

Das MoPeG kommt – was ist zu tun?

Handlungsbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten für bestehende und neu zu gründende Personengesellschaften

Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M. (London) | Dr. Silke Hoffmann*

Mit dem MoPeG treten am 1.1.2024 umfangreiche Neuerungen im Personengesellschaftsrecht in Kraft. Vor allem das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) wird grundlegend reformiert, aber auch für die Personenhandelsgesellschaften ergeben sich Änderungen. Der Beitrag zeigt Handlungsbedarf und neue Gestaltungsmöglichkeiten für bestehende und neu zu gründende Personengesellschaften aus der Perspektive anwaltlicher Beratung auf, wobei insbesondere das Für und Wider der Eintragung einer GbR in das neue Gesellschaftsregister sowie die Ausgestaltung des Innenverhältnisses der GbR, aber auch praxisrelevante Neuerungen im Recht der KG behandelt werden.

I. Einführung

Am 1.1.2024 wird endlich das bereits am 17.8.2021 verkündete „Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)“ in Kraft treten.¹ Die Praxis musste lange auf diese Reform warten, obwohl sich das geltende Recht dem Gesetz längst nicht mehr entnehmen ließ und eine Anpassung schon deshalb unumgänglich war.²

Dem Gesetz waren dennoch jahr(zehnt)elange Diskussionen vorausgegangen, die sich neben vielen Detailfragen insbesondere um die Grundsatzfrage drehten, ob die gesetzlichen Regelungen nur „minimalinvasiv“ angepasst werden sollten oder eine Totalreform unter Aufgabe der Unterscheidung zwischen Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Personenhandelsgesellschaften und Einführung eines „Unternehmensgesetzbuches“ etwa nach österreichischem Vorbild vorzuzugswürdig wäre.³ Neuen Anstoß gab der 71. Deutsche Juristentag 2016, für den Carsten Schäfer in seinem Gutachten die Frage „Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?“ untersuchte. Darin und in den Beiträgen der Referenten, den Diskussionsbeiträgen sowie den zahlreichen anderen Veröffentlichungen zum Thema dieses Juristentags⁴ wurden (nochmals) viele Grundüberlegungen für die überfällige Reform des Personengesellschaftsrechts formuliert.⁵ Weitgehende Einigkeit herrschte dabei über die Reformbedürftigkeit an sich,⁶ während sich der Juristentag gespalten zeigte bei der Frage, ob die Reform „systemimmanent“, also „unter grundsätzlicher Beibehaltung der Unterscheidung zwischen GbR, Handelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaft“ erfolgen sollte.⁷ Der Ruf nach Reform fand nicht lange danach schließlich politischen Zuspruch:⁸ Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz setzte am 23.7.2018 eine Expertenkommission, bestehend aus Universitätsprofessoren und Praktikern, ein mit der Aufgabe, den „Reformbedarf im Personengesellschaftsrecht zu ermitteln und Vorschläge für Änderungen zu entwickeln, mit denen es an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens angepasst werden kann.“⁹ Die Expertenkommission erarbeitete den sogenannten „Mauracher Entwurf“¹⁰, der die Grundlage für den Referentenentwurf des BMJV bildete, auf dem der spätere Regierungsentwurf dann im Wesentlichen

beruhte. Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („MoPeG“) wurde schließlich mit nur wenigen Änderungen am 24.6.2021 vom Bundestag verabschiedet.

Das ursprünglich geplante Inkrafttreten zum 1.1.2023 war im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens um ein Jahr verschoben worden, um den Ländern zusätzlich Zeit für die technisch-organisatorische Umsetzung des neuen Gesellschaftsregisters zu geben (siehe dazu II.2.).¹¹ Begründet wurde die Verschiebung auch damit, dass so den Gesellschaftern mehr Zeit gegeben würde, ihre Gesellschaftsverträge an die eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten anzupassen.¹² Damit, ob und welche Änderungen von Gesellschaftsverträgen und sonstigen

* Dr. Gabriele Roßkopf ist Mitherausgeberin der Zeitschrift für das Recht der Personengesellschaften und war von 2018 bis 2020 Mitglied der vom damaligen Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eingesetzten „Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“. Sie ist Partnerin, Dr. Silke Hoffmann ist Associate bei Gleiss Lutz, Stuttgart.

- 1 BGBl. 2021 Teil I Nr. 53 S. 3436 ff., Artikel 137 S. 1. Einzelne Bestimmungen des Gesetzes sind bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten, Artikel 137 S. 2.
- 2 Roßkopf, Referat zum Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, 71. DJT Bd. II/1, 2016, S. O II.
- 3 K. Schmidt, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983; dagegen Hüffer AcP 184 (1984), 584 ff.; Ulmer ZGR 1984, 313 ff.; in jüngerer Zeit erneut K. Schmidt ZHR 177 (2013), 712 ff.; Röder AcP 215 (2015), 450 ff.
- 4 Vgl. Fleischer/Heinrich/Pendl NZG 2016, 1001 ff.; Schäfer ZHR 180 (2016), 411 ff.; Tröger JZ 2016, 834 ff.; Westermann NJW 2016, 2625 ff.
- 5 Vgl. Schäfer, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag – Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016, sowie die Referate von Roßkopf, 71. DJT Bd. II/1, 2016, S. O II ff.; Wicke, ebd., S. O 31 ff.; Henssler, ebd., S. O 53 ff.
- 6 71. DJT Bd. II/1, 2016, S. O 101: Beschluss I.1.: „Eine Reform des Personengesellschaftsrechts ist geboten, um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen.“, angenommen 43:2:3.
- 7 S. 71. DJT Bd. II/1, 2016, S. O 101: Beschluss I.2., abgelehnt 24:26:2.
- 8 S. dazu den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 131 (Dokument abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>).
- 9 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 100; Antwort BReg auf Kleine Anfrage, BT-Drs. 19/7366, S. 2.
- 10 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung_PersonengesellschaftsR.html (zuletzt abgerufen am 18.3.2022).
- 11 BT-Drs. 19/31105, S. II.
- 12 Vgl. Plenarprotokoll 19/236, S. 30756B.

Maßnahmen durch das MoPeG erforderlich oder empfehlenswert sind und was bei der Neugründung von Personengesellschaften künftig zu beachten ist, befassen wir uns in diesem Beitrag.

II. Neuerungen durch das MoPeG und Auswirkungen auf bestehende und neu zu gründende Personengesellschaften

1. Grundsätzliches

Das MoPeG hat einen ganz erheblichen Umfang: es sieht Änderungen in insgesamt 136 Gesetzen und Verordnungen vor und enthält allein 56 neue und neu gefasste BGB-Paragrafen. Das Personengesellschaftsrecht wird dadurch aber (in der Sache) nicht neu geschrieben, vielmehr ist es das erklärte Ziel des MoPeG, das „Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts [...] innerhalb des bestehenden Systems, das heißt unter Anerkennung des grundlegenden Unterschieds zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Personengesellschaften, konsolidiert und konsequent am Leitbild einer auf gewisse Dauer angelegten, mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestatteten Personengesellschaft auszurichten.“¹³ Dabei zeichnet das MoPeG zum Teil lediglich nach, was Rechtsprechung und Literatur in den letzten Jahren und Jahrzehnten rechtsfortbildend entwickelt haben, wie beispielsweise die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR.¹⁴ Zum Teil schafft das MoPeG aber auch echte Neuerungen, insbesondere die Einführung eines Gesellschaftsregisters für die GbR und die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften (insbesondere der GmbH & Co. KG) für Freiberufler, vgl. dazu noch II.10.

Ein Großteil der Regelungen ist nach wie vor dispositiv, so dass Gesellschafter weiterhin in großem Umfang von den gesetzlichen Regelungen Abweichendes im Gesellschaftsvertrag vereinbaren können. Dadurch kann den individuellen Zielen und Interessen der Gesellschafter bereits im Rahmen der Gründung der Gesellschaft bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags Rechnung getragen werden. Eine Überprüfung der Gesellschaftsverträge ist aber auch bei bestehenden Personengesellschaften in jedem Fall ratsam, um zu klären, wo die neuen gesetzlichen Regelungen ausreichen, wie eventuell bestehende Lücken passend geschlossen werden können und wo eine Anpassung oder Ergänzung der gesellschaftsvertraglichen Regelungen den Interessen der Gesellschafter besser gerecht wird.

Nichts geändert hat sich selbstverständlich daran, dass die jeweilige Interessenlage der Gesellschafter im Zentrum steht, die sich je nach Zweck der Gesellschaft und Zusammensetzung des Gesellschafterkreises sehr unterschiedlich gestalten kann. Die GbR ist dabei als nach wie vor am leichtesten zu gründende „Grundform“¹⁵ der Personengesellschaften besonders vielgestaltig. Mit ihr können die Gesellschafter (fast) alle erdenklichen Zwecke verfolgen,¹⁶ die Erscheinungsformen reichen von reinen Gelegenheitsgesellschaften über Ehegattengesellschaften, Bauherrngemeinschaften, Familienpools, vermögensverwaltende GbRs, Bau-Arbeitsgemeinschaften bis hin

zu etwa im Bereich der freien Berufe oder der Landwirtschaft unternehmerisch tätigen GbRs, um nur eine Auswahl zu nennen. Den einen „idealen“ Gesellschaftsvertrag für alle Erscheinungsformen der GbR gibt es daher nach wie vor nicht. Die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags ist stets eine individuelle Angelegenheit.

2. Gründung

Unverändert wird eine GbR durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gegründet, der auch weiterhin formlos wirksam ist, vgl. § 705 Abs.1 BGB nF. In aller Regel werden die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag aber schon aus Gründen der Klarheit und Transparenz schriftlich schließen. Dafür sind weiterhin mindestens zwei Gesellschafter erforderlich, eine „Ein-Mann-GbR“ ist nicht zulässig¹⁷ (ebenso wenig können Personengesellschaften im Übrigen nach wie vor eigene Anteile halten oder erwerben, § 711 Abs.1 S.2 BGB nF¹⁸). Im Verhältnis zu Dritten entsteht die GbR immer erst durch ihre Teilnahme am Rechtsverkehr mit Zustimmung aller Gesellschafter, oder mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister (dazu noch unten3.), § 719 BGB nF.

Die Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister bedarf dann aber der Mitwirkung eines Notars, denn wie bei Handelsregisteranmeldungen ist die elektronische Einreichung der Anmeldung in öffentlich beglaubigter Form erforderlich und auch Dokumente sind elektronisch einzureichen, § 707 b Nr. 2 BGB nF iVm § 12 HGB. Seit 1.8.2022 können Handelsregisteranmeldungen aufgrund des DiREG¹⁹ gemäß § 12 Abs.1 S.2 HGB, § 40a BeurkG auch per Videokommunikation beglaubigt werden.

Wie vor der Reform kann die GbR grundsätzlich zwar keine Firma führen, vgl. §§ 1, 17 ff. HGB, aber einen Namen tragen.²⁰ Für die Wahl des Namens gibt es keine gesetzlichen Vorschriften oder Mindestvoraussetzungen. Damit der Name nach § 12 BGB geschützt ist, bedarf er jedoch einer individuellen Unterscheidungskraft und muss zur Identifizierung der Gesellschaft in ihrem Wirkungskreis verwendet werden.²¹ Verwenden die Gesellschafter den Namen der GbR im geschäftlichen Verkehr, kann er als Unternehmenskennzeichen im Sinne von § 5

13 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 2.

14 S. dazu nur Bachmann NJW 2021, 3073 (3074); Hermanns DNotZ 2022, 3 (4f.); Kruse DStR 2021, 2412 (2413); K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (19ff.).

