



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

## AUS DER LEHRE

*Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst*  
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

## GRUNDLAGEN

*Vicki Fee Weber*

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

*Max Rinckens*

Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

## ZIVILRECHT

*Elisabeth Maria Eckhold*

Grundbuch auf der Blockchain

## ÖFFENTLICHES RECHT

*David Wellstein*

An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

*Leo Miura*

Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

4. Jahrgang · Seiten 85–172

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 2/2023

Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst\*

## Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

Zum Jahreswechsel erwarten uns in den Medien regelmäßig Berichte, die einen Überblick über das sich ändernde Recht geben. Im Mittelpunkt stehen hier oft der neue Bußgeldkatalog und finanzielle Be- und Entlastungen im Alltag. Für das Jahr 2024 sollte in solchen Aufstellungen – jedenfalls aus Sicht von Studierenden, der Anwaltschaft, Rechtswissenschaft und Wirtschaft – auch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) nicht fehlen. Dieses umfangreiche Artikelgesetz, das Änderungen in mehr als 130 einzelnen Gesetzen vorsieht, wurde 2021 beschlossen und verkündet, tritt aber erst am 1.1.2024 in Kraft. Unser Beitrag soll einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen für Studium, Prüfung und Praxis geben und auf fortbestehende und neue Problemstellungen hinweisen.

### Inhaltsübersicht

A. Einleitung und Überblick .....	90
B. Das MoPeG – ein Gesetzgebungsverfahren (fast) aus dem Bilderbuch .....	90
I. Vorspiel zum MoPeG:	
Eine kleine Gesellschaftsrechtsgeschichte .....	90
II. Ein „gutes“ Gesetz .....	91
C. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundrechtsform .....	91
I. Normierung der GbR .....	91
II. Entstehung und Rechtsfähigkeit .....	91
1. Entstehung der Gesellschaft .....	91
a) Gesellschaftsvertrag .....	91
b) Gesellschafter .....	92
c) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks .....	92
2. Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB .....	92
a) Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB .....	92
b) Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 719 BGB .....	93
III. Das Gesellschaftsregister und die eGbR .....	93
1. Grundsätzliche Eintragungsfreiheit, aber... ..	93
2. Bewirkung und Inhalt der Eintragung, Löschung .....	94
3. Rechtsfolgen der Eintragung .....	94
IV. Das Innenverhältnis .....	95
1. Gesellschaftsvermögen .....	95
2. Geschäftsführung .....	95
a) Begriff .....	95
b) Befugnis zur Geschäftsführung .....	95
c) Selbstorganschaft .....	95
d) Pflichtverletzung .....	96
3. Beschlussfassung .....	96
a) Erfordernis und Verfahren der Beschlussfassung .....	96
b) Mehrheitsprinzip .....	97
c) Beschlussmängel .....	97
4. Aufwendungsersatz gem. § 716 Abs. 1 BGB, Herausgabepflicht .....	97
V. Die Vertretung der Gesellschaft .....	97
VI. Gesellschafterhaftung .....	98
VII. Alles hat ein Ende, doch Gesellschaften haben zwei... ..	99
1. Auflösung .....	99
2. Liquidation .....	99
VIII. Die nicht rechtsfähige GbR (§§ 740–740c BGB) .....	99
1. Rechtsnatur, Entstehung und Relevanz .....	99
2. Innenverhältnis .....	100
3. „Außenverhältnis“ .....	100
4. Beendigung und Auseinandersetzung, Ausscheiden eines Gesellschafters .....	100
D. Recht der OHG (§§ 105 ff. HGB) .....	100
I. Überblick .....	100
II. Anwendbares Recht .....	100
III. Entstehung der OHG .....	100
1. Entstehung gem. § 105 Abs. 1 HGB („Ist-OHG“) .....	101
2. Entstehung gem. § 107 Abs. 1 HGB („Kann-OHG“); Freiberufler-OHG .....	101
3. Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 123 HGB .....	101
IV. Wichtigste Unterschiede zur GbR im Innen- und Außenverhältnis .....	101
1. Kaufmannseigenschaft und Firma .....	101
2. Geschäftsführung und Vertretung .....	101
3. Beschlussfassung und Beschlussmängel .....	101
4. Haftung .....	102
E. Recht der Kommanditgesellschaft .....	102
I. Überblick .....	102
II. Anwendbares Recht .....	102
III. Besonderheiten im Innen- und Außenverhältnis der Kommanditgesellschaft .....	102
IV. Kommanditistenhaftung .....	102
F. Ausblick .....	103

\* Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt Universität zu Berlin, geschäftsführender Direktor des dortigen Notarinstituts und Beiratsmitglied der Berliner Rechtszeitschrift (BRZ). Er hat

als Sachverständiger den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum MoPeG beraten. Magnus Habighorst ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am genannten Lehrstuhl und Schriftleiter der BRZ.

## A. Einleitung und Überblick

Die Rechtsformen, die das Gesellschaftsrecht im Angebot hat, können in zwei Kategorien, Kapitalgesellschaften<sup>1</sup>(v.a. GmbH und Aktiengesellschaft) und Personengesellschaften, aufgeteilt werden. Die wichtigsten letzterer Art sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), auch BGB-Gesellschaft genannt, die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) sowie die Partnerschaftsgesellschaft (PartG). Das MoPeG betrifft unmittelbar allein diese Personengesellschaften.

Die in den §§ 705 ff. BGB<sup>2</sup> normierte GbR ist die Grundform der Personengesellschaften; OHG (§§ 105 ff. HGB) und KG (§§ 161 ff. HGB) bauen hierauf auf. Das heißt erstens, dass die Regeln der GbR auch für die anderen Personengesellschaften gelten, wenn keine besonderen Normen für diese vorhanden sind. Zweitens sind Gesellschaften, wenn sie die besonderen Anforderungen an die jeweilige Gesellschaft (noch) nicht erfüllen, im Zweifel eine GbR.

Die Befassung mit dem Personengesellschaftsrecht und seiner Reform, zu der hier eingeladen wird, lohnt sich. Denn im Wirtschaftsleben ist an Personengesellschaften kaum vorbeizukommen; Stand 1.1.2023 waren 22.650 OHG und 297.335 KG in deutschen Handelsregistern erfasst.<sup>3</sup> Letztere erfreuen sich in der Typenvermischung der GmbH & Co. KG besonderer Beliebtheit. Die Zahl der GbR dürfte um ein Vielfaches höher sein, kann aber mangels Registrierungspflicht und bisher auch mangels Registrierungsmöglichkeit nicht erfasst werden. Neben die Praxis tritt die Prüfungsrelevanz: Personengesellschaften sind in allen Bundesländern Prüfungstoff in den juristischen Staatsprüfungen.<sup>4</sup>

Im Folgenden soll der Schwerpunkt nach einigen Bemerkungen zum Gesetzgebungsverfahren (B.) auf den relevantesten Fragen aus dem Recht der GbR liegen (C.), wobei die Reihenfolge grob dem Lebensablauf einer Gesellschaft (Entstehung – laufende Geschäfte – Auflösung und Liquidation) entspricht. Es schließen sich die wichtigsten Normen und Abweichungen im Recht von OHG (D.) und KG (E.) an.

## B. Das MoPeG – ein Gesetzgebungsverfahren (fast) aus dem Bilderbuch

Die Entstehung des MoPeG kann man in weiten Teilen als einen idealtypischen Gesetzgebungsprozess bezeichnen. Davon wird man auch in Zukunft bei der Rechtsanwendung profitieren.

### I. Vorspiel zum MoPeG: Eine kleine Gesellschaftsrechtsgeschichte<sup>5</sup>

Im Jahr 2001 hat der II. Zivilsenat des BGH in der Entscheidung „ARGE Weißes Ross“ die nach außen als solche auftretende GbR als rechtsfähig anerkannt.<sup>6</sup> Spätestens hiernach spiegelten die §§ 705 ff. BGB a.F. nicht mehr die tatsächliche Rechtslage wider. Denn der BGB-Gesetzgeber war sich ursprünglich unsicher, wie die GbR ausgestaltet sein sollte. Auf eine dauerhafte, rechtsfähige und ggf. unternehmenstragende Gesellschaft war das Gesetz nicht ausgerichtet. Vielmehr sah es die Gesellschaft als bloßes Schuldverhältnis ohne eigene Außenbeziehungen vor. Ausdrückliche Normen zur Rechtsfähigkeit der GbR fehlten, die existierenden deuteten in verschiedene Richtungen. Daher wurden nach dem Anerkenntnis der Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung zunächst Normen aus dem Recht der OHG analog angewandt, insbes. §§ 124, 128 f. HGB a.F. Neben das Auseinanderfallen von tatsächlicher und geschriebener Rechtslage trat ein Publizitätsdefizit für den Rechtsverkehr, denn die Eintragung der GbR in ein Register war nicht möglich.<sup>7</sup>

Nach zahlreichen Reformforderungen<sup>8</sup> aufgrund dieser Probleme befasste sich 2016 der 71. Deutscher Juristentag (DJT) mit der Reform des Personengesellschaftsrechts<sup>9</sup> und empfahl eine solche mit großer Mehrheit.<sup>10</sup> Den Impuls nahm der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD im Jahr 2018 auf und hob eine Reform des Personengesellschaftsrechts unter Einsetzung einer Expertenkommission aufs Tapet.<sup>11</sup> Jene aus sieben Mitgliedern bestehende Kommission erarbeitete zwischen Dezember 2018 und März 2020 den sog. Mauracher Entwurf.<sup>12</sup> Dieser war in der Folge Gegenstand umfangreicher wissenschaftlicher Diskussionen, die ihn überwiegend als gelungen bewerteten, nicht aber ohne Verbesserungen anzumahnen oder Einzel-

<sup>1</sup> Zu den Begriffen juristische Person, Körperschaft und Kapitalgesellschaft s. *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 2; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 2 Rn. 3 ff.

<sup>2</sup> Alle Normen sind – soweit nicht mit a.F. gekennzeichnet – in der ab 1.1.2024 geltenden Fassung wiedergegeben, vgl. BGBl. 2021 I, 3436.

<sup>3</sup> *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2023, 709 (710 f.).

<sup>4</sup> In Berlin etwa gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 a) JOA die GbR und gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 c) JAO die OHG und die KG.

<sup>5</sup> Titel entlehnt von *Fleischer*, NZG 2015, 769; dieser adaptiert von *Ramsayer*, Corporate Law Stories, 2009.

<sup>6</sup> BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; zu Vor- und Nachspiel des Urteils *Wedemann in Fleischer/Thiessen*, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 491 (492 ff.). Dogmatische Grundlage legend *Flume*, ZHR 1972, 177 ff.

<sup>7</sup> Dieses hatte schon der II. Senat in seiner Entscheidung zur Rechtsfähigkeit BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 (1060) selbst identifiziert: es könnte „schwierig werden, eine GbR im Prozess so klar zu bezeichnen,

dass eine eindeutige Identifizierung [...] möglich ist.“ S. hierzu auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 101 f.

<sup>8</sup> Früh *K. Schmidt* in *BMJ*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, 1983, S. 413 ff.; *ders.*, ZHR 177 (2013), 712 ff.; *Fleischer/Heinrich/Pendl*, NZG 2016, 1001; *Röder*, AcP 215 (2015), 450 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Schäfer*, Empfiehlt sich eine Reform des Personengesellschaftsrechts?, Gutachten E zum 71. DJT 2016.

<sup>10</sup> Vgl. Verhandlungen des 71. DJT 2016, Band II/1, O 101, Beschluss I. 1. Über die Frage, wie die Reform stattfinden sollte, herrschte indes weniger Einigkeit, wie die Beschlüsse I. 2. – I. 4. zeigen.

<sup>11</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.3.2018, Zeilen 6162 ff.

