

# Die Unterscheidung der GbR-Typen nach dem MoPeG zwischen Subjektivität und Rechtsvermutung

Prof. Dr. Rafael Harnos und Christoph König, Berlin\*

*Der MoPeG-Gesetzgeber hat die Unterscheidung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft in § 705 Abs. 2 BGB n.F. ausdrücklich verankert und zugleich die beiden GbR-Typen, die sich untereinander ausschließen, legaldefiniert. Das Entweder-oder-Prinzip des § 705 Abs. 2 BGB n.F. zwingt die Rechtsanwender, die rechtsfähige von der nicht rechtsfähigen Gesellschaft zu unterscheiden. § 705 Abs. 2 BGB n.F. liegt ein subjektiver Ansatz zugrunde: Es ist maßgeblich, ob die Gesellschafter einen gemeinsamen Willen dahingehend gebildet haben, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Dabei bietet die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F., der die Schwächen des subjektiven Ansatzes kaschieren soll, eine Hilfestellung. Der Beitrag arbeitet die Umstände heraus, die einen Schluss auf den Gesellschafterwillen erlauben, und zeigt auf, wie § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu handhaben ist.*

## A. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)<sup>1</sup> war die Bundesregierung angetreten, um nichts Geringeres zu erreichen, als das „Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu konsolidieren und die geltenden Vorschriften an die praktischen Bedürfnisse von Gesellschaften und Gesellschaftern anzupassen.“<sup>2</sup> Während die Wissenschaft im Zuge des Gesetzgebungsprozesses über das „Ob“ und das „Wie“ der Reform gestritten hat,<sup>3</sup> hat der Bundestag es am 21.6.2021 einstimmig be-

schlossen;<sup>4</sup> das Gesetz tritt gem. Art. 137 S. 1 MoPeG am 1.1.2024 in Kraft. Ein Grundpfeiler der Reform ist § 705 Abs. 2 BGB n.F., der nunmehr ausdrücklich zwischen einer rechtsfähigen und einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) unterscheidet.<sup>5</sup> Vorbei ist die Litanei aus „ARGE Weißes Ross“<sup>6</sup>, mit der die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR heraufbeschworen werden musste. Auch wenn die Verankerung der rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaft im Gesetz zu begrüßen ist, fällt es mitunter schwer, die beiden GbR-Typen voneinander zu unterscheiden.

## B. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft als unterschiedliche GbR-Typen

Wieso die Differenzierung zwischen den in § 705 Abs. 2 BGB n.F. legaldefinierten GbR-Typen dogmatisch und praktisch wichtig ist, erschließt sich am besten, wenn man sich die Umwälzungen des GbR-Rechts im Zuge des MoPeG vor Augen führt:<sup>7</sup> Nach der Ursprungskonzeption des historischen BGB-Gesetzgebers war die GbR kein rechtsfähiger Verband, sondern ein Schuldverhältnis zwischen Gesellschaftern, die ein nach §§ 718 ff. BGB a.F. gesamthänderisch gebundenes Vermögen bilden konnten.<sup>8</sup> Erst als der BGH – aufbauend auf Vorarbeiten im Schrifttum, namentlich auf *Flumes* Gruppenlehre<sup>9</sup> – ihr rechtsfortbildend die Rechtsfähigkeit verliehen hat,<sup>10</sup> verlor die Außen-GbR ihre Flüchtigkeit; im Gesetz war davon allerdings nichts zu finden.

Nunmehr erhebt das MoPeG die rechtsfähige (Dauer-) Gesellschaft zum gesetzlichen Leitbild.<sup>11</sup> Diese ist zwar – jedenfalls nach derzeit herrschender Auffassung – keine

\* Rafael Harnos ist Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der BSP Business & Law School Berlin. Christoph König ist Doktorand an der Humboldt-Universität zu Berlin. Momentan ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der BSP Business & Law School Berlin und an der Universität Innsbruck tätig. Darüber hinaus lehrt er regelmäßig an der Universität Erfurt und der Freien Universität Berlin. Sein Dissertationsprojekt ist eine biographische Arbeit zu F.A. Mann (1907-1991) und wird von der DFG finanziert (<https://fam.iuscomp.org/>).

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10.8.2021, BGBl. I, 3436.

2 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 2.