15 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 2.

16 Die Gesellschafter können als Gegenstand der GbR nach ganz hM grundsätzlich jeden erlaubten Zweck festlegen, den sie auf rechtsgeschäftlicher Grundlage verfolgen wollen, vgl. Ballerstedt JuS 1963, 253 ff.; Staudinger BGB/Habermeier, Neubearb. 2003, § 705 Rn. 18; Böhmer JZ 1994, 983 f.; Soergel BGB/Hadding/Kießling, 13. Aufl. 2012, § 705 Rn. 35; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 148 mwN.

17 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 141.

18 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 144; MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 92; K. Schmidt ZIP 2014, 493 (498).

19 Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie BGBI. I 2022, 1146.

20 Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2014, 4372; OLG München NJW-RR 1993, 621; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 278 mwN.

21 Soergel BGB/Heinrich, 13. Aufl. 2000, § 12 Rn. 115 ff.; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 280.

Abs. 2 MarkenG geschützt werden. Sondervorschriften gelten für die eingetragene GbR: so muss die eingetragene GbR den Zusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGmbH“ im Namen tragen; außerdem muss eine GbR, bei der keine natürliche Person als Gesellschafter haftet, eine Bezeichnung im Namen führen, aus der die Haftungsbeschränkung erkennbar wird, § 707a Abs. 2 BGB nF. Wie genau diese Bezeichnung lauten soll, regelt das MoPeG nicht und wird auch in der Begründung nicht ausgeführt. Die genaue Formulierung bleibt also wie in der entsprechenden Vorschrift für Personenhandelsgesellschaften in § 19 Abs. 2 HGB, die als Regelungsvorbild diente,²² der Rechtsprechung überlassen.²³ Demnach könnten Bezeichnungen wie „GmbH & Co. eGmbH“, „beschränkt haftende eGmbH“ oder „eGmbH mit beschränkter Haftung“ in Betracht kommen. Überhaupt orientiert sich das Namensrecht der eingetragenen GbR stark am Firmenrecht des HGB. So darf der Name der eGmbH etwa nicht irreführend sein und muss sich von anderen am selben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handels-, Genossenschafts-, Gesellschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister eingetragenen Firmen bzw. Namen deutlich unterscheiden, vgl. § 707b Nr. 1 BGB nF, §§ 18, 21 bis 24, 30 nF und 37 HGB.

3. Eintragung in das Gesellschaftsregister (§§ 707 ff. BGB nF)

a) Eintragungsanreize und -erfordernisse

In jedem Fall müssen die Gesellschafter für bestehende wie für neu zu gründende GbR prüfen, ob eine Registeranmeldung ratsam oder vielleicht sogar erforderlich ist: Um mehr „Transparenz und Rechtssicherheit über die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung“²⁴ von GbR zu schaffen, wird den Gesellschaftern durch das MoPeG ab dem 1.1.2024 erstmals die Möglichkeit eingeräumt, eine GbR in das neu zu schaffende Gesellschaftsregister eintragen zu lassen. Besser noch als die Einführung eines weiteren Registers wäre es zwar gewesen, ein einheitliches Register für alle eintragungsfähigen Rechtssubjekte wie Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen zu schaffen. Aber auch so ist die praktische Bedeutung dieser Neuerung nicht zu unterschätzen: Den Gesellschaftern wird es dadurch erstmals möglich, im Rechtsverkehr durch einfachen Registerauszug die Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis der für die GbR handelnden Gesellschafter zweifelsfrei nachweisen zu können und sich nicht mit der Vorlage des Gesellschaftsvertrags und separater rechtsgeschäftlicher Vollmachten²⁵ oder einem Grundbuchauszug (§ 899a BGB)²⁶ behelfen zu müssen. Endlich wird – wenn die GbR eingetragen wird – ein Gleichlauf von Rechtsträgerschaft und Subjektpublizität hergestellt.²⁷

Die Eintragung ist grundsätzlich freiwillig und keine Voraussetzung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft²⁸ – wobei die GbR umgekehrt im Verhältnis zu Dritten spätestens durch die Eintragung als rechtsfähige Außengesellschaft entsteht, § 719 Abs. 1 BGB nF. Das MoPeG setzt aber zum einen Eintragungs-

anreize wie das nur der eGmbH eröffnete Sitzwahlrecht (siehe näher dazu II.4.) und die Möglichkeit, mit Publizitätswirkung Regelungen über die Vertretungsbefugnis zu treffen (siehe dazu II.5.).²⁹ Zum anderen ist die Eintragung Voraussetzung dafür, dass eine GbR bestimmte eingetragene Rechte erwerben kann, weil sie sich nur als eingetragene GbR zB in das Grundbuch (§ 47 Abs. 2 GBO nF³⁰), das Schiffsregister (§ 18 Abs. 2 SchRegO³¹) oder als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste einer GmbH (§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG nF) oder das Aktienregister einer AG (§ 67 Abs. 1 S. 3 AktG nF) eintragen lassen kann. Auch wenn eine GbR in eine andere Gesellschaftsform nach dem Umwandlungsgesetz umgewandelt werden soll, ist eine vorherige Registereintragung erforderlich, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nF. Die kleingewerbliche oder rein vermögensverwaltende (nicht im Gesellschaftsregister eingetragene) GbR kann aber weiterhin wie gewohnt durch freiwillige Eintragung im Handelsregister zur OHG werden, vgl. § 107 Abs. 2 HGB nF.³² Der Wechsel einer ins Gesellschaftsregister eingetragenen GbR in die Rechtsform einer anderen Personengesellschaft („Statuswechsel“) ist in § 707c BGB nF geregelt.

b) Gesellschaftsregister

Die rechtliche Ausgestaltung des Gesellschaftsregisters soll im Hinblick auf Zuständigkeit, elektronische Registerführung und Einsichtnahme, Anmeldungs- und Eintragungsverfahren sowie Bekanntmachung von Eintragungen dem Handelsregister ähneln.³³ Auf der Grundlage von § 387 Abs. 2 S. 1 FamFG nF hat das Bundesministerium der Justiz eine Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) zur Ausgestaltung des neuen Registers und zur registerrechtlichen Umsetzung der §§ 707–707c BGB nF erlassen.³⁴ In § 1 Abs. 1 GesRV werden im Hinblick auf Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters die Vorschriften der Handelsregisterverordnung (HRV) für entsprechend anwendbar erklärt, was eine unkomplizierte Rechtsanwendung der mit den Handelsregistervorschriften vertrauten Registergerichte fördern soll. Die eingetragene GbR hat dann – wie bereits oben unter 2. ausgeführt – als „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „eGmbH“ zu firmieren,³⁵ § 707a Abs. 2 S. 1 BGB nF. Die Gesellschaft erhält den neuen Rechtsformzusatz mit der Eintragung in das

22 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 132.

23 Zu § 19 Abs. 2 HGB vgl. etwa Hopt, HGB 41. Aufl. 2022, § 19 Rn. 28.

24 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 144.

25 So BeckNotHdb/Hermanns, 7. Aufl. 2019, § 20 Rn. 178; ähnl. Schöner/Stöber, GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 4265; Späth-Weinreich BWNotZ 2022, 2 (6).

26 Vgl. Schöner/Stöber, GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 4267.

27 Vgl. dazu RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 144.

28 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 132; Kruse DStR 2021, 2412 (2413); Kögel Rpfleger 2022, 56 (57) sieht aber „faktischen Zwang zur Registrierung“; ebenso Späth-Weinreich BWNotZ 2021, 90 (97).

29 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 134.; s. dazu auch S. 185.

30 S. auch die Übergangsvorschrift in Art. 229 § 21 Abs. 2–4 EGBGB nF.

31 S. auch die Übergangsvorschrift in Art. 229 § 21 Abs. 5 EGBGB nF.

32 Vgl. auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 265.

33 BGBl. 2022 I 2422.

34 BMJ, Entwurf GesRV, BR-Drs. 560/22 S. 12; vgl. BeckOK FamFG/Otto, 44. Ed., 1.10.2022, § 387 Rn. 3; Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften/Heckschen/Knaier, 84. Lfg, 09.2022, Rn. I 230s.

35 Insoweit missverständlich BMJ, Entwurf GesRV, BR-Drs. 560/22 S. 16.

Gesellschaftsregister, § 4 Abs. 2 S. 2 GesRV.³⁶ § 15 HGB gilt gemäß § 707a Abs. 3 S. 1 BGB nF entsprechend für die eingetragene GbR, der öffentliche Glaube des Gesellschaftsregisters umfasst allerdings nicht die fehlende Kaufmannseigenschaft einer GbR.³⁷

In das Gesellschaftsregister eingetragen werden gemäß § 707 Abs. 2 BGB nF Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft, Angaben zu den Gesellschaftern und zur Vertretungsbefugnis der Gesellschafter. Dementsprechend sind gemäß § 707 Abs. 3 BGB nF Änderungen des Namens, des Sitzes, der Anschrift, Eintritt und Ausscheiden von Gesellschaftern sowie Änderungen in der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter zur Eintragung anzumelden. Der Gesellschaftsvertrag muss nicht zum Register eingereicht werden und wird dementsprechend auch nicht veröffentlicht.

c) Einmal im Register, immer im Register

Ist die GbR einmal in das Gesellschaftsregister eingetragen, können die Gesellschafter die Eintragung nicht beliebig rückgängig machen. Dadurch soll Missbrauch unterbunden, kontinuierliche Transparenz gewährleistet und eine „Firmenbestattung“, dh eine verdeckte Liquidation der Gesellschaft außerhalb des vorgesehenen Insolvenzverfahrens, verhindert werden.³⁸ Auch die Umwandlung einer anderen Gesellschaftsform nach dem UmwG ist nur in eine eingetragene GbR möglich, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nF. Die Löschung einer GbR aus dem Gesellschaftsregister ist nur durch Auflösung und Liquidation möglich, § 707a Abs. 4 BGB nF.³⁹ Auch die Gesellschafter einer nur kleingewerblichen oder rein vermögensverwaltenden, freiwillig im Handelsregister eingetragenen OHG können die Eintragung künftig nicht mehr durch einen einfachen Löschantrag rückgängig machen. Die Fortsetzung einer solchen Gesellschaft als GbR ist künftig gemäß § 107 Abs. 2 HGB nF nur noch im Wege des Statuswechsels gemäß § 707c Abs. 1 BGB nF in eine eingetragene GbR möglich.⁴⁰

Gesellschaften, die oben erwähnte registrierte Rechte halten oder deren Geschäftstätigkeit auf den Erwerb solcher Rechte ausgerichtet ist, sollten sich möglichst rasch ins Gesellschaftsregister eintragen lassen, um im Hinblick auf Verfügungen über solche Rechte dann jederzeit handlungsfähig zu sein. Darüber hinaus sollten die Gesellschafter von unternehmenstragenden GbR wie etwa Freiberuflersozietäten oder Kleingewerbetreibende, die regelmäßig am Markt auftreten, eine Registereintragung in Erwägung ziehen. Denn es ist davon auszugehen, dass der Rechtsverkehr den Schutz, den die Registereintragung durch das Mehr an Transparenz bietet, vorziehen oder gar zur Bedingung des Kontrahierens machen wird.⁴¹

Die Eintragung bietet auch für ausscheidende Gesellschafter einen Vorteil, weil der Beginn der Fünf-Jahres-Frist für die Nachhaftung nach § 728b BGB nF durch Eintragung des Ausscheidens künftig mit Publizitätswirkung dokumentiert werden kann.⁴²

Bei der Abwägung, ob eine nicht eintragungspflichtige GbR freiwillig ins Gesellschaftsregister eingetragen werden soll,

aber auch wenn die GbR zum Zweck des Erwerbs registrierter Rechte in das Gesellschaftsregister eingetragen werden muss, ist zu beachten, dass die Eintragung dazu führen wird, dass die Gesellschaft die Transparenzpflichten gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GwG zu erfüllen hat, vgl. Art. 92 MoPeG.⁴³ Dazu gehört insbesondere die Pflicht, Angaben zu den wirtschaftlich Beteiligten einzuholen und zu übermitteln.⁴⁴ Je nach Gesellschafterzahl und Fluktuation kann sich der Verwaltungsaufwand dadurch deutlich erhöhen.⁴⁵ Aufgrund der Reform des Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetzes durch das TraFinG⁴⁶ wird es insofern auch nicht mehr wie nach § 20 Abs. 2 GwG aF genügen, dass sich die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten aus dem Gesellschaftsregister ergeben,⁴⁷ sie müssen sich stattdessen aus dem Transparenzregister selbst ergeben.

