

# Betriebs Berater

BB

18 | 2024

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

29.4.2024 | 79. Jg.  
Seiten 961–1024

## DIE ERSTE SEITE

Dipl.-Kfm. **Jens Berger**, CPA

Befreiende Anwendung der IFRS im Einzelabschluss deutscher Unternehmen: Ist die Zeit reif?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Johannes R. Jeep**, RA/FAHaGesR/FAStR, und **Dr. Thomas Schnülle-Weingart**, RA

Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG):

Die wichtigsten Änderungen für die Praxis | 963

**Dr. Jörg Kondring**, RA

Flucht vor dem deutschen AGB-Recht: Rechtswirklichkeit versus Reformdiskussion | 970

## STEUERRECHT

Dipl.-Finw. (FH) **Saskia Menges** und **Matthias Steer**, StB

Keine „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ bei Wohnungsüberlassung an

die (Schwieger-)Mutter der Steuerpflichtigen | 982

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Prof. Dr. Thorsten Sellhorn**

IASB/ED/2024/1: Kurskorrekturen an der IFRS-Goodwillbilanzierung | 1004

**Kristof Kantner**, WP/StB

Offene Fragen bei der Passivierung von Verpflichtungen aus Patronatserklärungen | 1008

## ARBEITSRECHT

**Nina Oldehaver**, LL.M., RAin, und **Lennart Buchholz**

Grenzen des Streikrechts und ihre praktische Effektivität im Überblick | 1013

**Dr. Carolin Weyand**, RAin/FAinStrafR

Aufklärung sog. MeToo-Vorwürfe | 1016

Johannes R. Jeep, RA/FAHaGesR/FAStR, und Dr. Thomas Schnülle-Weingart, RA

# Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG): Die wichtigsten Änderungen für die Praxis

Etliche Änderungen durch das MoPeG haben Anfang 2023 das Recht der GbR neu ausgerichtet. Mit der Übernahme der Rechtsfähigkeit, der Abkehr von der Gesamthand, einem praktischen Druck zur Eintragung in das neue Gesellschaftsregister und der Schaffung eines Beschlussmängelrechts wurden wichtige Neuerungen eingeführt. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bleibt die Grundform wirtschaftlichen Handelns. Mit der Reform wurde das freiheitliche Unternehmensbild des Grundgesetzes sachgerecht weiterentwickelt.

## I. Einleitung

Nach Verabschiedung im Deutschen Bundestag am 24.6.2021<sup>1</sup> und Zustimmung des Bundesrats am 25.6.2021 ist am 1.1.2024 das MoPeG in Kraft getreten. Ihm liegt der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (RegE MoPeG)<sup>2</sup> und der vorangegangene Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (RefE MoPeG) sowie der im April 2020 von einer Expertenkommission des damaligen Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) erarbeitete sog. *Mauracher* Entwurf zugrunde.

Letzter ging auf die Anregungen des 71. Deutschen Juristentages 2016 in Essen und das Gutachten von *Carsten Schäfer*<sup>3</sup> zurück. Das MoPeG ändert die Vorschriften über die Personengesellschaften, insbesondere die GbR, grundlegend. Die GbR ist die Grundform der Personengesellschaft. Das Recht der OHG und KG verweist auf sie. Das Gesellschaftsrecht des BGB gewinnt damit an Bedeutung. Mit dem MoPeG erkennt der Gesetzgeber in Kodifizierung der bereits herrschenden Literatur und Rechtsprechung des BGH die Rechtsfähigkeit der GbR (§ 705 Abs. 2 BGB „selbst Rechte“)<sup>4</sup> unter Differenzierung zwischen der Außen- und der Innen-GbR (§ 740 Abs. 1 BGB) an. Ferner wird ein am Handelsregister ausgerichtetes, eigenständiges öffentliches Register für die GbR, das Gesellschaftsregister, eingeführt. Während für die Erlangung der Rechtsfähigkeit die Eintragung in das Gesellschaftsregister keine Voraussetzung ist, setzt das Gesetz positive Anreize hierfür und postuliert für Eintragungen in andere öffentliche Register eine Voreintragung, die bei Teilnahme am Rechtsverkehr faktisch zur Pflicht wird.

Das Gesetz regelt auch den Statuswechsel zwischen GbR und OHG. Neu normiert wurde schließlich das Beschlussmängelrecht für Personenhandelsgesellschaften (§§ 110ff. HGB), das sich am aktienrechtlichen Anfechtungsrecht orientiert, und der Zugang der freien Berufe zu den Rechtsformen der Personenhandelsgesellschaften.

### Überblick

- GbR als Grundform
- Rechtsfähigkeit anerkannt
- Gesellschaftsregister
- Statuswechsel GbR/OHG
- Beschlussmängelrecht
- Öffnung der OHG für Freiberufler

Diese Einführung beschreibt die Gesetzesänderungen und ihre besonderen Herausforderungen (unter II.), insbesondere zum Innenrecht der Personengesellschaften (unter III.) ferner zu Gesellschafterversammlungen (unter IV.), Beschlussmängeln (unter V.) und der Anpassung von Schiedsgerichtsklauseln (unter VI.) bis zur Frage des Ausscheidens und der Unternehmensnachfolge (unter VII.). Es folgt ein Ausblick (unter VIII.).

## II. Besondere Herausforderungen des MoPeG für GmbH & Co. KG, OHG, GbR

### 1. Neue Regelungstechnik

#### a) GbR als Grundform

Mit Änderungen in 136 Gesetzen und Verordnungen wurde das Recht der GbR innerhalb des Systems kaufmännischer und nichtkaufmännischer Personengesellschaften neu ausgerichtet. Unter Übernahme der Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur, insbesondere zur Rechtsfähigkeit, bleibt das MoPeG dem Grundsatz der dispositiven Regelungsmöglichkeiten treu. Besonderen Zielen und Interessen der Gesellschafter kann sowohl im Rahmen der Gründung als auch bei der Überprüfung vorhandener Gesellschaftsverträge Rechnung getragen werden. Die GbR bleibt weiter die fundamentale Grundform, mit der die unterschiedlichsten Zwecke – von der Ehegattengesellschaft über die Vermögensverwaltung bis zu Familienpools und Bau-Arbeitsgemeinschaften – verfolgt werden können.

Das Gesetz unterscheidet zwischen der rechtsfähigen GbR (§§ 706–739 BGB) – diese soll nach dem Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen und als solche Rechte erwerben, Vermögen bilden und Verbindlichkeiten eingehen, wofür bisher die Außen-GbR vorgesehen war – und der nicht-rechtsfähigen GbR (§§ 740–740c BGB). Diese dient ledig-

<sup>1</sup> BGBl. 2021 I 3436.

<sup>2</sup> Begründung RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635.

<sup>3</sup> Beschluss 22, Verhandlungen des 71. DJT, Bd. II/2 2016, O 222; Gutachten E zum 71. DJT, 2016, S. E 89f.; s. insb. auch *Schäfer*, in: *MüKoGbrPartG*, 9. Aufl. 2023.

