

Wirklichkeit und rechtspolitischer Diskurs

Wie kann der dispositive Recht setzende Gesetzgeber von der empirischen Sozialforschung profitieren?

Eine Annäherung am Beispiel des Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG)

*Carina Gabriella Schwarz**

A. Einleitung

Vor rund einhundertfünfundzwanzig Jahren sind das BGB und das HGB in Kraft getreten und mit ihnen auch ein Personengesellschaftsrecht, das in der Folge vom Gesetzgeber über eine sehr lange Zeit kaum angetastet worden ist. Demgegenüber haben die Vertragsgestaltungspraxis und die Gerichte das Personengesellschaftsrecht stetig fortentwickelt, mit dem Ergebnis, dass das so geformte Recht schließlich mit dem Personengesellschaftsrecht in den Gesetzbüchern nicht mehr viel gemein hatte.¹ Dies hat der Gesetzgeber vor ein paar Jahren zum Anlass genommen, doch einmal in größerem Umfang tätig zu werden, mit dem Ziel, das Personengesellschaftsrecht an die aktuellen Bedürfnisse der Praxis anzupassen.²

Der mit diesem Ziel vor Augen durchgeführte Gesetzgebungsprozess mündete im Jahr 2021 in den Erlass des Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG).³ In Kraft getreten ist dieses Gesetz freilich

* Dr. jur., M.Jur. (Oxon.); ich danke allen Diskussionsteilnehmer*innen auf der 33. Jahrestagung der GJZ in Nürnberg für ihre wertvollen Anregungen. Einen ganz herzlichen Dank möchte ich außerdem an alle richten, die es mir ermöglicht haben, diesen Beitrag im Wochenbett zu verfassen, nicht zuletzt meiner lieben Tochter Rebekka; ihr sei dieser Beitrag gewidmet.

1 Dies haben sehr viele in ihren Beiträgen zur Reform des Personengesellschaftsrechts festgehalten; vgl. nur *G. Bachmann*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NJW 2021, 3073 (3073, 3078); *H. Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430 (430 f.); *P. Kindler*, Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), ZfPW 2022, 409 (409 f.).

2 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.

3 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436).

größtenteils erst zum 1. Januar 2024.⁴ Mit dem MoPeG hat der Gesetzgeber insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in den §§ 705 ff. BGB von einer Gelegenheitsgesellschaft in eine Dauergesellschaft umgestaltet.⁵ Ungeachtet dieses neuen Leitbilds sollte es den Gesellschaftern aber – wie nicht zuletzt ausdrücklich aus § 708 BGB sowie § 108 HGB hervorgeht – unbenommen bleiben, ihre Rechtsbeziehungen in ihren Gesellschaftsverträgen jedenfalls weitgehend individuell und damit gegebenenfalls auch abweichend von den gesetzlichen Regelungen auszugestalten.⁶ Umgekehrt formuliert, sollten die allermeisten Gesetzesregelungen bloß insoweit Geltung beanspruchen, als im jeweiligen Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.⁷ Mit den entsprechenden Gesetzesregelungen sollte also dispositives Recht entstehen.

Mit dem MoPeG wollte der Gesetzgeber den Gesellschaftern im Wesentlichen einen Service leisten und die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur – das heißt: den „Unterbau“⁸ für Personengesellschaftsverträge – verbessern: Mindestens zwei Personen sollten, wenn sie sich durch einen solchen Vertrag verbinden, fortan leichter mit gewissen Beiträgen einen bestimmten gemeinsamen Zweck erreichen können. Kurzum wollte der Gesetzgeber die Durchführung von Personengesellschaftsverträgen erleichtern.

Dispositives Recht soll denn auch vor allem eine rechtliche Infrastruktur bieten.⁹ Zwar hat der Gesetzgeber schon damit, dass er es Privaten ermöglicht hat, sich überhaupt unter dem Dach einer Personengesellschaft zusammenzuschließen, eine gewisse rechtliche Infrastruktur geschaffen. Es wäre aber auch bei einem solchen Zusammenschluss nicht möglich bzw. zumindest nicht effizient, den Vertrag in jeder Hinsicht vollständig

4 Art. 137 des MoPeG vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436, 3482).

5 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.

6 Vgl. auch BT-Drs. 19/27635, S. 2.

7 Jedenfalls betonen die üblichen Definitionen von „dispositivem Recht“ seinen Charakter als „Reserveordnung“; vgl. *H. Kötz*, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, JuS 2013, 289 (289 f.); *K. Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 (738); *F. Möslin*, Dispositives Recht, Tübingen 2011, S. 1 f., 12.

8 Dudenredaktion, „Infrastruktur“ auf Duden online <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Infrastruktur>>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

9 Vgl. *Möslin*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 33 ff. („Ordnungsfunktion“), S. 377 („Infrastruktur, auf deren Grundlage Privatautonomie erst sinnvoll ausgeübt werden kann“) und S. 482 („Zentralstück der rechtlichen Infrastruktur“).

auszuverhandeln.¹⁰ Vor diesem Hintergrund sind die Gesellschafter darauf angewiesen, dass ihre Gesellschaftsverträge durch dispositives Recht vervollständigt werden und der Gesetzgeber auch insofern eine rechtliche Infrastruktur bereitstellt. Freilich entlastet der Gesetzgeber die Gesellschafter tatsächlich nur insoweit davon, ihre Verträge ausverhandeln zu müssen, als sein dispositives Recht jedenfalls im Großen und Ganzen in ihrem Sinne ist. Nichtsdestotrotz kann der Gesetzgeber, indem er das dispositive Recht auf eine bestimmte Weise (nicht) ausgestaltet, insbesondere auch steuernd einwirken (wollen) auf die Vertragsverhandlungen unter den (möglichen) Kontrahenten.¹¹

Unabhängig davon, ob das dispositive Recht im Einzelfall (auch) eine solche Steuerungsfunktion haben soll, bieten sich dem Gesetzgeber jedenfalls unterschiedliche Möglichkeiten, mit dispositivem Recht eine Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten zu schaffen. Wie er mit dispositivem Recht in der Theorie eine möglichst gute Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen kann, soll unter C. am Beispiel des MoPeG (Grundlagen zum MoPeG bereits unter B.) erörtert werden. Sobald feststeht, was grundsätzlich möglich ist, kann man sinnvollerweise darüber reflektieren, wie man das Mögliche auch weitestgehend in die Praxis umsetzen kann. Entsprechend soll unter D., ebenfalls am Beispiel des MoPeG, herausgearbeitet werden, wie die empirische Sozialforschung dazu beitragen kann, das dispositive Recht als die Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten möglichst gut auszugestalten. Abschließend werden unter E. zusammenfassende Thesen unterbreitet.

B. Grundlagen zum MoPeG

Der Gesetzgeber hat in seiner Gesetzesbegründung zum MoPeG als eines seiner wesentlichen Anliegen herausgestellt, die GbR in den §§ 705 ff. BGB von einer Gelegenheitsgesellschaft in eine Dauergesellschaft umzugestalten.¹² Dies hat der Gesetzgeber für das Verhältnis der Gesellschaft bzw.

10 Siehe zum vollständigen Vertrag als Ideal aus einer rechtsökonomischen Perspektive J. Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht*, Tübingen 2010, S. 291 ff.

11 Neben der Steuerung auch die Kontrolle als eine weitere Funktion von dispositivem Recht hervorhebend Möslein, *Dispositives Recht* (Fn. 7), S. 35 ff. („Kontrollfunktion“) und S. 38 ff. („Steuerungsfunktion“).

12 Siehe BT-Drs. 19/27635, S. 2.

der Gesellschafter zu Dritten, das sog. Außenverhältnis, nicht zuletzt umgesetzt, indem er die GbR im Grundsatz als eine rechtsfähige Gesellschaft konzipiert hat. In § 705 Abs. 2 BGB stehen die rechtsfähige und die nicht rechtsfähige GbR zwar auf den ersten Blick gleichberechtigt nebeneinander. Im Übrigen hat der Gesetzgeber der rechtsfähigen GbR aber die §§ 706–739 BGB und der nicht rechtsfähigen GbR lediglich die §§ 740–740c BGB gewidmet. Im Wesentlichen hat der Gesetzgeber also in den §§ 706 ff. BGB Regelungen für die rechtsfähige GbR getroffen. Was das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und gegebenenfalls zur Gesellschaft, das sog. Innenverhältnis, betrifft, hat sich der Gesetzgeber unter anderem weg vom Prinzip der Personenkontinuität und hin zum Prinzip der Verbandskontinuität orientiert.¹³ Beispielsweise war in § 727 BGB a.F. normiert, dass die Gesellschaft aufgelöst wird, wenn ein Gesellschafter stirbt, es sei denn, die Gesellschafter haben in ihrem Gesellschaftsvertrag etwas anderes vereinbart. Demgegenüber müssten die Gesellschafter nunmehr, wie aus den §§ 729, 730 BGB hervorgeht, im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, wenn dies für sie ein Auflösungsgrund sein sollte.