4. Sitzwahl

Anders als bisher können die Gesellschafter künftig auch dann eine deutsche Personengesellschaftsform wählen, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft regelmäßig von einem Ort im Ausland führen – oder die geschäftsführenden Gesellschafter können den Ort der Verwaltung ins Ausland verlegen, solange der vertraglich festgelegte Sitz der Gesellschaft in Deutschland bleibt. Denn mit § 706 BGB nF wird das Sitzwahlrecht für alle Personengesellschaften eingeführt.⁴⁸ Bislang war das Sitzwahlrecht für Personengesellschaften nicht anerkannt, da als Sitz der Gesellschaft unabhängig von einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag stets der Ort der faktischen Geschäftsleitung angesehen wurde.⁴⁹ Die Verlegung des Verwaltungssitzes ins europäische oder außereuropäische Ausland führte wegen der gekappten Verbindung zur deutschen Rechtsordnung zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.⁵⁰ Voraussetzung für die Sitzwahl ist aber die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister (s. dazu bereits II.3.) und die Vereinbarung eines Vertragssitzes im Inland, § 706 S. 2 BGB nF.

36 Vgl. Bolkart MittBayNot 2021, 319 (322); John NZG 2022, 243 (244).

37 Vgl. K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (30); krit. zur Formulierung Kögel Rpfleger 2022, 56 (58).

38 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 134; vgl. John NZG 2022, 243 (244); Kögel Rpfleger 2022, 56 (57).

39 Vgl. Bachmann NJW 2021, 3073 (3074); John NZG 2022, 243 (244).

40 Vgl. K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (32); krit. wegen möglicher Auswirkungen auf die Bereitschaft zur freiwilligen Eintragung Otte-Gräbener BB 2020, 1295 (1296); ähnlich zuvor schon die Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschusses NZG 2020, 1133 (1135).

41 Vgl. Bachmann NJW 2021, 3073 (3074); Kögel Rpfleger 2022, 56 (59).

42 Schollmeyer DNotZ 2021, 889 (892).

43 Ruppel/Haschke ZMGR 2022, 10 (11).

44 Kruse DStR 2021, 2412 (2413); vgl. Kögel Rpfleger 2022, 56 (58).

45 Otte ZIP 2021, 2162 (2165).

46 BGBl. I 2021, 2083.

47 So noch vorgesehen im RefE MoPeG, S. 339; vgl. Noack DB 2020, 2618 (2620); M. Goette DStR 2021, 1551.

48 Kruse DStR 2021, 2412 (2413).

49 BGH WM 1957, 999; vgl. Bolkart MittBayNot 2021, 319 (320); Kögel Rpfleger 2022, 56 (58); Späth-Weinreich BWNotZ 2022, 2 (4).

50 Fleischer DStR 2021, 430 (434); Kögel Rpfleger 2022, 56 (58); Kruse DStR 2021, 2412 (2413).

5. Geschäftsführung und Vertretung

a) Grundsätzlich gemeinschaftlich, abweichende Regelung möglich

Nach wie vor gilt für die GbR der Grundsatz der gemeinschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter, § 715 Abs. 3 S. 1 BGB nF. Entsprechendes gilt für die Vertretungsbefugnis, § 720 Abs. 1 BGB nF. Insbesondere für GbR, die regelmäßig am Rechtsverkehr teilnehmen und mehr als zwei Gesellschafter haben, wird das in aller Regel wenig praktikabel sein, so dass – wie auch nach bisheriger Rechtslage – abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag naheliegen, insbesondere zur Anzahl der geschäftsführenden Gesellschafter, zur Festlegung von Einzel- oder Gesamtgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, zu Geschäftsverteilungsplänen, zu Zustimmungskatalogen, zur (ggf. teilweisen) Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, aber auch zu Beschlussmehrheiten für Bestellung und Abberufung geschäftsführender Gesellschafter (dh Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis⁵¹), etc.

b) Unabdingbare Notgeschäftsführungsbefugnis

Bei gemeinschaftlicher Geschäftsführungsbefugnis ist für jedes Rechtsgeschäft die Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter oder – je nach gesellschaftsvertraglicher Regelung – von weiteren geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern erforderlich. Die Zustimmung weiterer geschäftsführungsbefugter Gesellschafter ist nach einer bereits bisher allgemein anerkannten und nun in § 715 Abs. 3 S. 3 BGB nF kodifizierten Ausnahme nicht erforderlich, wenn mit dem Aufschub des Geschäfts Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist. Sind alle geschäftsführungsbefugten Gesellschafter verhindert an der Notfallmaßnahme mitzuwirken, ist nach § 715a BGB nF ersatzweise jeder Gesellschafter einzeln für die Notfallmaßnahme geschäftsführungsbefugt. Diese Regelung kann nicht abbedungen werden. Eine Vertretungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters folgt daraus nach dem klaren Gesetzeswortlaut aber nicht.⁵² Der einzelne (dann geschäftsführende) Gesellschafter handelt, soweit er im Namen der Gesellschaft handelt, vielmehr als Vertreter ohne Vertretungsbefugnis. Die Gesellschaft ist aber verpflichtet, das Geschäft zu genehmigen, wenn die Maßnahme im Innenverhältnis gerechtfertigt war.⁵³

c) Vertretungsbefugnis nach MoPeG unbeschränkbar

Neu ist demgegenüber, dass eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis, beispielsweise in Bezug auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften, gemäß § 720 Abs. 3 BGB nF Dritten gegenüber künftig selbst dann unwirksam ist, wenn ihnen eine solche Beschränkung bekannt gemacht wurde.⁵⁴ Das weicht von der bisherigen Rechtslage ab, die solche Beschränkungen bei Erkennbarkeit für die Vertragspartner erlaubte und auf diesem Umweg auch Haftungsbeschränkungen ermöglichte.⁵⁵ Das MoPeG lässt das nicht mehr zu. Entsprechende Regelungen in älteren Gesellschaftsverträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie etwa die Bezeichnung einer GbR als „GbR mit beschränkter Haftung“ und Ähnliches sind damit wirkungslos und zu streichen. Eine

Beschränkung der Vertretungsmacht ist dabei weder für nicht eingetragene noch für eingetragene GbRs möglich, dementsprechend besteht auch keine Möglichkeit zur Eintragung einer solchen Beschränkung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsregister.⁵⁶ Dass die Eintragung der Vertretungsbefugnis ins Gesellschaftsregister im Übrigen aber das Handeln für die eingetragene GbR im Rechtsverkehr künftig deutlich vereinfachen wird, wurde bereits ausgeführt (vgl. 3. a)0).

d) Unverändert: Grundsatz der Selbstorganschaft

In allen Personengesellschaften gilt auch nach dem MoPeG weiterhin⁵⁷ der Grundsatz der Selbstorganschaft, dem zufolge die organschaftliche Vertretungsbefugnis nur den Gesellschaftern und nicht einem Dritten (Fremdgeschäftsführer) zustehen kann. Wenigstens ein Gesellschafter muss danach unbeschränkt allein vertretungsbefugt sein.⁵⁸ Wie bislang (und gerade in größeren, im weitesten Sinne unternehmerisch tätigen GbR nicht selten) bleibt es aber möglich, über rechtsgeschäftliche Vollmachten, Auftrags- und Anstellungsverhältnisse Nichtgesellschafter dauerhaft und in weitgehendem Umfang mit der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu betrauen; nur die organschaftliche Vertretungsbefugnis muss bei den Gesellschaftern verbleiben.⁵⁹ Das bedeutet, dass die Gesellschafter dem „Fremdgeschäftsführer“ die vertraglich übertragene Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne sein Zutun wieder entziehen können müssen, jedenfalls aus wichtigem Grund durch Beschluss mit einfacher Mehrheit.⁶⁰ Allerdings ist es nach dem eindeutigen Wortlaut des § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB nF auch künftig nicht möglich, die Vertretungsbefugnis eines Nicht-Gesellschafters ins Register einzutragen. Als Lösungsmöglichkeit bleibt, wenn die Eintragung unbedingt gewünscht ist, nur, dem Fremdgeschäftsführer eine Kleinstbeteiligung an der GbR einzuräumen oder (bei kleingewerblichen oder rein vermögensverwaltenden GbR) der Weg in die OHG und die Einräumung einer Prokura.

e) Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis

Die Gesellschafter sollten sich aber nicht nur mit den Einzelheiten der Erteilung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis beschäftigen, sondern auch mit Regelungen für den Konfliktfall. In der GbR kann einem Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gemäß §§ 715 Abs. 5, 720 Abs. 4 BGB nF durch Beschluss der Gesellschafter aus wichtigem Grund ganz oder teilweise entzogen werden. Für Personenhandelsgesellschaften ist gesetzlich hingegen weiterhin der umständlichere und zeitintensivere Weg über

51 S. dazu für die OHG näher 5. a).

52 S. auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 153 f.

53 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 153.

54 Missverständlich insoweit Otte ZIP 2021, 2162 (2163 f.).

55 BGH NJW 1999, 3483; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 714 Rn. 69 f.

56 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 163 f.

57 Dazu aus rechtspolitischer Sicht Hermanns DNotZ 2022, 3 (5).

58 BGH NJW 1960, 1997 (1998).

59 BGH NJW 1962, 738, BGH NJW 1982, 877; BGH NZG 2011, 593; BGH NZG 2014, 302; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 709 Rn. 5 mwN.

60 BGH NJW 1982, 2495.

ein richterliches Gestaltungsurteil nach §§ 116 Abs. 5, 124 Abs. 5 HGB nF vorgesehen. Gerade bei einem größerem Gesellschafterkreis kann es sich auch in der Personenhandels-gesellschaft anbieten, entsprechend §§ 715 Abs. 5, 720 Abs. 4 BGB nF im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit vorzusehen, einem persönlich haftenden Gesellschafter die Geschäftsfüh-rungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund durch Gesellschafterbeschluss entziehen zu können, insbesondere wenn dieser Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt ist.

