Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht 79

André Michels

Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Eine Untersuchung zur (fehlenden) Publizität der GbR de lege lata und de lege ferenda

Nomos

Schriften zum Gesellschafts-,
Bank- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Gregor Bachmann, Humboldt Universität zu Berlin
Prof. Dr. Matthias Casper, Universität Münster
Prof. Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim
Prof. Dr. Rüdiger Veil, LMU München

Band 79

André Michels

Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Eine Untersuchung zur (fehlenden) Publizität der GbR de lege lata und de lege ferenda

Nomos

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

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6508-9 (Print)
ISBN 978-3-7489-0594-3 (ePDF)

1. Auflage 2020
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern und meine Ehefrau

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertationsschrift angenommen. Die einschlägige Literatur und Rechtsprechung konnte bis Anfang November 2019 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gebührt meiner verehrten Doktormutter, Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald, für die hervorragende Betreuung während meines Promotionsvorhabens sowie der unvergesslichen und fachlich wie persönlich bereichernden Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl. Frau Grunewald stand ihren Mitarbeitern und Doktoranden stets mit hilfreichen Ratschlägen und Hinweisen zur Seite und auch fachliche Diskussionen erwiesen sich immer als äußerst gewinnbringend. Zudem gewährte sie den Freiraum, der nötig war, um der vorliegenden Forschungsfrage gerecht zu werden. Außerdem möchte ich mich bei ihr für die äußerst zügige Begutachtung meiner Dissertationsschrift bedanken.

Für die ebenfalls sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die konstruktive Kritik im Rahmen eines Doktorandenseminars zu den ersten Ergebnissen meiner Arbeit möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Joachim Hennrichs bedanken. Des Weiteren danke ich Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M., Prof. Dr. Matthias Casper, Prof. Dr. Carsten Schäfer sowie Prof. Dr. Rüdiger Veil für die Aufnahme in die Schriftenreihe zum Gesellschafts-, Bank- und Kapitalmarktrecht. Für den großzügigen Druckkostenzuschuss danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung. Ferner möchte ich meinen Dank dem Team des Großen Examens- und Klausurenkurses für viele bereichernde Jahre der Tätigkeit aussprechen. Bereits als studentische, später aber auch als wissenschaftliche Hilfskraft habe ich die Tätigkeit beim Klausurenkurs stets als fachlich bereichernd und äußerst angenehm empfunden.

Zudem bin ich meinen Freunden zu großem Dank verpflichtet, die mich während der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben. Besonders hervorzuheben sind an dieser Stelle Frau Svenja Simon, Herr Peter Kolb, Herr Dr. Dirk Schmidbauer sowie Herr Dr. Ricardo Vocke-Kerkhof, die mit hilfreichen Anmerkungen und Hinweisen zu meinen Thesen zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Mein größter Dank gilt meinen Großeltern Willi und Brunhilde, meinen Eltern Karin und Thomas und nicht zuletzt meiner Ehefrau Sabine. Meinen Eltern danke ich von Herzen,

dass sie mich auf meinem bisherigen Lebensweg bedingungslos unterstützt und mir dadurch das Studium und die Promotion erst ermöglicht haben. Auch meiner Frau Sabine danke ich für ihre stetige Unterstützung, ihren Rückhalt und nicht zuletzt für ihre Geduld bei den zahlreichen Diskussionen meiner Thesen. Daher möchte ich diese Arbeit meinen Eltern und meiner Frau widmen.

Köln, im November 2019 *André Michels*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

Kapitel 1 – Einleitung 23

A. Problemaufriss und Stand der Diskussion 23

B. Ziel der Arbeit 25

C. Grundbegriffe 26

D. Gang der Untersuchung 27

Kapitel 2 – Die Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach geltendem Recht 29

