

Wiss. Mitarbeiter Dr. Oliver Mörsdorf

Institut für IPR und Rechtsvergleichung der Universität Bonn
Adenauerallee 24-42 (Ostturm), Zimmer 312, 53113 Bonn
Tel.: 0228/737979 • Fax: 0228/737980
Email: oliver.moersdorf@uni-bonn.de

Vorlesung Privatrecht II (Wirtschaftsrecht) Teil 2 - Gesellschaftsrecht

(Stand: September 2007)

Inhaltsverzeichnis

I. Literatur	5
II. Einführung	6
1. Grundsätzlich für alle Gesellschaftsformen zu klärende Fragen.....	6
a) Rechtsfähigkeit.....	6
b) Verselbständigung der Mitgliedschaft	7
c) Haftungsfragen.....	7
d) Fragen der Geschäftsführung und Vertretung.....	8
2. Körperschaften und Personengesellschaften.....	8
III. Kurzübersicht über die Gesellschaftsformen.....	12
IV. Körperschaften	14
1. Der Verein	14
a) Der Verein und seine Organe	14
aa) Mitgliederversammlung	15
bb) Vorstand	15
b) Rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein.....	16
aa) Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (e.V.).....	16
bb) Der rechtsfähige Wirtschaftsverein.....	16
cc) Der nichtrechtsfähige Verein.....	17
2. Die Aktiengesellschaft (AG)	17
a) Allgemeines.....	17
b) Funktion und Bedeutung.....	18
c) Strukturmerkmale.....	18
aa) Körperschaft	18
bb) Kapitalgesellschaft	19
cc) Formkaufmann	19
d) Entstehung der AG	19
aa) Formwechsel.....	19
bb) Gründung	20
e) Organisation der AG	21
aa) Mitgliedschaft in der AG – Rechtsstellung der Aktionäre	21
(1) Rechte der Aktionäre	21
(a) Mitverwaltungsrechte	21
(b) Vermögensrechte	22
(2) Pflichten der Aktionäre.....	22
bb) Die Organe der AG	23
(1) Vorstand.....	23
(2) Aufsichtsrat.....	24
(3) Hauptversammlung.....	24
f) Übersicht zur Unternehmensmitbestimmung	25
g) Die Finanzverfassung der Aktiengesellschaft.....	26
aa) Kapitalaufbringung	26
bb) Kapitalerhaltung.....	27
cc) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung	27
h) Die AG im Unternehmensverbund	28
aa) Faktischer Konzern.....	29
bb) Vertragskonzern.....	30
cc) Problem: Qualifiziert–faktische Nachteilszufügung	31
dd) Eingliederungskonzern.....	32

ee) Letzter Schritt: Verschmelzung.....	33
i) Die Europäische Aktiengesellschaft (SE).....	33
3. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).....	34
a) Allgemeines.....	34
b) Funktion und Bedeutung.....	34
c) Strukturmerkmale.....	35
aa) Körperschaft.....	35
bb) Kapitalgesellschaft.....	36
cc) Formkaufmann.....	36
d) Gründung der GmbH.....	36
e) Organisation der GmbH.....	37
aa) Rechte und Pflichten der Gesellschafter.....	37
bb) Die Organe der GmbH.....	38
(1) Geschäftsführer.....	38
(2) Gesellschafterversammlung.....	39
f) Die Finanzverfassung der GmbH.....	39
aa) Kapitalaufbringung.....	39
(1) Allgemeines.....	39
(2) Sonderproblem: Vorbelastungshaftung.....	40
bb) Kapitalerhaltung.....	41
cc) Eigenkapitalersetzende Darlehen.....	43
dd) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung.....	44
g) Die GmbH im Unternehmensverbund.....	44
V. Personengesellschaften.....	45
1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).....	45
a) Allgemeines.....	45
b) Funktion und Bedeutung.....	45
c) Unterscheidung zwischen Außen-GbR und Innen-GbR.....	47
d) Strukturmerkmale.....	47
aa) Personengesellschaft.....	47
bb) Fehlende Kaufmannseigenschaft.....	49
e) Gründung und Beendigung der GbR.....	49
aa) Gründung.....	49
bb) Beendigung.....	49
(1) Auflösung.....	50
(2) Auseinandersetzung (Liquidation).....	51
f) Rechte und Pflichten der Gesellschafter.....	51
aa) Rechte der Gesellschafter.....	51
bb) Pflichten der Gesellschafter.....	51
g) Organisation der GbR.....	52
aa) Geschäftsführung.....	52
bb) Vertretung.....	53
h) Haftung der GbR und der Gesellschafter.....	53
aa) Haftung der GbR.....	53
bb) Haftung der Gesellschafter.....	54
2. Offene Handelsgesellschaft (oHG).....	55
a) Allgemeines.....	55
b) Funktion und Bedeutung.....	55
c) Strukturmerkmale.....	55
aa) Personengesellschaft.....	55

bb) Kaufmann.....	56
d) Gründung und Beendigung der oHG	56
aa) Gründung	56
bb) Beendigung	57
e) Rechte und Pflichten der Gesellschafter	57
f) Organisation der oHG	58
aa) Geschäftsführung.....	58
bb) Vertretung	58
g) Haftung.....	59
3. Kommanditgesellschaft (KG).....	60
a) Allgemeines.....	60
b) Funktion und Bedeutung.....	60
c) Strukturmerkmale.....	62
aa) Personengesellschaft.....	62
bb) Kaufmann.....	62
d) Gründung und Beendigung der Gesellschaft	62
e) Rechte und Pflichten der Gesellschafter	63
f) Geschäftsführung und Vertretung in der KG.....	63
g) Haftung der KG und der Gesellschafter.....	64
aa) Haftung der KG und der Komplementäre	64
bb) Haftung der Kommanditisten.....	64
(1) Allgemeine Regelung	64
(2) Rechtsscheinhaftung vor Eintragung	66
(3) Haftungssystem der KG im Überblick	67
4. GmbH & Co. KG.....	67
a) Allgemeines.....	67
b) Funktion und Bedeutung.....	68
c) Zulässigkeit der GmbH & Co. KG	68
d) Geschäftsführung, Vertretung und Haftung.....	69
e) Kapitalbindung in der GmbH & Co. KG	70
aa) Kapitalaufbringung.....	70
bb) Kapitalerhaltung.....	71

I. Literatur

Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002, 1964 Seiten, Preis: 98,- Euro

=> sehr ausführliches Lehrbuch für Juristen mit umfangreicher Darstellung vieler Detailfragen, gut verständlich geschrieben; Darstellung meist anhand von Beispielen; für Wirtschaftswissenschaftler wegen des Umfangs nur bei dem Wunsch zu wirklich vertiefter Bearbeitung einzelner Fragen zu empfehlen.

Barbara Grunewald, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, 2005, 436 Seiten, Preis: 25,- Euro

=> mittelgroßes Lehrbuch für Juristen; das Buch ist weniger ausführlich als das erstgenannte Werk von Karsten Schmidt, enthält aber dennoch über die Grundlagen hinaus viele Details; für Wirtschaftswissenschaftler ist das Buch geeignet, wenn der Wunsch besteht, in die juristische Dogmatik einzusteigen, ohne sich darin allzu sehr zu vertiefen.

Eugen Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 14. Auflage, 2006, 376 Seiten, Preis: 20 Euro

=> einfaches Lehrbuch für Juristen und Wirtschaftswissenschaftler, das sich im wesentlichen auf die Grundlagen beschränkt und keine tief greifenden Ausführungen zu dogmatischen Fragen enthält; es enthält jedoch viele Übersichten und Graphiken; das Buch ist für diejenigen gut geeignet, die etwas über den Tellerrand der für Wirtschaftswissenschaftler unverzichtbaren Grundlagen hinausschauen, dabei aber nicht gleich zu einem rechtsdogmatischen Lehrbuch greifen wollen.

Peter Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 2007, 402 Seiten, Preis: 24,50 Euro

=> siehe dazu Teil 1 – Handelsrecht

Brunhilde Steckler, Kompendium Wirtschaftsrecht, 7. Auflage, 2007, 524 Seiten, Preis: 26,- Euro

=> siehe dazu Teil 1 – Handelsrecht; durch Erfassung des gesamten Wirtschaftsrechts in einem Buch ist die Darstellung des Gesellschaftsrechts deutlich kürzer als in der Spezialliteratur zum Gesellschaftsrecht; der Inhalt ist aber für die Zwecke der Klausur völlig ausreichend.

Peter Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 10. Auflage, 2007, 561 Seiten, Preis: 29,90 Euro

=> siehe dazu Teil 1 – Handelsrecht; ansonsten gilt das Gleiche wie für das vorgenannte Buch von Steckler.

Zu den übrigen Lehrbüchern zum Wirtschaftsprivatrecht vgl. die Angaben oben im Teil 1 – Handelsrecht.