6. Haftung

a) Keine Haftungsbeschränkung bei GbR

Auch nach dem MoPeG können die Gesellschafter einer GbR ihre Haftung gegenüber Dritten weiterhin grundsätzlich nicht beschränken. Die Gesellschafter einer GbR und OHG sowie die Komplementäre einer KG haften nach der neuen Rechts-lage wie bisher auch persönlich und unbeschränkt (§ 721 BGB nF), für Neu- wie für Altverbindlichkeiten (§ 721a BGB nF), akzessorisch (§ 721b BGB nF) und unmittelbar, wobei die Zwangsvollstreckung aus einem gegen die Gesellschaft erwirk-ten Vollstreckungstitel nicht auch gegen die Gesellschafter durchgeführt werden kann (§ 722 Abs. 2 BGB nF). Durch das MoPeG wurde damit die Rechtslage kodifiziert, die bisher bereits nach der Rechtsprechung des BGH und der hM analog § 128 HGB anerkannt war.⁶¹ Die Expertenkommission hatte eine Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung für eingetragene GbR diskutiert, letztlich aber mehrheitlich abgelehnt, weil die persönliche Haftung der Gesellschafter ein Grundprinzip des deutschen Personengesellschaftsrechts darstellt, es der GbR an einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung mangelt und ein Auseinanderfallen der Haftungsregime von GbR und OHG Abgrenzungsprobleme zwischen diesen bei-den Gesellschaftsformen mit sich bringen würde.⁶²

b) Ausnahmen bei Sonderkonstellationen

Bereits nach bisheriger Rechtslage haben Rechtsprechung und Schrifttum davon Ausnahmen entwickelt, etwa für Bauher-rengemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds, und Gesellschaften, die gemeinnützige und sonstige ideelle Zwecke verfolgen,⁶³ die auch nach der neuen Rechtslage weiterhin gel-ten sollen.⁶⁴ Ausnahmen kommen also nach wie vor in Betracht, wenn sich die unbeschränkte Gesellschafterhaftung nach „*umfassender Abwägung der Interessen der Geschäfts-gläubiger und der Gesellschafter*“⁶⁵ als unbillig erweist,⁶⁶ etwa bei Bauherrengemeinschaften oder geschlossenen Immobili-efonds eine vertraglich vereinbarte anteilige Haftung, ggf. zusätzlich beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen,⁶⁷ oder bei Gesellschaften, die gemeinnützige und sonstige ideelle Zwecke verfolgen, eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung bei entsprechender Anwendung der Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB.⁶⁸

Durch die Öffnung der Personenhandels-gesellschaften für freie Berufe ist zudem eine weitere Möglichkeit geschaffen worden, mit der Wahl der Rechtsform der KG die Haftung für einzelne Gesellschafter zu beschränken, bzw. mit der

Rechtsform der GmbH & Co. KG eine für alle Gesellschafter haftungsbeschränkte Gesellschaftsform zu wählen (dazu noch unter II.8.).

c) Haftungsmaßstab

Der im Innenverhältnis der GbR-Gesellschafter untereinander bislang prinzipiell anwendbare Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt in § 708 BGB ist im MoPeG bewusst gestrichen wor-den.⁶⁹ Gesellschafter haften damit im Innen- wie im Außen-verhältnis nach allgemeinen Vorschriften, dh nach § 276 Abs. 2 BGB haben sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwen-den. Für unternehmerisch tätige GbR dürfte sich dadurch wenig ändern, da der Maßstab eigenüblicher Sorgfalt in der Praxis bereits nach dem bisher geltenden Recht nur noch sehr eingeschränkt angewendet wurde, insbesondere dann nicht, wenn es an einer engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter fehlte.⁷⁰ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs könnten in Ausnahmefällen für die Haftung im Innenverhältnis über die allgemeine Rechtsgeschäfts- und Schuldrechtslehre beispielsweise durch Annahme eines still-schweigenden Haftungsverzichts⁷¹ oder die verkehrskreisbezo-gene Auslegung des Sorgfaltsmaßstabs⁷² weiterhin interessen-gerechte Lösungen gefunden werden.⁷³ Rechtssicherheit haben die Gesellschafter, wenn sie, innerhalb der Grenze des

61 BGH NJW 2001, 1056 (1061) (Anm. Schäfer NJW 2017, 3089); BGH NJW 2004, 836 (837); K. Schmidt NJW 2001, 993 (998 f.); Ulmer ZIP 2003, 1113 (1114); vgl. Schollmeyer DNotZ 2021, 889 (890).

62 Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Thesenpapiere der Arbeitsgruppen, 2020. S. 10; so auch RefE MoPeG, S. 189; RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 190 f.; vgl. K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (38).

63 S. dazu BGH NJW 1979, 2101; BGH NJW 2002, 1642 (1643); BGH NJW 2003, 2821 (2824); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 714 Rn. 61; RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165.

64 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165; s. dazu auch Schollmeyer DNotZ 2021, 889 (891 f.).

65 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165.

66 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165; vgl. zum Ganzen OLG Breslau OLGE 32, 362 (363) – Breslauer Brunnen; zust. Soergel BGB/Hadding/Kießling, 13. Aufl. 2012, § 714 Rn. 31; Flume BGB AT Bd. I Teil 1, 1. Aufl. 1977, § 16 IV S. 5; Ulmer ZIP 2003, 1113 (1119); Casper JZ 2002, 1112 (1114); Armbrüster ZGR 2005, 36 (47); iE auch BeckOK BGB/Schöne, 63. Ed., 1.5.2022, § 714 Rn. 44; Wiedemann GesR II, 1. Aufl. 2004, § 7 III S. 4 b bb), 662; Reiff ZGR 2003, 550 (574); Beuthien NZG 2005, 493 (494); Canaris ZGR 2004, 69 (105); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 714 Rn. 61.

67 BGH NJW 1979, 2101; BGH NJW 2002, 1642 (1643); BGH NJW 2003, 2821 (2824).

68 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165; OLG Breslau OLGE 32, 362 (363) – Breslauer Brunnen; zust. Soergel BGB/Hadding/Kießling, 13. Aufl. 2012, § 714 Rn. 31; Flume BGB AT Bd. I Teil 1, 1. Aufl. 1977, § 16 IV S. 5; Ulmer ZIP 2003, 1113 (1119); Casper JZ 2002, 1112 (1114); Armbrüster ZGR 2005, 36 (47); iE auch, BeckOK BGB/ Schöne, 63. Ed., 1.5.2022, § 714 Rn. 44; Wiedemann GesR II, 1. Aufl. 2004, § 7 III S. 4 b bb), 662; Reiff ZGR 2003, 550 (574); Beuthien NZG 2005, 493 (494); Canaris ZGR 2004, 69 (105); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 714 Rn. 61.

69 Kritisch zur Streichung des § 708 BGB Bachmann NZG 2020, 612 (613); die Streichung ausdrücklich begrüßend dagegen Fleischer DStR 2021, 430 (434).

70 BGHZ 69, 207 (209); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 708 Rn. 5; Staudinger BGB/ Habermeier, 13. Bearb., § 708 Rn. 1, 15 ff.; Fleischer/Danninger NZG 2016, 481 ff.; s. dazu auch bereits Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 19.

71 S. dazu näher Schirmacher ZHR 186 (2022), 250 (255 f.); aus der Rspr. siehe BGH NJW 2009, 1482 (1483); OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 384 (385).

72 S. dazu Fleischer/Danninger NZG 2016, 481 (490); Habersack/Lüdeking, RFamU 2022, 3, 8; MüKoBGB/Grundmann, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 57 ff.; Staudinger BGB/Caspers, Bearb. 2019, § 276 Rn. 32.

§ 276 Abs. 3 BGB (kein Vorsatzausschluss), einen konkret gewünschten milderer Haftungsmaßstab im Gesellschaftsvertrag festlegen.

7. Innenverhältnis

a) Beteiligungsverhältnisse

Bisher bemaßen sich die Stimmkraft sowie der Anteil der Gesellschafter an Gewinn und Verlust grundsätzlich nach Köpfen, §§ 709 Abs. 2, 722 BGB. Das wird sich unter dem MoPeG ändern: Künftig richten sich die Stimmkraft und der Anteil an Gewinn und Verlust vorrangig nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen, § 709 Abs. 3 S. 1 BGB nF.⁷⁴ Wenn keine Beteiligungsverhältnisse vereinbart werden, richten sich die Stimmkraft und der Anteil an Gewinn und Verlust zunächst nach dem Verhältnis der vereinbarten Werte der Beiträge und nur nachrangig nach Köpfen, § 709 Abs. 3 S. 2, 3 BGB nF. In Altgesellschaften ohne ausdrückliche Regelung der Beteiligungsverhältnisse könnten sich die Beteiligungsverhältnisse einer GbR mit Inkrafttreten des MoPeG also theoretisch verschieben; um das sicher zu verhindern, wäre eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags um eine ausdrückliche Regelung der Beteiligungsverhältnisse erforderlich. Aber auch Neugesellschaften können Streitigkeiten und Unklarheiten – zB über den Wert vereinbarter (Sach-)Beiträge – vermeiden, wenn die Beteiligungsverhältnisse im Gesellschaftsvertrag klar geregelt werden.⁷⁵

Das Gesetz geht von einem variablen Kapitalanteil aus, § 709 Abs. 3 BGB nF, § 120 Abs. 2 HGB nF, der sich zB durch Entnahmen verändern kann. Das kann zu praktischen Schwierigkeiten führen, insbesondere, wenn sich auch das Stimmrecht nach den Beteiligungsverhältnissen richtet.⁷⁶ Diese Schwierigkeiten lassen sich (wenn nicht ohnehin die Beteiligungsverhältnisse insgesamt abweichend geregelt sind, vgl. vorstehend) dadurch vermeiden, dass – wie beim Mehrkontenmodell in der KG – mehrere Konten für die Gesellschafter gebildet werden, wobei eines dieser Konten ein unveränderliches Kapitalkonto ist, an das die Stimm- und Gewinnbezugsrechte anknüpfen.⁷⁷ Die Gesellschafter können das Stimmgewicht der einzelnen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag aber auch abweichend von den Beteiligungsverhältnissen regeln,⁷⁸ beispielsweise nach Köpfen, wie es derzeit § 709 Abs. 2 BGB als gesetzliche Grundregel vorsieht.

Gewinne werden künftig nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen verteilt, § 105 Abs. 3 HGB nF, § 709 Abs. 3 BGB nF, was in der Regel den Interessen der Gesellschafter entsprechen dürfte. Gewinnanteile sind ohne anderweitige Regelung wie bislang auch ohne Einschränkung entnahmefähig, soweit dies der Gesellschaft nicht zum unmittelbaren Schaden gereicht. Teilweise wird daher geraten zu regeln, dass Entnahmen erst nach Ablauf einer Ankündigungsfrist oder nur auf Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses zulässig sind.⁷⁹ Eine Ankündigungsfrist erscheint grundsätzlich sinnvoll, damit die Geschäftsführung entsprechende Vorkehrungen treffen kann, um die Liquidität der Gesellschaft zu sichern und ggf. den Geschäftsbetrieb reibungslos am Laufen zu hal-

ten. Entnahmen generell nur auf Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses zuzulassen, kann für Minderheitsgesellschafter hingegen zum Problem werden.

b) Beschlussfassung

Auch nach dem MoPeG gilt für die Beschlussfassung in Personengesellschaften der Grundsatz der Einstimmigkeit, vgl. § 714 BGB nF, § 109 Abs. 3 HGB nF. Als gesetzliche Grundregel ist Einstimmigkeit auch richtig, weil in der GbR und OHG alle Gesellschafter persönlich und unbeschränkt (siehe 5.) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften und sich bewusst dafür entscheiden sollen, einen Mehrheitsbeschluss für die wirksame Beschlussfassung ausreichen zu lassen.

