



Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Eine vergleichende Studie zum deutschen, schweizerischen und türkischen Recht

Capacity to Become Party of Unregistered (Ordinary) Partnerships: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Law

Adi Ortaklığın Taraf Ehliyeti: Alman, İsviçre ve Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Bir Çalışma

Vildan Peksöz¹

Zusammenfassung

Im türkischen und schweizerischen Recht hat die einfache Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit. Deswegen ist diese Gesellschaft nicht rechts-und parteifähig. Aber in Deutschland gibt es diesbezüglich wichtige Entwicklungen. In Deutschland, in der Schweiz und in der Türkei hat die Gesellschaft bürgerlichen Rechts die gleichen Wurzeln. In diesem Beitrag wird die Frage nach dem Stand der Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und in der Türkei beantwortet. Dann gilt es zu entscheiden, ob die deutsche Lehre und die Entscheidung des BGH auf die türkische Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen werden kann und soll. Am Ende wird eine Übertragung des Modells, wie es in Deutschland und der Schweiz existiert, auf das türkische Recht vorgeschlagen.

Schlüsselwörter

Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Juristische Person, Partiefähigkeit

Abstract

Unregistered (ordinary) partnerships do not have legal status under Turkish law. That's why these partnerships are not entitled to undoubtedly have the capacity to be a party at court; however, there are some developments in Germany related to the legal capacity of unregistered partnerships. According to the German Supreme Court, these partnerships are able to have rights and obligations, and these partnerships can be parties at courts. It means that they can implement the action of suing another party, or in turn be brought an action against. In this article, the question needs to be answered if it is at all possible to accept the decision of the German Supreme Court in Turkey or not. To typically acquire elucidation to this question, Turkish and German doctrine and court decisions compared and the reasons for the Court's decision are assessed. Furthermore, fundamental doctrine, as well as court decisions in Switzerland, is analyzed to decide Turkish Law. At the ultimate end of this informative article, a new model is conclusively suggested for Turkey.

Keywords

Unregistered Partnerships, Legal Person, Legal Capacity

Öz

Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda adi ortaklıkların taraf ehliyeti yoktur. Bu yüzden adi ortaklıklar davacı ve davalı olamaz. Buna karşın Alman hukukunda adi ortaklıkların taraf ehliyetiyle ilgili birtakım gelişmeler yaşanmıştır. Alman

¹ **Corresponding Author:** Vildan Peksöz (Res. Asst. Dr.), Istanbul University, Faculty of Law, Private Law Department, Department of Civil Procedure and Enforcement – Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey. E-mail: vildan.peksoz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-5903-6209

To cite this article: Peksöz V, "Capacity to Become Party of Unregistered (Ordinary) Partnerships: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Law", (2020) 69 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 263. <https://doi.org/10.26650/annaes.2020.69.0010>



Federal Mahkemesinin 29.01.2001 tarihinde verdiği karara göre adi ortaklıklar haklara ve borçlara sahip olabilir. Ayrıca söz konusu kararda adi ortaklıkların taraf ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu makalede Alman Federal Mahkemesinin kararının Türk hukukunda kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu anlamda Türk hukuku ve Alman hukuku karşılaştırılmış; Alman Federal Mahkemesinin kararındaki gerekçeler değerlendirilmiştir. İsviçre öğretisi ve mahkeme kararları, Türk hukukuna ilişkin değerlendirme yapılırken ele alınmıştır. Çalışmanın sonunda Türkiye için yeni bir model önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Adi Ortaklık, Tüzel Kişilik, Taraf Ehliyeti

Extended Summary

A partnership established under private law is a relationship set up by contract between two or more persons to meet a common goal by mutual efforts and means. These partnerships do not have legal status and can not be a party in courts under Turkish law. It typically means that these partnerships are not able to file a suit. Moreover, it is not possible to file a suit against them.

The capacity to have rights and obligations of unregistered partnerships is not accepted under Swiss Law. So they are not able to be parties in judicial courts.

The German Supreme Court accepted on 29.01.2001 that unregistered partnerships can have rights and obligations although they retain no legal personality. Also, the Court accepted standing to sue of the unregistered partnerships without having legal personality. That's why in German Courts unregistered partnerships have an active and passive capacity of being subject to a lawsuit.

The question of whether unregistered partnerships that have the legal capacity to have rights, obligations, and to be a party under Turkish law system are possible or not is answered in this article. To answer this question, the reasons for the decision of the German Supreme Court are analysed. Although there are many similarities between German and Turkish law we cannot easily accept the possible reasons for the German Supreme Court's judicial decision. Because we should pay attention to the specific situation, of the doctrine and the court decisions in Turkey.

