

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2 – Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften

BGB § 168; GBO §§ 19, 35 – Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Alleinerben?

Rechtsprechung

HGB § 15 Abs. 1; BGB §§ 164, 177, 242, 433; GmbHG §§ 35, 49 Abs. 2, 50 Abs. 3 S. 1; AktG § 179a – Fehlende Eintragung der Geschäftsführerabberufung im Handelsregister; negative Publizität; Missbrauch der Vertretungsmacht

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2

Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften

I. Sachverhalt

Eine PartGmbH soll in eine GbR umgewandelt werden.

II. Frage

Ist die Umwandlung der PartGmbH in eine (nicht eingetragene) GbR möglich oder haben sich – ggf. auch durch das MoPeG – Gründe ergeben, die dieser Möglichkeit entgegenstehen?

III. Zur Rechtslage

1. Der Statuswechsel zwischen registrierten Gesellschaften

Der Wechsel zwischen Handels-, Gesellschafts- und Partnerschaftsregister (und umgekehrt) kann gem. § 707c Abs. 1 BGB, §§ 106 Abs. 3-5, 107 Abs. 3 HGB, §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4 PartGG **nur im Wege des Statuswechsels erfolgen**. Wird eine bereits im Partnerschaftsregister eingetragene PartG (mbB) als GbR zur (Erst-)Eintragung in das Gesellschaftsregister anmeldet, ist diese Anmeldung gem. § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB unzulässig. Die Anmeldung kann vielmehr nur im Wege des Statuswechsels (§ 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c BGB) **bei dem Partnerschaftsregister** erfolgen (vgl. zum Statuswechsel in eine PartG Heckschen/Weitbrecht, in: Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 5 Rn. 89 ff.). Hierbei ist über den Verweis in § 4 Abs. 4 PartG die Regelung in § 107 Abs. 3 HGB zu beachten, sodass vom Register geprüft wird, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt und folglich nicht als GbR fortgeführt werden kann (vgl.

MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 4 PartGG Rn. 12).

Will eine eGbR in eine OHG/KG oder PartG wechseln, erfolgt dies ebenfalls im Wege des Statuswechsels, der in diesem Fall beim Gesellschaftsregister anzumelden ist (§ 106 Abs. 2 HGB, § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB; zum Statuswechsel in eine Personenhandelsgesellschaft Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 83 ff.).

Das **Statuswechselverfahren** ist (mangels Einschlägigkeit der §§ 190 ff. UmwG) die **einige Möglichkeit** für registrierte Personengesellschaften, **zwischen den Registern zu wechseln** und in diesem Zuge ihre Rechtsform zu ändern. Auf diese Weise soll die **Identität** der zwischen den Registern wechselnden Gesellschaften **sichergestellt** und sollen **Doppeleintragungen vermieden** werden (Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 8 ff.).

2. Löschung der registrierten Personengesellschaft „nach den allgemeinen Vorschriften“

Im vorliegenden Fall soll der materiell-rechtliche Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die GbR aber gerade nicht von einem Register in ein anderes erfolgen. Die PartG soll vielmehr in eine nicht eingetragene rechtsfähige GbR wechseln. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtlich möglich ist.

a) Gem. § 707a Abs. 4 BGB findet **nach Eintragung der Gesellschaft** (im Gesellschaftsregister) die Löschung der Gesellschaft nur nach den allgemeinen Vorschriften statt. Was genau der Gesetzgeber mit den „allgemeinen Vorschriften“ gemeint hat, ist im Detail nicht abschließend geklärt (ausf. dazu BeckOK-BGB/Enders, Std.: 1.1.2024, § 707a Rn. 49 ff.; jedenfalls erfasst sein dürften § 738 und § 712a Abs. 1 S. 1 BGB; Servatius, GbR, 2023, § 707a BGB Rn. 11; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17).