<sup>4</sup> St. Rspr. seit BGH, 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, BB 2001, 374, NJW 2001, 1056 – ARGE/WeiBes Ross.

lich der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter untereinander. Sie bildet wie bisher die Innen-GbR kein Vermögen. Als Dauerschuldverhältnis ist eine bestehende GbR von der Neuregelung betroffen.<sup>5</sup> Lediglich die Vorschriften über Auflösung und Kündigung (§§ 723–728 BGB a. F.) können weiter gelten (Art. 229 § 61 EGBGB).<sup>6</sup>

### b) Abschied von der Gesamthand

Mit der Rechtsfähigkeit der GbR, welche auch die Partei- und Prozessfähigkeit vermittelt, geht eine Abkehr vom Prinzip der Gesamthand (§ 713 BGB) einher.<sup>7</sup> Das Vermögen ist nicht mehr zugleich den Gesellschaftern als Gesamthändern zugewiesen. Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen setzt einen Titel gegen die Gesellschaft voraus (§ 722 BGB), mit dem nicht in das Vermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden kann (§ 722 Abs. 2 BGB). Die Pfändung eines grundsätzlich nicht übertragbaren (§ 711a S. 1 BGB) und damit auch nicht pfändbaren Gesellschaftsanteils erfolgt nach § 857 ZPO; Drittschuldner ist die Gesellschaft. Die §§ 736 (Titel gegen Gesellschafter), 859 Abs. 1 (Pfändung von Gesamthandsanteilen) ZPO entfallen. Dieses gilt auch für die OHG und KG (§ 129 HGB, § 161 Abs. 2 HGB). Demgegenüber ordnet das Steuerrecht das Vermögen einer Personengesellschaft den Gesellschaftern als Mitunternehmern (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG) zu. Diese Transparenz der GbR lässt sich mit ihrer durch das MoPeG neu entstehenden Leistungsfähigkeit<sup>8</sup> nicht vereinbaren<sup>9</sup> und verstößt gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Grundsatz einer unternehmensneutralen Besteuerung.

### c) Steuerliche Folgen

Für die Besteuerung nach dem Einkommen ist das Gesamthandsprinzip weiter zu beachten. Wirtschaftsgüter, die einer rechtsfähigen Personengesellschaft zustehen, sind ungeachtet der neuen Rechtslage den Gesellschaftern anteilig zuzurechnen, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 AO).<sup>10</sup> Für Zwecke der Ertrags-, Schenkungs- und Grunderwerbsbesteuerung gelten rechtsfähige Personengesellschaften als Gesamthand (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 AO, § 2a ErbStG, § 24 GrEStG). Erklärungsspflichtig für gesonderte Feststellungen ist nunmehr vorrangig die Personenvereinigung und nachrangig jeder Feststellungsbeteiligte (§ 181 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. a AO). Des Weiteren sind alle Verwaltungsakte und Mitteilungen, die mit dem Feststellungsverfahren zusammenhängen, der Personenvereinigung in Vertretung der Feststellungsbeteiligten bekannt zu geben (§ 183 Abs. 1 AO). Die steuerverfahrensrechtliche Einspruchs- und Klagebefugnis steht grundsätzlich der rechtsfähigen Personenvereinigung oder bei nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen dem Empfangsbefullmächtigten, ansonsten jedem Gesellschafter zu (§ 352 Abs. 1, 2 AO, § 48 Abs. 1, 2 FGO). Diese Neuregelungen dienen der Verfahrensvereinfachung und Gleichbehandlung bei den Steuern, die eine Personenvereinigung selbst schuldet (zum Beispiel Umsatzsteuer, Gewerbesteuer) und bei der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte und damit zusammenhängender Besteuerungsgrundlagen.<sup>11</sup>

**Formulierungsvorschlag Gesellschaftsvertrag:  
Klarstellung zur Rechtsfähigkeit**

Gegenstand der Gesellschaft ist [Beschreibung Gesellschaftszweck] (Gesellschaftszweck) unter der Bezeichnung [Bezeichnung der Gesellschaft]. Die Gesellschaft nimmt zur Durchführung des Gesellschaftszweck selbstständig als Personengesellschaft am Rechtsverkehr teil.

**Regelungstechnik**

- GbR flexibel (§ 705 BGB)
- Rechtsfähige GbR (§ 706–739 BGB)
- Nicht-rechtsfähige GbR (§ 740–740c BGB)
- Abkehr von der Gesamthand
- Vollstreckung nur aus Titel gegen und nur gegen die Gesellschaft
- Steuerliche Transparenz nicht haltbar

## 2. Gesellschaftsregister

### a) Faktischer Eintragungsdruk

Aufgrund der Gesetzesreform wurde die Differenzierung zwischen Innen- und Außen-GbR um die eingetragene GbR ergänzt. Der Gesetzgeber füllt damit ein Publizitätsdefizit im Gesellschaftsrecht, das sich aufgrund der Kodifizierung der Rechtsfähigkeit der GbR ergibt. Gesellschaften als künstliche Rechtssubjekte sind *per se* im Rechtsverkehr zunächst nicht erkennbar. Diesem Defizit kommt das Gesellschaftsrecht durch die Einführung von öffentlich einsehbaren Unternehmensregistern wie dem Handelsregister nach. Mit der Einführung des neuen Gesellschaftsregisters für die GbR beseitigt der Gesetzgeber das Publizitätsdefizit der GbR. Im gleichen Zug hat sich der Gesetzgeber auch dazu entschieden, dass die GbR ihren flexiblen und vielseitigen Charakter bewahren soll. Um diesen grundlegend widerstreitenden Interessen gerecht zu werden, hat man sich dazu entschlossen, dass die Eintragung der GbR weder deklaratorisch noch zwingend sein soll. Vielmehr steht es den Gesellschaftern frei, eine GbR einzutragen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine eingeschränkte Freiheit. Die Eintragung der GbR wird zur besonderen Voraussetzung für einzelne Rechtsgeschäfte. So können Immobiliengeschäfte nur noch von eingetragenen Gesellschaften vorgenommen werden, § 47 Abs. 2 GBO. Gleiches gilt für Beteiligungen an Handelsgesellschaften, § 707a Abs. 1 S. 2 BGB. Neben der in diesen Fällen konstitutiven Wirkung der Eintragung setzt der Gesetzgeber auch auf einen allgemeinen faktischen Eintragungszwang.<sup>12</sup> Das Gesellschaftsregister vereinfacht den Nachweis von Existenz und Vertretungsbefugnis der eingetragenen (e)GbR. Es ist somit davon auszugehen, dass auch bei anderen Rechtsgeschäften – insbesondere bei Kreditgeschäften – die Eintragung der GbR verlangt wird. Für den Geschäftsverkehr tritt demnach neben den Zweiklang aus Innen- und Außen-GbR zusätzlich die eingetragene GbR. Hieraus folgt für Gesellschafter die Herausforderung zur Abwägung verschiedener Gestaltungsformen. In der Sache können die Gesellschafter am eigenen Sitz eine Eintragung wahlweise anmelden. Damit verbindet sich die Schaffung größeren Vertrauens des Rechtsverkehrs und die Steigerung der Kreditwürdigkeit. Mit der Eintragung ist ausgeschrieben oder abgekürzt der Zusatz „eGbR“ zu führen. Die damit entstehende Bindungswirkung kann nicht beliebig, sondern nur „nach den allgemeinen Vorschriften“ (§ 707a Abs. 4 BGB), also im Wege der Liquidation und Löschung aufgehoben wer-

5 Vgl. nur Schäfer, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, § 705, Rn. 1.

6 Bei Berufung hierauf bis zum 31.12.2024.

7 Schäfer, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 713, Rn. 1.

8 Zentrales Argument zur unterschiedlichen Besteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften war in BVerfG, 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164, Rn. 118; BVerfG, 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, BVerfGE 145, 106, Rn. 114 die „Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern“.

