BGB nF und fehlender Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister Platz griffe, ist gering.<sup>131</sup> Der Kläger müsste für eine allgemeine Rechtsscheinhaftung zwar darlegen und beweisen, dass der in Anspruch genomme Gesellschafter den Rechtsschein einer rechtsfähigen Außen-GbR als Unternehmensträger mitveranlasst hat. Den Beklagten trüfe aber eine sekundäre Darlegungslast in Bezug auf die Frage des Vorliegens einer Zustimmung zum Geschäftsbeginn.

**4. Das Verhältnis zwischen § 705 Abs. 3 BGB nF und § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF**

**a) Gesetzssystematische Asymmetrie**

Die auf Empfehlung des Rechtsausschusses noch in das MoPeG eingefügte Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF bezieht sich mit der zu vermutenden Tatsache „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt“ nicht auf das in § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF enthaltene Tatbestandsmerkmal „teilnehmen soll“, das nur eine Absicht der Gesellschafter zum Gegenstand hat. Die gem. § 705 Abs. 3 BGB nF bei Vorliegen der Ausgangstatsache „Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen“ zu vermutende Tatsache „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt“ nimmt vielmehr Bezug auf § 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF. Nach dieser Vorschrift entsteht die GbR im Verhältnis zu Dritten, wenn sie „mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt“. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF betrifft dagegen mit der Formulierung „teilnehmen soll“ nur die Entstehung der rechtsfähigen GbR im Verhältnis zu den Gesellschaftern.<sup>132</sup> Dies stellt eine nicht unerhebliche gesetzssystematische Asymmetrie dar. Der Bundesrat hatte – zumindest hinsichtlich der Gesetzssystematik zutreffend – die Platzierung der Vermutung einschließlich einer weiteren Alternative in § 719 Abs. 1 BGB nF als Satz 2 vorgeschlagen.<sup>133</sup> Eine Einfügung des § 705 Abs. 3 BGB nF in § 719 Abs. 1 BGB nF als zweiten Satz hätte aber deutlicher offenbart, dass die an den Betrieb eines Unternehmens anknüpfende Vermutung des Vorliegens eines gemeinsamen Willens der Gesellschafter ohnehin im Schatten der Registereintragung (§ 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF) steht, die eine unwiderlegbare Vermutung darstellt.

124 Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 2.

125 Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 2.

126 Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 3.

127 Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 1.

128 BGH BeckRS 1958, 31375580; Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 5.

129 BGH NJW 2010, 363 Rn. 13; Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 4.

130 Vgl. dazu allgemein Musielak/Voit/Huber, 19. Aufl. 2022, ZPO § 292 Rn. 24.

131 Vgl. dazu Begründung Mauracher Entwurf, 112.

132 Vgl. dazu oben V.I.

133 Vgl. dazu oben VIII.1.

## b) Geringe praktische Bedeutung der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF – keine Vermutung der Vertretungsmacht

Der dargelegten gesetzessystematischen Asymmetrie korrespondiert eine geringe praktische Bedeutung der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF. Die Relevanz für die Praxis ist so minimal, dass ein Festhalten des MoPeG-Gesetzgebers an dem in der Begründung zum Mauracher Entwurf und zum Regierungsentwurf enthaltenen Verweis auf das Eingreifen der allgemeinen Rechtsscheinhaftung in Sonderkonstellationen genügt hätte. Die rechtsfähige GbR kann im Geschäftsverkehr die organschaftliche Vertretungsmacht der für sie auftretenden Gesellschafter – insbesondere wegen des in § 720 Abs. 1 BGB nF statuierten Regelmodells der Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter – valide nur durch Registereintragung nachweisen. Denn die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF bezieht sich nicht auf die Vertretungsmacht der handelnden Gesellschafter. Ohne Registereintragung der GbR kann der Rechtsverkehr nicht erkennen, wie viele Gesellschafter an der GbR beteiligt sind. Schon gar nicht ist deren Identität ersichtlich. Diese Unsicherheiten in Bezug auf den tatsächlichen Gesellschafterkreis der GbR schlagen unmittelbar durch auf die Vertretung der GbR. Die Haftung der GbR als solcher mit ihrem eigenen Gesellschaftsvermögen iSd § 713 BGB nF setzt ebenso wie die persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 721 BGB nF – bei Fehlen einer abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung – eine Vertretung der GbR nach § 720 Abs. 1 BGB nF durch sämtliche Gesellschafter voraus. Falls ein einziger Gesellschafter an der Gesamtvertretung nicht beteiligt ist, entsteht keine Gesellschaftsverbindlichkeit und damit auch keine persönliche akzessorische Haftung der Gesellschafter. Da der Rechtsverkehr bei fehlender Registereintragung den wahren Gesellschafterkreis nicht erkennen kann, ist auch die Gesamtvertretung der GbR nach § 720 Abs. 1 BGB nF für den Rechtsverkehr mit einer erheblichen Unsicherheitshypothek belastet, die allenfalls bei wirtschaftlich unbedeutenden Geschäften tragbar ist. Dass eine Bank oder Sparkasse für eine GbR, die den Betrieb eines Unternehmens beabsichtigt, ein Konto ohne vorherige Registereintragung eröffnet, kann vor allem aufgrund der Vertretungsproblematik nicht erwartet werden. Hinzu kommt, dass das betreffende Kreditinstitut ohne Registereintragung iSd § 20 GwG kaum die ihm obliegenden Prüfungspflichten nach GwG erfüllen kann.<sup>134</sup> Eine weitere relative Schwäche der widerlegbaren Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF liegt darin, dass die an die Registereintragung anknüpfende Vermutung des § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF als unwiderlegbar zu klassifizieren ist.<sup>135</sup> Im Falle der – insbesondere bei Betrieb eines Unternehmens naheliegenden – Registereintragung entsteht daher die GbR gem. § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF „spätestens“ mit dieser Registrierung in unwiderlegbarer Weise im Verhältnis zu Dritten, so dass eine Anwendung des § 705 Abs. 3 BGB nF fortan ausgeschlossen ist.