3 Für eine umfassende Modernisierung namentlich C. Schäfer, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag 2016; s. ferner Fleischer, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 1 ff. Dagegen etwa Altmeyden, NZG 2020, 822 f.; krit. auch bspw. Schall, ZIP 2020, 1443 ff.

4 BT-Plenarprotokoll 19/236, 30757.

5 Terminologisch entspricht die rechtsfähige Gesellschaft der Außen-GbR, die nicht rechtsfähige der Innen-GbR, vgl. Koch/Harnos, in: Koch (Hrsg.), Personengesellschaftsrecht Kommentar, 2023, § 705 BGB Rn. 72 (im Erscheinen).

6 BGHZ 146, 341.

7 Zur Bedeutung der Unterscheidung s. auch Bachmann, NZG 2020, 612 (614).

8 Zur Ursprungskonzeption und Entwicklung vgl. statt vieler C. Schäfer, GbR/PartG, 9. Aufl. 2023, Vor § 705 BGB Rn. 10 ff.

9 Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff.

10 BGHZ 146, 341.

11 Vgl. dazu Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 125.

juristische Person,<sup>12</sup> kann aber unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Sie hat gem. § 713 BGB n.F. ein eigenes Gesellschaftsvermögen und ist gem. § 50 ZPO aktiv wie passiv parteifähig. Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags, der einen schuld- und organisationsrechtlichen Charakter hat,<sup>13</sup> schaffen die Gesellschafter also einen neuen Rechtsverkehrsteilnehmer. Im Gegensatz zur rechtsfähigen Gesellschaft täuscht die nicht rechtsfähige Gesellschaft begrifflich über ihre Plastizität. Mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags lassen die Parteien genauso wenig „etwas“ entstehen, wie sie das bei einem Kaufvertrag täten. Vielmehr regeln die Gesellschafter mit dem rein schuldrechtlichen Vertrag<sup>14</sup> lediglich ihr Verhältnis untereinander: Wer bringt an welchem Tag in der Wohngemeinschaft den Müll raus?<sup>15</sup> Wie sind die Arbeitsräume der Bürogemeinschaft aufgeteilt?<sup>16</sup> Wer versorgt die Arbeitsgemeinschaft mit Lehrbüchern, wer mit Kaffee?<sup>17</sup> Wie sollen die Teilnehmer eines Forschungsprojekts kooperieren?<sup>18</sup> Dabei kann die nicht rechtsfähige Gesellschaft nach § 740 Abs. 1 BGB n.F. kein Gesellschaftsvermögen bilden.<sup>19</sup> Auch wenn § 740 Abs. 2 BGB n.F. auf manche Regelungen zum Innenverhältnis der rechtsfähigen Gesellschaft verweist, sind die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft doch anders ausgestaltet.<sup>20</sup>

## C. Kriterien zur Unterscheidung der GbR-Typen

### I. Subjektiver Ansatz des § 705 Abs. 2 BGB n.F.

Die vorstehend skizzierten Unterschiede machen deutlich, dass eine GbR entweder rechtsfähig oder nicht rechtsfähig

ist.<sup>21</sup> Eine „Mischform“ ist nicht möglich.<sup>22</sup> Für die Zuordnung zu einem der GbR-Typen ist nach § 705 Abs. 2 BGB n.F. im Sinne eines subjektiven Ansatzes der innere Wille der Gesellschafter maßgeblich. Rechtsfähig ist die Gesellschaft, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Nicht rechtsfähig ist sie, wenn sie lediglich dazu dienen soll, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander auszugestalten.