A. Sekundäre Registrierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 29

B. Denkbare Informationsquellen im Übrigen 30

I. Gesellschaftsvertrag und Gesellschafterbeschlüsse 31

II. Vollmachtsurkunde 31

III. Geschäftspapiere, Internetpräsenzen und Praxisschilder 32

IV. Vorheriger Kontakt und Auskunft durch die GbR oder ihre Gesellschafter 33

1. Auskunftsanspruch gegen die GbR 33

a) Sonderverbindung zwischen der GbR und dem Dritten 34

b) Informationsgrund 35

c) Verhältnismäßigkeit 36

aa) Interessen des Auskunftsgläubigers 36

bb) Interessen des Auskunftsschuldners 36

cc) Ergebnis der Abwägung 39

2. Praxistauglichkeit eines Auskunftsanspruchs 39

C. Praktischer Nutzen der Informationsquellen 41

Kapitel 3 – Die GbR im Grundstücksverkehr 42

A. Die GbR als Veräußerin 42

I. Ordnungsgemäße Vertretung der GbR 43

1. Ausgangslage 43

2. Praktische Konsequenzen bei einem Eigentumserwerb ohne schuldrechtliche causa 44
3. Lösungsversuche hinsichtlich des schuldrechtlichen Kausalvertrags 49
a) Unmittelbare Anwendung des § 899a BGB 49
b) Analoge Anwendung des § 899a BGB 57
c) Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze 60
d) § 172 BGB analog i.V.m. dem Gesellschaftsvertrag 63
e) Zwischenergebnis 67
4. Lösungsversuche im Rahmen des Bereicherungsrechts 67
a) Einwendung des kondiktionsfesten Erwerbs 68
aa) Keine generelle Kondiktionsfestigkeit des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbs 68
bb) Korrektur wegen § 937 BGB 70
cc) Ergebnis zur Einwendung des kondiktionsfesten Erwerbs 72
b) § 816 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) 72
aa) Direkte Anwendung 73
bb) Analoge Anwendung 73
(1) Analogie hinsichtlich der Rechtsfolge 74
(2) Tatbestandliche Modifikation 74
c) Schutz über § 818 Abs. 3 BGB 79
d) Zwischenergebnis 80
5. Lösungsversuche durch (Vertrags-)gestaltung 81
a) Mitverpflichtungsmodell bzw. Dreiecksverpflichtung 81
b) Wirksamkeit der Modelle 82
c) Notaranderkonto 85
d) Vormerkung statt Notaranderkonto 86
e) „Geburtsvollmachten“ 88
f) Identitätswahrende Umwandlung in Handelsgesellschaft oder Bruchteilsgemeinschaft 89
g) Tauglichkeit zur generellen Problemlösung 90
II. Existenz der GbR 91
1. Auslegung des § 899a BGB 93
2. Fazit zur Existenz der GbR 96
III. Identität der GbR 96
IV. Ergebnis zur GbR als Veräußerin 97
B. Die OHG als Veräußerin 97
I. Ordnungsgemäße Vertretung der OHG 97

II. Existenz der OHG 98
1. Tatbestand des § 15 HGB 99
2. Rechtsfolge des § 15 HGB 100
a) Dingliche Ebene 101
b) Schuldrechtliche Ebene 103
c) Friktionen mit dem geltenden Recht im Übrigen 104
3. Fazit zur Existenz der OHG 106
III. Identität der OHG 107
IV. Ergebnis zum Vergleich zwischen GbR und OHG als Veräußerin 107

C. Die GbR als Erwerberin 108
I. Ordnungsgemäß Vertretung, Existenz und Identität der GbR aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht beim Erwerb 108
1. Grundsätzliches zur Nachweisführung (einer GbR) im Grundbuchverfahren 108
2. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.04.2011 109
3. Folgen für die Praxis 110
II. Materiell-rechtliche Behandlung der GbR auf Erwerberseite 111
1. Praktische Konsequenzen bei Nichtexistenz oder nicht ordnungsgemäßer Vertretung 112
2. Denkbare Lösungen zur Sicherstellung der Existenz und ordnungsgemäßen Vertretung unter Berücksichtigung der Identität 114
a) Neugründung der GbR 114
b) Bestätigungslösung 115
c) „Geburtsvollmachten“ 117
d) Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze 118
aa) Rechtsschein 118
bb) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins 119
cc) Schutzwürdigkeit des Vertragspartners und Kausalität 119
dd) Praxistauglichkeit der allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätze 120
e) Mitverpflichtung der Handelnden 121
III. Ergebnis zur GbR als Erwerberin 122