## IX. Zusammenfassung

Die rechtsfähige GbR iSd § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB nF ist das neue gesetzliche Leitbild der §§ 705 ff. BGB nF. Der Gesell-

schaftsvertrag der rechtsfähigen GbR hat nach wie vor eine Doppelnatur, das heißt, er besteht aus einem schuldvertraglichen und einem organisationsrechtlichen Element. Die Mehrgliedrigkeit iS eines Zwei-Gesellschafter-Erfordernisses ist auch nach der Neufassung der §§ 705 ff. BGB ein Strukturmerkmal der Personengesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag iSd § 705 BGB nF ist kein gegenseitiger Vertrag iSd §§ 320 ff. BGB, sondern ein mehrseitiger Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck.

Im Verhältnis zu Dritten entsteht die rechtsfähige GbR gem. § 719 Abs. 1 BGB nF, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister. Die Registereintragung iSd § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF begründet eine unwiderlegbare Vermutung. Das selbstständige Gesellschaftsvermögen entsteht schon mit der Begründung von Beitragspflichten und nicht erst mit der Leistung der Gegenstände an die GbR zum Zwecke der Erfüllung dieser Pflichten. Der neue Vermögensbegriff des § 713 BGB nF erstreckt sich auf die gegen die GbR begründeten Verbindlichkeiten.

Das Gesamthandsprinzip wird aufgrund der vollständigen gesetzlichen Ausformung der Rechtsfähigkeit der GbR durch das MoPeG auf Grundlage des Mauracher Entwurfs für die Trennung des Gesellschaftsvermögens von den Privatvermögen der Gesellschafter nicht mehr benötigt und ist insoweit vom Gesetzgeber aufgegeben worden. Zudem besteht eine wesentliche Modernisierung des Rechts der §§ 705 ff. BGB in der Aufgabe doppeldeutiger Begriffe aus den diversen Sphären der Gesamthand. Anwachsung, Abwachsung, Gesamtrechtsnachfolge bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters sowie das Prinzip der Selbstorganschaft bestehen jedoch als – gesetzlich jetzt hinreichend geregelte – Wesensmerkmale des Gesamthandsprinzips fort. Die Annahme, das MoPeG gebe die Prinzipien der Gesamthand in vollem Umfang auf, wäre daher nicht richtig.

Die Vermutungsregelung des § 705 Abs. 3 BGB nF beruht auf einer Empfehlung des Rechtsausschusses. Es handelt sich um eine widerlegbare Vermutung iSd § 292 ZPO, die als Tatsachenvermutung und nicht als Rechtsvermutung einzuordnen ist. Für den Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB nF gilt die Legaldefinition des § 14 BGB. Vermutete Tatsache ist die Zustimmung zu einer tatsächlich vorliegenden Teilnahme am Rechtsverkehr (§ 719 Abs. 1 Hs. 1 BGB nF) und nicht die darauf bezogene Absicht iSd § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB nF. Daher begründet § 705 Abs. 3 BGB nF in gesetzessystematischer Hinsicht zwar eine Asymmetrie. Da die Vertretungsmacht der Gesellschafter nicht vermutet wird und § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF eine unwiderlegbare Vermutung aufstellt, ist die praktische Bedeutung der Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB nF aber ohnehin gering.

<sup>134</sup> Vgl. dazu Wertenbruch JZ 2023 im Erscheinen.

<sup>135</sup> Vgl. dazu oben V.2.