

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Prof. Dr. Gregor Bachmann*

Am 17.8.2021 ist das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Neben der Einführung eines Registers für BGB-Gesellschaften und der Öffnung von Handelsgesellschaften für Freiberufler bringt es zahlreiche weitere Änderungen. Die Reform wird erst am 1.1.2024 in Kraft treten, doch die Praxis ist gut beraten, sich schon jetzt mit den wichtigsten Änderungen vertraut zu machen. Der Beitrag stellt sie vor.

I. Hintergrund

¹Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)¹ findet eine jahrelange Reformdebatte ihren Abschluss. Angestoßen wurde sie vor gut 20 Jahren, als der *BGH* die GbR entgegen der gesetzlichen Konzeption für rechtsfähig erklärte und sie zugleich dem Haftungsregime der OHG unterstellte.² Die dadurch aufgerissene Lücke zwischen geschriebenem und geltendem Recht ließ den Ruf nach einer grundsätzlichen Reform des Personengesellschaftsrechts laut werden. Basierend auf Vorarbeiten des 71. Deutschen Juristentags (2016)³ und einer vom BMJV eingesetzten Expertenkommission (2020)⁴ legte die Bundesregierung dazu Anfang des Jahres einen Entwurf vor, der vom Rechtsausschuss des Bundestages in einigen Punkten noch geändert und in der letzten Sitzungswoche der 19. Legislaturperiode verabschiedet wurde.

²Die Reform verzichtet auf einen radikalen Kurswechsel. Sie behält die für das deutsche Wirtschaftsrecht charakteristische Trennung von gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit ebenso bei wie diejenige von kaufmännischer und nicht-kaufmännischer Unternehmung, weicht beides aber durch Annäherung der BGB-Gesellschaft an die OHG und durch Öffnung der Handelsgesellschaften für Freiberufler spürbar auf. Die mit Abstand wichtigsten Änderungen betreffen die GbR. Mit ihr ist daher zu beginnen.

II. Reform der BGB-Gesellschaft

1. Neufassung der §§ 705 ff. BGB

³Die GbR behält ihren Standort im Schuldrecht, wird dort aber vollständig neu geregelt. Künftig unterfällt ihr Recht in drei Untertitel. Der erste besteht aus einem einzigen Paragraphen (§ 705 BGB nF) und enthält die „Allgemeine[n] Bestimmungen“, namentlich das Erfordernis eines Gesellschaftsvertrags. Der zweite (§§ 706–739 BGB nF) beinhaltet das Recht der rechtsfähigen GbR, der dritte (§§ 740–740c BGB nF) dasjenige der nicht rechtsfähigen Gesellschaft. Leitbild der Neuregelung und umfassend ausbuchstabiert ist die rechtsfähige GbR, die – pointiert gesagt – zur „kleinen OHG“ wird. Für die nicht rechtsfähige GbR begnügt sich das Gesetz mit ausgewählten Verweisungen auf den zweiten Untertitel. Während die rechtsfähige GbR damit leichter handhabbar wird, wird sich der Rechtsverkehr an die Verweisungstechnik bei der nicht rechtsfähigen GbR gewöhnen müssen.

⁴Eine optisch ins Auge springende Neuerung besteht in der Einfügung von Zwischenüberschriften. Durch Aufteilung in sechs Kapitel (Sitz und Registrierung; Innenverhältnis; Außenverhältnis; Ausscheiden eines Gesellschafters; Auflösung; Liquidation) wird es für den Rechtsanwender einfacher, innerhalb des Rechts der

(rechtsfähigen) GbR zu navigieren. Grundvoraussetzung jeder GbR (und damit aller Personengesellschaften) bleibt das vor die Klammer gezogene Erfordernis eines Gesellschaftsvertrags (§ 705 I BGB nF). Definiert wird er – praktisch unverändert – als „Vertrag zu

Bachmann: Das Gesetz zur Modernisierung des
Personengesellschaftsrechts(NJW 2021, 3073)

3074

einem gemeinsamen Zweck, den zu fördern sich die Gesellschafter verpflichten“. Das Wort „gegenseitig“ wird gestrichen, um zu verdeutlichen, dass die §§ 320 ff. BGB auf die GbR nicht wirklich passen.

2. Die rechtsfähige GbR (Außengesellschaft)

5Ein elementarer Reformpunkt ist die klare Unterscheidung von rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger GbR. Dass eine GbR rechtsfähig sein kann, ist bislang nur Rechtsprechung und Lehrwerken zu entnehmen, nicht jedoch dem Gesetz. Nun wird dies – in Anlehnung an § 124 I HGB (künftig: § 105 II HGB nF) – unmissverständlich ausgesprochen (vgl. § 705 II BGB nF: „kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen“).