9 Ebenso Bachem, DStR 2022, 725 f.; Schall, NZG 2021, 494, 497.

10 Steuerrechtliche Änderungen durch Art. 23 Kreditweitzmarktfröderungsgesetz v. 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 411, BT-Drs. 20/9782, 147).

11 Begründung zu Art. 23 Kreditweitzmarktfröderungsgesetz, BT-Drs. 20/9782, 202.

12 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 108.

den.<sup>13</sup> Mit Eintragung entsteht stets eine rechtsfähige GbR (§ 719 BGB).<sup>14</sup> Für vermögensverwaltende Grundstücksgesellschaften soll ein Recht nur eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen sind (§ 47 GBO). Bisherige Vorschriften zur Eintragung der Gesellschafter in Registern wie § 899a BGB a.F. wurden gestrichen.

### b) Umfang des Rechtsscheins

Das dem Handelsregister angenäherte Gesellschaftsregister bedarf für Anmeldungen der notariellen Form und der elektronischen Einreichung. Die Eintragung schafft den registerüblichen Rechtsschein, auf den sich Dritte berufen können (§ 707a Abs. 3 S. 1 BGB). Gleichwohl ist die Reichweite der Publizitätswirkung des Registers beschränkt. Tatbestandlich erfolgt eine Einschränkung in § 707a Abs. 3 BGB dahingehend, „dass die Kaufmannseigenschaft nicht an der Publizität des Gesellschaftsregisters teilnimmt“.<sup>15</sup> Technisch bedeutet dies, dass der Rechtsverkehr nicht aus der Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister schließen darf, es läge eine GbR und keine Personenhandelsgesellschaft vor. Ob es sich um einen Kaufmann handelt, der unter dem Mantel der eGbR auftritt, ergibt sich nach dieser Regelung gerade nicht aus dem Gesellschaftsregister.

Es kann kritisch hinterfragt werden, ob es einer solchen Tatbestands-einschränkung bedurfte. Hierzu gilt es folgendes Szenario zu bedenken: Eine GbR wird durch den Betrieb eines Handelsgewerbes kraft Gesetzes zur OHG, sodass eine Pflicht zur Eintragung der OHG im Handelsregister bestünde, vgl. § 106 HGB. Sollte keine Eintragung im Handelsregister erfolgen, jedoch die Gesellschaft fehlerhaft als GbR im Gesellschaftsregister eingetragen worden sein, dürfte der Rechtsverkehr auch ohne die Tatbestands-einschränkung darauf vertrauen, dass keine OHG vorliegt. Nach § 15 Abs. 1 HGB ist das Vertrauen in die negative Publizität des Handelsregisters durch die fehlende Eintragung der Gesellschaft als OHG geschützt. Zudem kann der Rechtsverkehr nicht in das Bestehen einer GbR vertrauen,<sup>16</sup> denn die positive Publizität des Gesellschaftsregisters nach entsprechend § 15 Abs. 2 HGB gilt ihrem Telos nach nur für richtige Tatsachen, da diese Norm nicht rechtsscheinbegründend wirken kann.<sup>17</sup> Somit nimmt die Entscheidung über die Kaufmannseigenschaft einer Gesellschaft ohnehin nicht an der Publizität des Gesellschaftsregisters teil.

Dies führt jedoch lediglich zu der Erkenntnis, dass es der Einschränkung in § 707a Abs. 3 BGB nicht notwendigerweise bedurft hätte. Allerdings manifestiert die Gesetzesformulierung eine ohnehin feststehende Gesetzestechnik. Die Formulierung einer Tatbestandsbegrenzung ist demnach nicht schädlich, sondern dient vornehmlich der Klarstellung und der Darstellung des Verhältnisses von Handels- und Gesellschaftsregister.

### c) Eingeschränkte Publizitätswirkung

Das Verhältnis der beiden Register führt im Ergebnis zu einer eingeschränkten Publizitätswirkung des Gesellschaftsregisters. Wenn der Rechtsverkehr erfahren möchte, ob es sich vorliegend um eine GbR handelt, genügt nicht ein Blick in das Gesellschaftsregister. Vielmehr muss zusätzlich das Handelsregister herangezogen werden.<sup>18</sup> Wird dort nicht aufgeführt, dass eine OHG (oder KG) vorliegt, bedeutet dies grundsätzlich noch nicht, dass die vorliegende Gesellschaft auch keine OHG ist. Allerdings dürfte der Rechtsverkehr wohl in das Schweigen des Handelsregisters vertrauen und annehmen, dass es sich vorliegend nicht um eine OHG handelt.

In die andere Richtung gilt Ähnliches. Wie bereits dargestellt wurde, ist die Eintragung der GbR in das neue Subjektregister nicht obligatorisch. Demzufolge kann aus dem Schweigen des Gesellschaftsregisters nicht geschlossen werden, dass auch keine GbR vorliegt. Ferner kann auch nicht angenommen werden, dass eine möglicherweise bestehende GbR aufgrund der fehlenden Eintragung nicht rechtsfähig ist. Das Gesellschaftsregister kann somit kein abschließendes Vertrauen über das Bestehen einer rechtsfähigen GbR erzeugen. Über dieses Publizitätsdefizit kann auch § 15 HGB nicht hinweghelfen.

Letztlich lässt das Regelungsregime des Gesellschaftsregisters nicht zu, dass in das Reden oder das Schweigen des Gesellschaftsregisters zur Existenz einer GbR abschließend vertraut werden kann. Dies wirft die Frage auf, in welchem Umfang das MoPeG das Publizitätsdefizit der GbR auflösen kann.

Diese Rechtsunsicherheit ist im Ergebnis jedoch eine willentliche Entscheidung des Gesetzgebers, wenn dieser versucht, das Gesellschaftsregister im Spannungsfeld aus Rechtssicherheit auf der einen Seite und Wahrung der Vielseitigkeit der GbR auf der anderen Seite zu platzieren.<sup>19</sup> Sofern diese Ambivalenz im Recht der GbR nicht in Frage gestellt wird, bleibt Unklarheit über die Existenz der GbR weiterhin eine zwingende Folge.

Zugleich darf diese Darstellung nicht zu der Schlussfolgerung führen, dass die Einführung des Gesellschaftsregisters der Publizitätswirkung für die GbR keinen wesentlichen Vorschub leisten würde. Die Rechtsscheinhaftung gemäß § 15 Abs. 3 HGB trifft dabei gemäß des Veranlassungsprinzips nur denjenigen, der einen Eintragungsantrag selbst gestellt hat oder ihn sich zurechnen lassen muss. Der Gesellschaftsvertrag ist nicht einzureichen.

Darüber hinaus müssen nach § 20 Abs. 1 GwG eingetragene Personengesellschaften Mitteilung über die wirtschaftlich Berechtigten machen. Mit der Möglichkeit zur Registereintragung der GbR trifft diese Pflicht fortan auch die eGbR.