Damit einher geht die gesetzgeberische Entscheidung im Streit darum, wann sich eine rechtsfähige Gesellschaft manifestiert. Im Anschluss an „ARGE Weißes Ross“ hat sich das Schrifttum um eine Konkretisierung der Kriterien bemüht, die für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an eine GbR entscheidend sind. Abgestellt wurde etwa auf das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens<sup>23</sup>, einen gesteigerten Organisationsgrad<sup>24</sup> oder die Unternehmenseintragsfähigkeit<sup>25</sup>. In der rechtspolitischen Diskussion im Vorfeld des MoPeG wurde vorgeschlagen, die Rechtsfähigkeit an eine Registereintragung zu knüpfen<sup>26</sup> oder eine Namensführung zu verlangen.<sup>27</sup> Mit der Einführung des § 705 Abs. 2 BGB n.F. haben sich diese Debatten erledigt. Nicht erledigt hat sich die Frage, woran man den Willen der Gesellschafter zur Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr erkennen soll. Maßgeblich ist zunächst der Gesellschaftsvertrag.<sup>28</sup> Ist in diesem ausdrücklich verankert, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll, erübrigen sich weitere Fragestellungen. Eine besondere Verantwortung für die Rechtssicherheit trägt hier in den nächsten Jahren die Kautelarpraxis. Es wird an ihr liegen, möglichst präzise Formulierungen für die Gesellschaftsverträge zu entwickeln.<sup>29</sup> Überdies ist in den Gesetzesmaterialien eine Reihe von Umständen zu finden, die in Ermangelung einer eindeutigen gesellschaftsvertraglichen Regelung aufgegriffen werden können, um den Gesellschafterwillen zu ermitteln. Hierzu zählen – neben vertraglichen Regelungen zur Identitätsausstattung (Name und Sitz, Handlungsorganisation, Haftungsverfassung) – zum einen der auf Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtete Gesellschaftszweck, zum anderen die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>30</sup>

12 Vgl. etwa Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 106; Bachmann, NJW 2021, 3073 Rn. 12; Habersack, ZGR 2020, 539 (548); Koch/Harnos, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 89 f. Für die Anerkennung der rechtsfähigen GbR als juristische Person aber neuerdings etwa Kindler, ZfPW 2022, 409 (413, 420 ff.); s. ferner Bauermeister/Grobe, ZGR 2022, 733 (745 ff.).

13 Hierzu statt vieler Koch/Harnos, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 19.

14 Zum rein schuldrechtlichen Charakter der nicht rechtsfähigen Gesellschaft Tassius, in: Koch (Hrsg.), Personengesellschaftsrecht Kommentar, 2023, § 740 BGB Rn. 10 (im Erscheinen).

15 Zur WG als Innen-GbR s. etwa Sagan, in: Staake/von Bressendorf (Hrsg.), Rechtshandbuch Wohngemeinschaften, 2019, § 14 Rn. 8.

16 Zur Qualifizierung der Bürogemeinschaft etwa K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16 (27).

17 Zu Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens s. Koch/Harnos, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 95.

18 Beispiel angelehnt an Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 126.

19 Zur Möglichkeit, ein „Gesellschaftsvermögen“ auf schuldrechtlicher Basis zu konstruieren, vgl. Tassius, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 32 ff.

20 Im Einzelnen Tassius, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 11 ff.

21 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 103; Roßkopf/Hoffmann, ZPG 2023, 14 (24); C. Schäfer, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 184, 213; K. Schmidt, (Fn. 16), 24 f.

22 Vgl. K. Schmidt, (Fn. 16), 22.

23 Vgl. Habermeyer, in: Staudinger BGB, 2003, § 706 Rn. 58.

24 Darauf abstellend etwa C. Schäfer, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 284; ähnlich nunmehr C. Schäfer, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 216.

25 Hierzu namentlich K. Schmidt, ZHR 177 (2013), 712 (715 ff.) m.w.N.

26 Dafür etwa Habersack, (Fn. 12), 553 ff.; Heckschen, NZG 2020, 761 (762 f.); Röder, AcP 215 (2015), 450 (466 ff.).

27 Denga, ZfPW 2021, 73 (88 ff.).

28 Vgl. C. Schäfer, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 215.

29 Vgl. Bachmann, (Fn. 12), Rn. 6.; Otte, ZIP 2021, 2162 (2163); Roßkopf/Hoffmann, (Fn. 21), 24.

30 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 125.

## II. Bedeutung der Registereintragung

In der Aufzählung in den Gesetzesmaterialien findet ein Umstand keine Erwähnung, der für die Ausgestaltung der Gesellschaft eine zentrale Rolle spielt: die Eintragung der Gesellschaft in das – durch das MoPeG neu geschaffene und in §§ 707 ff. BGB n.F. geregelte – Gesellschaftsregister. Auch § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n.F. verliert kein Wort über die etwaige Bedeutung der Registrierung. Zudem geben §§ 707 ff. BGB n.F. – trotz systematischer Verortung im Untertitel 2, der die für die rechtsfähige Gesellschaft geltenden Vorschriften enthält – keine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Rolle die Registereintragung für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft spielt.<sup>31</sup>