6Knackpunkt ist die Frage, wodurch eine GbR Rechtsfähigkeit erlangt. Das Gesetz wählt dafür einen subjektiven Ansatz, indem es darauf abstellt, ob die GbR „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll“ (§ 705 II BGB nF). Gesellschaftern ist deshalb nahezulegen, eine klare Absprache über die Rechtsfähigkeit zu treffen. Fehlt diese, können Rückschlüsse aus dem Gesellschaftszweck gezogen werden: Erfordert er eine Teilnahme am Rechtsverkehr, kann dies dafür sprechen, dass die Teilnahme am Rechtsverkehr stillschweigend gewollt ist.⁵ Indizien für den Willen zur Rechtsfähigkeit bilden ferner vertragliche Bestimmungen zur Identitätsausstattung (Name und Sitz) sowie zu Handlungsorganisation und Haftungsverfassung.⁶

7Weil das von den Gesellschaftern Gewollte für Dritte nicht immer erkennbar ist, hilft das Gesetz mit einer Vermutung: Betreibt die Gesellschaft ein Unternehmen unter gemeinschaftlichem Namen, wird der Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr vermutet (§ 705 III BGB nF). Den Materialien und dem Zweck der Regelung entsprechend ist die Vermutung unwiderleglich.⁷ Steht die vertragliche Regelung in Widerspruch zum äußeren Erscheinungsbild, kann die GbR außerdem nach allgemeinen Grundsätzen (zB „protestatio facto contraria non valet“) als rechtsfähig behandelt werden.⁸ Wer die Rechtsfähigkeit meiden will, darf sich also nicht mit einer salvatorischen Klausel begnügen („Wir wollen nicht rechtsfähig sein“), sondern muss dafür Sorge tragen, dass die GbR nicht mit eigener Identität nach außen in Erscheinung tritt.

8Im Verhältnis zu Dritten entsteht die rechtsfähige Gesellschaft erst, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens jedoch mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 719 I BGB nF). Aus Letzterem ergibt sich, dass die im Gesellschaftsregister eingetragene GbR *stets* – also ohne Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen der Gesellschafter – rechtsfähig ist. Der erste Halbsatz ist im Grunde überflüssig, denn dass die Gesellschaft erst dann nach außen wirksam wird, wenn sie auch nach außen auftritt, ist selbstverständlich. Man bezeichnet die rechtsfähige GbR deshalb als „Außengesellschaft“. Bedeutung erlangt der erste Halbsatz (nur) für den Fall, dass die Gesellschafter abweichend von der Regel (§ 720 I BGB nF) Einzelvertretungsbefugnis vereinbaren *und* ein vertretungsberechtigter Gesellschafter entgegen der Absprache vorzeitig im Namen der Gesellschaft auftritt. Der Vertreter haftet

dann analog § 179 BGB, soweit nicht die anderen sein Handeln kannten oder kennen mussten (dann: Scheingesellschaft).⁹

3. Einführung eines GbR-Registers

9Eine wesentliche Neuerung besteht in der Einführung eines Gesellschaftsregisters, in das sich rechtsfähige GbR eintragen lassen können (§ 707 BGB nF). Obligatorisch ist die Eintragung nur, wenn die GbR ihrerseits in ein öffentliches Register eingetragen werden will. Dies betrifft insbesondere das Handels- oder Gesellschaftsregister (§ 707a I 2 BGB nF), das Grundbuch (§ 47 II GBO nF), die Gesellschafterliste (§ 40 I 3 GmbHG nF) und das Aktienregister (§ 67 I 3 AktG nF). Möchte eine GbR also ein Grundstück erwerben oder Gesellschafterin einer GmbH werden, muss sie sich vorher im Gesellschaftsregister registrieren lassen. Auf diese Weise werden Publizitätslücken geschlossen und der missliche § 899a BGB kann gestrichen werden.

10Ist eine GbR im Gesellschaftsregister eingetragen, darf und muss sie den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ führen (§ 707a II BGB nF). Ähnlich wie das Handelsregister (§ 15 HGB) vermittelt das Gesellschaftsregister für Dritte einen Gutgläubensschutz (vgl. § 707a III BGB nF). Dies mag Gesellschaftern bzw. Geschäftspartnern einen Anreiz geben, für die Eintragung zu optieren bzw. diese zu fordern, um der GbR eine solide Reputation zu verschaffen. Gesellschafter müssen dabei bedenken, dass die einmal vorgenommene Eintragung grundsätzlich nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, wie sich verklausuliert aus § 707a IV BGB nF („Löschung nur nach allgemeinen Vorschriften“) ergibt. Der Gesetzgeber will damit die Verlässlichkeit der eGbR fördern und Missbräuchen wehren (Stichwort: Firmenbestattung). Aus demselben Grund ist der Formwechsel (§§ 191 ff. UmwG) künftig nur noch in eine eingetragene GbR möglich. Umgekehrt eröffnet die Eintragung der GbR die ihr bislang verschlossene Option, sich an Verschmelzung und Spaltung zu beteiligen (vgl. § 3 I Nr. 1 UmwG nF).

11Weil das Gesellschaftsregister neben das Handelsregister und das Partnerschaftsregister tritt, kann es erforderlich werden, eine GbR, die sich in eine OHG oder PartG umwandelt, in diese Register zu überführen (und vice versa). Das dabei zu beschreitende Verfahren, welches das Gesetz als „Statuswechsel“ bezeichnet, ist in § 707c BGB nF, § 106 IV, V HGB nF näher geregelt.¹⁰ In allen Fällen – also auch bei erstmaliger Registrierung – ist notarielle Mitwirkung vonnöten. Ein zusätzlicher Vorteil der Registrierung besteht darin, einen vom Verwaltungssitz abweichenden Satzungssitz zu bestimmen (§ 706 S. 2 BGB nF). Diese auch OHG, KG und PartG gewährte Sitzwahlfreiheit erlaubt es, trotz ausländischer Geschäftsleitung auf die inländische Rechtsform nicht verzichten zu müssen.