Entsprechend hatte der Gesetzgeber mit dem MoPeG schon bezogen auf das Innenverhältnis in einer GbR als die Grundform aller Personengesellschaften¹⁴ zahlreiche Regelungsprobleme zu lösen. Nach § 705 Abs. 1 BGB wird eine Gesellschaft durch den Abschluss eines Vertrages errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks auf eine bestimmte Weise zu fördern. Damit ein Vertrag rechtlich als Gesellschaftsvertrag qualifiziert werden kann, müssen sich demnach – erstens – mindestens zwei Personen verbinden, um – zweitens – die Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks – drittens – auf eine bestimmte Weise zu fördern. Schließen die Gesellschafter ihren Gesellschaftsvertrag mit nur diesem Mindestinhalt ab, dann bleiben freilich viele im Laufe der Zeit möglicherweise auftretende Probleme ungelöst: Erstens – bezogen auf die Gesellschafter – kann unter anderem das Problem auftreten, dass eine Person aus der Gesellschaft austreten bzw. in die Gesellschaft

13 Vgl. E. Schollmeyer Reform des Personengesellschaftsrechts, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, 2021, Rn. 16.

14 Die GbR sollte durch das MoPeG „konsequent als Grundform aller rechtsfähigen Personengesellschaften ausgestaltet“ werden; BT-Drs. 19/27635, S. 2.

eintreten will.¹⁵ Zweitens – bezogen auf den gemeinsamen Zweck – kann unter anderem das Problem aufkommen, dass der vereinbarte Zweck nicht (mehr) (vollständig) erreicht werden kann.¹⁶ Drittens – bezogen auf die Förderbeiträge – kann sich unter anderem das Problem stellen, dass es mehr als nur eine Möglichkeit gibt, die vereinbarten Förderbeiträge einzusetzen, um den vereinbarten Zweck zu erreichen.¹⁷ In diesem Sinne können in Bezug auf die Personen der Gesellschafter, ihren gemeinsamen Zweck und ihre Förderbeiträge noch zahlreiche weitere Probleme entstehen. Es handelt sich dabei um Probleme, welche die Gesellschafter grundsätzlich allesamt auch selbst in ihren Gesellschaftsverträgen lösen könnten. In der Regel verlassen sich die Gesellschafter aber – aus durchaus rationalen Gründen – darauf, dass das Gesetz passende Lösungen für all die Probleme bereithält und der Gesetzgeber entsprechend für eine gute personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur sorgt.¹⁸

C. Theoretische Grundlegung: Wie kann der Gesetzgeber mit dispositivem Recht eine möglichst gute Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen?

Nachdem der Gesetzgeber die GbR wie schon die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG) und die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) im Grundsatz als eine Dauergesellschaft konzipiert hat, ist er den Interessen von Gesellschaftern nachgekommen, die ihren gemeinsamen Zweck über eine längere Zeit in einem organisatorisch verfestigten Verband und nicht zwingend bis zum Schluss mit allen Gründungsgesellschaftern verfolgen wollen. Das ist freilich nur eine Möglichkeit, die rechtliche Infrastruktur für Personengesellschaftsverhältnisse auszugestalten. Welchen Ansatz der Gesetzgeber (wohl) verfolgt hat (dazu unter I.), als er für das MoPeG dispositives Recht ausgearbeitet hat, und welche Ansätze der Gesetzgeber überhaupt hätte verfolgen können (dazu unter II.), um möglicherweise auch noch zu (ganz) anderen Lösungen zu kommen, soll im Folgenden entfaltet werden.

15 Siehe dazu näher C.G. Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht im Recht der Personengesellschaften, Hürth 2024, S. 32 f.

16 Siehe dazu näher Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht (Fn. 15), S. 31.

17 Siehe dazu näher Schwarz, Vertragsgestaltung statt Treuepflicht (Fn. 15), S. 31 f.

18 Siehe dazu auch bereits unter A.

I. Welchen Ansatz hat der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) verfolgt?

Mit dem MoPeG wollte der Gesetzgeber die Gesetzesregelungen an die „gegenwärtigen praktischen Bedürfnisse von [...] Gesellschaftern“¹⁹ bzw. die „Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens“²⁰ anpassen. Was die GbR betrifft, hat der Gesetzgeber allerdings nur unterschieden zwischen der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft. Allen Bedürfnissen wäre er auf diese Weise nur gerecht geworden, wenn alle Personen, die sich unter dem Dach einer Personengesellschaft verbinden wollen, um mit bestimmten Förderbeiträgen einen bestimmten gemeinsamen Zweck zu erreichen, unter den Rechtsinstituten rechtsfähige und nicht rechtsfähige GbR sowie OHG, KG und PartG eine jeweils nach ihren Bedürfnissen mit dispositivem Recht ausgefüllte Rechtsform vorfinden.

Dass der Gesetzgeber hinreichend differenziert hat, um alle möglichen Bedürfnisse zu erfassen, ist jedoch schon deshalb unwahrscheinlich, weil die Gesellschafter prinzipiell einen beliebigen Zweck als gemeinsamen Zweck vereinbaren können²¹ und auch ihre Bedürfnisse entsprechend vielfältig sein dürften, und deshalb noch unwahrscheinlicher, weil die Rechtsformen gesetzlich vor allem bezogen auf das Außenverhältnis unterschiedlich geregelt sind. Die gesetzlichen Regelungen zum Innenverhältnis wurden einander durch das MoPeG sogar weiter angenähert. Um hier das oben schon erwähnte Beispiel aufzugreifen, galt für die GbR vor dem MoPeG das Prinzip der Personenkontinuität, während nunmehr für die rechtsfähige GbR – wie bereits zuvor und immer noch für die OHG, KG und PartG – das Prinzip der Verbandskontinuität gilt. Entsprechend lebt das Prinzip der Personenkontinuität im Wesentlichen nur noch mit der nicht rechtsfähigen GbR fort.

Selbst wenn man davon ausgeht, alle Gesellschafter einer Dauergesellschaft auf der einen Seite und alle Gesellschafter einer Gelegenheitsgesellschaft auf der anderen Seite hätten die gleichen Bedürfnisse, dann kann der Gesetzgeber ihnen schon deshalb nicht nachgekommen sein, weil er nicht eine Dauer-GbR und eine Gelegenheits-GbR ausgeformt hat, sondern

19 BT-Drs. 19/27635, S. 114.

20 BT-Drs. 19/27635, S. 101.

21 Vgl. nur C. Schäfer, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7, 9. Aufl., München 2024, § 705 Rn. 6; T. Schöne in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed. 1.5.2024, § 705 Rn. 36, 38; W. Servatius, in: M. Henssler/L. Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Kommentar, 6. Aufl., München 2024, BGB, § 705 Rn. 3 f.

eine rechtsfähige und eine nicht rechtsfähige GbR, also mit Blick auf das Außenverhältnis und nicht mit Blick auf das Innenverhältnis differenziert hat. Zwar meinte der Gesetzgeber, mit der nicht rechtsfähigen GbR alle Gelegenheitsgesellschaften „von Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien über Ehegatteninnengesellschaften bis hin zur Tippgemeinschaft“²² erfasst zu haben. Es ist aber schon zweifelhaft, ob das Etikett „Gelegenheitsgesellschaft“ tatsächlich auf insbesondere alle Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien passt oder ob nicht zumindest manche als „Dauergesellschaften“ zutreffender bezeichnet wären. In jedem Fall kann freilich etwa eine Tippgemeinschaft leicht von einer nicht rechtsfähigen GbR zu einer rechtsfähigen GbR werden, wenn die Gesellschafter nach außen „für die Tippgemeinschaft“ auftreten. Zwar scheint es nach dem Wortlaut von § 705 Abs. 2 BGB so, als hinge die rechtliche Qualifikation als rechtsfähige oder nicht rechtsfähige GbR allein davon ab, ob die Gesellschafter wollten oder nicht, dass die Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt.²³ Schon in § 705 Abs. 3 BGB werden aber objektive Kriterien erwähnt, die einen Willen zur Teilnahme am Rechtsverkehr vermuten lassen sollen. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus in seiner Gesetzesbegründung noch erklärt, dass für die Frage, welchen Willen die Gesellschafter haben, ergänzend die tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr herangezogen werden könne.²⁴ Beides zusammen lässt darauf schließen, dass es recht eigentlich – wie sonst auch – nicht auf den inneren Willen der Gesellschafter ankommen soll, sondern darauf, wie ihre Erklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont zu deuten sind.²⁵ Wenn demnach selbst die Tippgemeinschaft bei entsprechendem Auftreten der Gesellschafter im Rechtsverkehr eine rechtsfähige Gesellschaft sein kann, ohne dass die Gesellschafter bei entsprechendem Auftreten nach außen auch ein Bedürfnis nach organisatorischer Verfestigung im Innenverhältnis haben müssten, ist ausgeschlossen, dass der Ge-

22 BT-Drs. 19/27635, S. 190.

23 Vgl. für Kritik zu diesem Punkt auch S.A.E. Martens, Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum "Mauracher Entwurf", AcP 221 (2021), 68 (77 f.).