Um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern, ist es in der Praxis aber in aller Regel empfehlenswert, Mehrheitsbeschlüsse zuzulassen, wobei naturgemäß je nach Bedeutung des Beschlussesgegenstands die einfache oder eine qualifizierte Mehrheit oder eben doch die Einstimmigkeit vorgesehen werden kann. Grundsätzlich können die Beschlussmehrheiten im Gesellschaftsvertrag nach wie vor frei geregelt werden. Gewisse Vorgaben für erforderliche Beschlussmehrheiten ergeben sich aber aus dem Gesetz. So ist beispielsweise für die Auflösung der Gesellschaft bzw. einen Fortsetzungsbeschluss (mindestens) eine qualifizierte Mehrheit zwingend erforderlich, §§ 732, 734 BGB nF, §§ 140, 142 HGB nF. Für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag nur eine allgemeine, einfache Mehrheitsklausel vorsieht, hatte der Mauracher Entwurf noch eine Vermutungsregel in § 714 S. 2 BGB-E enthalten, nach der die Mehrheitsklausel im Zweifel auch für Beschlüsse gelten sollte, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gerichtet seien. Diese Regelung wurde aber schon im Referentenentwurf gestrichen. Nach dem MoPeG sind solche Mehrheitsklauseln damit nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen,⁸⁰ was zu Rechtsunsicherheit führen kann. Sofern die einfache Mehrheit auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrags gelten soll, ist deshalb eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag zu empfehlen.⁸¹

Regelungen zum Beschlussverfahren sind für die GbR im MoPeG nicht vorgesehen.⁸² Sobald der Gesellschaftsvertrag etwas anderes als Einstimmigkeit zur Beschlussfassung vorsieht, empfehlen sich deshalb zumindest grundlegende Rege-

73 So RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 159 f.; krit. dazu Schirrmacher ZHR 2022, 250 (255 ff.), für Haftungserleichterung nach §§ 31a f. BGB analog.

74 S. dazu bereits Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 22.

75 Vgl. auch Kruse DStR 2021, 2412 (2414).

76 Vgl. K. Schmidt ZHR 2021, 16 (43).

77 K. Schmidt ZHR 2021, 16 (43); vgl. schon zur bisherigen Gestaltung bei der GmbH & Co. KG, Reichert GmbH & Co. KG/Ihrig, 8. Aufl. 2021, § 21 Rn. 15ff. (32ff.).

78 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 142 f.; krit. auf Grundlage rechtstat-sächlicher Erwägungen Fleischer/Pendl WM 2017, 881 (888 ff.).

79 Otte ZIP 2021, 2162 (2166).

80 Schäfer ZIP 2021, 1527; befürwortend K. Schmidt ZHR 2021, 16 (35).

81 Ebenso Schäfer ZIP 2021, 1527.

82 Dies anregend bereits Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 20.

lungen im Gesellschaftsvertrag, etwa zur Befugnis zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung, zur Form und Frist bei der Ladung, ggf. zu Minderheitsrechten, mit denen die Einberufung einer Gesellschafterversammlung erzwungen werden kann, zu einem Quorum für die Beschlussfähigkeit und der Möglichkeit zur Wiederholung einer beschlussunfähigen Gesellschafterversammlung sowie zur Versammlungsleitung und Protokollierung.⁸³ Für Personenhandelsgesellschaften sind einige dieser Punkte jetzt in § 109 HGB nF geregelt. Im Gesellschaftsvertrag einer GbR kann auf diese Regelungen Bezug genommen werden („Opt-in“). Allerdings bleiben auch hier noch Lücken. So ist etwa in § 109 Abs. 1 HGB nF vorgesehen, dass Beschlüsse in Versammlungen gefasst werden, wobei unter den Versammlungsbegriff zeitgemäß auch Telefon- oder Videokonferenzen fallen sollen. Das Umlaufverfahren ist davon aber nicht erfasst.⁸⁴ Regelungen zur Beschlussfassung im Umlaufverfahren können sich daher im Gesellschaftsvertrag (auch für Personenhandelsgesellschaften) weiterhin empfehlen.

Zur Einberufung der Gesellschafterversammlung ist nach der Neuregelung jeder geschäftsführende Gesellschafter berechtigt, § 109 Abs. 2 HGB nF. Eine bestimmte Form ist nicht vorgesehen, wobei in der Gesetzesbegründung zumindest die Angabe einer Tagesordnung und die Einhaltung einer zur Vorbereitung auf die Versammlung ausreichenden Frist vorausgesetzt wird.⁸⁵ Regelungen zu einer konkreten Frist oder zu Minderheitsrechten gibt es nicht. Teilweise wird ein Rückgriff auf das GmbH-Recht, § 51 Abs. 1 bzw. § 50 Abs. 1 GmbHG, für möglich gehalten.⁸⁶ Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit sollten Form und Frist der Einberufung im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

§ 109 Abs. 4 HGB nF sieht vor, dass die Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft, bei der nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat, beschlussfähig ist, wenn die anwesenden Gesellschafter die für die Beschlussfassung erforderlichen Stimmen haben. Diese Regelung und die dahinterstehende Begründung des Entwurfs werden zum Teil als unglücklich und missverständlich kritisiert, weil der Norm angesichts der ausdrücklichen Berücksichtigung von nicht stimmberechtigten Gesellschaftern nicht klar entnommen werden könne, wann bei den anwesenden Gesellschaftern die „erforderlichen Stimmen“ gegeben seien.⁸⁷ Die Begründung des Entwurfs verweist dazu allerdings auf die bislang geltende Rechtslage und auf Stimmen der Literatur.⁸⁸ Danach gilt: Wenn die Mehrheit der vorhandenen Stimmen entscheidet, muss diese Mehrheit auch an der Beschlussfassung teilnehmen. Wenn die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht, gibt es kein Quorum.⁸⁹ Unklarheiten verbleiben danach eigentlich nicht. Dennoch schadet eine ausdrückliche Regelung eines ggf. gewünschten Quorums natürlich nicht.

c) Beschlussmängel

Anders als noch der Mauracher Entwurf⁹⁰ sieht das MoPeG für die GbR keine Regelungen zur Beschlussanfechtung mehr

vor und entspricht insoweit dem geltenden Recht. Der Gesetzgeber hat die Neuregelungen vielmehr vom BGB in das HGB verschoben und begründet das damit, dass das Beschlussmängelrecht nach aktienrechtlichem Vorbild aufgrund der Anforderungen an die Formalisierung der Beschlussfassung einen „Professionalisierungsgrad“ erfordere, der typischerweise eher in den Personenhandelsgesellschaften als in der GbR gegeben sei.⁹¹ Der Regierungsentwurf weist darauf hin, dass die Gesellschafter einer GbR die Geltung der §§ 110 HGB ff nF im Gesellschaftsvertrag vereinbaren können (auch insoweit also „Opt-in“-Lösung).⁹² Die Entscheidung für das Beschlussmängelrecht der §§ 110 HGB ff nF hat für die Gesellschafter vor allem den Vorteil der Rechtssicherheit,⁹³ weil die Anfechtungsklage nur zeitlich befristet möglich ist, während die Feststellungsklage zeitlich nur der Verwirkung und keiner Frist unterliegt.⁹⁴ Immerhin aber sind auch Feststellungsklagen nach der Entwurfsbegründung in analoger Anwendung des § 113 Abs. 2 S. 1 HGB nF nunmehr nicht mehr gegen die dem Beschluss widersprechenden Gesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft zu richten.⁹⁵

§§ 110–115 HGB nF regeln nunmehr das Beschlussmängelrecht für Personenhandelsgesellschaften. Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit ist, dass der Beschluss formell festgestellt worden ist. Schon deshalb ist es ratsam, Regelungen zur Versammlungsleitung und Beschlussfeststellung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen (s. oben).

Ein Gesellschafterbeschluss ist nichtig, wenn er unter Verstoß gegen unverzichtbare Rechtsvorschriften zustande gekommen ist, § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF. Der Begriff der Rechtsvorschrift umfasst dabei sowohl Rechtsnormen als auch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags.⁹⁶ Die Nichtigkeit kann gem. §§ 114, 113 Abs. 2 HGB nF durch Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Nichtigkeit auf andere Weise als durch Erhebung der Nichtigkeitsklage bleibt gemäß § 110 Abs. 2 S. 2 HGB ausdrücklich gestattet, hier kommt insbesondere die Geltendma-

83 Vgl. auch Otte ZIP 2021, 2162 (2164).

84 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 226.

85 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 226.

86 Otte ZIP 2021, 2162 (2167).

87 Vgl. die Kritik bei Schäfer ZIP 2021, 1527 (1529); K. Schmidt ZHR 2021, 16 (35 f.).

88 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 227 mit Verweis auf EBJS, HGB/Freitag, 4. Aufl. 2020, § 119 Rn. 63; Gummert, MAH Personengesellschaftsrecht/Plückelmann, 3. Aufl. 2019, § 8 Rn. 112.

89 Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht/Plückelmann, 3. Aufl. 2019, § 8 Rn. 112.

90 Mauracher Entwurf MoPeG, S. 90ff.

91 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 228; zustimmend Schäfer ZIP 2021, 1527 (1530); kritisch Tröger/Happ ZIP 2021, 2059 (2060).

92 Siehe RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 107.

93 So auch Otte ZIP 2021, 2162 (2162).

94 Vgl. dazu Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht/Plückelmann, 3. Aufl. 2019, § 8 Rn. 88; Schäfer ZIP 2021, 1527 (1532); Tröger/Happ ZIP 2021, 2059 (2066).

95 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 236; ebenso Bayer/Rauch DB 2021, 2609 (2616); vgl. Tröger/Happ ZIP 2021, 2059 (2070); Schäfer ZIP 2021, 1527 (1532); als „völlig offen“ bezeichnet diese Frage hingegen Otte ZIP 2021, 2162 (2168).

96 Siehe RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 111; vgl. Bayer/Rauch DB 2021, 2609 (2613) (Fn. 77); Tröger/Happ ZIP 2021, 2059 (2064).

chung als Einrede zur Verteidigung gegen eine auf den nichtigen Beschluss gestützte Klage in Betracht.⁹⁷

Anderweitige Verstöße führen zur Anfechtbarkeit und können mit einer Frist von drei Monaten, die gesellschaftsvertraglich verlängert werden kann (§ 112 Abs. 1 HGB nF), durch Klage auf Nichtigerklärung angefochten werden, § 110 Abs. 1 HGB nF. Zuständig für die gem. § 113 Abs. 2 S. 1 HGB nF gegen die Gesellschaft zu richtende Klage ist gem. § 113 Abs. 1 HGB nF ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk der Gesellschaftssitz liegt.

All diese Regelungen können im Gesellschaftsvertrag auch abbedungen werden,⁹⁸ wenn das eher den Interessen der Gesellschafter entspricht. Auch hier ist also bei bestehenden und bei neu zu gründenden Personengesellschaften eine Entscheidung zu treffen.

d) Gesellschafterklage

Mit § 715b BGB nF wird die bisher bereits anerkannte Rechtsfigur der „actio pro socio“ gesetzlich geregelt – also die Klage eines einzelnen Gesellschafters im eigenen Namen auf Ansprüche der Gesellschaft gegen andere Gesellschafter oder Dritte, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter diese Ansprüche pflichtwidrig nicht geltend machen, § 715b Abs. 1 BGB nF. Die Gesellschafter können von dieser Regelung im Gesellschaftsvertrag nur abweichen, soweit der Normzweck des Minderheitenschutzes dadurch nicht berührt wird, vgl. § 715b Abs. 2 BGB nF.⁹⁹ Der BGH hat die Frage, ob die Befugnis zur Erhebung einer actio pro socio abbedungen werden kann, bislang offen gelassen.¹⁰⁰ Als Alternativen zum Schutz der nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter, um auf die Geltendmachung von Ansprüchen hinzuwirken, kommen nach der Begründung des Regierungsentwurfs etwa die Einräumung von Abberufungsrechten oder Rechten auf Bestellung von Sondergeschäftsführern in Betracht.¹⁰¹

e) Ausscheiden und Wechsel von Gesellschaftern

Anders als bislang führen Kündigung oder Tod eines Gesellschafters nach dem MoPeG nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters, § 723 Abs. 1 Nr. 1–2 BGB nF.¹⁰² Das dürfte in Gesellschaften, die auf eine gewisse Dauer angelegt sind, dem entsprechen, was in der Praxis ohnehin bereits regelmäßig vereinbart worden ist; eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag hätte künftig also nur noch klarstellende Wirkung. Weitere Ausscheidensgründe sind die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters, Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger und Ausschließung aus wichtigem Grund, § 723 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB nF.