Bachmann: Das Gesetz zur Modernisierung des
Personengesellschaftsrechts(NJW 2021, 3073)

3075

4. Beseitigung der Gesamthand

12Die GbR ist heute als Gesamthandsgemeinschaft gestaltet, s. §§ 718–720 BGB. Diese Normen werden gestrichen. Das ist die Konsequenz aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit: Wenn das Vermögen der Gesellschaft (als Rechtsträgerin) zugeordnet ist, wie § 713 BGB nF hervorhebt, wäre es irritierend, es zugleich den Gesellschaftern (als „Gesamthändern“) zuzuweisen.¹¹ Im Schrifttum hält sich gleichwohl hartnäckig die Vorstellung, die (rechtsfähige) GbR könne trotz Streichung der §§ 718 ff. BGB weiter als „Gesamthand“ verstanden werden.¹² Die Frage ist letztlich akademischer Natur, denn die für die Personengesellschaft typischen Strukturelemente (Selbstorganschaft; Einheitlichkeit der

Mitgliedschaft; keine Einpersonengesellschaft ua) werden trotz vereinzelt daran erhobener Kritik durch die Reform nicht angetastet, ja zum Teil sogar positiviert (s. § 711 I 2 BGB nF: kein Erwerb eigener Anteile). Die Vorstellung einer „Gesamthand“ mag helfen, diese Elemente zu erklären, notwendig dafür ist sie nicht.¹³ Klar ist jedenfalls, dass die rechtsfähige GbR durch die Reform nicht zur juristischen Person wird, was § 14 II BGB durch das Etikett „rechtsfähige Personengesellschaft“ unverändert zum Ausdruck bringt.

13Für kurzfristige Aufregung sorgte die Frage, ob die Streichung der Gesamthand unerwünschte steuerliche Konsequenzen haben könnte. Das Steuerrecht geht teilweise noch von der (zivilrechtlich überholten) Vorstellung aus, das Vermögen einer Personengesellschaft sei den Gesellschaftern zugeordnet. Zur Beunruhigung besteht aber kein Anlass, weil das Steuerrecht nicht an zivilistische Wertungen gebunden ist und weil umgekehrt das Zivilrecht (in Gestalt des MoPeG) bewusst nichts am geltenden Steuerrecht ändern will.¹⁴ Der Rechtsausschuss hat diesen für die Rechtsanwendung leitenden Willen des Gesetzgebers für die Ertragsbesteuerung ausdrücklich bekräftigt.¹⁵ Auch im Übrigen sollte nichts anderes gelten, denn die Strukturmerkmale der Personengesellschaft werden, wie gesehen (s. o.), beibehalten. Die Steuerpraxis mag, wo sie das für nötig erachtet, von der fiktiven gesamthänderischen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens ausgehen.

5. Geschäftsführung und Vertretung

14Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der GbR werden künftig klarer geregelt und in wenigen Paragraphen gebündelt. Nach wie vor gilt der Grundsatz, dass die Gesellschafter nur gemeinsam zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, doch kann Abweichendes vereinbart werden (vgl. §§ 715 III, 720 I BGB nF). In Anlehnung an das Recht der Handelsgesellschaften ist die Vertretungsmacht allumfassend, Beschränkungen sind gegenüber Dritten unwirksam (§ 720 III BGB nF). Das stellt gegenüber dem bisherigen Recht eine beachtliche Verschärfung dar, von der man sich fragen mag, ob sie für nicht-kaufmännische Unternehmen taugt. Die Verschärfung ist aber gewollt und kann von den Gesellschaftern nicht abbedungen werden. Die Stimmkraft der Gesellschafter und ebenso ihre Gewinn- und Verlustbeteiligung richten sich künftig nicht mehr nach Kopfteilen (§§ 709 II, 722 BGB), sondern mangels abweichender Vereinbarung nach den Beteiligungsverhältnissen (§ 709 III BGB nF). Der Haftungsmaßstab der eigenüblichen Sorgfalt (§ 708 BGB) wird abgeschafft.

6. Gesellschafterhaftung

15Die Frage, wie Gesellschafter einer GbR gegenüber Dritten haften und wie diese Haftung gegebenenfalls beschränkt werden kann, gehörte jahrzehntelang zu den umstrittensten Fragen des Gesellschaftsrechts. Der BGH hatte sich um die Jahrhundertwende für die Übernahme des strengen, akzessorischen Haftungsmodells der OHG (§§ 128–130 HGB; künftig: §§ 126–128 HGB nF) entschieden,¹⁶ für Sonderfälle (Bauherrengemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds) aber Ausnahmen zugelassen.¹⁷ Das MoPeG übernimmt dieses Modell, indem es die betreffenden Paragraphen des OHG-Rechts in das BGB kopiert (vgl. §§ 721–721 bBGB nF). Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass damit „keine Abkehr von den von der Rechtsprechung und dem Schrifttum bereits entwickelten Ausnahmen“ bezweckt sei.¹⁸

16Die strenge Haftung der GbR-Gesellschafter ist nicht ohne Kritik geblieben.¹⁹ Die Gesetzesbegründung kommt dieser entgegen, indem sie eine weitere Tür zur