24 BT-Drs. 19/27635, S. 126.

25 Vgl. C. Armbrüster, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, Vor § 116 Rn. 3; J. Busche, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 133 Rn. 12; C. Schubert, in: F.J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 167 Rn. 8.

setzgeber mit den Rechtsformen, die er zur Verfügung gestellt hat, allen Bedürfnissen gerecht geworden ist.

Der Gesetzgeber kann die „gegenwärtigen praktischen Bedürfnisse von [...] Gesellschaftern“²⁶ bzw. die „Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens“²⁷ freilich im Großen und Ganzen auch befriedigt haben, ohne wirklich allen Bedürfnissen gerecht geworden sein zu müssen. Eher die gegenwärtigen praktischen Bedürfnisse von Gesellschaftern hat der Gesetzgeber schon weitgehend erfüllt, wenn er im Großen und Ganzen die Bedürfnisse der Mehrheit der Gesellschafter befriedigt hat. Eher die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens hat der Gesetzgeber demgegenüber erfüllt, wenn er im Großen und Ganzen die (rechtsfähige) GbR für die Teilnahme am modernen Wirtschaftsleben ausgestaltet hat. Sollten Gesellschafter gegenwärtig mehrheitlich GbRs gründen wollen, um auf diese Weise am Wirtschaftsleben teilzunehmen, dann könnte sogar beides zusammenfallen. Dessen ungeachtet hat der Gesetzgeber mit der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen GbR zwei Formen einer GbR entwickelt, um damit zwei von ihm besonders hervorgehobene und an sich nicht unbedeutende Bedürfnisse zu befriedigen.

II. Welche Ansätze hätte der Gesetzgeber für das MoPeG verfolgen können?

Wenn der Gesetzgeber dispositives Recht setzen will, muss er, da er kaum einmal alle möglichen Bedürfnisse mit nur einem Regelungskomplex erfüllen kann,²⁸ typisieren,²⁹ das heißt eine (bzw. mehrere) in charakteristischen Zügen ausgeprägte Grundform (bzw. Grundformen) entwickeln³⁰. Ungeklärt ist freilich schon, woran er sich dabei orientieren sollte (dazu unter 1.). Soweit dies tatsächliche oder hypothetische Parteiinteressen sein sollten, stellt sich zudem die Frage, ob der Gesetzgeber interessengerechtes oder interessenwidriges dispositives Recht setzen sollte (dazu unter 2.).

26 BT-Drs. 19/27635, S. 114.

27 BT-Drs. 19/27635, S. 101.

28 Vgl. G. Bachmann, *Private Ordnung*, Tübingen 2006, S. 368.

29 Vgl. H. Unberath/J. Cziupka, *Dispositives Recht welchen Inhalts?*, AcP 209 (2009), 37 (48).

30 Vgl. „TYP(US), m.“, *Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*, digitalisierte Fassung im Wörterbuchnetz des Trier Center for Digital Humanities, Version 01/23, <<https://www.woerterbuchnetz.de/DWB?lemid=T15192>>, abgerufen am 26.7.2024.

1. Woran kann sich der Gesetzgeber für sein dispositives Recht orientieren?

Im Wesentlichen lassen sich empirische Ansätze mit normativen Elementen (dazu unter a)) und normative Ansätze mit empirischen Elementen (dazu unter b)) unterscheiden. Entsprechend wird sich zeigen, dass der Gesetzgeber nicht auf empirische Untersuchungen verzichten kann, wenn er die bestmögliche Infrastruktur für Rechtsbeziehungen unter Privaten schaffen will.³¹

a) Im Grundsatz empirische Ansätze mit normativen Elementen

Wenn der Gesetzgeber dispositives Recht setzt, kann er sich an tatsächlichen und deshalb empirisch zu ermittelnden Parteiinteressen orientieren. Es liegt vor allem auch nach dem oben zum MoPeG Geschriebenen nahe, anzunehmen, dass dies die jeweiligen Mehrheitsinteressen sein sollten.³² Es müsste jedoch noch geklärt werden, von welcher Gruppe der Gesetzgeber die mehrheitlichen Interessen ermitteln sollte. Hier könnte weiter zu differenzieren sein zwischen neuen Rechtsinstituten und Reformvorhaben. Bei Reformvorhaben könnte man denken, dass die Mehrheitsinteressen von denjenigen maßgeblich sein sollten, welche das betreffende Rechtsinstitut bereits nutzen. Wenn man die Gruppe so eng fasste, würde aber insbesondere vernachlässigt, dass noch mehr Personen Interesse an dem betreffenden Rechtsinstitut haben könnten, es nur bislang nicht gewählt haben, weil das dispositive Recht ihren Bedürfnissen nicht hinreichend gerecht wird. Es wäre deshalb sinnvoll, in die Gruppe diejenigen einzubeziehen, die Interesse an dem Rechtsinstitut haben könnten, und die Gruppe damit genauso weit zu fassen, wie man dies auch für gänzlich neue Rechtsinstitute tun würde. Für den Ansatz, die Mehrheitsinteressen zum Maßstab zu nehmen, spricht, dass der Gesetzgeber damit dem überwiegenden Teil der jeweiligen Interessenten insofern einen Service leisten würde, als diese ihren Vertrag in dem betreffenden Umfang nicht (mehr) individuell ausgestalten müssten, sondern sich schlicht auf die gesetzliche Infrastruktur verlassen könnten.³³

31 Seine Untersuchung mit einer entsprechenden Forderung für die Zukunft abschließend Möslin, *Dispositives Recht* (Fn. 7), S. 483.

32 Vgl. Unberath/Cziupka, *Dispositives Recht* (Fn. 29), 37 (48, 50).

33 Vgl. Unberath/Cziupka, *Dispositives Recht* (Fn. 29), 37 (50 f., 55).

Doch selbst wenn im personengesellschaftsrechtlichen Kontext von allen Interessenten die Mehrheit eine GbR für wirtschaftliche Zwecke gründen wollte, so heißt das noch nicht, dass die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur auch unbedingt danach ausgerichtet werden müsste. Es könnte vielmehr sein, dass mit OHG, KG und PartG bereits hinreichend viele Rechtsformen speziell für wirtschaftliche Zwecke zur Verfügung gestanden haben. Umgekehrt könnte man sogar aus der Tatsache, dass GbRs vor dem MoPeG schon regelmäßig für wirtschaftliche Zwecke gegründet worden sind, schließen, dass jedenfalls die ehemaligen gesetzlichen Rahmenbedingungen entsprechende Betätigungen zumindest nicht nennenswert gehindert haben.³⁴ Ohnehin wird in Fällen, in denen eine GbR für wirtschaftliche Zwecke gegründet wird, in der Regel rechtliche Beratung in Anspruch genommen, um den Gesellschaftsvertrag den individuellen Interessen gemäß auszugestalten und in diesem Zuge auch interessenwidriges dispositives Recht abzubedingen.