Dies verwundert, weil mit § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. eine Vorschrift existiert, die der Registereintragung weitreichende Folgen verleiht. Nach § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. entsteht die rechtsfähige Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten jedenfalls mit der Eintragung im Gesellschaftsregister. Ob aus der Anordnung des § 719 Abs. 1 a.E. BGB n.F. der Schluss auf die Rechtsfähigkeit einer eingetragenen GbR gezogen werden kann, lässt sich dem Gesetz nicht zweifelsfrei entnehmen, wird aber im Schrifttum verbreitet angenommen.<sup>32</sup> Teilweise wird vertreten, dass schon die Anmeldung zum Gesellschaftsregister ein Indiz für den gemeinsamen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr ist,<sup>33</sup> teilweise wird – allerdings im Kontext des § 719 Abs. 1 BGB n.F. – eine unwiderlegbare Vermutung befürwortet, die auf der Registeranmeldung gründet.<sup>34</sup>

Man wird einen Schritt weiter gehen und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bejahen können, wenn die Gesellschafter eine Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister beantragen. Die Anmeldung ist nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n.F. von sämtlichen Gesellschaftern – und damit gemeinschaftlich – zu bewirken. Sie hat nach § 707 Abs. 2 BGB n.F. neben Personenangaben ebenfalls Angaben der Vertretungsbefugnis der Gesellschaft zu enthalten. Wollen die Gesellschafter also eine Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister veranlassen, müssen sie Erklärungen abgeben, die nur eine rechtsfähige Gesellschaft betreffen können: Da eine nicht rechtsfähige Gesellschaft nicht als Verband existiert und deshalb nicht

vertreten werden kann,<sup>35</sup> können die Gesellschafter keinen Willen hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse bilden. Wenn ein solcher Wille im Zuge der Registeranmeldung erklärt wurde, haben die Gesellschafter deutlich gemacht, dass die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnehmen soll. In einem solchen Fall liegt eine rechtsfähige Gesellschaft i.S.d. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB n.F. vor.<sup>36</sup>

## D. Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

### I. Überblick

Die Entscheidung des MoPeG-Gesetzgebers zugunsten eines subjektiven Ansatzes in § 705 Abs. 2 BGB n.F. kann mitunter dazu führen, dass sich der Wille der Gesellschafter hinsichtlich der Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr nicht eindeutig feststellen lässt. Für einen solchen Fall hält § 705 Abs. 3 BGB n.F. eine Vermutung bereit: Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt. Auch wenn die Einführung der Vermutung grundsätzlich zu begrüßen ist, weil sie generell zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen kann,<sup>37</sup> ist es dem Gesetzgeber nicht gelungen, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. eindeutig zu regeln.

## II. Voraussetzungen der Vermutung

### 1. Terminologische Verwirrung: Gegenstand oder Zweck der Gesellschaft?

Liest man § 705 Abs. 3 BGB n.F. flüchtig, scheinen seine Voraussetzungen klar zu sein. Der Rechtsanwender muss nach dem Wortlaut ermitteln, was der Gegenstand der Gesellschaft ist. Versucht man, § 705 Abs. 3 BGB n.F. in den dogmatischen Kosmos des Gesellschaftsrechts einzuordnen, wird indes deutlich, dass die vom Gesetzgeber verwendete Terminologie zu einer Verwirrung beiträgt. Während § 705 Abs. 3 BGB n.F. vom Gegenstand der Gesellschaft spricht, stellt § 705 Abs. 1 BGB n.F. – der die Voraussetzungen der Gesellschaft regelt<sup>38</sup> – auf den gemeinsamen Zweck ab.<sup>39</sup> Auf den Zweck stellt überdies § 105 Abs. 1 HGB ab, dessen Formulierung an die des § 705 Abs. 3 BGB n.F. erinnert. § 105 Abs. 1 HGB definiert

31 Krit. deshalb *Bachmann*, (Fn. 7), 614., dessen Vorschlag, die (fakultative) Registereintragung mit der Rechtsfähigkeit zu verknüpfen, allerdings (leider) nicht Gesetz geworden ist.

32 Dafür *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 8.; *Kindler*, ZfPW 2022, 409 (417 f.); *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189, § 719 BGB Rn. 10; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (26); *Servatius*, GbR, 2023, § 705 Rn. 46 a.E.