Haftungsbeschränkung öffnet: Erweise sich die unbeschränkte Gesellschafterhaftung bei einer „umfassenden Abwägung“ der Interessen von Gesellschaftern und Gläubigern als „unangemessen“, so könne auf „andere adäquate Haftungsmodelle“ zurückgegriffen werden. Solche Modelle sind laut Begründung die Haftung nach Kopfteilen, eine anteilige Haftung, eine Haftung nur bis zur Höhe des vereinbarten Beitrags (analog §§ 171 ff. HGB) oder eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen mit daneben bestehender Handelndenhaftung (analog § 54 BGB). Als Wege zur methodischen Begründung werden angeboten eine stillschweigende Vereinbarung, die ergänzende Vertragsauslegung oder ein Analogieschluss.²⁰

17Die Praxis sollte sich nicht darauf verlassen, dass die Gerichte eine dergestalt begründete Haftungseinschränkung ohne Weiteres anerkennen. Insbesondere eine Kommandit-GbR ist mangels Möglichkeit, die Begrenzung der Haftung auf eine fixe Summe im Gesellschaftsregister einzutragen, weiterhin nicht verlässlich zu etablieren. Wer die sichere Seite sucht, wählt deshalb von vornherein eine andere Rechtsform. Gleichwohl liefert die MoPeG-Begründung Munition, um im Einzelfall einen GbR-Gesellschafter mit kluger Argumentation vor existenzbedrohender Haftung bewahren zu können.

Bachmann: Das Gesetz zur Modernisierung des
Personengesellschaftsrechts(NJW 2021, 3073)

3076

18Nach geltendem Recht (§ 736 II BGB iVm § 160 HGB) haftet ein ausgeschiedener Gesellschafter für die Dauer von fünf Jahren für die Verbindlichkeiten der GbR fort. Bei dieser Nachhaftung bleibt es, doch werden davon Schadensersatzforderungen ausgenommen, wenn die zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung erst nach dem Ausscheiden des Betreffenden eingetreten ist (§ 728 b I 2 BGB nF; für die OHG: § 137 I 2 HGB nF). Das ist interessengerecht. Den Vorschlag, die Fünfjahresfrist bei der nicht eingetragenen GbR schon ab fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden laufen zu lassen, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen.

7. Weitere Änderungen

19Die weiteren Änderungen im Recht der GbR sind vorwiegend redaktioneller Natur. Der Rechtsanwender wird sich hier daran gewöhnen müssen, bekannte Vorschriften mit neuer Zählung und teils veränderter Textfassung vorzufinden. Kompensiert wird dies dadurch, dass die neuen Formulierungen das geltende Recht klarer und unter Ausschaltung diverser Zweifelsfragen zum Ausdruck bringen.

20Auch manch ungeschriebene Regel wird künftig im Gesetz zu finden sein. Eine ausdrückliche Regelung erfahren die Notgeschäftsführungsbefugnis (§ 715 a BGB nF, bislang überwiegend durch Analogie zu § 744 II BGB begründet);²¹ ferner die so genannte *actio pro socio*, also die Befugnis der Gesellschafter, Gesellschaftsansprüche notfalls im eigenen Namen einzuklagen (§ 715 b BGB nF); schließlich das liquidationslose Erlöschen der Gesellschaft beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und der Übergang des Vermögens auf den Verbleibenden im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 712 a BGB nF).²² Auch der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit wird klarer hervorgehoben (vgl. § 708 BGB nF; für OHG u. KG: § 108 HGB nF). Da es bei der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags bleibt, können vom Gesetz abweichende Regelungen wie bisher mündlich oder sogar konkludent getroffen werden. Abstand genommen hat der Gesetzgeber davon, allgemeine Prinzipien des Gesellschaftsrechts wie die Treuepflicht im Gesetz zu verankern. Ebenfalls ungeregelt bleiben die Beschlussfassung und -anfechtung sowie die Stimmverbote. Hier wird man wie bisher mit

Analogien und ungeschriebenen Grundsätzen operieren müssen. Eine Analogie zum neuen Beschluss(mängel)recht der OHG verbietet sich, weil der Gesetzgeber dieses – entgegen ursprünglicher Absicht – bewusst auf Handelsgesellschaften beschränkt hat.²³

21Redaktionell neu gefasst, wenn auch inhaltlich kaum verändert, sind die Regeln zum Ausscheiden von Gesellschaftern (§§ 723–728 b BGB nF) sowie zur Auflösung (§§ 729–734 BGB nF) und Liquidation (§§ 735–739 BGB nF). Sie orientieren sich am Recht der OHG. Wie dort führen Tod, Kündigung und Insolvenz eines Gesellschafters künftig nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur zum Ausscheiden des Betreffenden (§ 723 BGB nF). Das neue Regime ist transparenter, aber auch voluminöser als das alte, abweichende Regelungen bleiben jedoch weiterhin möglich. Die Fortsetzungsfähigkeit der aufgelösten Gesellschaft wird als allgemeiner Grundsatz im Gesetz verankert (vgl. § 734 BGB nF).