Vor diesem Hintergrund könnte der Gesetzgeber, statt auf die allgemeinen Mehrheitsinteressen abzustellen, vor allem auch die Mehrheitsinteressen von nur denjenigen in den Blick nehmen, die ihre Gesellschaftsverträge über das unbedingt Erforderliche hinaus nicht individualisieren und damit selbst ihren Bedürfnissen widersprechendes dispositives Recht nicht abbedingen. Solche Gesellschafter sind sehr darauf angewiesen, dass das dispositive Recht im Großen und Ganzen ihren Interessen entspricht. Das können nicht zuletzt Gesellschafter sein, die in eine GbR hineingeraten, ohne sich dessen voll bewusst zu sein.³⁵ Mit einem auf solche Gesellschafter zugeschnittenen dispositiven Recht würde der Gesetzgeber zwar wohl nur den Bedürfnissen eines eher kleinen Teils der an einer GbR an sich Interessierten gerecht. Das muss aber kein Problem darstellen, wenn nur die übrigen Interessenten auf Muster aus der Vertragsgestaltungspraxis zurückgreifen können, die jedenfalls im Grundsatz, das heißt ähnlich wie an allgemeinen Mehrheitsinteressen orientiertes dispositives Recht, ihren Interessen entsprechen.³⁶ Soweit entsprechende Vertragsmuster schon aus-

34 Demgegenüber (nur) mit dem allgemeinen Postulat, dass von den „Bedürfnissen, Interessen und Gewohnheiten der Regelungsadressaten allzu stark“ abweichendes dispositives Recht angepasst werden müsste, *Möslein*, Dispositives Recht (Fn.7), S. 439.

35 Vgl. nur *Schäfer* (Fn. 21), § 705 Rn. 32 f.; *Schöne* (Fn. 21), § 705 Rn. 33; *Servatius* (Fn. 21), § 705 Rn. 13.

36 Ebenfalls dispositives Recht für weniger nötig haltend, soweit „kautelarjuristische Eigenvorsorge“ zu erwarten sei, *H. Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungs-

gearbeitet worden sind, können die Gesellschafter mit diesen Mustern in der Regel recht kostengünstig kontrahieren und in diesem Zuge auch alles interessenwidrige dispositive Recht abbedingen.³⁷ Und soweit die jeweiligen Gesellschafter selbst ein im Grundsatz schon interessengerechtes Muster noch perfekt auf ihre Bedürfnisse anpassen wollen, ist davon auszugehen, dass sie ein im Grundsatz ihren Interessen entsprechendes dispositives Recht ebenfalls noch individualisieren würden und ihnen deshalb unabhängig vom Zuschnitt des dispositiven Rechts jeweils ähnliche Kosten entstünden.

So kann es nicht nur in diesem speziellen Kontext, sondern allgemein gute Gründe geben, das dispositive Recht nicht an den allgemeinen Mehrheitsinteressen auszurichten, sondern an den Interessen, die in sonst einer klar abgrenzbaren Gruppe von Parteien vorherrschen. Das sind nicht zwingend *die* Minderheitsinteressen.³⁸ Vielmehr *kann* die sonst klar abgrenzbare Gruppe, da sie unabhängig von der Quantität nach qualitativen Kriterien zu bilden ist, auch die jeweilige Mehrheitsfraktion sein und ihre Interessen können zugleich sogar *die* Mehrheitsinteressen sein. Genauso *kann* die sonst klar abgrenzbare Gruppe aber auch die Minderheitsfraktion bzw. eine von mehreren Minderheitsfraktionen sein. Jedenfalls muss der Gesetzgeber auch dann, wenn er mit seinem dispositiven Recht sicher den tatsächlichen Mehrheitsinteressen einer bestimmten (Unter-)Gruppe von Parteien gerecht werden will, die jeweiligen Mehrheitsinteressen empirisch ermitteln.

b) Im Grundsatz normative Ansätze mit empirischen Elementen

Wer behauptet, sich an den Parteiinteressen zu orientieren, tatsächlich aber ihre hypothetischen Interessen zum Maßstab nimmt, setzt nicht Recht, das die Parteien wollten, sondern Recht, von dem er meint, dass die Parteien es wollen könnten oder auch (nur) vernünftigerweise wollen sollten.³⁹ Entsprechend kann der Gesetzgeber auch mit normativen Erwägungen

entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430 (437).

37 Vgl. *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (54 f.).

38 Vgl. für eine reine Mehrheits-Minderheits-Betrachtung *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (52 ff.).

39 Vgl. *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012, S. 96 ff.

einen Maßstab für sein dispositives Recht setzen. In diesem Sinne kann er insbesondere erstens zum Maßstab erheben, was er aus der Perspektive von allen durch das jeweilige Rechtsverhältnis verbundenen Parteien oder auch nur einer bestimmten Gruppe von durch das jeweilige Rechtsverhältnis verbundenen Parteien für die ausgewogenste Lösung hält. Diese Lösung soll deshalb den hypothetischen Interessen der jeweiligen Parteien entsprechen.⁴⁰ Im personengesellschaftsrechtlichen Kontext lässt sich zum Beispiel an die hypothetischen Interessen von denjenigen denken, die mit ihren GbRs wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Zweitens kann der Gesetzgeber zum Maßstab machen, was er aus der Perspektive von einer Partei, zum Beispiel der erfahrungsgemäß unterlegenen Partei, für die angemessenste Lösung hält.⁴¹ Diese Lösung soll der unterlegenen Partei einen ihre Unterlegenheit kompensierenden Vorteil bei den Verhandlungen über die Abbedingung des dispositiven Rechts verschaffen und deshalb ausgleichend wirken. Drittens kann der Gesetzgeber als Maßstab bestimmen, was er aus einer parteifremden Perspektive, insbesondere aus allgemeinen Gerechtigkeitswägungen heraus, für die beste Lösung hält.⁴²

Soweit der Gesetzgeber als dispositives Recht setzt, was die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – wollen sollten, aber nicht einmal weit verstanden in ihrem Sinne ist, müsste der Gesetzgeber dafür freilich als Rechtfertigung gute Gründe liefern. Das gilt insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber mit seinem dispositiven Recht parteiunabhängige Gerechtigkeitsvorstellungen verwirklichen will.⁴³ Mit solchem dispositiven Recht belastet der Gesetzgeber nämlich letztlich (nur) Individuen, welche das dispositive Recht – aus welchen (guten) Gründen auch immer – nicht abbedingen (können).⁴⁴ Jedenfalls hat der Gesetzgeber über alle drei skizzierten normativen Ansätze die Möglichkeit, dispositives Recht so zu setzen,

40 Vgl. C.-W. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 (285); Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89; Unberath/Cziupka, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (48 f.).

41 Freilich muss der Gesetzgeber zwingendes Recht setzen, soweit die erfahrungsgemäß unterlegene Partei mehr Schutz erfahren sollte, als dispositives Recht leisten kann; vgl. Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (Fn. 39), S. 260 ff.

42 Vgl. Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89.

43 Vgl. Unberath/Cziupka, Dispositives Recht (Fn. 29), 37 (75 ff.).

44 Ebenfalls die mit der Abbedingung verbundenen Lasten hervorhebend Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (Fn. 39), S. 231 f.; dazu ähnlich und im Übrigen auch zum „Dispositionsverhalten“ Möslin, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 71 ff., 265 ff.

dass er damit (bewusst) steuernd auf das (Verhandlungs-)Verhalten der jeweiligen Parteien einwirken kann.⁴⁵

Damit der Gesetzgeber mit seinen normativen Ansätzen tatsächlich erreichen kann, was er sich jeweils vorgestellt hat, müsste er aber auch noch empirische Untersuchungen anstellen. So kann eine Lösung nur vor dem Hintergrund bestimmter Annahmen ausgewogen, ausgleichend oder allgemein gerecht sein. Eine theoretisch ausgewogene Lösung kann praktisch unausgewogen sein, wenn ein Rechtsinstitut praktisch (überwiegend) für andere Zwecke genutzt wird als theoretisch angenommen. Eine theoretisch ausgleichende Lösung kann unterkompensatorisch oder überkompensatorisch sein, wenn die als unterlegen eingestufte Partei praktisch mehr oder weniger unterlegen ist als theoretisch angenommen. Eine theoretisch gerechte Lösung kann praktisch ungerecht sein, wenn sie entgegen theoretischen Annahmen der Allgemeinheit kaum nützt bzw. die jeweiligen Parteien zu stark belastet. Es geht in diesem Zusammenhang mithin insbesondere um eine möglichst gute Folgenabschätzung.⁴⁶

2. Den Parteiinteressen entsprechendes oder widersprechendes dispositives Recht?

Wenn sich der Gesetzgeber an bestimmten (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiinteressen orientieren will, dann bleibt ihm schließlich noch eine normative Frage zu beantworten: Soll er interessengerechtes oder interessenwidriges dispositives Recht setzen? Der Einsatz von interessenwidrigem dispositivem Recht ist nur effizient und deshalb unter rechtsökonomischen Aspekten sinnvoll, soweit – idealerweise aufgrund von empirischen Untersuchungen – zwei Annahmen berechtigt sind:⁴⁷ Erstens muss hinreichend Grund zur Annahme bestehen, dass die betroffenen Parteien in Verhandlungen eintreten werden, um das dispositive Recht abzubedingen. Zweitens muss berechtigterweise angenommen werden können, dass die Parteien auf dem Verhandlungswege zu interessengerechteren Lösungen

45 Vgl. *Möslein*, Dispositives Recht (Fn. 7), S. 89.

46 Vgl. zur Abschätzung der Folgen von Gesetzen *M. Dittrich*, Folgenabschätzung von Gesetzen in Deutschland und Großbritannien, München 2009, passim; *C. Grimm*, Gesetzesfolgenabschätzung – Möglichkeiten und Grenzen – aus der Sicht des Parlaments, ZRP 2000, 87; *M. Seckelmann*, Neue Aufgaben für den Nationalen Normenkontrollrat – Perspektiven für die Folgenabschätzung von Gesetzen?, ZRP 2010, 213; *S. Veit*, Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung?, Wiesbaden 2010, passim.