D. Die OHG als Erwerberin 122

E. Gesamtfazit zum Grundstücksverkehr 123

Kapitel 4 – Die GbR im Zivilprozess (mit Bezügen zur Zwangsvollstreckung) 126

A. Bedeutung von Existenz, ordnungsgemäßer Vertretung und Identität im Zivilprozess 126
I. Maßstab der Prüfung vom Amts wegen gemäß § 56 Abs. 1 ZPO hinsichtlich Existenz und ordnungsgemäßer Vertretung 127
II. Maßstab für die Bezeichnung einer Prozesspartei 128
III. Konsequenzen verbleibender Zweifel hinsichtlich Existenz, ordnungsgemäßer Vertretung und Identität 128

B. Aktivprozess der GbR 129
I. Existenz und ordnungsgemäße Vertretung 130
II. Identität der GbR 132
1. Problematik der „Minimalbezeichnung“ 132
2. Angabe des gesetzlichen Vertreters 133

C. Aktivprozess der (registrierten) offenen Handelsgesellschaft 135
I. Existenz und ordnungsgemäße Vertretung 135
II. Identität der OHG 136
III. Ergebnis zum Vergleich zwischen GbR und OHG im Aktivprozess 137

D. Passivprozess der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 138
I. Existenz und ordnungsgemäße Vertretung 138
1. Klageerhebung gegen die GbR und ihre Gesellschafter 138
2. Ordnungsgemäße Vertretung am Beispiel der Zustellung einer Klageschrift 140
a) Vermutung der Gesamtvertretung 141
b) Rechtsschein der Gesamtvertretung 142
c) Zustellung an sämtliche Gesellschafter der GbR 143
d) Fazit zur Zustellung 143
3. Ordnungsgemäße Vertretung im Übrigen 144
II. Identität der GbR 145

E. Passivprozess der (registrierten) offenen Handelsgesellschaft 146
I. Existenz und ordnungsgemäße Vertretung 146
II. Identität der OHG 148
III. Ergebnis zum Vergleich zwischen GbR und OHG im Passivprozess 149

F. Gesamtfazit zur Publizität der GbR am Beispiel des Zivilprozessrechts 150

Kapitel 5 – Folgerung für eine Registrierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus der Rechtslage de lege lata 152

A. Legislatives Alternativkonzept zu einer Registrierung der GbR 154
I. Erstreckung des § 899a BGB auf die schuldrechtliche Ebene 154
II. Notare als Ersatzregister 156
III. Positiv normierter Rechtsschein des Gesellschaftsvertrages 157
IV. Erweiterung der Objektspublizität als Mittel der Identifikation 160
V. Identifikation durch weitreichende Transparenz der Gesellschafter 161

B. Perspektivische Betrachtung der verschiedenen Konzepte 163
I. Darstellung der diversen Modelle einer Registrierung 165
1. Freiwillige Registrierung 165
2. Zwingende Registrierung 166
3. Konstitutiv wirkende Registrierung 167
a) Dreigliedrige Behandlung der GbR 168
b) Zweigliedrige Behandlung der GbR 168
II. Perspektive des Bundes und der Länder 169
1. Aufwand hinsichtlich des legislativen Alternativkonzepts 169
2. Aufwand hinsichtlich einer Registerlösung 169
a) Legislatorischer Aufwand 170
b) Personelle und technische Infrastruktur sowie ihre Kosten 171
3. Ergebnis betreffend die Perspektive des Bundes und der Länder 172
III. Perspektive: Rechtssicherheit 173
1. Gewinn an Rechtssicherheit hinsichtlich des legislativen Alternativkonzepts 173
a) Unkenntnis der Anwendung und Auslegung 173
b) Fehleranfälligkeit punktueller Nachbesserungen 174
c) Praktischer Nachteil (allgemeiner) Rechtsscheinsgrundsätze 176
d) Informationsbeschaffung über die GbR durch Dritte 177

