

Die gesellschaftsrechtliche Examensklausur nach dem MoPeG – Die OHG und KG (Teil 2)

Das am 01.01.2024 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („**MoPeG**“) hat in erster Linie das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erneuert. Die klausurrelevanten Änderungen im Recht der GbR wurden dabei bereits in Teil 1 der Beitragsreihe „Die gesellschaftsrechtliche Examensklausur nach dem MoPeG“ ausführlich behandelt. Zugleich hat das MoPeG einige Änderungen im Recht der offenen Handelsgesellschaft („**OHG**“) in den §§ 105 ff. HGB und Kommanditgesellschaft („**KG**“) in den §§ 161 ff. HGB geschaffen. Welche Anpassungen im Einzelnen vorgenommen wurden, werden im nachstehenden Lernbeitrag aufgezeigt. Die folgenden Ausführungen beschränken sich dabei auf die typischerweise in einer juristischen personengesellschaftsrechtlichen Klausur zu prüfenden Themengebiete und Problemfelder.

I. Errichtung einer OHG und KG

1. Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 HGB („Ist-OHG“)

Der Begriff der OHG ist weiterhin in § 105 Abs. 1 HGB normiert und wurde im Zuge des MoPeG's nicht verändert. Nach § 105 Abs. 1 HGB ist eine OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist. Unter „Gesellschaft“ ist eine GbR im Sinne von § 705 Abs. 1 BGB zu verstehen¹. Die Errichtung der OHG erfordert daher (1) den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, (2) die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks sowie (3) die Verpflichtung zur Förderung dieses Zwecks. Im Unterschied zu einer GbR muss der gemeinsame Zweck der OHG allerdings im Betrieb eines Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 HGB bestehen. Die OHG kann damit als eine Sonderform der GbR verstanden werden.²

Begriffsnotwendig setzt das Bestehen eines Handelsgewerbes zunächst einen Gewerbebetrieb voraus. Ein Gewerbe wird nach überwiegender Ansicht als erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit definiert.³ Erfordert der Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb, ist ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB gegeben (sog. „Ist-OHG“). Wegen der Negativformulierung wird dies allerdings vermutet.

¹ Hopt/Roth, HGB, 43. Aufl. 2024, § 105 Rn. 1.

² Weiterhin sind nach § 105 Abs. 3 HGB die Regeln der §§ 705 ff. BGB (subsidiär) auf die OHG entsprechend anwendbar, sofern die §§ 105 ff. HGB nichts Abweichendes regeln („Baukastenprinzip“).

³ Hopt/Merkt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 1 Rn. 11, 12 (streitig ist, ob die Tätigkeit rechtlich zulässig sein muss).

Zuletzt setzt eine OHG in Abgrenzung zur KG voraus, dass bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist (vgl. § 105 Abs. 1, § 161 Abs. 1 HGB).

2. Kleingewerbliche, vermögensverwaltende und freiberufliche OHG, § 107 HGB („Kann-OHG“)

§ 107 Abs. 1 S. 1 HGB entspricht § 105 Abs. 2 HGB a. F. und gewährt auch Gewerbebetrieben, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB nicht erfüllen (sog. „Kleingewerbe“) sowie Vermögensverwaltungsgesellschaften die Möglichkeit die Rechtsform der OHG durch Eintragung im Handelsregister zu wählen (sog. „Kann-OHG“). Ein **Novum** zur vorherigen Rechtslage bildet dagegen § 107 Abs. 1 S. 2 HGB. Demnach steht die Rechtsform der OHG grundsätzlich auch Gesellschaftern zur Verfügung, deren Zweck auf die gemeinsamen Ausübung Freier Berufe gerichtet ist. Was unter einem Freiem Beruf zu verstehen ist, ergibt sich aus § 1 Abs. 2 PartGG. Hierzu gehören beispielsweise Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte. Einzige Voraussetzung des § 107 Abs. 1 S. 2 HGB ist die Zulassung der Rechtsform der Handelsgesellschaft und damit die Eintragung in das Handelsregister durch das anwendbare Berufsrecht.⁴ Für eine anwaltliche Berufsausübungsgesellschaft folgt die Zulässigkeit der „Anwalts-OHG“ etwa aus § 59b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BRAO.

Zuletzt ist zu beachten, dass die von § 107 Abs. 1 HGB vorgeschriebene Handelsregistereintragung konstitutiv wirkt, also Voraussetzung für die Entstehung der Kann-OHG ist.

3. Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 HGB (KG)

Der Begriff der KG, normiert in § 161 Abs. 1 HGB, wurde geringfügig geändert. Allgemein kennzeichnend für die KG ist im Unterschied zur OHG, dass neben zumindest einem persönlich haftenden Gesellschafter (sog. Komplementär) mindestens ein Gesellschafter vorhanden ist, bei dem die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf einen bestimmten Betrag, die Haftsumme, beschränkt ist (sog. Kommanditist), § 161 Abs. 1 HGB.

Bis auf diesen Unterschied setzt die Errichtung der KG aber wie die OHG ebenfalls einen Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern voraus, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (vgl. § 161 Abs. 1, 2 HGB iVm § 105 Abs. 1, 2 HGB iVm § 705 Abs. 1 BGB).⁵ Dabei ist ebenso wie bei der OHG die Rechtsform einer „Freiberufler-KG“ über die Verweismenormen des § 161 Abs. 2 HGB iVm § 107 Abs. 1 S. 2 HGB möglich.

⁴ *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Auflage 2023, § 14 Rn. 22.

⁵ Auch hier gelten durch dem im Gesetz zum Ausdruck kommenden „Baukastenprinzip“ nach § 161 Abs. 2 HGB subsidiär die §§ 105 ff. HGB und über den Verweis in § 105 Abs. 3 HGB nachrangig die §§ 705 ff. BGB.

Beim Blick in den Wortlaut des neu gefassten § 161 Abs. 1 HGB fällt auf, dass der Gesetzgeber den Geldbetrag, bis zu dem die Haftung des Kommanditisten beschränkt ist, nicht mehr als Vermögenseinlage (vgl. § 161 Abs. 1 HGB a. F.), sondern als sog. **Haftsumme** bezeichnet. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass allein die Haftsumme derjenige Betrag ist, welcher die Haftung des Kommanditisten im **Außenverhältnis** einschränkt. Aufgrund der Bedeutung der Haftsumme für den Rechtsverkehr ist auch nur dieser Geldbetrag gemäß § 162 Abs. 1 HGB in das Handelsregister einzutragen.

Die **Vermögenseinlage** (auch genannt: Pflichteinlage) ist demgegenüber derjenige Geldbetrag, zu deren Erbringung sich der Kommanditist im Gesellschaftsvertrag gegenüber den Mitgesellschaftern im **Innenverhältnis** verpflichtet.⁶ Die Höhe der Pflichteinlage kann mitunter von der Haftsumme divergieren. Macht der Klausurersteller jedoch zur Höhe der Pflichteinlage keine abweichenden Angaben, ist in der Klausur davon auszugehen, dass die Höhe von Haftsumme und Pflichteinlage gleich hoch sind.

II. Entstehung und Rechtsfähigkeit der OHG und KG im Verhältnis zu Dritten

Genauso wie neuerdings im Recht der GbR wird auch im Recht der OHG weiterhin zwischen der Errichtung und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Innenverhältnis sowie der Entstehung und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten differenziert.

Die Entstehung der OHG im Außenverhältnis ist in § 123 Abs. 1 HGB normiert und übernimmt im Wesentlichen § 123 Abs. 1, 2 HGB a. F. sowie den ähnlich aufgebauten § 719 BGB. Neben der üblich vorgenommenen Registereintragung nach § 123 Abs. 1 S. 1 HGB wird dabei in § 123 Abs. 1 S. 2 HGB nunmehr klargestellt, dass bereits die erstmalige Teilnahme am Rechtverkehr den Entstehungszeitpunkt der OHG nur dann zu markieren vermag, wenn hierzu sämtliche Gesellschafter zugestimmt haben. Nach neuester Rechtslage ist damit der Streit überholt, ob die Zustimmung nur einzelner Gesellschafter zum Geschäftsbeginn die OHG entstehen lässt. Zu beachten ist schließlich, dass § 123 Abs. 1 S. 2 HGB keine Anwendung findet, soweit sich nicht aus § 107 Abs. 1 HGB ein anderes ergibt. Ein anderes ergibt sich aus § 107 Abs. 1 BGB für Kleingewerbe, vermögensverwaltende Gesellschaften sowie freiberufliche Gesellschaften („Kann-OHG“). In diesen Fällen bleibt es für die Entstehung bei einer konstitutiven Handelsregistereintragung gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 HGB.⁷

Mit der wirksamen Entstehung der OHG gemäß § 123 Abs. 1 HGB, ist die OHG im Außenverhältnis nach § 105 Abs. 2 HGB (§ 124 Abs. 1 HGB aF) rechtsfähig⁸; sie kann dann

⁶ Vgl. hierzu näher *K. Schmidt*, in *MüKo-HGB*, 4. Auflage 2019, §§ 171, 172 Rn. 6.

