

NOMOSKOMMENTAR

Dr. Thomas Heidel
Prof. Dr. Alexander Schall [Hrsg.]

HGB

4. Auflage

RAin Dr. Irini Ahouzaridi, FAArBR | RA Wjatscheslav Anissimov | RA Prof. Dr. Andreas J. Baumert, FAHuGR | RAin Dr. Stefanie Bergmann, LL.M. (Madison-Wisconsin), FAHuGR | RAin Dr. Stephanie Deckers, FAHuGR | PD Dr. Andreas Dieckmann, Universität Hannover | RA Dr. Markus Dinkelbach | WP u StB Achim Dörner, LL.M. | RAin Dr. Stephanie Eberl, LL.M. oec. | Dipl.-Kfm., WP u StB Peter Ebert | RiOLG Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit (Bordeaux), Universität Erlangen-Nürnberg | Dipl.-Kfm. Dr. Andreas Gattung | Dipl.-Kffr. (FH), WPin u StBin Anke Hahn | RA Dr. Thomas Heidel, FASrR u FAHuGR | Dipl.-Kfm., WP u StB Norbert Heinemann | Dipl.-Finw. u StB Dr. Martin Heyes, LL.M. | RiLG Dr. Torben Illner | RA Dr. Tobias Keller | Dr. Marco Keßler | Dr. Verena Klappstein M.A., LL.M., Universität Passau | Prof. Dr. Leonhard Knoll, Universität Würzburg | Not. Dr. Richard Koch-Sembdner, LL.M. (Stanford) | RA Dr. Michael Lamsa | RAin Dr. Andrea M. Partikel | RA u Not. Dr. Christian Prasse | Assoc. Prof. Dr. Georgios Psaroudakis, M.Jur. (Oxford), Universität Thessaloniki | Not. Prof. Thomas Reich | Prof. Dr. Gerhard Ring, TU Bergakademie Freiberg | Dipl.-Jur. Kevin Rösch, Universität Erlangen-Nürnberg | Prof. Dr. Gregor Roth, Universität Leipzig | Prof. Dr. Alexander Schall, M.Jur. (Oxford), Leuphana Universität Lüneburg | VRiOLG Dr. Uwe Schmidt | RA u StB Dr. Uwe Scholz | WPin u StBin Dr. Claudia E. Schrimpf-Dörges | RA Dr. Thilo Schülke | RA, WP u StB Prof. Dr. Matthias Schüppen | Prof. Dr. Michael Stöber, Universität Kiel | RA Dr. Dirk Struckmeier, M.Jur. (Oxford) | Prof. Dr. Michael Szczesny, Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg | Dipl.-Kfm., WP u StB Michael Thelen | Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), Universität Wien | Dipl.-Kfm. Dr. Ingo Thomas, M.A. (Milwaukee) | Prof. Dr. Patrick Velte, Leuphana Universität Lüneburg | Prof. Dr. Ulrich Voß, Technische Hochschule Würzburg-Schweinfurt | VRiKG Dr. Norbert Vossler | Prof. Dr. Thomas Wiese, Universität Bremen



Nomos

Zweites Buch Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Erster Abschnitt Offene Handelsgesellschaft

Erster Titel Errichtung der Gesellschaft

§ 105 Begriff der offenen Handelsgesellschaft; Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs

- (1) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.
- (2) Die offene Handelsgesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen.
- (3) Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Schrifttum: *Altmeyen*, Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, 822; *Altmeyen*, Mängel und Widersprüche des Regierungsentwurfs zum MoPeG am Beispiel des Ausschlusses eines Gesellschafters und der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, ZIP 2021, 213; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Personengesellschaften, 2001; *Armbrüster*, Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2014, 333; *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612; *Bachmann*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NJW 2021, 3073; *Bachmann*, Die folgenlose Beseitigung der rechtsfähigen Gesamthand durch das MoPeG, FR 2022, 709; *Bälz*, Organisationsvertrag und Gesamthand, in Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Bd. I, 1998, S. 35; *Bartlitz*, Die Entstehung der Gesellschaft bei eigenmächtigem Geschäftsbeginn, NZG 2020, 1094; *Baumann*, Der Nießbrauch am Anteil einer Einmann-Personengesellschaft, NZG 2005, 919; *Bergmann*, Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994; *Beuthien*, Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht, JZ 2003, 715; *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts, April 2020, abrufbar unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/MauracherEntwurf.pdf> (zit.: Mauracher Entwurf); *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkung (zugleich ein Beitrag zum Unternehmen im Erbgang), 1998; *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963; *Fett/Brand*, Die sog. Einmann-Personengesellschaft, NZG 1999, 45; *R. Fischer*, Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849; *R. Fischer*, Die Personenhandelsgesellschaft im Prozeß, in Lehmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag, 1958, S. 75; *Fleischer*, Leitbildwandel im Recht der BGB-Gesellschaft – Ein erster Rundgang durch den Mauracher Entwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 1107; *Fleischer*, Annäherungen an den Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR Sonderheft 23, 2020, 1; *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430; *Fleischer*, Zur Rechtsnatur der OHG und ihres Gesellschaftsvertrags, NZG 2021, 949; *W. Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177; *Fleischer*, Änderungen des KG-Rechts im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 483; *Fleischer*, Ein Rundflug über das OHG-Recht im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2021, 386; *Fleischer/Lunemann*, Nachfolgeregelungen in Familienpersonengesellschaften am Beispiel der Fugger, in Gehle et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 29; *W. Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177; *W. Flume*, Der minderjährige Gesellschafter, NZG 2014, 17; *Freitag*, Rechtliche Fallstricke des Todes des Personengesellschafters de lege lata und de lege ferenda, ZGR 2021, 534; *Friehe*, Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften, 1974; *Geibel*, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht, ZRP 2020, 137; *Grunewald*, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, 1987; *Grunewald*, Die actio pro socio im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, in Fleischer/Kalss/Vogt (Hrsg.), Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2015, S. 209; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996; *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 537; *Heckschen*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 761; *Heinze*, Der Mauracher Entwurf und die Abkehr von der Gesamthand – Gefahren im Steuerrecht?, DStR 2020, 2107; *Hennrichs*, Zum Formwechsel und zur Spaltung nach dem neuen Umwandlungsgesetz, ZIP 1995, 794; *Hippeli*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, 386; *Hoffmann*, Ausscheiden oder Auflösen – Grundsatzfrage bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts neu gestellt im Gesetz zur Modernisierung der Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in Gehle et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 79; *Huber*, Die Parteifähigkeit der Personengesellschaft des Handelsrechts und ihr Wegfall während des Prozesses, ZZZ 82 (1969), 224; *Huber*, Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand, in Schneider et al. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000, S. 107; *U. Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970; *A. Hueck*, Inwieweit besteht eine gesellschaftliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen?, ZGR 1972, 244; *Hüffer*, Die