<sup>12</sup> Zu Einzelheiten s. bei den Kommissionsmitgliedern *Schäfer* in *Schäfer*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 3 f. sowie *Schollmeyer*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 29 ff.

heiten zu kritisieren.<sup>13</sup> Einige Vorschläge aus der Diskussion des Mauracher Entwurfes wurden in den auf diesem aufbauenden Referentenentwurf und den Regierungsentwurf übernommen und fanden so den Weg ins Gesetz.<sup>14</sup> Auch Anregungen aus der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurden berücksichtigt.<sup>15</sup> Schließlich hat der Bundestag das Gesetz am 25.6.2021 einstimmig beschlossen, welches nach einem Verzicht des Bundesrates auf einen Einspruch ausgefertigt werden konnte.

## II. Ein „gutes“ Gesetz

Gerade vor dem Hintergrund aktueller Debatten um übereilte Legislativverfahren<sup>16</sup> kann die Reform des Personengesellschaftsrechts als Beispiel guter Gesetzgebung dienen.<sup>17</sup> Ein solches, „gutes“ Gesetzgebungsverfahren profitiert von einer breiten Legitimation durch umfangreiche Beteiligung der Öffentlichkeit. Eine fachöffentliche Diskussion und Beteiligung von Experten in allen Verfahrensstufen hilft auch bei der Rechtsanwendung. Denn Unstimmigkeiten können so minimiert werden und für die teleologische und historische Auslegung des neuen Rechts steht umfangreiches Material zur Verfügung. Doch auch ein gutes Gesetz ist vor Fehlern nicht gefeit. So führte etwa eine klarstellungsbedingte Änderung in § 715 Abs. 3 BGB, die im Rechtsausschuss angeregt wurde, zu einem Redaktionsfehler in § 715a S. 1 BGB. Derlei Kleinigkeiten vermögen allerdings am Gesamtbild des MoPeG als einem „Jahrhundertwerk“<sup>18</sup> nichts zu ändern, zumal eine Bereinigung in Aussicht steht.<sup>19</sup>

## C. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundrechtsform

Die GbR war bereits seit 1900 in den §§ 705 ff. BGB normiert. Dort bleibt sie auch beheimatet. Durch das MoPeG wurde der Normenkörper aber inhaltlich stark verändert und aktualisiert sowie im Sinne der bewährten Klammermethode des BGB („Allgemeines voran und vor die Klammer“) neu organisiert. Die **rechtsfähige, auf gewisse Dauer angelegte** und ggf. unternehmensbetreibende **GbR** ist ausdrücklich **Leitbild des neuen Rechts**.<sup>20</sup> Hierzu wurden einige bisher analog angewandte Regelungen aus dem OHG-Recht ins BGB transferiert, weshalb die GbR im neu geschneiderten Rechtskleid auch als „kleine OHG“ bezeichnet wird.<sup>21</sup>

## I. Normierung der GbR

Der erste Untertitel des GbR-Rechts enthält „allgemeine Bestimmungen“, und zwar mit § 705 BGB nur eine Norm. Diese ist auf rechtsfähige und nichtrechtsfähige Gesellschaften anwendbar. Der folgende Untertitel normiert die rechtsfähige GbR und befasst sich zuerst mit der (völlig neuen) Registrierung der Gesellschaft (§§ 706 ff. BGB), dann mit dem Innenverhältnis<sup>22</sup> der Gesellschaft (§§ 708 ff. BGB) und sodann mit dem Außenverhältnis, also dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 719 ff. BGB). Der Untertitel endet mit Regelungen zum Ende von Gesellschaft und Gesellschaft, nämlich zum Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 723 ff. BGB) sowie zur Auflösung (§§ 729 ff. BGB) und Liquidation (§§ 735 ff. BGB). In einem knappen eigenen Untertitel ist in den §§ 740–740c BGB die nicht rechtsfähige Gesellschaft normiert. Hilfreich bei der Orientierung im GbR-Recht sind die neu eingefügten Zwischenüberschriften.

## II. Entstehung und Rechtsfähigkeit

### 1. Entstehung der Gesellschaft

Die Gesellschaft entsteht gem. § 705 Abs. 1 BGB durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Gesellschaftern, durch welchen sich diese zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten.

#### a) Gesellschaftsvertrag

Das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags richtet sich (wie auch bisher) nach den allg. Regeln der §§ 104 ff. BGB. Es bedarf also **übereinstimmender Willenserklärungen** zwischen den Gesellschaftern und es dürfen keine rechtshindernden Einwendungen, etwa die Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters (§§ 104, 105 BGB) oder ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB), vorliegen. Besondere Formanforderungen gelten für den Vertrag nicht, wenn er nicht ein anderweitig formbedürftiges Rechtsgeschäft enthält, z.B. das Versprechen der Übereignung eines Grundstücks durch einen Gesellschafter (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB).

Gelegentlich stellt sich aber die Frage des Rechtsbindungswillens, ohne den keine Willenserklärungen i.S.d. BGB vorliegen. Zur Feststellung, ob die Verabredung der gemeinsamen Zweckverfolgung rechtsverbindlich sein soll,

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Bachmann*, NZG 2020, 612; *Habersack*, ZGR 2020, 539; *Heckschen*, NZG 2020, 761. Grundsätzlich kritisch etwa *Altmeyen*, NZG 2020, 822; *Schall*, ZIP 2020, 1443.

<sup>14</sup> Zu den Änderungen in diesen Verfahrensstadien vgl. *Schäfer* (Fn. 12), § 1 Rn. 18 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Protokoll Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz 19/144 sowie Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 22.6.2021, BT-Drs. 19/30942.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG NJW 2023, 2561 (Gebäudeenergiegesetz); schon zuvor *Wissmann*, FAZ v. 3.7.2023, S. 8.

<sup>17</sup> Zum Vorbildcharakter des MoPeG-Reformprozesses für weitere Reformen (konkret: des Vereinsrechts) *Bachmann*, NJW Heft 26/2023,

Editorial; allgemein zu den Anforderungen an gelungene Reformprozesse *ders.*, in: FS Seibert, S. 13 (17 ff.).

<sup>18</sup> Vgl. Rede des Vorsitzenden des Rechtsausschusses *Hirte* v. 25.6.2021, Plenarprotokoll 19/236, 30755.

<sup>19</sup> Vgl. RegE Wachstumschancengesetz, BR-Drs. 433/23, S. 76, wo eine Korrektur des Redaktionsfehlers vorgesehen ist.

<sup>20</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 2, 105 ff., 125 f.

<sup>21</sup> *Bachmann*, NJW 2021, 3073; *ders.*, NZG 2020, 612 (614 f.); für das Außenverhältnis auch *Fleischer*, DStR 2021, 430 (438).

<sup>22</sup> Im Gesetz etwas sperriger als „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft“ überschrieben.

sind im Zweifel die betroffenen (wirtschaftlichen) Interessen abzuwägen.<sup>23</sup> Praktisch stellen sich Abgrenzungsfragen v.a. bei der nicht rechtsfähigen GbR (siehe unten, C.VIII.).

**Beispielfälle** der Rechtsprechung: Organisation eines Abi-Balls durch ein Abiballkomitee inkl. Engagements einer Band<sup>24</sup>; Verabredung zu gemeinsamer Reise inkl. Kostenteilung<sup>25</sup>; Lotto-Tippgemeinschaft<sup>26</sup>; Teilnahme an Kronkorken-Gewinnspiel<sup>27</sup>; Wohngemeinschaft<sup>28</sup>.

#### b) Gesellschafter

§ 705 Abs. 1 BGB setzt **mehrere Gesellschafter** voraus – einen Vertrag kann man nicht allein schließen und das Gesetz spricht von Gesellschaftern in der Mehrzahl. Zudem macht § 712a Abs. 1 S. 1 BGB deutlich, dass es eine Personengesellschaft mit nur einem Gesellschafter nicht geben kann. Wer sich als Einzelperson gesellschaftsrechtlich organisieren möchte, kann eine Kapitalgesellschaft gründen.<sup>29</sup> Als Gesellschafter einer Personengesellschaft kommen alle rechtsfähigen Personen in Betracht, neben Menschen etwa auch juristische Personen und andere rechtsfähige Personengesellschaften. Eine „faktische“ Einmann-Personengesellschaft ist daher denkbar, wenn eine Einzelperson allein eine GmbH gründet und mit dieser gemeinsam durch Gesellschaftsvertrag eine Personengesellschaft errichtet.

#### c) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

Die Willenserklärungen der Gesellschafter müssen auf die **Förderung eines gemeinsamen Zwecks** gerichtet sein, z.B. den Betrieb eines Unternehmens oder die Organisation eines Festes. Der gemeinsame Zweck ist ein maßgebliches Unterscheidungsmerkmal zur Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB), in der die Teilhaber bloß einen gemeinsamen Vermögensgegenstand erwerben, (er)halten und verwalten.<sup>30</sup> Der gemeinsame Zweck kann jeder (legale) Zweck sein. Besteht er im Betrieb eines Handelsgewerbes, liegt indes keine GbR, sondern gem. § 105 Abs. 1 HGB zwingend eine OHG vor. Vom gemeinsamen Zweck sind die Intentionen der Gesellschafter zu unterscheiden, d.h. die inneren Gründe für die Eingehung der Gesellschaft zur Zweckförderung.

<sup>23</sup> Näher *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. 2022, § 4 Rn. 14 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 15 ff.; Übungsfälle zur Abgrenzung s. *Frey*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2023, Fälle 53–55.

<sup>24</sup> LG Detmold NJW 2015, 3176 – Rechtsbindungswille bejaht; in Klausurform s. *Hau/Lerp*, JA 2017, 251.

<sup>25</sup> OLG Saarbrücken NJW 1985, 811 – Rechtsbindungswille bejaht; Fall bei *Frey* (Fn. 23), Fall 53 d).

<sup>26</sup> BGH NJW 1974, 1705 – Rechtsbindungswille verneint.

<sup>27</sup> LG Arnsberg NJW 2017, 2421 – Rechtsbindungswille verneint; in Klausurform s. *Mittwoch/Figge*, JURA 2017, 1299.

<sup>28</sup> BGHZ 233, 215 Rn. 14 = NJW 2022, 2030 – Mietvertrag wurde mit jedem Mieter individuell abgeschlossen, daher kein Gesellschaftsvertragsschluss. Anders bei *Frey* (Fn. 23), Fall 53 e). Zur WG als GbR vgl. *Staahe* in *Staahe/von Bressensdorf*, Rechtshandbuch Wohngemeinschaften, 2019, § 1 Rn. 27, Rn. 34 ff.

Diese inneren Motive können stark divergieren oder sogar gegenläufig sein.

#### 2. Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB

Wurde eine GbR durch Vertragsschluss errichtet, ist sie **entweder eine rechtsfähige Gesellschaft** (kann also selbst berechtigt und verpflichtet werden, ein eigenes Vermögen haben oder selbst Vertragspartei sein) **oder eine nicht rechtsfähige Gesellschaft**. Eine nicht rechtsfähige kann ohne Weiteres später zur rechtsfähigen Gesellschaft werden.

Das MoPeG hat bezüglich der vorher umstrittenen Frage, wann eine GbR rechtsfähig ist, für Klarheit gesorgt.<sup>31</sup> Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen der Rechtsfähigkeit der GbR an sich (vgl. § 705 Abs. 2 und 3 BGB) und der Entstehung der Gesellschaft gegenüber Dritten (§ 719 BGB). Ersteres betrifft die Frage, ob und wann die rechtsfähige GbR als Rechtssubjekt entsteht, Letzteres die Anwendbarkeit der §§ 720 ff. BGB.

