

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

(Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestags am 21. April 2021

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M.

19. April 2021

A. ZUSAMMENFASSUNG

Die Reform des Personengesellschaftsrechts ist dringend erforderlich. Insbesondere im Hinblick auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) klaffen der Gesetzeswortlaut und die Rechtswirklichkeit seit Jahren auseinander und sind in Einklang zu bringen.

Aus Sicht der Praxis ist zu fordern, dass das Gesetz ein Minimum an Regelungen zur Verfügung stellt, die Personengesellschaften einen rechtssicheren und stabil funktionierenden Rahmen geben, bei gleichzeitiger Bewahrung größtmöglicher Gestaltungsfreiheit.

Außerdem ist es ein dringendes Anliegen, zur Schaffung von Publizität und Transparenz auch für GbR ein Register ähnlich dem Handelsregister einzuführen.

Diese Erfordernisse erfüllt der Regierungsentwurf des MoPeG (RegE MoPeG) vollständig. Er ist rundum geeignet, das Personengesellschaftsrecht an die „*Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens*“ (Koalitionsvertrag 19. Legislaturperiode, S. 131) anzupassen. Es werden lediglich geringfügige Ergänzungen angeregt.

Die Umsetzung und zeitnahe Inkraftsetzung des MoPeG wird dringend empfohlen.

B. STELLUNGNAHME

I. Kein Systemwechsel, aber umfassende Modernisierung

1. Der RegE MoPeG zielt nicht auf eine Totalrevision, sondern auf eine Modernisierung insbesondere des Rechts der GbR **innerhalb des bestehenden Systems**. Es bleibt grundsätzlich bei der Unterscheidung in (nicht gewerbliche) Personengesellschaften einerseits und Personenhandelsgesellschaften andererseits, der Kaufmannsbegriff wird nicht angetastet.
2. Der immer wieder erhobenen Forderung einer kompletten Neugestaltung des Personengesellschaftsrechts unter Aufgabe des Kaufmannsbegriffs und Schaffung eines „Unternehmensgesetzbuchs“ (österreichisches Modell) folgt der RegE MoPeG bewusst nicht. Das entspricht auch der Empfehlung der vom BMJV zuvor eingesetzten Expertenkommission im sog. Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Mauracher Entwurf). Die Kommission hatte diesen Ansatz nach eingehender Diskussion gewählt, um das Reformprojekt noch **überschaubar und machbar** zu halten. Einen (noch) zurückhaltenderen Ansatz zu wählen, könnte wiederum das erstrebte Ziel nicht erfüllen, insbesondere der GbR eine gute gesetzliche Basis zu geben.
3. Die vom RegE MoPeG vorgesehene Öffnung der Personenhandelsgesellschaften und insbesondere der GmbH & Co. KG für alle **freien Berufe** entspricht der Empfehlung des Deutschen Juristentags 2016 und ist zu begrüßen. Die Öffnung steht unter dem Vorbehalt, dass das jeweilige Berufsrecht die Wahl einer solchen Rechtsform zulässt (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E), so dass jede

Berufsgruppe passende Schutzvorkehrungen treffen kann. Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz bestehen zu lassen, ist richtig, denn es wurde in der Praxis gut angenommen und bietet auch Vorteile (z.B. bzgl. Gewerbesteuerpflicht).

II. In sich geschlossenes Regelungskonzept bei Erhalt der Gestaltungsfreiheit

1. Der RegE MoPeG hat zum Ziel, Gesellschaften ein klares und in sich geschlossenes, verständliches Regelungskonzept zu bieten. Gesellschaften sollen auch dann einen **rechtssicheren und stabil funktionierenden Rahmen** haben, wenn bei der Gründung nur lückenhafte Absprachen getroffen wurden. Wie der Gesetzesentwurf ausdrücklich klarstellt (§ 708 BGB-E), bleiben die **Gestaltungsfreiheit** der Gesellschafter und damit die Flexibilität der GbR als Grund- und Auffangrechtsform aber gleichzeitig erhalten.
2. Auch wenn der RegE MoPeG einen erheblichen Umfang hat, wird die Rechtslage dadurch **nicht komplexer**, sondern deutlich klarer und einfacher verständlich, was gerade für GbR, die nicht nur im professionellen Umfeld genutzt und formlos gegründet werden können, wichtig ist.