⁷ Ergänzend: § 123 Abs. 2 HGB stellt klar, dass eine Vereinbarung, wonach die Gesellschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen soll, Dritten gegenüber unwirksam ist.

⁸ Merke: Die Rechtsfähigkeit im Innenverhältnis nach § 105 Abs. 2 HGB tritt bereits mit Errichtung der Gesellschaft (Abschluss des Gesellschaftsvertrags) ein.

tauglicher Anspruchsgegner für Gesellschaftsverbindlichkeiten sein und die Vertretungsregeln finden Anwendung.

Auf die KG findet die Entstehungsvorschrift des § 123 HGB und Rechtsfähigkeitsvorschrift des § 123 Abs. 1 HGB gemäß § 161 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung.

III. Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführung betrifft das Innenverhältnis („rechtliches Dürfen“), die Vertretung das Außenverhältnis („rechtliches Können“). Beides ist strikt voneinander zu trennen.

1. Geschäftsführung

Die Geschäftsführungsbefugnis im Recht der OHG ist in § 116 HGB normiert und fasst die §§ 114 bis 117 HGB a. F. zusammen.⁹ Da die Geschäftsführungsbefugnis nur das Innenverhältnis regelt, führt ein Überschreiten der Geschäftsbefugnis grundsätzlich nicht dazu, dass der Gesellschafter ohne Vertretungsmacht (vgl. §§ 177 ff. BGB) gehandelt hat. Aus vorstehenden Gründen sollte die Geschäftsführungsbefugnis in der Klausur daher regelmäßig nicht einmal erwähnt werden. Ausführungen zur Geschäftsführung sollten nur bei dem Problemfall des Missbrauchs der Vertretungsmacht oder der Erteilung von Prokura durch einzelne Gesellschafter vorgenommen werden (vgl. hierzu III., 3.).



Im Recht der KG sieht § 164 Abs. 1 Hs. 1 HGB in Abweichung zu § 116 HGB vor, dass die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Nach § 164 Abs. 1 Hs. 2 HGB bleibt § 116 Abs. 2 S. 1 HGB unberührt, weshalb zumindest außergewöhnliche Geschäfte der Zustimmung des Kommanditisten bedürfen. Klausurrelevanz hat die Regelung des § 164 HGB jedenfalls im Ersten Examen erfahrungsgemäß nicht.

2. Vertretung

a) OHG

Die Vertretung in der OHG ist nunmehr in § 124 HGB normiert und fasst die §§ 125 bis 127 HGB a. F. damit in einer Norm zusammen.¹⁰ § 124 Abs. 1 HGB schreibt dabei anders als im Recht der GbR (vgl. § 720 Abs. 1 BGB) eine organschaftliche **Alleinvertretungsbefugnis** aller Gesellschafter vor, wenn nicht ein einzelner Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist. Auch in den Absätzen 2 bis 6 hat der Gesetzgeber im Zuge des MoPeG's keine inhaltlichen Änderungen zu §§ 125-127 HGB a. F. vorgenommen, weshalb an dieser Stelle auf tiefere Ausführungen zur Vertretungsbefugnis verzichtet wird.



„Vernetztes Lernen“: Zu beachten ist die Regelung des § 124 Abs. 5 iVm § 116 Abs. 5 HGB. Demnach kann die Vertretungsbefugnis einzelner OHG-Gesellschafter nur

⁹ BT-Drcks. 19/27635, S. 237.

¹⁰ BT-Drcks. 19/27635, S. 241.

durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden. Im Recht der GbR genügt hierfür bereits ein Beschluss der anderen Gesellschafter (§§ 720 Abs. 4, 715 Abs. 5 BGB).¹¹

b) KG

Im Recht der KG ist dagegen zu differenzieren. Die organschaftliche Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters richtet sich über die Verweisnorm des § 161 Abs. 2 HGB ebenfalls nach § 124 HGB; ein **Komplementär** ist daher grundsätzlich **alleinvertretungsbefugt**.¹²

Hingegen ist der **Kommanditist** nach Maßgabe des § 170 Abs. 1 HGB ausdrücklich von der organschaftlichen **Vertretungsmacht ausgeschlossen**. Neuerdings ist § 170 HGB zwar in zwei Absätze aufgeteilt, merkliche Unterschiede ergeben sich daraus aber nicht. § 170 Abs. 1 HGB übernimmt in der Sache § 170 HGB a. F., stellt aber dessen Regelungsgehalt deutlicher heraus. Die Regelung des § 170 Abs. 2 HGB betrifft die atypische Kommanditgesellschaft in Gestalt der Einheits-Kapitalgesellschaft und hat keine Klausurrelevanz.¹³