8. Die nicht rechtsfähige GbR (Innengesellschaft)

22Die nicht rechtsfähige GbR umfasst eine bunte Vielfalt formloser Zusammenschlüsse. In der Gerichtspraxis spiegelt sich das nicht wider. Wenn die nicht rechtsfähige GbR dort einmal auftaucht, geht es selten um gesellschaftsrechtliche Fragen, sondern darum, ob überhaupt eine Gesellschaft vorliegt.²⁴ An den damit verbundenen Schwierigkeiten der Abgrenzung (etwa zur Gefälligkeit oder zur Gemeinschaft) will und kann die Reform nichts ändern.²⁵ Das neue Recht begnügt sich damit, der nicht rechtsfähigen GbR ein eigenes (knappes) Kapitel (§§ 740–740 c BGB nF) zu widmen, in dem auf eigenständige Regelungen zugunsten eines Verweisungskatalogs weitgehend verzichtet wird.

23Bestimmte Normen über die rechtsfähige GbR sind nach § 740 II BGB nF „entsprechend“ auf die nicht rechtsfähige Variante anwendbar. Dem Rechtsanwender gibt das den nötigen Spielraum, die betreffenden Normen gegebenenfalls zu modifizieren. Naturgemäß ausgeklammert bleiben die Regelungen über das Außenverhältnis, namentlich zu Haftung und Vertretung (§§ 719–722 BGB nF). Vertreten und verpflichtet werden können nur die einzelnen Gesellschafter. Hierfür sowie für ihre sonstige Inanspruchnahme gelten, ohne dass dies gesondert ausgesprochen werden müsste, die allgemeinen Vorschriften (§§ 164 ff., 278, 831 BGB etc.). Die nicht rechtsfähige GbR kann kein eigenes Vermögen bilden, was das Gesetz ausdrücklich hervorhebt (§ 740 I BGB nF). Ausgeschlossen ist damit auch die Bildung von Gesamthandsvermögen. Die Gesellschafter sind auf die Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) oder auf Treuhandkonstruktionen, im Übrigen auf die Alternative der rechtsfähigen GbR verwiesen.

24Einige Sonderregeln enthält das dritte Kapitel für die Beendigung und die weiterhin als „Auseinandersetzung“ bezeichnete Abwicklung der Gesellschaft (§§ 740 a, 740 b BGB nF), ferner für das Ausscheiden eines Gesellschafters (§ 740 c BGB nF). In der Sache ändert sich nichts, namentlich führen Tod, Kündigung, Insolvenz oder Zweckerreichung wie bisher zur Beendigung der Gesellschaft, soweit nichts Abweichendes vereinbart wurde (vgl. § 740 c I BGB nF).

III. Reform der Personenhandelsgesellschaften und der stillen Gesellschaft

1. OHG

25Bei der OHG (§§ 105 ff. HGB) bleibt es – abgesehen von der Öffnung für Freiberufler (u. Rn. 34) – im Kern beim Alten. Neu sind die (dispositiven) Regeln zur Beschlussfassung und -anfechtung.²⁶ Beschlüsse müssen mangels abweichender Abrede künftig in Versammlungen gefasst werden

(§ 109 I HGB nF), zu deren Beschlussfähigkeit die Mehrzahl der stimmberechtigten Gesellschafter vertreten sein muss (§ 109 IV HGB nF). Nach der Gesetzesbegründung sind davon auch virtuelle Versammlungen (zB Videokonferenz) erfasst, nicht hingegen das Umlaufverfahren.²⁷ Das neu geschaffene Beschlussmängelrecht (§§ 110–115 HGB nF) orientiert sich am aktienrechtlichen Modell (§§ 241 ff. AktG), unterscheidet namentlich zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen, die binnen einer Frist von drei Monaten gerichtlich anzugreifen sind (§§ 112, 113 HGB nF). An diesem Muster, das freilich in weiten Teilen dispositiv ist, wird sich künftig auch das GmbH-Recht ausrichten müssen.²⁸

26Im Übrigen wurde das OHG-Recht redaktionell überarbeitet und zum Teil entschlackt. Einige vertraute Regelungen (etwa zu Rechtsfähigkeit, Vertretung und Haftung) werden dadurch eine andere Hausnummer erhalten, andere (namentlich zur Geschäftsführung und zum Aufwendungsersatz) müssen künftig über den Generalverweis in § 105 II HGB (§ 105 III nF) aus dem Recht der GbR abgeleitet werden. Neu gefasst werden Jahresabschluss und Gewinnverwendung, gestrichen wird das Recht, ohne Gesellschafterbeschluss einen Teil der Einlage aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen (vgl. § 122 HGB). Es muss, falls gewollt, künftig vereinbart werden. Weitgehend erhalten, wenn auch neu nummeriert und zum Teil redaktionell überarbeitet, bleibt die ausführliche Regelung zu Ausscheiden, Auflösung und Liquidation (§§ 130–160 HGB nF). Wie bei der GbR wird in Zukunft optisch deutlich zwischen Ausscheiden und Auflösung unterschieden. Als Neuerung findet sich die Option der Austrittskündigung (§ 132 HGB nF). Die Änderungen finden über den Generalverweis in § 161 II HGB auch auf die KG Anwendung.