47 Vgl. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (Fn. 10), S. 430 ff.

gelangen werden, als der Gesetzgeber sie als Einheitslösungen für jegliche Parteien entwickeln könnte. Entsprechend sollte der Gesetzgeber nach rechtsökonomischen Maßstäben im Übrigen interessengerechtes dispositives Recht setzen. Gezwungen ist der Gesetzgeber jedoch nicht, rechtsökonomische Grundsätze zu verwirklichen. Er kann vielmehr grundsätzlich auch nach anderen Maßstäben interessengerechtes bzw. interessenwidriges dispositives Recht setzen.

III. Zwischenergebnis

Es spielt keine Rolle, ob der Gesetzgeber beim Setzen dispositiven Rechts einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen oder einen normativen Ansatz mit empirischen Elementen verfolgen will; in jedem Fall muss er sich über tatsächliche Gegebenheiten unterrichten, um das jeweils bestmögliche dispositive Recht entwickeln zu können. Wenn sich der Gesetzgeber an bestimmten tatsächlichen Parteiinteressen orientieren will, dann muss er empirisch ermitteln, welche Interessen die betreffenden Parteien haben; und wenn er sich an einem von ihm selbst gesetzten normativen Maßstab orientieren will, dann muss er empirisch ermitteln, ob die von ihm bei seiner Maßstabsbildung zugrunde gelegten Annahmen zutreffen.

D. Praktische Umsetzung: Wie kann der Gesetzgeber das dispositive Recht möglichst gut ausgestalten?

Wenn der Gesetzgeber also, um möglichst gutes dispositives Recht setzen zu können, in jedem Fall tatsächliche Gegebenheiten in Erfahrung bringen sollte, lohnt sich ein Blick dorthin, wo dauernd entsprechende Daten planmäßig erhoben und ausgewertet werden: in die empirische Sozialforschung. Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) auf die Methoden der empirischen Sozialforschung zurückgegriffen hat (dazu unter I.) und inwiefern er für das MoPeG noch von den Methoden der empirischen Sozialforschung hätte profitieren können (dazu unter II.)

I. Inwiefern hat der Gesetzgeber für das MoPeG (wohl) auf die Methoden der empirischen Sozialforschung zurückgegriffen?

Für das MoPeG hat der Gesetzgeber nicht unmittelbar selbst einen Gesetzentwurf erstellt, sondern zunächst eine Expertenkommission damit betraut, einen entsprechenden Entwurf auszuarbeiten. Dies hatten CDU, CSU und SPD schon in ihrem Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vereinbart. Danach wollten sie das Personengesellschaftsrecht nicht nur überhaupt reformieren und „an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anpassen“, sondern auch bereits explizit „eine Expertenkommission einsetzen, die gesetzliche Vorschläge für eine grundlegende Reform“ erarbeiten sollte.⁴⁸ Diese Koalitionsvereinbarung umsetzend, hat das nach damaligem Ressortzuschnitt noch so benannte Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) acht durch ihre theoretische und/oder praktische Arbeit im Personengesellschaftsrecht ausgewiesene Personen aus Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zu Kommissionsmitgliedern bestellt.⁴⁹ In diesem Zuge wurde ihnen der Auftrag erteilt, unter dem Vorsitz des BMJV „den Reformbedarf im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln und Vorschläge für Änderungen zu entwickeln, mit denen es an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens angepasst werden kann“⁵⁰. Die Expertenkommission ist über knapp anderthalb Jahre mehrfach in Arbeitsgruppen und als Gesamtgruppe zusammengekommen und abschließend mehrere Tage lang auf Schloss Maurach am Bodensee in Klausur gegangen.⁵¹ Ihrem Auftrag entsprechend hat die Expertenkommission als Ergebnis ihrer Zusammenkünfte einen Gesetzentwurf mit Begründung vorgelegt, den sog. „Mauracher Entwurf“.⁵²

Um Informationen von Experten zu beziehen, hat die empirische Sozialforschung ein spezielles Verfahren entwickelt, sog. Experteninterviews. Dabei ist allgemein jedes Interview eine Befragung bzw. jede Befragung ein

48 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, 2018, S. 131, abrufbar unter <<https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/847984/0bad5cb7d094fa10ed58a431d2f907ce/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>>, zuletzt abgerufen 26.7.2024.

49 BT-Drs. 19/7366, S. 2 f., 5 f.

50 BT-Drs. 19/7366, S. 2.

51 Vgl. A. Bergmann, Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994 (994).

52 Mauracher Entwurf <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

Interview; die beiden Begriffe werden im sozialwissenschaftlichen Kontext synonym gebraucht.⁵³ Vorgaben dazu, wie lang ein Interview sein darf, werden nicht gemacht.⁵⁴ Speziell bei einem Experteninterview werden Personen befragt, die wegen ihrer Position und/oder ihres (vermuteten) Wissens als „Experten“ gelten.⁵⁵ Zum Expertenwissen werden vor allem Fakten, Erfahrungen und Deutungen gezählt.⁵⁶ Ein Interview als Kommunikations- und Interaktionsprozess erzeugt einen jedenfalls subjektiv wahren Text.⁵⁷ Man könnte zwar meinen, dass Expertenwissen objektiv wahr sein müsste; tatsächlich ist aber auch solches Wissen mal mehr und mal weniger stark subjektiv gefärbt.⁵⁸ Um wenigstens die subjektive Wahrheit zu erfahren und nicht nur bestätigt zu bekommen, was man selbst zu wissen glaubt, sind Interviews grundsätzlich offen zu gestalten.⁵⁹ Dem sind freilich schon dadurch Grenzen gesetzt, dass eine Interviewfrage auf eine bestimmte Weise formuliert werden muss: Schon durch seine Wortwahl übt der Interviewer Einfluss darauf, wie der Interviewte auf seine Frage antworten wird.⁶⁰ Vor allem aber müssen Interviews insoweit strukturiert werden, als dies notwendig ist, um die jeweilige Forschungsfrage beantworten zu können.⁶¹ Je nach Forschungsfrage kann es zweckmäßig sein, Experteninterviews in Form von Leitfadeninterviews zu führen.⁶² Leitfadeninterviews zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass vor dem Interview ein Fragebogen

53 Exemplarisch A. Diekmann, *Empirische Sozialforschung*, Hamburg 2023, S. 434.

54 Nur weil in Fernsehen und Rundfunk ausgestrahlte Interviews in der Regel eher kurz sind, heißt das schon nicht, dass Interviews ganz allgemein, und erst recht nicht, dass Interviews im sozialwissenschaftlichen Kontext genauso kurz sein müssten.

55 Vgl. C. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2022, S. 875 (875, 887); R. Kaiser, *Qualitative Experteninterviews*, Wiesbaden 2021, S. 41 ff.

56 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (877, 887); den Experten als „Lieferant von Informationen“ begreifend Kaiser, *Qualitative Experteninterviews* (Fn. 55), S. 5, 48 ff., 150 ff.

57 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (877 f.); Kaiser, *Qualitative Experteninterviews* (Fn. 55), S. 1 f., 93 ff.

58 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (887).

59 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878); Kaiser, *Qualitative Experteninterviews* (Fn. 55), S. 3, 11 f.

60 Vgl. Diekmann, *Empirische Sozialforschung* (Fn. 53), S. 434; Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878 f.).

61 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (878 f.); Kaiser, *Qualitative Experteninterviews* (Fn. 55), S. 64 ff.