#### a) Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB

Gemäß § 705 Abs. 2 BGB ist eine GbR **rechtsfähig**, wenn sie nach dem **Willen aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll**. Eine tatsächliche Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr braucht es nicht. Die Anknüpfung an den subjektiven Willen der Gesellschafter stellt die Praxis vor ein Tatsachenproblem: Wie weiß man, wer was will?

Klarheit herrscht jedenfalls, wenn der gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr explizit im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, weshalb eine solche Klausel empfehlenswert ist.<sup>32</sup> Ebenso herrscht Klarheit, wenn die Gesellschaft in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde, denn eine eingetragene Gesellschaft ist stets rechtsfähig.<sup>33</sup>

Durch § 705 Abs. 3 BGB wird die Feststellung des gemeinsamen Willens zur Teilnahme am Rechtsverkehr erleichtert, wenn Gegenstand der Gesellschaft der **Betrieb eines Unternehmens unter gemeinsamen Namen** ist. Dann wird der **gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr unwiderleglich**<sup>34</sup> **vermutet**. Ein Unternehmen im Sinne dieser Norm ist jede gewerblich oder selbstständige,

<sup>29</sup> Ausdrücklich § 1 GmbHG, § 2 AktG. Zu Besonderheiten der Einmann-GmbH *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 50 ff.

<sup>30</sup> *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023, § 19 Rn. 6. Zur Abgrenzung *Frey* (Fn. 23), Fall 55.

<sup>31</sup> Zur Diskussion *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 52.

<sup>32</sup> *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074).

<sup>33</sup> Das ergibt sich aus der Stellung der Normen zur Eintragung, §§ 707 ff. BGB, im Abschnitt der rechtsfähigen Gesellschaft sowie aus § 719 Abs. 1, 2. Fall BGB – eine eingetragene und Dritten gegenüber wirksame Gesellschaft besteht zwingend auch als Rechtssubjekt. So auch *Schäfer* in *MüKo-BGB*, 9. Aufl. 2023, § 719 BGB Rn. 2.

<sup>34</sup> *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074); *Schäfer* (Fn. 33), § 705 BGB Rn. 4, 189; *Servatius*, GbR, 2023, § 705 BGB Rn. 53; a.A. *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (11).

planmäßige und nach außen gerichtete („ anbietende“) entgeltliche Tätigkeit, die von gewisser Dauer ist.<sup>35</sup>

Greift die Vermutung nach Abs. 3 nicht und sind auch keine ausdrücklichen Abreden oder eine Eintragung gegeben, kann für die Feststellung des gemeinsamen Willens auf **Indizien** zurückgegriffen werden. V.a. ein die Teilnahme am Rechtsverkehr erfordernder Gesellschaftszweck sowie Abreden zur Identitätsausstattung (Name und Sitz), zu Handlungsorganisation und Haftungsverfassung im Gesellschaftsvertrag sprechen für einen solchen Willen.<sup>36</sup> Auch die tatsächliche Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr ist ein Indiz für die Rechtsfähigkeit.

Die rechtsfähige GbR ist vollumfängliches Rechtssubjekt, sie kann grundsätzlich jede Rechtsposition, etwa als Schuldnerin, Gläubigerin, Eigentümerin etc., einnehmen. Der bisher zum Teil genutzte Begriff der „Teilrechtsfähigkeit“ hat im Personengesellschaftsrecht ausgedient, die **rechtsfähige GbR ist vollrechtsfähig**. Sie ist auch grundrechtsfähig i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG, wenn ein Grundrecht seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist. Der Begriff der „juristischen Person“ ist hier nicht zivilrechtsakzessorisch zu verstehen.<sup>37</sup> Am relevantesten dürfte die wesensmäßige Anwendbarkeit von Art. 12 GG sowie Art. 14 GG sein.

#### b) Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 719 BGB

Im Außenverhältnis entsteht die rechtsfähige Gesellschaft noch nicht mit Vertragsschluss oder dem Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr, sondern erst, wenn sie mit **Zustimmung aller Gesellschafter tatsächlich am Rechtsverkehr teilnimmt**, spätestens jedoch mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 719 Abs. 1 BGB). Folge dieser Außenwirksamkeit ist die Geltung der §§ 720 ff. BGB, insbes. der Vorschriften über die Vertretung (§ 720 BGB) und die Gesellschafterhaftung (§§ 721 ff. BGB).<sup>38</sup> Wenn alle Gesellschafter als Gesamtvertreter gem. § 720 Abs. 1 BGB auftreten, manifestieren sie den gemeinsamen Willen i.S.d. § 719 Abs. 1 BGB. So zum Beispiel, wenn sie einen Vertrag mit einer Bank schließen, um ein Konto für die Gesellschaft zu eröffnen. Die Aufnahme der „eigentlichen“ Tätigkeit ist nicht erforderlich. Eigene Relevanz entfaltet der gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr daher nur, wenn die Gesellschafter Einzelvertretungsmacht vereinbaren (hierzu C.V.) und ein vertretungsberechtigter Gesellschafter entgegen der Absprache vorzeitig im Namen der Gesellschaft

auftritt. Der Vertreter haftet dann analog § 179 BGB gegenüber dem Vertragspartner, wenn nicht die anderen Gesellschafter sein Handeln kannten oder kennen mussten. Ist letzteres der Fall und der Geschäftspartner gutgläubig, müssen sich die Gesellschafter aus Rechtsscheingesichtspunkten als Gesellschafter behandeln lassen (Schein-Außenbengesellschaft).<sup>39</sup>

### III. Das Gesellschaftsregister und die eGbR

Die GbR kann mit dem MoPeG in das neu errichtete, durch Amtsgerichte geführte Gesellschaftsregister eingetragen werden. So wird das Publizitätsproblem behoben. Bisher stand der GbR kein Register zur Verfügung, was den Einblick in die Verhältnisse der Gesellschaft erschwerte und zu Problemen führte, wenn ein Nachweis der Existenz und Vertretungsbefugnis einer GbR erforderlich war, etwa wenn sie in Objektregister mit öffentlichem Glauben eingetragen wurde, z.B. in das Grundbuch.<sup>40</sup> Mit Blick auf die Begrifflichkeiten ist darauf hinzuweisen, dass das **Gesellschaftsregister ein reines GbR-Register** und damit die vom Gesetz gewählte Bezeichnung irreführend ist. Allen übrigen Gesellschaften steht das Handelsregister bzw. der Partnerschaft das Partnerschaftsregister zur Verfügung.

#### 1. Grundsätzliche Eintragungsfreiheit, aber...

Die Eintragung einer rechtsfähigen GbR in das Gesellschaftsregister ist weder konstitutiv für ihr Entstehen (s.o., II.) noch besteht eine Eintragungspflicht – anders als gem. § 106 Abs. 1 HGB bei OHG und KG. Das zeigt schon der Wortlaut des § 707 Abs. 1 BGB: „können“. Es gibt aber eine mittelbare Eintragungspflicht bzw. **Voreintragungsobliegenheit**<sup>41</sup>, wenn eine GbR als Rechtsinhaberin in andere Register eingetragen werden soll: Will eine GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR eingetragen werden, soll das gem. § 707a Abs. 1 S. 2 BGB nur erfolgen, wenn die Gesellschafter-GbR ebenfalls im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Kraft Verweisung (§ 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB) gilt dasselbe, wenn eine GbR als Gesellschafterin einer OHG oder KG eingetragen werden soll. Die Voreintragungsobliegenheit gilt auch beim Grundstückserwerb (vgl. § 47 Abs. 2 GBO) und gem. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG für die GmbH-Gesellschafterliste. Sie ist aber eine bloße Obliegenheit und für den materiellen Rechtserwerb nicht konstitutiv; es handelt sich nur um „Soll“-Vorschriften.

<sup>35</sup> *Armbrüster* in Schäfer (Fn. 12), § 3 Rn. 17; *Servatius* (Fn. 34), § 705 BGB Rn. 54.

<sup>36</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 126. Hierzu *Armbrüster* in Schäfer (Fn. 12), § 3 Rn. 19 f.; *ders./Böffel*, Examinatorium zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2023, S. 65 ff. Fall 6; *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074); *Windbichler/ders.* (Fn. 1), § 6 Rn. 61 f.; *Schäfer* (Fn. 33), § 705 BGB Rn. 186.

<sup>37</sup> Allg. Meinung, s. etwa *Enders*, in: BeckOK-GG, 55. Ed. 2023, Art. 19 GG Rn. 35; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 100. EL Stand Januar 2023, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 39.

<sup>38</sup> *Schäfer* (Fn. 33), § 719 BGB Rn. 1.

<sup>39</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 161 f. Zu den hier entsprechend anzuwendenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Scheingesellschaft vgl. *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 115 ff.

<sup>40</sup> Zum Bedürfnis vgl. *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (41 ff.).

<sup>41</sup> *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (138 f.); *Stock*, NZG 2023, 361 ff.

**Beispiel:** Der rechtsfähigen und nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen X-GbR wird von Y ein Grundstück aufgelassen (§ 925 BGB). Aufgrund eines Fehlers des Grundbuchamtes wird sie entgegen § 47 Abs. 2 GBO auch als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Voraussetzungen des Rechtserwerbs gem. § 873 BGB (Einigung und Eintragung) sind erfüllt, die X-GbR ist Eigentümerin des Grundstücks geworden.<sup>42</sup>

## 2. Bewirkung und Inhalt der Eintragung, Löschung

Die Anmeldung zur Registereintragung wird gem. § 707 Abs. 4 S. 1 BGB von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt. Das Register enthält gem. § 707a Abs. 1 S. 1 BGB die nach § 707 Abs. 2 BGB anzumeldenden Angaben. Diese sind Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft, Angaben zu allen Gesellschaftern, die Angabe der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist.<sup>43</sup>

Gemäß § 707a Abs. 4 BGB findet die Löschung einer GbR aus dem Gesellschaftsregister nur nach den allgemeinen Vorschriften statt. Das heißt, dass eine GbR nur durch Auflösung und Liquidation (s.u., C.VII.) aus dem Register (und damit insgesamt als Rechtsträger) verschwinden oder einen Status- bzw. Formwechsel (§ 707c BGB) mit der Folge der Eintragung in ein anderes Register durchführen kann. Einen anderen Weg, etwa zurück zu einer nicht eingetragenen GbR, gibt es nicht, die **Eintragung ist eine „Einbahnstraße“**.<sup>44</sup> Diese strenge Regelung dient dem Schutz des Rechtsverkehrs vor einem Publizitätsverlust, indem sich eine GbR nicht willkürlich ein- und austragen lassen kann.<sup>45</sup>

## 3. Rechtsfolgen der Eintragung

Die eingetragene GbR ist stets rechtsfähig i.S.d. § 705 Abs. 2 BGB und gegenüber Dritten wirksam i.S.d. § 719 BGB.<sup>46</sup> Sie muss gem. § 707 Abs. 2 BGB den Namenszusatz „eingetragene GbR“ oder „eGbR“ führen. Auf den Namen der GbR sind gem. § 707b Nr. 1 BGB die Vorschriften über Wahl und Schutz der Handelsfirma entsprechend anwendbar.<sup>47</sup> Für Studierende besonders bedeutsam ist die Publizität als Rechtsfolge des Gesellschaftsregisters. Gemäß § 707a Abs. 3 S. 1 BGB gilt § 15 HGB entsprechend, die eingetragenen Tatsachen genießen öffentlichen Glauben.

**Beispiel:** Gesellschafter A, B und C der ABC-eGbR haben Einzelvertretungsmacht vereinbart und eintragen lassen. C hat aber mehrfach Fehler gemacht, sodass sich alle darauf einigen, dass C nur noch interne Aufgaben wahrnimmt. Diese Vereinbarung wird nicht eingetragen. Nun schließt C mit Z einen Kaufvertrag. Z hat einen Anspruch gem. § 433 Abs. 2 BGB gegen die GbR, wenn diese durch C wirksam vertreten wurde (§ 164 Abs. 1 BGB). In Frage steht allein die Vertretungsmacht, die C eigentlich nicht mehr hat. Allerdings handelt es sich bei der Änderung um eine gem. § 707 Abs. 3 S. 1 BGB eintragungspflichtige Tatsache. Diese wurde nicht eingetragen und kann deshalb dem Z gem. § 707a Abs. 3 BGB i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB, seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt, nicht entgegeng gehalten werden.