2. Gewinn an Rechtssicherheit hinsichtlich einer Registerlösung 178
a) (Abstrakter) Vertrauensschutz für die Registrierung der GbR? 179
b) Zwischenergebnis zu einem (abstrakten) Vertrauensschutz 180
c) Freiwillige Registrierung 181
d) Zwingende Registrierung 182
aa) Gewinn an Publizität 182
bb) Abgrenzung zwischen registerpflichtigen und nicht registerpflichtigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts 184
(1) Bildung von Gesellschaftsvermögen oder eigene Identitätsausstattung als Abgrenzungsmerkmale 184
(2) Erleichterte Abgrenzbarkeit mithilfe einer Vermutung? 186
(3) Klare Abgrenzbarkeit bei Registerpflicht für bestimmte Gesellschaften bürgerlichen Rechts? 187
cc) Fazit 189
e) Konstitutiv wirkende Registrierung 189
aa) Dreigliedrige Behandlung der GbR 190
bb) Zweigliedrige Behandlung der GbR 193
(1) Vermögensübergang zwischen der rein schuldrechtlichen und der rechtsfähigen GbR 193
(2) Beteiligung an einer Personengesellschaft 194
(3) Unternehmen als Gegenstand der Gesellschaft 195
(4) Verschlechterung der Position des Gesellschaftsgläubigers? 196
(5) Ausweichen auf ausländische Gesellschaftsformen 197
cc) Implementierung der Vorgesellschaftsthematik im Personengesellschaftsrecht 199
dd) Fazit 202
3. Ergebnis betreffend die Perspektive: Rechtssicherheit 202

IV. Perspektive der GbR-Gesellschafter und potenzieller Gründer 203
1. Interessen der Gesellschafter oder Gründer hinsichtlich des legislativen Alternativkonzepts 204
2. Interessen der Gesellschafter oder Gründer hinsichtlich einer Registerlösung 206
a) Freiwillige Registrierung 206
aa) Faktischer Zwang statt echter Freiwilligkeit 207
bb) Fehlender Bedarf einer freiwilligen Registrierung wegen § 105 Abs. 2 HGB bzw. wegen des Partnerschaftsregisters? 208
b) Zwingende Registrierung 210
aa) Bewertung einer Registerpflicht für bestimmte Gesellschaften bürgerlichen Rechts 212
bb) Fehlender Bedarf für eine der OHG stark angenäherte GbR 213
cc) Auswirkungen einer zwingenden Registrierung der GbR auf den nicht rechtsfähigen Verein 215
c) Konstitutiv wirkende Registrierung 216
aa) Die Vorgesellschaft zur eingetragenen (rechtsfähigen) GbR 218
bb) Auswirkungen einer konstitutiv wirkenden Registrierung der GbR auf den nicht rechtsfähigen Verein 219
cc) Auswirkungen einer konstitutiv wirkenden Registrierung der GbR auf die Vorgesellschaften der juristischen Personen 220
3. Ergebnis betreffend die Perspektive der GbR-Gesellschafter und potenzieller Gründer 222
V. Folgerung aus der perspektivischen Betrachtung der verschiedenen Lösungskonzepte 222
1. Optimales Lösungsmodell im Hinblick auf verschiedene Prämissen 224
2. Richtigkeit der Prämissen 225
3. Neuordnung des Registerverfahrens? 226
a) Online-Registrierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 227
aa) Ausgestaltung der Online-Registrierung 228
bb) Notwendigkeit der Beteiligung eines Notars? 230
cc) Änderungen bestehender Daten 232

dd) Kosten 233
(1) Kosten der Länder 233
(2) Kosten der Gesellschafter 234
ee) Information der Gesellschafter und laufende Gebühr? 235
ff) Fazit zur Online-Registrierung 236
b) Synergieeffekte mittels Gewerbeanmeldung und steuerlicher Erfassung der GbR 237
aa) Umsetzung des Vorschlags 237
bb) Kosten 238
cc) Fazit zur Erzielung von Synergieeffekten mittels steuerlicher Erfassung (und Gewerbeanmeldung) 239
c) Ergebnis zur Neuordnung des Registerverfahrens 239
VI. Gesamtfazit zum optimalen Lösungskonzept 240

C. Praktische Umsetzung der zwingenden Registrierung bestimmter BGB-Gesellschaften und des legislativen Alternativkonzepts 243
I. Eigenes Register oder neue Abteilung im Handelsregister? 243
II. Inhalt der Registereintragung 245
III. Gesetzesvorschläge 245
1. Zwingende Registrierung für bestimmte BGB-Gesellschaften 245
2. Legislatives Alternativkonzept 249
3. Sonstige Gesetzesänderungen 250