Der Ausschluss von der organschaftlichen Vertretungsmacht der Kommanditisten rührt teleologisch daher, dass die nur beschränkt haftenden Kommanditisten es nicht in der Hand haben sollen, Gesellschaftsverbindlichkeiten einzugehen, für welche dann die Komplementäre persönlich und unbeschränkt zu haften haben.¹⁴ § 170 Abs. 1 HGB ist zwingender Natur (arg e contrario § 163 HGB); eine Abbedingung ist wegen dieser gesetzlichen Wertung nicht möglich. Allerdings steht es der Gesellschaft frei, dem Kommanditisten durch Rechtsgeschäft oder bereits im Gesellschaftsvertrag eine umfassende Vollmacht, auch in Gestalt einer Prokura, und damit rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nach §§ 164 ff. BGB (bzw. iVm §§ 49 ff. HGB) zu erteilen.¹⁵ Der Unterschied zwischen zulässiger rechtsgeschäftlicher Vertretung und unzulässiger organschaftlicher Vertretung wird neuerdings im Wortlaut des § 170 Abs. 1 HGB stärker betont. § 170 Abs. 1 HGB schreibt nämlich vor, dass der Kommanditist „*als solcher*“, mithin kraft seiner organschaftlichen Stellung, nicht befugt ist, die Gesellschaft zu vertreten.

3. Problemfall: Erteilung einer Prokura

Ist in der Klausur eine Prokura nur durch einzelne Gesellschafter erteilt worden, ist die Wirksamkeit der Prokuraerteilung nicht gänzlich unproblematisch. Hierbei erwarten die Lösungsskizzen der jeweiligen Prüfungsämter, dass neben der Vertretungsbefugnis

¹¹ BT-Drcks 19/27535, S. 241.

¹² Gleichwohl ist es selbstverständlich – wie vor dem MoPeG – zulässig, im Gesellschaftsvertrag etwa eine Gesamtvertretungsmacht aller Komplementäre nach §§ 124 Abs. 2 iVm 161 Abs. 2 HGB zu vereinbaren.

¹³ BT-Drcks 19/27535, S. 255.

¹⁴ Vgl. BT-Drcks 19/27535, S. 255.

¹⁵ *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Auflage 2023, § 19 Rn. 56. Ein Verstoß gegen das „Prinzip der Selbstorganschaft“ ist darin freilich nicht zu sehen, da diese grds. vom Komplementär erteilt werden muss und sich damit nur als „abgeleitete“ Vertretungsmacht darstellt.

ausnahmsweise auch die Frage behandelt wird, ob das Rechtsgeschäft von der Geschäftsführungsbefugnis des/der handelnden Gesellschafter gedeckt war. Hintergrund ist, dass die Geschäftsführungsregelung des § 116 HGB die Prokura ausdrücklich erwähnt.

Die Vorschrift des § 116 Abs. 2 S. 2 HGB schreibt vor, dass es zur Bestellung eines Prokuristen der Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter bedarf, es sei denn, dass mit dem Aufschub Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist. Haben also nur einzelne geschäftsführungsbefugte Gesellschafter eine Prokura bestellt, handelten diese - wenn keine Gefahr im Verzug bestand - ohne Geschäftsführungsbefugnis.

Allerdings spielt die Geschäftsführungsbefugnis nach bereits Gesagtem für das Bestehen der Vertretungsmacht im Außenverhältnis keine Rolle und vermag allenfalls Schadensersatzansprüche sowie gesellschaftsrechtliche Sanktionen im Innenverhältnis zu begründen. Ob eine Prokura in wirksamer Weise erteilt worden ist, richtet sich ausschließlich nach § 48 Abs. 1 HGB, welcher gemäß § 6 Abs. 1 HGB auch auf die Handelsgesellschaften der OHG und KG Anwendung findet. Nach §§ 6 Abs. 1, 48 Abs. 1 Alt. 2 HGB kann die Prokura nur von seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden. Aus § 124 Abs. 1, 4 S. 1 HGB¹⁶ folgt eine organschaftliche Alleinvertretungsmacht eines jeden Gesellschafter (Ausn.: Kommanditist, vgl. § 170 HGB), welche sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft einschließlich der Erteilung einer Prokura erstreckt. Die Tatsache, dass nicht sämtliche Gesellschafter an der Prokuraerteilung mitgewirkt haben, steht der Wirksamkeit der Prokuraerteilung damit nicht im Wege.

IV. Haftung in der OHG

1. Haftung der Gesellschaft für Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß § 105 Abs. 2 HGB

Für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet die OHG als Gesellschaft selbst fortan nicht mehr nach § 124 HGB a. F., sondern nach § 105 Abs. 2 HGB (zB iVm § 433 Abs. 2 HGB).