#### **Einzutragende Tatsachen eGbR**

- Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft
- Name, Wohnort/Sitz und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter
- Versicherung keiner Voreintragung
- Änderung von eintragungspflichtigen Tatsachen
- Transparenzregisterpflicht

### 3. Statuswechsel, vertragliche Voraussetzungen und Registervollzug

Eine gewerblich tätige GbR, die nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung benötigt, erfüllt die Voraussetzungen einer OHG und wandelt sich, sofern kein land- und forstwirtschaftlicher Betrieb geführt wird, aus sich selbst in eine OHG um (§§ 105 Abs. 1, 1 Abs. 2 HGB, „ist-kaufmännische OHG“). Die Eintragung in das Handelsregister ist in diesen Fällen deklaratorisch. Bei anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts erfolgt ein Statuswechsel zur OHG durch eine freiwillige Eintragung, die dann konstitutive Wirkung hat (§ 107

<sup>13</sup> Ebenso *Roßkopf/Hoffmann*, ZPG 2023, 14, 17 f.

<sup>14</sup> Ebenso *Röß*, NZG 2023, 401, 402.

<sup>15</sup> RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 16.

<sup>16</sup> *Wimmer*, Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2021, S. 248 f.

<sup>17</sup> *Steinbeck*, Handelsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9, Rn. 19.

<sup>18</sup> *Enders*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2024, § 707a, Rn. 48.

<sup>19</sup> RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 108 f.

Abs. 1 HGB, „kann-kaufmännische OHG“). Für den Statuswechsel der eGmbH bedarf es eines Antrags beim Gesellschaftsregister zum Wechsel in das Handelsregister, damit die Registerkontinuität auf beiden Ebenen entsprechend erfasst wird (§ 707c BGB),<sup>20</sup> d. h., das Ausgangsregister prüft die Richtigkeit des Statuswechsels und gibt die Registerakten an das seinerseits nachprüfende Zielregister ab (§ 707c Abs. 2 BGB). Das Statuswechselverfahren gilt grundsätzlich auch für den Wechsel in eine PartG, vgl. § 4 Abs. 4 PartGG. Besonderheiten ergeben sich, wenn eine GbR in die Rechtsform einer KG wechselt. Gesellschafter, die zu Kommanditisten werden, könnten sich auf diesem Weg einer Haftung für Altverbindlichkeiten der GbR entziehen. Um dies zu vermeiden, wird der Gesellschafter wie ein ausgeschiedener Gesellschafter i. S. v. § 728b BGB behandelt, sodass er für Altverbindlichkeiten der GbR nachhaftet, vgl. § 707c Abs. 5 BGB.<sup>21</sup>

#### Statuswechsel (§ 707c BGB)

- Antrag an Registergericht (Abs. 1)
- Statuswechselvermerk bei Ausgangsregister (Abs. 2, S. 1, 2)
- Abgabe an Zielgericht (Abs. 2, S. 3)
- Datumsvermerk der Eintragung im Zielregister durch Ausgangsregister (Abs. 2, S. 4)

## 4. Selbstorganschaft, Geschäftsführung und Vertretung

Trotz des Wegfalls des die Gesellschafter aneinander bindenden Gesamthandprinzips bleibt die für die Personengesellschaft typische Selbstorganschaft bestehen. Die daraus erwachsende Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz ist grundsätzlich deckungsgleich ausgestaltet. Für das Innenverhältnis der Geschäftsführung unterscheidet § 715 Abs. 2 BGB zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften. Für erstere ist die Mitwirkung aller Gesellschafter als Gesamtgeschäftsführung vorgesehen (§ 715 Abs. 3 S. 1 BGB). Bei außergewöhnlichen Geschäften bedarf es eines Beschlusses „aller“ (stimmberechtigten, § 714 BGB) Gesellschafter (§ 715 Abs. 2 S. 2 BGB). Abweichende Einzelgeschäftsführung kann vereinbart werden, wobei den anderen Gesellschaftern dann ein im Innenverhältnis wirkendes, die Vollmacht nach außen nicht beschränkendes Widerspruchsrecht zusteht (§ 715 Abs. 4 S. 1 und 2 BGB).<sup>22</sup> Demgegenüber bedürfen Grundlagengeschäfte stets der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter (§ 714 BGB).

Während bei der Aktivvertretung eine Gesamtvertretung mit möglicher Einzelvertretung vorgesehen ist (§ 720 Abs. 1 BGB), gilt für die Passivvertretung Einzelvertretungsbefugnis (§ 720 Abs. 5 BGB). Wegen des Schutzes des Rechtsverkehrs ist eine Beschränkung nicht möglich (§ 720 Abs. 3 S. 2 und 3 BGB). Wohl aber kann einem Gesellschafter die Vertretungsbefugnis aus einem wichtigen Grund – grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit – entzogen werden (§ 720 Abs. 4 BGB).<sup>23</sup> Wegen der formalen Trennung des Innen- und Außenverhältnisses hat ein Ausschluss von der Geschäftsführung keine Auswirkung auf die Vertretungsbefugnis.

Die Trennung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wirkt sich auch auf die Erfüllung steuerlicher Pflichten aus: Für rechtsfähige Personenvereinigungen wie die GbR werden steuerliche Pflichten durch deren gesetzliche Vertreter, nicht wie bisher durch deren Geschäftsführer, erfüllt (§ 34 Abs. 1 S. 1 AO-neu). Nach dem unveränderten § 69 AO haften nunmehr diese Vertreter, soweit Ansprüche

aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt oder Erstattungen ohne Rechtsgrund zurückgezahlt werden.

#### Selbstorganschaft Geschäftsführung (§ 715 BGB)

- Gesamtgeschäftsführung bei gewöhnlichen Geschäften
- Einzelgeschäftsführung mit Widerspruchsrecht
- Außergewöhnliche Geschäfte und Grundlagengeschäfte mit Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter

#### Vertretung (§ 720 BGB)

- Aktivvertretung: Gesamtvertretung, Einzelvertretung möglich
- Passivvertretung: Einzelvertretung
- Entziehung aus wichtigem Grund

## 5. Außenhaftung

Wie bisher haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, unbeschränkt (§ 721 BGB) und akzessorisch (§ 721b BGB). Wegen des Grundprinzips der persönlichen Haftung der Personengeschafter und daher – zu Recht – des Fehlens einer gesetzlich vorgegebenen Mindestkapitalausstattung hat sich eine Haftungsbeschränkung für die eGmbH nicht durchgesetzt.<sup>24</sup> Die Haftung bezieht sich sowohl auf die während der Mitgliedschaft eines Gesellschafters entstehenden Neuverbindlichkeiten als auch auf bereits bestehende Altverbindlichkeiten (§ 721a S. 1 BGB), gemäß der Gesetzesbegründung gleichermaßen auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Grundlage.<sup>25</sup>

Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters folgt eine Nachhaftung hinsichtlich bereits begründeter und innerhalb dieses Zeitraums fällig werdender Ansprüche für fünf Jahre, sofern der Gläubiger anspruchserhaltende Maßnahmen eingeleitet hat (§ 728b Abs. 1 S. 1 BGB). Bereits begründet meint, dass der Rechtsgrund zum Zeitpunkt des Ausscheidens schon gelegt ist. Demgegenüber ist für Schadensersatzansprüche klargestellt, dass die Vertrags- oder Gesetzesverletzung vor dem Ausscheiden eingetreten ist (§ 728b Abs. 1 S. 2 BGB). Damit wird auf die Einflussnahmemöglichkeit des ausgeschiedenen Gesellschafters abgestellt. Der Beginn dieser von Amts wegen als Einwendung zu berücksichtigenden Ausschlussfrist richtet sich nach der Kenntnis des Gläubigers oder der Eintragung des Ausscheidens im Gesellschaftsregister. Letztere Variante ist deutlich rechtssicherer als eine kaum mögliche nachweisbare Unterrichtung aller Gläubiger und verdeutlicht die Anreiztechnik für Eintragungen im Gesellschaftsregister.