Teilweise wurden Vorschriften vom HGB ins BGB verschoben, um die (rechtsfähige) GbR als Grundrechtsform auszustalten (z.B. Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten, § 719 BGB-E), teils wurden in Praxis und Rechtsprechung anerkannte Regelungen erstmals ins Gesetz geschrieben (Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, § 711 BGB-E, Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, § 712a BGB-E, Haftung der Gesellschafter, §§ 721 ff. BGB-E) und als überholt geltende und in der Praxis regelmäßig abbedogene Regelungen durch solche ersetzt, die typischerweise zwischen Gesellschaftern vereinbart werden (jährlicher Rechnungsabschluss und Gewinnverteilung, § 718 BGB-E, Ausscheiden statt Auflösung, vgl. Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters, § 723 BGB-E, Kündigung der Mitgliedschaft, § 725 BGB-E).

All das macht das Gesetz klarer verständlich und führt nicht zu einer Erhöhung, sondern einer **Verringerung** des Beratungsbedarfs und der damit verbundenen **Kosten**. Der Übersichtlichkeit dienen auch die klare Gliederung der Vorschriften in acht Untertitel mit Zwischenüberschriften.

III. Außengesellschaft

3. Richtig ist die Grundsatzentscheidung des RegE MoPeG, die rechtsfähige, auf Dauer angelegte **Außengesellschaft als Grundform** für alle rechtsfähigen Personengesellschaften auszustalten, weil das bisherige gesetzliche Leitbild der nicht rechtsfähigen, gesamthaiderischen Gelegenheitsgesellschaft längst nicht mehr zutrifft.

Im Entwurf sind sieben der acht Untertitel der ausdrücklich als „rechtsfähige Personengesellschaft“ bezeichneten (§ 705 Abs. 2 BGB-E) Außengesellschaft gewidmet, nur der letzte Untertitel der nicht rechtsfähigen Innengesellschaft. Das geänderte Leitbild schlägt sich konsequent an zahl-

reichen Stellen des Entwurfs nieder, etwa der Angleichung der Ausscheidens- und Auflösungsgründe an diejenigen der oHG (vgl. § 723 BGB-E zu § 131 Abs. 3 HGB, § 724 BGB-E zu § 139 HGB, § 729 BGB-E zu § 131 Abs. 2 HGB), dem geänderten Haftungsmaßstab im Innenverhältnis (statt eigenübliche künftig verkehrsübliche Sorgfalt, bislang § 708 BGB, künftig § 276 BGB, vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 139), der größeren Bedeutung des vereinbarten Beteiligungsverhältnisses für Stimmkraft, Gewinn- und Verlustanteile (§ 709 Abs. 3 BGB-E) usw.

Bei all dem bleibt zu beachten, dass die Gestaltungsfreiheit es den Gesellschaftern erlaubt, andere Vereinbarungen zu treffen, was auch konkudent geschehen kann. Auch **Gelegenheitsgesellschaften** finden in den neuen Regelungen daher einen angemessenen Rahmen.

4. Dass die rechtsfähige Außengesellschaft selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist (§ 713 BGB-E) und sich der Gesetzentwurf vom Gesamthandsprinzip abwendet (Begr RegE MoPeG, S. 147), macht die GbR nicht zur juristischen Person und führt insbesondere nicht dazu, dass Personengesellschaften künftig nicht mehr **transparent besteuert** werden könnten.