Gesamthandsgesellschaft in Prozeß, Zwangsvollstreckung und Konkurs, in Lutter et al. (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, 1985, S. 165; *Hüffer*, 100 Bände BGHZ: Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987), 396; *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998; *Kilincsoy*, Analyse der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG, FR 2021, 248; *Kindler*, Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), ZfPW 2022, 409; *Kirchhoff*, Wettbewerbsverbote für Gesellschafter und Geschäftsführer aus kartellrechtlicher Sicht, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 249; *Koch*, Freie Sitzwahl für Personhandelsgesellschaften, ZHR 173 (2009), 101; *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, 1972; *Krämer*, Gläubigerschutz vs. Anlegerschutz in Publikumpersonengesellschaften – versteckte Nachschusspflicht durch intransparente Klausel, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 877; *Lesch/Hüttemann/Reschke*, Zur Untreue im Unternehmensverbund, NStZ 2015, 609; *Lieder*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Regierungsentwurf des MoPeG in der rechtspolitischen Analyse, ZRP 2021, 34; *Lieder/Hilser*, Die Reform des Personengesellschaftsrechts – Implikationen für Dogmatik und notarielle Praxis, NotBZ 2021, 401; *Löbbe*, Das Beschlussmängelrecht in den Personhandelsgesellschaften nach dem MoPeG-Regierungsentwurf – ein Überblick, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 575; *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84; *Müllbert*, Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 38; *Nazari-Khanachayi*, Anpassungsvorschläge zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), WM 2020, 2057; *Noack*, Adieu „Feststellungsmodell“, bonjour „Anfechtungsmodell“ – über den Systemwechsel im Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, ZIP 2020, 1382; *Noack*, Vom „Mauracher Entwurf“ zum RefE eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 2618; *Noack*, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, 581; *Otte*, Auswirkungen des MoPeG auf die anwaltliche Gestaltungs- und Beratungspraxis, ZIP 2021, 2162; *Otte-Gräbener*, Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Entwurf der Expertenkommission, BB 2020, 1295; *Pfister*, Die Einmann-Personengesellschaft, 1999; *Priester*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994) 495; *Priester*, Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person. Eine Geschichte ohne Ende, in Lieb et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner, Bd. I, 1998, S. 469; *Priester*, Die zwingende Einheitlichkeit des Personengesellschaftsanteils – ein überholtes Prinzip, DB 1998, 55; *Priester*, Eigene Anteile beim Formwechsel, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heidel, 2021, S. 343; *Prinz*, Neue „Steuerkoordinaten“ für Personengesellschaften, DB 2022, 11; *Raiser*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994), 495; *Raiser*, Der Begriff der juristischen Person – Eine Neubesinnung, AcP 199 (1999), 104; *C. Schäfer*, Vom Einstimmigkeitsprinzip zum treupflichtgetragenen Mehrheitsentscheid im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2013, 237; *C. Schäfer*, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrechts nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149; *Schäfer*, Innengesellschaft – die Zündapp unter den Gesellschaften, in Bachmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag, 2020, S. 981; *Schall*, Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZIP 2020, 1443; *Schall*, Erzwingt das MoPeG die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung?, NZG 2021, 494; *Schall*, Zur Rechtsnatur der rechtsfähigen Personengesellschaft nach dem MoPeG – Abschied vom „guten alten Recht“, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 575; *K. Schmidt*, Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, ZHR 146 (1982), 525; *K. Schmidt*, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186 (1986), 421; *K. Schmidt*, Die fehlerhafte Anteilsübertragung, BB 1988, 1053; *K. Schmidt*, Grenzen des Minderjährigenschutzes im Handels- und Gesellschaftsrecht, JuS 1990, 517; *K. Schmidt*, Unterbrechung und Fortsetzung von Prozessen im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Fragen und Thesen zu §§ 240 ZPO, 10 ff. KO (96 ff. InsO), KTS 1994, 309; *K. Schmidt*, Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“, AcP 209 (2009), 181; *K. Schmidt*, Ein neues Zuhause für das Recht der Personengesellschaften – Zum Regierungsentwurf eines MoPeG, ZHR 185 (2021), 16; *K. Schmidt*, Beschlussmängel und Beschlussmängelstreitigkeiten nach der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZHR 187 (2023), 107; *U. H. Schneider*, Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978, 1; *U. H. Schneider*, Mehrheitsprinzip und Mitwirkungspflicht bei Gesellschafterbeschlüssen, AG 1979, 57; *Schiirbrand*, Publikumpersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256; *Seibert*, Sinkt die Zahl der Publikumpersonengesellschaften, warum und was bedeutet das?, in Gehele et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Heidel, 2021, S. 171; *Steinbeck*, Zur „Einheitlichkeit“ der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, DB 1995, 761; *Steinbeck*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter einer Personengesellschaft, DStR 2001, 1162; *Tröger/Happ*, Beschlussmängelrecht nach dem MoPeG: Bestandsaufnahme, Kritik und Fortentwicklung, ZIP 2021, 2059; *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985, 1986; *Ulmer*, Zur Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots für den Nießbrauch am OHG (KG)-Anteil, in Goerdeler et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, 1988, S. 383; *Ulmer*, Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG, ZHR 161 (1997), 102; *Ulmer*, Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), 113; *Ulmer*, Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft – ein überholtes Dogma?, ZHR 167 (2003), 103; *Weber-Grellet*, Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), 316; *Weimar*, Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?, ZIP 1997, 1769; *Weller/Schwemmer*, Das MoPeG: Eine Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht?, BB 2021, Heft 29–30, 1; *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324; *Wertenbruch*, Abschied von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, DB 2014, 2875; *Wertenbruch*, Das Stimmrecht von Treugebern, stillen Gesellschaftern und Unterbeteiligten in der Personengesellschaft, NZG 2017, 81; *Wertenbruch*, Schloss Maurach zur Reform des Personengesellschaftsrechts, GmbHR 2020, R196; *Wertenbruch*, Der BMJV-Referentenentwurf eines MoPeG, GmbHR 2021, 1; *Wertenbruch*, Das MoPeG – die Reform des Rechts der Personengesellschaften, JZ 2023, 78; *H. P. Westermann*, Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, in Fischer et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, 1976, S. 225; *H. P. Westermann*, Zum Stand der »Modernisierung« des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, 321; *Wiedemann*, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, WM 1990, Sonderbeil. Nr. 8; *Wiedemann*, Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM 1992, Sonderbeil. Nr. 7; *Wiedemann*, Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation?, ZGR 1996, 286; *Wilhelm*, Paradigmenwechsel

im Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft – Der Mauracher Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 1041; *Zöllner*, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften², in Lange et al. (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 563.

A. Allgemeines und Normzweck	1	ff) OHG als ihr eigener Gesellschafter?	58
I. Gesetzesgeschichte	1	c) Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter?	59
1. Rückblick bis zur MoPeG-Reform	1	d) Rechte am Gesellschaftsanteil (Treuhand, Unterbeteiligung, Nießbrauch, (Ver-)Pfändung) – Testamentsvollstreckung	60
2. MoPeG-Reform 2021	2	aa) Treuhand	60
a) Vorgeschichte der Reformdiskussion	2	bb) Unterbeteiligung	81
b) Ziele der Neuregelung	3	cc) Nießbrauch	89
c) Wesentlicher Inhalt der Neuregelung bezogen auf die OHG	4	dd) Pfändung, Verpfändung	98
d) Verfahren im Bundestag und Bekanntmachung des Gesetzes	6	ee) Testamentsvollstreckung	102
e) Inkrafttreten	7	2. Gesellschaftsvertrag	103
II. Bedeutung der Bestimmung	8	a) Grundlegendes	103
1. Bedeutung der OHG-Normen über die OHG hinaus	8	aa) Vertragsschluss gem. § 705 BGB notwendiges Erfordernis der OHG	103
2. Wirtschaftliche Bedeutung der OHG	12	bb) Gemeinsamer Zweck	105
III. Begriffsbestimmung	13	cc) Beitrags- und Zweckförderungspflicht der Gesellschafter – Mehrbelastungsverbot	108
IV. Rechtsnatur	14	dd) Vertragsschluss kein Handelsgeschäft	124
V. Entstehung der OHG	24	ee) Einigung über die Rechtsform?	125
1. Neugründung	24	b) Vertragspartner – Gesellschafter	126
a) Abschluss des auf Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteten Gesellschaftsvertrages	24	c) Abschluss des Vertrages und seine Änderung	129
b) Fortführung eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens	28	aa) Grundsätzliche Anwendung des BGB-Vertragsrechts	129
c) Entstehung durch Eintragung im Handelsregister bei Betrieb eines anderen Gewerbes als Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 oder bei Verwältung eigenen Vermögens	30	bb) c.i.c. – Prospekthaftung – Haftung wegen Schädigung von Anlegern zumal bei Publikumsgesellschaften	130
2. Umwandlung	31	cc) Rückwirkender Vertragsschluss?	137
a) Umwandlung kraft Rechtsgeschäfts nach dem Umwandlungsgesetz	32	dd) Unvollständiger Vertragsschluss und Dissens	138
b) Umwandlung kraft Gesetzes	38	ee) Vertretung	141
3. Verunglückte Gründung einer Kapitalgesellschaft	39	ff) Konkludenter Vertragsschluss	142
4. Sitzverlegung in das Inland?	40	gg) Mindestinhalt	143
5. Fortführung eines Handelsgeschäfts durch Erbengemeinschaft	41	hh) Formfragen	145
B. Inhalt	42	ii) Gerichtliche Genehmigung des Vertragsschlusses und Zustimmung des Ehegatten	151
I. Auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaft (Abs. 1)	42	jj) Eintritt in vorhandene Gesellschaft	152
1. Gesellschafter	42	kk) Vorverträge	154
a) Grundsätze	42	ll) Vertragsänderungen	155
aa) Grundsätzlich keine Einpersonen-OHG – Grundsatz: Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils	42	d) Inhalt des Gesellschaftsvertrages	163
bb) Schwester-Personengesellschaften	45	aa) Grundsätze	163
cc) Höchstzahl	46	bb) Festlegung des Gesellschaftszwecks	164
b) Gesellschafterfähigkeit	47	cc) Festlegung der Zweckförderungspflicht/Beitragspflicht – insbes. Einlagepflichten	165
aa) Natürliche Personen – Sonderfragen insbes. bei Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit	47	dd) Sonstige zweckmäßige Regelungen	168
bb) Juristische Personen	53	e) Rechtsnatur des OHG-Vertrages und Anwendung von BGB-AT und des allgemeinen Schuldrechts	170
cc) Personengesellschaften	54		
dd) Erbengemeinschaften	56		
ee) Eheliche Gütergemeinschaften	57		