The German Supreme Court promptly decided that there is a gap in German law related to unregistered partnerships and the judge has to address this gap. However, according to the opinion which is defended in this article, there is not a gap in the Turkish Civil Code and Civil Procedure Code about the legal nature of these partnerships. Under Turkish codes, the generating capacity of unregistered partnerships is not regulated. However, by being quiet, lawmakers regulate that these partnerships do not possess a legal capacity. That is why it really is not the duty of the judge to regulate the capacity of unregistered partnerships, but it is the duty of lawmakers. *De lege ferenda*, the partnerships may be promptly accepted as utilising

the capacity to possess rights, obligations, and standing to sue under Turkish law. Due to this, in this article, an innovative model is suggested, related to these partnerships. According to this model, unregistered partnerships can sue and be sued in some aspects.

Under German and Swiss law a Partnership that uses a common firm-name and business corporation becomes automatically a general/registered partnership (*Kollektivgesellschaft*) and is ruled by the special provisions of the Code. These partnerships undoubtedly have to be properly registered. They are allowed to use a firm-name. But different from Turkish law, in Germany and Switzerland, they are not recognised as legal personalities. In Turkey, a considerable number of registered partnerships are very small because of the standard procedure to intentionally set up such a beneficial partnership. In addition, just real persons are able to be partners of these partnerships. It means that legal persons are not able to be partners of these partnerships. Different from registered partnerships, it is easy to establish unregistered partnerships. Because there is not an official procedure for the establishment, also for legal persons, there are not any limitations to being partners of unregistered partnerships. Therefore, these responsible persons typically choose to establish unregistered partnerships and this situation makes unregistered partnerships very popular in Turkey. The Turkish Supreme Court however rejects many specific cases concerning unregistered partnerships because of not having the legal capacity. Taking the example of registered partnerships, this article suggests an alternative model of unregistered partnerships under Turkish law which has the legal capacity to sue and be sued. This model should be capable of retaining a firm name and being registered.

Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Eine vergleichende Studie zum deutschen, schweizerischen und türkischen Recht

I. Einleitung

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) besitzt im türkischen, schweizerischen und deutschen Recht keine eigene Rechtspersönlichkeit. Aber es gibt diesbezüglich einige Entwicklungen im deutschen Recht. Der deutsche Bundesgerichtshof hat die (Aussen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts für rechts- und parteifähig erklärt. Dieser Artikel beschreibt den Stand der Lehre und Rechtsprechung in Deutschland, in der Schweiz und in der Türkei. Dann wird die Frage beantwortet, ob die Entscheidung des BGH sich auf das türkische Recht auswirken kann oder nicht. Das eigentliche Hauptthema des folgenden Artikels soll sein, ob eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (türkisches Schuldgesetz Art. 620-645) Partei des türkischen Zivilprozess sein kann, d.h., ob sie Parteifähigkeit besitzt.

II. Stand der Lehre und Rechtsprechung

A. In Deutschland

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist vom Gesetzgeber als Gesamthandsgemeinschaft im deutschen Recht kodifiziert (BGB § 719) und steht im Feld der Gesamthandsdiskussion. In Deutschland gibt es zwei Modelle, um die Rechtsnatur der GbR einzuordnen: Die traditionelle Gesamthandslehre und die Gruppenlehre. Die traditionelle Lehre geht davon aus, dass nicht die GbR als von den Gesellschaftern unabhängiges Gebilde Träger von Rechten und Pflichten sein kann, sondern nur die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit¹. Nach der Gruppenlehre hingegen kann die GbR selbst Träger von Rechten und Pflichten sein, nicht nur ihre Gesellschafter². Der berühmteste Vertreter der Gruppenlehre ist *Flume*³. Er hat die These aufgestellt, dass die Gesamthandsgruppe als solche ein Rechtssubjekt ist, ohne aber selbst Juristische Person zu werden⁴.

1 Jürgen Blomeyer, 'Die Rechtsnatur der Gesamthand' (1971) 10 Juristische Rundschau 401; Wolfgang Zöllner, 'Rechtssubjektivität von Personengesellschaften' (1993) Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag 570; Albrecht Cordes, 'Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?' (1998) 11 JZ 551; Robert Heller, *Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (Carl Heymann 1989) 15, 16; Stephan Göckeler, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs und Konkursverfahren* (Duncker&Humboldt 1992) 30-31; Eleonore Reichert, *Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozess* (Peter Lang 1988) 16; Mathias Morawietz, *Die rechts- und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess* (Nomos 2011) 15-16; Sibylle Seiferlein, *Die Rechtsfähigkeit der BGB-Aussengesellschaft unter Betrachtung ausgewählter Folgeprobleme* (Josef Eul 2004) 25.

2 Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht* (Duncker&Humboldt 1936) 664, 682; Werner Flume, 'Gesellschaft und Gesamthand' (1972) 136 ZHR 189 ff, 192; Fritz Fabricius, *Relativität der Rechtsfähigkeit* (C.H.Beck'sche 1963) 158; Johannes Wertenbruch, *Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung* (Dr. Otto Schmidt 2000) 194-195; Wolfram Timm, 'Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung' (1995) NJW 3214; Nicole Raster, *Die Verselbständigung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (S. Roderer 2001) 60; Seiferlein (n1) 68-69; Morawietz (n1) 16.