2. KG

27Ebenfalls nur punktuelle Korrekturen erfährt das KG-Recht, bei dem die vorhandenen Paragraphen ihre hergebrachte Nummerierung glücklicherweise behalten. Im Interesse terminologischer Klarheit wird deutlicher als bisher zwischen der im Innenverhältnis maßgeblichen „Einlage“ und der für die Höhe der Kommanditistenhaftung maßgeblichen „Haftsumme“ unterschieden. Kommanditisten werden künftig nicht nur im Handelsregister eingetragen, sondern auch öffentlich bekanntgemacht, was einem gewandelten Transparenzverständnis Rechnung zollt. Ausgebaut wird das allgemeine Auskunftsrecht des Kommanditisten (§ 166 HGB). Seine Ausübung setzt künftig keinen wichtigen Grund und auch keine gerichtliche Anordnung mehr voraus. Ebenfalls neu justiert wird die Gewinnberechnung (§ 167 HGB), die allerdings schon bislang meist abweichend vom Gesetz geregelt wird. Kommanditisten bleiben von der Geschäftsführung (§ 164 HGB – dispositiv) und der organschaftlichen Vertretung (§ 170 HGB – zwingend) ausgeschlossen, was nunmehr auf die Liquidationsphase erstreckt wird (§ 178 HGB nF).

28Für die in der Praxis beliebte Einheits-KG, bei der die KG die Anteile an ihrer eigenen Komplementärin hält, wird eine gesetzliche Sondervertretungsregelung geschaffen (§ 170 II HGB nF). Danach werden die Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-Kapitalgesellschaft (idR eine GmbH) nicht von der Komplementärin (faktisch also von deren Geschäftsführern), sondern von den Kommanditisten wahrgenommen. Das ist sinnvoll und entspricht einer heute schon in vielen Gesellschaftsverträgen vorzufindenden Regelung. Noch besser wäre es gewesen, das umständliche Konstrukt der Einheits-KG durch Schaffung einer KG mit umfassender Haftungsbeschränkung überflüssig zu machen.²⁹ Zu diesem Reformschritt konnte sich der Gesetzgeber (leider) nicht entschließen.

29 Kleine Änderungen gibt es bei der Haftung. Die Möglichkeit des Kommanditisten, sich gegen ein (Rück-)Zahlungsansinnen mit dem Einwand zu wehren, er sei hinsichtlich der Auszahlung von Scheingewinn gutgläubig gewesen (§ 172 V HGB), wird gestrichen. Der Kommanditist wird damit strenger als ein Aktionär angefasst (vgl. § 62 I 2 AktG) und dem GmbH-Gesellschafter gleichgestellt, der sich bei Rückzahlung der Stammeinlage ebenfalls nicht auf Gutgläubigkeit berufen kann, soweit der Betrag zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (vgl. § 31 II GmbHG). Erhalten bleibt dem Kommanditisten der – zunächst ebenfalls zur Streichung vorgesehene – Einwand, ein Gläubiger habe von seiner Kommanditistenstellung gewusst (vgl. § 176 I HGB nF). Damit vermag der nicht eingetragene Kommanditist die andernfalls unbeschränkte Haftung abzuwehren.

30 Umstritten ist, ob dieser Einwand auch dem Kommanditisten einer sogenannten Kann-KG zusteht, also, einer GbR, die erst durch den Handelsregistereintrag zur KG wird. Die herrschende Meinung verneint das, und dabei soll es durch die Neufassung bleiben: Der Anwendungsbereich des § 176 I HGB wird explizit auf handelsgewerbliche Unternehmen begrenzt. Diese Haftungsstrenge überzeugt jedenfalls dann nicht, wenn der Eintragungsantrag schon gestellt oder vorbereitet ist.³⁰ Dass der Gesetzgeber das offenbar anders sieht,³¹ mag einer Analogie zu § 176 I HGB den Weg sperren, hindert jedoch nicht daran, die von ihm andernorts gewiesene Tür zur Haftungsbegrenzung bei BGB-Gesellschaften für Fälle der noch nicht eingetragenen Kann-KG kreativ zu nutzen.³² Die Praxis sollte dennoch vorsichtig bleiben und den Geschäftsbeginn vor Eintragung meiden.

31 Durch den Rechtsausschuss wurden in letzter Minute noch zwei weitere Änderungen eingefügt: Die sprachliche Neufassung von § 176 II HGB soll klarstellen, dass die unbeschränkte Kommanditistenhaftung vor Eintragung gem. § 176 II HGB nur für den Eintritt eines neuen („weiteren“) Kommanditisten gilt, nicht dagegen bei bloßer Übertragung eines bestehenden Kommanditanteils.³³ Das Konstrukt einer aufschiebend bedingten Übertragung entfällt damit, es genügt die Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge. Zugleich wird man in der Neufassung ein Signal sehen dürfen, auf die in der Praxis übliche, aber eigentlich überflüssige „negative Abfindungsversicherung“ zu verzichten.³⁴ Ferner wurde ein neuer § 179 HGB geschaffen, wonach der einzige persönlich haftende Gesellschafter trotz Insolvenz nicht aus der KG ausscheidet, wenn über deren Vermögen ebenfalls ein Insol-

Bachmann: Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (NJW 2021, 3073)

3078

venzverfahren eröffnet ist bzw. werden kann. Das soll die einheitliche Abwicklung bzw. Sanierung einer GmbH & Co. KG im typischen Fall der Simultaninsolvenz ermöglichen.³⁵

3. Stille Gesellschaft

32 Bei der stillen Gesellschaft begnügt sich das MoPeG mit Folgeänderungen. Das Informationsrecht des stillen Gesellschafters (§ 233 HGB) wird wie das des Kommanditisten erweitert und die Auflösungskündigung wird wie bei OHG und KG durch ein Recht zur Austrittskündigung ersetzt (§ 234 HGB nF).