Jedenfalls folgt jedoch aus § 707a Abs. 4 BGB, dass für die GbR der Weg von der eingetragenen GbR in die nicht eingetragene GbR versperrt ist (Bachmann, NJW 2021, 3073 Rn. 10: „einmal vorgenommene Eintragung [kann] grundsätzlich nicht wieder rückgängig gemacht werden“; wohl i. E. auch BeckOK-BGB/Enders, § 707a Rn. 60). Eine **gewillkürte Löschung der eingetragenen GbR wird** durch § 707a Abs. 4 BGB **ausgeschlossen** (BT-Drucks. 19/27635, S. 109; Servatius, § 707a Rn. 11; Herrler, ZGR-Sonderheft 23/2020, 39, 58: „Eintragung ohne Rückfahrkarte“; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17). Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Absatz 4 gestattet eine Löschung der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur nach den allgemeinen Vor-

schriften. Danach erlischt die Gesellschaft im Regelfall nach Beendigung der Liquidation (§ 738 BGB-E), falls nicht ausnahmsweise Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen (vergleiche Heinemann, in: Keidel, 19. Aufl. 2017, § 393 Rn. 7). § 707a Absatz 4 BGB-E dient wie sein Regelungsvorbild § 3 Absatz 2 HGB in erster Linie dem Verkehrsschutz (vergleiche Bundestagsdrucksache. 13/8444, Satz 91). Obschon für die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Eintragungswahlrecht besteht, tritt mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister eine Bindungswirkung ein. Die Gesellschafter müssen sich an ihrer Eintragungsentscheidung festhalten lassen und können die Gesellschaft nicht mehr gewillkürten wieder löschen. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von dem geltenden § 105 Absatz 2 Satz 2 HGB in Verbindung mit § 2 Satz 2 und 3 HGB, der für freiwillig im Handelsregister eingetragene, kleingewerbliche oder vermögensverwaltende, Gesellschaften eine gewillkürte Löschung zulässt. Folgerichtig entfällt auch für diese Gesellschaften in Zukunft ein solches Recht und bestimmt § 107 Absatz 2 HGB-E, dass eine Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege des Statuswechsels, das heißt durch den Wechsel vom Handelsregister in das Gesellschaftsregister, zulässig ist.“

(BT-Drucks. 19/27635, S. 133)

b) Der für die GbR zum 1.1.2024 normierte **Grundsatz des § 707a Abs. 4 BGB, dass nach Eintragung der Gesellschaft keine gewillkürte Löschung möglich ist**, gilt über das durch das MoPeG stärker konturierte Verweisungssystem des Personengesellschaftsrechts **auch für alle weiteren Arten von Personengesellschaften**.

aa) Gem. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB finden auf die Personenhandelsgesellschaften (soweit in den §§ 105 bis 160 HGB nichts anderes vorgeschrieben ist) die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Nach der auf den Einzelkaufmann zugeschnittenen Vorschrift des § 2 S. 3 HGB erfolgt die Löschung der Firma des Kannkaufmanns auf Antrag. Bis zum 1.1.2024 fand § 2 S. 3 HGB über § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. auf die kleingewerbliche oder vermögensverwaltende OHG (und über § 161 Abs. 2 HGB auf die KG) entsprechende Anwendung. Nach den bis zum 1.1.2024 geltenden Regelungen konnte daher eine im Handelsregister eingetragene Personenhandelsgesellschaft, die nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB erfüllte, aufgrund einfachen Antrags aus dem Handelsregister gelöscht werden. Durch das MoPeG wurde der Verweis in § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. aufgehoben. Die Gesetzesbegründung zu § 707a BGB verweist daher richtigerweise darauf, dass sich die Rechtslage für Personenhandelsgesellschaften nicht mehr auf die Vorschriften des BGB bezieht, sondern auf die Vorschriften des MoPeG.

sellschaften unter Geltung des § 707a Abs. 4 BGB vom bisherigen § 105 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 2 S. 2 und 3 HGB unterscheidet (BT-Drucks. 19/27635, S. 133). In der **Ge-setzesbegründung zu § 107 HGB** heißt es:

„Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass eine kleingewerbliche, vermögensverwaltende und nunmehr auch freiberufliche offene Handelsgesellschaft das Handelsregister zwar wieder verlassen kann, um die Kaufmannseigenschaft abzustreifen. Anders als nach der geltenden Regelung für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Gesellschaften wird hierfür aber nicht auf § 2 Satz 3 HGB verwiesen, der die Löschung auf Antrag regelt. Vielmehr muss die Gesellschaft, die den Status einer offenen Handelsgesellschaft freiwillig angenommen hat, einen Statuswechsel zu einer eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornehmen, wenn sie ihre Kaufmannseigenschaft ablegen will. Das bedeutet, dass sie die mit der Eintragung im Handelsregister erlangte Transparenz nicht ohne Weiteres ablegen kann.“

(BT-Drucks. 19/27635, S. 224 f.)

Über den allgemeinen Verweis in § 105 Abs. 3 HGB findet also nun § 707a Abs. 4 HGB auf die Personengesellschaft Anwendung (nicht: „entsprechende“ Anwendung). Ist daher eine **Personenhandelsgesellschaft** im Handelsregister eingetragen, dann erfolgt also **auch dann keine gewillkürte Löschung** auf Antrag, wenn es sich um eine **kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Gesellschaft** handelt, die nach § 107 Abs. 1 HGB erst freiwillig durch Eintragung Personengesellschaft geworden ist (die Neuregelung wohl übersehend Koch/Szalai, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 707a BGB Rn. 16). Die einzige Möglichkeit, als weiterhin werbende GbR aus dem Handelsregister auszuscheiden, ist der Wechsel in die *eingetragene* GbR im Wege des Statuswechsels. Dies ordnet § 107 Abs. 2 S. 2 HGB ausdrücklich an.

Ein **Rechtsformwechsel** von einer im Handelsregister registrierten (kleingewerblichen bzw. vermögensverwaltenden) **OHG bzw. KG in eine nicht registrierte GbR ist damit ausgeschlossen.**

bb) Für die **Partnerschaftsgesellschaft** gilt im Ergebnis **Entsprechendes** wie für die Personenhandelsgesellschaft. Denn auf die Partnerschaft finden gem. § 1 Abs. 4 PartGG die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung. Von dieser Verweisung ist auch § 707a Abs. 4 BGB umfasst. Anhand der vorstehenden Ausführungen zu den Personenhandelsgesellschaften und des dort für die kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften bewusst vollzogenen Wandels hin zu dem in § 707a Abs. 4 und § 707c BGB niedergelegten System besteht für uns

kein Anlass, dieses für die PartG abweichend zu beurteilen. Es handelt sich vielmehr um ein stimmiges System zur Absicherung der einmal erlangten Registerpublizität in Bezug auf alle Arten von Personengesellschaften (und zur Vermeidung von Firmenbestattungen, vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 134). Dass die allgemeinen Grundsätze zur Löschung im Register bei der eGbR und bei der PartG entsprechend gelten, zeigt auch die Anpassung von § 393 Abs. 6 FamFG zum 1.1.2024.

3. Ergebnis

Eine in einem Register eingetragene und materiell-rechtlich noch existierende **Personengesellschaft** (eGbR, PartG, OHG und KG) **kann nicht** aufgrund einfachen **Löschungsantrags aus dem Register ausscheiden**. Soll die Gesellschaft als werbende Gesellschaft fortbestehen, ist ein Wechsel des Registers (mit dem damit in den meisten Fällen einhergehenden Rechtsformwechsel in eine andere Art der Personengesellschaft) nur im Wege des Statuswechselverfahrens (s. § 707c Abs. 1 BGB) möglich. Die **Löschung** einer PartG bzw. OHG oder KG außerhalb des Statuswechselverfahrens (oder einer Umwandlung nach dem UmwG) erfolgt damit **nur im Anschluss an die Vollbeendigung** der Gesellschaft (§§ 738, 712a Abs. 1 S. 1 BGB, § 150 HGB, § 10 Abs. 1 PartGG).