3 Flume (n2) 177 ff.

4 Flume (n2) 191.

Der BGH hat in seinem Urteil die Gruppenlehre angeschlossen und hat am 29.01.2001, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts für rechts- und parteifähig erklärt⁵. Er unterscheidet die GbR von der Juristischen Person. Denn der BGH hat die Rechtspersönlichkeit der GbR nicht akzeptiert.

In der deutschen Literatur haben manche Autoren die Anerkennung der Parteifähigkeit kritisiert⁶. Aber Einige haben die Entscheidung des BGH zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit begrüsst⁷.

B. In Der Schweiz

In der Schweizer Lehre wird die Frage gestellt, ob die neue deutsche Lehre auf die GbR übertragen werden kann⁸. Vor der Entscheidung des BGH war Übernahme der deutschen Gesamthandslehre nach Müller mit vielen Schwierigkeiten verbunden⁹. Im Gegensatz dazu existiert im schweizerischen Recht diesbezüglich die Auffassung, dass die GbR rechtsfähig ist¹⁰; z.B. nach Vonzun ist die atypische kaufmännische GbR anders als die typische GbR fähig, eigene Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen¹¹. Aber diese Ansicht hat sich nicht auf die Lehre ausgewirkt.

Die schweizerischen Autoren, die die Entscheidung des BGH eingeschätzt haben, haben die Übernahme der neueren deutschen Lehre nicht akzeptiert¹². Aber hinsichtlich dieser Entscheidung wird die Ansicht vertreten, dass die Gesamthand mit Rechtsfähigkeit ausgestattet ist¹³.

5 BGH, II ZR 331/00. Für die Entscheidung siehe: <https://beck-online.beck.de/Home>; NJW 2001, Heft 14, 1056-1061.

6 Hanns Prütting, 'Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem' (2002) Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, 1186, 1192 ff; Karl-Nikolaus Peifer, 'Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand -die GbR als OHG?' (2001) NZG 299; Burkhard Hess, 'Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit' (2004) 117/3 ZJP 276.

7 Johannes Wertenbruch, 'Die Parteifähigkeit der GbR-die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis' (2002) NJW 329; Barbara Dauner-Lieb, 'Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft' (2001) DStR 357, 358; Petra Pohlmann, 'Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 9. 2001 - II ZR 331/00, (Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts)' (2002) ZJP 109; Markus K. Weiss, *Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit und Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft nach dem Grundlagurteil des Bundesgerichtshofs vom 29.01.2001* (Ergon 2005) 122 ff, 127; Peter Ulmer, 'Die höchstrichterlich 'enträtselte Gesellschaft bürgerlichen Rechts' (2001) ZIP 591, 599; Peter Derleder, 'Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit' (2001) 49 BB 2487.

8 Karin Müller, *Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft* (Schulthess Juristische Medien 2003) 61.

9 Müller (n8) 81.

10 Reto Vonzun, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften* (Helbing&Lichtenhahn 2000) 231, 280. Andere Stimmen fordern, dass der GbR partielle Rechtsfähigkeit und beschränkte Parteifähigkeit zuerkannt wird, soweit die GbR als Gesamthand organisiert ist (Ruth Häfliger, *Die Parteifähigkeit im Zivilprozess* (Schulthess Polygraphischer 1987) 145).

11 Vonzun (n10) 231.

12 Walter Fellmann/Karin Müller, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, das Obligationenrecht*, Bd. VI, 2 Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Die Einfache Gesellschaft, 8. Teilband, Art 530-544 OR (Stämpfli 2006) 59, Nr 153, 62, Nr 157; Wolfgang Wiegand, 'Weisses Ross' -Ein trojanisches Pferd vor Schweizer Mauern?', (2003) Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag 44 ff, 49.

13 Andrea Taormina, *Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung* (Universitätsverlag 2003) 39 ff.

Trotz widersprüchlicher Auffassungen für das schweizerische Recht ist mit der dortigen Lehre und Rechtsprechung daran festzuhalten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht rechts- und parteifähig ist¹⁴.

C. In Der Türkei

Im türkischen Recht ist die Rechtsnatur der GbR an sich nicht umstritten, die Lehre und Rechtsprechung gehen in die gleiche Richtung wie in der Schweiz. Nach fast übereinstimmender Meinung in der türkischen Literatur fehlt einer GbR sowohl die Rechts- als auch die Parteifähigkeit¹⁵. Es gibt allerdings einige Stimmen in der Literatur, die die GbR als selbständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen lassen wollen¹⁶. Die bisherigen Entscheidungen von dem Kassationshof der Türkei gingen davon aus, dass die GbR keine Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit besitzt¹⁷. Deswegen müsste im Prozess um Rechte oder Verbindlichkeiten der Gesamthand die Gesellschafter selbst Partei als einfache oder notwendige Streitgenossen sein.