Umstritten ist, ob die **Ersteintragung von Tatsachen in das Gesellschaftsregister positive Publizität** gem. § 15 Abs. 3 HGB entfaltet. Z.T. wird das bezweifelt, weil die GbR zwar eintragungsfähig, nicht aber eintragungspflichtig sei und daher der „Erstbestand“ der Registereintragung auch keine einzutragende Tatsache im Sinne der Norm darstelle.<sup>48</sup> Die herrschende Meinung hält auch die Daten aus dem Erstbestand für einzutragende Tatsachen i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB.<sup>49</sup> Diese Auslegung überzeugt. Denn zwar ist die Anmeldung zur Eintragung freiwillig; was eingetragen wird, schreibt das Gesetz aber zwingend vor. § 707a Abs. 1 S. 1 BGB formuliert: „hat [...] zu enthalten“.

**Beispiel:** Gesellschafter A, B und C der ABC-GbR melden die Gesellschaft zur Eintragung ins Gesellschaftsregister an und geben Gesamtvertretungsmacht an. Aufgrund eines Fehlers des Registergerichts wird Einzelvertretungsmacht aller Gesellschafter eingetragen. C schließt allein einen Vertrag mit dem gutgläubigen Z. Obwohl C eigentlich keine Vertretungsmacht hat, kann sich Z auf die eingetragene Einzelvertretungsmacht des C gem. § 15 Abs. 3 HGB i.V.m. § 707a Abs. 3 BGB berufen.

**Keine Publizität** besteht hingegen mit Blick auf das **Fehlen der Kaufmannseigenschaft**, wie § 707a Abs. 3 S. 1 BGB klarstellt.<sup>50</sup> Das heißt, dass eine zur OHG „herangewachsene“ eGbR trotz Eintragung als GbR wie ein Kaufmann zu behandeln ist, auch zu Lasten gutgläubiger Dritter.<sup>51</sup> Folgerichtig bleibt die Pflicht, eine „herangewachse-

<sup>42</sup> Beispiel aus *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 8.

<sup>43</sup> Zur konkreten Gestaltung des Registerverfahrens *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (139 ff.).

<sup>44</sup> *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 26. Ähnlich *K. Schmidt*, ZHR 2021, 16 (32) „Eintragung ohne Rückfahrkarte“; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149 (1151) „Ausschluss der Rückfahrkarte“.

<sup>45</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 134; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (58 f.).

<sup>46</sup> S. hierzu *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 147 Frage 4.

<sup>47</sup> Vor allem Firmenwahrheit und -beständigkeit, Firmenunterscheidbarkeit und der Firmenschutz gem. § 37 HGB.

<sup>48</sup> *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139); skeptisch *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97 f.).

<sup>49</sup> *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (322 f.); *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (145); *Hermanns* in Schäfer (Fn. 12), § 2 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 33), § 707a BGB Rn. 20; *Servatius* (Fn. 34), § 707a BGB Rn. 10.

<sup>50</sup> Kritisch hierzu *Kiehnle*, NZG 2023, 1060.

<sup>51</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 133. Z.B. ist denkbar, dass durch Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts die Gewährleistungs-

ne“ GbR gem. § 106 Abs. 1 HGB zum Handelsregister anzumelden, gem. § 707a Abs. 3 S. 2 BGB unberührt.

#### IV. Das Innenverhältnis

Das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft war schon immer recht frei gestaltbar, da es ggf. zu schützende Dritte jedenfalls nicht unmittelbar betrifft. Diese Gestaltungsfreiheit ist nun in § 708 BGB klargestellt.<sup>52</sup>

##### 1. Gesellschaftsvermögen

Gemäß § 713 BGB werden die Beiträge der Gesellschafter sowie alle durch die Gesellschaft erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten Vermögen der Gesellschaft. Dieses Vermögen ist von den Gesellschaftern und ihrem Vermögen völlig unabhängig. Es ist, anders als im alten Recht, kein Gesamthandsvermögen mehr. Dort hatte § 718 Abs. 1 BGB a.F. das Gesellschaftsvermögen als das gemeinsame Vermögen der Gesellschafter definiert. Gesamthandsgemeinschaften gibt es im BGB jetzt nur noch am Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1416, 1419 BGB) und in der Erbengemeinschaft.<sup>53</sup>

##### 2. Geschäftsführung

###### a) Begriff

Die Geschäftsführung ist **jede** tatsächliche oder rechtsgeschäftliche **Tätigkeit zur Förderung des Gesellschaftszwecks**.<sup>54</sup> Es ist irrelevant, ob die Tätigkeit bloß zwischen den Gesellschaftern oder auch im Außenverhältnis stattfindet. Beispiele: Gesellschafter A putzt die Räume der Gesellschaft, er kauft eine Palette Ware vom Lieferanten, er instruiert Mitarbeiter. Keine Geschäftsführungsmaßnahmen sind sog. Grundlagengeschäfte, die nicht der Ausführung des Gesellschaftsvertrags, sondern dessen Änderung dienen.<sup>55</sup> Diese sind keine Aufgabe der Gesellschaft, welche die Gesellschafter wahrnehmen, sondern Aufgabe der Gesellschafter.

###### b) Befugnis zur Geschäftsführung

Zur Geschäftsführung sind in der GbR gem. § 715 Abs. 1 BGB alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Gemäß § 715 Abs. 2 S. 1 BGB erstreckt sich die Befugnis auf alle Geschäfte, welche die Teilnahme der (konkreten) Gesellschaft am Rechtsverkehr mit sich bringt (sog. gewöhn-

liche Geschäfte). Alle darüberhinausgehenden (sog. außergewöhnlichen) Geschäfte bedürfen gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB eines Beschlusses aller Gesellschafter.

Während § 715 Abs. 1 BGB das „Ob“ der Befugnis regelt, bestimmt Abs. 3 das „Wie“ der Ausübung durch die Befugten: Bei der Führung gewöhnlicher Geschäfte müssen gem. § 715 Abs. 3 S. 1 BGB sämtliche Gesellschafter mitwirken (**Gesamtgeschäftsführung**). Das erfordert aber keine ständige aktive Mitwirkung aller Gesellschafter; eine – auch konkludent mögliche – Billigung von Maßnahmen ist ausreichend.<sup>56</sup>

Von der Geschäftsführungsbefugnis zu unterscheiden ist die Vertretungsmacht. Zwar kann eine Geschäftsführungshandlung auch in der Vertretung der Gesellschaft liegen und die Vertretung der Gesellschaft ist stets Geschäftsführung i.S.d. obigen Begriffs. Die Vertretungsmacht, welche es für eine Stellvertretung gem. § 164 Abs. 1 BGB braucht, ist aber die Befugnis, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu binden, wirkt also im Außenverhältnis. Die Geschäftsführungsbefugnis indes berechtigt die Gesellschafter nur gegenüber den anderen Gesellschaftern und der Gesellschaft zum Handeln.

Die gesetzliche Verteilung der Geschäftsführung ist disponibel, und zwar in Bezug auf das „Ob“ und das „Wie“. Die Gesellschafter können etwa im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass nur bestimmte Gesellschafter berechtigt und verpflichtet sind oder dass bestimmte Gesellschafter dies nicht sind. Auch kann die Gesamtgeschäftsführung zur Einzelgeschäftsführung modifiziert werden. Diesen Fall setzt § 715 Abs. 4 BGB gleichsam voraus und sieht für diese Konstellation ein Widerspruchsrecht der anderen Einzelgeschäftsführungsbefugten vor, bei dessen Ausübung eine Maßnahme zu unterbleiben hat.

###### c) Selbstorganschaft

Nicht unumstritten ist nach dem MoPeG, ob im Personengesellschaftsrecht der tradierte **Grundsatz der Selbstorganschaft** fortgilt. Er ist gesetzlich nicht ausdrücklich normiert und lässt sich daher unterschiedlich fassen. Unter seinen Anhängern dürfte gesichert sein, dass 1) nur Gesellschafter aufgrund ihrer Mitgliedschaft organschaftliche Geschäftsführer und Vertreter sein können („Organmonopol“) und es auch automatisch ohne jeden Beststellungsakt sind, dass 2) die Gesellschafter sich niemals so entmachten

rechte eines Dritten gem. § 377 Abs. 1 HGB verloren gehen. Weiteres Beispiel bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 21 f.

<sup>52</sup> Umfassend zum Innenverhältnis *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 8.

<sup>53</sup> Zur Aufgabe der Gesamthand im Personengesellschaftsrecht *Bachmann*, in: FS Henssler, S. 769 ff.; *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 148 Frage 5. Zu den steuerrechtlichen Konsequenzen *ders.*, FR 2022, 709; kritischer *Röder*, DStR 2023, 1085. Steuerrechtlich beachtlich sind die Ausführungen des RegE Wachstumsschancengesetz, BR-Drs. 433/23, S. 254, zu § 5 Abs. 1, 2, § 6 Abs. 3 S. 1, § 7 Abs. 2 GrEStG – um diesbezügliche Auswirkungen des MoPeG wird aktuell (Stand 15.11.2023) noch intensiv diskutiert; sowie zur fortgesetzten Verwendung des Begriffs „Gesamt-

hand“ in § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO-E (S. 41) und § 2a Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz-E (S. 68).

<sup>54</sup> *Hadding/Kießling*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2001, § 709 BGB Rn. 7; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 4 II 1 a) (S. 329); *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 85; so auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 150.

<sup>55</sup> *Meier*, in: FS Heidinger, S. 333 ff.; *Wiedemann* (Fn. 54), § 4 II 1 a) (S. 329 f.); S. auch *Bachmann/Habighorst*, in: FS Heidinger, S. 1 (6).

<sup>56</sup> Allg. Meinung, *Hadding/Kießling* (Fn. 54), § 709 BGB Rn. 16; *Schäfer* (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 31; *Henssler/Strohn/Servatius*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 709 BGB Rn. 6.

dürfen, dass sie Geschäftsführung und Vertretung unwiederbringlich und ausschließlich einem Nichtgesellschafter zuweisen und dass 3) diese Grundsätze zwingend sind.<sup>57</sup> Vor und in der Reformdiskussion war die zwingende Selbstorganschaft z.T. deutlicher Kritik ausgesetzt.<sup>58</sup> Der Regierungsentwurf lässt die Frage an einer Stelle ausdrücklich offen<sup>59</sup>, bedient sich an anderer Stelle aber eines Arguments, das einen Schluss auf die Fortgeltung zulässt.<sup>60</sup> Vereinzelt wird dem neuen Recht eine Preisgabe der zwingenden Selbstorganschaft attestiert,<sup>61</sup> überwiegend wird aber eine Fortgeltung angenommen.<sup>62</sup> Letzteres trifft zu, denn der Gesetzgeber wollte an dieser Stelle ersichtlich nichts ändern und die wesentliche Begründung, Gesellschafter wegen ihrer persönlichen Haftung nicht von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen, besteht augenscheinlich fort (s. C.VI.). Rechtsprechung und herrschende Lehre wenden den Grundsatz aber ohnehin nicht strikt an und lassen eine weitgehende vertragliche Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen und Vollmacherteilungen an Dritte zu.<sup>63</sup> Zudem ist in der Liquidation die Bestellung von Dritten zu Liquidatoren möglich (§ 736 Abs. 4 S. 1 BGB).