62 Vgl. Helfferich, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (888); Kaiser, *Qualitative Experteninterviews* (Fn. 55), S. 7 ff., 36 ff.

entwickelt werden muss.⁶³ Der einmal ausgearbeitete Fragebogen kann mehreren Personen vorgelegt werden und die so erhobenen Daten können auch vergleichend ausgewertet werden.⁶⁴

Inwieweit das BMJV die von ihm für das MoPeG bestellten Expertenkommissionsmitglieder nach den Regeln der empirischen Sozialforschung interviewt hat, lässt sich nicht abschließend beurteilen, weil über den Kommunikations- und Interaktionsprozess zwischen dem BMJV und den Experten wenig öffentlich bekannt geworden ist. Öffentlich bekannt ist neben dem Ergebnis, dem Mauracher Entwurf, im Wesentlichen nur der Auftrag an die Expertenkommission, „den Reformbedarf im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln und Vorschläge für Änderungen zu entwickeln, mit denen es an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens angepasst werden kann“⁶⁵.

Zum Auftrag an die Expertenkommission sei erstens bemerkt, dass er die Interviews mit den Experten insoweit strukturiert hat, als die Experten von vornherein nur noch zum „Wie“ und nicht mehr zum „Ob“ einer Reform des Personengesellschaftsrechts befragt worden sind. Hätte man ihnen stattdessen die Frage gestellt, *inwieweit* das Personengesellschaftsrecht reformiert werden soll, hätten sie insbesondere auch antworten können, dass das Personengesellschaftsrecht gar nicht reformiert werden sollte. Dass diese Möglichkeit ausgeschlossen worden ist, lässt sich jedoch damit erklären, dass sich zuvor nicht zuletzt der 71. Deutsche Juristentag in seiner wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit dem Für und Wider einer Reform des Personengesellschaftsrechts befasst und mit einer großen Mehrheit für eine Reform votiert hatte.⁶⁶

Zum Auftrag an die Expertenkommission sei zweitens bemerkt, dass er den im Personengesellschaftsrecht tätigen Personen keinen sinnvollen

63 Vgl. *Helfferrich*, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (881); *Kaiser*, Qualitative Experteninterviews (Fn. 55), S. 64 ff.

64 Vgl. *Helfferrich*, Leitfaden- und Experteninterviews (Fn. 55), S. 875 (881).

65 BT-Drs. 19/7366, S. 2. Entsprechend wollte der Gesetzgeber die Vorschläge der Expertenkommission auch insoweit aufgreifen, als „sie geeignet sind, zu dem vorgesehenen Ziel beizutragen, das Personengesellschaftsrecht zu reformieren und an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anzupassen“; BT-Drs. 19/7366, S. 10.

66 Der Beschluss, ob eine Reform des Personengesellschaftsrechts geboten sei, „um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen“, wurde mit 43 zu 2 Stimmen (bei 3 Enthaltungen) angenommen; vgl. Beschluss des 71. DJT, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Band II/1, München 2017, S. O 101.

Raum eröffnet hat, um ihr Expertenwissen zu entfalten. Es ist nämlich schon unklar, was ein modernes, vielfältiges Wirtschaftsleben sein sollte, und erst recht auch, welche Anforderungen es stellen könnte. Insofern wurde schlicht eine wohlklingende, aber inhaltsarme Formulierung aus dem Koalitionsvertrag übernommen. Wenn den Experten damit ermöglicht werden sollte, offen ihr Erfahrungswissen zu teilen, dann lässt sich festhalten, dass die ausgewählten Experten (wohl) jedenfalls überwiegend aus den in ihrer Gerichtspraxis, Beratungspraxis bzw. (mutmaßlichen) Gutachtenpraxis gesammelten Erfahrungen mit wirtschaftsnahen Sachverhalten schöpfen konnten. Als Experten ausgewählt wurden nämlich ein früherer Vorsitzender des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, zwei Großkanzleianwält*innen, ein Großstadtnotar und vier Hochschullehrer*innen.⁶⁷ Tatsächlich hat die Expertenkommission dann allerdings sowohl für die rechtsfähige als auch für die nicht rechtsfähige GbR dispositives Recht entworfen und damit nicht nur GbRs mit wirtschaftlichen Zwecken, sondern auch GbRs mit nicht wirtschaftlichen Zwecken bedacht. Dabei waren die sehr spärlichen Regelungen zur nicht rechtsfähigen GbR zusammen mit den allgemeinen Regelungen zur GbR schon nach dem Mauracher Entwurf für höchst unterschiedliche Konstellationen „von Beteiligungs- und Stimmrechtskonsortien über Ehegatteninnengesellschaften bis hin zur Tippgemeinschaft“ bestimmt⁶⁸. In all diesen Konstellationen sollen nach den Vorstellungen der Expertenkommission regelmäßig GbRs im Sinne des § 705 Abs. 1 BGB „gegründet“ werden.⁶⁹ Mag auch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens „gegründet“ in § 705 Abs. 1 BGB noch durch „errichtet“ ersetzt worden sein, so kann jedenfalls bei den Ehegatteninnengesellschaften regelmäßig weder von dem einen noch von dem anderen wirklich die Rede sein. In familienrechtlichen Konstellationen werden vielmehr allgemein GbRs eher „konstruiert“,⁷⁰ weil man über sie einen Ausgleich unter Ehegatten oder auch nichtehelichen Lebensgefährten erreichen kann.

67 Namentlich Vorsitzender Richter am BGH a. D. Prof. Dr. Alfred Bergmann, Rechtsanwalt Dr. Thomas Liebscher, Mannheim, Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, Stuttgart, Notar Dr. Marc Hermanns, Köln, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Uni Köln, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Uni Mannheim, Prof. Dr. Frauke Wedemann, Uni Münster, und Prof. Dr. Johannes Wertenbruch, Uni Marburg; siehe BT-Drs. 19/7366, S. 6.

68 Mauracher Entwurf, S. 138 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

69 Mauracher Entwurf, S. 3 <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024.

70 Vgl. A. Kohlenberg in: K.H. Johannsen/D. Henrich/C. Althammer (Hrsg.), Kommentar zum Familienrecht; 7. Aufl., München 2020, § 1372 BGB Rn. 11; *Schöne* (Fn. 21),

Dafür ist die GbR freilich niemals konzipiert worden. Es wäre sinnvoll gewesen, zumindest (auch) diese Konstellationen genauer in den Blick zu nehmen und dafür (auch) im Familienrecht tätige Personen als Experten hinzuzuziehen. Solche Experten hätten dazu befragt werden können, was dafür und dagegen spricht, die betreffenden Konstellationen (erstmal) richtig in das Recht der GbR einzugliedern, bzw. was dafür und dagegen spricht, die betreffenden Konstellationen (endlich) aus dem Recht der GbR auszugliedern und in einem anderen, insbesondere familienrechtlichen, Zusammenhang zu regeln.

Im Übrigen sei noch angesprochen, dass die Expertenkommission als Ergebnis ihrer Arbeit mit dem Mauracher Entwurf einen Gesetzentwurf präsentieren und damit einen Anker für alle folgenden Gesetzentwürfe bis hin zum endgültigen MoPeG setzen sollte und auch präsentiert bzw. gesetzt hat.⁷¹ Dies wäre, wenn nicht auch das BMJV in der Expertenkommission vertreten gewesen wäre, deshalb problematisch, weil die bloße Tätigkeit im Personengesellschaftsrecht nicht besonders dafür qualifiziert, fertige Gesetzentwürfe auszuarbeiten. Entsprechend hätten allein die für die Expertenkommission ausgewählten Personen durch einen Gesetzentwurf recht großen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren genommen, ohne dass dies durch ihre besondere Expertise im Personengesellschaftsrecht gerechtfertigt gewesen wäre. Unabhängig davon wäre es zumindest einer Überlegung wert gewesen, den Gesetzentwurf gänzlich dem Gesetzgeber – damals also zweckmäßigerweise dem BMJV – zu überlassen und als Vorbereitungsmaßnahme Leitfadeninterviews mit schon zahlenmäßig mehr, aber vor allem auch auf mehr – unterschiedliche – Weisen im Personengesellschaftsrecht tätigen Personen zu führen.⁷²

§ 705 BGB Rn. 32; D. Wiedemann in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed. 1.11.2023, Art. 1 EuGüVO Rn. 51.

71 Grundlegend zum sog. *anchoring effect* A. Tversky/D. Kahneman, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, Bd. 185, Nr. 4157, 27.9.1974, 1124 (1128 ff.).