III. Möglichkeit der Parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im türkischen Recht

A. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft

In drei Ländern (Schweiz, Deutschland und Türkei) besteht bezüglich der gesamthänderischen Struktur der GbR Übereinstimmung. Denn eine GbR ist vom Gesetzgeber als Gesamthandsgemeinschaft im deutschen (BGB § 719), schweizerischen (OR Art. 544) und türkischen Recht (tSG Art. 638) kodifiziert. Wegen des gleichen Gesamthandsprinzips kann man sagen, dass es eine Strukturverwandtheit mit dem deutschen Recht gibt und die Struktur der türkischen GbR dem Urteil des BGH nicht entgegensteht¹⁸. Eigentlich entsprechen sich die

14 Fellmann/Müller (n12) 27, Nr 69; 62, Nr 158; Müller (n8) 76; Werner von Steiger, *Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht*, Band VIII/1 (1976) 446; Häfliger (n10) 146; Alfred Siegwart, *Das Obligationenrecht*, 4. Teil Die Personengesellschaften, Art 530-619 (Schulthess&Co. 1938) 65-66, Nr 119-120; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* (Schulthess 2016) Art 59, 527, Nr 23. Zürich Obergericht 30.09.2015, PF150052 (Swisslex). BGE 96 III 103, 84 II 382, 78 I 184, 41 II 188; BGE 100 I a 394, 96 III 103, 88 II 230 (Müller (n8) 69, Fn 356).

15 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I (Demir Demir 2001) 965; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (Nesil 2000) 291; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku* (On İki Levha 2017) 568; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2020) 507; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2020) 259; Murat Atalı/Ibrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2020) 215; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat 2016) 95; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık* (Yetkin 2008) 155; Serdar Kale, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti* (On İki Levha 2010) 173; Evrim Erişir, *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti* (Güncel 2007) 225-226.

16 Tuğrul Ansay, *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1967) 153; Tuğrul Ansay, 'Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?' (2001) Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı 9.

17 22. HD, 23.9.2019, E 2016/28280, K 2019/17018; 3. HD, 17.5.2018, E 2016/18641, K 2018/5375; 12. HD, 5.6.2018, E 2017/2568, K 2018/5815; 10. HD, 15.5.2018, E 2016/6847, K 2018/4797; 15. HD, 29.3.2018, E 2016/4464, K 2018/1243 (Kazancı).

18 Für die Schweiz siehe Wiegand (n12) 44-45.

gesetzlichen Bestimmungen der GbR im schweizerischen, deutschen und türkischen Recht¹⁹. Nicht nur die Legaldefinition, sondern auch deren Ursprung und Entwicklung sind vergleichbar²⁰. Die Gesamthandsdiskussion wie in der deutschen Lehre gibt es hingegen nicht in der türkischen Lehre, auch nicht in der schweizerischen Lehre. In der Türkischen und Schweizer Lehre herrscht die traditionelle Lehre vor, d.h. die Gesellschafter können Träger von Rechten und Pflichten sein und die Gesellschaft wird nicht als rechtsfähiges Gebilde angesehen. Deswegen kann man nicht einfach die Ansichten der Gruppenlehre, auf die der BGH seine Entscheidung gestützt hat, auf die türkische GbR übertragen.

B. Diskussion der Gründe der Entscheidung vom Bundesgerichtshof

Der BGH hat sich mit seiner Entscheidung vom 29.01.2001 erstmals zur grundsätzlichen Rechtsfähigkeit der GbR bekannt. Danach sieht der BGH die Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR als notwendige prozessrechtliche Konsequenz aus der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit²¹. Denn es steht in der ZPO § 50: *“Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.”*

Der BGH begründet die Fähigkeit der GbR mit Praktikabilitätsargumenten²². Nach dem BGH kann die traditionelle Lehre nicht davon ausgehen, dass die Gesellschafter für die gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten mit ihrem Gesamthandsvermögen haften. Die Haftung der Gesellschafter mit Gesamthandsvermögen und Privatvermögen führt zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Schuld und Haftung²³. Die Haftungsproblem ist in der Türkei die gleichen wie in Deutschland. Deswegen gibt es im türkischen Recht eine entsprechende Verwischung.

Argumente für die Rechtsfähigkeit der GbR sind unter anderem die Bewältigung des Gesellschafterwechsels oder die Haftung neu eintretender Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen gegenüber Altgläubigern nach BGH²⁴. Wenn die Mitgliedschaft einer Gesellschafter unklar und strittig ist, gibt es ein Problem im Verfahren. Die Veränderungen im Gesellschafterbestand haben einen Einfluss auf die Rechtsverhältnisse und den Prozess, weil die Parteien die Gesellschafter sind, nicht die Gesellschaft²⁵. Im türkischen Recht führt der Gesellschafterwechsel und Zweifelsfälle im Hinblick auf die Mitgliedschaft auch zu Problemen. Man braucht

19 Martin Furrer, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft* (Schulthess 1996) 37.

20 Furrer (n19) 37.

21 BGH, A, II-1.

22 Diskussion über die Entscheidung des BGH in der Schweiz siehe Wiegand (n12) 45 ff. Für die Türkei siehe Erişir (n15) 219 ff; Kale (n15) 154 ff; Vildan Peksöz, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (On İki Levha 2020) 88 ff.