IV. Reform bei freiberuflichen Rechtsformen

1. Partnerschaft

33 Radikalen Forderungen zum Trotz wird die Partnerschaft weder abgeschafft noch für alle Unternehmen geöffnet. Das MoPeG begnügt sich stattdessen mit zwei Liberalisierungen. Erstens muss der Name der Partnerschaft künftig weder den Namen eines Partners noch die

Berufsbezeichnungen enthalten (§ 2 I PartGG nF). Zweitens wird auf das Schriftformerfordernis (§ 3 PartGG) verzichtet. Die Einführung eines „Statuswechsel“ zwischen den verschiedenen Formen der Personengesellschaft (o. Rn. 11) macht es ferner erforderlich, die Partnerschaft in diesen einzubeziehen (vgl. § 4 PartGG nF). Die übrigen Änderungen sind redaktioneller Natur und durch die Neufassung der §§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff. HGB, auf die das PartGG weiterhin verweist, bedingt. Trotz der Streichung von § 7 II PartGG bleibt die Partnerschaft natürlich weiterhin rechtsfähig.³⁶

2. Öffnung von OHG und KG für freie Berufe

34Ein zentraler Reformschritt ist die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Freiberufler. Sie ebnet dieser Berufsgruppe den Weg in die begehrte GmbH & Co. KG. Steuerberater und Wirtschaftsprüfer können die Option schon heute nutzen,³⁷ während sie anderen – namentlich Rechtsanwälten – versagt ist.³⁸ Das MoPeG ändert das, indem es einer Gesellschaft, „deren Zweck die gemeinsame Ausübung freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist“, die Eintragung in das Handelsregister gestattet (§ 107 I 2 HGB nF). Die Wahlmöglichkeit steht unter dem Vorbehalt, dass „das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt“. Für Rechtsanwälte wird das nach der jüngsten, am 1.8.2022 in Kraft tretenden BRAO-Reform³⁹ der Fall sein (vgl. § 59 b I 1 Nr. 1 BRAO nF). Weil die BRAO insoweit als Spezialregelung zum HGB verstanden wird, kann die Option sogar schon vor Inkrafttreten des MoPeG genutzt werden.⁴⁰ Welche und wie viele Freiberufler am Ende von dieser Freiheit Gebrauch machen werden, muss sich zeigen.

V. Änderungen im Vereinsrecht

35Im Vereinsrecht geht das Gesetz den überfälligen Schritt und erkennt den „nicht rechtsfähigen“ Idealverein (§ 54 BGB) endlich als rechtsfähig an. Technisch wird das durch Verweis auf die für den eingetragenen Verein geltenden Organisationsregeln (§§ 24–53 BGB) erreicht (vgl. § 54 I 1 BGB nF). § 50 II ZPO wird folgerichtig gestrichen. Zur juristischen Person wird der nicht eingetragene Verein dadurch nicht, wie die neue Normüberschrift („Vereine ohne Rechtspersönlichkeit“) deutlich macht. Neben den natürlichen und den juristischen Personen sowie den rechtsfähigen Personengesellschaften (§ 14 II BGB) bildet er damit eine vierte Kategorie an Rechtsträgern. Für nicht eingetragene Vereine mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb bleibt es beim Verweis auf das Recht der Gesellschaft (§ 54 I 2 BGB nF). Je nach verfolgtem Zweck gelangt damit das Recht der GbR oder dasjenige der OHG zu Anwendung. Unberührt bleibt auch die persönliche Haftung der Handelnden (§ 54 S. 2 BGB). Sie wird lediglich in einen zweiten Absatz ausgegliedert.

VI. Fazit

36Im Bundestag wurde das MoPeG als „Jahrhundertwerk“ gewürdigt.⁴¹ Das klingt pathetisch, ist angesichts des Umstands, dass zentrale, aus dem 19. Jahrhundert überkommene Passagen von BGB und HGB völlig neugefasst werden, jedoch nicht übertrieben. Für die Praxis hält sich der Umstellungsbedarf in Grenzen, weil die Reform in vielen Teilen nur nachzeichnet, was Rechtsprechung und Lehre im 20. Jahrhundert rechtsfortbildend entwickelt haben. Manche bescheinigen der Reform daher eine bloße „Lehrbuchfunktion“⁴². Dass das geschriebene Recht nun bald dem gelebten Recht entspricht, ist gleichwohl ein nicht zu unterschätzender Fortschritt. Echte Neuerungen bringen die Einführung eines GbR-Registers und die Öffnung der KG für Freiberufler. In

welchem Umfang die Praxis von diesen Optionen Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten. Verträge bestehender Personengesellschaften müssen jedenfalls darauf abgeklopft werden, ob und gegebenenfalls wo in den nächsten Jahren Anpassungen erforderlich sind.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Er war als Sachverständiger am Gesetzgebungsverfahren beteiligt.

¹ BGBl. 2021 I 3436.