II. Einführung*

Als Gesellschaften werden (vertragliche) Zusammenschlüsse mehrerer Personen zu einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung bezeichnet. Die gemeinschaftliche Zweckverfolgung ermöglicht den beteiligten Personen eine Bündelung ihrer Ressourcen Kapital und Arbeit, so dass auch größere wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Projekte in Angriff genommen werden können. Die verschiedenen Arten von Gesellschaften, die das Gesetz zur Verfügung stellt, unterliegen einem **Numerus Clausus der Gesellschaftsformen**, d.h. die Arten von Gesellschaftstypen werden im Gesetz abschließend bestimmt. Die Gründungsgesellschafter können keine neuen Gesellschaftsformen „erfinden“, sondern müssen sich für ihre Zwecke der im Gesetz vorgesehenen Typen bedienen. Allerdings sind die Einschränkungen, die den Gründern von Gesellschaften hieraus erwachsen, weniger strikt, als dies auf den ersten Blick den Anschein hat, da die gesetzlichen Regelungen den Gesellschaftern hinsichtlich der meisten Gesellschaftsformen ausreichend Raum belassen, die rechtlichen Verhältnisse ihrer Gesellschaft im Rahmen des Gesellschaftsvertrages (bzw. der Satzung) ihren jeweiligen Bedürfnissen anzupassen. Eine Ausnahme besteht diesbezüglich nur bei der Aktiengesellschaft, wo von der gesetzlichen Regelung abweichende Satzungsregelungen nur dann möglich sind, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. §23 V AktG – Prinzip der Satzungsstrenge).

1. Grundsätzlich für alle Gesellschaftsformen zu klärende Fragen

Im Bereich des Gesellschaftsrechts stellen sich dem Rechtsanwender eigentlich immer dieselben rechtlichen Fragen – die für die jeweiligen Gesellschaftsformen teilweise unterschiedlich zu beantworten sind. Es handelt sich hierbei um die Frage nach der Rechtsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaftsform, nach der Verselbständigung der Mitgliedschaft, nach den Haftungsverhältnissen und schließlich um die Frage nach der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

a) Rechtsfähigkeit

Vorab ist stets zu klären, ob es sich bei einer bestimmten Gesellschaftsform um ein eigenes Rechtssubjekt handelt, das selbständig Rechte erwerben und Verpflichtungen begründen kann, das klagen und verklagt werden kann, oder ob sich diese Gesellschaftsform nur als Agglomeration ihrer Einzelmitglieder (der Gesellschafter) darstellt?

Beispiel: Gehört der LKW des gemeinsamen Fuhrunternehmens der Einzelpersonen Schmitt, Schulze und Meyer der von ihnen gegründeten Gesellschaft selbst (oHG, GmbH etc.), oder – ggf. als Sondervermögen – allen Gesellschaftern gemeinschaftlich (zur gesamten Hand)?

Zur **Vollrechtsfähigkeit** gehören in der Regel neben der Möglichkeit, Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen noch zahlreiche weitere Elemente, insbesondere die Parteifähigkeit (Möglichkeit unter eigener Firma vor dem Gericht zu klagen und verklagt zu werden) und die Grundbuchfähigkeit (Fähigkeit im Grundbuch als Eigentümer und Inhaber

* Allgemeine Ausführungen zum Gesellschaftsrecht finden sich sehr ausführlich bei *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 1 bis 21 (S. 3-652), knapp bei *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, §§ 1-2 (S. 1-9); *Kindler*, Grundkurs Handels- und GesR, § 9 (S. 189-201); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G. (S. 307-310); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 17 (S. 398-406).

von sonstigen dinglichen Rechten an Grundstücken eingetragen zu sein). Fehlt es an einem oder mehreren dieser Elemente, spricht man auch von **Teilrechtsfähigkeit**.

b) Verselbständigung der Mitgliedschaft

Anknüpfend an die Frage der Rechtsfähigkeit stellt sich die weitergehende Frage, wie weit der Prozess der Verselbständigung der Gesellschaft als Rechtsträger (und damit auch die Mitgliedschaft an diesem Rechtsträger) gegenüber den Gesellschaftern fortgeschritten ist. Der Grad der jeweiligen Verselbständigung lässt sich aus unterschiedlichen Einzel Tatsachen herleiten.

Gegen eine weitgehende Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern spricht es jedenfalls, wenn bereits die Existenz der Gesellschaft als Rechtssubjekt vom Fortbestand ihrer ursprünglichen personellen Zusammensetzung abhängig ist (so z.B. die gesetzliche Regelung für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wonach die Gesellschaft bei Tod, Kündigung oder Insolvenz eines Gesellschafters automatisch erlischt, vgl. §§ 723 I, 727, 728 I BGB). Ist dagegen der Fortbestand der Gesellschaft auch bei wechselndem Gesellschafterbestand gewährleistet, wie etwa bei den Körperschaften oder beim gesetzlichen Modell für die Personenhandelsgesellschaften, so lässt sich zumindest ein gewisser Grad an Verselbständigung ausmachen.

In letzterem Fall stellt sich jedoch die Frage, auf welche Weise ein Gesellschafterwechsel bewerkstelligt werden kann, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil an Dritte veräußern möchte. Der einzelne Gesellschafter kann nämlich aus unterschiedlichen Gründen, nicht zuletzt um seine Ressourcen einem anderen, mehr Erfolg versprechenden Unternehmen zur Verfügung zu stellen, ein Interesse daran haben, sich von seiner Investition möglichst reibungslos wieder zu trennen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu klären, ob der Eintritt des Dritten in die Gesellschafterstellung des ausscheidungswilligen Gesellschafters nur über ein getrenntes Ein- und Ausscheiden von altem und neuem Gesellschafter oder – in einem Akt – im Wege der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils von dem alten auf den neuen Gesellschafter erfolgen kann und ob der Gesellschafterwechsel der Zustimmung aller oder jedenfalls der Mehrheit der verbleibenden Gesellschafter bedarf. Je unkomplizierter sich der Vorgang des Gesellschafterwechsels bei einer bestimmten Gesellschaftsform gestaltet, desto höher ist der Grad an Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern bei dieser Gesellschaftsform fortgeschritten.

c) Haftungsfragen

Ferner ist die Frage zu klären, ob für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur die Gesellschaft selbst oder daneben auch die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen haften. Bei der Frage nach der persönlichen Haftung der Gesellschafter handelt es sich um eine in der Praxis äußerst bedeutsame Frage und zwar sowohl aus Sicht der Gesellschafter als auch aus Sicht der (potentiellen) Gesellschaftsgläubiger (z.B. Banken, Warenlieferanten).

Aus dem Blickwinkel der Gesellschafter handelt es sich in erster Linie um ein **Haftungsrisiko**, wenn sie neben dem eventuellen Verlust der von ihnen in die Gesellschaft eingebrachten Ressourcen (Kapital, aber ggf. auch persönliche Arbeitskraft) im Falle des Scheiterns des gemeinschaftlichen Projekts auch noch mit ihrem Privatvermögen haften und damit unter Umständen „Haus und Hof verlieren“.

Aus dem Blickwinkel der Gesellschaftsgläubiger ist die Frage einer persönlichen Haftung der Gesellschafter dagegen eng mit der Frage ihres eigenen **Ausfallrisikos** im Falle der Insolvenz der Gesellschaft verknüpft. Für die (potentiellen) Gläubiger ist es äußerst wichtig, bereits vor Vertragsschluss mit der Gesellschaft zu wissen, ob sie im Falle der Insolvenz der Gesellschaft neben dem zur Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr ausreichenden Gesellschaftsvermögen noch auf eine zweite Haftungsmasse, nämlich das Privatvermögen der Gesellschafter zugreifen können. Die Beantwortung dieser Frage aus Sicht der Gläubiger schlägt dann schließlich auch wieder auf die Gesellschaft selbst zurück (Stichwort: Kreditfähigkeit).

d) Fragen der Geschäftsführung und Vertretung

Schließen sich mehrere Einzelpersonen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammen, stellt sich schließlich die Frage, wer im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern verbindlich darüber entscheidet, auf welche Weise die von den Gesellschaftern zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks eingebrachten Ressourcen konkret eingesetzt werden. Es handelt sich hierbei um die wichtige Frage, wem die **Geschäftsführung** der Gesellschaft obliegt. Zur Geschäftsführung gehört etwa die Entscheidung über die zukünftige Unternehmensstrategie, die Entwicklung neuer Produkte, aber auch über einzelne Vertragsschlüsse mit Banken, Lieferanten und Kunden. Davon zu trennen und – insbesondere für den Rechtsverkehr (= potentielle Gläubiger der Gesellschaft) – nicht weniger relevant ist die Frage, wem die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis gegenüber Dritten obliegt. Es handelt sich hierbei um die Frage nach der **Vertretungsmacht**.

Geschäftsführung und Vertretung obliegen jeweils bestimmten Gesellschaftern bzw. Organen. Beide Kompetenzen können bei den einzelnen Gesellschaftsformen in derselben Person bzw. demselben Organ zusammenfallen. Dies muss aber nicht so sein. Kann ein bestimmter Gesellschafter oder ein bestimmtes Organ die Gesellschaft im Außenverhältnis wirksam vertreten, darf dies aber im Innenverhältnis nicht, da die Geschäftsführung einem anderen Gesellschafter oder Organ obliegt, so hat dies keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte. Im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft löst ein solches Verhalten aber regelmäßig Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den außerhalb seiner Kompetenz handelnden Gesellschafter bzw. das handelnde Organ aus.

