



# Betriebs Berater

50 | 2021

MoPeG ... Xetra-Gold® ... Optionsmodell ... Enforcement ... Vertragsgestaltung ... Recht ...

13.12.2021 | 76. Jg.  
Seiten 2945–3008

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Kerstin Reiserer**, RAin/FAinArbR

Keine Entschädigung für Ungeimpfte bei Quarantäne wegen Corona – Ein kleines Puzzleteilchen für Arbeitgeber im Kampf gegen die Pandemie

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Prof. Dr. Heribert Heckschen**, Notar, und **Dr. Ekkehard Nolting**, RA

Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden | 2946

**Dr. Daniel Valdini**, RA/Syndikus-RA

Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf ausländische Unternehmen | 2955

## STEUERRECHT

Dipl.-Kfm. (univ.) **Marcus von Goldacker**, MBA (International Taxation), StB, **Markus Mathy**, M.Sc., StB, und **Christine Schuster**, M.Sc.

Reichweite der Fiktion im Optionsmodell nach § 1a KStG: Begründung sperrfristbehafteter Anteile nach § 22 UmwStG fraglich? | 2967

**Prof. Dr. iur. Michael Stahlschmidt**, M.R.F. LL.M., MBA LL.M., RA/FAStR/FAInsR/FAMedR/StB

Die Besteuerung von sog. „Xetra-Gold®“ und Gold ETF-Fondsanteilen | 2974

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Olaf Haegler**, CPA, und **Stefan Deike**, M.Sc.

Enforcement-Prüfungsschwerpunkte 2022 | 2987

## ARBEITSRECHT

**Maximilian von Colberg**, RA, und **Dr. Benedikt Groh**, RA

Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltung von Sportdirektoren | 2996

**Dr. Hans-Peter Löw**, RA

Der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses | 3000

Prof. Dr. Heribert Heckschen, Notar, und Dr. Ekkehard Nolting, RA

# Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden

Am 17.8.2021 wurde das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) im Bundesgesetzblatt verkündet. Der Gesetzgeber hat sich von Versuchen, die Verabschiedung des Gesetzes zu verhindern, nicht beirren lassen, auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens noch Verbesserungen vorgenommen und ein als Jahrhundertreform zu bezeichnendes Vorhaben zu einem insgesamt überzeugenden und eindrucksvollen Ende gebracht.

## I. Einleitung

Seit Jahrzehnten und spätestens seit der Entscheidung des BGH in Sachen ARGE/Weißes Ross<sup>1</sup> ist für jeden Wissenschaftler, Studenten und vor allem für die Praxis klar, dass das Personengesellschaftsrecht einer grundlegenden Reform bedarf. Die §§ 705 ff. BGB regeln in großen Teilen die für den Rechtsverkehr entscheidenden Fragen nicht, sind durch die Rechtsprechung überholt und fußen auf einer fehlerhaften Vorstellung des Gesetzgebers, dass die GbR im Rechtsverkehr keine größere Bedeutung erlangen wird. Die permanente Diskussion, vor allem rund um die GbR, aber auch um das Personengesellschaftsrecht insgesamt, erhielt Auftrieb durch die Tagung des 71. Deutschen Juristentages in Essen. Die Große Koalition hatte sich die Reform des Personengesellschaftsrechts im Koalitionsvertrag zum Ziel gesetzt und erfolgreich auf der Basis eines Diskussionsentwurfs (sog. Mauracher Entwurf) umgesetzt. Das gesamte Gesetzgebungsverfahren wurde von Praxis und Wissenschaft intensiv begleitet.<sup>2</sup> Die Anhörung zum Regierungsentwurf im Rechtsausschuss des Bundestages erwies sich nicht als formale Standardprozedur, sondern bewirkte nochmals in Detailfragen aus Sicht der Verfasser entscheidende Verbesserungen am Gesetz. Das Gesetz wurde am 17.8.2021 veröffentlicht.<sup>3</sup> Mit überwiegender Mehrheit empfinden Wissenschaft und Praxis dieses Gesetz als gelungen. Teilfragen, die wünschenswerterweise hätten mitgeregelt werden sollen, bleiben allerdings offen, da ganz offensichtlich die Zeit nicht reichte. Dies betrifft unter anderem die Themen der Stimmverbote bei Personengesellschaften sowie die Umwandlung der Einzelkanzlei eines Freiberuflers.

Das nun als Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz sehr sperrig bezeichnete MoPeG<sup>4</sup> tritt erst am 1.1.2024 in Kraft. Die zeitliche Verschiebung vom 1.1.2023 um ein Jahr begründet sich in dem finanziellen und zeitmäßigen Umsetzungsaufwand für die öffentliche Hand, insbesondere die Bundesländer. Die Praxis wird damit leben

müssen. Der Beitrag, der an die Auseinandersetzung<sup>5</sup> mit dem Mauracher Entwurf anknüpft, konzentriert sich vor allem auf die noch in letzter Sekunde durch den Rechtsausschuss bewirkten Änderungen am Gesetz und zeigt auf, wo in Zukunft Regelungsbedarf besteht.

## II. GbR

### 1. Abgrenzung der rechtsfähigen zur nicht rechtsfähigen GbR

In der Anhörung des Rechtsausschusses wurde kritisiert, dass der Gesetzgeber keine Regelungen aufgestellt hat, wann eine GbR rechtsfähig ist und wann sie es nicht ist. Angesichts der Entscheidung des Gesetzgebers, auch der nicht eingetragenen GbR Rechtsfähigkeit zuzubilligen, war diese Kritik nachvollziehbar.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber fügt jetzt in § 705 Abs. 3 BGB eine Vermutungsregelung ein: Immer, wenn die Gesellschaft auf den Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen gerichtet sein soll, spricht dies dafür, dass sie rechtsfähig sein soll. Diese Vermutung sollte allerdings auch Platz greifen, wenn die Gesellschaft nur auf den Betrieb eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet ist oder nur ein gemeinsamer Name besteht und die Voraussetzungen somit nicht kumulativ, sondern einzeln vorliegen. Handelt jedoch für eine als nicht rechtsfähig vereinbarte Gesellschaft einer der Gesellschafter nach außen, so greift die Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen.<sup>7</sup>

### 2. Rechtsfähige GbR

#### a) Eintragungszwang

Es bleibt dabei, dass die GbR, die rechtsfähig sein will, sich nicht zwingend im sog. Gesellschaftsregister eintragen lassen muss. Die entsprechende Forderung war von *Habersack*<sup>8</sup> nochmals auch bei der Anhörung im Rechtsausschuss erhoben worden, konnte sich aber letztlich nicht durchsetzen. Die Neuregelungen stellen einen Kompromiss zwischen der Auffassung derjenigen, die das Gesellschaftsregister grundsätzlich abgelehnt haben,<sup>9</sup> und denjenigen, die die Rechtsfähigkeit nur verleihen wollten, wenn die Eintragung erfolgt,<sup>10</sup> dar. Letztlich will der Gesetzgeber über mittelbaren Druck die Eintragung jedenfalls der GbRs herbeiführen, die Rechte in einem Register halten,

1 BGH, 29.1.2001 – II ZR 331/00, BB 2001, 374.

2 Statt vieler Noack, NZG 2020, 581; Bachmann, NZG 2020, 612; Geibel, ZRP 2020, 137; Fleischer, DStR 2021, 430; Reymann, DNotZ 2021, 103; Bachmann, NZG 2021, 613; eine Übersicht zum Verfahren findet sich bei Wertenbruch, GmbHR 2021, R226.

3 BGBl. I 2021, 3436.

4 BGBl. I 2021, 3436 ff.; im Folgenden werden die ab 1.1.2024 geltenden Vorschriften des MoPeG mit dem Zusatz „n.F.“ versehen, bei den derzeit noch geltenden Gesetzen bleibt es bei der herkömmlichen Bezeichnung.

5 Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256.

6 Vgl. insb. die Stellungnahme des Sachverständigen Bachmann im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses, s. <https://www.bundestag.de/resource/blob/835878/234bd0eea27b419ef57e5717770a212f/stellungnahme-bachmann-data.pdf> (Abruf: 30.9.2021).

7 Ausf. Grunewald, in: FS Karsten Schmidt, in 2019, S. 391.

8 <https://www.bundestag.de/resource/blob/835878/ff89ec9d5d1da39a76b9af601b08ef27/stellungnahme-habersack-data.pdf> (Abruf: 30.9.2021).

9 Stellungnahme des DIHK unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/833234/d3e5dec460223d6caa6475be95460302/stellungnahme-boehm\\_dihk-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/833234/d3e5dec460223d6caa6475be95460302/stellungnahme-boehm_dihk-data.pdf) (Abruf: 30.9.2021).

10 So z.B. Habersack, <https://www.bundestag.de/resource/blob/835878/ff89ec9d5d1da39a76b9af601b08ef27/stellungnahme-habersack-data.pdf> (Abruf: 30.9.2021) sowie Heckschen, NZG 2020, 761 mit jeweils w. N.

das Rechtsschein vermittelt. Hier sind insbesondere das Grundbuch, das Handelsregister, die Liste der Gesellschafter, das Aktienregister sowie das Schiffsregister zu nennen.<sup>11</sup> Das Gesetz trifft Regelungen sowohl für sog. Bestandsgesellschaften, also solche, die am 1.1.2024 bereits eingetragen sind und derartige Rechte halten, sowie für diejenigen, die künftig derartige Rechte erwerben. Ganz generell gilt, dass derjenige, der künftig als GbR ein derartiges Recht erwerben will, sich vorher registrieren lassen muss. Derjenige, der ein derartiges Recht bereits innehat, muss die Registrierung spätestens dann vornehmen, wenn eine Veränderung an diesem Recht herbeigeführt wird. Das Gesetz leidet allerdings unter einem nicht unerheblichen „Schönheitsfehler“: Eine Eintragung muss immer erst dann erfolgen, wenn in der Folge die Registrierung im Register vorgenommen wird und nicht bei Abschluss des schuldrechtlichen oder dinglichen Rechtsgeschäfts. Besonders deutlich wird die Konsequenz dieser vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung dann, wenn z. B. die GbR den Geschäftsanteil an einer GmbH erwerben will. Der Notar kann weder das schuldrechtliche noch das dingliche Rechtsgeschäft davon abhängig machen, dass vor der Beurkundung die Eintragung in das Register erfolgt. Nach Wirksamkeit der Eintragung muss der Notar allerdings gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eine neue Gesellschafterliste einreichen. Diese wiederum kann erst aufgenommen werden, wenn die GbR ihre Registrierung vorgenommen hat. Verweigert sie sich dieser Registrierung oder schiebt sie sie aus naheliegenden Gründen (§ 16 Abs. 1, 2 GmbHG) hinaus, ist er machtlos. Es entsteht ein für den Rechtsverkehr äußerst unbefriedigender Rechtszustand, weil es nun der Erwerber eines Geschäftsanteils selbst in der Hand hat, die Haftungsfolgen des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG durch eine Verzögerung der Registrierung zu vermeiden. Dies erinnert fatal an den Zustand vor Inkrafttreten des MoMiG.<sup>12</sup>

Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber einem Versuch, im letzten Moment das Gesellschaftsregister nochmals deutlich zu entwerten, entgegengetreten ist. Es war die Forderung erhoben worden, dass man sich ohne Weiteres aus dem Gesellschaftsregister wieder austragen lassen kann, also insbesondere ohne eine Liquidation. Dies hätte das Register deutlich entwertet, da dann derjenige, der bspw. von einer eingetragenen GbR erworben hat, in der nächsten Sekunde damit hätte konfrontiert werden können, dass die GbR nicht mehr eingetragen ist und somit z. B. bei der Registrierung im Grundbuch, der Gesellschafterliste etc. Hindernisse aufgebaut worden wären.<sup>13</sup> Die eingetragene GbR muss den Rechtsformzusatz „eGmbH“ tragen, § 707a Abs. 2 BGB. Die Eintragung hat die Anwendbarkeit des § 15 HGB – auch für die Ersteintragung – zur Folge, § 707a Abs. 3 BGB. Auch dies trägt dazu bei, dass das Vertrauen in die registrierte GbR steigt und der Rechtsverkehr (insbes. Banken) Druck auf nicht eingetragene GbR's ausüben wird.

### b) Liste der Gesellschafter

Der Rechtsausschuss hat die Regelungen zur Registrierung in einem Teilbereich, der für die Praxis wichtig ist, nochmals verbessert. Er legt in Art. 66 im Rahmen des EGGmbHG fest, dass eine Veränderung im Bestand der Gesellschafter einer GbR ebenfalls dazu führt, dass diese sich vorab registrieren lassen muss. Es ist bedauerlich, dass gleiche Regelungen nicht auch für Personengesellschaften, bei denen ein Anteil von einer GbR gehalten wird, getroffen wurden.

### 3. Vertragssitz

Nach bisher ganz herrschender Meinung konnte eine Personen(handels)gesellschaft keinen von ihrem Vertragssitz abweichenden Verwal-

tungssitz innehaben. Es wurde die Ansicht vertreten, dass bei einem Auseinanderfallen von Verwaltungssitz und Registrierungssitz die Gesellschaft zur GbR wird.<sup>14</sup> Die abweichende Entscheidung des Gesetzgebers, die nun über § 706 BGB insbesondere der Personengesellschaft einen abweichenden Verwaltungssitz auch im Ausland eröffnet, wurde im Gesetzgebungsverfahren einhellig begrüßt und daher auch in dem nun verkündeten Gesetz nicht mehr revidiert. Besondere Bedeutung hat diese Entscheidung für KGs, bei denen der Komplementär eine Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts ist.<sup>15</sup> Während allerdings die wohl überwiegende Meinung davon ausgeht, dass es sich bei § 706 BGB nicht um eine Kollisionsnorm, sondern um Sachrecht handelt, das dazu führt, dass bei abweichendem Sitz keine Löschung erfolgen kann,<sup>16</sup> sieht dies *Lieder*<sup>17</sup> mit ausführlicher Argumentation anders. Er versteht die Norm als versteckte „Kollisionsnorm“, die die Gründungstheorie etabliert. Gegen diese Ansicht spricht allerdings, dass die Gesetzesbegründung und auch die Gesetzgebungsgeschichte dies nicht nahelegt. Hätte der Gesetzgeber einen derartig weitgehenden „Kurswechsel“ gewollt, hätte er dies sicherlich zum Ausdruck gebracht. Der Gesetzgeber hat im Gegenteil mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes<sup>18</sup> klar zum Ausdruck gebracht, dass er ebenso wie der BGH<sup>19</sup> im Verhältnis zu sog. Drittstaaten, also solchen außerhalb der EU, wie insbesondere dem Vereinigten Königreich, an der Sitztheorie festhält.<sup>20</sup> Dem hat sich die Finanzverwaltung angeschlossen und der BGH<sup>21</sup> hält daran ebenso fest wie die Rechtsprechung auf der Ebene der OLGs.<sup>22</sup>

### 4. Gesellschaftsvertrag/Geschäftsführung

Der Mauracher Entwurf enthielt noch die bereits an anderer Stelle kritisierte Regelung, dass dann, wenn der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vorsieht, diese im Zweifel für alle Entscheidungen zulässig sind. Davon trennte sich bereits der Regierungsentwurf und dies hat der Gesetzgeber zu Recht in § 708 BGB nicht mehr revidiert. Schon jetzt allerdings sollte die Praxis im Hinblick auf die künftigen Neuregelungen kritisch die Mustersammlungen, aber auch die Gesellschaftsverträge von Bestandsgesellschaften auf die Frage überprüfen, wann welche Mehrheitsentscheidungen Platz greifen sollen. Ist es nicht bereits jetzt sinnvoll, den Gesellschaftsvertrag beglaubigen zu lassen und Registervollmachten aller Gesellschafter einzuholen, um bei Inkrafttreten des Gesetzes sofort handlungsfähig zu werden?

Für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsverkehr hinausgehen, fordert § 715 Abs. 2 BGB vor allem zum Schutz der Gesellschafter, die evtl. von der Geschäftsführung gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen sind, einen Gesellschafterbeschluss! Zuletzt hat der Gesetzgeber auch noch in § 715a BGB ein Notgeschäftsführungsrecht eingefügt.

11 Ausf. zum Registerverfahren u. a. *Späth-Weinreich*, BWNNotZ 2021, 90.  
 12 Dazu u. a. *Heidinger*, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13, Rn. 520.  
 13 Ausf. dazu bereits *Heckschen*, AnwBl 2021, 224.  
 14 Vgl. u. a. *Preuß*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 8, Rn. 68 m. w. N.  
 15 *Noack*, BB 2021, 643, 644 f.; ausf. auch *Lieder*, ZHR 185 (2021), 471.  
 16 So u. a. überzeugend *Noack*, BB 2021, 643, 644 f.  
 17 *Lieder*, ZHR 185 (2021), 471.  
 18 BGBl. I 2018, 2694.  
 19 BGH, 27.10.2008 – II ZR 158/06 (Trabrennbahn), BB 2009, 14 m. BB-Komm. *Lamsa*, NJW 2009, 289; BGH, 8.10.2009 – IX ZR 227/06 (Singapur), ZIP 2009, 2385, GmbHR 2010, 211.  
 20 Sehr instruktiv dazu *Schollmeyer*, NZG 2021, 692.  
 21 BGH, 16.2.2021 – II ZB 25/17 (All in One Star Ltd.), BB 2021, 715, NZG 2021, 702, GmbHR 2021, 486 m. zust. Anm. *Knaier*.  
 22 OLG München, 5.8.2021 – 29 U 2411/21 Kart, BB 2021, 2447 mit BB-Komm. *Otte-Gräbener*, DNotI-Report 2021, 141 (Heckschen).

In der Regierungsbegründung zu § 109 HGB hat die Bundesregierung noch eine Neudefinition des Versammlungsbegriffs platziert.<sup>23</sup> Besser wäre es gewesen, die Einzelheiten zur Gesellschafterversammlung zu regeln und festzulegen, ob, wann und unter welchen Umständen Präsenzversammlungen durch anderweitige (welche) Kommunikationsformen ersetzt werden können.<sup>24</sup>

## 5. Beschlussfassung

Das BGB enthält auch in neuer Fassung keine Vorschriften zur Beschlussfassung. Für Handelsgesellschaften sieht § 109 Abs. 1 HGB n.F. vor, dass Beschlüsse in Versammlungen gefasst werden, womit sowohl Präsenz- als auch virtuelle Versammlungen gemeint sein sollen.<sup>25</sup> Ferner enthält § 109 HGB weitere formale Mindestanforderungen zur Wahrung des Dispositionsinteresses<sup>26</sup> der Gesellschafter für die Ladung, die ohnedies gesellschaftsvertraglich konkreter ausgestaltet werden sollten. Nur schwer nachvollziehbar ist die in § 109 Abs. 4 HGB n.F. jetzt gesetzlich geregelte Beschlussfähigkeit.<sup>27</sup> Nach der Begründung soll damit klargestellt werden, dass genügend Gesellschafter anwesend oder vertreten sein sollen, um nach den vertraglichen Mehrheitserfordernisse wirksam einen Beschluss fassen zu können.<sup>28</sup> Dabei sollen auch die nicht stimmberechtigten Gesellschafter mitgezählt werden, wodurch indirekt bestätigt werden sollte, dass ihnen auch bei fehlendem Stimmrecht gleichwohl ein Teilnahmerecht zusteht.<sup>29</sup> Letzteres hätte wohl kaum einer zudem nur äußerst verklausulierten gesetzlichen Regelung bedurft; dass im Übrigen immer ausreichend Stimmen vorhanden sein müssen, um das gesellschaftsvertraglich vorgesehene Quorum für einen Beschluss zu erreichen, versteht sich ebenfalls von selbst. Soweit aber zur Ermittlung der Beschlussfähigkeit auch nicht stimmberechtigte Gesellschafter mitgezählt werden, können die übrigen Gesellschafter gerade nicht mehr „die für die Beschlussfassung erforderlichen Stimmen“ aufbringen.