In der Klausur wird der Grundsatz der Selbstorganschaft gelegentlich in folgender Konstellation relevant:

**Beispiel:** Die Gesellschafter A, B und C der ABC-GbR haben vereinbart, dass nur A geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt ist. Verstirbt der A, bleibt die Gesellschaft bestehen (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB, arg. ex § 730 Abs. 1 S. 1 BGB) und wird durch sein Ableben auch nicht handlungsunfähig. Vielmehr lebt (wenn nichts anderes vereinbart ist) die gesetzliche Geschäftsführungs- und Vertretungsregel gem. § 715 Abs. 1 und Abs. 3, § 720 Abs. 1 BGB wieder auf – Grundsätze 1) und 2) von oben.

#### d) Pflichtverletzung

Gemäß § 715 Abs. 1 BGB sind alle Gesellschafter zur Mitwirkung an der Geschäftsführung verpflichtet. Bei Geschäftsführungsmaßnahmen haben sie gem. § 276 Abs. 2

BGB die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten, wenn der Gesellschaftsvertrag keinen strengeren oder laxeren Maßstab vorsieht. Die frühere Reduktion des Sorgfaltsmaßstabs auf die in eigenen Angelegenheiten aufgebrauchte Sorgfalt (§ 708 BGB a.F.) wurde **gestrichen**.<sup>64</sup> Bei Pflichtverletzungen, etwa dem Unterlassen der Mitwirkung an der Geschäftsführung oder Schädigungen der Gesellschaft bei Geschäftsführungsmaßnahmen, haften die Gesellschafter der Gesellschaft gem. § 280 Abs. 1 BGB.<sup>65</sup>

**Beispiel:** Der einzelgeschäftsführungsbefugte Gesellschafter X der A-GbR zerstört bei der Arbeit für diese leicht fahrlässig eine Vase aus deren Vermögen (§ 713 BGB). Die Gesellschaft hat gegen X einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB. Zahlt X nicht, können andere vertretungsberechtigte Gesellschafter den Anspruch im Namen der Gesellschaft geltend machen. Tun sie das pflichtwidrig nicht, können gemäß § 715b Abs. 1 S. 1 BGB auch nicht vertretungsbefugte Gesellschafter den Anspruch in Prozessstandschaft für die Gesellschaft einklagen – sog. *actio pro socio*.<sup>66</sup>

Betreibt die GbR ein Unternehmen, ist bei der Prüfung des „Vertretenmüssens“ die entsprechende Anwendung der aktienrechtlichen *Business Judgement Rule* aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu erwägen.<sup>67</sup> Im gleichsam gegenteiligen Fall, der nicht-professionellen bloßen Gelegenheitsgesellschaft, bietet sich eine Haftungsentschärfung durch eine betont verkehrskreisbezogene Ausfüllung des Sorgfaltsmaßstabs gem. § 276 Abs. 2 BGB oder die Annahme stillschweigender Haftungsbeschränkungen an.<sup>68</sup>

### 3. Beschlussfassung

#### a) Erfordernis und Verfahren der Beschlussfassung

Wenn Gesellschafter gemeinsam eine Entscheidung treffen, tun sie dies grds. durch Beschluss. An einigen Stellen im Gesetz ist die Beschlussfassung auch ausdrücklich vorgesehen (z.B. bei außergewöhnlichen Geschäften gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB oder der Ausschließung eines Gesellschafters, § 727 BGB).<sup>69</sup> Der Beschluss ist ein **mehrseitiges Rechtsgeschäft**, das sich aus den Stimmen als Wil-

<sup>57</sup> Vgl. BGHZ 26, 330 (333); BGHZ 33, 105 (108) = NJW 1960, 1997; BGHZ 36, 292 = NJW 1962, 738; BGHZ 146, 341 (360) = NJW 2001, 1056 (1061); BGHZ 188, 233 Rn. 21 = NJW 2011, 2040 Rn. 21; NZG 2016, 1223 Rn. 13; Schäfer (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 13; Servatius (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 1; Wiedemann (Fn. 53), § 4 II 2 c) (S. 333).

<sup>58</sup> Fleischer, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 1 (23 f.); Lieder, ZRP 2021, 34 (36); ders., ZGR-Sonderheft 23 (2021), 169 (179 ff.); Osterloh-Konrad, ZGR 2019, 271; Scholz, NZG 2020, 1044.

<sup>59</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 150.

<sup>60</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 255 – Zusammenhang von Herrschaft und Haftung als Argument gegen organschaftliche Vertretungsmacht des Kommanditisten.

<sup>61</sup> Schöne, in: BeckOK-BGB, 67 Ed. Stand 1.1.2024, § 715 BGB Rn. 6 ff.

<sup>62</sup> Schäfer (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 13; Servatius (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 1; K. Schmidt, ZHR 2021, 16 (33 f.); Wertenbruch, in: FS Henssler, S. 1319; Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 4 Rn. 15 ff.; s. auch Armbrüster/Böffel (Fn. 36), S. 168 Fragen 17 und 18.

<sup>63</sup> BGH NJW 1982, 877; NJW 1982, 2495; hierzu Schäfer (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 14; Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 4 Rn. 17.

<sup>64</sup> Begründung der Streichung s. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140; die *diligentia quam in suis* findet sich im BGB z.B. noch in §§ 277, 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 690, 1359, 1664 und § 2131 und ist dort sehr prüfungsrelevant.

<sup>65</sup> Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 8 Rn. 49 ff.

<sup>66</sup> Diese ist ein allgemein anerkanntes Institut, das mit dem MoPeG erstmals normiert wurde. Hierzu Schäfer, ZHR 2023, 78 ff.; Osterloh-Konrad, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2021, 63 ff.; Frey (Fn. 23), Fälle 64 und 67. Zu rechtsformübergreifenden Aspekten von Gesellschafterklagen Bachmann/Habighorst, WuB 2023, 239.

<sup>67</sup> Servatius (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 28; Geibel, ZRP 2020, 137 (138); Martens, AcP 221 (2021), 68 (89), schon vor MoPeG befürwortet von Fleischer/Danninger NZG 2016, 481 (490).

<sup>68</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

<sup>69</sup> Vgl. die Aufzählung bei Armbrüster/Böffel (Fn. 36), S. 158 Frage 26.

lenserklärungen zusammensetzt und für das die §§ 104 ff. BGB mit gewissen Modifikationen gelten.<sup>70</sup>

Ein bestimmtes Beschlussverfahren ist für die GbR nicht vorgesehen, daher können sie durch jede denkbare Verständigungsform und auch konkludent gefasst werden. Gemäß § 714 BGB bedürfen **Beschlüsse** der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter, müssen also **einstimmig** erfolgen. Aufgrund dieser Tatsache und der Formfreiheit der Beschlussfassung spielt das Beschlusserfordernis bei außergewöhnlichen Geschäften gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB praktisch nur eine Rolle, wenn eine Abweichung von der Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist. Denn bei Gesamtgeschäftsführung wirken ohnehin alle Gesellschafter irgendwie mit und fassen im Zweifel einen Beschluss.

**Stimmberechtigt** i.S.d. § 714 BGB sind alle Gesellschafter, das Stimmrecht ist mit der Gesellschafterstellung fest verknüpft. Allerdings unterliegen Gesellschafter in bestimmten Situationen **Stimmverboten** und sind dann nicht stimmberechtigt. Für einige Fälle ordnet das Gesetz dies an, namentlich bei Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§ 715 Abs. 5 BGB, § 720 Abs. 4 BGB) und dem Ausschluss aus der Gesellschaft (§ 727 BGB). Daneben besteht ein allgemeiner ungeschriebener Grundsatz, dass ein Gesellschafter nicht Richter in eigener Sache sein darf.<sup>71</sup> Das gilt etwa, wenn die Entlastung eines Gesellschafters beschlossen wird.

#### b) Mehrheitsprinzip

Die Gesellschafter können das unter Umständen sehr lähmende Einstimmigkeitsprinzip des § 714 BGB durch eine Mehrheitsregel ersetzen. Eine der umstrittensten und weiterhin ungeklärten Fragen des Personengesellschaftsrechts betrifft die Grenzen eines solchen Mehrheitsprinzips.<sup>72</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es Entscheidungen gibt, die nicht pauschal über den Kopf eines Gesellschafters hinweg von der Mehrheit getroffen werden sollen.

Die **Wirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen** wird von der Rechtsprechung in **zwei Schritten** geprüft: Erstens wird rein formell eruiert, ob der Gesellschaftsvertrag für den konkreten Beschlussgegenstand eine Mehrheitsklausel enthält. Früher wurde eine hinreichende Bestimmtheit solcher Mehrheitsklauseln verlangt, die deren Anwendbarkeit auf den konkreten Fall „zweifelsfrei“ sein lassen müsse.<sup>73</sup> Dies hat der BGH später ausdrücklich aufgegeben.<sup>74</sup> Im zweiten Schritt wird untersucht, ob die Mehrheit mit dem Beschluss ihre Treuepflicht gegenüber der Minderheit verletzt hat. Der Beschluss muss im Interesse der Gesellschaft

geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar sein.<sup>75</sup> Weitere materiellrechtliche Schranken ergeben sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und etwa aus §§ 134, 138 BGB. Wird von den Gesellschaftern das Mehrheitsprinzip eingeführt, richtet sich die Stimmkraft im Zweifel nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen, § 709 Abs. 3 S. 1 BGB.

#### c) Beschlussmängel

Im BGB ist die Geltendmachung von Beschlussmängeln **nicht geregelt**. Der im Mauracher Entwurf in §§ 714a–714e BGB-E unterbreitete, an das Aktienrecht angelehnte Vorschlag wurde durch den Regierungsentwurf in das HGB transferiert und gilt nun nur für die Personenhandelsgesellschaften. Im BGB bleibt „alles beim Alten“<sup>76</sup>: Ein Beschlussmangel muss im Rahmen einer nicht fristgebundenen **Nichtigkeitsfeststellungsklage** (§ 256 ZPO) gegen jene Mitgesellschafter geltend gemacht werden, die den Mangel bestreiten.<sup>77</sup> Es bleibt aber auch in der GbR möglich, im Gesellschaftsvertrag das Beschlussmängelrecht des HGB für anwendbar zu erklären.<sup>78</sup>

#### 4. Aufwendersersatz gem. § 716 Abs. 1 BGB, Herausgabepflicht

Tätigt ein Gesellschafter im Rahmen der Geschäftsführung für die Gesellschaft Aufwendungen (freiwillige Vermögensopfer) oder erleidet er Schäden, muss er nicht darauf sitzen bleiben. § 716 Abs. 1 BGB gibt dem Gesellschafter in solchen Fällen einen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Abs. 2 sieht einen Vorschussanspruch für Aufwendungen vor, der Gesellschafter ist nicht gezwungen, in Vorleistung zu gehen. Umgekehrt müssen Gesellschafter alles herausgeben, was sie im Rahmen ihrer Geschäftsführung erlangen, § 716 Abs. 3 BGB. Wer sich durch diese Normen an das Auftragsrecht erinnert fühlt, liegt richtig. § 716 BGB ersetzt den Verweis des § 713 BGB a.F. auf §§ 664–670 BGB durch eigene, sehr ähnliche Regelungen.

#### V. Die Vertretung der Gesellschaft

Eine Gesellschaft kann als solche nicht handeln, das besorgen die Gesellschafter oder durch sie bevollmächtigte Personen. Wenn ein Vertrag für eine rechtsfähige Gesellschaft geschlossen werden soll, ist Stellvertretung erforderlich. Gemäß § 164 Abs. 1 BGB muss ein Vertreter bekanntlich eine eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht abgeben. Die Vertretungsmacht in

<sup>70</sup> Näher *Happ*, Das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, 2021; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020; dazu *Bachmann*, AcP 222 (2022), 651.