Das Gesamthandsprinzip ist ein Differenzierungskriterium bei der Frage, ob ein Unternehmen für die Zwecke des Steuerrechts als Körperschaft oder als Personengesellschaft einzuordnen ist, aber nicht das einzige. Auch für die Außengesellschaft bleibt es nach dem RegE MoPeG bei der formlosen Errichtung (§ 705 Abs. 1 BGB-E), der Vinkulierung der Gesellschaftsanteile (§ 711 Abs. 1 S. 1 BGB-E) sowie dem Ausschluss des Erwerbs eigener Anteile (§ 711 Abs. 1 Satz 2 BGB-E), dem Prinzip der Selbstorganschaft (§ 720 BGB-E) und der persönlichen Haftung (§ 721 BGB-E). All dies (und weitere) sind vom BMF in anderem Zusammenhang für relevant gehaltene Differenzierungskriterien (BMF 2004-03-19 IV B 4-S 1301 USA-22/04). Die vorgebrachten Bedenken sind unbegründet. Das bestätigt u.a. auch der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (Beilage ZIP 2/2021, S. 3, 7).

Die angeregte Erweiterung des **Hinweises in der Gesetzesbegründung**, wonach sich an der ertragssteuerlichen Behandlung von GbR nichts ändern soll (Begr RegE MoPeG, S. 106), auf weitere Steuerarten erscheint sinnvoll.

5. Für die **Entstehung** einer Außengesellschaft stellt der RegE MoPeG darauf ab, ob die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, § 705 Abs. 2, 1. HS BGB-E. U.a. vom Bundesrat wird angeregt, das durch entsprechende Vermutungsregeln zu ergänzen, wenn Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens ist oder/und die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen führen.

Vermutungsregeln für die Feststellung des Willens aller Gesellschafter zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr sind auch in der Expertenkommission diskutiert worden. Letztlich hat sich die Kommission dafür entschieden, **keine Vermutungsregeln** in den Gesetzesentwurf aufzunehmen, sondern entsprechende Indizien in der Gesetzesbegründung zu verankern, vgl. Begr. RegE MoPeG, S. 124 f., die den Gerichten zur Orientierung dienen können. Nachteile gegenüber gesetzlichen Vermutungsregeln, die ohnehin nicht alle Zweifelsfälle erfassen könnten, sind nicht zu befürchten. Der Schutz Dritter ist, soweit erforderlich, durch die Handelndenhaftung sowie nach

allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen gegeben. Die im RegE MoPeG vorgeschlagene Regelung erscheint deshalb ausreichend.

IV. Innengesellschaft

Die allein auf das Innenverhältnis beschränkte Innengesellschaft bleibt nach dem RegE MoPeG reines Schuldverhältnis und kann insbesondere **kein eigenes Vermögen** bilden, § 740 Abs. 1 BGB-E. Das ist entgegen anders lautender Stellungnahmen richtig und konsequent, weil die Innengesellschaft nicht rechtsfähig ist. Es besteht auch kein Bedarf dafür, weil andere Lösungen (Bruchteilsgemeinschaft, Treuhand) möglich bleiben und die Vermögensfähigkeit der nicht-rechtsfähigen Innengesellschaft außerdem zu Problemen im Rechtsverkehr führen könnte.

V. Einführung eines GbR-Registers

1. Die im RegE MoPeG vorgesehene Einführung eines Registers für rechtsfähige GbR ist **dringend erforderlich**. Sie entspricht einer lange und vielfach geäußerten Forderung der Praxis nach mehr Publizität und Transparenz bei der GbR und auch einem mit großer Mehrheit gefassten Beschluss des Deutschen Juristentags 2016. Durch Eintrag im Register können Existenz, Identität, Mitgliederbestand und Vertretungsverhältnisse von GbR einfach und verlässlich festgestellt und nachgewiesen werden, was eine immense **Erleichterung für den Rechtsverkehr** bedeutet.

Angaben etwa auf Homepage oder Geschäftspapier, auch wenn solche verpflichtend wären, können ein Register naturgemäß nicht ersetzen.

2. Zu Recht wählt der RegE MoPeG den Ansatz einer **grundätzlich freiwilligen Registrierung**, die nicht Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ist.