Während bislang der eigenübliche Sorgfaltsmaßstab unter Ausschluss einfacher Fahrlässigkeit galt, ist mit der Änderung von § 708 BGB die allgemein im Verkehr erforderliche Sorgfalt gemäß § 276 Abs. 2 BGB einschlägig.<sup>26</sup> Der Gesetzgeber führt hierfür an, dass die eigenübliche Sorgfalt nicht mehr zeitgemäß sei.<sup>27</sup> Verwiesen wird hierbei auf den römisch-rechtlichen Hintergrund der GbR. Ferner entfalle durch den Übergang von der GbR als Gesamthand zu einer rechtsfähigen Perso-

<sup>20</sup> Enders, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2024, § 707c, Rn. 16.

<sup>21</sup> Enders, in: BeckOK BGB, Stand: 1.1.2024, § 707c, Rn. 39.

<sup>22</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 715, Rn. 55 f.

<sup>23</sup> Schäfer, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 720, Rn. 27 f.

<sup>24</sup> RefE MoPeG S. 189; RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 190 f.

<sup>25</sup> RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 166.

<sup>26</sup> Eingehend Tahier, ZJS 2023, 1181 ff.

<sup>27</sup> RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 108.

nengesellschaft das Bedürfnis einer Haftungsprivilegierung.<sup>28</sup> Diese Erwägung ist nicht zwingend. Bedenkt man, dass die Rechtsfähigkeit der GbR bereits durch den BGH im Jahr 2001 anerkannt wurde und der Maßstab der eigenüblichen Sorgfalt zumindest im Grundsatz bestehen blieb, erschließt sich nicht, weshalb die eigenübliche Sorgfalt nun aus dem Gesetz gestrichen worden ist. Nichtsdestotrotz kann der Gesellschaftsvertrag hierzu unterhalb des Verbots eines Vorsatzausschlusses (§ 276 Abs. 3 BGB) schonendere Haftungsmaßstäbe vorsehen, sofern nicht auch stillschweigende oder verkehrskreisbezogene Milderungen des Sorgfaltsmaßstabs in Betracht kommen.

**Außenhaftung**

- Persönlich, unbeschränkt, akzessorisch
- Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Anspruchsgrundlagen
- Nachhaftung fünf Jahre
- Allgemeiner Sorgfaltsmaßstab

**III. Auswirkungen des MoPeG auf das Innenverhältnis der Gesellschafter**

**1. Erscheinungsformen der GbR**

Die Entscheidung über die Dauer der Bindung und Zweckverwirklichung liegt in der Verantwortung der Gesellschafter. Dabei steht es ihnen frei zu bestimmen, ob die Gesellschaft auf Dauer, befristet oder aufgrund der speziellen Natur des Vorhabens nur für einen zeitlich begrenzten Zweck gegründet wird (§ 729 BGB), letzteres auch bekannt als Gelegenheitsgesellschaft. Die Anforderungen für die Annahme einer stillschweigend gegründeten Gelegenheitsgesellschaft sind nach wie vor niedrig. Ihr Anwendungsbereich beginnt bei gleichgerichteter Interessenausübung (Fahr- und Bietergemeinschaften) und reicht von der Aktionärsvereinbarung/Stimmrechtskonsortium über wirtschaftliche Zwecke wie gemeinsame Bauherren- oder Internetaktivitäten bis hin zu zusammengefassten Verwertungs- und Rechtsverfolgungshandlungen.

**2. Beteiligungsverhältnisse**

Maßgeblich für den Anteil am Ergebnis der Gesellschaft und die Stimmkraft sind die vereinbarten Beteiligungsverhältnisse (§ 709 Abs. 3 S. 1 BGB). Insoweit kommt es auf die vereinbarten Wertverhältnisse der Beiträge und erst in zweiter Linie auf das – bisher maßgebliche – Verhältnis nach Köpfen an (§ 709 Abs. 3 S. 2, 3 BGB). Sofern bislang in einer GbR keine ausdrückliche Regelung zu den Beteiligungsverhältnissen getroffen ist, empfiehlt sich eine entsprechende Vervollständigung des Gesellschaftsvertrages. Zudem sollten die Beteiligungsverhältnisse stets klar geregelt werden, wenn die Bewertungen von Beiträgen wie Dienstleistungen oder Sacheinlagen einen Beurteilungsspielraum lassen.<sup>29</sup>

Weiter festzuhalten ist am System der festen und beweglichen Kapitalanteile und damit an der Führung eines für die Bezugs- und Stimmrechte unveränderlichen Kapitalkontos.<sup>30</sup>

**3. Actio pro socio**

Das MoPeG nimmt diesen mit der zunehmenden Rechtsfähigkeit der GbR anerkannten Anspruch in das Gesetz auf und erweitert ihn über die charakteristische Mitgliedschaftssphäre hinaus gegen Dritte, sog. actio pro societate (§ 715b Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). Es wird dadurch

nicht in Frage gestellt, dass es sich bei der actio pro socio um eine Befugnis handelt, die mit der Mitgliedschaft verknüpft ist und ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis hat. Dieses zeigt nicht nur ihre mangelnde Übertragbarkeit gemäß § 711a S. 1 BGB, sondern auch ihre Begrenzung durch die Treupflicht und die Beschränkung auf den Zeitraum der Zugehörigkeit zur Gesellschaft.<sup>31</sup>

Seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR im Jahr 2001 ist die Vorstellung überholt, dass der geltend gemachte Sozialanspruch (auch) dem Gesellschafter persönlich zugeordnet ist und die actio pro socio daher der Geltendmachung eines eigenen Rechts durch den klagenden Gesellschafter dient. Der Sozialanspruch ist als Teil des Gesellschaftsvermögens (§ 713 BGB) der (rechtsfähigen) Gesellschaft (§ 705 Abs. 2 BGB) zuzuordnen. Als Mittel zur Durchsetzung regelt das Gesetz nunmehr im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung eine gesetzliche Prozessstandschaft.

In der Innengesellschaft verhält es sich anders, da die actio pro socio hier naturgemäß nicht der Durchsetzung von Ansprüchen der nicht rechtsfähigen Gesellschaft dienen kann. Hier geht es allein um die Erfüllung von Individualansprüchen, die vom einzelnen Gesellschafter zugunsten der übrigen geltend gemacht werden können.