<sup>71</sup> BGH NJW 2023, 1513; NZG 2012, 625.

<sup>72</sup> Zur Entwicklung *Wiedemann* (Fn. 53), § 4 I 3 (S. 300 ff.); *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 126 f.

<sup>73</sup> BGHZ 8, 35 (41 f.) = NJW 1953, 102 (für eine OHG).

<sup>74</sup> Ausdrücklich BGHZ 203, 77 Rn. 14 = NJW 2015, 859 Rn. 14; BGH NZG 2013, 63 Rn. 15.

<sup>75</sup> BGHZ 203, 77 Rn. 19 = NJW 2015, 859 Rn. 19.

<sup>76</sup> *Schäfer* (Fn. 33), § 714 BGB Rn. 68.

<sup>77</sup> Ausführliches Prüfungsschema bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 155.

<sup>78</sup> So eindeutig der RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 107, 228.

der Personengesellschaft steht gem. § 720 Abs. 1 BGB den Gesellschaftern zu, und zwar als **Gesamtvertretungsmacht**. Das heißt, dass grundsätzlich alle Gesellschafter gemeinsam handeln oder das Rechtsgeschäft jedenfalls billigen müssen. Der Gesellschaftsvertrag kann auch Einzelvertretungsmacht und andere Gestaltungen (zwei Gesellschafter gemeinsam o.ä.) vorsehen. Allerdings ist die **Vertretungsmacht inhaltlich nicht** mit Wirkung gegenüber Dritten **beschränkbar**, § 720 Abs. 3 BGB. Dies dient dem Schutz des Rechtsverkehrs – wer mit einem Vertreter kontrahiert, soll mangels Einblicks in die internen Abreden darauf vertrauen können, dass dieser auch das konkrete Geschäft mit Wirkung für die Gesellschaft abschließen kann.

## VI. Gesellschafterhaftung

Neben Selbstorganschaft und Mehrpersonenprinzip ist die **persönliche und unbeschränkte Haftung** der Gesellschafter ein weiterer Grundpfeiler des Personengesellschaftsrechts. Personengesellschaften erfordern kein Mindestkapital und kennen keine Kapitalerhaltungsvorschriften, außerdem ist eine Registerpublizität nicht existenznotwendig. Dies alles schafft ein Risiko für Dritte, das mit der Gesellschafterhaftung jedenfalls mitigiert werden kann (für die Ausnahmen in der KG siehe E.IV.). Mit dem MoPeG ist in den §§ 721 ff. BGB die Gesellschafterhaftung für die GbR erstmals normiert worden; Anleihen aus dem OHG-Recht sind nun nicht mehr erforderlich.

Gemäß § 721 S. 1 BGB haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner persönlich. Das heißt, dass sie **primär** (und nicht subsidiär), **in vollem Umfang** (und nicht anteilig) und **unbeschränkt** haften. Die Haftung ist **akzessorisch**, sie hängt also in Bestand und Höhe von der Schuld der Gesellschaft ab (ähnlich der Schuld des Bürgen, § 767 BGB). Anspruchsgrundlage ist § 721 BGB i.V.m. der die Gesellschaftsschuld begründenden Norm (z.B. § 433 Abs. 2 BGB). Die Gesellschafterhaftung kann gem. § 721 S. 2 BGB Dritten gegenüber nicht durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag beschränkt werden. Eine individuelle Beschränkung ist allenfalls durch Vertrag mit den einzelnen Gläubigern möglich, institutionelle Schranken kennt das Gesetz nicht.<sup>79</sup> Allerdings haben sich in Rechtsprechung und Lehre unmittelbar nach der ARGE-Rechtsprechung einige Fallgruppen gebildet, in denen die strenge Haftung als nicht passend angesehen wird, namentlich Bauherrengemeinschaften und geschlossene Immobilienfonds<sup>80</sup>. Die Gesetzesbegründung deutet an, dass auch weiterhin in derlei Fällen sowie bei Gelegenheitsgesellschaften und ge-

meinnützigen Gesellschaften „andere adäquate Haftungsmodelle“ denkbar sind.<sup>81</sup> Da es diese aber nicht in den Gesetzestext geschafft haben, ist hier Zurückhaltung geboten und im Zweifel bei den „alten“ Fallgruppen zu bleiben.

Tritt ein Gesellschafter neu in eine bestehende GbR ein, haftet er gem. § 721a BGB zwingend auch für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Auch ein Ausscheiden schützt vor Haftung nicht: Nach den Regeln des § 728b Abs. 1 BGB haftet ein ausgeschiedener Gesellschafter zeitlich begrenzt für solche Verbindlichkeiten nach, die bis zum Ausscheiden begründet wurden.<sup>82</sup> Handelt es sich um eine Schadensersatzhaftung, muss die Pflichtverletzung aber gem. § 728b Abs. 1 S. 2 BGB vor dem Ausscheiden eingetreten sein. Das ist eine Neuerung des MoPeG.

Die Gesellschafter können gem. § 721b Abs. 1 BGB solche **Einwendungen** und **Einreden** geltend machen, die der Gesellschaft zustehen und können gem. § 721b Abs. 2 BGB die Befriedigung verweigern, solange der Gesellschaft Anfechtung, Aufrechnung oder andere Gestaltungsrechte zustehen, aufgrund derer sie die Leistung verweigern könnte. Dieser zweite Absatz wird relevant, wenn ein nicht einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter in Anspruch genommen wird; denn ansonsten könnte er die Rechte schlicht ausüben.

**Prüfung der Gesellschafterhaftung**, z.B. gem. § 721 S. 1 BGB i.V.m. § 433 Abs. 2 oder § 823 Abs. 1 BGB<sup>83</sup>

### A. Anspruch entstanden

#### I. Verbindlichkeit der Gesellschaft

1. Entstehung und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, § 705 BGB
2. Außenwirksamkeit gem. § 719 BGB
3. Entstehung Verbindlichkeit der Gesellschaft
  - Stellvertretung (§ 164 BGB) durch Gesellschafter (§ 720 BGB) oder wirksam Bevollmächtigten
  - Durch Zurechnung schädigender Handlung eines Gesellschafters (analog § 31 BGB) oder eines Dritten (§ 278 BGB) oder Haftung gem. § 831 BGB
  - Keine rechtshindernde Einwendung bei vertraglicher Haftung, § 721b Abs. 1 BGB

<sup>79</sup> *Servatius* (Fn. 34), § 721 BGB Rn. 14; kritisch auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3075). Solche waren in der Literatur verschiedentlich ange-regt worden, etwa von *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (516 ff.); *Bachmann*, NZG 2020, 612 (616 f.).

<sup>80</sup> Vgl. BGHZ 150, 1 = NJW 2002, 1642, hierzu *Reiff*, ZGR 2003, 550; BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821; s. auch *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 21 ff. Fall 2.

<sup>81</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165.

<sup>82</sup> Für Einzelheiten s. *Schäfer* (Fn. 33), § 728b Rn. 1 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 9 Rn. 141 ff.

<sup>83</sup> Hierzu insgesamt *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 9 Rn. 76 ff., Hin-weise zu Fallbearbeitung und Problemfällen in Rn. 166 f.; Fälle bei *Frey* (Fn. 23), Fälle 77 ff.

## II. Haftung des Gesellschafters

- V.a. Prüfung der Gesellschafterstellung
- Ggf. vertragliche Freistellung durch Vereinbarung mit Gläubiger

## B. Anspruch nicht erloschen

I. Rechtsvernichtende Einwendungen (Rücktritt, Aufrechnung etc.) der Gesellschaft gem. § 721b Abs. 1 BGB

II. Persönliche rechtsvernichtende Einwendungen des Gesellschafters (z.B. Aufrechnung mit eigener Forderung gegen Gläubiger)

## C. Anspruch durchsetzbar

I. Keine Geltendmachung von Einreden der Gesellschaft durch Gesellschafter, § 721b Abs. 1 BGB

II. Keine Leistungsverweigerung des Gesellschafters wegen bestehender Leistungsverweigerungsrechte der Gesellschaft, § 721b Abs. 2 BGB

III. Keine Geltendmachung eigener Einreden des Gesellschafters (z.B. Stundungsvereinbarung mit dem Gläubiger)

Hat der Gesellschafter einen Gläubiger befriedigt, kann er von der Gesellschaft gem. § 716 Abs. 1 BGB Regress in Form von Aufwendungsersatz verlangen, s.o. Von den Mitgesellschaftern kann er gem. § 426 Abs. 1 BGB sowie gem. § 426 Abs. 2 i.V.m. § 721 S. 1 BGB i.V.m. der Anspruchsgrundlage gegen die Gesellschaft anteiligen und insgesamt um den eigenen Verlustanteil gekürzten Ausgleich verlangen.

## VII. Alles hat ein Ende, doch Gesellschaften haben zwei...

Die Gesellschafterstellung kann durch das Ausscheiden als Gesellschafter<sup>84</sup> und durch das Erlöschen der Gesellschaft enden. Das Gesetz unterscheidet klar zwischen beiden Tatbeständen und orientiert sich stark am Recht der OHG. So führen Tod, Kündigung und Insolvenz eines Gesellschafters auch bei der GbR nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 723 BGB). Die Gesellschaft endet in zwei Schritten:

### 1. Auflösung<sup>85</sup>

**Erster Schritt** ist die **Auflösung** der Gesellschaft. Sieben Auflösungsgründe (v.a. Zeitablauf, Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Kündigung der Gesellschaft, Auflösungs-

beschluss, Zweckerreichung und Zweckfortfall) sind in § 729 BGB enumeriert, weitere können im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Z.B. können Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters von Ausscheidens- zu Auflösungsgründen aufgewertet werden. §§ 730 ff. BGB konkretisieren die Auflösungsstatbestände, § 734 BGB sieht nun ausdrücklich die Möglichkeit der Fortsetzung vor. Mit der Auflösung ändert sich der Zweck der Gesellschaft; an die Stelle des eigentlichen Zwecks (§ 705 Abs. 1 BGB) tritt ihre **Liquidation** als **zweiter Schritt**.

### 2. Liquidation

Die Liquidation erfolgt nach den recht detaillierten Regeln der §§ 735 ff. BGB.<sup>86</sup> Es werden die laufenden Geschäfte der Gesellschaft beendet, die Forderungen der Gesellschaft eingezogen und das Gesellschaftsvermögen in Geld umgesetzt (§ 736d Abs. 2 BGB). Sodann werden zunächst die Gläubiger befriedigt und erst dann den Gesellschaftern ihr Beitrag erstattet; bleibt Vermögen übrig, wird es unter den Gesellschaftern verteilt (§ 736d Abs. 3–6 BGB). Reicht das Vermögen nicht aus, müssen die Gesellschafter nachschießen, § 737 BGB. Mit Abschluss der Schlussverteilung erlischt die Gesellschaft als Rechtsträger. Zuständig für die Liquidation sind grds. die Gesellschafter als Liquidatoren, § 736 Abs. 1 BGB. Es können aber auch Dritte zu Liquidatoren berufen werden. Einzelheiten zu diesem Beendigungsorgan finden sich in den §§ 736–736d BGB.

### VIII. Die nicht rechtsfähige GbR (§§ 740–740c BGB)

Die nicht rechtsfähige GbR ist die zweite Variante der GbR. Sie wurde als solche durch das MoPeG eingeführt, das alte Recht ging aber bis zum Wandel in Literatur und Rechtsprechung (s. II.1.) davon aus, dass eine GbR niemals rechtsfähig ist. Dieses Leitbild hat sich nun gleichsam umgekehrt.