Die gesetzlich festgelegten Ausscheidensgründe können nicht abbedungen werden. Die Gesellschafter können die bisherige gesetzliche Grundregel der Auflösung der Gesellschaft in diesen Fällen aber (und müssen, wenn das nach wie vor gewollt ist) durch ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag

beibehalten, § 723 Abs. 1 BGB nF. Die Gesellschafter können außerdem weitere Ausscheidensgründe als die in § 723 Abs. 1 Nr. 1–4 BGB nF genannten vereinbaren, § 723 Abs. 2 BGB nF.¹⁰³ Ebenfalls möglich ist es, zu vereinbaren, dass im Todesfall statt des Ausscheidens des verstorbenen Gesellschafters dessen Erbe oder Erben an seine Stelle treten, § 711 Abs. 2 BGB nF.¹⁰⁴ Der Erbe hat in diesem Fall nach dem Vorbild des § 139 HGB in der noch geltenden Fassung ein außerordentliches, unentziehbares Kündigungsrecht, wenn ihm auf sein fristgebundenes Verlangen nicht gewährt wird, seine Stellung als persönlich haftender Gesellschafter in eine Kommanditbeteiligung umzuwandeln, § 724 BGB nF.

Ist die Gesellschaft unbefristet, können die Gesellschafter sie nach der gesetzlichen Regelung in § 725 Abs. 1 BGB nF unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des Kalenderjahrs kündigen.¹⁰⁵ Die Gesellschaft kann stattdessen auch für eine bestimmte Zeit eingegangen werden, ebenso können abweichende Kündigungsfristen oder ein Recht zur jederzeitigen Kündigung vereinbart werden.¹⁰⁶ Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund und bei Erreichen der Volljährigkeit eines Gesellschafters kann gemäß § 725 Abs. 6 BGB nF, § 132 Abs. 6 HGB nF hingegen weder ausgeschlossen noch durch Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist beschränkt werden.¹⁰⁷

Der ausscheidende Gesellschafter hat nach § 728 Abs. 1 BGB nF, § 135 Abs. 1 HGB eine angemessene Abfindung zu erhalten, die dem „wahre[n] Wert“¹⁰⁸ seines Anteils entspricht. Das Gesetz gibt keine bestimmte Bewertungsmethode vor.¹⁰⁹ In § 738 BGB war nach bisheriger Rechtslage noch die Substanzwertmethode als Bewertungsmethode angelegt, die bei unternehmerisch tätigen Gesellschaften durch einen sogenannten Firmen- oder Geschäftswert ergänzt wurde.¹¹⁰ Mittlerweile wird der Wert des Anteils in der Praxis nach der Rechtsprechung des BGH¹¹¹ in der Regel auf Grundlage der Ertragswertmethode berechnet.¹¹² Der Abfindungsanspruch wird gemäß § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort fällig, nach hM ist dabei

97 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 230.

98 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 111; vgl. Bayer/Rauch DB 2021, 2609 (2617); Kruse DStR 2021, 2412 (2415); Schäfer ZIP 2021, 1527 (1533): Möglichkeit zum „Opt-out“.

99 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 156.

100 Vgl. BGH WM 1973, 1291 (1292); BGH NJW 1985, 2830 (2831).

101 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 156; vgl. Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (527); Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 35 ff.

102 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 170; s. dazu bereits Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 22 f.; Kruse DStR 2021, 2412 (2414).

103 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 170: („weitere (nicht: „andere“)“); Kruse DStR 2021, 2412 (2414).

104 Kruse DStR 2021, 2412 (2414); Otte ZIP 2021, 2162 (2165).

105 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 172.

106 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 172.

107 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 174.

108 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 176.

109 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 176.

110 BGH NJW 1974, 312; Soergel BGB/Hadding/Kießling, 13. Aufl. 2012, § 738 Rn. 25; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 23.

111 BGH NJW 1985, 192 (193); BGH NJW 1992, 892 (895); BGH NJW 1993, 2102 (2103); vgl. MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 24.

der Zeitpunkt maßgeblich, in dem der Anspruch objektiv berechenbar ist.¹¹³

Die Vereinbarung einer niedrigeren Abfindung für die Kündigung aus wichtigem Grund und bei Erreichen der Volljährigkeit eines Gesellschafters ist gemäß § 725 Abs. 6 BGB nF, § 132 Abs. 6 HGB nF nicht möglich.¹¹⁴ Für die ordentliche Kündigung sind Vereinbarungen über die Modalitäten und die Höhe des Abfindungsanspruchs hingegen bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB zulässig.¹¹⁵ Die Zulässigkeit hängt dann vom Einzelfall ab. Der BGH hat beispielsweise einen Ausschluss der Abfindung für Gesellschaften mit ideellem Zweck und eine Beschränkung der Abfindung auf den Nominalwert der Einlage bei sogenannten Manager-Modellen (bei denen einem Geschäftsführer eine Minderheitsbeteiligung an der Gesellschaft zum Nominalwert eingeräumt wird, die er bei Beendigung seines Geschäftsführeramts zum Nominalwert zurückzuübertragen hat, um ihn für die Dauer seiner Geschäftsführertätigkeit an Gewinnausschüttungen zu beteiligen) als zulässig beurteilt.¹¹⁶ Zulässig können auch Regelungen bei Freiberufler-Sozietäten sein, nach denen zB auf den ausscheidenden Rechtsanwalt die von ihm betreuten Mandate übertragen werden, anstatt eine Abfindung zu bezahlen.¹¹⁷ Ferner wurden Beschränkungen des Kündigungsrechts im Schrifttum aufgrund der Besonderheiten der treuhandähnlichen Mitgliedschaft in einer generationsübergreifenden, auf Bestandssicherung ausgerichteten großen Familiengesellschaft als zulässig erachtet.¹¹⁸ All das gilt auch unter dem MoPeG, so dass hier kein Anpassungsbedarf bei Inkrafttreten des Gesetzes besteht.

Was den Gesellschafterwechsel angeht, so stellt § 711 Abs. 1 BGB nF jetzt klar, was in § 719 BGB bislang nicht eindeutig zum Ausdruck kam, der sich nur zum Anteil am Gesellschaftsvermögen äußert, aber bereits nach geltender Rechtslage einhellig anerkannt ist: Der Gesellschaftsanteil an der GbR kann dinglich auf Dritte übertragen werden, grundsätzlich allerdings nur mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter.¹¹⁹ Diese Zustimmung kann wie bereits nach geltendem Recht anerkannt nicht nur individuell im Einzelfall, sondern auch bereits antizipiert im Gesellschaftsvertrag – generell oder auf bestimmte Fälle beschränkt – erteilt werden.¹²⁰ Gängig sind auch bei anderen Gesellschaftsformen beispielsweise Regelungen, wonach Übertragungen auf Abkömmlinge, sonstige nahe Verwandte oder auch auf Gesellschaften, mit denen ein Beherrschungsverhältnis besteht, zustimmungsfrei möglich sind.

In der Personenhandelsgesellschaft ist das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 132 Abs. 2, 3 HGB nF nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, das bislang bereits überwiegend im Schrifttum anerkannt war.¹²¹ Als ultima ratio¹²² sieht § 139 HGB nF vor, dass ein Gesellschafter die Auflösung aus wichtigem Grund verlangen kann. Die außerordentliche Kündigung des Gesellschafters ist grundsätzlich vorrangig, außer wenn der Gesellschafter dadurch einen Nachteil erleiden würde, § 139 Abs. 2 HGB nF. Soll die Auflösung vermieden werden, ist also darauf zu achten, durch entsprechende Regelung im

Gesellschaftsvertrag sicherzustellen, dass der ausscheidende Gesellschafter bei einer außerordentlichen Kündigung wirtschaftlich nicht schlechter steht (also keine niedrigere Abfindung erhält) als bei einer Auflösung der Gesellschaft.¹²³

Umgekehrt ist der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund bei der Personenhandelsgesellschaft gesetzlich weiterhin nur durch Gestaltungsklage möglich, §§ 130 Abs. 1 Nr. 5, 134 HGB nF. Vertraglich können die Gesellschafter weiterhin abweichend davon vereinbaren, dass ein Gesellschafter auch durch Beschluss der übrigen Gesellschafter ausgeschlossen werden kann.¹²⁴ Der so ausgeschlossene Gesellschafter kann sich dann gegen seinen Ausschluss im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bzw. durch Klage gegen die Gesellschaft, vgl. § 113 Abs. 2 S. 1 HGB nF, nicht wie nach bisherigem Recht grundsätzlich gegen die anderen Gesellschafter¹²⁵, wehren.

f) Auflösung

§ 729 Abs. 1 bis 3 BGB nF enthalten zwingende Auflösungsgründe für die GbR wie die Zweckerreichung, den Ablauf der vereinbarten Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen wurde, und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermö-

- 112 S. nur Großfeld *Recht der Unternehmensbewertung*, 7. Aufl. 2012, Rn. 269; Erman *BGB/Westermann*, 16. Aufl. 2020, § 738a Rn. 5a; Soergel *BGB/Hadding/Kießling*, 13. Aufl. 2012, § 738 Rn. 32; BeckOK *BGB/Schöne* § 738 Rn. 23 f.; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 32.
- 113 Hopt, *HGB/Roth*, 41. Aufl. 2022, § 131 Rn. 54; MüKoHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 131; ähnl. (wenn Anspruch „wenigstens bestimmbar“) MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 20; aA (sofort fällig) Soergel *BGB/Hadding/Kießling*, 13. Aufl. 2012, § 738 Rn. 37.
- 114 Vgl. *RegE MoPeG*, BT-Drs. 19/27635, S. 174.
- 115 *RegE MoPeG*, BT-Drs. 19/27635, S. 175.
- 116 BGH ZIP 1997, 1453 (Anm. Wiedemann *EWiR* 1997, 883); BGH ZIP 2005, 1917; BGH ZIP 2005, 1920; OLG Hamm DB 1997, 1612; Ulmer ZIP 2010, 805 (812).
- 117 BGH NJW 1994, 796 (797) (Anm. Ziegenhain *EWiR* 1994, 129); BGH NJW 1995, 1551 (Anm. Aderhold *EWiR* 1995, 559); BGH NJW 2000, 2584.
- 118 Ulmer ZIP 2010, 805 (813 ff.); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 60.
- 119 BGH BB 1958, 57; BGH WM 1961, 303; Soergel *BGB/Hadding/Kießling*, 13. Aufl. 2012, § 719 Rn. 14; Erman *BGB/Westermann*, 16. Aufl. 2020, § 719 Rn. 8; K. Schmidt *GesR*, 4. Aufl. 2002, § 45 III S. 2 b); Staudinger *BGB/Habermeier*, Neubearb. 2003, § 719 Rn. 8; dazu Wiedemann *GesR* II, 1. Aufl. 2004, § 5 II S. 1 c); MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 719 Rn. 27.
- 120 *RegE MoPeG*, BT-Drs. 19/27635, S. 144; zur bisherigen Rechtslage s. nur BGH NJW 1954, 1155; Erman *BGB/Westermann*, 16. Aufl. 2020, § 719 Rn. 8; Soergel *BGB/Hadding/Kießling*, 13. Aufl. 2012, § 719 Rn. 14; K. Schmidt *GesR*, 4. Aufl. 2002, § 45 III S. 2 b); Staudinger *BGB/Habermeier*, Neubearb. 2003, § 719 Rn. 8; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 719 Rn. 27.
- 121 OLG Celle NZG 2011, 261 (262); Henssler/Strohn *GesR/Klöhn*, 5. Aufl. 2021, HGB § 132 Rn. 19; MünchKomm. *HGB/K. Schmidt/Fleischer*, 5. Aufl. 2022, § 132 Rn. 38; ausf. Stodolkowitz NZG 2011, 1327 (1328 ff.).
- 122 So auch die einhellige Meinung zum bisherigen § 133 HGB, der in der Sache vom MoPeG übernommen wurde (*RegE MoPeG*, S. 292), s. nur: BGH NJW 1996, 2573; BGH NJW 1977, 2160 (2162); BGH WM 1968, 430 (432); OLG Köln BeckRS 2014, 1271 (s. dazu Anm. Rensen *GRUR* 2021, 327 (330)); OLG Nürnberg WM 1958, 710 (714); Baumbach/Hopt/Roth, *HGB*, 40. Aufl. 2021, § 133 Rn. 6; EBJS/Lorz, *HGB*, 4. Aufl. 2020, § 133 Rn. 10; Heymann/Freitag, *HGB*, 3. Aufl. 2020, § 113 Rn. 9; Röhrich/v. Westphalen/Haas, *HGB/Haas*, 5. Aufl. 2019, § 133 Rn. 5; Staub/Schäfer, *HGB*, 5. Aufl. 2009, § 133 Rn. 13; vgl. auch zu §§ 140, 142 HGB aF RGZ 146, 169 (180 ff.); RG JW 1938, 2212 (2213) zu § 142 HGB aF; BGH WM 1955, 1547 (1548 f.); BGH WM 1966, 29 (31); MüKoHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 133 Rn. 13.
- 123 So auch Otte ZIP 2021, 2162 (2168).
- 124 BGH ZIP 2011, 1508 (1509 Rn. 15); Baumbach/Hopt/Roth, *HGB*, 40. Aufl. 2021, § 140 Rn. 30.
- 125 Vgl. OLG Hamm NZG 2018, 546; OLG Saarbrücken NJW-RR 1989, 1512.