2. Akzessorische Gesellschafterhaftung gemäß §§ 126 ff. HGB

Die Gesellschafterhaftung bei OHG und KG stellt oftmals den Schwerpunkt einer personengesellschaftsrechtlich (mit-)geprägten Examensklausur dar. In inhaltlicher Hinsicht hat sich die Gesellschafterhaftung im Recht der OHG nicht verändert. Neu ist allerdings, dass die Haftungsvorschriften der OHG nunmehr in §§ 126, 127, 128 HGB (und nicht mehr in §§ 128, 129, 130 HGB a. F.) verortet sind. Mangels inhaltlicher Änderungen im Haftungsregime der OHG wird eine vertiefte Auseinandersetzung mit den §§ 126 ff. HGB nicht vorgenommen. Hinsichtlich der Grundlagen der Gesellschafterhaftung wird an dieser Stelle auf den Lernbeitrag „Die gesellschaftsrechtliche Examensklausur nach dem

¹⁶ für KG: iVm § 161 Abs. 2 HGB.

MoPeG – Die GbR (Teil 1), IV. Haftung“ verwiesen. Die Vorschriften zur Gesellschafterhaftung im Recht der GbR (§§ 721, 721a, 721b BGB) stimmen mit den §§ 126 ff. HGB überein.

3. Die Begrenzung der Nachhaftung für ausgeschiedene Gesellschafter gemäß § 137 HGB

Die Vorschrift des § 137 HGB übernimmt in der Sache § 160 HGB a. F. und begrenzt die sog. Nachhaftung ausgeschiedener Gesellschafter.¹⁷ In inhaltlicher Hinsicht hat der Gesetzgeber Klarstellungen im Rahmen des Beginns der Nachhaftungsfrist vorgenommen. Nach älterer Gesetzeslage (§ 160 Abs. 1 S. 2 HGB a. F.) begann die Frist mit der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister. Obgleich im Wortlaut des § 160 Abs. 1 S. 2 HGB nicht wiederzufinden, entsprach es der damaligen herrschenden Meinung, dass die Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden den Beginn der Nachhaftungsfrist ebenso auslöste. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in § 137 Abs. 1 S. 3 HGB nunmehr klargestellt, dass die Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister gleichgestellt wird.

Hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Enthftungsvorschrift des § 137 HGB wird an dieser Stelle wiederum auf den Lernbeitrag „Die gesellschaftsrechtliche Examensklausur nach dem MoPeG – Die GbR (Teil 1), IV. Haftung, 4. Die Begrenzung der Nachhaftung für ausgeschiedene Gesellschafter gemäß § 728b BGB“ verwiesen. § 728b BGB stimmt inhaltlich mit § 137 HGB überein.

Die Nachhaftungsvorschrift des § 137 HGB findet gemäß § 161 Abs. 2 HGB uneingeschränkt/gleichermaßen auf Kommanditisten Anwendung.

V. Haftung in der KG

Möchte ein(e) Klausurersteller(in) die Haftung in einer Personengesellschaft abprüfen, bietet sich die Kommanditistenhaftung aufgrund seiner zahlreichen Besonderheiten gegenüber der Haftung in einer OHG und GbR für eine juristische Examensklausur besonders an.¹⁸ Normiert ist die Haftung des Kommanditisten in den §§ 171 ff. HGB. Sie hat sich im Zuge des MoPeG's nur stellenweise, also geringfügig verändert. Gleichwohl wird das Haftungsgefüge wegen der erhöhten Klausurrelevanz nachfolgend noch einmal näher dargestellt.



Keine Probleme bereitet dagegen die Haftung der KG selbst oder eines Komplementärs für Gesellschaftsverbindlichkeiten (zB § 433 Abs. BGB). Die KG haftet dafür nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB und der Komplementär nach §§ 126 ff., 161 Abs. 2 HGB.

¹⁷ Eine gutachterliche Falllösung zu § 137 HGB findet sich bei *Rennig*, JURA 2024, 630 ff. (Frage 4).

¹⁸ Siehe dazu auch die Beiträge von *Stabel*, JuS 2024, 111 ff. u. JuS 2024, 205 ff.

1. Beschränkung der Haftung auf die Haftsumme (§ 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB)

Ausgangspunkt der Haftung des Kommanditisten ist § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB.¹⁹ Demnach haftet der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar. Genauso wie bei § 161 Abs. 1 HGB wurde der Begriff der Einlage (vgl. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB a. F.) durch die sog. Haftsumme ersetzt. Damit hat der Gesetzgeber in konsequenter Weise auch im Rahmen des § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB zum Ausdruck gebracht, dass sich die für das Außenverhältnis maßgebende Haftungsbeschränkung nach der Haftsumme richtet.