#### 1. Rechtsnatur, Entstehung und Relevanz

Die nicht rechtsfähige (nrf) GbR ist **bloßes Schuldverhältnis**. Sie kommt gem. § 705 Abs. 1 BGB durch Vertrag zwischen den Gesellschaftern zustande und unterscheidet sich von der rechtsfähigen GbR durch den **fehlenden Willen** der Gesellschafter **zur Teilnahme am Rechtsverkehr** (vgl. C.II.2.a)). Die nrf GbR ist sehr vielseitig, im Alltag tritt sie in Form von Gelegenheitsgesellschaften wie Skatunden, Ehegatteninnengesellschaften, und im wirtschaftlichen Kontext etwa bei Nebenabreden von Gesellschaftergruppen oder Emissionskonsortien auf.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Hierzu ausführlich Schäfer (Fn. 30), § 17; Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 10 Rn. 7 ff.; Fälle bei Frey (Fn. 23), Fälle 93 ff.

<sup>85</sup> Detailliert zu Auflösungsgründen Schäfer (Fn. 33), § 729 Rn. 11; Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 11 Rn. 4 ff.; i.Ü. Armbrüster/Böffel (Fn. 36), S. 163 f. Fragen 49 ff.

<sup>86</sup> Detailliert zur Liquidation Schäfer, in: FS Heidinger, S. 429 ff.; Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 11 Rn. 32 ff.

<sup>87</sup> Zu Gesellschaftervereinbarungen vgl. Bachmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 24 ff. Zu Konsortien vgl. BGHZ 118, 83 (99) = NJW 1992, 2222 (2226); hierzu Schäfer, ZGR 2008, 455 (490 ff.).

## 2. Innenverhältnis

Die nrf GbR hat **kein eigenes Vermögen**, wie § 740 Abs. 1 BGB unmissverständlich vorschreibt. Forderungen, bei dieser Rechtsformvariante die Gesamthand zu erhalten, konnten sich nicht durchsetzen.<sup>88</sup> Werden Gegenstände für Zwecke der Gesellschaft angeschafft, kann ein Gesellschafter diese als Treuhänder halten oder es kann neben der Gesellschaft Bruchteileigentum begründet werden (§§ 741 ff. BGB).

Für das Innenverhältnis erschöpfen sich die Regelungen in dem Verweis des § 740 Abs. 2 BGB auf eine entsprechende Anwendung bestimmter Normen aus dem Abschnitt der rechtsfähigen Gesellschaft. Bei der entsprechenden Anwendung ist stets auf die Eigenheiten der nrf GbR zu achten. Z.B. kann keine Ersatzpflicht der Gesellschaft gem. § 716 Abs. 1 BGB bestehen, denn die nrf Gesellschaft kann keine Rechte und Pflichten haben. Daher muss sich der Anspruch bei entsprechender Anwendung der Norm gegen die Mitgesellschafter richten. Auch § 708 BGB ist entsprechend anwendbar, die Gesellschafter können das Innenverhältnis also weitgehend frei ausgestalten.

## 3. „Außenverhältnis“

Die nrf GbR hat **kein Verhältnis zu Dritten**, denn sie hat keine eigenen Rechte und Pflichten. Demnach kann sie auch nicht vertreten werden und keine Schuldnerin sein, womit auch die akzessorische Haftung gem. § 720 BGB keine Rolle spielt. Wird zur Verfolgung des Zwecks einer nrf GbR ein Vertrag geschlossen, z.B. mit einem Reiseveranstalter bei gemeinsamer Reisebuchung, vertritt entweder ein Gesellschafter die anderen Gesellschafter oder er handelt auf eigenen Namen und ggfs. auf Rechnung der Gesellschafter als Treuhänder. In der ersten Variante sind die anderen Gesellschafter Schuldner, und zwar i.d.R. Gesamtschuldner gem. § 426 BGB. Die nrf GbR ist nicht von Art. 19 Abs. 3 GG erfasst, da sie mangels Rechtsfähigkeit nicht „Adressat staatlicher Freiheitsverkürzungen sein“<sup>89</sup> kann.

## 4. Beendigung und Auseinandersetzung, Ausscheiden eines Gesellschafters

Bei der nrf GbR gilt der **Grundsatz der Personenkontinuität** (statt der in den §§ 723 ff. BGB normierten Verbandskontinuität) fort. Das zeigt sich z.B. beim Tod eines Gesellschafters, der gem. § 740a Abs. 1 Nr. 3 BGB im Zweifel zur Beendigung der Gesellschaft führt (statt nur zum Ausscheiden des Gesellschafters). Ihr Ende findet die nrf GbR durch Beendigung (§ 740a BGB) und Auseinandersetzung (§ 740b BGB). Das Ausscheiden eines Gesell-

schafers regelt § 740c BGB. Alle Normen bedienen sich weitgehender Verweise auf das Recht der rechtsfähigen GbR.

## D. Recht der OHG (§§ 105 ff. HGB)

### I. Überblick

Im Recht der OHG hat sich durch das MoPeG weniger geändert. Die OHG ist (und bleibt) eine **stets rechtsfähige Personenhandelsgesellschaft**. Sie dient, anders als die GbR, professionellen Marktteilnehmern, für sie gilt das Handelsrecht (s.u., IV.1.). Gemäß § 105 Abs. 1 HGB ist die OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter persönlich haften.

### II. Anwendbares Recht

Die OHG ist älter als die GbR und ihre Rechtsfähigkeit im Gesetz schon lange anerkannt, § 124 Abs. 1 HGB a.F. (wenn auch Einzelheiten strittig blieben).<sup>90</sup> Schon vor dem MoPeG enthielt das Gesetz einen **Verweis auf die GbR-Normen als subsidiäre Regeln**. Diese Norm besteht in **§ 105 Abs. 3 HGB** weiterhin; ihre Bedeutung hat mit der Modernisierung der GbR und der Schaffung der rechtsfähigen GbR als Leitbild deutlich zugenommen. Gemäß § 105 Abs. 3 HGB sind auf die OHG die §§ 705 ff. BGB entsprechend anzuwenden, wenn nicht die §§ 105 ff. HGB besondere Regeln treffen. Dies führt zur Anwendbarkeit von § 705 Abs. 1 BGB (Erfordernis eines Vertrags); § 706 BGB (Sitz); §§ 709 f. BGB; §§ 711–712a BGB (Gesellschafterwechsel); § 713 BGB (Gesellschaftsvermögen); §§ 715a, 715b BGB (Notgeschäftsführung, Gesellschafterklage); §§ 716–717 BGB (Aufwändungsersatz, Herausgabeanspruch und Informationspflichten); § 718 BGB (Zeitpunkt von Rechnungslegung und Gewinnverteilung).<sup>91</sup> Bei einigen Vorschriften, die der Gesetzgeber für besonders wichtig hielt, wurde auf – eigentlich mögliche – Verweisungen auf das BGB verzichtet (etwa § 108 HGB – Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis und vor allem die §§ 126–129 HGB – persönliche Haftung der Gesellschafter).

### III. Entstehung der OHG

Wie bei der GbR können die Entstehung der OHG als Rechtsträgerin und ihre Entstehung im Außenverhältnis ggü. Dritten unterschieden werden. Ersteres kann auf zwei Wegen erfolgen.

<sup>88</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 190 f.

<sup>89</sup> Remmert (Fn. 37), Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 41.

<sup>90</sup> Historische Hintergründe bei Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 13 Rn. 25 ff.

<sup>91</sup> Windbichler/Bachmann (Fn. 1), § 13 Rn. 6 f. mit Einzelheiten auch zu nicht anwendbaren Normen; Haas/Wöstmann in Röhrich/v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann, HGB, 6. Auflage 2023, § 105 Rn. 4b.

### 1. Entstehung gem. § 105 Abs. 1 HGB („Ist-OHG“)<sup>92</sup>

Eine OHG entsteht gem. § 105 Abs. 1 HGB, wenn eine Gesellschaft vertraglich errichtet wird, deren **Zweck** auf den **Betrieb** eines **Handelsgewerbes** gerichtet ist und bei der kein Gesellschafter in seiner Haftung beschränkt ist. Ein Gewerbe ist jede erlaubte, selbstständige, entgeltliche und nach außen gerichtete Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist.<sup>93</sup> Ein Handelsgewerbe ist gem. § 1 Abs. 2 HGB jedes Gewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.<sup>94</sup> Demnach wird bei einem Gewerbe grds. vermutet, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt. Der tatsächliche Betrieb des Handelsgewerbes ist nicht erforderlich.

Eine entsprechende Gesellschaft ist zwingend eine OHG, selbst wenn sie im GbR-Gesellschaftsregister eingetragen ist (s.o., C.III.3.). Die Gesellschaft ist gem. § 106 Abs. 1 HGB verpflichtend zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden; diese Eintragung ist aber nicht konstitutiv für die Entstehung als OHG.

### 2. Entstehung gem. § 107 Abs. 1 HGB („Kann-OHG“); Freiberufler-OHG

Anders ist dies in Fällen von Gesellschaften, die entweder kein Gewerbe betreiben (sondern bloß eigenes Vermögen verwalten oder einen freien Beruf ausüben) oder deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (sog. Kleingewerbe). Für deren Existenz als OHG ist die Eintragung konstitutiv gem. § 107 Abs. 1 HGB, vorher sind solche Gesellschaften GbR. Die ausdrückliche Öffnung der OHG für Freiberufler ist eine bedeutende Neuerung des MoPeG. Diese können gem. § 107 Abs. 1 S. 2 HGB eine OHG gründen, soweit das Berufsrecht es zulässt. Erfolgt ist das bereits für Rechtsanwälte (§ 59b Abs. 2 Nr. 1 BRAO), Steuerberater (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 StBerG) und Wirtschaftsprüfer (§ 44b Abs. 1 WPO). Für die „Kann-OHG“ ist die Registereintragung eine Einbahnstraße. Denn gem. § 107 Abs. 2 S. 2 HGB findet der Weg zurück in die GbR nur im Wege eines Statuswechsels in die eingetragene GbR statt.

### 3. Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 123 HGB

Die Entstehung der OHG im Verhältnis zu Dritten weist starke Ähnlichkeiten zu § 719 BGB auf. Sie erfolgt spätestens mit der Eintragung ins Handelsregister, § 123 Abs. 1 S. 1 HGB, aber auch schon, wenn mit Zustimmung aller

Gesellschafter am Rechtsverkehr teilgenommen wird, „so weit sich aus § 107 Abs. 1 [HGB] nichts anderes ergibt.“ Der letzte Halbsatz stellt klar, dass die „Kann-OHG“ immer erst dann eine im Außenverhältnis wirksame OHG ist, wenn sie eingetragen wurde – die Eintragung ist hier sozusagen doppelt konstitutiv (siehe schon oben, 2.)

## IV. Wichtigste Unterschiede zur GbR im Innen- und Außenverhältnis

### 1. Kaufmannseigenschaft und Firma

Die OHG ist (anders als die GbR) gem. § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann, für sie gelten die besonderen Normen des Handelsrechts („Sonderprivatrecht der Kaufleute“). Für die Eintragung ihrer Firma (Name eines Kaufmanns, § 17 Abs. 1 HGB) gelten die §§ 8 ff. HGB, insbesondere die Publizitätsvorschrift des § 15 HGB sowie die Normen zu Anforderungen und Schutz der Handelsfirma, §§ 18 ff. HGB. Hier gab es durch das MoPeG keine inhaltlichen Änderungen.

### 2. Geschäftsführung und Vertretung

Auch im OHG-Recht gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft. Er ist gesetzlich anders ausgeformt als bei der GbR, denn bei der OHG gelten grds. **Einzelgeschäftsführungsbefugnis** (§ 116 Abs. 3 HGB) und **-vertretungsmacht** (§ 124 Abs. 1 HGB), um sie als professionelle Gesellschaft agiler zu machen. Die Gesellschafter können wiederum andere Regelungen treffen. Widerspricht ein Gesellschafter einer Geschäftsführungsmaßnahme, so muss diese unterbleiben, § 116 Abs. 3 S. 3 HGB. Auswirkungen auf das Außenverhältnis, insbes. die Vertretungsmacht, hat der Widerspruch nicht.<sup>95</sup> Eine weitere Besonderheit bei der Vertretung der OHG ist, dass die besonderen handelsrechtlichen Formen der Stellvertretung, insbes. die Prokura, §§ 48 ff. HGB, zur Verfügung stehen.