aa)	Schuldvertrag und Organisationsvertrag	171	h)	Von Gesellschafterklage unberührt: Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und Sonderprüfung	274
bb)	Anwendung BGB AT	172	aa)	Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen	274
cc)	Anwendung BGB Schuldrecht	173	bb)	Zulässigkeit der Sonderprüfung?	277
f)	Vertragsfreiheit und ihre Grenzen; Inhaltskontrolle und Auslegung des Gesellschaftsvertrages	180	5.	Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma	278
aa)	Vertragsfreiheit versus Inhaltskontrolle	180	a)	Betrieb eines Handelsgewerbes	278
bb)	Auslegung	186	aa)	Handelsgewerbe	278
g)	Mangelhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages und ihre Folgen. Fehlerhafte Gesellschaft	193	bb)	Betrieb des Gewerbes	280
aa)	Mängel	193	b)	Die gemeinschaftliche Firma	281
bb)	Teilnichtigkeit	194	6.	Keine Beschränkung der Gesellschafterhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	283
cc)	Die fehlerhafte Gesellschaft	199	II. Die OHG als Trägerin von Rechten und Pflichten (Abs. 2)	284	
3.	Gesellschafterwechsel	218	1.	Allgemeines – Regelungszweck, Rechtsnatur, Regelungshistorie und Anwendungsbereich	284
a)	Eintritt	218	2.	Gesellschaftsvermögen	289
b)	Austritt	221	3.	Die OHG im Rechtsverkehr	296
c)	Übertragung des Anteils	223	a)	Privatrecht	296
aa)	Abgrenzung der Anteilsübertragung vom kombinierten Ein- und Austritt	223	aa)	Grundsätzlich keine Einpersonen-OHG – Grundsatz: Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils	296
bb)	Anteilsübertragung	224	bb)	Gesetzliche Schuldverhältnisse	298
d)	Sonstige Verfügungen über den Geschäftsanteil	232	cc)	Dingliche Rechte	299
4.	Innenverhältnis der OHG – Rechte und Pflichten der Gesellschafter	233	dd)	Besitz	300
a)	Die Mitgliedschaft	233	ee)	Erbrecht	301
aa)	Verwaltungsrechte	236	ff)	Beteiligungen/Mitgliedschaften	302
bb)	Vermögensrechte	238	gg)	Ämter und Funktionen	303
b)	Beitragspflichten	240	b)	Steuerrecht	304
aa)	Die Beitragspflicht (§ 709 Abs. 1 BGB iVm § 105 Abs. 3 HGB)	241	c)	Verfassungsrecht und sonstiges öffentliches Recht	305
bb)	Beiträge durch Übereignung und Gebrauchsüberlassung (§ 706 Abs. 2 BGB aF iVm § 105 Abs. 3 HGB)	245	d)	Strafrecht	306
cc)	Erbringung von Dienstleistungen	252	4.	Zivilprozessuale Fragen	307
c)	Rechtsstellung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft	253	a)	Gesellschafts- und Gesellschafterprozess	307
aa)	Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (Sozialansprüche)	253	b)	Parteifähigkeit und Frage der richtigen Prozesspartei	308
bb)	Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft (Sozialverbindlichkeiten)	255	c)	Prozessfähigkeit	312
cc)	Drittgeschäfte	257	d)	Gerichtsstand	313
d)	Rechte und Pflichten gegenüber Mitgesellschaftern	260	e)	Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts	314
e)	Die Treuepflicht	261	f)	Zustellungen	315
aa)	Grundsätze	261	g)	Auflösung und Vollbeendigung der Gesellschaft	316
bb)	Anwendungsbeispiele	266	h)	Prozesskostenhilfe	318
cc)	Sonderproblem: Zustimmungspflicht insbes. zur Vertragsänderung?	267	i)	Kostenentscheidung und Kostenfestsetzung	319
dd)	Rechtsfolgen von Treuepflichtverstößen	270	j)	Materielle Rechtskraft	320
f)	Gleichbehandlungspflicht	272	5.	Zwangsvollstreckung und Insolvenz	321
g)	Actio pro socio – Gesellschafterklage nach § 105 Abs. 3 HGB iVm § 715b BGB	273	a)	Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft	321
			b)	Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter	323
			c)	Insolvenz der Gesellschaft	324

III. Der Verweis auf das Recht der GbR

(Abs. 3) 325

1. Allgemeines 325

2. § 716 Abs. 1 und 4 BGB nF – Ersatz von Aufwendungen und Verlusten, Verzinsungspflicht (vgl. § 110 Abs. 1 und 2 HGB aF) 328

a) Ersatz von Aufwendungen und Verlusten (Abs. 1) 328

aa) Regelungszweck und -inhalt nach der Erläuterung des MoPeG-Gesetzgebers 329

bb) Inhalt des Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen und Verlusten 333

b) Verzinsungspflicht von Gesellschafter und GbR in Hinblick auf ihre Pflichten (Abs. 4) 354a

aa) Regelungszweck und -inhalt nach der Erläuterung des MoPeG-Gesetzgebers 354b

bb) Anwendungsbereich und Regelungsinhalt der Verzinsungspflicht 354c

3. § 717 Abs. 1 BGB nF – Informationsrechte (vgl. § 118 HGB aF) 355

a) Regelungsinhalt von Abs. 1 nach der Erläuterung des MoPeG-Gesetzgebers 356

b) Recht auf Einsicht in Unterlagen inkl. Fertigung von Auszügen (Abs. 1 S. 1) 359

aa) Berechtigung jedes Gesellschafters 359

bb) Zur Berechtigung des ausgeschiedenen Gesellschafters 360

cc) Insb. GbR Schuldnerin des Anspruchs 363

dd) Einsicht in „Unterlagen der Gesellschaft“ über all ihre Angelegenheiten 364

ee) „Einsicht“ in Unterlagen und „Anfertigung von Auszügen“ 369

ff) Zu Übertragbarkeit des Rechts und Berechtigung der Unterstützung durch Dritte 370

gg) Kein besonderes Einsichtsinteresse nötig – Grenze Missbräulichkeit 371

c) Recht auf Auskunft (Abs. 1 S. 2) 373

d) Unwirksamkeit von Beschränkungen des individuellen Informationsrechts (Abs. 1 S. 3) 376

e) Durchsetzung des Informationsanspruchs 380

4. § 709 Abs. 3 BGB nF – Stimmkraft; Anteil an Gewinn und Verlust (vgl. § 121 HGB aF) 388

a) Regelungszweck und -inhalt des Abs. 3 nach der Erläuterung des MoPeG-Gesetzgebers 390

b) Maßgebliche Festlegung der Beteiligungsverhältnisse 391

aa) Allgemeines 391

bb) Bestimmung durch die vereinbarten Beteiligungsverhältnisse (Abs. 3 S. 1) 392

cc) Hilfsweise Bestimmung nach den vereinbarten Werten der Beiträge (Abs. 3 S. 2) 398

dd) Höchst hilfsweise gleiche Anteile nach Köpfen (Abs. 3 S. 3) 399

A. Allgemeines und Normzweck

I. Gesetzesgeschichte

1. Rückblick bis zur MoPeG-Reform

Die OHG ist die traditionelle **Grundform der Zusammenarbeit von Kaufleuten**. Diese wirken gleichermaßen persönlich mit; sie stellen sich mit ihrem gesamten Vermögen hinter das Unternehmen.¹ Der Entwurf zum ADHGB von 1848/49 definierte die im Wesentlichen bis heute gültigen Tatbestandsvoraussetzungen einer OHG: „Eine Kollektiv-Gesellschaft ist vorhanden, wenn die Gesellschafter sich vereinigt haben, unter einer gemeinschaftlichen Firma Handel zu treiben.“² Die OHG war schon im ADHGB geregelt.³ § 105 entspricht im Wesentlichen dem HGB von 1897. Das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 führte Abs. 2 aF ein (BGBl. 1998 I 1474); dessen Regelungsgehalt steht seit dem **MoPeG** inhaltlich verändert im § 107 Abs. 1.

2. MoPeG-Reform 2021

a) **Vorgeschichte der Reformdiskussion.** Immer wieder gab es **Reformüberlegungen** für das Personengesellschaftsrecht. Die fanden 2021 ihren Abschluss im überwiegend erst zum 1.1.2024 in Kraft tretenden MoPeG – dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (BGBl. 2021 I 3434). Das Gesetz hatte eine ca. fünfjährige Vorgeschichte:⁴ Der **71. DJT 2016** stand in der wirtschaftsrechtli-

1 Hopt/Roth Vor § 105 Rn. 15.

2 Zitiert nach Baums (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland, 1848/49 (1982), S. 102.

3 Vgl. K. Schmidt GesR § 46 I 2; vgl. zur Entwicklung der OHG Wiedemann GesR II § 8 I 3.

4 Vgl. dazu zB HK-GbR/Noack Einf. Rn. 4 ff.; HK-GbR/Heidel BGB § 705 Rn. 7 ff.; Heidel/Hirte Das neue Pers-GesR/Hirte § 1 Rn. 12 ff.

chen Abteilung unter der Fragestellung, „Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?“⁵ Dabei war man sich allerdings nur einig über den Bedarf der Reform; deren „Wie“ war sehr streitig. Das Thema adressierte auch der **Koalitionsvertrag der sog. großen Koalition** im Frühjahr 2018 – allerdings inhaltsleer: Die GroKo sagte zu („Wir werden“), „das Recht der Personengesellschaften zu reformieren und an die Anforderungen eines modernen vielfältigen Wirtschaftslebens“ anzupassen; das „Wie“ deutete die Koalition aber nicht einmal an, sondern sie nahm sich vor, eine Expertenkommission einzusetzen, die „Vorschläge für eine grundlegende Reform erarbeitet.“⁶ Reformen bei der Personengesellschaft waren auch ein Teilaspekt der Frage der Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht, die auf der Tagesordnung des **72. Deutschen Juristentags** 2018 stand; der empfahl dem Gesetzgeber, aufbauend auf dem Gutachten von Koch, das aktienrechtliche Modell der Unterscheidung in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen zu übernehmen. Das Bundesjustizministerium setzte 2018 die von der großen Koalition angekündigte Kommission ein, ihre Mitglieder⁷ mussten sich zu Stillschweigen verpflichten und legten im April 2020 einen Abschlussbericht sowie einen Entwurf vor, den sog. **Mauracher Entwurf** für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts.⁸ Auf dessen Basis publizierte im November 2020 das Bundesjustizministerium den **Referentenentwurf**.⁹ Der bereitete die Änderung von 134 Gesetzen (statt 39 nach dem Mauracher Entwurf) vor. Er lag inhaltlich auf der Linie des Mauracher Entwurfs, entwickelte ihn aber auch mit einigen zT wesentlichen Unterschieden fort. Insbesondere beseitigte er im Beschluss(mängel)recht die auf die Personenhandels-gesellschaften ausstrahlende Mauracher Regelungsidee für den § 714 BGB, dass eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Mehrheitsklausel im Zweifel auch Vertragsänderungen erfasst; insbes. strich er aus dem Anwendungsbereich der Beschlussmängelkontrolle durch Beschlussanfechtung die GbR und sah das Modell nur noch für die Personenhandelsgesellschaften gem. §§ 110 ff. vor (mit einer erstmaligen Normierung der positiven Beschlussfeststellungsklage im § 115). Rasch danach kam (getrieben vom baldigen Ende der Legislaturperiode) im Januar 2021 der **Regierungsentwurf**,¹⁰ welcher der Sache nach dem Referentenentwurf entsprach.