2. Körperschaften und Personengesellschaften

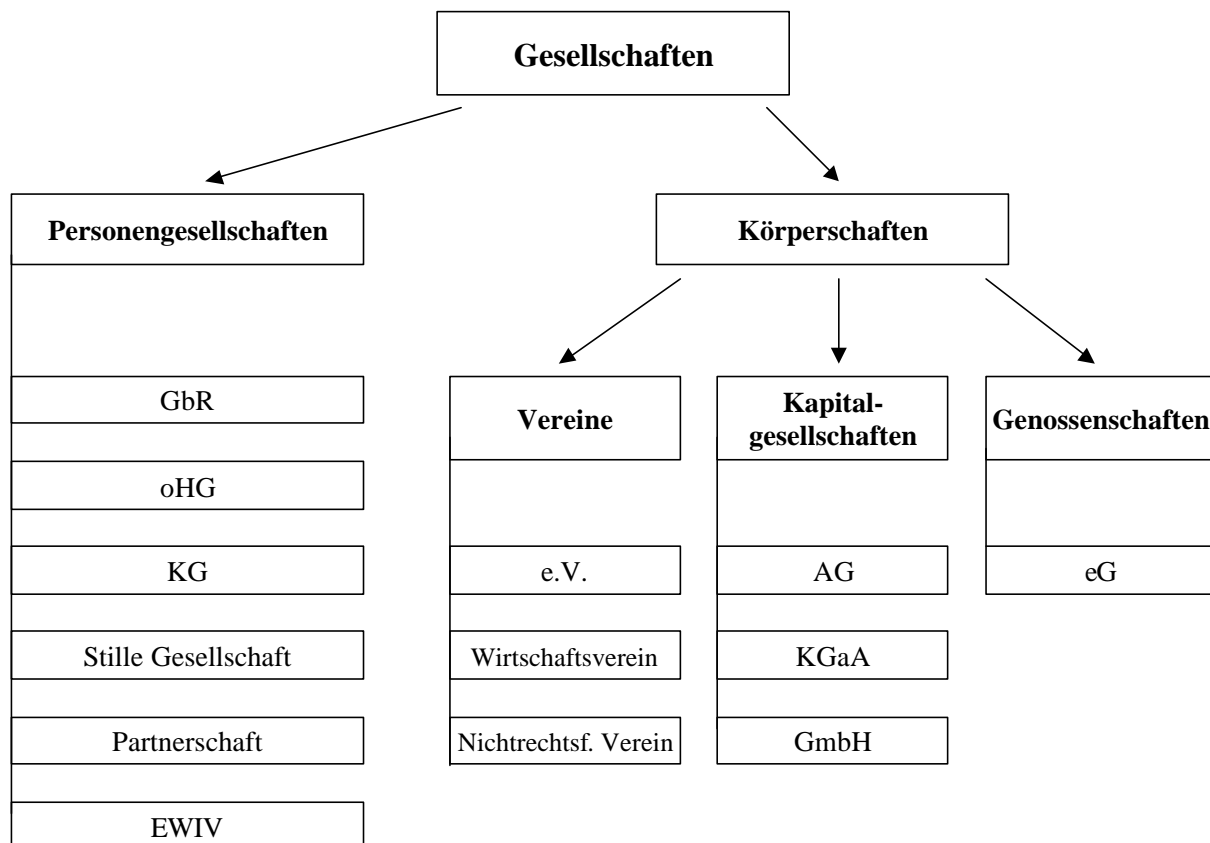
Herkömmlich erfolgt die Einteilung der Gesellschaftsformen in zwei große Gruppen:

- Personengesellschaften
- Körperschaften

Grundform der **Personengesellschaften** ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die in den §§ 705 ff. BGB geregelt ist. Daneben sind vor allem die offene Handelsgesellschaft (oHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) aus dem Rechtsverkehr bekannt. Personengesellschaften sind ferner die stille Gesellschaft, die Partnerschaft und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV).

Grundform der **Körperschaften** ist der in §§ 21 ff. BGB geregelte Verein. Daneben gibt es die auf wirtschaftliche Betätigung ausgelegten Kapitalgesellschaften Aktiengesellschaft (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sowie die eingetragene Genossenschaft (e.G.).

Die wichtigsten Gesellschaftsformen sind in nachfolgender Übersicht zusammengestellt:



Zu diesen rein nationalen Gesellschaftsformen tritt noch die Europäische Aktiengesellschaft (SE = Societas Europaea) als supranationale Rechtsform hinzu (dazu unten S. 33). Sie ist wie die nationale Aktiengesellschaft eine Körperschaft.

Ausgangspunkt der Unterteilung zwischen Personengesellschaften und Körperschaften war die Frage der Rechtsfähigkeit (= Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein):

Die **Körperschaften** sind (mit Ausnahme des nicht rechtsfähigen Vereins) juristische Personen. Die Gesellschaft ist in diesen Fällen selbst Inhaberin (Eigentümerin) des Gesellschaftsvermögens und wird selbst – als juristische Person – berechtigt und verpflichtet (vgl. § 13 I GmbHG, § 1 I 1 AktG, § 17 I GenG). Auch im Grundbuch wird die Gesellschaft als Eigentümerin oder Inhaberin sonstiger Grundstücksrechte eingetragen.

Bei den **Personengesellschaften** wurden traditionell die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft als Träger von Rechten und Pflichten angesehen. Das Gesellschaftsvermögen steht dabei den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu, ist also ein Sondervermögen der Gesellschafter, das von dem sonstigen (Privat-)Vermögen der Gesellschafter getrennt, aber im Gegensatz zu den Körperschaften nicht als juristische Person verselbständigt ist. Diese Sichtweise ist heute überholt.

Zunächst können bereits nach der gesetzlichen Regelung des § 124 HGB die Personenhandelsgesellschaften des HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken

erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden. Diese Gesellschaften wurden daher auch schon bisher im Hinblick auf § 124 HGB als zumindest teilrechtsfähig angesehen.

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 29.1.2001¹ seine Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geändert. Nach diesem neuen Urteil besitzt nunmehr auch die (Außen)-GbR² Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (vgl. dazu nachfolgend S. 47 f.). Auch wenn demnach weiterhin gewisse Unterschiede zwischen Körperschaften und Personengesellschaften in der Frage der Rechtsfähigkeit bestehen (z.B. ist die „Grundbuchfähigkeit“ der GbR noch nicht allgemein anerkannt), so ist die Rechtsfähigkeit nach dieser Neuorientierung der Rechtsprechung nunmehr nicht mehr das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von Körperschaften und Personengesellschaften.

Körperschaften und Personengesellschaften unterscheiden sich jedoch zumindest in ihrer gesetzlichen Grundkonzeption weiterhin dadurch, dass die Körperschaften als Rechtsträger in weit stärkerem Maße gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt sind als die Personengesellschaften. Dies lässt sich am Besten anhand des gesetzgeberischen Leitbilds der beiden gesellschaftsrechtlichen Grundtypen erklären. Während Körperschaften als gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigte Rechtsträger geradezu auf einen wechselnden Mitgliederbestand ausgerichtet sind, was sich u.a. in der einfachen Übertragbarkeit der Anteile und der Möglichkeit der Gründung von Gesellschaften mit nur einem einzigen Gesellschafter (Ein-Mann-Gesellschaft) manifestiert, basiert die typische Personengesellschaft auf dem gegenseitigen Vertrauen ihrer Mitglieder, die sich gerade im Hinblick auf die jeweils anderen Gesellschafter zur gemeinsamen Zweckverfolgung zusammengeschlossen haben. Änderungen in der personellen Struktur sind daher bei den Personengesellschaften nach der gesetzlichen Grundkonzeption nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Zwar führen seit der Reform des § 131 III HGB der Tod, die Kündigung oder die Insolvenz eines Gesellschafters nicht mehr bei allen Personengesellschaften, sondern nur noch bei der GbR automatisch zur Auflösung der Gesellschaft (vgl. §§ 723 I, 727, 728 I BGB). Gleichwohl erfordert ein Gesellschafterwechsel bei den Personengesellschaften nach wie vor grundsätzlich neben dem Ausscheiden des alten Gesellschafters eine Änderung des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich des Eintritts des neuen Gesellschafters, dem darüber hinaus sämtliche Gesellschafter zustimmen müssen. Eine einfache rechtsgeschäftliche Übertragung der Gesellschaftsanteile von dem alten auf den neuen Gesellschafter ist dagegen nur bei entsprechender Regelung im Gesellschaftsvertrag möglich. Der schwächere Grad der Verselbständigung der Personengesellschaften gegenüber ihren Mitgliedern manifestiert sich schließlich auch darin, dass es Personengesellschaften mit nur einem Gesellschafter nicht gibt.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Gesellschaften besteht in der Frage der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Bei den Körperschaften haftet nur die Gesellschaft selbst gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. § 13 II GmbHG, § 1 I 2 AktG, § 2 GenG). Wird z.B. ein Vertrag zwischen einem Gläubiger und der Körperschaft geschlossen, kann der Gläubiger für die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag auch nur die Gesellschaft und ihr Vermögen in Anspruch nehmen. Bei den **Personengesellschaften** besteht dagegen neben der Haftung der Gesellschaft kumulativ eine **persönliche Haftung der Gesellschafter** für die

¹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993.

² Zur Unterscheidung von Außen- und Innengesellschaft vgl. nachfolgend S. 47.

Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen und dies – mit Ausnahme des Kommanditisten – auch unbeschränkt. Schließt ein Gläubiger also einen Vertrag mit einer GbR, einer oHG oder KG, kann er zu seiner Befriedigung nicht nur auf das Gesellschaftsvermögen, sondern auch auf das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter zurückgreifen.

Allerdings sind die Gläubiger auch bei den auf wirtschaftliche Betätigung angelegten Körperschaften (AG und GmbH) keineswegs schutzlos gestellt. Vielmehr wird der Schutz der Gläubiger bei diesen Gesellschaften durch spezielle gesetzliche Regelungen zur Sicherung der Aufbringung und Erhaltung eines garantierten Kapitals gewährleistet (**Kapitalbindung**). Dieses Kapital darf nicht durch beliebige Vermögensentnahmen der Gesellschafter angetastet werden und dient damit praktisch als finanzielles „Sicherheitspolster“ zur Vermeidung einer Insolvenz der Gesellschaft. Im Hinblick auf diese Kapitalbindung werden die AG und die GmbH als **Kapitalgesellschaften** bezeichnet.

Merke: Man kann sich die unterschiedliche Wirkungsweise des Gläubigerschutzes bei den Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften wie folgt veranschaulichen: Während die Gläubiger bei den Personengesellschaften im Falle der Insolvenz durch die persönliche Haftung der Gesellschafter nachträglich geschützt werden (Ex-Post-Schutz), dient die Kapitalbindung bei den Kapitalgesellschaften dazu, das Risiko einer Insolvenz bereits im Vorfeld zu minimieren (Ex-Ante-Schutz). Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Gläubiger bei den Kapitalgesellschaften nur vor einer Verringerung des garantierten Kapitals durch Entnahmen der Gesellschafter, keineswegs aber vor einer Verringerung des Kapitals durch Verluste der Gesellschaft geschützt sind.

Schließlich unterscheiden sich Körperschaften und Personengesellschaften auch hinsichtlich der Frage der Geschäftsführung und Vertretung. Während diese Aufgaben in der Personengesellschaft notwendigerweise von den Gesellschaftern selbst wahrgenommen werden müssen (**Selbstorganschaft**), besteht bei den Körperschaften eine Trennung dieser Kompetenzen von der Gesellschafterstellung. Geschäftsführung und Vertretung werden hier durch besondere Organe (z.B. Vorstand, Aufsichtsrat, Geschäftsführer) wahrgenommen (**Fremdorganschaft**). Zwar ist es ohne weiteres möglich, auch einen Gesellschafter zum Organmitglied zu bestimmen. Ein Aktionär kann also zum Vorstand einer AG bestellt werden oder ein GmbH-Gesellschafter kann zugleich Geschäftsführer der GmbH sein. Dies muss aber, anders als bei den Personengesellschaften, nicht zwangsläufig so sein, sondern es kann vielmehr auch eine gesellschaftsfremde Person Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer sein.

Eine kurze Beschreibung der verschiedenen Gesellschaftsformen findet sich in der umseitigen Kurzübersicht. Die praktisch wichtigsten Gesellschaftsformen werden im Anschluss daran ausführlicher besprochen.

III. Kurzübersicht über die Gesellschaftsformen

Personengesellschaften			
Gesellschaft bürgerlichen Rechts	GbR	§§ 705 ff. BGB	Die Gesellschafter verpflichten sich durch Gesellschaftsvertrag zur Förderung eines beliebigen <i>gemeinsamen Zwecks</i> , der <i>nicht</i> auf den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 II HGB gerichtet ist (sonst wird die GbR zur oHG). Alle Gesellschafter <u>haften</u> für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Grundsatz persönlich und unbeschränkt.
offene Handelsgesellschaft	oHG	§§ 105 ff. HGB, §§ 705 ff. BGB	Der Gesellschaftsvertrag ist auf den Betrieb eines <i>Handelsgeschäfts</i> unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Alle Gesellschafter <u>haften</u> für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Grundsatz persönlich und unbeschränkt.
Kommanditgesellschaft	KG	§§ 161 ff. HGB, §§ 105 ff. HGB, §§ 705 ff. BGB	Der Gesellschaftsvertrag ist auf den Betrieb eines <i>Handelsgeschäfts</i> unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Es gibt zwei Gruppen von Gesellschaftern: Die Komplementäre <u>haften</u> für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich, die Kommanditisten nur bis zur Höhe ihrer Haftsumme („Einlage“).
GmbH & Co. KG		s.o. KG + GmbHG	Sonderform der KG, bei der die Stelle des Komplementärs von einer GmbH eingenommen wird. Da die GmbH zwar unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der KG haftet, ihrerseits aber haftungsbeschränkt ist (s.u.), ist die GmbH & Co. KG <i>letztlich eine Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkung</i> .
Partnerschaftsgesellschaft	PartG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG)	In der Partnerschaftsgesellschaft können sich <i>Angehörige freier Berufe</i> (Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten etc.) zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Die <u>Haftung</u> für berufliche Fehler ist auf die Partner beschränkt, die den Auftrag bearbeitet haben.
Stille Gesellschaft		§§ 230 ff. HGB	Die stille Gesellschaft ist eine vermögensmäßige <i>Beteiligung am Handelsgewerbe</i> eines anderen. Der stille Gesellschafter leistet seine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers und erhält dafür eine Gewinnbeteiligung. Die stille Gesellschaft tritt nicht nach außen im Rechtsverkehr auf (Innengesellschaft).
Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung	EWIV	EWIV-Verordnung (EG) und EWIV-Ausführungsgesetz (D)	Die EWIV ist eine <i>europarechtliche Gesellschaft</i> mit Mitgliedern in mindestens zwei EU-Staaten. Sie soll die Kooperation über die nationalen Grenzen hinweg erleichtern und fördern, aber nicht selbst Unternehmensträger sein. Sie ist eine <i>rechtsfähige Personengesellschaft</i> , die allerdings wegen der persönlichen Haftung ihrer Mitglieder in der Praxis selten vorkommt.

Körperschaften			
Verein	e.V.	§§ 21 ff. BGB	Zusammenschluss von Personen, der auf einen beliebigen Zweck gerichtet ist und Rechtsfähigkeit durch die Eintragung im Vereinsregister erhält. Der Zweck darf beim e.V. allerdings nicht in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bestehen (§ 21 BGB).
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	GmbH	GmbHG, §§ 21 ff. BGB	Die GmbH kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Sie entsteht als juristische Person durch die Eintragung im Handelsregister. Den Gläubigern haftet nur die Gesellschaft. Die Gesellschafter sind mit Stammeinlagen am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt.
Aktien-gesellschaft	AG	§§ 1 ff. AktG	Die AG kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Sie entsteht als juristische Person durch die Eintragung im Handelsregister. Den Gläubigern haftet nur die Gesellschaft. Das Grundkapital ist in Aktien zerlegt, mit denen die Aktionäre am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind.
Kommandit-gesellschaft auf Aktien	KGaA	§§ 278 ff. AktG	Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (juristische Person), bei der mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich haftet (Komplementär) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre).
Genossenschaft	eG	GenG	Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezweckt.
Europäische Aktien-gesellschaft	SE	SE-Verordnung (EG), SE-Richtlinie (EG), nationales Ausführungsgesetz	Die SE ist eine europarechtliche Gesellschaft, die seit dem 8. 10. 2004 grenzüberschreitend durch Gesellschaften in mindestens zwei EG-Staaten gegründet werden kann. Eine Sitzverlegung von einem Staat in den anderen ist möglich. Durch den partiellen Verweis der SE-Verordnung auf nationales Recht und durch die teilweise unterschiedlichen nationalen Ausführungsgesetze handelt es sich nicht um eine in allen EG-Staaten vollkommen einheitliche Rechtsform.

IV. Körperschaften

Üblicherweise werden in Lehrbüchern zunächst die Personengesellschaften (beginnend mit der GbR) und im Anschluss daran die Körperschaften behandelt. Diese Reihenfolge soll hier umgekehrt werden, weil die Körperschaften aufgrund ihrer weitergehenden rechtlichen Selbstständigkeit (juristische Person)³ von der Struktur her einfacher zu erfassen sind.