² Grundsätzlich *BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056; ferner *BGHZ* 142, 315 = *NJW* 1999, 3483; *BGHZ* 150, 1 = *NJW* 2002, 1642. Die Frage, ob der *BGH* damit die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten hatte (so zB *Canaris ZGR* 2004, 69 [78]; *Stürner JZ* 2012, 10 [16]), hat sich mit der Reform erledigt.

³ Gutachten: *C. Schäfer*, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?.

⁴ Sog. Mauracher Entwurf, dazu ua *M. Noack NZG* 2020, 581; *Heckschen NZG* 2020, 761; *Habersack ZGR* 2020, 539; mit konkreten, im Gesetzgebungsverfahren aufgegriffenen Verbesserungsvorschlägen *Bachmann NZG* 2020, 612.

⁵ BT-Drs. 19/27635, 126.

⁶ BT-Drs. 19/27635 ebd.

⁷ Vgl. BT-Drs. 19/31105, 6: Regelung „dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Dieser soll (...) bereits aus dem Gesetz ersehen können, ob er von einer rechtsfähigen Gesellschaft ausgehen darf“.

⁸ Näher (mit Fallbeispielen) *Bachmann*, Stellungnahme für den Rechtsausschuss v. 18.4.2021, 3 ff. (abrufbar unter https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen/831454-831454).

⁹ Vgl. BT-Drs. 19/27635, 162.

¹⁰ Zur praktischen Handhabung *M. Noack/Göbel GmbHR* 2021, 569.

¹¹ Vgl. *Bachmann NZG* 2020, 612 (615); *Kindler ZGR* 2021, 598 (604 ff.).

¹² So zB *Habersack ZGR* 2020, 539 (547 ff.); *K. Schmidt ZHR* 185 (2021), 16 (28).

¹³ *Bachmann*, FS K. Schmidt, 2019, 49 (56 ff.).

¹⁴ Eingehend Arbeitskreis Hochschullehrer Bilanzrecht ZIP 2021, Beil. zu Heft 2, 3; kritisch *Schall NZG* 2021, 494.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 19/31105, 6.

¹⁶ Vgl. *BGHZ* 142, 315 = *NJW* 1999, 3483; *BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056; *BGHZ* 150, 1 = *NJW* 2002, 1642; *BGHZ* 154, 88 = *NJW* 2003, 1445.

¹⁷ Vgl. *BGHZ* 150, 1 = *NJW* 2002, 1642; *BGH NJW* 2006, 3716; *BGHZ* 188, 233 = *NJW* 2011, 2040.

¹⁸ BT-Drs. 19/27635, 165.

¹⁹ Vgl. etwa *Bachmann NZG* 2020, 612 (617 f.); *Geibel ZRP* 2020, 137 (140); *Habersack ZGR* 2020, 539 (563).

²⁰ BT-Drs. 19/27635, 165.

²¹ Der Verweis in § 715 a BGB nF auf § 715 III 3 beruht auf einem Redaktionsversehen, gemeint ist § 715 III BGB nF in der durch den Rechtsausschuss verkürzten Fassung.

²² Kritisch dazu *Freitag ZGR* 2021, 534 (550 ff.).

²³ AA für die eGbr *Claußen/Pieronczyk NZG* 2021, 620 (628).

²⁴ Vgl. nur *BGH NJW* 1974, 1705 (Lotto-Fall); *LG Arnsberg NJW* 2017, 2421 (Kronkorken-Fall).

²⁵ Zur Abgrenzung von der rechtsfähigen GbR s.o. Rn. 5 ff. Zur Gefälligkeit MüKoBGB/*Bachmann*, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 163 ff.

²⁶ Näher dazu *C. Schäfer* ZIP 2021, 1522.

²⁷ Vgl. BT-Drs. 19/27635, 226.

²⁸ Vgl. *Bachmann* NZG 2020, 612 (613); *Wörner/Ebel* NZG 2021, 963.

²⁹ Dafür zuletzt *Jacobsen* DStR 2020, 1259; *Hoffmann-Becking*, FS Seibert, 2019, 359 (369 f.); eingehend *Röder* ZHR 184 (2020), 457.

³⁰ Vgl. MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 176 Rn. 7, 9.

³¹ Vgl. dazu den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/31105, 9.

³² S. o. bei Fn. 20.

³³ BT-Drs. 19/31105, 9.

³⁴ *Leo/John* NZG 2021, 1195 (1197 f.); zur Funktionslosigkeit der Abfindungsversicherung *Heinze* ZNotP 2013, 245.

³⁵ BT-Drs. 19/31105, 9.

³⁶ Es handelt sich um ein Redaktionsversehen: § 124 HGB, auf den § 7 II PartGG verweist, war zur Streichung bestimmt, wurde in letzter Minute aber in einen (neuen) § 105 III HGB nF überführt.

³⁷ Vgl. *BGHZ* 202, 92 = NJW 2015, 61.

³⁸ Vgl. *BGH* NJW 2011, 3036.

³⁹ Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe v. 7.7.2021, BGBl. 2021 I 2363; dazu *Deckenbrock* DB 2021, 2200; *Stöber* DStR 2021, 2137.

⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 19/27670, 177.

⁴¹ Rede des Rechtsausschussvorsitzenden *Hirte* v. 25.6.2021, Plenarprotokoll 19/236, 30755.

⁴² So *Weller/Schwemmer* BB 2021, Heft 29/30, I.

[□ Verlag C.H.BECK oHG 2023](#)