3 **b) Ziele der Neuregelung.** Die Neuregelung verfolgt erklärtermaßen die folgenden fünf Ziele, die „auf eine grundlegende, gleichwohl systemkonforme Überarbeitung des geltenden Rechts der Personengesellschaften hinauslaufen“; wobei im Mittelpunkt der Betrachtung die GbR „als Grundform aller Personengesellschaften“ stehe:¹¹

- (1) Konsolidierung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹²
- (2) Modernisierung des Rechts der Personengesellschaften.¹³
- (3) Behebung des Publizitätsdefizits der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹⁴
- (4) Flexibilisierung der Haftungsverhältnisse von **Angehörigen Freier Berufe** durch Ermöglichung des Zugangs zu den Rechtsformen einer Personenhandelsgesellschaft, da die PartG nur eine un-

5 Gutachten von Schäfer, vgl. auch NJW-Beilage 2016, 45, Beschlüsse abrufbar auf der Homepage des Deutschen Juristentages, www.djt.de.

6 Koalitionsvertrag abrufbar auf der Homepage des Deutschen Bundestags, <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf>.

7 Alfred Bergmann, Barbara Grunewald, Marc Hermanns, Thomas Liebscher, Gabriele Roßkopf, Carsten Schäfer, Frauke Wedemann, Johannes Wertenbruch.

8 Abrufbar auf der Homepage des Bundesjustizministeriums, http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_MoPeG.pdf, dort ist auch der Abschlussbericht über die Kommissionsarbeit abrufbar, https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Abschlussbericht_Maurach.pdf?__blob=publicationFile&v.=2. Schon zum Entwurf gab es gewissermaßen eine Flut von Veröffentlichungen, vgl. insbes. ZGR-Sonderheft 23, 2021, mit Beiträgen von Fleischer, Schollmeyer, Herrler, Uwer, Drescher, Armbruster, Lieder sowie Bochmann; Kommissionsmitglieder schrieben Aufsätze zum Regelungsvorschlag, zB Bergmann DB 2020, 994; Noack NZG 2020, 581; Schäfer ZIP 2020, 1149. Auch Dritte publizierten, zB Altmeppen NZG 2020, 822; Bachmann NZG 2020, 612; Fleischer DB 2020, 1107; Habersack ZGR 2020, 537; Heckschen NZG 2020, 761; Heckschen/Nolting BB 2021, 2946; Hippeli DZWIR 2020, 386; Kruse DStR 2021, 2412; Lange/Kretschmann ZEV 2021, 545; Otte-Gräbener BB 2020, 1295; Schall ZIP 2020, 1443; Scholz NZG 2020, 1044; Westermann DZWIR 2020, 321.

9 Abrufbar auf der Homepage des BMV, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Personengesellschaftsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v.=1; vgl. dazu aus Sicht eines Mitarbeiters des Ministeriums Noack DB 2020, 2618, aus der Sicht eines Mitglieds der Mauracher Kommission Schäfer Neues PersGesR/Schäfer § 1 Rn. 18 ff.

10 RegE BT-Drs. 19/27635.

11 RegE BT-Drs. 19/27635, 100.

12 RegE BT-Drs. 19/27635, 100 f.

13 RegE BT-Drs. 19/27635, 101.

14 RegE BT-Drs. 19/27635, 101 f.

II. Sonstige Sanktionen

- 9 Ein Verstoß gegen die Pflichten des § 125 führt **nicht zur Nichtigkeit** des zwischen der Gesellschaft und dem Adressaten des Geschäftsbriefes geschlossenen Geschäftes,²³ es handelt sich mithin um keine Formvorschrift.²⁴ Fehlen die vorgeschriebenen Angaben und irrt der Empfänger des Geschäftsbriefes deshalb über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Gesellschaft, führt dies aber uU gem. § 119 Abs. 2 BGB zur **Anfechtbarkeit** der seitens des Empfängers abgegebenen Willenserklärung.²⁵ Ein Anspruch auf den Ersatz erlittener Vermögensschäden kann sich aus **culpa in contrahendo** (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) ergeben.²⁶ § 125 ist Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB, so dass daneben **deliktische Ansprüche** bestehen können.²⁷ Wird in den Angaben auf dem Geschäftsbrief entgegen Abs. 1 S. 2 nicht offengelegt, dass kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, kommt nach verbreiteter Auffassung eine **Rechtsscheinhafung** der Vertreter entsprechend § 179 BGB auf Erfüllung oder Schadensersatz in Betracht.²⁸ Die Haftung nach § 179 Abs. 1 BGB setzt aber voraus, dass der vermeintliche Prinzipal mangels Vertretungsmacht nicht wirksam verpflichtet wurde und damit kein Erfüllungsanspruch gegen ihn besteht. Auch bei einem Verstoß gegen Abs. 1 S. 2 wird aber die Gesellschaft wirksam verpflichtet, so dass eine solche Pflichtverletzung keine Erfüllungshaftung analog § 179 Abs. 1 BGB begründen kann. In Betracht kommt aber auch in diesem Fall ein Anspruch gegen den Vertreter aus culpa in contrahendo.²⁹

§ 125a [nicht mehr belegt]

§ 126 Persönliche Haftung der Gesellschafter

¹Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. ²Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Schrifttum: *Altmeyen*, Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte, NJW 1996, 1017; *Altmeyen*, Deliktshaftung in der Personengesellschaft, NJW 2003, 1553; *Altmeyen*, Die akzessorische Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für einen „Drittanspruch“ ihres Mitgesellschafters, NJW 2009, 2241; *Beuthien*, Die Haftung von Personengesellschaftlern, DB 1975, 725, 773; *Buchner*, Gesellschaftsschuld und Gesellschafterschuld bei der OHG, JZ 1968, 622; *Büscher/Klußmann*, Fort haftung und Regress ausgeschiedener Personengesellschafter, ZIP 1992, 11; *Canaris*, Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZGR 2004, 69; *Deckenbrock/Meyer*, Die Haftung des Scheinsoziums, ZIP 2014, 701; *Drygala*, Gesellschafterregress im Personengesellschaftskonzern, in FS Raiser, 2005, S. 63; *Eidenmüller*, Gesellschafterstellung und Insolvenzplan, ZGR 2001, 681; *Emmerich*, Erfüllungstheorie oder Haftungstheorie, in FS Lukes, 1989, S. 639; *Faust*, Der Regress gegen Mitgesellschaftler bei Personenhandelsgesellschaften, in FS K. Schmidt, 2009, S. 357; *Flume*, Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters in der OHG, in FS Knur, 1972, S. 125; *Flume*, Der Inhalt der Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters nach § 128 HGB, in FS Reinhardt, 1972, S. 223; *Flume*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deliktisches Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter, DB 2003, 1775; *Graf Wolfskeel v. Reichenberg*, Forderungen eines Personengesellschafters gegen seine Gesellschaft bzw. Mitgesellschaftler, NZG 2017, 45; *Gramlich/Müssig*, Ansprüche der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft auf Ersatz von Aufwendungen und Verlusten gem. § 110 HGB, NZG 2019, 1333; *Grunewald*, Haftungsbeschränkungs- und Kündigungsmöglichkeiten für volljährig gewordene Personengesellschafter, ZIP 1999, 597; *Haas/Oberhammer*, „Drittwirkung“ von Schiedsvereinbarungen einer Personenhandelsgesellschaft gegenüber ihren persönlich haftenden Gesellschaftern?, in FS K. Schmidt, 2009, S. 493; *Habersack*, Der Regress bei akzessorischer Haftung, AcP 198 (1998), 152; *Hadding*, Inhalt und Verjährung der Haftung des Gesellschafters einer OHG oder KG, ZGR 1981, 577; *Hammen*, Gesetzlicher Forderungsübergang auf den leistenden Gesellschafter einer OHG gemäß § 774 Abs. 1 BGB analog, WM 2019, 945; *Koehler*, Zur Gesellschaftserhaftung gem. § 128 S. 1 HGB für eine auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtete Gesellschaftsverbindlichkeit,

23 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 125a aF Rn. 11; Hopt/Roth § 125a aF Rn. 11; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Haas § 125 Rn. 7.