Kapitel 6 – Schlussfazit und Ausblick 252

Literaturverzeichnis 257

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGB-E1	Entwurf 1 zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGB-E2	Entwurf 2 zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BNotO	Bundesnotarordnung
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BOStB	Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
COM	Commission (European)
d.h.	das heißt
DatenschutzR	Datenschutzrecht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	Derselbe
DesignV	Verordnung zur Ausführung des Designgesetzes
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung (Zeitschrift)
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DS-GVO	Datenschutzgrundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
E1	Entwurf 1
E2	Entwurf 2
eG	eingetragene Genossenschaft
eGbR	eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts
EGovG	Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung
eID-Funktion	electronic Identity-Funktion
ERVGBG	Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgend

ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FG	Finanzgericht
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GBO-E	Entwurf zur Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GBV	Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GrStG	Grundsteuergesetz
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
HRegGebV	Verordnung über Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen
HS	Halbsatz
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
idgF	in der geltenden Fassung
IHK	Industrie- und Handelskammer

IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
InsO	Insolvenzordnung
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
jurisPR-HaGesR	juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KölnerHdbGesR	Kölner Handbuch des Gesellschaftsrechts
KV	Kostenverzeichnis (zum GNotKG)
LG	Landgericht
lit.	littera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwalts-Handbuch
MarkenV	Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-Beil	NJW-Beilage (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
notar	Notar (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.Ä.	oder Ähnliches
OG	Offene Gesellschaft (Österreich)
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PartG mbB	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PAuswG	Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis
Rdn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
Rz.	Randzeichen
S.	Satz
S.	Seite
s.	siehe
SchRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken
SGB IV	Sozialgesetzbuch IV
sog.	sogenannt(e)
St.	Ständige
StGB	Strafgesetzbuch
TMG	Telemediengesetz
u.Ä.	und Ähnliche(s)
u.a.	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch (Österreich)
Urt.	Urteil
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	vom

VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
Vor-AG	Vorgesellschaft zur AG
Vor-eG	Vorgesellschaft zur eG
Vor-GmbH	Vorgesellschaft zur GmbH
VV	Vergütungsverzeichnis (Anlage 1 des RVG)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
XML	Extensible Markup Language
z.B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immoblienrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentum
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Kapitel 1 – Einleitung

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Grundform der Personengesellschaften[1] und als solche aufgrund ihrer Zweckoffenheit in unzähligen Ausprägungen in der Praxis anzutreffen.[2] Ihre rechtliche Behandlung war in der Vergangenheit und ist zum Teil auch heute noch vielfach Gegenstand rechtlicher Diskussionen. Ob die Gesellschaft Rechtsfähigkeit besitzt oder nicht, ist die sicherlich populärste Streitfrage in der Geschichte der BGB-Gesellschaft. Mittlerweile ist die Rechtsfähigkeit durch die Entscheidung ARGE Weißes Ross[3] des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2001 anerkannt und wird auch in der Literatur kaum noch bezweifelt.[4]

Diese Entscheidung und die aus ihr folgenden Konsequenzen wie die persönliche Gesellschafterhaftung analog § 128 HGB oder die Haftung für Altverbindlichkeiten analog § 130 HGB[5] haben die GbR näher an die Personenhandelsgesellschaften heranrücken lassen, ohne dass ihr eine (vergleichbare) Registerpublizität zukäme.

A. Problemaufriss und Stand der Diskussion

Die bisherige Entwicklung der GbR sowie ihre fehlende Registerpublizität determinieren das grundsätzliche Problem, welches Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein wird. Eine fehlende Registerpublizität legt die Vermutung nahe, dass ein Informationsdefizit des Rechtsverkehrs im Hinblick auf relevante Tatsachen besteht.[6] Umgekehrt liegt es nahe, dass die GbR bzw. ihre Gesellschafter ebenso nur defizitär den Rechtsverkehr über geänderte Tatsachen informieren können.[7]

---

1 Statt vieler *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 705 BGB Rdn. 1.
2 *Heidel*, in: NK-BGB, § 705 Rdn. 38ff.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Vor § 705 Rdn. 34ff.
3 BGHZ 146, 341.
4 Ausnahmen sind etwa *Bachmayer*, BWNotZ 2009, 122 (141ff.) und *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177 (188).
5 BGHZ 154, 370 (371ff.).
6 Vgl. *Häublein*, in: BeckOK-HGB, § 162 Rdn. 5.
7 Zu Vorteilen der Publizität für den Eingetragenen vgl. *Krebs*, in: MüKo-HGB, § 15 Rdn. 7 (zum Handelsregister).