Eine **konstitutive** Wirkung der Eintragung hätte den entscheidenden Nachteil, dass nicht eingetragene Außengesellschaften dann nicht rechtsfähig wären, mit all den Nachteilen für den Rechtsverkehr, die die Rechtsprechung des BGH über die Jahre versucht hat auszuräumen. Es entstünde neuer Regelungsbedarf für die dann dritte Variante der GbR in Form der nicht rechtsfähigen Außengesellschaft.

Eine generelle **Pflicht** zur Eintragung wiederum wäre für Gelegenheitsgesellschaften und sonstige kleine GbR unangebracht. Ein gewisser faktischer Registrierungzwang wird für GbR voraussichtlich zwar dadurch entstehen, dass potenzielle Vertragspartner wie Banken oder Vermietter Vertragsschlüsse mit nicht registrierten GbR ablehnen könnten. Dieser faktische Druck ist auch durchaus zu begrüßen, weil er die Ziele des Gesetzentwurfs unterstützt. Er wird aber keine Gelegenheitsgesellschaften nicht treffen, sondern nur unternehmerische Gesellschaften, die ein auf Dauer angelegtes Ziel von gewissem wirtschaftlichen Gewicht verfolgen.

3. Eine Pflicht zur Voreintragung der GbR besteht nach dem RegE MoPeG für den Erwerb von und die Verfügung über bestimmte **registrierte Rechte** sowie für die **Umwandlungsfähigkeit** der

Gesellschaft. Das dient den Interessen des Rechtsverkehrs an Transparenz und Rechtssicherheit im Umgang mit GbR und macht den gutgläubigen Erwerb eingetragener Rechte von GbR nach allgemeinen Grundsätzen möglich. Die bislang für Objektregister wie zB das Grundbuch erforderlichen Sonderregeln für GbR sind nicht mehr erforderlich. Insbesondere wird das viel kritisierte Regelungsmodell der § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO überflüssig.

4. Die verpflichtende Registrierung von GbR für den Erwerb eingetragener Rechte ist auch vor dem Hintergrund der Bekämpfung von **Geldwäsche** sinnvoll. Gesteigerte Pflichten für die Gesellschaften ergeben sich daraus über die ohnehin erforderlichen Meldungen an das Gesellschaftsregister hinaus nach der geplanten Regelung in § 20 Abs. 2 Nr. 6 GwG-E nicht. Auf der anderen Seite wird es dadurch aber etwa erschwert, Geld über intransparente Treuhandkonstruktionen in Grundstücken zu „verstecken“.
5. Die Expertenkommission hatte den **Kreis der registrierten Rechte**, die eine Pflicht zur Voreintragung der GbR begründen, noch weiter gezogen (z.B. Marken, Designs usw.). Es ist bedauerlich, dass der Gesetzentwurf dem nicht gefolgt ist. Eine entsprechende Erweiterung wäre wünschenswert, könnte aber auch zu einem späteren Zeitpunkt noch umgesetzt werden.
6. Als ergänzungsbedürftig kritisiert wurde u.a. vom Bundesrat die Regelung in § 40 Abs. 1 GmbHG-E, wonach nur die Eintragung einer **GbR als GmbH-Gesellschafterin** in der Gesellschafterliste und Veränderungen an ihrer Eintragung der Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister bedürfen. Gefordert wird, dass auch **Änderungen im Gesellschafterbestand** der GbR zu einer Voreintragungspflicht der GbR führen sollen.

Diese Forderung ist **berechtigt**, sie sollte umgesetzt werden. Auch bei Grundstücken führt schon der Gesellschafterwechsel faktisch zu einer Eintragungspflicht der GbR, denn der Gesellschafterwechsel macht eine Grundbuchberichtigung erforderlich, die wiederum eine Voreintragung der GbR verlangt (vgl. Artt. 229 § 21 Abs. 1, 220 § 21 Abs. 2 S. 2 EBGBG-E, § 82 GBO-E und Begr RegE MoPeG, 217).