**Innenverhältnis**

- Erscheinungsformen
- Beteiligungsverhältnisse für Ergebnisverteilung und Stimmkraft
- Actio pro socio in rechtsfähiger GbR als gesetzliche Prozessstandschaft

**IV. Auswirkungen auf Gesellschafterversammlungen**

**1. Einberufung**

Neu sind für Personengesellschaften die Einberufungskompetenz durch jeden geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter, die Formlosigkeit der Einladung und die Beschlussfähigkeit geregelt (§ 109 Abs. 2, 4 HGB). Für die GbR müsste dieses ausdrücklich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Solange die Möglichkeit von Rede und Gegenrede besteht, sieht die Gesetzesbegründung eine Willensbildung gewährleistet. Folglich stellen auch Telefon- oder Videokonferenzen eine Versammlung im Sinne des § 109 Abs. 1 HGB dar, nicht jedoch Umlaufverfahren.<sup>32</sup>

**2. Beschlussfassung, Abstimmungsregeln, Quorum, Mehrheitsklauseln**

Grundsätzlich gilt für Beschlüsse von Gesellschafterversammlungen von Personengesellschaften das Prinzip der Einstimmigkeit (§ 714 BGB, § 109 Abs. 3 HGB). Beschlussfähigkeit bei zulässigen (§ 708 BGB, § 109 Abs. 4, 1. Hs. HGB) Mehrheitsentscheidungen liegt vor, wenn die anwesenden Gesellschafter die für die Beschlussfassung erforderlichen Stimmen haben (§ 109 Abs. 4, 2. Hs. HGB). Dieses soll hinsichtlich der anwesenden Gesellschafter oder ihrer Vertreter „ohne Rücksicht auf ihre Stimmberechtigung“ gelten.

28 RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 140.

29 Ebenso Kruse, DStR 2021, 2412, 2414.

30 Westermann/Wertenbruch/Sassenrath, Hdb. PersG, Lfg. 2018, Rdn. 1 582 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 47 III 2, S. 1883 ff.

31 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, S. 155 zu Abs. 1.

32 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 226.

Bedarf es nach dem Beschlussgegenstand einer Mehrheit nach Köpfen, dann sind die abgegebenen Stimmen – aller, auch der nicht stimmberechtigten Gesellschafter – maßgeblich und es liegt kein Quorum vor. Dieser Spezialfall ist für die GbR nicht ausdrücklich geregelt und würde dort voraussetzen, dass sowohl das Mehrheitsprinzip als auch eine Stimmabgabe nicht stimmberechtigter Gesellschafter für bestimmte Gegenstände im Gesellschaftsvertrag geregelt sind. Ist hingegen für das Beschlussthema eine qualifizierte Mehrheit erforderlich, dann entscheidet in der GbR und OHG/KG die Mehrheit der vorhandenen Stimmen, die dann auch an der Beschlussfassung teilnehmen muss.<sup>33</sup>

Für Mehrheitsklauseln ist also erforderlich, dass Beschlussgegenstände und Stimmberechtigungen ausdrücklich geregelt werden.

Keine Übernahme aus dem Mauracher Entwurf hat die Auslegungsregel erfahren, dass eine Mehrheitsklausel auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrags gelten sollte.<sup>34</sup> Dieser Vorschlag ruft juristische Schutzinstinkte hervor<sup>35</sup> und war ohne weitere Differenzierungen nicht zu rechtfertigen. Besondere gesetzliche Stimmverbote, die in der Praxis regelmäßig eine Rolle spielen, haben sich auf den Gesetzestext ebenfalls nicht ausgewirkt.

In der Praxis und im Gesellschaftsvertrag sollten Regelungen zur Versammlungsleitung und zur Beschlussfeststellung aufgenommen werden, damit der Bestand der gefassten und möglicherweise streitigen Beschlüsse formell abgesichert ist.<sup>36</sup>

#### Gesellschafterversammlungen

- Einberufung OHG/KG durch geschäftsführende Gesellschafter; GbR dispositiv
- Telefon- und Videokonferenzen zulässig
- Einstimmigkeits-, möglich auch Mehrheitsprinzip
- Beschlussgegenstände benennen
- Stimmberechtigungen regeln

## V. Beschlussmängelrecht

### 1. Bisheriger Stand

Bislang waren Gesellschafterbeschlüsse von Personengesellschaften, die gegen formelles oder materielles Recht verstießen, anders als bei Kapitalgesellschaften, nicht vorläufig wirksam, sondern grundsätzlich nichtig.

### 2. Neuregelung und Differenzierung von Nichtigkeit und Anfechtung

Aus der neuen Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen, die auch für vertragsändernde Beschlüsse geregelt sein kann, hat sich eine Notwendigkeit zum Minderheitenschutz ergeben. Entsprechende Neuregelungen wurden nach dem Vorbild des Aktienrechts nunmehr für die Personenhandelsgesellschaften aufgenommen (§§ 110–115 HGB).<sup>37</sup> Die Gesellschafter einer GbR können dieses Modell ebenfalls wählen.<sup>38</sup> Mit der Zweiteilung in eine zeitlich befristete Anfechtungsklage gegen mangelbehaftete Beschlüsse (§ 112 Abs. 1 HGB) und eine unbefristete, nur der Verwirkung unterliegende Nichtigkeitsfeststellungsklage bei Verstößen gegen grundlegende Rechtsvorschriften (§§ 114, 113 Abs. 2 HGB) schafft das MoPeG Rechtssicherheit.<sup>39</sup>

Nichtigkeit ist gegeben, wenn entweder gegen eine gesetzliche oder gegen eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung verstoßen wurde (§ 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB). Anfechtbarkeit kommt bei anderen Verstößen

in Betracht (§ 110 Abs. 1 HGB). Eine abweichende Regelung kann im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.<sup>40</sup>

Ausgehend von einem formell festgestellten Beschluss ist die Klage gegen die Gesellschaft zu richten.<sup>41</sup> Ausschließlich zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§§ 114, 113 Abs. 1 HGB).

#### Formulierungsvorschlag Gesellschaftsvertrag:

##### Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen

„Mangelhafte Beschlüsse, deren Nichtigkeit nicht schon aufgrund eines Verstoßes gegen zwingende gesetzliche Vorschriften zum Zustandekommen oder zum Inhalt durch Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann, können nur innerhalb von einem Monat ab Zugang der Beschlussniederschrift durch Klage gegen die Gesellschaft angefochten werden.“

#### Beschlussmängelrecht

- Minderheitenschutz
- Formelle Beschlussfeststellung
- Nichtigkeitsfeststellungsklage
- Anfechtungsklage
- Abweichende Regelungen möglich

## VI. Schiedsgerichtsklauseln

### 1. Stand der Praxis

Mit den Fragen, ob ein Gesellschaftsvertrag objektiv oder subjektiv auszulegen ist, ob in ihm das Feststellungs- oder das Anfechtungsmodell grundsätzlich angelegt ist, gegen wen ein Klageantrag zu richten ist und wie die Rechtskrafterstreckung gegenüber den Mitgesellschaftern begründet werden kann, betrifft die Schiedsbarkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten einen weiten Themenkreis. Bei unwirksamen Schiedsklauseln droht die Gefahr einer Rechtswegspaltung. Diese kann zu Frist- und Kostenrisiken führen. Nicht selten können widersprechende Entscheidungen ergehen. Eine Heilung unwirksamer Schiedsklauseln ist rechtssicher kaum möglich.