§ 112 Abs. 2 HGB n.F. sieht die *Bekanntgabe* des Beschlusses vor. Die Regelung findet sich im Zusammenhang mit der gerichtlichen Geltendmachung von Beschlussmängeln und der Zeitpunkt der Bekanntgabe definiert den Beginn der Klagefrist (dazu noch sogleich unter II.7.b)). Eine bestimmte Form sieht das Gesetz nicht vor.<sup>30</sup> Die Anwesenden werden das Ergebnis selbst schon unmittelbar mit der Beendigung des Abstimmungsvorgangs zur Kenntnis nehmen, wobei sie inhaltlich womöglich zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen können. § 112 Abs. 2 HGB n.F. lässt offen, wer was bekannt geben soll, und eröffnet damit auch die Möglichkeit, dass dem (abwesenden) Gesellschafter der Beschluss mehrfach von verschiedenen Teilnehmern und womöglich mit verschiedenem Inhalt bekannt gegeben wird. Schon gar nicht legt er fest, welche Rechtsfolgen – außer dem Beginn der Klagefrist – an die Bekanntgabe geknüpft werden. Insbesondere bestimmt das Gesetz nicht, dass der „bekannt gegebene“ Beschluss für alle Gesellschafter verbindlich wäre, auch wenn er formell oder materiell rechtswidrig sein sollte.<sup>31</sup> Daraus kann man nur schlussfolgern, dass es jedem Gesellschafter selbst überlassen bleibt zu beurteilen, ob das ihm bekannt gegebene Ergebnis tatsächlich wirksam zustande gekommen ist bzw. welches von mehreren mitgeteilten verschiedenen Ergebnissen er für sich akzeptieren will. Das hat Konsequenzen für den Rechtsschutz (dazu unter II. 7.).

## 6. Stimmverbote

Der Mauracher Entwurf enthielt sich bewusst der Entscheidung zu Stimmverboten bei Personen- und Personenhandelsgesellschaften.

Fehlerhafterweise ging der Mauracher Entwurf davon aus, dass es hier entsprechend anwendbare Regelungen in anderen Gesetzen gebe. Der Entwurf übersah, dass diese Regelungen in anderen Gesetzen höchst unterschiedlich sind (vgl. insbesondere § 47 GmbHG, § 136 AktG).<sup>32</sup> Das *OLG München* hatte zwar zuletzt die Regelungen des § 47 Abs. 4 GmbHG als für Personengesellschaften entsprechend anwendbar erklärt.<sup>33</sup> Unberücksichtigt bleibt aber, dass die Rechtsprechung die dort aufgestellten Stimmrechtsverbote in vier verschiedenen Konstellationen erheblich in ihrem personellen und sachlichen Anwendungsbereich ausgeweitet, in einem Teilbereich, bei den sog. Strukturbeschlüssen, aber eingengt hat.<sup>34</sup> Richtigerweise ist zu fordern, dass ein gesellschaftsformunabhängiges Recht der Stimmverbote entwickelt werden muss. Der derzeitige Rechtszustand ist kaum noch zu durchblicken und führt in vielen Fällen dazu, dass Verstöße gegen das Stimmrechtsverbot geschehen und die Praxis nicht erkennt, dass die generelle Befreiung von den Stimmrechtsverboten von der Rechtsprechung nicht anerkannt wird.<sup>35</sup>

## 7. Beschlussmängelrecht

### a) Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse – Anfechtungsmodell auch für die GbR

Der Gesetzgeber hat nunmehr für den Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse für die Handelsgesellschaften in §§ 110ff. HGB n.F. das aktienrechtliche Anfechtungsmodell übernommen. Abweichend vom Mauracher Entwurf bleibt es für die GbR hingegen beim Alten.<sup>36</sup> Dies ist in der Literatur auf Kritik gestoßen.<sup>37</sup> Die Begründung<sup>38</sup> weist darauf hin, dass die Gesellschafter der GbR für das Anfechtungsmodell optieren können. Zwar soll es nach herrschender Meinung nicht möglich sein, vertraglich eine Gestaltungsklage zu vereinbaren, die das Gesetz nicht selbst vorsieht.<sup>39</sup> Alle weiteren Bedingungen für das Anfechtungsmodell – insbesondere Klagegegner, Zuständigkeit, Frist – lassen sich jedoch wie auch bisher schon gesellschaftsvertraglich nachzeichnen.<sup>40</sup> Auch die erga-omnes-Wirkung lässt sich dadurch sichern, dass die Gesellschafter sich wechselseitig verpflichten, ein entsprechendes Urteil anzuerkennen.<sup>41</sup>

23 RegE 20.1.2021, S. 266.

24 Vgl. dazu aktuell BGH, 5.10.2021 – II ZB 7/21, BB 2021, 2635, ZIP 2021, 2276, mit einem unklaren obiter dictum insoweit.

25 RegE Begr., S. 226.

26 BGH, 30.3.1987 – II ZR 180/86, BB 1987, 1551, ZIP 1987, 1117; BGH, 14.11.1994 – II ZR 160/93, BB 1995, 2180, ZIP 1995, 738, 743; BGH, 11.3.2014 – II ZR 24/13, BB 2014, 1363 m. BB-Komm. *Campos-Nave*, NZG 2014, 621.

27 *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 35.

28 RegE Begr., S. 227.

29 RegE Begr., S. 227.

30 Auch wenn die Begründung, S. 228, meint, dass dadurch die Gesellschafter „zu einer gewissen Formalisierung des Beschlussverfahrens angehalten“ würden.

31 Ein Beschluss, der einen Antrag ablehnt, ist noch nicht einmal fehlerhaft oder gar rechtswidrig, wenn bekanntgegeben wird, dem Antrag sei entsprochen worden; die Bekanntgabe ist lediglich unzutreffend.

32 Ausf. dazu *Heckschen*, GmbHR 2016, 897.

33 OLG München, 18.7.2018 – 7 U 4225/17, ZIP 2018, 1630, *Heckschen*, GWR 2019, 27 sowie *Bochmann/Becker*, GmbHR 2018, 1011.

34 Vgl. *Heckschen*, GmbHR 2016, 897.

35 Ausf. dazu *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 47, Rn. 173; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47, Rn. 37; *Heckschen*, in: *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4, Rn. 365 ff.

36 BGH, 7.6.1999 – II ZR 278/98, BB 1999, 1835 m. BB-Komm. *Casper*, NJW 1999, 3113; BGH, 11.12.1989 – II ZR 61/89, BB 1990, 370, NJW-RR 1990, 474.

37 *Claußen/Pieronczyk*, NZG 2021, 620; *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133; *Lieder*, ZRP 2021, 34.

38 RegE Begr., S. 111.

39 *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1530.

40 *Freitag*, in: Ebenroth u. a. (Hrsg.), HGB, 4. Aufl. 2020, HGB § 119, Rn. 80 m. w. N.

41 BGH, 11.12.1989 – II ZR 61/89, BB 1990, 370, WM 1990, 675; BGH, 17.7.2006 – II ZR 242/04, BB 2006, 1925, Rn. 15.

**b) Fixierung des maßgeblichen Beschlussinhalts – Kompetenz des Versammlungsleiters**

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es für das Anfechtungsmodell einer Fixierung des maßgeblichen Beschlussinhaltes bedarf.<sup>42</sup> Er geht dabei mit der h.M.<sup>43</sup> davon aus, dass es Aufgabe des Versammlungsleiters sei, den Beschluss „verbindlich“ zu dokumentieren. Die „Modalitäten der Beschlussfeststellung“ überlässt er jedoch der Rechtsprechung, da sie sich einer abstrakt-generellen Regelung entzögen.<sup>44</sup>

Soweit damit gemeint ist, woher der „Versammlungsleiter“ überhaupt die Kompetenz nimmt, für alle Gesellschafter verbindlich festzulegen, was sie beschlossen haben, ist hier tatsächlich vieles streitig und ungeklärt. Insbesondere ist umstritten, mit welcher Mehrheit der Versammlungsleiter zu bestellen ist und ob ihm die „Feststellungskompetenz“ mit seiner Bestellung originär zufällt oder sie ihm besonders zuzuweisen ist.<sup>45</sup> Soweit die wiederum h.M.<sup>46</sup> dafür einen Mehrheitsbeschluss ausreichen lassen will, kann das jedoch nicht richtig sein. Soll einer bestimmten Person – man mag ihn „Versammlungsleiter“ nennen – die Festlegung des für alle Gesellschafter und die Gesellschaft – jedenfalls vorläufig – verbindlichen Regelungsinhalts ihres Beschlusses übertragen werden, bestimmt er damit nicht nur über die Klageart und damit über Klage-, Darlegungs- und Beweislast,<sup>47</sup> sondern auch über die inhaltliche Maßgeblichkeit von Beschlüssen, die gegen Gesetz und den zwischen den Parteien vereinbarten Gesellschaftsvertrag verstoßen; denn in diesen Fällen hat die Entscheidung des „Versammlungsleiters“ konstitutiven rechtsgestaltenden Regelungsgehalt, da der Beschluss ohne sie unwirksam wäre. Da aber rechtswidrige Beschlüsse in das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters<sup>48</sup> eingreifen, sie nicht – auch nicht zeitweise – hinnehmen zu müssen, bedarf die Übertragung der „Feststellungskompetenz“ nach Auffassung des Zweitverfassers der – ggf. auch antizipiert im Gesellschaftsvertrag erklärten – Zustimmung aller Gesellschafter.<sup>49</sup> Sie legen es in die Hand des Versammlungsleiters, einen Streit über den Inhalt eines Beschlusses für alle vorläufig verbindlich zu entscheiden. Er übernimmt damit praktisch eine Schiedsrichterfunktion. Für die Unterwerfung unter eine Schiedsklausel besteht aber kein Zweifel, dass sie der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.<sup>50</sup> Auch mit der Leistungsbestimmung durch Dritte nach § 317 BGB müssen alle Betroffenen einverstanden sein. Dasselbe gilt nach §§ 180 Abs. 1 AktG, 53 Abs. 3 GmbHG, wenn den Gesellschaftern zusätzliche Leistungspflichten auferlegt werden sollen.

Dennoch ist die Lösung des Gesetzgebers zu begrüßen. Er gibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei der Beschlussfassung zu sorgen, wenn sie sich im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc übereinstimmend darauf verständigen, dass ein Versammlungsleiter ihre Beschlüsse für und gegen alle für vorläufig verbindlich erklären soll, auch wenn sie formell oder materiell rechtswidrig sein sollten. Durch das allseitige Einverständnis werden auch die Bedenken von *Altmeyen*<sup>51</sup> gegen das Anfechtungsmodell entkräftet. Besonders sensible Beschlüsse, wie die Ausschließung eines (Mehrheits-)Gesellschafters oder die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund, können die Gesellschafter in ihrem Vertrag von der Feststellungskompetenz und ihren Rechtsfolgen ausnehmen. Der Gesetzgeber überlässt die Lösung der Problematik damit der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter. Diese sind freilich gefordert, den Gestaltungsbedarf zu erkennen.