Noch weitergehend wurde angeregt, nicht erst die Eintragung der GbR in der Gesellschafterliste, sondern bereits den dinglichen Erwerb der Geschäftsanteile von der Voreintragung der GbR abhängig zu machen. Das ist abzulehnen, weil eine GbR Geschäftsanteile auch zB durch Erbschaft erwerben kann und – wie im Grundstücksrecht, vgl. § 47 Abs. 2 GBO-E und Begr RegE MoPeG, S. 206 f. – der materielle Erwerb an einer (noch) fehlenden Eintragung der GbR nicht scheitern darf.

7. Der RegE MoPeG erlaubt einer GbR, wenn sie einmal im Register eingetragen ist, keinen schlichten **Antrag auf Löschung**. Die Löschung ist vielmehr nur noch nach allgemeinen Vorschriften (Liquidation, Umwandlung) möglich. Daran sollte trotz daran geäußerter Kritik festgehalten werden.

Ziel der Regelung ist die Stärkung der Transparenz und Publizität der GbR. Erlaubte man einer einmal eingetragenen GbR die freie Löschung aus dem Register, so müsste dafür zunächst sichergestellt werden können, dass die GbR nicht als Inhaberin registrierter Rechte in anderen Registern

eingetragen ist, was praktisch schwierig wäre. Außerdem könnten Vertragspartner darauf vertraut haben, mit einer eingetragenen GbR zu kontrahieren und so jederzeit deren Existenz usw. durch Einblick ins Register prüfen zu können. Schließlich könnte die Möglichkeit der Löschung eingetragener GbR auf Antrag sog. „Firmenbestattungen“ (etwa durch Umwandlung einer GmbH in eine GbR und deren anschließende Löschung aus dem Register, ohne sie zu liquidieren) erleichtern.

Die bislang mögliche Löschung kleingewerblicher Gesellschaften aus dem Handelsregister auf Antrag nach § 2 S. 3 HGB hat den Hintergrund, dass solche Gesellschaften sich dadurch der kaufmännischen Pflichten wieder entledigen können, die an der Eintragung hängen. Solche Pflichten gibt es für die eingetragene GbR aber nicht. Künftig können sich nach dem Konzept des MoPeG kleingewerbliche Gesellschaften aus dem Handelsregister im Übrigen nur noch im Wege des Statuswechsels, d.h. per Umtragung ins GbR-Register, löschen lassen.

8. Durch die Registrierung entstehen bei den Gesellschaften **Kosten**, sowohl für die erstmalige Eintragung als auch für die kontinuierliche Erfüllung der Informationspflichten. Diese Kosten sind, wie in der Gesetzesbegründung (Begr RegE MoPeG, S.113 ff.) näher ausgeführt, überschaubar und sparen dauerhaft erheblich höhere Transaktions- und Beratungskosten ein. Für die Umsetzung in der Praxis ist es auch richtig und wichtig, wie beim Handelsregister Notare einzubinden. Die Vorprüfung durch Notare entlastet die Eingangsprüfung beim Register und erhöht die Verlässlichkeit der Registereintragungen.

VI. Einführung eines Beschlussmängelrechts für Personenhandelsgesellschaften

1. Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften sind nach geltendem Recht unabhängig von der Schwere des Mangels grundsätzlich **nichtig**. Gleichzeitig ist die Nichtigkeit durch (grds. unbefristete) allgemeine Feststellungsklage gegen evtl. widersprechende Mitgesellschafter geltend zu machen.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass der RegE MoPeG wenigstens für Personenhandelsgesellschaften das Beschlussmängelrecht erstmals kodifizieren und wie das Aktienrecht **zwischen anfechtbaren und nichtigen Gesellschafterbeschlüssen unterscheiden** will. Nur Verstöße gegen unverzichtbare Rechtsvorschriften sollen noch zur Nichtigkeit führen (§ 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E). Damit sind neben § 138 BGB absolut unentziehbare Rechte, nicht aber nur relativ unentziehbare Rechte gemeint, wie die Regierungsbegründung unmissverständlich klarstellt (Begr RegE MoPeG, S. 229). Wie die Begründung zutreffend ausführt, passt die vom aktienrechtlichen Modell abweichende Anknüpfung der Nichtigkeit an unverzichtbare Rechtsvorschriften dazu, dass im Personengesellschaftsrecht grundsätzlich Gestaltungsfreiheit herrscht, die aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe (die im Übrigen auch erhebliche Auslegungsspielräume lassen, vgl. nur § 241 Nr. 3 AktG) hingegen auf die dort geltende Satzungsstrenge aufbauen.

Richtig ist aber, dass bei **Fehlern im Jahresabschluss § 256 AktG analog** angewendet werden sollte, weil diese sonst regelmäßig zur Nichtigkeit des Feststellungsbeschlusses führen würden.

Andere Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags führen demgegenüber nur noch zur Anfechtbarkeit und können mit der jetzt gegen die Gesellschaft zu richtenden, fristgebundenen Anfechtungsklage geltend gemacht werden (§§ 112, 113 HGB-E). Die Unterscheidung von anfechtbaren und nichtigen Gesellschafterbeschlüssen schafft die Möglichkeit zu differenzierter Behandlung von fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen, aber auch Bestandskraft und damit Rechtssicherheit für nur anfechtbare Beschlüsse, sobald die Anfechtungsfrist abgelaufen ist.

2. Der Mauracher Entwurf hatte vorgeschlagen, das Beschlussmängelrecht generell für **alle Personengesellschaften** zu kodifizieren. Die Verlagerung durch den RegE MoPeG in das Recht der Personenhandelsgesellschaften folgte auf Kritik, wonach das Modell für GbR nicht passe. In der Tat lässt sich begründen, dass das Modell Gelegenheitsgesellschaften überfordert. Allerdings ließe die Gestaltungsfreiheit auch (konkludent mögliche) abweichende Vereinbarungen für Gelegenheitsgesellschaften und damit angemessene Lösungen zu.

Für professionalisierte GbR erscheint das jetzt nur für Personenhandelsgesellschaften vorgesehene Modell nach wie vor passender. Allerdings haben solche GbR in gleicher Weise die Möglichkeit, sich für das neue Modell zu entscheiden und entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren. Auch das sollte in der Praxis zu guten Lösungen führen, sodass auch dem Vorschlag des RegE MoPeG gefolgt werden kann.

VII. Beschlussfassungen

1. Zum Beschlussverfahren enthält § 109 HGB-E jetzt erstmals **rudimentäre Regelungen**. Auch das ist sehr zu begrüßen, nicht zuletzt, weil es als Basis für Vorschriften zur Angreifbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen zunächst Regelungen zu deren Zustandekommen bedarf. Die Regelungen lassen ausreichend Spielraum, insbesondere kann eine Gesellschafterversammlung auch virtuell stattfinden, wie die Gesetzesbegründung klarstellt.
2. Zur **Beschlussfeststellung** trifft der RegE MoPeG wegen der Vielfalt der erfassten Gesellschaften keine Regelung, was vor dem Hintergrund hinnehmbar ist, dass die Klagefrist gem. § 112 Abs. 2 HGB-E an die **Bekanntgabe** des Beschlusses an den anfechtungsbefugten Gesellschafter anknüpft. Die Bekanntgabe setzt, wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich festhält, „*eine förmliche Feststellung des Beschlusses implizit voraus...*“, Begr RegE MoPeG, S. 231. Im Gesellschaftsvertrag können (und sollten) dann weitergehende Regelungen getroffen werden, da ansonsten im Streitfall zunächst im Wege der allgemeinen Feststellungsklage zu klären ist, ob überhaupt ein Beschluss gefasst wurde und welchen Inhalts.
3. Was Beschlussmehrheiten angeht, so regelt § 714 BGB-E nur noch, dass Gesellschafterbeschlüsse der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedürfen. Dass **Mehrheitsklauseln** im Gesellschaftsvertrag selbstverständlich nach wie vor zulässig sind, folgt unmittelbar aus dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit.