2. Ausschluss der Haftung bei Einlageerbringung (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB)

§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB hat sich nicht geändert. Demnach ist die Haftung ausgeschlossen, soweit die vereinbarte Einlage geleistet ist. Dabei ist der Begriff der Einlage im Rechtssinne zu verstehen und betrifft das Innenverhältnis, also die Pflichteinlage. Sobald dem Gesellschaftsvermögen ein bestimmter Geldbetrag oder wertmäßiger Sachgegenstand zugeführt wird und den Betrag der Haftsumme erreicht, erscheint ein Haftungsausschluss aus Gläubigersicht gerechtfertigt. Statt der Inanspruchnahme des Kommanditisten können sich Gläubiger der durch die Einlageerbringung angereicherten Haftungsmasse des Gesellschaftsvermögens bedienen. Umgekehrt schreibt § 172 Abs. 4 S. 1 HGB wiederum vor, dass die Kommanditistenhaftung mit Rückzahlung der Einlageleistung wiederauflebt.²⁰

3. § 173 HGB

Die Regelung des § 173 HGB hat sich im Zuge des MoPeG's nicht verändert und normiert als *lex specialis* zu § 127 HGB die Haftung des Kommanditisten für sog. Altverbindlichkeiten. Der Kommanditist haftet dafür nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB.

4. § 176 HGB

Die Regelung des § 176 HGB hat im Zuge des MoPeG's gewisse sprachliche Änderungen erfahren. Nennenswerte Änderungen in inhaltlicher Hinsicht haben sich hierdurch aber nicht ergeben. § 176 HGB begründet eine persönliche Haftung des Kommanditisten für den Zeitraum zwischen Teilnahme der neu gegründeten Gesellschaft am Rechtsverkehr und der Eintragung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister (**Absatz 1**) sowie zwischen Eintritt eines weiteren Gesellschafters als Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft und der Eintragung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister (**Absatz 2**). Sinn und Zweck der Norm ist vordergründlich, dass die Kommanditisten durch die drohende unbeschränkte Haftung zur raschen Klarstellung der Haftungsverhältnisse im Interesse des abstrakten Verkehrs- und Vertrauensschutzes angehalten werden und zügig die Eintragung herbeiführen.²¹ Potentielle Gläubiger sollen

¹⁹ Siehe für eine dazugehörige (MoPeG berücksichtigende) Klausurlösung *Saenger/Henke*, JA 2022, 720 ff.

²⁰ Dazu näher *Stabel*, JuS 2024, 111 (113 f.); *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023, § 13 Rn. 6 ff.

²¹ Vgl. *Henssler/Strohn/Gummert*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 176 Rn. 1; *Oetker/Oetker*, HGB, 8. Aufl. 2024, § 176 Rn. 1; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2024, § 13 Rn. 18 f.

bei Geschäftsbeziehungen mit einer Personenhandelsgesellschaft in ihrem (abstrakten) Vertrauen geschützt werden, dass alle Gesellschafter üblicherweise unbeschränkt persönlich haften, sofern sich aus dem Handelsregister keine beschränkte Haftung ergibt oder sie von der Kommanditistenstellung positive Kenntnis haben (vgl. § 176 Abs. 1 aE, Abs. 2 HGB)

a) § 176 Abs. 1 HGB

Der Tatbestand und die Rechtsfolge des § 176 Abs. 1 HGB lauten folgendermaßen:

aa) Gesellschaft im Sinne des § 105 Abs. 1 HGB

Erste Voraussetzung ist ausweislich des Wortlautes des § 176 Abs. 1 HGB eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (sog. „Ist-KG“). Dies entspricht exakt dem Begriff der Gesellschaft im Sinne des § 105 Abs. 1 HGB. Auf diese Art und Weise hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass kleingewerbliche, vermögensverwaltende und freiberufliche Gesellschaften im Sinne des § 107 HGB vom Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB nicht erfasst sind (sog. „Kann-KG“).



Es wird daher empfohlen § 105 Abs. 1 HGB neben § 176 Abs. 1 HGB zu kommentieren, soweit dies nach deiner Prüfungsordnung zulässig ist.

In inhaltlicher Hinsicht stellt dies zwar keine Neuerung dar. Bereits nach alter Gesetzeslage sah § 176 Abs. 1 S. 2 HGB a. F. vor, dass die Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, soweit sich aus § 2 HGB a. F. oder § 105 Abs. 2 HGB a. F. (kleingewerbliche und vermögensverwaltende Gesellschaften) ein anderes ergibt. Letztlich ist die Neufassung des § 176 Abs. 1 HGB sprachlich einfacher gefasst und insofern zu begrüßen.