33 Dafür *Armbrüster*, in: *C. Schäfer* (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rn. 32 f., der augenscheinlich eine im Gesellschaftsregister eingetragene Innengesellschaft, die im Verhältnis zu Dritten rechtsfähig ist, für dogmatisch möglich hält. Berechtigte Zweifel an dieser Konstruktion bei *K. Schmidt*, (Fn. 16), 25.

34 Für eine unwiderlegbare Vermutung im Kontext des § 719 Abs. 1 BGB n.F. auch *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (6). Vgl. ferner *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 8.: keine Rücksichtnahme auf den entgegenstehenden Gesellschafterwillen; ähnlich *Kindler*, (Fn. 32), 418: Verkehrsschutzfordernisse stünden über dem Parteiwillen.

35 *Tassius*, (Fn. 14), § 740 BGB Rn. 13.

36 Ausf. dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 81 f. Vgl. ferner *Roßkopf/Hoffmann*, (Fn. 21), 24.; *C. Schäfer*, in: *C. Schäfer* (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 35 a.E.

37 So auch *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Otte-Gräbener*, in: *Bergmann/Hoffmann-Becking/Noack* (Hrsg.), FS Seibert, 2019, S. 613 (616).

38 Dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 3 ff.

39 Ausf. hierzu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 30 ff.

nämlich die offene Handelsgesellschaft (oHG) als eine solche, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist.

Sind nun der Gegenstand und der Zweck der Gesellschaft unterschiedliche Figuren oder handelt es sich um deckungsgleiche Begriffe? Das Personengesellschaftsrecht hat auf diese Frage keine klare Antwort. Deshalb ist es hilfreich, den Blick auf das Kapitalgesellschaftsrecht auszuweiten, das herkömmlich zwischen dem Gesellschaftszweck und dem Unternehmensgegenstand unterscheidet: Der Zweck einer Gesellschaft beschreibt nach herrschender Auffassung ihren finalen Sinn; man spricht häufig vom „Endziel“.<sup>40</sup> Der Gegenstand auf der anderen Seite ist das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft: Gemeint ist das Mittel, das gewählt wird, um den Zweck der Gesellschaft zu erreichen.<sup>41</sup>

Es spricht viel dafür, die Unterscheidung zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand – der Aufforderung zur rechtsformübergreifenden Institutionenbildung folgend<sup>42</sup> – ins Personengesellschaftsrecht zu übertragen.<sup>43</sup> Hält man eine solche Transmission für geboten, ist zu klären, welche dieser beiden Figuren der Gesetzgeber in § 705 Abs. 3 BGB n.F. implementiert hat. Dabei ist es angedacht, die „Uneinheitlichkeit der Terminologie“<sup>44</sup> wenn schon nicht zu berichtigen, dann wenigstens zu kontextualisieren. Damit das „nicht aus der Bahn“ gleitet, sollte die Konkretisierung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. „auf den Spuren des Gesetzgebers selbst“ wandeln.<sup>45</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 705 Abs. 3 BGB n.F. erst spät ins MoPeG gekommen ist. Weder der Mauracher, der Referenten- noch der Regierungsentwurf enthalten ihn.<sup>46</sup> Erst auf Anregung des Bundesrates, der sich am österreichischen § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB orientiert, findet er seinen Weg in den Gesetzgebungsprozess.<sup>47</sup> Im Rechtsausschuss wird die Stellungnahme von *Gregor Bachmann* als Sachverständigem<sup>48</sup> gehört und daraufhin – nicht wie vom Bundesrat angedacht – in der Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten nach § 719 BGB n.F. einsortiert<sup>49</sup>, sondern – wie von *Bachmann* vorgeschlagen – in § 705 Abs. 3 BGB

n.F.<sup>50</sup> Der Absatz ist buchstabengetreu *Bachmanns* Formulierungsvorschlag.