**c) Beginn der dreimonatigen Anfechtungsfrist**

Nach § 112 Abs. 2 HGB n.F. beginnt die dreimonatige Anfechtungsfrist mit der Mitteilung des Beschlussinhaltes an den Gesellschafter. Nicht mehr aufgenommen wurden die ursprünglich im Entwurf noch vorgesehene kenntnisunabhängige Ausschlussfrist von zwei Jahren (§ 714c Abs. 4 BGB-E) und die „anderweitige Kenntnisnahme“ (§ 714c Abs. 2 BGB-E).<sup>52</sup> Nach dem soeben Ausgeführten kann aber die schlichte Mitteilung eines Beschlusses auch nicht ausreichen, die Klageform der Anfechtungsklage und damit auch die Klagefrist auszulösen.<sup>53</sup>

**8. Informationsrecht**

In § 166 Abs. 1 S. 2 HGB wird jetzt ein auf der Mitgliedschaft und der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht beruhendes Informationsrecht auch für Kommanditisten anerkannt.<sup>54</sup> Das Informationsrecht ist jedoch durch Rechtsform bzw. Rechtsstellung des Gesellschafters determiniert: Da Kommanditisten keine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zusteht (§§ 164, 170 Abs. 1 HGB), wird ihnen grundsätzlich auch nur ein auf das Kapitalanlageinteresse reduziertes Informationsbedürfnis<sup>55</sup> zuerkannt. Sie können daher nur – wie bisher – Abschrift des Jahresabschlusses und Einsicht in die zugehörigen Geschäftsunterlagen verlangen (§ 166 Abs. 1 S. 1 HGB n.F.). Anders als noch im Mauracher Entwurf und anders als dem Komplementär, der nur nachrangig („ergänzend“ – §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB n.F., 717 Abs. 1 S. 2 BGB n.F.) zur – allerdings weitergehenden – Einsichtnahme weitere Auskünfte verlangen kann, steht das Auskunftsrecht dem Kommanditisten jetzt gleichrangig mit dem auf den Jahresabschluss beschränkten Einsichtsrecht nach § 166 Abs. 1 S. 2 HGB n.F. zu („daneben“).<sup>56</sup>

Bei der GmbH & Co. KG bleibt es dabei, dass sich die Auskunftsrechte der Kommanditisten ausschließlich auf Angelegenheiten der Kommanditgesellschaft beziehen, wozu die Angelegenheiten der Komplementär-GmbH nicht gehören.<sup>57</sup> Für die Einheitsgesellschaft ergibt sich aus § 170 Abs. 2 HGB n.F. nichts anderes, da die Auskunftsrechte nach § 51a GmbHG der Kommanditgesellschaft außerhalb der Gesellschafterversammlung zustehen. § 170 Abs. 2 HGB n.F. regelt jedoch lediglich die Vertretung der Kommanditgesellschaft in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin (dazu noch sogleich unter III. 1.).

42 RegE Begr., S. 228.  
 43 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019], § 48, Rn. 16 ff. m. w. N.  
 44 RegE Begr., S. 228; dazu *Wörner/Ebel*, NZG 2021, 963, 968; *Koch*, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, 2018, S. 76.  
 45 S. dazu *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 48, Rn. 17a u. Rn. 120 ff.  
 46 OLG Brandenburg, 15.11.2016 – 6 U 21/14, GmbHR 2017, 408, 411, Tz. 55 ff.; *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 47, Rn. 55; *Bunz*, NZG 2017, 1366, 1369.  
 47 *Altmeyen*, ZIP 2021, 213.  
 48 *Hüffer/Koch*, AktG, 15. Aufl. 2021, AktG § 243, Rn. 3.  
 49 Ebenso *Noack*, GmbHR 2017, 792, 795; *ders.*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 48, Rn. 16, 17a.  
 50 *Mock/Schmidt*, Münchener Hdb. des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 6. Aufl. 2020, § 64, Rn. 19.  
 51 *Altmeyen*, ZIP 2021, 213, 215.  
 52 zum Mauracher Entwurf bereits kritisch *Heckschen/Nolting*, BB 2020, 2256, 2258.  
 53 Krit. ebenfalls *Altmeyen*, ZIP 2021, 413.  
 54 So schon BGH, 23.3.1992 – II ZR 128/91, BB 1992, 1024, ZIP 1992, 758; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, HGB § 118, Rn. 1; begründend K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 42.  
 55 RegE Begr., S. 253.  
 56 RegE Begr., S. 254.  
 57 *Hillmann*, in: MüKoHGB, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 51a, Rn. 39.

## 9. Haftung

### a) Haftung der Kommanditisten vor Handelsregistereintragung

Die Kommanditgesellschaft entsteht, soweit sie ein Handelsgewerbe i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB betreibt, mit Aufnahme ihres Geschäftsbetriebs auch schon vor ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 123 Abs. 2 HGB). In diesem Fall haften jedoch diejenigen Kommanditisten, die der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten unbeschränkt (§ 176 Abs. 1 HGB), es sei denn, der Gläubiger kannte ihre Kommanditistenstellung. Der Regierungsentwurf<sup>58</sup> sah hierin eine Ungleichbehandlung gegenüber den kleingewerblichen und vermögensverwaltenden sowie künftig auch freiberuflich tätigen Gesellschaften. Sie entstehen als Handels- und damit als Kommanditgesellschaft erst mit ihrer konstitutiven Eintragung; bei einer Geschäftsaufnahme vor Eintragung sind sie GbR's mit unbeschränkter Haftung analog § 128 HGB bzw. künftig § 721 BGB n.F. Für diese aber hatte der BGH schon 1999 geklärt, dass eine Haftungsbeschränkung nur durch Gesetz oder durch Vereinbarung mit dem Gläubiger in Betracht kommen könne, nicht hingegen durch einseitige Erklärung.<sup>59</sup> Anders als bei der (noch nicht eingetragenen) Kommanditgesellschaft genügt bei der GbR daher nicht die Aufklärung des Gläubigers, dass der Gesellschafter als künftiger Kommanditist nur beschränkt haftet. Der Regierungsentwurf hatte daher die Streichung dieses Privilegs der Kommanditisten, sich durch einseitige Aufklärung des Gläubigers der Vollhaftung entziehen zu können, vorgesehen. Nach verbreiteter Kritik<sup>60</sup> hat der Rechtsausschuss diese Änderung zurückgenommen. Dem bedenkenwerten Vorschlag,<sup>61</sup> die Gleichbehandlung dadurch herbeizuführen, dass der Einwand der Kenntnis auch Kann-Kaufleuten spätestens mit Stellung des Eintragungsantrags zugebilligt wird, ist der Gesetzgeber jedoch nicht gefolgt.

Auch der später einer „bestehenden Handelsgesellschaft“ beitretende Kommanditist haftet bis zu seiner Eintragung unbeschränkt, solange der Gläubiger keine Kenntnis von seiner Kommanditistenstellung hat (§ 176 Abs. 2 HGB n.F.). In diesem Fall gilt das auch für den Beitritt zu Kommanditgesellschaften, die kein Handelsgewerbe betreiben; sie sind „Handelsgesellschaften“ im Sinne dieser Vorschrift durch Eintragung. Im Übrigen wurde Absatz 2 durch den Rechtsausschuss so umgestaltet, dass deutlich werden soll, dass die Haftungsregelung nicht bei Abtretung eines Kommanditanteils gilt („Tritt ein *weiterer* Gesellschafter ...“).<sup>62</sup>

### b) Nachhaftung ausgeschiedener Gesellschafter

Zur *Nachhaftungsbeschränkung* ist gegenüber dem Mauracher Entwurf hier vor allem eine Ergänzung bemerkenswert: Nach § 728b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. und § 137 Abs. 1 S. 2 HGB n.F. soll eine *Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafter*s für Schadensersatzansprüche nur noch dann in Betracht kommen, wenn die zum Schadensersatz führende Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten vor seinem Ausscheiden begangen worden ist. Nach bisher h.M.<sup>63</sup> und Rechtsprechung<sup>64</sup> reicht für die Nachhaftung, dass die Grundlage für einen Anspruch vor dem Ausscheiden gelegt worden ist. Das bedeutet insbesondere für die berufliche Haftung aus freiberuflicher Tätigkeit, dass das Bestehen eines Mandatsverhältnisses im Zeitpunkt des Ausscheidens genügt; wird der haftungsbegründende Beratungsfehler erst Jahre später durch einen anderen Partner begangen, haftet dafür auch

der Ausgeschiedene weiterhin. Das wird künftig nicht mehr der Fall sein.<sup>65</sup>

### c) Haftung bei Umwandlung

Bei der Umwandlung einer GbR in die Partnerschaftsgesellschaft ist weiterhin ungeklärt, wie lange die Altgesellschafter der GbR für berufliche Fehler in Altmandaten weiter unbeschränkt haften. Während § 707c Abs. 5 BGB n.F. für den Fall der Umwandlung in die KG und wohl auch der Umwandlung aus der Partnerschaftsgesellschaft in die KG (§ 1 Abs. 4 i.V.m. § 707c Abs. 5 BGB n.F.) eine zeitliche Haftungsbeschränkung nach § 728b BGB n.F. vorsehen, gibt es für den Fall der Umwandlung aus der GbR in die Partnerschaftsgesellschaft keine entsprechende (zeitliche) Nachhaftungsbeschränkung. Allerdings scheint es so zu sein, als hätte der Gesetzgeber diese Umwandlungsvariante übersehen, so dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 707c Abs. 5 BGB vorliegen dürften. Da die Lücke lediglich Schadensersatzansprüche aus beruflicher Haftung betrifft, dürfte hier aber die Neuregelung in § 728b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. schon im Wesentlichen helfen.<sup>66</sup>

### d) Sonderverjährung der Nachhaftung

Die Sonderverjährung der Nachhaftung beginnt mit Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden (§ 728b Abs. 2 S. 2 BGB n.F., 137 Abs. 2 S. 2 HGB n.F.) bzw. dem Erlöschen der Gesellschaft (§ 739 Abs. 1 BGB n.F., 151 Abs. 1 HGB n.F.); das Gesetz klärt damit eine Streitfrage.<sup>67</sup> Kenntnisunabhängig beginnt die Verjährung spätestens mit Eintragung des Ausscheidens bzw. des Erlöschens im jeweiligen Register. Nicht eingetragene GbR's müssen mangels Eintragung daher möglichst gerichtsfest dokumentieren, dass sie die Gläubiger informiert haben. Das kann im Fall des Erlöschens der Gesellschaft nach § 739 BGB n.F. angesichts des Erlöschenstatbestands bei der Personengesellschaft Schwierigkeiten bereiten. Maßgeblich für das Erlöschen ist die vollständige Abwicklung des Gesellschaftsvermögens.<sup>68</sup> Das und die Kenntnis des Gläubigers davon gerichtsfest zu dokumentieren, kann auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Das sollte ein zusätzlicher Anreiz für die Registrierung sein.