Die Ausklammerung kleingewerblicher Gesellschaften (GbR's) vom Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 HGB führt zu folgendem auf den ersten Blick paradox scheinenden Szenario: Während § 176 Abs. 1 HGB Gesellschaftern einer (großen) „Ist-KG“ eine alleine auf die Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers über die Kommanditisteneigenschaft gestützte Haftungsbeschränkung ermöglicht, können Gesellschafter kleingewerblicher Gesellschaften nicht vom Haftungsprivileg des § 176 Abs. 1 HGB profitieren und haften in jedem Falle mit ihrem persönlichen Vermögen.²²

In der Klausur könnte und sollte daher geprüft werden, ob § 176 Abs. 1 HGB einer analogen Anwendung für kleingewerbliche Gesellschaften zugänglich ist. Letztlich sprechen die besseren Argumente gegen eine Analogie.²³ Im Regierungsentwurf zum MoPeG war nämlich noch vorgesehen, dass § 176 Abs. 1 HGB auf Gesellschaften im Sinne des § 107 HGB verweist und insbesondere auch kleingewerbliche Gesellschaften

²² BT-Drcks 19/27535, S. 258 f. Grund für die Haftung: Die noch nicht eingetragene „Kann-KG“ ist rechtlich als GbR iSd §§ 705 ff. HGB zu qualifizieren, sodass die Gesellschafter unbeschränkt nach § 721 S. 1 BGB haften, *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Auflage 2023, § 19 Rn. 86.

²³ aA *Grunewald/Müller*, Gesellschaftsrecht, 12. Auflage 2023, § 3 Rn. 2 f., 48.

umfasst.²⁴ Da der Gesetzgeber diesen Gedanken verworfen und sich bewusst gegen eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 176 Abs. 1 HGB entschieden hat,²⁵ kann von der Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke keine Rede mehr sein.

bb) Gesellschaftsverbindlichkeit zwischen Teilnahme am Rechtsverkehr und Eintragung

§ 176 Abs. 1 HGB erfasst lediglich Gesellschaftsverbindlichkeiten, die zwischen der Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr und Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister begründet worden sind. Wurde die Verbindlichkeit nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister begründet, richtet sich die Kommanditistenhaftung hingegen ausschließlich nach § 171 HGB.

Zuletzt sei noch auf ein beliebtes Examensproblem hinzuweisen.²⁶ Umstritten ist seit jeher, ob auch gesetzliche Verbindlichkeiten (etwa aus § 823 Abs. 1 BGB) von § 176 HGB erfasst werden oder nur vertragliche. Die durch das MoPeG erfolgte Änderung des Wortlauts von „Geschäftsbeginn“ hin zum weitergehenden Terminus „Teilnahme am Rechtsverkehr“ könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber nunmehr die Streitfrage selbst zugunsten der Erfassung von gesetzlichen Verbindlichkeiten entschieden hat.²⁷ Eine Einschränkung aus dem Wortlaut, der nur von „Verbindlichkeiten“ spricht, ergibt sich daneben ebenfalls nicht. Allerdings spricht gegen die Einbeziehung der Sinn und Zweck der Norm, der gerade im abstrakten Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs liegt und sich durch das MoPeG nicht geändert hat. Ein abstrakter Vertrauensschutz erfordert aber denklogisch auch einen abstrakten Vertrauenstatbestand; d.h. es muss abstrakt die Möglichkeit bestehen, dass der Dritte sein Verhalten auf den Rechtsschein einrichtet. Bei rein zufälligen Begegnungen wie im Deliktsrecht, also im reinen Unrechtsverkehr, kann ein solcher Vertrauenstatbestand anders im Geschäftsverkehr nicht bestehen. Gesetzlich begründete Verbindlichkeiten wie § 823 Abs. 1 BGB, die keinen Bezug zum Geschäftsverkehr haben, werden daher nach ganz überwiegender Ansicht nicht von § 176 HGB erfasst.²⁸ Eine „Rückausnahme“ ist davon daher nur dann zu machen, wenn der gesetzliche Anspruch im Zusammenhang mit einem vertraglichen Anspruch entsteht.²⁹

cc) Keine Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers über die Kommanditistenbeteiligung, § 176 Abs. 1 aE HGB

Hatte der Gesellschaftsgläubiger positive Kenntnis über die Beteiligung des Gesellschafters als Kommanditist, kommt eine persönliche Haftung des Kommanditisten nicht mehr in Betracht, § 176 Abs. 1 aE HGB. Hintergrund ist der – schon genannte – durch

²⁴ BT-Drcks 19/27635, S. 67, 259.