23 BGH, A, I, 2, a.

24 BGH, A, I, 2, b.

25 BGH, A, II, 2, b-c.

den Parteiwechsel, um die Rechtsverhältnisse mit neuen Gesellschaftern fortzusetzen. Im Prozess kann § 125 ZPO in einigen Fällen angewendet werden und mithilfe dieser Norm kann der Prozess mit neuen Gesellschaftern weiterlaufen²⁶.

Daneben beeinflussen auch die gesetzlichen Regelungen, wie § 191 UmwG und § 105 HGB, den BGH bei dieser Entscheidung²⁷. Nach § 191 Abs 2 Nr 1 UmwG ist die identitätswahrende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GbR möglich. Wenn der Zweck von einer GbR auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wird die GbR nach § 105 HGB in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt. Wenn man die GbR nach aussen unrechtsfähig akzeptiert hat, kann im Falle dieses Formwechsels eine identitätswahrende Umwandlung kaum erklärt werden. Deswegen waren diese Normen die anderen Gründe bei der Entscheidung des BGH.

Nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO ist die GbR insolvenzfähig und kann auch Konkursmasse haben. Deswegen sollte das Vermögen der GbR und das ihrer Gesellschafter gesondert betrachtet werden. Diese Regelungen zeigen, dass die GbR Rechtssubjekt ist²⁸.

Im türkischen Recht gibt es keine vergleichbaren Regelungen²⁹: keine identitätswahrende Umwandlung und auch keine Insolvenzfähigkeit der GbR. Aber die Praktikabilitätsprobleme sind in der Türkei die gleichen wie in Deutschland.

Es steht in § 736 ZPO: *“Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.”* Nach Ansicht des BGH verhindert diese Norm allein die Zwangsvollstreckung privater Gläubiger in das Privatvermögen einzelner Gesellschafter. Deswegen kann es nicht festgestellt werden, dass § 736 ZPO zum Ziel hat, die Parteifähigkeit der GbR auszuschliessen³⁰. Im türkischen Gesetz gibt es keine solche Norm und man braucht keine Diskussion über die Parteifähigkeit im Bezug auf § 736 ZPO.

Nach Ansicht des BGH stimmen die notwendige Streitgenossenschaft und die Gesamthandgemeinschaft (auch die Regelungen über die Vertretung) nicht miteinander überein. Denn bei der notwendigen Streitgenossenschaft gibt es keine Verpflichtung der Gesellschafter, Prozesshandlungen nur gemeinschaftlich vorzunehmen. Es bedeutet, dass jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozess betreiben kann (ZPO § 63)³¹. Im türkischen Recht hingegen können die Streitgenossen nicht

26 Peksöz (n22) 278 ff.

27 BGH, A, I, 2, c.

28 BGH, A, I, 2, d.

29 Şener (n15) 155; Kale (n15) 176.

30 BGH, A, II, 3.

31 BGH, A, II, 2, a.

einzelnen für sich handeln. Sie müssen prozessuale Handlungen immer zusammen vornehmen.

C. Gesetzlücke im Bezug auf Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Der BGH stützt sich in seiner Entscheidung auf eine Analyse der Gesetzgebungsgeschichte und hat entschieden, dass die gesetzliche Regelung nicht abschließend die Rechtsnatur der GbR bestimmt und es daher einer Rechtsfortbildung bedarf³². Während man im ersten Entwurf des BGB noch von einem rein schuldrechtlichen Rechtsverhältnis ausgegangen ist, hat die zweite Kommission das Gesellschaftsvermögen der GbR zum Gesamthandsvermögen gemacht³³. Aber die aus dem Gesamthandsprinzip folgenden Konsequenzen wurden nicht im Einzelnen geregelt. Deshalb sind die gesetzlichen Regelungen über die GbR nach BGH unvollständig.

Eine Gesetzlücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit einer Regelung. Man braucht zwei Elemente dafür, nämlich die Unvollständigkeit und die Planwidrigkeit³⁴. Wenn etwas nicht geregelt ist, bedeutet es nicht, dass es eine Lücke gibt. Denn der Gesetzgeber kann eine Nichtregelung bewusst gewollt haben³⁵. In diesem Fall, gibt es eine Regelung durch Nichtregelung -im negativen Sinn/stillschweigend- und es besteht keine ausfüllungsbedürftige Lücke³⁶.

In diesem Artikel soll die Frage beantwortet werden, ob es solche Regelungslücken im türkischen Recht gibt oder nicht. Obwohl die GbR im türkischen Recht durch den Einfluss des deutschen Rechts geregelt wird und die Vorschriften dieselben Wurzeln haben, kann man deutsche Gerichtsentscheidungen, Rechtsentwicklungen und Gesetzesänderungen nicht direkt auf das türkische Recht übertragen³⁷. Denn das Ziel des Gesetzgebers und die Praxis der Justiz und der Entscheidungen im türkischen Recht müssen bei einer solchen Übertragung berücksichtigt werden³⁸. Nach einem Blick in diese Richtung dürfen deutsche Ansichten nicht unbesehen auf schweizerische und türkische Verhältnisse übertragen werden³⁹.