Den Gesetzesmaterialien zum MoPeG lässt sich nicht entnehmen, auf welchen Gedanken die Fassung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. fußt. Eröffnet dieses Schweigen die Möglichkeit, sich bei der Deutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. von den Überlegungen *Bachmanns* leiten zu lassen? Zu argumentieren, dass sich ein Gesetzgeber, der „keinen besonderen eigenen Sinn bei der Beratung und Beschlussfassung des Gesetzes als maßgeblich herausstellt, denjenigen Sinn akzeptiert, den die eigentlichen Gesetzesverfasser dem von ihnen erarbeiteten gesetzlichen Text mit auf den Weg gegeben haben“,<sup>51</sup> ist nicht unumstritten. Greift man auf die vorgebrachten Gedanken aus dem Gesetzgebungsprozess zurück, um die terminologische Verwirrung zu beseitigen, dann müssen sie den „sachlichen Gehalten untergeordnet sein und dienstbar werden“.<sup>52</sup> Das muss gerade immer dann gelten, wenn nicht unmittelbar auf Erklärungen der Verfassungsorgane, sondern lediglich zu deren Unterstützung eingeladene Fachexpertise herangezogen werden soll.<sup>53</sup> Da der Rechtsausschuss den Formulierungsvorschlag *Bachmanns* ohne Änderungen als Gesetzeswortlaut übernommen hat, spricht viel dafür, den Erläuterungen in der Sachverständigenstellungnahme insoweit ein hohes Gewicht beizumessen.

Der relevante Teil der Stellungnahme *Bachmanns* diskutiert den Vorschlag des Bundesrates zur Einführung einer Vermutung in Anlehnung an § 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB. *Bachmann* bringt eine Vergleichbarkeit zum Recht der oHG vor, das „die Gesellschaft für rechtsfähig erklärt, weil und wenn deren Zweck der ‚Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma‘ ist.“<sup>54</sup> Direkt gefolgt von besagtem Formulierungsvorschlag mit Verweis auf den „Gegenstand der Gesellschaft“.<sup>55</sup> Die Anlehnung an § 105 Abs. 1 HGB ist ein starkes Indiz dafür, dass *Bachmann* – und ihm folgend der Rechtsausschuss – mit dem „Gegenstand der Gesellschaft“ den „Zweck der Gesellschaft“ meint. Ein solches Verständnis ist auch deshalb vorzugswürdig, weil der Gegenstand der Gesellschaft – knüpft man an die kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsätze an – nicht im Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen liegen kann: Eine solche

40 Vgl. *Fleischer*, in: *MiKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, § 1 Rn. 9: Endzweck. Zu anderen Deutungen dieses Begriffs (krit.) *Lüdeking*, *AcP* 220 (2020), 303 (323 f.).

41 Vgl. statt vieler *Altmeyden*, *GmbHG*, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 4 ff.; *Koch*, *AktG*, 17. Aufl. 2023, § 23 Rn. 22.

42 Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 53 f.; s. ferner *Mülbert*, *AcP* 214 (2014), 188 (232 ff.).

43 Ausf. dazu *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 35 f.

44 *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl. 1983, S. 161.

45 *Engisch*, (Fn. 44), S. 179.

46 Siehe zur Entwicklung der Entwürfe *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 2 mit ausf. Erläuterungen zur Genese des § 705 Abs. 3 BGB n.F. in Rn. 99.

47 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 304 f.

48 Vgl. *Bachmann*, Stellungnahme i.R.d. Sachverständigenanhörung v. 18.1.2021, S. 6.

49 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 304.

50 BeschlussE, BT-Drucks. 19/30942, 12 und AusschussB, BT-Drucks. 19/31105, 6.

51 *Engisch*, (Fn. 44), S. 95; s. dazu auch *Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, § 10 Rn. 45; vgl. ferner *Fleischer*, *Mysterium »Gesetzesmaterialien«*, 2013

52 *Engisch*, (Fn. 44), S. 88.

53 Zur Berücksichtigung von Stellungnahmen der Sachverständigen BGHZ 164, 297 Rn. 18; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 163. Zurückhaltend aber BGHZ 15, 87, 89 f.; *Korch*, *BKR* 2020, 285, 286 f.

54 *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

55 Der „Gegenstand der Gesellschaft“ taucht auch im Regelungsvorschlag in Stellungnahme des Bundesrates auf, s. BT-Drucks. 19/27635, 304.