72 Im Gesetzgebungsverfahren wurden zwar als Sachverständige auch noch angehört Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), HU Berlin, Verbandsjuristin Annika Böhm, Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V., Berlin, Prof. Dr. Mathias Habersack, LMU München, Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden, Rechtsanwalt Dr. Daniel Otte, LL.M. (Boston Univ.), Köln, und Prof. Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford), Leuphana Uni Lüneburg, sowie ein weiteres Mal Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart; siehe <<https://www.bundestag.de/dokumente/textrarchiv/2021/kw16-pa-recht-personengesellschaft-832086>>, zuletzt abgerufen am 26.7.2024. Es liegt aber nahe, dass auch diese Personen – im Übrigen abgesehen von einer Verbandsjuristin wiederum lediglich Hochschullehrer und Rechtsberater*innen

Obwohl der Gesetzgeber wohl einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen verfolgen und die rechtliche Infrastruktur den Mehrheitsinteressen entsprechend ausgestalten wollte, hat er nicht empirisch ermittelt, ob mehrheitlich tatsächlich ein bis in die GbR hinein wirtschaftlich orientiertes Personengesellschaftsrecht gewünscht ist. Der Gesetzgeber hat vielmehr normativ festgelegt, dass das Personengesellschaftsrecht insgesamt wirtschaftlich ausgerichtet sein sollte und sich empirisch abgesichert, indem er im Personengesellschaftsrecht jedenfalls auch, wenn nicht sogar vor allem wirtschaftsnah tätige Personen zu Rate gezogen hat. Diese Personen haben dem Gesetzgeber den grundsätzlichen Bedarf an einem bis in die GbR hinein wirtschaftlich orientierten Personengesellschaftsrecht bestätigt⁷³ und ihm bis hin zu einem konkreten Gesetzentwurf dabei geholfen, das Personengesellschaftsrecht nach dieser Maßgabe umzugestalten.

II. Inwiefern hätte der Gesetzgeber für das MoPeG noch von den Methoden der empirischen Sozialforschung profitieren können?

Um tatsächlich einen empirischen Ansatz mit normativen Elementen durchzuführen und die personengesellschaftsrechtliche Infrastruktur zum Beispiel den allgemeinen Mehrheitsinteressen entsprechend auszugestalten, hätte der Gesetzgeber diese Mehrheitsinteressen empirisch ermitteln müs-

in Großstädten – jeweils allein wegen ihrer Tätigkeit im Personengesellschaftsrecht ausgewählt worden sind. Außerdem sollten sie auch keine spezifischen Fragen beantworten, sondern nur unspezifisch ihre Stellungnahme zu dem damals bereits erstellten Regierungsentwurf abgeben. Wollte der Gesetzgeber stattdessen vor solchen Reformvorhaben methodengerecht Experten anhand eines Leitfadens befragen, müsste er sich freilich überlegen, wie er hinreichend viele Personen mit der nötigen Expertise zur Beantwortung seiner Fragen motivieren könnte, ohne Auszeichnungen wie „Expertenkommissionsmitglied“ oder „Sachverständiger“ verleihen zu können. Solche Bezeichnungen werden nämlich nur dann als Auszeichnungen verstanden, wenn bloß wenige damit bedacht werden.

- 73 Obgleich dies nicht öffentlich kundgetan worden ist, liegt es schon deshalb sehr nahe, weil die ausgewählten Experten in ihrer personengesellschaftsrechtlichen Praxis überwiegend mit wirtschaftsnahen Sachverhalten betraut sein dürften. Im Übrigen betonten die Expertenkommissionsmitglieder aber auch tatsächlich in ihren Publikationen regelmäßig die wirtschaftliche Bedeutung der GbR; exemplarisch *M. Hermanns*, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, DNotZ 2022, 3 (4): „Aufgrund der Vielgestaltigkeit der GbR und angesichts ihrer vielfältigen Verwendbarkeit im Wirtschaftsleben hatte das MoPeG eine große Zahl von Detailfragen zu regeln, deren Beantwortung es sich in 137 Artikeln widmet.“

sen. Dafür hätte er sich der Methoden der empirischen Sozialforschung bedienen können. Unter all den Methoden jeweils die geeignetste zu finden, stellt freilich eine große Herausforderung dar. Um Daten zu generieren, die eine Antwort auf die Frage ermöglichen, welche dispositiven Regelungen den allgemeinen Mehrheitsinteressen entsprechen würden, kommen als Methoden insbesondere die Inhaltsanalyse, das Interview und das Experiment in Betracht.

1. Inhaltsanalyse⁷⁴

Inhaltsanalyse ist die systematische Erhebung und Auswertung von Quellen, insbesondere auch von Texten.⁷⁵ Für das MoPeG hätte der Gesetzgeber jedenfalls eine repräsentative Auswahl⁷⁶ von Personengesellschaftsverträgen zusammentragen und im Hinblick darauf auswerten können, inwieweit und inwiefern sie von dem damaligen dispositiven Recht abweichende Regelungen enthielten.⁷⁷ Es ist aber schon nicht einfach, Personengesellschaftsverträge zusammenzutragen. Wo sollte man anfangen zu suchen, da solche Verträge nirgends gesammelt werden? Kann man sich trotzdem Zugang zu Personengesellschaftsverträgen verschaffen, wird die Auswahl kaum repräsentativ sein: Jedenfalls mündlich geschlossene Personengesellschaftsverträge lassen sich kaum beschaffen. Selbst bei einem – theoretischen – Zugang auch zu mündlich geschlossenen Personengesellschaftsverträgen bliebe das Problem, dass man nur daraus, dass eine dispositive Regelung nicht abbedungen worden ist, nicht schließen könnte,⁷⁸ dass die Parteien die jeweilige Regelung allen (sinnvoll) möglichen Alternativen vorgezogen haben. Einen solchen Schluss kann man vielmehr allenfalls ziehen, soweit die Parteien nach einer rechtlichen Beratung über die Alternativen das dispositive Recht gewählt haben. Wenn und soweit sich die Parteien

74 Siehe für einen Überblick dazu *P. Mayring/T. Fenzl*, Qualitative Inhaltsanalyse, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2022, S. 691 (691 ff.).

75 Vgl. *Diekmann*, *Empirische Sozialforschung* (Fn. 53), S. 576; *H. Kromrey/J. Roose/J. Strübing*, *Empirische Sozialforschung*, 13. Aufl., Konstanz u.a. 2016, S. 302 f.

76 Für einen Überblick zum Auswahlverfahren *Kromrey/Roose/Strübing*, *Empirische Sozialforschung* (Fn. 75), S. 253 ff.

77 Vgl. *Unberath/Cziupka*, *Dispositives Recht* (Fn. 29), 37 (56).

78 Siehe für einen Überblick zum Schlussfolgern im Kontext der empirischen Sozialforschung *R. Diaz-Bone*, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2022, S. 87 (88 ff.).

umgekehrt – ob mit oder ohne rechtliche Beratung – für eine alternative Regelung entschieden haben, müsste man, um eine sinnvolle Aussage über mehrheitliche Präferenzen treffen zu können, hinreichend ähnliche Alternativen in Gruppen zusammenfassen und die mit einer solchen Kategorisierung⁷⁹ verbundenen interpretatorischen Unschärfen⁸⁰ in Kauf nehmen. Letztlich könnte man demnach immerhin hinsichtlich der Alternativen zum dispositiven Recht gewisse mehrheitliche Präferenzen feststellen. Mit ihren Präferenzen gänzlich unberücksichtigt blieben freilich alle an sich am Abschluss eines Personengesellschaftsvertrages interessierten Personen, die – aus welchen Gründen auch immer – (noch) keinen solchen Vertrag abgeschlossen haben.⁸¹

2. Interview⁸²

Da Personengesellschaften, darunter vor allem GbRs, so viele mögliche Zwecke haben können, müsste man wohl quasi jedermann zu den am Abschluss eines Personengesellschaftsvertrages Interessierten zählen. Um Daten bei der allgemeinen Bevölkerung zu erheben, ist als Methode das Interview besonders geeignet.⁸³ Befragen kann man nämlich selbstverständlich nicht nur Experten,⁸⁴ sondern jedermann. Dabei können auch die an jedermann gerichteten Fragebögen⁸⁵ in unterschiedlichen Nuancen offen bzw. strukturiert gestaltet werden.⁸⁶ Zu den Fragen jeweils feste Antwortmöglichkeiten vorzugeben, hat den Vorteil, dass man die mehrheitlich bevorzugte Option in der Regel leicht ermitteln kann. Dem steht aber der Nachteil gegenüber, dass man möglicherweise die wahren Präferenzen

79 Siehe nur zur Kategorienbildung auch *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 309 ff.; *C. Züll/N. Menold*, Offene Fragen, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 1127 (1130 f.).