24 Staub/Habersack § 125a aF Rn. 11.

25 MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 125a aF Rn. 16; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 125a aF Rn. 11; Staub/Habersack § 125a aF Rn. 11; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann/Haas § 125 Rn. 7.

26 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 125a aF Rn. 11; MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 125a aF Rn. 17; Staub/Habersack § 125a aF Rn. 11.

27 Str.; wie hier MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 125a aF Rn. 17; Staub/Habersack § 125a aF Rn. 11; Oetker/Boesche HGB § 125a aF Rn. 13; zweifelnd wohl Hopt/Roth § 125a aF Rn. 11; aA Altmeyen NJW 2012, 2833 (2836).

28 BGH NJW 1991, 2627 (2628); BGH NJW 2007, 1529 (1530 f.); BGH NZG 2022, 513 (514 f.); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 125a aF Rn. 11; Staub/Habersack § 125a aF Rn. 12; Hopt/Roth § 125a aF Rn. 11; Oetker/Boesche § 125a aF Rn. 13; nach BGH NJW 2012, 2871 soll dies nicht nur im Falle des fehlenden Rechtsformzusatzes, sondern auch dann gelten, wenn der Vertreter einer UG fehlerhaft denjenigen der GmbH verwendet und damit den (unzutreffenden) Anschein einer Mindestkapitalausstattung erweckt; aA Altmeyen NJW 2012, 2833 (2836); Haas NJW 1997, 2854 (2855); MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 125a aF Rn. 18; krit. Klein NJW 2017, 3607 (3609 ff.).

29 Freitag/Korch GmbH 2013, 1184 (1189 f.); Altmeyen NJW 2012, 2833 (2836); Klein NJW 2017, 3607 (3609 ff.).

NZG 2020, 127; *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972); *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Unterlassungspflichten der OHG und KG, BB 1971, 1434; *Kühne*, Gläubigersicherung und Gesellschafterschutz im Rahmen der §§ 128, 129 HGB, ZHR 133 (1970), 149; *Lindacher*, Grundfälle zur Haftung bei Personengesellschaften, JuS 1982, 349; *Lindacher*, Kommanditisten als Sicherungsgeber – Regress nach erfolgter Inanspruchnahme, in FS Hadding, 2004, S. 529; *Lüneborg*, Die Nachhaftung des ausgeschiedenen Personengesellschafters für Altverbindlichkeiten, ZIP 2012, 2229; *Markuorth*, Die Haftung des GbR-Scheingesellschafters, JuS 2016, 587; *Martensen*, Der Inhalt der unbeschränkten Haftung von Personenhandelsgeellschaften (1989); *Römermann*, Neues und immer noch offene Fragen zur Haftung in der gemischten Sozietät, NJW 2009, 1560; *Schäfer*, Quotenhaftung in der Publikums-GbR; NZG 2010, 241; *K. Schmidt*, Wechselverband und Gesellschafterhaftung bei Personengesellschaften des Handelsrechts, ZHR 137 (1973), 509; *K. Schmidt*, Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis, NJW 2003, 1897; *K. Schmidt*, Haftungsregress bei Personengesellschaften, JuS 2003, 228; *K. Schmidt*, Persönliche Gesellschafterhaftung in der Insolvenz, ZHR 174 (2010), 163; *Schönewolf*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer OHG und einer GbR für im Rahmen der Geschäftsführung begangene Delikte (1989); *Thomale*, Gemeinschaftliche Gesamtvermögenshaftung, ZGR 2021, 643; *Ulmer*, Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft, ZIP 2003, 1113; *Ulmer*, Zur Anlegerhaftung in geschlossenen (Alt-)Immobilienfonds, ZIP 2005, 1341; *Wiedemann*, Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM-Sonderbeil. 2 1992.

A. Normzweck	1	F. Regress	30
B. Geltungsbereich	2	I. Regress gegen die Gesellschaft	30
C. Voraussetzungen der Haftung	6	II. Regress gegen die Mitgesellschafter	32
I. Bestehen einer Gesellschaft	6	III. Freistellungsansprüche	36
II. Verbindlichkeit der Gesellschaft	7	IV. Auflösung der Gesellschaft	38
1. Grundsatz	7	G. Haftung ausgeschiedener Gesellschafter	39
2. Gesellschafter-Gläubiger	8	I. Grundsatz	39
a) Drittansprüche	8	II. Der Tatbestand des Ausscheidens	40
b) Sozialverbindlichkeiten	9	III. Alt- und Neuverbindlichkeiten	44
III. Gesellschafterstellung	11	1. Allgemeines	44
IV. Keine abweichenden Vereinbarungen	12	2. Einzelfälle	45
1. Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern (S. 2)	12	H. Verfahren	49
2. Vereinbarung mit dem Gläubiger	13	I. Parteien	49
D. Art der Haftung	14	II. Gerichtsstand, Schiedsvereinbarungen	52
I. Gesetzliche Haftung	14	III. Sachliche Zuständigkeit, Prozessart, Tenor	54
II. Unmittelbare und primäre Haftung	15	IV. Urteilswirkungen	56
III. Unbeschränkte Haftung	16	I. Zwangsvollstreckung und Insolvenz	58
IV. Akzessorische Haftung	17	I. Zwangsvollstreckung	58
V. Gesamtschuldnerische Haftung	18	II. Insolvenz	59
VI. Zeitraum und Verjährung	20	1. Fortbestand und Geltendmachung der Gesellschafterhaftung in der Insolvenz der Gesellschaft	59
E. Haftungsinhalt	22	2. Reichweite der Haftung	62
I. Grundsatz	22	3. Insolvenzplan	64
II. Einzelfragen	23	4. Doppelinsolvenz	67
1. Geldschulden	23	5. Teilnahme der Gesellschafter am Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen	68
2. Lieferung und Herausgabe von Sachen	24		
3. Vertretbare Handlungen	25		
4. Unvertretbare Handlungen	26		
5. Unterlassungs- und Duldungspflichten	27		
6. Abgabe einer Willenserklärung	29		

A. Normzweck

Die OHG ist gem. § 105 Abs. 2 selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten.¹ Sie ist damit ein von ihren Gesellschaftern zu unterscheidendes Rechtssubjekt und haftet selbst für ihre Verbindlichkeiten (ausf. → § 105 Rn. 284 ff.). Die daneben bestehende **Haftung der Gesellschafter** ergibt sich aus § 126 S. 1. Sie ist zwingende Rechtsfolge des OHG-Tatbestandes² und kann im Außenverhältnis weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch sonstige interne Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern ausgeschlossen oder beschränkt werden (zur Möglichkeit haftungsausschließender Vereinbarungen mit dem Gläubiger → Rn. 13; zu den denkbaren Vereinbarungen im Innenverhältnis → Rn. 12). Sie dient dem **Schutz der Gesellschaftsgläubiger**, die im Gegensatz zu denen einer Kapitalgesellschaft nicht durch Einlagepflichten und Vorschriften zur Kapitalsicherung geschützt sind. Zugleich ist die unbeschränkte Gesellschafterhaftung die Basis der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft.³

1 Auf Hinwirken des Rechtsausschusses wurde die Rechtsfähigkeit der OHG in § 105 Abs. 2 trotz § 105 Abs. 3 iVm § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB wiederholt klargestellt, vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/31105, 9.

2 MüKoHGB/Fleischer § 105 aF Rn. 63; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 128 aF Rn. 1.

3 BGHZ 23, 302 (305); BGHZ 154, 370 (373); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann § 128 aF Rn. 1; Oetker/Boesche § 128 aF Rn. 2; sinngemäß Staub/Habersack § 128 aF Rn. 1.