²⁵ Vgl. BT-Drcks 19/30942, S. 100 u. BT-Drcks 19/31105, S. 9.

²⁶ Siehe für eine Falllösung und ausführliche Streitdarstellung zu diesem Problem *Saenger/Wackerbeck*, JA 2006, 771 ff.

²⁷ So *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Auflage 2023, § 19 Rn. 90 f.

²⁸ *Ebenroth/Boujong/von Selle*, HGB, 5. Aufl. 2024, § 176 Rn. 16 (mwN); *Henssler/Strohn/Gummert*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 176 Rn. 25 (mwN); *Stabel*, JuS 2024, 205 (206).

²⁹ *Hopt/Roth*, HGB, 43. Aufl. 2024, § 176 Rn. 1 mit Verweis auf *Hopt/Merkt*, HGB, 43. Aufl. 2024, § 15 Rn. 8.

§ 176 HGB beabsichtigte Vertrauensschutz des Geschäftsverkehrs. Geht eine Person eine Verbindlichkeit mit einer Personengesellschaft ein, so darf dieser aufgrund des Grundsatzes der unbeschränkten Haftung im Personengesellschaftsrecht von einer persönlichen Haftung aller Gesellschafter ausgehen. Möchte ein Gesellschafter als Kommanditist auftreten, erlangt dieser das Privileg der Haftungsbeschränkung erst in dem Zeitpunkt, in welchem dies dem Geschäftsverkehr gegenüber publik gemacht wird. Dies bedeutet allerdings, dass der Rechtsverkehr mit der Kenntnis über die Kommanditistenstellung insoweit nicht mehr schutzwürdig ist und eine beschränkte Haftung damit gerechtfertigt erscheint.

dd) Rechtsfolge

Ist der Tatbestand des § 176 Abs. 1 HGB gegeben, haftet der Kommanditist gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, mithin gemäß § 126 S. 1 HGB.

b) § 176 Abs. 2 HGB

Nennenswerte Änderungen ergeben sich aus der sprachlichen Anpassung des § 176 Abs. 2 HGB wiederum nicht. Zu beachten ist allerdings, dass die fehlende Zustimmung des Kommanditisten im Rahmen des § 176 Abs. 2 HGB einer persönlichen Haftung nicht im Wege steht. Zwar ließe die in § 176 Abs. 2 HGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB das Erfordernis einer Zustimmung zu. Nach herrschender Meinung bedarf es jedoch richtigerweise keiner Zustimmung des eintretenden Gesellschafters.³⁰ Eine andere Sichtweise führte nämlich dazu, dass die sich mitten im Geschäftsbetrieb befindende Gesellschaft ihre laufende Tätigkeit solange einstellen müsste, bis der Gesellschafter der Fortführung der Geschäfte zugestimmt hat. Dies stünde im klaren Widerspruch zur Schnelligkeit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs und wäre damit nicht mit den bezweckten Schutzzweck des HGB vereinbar. Im Übrigen ist diese Sichtweise auch nicht unbillig, da der Eintritt in die Gesellschaft durch die Handelsregistereintragung aufschiebend bedingt werden kann (§ 158 Abs. 1 BGB).

VI. Fazit

Wenngleich die Modifikationen im Recht der OHG und KG nicht dieselbe Tragweite wie die Änderungen im GbR-Recht der §§ 705 ff. BGB haben, sollte sich jeder Jurastudierende auch mit den Anpassungen in den §§ 105 ff., 161 ff. HGB befassen. Hierzu gehört es insbesondere die neuen Verortungen der examensrelevanten Vorschriften zu verinnerlichen, etwaig zulässige Normenkommentierungen zu korrigieren und sich den teilweise neugefassten Wortlaut bestimmter Vorschriften zu gegenwärtigen. Wer etwa im Rahmen des § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB weiterhin von „Einlage“ spricht, muss sich den Vorwurf gefallen lassen, nicht mit dem Gesetz gearbeitet zu haben und mit vermeidbaren

³⁰ Koch/Ceesay, Personengesellschaftsrecht, 1. Auflage 2024, § 176 Rn. 42 (mwN); Saenger, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 372; Stabel, JuS 2024, 205 (209).

Punktabzügen rechnen. Gleiches gilt für die Änderung der Rechtsfähigkeitsvorschrift, die nunmehr in § 105 Abs. 2 HGB (ggf. *ivm* § 161 Abs. 2 HGB) geregelt ist.