80 Vgl. *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 376.

81 Siehe dazu auch bereits unter C. II. 1.

82 Siehe für einen Überblick dazu *J. Reinecke*, Grundlagen der standardisierten Befragung, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 949 (949 ff.).

83 Vgl. *Diekmann*, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 435.

84 Siehe dazu auch bereits unter D. II. 1.

85 Siehe für einen Überblick zur Fragebogenerstellung *J. Fietz/J. Friedrichs*, Gesamtgestaltung des Fragebogens, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2022, S. 1081 (1081 ff.).

86 Vgl. *Diekmann*, Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 437 f.

nicht erfährt, weil sie nicht zur Auswahl gestellt worden sind. Umgekehrt lassen gänzlich offene Fragen die jeweiligen Präferenzen vollständig abbildende Antworten zu. Mehrheitspräferenzen kann man aus solchen Antworten freilich nur ableiten, wenn man wiederum Kategorien bildet und die Antworten entsprechend zuordnet. Zu berücksichtigen wäre bei der Fragebogenerstellung außerdem, dass die Präferenzen, je nach gemeinsamem Zweck, unterschiedlich sein können. Der Fragebogen müsste mithin die gesamte Bandbreite von gemeinsamen Zwecken erfassen und jeweils die Präferenzen abfragen. All diese Konstellationen müssten schließlich auch noch so beschrieben werden, dass sich jedermann in sie hineindenken und Präferenzen äußern könnte. Selbst die beste Beschreibung würde jedoch nichts nützen bei Konstellationen, die von der Lebensrealität der Allgemeinbevölkerung so weit entfernt sind, dass sich viele Menschen schon deshalb von vornherein nicht in sie hineindenken können.⁸⁷ Dass alle Konstellationen vollständig erfasst werden, ist sogar allenfalls von Juristen zu erwarten. Es wäre dennoch nicht sinnvoll, ausschließlich Juristen zu befragen, weil Juristen im Mittel nicht die gleichen Präferenzen haben dürften wie ein Bevölkerungsquerschnitt.

3. Experiment⁸⁸

Es gibt grundsätzlich noch eine Möglichkeit herauszufinden, welche Präferenzen jemand hat, selbst wenn er sich in der betreffenden Situation (noch) nicht befunden hat und sich auch nicht ohne weiteres in sie hineindenken kann: Man muss die Person im Labor in eine entsprechende Situation bringen, ihr Verhalten beobachten und daraus ihre Präferenzen ableiten, mithin ein Experiment durchführen.⁸⁹ Freilich lassen sich nicht alle Situationen gleichermaßen gut künstlich erzeugen und mitunter verhalten sich

87 Siehe für einen Überblick zu möglichen Problemen im Antwortprozess A. Barth, Kognitive Strukturen bei der Beantwortung von Fragen, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2022, S. 977 (977 ff.).

88 Siehe für einen Überblick dazu S. Eifler/H. Leitgöb, Experiment, in: N. Baur/J. Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2022, S. 225 (225 ff.).

89 Klassischerweise werden Experimente in den Sozialwissenschaften freilich durchgeführt, um Ursache-Wirkungs-Beziehungen zu erforschen; vgl. Eifler/Leitgöb, Experiment (Fn. 88), S. 225 (228 ff.). Entsprechend müsste man für die hier vorgeschlagene Versuchsanordnung – um ganz genau zu sein – wohl auf den Begriff „Quasi-Experiment“ ausweichen; siehe für einen Überblick zum Quasi-Experiment Diekmann,

Personen auch anders, wenn sie beobachtet werden, als wenn sie nicht beobachtet würden. Vor allem aber ist dieses Verfahren sehr aufwendig und deshalb besonders teuer. Entsprechend könnten für ein so umfängliches Vorhaben wie die Personengesellschaftsrechtsmodernisierung realistischerweise allenfalls zu den Kernproblemen Situationen mit hinreichend vielen Probanden durchgespielt werden.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis hätte der Gesetzgeber für das MoPeG (jedenfalls) die Mehrheitsinteressen (wohl) nicht mit vertretbarem Aufwand und damit auch vertretbaren Kosten (vollständig) empirisch ermitteln können. Das spielt für das MoPeG aber letztlich keine Rolle, weil der Gesetzgeber das Personengesellschaftsrecht ohnehin nicht zwingend den tatsächlichen Mehrheitsinteressen entsprechend umgestalten wollte. Für seine Personengesellschaftsrechtsmodernisierung hat der Gesetzgeber vielmehr – normativ – wirtschaftliche Interessen für maßgeblich erklärt und doch zusätzlich auch – empirisch – eruiert, dass dies tatsächlich die Interessen einer zumindest nicht zu vernachlässigenden Gruppe von (potenziellen) Personengesellschaftern sind. Entsprechendes haben dem Gesetzgeber nämlich im Personengesellschaftsrecht tätige Experten bestätigt. Unabhängig davon, welchen Ansatz der Gesetzgeber wählt, um dispositives Recht zu setzen, können ihm jedenfalls die Methoden der empirischen Sozialforschung dabei helfen, das dispositive Recht den jeweiligen Maßgaben entsprechend möglichst gut auszugestalten. So kann der Gesetzgeber das jeweils bestmögliche dispositive Recht setzen, wenn er sich nur mit Bedacht am gut gefüllten Methodenkoffer der empirischen Sozialforschung bedient.

E. Zusammenfassende Thesen

1. Der Gesetzgeber stellt mit seinem dispositiven Recht eine rechtliche Infrastruktur bereit. In einer idealen Welt würde der Gesetzgeber so viele Rechtsinstitute schaffen, dass er allen legitimen Parteiinteressen gerecht würde. In der realen Welt kann das freilich kein Gesetzgeber leisten.

Empirische Sozialforschung (Fn. 53), S. 356 ff.; Kromrey/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung (Fn. 75), S. 89 f.

2. Wenn der Gesetzgeber schon nicht allen legitimen Interessen gerecht werden kann, dann ist naheliegend, dass er wenigstens den jeweiligen Mehrheitsinteressen gerecht werden sollte. Sinnvollerweise wären das die mehrheitlichen Interessen aller an dem jeweiligen Rechtsinstitut grundsätzlich Interessierten.
3. Es kann aber auch Gründe geben, nicht unmittelbar ein quantitatives, sondern zunächst ein qualitatives Kriterium anzulegen. So sind etwa nicht alle Parteien gleichermaßen auf staatlich gesetztes dispositives Recht angewiesen, soweit mit Vertragsmustern auch eine privat entwickelte rechtliche Infrastruktur existiert.
4. Um tatsächlich bestimmten Parteiinteressen gerecht zu werden, müsste der Gesetzgeber die jeweiligen Interessen empirisch ermitteln. Theoretisch lassen sich mit den Methoden der empirischen Sozialforschung alle möglichen Interessen ermitteln. Praktisch können die erforderlichen Daten aber nicht immer mit vertretbarem Aufwand erhoben und/oder ausgewertet werden.
5. Im Übrigen kann der Gesetzgeber für sein dispositives Recht einen normativen Maßstab setzen und dafür eine Parteiperspektive oder wenigstens im Grundsatz auch eine von den Parteien unabhängige Perspektive einnehmen. In jedem Fall sollte er aber die seiner Maßstabbildung zugrunde liegenden Annahmen mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung überprüfen. Dies sollte regelmäßig eher mit vertretbarem Aufwand möglich sein.
6. Soweit sich der Gesetzgeber an – tatsächlichen oder hypothetischen – Parteiinteressen orientieren will, muss er sich auch noch entscheiden, inwieweit sein dispositives Recht den jeweiligen Parteiinteressen entsprechen und inwieweit es ihnen – zumindest auf den ersten Blick – widersprechen soll.
7. Für das MoPeG hat sich der Gesetzgeber an hypothetischen Parteiinteressen orientiert und die seiner Maßstabbildung zugrunde liegenden Annahmen auch durch Experteninterviews empirisch überprüft. Er hätte nur nicht suggerieren sollen, das Recht an tatsächliche (Mehrheits-)Interessen angepasst zu haben. Tatsächliche Interessen hätte er im personengesellschaftsrechtlichen Kontext ohnehin kaum mit vertretbarem Aufwand ermitteln können.