1. Der Verein*

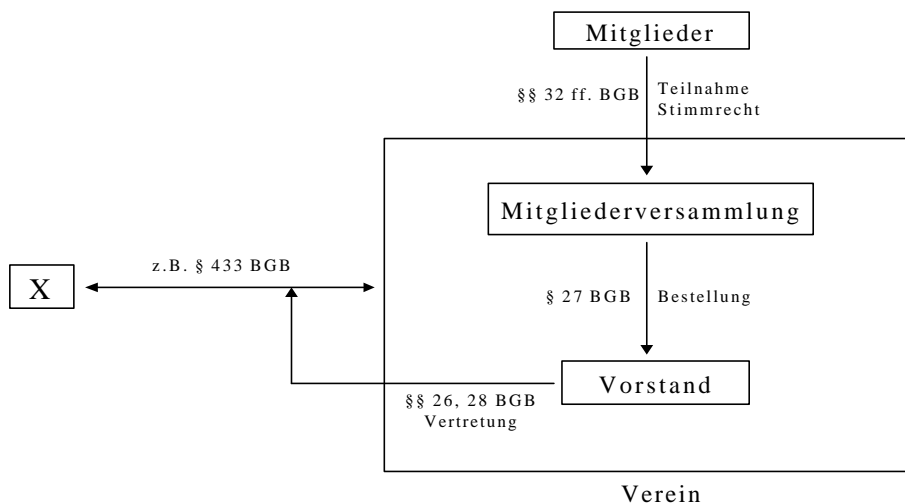
Der Verein ist die Urform privatrechtlicher Körperschaften. Er ist ein auf Dauer angelegter, körperschaftlich organisierter Zusammenschluss von Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Die körperschaftliche Organisation zeichnet sich durch vier Merkmale aus:

- Rechtsfähigkeit
- Unabhängigkeit des Vereins von der Identität seiner Mitglieder
- Keine persönliche Haftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten des Vereins
- Vertretung und (sekundär) Geschäftsführung durch den Vorstand (Fremdorganschaft)

Die gesetzlichen Regelungen zum Verein finden sich in den §§ 21 – 79 BGB. Darüber hinaus sind die Rechtsverhältnisse eines konkreten Vereins in der von den Mitgliedern beschlossenen **Satzung** geregelt. Die gesetzlichen Regelungen des BGB zum Verein können jedoch nur in dem durch § 40 BGB vorgegebenen Umfang durch die Satzung modifiziert werden. Gesetzliche Vorschriften, die in dieser Vorschrift nicht genannt werden, sind zwingend und werden „satzungsfest“ genannt.

a) Der Verein und seine Organe

Die Organisationsstruktur des Vereins wird durch das nachfolgende Schaubild veranschaulicht:



³ Auch wenn der GbR mittlerweile von der Rechtsprechung Rechtsfähigkeit zugesprochen wird, ist diese doch auf den Fall beschränkt, dass die Gesellschaft nach außen hin am Rechtsverkehr teilnimmt.

* Zum Vereinsrecht vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 23-25 (S. 659 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 2. A. (S. 181 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 2.1. (S. 340).

aa) Mitgliederversammlung

Alle Mitglieder haben nach Maßgabe der §§ 32 ff. BGB das Recht, an der Mitgliederversammlung teilzunehmen und dort ihr Stimmrecht auszuüben. Die Mitgliederversammlung ist das Willensbildungsorgan des Vereins. Die Willensbildung erfolgt durch Beschluss, für den § 32 I 3 BGB grundsätzlich die Zustimmung der „Mehrheit der erschienenen Mitglieder“ verlangt. Höhere Zustimmungserfordernisse gelten indes für Satzungsänderungen (3/4-Mehrheit, vgl. § 33 I 1 BGB) und die Änderung des Vereinszwecks (Einstimmigkeit, vgl. § 33 I 2 BGB).

Die Mitgliederversammlung ist zuständig für Entscheidungen, die die Grundlagen des Vereins betreffen, wie etwa Satzungsänderungen (§ 33 BGB) und die Auflösung des Vereins (§ 44 BGB).⁴ Darüber hinaus entscheidet die Mitgliederversammlung über die Bestellung und Abberufung des Vereinsvorstandes (§ 27 I BGB) und kann diesem Weisungen erteilen (§ 27 III BGB). Durch dieses Weisungsrecht ist die Mitgliederversammlung auch primär zur Geschäftsführung befugt.

bb) Vorstand

Der Verein muss einen Vorstand haben, der aus mehreren Personen bestehen kann (§ 26 I BGB). Er vertritt den Verein gegenüber Dritten gerichtlich und außergerichtlich (§ 26 II BGB). Schließt also der Vorstand im Namen des rechtsfähigen Vereins einen Vertrag, z.B. einen Kaufvertrag, mit einem Dritten (X), dann kommt der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Verein als juristischer Person zustande. Auf Seiten des Vereins ist dabei die Wirksamkeit der Stellvertretung nach §§ 26 II, 28 BGB zu prüfen.

§ 28 I BGB regelt die Abgabe von Willenserklärungen durch den Vorstand (Aktivvertretung) und § 28 II BGB die Empfangnahme von Willenserklärungen durch den Vorstand (Passivvertretung). Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, ist jedes Vorstandsmitglied im Rahmen der Passivvertretung allein vertretungsbefugt. Im Rahmen der Aktivvertretung besteht dagegen nur eine gemeinsame Vertretungsbefugnis. Wegen der Schwerfälligkeit einer solchen Regelung wird hiervon aber zumeist im Rahmen der Satzung abgewichen.

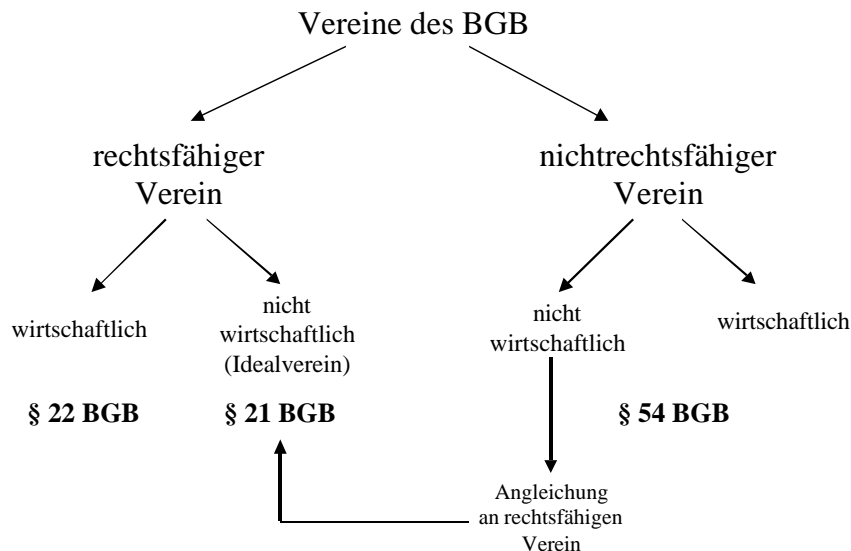
Neben die Haftung aus wirksam im Namen des Vereins eingegangenen Verbindlichkeiten tritt die Haftung des Vereins für **Organverschulden**. Nach § 31 BGB haftet der Verein für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands sowie jeder sonst verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vereins einem Dritten „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ zufügt. Die Vorschrift bezieht sich auf die Verletzung vertraglicher, vorvertraglicher und deliktischer Pflichten. § 31 BGB gibt nicht selbst einen Schadensersatzanspruch, sondern erfordert immer eine weitere Vorschrift, die die Schadensersatzpflicht begründet, z.B. § 823 BGB (deliktischer Anspruch). Die Handlung des Organs wird dem Verein dann im Rahmen dieser Vorschrift wie eine eigene Handlung zugerechnet. Der geschädigte Dritte kann auch ein Mitglied des Vereins sein.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 1 – Bootstransport

⁴ Zu den Aufgaben der Mitgliederversammlung gehört in diesem Fall auch die Bestellung der Liquidatoren (§ 44 BGB).

b) Rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein

Der in §§ 21, 22 BGB geregelte rechtsfähige Verein (juristische Person) ist vom nichtrechtsfähigen Verein abzugrenzen, für den § 54 BGB auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts verweist.



aa) Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (e.V.)

Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (Idealverein) ist die Negation des wirtschaftlichen Vereins: Es handelt sich um einen Verein, der keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezweckt. In der Praxis wird diese Organisationsform meist für Zusammenschlüsse mit *kulturellen, sportlichen oder sozialen Zwecken* eingesetzt (Sportverein, Förderverein, auch verschiedener Berufsgruppen, karitativer Verein). Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist unschädlich, wenn er lediglich eine Nebentätigkeit gegenüber der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit des Vereins darstellt, wie z.B. der Betrieb eines Vereinslokals durch einen Sportverein. Der e.V. wird von mindestens 7 Gründungsmitgliedern (§ 56 BGB) durch Satzung errichtet (§ 25 BGB), er darf nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein und er erlangt seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung (§ 21 BGB). Diese Eintragung in das beim Amtsgericht geführte Vereinsregister (§ 55 BGB) wirkt konstitutiv.⁵ Der Verein führt den Zusatz „eingetragener Verein“ bzw. „e.V.“ (§ 65 BGB).

bb) Der rechtsfähige Wirtschaftsverein

Daneben kennt das deutsche Recht auch den rechtsfähigen Wirtschaftsverein. Seine Gründung ist nicht frei. Er entsteht nicht durch Eintragung im Vereinsregister, sondern entweder durch Spezialgesetz oder in Ermangelung eines Spezialgesetzes gemäß § 22 BGB durch staatliche Verleihung (Konzession). Solche Konzessionen werden nur sehr selten vergeben, weil sich wirtschaftlich tätige Vereinigungen im Grundsatz der dafür vom Gesetz vorgesehenen Rechtsformen bedienen sollen. Diese enthalten jeweils Vorschriften für den Gläubigerschutz, sei es dass sie die persönliche Haftung der Gesellschafter verlangen (Personengesellschaften) oder die Aufbringung eines Mindestkapitals voraussetzen (Kapitalgesellschaften). Diese Gläubigerschutzvorschriften könnten leicht umgangen werden,

⁵ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen vgl. die Ausführungen zum Handelsregister oben Teil 1 – Handelsrecht S. 23 f.

wenn man beliebig rechtsfähige Wirtschaftsvereine gründen könnte, bei denen zwar einerseits als Körperschaft die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, andererseits aber keine Vorschriften für eine Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bestehen. Als Beispiel für einen der wenigen konzessionierten Wirtschaftsvereine ist die Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) zu nennen, die 1958 gemeinsam von Autoren und Verlegern zur Verwaltung von Zweitrechten an Sprachwerken in München gegründet wurde,⁶ sowie die GEMA für Urheberrechte an musikalischen Werken.

cc) Der nichtrechtsfähige Verein

Ist der Verein nicht rechtsfähig, weil er weder im Vereinsregister eingetragen (§ 21 BGB) noch konzessioniert ist (§ 22 BGB), finden auf ihn gemäß § 54 I BGB die Regeln über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) Anwendung (vgl. dazu nachfolgend S. 45 ff.). Die im Namen des Vereins handelnden Personen haften persönlich (§ 54 II BGB).