Ein unterstelltes Informationsdefizit legt wiederum die Vermutung nahe, dass negative Auswirkungen auf die Rechtssicherheit des Rechts- und Geschäftsverkehrs möglich sein könnten. Hieraus ergäbe sich zwangsläufig die Frage, ob und wie entsprechende negative Auswirkungen mit Mitteln des geltenden Rechts behoben werden können. Falls das geltende Recht keine adäquaten Mittel zur Verfügung stellen sollte, ergibt sich die Frage, ob die Einführung einer Registerpublizität für die GbR de lege ferenda sinnvoll erscheint und wie diese konkret ausgestaltet werden könnte.

Zusammengefasst geht es also um die Frage, ob eine Registerpublizität für die GbR nützlich wäre und welche Art der Registrierung (freiwillig, zwingend etc.) sinnvoll erscheint.

An diesen zwei Kernaspekten orientiert sich die bisherige Diskussion in der Literatur maßgebend. Daher überrascht es nicht, dass die fehlende Registerpublizität *vornehmlich* seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR zumindest mit Skepsis betrachtet wird.[8] Teilweise wird vorgebracht, es mangele an einer verlässlichen Feststellbarkeit von Existenz, Identität und Vertretungsverhältnissen einer GbR.[9] Dies führe zu zahlreichen Schwierigkeiten und Problemen im Umgang mit der Gesellschaft im Rechts- und Geschäftsverkehr, etwa im Hinblick auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften oder die Realisierung der persönlichen Gesellschafterhaftung.[10] Exemplarisch zeige dies die Entscheidung ARGE Weißes Ross eindrucksvoll selbst, weil ein Urteil gegen die beklagte BGB-Gesellschaft erging, obwohl sie zum betreffenden Zeitpunkt schon nicht mehr existierte.[11] Auf Basis dieser Einschätzung wird der BGB-Gesellschaft ein wesentliches Defizit mit Nachteilen für die Rechtssicherheit (und die Gesellschaft selbst) attestiert, sodass vom überwiegenden Schrifttum die Auffassung vertreten wird, de lege ferenda sei für die GbR eine Registerpublizität herzustellen.[12] Auch die abstimmungsberechtigten Teilnehmer der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages sprachen sich mehrheitlich für die Schaffung einer Registerpublizität aus.[13] Innerhalb dieser herrschenden Ansicht besteht allerdings Streit darüber, nach wel-

---

8 Statt vieler: *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001 (1007); *Henssler/Michel*, NJW 2015, 11 (16); *Wertenbruch*, DB 2003, 1099 (1102).

9 *Heinemann*, JR 2010, 31 (32); *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (329); *Wicke*, GWR 2009, 336 (337); generell zur Registerfunktion: *Krafka*, Registerrecht, Rdn. 1.

10 Vgl. *Wicke*, DNotZ 2017, 261 (263).

11 *Prütting*, in: FS Wiedemann, S. 1177 (1181).

12 Siehe Nachweise in Fußnote 567.

13 Siehe das Ergebnis der Beschlussfassung zu den Thesen 5 c) bzw. d) der wirtschaftsrechtlichen Abteilung, abgedruckt in Referate 71. DJT, O 101f.

chem Modell eine Registrierung der GbR sinnvollerweise umgesetzt werden sollte.[14]

In der Literatur lassen sich hingegen aber auch viele Stimmen finden, die der Schaffung einer Registerpublizität der BGB-Gesellschaft ablehnend gegenüberstehen.[15] Diese Auffassung teilt auch der Gesetzgeber, welcher sich gegen die Einführung einer Registerpublizität ausgesprochen hat[16] und auch bisher trotz der zahlreichen Forderungen nach einer Registerpublizität nicht tätig geworden ist.