gen der Gesellschaft. Die Gesellschafter können diese Auflösungsgründe nicht abbedingen, aber darüber hinaus weitere Auflösungsgründe vereinbaren, § 729 Abs. 4 BGB nF (s. dazu bereits 7. e); in Gesellschaften mit personalistischer Struktur kann beispielsweise Auflösung bei Kündigung oder Tod eines Gesellschafters weiterhin den Interessen der Gesellschafter entsprechen).

8. Nicht rechtsfähige (Innen-)GbR

Mit dem MoPeG wird erstmals gesetzlich zwischen der rechtsfähigen (Außen-)GbR und der nicht rechtsfähigen (Innen-)GbR unterschieden. Nach § 705 Abs. 2 BGB nF ist die GbR rechtsfähig, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, während die nicht rechtsfähige GbR der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter untereinander dient und insbesondere kein Vermögen haben kann, § 740 Abs. 1 BGB nF.¹²⁶ Die Regelungen zur nicht rechtsfähigen Innen-GbR in den §§ 740 bis 740c BGB nF sind dabei aufs Wesentliche reduziert und verweisen in § 740 Abs. 2 BGB nF nur auf ausgewählte Vorschriften des Abschnitts über die rechtsfähige GbR.

Beide Formen der GbR sind grundverschieden: Die Innen-GbR ist ein reines Schuldverhältnis, die Außen-GbR eigenständiges Rechtssubjekt. Wegen dieser strikten Unterscheidung ist im Gesellschaftsvertrag eine eindeutige Festlegung anzuraten.¹²⁷ Diskutiert wird die Frage, ob unter der neuen Rechtslage ein identitätswahrender Übergang einer nicht rechtsfähigen Innen-GbR in eine rechtsfähige Außen-GbR möglich ist.¹²⁸ Dafür könnte sprechen, dass eine GbR gegenüber Dritten – und damit als Außengesellschaft – nach § 719 Abs. 1 Hs. 2 BGB nF spätestens mit deren Eintragung im Gesellschaftsregister entsteht. Eine Auffassung folgert daraus, dass eine nicht rechtsfähige GbR, die zur Eintragung angemeldet wird, mit ihrer Eintragung (das Registergericht prüft bei der Anmeldung der Eintragung nicht, ob die Voraussetzungen einer Außengesellschaft erfüllt sind, also alle Gesellschafter mit der Teilnahme am Rechtsverkehr einverstanden sind¹²⁹) unter Wahrung ihrer Identität Rechtsfähigkeit erlangt.¹³⁰ Dieser Argumentation wird entgegnet, dass die neuen Eintragungsvorschriften nach § 740 Abs. 2 BGB nF für nicht rechtsfähige GbR gerade nicht gelten, Innen-GbR also gar nicht eintragungsfähig seien.¹³¹ Zudem bestünde in umgekehrter Richtung Klarheit, dass die „Umwandlung“ einer eingetragenen GbR in eine nicht rechtsfähige Innen-GbR ausgeschlossen sei.¹³² Gegen die Möglichkeit eines identitätswahrenden Übergangs von der Innen-GbR zur Außen-GbR spricht unseres Erachtens aber vor allem deren völlig unterschiedlicher Charakter als rein nach innen gewandtes Schuldverhältnis einerseits und vermögensfähiges Rechtssubjekt andererseits. Es fragt sich deshalb schon, welche „Identität“ der Innen-GbR beim Übergang überhaupt gewahrt werden sollte oder könnte und welche praktischen Folgen damit verbunden sein sollten. Insbesondere kann die Innen-GbR kein eigenes Vermögen haben, § 740 Abs. 1 BGB nF, so dass ohne gesonderten Übertragungsakt keine (von Gesellschaftern der Innen-GbR treu-

händerisch gehaltenen) Vermögensgegenstände auf die Außen-GbR übergehen könnten. Der Gesetzgeber hat zwischen beiden Formen klar getrennt. Der theoretisch denkbare Fall der Eintragung einer als Innen-GbR gegründeten Gesellschaft belegt im Übrigen auch nicht das Gegenteil, denn eingetragen wird eine GbR nach § 707 Abs. 1 BGB nF nur auf Antrag aller ihrer Gesellschafter. Der Antrag auf Eintragung ist dann aber jedenfalls konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrags von der Innen-GbR zur Außen-GbR.¹³³ Über die Frage eines „identitätswahrenden Übergangs“ vom einen zum anderen ist damit nichts gesagt. Sollten Gesellschafter eine als nicht rechtsfähige Innengesellschaft gegründete GbR in eine Außengesellschaft überführen wollen (weil die GbR zB doch eigenes Vermögen erwerben soll), empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung nicht nur des Übergangs zur Außengesellschaft im Gesellschaftsvertrag, sondern auch der Überleitung eventuell von den Gesellschaftern der Innen-GbR eingegangener Rechtsverhältnisse auf die (neue) Außen-GbR.

9. Kommanditgesellschaft

Zusätzlich zu den hier bereits besprochenen Änderungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften ergeben sich für Kommanditgesellschaften einige weitere Neuerungen, die sich auch auf die Gestaltungspraxis auswirken können.

a) Informationsrecht der Kommanditisten

Bereits in der Expertenkommission war darüber diskutiert worden, das Informationsrecht der Kommanditisten gesetzlich zu stärken.¹³⁴ Durch § 166 Abs. 1 HGB nF wird dem Kommanditisten nun neben dem Recht auf die Aushändigung einer Abschrift des Jahresabschlusses und der Überprüfung desselben durch Einsichtnahme in die zugehörigen Geschäftsunterlagen auch ein Recht auf Auskunft über die Gesellschaftsangelegenheiten gewährt, allerdings nur „soweit dies zur Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte erforderlich ist, insbesondere, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht“. Die Neuregelung wird im Zusammenspiel mit § 171 BGB nF in der Literatur zum Teil als gesetzliche Anerkennung eines Informationsgrundrechts der Gesellschafter über die Gesellschaftsangelegenheiten verstanden.¹³⁵ Die zitierte Einschränkung des Auskunftsrechts soll der eingeschränkten Haftung des Kommanditisten Rechnung

126 Dazu Tröger, in Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg, 09.2022, Rn. I 107a.

127 So auch Bachmann NZG 2020, 612 (614); ähnl. Tröger, in Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, 84. Lfg, 09.2022, Rn. I 106.

128 Dafür Armbrüster ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143 (157); krit. K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (24 f.).

129 Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 162.

130 So Armbrüster ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143 (157); ähnl. Bachmann NZG 2020, 612 (614).

131 Vgl. dazu Benz ZGR-Sonderheft 23 (2021), 165 (166). Gegen die identitätswahrende „Umwandlung“ iE auch K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (24 f.).

132 Bachmann NZG 2020, 612 (615).

133 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 162; s. a. Armbrüster ZGR-Sonderheft 23 (2021), 143 (157 f.).

134 Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Thesenpapiere der Arbeitsgruppen, 2020, S. 50 f.

tragen,¹³⁶ bietet aber andererseits natürlich auch Argumente für wenig auskunftsfreudige Geschäftsführer, Informationen zu verweigern. Gesellschaftsvertraglich können die zwingend ausgestalteten Rechte gem. § 166 Abs. 2 HGB nF aber nicht weiter eingeschränkt werden; ältere gesellschaftsvertragliche Klauseln, die das Informationsrecht des Kommanditisten restriktiver ausgestalten, werden unwirksam.¹³⁷ Ein weitergehendes Informationsrecht kann hingegen vereinbart werden, beispielsweise entsprechend § 717 BGB nF oder § 51a GmbHG, oder durch Einführung individueller Regelungen wie einer regelmäßigen und/oder einer anlassbezogenen Informationspflicht über Geschäfte einer bestimmten Art oder eines bestimmten Umfangs, und kann insbesondere bei der nicht beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG angezeigt sein, um dort eine Angleichung an die sich aus § 51a GmbHG ableitenden, weitgehenden Informationsrechte der (auch) GmbH-Gesellschafter für alle Kommanditisten zu erreichen.¹³⁸

b) Kommanditistenhaftung vor Eintragung

Die unbeschränkte Haftung des hinzutretenden Kommanditisten vor Eintragung in das Handelsregister ist auch nach § 176 HGB nF erhalten geblieben. Im Innenverhältnis hat der Kommanditist insofern weiterhin einen Freistellungsanspruch gemäß §§ 161 Abs. 2 iVm 105 Abs. 3 HGB nF, § 716 BGB nF. Der Kommanditist kann sich zur Abwendung dieser unbeschränkten persönlichen Haftung ebenso weiterhin darauf berufen, dass seine Kommanditistenstellung dem Gläubiger bekannt gewesen sei.¹³⁹ Zur Haftungsvermeidung ist daher beispielsweise die Bekanntgabe des Eintritts als Kommanditist an die Geschäftspartner denkbar. Wenn das nicht praktikabel oder erwünscht ist, können kautelarjuristische Schutzmaßnahmen ergriffen werden wie Freistellungsabreden oder die Einräumung einer stillen Beteiligung bis zur Eintragung im Handelsregister kombiniert mit dem Beitritt als Kommanditist unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Kommanditbeteiligung ins Handelsregister eingetragen ist.¹⁴⁰ Die unbeschränkte Eintrittshaftung gem. § 176 Abs. 2 HGB nF gilt aber nur noch für den Hinzutritt eines weiteren Kommanditisten und nicht mehr wie nach bisheriger Rechtsprechung für den Fall der Anteilsübertragung.¹⁴¹ Oben genannte Schutzmaßnahmen werden daher insoweit überflüssig.

c) Insolvenz des Komplementärs

Neu geregelt wird in § 179 HGB nF der Fall der Simultaninsolvenz des Komplementärs und der KG, der in der Praxis typischerweise in der GmbH & Co. KG eintreten kann.¹⁴² Nach der neuen Regelung führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der alleinigen persönlich haftenden Gesellschafterin nicht mehr zu dessen Ausscheiden nach § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB nF, wenn über das Vermögen der KG ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet oder jedenfalls bei Vorliegen der Insolvenzzreife ein Antrag auf Verfahrenseröffnung gestellt wurde.