Diese Regelung ist für **wirtschaftliche Zusammenschlüsse** von Personen angemessen, da sich die Gesellschafter nicht dadurch der persönlichen Haftung entziehen können sollen, dass sie ihre Gesellschaft als Verein organisieren. Für **nicht wirtschaftlich tätige Personenzusammenschlüsse** (insbesondere politische Parteien und Gewerkschaften) wird die Regelung hingegen als unangemessen empfunden und deshalb durch die Rechtsprechung korrigiert. Die harte (Haftungs-)Regelung des § 54 BGB erklärt sich nur historisch als Relikt aus den Zeiten der Sozialistenbekämpfung im Kaiserreich. Die missliebigen politischen Parteien und Gewerkschaften wollten oder konnten die Rechtsform des rechtsfähigen Vereins nicht wählen, weil dieser damals auch im Fall des nichtwirtschaftlichen Vereins nur durch staatliche Konzession entstehen konnte und in der Folge auch einer staatlichen Aufsicht unterlag. Organisierten sich die Mitglieder aber als nichtrechtsfähiger Verein, wurden sie der scharfen Haftung des § 54 BGB unterworfen, was den Zusammenschluss tendenziell hindern sollte. Heute werden auf den nichtrechtsfähigen Verein, soweit er nicht wirtschaftlich tätig ist, nicht die Vorschriften über die GbR, sondern die des e.V. angewendet.⁷

2. Die Aktiengesellschaft (AG)*

a) Allgemeines

Die AG ist in einem eigenen Gesetz, dem **Aktiengesetz (AktG)**, geregelt. Sie ist eine **Körperschaft** (juristische Person) (§ 1 I 1 AktG) und gehört damit rechtssystematisch zur Kategorie der Vereine. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet demnach nur die Gesellschaft, nicht die Aktionäre persönlich (§ 1 I 2 AktG). Die AG haftet wie ein Verein für in ihrem Namen abgeschlossene Geschäfte sowie für Organverschulden gemäß § 31 BGB (vgl. dazu oben S. 15).

Die AG ist darüber hinaus eine **Kapitalgesellschaft**. Das Grundkapital der AG (§ 6 AktG) ist in Aktien zerlegt. Sein Mindestbetrag ist gesetzlich mit 50.000 Euro festgelegt (§ 7 AktG). Die Aktien können gemäß § 8 AktG entweder auf einen bestimmten Betrag lauten

⁶ Informationen zur VG Wort sind im Internet erhältlich unter www.vgwort.de.

⁷ Ausnahmen gelten für Normen, die die Rechtsfähigkeit und Eintragung voraussetzen, z.B. die Publizitätsvorschriften der §§ 68 ff. BGB. Die Grundbuchfähigkeit und die aktive Parteifähigkeit sind streitig.

* Zur Aktiengesellschaft vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 26-32 (S. 755 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 2. C. (S. 229 ff.); *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, § 8 (S. 147 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G. 2.3 (S. 346 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 17.8 (S. 469 ff.).

(*Nennbetragsaktien*) oder einen festen Anteil am Grundkapital repräsentieren (*Stückaktien*). Jede Stückaktie ist im gleichen Umfang am Grundkapital beteiligt. Es kann nur eine Art von Aktien ausgegeben werden. Nach der Art der Übertragung ist zwischen der *Inhaberaktie* und der *Namensaktie* zu unterscheiden. Wird die Übertragung der Namensaktie ausnahmsweise an die Zustimmung der Gesellschaft gem. § 68 II AktG geknüpft, handelt es sich um eine *vinkulierte Namensaktie*. Nach dem Umfang der verbrieften Rechte können Stamm- und Vorzugsaktien unterschieden werden. Die Stammaktien gewähren die gesetzlichen Aktionärsrechte, die Vorzugsaktien gewähren für den Verzicht auf einen Teil dieser gesetzlichen Rechte (insbes. das Stimmrecht) gewisse Vorrechte, z.B. eine Vorausdividende oder eine Dividendennachzahlung für ein dividendenloses Jahr.

b) Funktion und Bedeutung

Die Aktionäre sind in der Praxis meist personenverschieden vom Vorstand. Die Aktiengesellschaft übernimmt damit die volkswirtschaftlich sinnvolle Funktion, das Kapital der Aktionäre mit der Kompetenz (dem Know-how) des Vorstands zusammenzubringen, da die Kapitaleigner oft nicht über die unternehmerische Kompetenz, die Manager nicht über das erforderliche Kapital verfügen. Das gilt zumindest für die Publikumsgesellschaften mit großem Aktionärskreis. Daneben gibt es jedoch auch Aktiengesellschaften, bei denen die Mehrheit von Aktien von einer oder wenigen Personen (z.B. Mitglieder einer Familie) gehalten wird, s. z.B. die Porsche-AG.

Die Bedeutung der AG ist in Deutschland im Vergleich zur GmbH eher gering (Verhältnis 1:185), hat allerdings wegen der Börsenfähigkeit der Anteile im Rahmen des allgemeinen Börsenbooms der letzten Jahre zugenommen. Durch das „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiengesetzes“ wurde 1994 eine Differenzierung zwischen „**kleinen**“ und „**großen**“ **Aktiengesellschaften** eingeführt. Die Unterscheidung hat allerdings nichts mit der Größe der AG zu tun. „Kleine“ AGs sind vielmehr solche mit kleinem Aktionärskreis. Während früher mindestens 5 Personen für die Gründung verlangt wurden, sind seit 1994 Einpersonengründungen zulässig (§ 2 AktG). Für die „kleine“ AG mit beschränktem und bekanntem Aktionärskreis enthält das Gesetz vor allem Regeln zu einer vereinfachten Hauptversammlung (z.B. § 121 IV und VI AktG).

c) Strukturmerkmale

aa) Körperschaft

Die AG ist eine Körperschaft in geradezu idealtypischer Ausprägung. Die körperschaftliche Struktur entspricht der Funktion der AG als Kapitalsammelstelle. Diese Funktion kann die AG nämlich nur deshalb erfüllen, weil der mögliche finanzielle Verlust der Aktionäre auf das eingebrachte Kapital beschränkt ist (Haftungsbeschränkung). Müsste der Aktionär, der an der Unternehmensführung regelmäßig nicht beteiligt ist, befürchten, für die vom Vorstand getätigten Geschäfte unbeschränkt persönlich in Anspruch genommen zu werden, würde er sich vermutlich nicht zu einer Beteiligung durch Zeichnung oder Kauf von Aktien bewegen lassen.⁸ Darüber hinaus ist es vor dem Hintergrund der rein kapitalistischen Beteiligung der Aktionäre unumgänglich, dass sich diese bei Unzufriedenheit mit dem Management, welche sich häufig auch in sinkenden Aktienkursen niederschlägt, möglichst schnell und reibungslos von ihrer Gesellschafterstellung trennen können. Die körperschaftliche Struktur gewährleistet

⁸ Vgl. eingehend zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 150 ff., zum hier angesprochenen Aspekt der Trennung von Kapital und Management insbesondere S. 159 ff.

in diesem Zusammenhang die freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile (Aktien) an Dritte, die bei der AG zudem noch durch die wertpapiermäßige Verbriefung und die Börsenfähigkeit der Anteile erleichtert wird. Schließlich eröffnet die bei den Körperschaften gegebene Möglichkeit, die Leitungsorgane mit gesellschaftsfremden Personen zu besetzen (Fremdorganschaft), erst die rein kapitalistische Beteiligung der Aktionäre bei gleichzeitiger Delegation der Unternehmensführung auf ein externes Management.

bb) Kapitalgesellschaft

Ein weiteres typisches Charakteristikum der AG ist ihre Ausgestaltung als Kapitalgesellschaft. Das Aktienrecht enthält in diesem Zusammenhang spezielle Regeln zur Sicherstellung der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals (vgl. ausführlich zur Finanzverfassung der AG nachfolgend S. 26 ff.). Es handelt sich hierbei um ein im Sinne des Gläubigerschutzes notwendiges Äquivalent für die bei der AG als eine auf wirtschaftliche Betätigung ausgelegte Körperschaft fehlende Haftung der Aktionäre für die Gesellschaftsverbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen.