Im Hinblick auf die vielen Gegner einer Registerpublizität der GbR überrascht es nicht, dass schon die negativen Auswirkungen der fehlenden Registerpublizität häufig bestritten oder zumindest mit Möglichkeiten des geltenden Rechts als (praktisch) handhabbar angesehen werden.[17] Als Beispiel aus der Gesetzgebung sind diesbezüglich § 162 Abs. 1 S. 2 HGB sowie die durch das ERVGBG eingeführten Normen §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO, 82 S. 3 GBO und 15 Abs. 1 lit. c) GBV zu nennen, die eventuelle Schwächen einer fehlenden Registerpublizität der GbR ausgleichen sollen.[18]

B. Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit hat das Ziel, die Frage zu klären, ob die Einführung einer Registerpublizität der BGB-Gesellschaft de lege ferenda als sinnvoll zu bewerten ist und wie eine solche ausgestaltet werden könnte.

Zunächst ist hiermit die zu beantwortende Frage verbunden, ob und inwieweit die fehlende Registerpublizität einer BGB-Gesellschaft geeignet ist, Schwierigkeiten oder Probleme für Dritte sowie die Gesellschaft bzw. ihre Gesellschafter hervorzurufen. Sofern das geltende Recht keine (praktikable) oder den Interessen der genannten Personengruppen gerecht werdende Lösung ermöglicht, soll ein sinnvolles Lösungskonzept de lege ferenda vorgeschlagen werden. Dieses Konzept soll allerdings nicht in einer

---

14 Siehe hierzu näher Kapitel 5 B. I.

15 Siehe Nachweise in Fußnote 567.

16 BT-Drucks. 16/13437 S. 24.

17 Beispielsweise *Kesseler,* NJW 2011, 1909 (1914) im Hinblick auf das Grundstücksrecht; im Übrigen vergleiche die Nachweise in Kapitel 3 und 4 zu den jeweiligen Lösungsvorschlägen (§ 899a analog etc.).

18 Vgl. zu § 162 Abs. 1 S. 2 HGB BT-Drucks. 14/7348 S. 29 und zu den anderen Normen BT-Drucks. 16/13437 S. 23ff.

umfassenden Neukonzeption des (Personen-)Gesellschaftsrechts bestehen, sondern sich weitestgehend systemimmanent vollziehen lassen.[19]

C. Grundbegriffe

Im Sinne einer leichteren Verständlichkeit der nachfolgenden Kapitel sollen drei grundlegende Begriffe näher erläutert werden, denen in der Untersuchung eine übergeordnete Bedeutung zukommen wird: Die Existenz, die Identität und die Registrierung der Gesellschaft.

Unter der Existenz ist die *rechtliche* Existenz der Gesellschaft zu verstehen, an der es fehlt, wenn Gründe vorliegen, die bereits das wirksame Entstehen der Gesellschaft hindern oder zu ihrem Erlöschen führen. Gemeint sind daher Fälle einer so genannten Scheingesellschaft, die strikt von einer fehlerhaften Gesellschaft abzugrenzen ist, da die fehlerhafte Gesellschaft zwar an Gründungsmängeln leidet, aber gleichwohl bei Invollzugsetzung ein wirksames Gesellschaftsverhältnis besteht.[20] Für eine Scheingesellschaft verbleiben damit etwa Fälle, in denen ein Wille zur Gesellschaftsgründung gänzlich fehlt oder die auf Abschluss der Gesellschaftsgründung gerichteten Willenserklärungen nur zum Schein i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB abgegeben wurden.[21] Weiterhin ist eine Scheingesellschaft nach herrschender Ansicht anzunehmen, wenn die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht eingreifen, weil übergeordnete Interessen – etwa Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit des Gesellschaftszwecks – eingreifen[22] oder eine zunächst wirksame Gesellschaft durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters liquidationslos erlischt.[23]

Unter der Identität der GbR sind alle Eigenschaften zu verstehen, die geeignet sind, die Gesellschaft von anderen abzugrenzen und damit zu individualisieren. Hierfür kommen etwa der Gesellschaftsname, der Sitz, der Gesellschaftszweck, aber auch die Identität der Gesellschafter in Betracht.

---

19 *Schäfer*, Diskussion 71. DJT, O 145 weist richtigerweise darauf hin, dass anderenfalls große Rechtsunsicherheiten entstehen könnten und möglicherweise sogar die Bestimmung von neuen Grundbegriffen – wie bei der Schuldrechtsmodernisierungsreform – Jahre dauern könnte.