Beschreibung legt das konkrete Tätigkeitsfeld der Gesellschaft nicht offen.<sup>56</sup>

## 2. Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

An den korrigierten Tatbestand schließen sich weitere Fragen an. Zunächst ist offen, wie der Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu verstehen ist. Auch wenn sich die Formulierung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. – wie unter D. II. 1. erläutert – an das Recht der oHG anlehnt, kann mit „Unternehmen“ aus systematischen Gründen nicht das „Handelsgewerbe“ gemeint sein. Das MoPeG will an der Trennung zwischen kaufmännischen und nicht-kaufmännischen Unternehmen festhalten.<sup>57</sup> *Bachmann* hat vorgeschlagen, den Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. in Anlehnung an § 15 Abs. 2 S. 1 EStG zu deuten.<sup>58</sup> Andere Stimmen sehen eher § 14 BGB als tauglichen Anknüpfungspunkt.<sup>59</sup> Einleuchtender erscheint, auf die Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft zurückzugreifen.<sup>60</sup> Ursprünglich wurde die Lehre für die Abgrenzung zwischen der rechtsfähigen Außen-GbR und den rein zivilistischen Gesellschaften entwickelt.<sup>61</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung, den Betrieb eines Unternehmens zur Voraussetzung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu erheben, kann als gesetzliche Anknüpfung an diese Lehre verstanden werden.<sup>62</sup> Hiernach ist ein Unternehmen i.S.v. § 705 Abs. 3 BGB n.F. eine selbstständige, planmäßige und entgeltlich am Markt teilnehmende Einheit, die über ein Mindestmaß an sachlichen und persönlichen Mitteln und eine gewisse Organisation verfügt.<sup>63</sup>

## 3. Namensführung

Was das Erfordernis der Namensführung angeht, drängt sich auf, das Namensrecht der rechtsfähigen Gesellschaft einheitlich zu konstruieren und systematisch an § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB n.F. anzuknüpfen.<sup>64</sup> Ist der Gesellschaftsname im Gesellschaftsregister eingetragen, so liegt der gemeinsame Wille der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr vor und die Gesellschaft ist nach den unter C. II. herausgearbeiteten Grundsätzen als rechts-

fähig anzusehen. Ein Rückgriff auf die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. ist nicht erforderlich. Fehlt die Registereintragung, erfüllen Einlassungen zur Namensbildung im Gesellschaftsvertrag den Vermutungstatbestand. Da § 705 Abs. 3 BGB n.F. – wie unter D. II. 1. erläutert – allein auf den Gesellschaftszweck und nicht auf die Namensführung abstellt, kommt es nicht darauf an, ob der gemeinsame Name tatsächlich im Rechtsverkehr getragen wird.<sup>65</sup>

## III. Unwiderlegbare Rechtsfähigkeitsvermutung als Rechtsfolge des § 705 Abs. 3 BGB n.F.

Schließlich bleibt die Frage nach der Rechtsfolge des Vermutungstatbestands zu klären. Ist § 705 Abs. 3 BGB n.F. erfüllt, „wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.“ Der Wortlaut erinnert an § 719 Abs. 1 BGB n.F., der im Kontext der Entstehung der rechtsfähigen Gesellschaft im Außenverhältnis ebenfalls auf die tatsächliche Teilnahme am Rechtsverkehr abstellt. Im Hinblick darauf wird vertreten, dass § 705 Abs. 3 BGB n.F. die Vermutung aufstellt, dass die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten entsteht.<sup>66</sup> Trotz der Wortlautparallelen erscheint es überzeugender, mit der Gegenauffassung anzunehmen, dass nach § 705 Abs. 3 BGB n.F. der Wille der Gesellschafter vermutet wird, eine rechtsfähige Gesellschaft zu errichten.<sup>67</sup> Die Vermutung setzt systematisch an der Unterscheidung der rechtsfähigen von der nicht rechtsfähigen Gesellschaft in § 705 Abs. 2 BGB n.F. an, so wie es *Bachmann* in dem dazu vom Rechtsausschluss übernommenen Vorschlag in der Sachverständigenstellungnahme anbringt.<sup>68</sup> Es bietet sich insoweit an, von einer Vermutung der Rechtsfähigkeit zu sprechen.<sup>69</sup>

Weiterhin ist fraglich, inwieweit die Vermutung widerlegbar ist. Ein Teil des Schrifttums argumentiert, dass die Unwiderlegbarkeit einer Vermutung eine Ausnahme darstellt: Eine Vermutung sei so lange widerlegbar, wie der Gesetzgeber die Unwiderlegbarkeit nicht ausdrücklich anordne. Davon habe der Gesetzgeber in § 705 Abs. 3 BGB n.F. abgesehen.<sup>70</sup> Andere Stimmen in der Literatur sehen in den Gesetzgebungsmaterialien Indizien dafür, dass der Gesetzgeber eine unwiderlegbare Vermutung aufstellen wollte.<sup>71</sup> Die letztgenannte Auffassung überzeugt. Die Behauptung, dass die Unwiderlegbarkeit explizit angeordnet

56 Zu den Anforderungen an die Festlegung des Unternehmensgegenstands s. etwa *Koch*, (Fn. 41), § 23 Rn. 24.

57 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, 105.

58 *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

59 Dafür *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 54; *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.; ähnlich *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189 a.E.

60 Dafür augenscheinlich auch *Armbrüster*, (Fn. 33), § 3 Rn. 17 a.E.

61 *K. Schmidt*, (Fn. 42), S. 1720 ff.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (1002).

62 *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 103.

63 Ausf. zum Unternehmensbegriff *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4 ff.

64 So wohl auch *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 207. A.A. *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 54: Im Rahmen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. sei kein Name im Rechtssinne erforderlich.

65 *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 104.

66 *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.

67 *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 7.; *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53.

68 Vgl. *Bachmann*, (Fn. 48), S. 6.

69 Ähnlich *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53 a.E.: Vermutet werde der Gesellschafterwille auf Herbeiführung der Rechtsfähigkeit.

70 *Wertenbruch*, (Fn. 34), 11.

71 *Bachmann*, (Fn. 12), Rn. 7.; *C. Schäfer*, (Fn. 8), § 705 BGB Rn. 189; *Servatius*, (Fn. 32), § 705 Rn. 53.

werden muss, geht zu weit. Die Prozessrechtswissenschaft hebt hervor, dass sich die Unwiderlegbarkeit auch aus anderen für die Auslegung maßgeblichen Umständen ergeben kann.<sup>72</sup> Ein solcher Umstand folgt im Fall des § 705 Abs. 3 BGB n.F. aus dem Gesetzgebungsprozess. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs wird als zentrales Anliegen für die Einführung der Vermutung vorgebracht.<sup>73</sup> Der Schutz des Rechtsverkehrs lässt sich aber nur fördern, wenn die Vermutung unwiderlegbar ist. Anderenfalls hätten die Gesellschafter die Möglichkeit, einen Beweis über ihre eigenen inneren Beweggründe zu führen, um die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. zu widerlegen und den Nachweis der Rechtsfähigkeit zu erschweren. Damit wäre aber wiederum das gesetzgeberische Ziel konterkariert, die Rechtssicherheit zu stärken.<sup>74</sup>

7. Sind die Voraussetzungen des § 705 Abs. 3 BGB n.F. erfüllt, wird die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft unwiderlegbar vermutet.

## E. Ergebnisse

1. Mit der Einführung des § 705 Abs. 2 BGB n.F. im Zuge des MoPeG wurden die rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft legaldefiniert. Es handelt sich um unterschiedliche GbR-Typen, die nicht miteinander vermengt werden dürfen.

2. Die Unterscheidung zwischen rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Gesellschaft erfolgt nach einem subjektiven Ansatz. Entscheidend ist, ob die Gesellschafter den gemeinsamen Willen gebildet haben, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen soll.

3. Um den Gesellschafterwillen zu ermitteln, ist der Gesellschaftsvertrag auszulegen, wobei den Regelungen zur Identitätsausstattung und dem Gesellschaftszweck eine besondere Rolle zukommt. Hilfsweise ist auf die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr abzustellen.

4. Die Anmeldung einer Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister (§§ 707 ff. BGB n.F.) lässt auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr schließen, so dass die Gesellschaft eine rechtsfähige ist.

5. Die Vermutung des § 705 Abs. 3 BGB n.F. setzt – entgegen dem missglückten Wortlaut – voraus, dass der Zweck – und nicht der Gegenstand – der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen ist.

6. Der Unternehmensbegriff des § 705 Abs. 3 BGB n.F. ist weder in Anlehnung an § 15 Abs. 2 S. 1 EStG noch unter Rückgriff auf § 14 BGB auszufüllen. Maßgeblich sind vielmehr die Grundsätze der Lehre von der unternehmenstragenden Gesellschaft.

<sup>72</sup> So *Bacher*, in: BeckOK ZPO, 48. Ed., Stand: 1.3.2023, § 292 Rn. 4.

<sup>73</sup> AusschussB BT-Drucks. 19/31105, 6; s. ferner Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27635, 305.

<sup>74</sup> *Koch/Harnos*, (Fn. 5), § 705 BGB Rn. 107.