B. Geltungsbereich

- 2 Unmittelbar gilt § 126 für alle Gesellschafter einer **OHG**. Auch die Komplementäre einer **KG** haften über die Verweisung des § 161 Abs. 2 nach § 126 S. 1 unbeschränkt, die Kommanditisten dagegen nur, falls die Gesellschaft (und damit entsprechend sie) nicht als solche in das Handelsregister eingetragen sind und dem Gläubiger die Kommanditistenstellung auch nicht positiv bekannt war (vgl. § 176 → Rn. 1 ff.). Andernfalls ist ihre Haftung auf die im Handelsregister eingetragene Haftsumme beschränkt (§§ 171, 172). Gemäß § 278 Abs. 2 AktG, § 161 Abs. 2 gilt § 126 auch für den persönlich haftenden Gesellschafter einer **KGaA**.
- 3 Für die Partner einer **Partnerschaftsgesellschaft** enthält § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG eine § 126 S. 1 entsprechende Regelung. Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Berufsausübung bestehen hier nach der Haftungskonzentration des § 8 Abs. 2 aber – neben den Ansprüchen gegen die Partnerschaft selbst – nur gegen die jeweiligen, mit der Bearbeitung des Auftrages befassten Partner. Ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Haftung der Partner durch den Partnerschaftsvertrag oder eine sonstige Vereinbarung zwischen den Partnern ist in entsprechender Anwendung des § 721 S. 2 BGB den Gläubigern gegenüber unwirksam.⁴ Die Haftung der Partnerschaft – und damit auch die akzessorische Haftung der Partner – kann aber gem. § 8 Abs. 3 PartGG für Schäden infolge der fehlerhaften Ausübung einzelner Berufe auf einen Höchstbetrag beschränkt werden, wenn zugleich die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung besteht.⁵ Seit 2013 besteht zudem die Möglichkeit, durch die Rechtsformvariante der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung gem. § 8 Abs. 4 PartGG die Haftung wegen fehlerhafter Berufsausübung auf diejenige der Partnergesellschaft zu begrenzen.⁶
- 4 Die Haftung der Mitglieder einer **Europäischen Wirtschaftlichen Interessensvereinigung (EWIV)** regelt Art. 24 der Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. 7. 1985 (EWIV-VO). Danach haften die Mitglieder unbeschränkt und gesamtschuldnerisch (Art. 24 Abs. 1 S. 1 EWIV-VO) für die Verbindlichkeiten der Vereinigung. Im Unterschied zu der Gesellschafterhaftung in der OHG ist ihre Haftung aber subsidiär (Art. 24 Abs. 2 EWIV-VO). Hinsichtlich der Haftungsfolgen verweist Art. 24 Abs. 1 S. 2 EWIV-VO auf das einzelstaatliche Recht, so dass im Übrigen wegen § 1 Hs. 2 EWIVAG die §§ 126–128 entsprechend gelten.⁷
- 5 Auf die Gesellschafter einer **GbR** fand § 128 aF nach früher vorherrschender Ansicht keine entsprechende Anwendung. Die persönliche Haftung der Gesellschaft sollte sich vielmehr aus der Annahme einer sog. Doppelverpflichtung ergeben; der vertretungsberechtigte Gesellschafter verpflichtete bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes nicht nur die Gesellschaft, sondern gleichzeitig auch sämtliche Gesellschafter.⁸ Gegen diese Auffassung hatte sich in der Folge zweier Grundsatzentscheidungen des BGH aus den Jahren 1999⁹ und 2001¹⁰ die Akzessorietätstheorie durchgesetzt: Die Gesellschafter einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts hafteten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechend § 128 aF wie die Gesellschafter einer OHG akzessorisch und unbeschränkt.¹¹ Eine Ausnahme von der unbeschränkten persönlichen Haftung der GbR-Gesellschafter erlaubte die Rechtsprechung nur hinsichtlich Bauherrengemeinschaften und Fondsgesellschaften in der Rechtsform einer GbR.¹² Mit dem **MoPeG**¹³ wurde diese Rechtsprechungsentwicklung zur unbeschränkten Gesellschafterhaftung analog §§ 128–130 aF aufgegriffen und mit der Implementierung der §§ 721, 721a, 721b BGB nF in Gesetzesform gegossen. Das Haftungsregime der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde damit vollständig an dasjenige der OHG angeglichen, ohne jedoch eine Abkehr der seitens der Rechtsprechung und des Schrifttums entwickelten Ausnahmen für Bauherrengemeinschaften und Fondsgesellschaften zu intendieren.¹⁴ Trotz der Tatsache, dass die §§ 721 ff. BGB nF als insoweit „nicht abschließende Regelung“¹⁵ konzipiert wurden,

4 MüKoBGB/Schäfer PartGG § 8 Rn. 9. Eines Rückgriffs auf § 126 S. 2 bedarf es daher nicht mehr, vgl. noch MüKoBGB/Schäfer, 8. Auflage 2020, PartGG § 8 Rn. 8.

5 Näher dazu MüKoBGB/Schäfer PartGG § 8 Rn. 36 ff.; Meilicke/v. Westphalen PartGG § 8 Rn. 82 ff.

6 Näher dazu MüKoBGB/Schäfer PartGG § 8 Rn. 44 ff.; zur Wortlautanpassung des § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG zum 1.1.2024 vgl. Regierungsbegründung BT-Drs. 19/27635, 278.

7 Anders als etwa bei der Partnerschaftsgesellschaft (§ 8 Abs. 1 S. 2 PartGG nF) kommen daher hier nicht die für die rechtsfähige GbR geltenden §§ 721a und 721b BGB nF zur entsprechenden Anwendung.

8 Vgl. dazu nur BGHZ 74, 240 (242 f.); BGHZ 136, 254 (258 f.); MüKoBGB/Ulmer, 3. Aufl. 1997, § 714 aF Rn. 26 ff.; Staub/Habersack, 4. Aufl. 1997, § 128 aF Rn. 6.

9 BGHZ 142, 315.

10 BGHZ 146, 341.

11 Vgl. nur MüKoBGB/Schäfer § 714 aF Rn. 4 ff., 31 ff.; MüKoHGB/K. Schmidt/Drescher § 128 aF Rn. 4; Staub/Habersack § 128 aF Rn. 6 jew. mwN.

12 BGHZ 150, 1 (4 ff.); näher dazu MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 61 mwN.

13 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.8.2021 (BGBl. I 3436).

14 Regierungsbegründung BT-Drs. 19/27635, 165.

15 Regierungsbegründung BT-Drs. 19/27635, 165.

Komplementär-Kapitalgesellschaft ist, sind bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die eigentlichen Gesellschafter nur noch die an der Kommanditgesellschaft beteiligten Kommanditisten.³²

- 7 In der Einheits-GmbH & Co KG ist die KG in der Gesellschafterversammlung die einzige Gesellschafterin der GmbH.³³ Nach früherer Rechtslage war umstritten, durch wen die KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH vertreten wird.³⁴ Der gesetzlichen Regel nach wurde die KG durch ihre Komplementär-GmbH vertreten und diese wiederum durch ihren Geschäftsführer.³⁵ Dies führte in Fällen, in denen es um die Überwachung, die Entlastung, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern oder um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer geht, zu dem unerwünschten Ergebnis, dass die Geschäftsführer Richter in eigener Sache werden.³⁶ Die strikte Trennung zwischen der KG und der GmbH als zwei verschiedene Gesellschaften führte zu einer nicht beabsichtigten und nicht erwünschten Kompetenzverteilung.³⁷ Um dem zu begegnen, konnte im Gesellschaftsvertrag der GmbH vereinbart werden, dass die Gesellschafterversammlung aus den Kommanditisten besteht,³⁸ oder es konnte die Geschäftsführungsbefugnis im Hinblick auf die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH auf die Kommanditisten übertragen werden.³⁹
- 8 Die Neuregelung des § 170 Abs. 2 statuiert die sog. **organschaftliche Lösung**, nach der die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH von den Kommanditisten und nicht von der Kommanditgesellschaft wahrgenommen werden.⁴⁰ Diese Regelung ist dispositiv. Da es sich der Sache nach um eine innere Angelegenheit der KG handelt, verbleibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, für die Einheits-GmbH & Co. KG eine hiervon abweichende Regelung zu vereinbaren.⁴¹ So kann die Wahrnehmung der Rechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH in die Zuständigkeit der KG gelegt werden und gleichzeitig können die Kommanditisten durch die KG bevollmächtigt werden, in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH die Rechte der KG bezüglich einzelner Beschlussgegenstände wahrzunehmen (**rechtsgeschäftliche Vollmachtslösung**).⁴² Diese Lösung ermöglicht es, gezielt auf etwaige Interessenkonflikte zu reagieren.⁴³

§ 171 [Haftung des Kommanditisten]

- (1) Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die vereinbarte Einlage geleistet ist.
- (2) Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Absatz 1 zustehende Recht durch den Insolvenzverwalter oder den Sachwalter ausgeübt.

Schrifttum: *Altmeyen*, Außen- und Innenhaftung des Kommanditisten, NJW 2017, 3198; *Bartlitz*, Die Haftung des Kommanditisten auf der Grundlage kapitalgesellschaftsrechtlicher Prinzipien, 2016; *Davies*, Principles of Modern Company Law, 6. Aufl. 1998; *Ekkenga*, zur Aktivierungs- und Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht, ZHR 161 (1997), 599; *Fleischer/Hahn*, Zur unbeschränkten Haftung des herrschenden Kommanditisten, NZG 2018, 1281; *Furrer*, Die Haftung des Kommanditisten im Vergleich zur Haftung des Komplementärs, 1902; *Gramlich*, Die Einlageforderung der Kommanditgesellschaft gegen einen Kommanditisten als Kreditsicherungsmittel, NJW 1957, 1447; *Günter*, Aufbringung und Erhaltung des Haftkapitals in KG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung der GmbH & Co KG, 1975; *Gursky*, Risikokumulation für den Kommanditisten mit Sacheinlagepflicht, DB 1978, 1261; *Häsemeyer*, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149 (1985), 42; *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Bd., Materialien zum Handelsgesetzbuch, 1897; *Hansmann/Kraakman/Squire*, Law and the Rise of the Firm, ECGI – Law Working Paper No. 57/2006 = Yale Law & Economics Research Paper No. 326, abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873507; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970; *Kindler*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1146; *Kindler*, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten – Zur Treugeberhaftung in der Insolvenz der

32 BT-Drs. 19/27635, 255.

33 MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 102.

34 Vgl. hierzu BeckOGK HGB/Notz/Zinger § 161 Rn. 183 ff.

35 BT-Drs. 19/27635, 256; MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 102.

36 BT-Drs. 19/27635, 256; MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 102; BeckOGK HGB/Notz/Zinger § 161 Rn. 183.