20 Statt vieler: *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB, § 105 Rdn. 244, 258.

21 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, § 105 Rdn. 98 m.w.N.; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 705 Rdn. 377f., der allerdings eine abweichende Ansicht zu § 117 BGB vertritt.

22 BGH NJW 2005, 1784 (1785f.) m.w.N.; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, § 105 Rdn. 83 m.w.N.

23 *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB, § 105 Rdn. 24.

Schließlich wird im Folgenden terminologisch von einer Registrierung der BGB-Gesellschaft anstatt (wie in der bisherigen Diskussion nicht unüblich)[24] von einem GbR-Register die Rede sein, da die Erfassung von relevanten Daten über eine GbR de lege ferenda nicht unbedingt in einem eigenen Register erfolgen muss, sondern möglicherweise in einem bereits bestehenden Register (Handelsregister) erfolgen könnte.

D. Gang der Untersuchung

Nach der Einleitung wird sich in Kapitel 2 eine Betrachtung der Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach geltendem Recht anschließen. Im Überblick werden Informationsquellen betrachtet, die geeignet sind, wichtige Tatsachen (Existenz, ordnungsgemäße Vertretung und Identität) über eine GbR in Erfahrung zu bringen oder von der Gesellschaft genutzt werden können, um Dritte zu informieren. Zudem wird die Praxistauglichkeit dieser Möglichkeiten bewertet.

In Kapitel 3 und 4 werden die Auswirkungen der eingeschränkten Publizität der BGB-Gesellschaft im Vergleich zu einer umfassenden Registerpublizität exemplarisch am Grundstücksrecht (Kapitel 3) bzw. Zivilprozessrecht mit Bezügen zur Zwangsvollstreckung (Kapitel 4) untersucht. Auf diese Weise soll ermittelt werden, ob und inwieweit Probleme und Schwierigkeiten für Dritte oder die Gesellschaft selbst *aufgrund* der fehlenden Registerpublizität denkbar sind, d.h. als Publizitätsdefizit eingeordnet werden können. Zunächst wird hierbei die Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung von denkbaren Lösungsansätzen des geltenden Rechts betrachtet und anschließend mit einer registrierten offenen Handelsgesellschaft verglichen. Als Publizitätsdefizite können folgerichtig nur solche Probleme gelten, die bei einem Vergleich der Rechtslage zwischen der GbR und der registrierten und daher publiken OHG außerhalb der Schnittmenge liegen. Die Schnittmenge bildet hingegen Probleme ab, die nicht auf die fehlende Publizität zurückgeführt werden können und daher auch nicht durch eine Registrierung gelöst würden. Zudem ermöglicht der Vergleich beider Gesellschaftsformen die Feststellung, inwieweit möglicherweise bestehende Lösungsansätze des geltenden Rechts für eine GbR mit einer Registerpublizität konkurrieren können.

Um Redundanzen so weit wie möglich zu vermeiden, wird in Kapitel 4 auf die in Kapitel 3 gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen. Eine gewis-

---

24 Statt vieler: *Krüger*, NZG 2010, 801 (804); *Schmidt/Bierly*, NJW 2004, 1210 (1211).

se Redundanz ist allerdings gleichwohl für die Untersuchung erforderlich, da nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass die in einem Rechtsgebiet gewonnenen Erkenntnisse kein Einzelfall sind, sondern ebenso auf andere Rechtsbereiche zutreffen.

In Kapitel 5 wird auf Basis der in Kapitel 2 bis 4 gewonnenen Erkenntnisse gefolgert, ob de lege ferenda eine Registerpublizität der GbR eingeführt werden sollte oder nicht. Zu diesem Zwecke wird zunächst eine Alternative zu einer Registrierung der GbR vorgestellt, die allerdings im Sinne der Zielsetzung dieser Arbeit nur weitestgehend systemimmanente Änderungen berücksichtigt. Sodann werden die unterschiedlichen Modelle einer Registrierung sowie die vorgestellte Alternative unter verschiedenen Gesichtspunkten bzw. aus verschiedenen Perspektiven analysiert, um das optimale Modell heraus zu kristallisieren. Dem Ergebnis dieser Gesamtschau schließt sich ein Gesetzgebungsvorschlag an.

Die Arbeit endet in Kapitel 6 mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick.