

# Gesellschaftsrecht

Schäfer

6., neu bearbeitete Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79661-6  
C.H.BECK

men bzw. das Geschäft nachträglich genehmigen (§ 711 Abs. 1 BGB iVm. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB).<sup>4</sup>

Bei der Übertragung der Mitgliedschaft eines Kommanditisten ergeben sich jedoch **Haftungsprobleme**. Dabei ist zu differenzieren, ob der Rechtsübergang im **Handelsregister** durch einen **Rechtsnachfolgermerk** (zu dessen Formulierung → Fall 18 Rn. 11) kenntlich gemacht wurde:

- **Situation bei Vorhandensein eines Rechtsnachfolgermerks:** 9  
 Sofern der veräußernde Kommanditist seine Einlage vollständig erbracht hat, bleibt es für ihn beim Haftungsausschluss gem. § 171 Abs. 1, Hs. 2 HGB. Bei dem Rechtsübergang auf den neuen Kommanditisten wird ihm auch kein Gesellschaftsvermögen ausbezahlt, sodass die Haftung nicht wiederauflebt. Auch der Erwerber haftet nicht; denn die Rechtsstellung des Veräußerers geht auf ihn in vollem Umfang über und die Haftsumme ist durch die bereits erbrachte Einlage gedeckt. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden dabei nicht verletzt, da der Vorgang durch den Rechtsnachfolgermerk im Handelsregister offengelegt wird.<sup>5</sup>
- **Situation bei Fehlen eines Rechtsnachfolgermerks:** 10  
 Fehlt es hingegen an einem Rechtsnachfolgermerk, so ändert sich zwar materiell nichts an der eben beschriebenen Rechtslage. Nach dem Handelsregister stellt sich der Vorgang aber so dar, als sei ein Kommanditist aus der Gesellschaft ausgeschieden und ein neuer eingetreten. Wäre dies tatsächlich der Fall, so müsste die Haftsumme doppelt abgedeckt werden, nämlich einmal vom ausgeschiedenen und einmal vom eingetretenen Kommanditisten. Weil dies nicht geschehen ist, muss sich der Veräußerer gem. § 15 Abs. 1 HGB gegenüber gutgläubigen Dritten so behandeln lassen, als habe er eine Abfindungszahlung von der Gesellschaft erhalten; denn die Leistung des Erwerbers wäre dann lediglich eine abgekürzte Zahlung, einmal der Einlage durch den Erwerber (aufgrund des vermeintlichen Eintritts) und sodann der Gesellschaft an den (vermeintlich) ausscheidenden Kommanditisten, die gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB zum Wiederaufleben der Haftung führt. Im Ergebnis haftet daher der Veräußerer, während sich der Erwerber

<sup>4</sup> Vgl. nur Staub/Casper HGB § 161 Rn. 56 f.

<sup>5</sup> Näher MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg § 173 Rn. 26 ff., 29 ff.

auf die haftungsbefreiende Wirkung der (vermeintlichen) Einlageleistung berufen kann.<sup>6</sup>

- 11 **Fall 18 – Haftung bei Übertragung des Kommanditanteils:** G und H sind Kommanditisten der F-KG. Sie haben je eine Einlage von 200.000 EUR eingezahlt. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist den Kommanditisten die Übertragung ihres Geschäftsanteils gestattet. Im Juli 2017 überträgt G seinen Anteil gegen Zahlung von 200.000 EUR an R. Ausscheiden des G und Eintritt des R werden im Handelsregister eingetragen; zudem wird vermerkt, dass der Kommanditanteil des G im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf R übergegangen ist. Im März 2018 gerät die F-KG in wirtschaftliche Schwierigkeiten. K hat gegen die KG eine Forderung über 50.000 EUR aus einem im April 2017 geschlossenen Kaufvertrag. Kann K den R und den G persönlich in Anspruch nehmen?

**Lösungsskizze:** 1. K könnte gegen R einen Anspruch gem. §§ 171 Abs. 1, 173 Abs. 1 HGB, § 433 Abs. 2 BGB auf Erfüllung der Kaufpreisforderung haben.

a) Die Haftung setzt zunächst das Bestehen eines Anspruchs gegen die KG voraus. Diese Voraussetzung ist laut Sachverhalt erfüllt.

b) R müsste Kommanditist der KG sein. Dies ist er durch den Erwerb des Kommanditanteils des G geworden, da die Übertragung im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist und deshalb wirksam vorgenommen werden konnte. Folglich haftet R grundsätzlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten.

c) Dass die Verbindlichkeit entstanden ist, bevor R Kommanditist wurde, schadet der Haftung nicht. Aus § 173 HGB ergibt sich, dass der neu eingetretene Kommanditist auch für Altverbindlichkeiten haftet.

d) Allerdings tritt R als Erwerber bei der Übertragung der Mitgliedschaft voll in die Rechtsstellung des Veräußerers G ein. Die von G eingezahlte Einlage wirkt daher nach der Anteilsübertragung zugunsten des R. Dessen Haftung ist folglich gem. § 171 Abs. 1, 2. Hs. HGB ausgeschlossen.

2. K könnte gegen G einen Anspruch gem. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 S. 1 HGB auf Erfüllung der Kaufpreisforderung haben.

a) Dafür müsste G Kommanditist der KG sein. Das war jedenfalls zum Zeitpunkt der Begründung der Kaufpreisschuld der Fall. Allerdings war die Haftung des G gem. § 171 Abs. 1, 2. Hs. HGB ausgeschlossen.

b) Die Übertragung der Mitgliedschaft ändert am Ausschluss der Haftung nichts. Denn dabei wird dem Veräußerer nichts aus dem Gesellschaftsvermögen ausgezahlt, sodass seine Haftung nicht gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB wieder aufliebt.

c) Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann sich der Veräußerer aber nur dann auf den Ausschluss seiner Haftung berufen, wenn im Handelsregister ein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen wird, der kenntlich macht,

6 *Koch* GesR § 22 Rn. 28f. Näher zur (umstrittenen) Begründung *Staub/Thiessen* HGB § 173 Rn. 90f.; *MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg* § 173 Rn. 37.

dass der Kommanditanteil des Veräußerers auf den Erwerber übertragen wurde. Ein solcher Rechtsnachfolgevermerk war vorliegend vorhanden. Daher ist eine Haftung des G gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgeschlossen (→ Rn. 9).

**4. Besonderheiten beim Tod eines Gesellschafters.** Stirbt ein **Komplementär** der KG, so hat dies nach der gesetzlichen Regelung dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft zur Folge (§§ 161 Abs. 2, 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Insofern ergeben sich keine Unterschiede zur OHG. 12

Stirbt ein **Kommanditist**, so wird die Gesellschaft gem. § 177 HGB mit dessen Erben fortgesetzt. Die Rechtslage beim Tod eines Kommanditisten ist daher so, als wäre im Gesellschaftsvertrag eine einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel (dazu → § 9 Rn. 34) vereinbart. Der Gesellschaftsanteil geht aber auch hier im Wege der **Sondererbfolge** auf die einzelnen Erben und – entgegen den allgemeinen Regeln – nicht auf die Erbengemeinschaft über.<sup>7</sup> Selbstverständlich kann der Gesellschaftsvertrag stattdessen auch eine qualifizierte (erbrechtliche) Nachfolgeklausel vorsehen (alternativ ggf. auch eine rechtsgeschäftliche Nachfolge- oder eine Eintrittsklausel).

## § 17. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

Über Auflösung und Liquidation der KG enthalten die §§ 161 bis 177a HGB **keine besonderen Regeln**, sodass auf das zur OHG Gesagte verwiesen werden kann (→ § 10 Rn. 1). 1

Eine wichtige Ausnahme ergibt sich aus **§ 178 HGB**; danach gehören die Kommanditisten nicht zu den Liquidatoren.

Einen **besonderen Auflösungsgrund** stellt das **Ausscheiden des letzten Komplementärs** aus der Gesellschaft dar; denn eine KG muss nach § 161 Abs. 1 HGB aus mindestens einem Komplementär und mindestens einem Kommanditisten bestehen. Zwar besteht nach Auflösung die Liquidationsgesellschaft dann regelwidrig nur noch aus Kommanditisten. Die hM nimmt dies für einen Übergangszeitraum hin, weil die Gesellschaft ohnehin auf Abwicklung gerichtet ist. Die Kommanditisten müssen aber (analog §§ 27 Abs. 2, 131 Abs. 3 HGB) innerhalb von drei Monaten die Gesellschaft abwickeln (zumindest substanzielle Maßnahmen dafür einleiten), andernfalls

<sup>7</sup> Staub/Thiessen HGB § 177 Rn. 12; Hopt/Roth HGB § 177 Rn. 3.

wandelt sich die Gesellschaft in eine OHG um. Stattdessen können die Kommanditisten auch die Fortsetzung der Gesellschaft als KG beschließen (§ 142 HGB), wenn sie einen neuen Komplementär aufnehmen.<sup>1</sup> *Beachte:* Bei der GmbH & Co. KG erklärt § 179 HGB die Vorschrift des § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB für unanwendbar. Die einzige Komplementärin scheidet also *nicht* aus, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet (oder mangels Masse nicht eröffnet) wird. Das dient der einheitlichen Abwicklung von GmbH und KG.

- 2 Besonders vertrackt liegen die Dinge, wenn der letzte Komplementär aus einer **Zweipersonen-KG** ausscheidet, weil die Gesellschaft hier gem. § 712a Abs. 1 BGB liquidationslos erlischt und das gesamte Vermögen kraft Gesetzes auf den verbliebenen Kommanditisten übergeht, der hierdurch grundsätzlich voll haftender Einzelkaufmann wird. Auch ihm hilft die Rechtsprechung durch entsprechende Anwendung des § 27 HGB, was hier kraft Gesetzes dazu führen soll, dass der Kommanditist nur mit dem ihm zugefallenen Gesellschaftsvermögen haftet.<sup>2</sup>

Das ist nicht zweifelhaft, weil § 27 Abs. 2 HGB sich nur auf die (zusätzliche) Haftung aus § 27 Abs. 1 HGB bezieht. Zu einer konsistenten Lösung – mit ähnlichem Ergebnis – lässt sich indessen gelangen, wenn man das liquidationslose Erlöschen der Personengesellschaft **dem Tod einer natürlichen Person gleichstellt** und deshalb unterscheidet zwischen einer „erbrechtlichen“ Haftung kraft Universalsukzession einerseits, die im Wege eines den §§ 1975 ff. BGB bzw. §§ 315 f. InsO nachgebildeten „Unternehmensverwaltungs-“ bzw. „Unternehmensinsolvenzverfahrens“<sup>3</sup> beschränkbar ist, und andererseits von einer handelsrechtlichen Haftung analog § 27 Abs. 1 HGB, die nach § 27 Abs. 2 HGB durch rechtzeitige Einstellung des Geschäftsbetriebs begrenzt werden kann.<sup>4</sup> Der BGH erreicht dieses Ergebnis zwar auf zweifelhafter Grundlage, aber auf einfacherem Weg, wie man einräumen muss.

1 K. Schmidt GesR § 53 V 1a, 1555; Hopt/Roth HGB § 177 Rn. 1.

2 BGH ZIP 2004, 1047 (1048).

3 Dazu Staub/Schäfer HGB § 131 Rn. 114; Terminologie nach Bork/Jacoby ZGR 2005, 611 (639 ff.); vgl. auch Marotzke ZInsO 2009, 590 (595 f.).

4 In diesem Sinne (mit Unterschieden im Detail) namentlich Bork/Jacoby ZGR 2005, 611 (632 ff., 643 ff.); Albertus/Fischer ZInsO 2005, 246 (248 ff.); Marotzke ZInsO 2009, 590 (593 ff.); vgl. auch schon Marotzke ZHR 156 (1992), 17 (21 ff.); dem grds. folgend OLG Hamm ZIP 2007, 1233 ff.; LG Dresden ZIP 2005, 955 f.

### 3. Kapitel. Das Recht der GbR

#### § 18. Grundlagen

##### I. Ursprüngliche Rechtslage nach dem BGB von 1900

Die in §§ 705 ff. BGB geregelte GbR ist der **Grundtyp der Personengesellschaft**. Sie setzt lediglich einen vertraglichen Zusammenschluss mehrerer Personen voraus, die sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks durch Leistung von Beiträgen verpflichten (§ 705 Abs. 1 BGB) und kommt daher in einer großen Vielfalt von Erscheinungsformen vor (näher zum Tatbestand → § 5 Rn. 2). Der Betrieb eines Ist-Handelsgewerbes iSv § 1 HGB bleibt jedoch der OHG/KG vorbehalten; insofern gilt der Rechtsformzwang.

**Vorläufer der GbR** finden sich im römischen Recht und im deutschen Recht.<sup>1</sup> Das römische Recht kannte die sog. *societas*, die allerdings ein reines Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten darstellte und bei der kein gemeinschaftliches Vermögen gebildet wurde. Das Gesamthandsprinzip entstammt dagegen deutschrechtlicher Tradition.<sup>2</sup>

Der **erste Entwurf des BGB** lehnte sich stark an die römische *societas* an und konzipierte die GbR als (nur) schuldrechtlichen Vertrag, weshalb sie auch heute noch im zweiten Buch des BGB bei den besonderen (Schuld-)Vertragstypen erscheint. Der **zweite Entwurf des BGB** griff dann für das Gesellschaftsvermögen auf die deutschrechtliche Gesamthand zurück. Die **endgültige Gesetzesfassung** vereint Elemente beider Vorläufer in sich, was ebenfalls nicht zum besseren Verständnis beiträgt. Die Regelungen der §§ 705 ff. BGB bezogen sich im Ansatz sowohl auf die Innengesellschaft als reines Schuldverhältnis als auch auf die rechtsfähige Außengesellschaft mit eigenem Vermögen. Im Einzelfall musste daher sorgfältig geprüft werden, ob die jeweilige Regelung auf den Gesellschaftstyp anwendbar ist.

Die Vorschriften der §§ 705–740 BGB hatten seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1900 nur wenige Änderungen erfahren. Sie waren von Anfang an auf Gelegenheitsgesellschaften ohne deutlich ausgeprägte Ge-

---

1 Zur Geschichte der GbR vgl. etwa die Ausführungen bei MHdB GesR I/Schücking § 1 Rn. 36 ff.

2 Hierzu ausführlich MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 217 ff.

schaftsorganisation zugeschnitten. Dadurch wurden zahlreiche gesellschaftsrechtliche Abweichungen vom dispositiven Recht notwendig, um den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens gerecht zu werden.

Insbesondere bildete das (noch bis Ende 2023) geltende Recht die seit 2001 höchstrichterlich anerkannte Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>3</sup> nicht ab und stand teilweise sogar in explizitem Widerspruch. Es bestand deshalb weithin **Einigkeit**, dass eine **grundlegende Überarbeitung** des Rechts der GbR **notwendig** war.

## II. Grundlegende Neuregelung des Rechts der GbR durch das MoPeG

- 2 Der entscheidende Modernisierungsimpuls erfolgte durch die Beschlüsse des **71. Deutschen Juristentags 2016**, die den Modernisierungsauftrag unmissverständlich formulierten.<sup>4</sup>

Die aufgrund des Koalitionsvertrags vom 14. März 2018 eingesetzte „Expertenkommission Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ legte am 20. April 2020 einen Gesetzesvorschlag vor, den sog. „**Mauracher Entwurf**“. Ihm folgten am 19. November 2020 der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und am 20. Januar 2021 der Regierungsentwurf. Schließlich wurde das Gesetz am 24. Juni 2021 einstimmig vom Bundestag beschlossen, nachdem zuvor noch einige Änderungen aufgrund der Empfehlungen des Rechtsausschusses hinzugefügt worden waren.

Das **MoPeG** wurde am 17. August im BGBI. I, 3436 (unter dem Datum 10.8.2021) veröffentlicht und ist damit wirksam geworden. Bis auf geringfügige Ausnahmen **tritt es am 1. Januar 2024 in Kraft**, Art. 137 MoPeG.

Das Recht der BGB-Gesellschaft wurde **vollständig überarbeitet**; sämtliche Paragraphen sind verändert, viele neue hinzugekommen; es füllt aber nach wie vor den Abschnitt zwischen § 705 und (jetzt) § 740c BGB im 16. Titel.

- Es unterscheidet konsequent zwischen **rechtsfähiger Außengesellschaft** (§ 705 Abs. 2 BGB) und **nicht rechtsfähiger Innengesellschaft** (§§ 705 Abs. 2, 740–740c BGB); erstmals erhält die Innengesellschaft einen eigenen Abschnitt im BGB.

3 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

4 Dazu *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, 2016, 51 ff.

- **Leitbild** wird die **Außengesellschaft** als Dauergesellschaft; ihre Rechtsfähigkeit wird nun explizit anerkannt (§ 705 Abs. 2 BGB, → § 20).
- Die **Gesellschafterhaftung** bleibt **inhaltlich unverändert** und wird nur bestätigend ins Gesetz (§§ 721 ff. BGB) übernommen. Auch im neuen Recht wird es keine Möglichkeit zur (einseitigen) Haftungsbeschränkung geben.
- Es wurde ein neues Gesellschaftsregister mit grundsätzlich freiwilliger Eintragung geschaffen (§§ 707 ff. BGB, näher → § 19 Rn. 7).
- Die weite **Gestaltungsfreiheit** für das **Innenverhältnis** und damit die bewährte Flexibilität der Personengesellschaften bleibt im bisherigen Umfang erhalten (§ 708 BGB). Keine Änderungen ergeben sich ferner im Bereich der Treupflicht sowie in Bezug auf den Minderheitenschutz gegenüber Mehrheitsbeschlüssen (vgl. § 714 BGB).

Insgesamt wird die **GbR stärker an das Recht der OHG angenähert**, was auch die deutliche Unterscheidung zwischen Geschäftsführung (§ 715 BGB) und Vertretung (§ 720 BGB) – und eine (im Außenverhältnis) unbeschränkbare Vertretungsmacht (§ 720 Abs. 3 S. 2 BGB) – zeigen. Die Regel bleibt – im Unterschied zur OHG/KG – aber die Gesamtbefugnis (§§ 715 Abs. 3, 720 Abs. 1 BGB). Zu weiteren Unterschieden → § 20.

Das Recht der GbR unterscheidet sich in vielerlei Hinsicht nicht von dem der OHG. So entsprechen etwa die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten einander weitgehend, ebenso die Beschlussfassung und der Minderheitenschutz (§ 714 BGB), ferner die Übertragung der Gesellschaftsanteile und deren Vererbung (§§ 711, 724 BGB), um nur einige besonders wichtige Bereiche zu nennen. Außerdem gibt das MoPeG dem Grundsatz der Unternehmenskontinuität im gleichen Umfang Raum wie bei der Personenhandelsgesellschaft: Bei personenbezogenen Gründen tritt das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters an die Stelle der Auflösung der Gesellschaft (§ 723 BGB). Die vorliegende Darstellung geht besonders auf die Rechtsfähigkeit der GbR und ihre Konsequenzen ein, ferner auf die Haftung der Gesellschafter und das neue Gesellschaftsregister. Im Übrigen beschränkt sie sich auf einen **Überblick** über die wichtigsten Unterschiede zur OHG.



## § 19. Rechtsfähigkeit der GbR, Haftung der Gesellschafter und Gesellschaftsregister

### I. Die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR

- 1 Im Gesellschaftsrecht des BGB fehlte es bis zum MoPeG an einer **Parallelnorm zu § 124 HGB aF**, weshalb die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR lange Zeit umstritten war.

**Ursprünglich** wurde die GbR überwiegend als Schuldverhältnis der Gesellschafter mit einem gemeinsam zugeordneten Sondervermögen angesehen (nach der „**traditionellen**“ oder „**gesetzstreu**“ **Lesart**).<sup>1</sup> Inhaber des als Gesamthandsvermögen konzipierten Sondervermögens (§§ 718 f. BGB aF) war nicht die GbR als solche, sondern die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“. Die Gesellschafter waren auch die Berechtigten und Verpflichteten aus den namens der GbR geschlossenen Schuldverhältnissen, aber eben nicht allein, jeweils für sich, sondern, wie etwa auch die Miterben (§§ 2032 ff. BGB), gemeinschaftlich als Gesamthand.

- 2 **Seit den 1970er Jahren** wurde diese Auffassung von den Vertretern der sog. „**Gruppenlehre**“ in Frage gestellt.<sup>2</sup> Danach sollte die Gesellschaft selbst ein eigenständiges, von den Gesellschaftern zu unterscheidendes Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten sein. Diese Lehre setzte sich in der Folgezeit in der Literatur weitgehend durch.

- 3 Schließlich hat der **BGH** durch **Urteil vom 29. Januar 2001** anerkannt, dass die (Außen-)GbR rechtsfähig ist, „soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet“.<sup>3</sup> Im selben Urteil wurde – unter Berufung auf § 50 Abs. 1 ZPO – anerkannt, dass die rechtsfähige GbR auch **aktiv und passiv parteifähig** im Zivilprozess ist,<sup>4</sup> was zuvor mit Blick auf §§ 736, 50 Abs. 2 ZPO aF auch von den Anhängern der Gruppenlehre teilweise bezweifelt worden war.

Vgl. näher zu dieser wichtigen Entscheidung im Personengesellschaftsrecht Entscheidungssammlung → § 58 Rn. 1 und *Schäfer NJW* 2017, 3089. Zur weiteren Vertiefung: *Ulmer ZIP* 2001, 585; *K.*

1 Näher dargestellt bei MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 217.

2 Dazu MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 220.

3 BGHZ 146, 341.

4 BGHZ 146, 341.