Wenn demgegenüber nur über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafterin (GmbH), nicht aber über das Vermögen der KG das Insolvenzverfahren eröffnet wird, scheidet

die Komplementärin nach wie vor gem. § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB nF aus der KG aus. Die Kommanditisten verbleiben in diesem Fall allein in der Gesellschaft, was nach dem ungeschriebenen Grundsatz, dass es keine Personenhandelsgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter geben kann, entweder zur Auflösung der KG¹⁴³ oder, falls die verbliebenen Kommanditisten die Geschäftstätigkeit fortsetzen, kraft Gesetzes zur Wandlung der Gesellschaft in eine OHG führt.¹⁴⁴ Im Gesellschaftsvertrag kann vor diesem Hintergrund je nach Interessenlage der Gesellschafter geregelt werden, dass das Ausscheiden der Komplementärin zur Auflösung führen soll, oder dass die Gesellschaft in diesem Fall von den bisherigen Kommanditisten als OHG fortgeführt wird und sich die bisherigen Kommanditisten verpflichten, so schnell wie möglich eine neue Komplementärin aufzunehmen.¹⁴⁵

d) Einheitsgesellschaft

Die sogenannte Einheits-KG, eine GmbH & Co. KG, in der die KG alle Anteile an der Komplementär-GmbH hält, ist – nach bislang eher versteckter Erwähnung in § 172 Abs. 6 HGB – in § 170 Abs. 2 HGB nF nun klar angesprochen.¹⁴⁶ Die Einheits-KG hat sich in der Praxis zu einem zunehmend beliebten Modell entwickelt,¹⁴⁷ um die Verzahnung zwischen der Komplementär-GmbH und der KG zu vereinfachen und den Einfluss der Kommanditisten im Innenverhältnis zu sichern,¹⁴⁸ wenn auch ihre zahlenmäßige Verbreitung zuletzt noch immer vergleichsweise gering war.¹⁴⁹

§ 170 Abs. 2 HGB nF regelt die Frage, wer die Rechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin ausübt. Bisher waren nach Rechtsprechung des BGH und des KG

135 K. Schmidt ZHR 2021, 16 (42); vgl. Bachmann NJW 2021, 3073 (3077); Kruse DStR 2021, 2412 (2415); vgl. auch Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 253 „allgemeines Informationsrecht“ des Kommanditisten.

136 Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 253.

137 Vgl. Kruse DStR 2021, 2412 (2415).

138 Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 24; zur Stellung des Kommanditisten als „Mitunternehmer“ K. Schmidt JZ 2008, 425 (427); zum Informationsrecht des Kommanditisten bereits Grunewald ZGR 1989, 545 (550).

139 Anders noch der Regierungsentwurf, s. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz; BT-Drs. 19/31105, S. 9; Bachmann NJW 2021, 3073 (3077).

140 Dazu näher MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg, 5. Aufl. 2022, § 176 Rn. 31 ff.

141 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz; BT-Drs. 19/31105, S. 9; Bachmann NJW 2021, 3073 (3077); zur alten Rechtslage vgl. noch BGH NJW 1983, 2258.

142 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz; BT-Drs. 19/31105, S. 9.

143 BGHZ 8, 35; Bork/Jacoby ZGR 2005, 611 (615); EBJs/Lorz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 131 Rn. 29; Oetker/Kamanabrou, HGB, 7. Aufl. 2021, § 131 Rn. 18; BeckOK HGB/Lehmann-Richter, 38. Edition, Stand: 15.10.2022, § 131 Rn. 24.

144 BGH NJW 1979, 1705 (1706); Henssler/Strohn, HGB/Klöhn, 5. Aufl. 2021, § 131 Rn. 23; BeckOK HGB/Lehmann-Richter, 38. Edition, Stand: 15.10.2022, § 131 Rn. 24.

145 Otte ZIP 2021, 2162 (2169).

146 Zu rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Einheits-KG unabhängig von den Neuerungen des MoPeG s. näher Wertenbruch GmbHRG 2021, 1181 (1186 ff.).

147 Vgl. Hoffmann-Becking NZG 2019, 1321 (1324); K. Schmidt ZIP 2007, 2193.

148 Vgl. Reichert, GmbH & Co. KG/Liebscher, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 17.

149 S. dazu Lieder/Hoffmann NZG 2021, 1045 (1049): Rund 5 % der im Mai 2021 im Handelsregister des AG Hamm eingetragenen KGs waren als GmbH & Co. KG in der Form der Einheitsgesellschaft organisiert.

Berlin für die Ausübung der Gesellschafterrechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH grundsätzlich diese selbst als gesetzliche Vertreterin der KG und damit deren eigene Geschäftsführer zuständig.¹⁵⁰ Das ist offensichtlich misslich, so dass gesellschaftsvertragliche Lösungen üblicherweise vorsahen, die Gesellschafterrechte der KG in der GmbH stattdessen ausnahmsweise von den Kommanditisten, einer Kommanditistenversammlung oder einem entsprechend besetzten Beirat ausüben zu lassen. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Konstruktionen war umstritten.¹⁵¹ § 170 Abs. 2 HGB nF beseitigt dieses Problem nunmehr, indem er den bisherigen vollständigen Ausschluss der Kommanditisten von der gesetzlichen Vertretung der KG für diesen Fall durchbricht¹⁵² und regelt, dass die Gesamtheit der Kommanditisten die Gesellschafterrechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH wahrnimmt. An der Zulässigkeit anderer Regelungen wie der Übertragung der Zuständigkeit auf einen mit Kommanditisten besetzten Beirat sollten damit jetzt keine Zweifel mehr bestehen.

10. Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Freiberufler

Eine wichtige und seit Langem geforderte¹⁵³ Neuerung, die das MoPeG mit sich bringt, ist schließlich die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Angehörige freier Berufe. §§ 107 Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 2 HGB nF ermöglichen Freiberuflern nunmehr die Wahl der Rechtsform insbesondere der GmbH & Co. KG, womit ihnen neben der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung künftig eine weitere haftungsbeschränkte Personengesellschaftsrechtsform zur Wahl steht. Die GmbH & Co. KG hat dabei den Vorteil, dass die Haftung der Kommanditisten generell beschränkt ist, während die PartG mbB nur eine Haftungsbeschränkung für Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung – also nicht für sonstige Verbindlichkeiten wie etwa Gehälter, Mieten, Steuern usw. – kennt.¹⁵⁴ Voraussetzung ist aber, dass „das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt“, § 107 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. HGB nF. Für Rechtsanwälte wurde diese Neuregelung bereits durch eine entsprechende Anpassung des Berufsrechts überholt, die die insoweit lang geforderte Gleichstellung mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern¹⁵⁵ gebracht hat: § 59b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BRAO nF gestattet – als Spezialgesetz zu § 105 Abs. 2 HGB in seiner aktuell noch geltenden Fassung¹⁵⁶ – schon seit dem 1.8.2022 uneingeschränkt die Wahl der Rechtsform der Handelsgesellschaften für Rechtsanwälte.¹⁵⁷ Bei der Wahl der Rechtsform der GmbH & Co. KG sind neben der Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung unter anderem eine etwaige Pflicht zur Entrichtung von Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 GewStG), die Pflicht, den Jahresabschluss offenzulegen nach §§ 264a iVm 325 HGB sowie die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO zu bedenken.¹⁵⁸

Die Regelungen über die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für Freiberufler sollen (ebenso wie etwa die Ein-

führung des Gesellschaftsregisters und des Beschlussmängelrechts für Personengesellschaften) spätestens zehn Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes auf der Grundlage einer wissenschaftlichen Untersuchung evaluiert werden, wobei ua untersucht werden soll, „in welchen Berufsgruppen auf Grundlage berufsrechtlicher Bestimmungen die Nutzung personengesellschaftsrechtlicher Rechtsformen ermöglicht wurde und in welchem Umfang hiervon aus welchen Gründen Gebrauch gemacht wurde.“¹⁵⁹

III. Fazit

Durch das MoPeG ergibt sich die geltende Rechtslage nunmehr deutlich klarer als bislang aus dem Gesetz. Für neue Gesellschaften, die dem gesetzlichen Leitbild „einer auf gewisse Dauer angelegten, mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestatteten Personengesellschaft“¹⁶⁰ entsprechen, kann der Gestaltungs- und Beratungsbedarf dadurch sinken. Achtung ist hingegen geboten, wenn gesellschaftsvertraglich bislang wenig geregelt war, weil aufgrund der Gesetzesreform für die Gesellschafter künftig andere Regeln gelten können. Als Grundregel wird man davon ausgehen können: Je ausführlicher der Gesellschaftsvertrag bereits vorher ausgestaltet war, desto weniger Anpassungsbedarf wird bestehen, weil die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag dann bereits im Rahmen ihrer hohen Gestaltungsfreiheit entsprechend ihrer Ziele und Interessen ausgestaltet haben werden.

In der Praxis dürfte es sich gerade bei Gesellschaften, die im weitesten Sinne unternehmerisch tätig sind, nach wie vor lohnen, den Gesellschaftsvertrag sorgfältig nach den Interessen der Gesellschafter auszutarieren, auch um künftige Konflikte unter den Gesellschaftern zu vermeiden bzw. praktikable Lösungen für den Konfliktfall vorzusehen. Außerdem bieten sich durch das MoPeG sowohl für Neugründungen als auch für existierende Gesellschaften neue Möglichkeiten, zuvörderst natürlich die Eintragung in das Gesellschaftsregister bei der GbR, die bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sind.

150 BGH GmbHR 2007, 1034 mAnm Werner; KG ZIP 2019, 519 (520) = GmbHR 2019, 286; Wertenbruch GmbHR 2021, 1181 (1184).

151 Vgl. Roßkopf, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Band II/1, 2017, S. O 25 mwN Zum Streitstand auch MüKoHGB/Grünwald, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 104; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 32; Wertenbruch GmbHR 2021, 1181 (1184); s. a. Binz/Sorg, GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 8 Rn. 20 ff.; FS Semler/Fleck, 1993, S. 115 (132).

152 Wertenbruch GmbHR 2021, 1181 (1183).

153 Henssler NZG 2011, 1121 f.; Karl NJW 2010, 967 (969 ff.); Neufang/Beißwenger BB 2009, 932 (935); vgl. Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften/Träger, 84. Lfg, 09.2022, Rn. I 118.

154 Vgl. Hermanns DNotZ 2021, 3 (8); Kruse DStR 2021, 2412 (2415).

155 S. nur Henssler, Referat zum Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, 71. DJT Bd. II/1, 2016, S. O 53 (71 f.), ablehnend noch BGH NJW 2011, 3036.

156 BT-Drs. 19/27670, S. 177; Deckenbrock DB 2021, 2200 (2201).

157 Kruse DStR 2021, 2412 (2415 Fn. 49).

158 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 110; Kruse DStR 2021, 2412 (2415).

159 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 123.

160 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 2.