Im Ausgangspunkt hatte bislang ein klagestattgebendes Urteil nur im Kapitalgesellschaftsrecht eine Wirkung unter allen denkbar Betroffenen („erga omnes“).<sup>42</sup> Hierbei zielt die Anfechtungsklage, die mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage verbunden werden kann, darauf ab, einen festgestellten Gesellschafterbeschluss zu kassieren. In Abgrenzung zur Nichtigkeitsklage kann sie auch erhoben werden, wenn der Beschluss nicht schon aufgrund eines Nichtigkeitsgrundes von vornherein nichtig war.

Der Nichtigkeitsantrag enthält dabei als Minus stets auch den Anfechtungsantrag. Zur Erhebung der Nichtigkeitsklage ist keine Frist zu beachten. Dieses kann bei Ablauf der Anfechtungsfrist eine eigenständige Bedeutung haben.

33 So auch K. Schmidt, ZHR 2016, 16, 36; Roßkopf/Hoffmann, ZPG 2023, 21.

34 § 714 S. 2 E-BGB.

35 Ebenso K. Schmidt, ZHR 2016, 16, 35.

36 Ebenso Otte, ZIP 2021, 2162, 2164.

37 Hermann, DNotZ 2022, 3, 8.

38 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 107.

39 So auch Otte, ZIP 2021, 2162.

40 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 111; Schäfer, ZIP 2021, 1527, 1533.

41 RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 236; Schäfer, 2021, 1532.

42 BGH, 29.3.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278 ff., NJW 1996, 1753, 1755, BB 1996, 1074 – „Schiedsfähigkeit I“.

Vor diesem Hintergrund haben sich für die Austragung von Streitigkeiten über Beschlussmängel aufgrund von Schiedsvereinbarungen als Mindestvoraussetzungen ergeben (1) die Zustimmung aller Gesellschafter, (2) ein Informationsfluss über Einleitung, Verlauf und Möglichkeit des Beitritts, (3) die Mitwirkung an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter und (4) eine Konzentration der streitbestimmenden Mängel beim Schiedsgericht.<sup>43</sup>

## 2. Neue Regelungen

Die gesetzliche Regelung sieht jetzt vor, dass Klagen gegen Beschlussmängel auch in der Personenhandelsgesellschaft gegen diese zu richten sind (§ 113 Abs. 2 HGB) und gegenüber allen Gesellschaftern wirken (§ 113 Abs. 6 HGB). Es bedarf einer qualifizierten Schiedsklausel im oben beschriebenen Sinn der Mindestvoraussetzungen, auch hinsichtlich einfacher Feststellungsklagen nach § 256 ZPO bei fehlender verbindlicher Feststellung des Beschlussergebnisses.<sup>44</sup>

Dispositiv bleibt den Personengesellschaften unbenommen, die in der amtlichen Überschrift angepriesene Gestaltungsfreiheit (§ 708 BGB, § 108 HGB) für ein Opt-In zum OHG/KG-Anfechtungsmodell oder ein Opt-Out zum GbR-Feststellungsmodell zu wählen.

## 3. Anpassungsbedarf

Altverträge von Personenhandelsgesellschaften enthalten oftmals aus heutiger Sicht abträgliche Modifikationen. Diese bergen das Risiko, dass statt der gesetzlichen Rechtskrafterstreckung lediglich eine Urteilsbindung aus Treupflicht erfolgt. Abweichende Regelungen zu Einberufung, Anfechtungsfrist oder zur Monierung von Protokollen können eine Abwendung vom Anfechtungsmodell bedeuten. Insbesondere bei einer Vereinbarung, dass Klagen gegen die anderen Gesellschafter zu richten sind, ist dieses anzunehmen.<sup>45</sup> Auch die Formulierung von zu erhebenden Feststellungsklagen – im Sinne der früheren Rechtslage – schließt eine Anfechtungsklage aus. Umgekehrt sind Opt-In-Mechanismen in Altverträgen von nichtkaufmännischen Personengesellschaften eher nicht zu erwarten. Die neue Gestaltungsfreiheit kommt dann nicht zur Entfaltung.

Insgesamt sind Gesellschaftsverträge daher so anzupassen, dass eine eindeutige Zuordnung zum Feststellungs- oder Anfechtungsmodell hergestellt und eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts herbeigeführt wird.

### Formulierungsvorschlag Schiedsklausel

„Die Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag und dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander oder mit der Gesellschaft werden, soweit nicht über die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen gestritten wird, für die ausschließlich das Landgericht am Sitz der Gesellschaft zuständig ist, unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs durch ein Schiedsgericht entschieden.

Das Schiedsgericht besteht aus drei Schiedsrichtern. Jede Partei benennt einen Schiedsrichter. Die beiden so benannten Schiedsrichter einigen sich auf einen Vorsitzenden des Schiedsgerichts. Der Schiedskläger – mehrere gemeinsam – muss in seiner Schiedsklage einen zur Ausübung des Schiedsrichteramts bereiten Schiedsrichter benennen und die beklagte Partei auffordern, ihrerseits – mehrere gemeinsam – innerhalb eines Monats nach Zugang der Schiedsklage einen zur Ausübung des Schiedsrichteramts bereiten Schiedsrichter zu benennen. Diese benannten zwei Schiedsrichter müssen sich innerhalb eines Monats nach Benennung des zweiten Schiedsrichters auf einen Vorsitzenden des Schiedsgerichts einigen, der zur Annahme des Amtes bereit ist. Erfolgt eine Benennung nicht fristgemäß, so bestimmt auf

Antrag einer Partei der Präsident des Landgerichts am Sitz der Gesellschaft diesen Schiedsrichter.

Der Ort des Schiedsverfahrens ist am Sitz des für die Gesellschaft örtlich zuständigen Landgerichts. Für das Schiedsverfahren gilt deutsches Recht und das 10. Buch der ZPO, soweit in diesem Schiedsvertrag keine andere Regelung getroffen ist. Mehrere Streitigkeiten zum selben Streitgegenstand sind in einem Verfahren zusammenzufassen.“

### Schiedsgerichtsklauseln

- OHG/KG mit Opt-Out zu Feststellungsmodell
- GbR mit Opt-In zu Anfechtungsmodell BGH-Mindestvoraussetzungen (Zustimmung, Information, Mitwirkung, Konzentration)
- Anpassung zwecks Zuordnung

## VII. Ausscheiden eines Gesellschafters und Nachfolge

### 1. Ausscheiden und Fortsetzung, Umwandlungs- und Austrittsrecht

Die Haftungsbegrenzung des Gesellschaftererbens in der GbR war ein elementares Problem, insbesondere seit der BGH sich mit der Akzesorietätslehre (vgl. oben unter I. mit dortiger Fn. 4) dafür ausgesprochen hat, dass der Gesellschaftererbe nach §§ 128, 130 HGB analog für Alt- und Neuverbindlichkeiten persönlich haftet. Eine strikte Haftungsvermeidung war nur über eine Ausschlagung des angefallenen Erbes möglich. Demgegenüber konnte der Erbe des persönlich haftenden Gesellschafters in der Personenhandelsgesellschaft nach § 139 HGB a.F. seinen Verbleib in der Gesellschaft von der Einräumung einer Kommanditistenstellung abhängig machen.