Der türkische Gesetzgeber hat im türkischen Handelsgesetzbuch (tHGB Art. 125) die offenen Handelsgesellschaften (OHG) und die Kommanditgesellschaften (KG) als Juristische Personen geregelt. Andererseits wurde die GbR in tSG als Vertragsverhältnis

32 BGH, A, I, 1-2.

33 Siehe Weiss (n7) 99.

34 Heinrich Honsell, *Basler Kommentar* (Helbing Lichtenhahn 2014) 28; Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Einleitung und Personenrecht (Stämpfli 2012) 338-339, Nr 344.

35 Emmenegger/Tschentscher (n34) Art 1, 342, Nr 348.

36 Honsell (n34) 29; Emmenegger/Tschentscher (n34) Art 1, 342, Nr 348.

37 Für schweizerisches Recht siehe Furrer (n19) 37.

38 Ebenso Furrer (n19) 37.

39 Furrer (n19) 34.

akzeptiert, ohne eine Juristische Person zu sein. Daher kann man verstehen, dass der türkische Gesetzgeber die Rechtsnatur dieser Gesellschaften unterscheiden möchte.

Nach tSG Art. 638, I sind die Gesellschafter Rechtsträger in der Gesamthandsgemeinschaft⁴⁰ und nach tSG Art. 638, III sind die Gesellschafter Gesamtschuldner⁴¹. Mithilfe dieser Normen kann man verstehen, dass der Gesetzgeber die Gesellschafter als Subjekte in Rechtsverhältnissen akzeptiert, nicht die Gesellschaft⁴². Die Gruppenlehre hatte also keine Auswirkungen auf das türkische Recht, deswegen ist es sehr schwierig die Gesamthandsgemeinschaft als Rechtssubjekt zu bezeichnen. Auch sind es die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft, die vertreten werden (tSG Art. 637, II). Zusätzlich fällt mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu (tSG Art. 634, I). Diese Regelungen verdeutlichen, dass der türkische Gesetzgeber sie auf der Grundlage der unrechtsfähigen Gesellschaft geregelt hat.

Aus diesen Gründen liegt der Hauptgrund für die Bereitstellung dieser Möglichkeit nicht im türkischen Recht, obgleich einige Argumente des BGH für die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR ins türkische Recht übertragen werden können. Deswegen denke ich, dass die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR im türkischen Recht nicht allein aufgrund der Argumentation des BGH anerkannt werden kann⁴³. Der Hauptgrund ist, dass es keine planwidrige Gesetzlücke hinsichtlich der Rechtsnatur der GbR im türkischen Recht gibt, obwohl deren Rechtsnatur nicht in den die GbR betreffenden Normen geregelt ist. Denn der türkische Gesetzgeber hat die GbR als nicht rechtsfähiges und nicht parteifähiges Gebilde durch sein Schweigen akzeptiert. In solchen Fällen ist die Richterfortbildung unzulässig⁴⁴.

Im deutschen Recht wurde die Rechtsfähigkeit der GbR zunächst Schritt für Schritt erweitert⁴⁵. Der BGH hat entschieden, dass die GbR Gründerin und Mitglied Juristischer Personen sein kann⁴⁶ und als GbR Rechtspositionen in Rechtsverhältnissen einnehmen kann⁴⁷. Auch der BGH hat zur Scheckfähigkeit der GbR bekennt⁴⁸. Solche Entscheidungen gibt es im türkischen Recht nicht. Deswegen kann man denken, die türkische Praxis sei nicht bereit für die Rechtsfähigkeit oder Parteifähigkeit der GbR⁴⁹.

40 Şener (n15) 155.

41 Erişir (n15) 226.

42 Erişir (n15) 226.

43 Barlas (n15) 86-87; Şener (n15) 155; Kale (n15) 176-177; Erişir (n15) 225-226.

44 Peksöz (n22) 153 ff.

45 Derleder (n7) 2485.

46 BGHZ 78, 311, 312 (BB, 1981, 450 ff); BGHZ 116, 86, 88 (BB 1992, 162 ff); BGH, NJW, 1992, 2222, 2226.

47 BGHZ 79, 374, 378 (BB, 1981, 629).

48 BGHZ 136, 254, 257 (BB 1997, 1861). Siehe Ulmer (n7) 586; Pohlmann (n7) 103; Derleder (n7) 2485; Weiss (n7) 56-59.

49 Für das schweizerische Recht siehe Wiegand (n12) 47.

D. Paradigmenwechsel im türkischen Recht⁵⁰

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts weist trotz der Gruppenlehre im türkischen Recht strukturell wichtige Ähnlichkeiten zur deutschen GbR auf. Aber es gibt bedeutsame Unterschiede zwischen der Türkei und Deutschland und auch der Schweiz im Hinblick auf OHG und KG und deren Stellungen als Juristische Person. In Deutschland und in der Schweiz sind OHG und KG parteifähig obwohl sie keine Juristischen Personen sind. In der Türkei gibt es nur sehr wenige OHG und KG, dafür viele GbR. Denn die Gründung der GbR ist einfach und man braucht keine Registrierung.