Die im Mauracher Entwurf vorgesehene Regelung, wonach Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag im Zweifel auch für Beschlüsse zur **Änderung des Gesellschaftsvertrags** gelten, wurde

nicht in den Entwurf des MoPeG übernommen. Dieser auch in der Expertenkommission umstrittene Vorschlag hatte teilweise Kritik erfahren, u.a. weil dann Gesellschaftsvertragsänderungen im Personengesellschaftsrecht (bei fehlender anderweitiger Regelung) einer geringeren Mehrheit bedurft hätten als etwa im GmbH-Recht. Auch diese Position lässt sich vertreten.

Nach dem RegE MoPeG bleibt es dabei, dass nach allgemeinen Grundsätzen durch **Auslegung** zu ermitteln ist, ob eine in einem Gesellschaftsvertrag getroffene Mehrheitsregelung einen konkreten Beschlussgegenstand erfasst oder nicht. Das gilt für Gesellschaftsvertragsänderungen ebenso wie für jeden anderen Beschlussgegenstand und ist auch nicht an einem „Bestimmtheitsgrundsatz“ zu messen. Grenzen für die Wirksamkeit von (auch einstimmig gefassten) Gesellschafterbeschlüssen ergeben sich nur aus §§ 134, 138 BGB sowie der Gleichbehandlungs- und Treuepflicht, außerdem aus dem engen Kreis von absolut unentziehbaren Rechten.

Es wird angeregt, das in der Gesetzesbegründung deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

4. Das MoPeG verhält sich nicht zu **Stimmverboten**, was auf Kritik gestoßen ist. Eine gesetzliche Vorschrift wäre vorteilhaft, wenn sie Rechtssicherheit brächte. Allerdings könnten Stimmverbote wegen der Vielgestaltigkeit der Personengesellschaften wiederum nur eher allgemein geregelt werden und eine zu weite Regelung auch Gefahren birgt. Außerdem entspricht es dem Regelungskonzept des MoPeG, allgemeine Grundsätze (Treuepflicht, Gleichbehandlung usw.) nicht zu regeln. Eine ausdrückliche Regelung von Stimmverboten erscheint vor diesem Hintergrund nicht erforderlich.

VIII. Gesellschafterhaftung

1. Der RegE MoPeG übernimmt das **Haftungsregime der oHG** (bislang §§ 128 ff. HGB) ohne Einschränkung ins BGB. Das wird teilweise als generelle Haftungsverschärfung kritisiert.

Allerdings entspricht die gesetzliche Regelung der aktuellen Rechtsprechung zur Haftung von Gesellschaftern rechtsfähiger GbR für den Regelfall. Die Gesetzesbegründung stellt dabei ausdrücklich klar, dass andere Haftungsmodelle nicht ausgeschlossen sind und durch konkludente Absprachen, Auslegung oder Analogien zur Anwendung gelangen können. Angesprochen werden dabei insbesondere Bauherriegemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds, Gelegenheits- und gemeinnützige Gesellschaften (Begr RegE MoPeG, S. 164).

Die vom RegE MoPeG gewählte Lösung, den Regelfall im Gesetz zu verankern, ohne Ausnahmen auszuschließen, erscheint richtig und praktikabel.

2. Auf Kritik gestoßen ist auch, dass der RegE MoPeG **keine Haftungsbeschränkungen** in der GbR zulässt, weder summenmäßig noch quotal. Das lässt sich aus der fehlenden Kapitalsicherung bei der GbR und der Tatsache rechtfertigen, dass mit der UG eine kostengünstige Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung zur Verfügung steht.