cc) Formkaufmann

Die AG ist schließlich gemäß § 3 AktG *Formkaufmann*⁹. In der Firma muss die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder die Abkürzung „AG“ enthalten sein¹⁰.

d) Entstehung der AG

Eine AG entsteht entweder durch formwechselnde Umwandlung (kurz: **Formwechsel**) nach den §§ 190 ff. des Umwandlungsgesetzes 1994 (UmwG) oder durch **Gründung**.

aa) Formwechsel

Der Formwechsel (Regelfall)¹¹ ermöglicht es den Gesellschaftern, in einem einzigen Rechtsakt die Rechtsform ihrer Gesellschaft zu wechseln, ohne dass die betroffene Gesellschaft dafür zunächst aufgelöst und dann in der neuen Rechtsform neu gegründet werden müsste. Ein solches Vorgehen würde es nämlich erforderlich machen, sämtliche Vermögensgegenstände der alten Gesellschaft (Sachen, Nutzungsrechte etc.) zunächst im Rahmen der Auflösung/Auseinandersetzung der alten Gesellschaft einzeln auf die Gesellschafter zu übertragen (Einzelrechtsnachfolge) und diese Vermögensgegenstände dann im Rahmen der Neugründung ebenfalls einzeln in die neue Gesellschaft als Einlage einzubringen. Dagegen bedarf es im Falle des Formwechsels überhaupt keiner Übertragung von Vermögensgegenständen, da es sich bei der Gesellschaft alter und neuer Rechtsform um das „gleiche Rechtssubjekt mit anderem organisationsrechtlichem Kleid“ handelt, dem die Vermögensgegenstände nach wie vor zugeordnet sind.

⁹ Zum Kaufmann kraft Rechtsform vgl. oben Teil 1 – Handelsrecht S. 14 f.).

¹⁰ Zum Firmenrecht vgl. oben Teil 1 – Handelsrecht S. 16 ff.).

¹¹ In der Praxis entstehen die meisten AGs nicht im Wege der Gründung, sondern im Wege der formwechselnden Umwandlung. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Rechtsform der AG mit ihren komplexen, auf der Trennung von Kapital und Management beruhenden Regelungsstrukturen nicht auf das zumeist durch geringes Kapital und starke personelle Einbindung der Gründer geprägte Frühstadium eines typischen Unternehmens passt. Für dieses Frühstadium erweisen sich vielmehr die stärker personalistisch geprägten Gesellschaftsformen (Personengesellschaften, ggf. auch GmbH) als weitaus geeigneter. Im weiteren Verlauf der Entwicklung eines Unternehmens kann jedoch ein Bedürfnis für die verstärkte Aufnahme von Eigenkapital wachsen, ohne dass eine Beteiligung der Kapitalgeber an der Unternehmensleitung erwünscht ist. Hierfür stellt nunmehr die AG die geeignete Gesellschaftsform dar, in welche die bestehende Gesellschaft dann im Wege des Formwechsels umgewandelt wird.

bb) Gründung

Im Fall der in der Praxis seltenen Gründung sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

- **Bargründung** (gesetzlicher Regelfall), bei der die von den Aktionären zu leistende Einlage in der Zahlung von Geld besteht
- **Sachgründung**, bei der die von einigen oder mehreren Aktionären zu leistende Einlage in der Einbringung von anderen Vermögensgegenständen besteht (z.B. Einbringung eines Grundstücks, eines KFZ, eines Patents oder nicht selten eines ganzen Unternehmens)

Gründer der Gesellschaft sind die Aktionäre, die die **Satzung** festgestellt haben (§ 28 AktG). Die konkreten Anforderungen an die Satzung sind in § 23 III AktG geregelt. In Deutschland gilt für den Inhalt der Satzung – ganz anders als z.B. in den USA – der **Grundsatz der Satzungsstrenge** (§ 23 V AktG). Dieser besagt, dass die Satzung von den Vorschriften des AktG nur dann abweichen darf, wenn dies im Gesetz ausdrücklich erlaubt ist¹². Der Grundsatz der Satzungsstrenge ist u.a. dem volkswirtschaftlichen Bedürfnis einer leichten Handelbarkeit von Beteiligungen an Aktiengesellschaften geschuldet. Dem Kapitalanleger soll mit der Beteiligung an einer AG ein standardisiertes Anlageprodukt zur Verfügung stehen, bei welchem die Rechte und Pflichten der Aktionäre und die Organisationsstruktur nicht von Gesellschaft zu Gesellschaft unterschiedlich ausgestaltet sind. Andernfalls müsste sich jeder Erwerber von Aktien zuvor im Detail beim Registergericht durch Einsichtnahme in die jeweilige Satzung über die konkreten gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse seines Kaufobjekts informieren, um nachträglich keine unangenehmen Überraschungen zu erleben. Eine derart umständliche Vorgehensweise wäre wiederum mit dem Ziel eines reibungslosen Handels von Aktien unvereinbar.

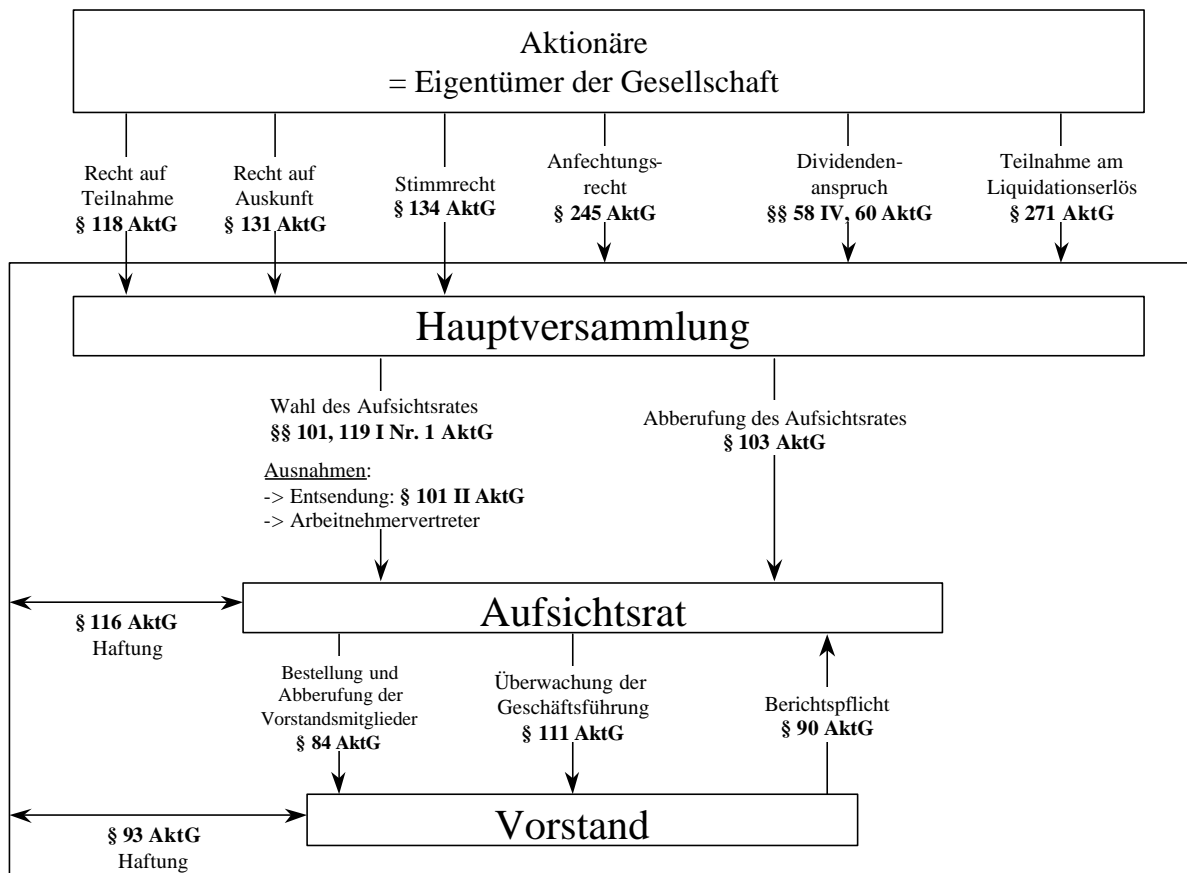
Errichtet ist die Gesellschaft nicht bereits mit der **Feststellung der Satzung** durch die Gründer, sondern erst durch **Übernahme der Aktien** gemäß § 29 AktG (auch „*Zeichnung*“ genannt). Die Übernahme bedeutet allein die Verpflichtung der Gründer zur Leistung der Einlagen und ist nicht zu verwechseln mit der Ausgabe der Aktienurkunden. Auch mit der Übernahme der Aktien ist die AG aber noch nicht als solche, sondern zunächst nur als so genannte **Vorgesellschaft** entstanden¹³. Die „fertige“ AG entsteht dagegen erst mit der **Eintragung im Handelsregister** (§ 41 I AktG), die damit konstitutiv wirkt.¹⁴

¹² S. zum Verein § 40 BGB, der bestimmt, welche Vorschriften dispositiv sind, der Rest ist „satzungsfest“.