Wenn Juristische Personen die Gesellschafter von Personengesellschaften werden möchten, können sie nur eine GbR gründen. Denn Juristische Personen können nicht die Gesellschafter einer OHG sein, sondern nur natürliche Personen (tHGB Art. 221). Es gibt diesbezüglich keine Beschränkungen für die GbR, was natürlich ein Grund ist, sich für die GbR zu entscheiden.

In der Praxis nehmen die Gesellschaften bürgerlichen Rechts an den Rechtsverhältnissen teil, als ob sie rechtsfähig wären. Daneben gründen die Gesellschafter in der Türkei sehr wichtige Gesellschaften bürgerlichen Rechts; z.B. Die dritte Brücke über den Bosphorus wurde von einer GbR gebaut⁵¹. Basierend darauf klagen die Gesellschaften oder werden auch häufig verklagt. Denn die Kläger denken, dass die GbR aufgrund derart wichtiger Rechtsverhältnisse parteifähig ist. Solche Klagen werden jedoch regelmäßig abgelehnt; denn im Prozess ist die GbR nicht parteifähig.

Wenn das Gesetz erkennbar eine Regelung enthält, die nur im Ergebnis sachlich nicht befriedigt, ist das der Fall der rechtspolitischen Lücke⁵². In diesem Fall ist die Ausfüllung der Lücke nicht die Aufgabe des Richters, sondern der Gesetzgeber muss diese durch eine erforderliche Norm regeln⁵³. In diesem Sinne gibt es im türkischen Recht rechtspolitische Lücken bei der GbR, die allenfalls vom Gesetzgeber auszufüllen sind.

Ich schlage für eine rechts -und parteifähige GbR anhand der deutschen und schweizerischen OHG und KG ein neues Modell vor. *De lege ferenda* bedarf es in der

50 Der Deutsche Bundesgerichtshof kann für Österreich aufgrund der Strukturverwandheit für einen Paradigmenwechsel ein Vorbild sein. Siehe zu dieser Ansicht Oliver Maass/Mathias Siems, 'Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland -Ein Vorbild für Österreich?' (2002) 4 wbl 152-153. Die Rechtstprechung des Bundesgerichtshofs kann nicht auf österreichische Verhältnisse übertragen werden. Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der österreichischen Lehre ist weder Juristische Person noch teilrechtsfähiges Gebilde. Deswegen ist GbR nicht parteifähig in Österreich (Dieter Duursma/Henriette-Christine Duursma-Keepfänger/Marianne Roth, *Handbuch zum Gesellschaftsrecht* (LexisNexis 2007) Nr 14-15,10, Nr 18).

51 9. HD, 15.3.2018, E 2017/25844, K 2018/5333 (Kazanci).

52 Emmenegger/Tschentscher (n34) Art 1, 350, Nr 366; Çiğdem Kırcı 'Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 92.

53 Emmenegger/Tschentscher (n34) Art 1, 353-354, Nr 372; 347, Nr 361; Kırcı (n52) 93.

Türkei einer neuen gesetzlichen Regelung⁵⁴. Als Gesamthandsgesellschaft sollte die GbR eine Firma haben, Rechte und Pflichten haben, klagen und verklagt werden. Auf diese Weise sollte die GbR, wenn sie eine Firma benutzt und ein Handelsgewerbe betreibt, rechts-und parteifähig sein⁵⁵.

Dieses Modell beseitigt das Zweifel hinsichtlich der Registerpublizität von GbR wegen der Handelsregister⁵⁶. Auch die Umwandlung in eine OHG oder KG ist für die GbR im türkischen Recht wegen der Persönlichkeit nicht möglich. Deswegen hat der Vorschlag keinerlei Nachteil für den Zivilprozess.

Fazit

Im türkischen und schweizerischen Recht ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht rechts-und parteifähig. Aber in Deutschland gibt es wichtige Entwicklungen. Der deutsche Bundesgerichtshof hat die (Aussen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts für rechts-und parteifähig am 29.01.2001 erklärt. In diesem Beitrag wird die Frage gestellt, ob die Entscheidung des BGH auf die türkische GbR übertragen werden kann und soll. Es ist entschieden, dass die deutsche Lehre und Entscheidung des BGH nicht auf die türkische Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen werden kann. Denn es gibt keine Rechtslücke über die Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im türkischen Recht. Aber *de lege ferenda* bedarf es in der Türkei einer neuen gesetzlichen Regelung. In diesem Beitrag wurde eine Übertragung des Modells, wie es in Deutschland und der Schweiz existiert, auf das türkische Recht vorgeschlagen.

Peer-Review: Extern peer-reviewed.