3. Teilweise wird kritisiert, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter nach § 728b BGB-E für bis zu seinem Ausscheiden begründete und innerhalb von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig werdende Verbindlichkeiten noch haftet, wenn diese in der beschriebenen Weise geltend gemacht werden. Die Kritik stößt sich vor allem daran, dass Schadenersatzansprüche wegen Pflichtverletzung von Dauerschuldverhältnissen auch dann als bis zum Ausscheiden begründet gelten, wenn das Vertragsverhältnis vor dem Ausscheiden geschlossen, der haftungsbegründende Tatbestand aber erst danach verwirklicht wurde.

Die **Nachhaftung des ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters** wird durch den RegE MoPeG im Vergleich zur bisherigen Rechtslage (§§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB) allerdings nicht verschärft, sondern entspricht dieser weitgehend. Für eingetragene GbR kommt als Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn – zusätzlich zum Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger Kenntnis vom Ausscheiden erlangt hat – lediglich die Eintragung des Ausscheidens im Gesellschaftsregister hinzu. Das erleichtert den Nachweis des Fristbeginns für eingetragene GbR und ist insoweit günstiger als die bisherige Rechtslage.

Die Nachhaftung dient generell dem Ausgleich zwischen den Interessen des austretenden Gesellschafters und den Interessen der Gläubiger der Gesellschaft. Dabei ist die Nachhaftung bei Dauerschuldverhältnissen, die vor dem Austreten des Gesellschafters begründet wurden (und an denen dieser deshalb in gewisser Weise Anteil hatte), auch für die GbR grds. anerkannt. Sie erscheint auch nicht prinzipiell unangemessen, weil die Interessen des ausgeschiedenen Gesellschafters dadurch geschützt sind, dass er im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft hat, vgl. § 728 Abs. 1 BGB-E.

Eine Einschränkung der Nachhaftung erscheint vor diesem Hintergrund nicht zwingend.

4. In Bezug auf die **Kommanditistenhaftung** wird die Neufassung des § 176 Abs. 1 HGB-E kritisiert. Diese sieht vor, die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten bei Geschäftsbeginn der KG vor Eintragung im Handelsregister auch dann gelten zu lassen, wenn dem Gläubiger die Kommanditistenstellung bekannt war. Gleichzeitig soll die unbeschränkte Haftung auch für die „Kann-KG“ gelten, was bislang nicht der Fall war.

Richtig ist, dass der Gläubiger einer KG durch die Neuregelung scheinbar ohne Anlass begünstigt wird. Angestrebt wird dadurch aber, einen Anreiz für die Eintragung der Kommanditistenstellung in das Handelsregister zu setzen. Außerdem benachteiligt die aktuelle Vorschrift den Kommanditisten einer nicht eingetragenen KG gegenüber den Gesellschaftern einer GbR-Gesellschaft, die ihre Haftung gegenüber Gläubigern nur durch Einzelvertrag beschränken können. Dem nicht eingetragenen Kommanditisten genügt bislang nach § 176 Abs. 1 S. 1 HGB das Inkennnissetzen des Gläubigers. Diese Privilegierung soll mit der Neuregelung aufgehoben werden.

Die Neuregelung erscheint in sich stimmig, zumal der Kommanditist auch nicht schutzwürdig ist, weil er einem Geschäftsbeginn vor Eintragung seiner Kommanditistenstellung nicht zustimmen muss (vgl. Begr. RegE MoPeG, S. 258 f.). Andere Lösungen sind aber nicht ausgeschlossen.

IX. Inkrafttreten

Es ist unbedingt auf ein zeitnahe Inkrafttreten hinzuwirken. Aus Sicht der Praxis liegt selbst das im RegE MoPeG vorgesehene Datum 1. Januar 2023 spät. Eine weitere Verschiebung wäre nicht akzeptabel und auch nicht nachvollziehbar, zumal das Gesellschaftsregister sich an das Handelsregister anlehnt und der Einrichtungsaufwand überschaubar sein sollte.

Stuttgart, 19. April 2021

Dr. Gabriele Roßkopf