### e) Haftungsausschluss für Altschulden mit Drittwirkung

Die Anwendbarkeit des § 28 HGB mit der Möglichkeit, die Übernahme unternehmensbezogener Altverbindlichkeiten auszuschließen und das mit Drittwirkung im Handelsregister einzutragen, bleibt ebenso wie der verwandte § 25 HGB für Freiberuflicher explizit ausgeschlossen.<sup>69</sup> Anders als beim kaufmännischen Handelsbetrieb sieht der Gesetzgeber angeblich keine entsprechende Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs, dass Altverbindlichkeiten in die neue Sozietät überge-

58 RegE zum MoPeG BT-Drs. 19/27635, unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927635.pdf> (Abruf: 6.9.2021).

59 BGH, 27.9.1999 – II ZR 371/98, NJW 1999, 3483, 3484.

60 Fleischer, DStR 2021, 483, 489 m. w. N. (dort Fn. 114); K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 41.

61 Fleischer, DStR 2021, 483, 489.

62 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags, BT-Drs. 19/31105, 9 unter <https://dserver.bundestag.de/btd/19/311/1931105.pdf> (Abruf: 6.9.2021).

63 Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, § 160, Rn. 2; K. Schmidt, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 128, Rn. 49 ff.

64 BGH, 29.4.2002 – II ZR 330/00, ZIP 2002, 1251; BGH, 17.1.2012 – II ZR 179/10, ZIP 2012, 369, 370, Rn. 14; BGH, 3.7.2020 – V R 250/19, DStR 2020, 1970, 1971 f., Rn. 13 ff.

65 S. dazu schon Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256, 2261.

66 Nolting, BB 2021, 1795, 1801.

67 K. Schmidt, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 160, Rn. 27 m. w. N.

68 Schäfer, in: MüKoHGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 730, Rn. 39; BGH, 21.6.1979 – IX ZR 69/75, NJW 1979, 1987.

69 K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 16, 38 f.; Nolting, BB 2021, 1795, 1800.

hen, so dass es eines expliziten Ausschlusses und seiner Eintragung im Handelsregister nicht bedürfe. Der Gesetzgeber stützt sich auf Entscheidungen des BGH<sup>70</sup> zum Einzelanwalt und des BSG<sup>71</sup> zu Berufsausübungsgesellschaften von Vertragsärzten. Dass diesen Feststellungen belastbare empirische Untersuchungen zugrunde lagen, ist nicht erkennbar, ebenso wenig, ob die unterstellte fehlende Erwartungshaltung auch für andere Freiberufler gelten muss. Und warum das bei einer zweigliedrigen Berufsausübungsgesellschaft, der ein Dritter beiträgt, anders ist,<sup>72</sup> ist nicht vollends schlüssig erklärbar. Es bleibt das Zugeständnis, dass man keinen Eintragungszwang für die GbR auslösen wollte, wenn bei ihrer Gründung die Haftung für Altschulden des eingebrachten Betriebs mit Drittwirkung ausgeschlossen werden sollte.<sup>73</sup> Dann gründet der Haftungsausschluss allein auf der Hoffnung, dass sich die Rechtsprechung zur „Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs“ nicht ändert.

## 10. Erbrecht

Die Regelungen zum Erbrecht bei den Personen(handels)gesellschaften bleiben mit dem nun verkündeten Gesetz unverändert zu denen des Regierungsentwurfs. Einen mittelbaren Einfluss hat die – zuletzt noch vorgenommene – Änderung des § 712a BGB zum Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und der dann folgenden Anwachsung auf das Erbrecht. Ohne jede Einschränkung gilt, dass in dem Moment, in dem die Gesellschaft nur noch einen Gesellschafter hat, sämtliche Aktiva und Passiva diesem anwachsen, und zwar unabhängig von seiner Entscheidung. Ungeklärt bleibt aber die Rechtslage, wenn bei einer zweigliedrigen UG der Komplementär als vorletzter Gesellschafter ausscheidet.<sup>74</sup> In der Praxis spiegeln die meisten Gesellschaftsverträge, die unter juristischer Beratung erstellt wurden, schon jetzt eine Rechtslage wider, die den Neuregelungen entspricht. Wichtig ist die Reform vor allem für die GbRs, die bisher keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag verfasst hatten oder nicht beraten waren. Für diese bringen die Neuregelungen eindeutig Vorteile. Mit dem Tod gerät die Gesellschaft gem. § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht in die Liquidation, die Sonderrechtsnachfolge in den Anteil gem. § 711 Abs. 2 BGB, die von der Rechtsprechung entwickelt wurde, greift da Platz, wo einfache oder qualifizierte Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag enthalten sind. Mit der Reform wird klargestellt, dass im Todesfall eine Erbengemeinschaft nicht in eine Personen(handels)gesellschaft nachfolgt, § 711 Abs. 2 BGB.<sup>75</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn sich die Personen(handels)gesellschaft bereits in Liquidation befindet oder es sich um eine nicht rechtsfähige GbR handelt, § 740a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Ausführlich wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass es allerdings ungeklärt ist, inwieweit diese Sonderrechtsnachfolge dann greift, wenn der Gesellschafter unter Geltung eines ausländischen Erbrechts verstirbt, weil er entweder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Ausland hatte oder selber als Ausländer ein anderes Erbrecht gewählt hat. Inwieweit sich die jetzt gesellschaftsrechtlich festgelegte Sonderrechtsnachfolge gegenüber ausländischen Erbrechtsordnungen durchsetzt, wird letztlich der EuGH zu entscheiden haben. Für die Praxis sollte dies aber bedeuten, dass jedenfalls bei einem deutschen Gesellschafter der Berater darauf dringen sollte, dass dieser deutsches Recht wählt.

Eine größere Bedeutung für die Praxis wird auch die Regelung in § 724 BGB erlangen, nach der der Erbe eines GbR-Gesellschafters verlangen kann, dass die Gesellschaft in eine KG umgewandelt wird.

Wird diesem Verlangen nicht nachgegeben, so kann er die Beteiligung kündigen, § 724 Abs. 2 BGB. Ungeklärt ist allerdings, wie die Kommanditistenstellung genau ausgestaltet ist und was dann gilt, wenn die UG als Rechtsform (z.B. für Freiberufler) nicht zur Verfügung steht.<sup>76</sup>

Nicht alle bei der Erbfolge in Personen(handels)gesellschaften strittigen Fragen werden durch den Gesetzgeber einer klaren Regelung zugeführt: So entspricht es zwar der h.M., dass § 176 Abs. 2 HGB im Todesfall nicht anwendbar ist,<sup>77</sup> eine Klarstellung wäre allerdings nützlich gewesen. Keine Regelungen finden sich zu der sehr strittigen Frage, ob und in welchem Umfang eine Testamentsvollstreckung an Anteilen von persönlich haftenden Gesellschaftern zulässig ist.<sup>78</sup>

## 11. Abfindung und Ausschluss

Die vom Deutschen Juristentag mehrheitlich geforderte Abkehr von der Nichtigkeitsprüfung der Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen hat auch zuletzt kein Gehör beim Gesetzgeber gefunden.<sup>79</sup> Der Gesetzgeber mahnt insoweit die Praxis zum vorsichtigen Umgang mit Abfindungsbeschränkungen, wobei die Grenzen, ab denen Abfindungsregelungen sittenwidrig sind, weiterhin unklar bleiben. Es ist ohnehin zu beklagen, dass das scharfe Schwert der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB von der Rechtsprechung immer häufiger und immer stärker in Abkehr von den Grundsätzen, die allgemein zu § 138 BGB anerkannt sind, eingesetzt wird. Dies gilt sowohl für Abfindungs- als auch für Ausschlussklauseln.<sup>80</sup> Es bleibt auch völlig unklar, inwieweit Auffangregelungen dergestalt, dass eine dann letztlich von der Rechtsprechung als von Anfang an unwirksam erkannte Abfindungsregelung zumindest mit dem niedrigsten zulässigen Abfindungsbetrag geltungserhaltend reduziert werden kann, Wirksamkeit erlangen.

## 12. Auflösung und Liquidation

Die Regeln für die Auflösung und Liquidation sind für die GbR im BGB (§§ 138 ff., 143 ff. BGB n.F.) und die Handelsgesellschaften im HGB (§§ 138 ff., 144 ff. HGB n.F.) im Wesentlichen inhaltsgleich enthalten. Soweit nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen entscheiden kann, bedarf der Auflösungsbeschluss mindestens einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen (§§ 732 BGB n.F., 140 HGB n.F.). Damit will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass eine allgemeine Mehrheitsklausel grundsätzlich auch für Auflösungsbeschlüsse gelten kann.<sup>81</sup> Ob das richtig sein kann, erscheint jedoch zweifelhaft: Nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf eine Änderung des Verbandszwecks, um den es bei dem Auflösungsbeschluss

70 BGH, 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BB 2004, 794, NJW 2004, 836 unter Hinweis auf die „besondere Ausgestaltung der zwischen einem Einzelanwalt und seinem Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisse“ ohne nähere Begründung, welche Besonderheiten diese Differenzierung rechtfertigen; NZG 2021, 65.

71 BSG, 7.2.2007 – B 6 KA 6/06 R, MedR 2007, 669 für Altverbindlichkeiten gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung unter Hinweis auf BGH, 22.1.2004 – IX ZR 65/01, BB 2004, 794, NJW 2004, 836 ohne eigene Begründung.

72 Dazu näher RegE Begr., S. 167.

73 RegE Begr., S. 167.

74 Vgl. dazu Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545.

75 Stein, ErbStG 2021, 073; Panz/Schenk/Weisheit, BWNNotZ 2021, 106.

76 Vgl. dazu Lange/Kretschmann, ZEV 2021, 545.

77 Mock, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, § 176, Rn. 24 m.w.N.

78 Vgl. dazu Weidlich/Friedberger, notar 2021, 187.

79 Dazu bereits ausf. Heckschen, NZG 2020, 761, 765 sowie Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256, 2262.

80 Ausf. dazu Heckschen/Weitbrecht, NZG 2021, 709 (Teil 1); dies., NZG 2021, 757 (Teil 2).

81 RegE Begr. S. 180

geht, der Zustimmung aller Mitglieder. Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei der Änderung des Verbandzwecks um „eine Entscheidung von so grundlegender Bedeutung für den Verein und seine Mitglieder ..., dass sie von der Mehrheit grundsätzlich nicht beschlossen werden kann.“<sup>82</sup> Im Sinne der „Zweistufentheorie“ des BGH nach „Otto“<sup>83</sup> könnte man von einem zumindest relativ unentziehbaren Mitgliedschaftsrecht sprechen.

Zu Liquidatoren sind nach §§ 736 Abs. 1 BGB n.F., 144 Abs. 1 HGB n.F. alle Gesellschafter in Gesamtvertretung berufen. Das gilt nicht für die KG, bei der nur die Komplementäre Liquidatoren sind (§ 178 HGB n.F.). Ungeregt ist der nicht nur theoretische Fall der Liquidation einer „führungslosen“ KG, insb. der GmbH & Co KG. In diesem Fall wird auf Antrag eines Beteiligten die Bestellung durch das Gericht erfolgen müssen (§ 145 HGB n.F.). Allerdings ist fraglich, ob die verbliebenen Kommanditisten antragsberechtigter „Beteiligter“ i. S. v. § 145 Abs. 2 HGB n.F. sind: Danach ist jeder Gesellschafter „Beteiligter“, wobei zur Definition des „Gesellschafters“ § 145 Abs. 2 Nr. 1 HGB n.F. auf § 144 Abs. 1 HGB n.F. verweist, der aber nach § 178 HGB n.F. auf die Kommanditisten gerade keine Anwendung finden soll. Allerdings soll § 178 HGB n.F. nur ausschließen, dass die Kommanditisten Liquidatoren werden, während § 145 Abs. 2 Nr. 1 HGB n.F. offenbar nur den Begriff des „Gesellschafters“ näher bestimmen will. Dafür hätte es aber des Klammerzusatzes und des Verweises gar nicht bedurft, zumal auch § 144 Abs. 1 HGB n.F. nicht den Gesellschafter, sondern nur den Liquidator definiert und es nicht sinnfälligerweise, das Antragsrecht nach § 145 HGB n.F. ausgerechnet auf die (fehlenden) Liquidatoren i. S. v. § 144 Abs. 1 HGB n.F. zu beschränken.

### 13. Insolvenz

Mit dem MoPeG werden auch inhaltliche und redaktionelle Änderungen im Insolvenzrecht eintreten. Anstatt der Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit spricht nunmehr die InsO/EGInsO von rechtsfähigen Personengesellschaften. § 723 Abs. 1 Nr. 3 legt fest, dass die Insolvenz eines Gesellschafters zu seinem Ausscheiden führt und die Insolvenz der Gesellschaft selber ihre Auflösung bewirkt, § 729 Abs. 1 Nr. 3 BGB bzw. § 138 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Bei der KG gilt Gleiches, wenn keiner der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person ist und das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wird. § 734 BGB und § 142 Abs. 1 HGB ermöglichen einen Fortsetzungsbeschluss nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Die wichtigste Neuerung besteht aber darin, dass § 179 HGB die sog. Simultaninsolvenz festlegt, wenn erstens der Gesellschafter, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, der einzig persönlich haftende Gesellschafter ist und zusätzlich über das Vermögen der KG das Insolvenzverfahren eröffnet ist oder die Voraussetzungen für die Eröffnung eines derartigen Verfahrens erfüllt sind und ein Antrag auf Eröffnung des Verfahrens gestellt worden ist.<sup>84</sup>

## III. HGB

### 1. Einheitsgesellschaft

In der Einheits-GmbH & Co KG wird die Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH in deren Gesellschafterversammlung künftig von den Kommanditisten vertreten (§ 170 Abs. 2 HGB n.F.). Damit wird dem untragbaren Zustand abge-

holfen, dass die Geschäftsführer der Komplementärin sich bisher als die alleinigen organschaftlichen Vertreter selbst kontrollierten, bestellen, abberiefen und Ansprüche aus Geschäftsführerhaftung geltend machen sollten.<sup>85</sup> Die Vertretung durch die Kommanditisten ist eine organschaftliche und verdrängt die sonst bestehende organschaftliche Vertretung der GmbH-Geschäftsführer nach § 170 Abs. 1 HGB. Sie ist jedoch dispositiv. Gesellschaftsvertraglich soll stattdessen auch eine „rechtsgeschäftliche Vollmachtslösung“<sup>86</sup> vereinbar bleiben. Es spricht einiges dafür, dass diese allseits und daher auch mit Zustimmung der Komplementär-GmbH im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft eingeräumte Vertretungsmacht eine verdrängende sein kann (und muss). Andernfalls wäre nichts gewonnen, wenn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH seinen organschaftlichen Vertretungsanspruch jederzeit durchsetzen könnte. Und wie der BGH bereits in den Fällen der qualifizierten Treuhand anerkannt hat, sind die Gesellschafter bei der Gestaltung ihrer internen Rechtsbeziehungen frei von den Bindungen zwingenden Rechts.<sup>87</sup>

Ungeklärt lässt das Gesetz, ob die Kommanditisten mit Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht handeln. Es spricht einiges dafür, in diesem Fall Einzelvertretungsmacht nach § 124 Abs. 1 HGB anzunehmen. In jedem Fall aber ist zu empfehlen, das Verfahren zur Bestimmung des Abstimmungsverhaltens im Gesellschaftsvertrag der KG oder in einer gesonderten Kommanditistenvereinbarung festzulegen. Eine gespaltenen Stimmabgabe ist nicht möglich; das Stimmrecht steht der Kommanditgesellschaft, nicht den einzelnen Kommanditisten zu und nach ganz herrschender Meinung kann der Gesellschafter sein Stimmrecht nur einheitlich ausüben.<sup>88</sup> Das gilt auch – allerdings nicht ausnahmslos<sup>89</sup> – für den Fall, dass dem Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile zustehen.

Offen ist, ob sich die Vertretungsmacht der Kommanditisten nach § 170 Abs. 2 HGB n.F. auf die Ausübung von weiteren Gesellschafterrechten auch außerhalb der Gesellschafterversammlung erstreckt. Nach dem Wortlaut des § 170 Abs. 2 HGB n.F. ist das nicht der Fall. Das von § 51 a GmbHG unabhängige Informationsrecht, das zur Beurteilung des Entscheidungsgegenstandes in der Gesellschafterversammlung notwendig ist,<sup>90</sup> sollte jedoch als Annex noch unter § 170 Abs. 2 HGB n.F. subsumierbar sein.<sup>91</sup> Erwägenswert wäre auch die Erstreckung auf die Zuständigkeiten nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG (Führungslosigkeit).<sup>92</sup>

Bemerkenswert: Der Gesetzgeber hat hier den Trennungsgrundsatz des BGH<sup>93</sup> zugunsten der Einheitsbetrachtung durchbrochen. Das geschieht übrigens ein zweites Mal mit § 179 HGB n.F.: Im Fall der Simultaninsolvenz von Kommanditgesellschaft und Komplementär<sup>94</sup>

82 BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BB 1986, 551, NJW 1986, 1033, 1034.

83 BGH, 15.1.2007 – II ZR 245/05, BB 2007, 1128, ZIP 2007, 475; K. Schmidt, ZIP 2009, 737.

84 Vgl. dazu auch Noack, BB 2021, 643, 646.

85 KG, 21.12.2018 – 22 W 84/18, BB 2019, 404; BGH, 16.7.2007 – II ZR 109/06, BB 2007, 1914.

86 RegE Begr., S. 256.

87 BGH, 11.10.2011 – II ZR 248/09, BeckRS 2011, 26785; Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 47, Rn. 41; ebenso Grunewald, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2019, HGB § 161, Rn. 104.

88 Hillmann, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, GmbHG § 47, Rn. 30.

89 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 47, Rn. 20.

90 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 51a, Rn. 56.

91 Zu dem abweichenden Ergebnis beim Informationsrecht nach § 51a GmbHG s. o. II. 8.

92 K. Schmidt, GmbHR 2011, 113, 115.

93 BGH, 16.7.2007 – II ZR 109/06, BB 2007, 1914 m. BB-Komm. Gehrlein; Grunewald, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2019, HGB § 161, Rn. 102.

94 Dazu BGH, 8.5.2014 – I ZR 217/12, NZG 2014, 897; s. o. unter II. 13.

soll letzterer entgegen der Regel des § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB n. F. nicht mehr ausscheiden, um so eine einheitliche Sanierung zu ermöglichen.<sup>95</sup>

## 2. Freiberufliche Berufsausübungsgesellschaften

Das MoPeG eröffnet in § 107 Abs. 1 S. 2 HGB nun auch für freiberufliche Tätigkeiten den Weg in die offene Handelsgesellschaft.

Die Zulässigkeit steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Ausübung des jeweiligen freien Berufs in dieser Rechtsform nach dem für ihn geltenden Berufsrecht zulässig ist. Die Prüfung der berufsrechtlichen Voraussetzungen obliegt den jeweils zuständigen Berufskammern; das Registergericht prüft allein die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen.<sup>96</sup> Da das Berufsrecht größtenteils Landesrecht ist, muss hier ein konzertiertes Vorgehen der Länder angemahnt werden.<sup>97</sup>

Für Rechtsanwälte, für deren Berufsrecht der Bundesgesetzgeber zuständig ist, ist dies mit der gleichzeitig verabschiedeten und bereits zum 1.8.2022 in Kraft tretenden Berufsrechtsreform in § 59b Abs. 2 BRAO n. F. geschehen.<sup>98</sup> Dabei wird der Begriff der „Berufsausübungsgesellschaft“ für alle Formen freiberuflicher Zusammenarbeit eingeführt (§§ 49, 50 StBerG n. F., 59b BRAO n. F., 52b, c PAO).

Allerdings entsteht die Gesellschaft als Handelsgesellschaft in diesem Falle erst durch konstitutive Eintragung im Handelsregister (§ 107 Abs. 2 HGB n. F.). Das hat Konsequenzen: Wird die freiberufliche Tätigkeit bereits vor der Eintragung im Handelsregister aufgenommen, geschieht dies in der Rechtsform der (nicht eingetragenen) GbR. Im Falle der Gründung einer Kommanditgesellschaft kommt den Kommanditisten dann nicht die Haftungsbeschränkung des § 176 Abs. 1 HGB zugute. Für bis zur Eintragung begründete Verbindlichkeiten gilt die der Höhe nach unbeschränkte Nachhaftung mit der zeitlichen Begrenzung nach § 707c Abs. 5 BGB n. F.

Künftig wird auch für anwaltliche Berufsausübungsgesellschaften die Form der GmbH & Co. KG möglich: Die Beteiligung von Gesellschaften an der Berufsausübungsgesellschaft wird zulässig sein, wenn diese ihrerseits als Berufsausübungsgesellschaft zugelassen ist (§ 51i Abs. 1 BRAO n. F.). Die Komplementär-GmbH muss daher mindestens eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt als Gesellschafter haben. Damit scheidet zwar streng genommen die Einheits-GmbH & Co. KG als anwaltliche Form der Berufsausübungsgesellschaft aus. Der Zweitverfasser hat an anderer Stelle aber in diesem Fall bereits für eine Einheitsbetrachtung dieser besonderen Rechtsform plädiert.<sup>99</sup>

Beim Statuswechsel aus der Partnerschaftsgesellschaft in die GmbH & Co. KG wird zu beachten sein, dass bei der Partnerschaftsgesellschaft nach wie vor Gesellschafter nur natürliche Personen sein können (§ 1 Abs. 1. S. 3 PartGG). Vor der Entstehung der Kommanditgesellschaft ist eine Beteiligung der Komplementär-GmbH nicht möglich. Der Beitritt muss daher aufschiebend bedingt durch das Wirksamwerden des Statuswechsels – der Eintragung der GmbH & Co. KG im Handelsregister – erfolgen.<sup>100</sup> Auch die Änderung des Gesellschaftsvertrags muss wegen der konstitutiven Wirkung durch die Eintragung der KG aufschiebend bedingt sein.<sup>101</sup> Rechtsanwaltsgesellschaften werden schließlich die mit einem Rechtsformwechsel ggf. einhergehenden geänderten Anforderungen an die erforderliche Berufshaftpflichtversicherung nach § 59o BRAO n. F. zu beachten haben.

## IV. Statuswechsel

Nach dem Umwandlungsgesetz kann nach § 191 UmwG nicht von einer Rechtsform des Personengesellschaftsrechts in eine andere gewechselt werden. Der Wechsel ist gleichwohl nach einhelliger Auffassung zulässig<sup>102</sup> und wird als Statuswechsel bezeichnet.

Insbesondere für diesen sog. Statuswechsel<sup>103</sup> ist es bedauerlich, dass die Regelungen, die der Gesetzgeber nun für jedweden Wechsel von einer Rechtsform des Personengesellschaftsrechts in eine andere vorgesehen hat, erst 2024 in Kraft treten. Die Neuregelungen sind dem Recht des Formwechsels gem. §§ 190 ff. UmwG nachgebildet: Der Eintragung beim Ausgangsrechtsträger mit sog. Vorläufigkeitsvermerk folgt diejenige im Zielregister. Es schließt sich die Löschung im Ausgangsregister an, vgl. z. B. § 707c BGB. Diese Eintragungen wirken entsprechend § 707a Abs. 3 i. V. m. § 15 HGB gegenüber jedermann, auch wenn am Statuswechsel eben kein Kaufmann beteiligt ist. Materiell tritt die Änderung des Status zwar grundsätzlich mit entsprechendem Gesellschafterbeschluss ein, Dritten gegenüber wirkt sie aber erst mit ihrer Eintragung. Für den Rechtsverkehr ist es entscheidend, dass im Zielregister ein sog. „Fortsetzungsvermerk“ eingetragen wird. Dieser macht ersichtlich, dass bspw. die aus der GbR hervorgegangene Partnerschaftsgesellschaft mit der GbR identisch ist. Die derzeitige Rechtslage ist völlig unbefriedigend, da es den Gesellschaftern einer bspw. aus einer GbR hervorgegangenen Partnerschaftsgesellschaft praktisch unmöglich ist, nachzuweisen, dass diese Partnerschaftsgesellschaft identisch ist z. B. mit der im Grundbuch eingetragenen GbR. Um die Übergangsphase entsprechend dem Willen des Gesetzgebers zu überbrücken, sollte es jetzt schon möglich sein, bei der Eintragung bspw. einer aus einer GbR entstandenen Partnerschaftsgesellschaft im Handelsregister in Spalte 7 zu vermerken, dass diese aus einer GbR hervorgegangen ist.<sup>104</sup>

Letztlich bleibt aber zu beachten, dass die Frage, ob eine GbR oder eine OHG vorliegt, weiterhin materiell-rechtlich danach zu entscheiden ist, ob ein Handelsgewerbe kaufmännisch betrieben wird.

## V. Umwandlung

### 1. Allgemeines

Bis zum Inkrafttreten des MoPeG wird sich die Praxis bei der Beteiligung von GbR an Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz weiterhin der Hilfskonstruktion über den vorherigen Statuswechsel in eine umwandlungsfähige Rechtsform, bspw. einer Partnerschaftsgesellschaft oder Personenhandelsgesellschaft, bedienen müssen. Das Gesetz behandelt den grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgang von Personenhandelsgesellschaften nicht und es steht auch nicht zu erwarten, dass dies bei der Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie Berücksichtigung findet. Vor allem arbeitsrechtliche Gründe sprechen dagegen.

95 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Drs. 19/31105 (Fn. 62), 9.

96 RegE Begr. S. 224.

97 Dazu bereits Heckschen/Nolting, BB 2020, 2256, 2263.

98 BGBl. I 2021, 2363.

99 Nolting, BB 2021, 1795, 1799.

100 Nolting, BB 2021, 1795, 1799.

101 Nolting, BB 2021, 1795, 1799.

102 Vgl. u. a. Noack/Göbel, GmbHR 2021, 569.

103 Ausf. dazu Noack/Göbel, GmbHR 2021, 569.

104 Ausf. dazu Heckschen, in: FS Mayer, 2020, S. 15, 19.

## 2. Umwandlung der Einzelkanzlei

Seit Längerem wird gefordert, dass auch der Freiberufler in Einzelkanzlei sich ebenso wie der Einzelkaufmann im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge über das Umwandlungsgesetz umstrukturieren kann. Der einzige Weg, der eine solche Umstrukturierung ermöglicht, ist der über § 152 UmwG.<sup>105</sup> Konnte man in der Vergangenheit noch ein gewisses Verständnis dafür aufbringen, dass dieser Weg dem Freiberufler verschlossen ist, weil er eben kein Einzelkaufmann sein kann, so war dieses Verständnis eigentlich schon in dem Moment aufgebraucht, in dem der BGH<sup>106</sup> Steuerberatern und Rechtsanwälten den Weg in die Personenhandelsgesellschaft eröffnete, weil dies die entsprechenden Berufsordnungen zugelassen haben. Jetzt aber, wo der Gesetzgeber in § 107 Abs. 1 S. 2 HGB alle Schleusen öffnet und jeder Freiberuflergesellschaft vorbehaltlich entsprechender berufsständischer Regelungen den Weg in eine Personenhandelsgesellschaft eröffnet, grenzt es an Willkür, dass dem in Einzelkanzlei tätigen Freiberufler mit dem Argument, er sei ja nun kein Vollkaufmann, eine Umwandlung verschlossen bleibt. Gerade vor dem Hintergrund der derzeit in erheblichem Umfang stattfindenden Nachfolge<sup>107</sup> in Freiberuflerkanzleien gibt es keinen sachlich gerechtfertigten Grund, dem Freiberufler diesen Weg zu verschließen und ihm damit zu verwehren, beim Übergang in die mehrgliedrige Kanzlei eine Gesamtrechtsnachfolge in Anspruch zu nehmen. Er muss jeden Klienten einzeln nach seinem Einverständnis fragen, ob er bspw. den Weg in eine mit einem jüngeren Kollegen begründete Sozietät mitgeht. Der Übergang jedes Mietvertrags und jedes Leasingvertrags bedarf der Zustimmung des Vertragspartners. Eine Rechtfertigung für diese Benachteiligung ist nicht erkennbar. Die Interessenverbände der Freiberufler und insbesondere der Freiberufler in Einzelkanzleien sollten nun endlich auf den Plan treten.

## VI. Zwangsvollstreckung in Grundstücksrechte aus alten Titeln

Das Gesamthandsprinzip hat ausgedient (§ 713 BGB n.F.).<sup>108</sup> Folglich hat auch § 736 ZPO keine Bedeutung mehr und ist entfallen; künftig ist ein Titel (nur) gegen die (rechtsfähige) GbR ausreichend aber auch erforderlich (§ 722 Abs. 1 BGB n.F.). Allerdings muss die Identität der Gesellschaft für die Vollstreckungsorgane später zweifelsfrei feststellbar sein. Unproblematisch werden die Fälle sein, in denen die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Im Fall eines Aktivprozesses empfiehlt es sich daher zu prüfen, ob nicht eine Eintragung erfolgen sollte, um spätere Probleme in der Vollstreckung zu vermeiden.<sup>109</sup> Die Möglichkeit dazu wird freilich erst ab 2024 bestehen. Bis dahin ist die Gesellschaft daher mit ihrem Namen, Sitz und Anschrift sowie den Gesellschaftern hinreichend bestimmt im Aktiv- wie im Passivrubrum zu bezeichnen, um die Identifizierung zu ermöglichen. Auch nach dem 1.1.2024 wird aus diesen Titeln sowohl für als auch gegen die so bezeichnete Gesellschaft vollstreckt werden können; sollte die Gesellschaft – gleichviel ob Vollstreckungsgläubigerin oder -schuldnerin – nach dem 1.1.2024 im Gesellschaftsregister eingetragen werden, soll auch keine Rubrumsberichtigung nötig sein, wenn diese Identitätsmerkmale mit den Eintragungen im Gesellschaftsregister übereinstimmen (§ 736 ZPO n.F.). Eine Vollstreckung gegen die Gesellschafter findet – auch wenn sie im Rubrum zur Identifizierung der Gesellschaft namentlich genannt werden – nicht statt (§ 722 Abs. 2 BGB n.F.).

Dennoch wird auch künftig zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen noch ein Titel gegen alle Gesellschafter ausreichen, wenn er vor dem 1.1.2024 erwirkt worden ist (§ 45 EGZPO n.F.). Damit sollen vor allem die Gläubiger von Alt Titeln geschützt werden, die diese noch im Vertrauen auf die bisherige Regelung in § 736 ZPO erworben haben. Daraus wird man zugleich schließen können, dass mit solchen Titeln auch die Ansprüche gegen die Gesellschaft i.S. v. § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB weiterhin als rechtskräftig festgestellt gelten, so dass hieraus in das Gesellschaftsvermögen 30 Jahre lang vollstreckt werden kann.

Eine Besonderheit gilt es, bei der Vollstreckung in ein Grundstück einer nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR zu beachten: Nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n.F. sollen Eintragungen, die ein Recht einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister und anschließend nach dem geänderten § 47 Abs. 2 GBO n.F., also unter ihrer im Gesellschaftsregister eingetragenen Bezeichnung, im Grundbuch eingetragen ist. Dafür bedarf es der Bewilligung der bisher nach § 47 Abs. 2 GBO a.F. eingetragenen Gesellschaft gem. § 19 GBO sowie ggf. der Zustimmung der einzutragenden Gesellschaft nach § 22 Abs. 2 GBO (Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 1 EGBGB n.F.).<sup>110</sup> Das gilt auch für die Eintragung von Zwangs- oder Arresthypotheken. Der Titelgläubiger soll die Eintragung der GbR im Grundbuch analog § 14 GBO selbst herbeiführen können.<sup>111</sup> Ihm obliegt dabei freilich der Nachweis der Identität von Titelschuldnerin und der als Eigentümerin eingetragenen GbR.

## VII. Personengesellschaft im Online-Verfahren

Das auf der Basis der Digitalisierungsrichtlinie beschlossene und inzwischen verkündete sog. DiRUG<sup>112</sup> richtet sich hinsichtlich der Gründung von Gesellschaften nur an GmbH und UG (haftungsbeschränkt) und bezieht für Handelsregisteranmeldungen nur Kapitalgesellschaften mit ein.<sup>113</sup> Personengesellschaften wird weder hier noch über das MoPeG der Zugang zum Online-Verfahren eröffnet. Es steht auch nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie<sup>114</sup> den Zugang zum Online-Verfahren eröffnen wird. Der Gesetzgeber wird also zunächst beobachten, wie der Rechtsverkehr die Online-Gründung der GmbH bewältigt. Bedauerlich ist dies vor allem bei der Gründung der GmbH & Co. KG, da hier weiterhin die Anmeldung der KG im Präsenzverfahren erfolgen muss.<sup>115</sup>

105 Der BFH musste zu Recht feststellen, dass natürlich dem Einzelkaufmann ein Formwechsel über § 190 UmwG nicht eröffnet ist: BFH, 22.11.2018 – II B 8/18, BB 2019, 165, DStR 2018, 2636.

106 BGH, 15.7.2014 – II ZB 2/13, BB 2014, 2831 m. BB-Komm. *Campos Nave*, DStR 2014, 2085.

107 S. dazu auch *Nolting*, AnwBl 2021, 659.

108 *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 47.

109 *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16, 48, empfiehlt eine Neufassung des § 50 Abs. 2 ZPO, in dem der nicht eingetragenen GbR im Aktivprozess aufgegeben wird, Namen und Zustellanschriften aller Gesellschafter im Rubrum anzugeben; das ist diesen Gesellschaften, wenn sie schon auf eine Eintragung weiter verzichten wollen, ohnedies dringend zu empfehlen.

110 RegE Begr. S. 219.

111 RegE Begr. S. 218 f. unter Hinweis auf OLG Schleswig, 6.4.2011 – 2 W 60/10, NJW-RR 2011, 1033.

112 Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BGBl. I 2021, 3338.

113 Ausf. dazu *Linke*, NZG 2021, 309; *Meier/Szalai*, ZNotP 2021, 306; *Heckschen/Knaier*, NZG 2021, 1093.

114 RL (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. v. 12.12.2019, L 321, 1.

115 Vgl. dazu u.a. *Noack*, BB 2021, 643.

Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, dass die Personengesellschaften einbezogen werden, zumal eine Evaluierung ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>116</sup>

## VIII. Fazit

Mit dem MoPeG hat der Gesetzgeber das Richterrecht mit dem kodifizierten Recht weitgehend in Einklang gebracht. Dies erfolgte gleichzeitig mit einer Modernisierung des Rechts unter Behebung eklatanter Publizitätsdefizite bei der im Rechtsverkehr äußerst beliebten GbR. Natürlich kann der Gesetzgeber trotz einer sehr sorgfältigen Vorbereitung und intensiven Diskussion nicht alle Beteiligten vollends zufrieden stellen und nicht jede Streitfrage eindeutig lösen. Manche offene Frage wird jetzt nochmals ausführlich diskutiert werden müssen (z. B. Stimmverbote) und die Lösung bleibt dann (hoffentlich) der neuen Bundesregierung, die ja darüber hinaus spannende Reformprojekte, wie z. B. die Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie und die Regelung der virtuellen (Haupt-)Versammlung, bewältigen muss, als Aufgabe übertragen.

Dr. Daniel Valdini, RA/Syndikus-RA

# Die Anwendung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes auf ausländische Unternehmen

Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) beschäftigt derzeit u. a. deutsche Einkaufs-, Compliance- und Rechtsabteilungen. Das LkSG legt bestimmten Unternehmen erstmals menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten in der Lieferkette auf. Erfasst sind nach § 1 Abs. 1 S. 2 LkSG auch (ausländische) Unternehmen, wenn sie eine Zweigniederlassung i. S. d. § 13d HGB unterhalten und in der Regel mehr als 3000 bzw. ab 2024 1000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Neben der Konstellation einer Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens im Inland gibt es jedoch auch andere Konstellationen mit Auslandsberührung. Es gibt ausländische Konzerne, die in Deutschland keine Zweigniederlassung unterhalten, sondern Konzerngesellschaften gegründet haben und bei denen die Konzernmutter bzw. Obergesellschaft im Ausland sitzt. Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch in dieser Konstellation der Anwendungsbereich des LkSG eröffnet ist.

## I. Einleitung

Das LkSG wurde am 22.7.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt zu weiten Teilen am 1.1.2023 in Kraft. Regelungen zu Zuständigkeiten und Handreichungen sowie einzelne Ermächtigungsnormen für Rechtsverordnungen zum Berichtswesen und Kontrollmöglichkeiten (vgl. §§ 15–17 LkSG) sind bereits in Kraft. Im Gesetzgebungsverfahren zum LkSG gab es drei wesentliche Streitpunkte.<sup>1</sup> Neben der Frage nach der zivilrechtlichen Haftung gegenüber Dritten

**Prof. Dr. Heribert Heckschen** ist Notar in Dresden, Honorarprofessor an der Technischen Universität Dresden und Mitglied des Ausschusses für Handels- und Gesellschaftsrecht bei der Bundesnotarkammer und Patennotar des Deutschen Notarinstituts. Er berät nationale und internationale Unternehmen im Gesellschaftsrecht und gehört der von der Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission an, die die Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie vorbereiten soll.



**Dr. Ekkehard Nolting, RA**, ist Partner der Kanzlei Battke Grünberg Rechtsanwälte PartGmbH in Dresden. Seine Spezialgebiete sind das Handels- und Gesellschaftsrecht, das internationale Wirtschaftsrecht und – als Prozessanwalt – auch die Schiedsgerichtsbarkeit.



<sup>116</sup> Begr. RegE DiRUG, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Entwurf\\_%20Gesetzes\\_Umsetzung\\_%20Digitalisierungsrichtlinie.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Entwurf_%20Gesetzes_Umsetzung_%20Digitalisierungsrichtlinie.pdf), S. 95 (Abruf: 21.10.2021).

im Falle einer Verletzung der Sorgfaltspflichten sowie der Reichweite des Risikomanagements in Bezug auf mittelbare Zulieferer, war insbesondere streitig, inwieweit das LkSG auch auf ausländische Unternehmen Anwendung finden sollte. Der Entwurf der Bundesregierung vom 19.4.2021 zum LkSG<sup>2</sup> umfasste nur Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz im Deutschland haben. Dieser Gesetzesentwurf wurde dann im Ausschuss für Arbeit und Soziales geändert und der Anwendungsbereich auf bestimmte ausländische Unternehmen erweitert.<sup>3</sup> Nach § 1 Abs. 1 S. 2 LkSG sind nun auch (ausländische) Unternehmen erfasst, wenn sie eine Zweigniederlassung i. S. d. § 13d HGB unterhalten und in der Regel mehr als 3000 bzw. ab 2024 1000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Neben der Konstellation einer Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens im Inland, gibt es jedoch auch andere Konstellationen mit Auslandsberührung. Es gibt ausländische Konzerne, die in Deutschland keine Zweigniederlassung unterhalten, sondern Konzerngesellschaften gegründet haben und bei denen die Konzernmutter bzw. Obergesellschaft im Ausland sitzt. Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch in dieser Konstellation der Anwendungsbereich des LkSG eröffnet ist.

<sup>1</sup> Vgl. umfassend zu den verschiedenen Streitpunkten *Schmidt-Räntsch*, ZUR 2021, 387, 392f.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/28649.

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/30505.