### 3. Beschlussfassung und Beschlussmängel

Auch in der OHG entscheidet die Gesellschaftergesamtheit durch Beschlussfassung, welche im Gegensatz zur GbR etwas formalisierter abläuft. § 109 Abs. 1 HGB schreibt erstmals die Beschlussfassung in **Gesellschafterversammlungen** vor. Laut (hier vergleichsweise knapper) Gesetzesbegründung sollen damit auch rein virtuelle Versammlungen gemeint sein.<sup>96</sup> Ob virtuelle Versammlungen ohne Weiteres möglich sind oder einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bedürfen, ist ungeklärt.<sup>97</sup> Auch bei der OHG gilt ein (disponibles) Einstimmigkeitsprinzip, § 109 Abs. 3, 4 HGB.

<sup>92</sup> S. *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 14 Rn. 10 ff. für Details.

<sup>93</sup> *Körber*, in *Oetker, HGB*, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 12; *Brox/Henssler, HGB*, 23. Aufl. 2020, § 2 Rn. 25 ff.

<sup>94</sup> Zu den Kriterien des Handelsgewerbes gem. § 1 Abs. 2 HGB s. *Brox/Henssler* (Fn. 93), § 2 Rn. 42.

<sup>95</sup> BGH NJW 1974, 1555 (1556); *Schäfer*, in: *Habersack/Schäfer, OHG*, 2. Aufl. 2019, § 115 Rn. 22.

<sup>96</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 226; so schon *Böffel/Schramm, WM* 2020, 2004 (2008 f.).

<sup>97</sup> Vgl. *Habighorst, NZG* 2023, 356 (360); *Bochmann*, in: *ders./Kumpen/Röthel/Schmidt, Beschlussfassung im virtuellem Raum*, 2023, 83 (92); *Heckschen, GmbHR* 2023, 105 (106 f.); *Böffel/Schramm, WM* 2020, 2004 (2006 ff.).

Ebenfalls völlig neu ist ein **ausbuchstabiertes**, dem Aktienrecht entlehntes **Beschlussmängelrecht** in den §§ 110–115 HGB.<sup>98</sup> Es unterscheidet zwischen bloßer Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen, vgl. § 110 HGB (wie aus dem Verwaltungsrecht bei Verwaltungsakten bekannt). Die praktische Relevanz dieses Beschlussmängelrechts ergibt sich einerseits daraus, dass gerade in den Personengesellschaften mit einer Einführung des Mehrheitsprinzips durch Gesellschaftsvertrag zu rechnen ist.<sup>99</sup> Dann kann die Minderheit nach Maßgabe der §§ 110 ff. HGB die Entscheidungen der Mehrheit kontrollieren (lassen). Zweitens dürfte das HGB-Beschlussmängelrecht auch auf die GmbH als verbreitetste deutsche Rechtsform entsprechend anwendbar sein.<sup>100</sup>

#### 4. Haftung

Die Haftung der OHG und ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsschulden unterscheidet sich nach dem Gesetz nicht von der Haftung der GbR-Gesellschafter, die §§ 126–129 HGB sind wortgleich zu den §§ 721–722 BGB. Die Haftung ist allerdings insofern etwas schärfer als bei der GbR, als bei der OHG von der Rechtsprechung keine Ausnahmefallgruppen anerkannt werden.

### E. Recht der Kommanditgesellschaft

#### I. Überblick

Die Kommanditgesellschaft ist eine Abwandlung der OHG, bei der **mindestens ein Gesellschafter** nur auf einen bestimmten Betrag **beschränkt persönlich haftet, § 161 Abs. 1 HGB**. Die beschränkt haftenden Gesellschafter heißen **Kommanditisten**, die (wie OHG-Gesellschafter) voll Haftenden werden als Komplementäre bezeichnet. Auch die KG ist Handelsgesellschaft und praktisch aufgrund der möglichen Haftungsbegrenzung sehr relevant. Sie tritt am häufigsten in der Rechtsformverbindung der GmbH & Co. KG auf, bei der eine GmbH den Part des Komplementärs übernimmt.<sup>101</sup> So kann eine persönliche Haftung natürlicher Personen vermieden werden. Möglich ist es auch, dass die KG selbst sämtliche Anteile an der Komplementär-GmbH hält (sog. Einheits-KG). Das war schon vor dem MoPeG anerkannt, ist aber nun im Gesetz ausdrücklich bestätigt (vgl. § 170 Abs. 2 HGB).

Auch die KG wurde durch das MoPeG für Freiberufler geöffnet. Damit hat die Partnerschaftsgesellschaft, welche Freiberuflern bisher als einzige Personengesellschaft eine gewisse Haftungsbegrenzung erlaubte (vgl. § 8 Abs. 2–4

PartGG) und so zur beliebten Wahl etwa deutscher Rechtsanwaltssozialitäten wurde<sup>102</sup>, ihre Exklusivität eingebüßt.

#### II. Anwendbares Recht

Das KG-Recht ist überschaubar. Gemäß § 161 Abs. 2 HGB ist, wenn keine besonderen Vorschriften vorhanden sind, das **OHG-Recht entsprechend anwendbar**. Dieser Verweis gilt auch für § 105 Abs. 3 HGB, der in Ermangelung besonderer Normen auf das GbR-Recht der §§ 705 ff. BGB verweist. Die §§ 161 ff. HGB beschränken sich auf Besonderheiten betreffend die Kommanditisten. Alle weiteren Regelungen zu Gesellschaft und Gesellschaftern sind den §§ 105 ff. HGB bzw. den §§ 705 ff. BGB zu entnehmen.

#### III. Besonderheiten im Innen- und Außenverhältnis der Kommanditgesellschaft

Kommanditisten sind als solche weder zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) noch zur Vertretung der KG befugt (§ 170 HGB). § 164 HGB ist allerdings dispositiv, sodass Kommanditisten zu Geschäftsführern der KG bestimmt werden können. Sie können auch Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) einer Komplementär-GmbH sein und so die KG mit organschaftlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis führen. Wettbewerbsverbote bestehen nicht, die Informationsrechte der Kommanditisten sind im Vergleich zu Komplementären eingeschränkt (§§ 165, 166 HGB).

#### IV. Kommanditistenhaftung

Die größte Besonderheit im KG-Recht liegt in der Kommanditistenhaftung.<sup>103</sup> Kommanditisten **haften** gem. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB **nur bis zur Höhe** ihrer gem. § 162 Abs. 2 HGB zum Handelsregister anzumeldenden, gesellschaftsvertraglich vereinbarten **Haftsumme**. Diese Haftung entspricht (bis auf die Begrenzung in der Höhe) der sonstigen Gesellschafterhaftung, ist also akzessorisch etc. Soweit ein Kommanditist aber seine vereinbarte Einlage an die Gesellschaft leistet, haftet er gem. § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB gar nicht mehr. Die Leistung der Einlage kann in der Zahlung von Geld, aber ebenso in der Übereignung von Gegenständen an oder in der Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft erfolgen. Die **Haftung ist nach vollständiger Leistung der Einlage** nicht auf die Haftsumme des Kommanditisten beschränkt, sondern **völlig ausgeschlossen**. Die Einlage wird hierbei oft der Haftsumme entsprechen, muss es aber nicht. Die erstmals klare Differenzierung der beiden Begriffe ist dem MoPeG zu verdanken.

<sup>98</sup> Prüfungsschema bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 15 Rn. 44; näher auch *Schäfer*, ZPG 2023, 281 (284 ff.); *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 170 Frage 28.

<sup>99</sup> Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs, 19/27635, S. 227.

<sup>100</sup> *Bachmann*, NJW 2021, 3073 Rn. 25; *Wörner/Ebel*, NZG 2021, 963; *Kaulbach/Reidt*, GmbHR 2021, 191 (193).

<sup>101</sup> Hierzu *Habighorst*, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 87), § 77; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 39.

<sup>102</sup> Zur Haftung in der PartGmbH und ihrer Entwicklung *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 18 Rn. 26 ff.

<sup>103</sup> Einzelheiten zur Haftung bei *Schäfer* (Fn. 30), § 13 Rn. 2 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 19 Rn. 61 ff.; für Fälle s. *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 35 ff. Fall 3; *Frey* (Fn. 23), Fälle 184 ff.

Soweit dem Kommanditisten seine Einlage zurückbezahlt wird, gilt sie gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB als nicht bewirkt – die Haftung des Kommanditisten lebt also in entsprechender Höhe wieder auf.

Gemäß § 176 Abs. 1 HGB trifft eine besonders **scharfe Haftung** die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, die noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, aber die Geschäfte mit der Zustimmung der entsprechenden Kommanditisten schon aufgenommen hat: Wissen die Gläubiger nicht um die Kommanditistenstellung, haften diese Gesellschafter vor Eintragung wie Komplementäre, also insbesondere unbeschränkt, für sämtliche Verbindlichkeiten. Dies gilt allerdings ausdrücklich nur für solche Gesellschaften, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (sog. Ist-KG); dies wurde durch das MoPeG hinzugefügt. Ist das nicht der Fall, betreibt eine „KG“ z.B. ein Kleingewerbe, wird eine Gesellschaft erst gem. § 107 Abs. 1 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB mit Eintragung ins Handelsregister zur KG und ist vorher GbR (sog. Kann-KG). „Kommanditisten“ haften als GbR-Gesellschafter nach den §§ 721 ff. BGB und sind demnach gegenüber jenen der Ist-KG benachteiligt, die durch Mitteilung an den Gläubiger ihre Haftung begrenzen/ausschließen können. Diesen Wertungswiderspruch nimmt der MoPeG-Gesetzgeber hin, ob und wie er durch Auslegung aufgelöst werden kann, ist ungeklärt.<sup>104</sup>

Gemäß § 176 Abs. 2 HGB haften auch **neu eingetretene Kommanditisten** bis zu ihrer Eintragung gegenüber gutgläubigen Gläubigern wie Komplementäre. Das ist riskant, weshalb es sich empfiehlt, den Neueintritt bis zur Eintragung aufschiebend zu bedingen (§ 158 Abs. 1 BGB).

Immerhin stellt das MoPeG mit dem Wort „weiterer“ klar, dass das Haftungsrisiko des § 176 Abs. 2 HGB nicht beim Erwerb einer bereits bestehenden Kommanditbeteiligung gilt.

#### F. Ausblick

Anders als oft sonstige rechtliche Neuerungen zum Jahreswechsel, dürfte das neue Personengesellschaftsrecht alle erfreuen. Es ist klarer als das alte Recht und setzt einige bisherige Praktiken ins Gesetz um; für verbleibende und neue offene Fragen haben Wissenschaft und Praxis mit der ausführlichen Gesetzesbegründung zumindest Anhaltspunkte für die weitere Arbeit. Für Studierende haben sich einige bisherige „Dauerbrenner“ erledigt – es reicht nun ein Blick ins Gesetz, um den Fall zu lösen. Sorgfältige Lektüre des Gesetzestextes und saubere Subsumtion bleiben freilich ebenso gefragt wie der souveräne Umgang mit den zahlreichen Verweisungen. Dass es auch weiterhin an Auslegungsfragen und potentiellen Klausurproblemen nicht fehlt, haben wir hier aufgezeigt.

<sup>104</sup> Vgl. Lösungsansätze bei *Hartig*, ZJS 2022, 648 m.w.N.; ausführliches Beispiel bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 18 Rn. 87 ff.