Interessenkonflikt: Der Autor hat keinen Interessenkonflikt gemeldet.

Finanzielle Unterstützung: Der Autor erklärte, dass diese Studie keine finanzielle Unterstützung erhalten hat.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Financial Disclosure: The author declared that this study has received no financial support.

Literaturverzeichnis/Bibliography

Ansay T, 'Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?' Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı (2001) 1.

Ansay T, *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1967).

Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (Yetkin 2020).

Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (Yetkin 2020).

54 Vgl Erişir (n15) 145.

55 Peksöz (n22) 162 ff.

56 Vgl Kale (n15) 176-177.

- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (Vedat 2016).
- Blomeyer J, 'Die Rechtsnatur der Gesamthand' (1971) 10 Juristische Rundschau 397.
- Cordes A, 'Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?' (1998) 11 JZ 545.
- Dauner-Lieb B, 'Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft' (2001) DStR 356.
- Derleder P, 'Die Aufgabe der monistischen Struktur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Verleihung der Rechtsfähigkeit' (2001) 49 BB 2485.
- Duursma D/Duursma-Keeplinger H C/Roth M, *Handbuch zum Gesellschaftsrecht* (LexisNexis 2007).
- Emmenegger S/Tschentscher A, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht* (Stämpfli 2012).
- Erişir E, *Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti* (Güncel 2007).
- Fabricius F, *Relativität der Rechtsfähigkeit* (C.H. Beck'sche 1963).
- Fellmann W/Müller K, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, das Obligationenrecht*, Bd. VI, 2 Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, Die Einfache Gesellschaft, 8. Teilband, Art 530-544 OR (Stämpfli 2006).
- Flume W, 'Gesellschaft und Gesamthand' (1972) 136 ZHR 177.
- Furrer M, *Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff und Abgrenzungskriterium im Recht der einfachen Gesellschaft* (Schulthess Polygraphischer 1996).
- von Gierke O, *Deutsches Privatrecht* (Duncker&Humblot 1936).
- Göckeler S, *Die Stellung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren* (Duncker & Humboldt 1992).
- Häfliger R, *Die Parteifähigkeit im Zivilprozess* (Schulthess Polygraphischer 1987).
- Heller R, *Der Zivilprozess der Gesellschaft bürgerlichen Recht* (Carl Heymann 1989).
- Hess B, 'Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit' (2004) 117/3 ZJP 267.
- Honsell H, *Basler Kommentar* (Helbing Lichtenhahn 2014).
- Kale S, *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti* (On İki Levha 2010).
- Kırca Ç, 'Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)' (2001) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I (Demir Demir 2001).
- Maass O/Siems M, 'Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland –Ein Vorbild für Österreich?' (2002) 4 wbl 149.
- Morawietz M, *Die rechts-und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess* (Nomos 2011).
- Müller K, *Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft* (Schulthess Juristische Medien 2003).
- Peifer K H, 'Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand -die GbR als OHG?' (2001) NZG 296.
- Pekcanitez H/Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (On İki Levha 2017).
- Peksöz V, *Medeni Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (On İki Levha 2020).

- Pohlmann P, 'Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 9. 2001 – II ZR 331/00, (Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts)' (2002) 28 ZJP 103.
- Prütting H, 'Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem', Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag (C.H. Beck 2002).
- Raster N, *Die Verselbständigung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* (S. Roderer 2001).
- Reichert E, *Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozess* (Peter Lang 1988).
- Seiferlein S, *Die Rechtsfähigkeit der BGB-Aussengesellschaft unter Betrachtung ausgewählter Folgeprobleme* (Josef Eul 2004).
- Siegwart A, *Das Obligationenrecht*, 4. Teil, Die Personengesellschaften, Art 530-619 (Schulthess&Co. 1938).
- von Steiger W, *Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht*, Band VIII/1 (Helbing und Lichtenhahn 1976).
- Sutter-Somm T/Hasenböhler F/Leuenberger C, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* (Schulthess 2016).
- Şener O H, *Adi Ortaklık* (Yetkin 2008).
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2020).
- Taormina A, *Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung* (Universitätsverlag 2003).
- Ulmer P, 'Die höchstrichterlich 'enträtselte Gesellschaft bürgerlichen Rechts'' (2001) 14 ZIP 585.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (Nesil 2000).
- Vonzun R, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften* (Helbing&Lichtenhahn 2000).
- Weiss M K, *Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit und Haftungsordnung der BGB-Gesellschaft nach dem Grundlagenurteil des Bundesgerichtshofs vom 29.01.2001* (Ergon 2005).
- Wertenbruch J, *Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung* (Dr. Otto Schmidt 2000).
- Wertenbruch J, 'Die Parteifähigkeit der GbR-die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis' (2002) NJW 324.
- Wiegand W, ' 'Weisses Ross' –Ein trojanisches Pferd vor Schweizer Mauern?', Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, (2003) Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag 33.
- Timm W, *Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung* (1995) NJW 3209.
- Zöllner W, 'Rechtssubjektivität von Personengesellschaften' (1993) Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag 563.