37 BT-Drs. 19/27635, 256; MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 102.

38 MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 103.

39 BFH 13.7.2017 – IV R 42/14.

40 BT-Drs. 19/27635, 256.

41 BT-Drs. 19/27635, 256.

42 BT-Drs. 19/27635, 256.

43 BT-Drs. 19/27635, 256.

Publikums-GmbH & Co. KG, in Bitter et al. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 871; *Kirsch*, Einlageleistung und Einlagenrückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, 1995; *Knobbe-Keuk*, Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft, ZHR 135 (1971), 410; *Koller*, Sicherung des Eigenkapitals bei der gesetzestypischen KG, in Kübler et al. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, S. 357; *Kubis*, Der Regress des Personenhandelsgesellschafters, 1988; *Lebhen*, Der Grundsatz der komplementärähnlichen Kommanditistenhaftung, 2013; *Leven*, Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs, 1966; *Leyendecker*, Geschäftsführungsmacht, Inhaberschaft und Haftung bei börsenunabhängigen Gesellschaften, 2008; *Lindacher*, Kommanditisten als Sicherungsgeber – Regress nach erfolgter Inanspruchnahme, in Häuser et al. (Hrsg.), Festschrift für Walthar Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, S. 529; *Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, 2000; *Müßigbrodt*, Die haftungsbefreiende Aufrechnung des Kommanditisten, 1981; *v. Olshausen*, Die Aufrechnung eines Kommanditisten mit einer nicht voll werthaltigen Gegenforderung, ZGR 2001, 175; *Pfaffinger*, Unbeschränkte Gesellschafterhaftung und Gläubigerschutz, 2016; *Potsch*, Grundfragen der Kommanditistenhaftung, 2012; *Preuß*, Regressansprüche des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft gegen die Gesellschaft, ZHR 160 (1996) 163; *C. Schäfer*, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhänderbeteiligungen an Publikumpersonengesellschaften, ZHR 2013, 619; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz – Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel, 2009; *Schlitt*, Die GmbH & Co. KG in der Insolvenz nach neuem Recht, NZG 1998, 701 (Teil I) und 755 (Teil II); *Schmelz*, Überschießende Außenhaftung des Kommanditisten – eine systematische Darstellung, DStR 2006, 1704; *K. Schmidt*, Kommanditisteneinlage – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der KG, ZGR 1976, 307; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten, 1977; *K. Schmidt*, Zur Bareinlage durch Verrechnung und Aufrechnung in der KG, ZGR 1986, 152; *K. Schmidt*, Grenzen und Risiken der Binnenhaftung von Kommanditisten, DB 1995, 1381; *Schürnbrand*, Personengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256; *Sieker*, Eigenkapital und Fremdkapital der Personengesellschaft, 1990; *Steckhan*, Gesellschaftsvermögen der Kommanditgesellschaft und Privatvermögen des Komplementärs, DNotZ 1974, 69; *Stöber*, Die Haftung der Anleger notleidender Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft, NZG 2011, 738; *Thole*, Die Wirkung der Feststellung zur Insolvenztabelle gegenüber dem nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB haftenden Kommanditisten, ZGR 2019, 301; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, 2000; *Weimar*, Haftung und Verlustbeteiligung des Kommanditisten, DStR 1997, 1730; *Werthenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000; *H. P. Westermann*, Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme von Gläubigern der KG, in Fischer et al. (Hrsg.), Wirtschaftsfragen der Gegenwart: Festschrift für Hans Carl Barz zum 65. Geburtstag, 1974, S. 81; *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; *Wiedemann*, Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in Lutter et al. (Hrsg.), Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, 1975, S. 1037; *Wiedemann*, Alte und neue Kommanditgesellschaften, NZG 2013, 1041.

A. Überblick	1	VIII. Leistung an die Gesellschaft	43
B. Bedeutung	2	1. Grundsätzliches	43
C. Regelungszweck und Systematik	4	2. Deckungsgebot	44
I. Das prinzipielle Verhältnis von Einlagepflicht und Außenhaftung	5	3. Differenzhaftung	46
II. Die Anrechnung von Leistungen	7	IX. Erbringung der Einlage	47
1. Die Sicht der hM	7	X. Sacheinlagen	51
2. Kritik	8	1. Grundsatz	51
3. Eigene Auffassung	11	2. Grenzen der Einlagefähigkeit	52
a) Identische Grundlage von Einlagepflicht und Außen-Haftpflicht	11	3. Bewertung der Sacheinlage und Deckungsgebot	53
b) Der „Hilfsanspruch“ der Gläubiger auf die Haftsumme nach § 171 Abs. 1	13	4. Typische Problemfälle	54
4. Konsequenzen für die weitere Erläuterung	16	5. Wertverlust und Wertaufholung	57
III. Die prinzipiellen Unterschiede der Haftung von Aktionär und Kapitalgesellschaft	17	XI. Aufrechnung	60
D. Haftung des Kommanditisten (Abs. 1 Hs. 1) ..	21	1. Nennwertprinzip und Deckungsgebot ..	61
I. Art der Haftung	21	2. Kritik und alternative Lösung	62
II. Haftungsbeschränkung	26	3. Grenzen der Aufrechnung zum Nennwert	65
III. Inhalt der Außenhaftung	27	XII. Abtretung/Pfändung der Einlageforderung	66
E. Haftungsbefreiung durch Einlageleistung (Abs. 1 Hs. 2)	29	1. Das Zweckbindungsargument	67
I. Grundsätzliches	29	2. Die Gefahr doppelter Inanspruchnahme ..	68
II. Haftungsbefreiung bei isolierter Außenhaftung	30	a) Abtretung an Erfüllung statt	69
III. Außenhaftung und Einlagepflicht	34	b) Abtretung erfüllungs- bzw. sicherungshalber	72
IV. Einlagepflicht und Beitragspflicht	35	c) Forderungsverkauf	74
V. Das Wahlrecht des Kommanditisten	36	3. Par conditio creditorum	75
VI. Grenzen des Wahlrechts	37	4. Verpfändung	77
VII. Keine reale Kapitalaufbringung	39	5. Pfändung	78
		6. Zusammenfassung	79
		XIII. Leistung an Dritte	80
		1. Leistung an Nichtgläubiger	81
		2. Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers	82

3. Störungen der Leistung an Dritte	85	VI. Haftungsbefreiende Leistung durch den	
4. Erfüllungssurrogate und Dispositionsbe-		Kommanditisten	107
fugnis der KG	87	1. Grundsatz	107
F. Leistung auf die Außenhaftung	88	2. Massezugehörigkeit des Erlöses, Forde-	
I. Erfüllung	88	rungrs begründung vor Insolvenzeröff-	
II. Erfüllungssurrogate und Dispositionsbe-		nung	109
fugnis des Gläubigers	89	3. Erfüllung und Surrogate	115
III. Erlass/negatives Schuldanerkenntnis		4. Aufrechnung (gegen die Außenhaftung)	116
(§ 397 BGB)	90	5. Einwendungen, keine Erforderlichkeit	
G. Regress nach Leistung auf die Außenhaf-		zur Befriedigung der Gesellschaftsgläu-	
tung	91	biger	118
I. Gegen die Gesellschaft	91	6. Abtretbarkeit	122
II. Gegen die Mitgesellschafter	94	VII. Haftungsbefreiung nach § 171 Abs. 1 Hs. 2	123
H. Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten		1. Das umstr. Verhältnis zwischen Pflicht-	
.....	97	einlage und Haftung	123
I. Haftung in der Insolvenz der Gesellschaft		2. Stellungnahme	124
(Abs. 2)	100	3. Freies Wahlrecht und offene Einlage-	
I. Allgemeines	100	pflicht	125
II. Anwendungsbereich	101	4. Haftungsbefreiende Erfüllung der Einlage-	
III. Offene Außenhaftung	102	gepflicht	126
IV. Inhalt, Umfang und Geltendmachung der		VIII. Regressfragen	127
Haftung	104	J. Der ausgeschiedene Kommanditist in der	
V. Eröffnetes Insolvenzverfahren, Zuständig-		Insolvenz	130
keit des Insolvenzverwalters, keine Durch-		K. Verfahrensfragen	133
führung des Innenausgleichs	105		

A. Überblick

1 § 171 ist die Grundnorm der *beschränkten* Haftung des Kommanditisten. Sie wird ergänzt durch §§ 172 bis 175, die weitere Einzelheiten dieser Haftung regeln. Subsidiär beruft der Generalverweis in § 161 Abs. 2 auch das OHG-Recht, woraus sich vor allem die Berufung des Kommanditisten auf Einreden der Gesellschaft ergibt (§ 128 Abs. 1; s. iÜ → Rn. 21 ff.). Demgegenüber verweist § 176 vor Eintragung des Kommanditisten grundsätzlich auf die *unbeschränkte* Gesellschafterhaftung der §§ 126 ff.¹ Die §§ 171 ff. stellen zwingendes Recht dar und können durch Vereinbarung der Gesellschafter untereinander nicht modifiziert werden.² Eine **Durchgriffshaftung** auf herrschende Kommanditisten findet grundsätzlich **nicht** statt.³ Abs. 1 hat durch das MoPeG eine redaktionelle Anpassung dahin gehend erfahren, dass das Gesetz die bisher schon verbreitete dogmatische Differenzierung zwischen der Einlagepflicht des Kommanditisten (Innenverhältnis) und der Haftsumme (Außenverhältnis)⁴ in den Text umgesetzt hat. Das ändert freilich nichts an der hier entwickelten Sicht, dass beide auf dem gleichen Haftgrund, nämlich dem Einlageversprechen im Gesellschaftsvertrag, beruhen, auch wenn sie gegenüber unterschiedlichen Gläubigern bestehen und unterschiedlich ausgestaltet sein können.

B. Bedeutung

2 Die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten ist das **zentrale Wesensmerkmal** der KG. In Kontinentaleuropa blickt sie auf eine lange Tradition zurück,⁵ während sie sich im Common law erst sehr spät durchsetzte.⁶ Grundgedanke ist, Unternehmergeist und Haftkapital in der Weise zusammenzubringen, dass sich das Risiko des Geldgebers auf das eingesetzte Kapital beschränkt, er aber gleichwohl an den Gewinnen partizipieren kann und sich nicht nur wie ein Darlehensgeber auf den Zins beschränken muss.⁷ Früheste Erscheinungsformen finden sich in der italienischen *commenda* zwischen dem Schifffahrer zu See und seinem Geldgeber an Land.⁸ Später entwickelte sich die *accomandita*, die man auch für

1 Ausf. Lehnen Kommanditistenhaftung S. 198 ff.
 2 AllgM, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Strohn § 171 Rn. 6; BeckOGK/Foerster § 171 Rn. 2; s. auch §§ 172 Abs. 3, 173 Abs. 2.
 3 BGHZ 45, 202 – Rektorfall; → § 172 Rn. 49 f.; anders in der Kapitalgesellschaft & Co. KG ohne natürliche Vollhafter.
 4 Ausf. und kritisch BeckOGK/Foerster § 171 Rn. 8 ff.
 5 Dazu etwa Wiedemann GesR II § 9 I 2; Windbichler GesR § 17 Rn. 4; ausf. Hansmann/Kraakman/Squire Law and the Rise of the Firm S. 27 ff.
 6 Paul Davies vermutet die Ursache hierfür im Vorsprung der kontinentalen Buchführung (Davies Principles of Modern Company Law S. 19 Fn. 3). Aber auch der englische Trust mag den Bedarf nach der Limited Partnership gebremst haben (s. Hansmann/Kraakman/Squire Law and the Rise of the Firm, S. 41, 45 ff. sowie noch Fn. 7).
 7 Gleichsinnig Anzinger FS U. H. Schneider, 2011, 15 f.
 8 Hansmann/Kraakman/Squire Law and the Rise of the Firm, S. 35 ff.

Unternehmungen zu Lande nutzen konnte. Sie wurde zur Namensgeberin der sich dann über den ganzen Kontinent ausbreitenden Kommanditgesellschaft und wurde beispielsweise vom Bankenimperium der Medici genutzt.⁹ Dogmatisch handelte es sich bei den ersten Erscheinungsformen noch um stille Gesellschaften, bei denen die Kapitalgeber gar nicht nach außen auftraten.¹⁰ Erst später bildete sich daneben die eigentliche Kommanditgesellschaft mit offen beteiligten, aber nur beschränkt haftenden Gesellschaftern heraus. Das HGB vollendete diese Entwicklung mit der umstrittenen Einführung der von der OHG her stammenden Außenhaftung in §§ 171 ff.¹¹

KG und stille Gesellschaft haben die spätere Entwicklung der Kapitalgesellschaften maßgeblich beeinflusst. Ihre Haftungsbeschränkung stand Pate beim Durchbruch der Aktiengesellschaften auf dem Kontinent mit Einsetzen des Industriezeitalters.¹² Als wirkmächtig erwies sich offenbar der folgende Gedanke, den Savigny in den Vorarbeiten des Preußischen Aktiengesetzes anlässlich des Ringens um das Konzessionssystem formuliert hatte: Wenn eine Gesellschaft ohnehin so gestaltet sein konnte, dass neben einem einzigen Komplementär eine beliebige Vielzahl von haftungsbeschränkten Gesellschaftern beteiligt waren, fiel der Wegfall jenes Vollhafters zumindest dann nicht mehr ins Gewicht, wenn das Unternehmen eine erhebliche Kapitalisierung aufwies¹³ – was bei den Aktiengesellschaften des 19. Jahrhunderts typischerweise der Fall war. Trotz dieser engen funktionalen Verwandtschaft der Haftungsbeschränkungen von Kommanditisten und Aktionären darf freilich nicht übersehen werden, dass sich die rechtstechnische Ausgestaltung ganz erheblich unterscheidet (Überblick → Rn. 17 ff.). Der GmbH-Gesetzgeber hat sich im MoMiG anstelle der teilweise geforderten Übertragung des KG-Modells¹⁴ auf die GmbH für eine GmbH-spezifische Deregulierung der Kapitalaufbringung entschieden.¹⁵

C. Regelungszweck und Systematik

Die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten stellt nach heute hM eine Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung (§§ 126, 127) dar¹⁶ und kann daher erst außenwirksam werden, wenn sie im Handelsregister publiziert worden ist (§ 172 Abs. 1). Zudem muss die Erbringung der versprochenen und publizierten Einlage konsequent durchgesetzt werden. Das geschieht aber nicht – wie bei GmbH und AG – durch zwingende Kapitalaufbringungsvorschriften, sondern durch die Außenhaftung nach §§ 171 ff. Anstelle eines gesetzlichen Verbotes der Kapitalrückgewähr tritt das Wiederaufleben der Einlagepflicht nach § 172 Abs. 4.

I. Das prinzipielle Verhältnis von Einlagepflicht und Außenhaftung

Der Kommanditist schuldet wie jeder Personengesellschafter der Gesellschaft seinen Beitrag auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags. Diese **Einlagepflicht** besteht in der Leistung einer Pflichteinlage, die grds. der ins Handelsregister einzutragenden **Haftsumme** entspricht (§ 172 Abs. 1).¹⁷ Solange der Kommanditist diesen Beitrag nicht entrichtet hat, haftet er den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe der Haftsumme unmittelbar nach § 171 Abs. 1 (**Außenhaftung**). Dabei kann jeder Gesellschaftsgläubiger den gesamten Haftbeitrag zu seiner persönlichen Befriedigung verlangen, der Kommanditist wiederum kann jederzeit auch an jeden anderen Gesellschaftsgläubiger (oder sogar an die Gesellschaft selbst) befreiend leisten. Eine gleichmäßige Verteilung des vom Kommanditisten erzielten Erlöses findet nicht statt. Dies ändert sich erst in der Insolvenz der Gesellschaft (§ 171 Abs. 2). Als Grundlage der Außenhaftung wird teilweise ein Garantieverprechen des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern angenommen.¹⁸ Nach anderer Auffassung handelt es sich dagegen im Grunde um die allgemeine Außenhaftung

9 Hansmann/Kraakman/Squire Law and the Rise of the Firm, S. 34 f.

10 Schmelz DStR 2006, 1704 (1705).

11 Eingehend Staub/Thiessen § 171 Rn. 1 ff., 8 ff.

12 In England wurde dagegen der Trust zum Motor der Entwicklung der Kapitalgesellschaften, vgl. Davies Principles of Modern Company Law S. 29; Hirte/Bücker Grenzüberschreitende Gesellschaften-HdB/Kasolowsky/Schall § 4 Rn. 3; Schall DStR 2006, 1229; Hansmann/Kraakman/Squire Law and the Rise of the Firm, S. 45 ff.

13 Vgl. das Votum von Savigny bei Baums (Hrsg.), Gesetz über die Aktiengesellschaften für die Königlich Preussischen Staaten vom 9.11.1843 – Text und Materialien, 1981, S. 31 ff.

14 Bayer ZGR 2007, 220 ff.; Drygala ZGR 206, 1797 (1803); J. Vetter, Referat zum 66. DJT 2006, P. 89 ff.

15 S. nur Schall Gläubigerschutz S. 99 und 133.

16 Ausf. Lehnen Kommanditistenhaftung S. 45 ff., 94 ff. und 198 ff.; siehe auch Schall NZG 2023, 1540 ff. Das Prinzip anerkennend BGHZ 142, 315 (319); grundlegend Flume BGB AT I 2 § 5 III 3 S. 164 f. Sieht man die Grundlage der unbeschränkten Gesellschafterhaftung in der OHG dagegen in der gemeinsamen Mitverpflichtung (näher → Rn. 6), wird die unbeschränkte Haftung von Kommanditisten, die nicht als Mitunternehmer auftreten, ungeachtet der Eintragung zur begründungsbedürftigen Ausnahme.

17 Vgl. Hahn/Mugdan Gesamte Materialien S. 281; Schmelz DStR 2006, 1704 (1706 f.).

18 Müßigbrodt Haftungsbefreiende Aufrechnung S. 76 f.; H. P. Westermann Vertragsfreiheit S. 287; s. auch Staub/Thiessen § 171 Rn. 10 (kollektive Haftungszusage) im Anschluss an Schön DK 2004, 162 (166 ff.).