Nummehr besteht in Erbfällen ein Umwandlungs- und Austrittsrecht auch in der rechtsfähigen GbR (§ 724 BGB). Die nicht rechtsfähige GbR hingegen endet (§ 740a Abs. 1 Nr. 3 BGB).

### 2. Grundlagen und Voraussetzungen

Die neue Standardrechtsfolge sieht ein Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und damit eine Fortsetzung der rechtsfähigen GbR ohne ihn oder einen Erben vor (bisher: § 727 Abs. 1 BGB a.F.: Auflösung).<sup>46</sup> Für die Nachfolge bedarf es zum Übergang des Anteils auf einen Erben einer gesellschaftsvertraglichen Regelung (§ 711 Abs. 2 S. 1 BGB) – anderenfalls fällt lediglich ein Abfindungsanspruch in den Nachlass (§§ 728 Abs. 1, 723 Abs. 3 BGB). Des Weiteren darf die Neuregelung nicht wegen unzumutbarer Belastungen der anderen Gesellschafter ggf. auch stillschweigend abbedungen sein.<sup>47</sup>

### 3. Haftungsfolgen gem. § 724 BGB

Im Fall einer Nachfolgeklausel wird der Erbe Gesellschafter. Er haftet für Alt- und Neuverbindlichkeiten einschließlich der sogenannten Zwischenneuschulden, die im Zeitraum zwischen Eintritt und Ablauf der Dreimonatsfrist gemäß § 724 Abs. 3 S. 1 BGB entstehen. Sofern eine Umwandlung nicht in Betracht kommt, besteht für den Gesell-

<sup>43</sup> BGH, 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221, BB 2009, 1260, DStR 2009, 1043 – „Schiedsfähigkeit II“.

<sup>44</sup> So auch *Otte/Dietlein*, in: BeckOK GroßkommHGB, Stand: 15.10.2022, § 110 HGB, Rn. 195.

<sup>45</sup> Ebenso *Reichert/Groh* ZPG 2023, 121, 131.

<sup>46</sup> *Servatius*, GbR, 2023, § 723, Rn. 5.

<sup>47</sup> RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 171.

schafter ein Kündigungsrecht (§ 724 Abs. 2 BGB). Im Zwischenzeitraum kann der Erbe von Gesellschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden. Ihm steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Eine Haftung widerspräche seinem Status als noch nicht gefestigtem Gesellschafter und dem Sinn und Zweck der neuen Regelung, wie bisher nach § 139 HGB a.F.<sup>48</sup>

Der Erbe kann in der fortbestehenden Gesellschaft verbleiben und innerhalb von drei Monaten von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen (§ 724 Abs. 2, 2. Alt. BGB).<sup>49</sup> Verbleibt er, trifft ihn die persönliche und unbeschränkte Haftung für Alt-, Zwischen- und Neuschulden. Ein Leistungsverweigerungsrecht entfällt. Kündigt er, dann scheidet er aus der Gesellschaft aus (§ 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB) und haftet für Alt- und Zwischenneuschulden „nur nach Maßgabe der Vorschriften, welche die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten betreffen“ (§ 724 Abs. 4 BGB). Wird die Gesellschaft aufgrund des Gesellschaftsvertrags aufgelöst (§ 723 Abs. 1 BGB) oder räumen die anderen Gesellschafter nach fristgerechtem Umwandlungsantrag eine Kommanditbeteiligung ein, dann haftet der Erbe den Gläubigern gemäß der gesellschaftsrechtlichen Privilegierung (§ 724 Abs. 4 BGB) nach den erbrechtlichen Vorschriften. Mithin kann er sich bei Ausscheiden, Auflösung und Umwandlung auf die Haftungsbeschränkung der §§ 1967, 1975 ff. BGB berufen.<sup>50</sup>

#### Rechtsnachfolge bei rechtsfähiger GbR nach BGB



#### VIII. Ausblick

Mit dem MoPeG ist nach intensiven Diskussionen ein durchdachtes, stimmiges und dem freiheitlichen Unternehmensbild des Grundgesetzes gerecht werdendes Reformvorhaben verwirklicht worden. Einzelne steuerrechtliche Anpassungen sind wünschenswert. Die Leistung des Gesetzgebers fasst eine Jahrzehnte währende Rechtsfortbildung zusammen und wird ein zuverlässiger Begleiter in der Praxis sein. Das im Zivil- und Gesellschaftsrecht bewährte Klammer- und Baukastenprinzip findet eine systematische Fortschreibung und trägt die weitere Herausarbeitung eines allgemeinen Verbandsrechts.

**Johannes R. Jeep**, RA/FAHaGesR/FAStR, seit 1994 zugelassen, seit 2020 Managing Partner der Kanzlei FPS, Berlin. Mit langjähriger Beratungs- und Prozessenerfahrung im Zivil-, Gesellschafts-, Handels- und Steuerrecht begleitet er strukturelle Gestaltungen von Unternehmen, Transaktionen, Rechtsnachfolgen und Verträgen.



**Dr. Thomas Schnülle-Weingart**, RA, Associate Partner der Kanzlei FPS, Frankfurt a.M. Mit langjähriger Erfahrung in allen Bereichen des Gesellschaftsrechts und M&A, insbesondere bei komplexen M&A-Transaktionen, Joint Ventures, gesellschaftsrechtlichen Strukturierungen und Venture-Capital-Finanzierungsrunden, im Aktien-, GmbH- und Umwandlungsrecht.



48 Habersack/Schäfer/Schäfer, in: HGB, 2. Aufl. 2019, § 139, Rn. 121; K. Schmidt/Fleischer, in: MüKo HGB, 5. Aufl. 2022, § 139, Rn. 106.

49 Servatius, GbR, 2023, § 724, Rn. 21.

50 Servatius, GbR, 2023, § 724, Rn. 25.

Dr. Jörg Kondring, RA\*

# Flucht vor dem deutschen AGB-Recht: Rechtswirklichkeit versus Reformdiskussion

Seit vielen Jahren wird in Deutschland über die Notwendigkeit einer Reform des AGB-Rechts im unternehmerischen Rechtsverkehr gestritten. Dabei hat die Rechtswirklichkeit die Reformdiskussion schon lange und unbemerkt überholt. Dies gefährdet auch den Erfolg der geplanten Commercial Courts.

## I. Einleitung

Die Bundesregierung hat am 6.10.2023 einen Entwurf ein Justizstandort-Stärkungsgesetz<sup>1</sup> vorgelegt. Ziel ist, den Justizstandort Deutsch-

land durch die Einführung von Commercial Courts und durch die Einführung von Englisch als Gerichtssprache bei Rechtsstreiten zwischen Unternehmen zu stärken. Durch den Entwurf hat auch die seit vielen Jahren anhaltende Diskussion über die Notwendigkeit einer

\* Der Autor war als Sachverständiger zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 13.12.2023 geladen. Die nachstehenden Ausführungen basieren auf dem Inhalt seiner schriftlichen Stellungnahme, die unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/982622/59f4358e01af58e4468d105829f7a632/Stellungnahme-Kondring\\_VDMA.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/982622/59f4358e01af58e4468d105829f7a632/Stellungnahme-Kondring_VDMA.pdf) abrufbar ist (Abruf: 15.4.2024).

Die Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 BT-Drs. 20/8649.