¹³ Für das Zwischenstadium der Vorgesellschaft stellen sich bei beiden Kapitalgesellschaften (AG und GmbH) zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit der Haftungsbeschränkung und der Kapitalaufbringung, die wegen der größeren praktischen Relevanz erst im Rahmen der GmbH erläutert werden. Vgl. hierzu nachfolgend S. 40 f.

¹⁴ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Handelsregistereintragungen vgl. die Ausführungen oben Teil 1 – Handelsrecht S. 23 f.

e) Organisation der AG



aa) Mitgliedschaft in der AG – Rechtsstellung der Aktionäre

(1) Rechte der Aktionäre

Die Aktionäre sind die „Eigentümer“ der Gesellschaft. Für ihre Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft (AG) sind zwei verschiedene Arten von Rechten zu unterscheiden:

- Mitverwaltungsrechte
- Vermögensrechte

(a) Mitverwaltungsrechte

Die Aktionäre üben ihren Anteil an der Verwaltung der AG über das Organ Hauptversammlung aus. Im Rahmen der Zuständigkeit der Hauptversammlung treffen die Aktionäre die grundlegenden Entscheidungen für die Gesellschaft und kontrollieren auf diese Weise die aus Vorstand und Aufsichtsrat bestehende Unternehmensführung. In diesem Zusammenhang stehen den Aktionären im Einzelnen folgende Rechte zu:

- das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 AktG)
- das Recht auf Auskunft in der Hauptversammlung (§ 131 AktG)
- das Stimmrecht (§ 134 AktG)
- das Anfechtungsrecht (§ 245 AktG). Als Anfechtungsrecht bezeichnet man die Befugnis, Beschlüsse der Hauptversammlung anfechten zu können, sofern diese entweder gegen Gesetz oder Satzung verstoßen (§ 243 I AktG) oder einem Aktionär (meist dem

Mehrheitsaktionär) einen Sondervorteil verschaffen (§ 243 II AktG). Von dem Anfechtungsrecht machen jedoch in der Praxis gewisse „Berufsaktionäre“ nur deshalb Gebrauch, um sich von der Gesellschaft anschließend die Rücknahme der Anfechtungsklage „abkaufen“ zu lassen. Man spricht dann von einem **Missbrauch des Anfechtungsrechts**.

(b) Vermögensrechte

Das wichtigste Vermögensrecht des Aktionärs ist der **Dividendenanspruch** (§§ 58 IV, 60 AktG), also das Recht auf Teilhabe an dem von der AG erwirtschafteten Bilanzgewinn. Daneben tritt – in der Praxis weniger wichtig – das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös (§ 271 AktG).

(2) Pflichten der Aktionäre

Die Hauptpflicht des Aktionärs besteht in der Leistung **der versprochenen Sach- oder Bareinlage** (§ 54 AktG).

Als weitere Pflichten des Aktionärs sind **Treuepflichten** zu nennen.

Der Aktionär darf seine Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung nicht zur **Erlangung eines Sondervorteils** nutzen (der Beschluss ist in diesem Fall gemäß § 243 II AktG anfechtbar). Zudem darf kein Aktionär seinen faktischen, zumeist auf einer Mehrheitsbeteiligung gründenden Einfluss auf Vorstand, Aufsichtsrat, einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zum Schaden der Gesellschaft ausnutzen. Verstößt er gegen dieses **Schädigungsverbot**, ist er der Gesellschaft bei vorsätzlichem Verhalten gemäß § 117 AktG schadensersatzpflichtig.

Ob neben diesen gesetzlich geregelten speziellen Treuepflichten auch noch eine **allgemeine Treuepflicht des Aktionärs** gegenüber der Gesellschaft (oder seinen Mitaktionären) besteht, war lange Zeit umstritten. Heute ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH eine begrenzte Treuepflicht des Aktionärs anerkannt¹⁵, die allerdings nicht so weit reicht wie die Treuepflicht bei den Personengesellschaften und der GmbH. Denn die Bindung des Aktionärs an die Gesellschaft und die Mitaktionäre ist bei der AG nicht so eng wie die Bindung der Gesellschafter in den Personengesellschaften und der GmbH. Ausgehend von den üblichen Machtverhältnissen in der AG wurde in diesem Zusammenhang zunächst eine Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs konstatiert. Darüber hinaus ist aber in bestimmten Fällen, in denen ausnahmsweise auch Minderheitsaktionären eine Machtstellung zukommt (z.B. im Rahmen einer Sperrminorität bei bestimmten Beschlussgegenständen), eine Treuepflicht auch der Minderheitsaktionäre anerkannt¹⁶.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 2 – Girmes

¹⁵ BGHZ 103, 184 – Linotype.

¹⁶ BGHZ 129, 136 – Girmes: treuwidrige Obstruktion einer Minderheit gegen einen Sanierungsplan.

bb) Die Organe der AG

Die AG hat drei Organe:

- Hauptversammlung
- Vorstand
- Aufsichtsrat

Charakteristisch für das deutsche System ist die **Trennung der Unternehmensführung in Vorstand und Aufsichtsrat**. Diese Trennung unterscheidet sich deutlich von dem Board-System des US-amerikanischen Aktienrechts. Dort gibt es nur ein einheitliches Leitungsorgan, den Board of Directors (= Verwaltungsrat).

Die Organisationsstruktur der AG ist weitestgehend im AktG geregelt. In den letzten Jahren waren jedoch angesichts zahlreicher nationaler und internationaler Skandale vermehrt Zweifel aufgekommen, ob die durch das AktG gewährleistete Kontrolle und Transparenz der Unternehmensführung in der heutigen Zeit noch ausreichend ist, was zu einem Vertrauensverlust der Kapitalanleger geführt hat. Vor diesem Hintergrund wurde neben gesetzlichen Änderungen wie einer verschärften Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) ein „**Deutscher Corporate Governance-Kodex**“ eingeführt, der von einer gleichnamigen Regierungskommission regelmäßig aktualisiert wird. Bei diesem Regelwerk handelt es sich nicht um ein Gesetz, sondern um unverbindliche Empfehlungen, welche die deutschen AGs im eigenen Interesse mit dem Ziel umsetzen sollten, für in- und ausländische Kapitalanleger attraktiver zu werden. Inhaltlich gibt der Kodex teilweise lediglich die gesetzlichen Bestimmungen des AktG zur Führung der AG wieder und soll in dieser Funktion ausländischen Anlegern das deutsche Modell näher bringen; daneben enthält er aber auch über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Empfehlungen, z.B. über die Vergütung der Vorstandsmitglieder und die Veröffentlichung dieser Tatsache. Einmal im Jahr müssen börsennotierte AGs berichten, ob sie den Empfehlungen gefolgt sind und welche Empfehlungen nicht angenommen wurden (§ 161 AktG). Diese Erklärung wird veröffentlicht, so dass durch den Kodex trotz dessen fehlender Gesetzeskraft letztlich doch indirekter Druck auf die AGs ausgeübt wird, ihre Unternehmensführung und deren Kontrolle zu verbessern.

(1) Vorstand

Der Vorstand leitet die Gesellschaft gemäß § 76 AktG „unter eigener Verantwortung“. Anders als die Geschäftsführer einer GmbH (vgl. §§ 37 I, 45, 46 Nr. 6 GmbHG) unterliegt er dabei keinem Weisungsrecht der Gesellschafter (= Aktionäre). Der Vorstand führt die Geschäfte der AG (§ 77 AktG) und vertritt sie im Rechtsverkehr mit Dritten (§ 78 AktG).

Die Vorstandsmitglieder werden durch den Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre bestellt (§ 84 AktG). Ihre Zahl ist gesetzlich nicht begrenzt und wird zumeist durch die Satzung festgelegt. Im Anwendungsbereich der ehemaligen Montanunion (Eisen-/Stahlindustrie und Bergbau) sowie des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 (Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern) wird ein Vorstandsmitglied von der Arbeitnehmerseite gestellt (vgl. die nachfolgende Übersicht, S. 25 f.). Dieser so genannte **Arbeitsdirektor** ist für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig.

Bei fehlerhafter Geschäftsführung haften die Mitglieder des Vorstands gegenüber der AG auf Schadensersatz (§ 93 AktG). Im Rahmen

der gerichtlichen Geltendmachung derartiger Ansprüche gegen die Vorstandsmitglieder wird die AG zur Vermeidung von Interessenkonflikten durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 112 AktG).

(2) Aufsichtsrat

Während dem Vorstand die Geschäftsführung der Gesellschaft obliegt, hat der Aufsichtsrat in erster Linie eine **Kontrollfunktion** gegenüber dem Handeln des Vorstands inne. In die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt zum einen die Bestellung und Abberufung des Vorstands (§ 84 AktG, s.o.). Er hat den Vorstand ferner bei der Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 AktG). Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat dagegen nicht übertragen werden (§ 111 IV 1 AktG). Es können lediglich bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands durch die Satzung oder Bestimmung des Aufsichtsrats von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht werden (§ 111 IV 2 AktG).

Für die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder legt § 95 AktG Höchstgrenzen fest. Im Rahmen dieser Höchstgrenzen ergibt sich die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder aus der Satzung. Von seiner Zusammensetzung her kann der Aufsichtsrat mit Fug und Recht als die „**Zentrale der Unternehmensmitbestimmung**“ bezeichnet werden. Je nach Art der Mitbestimmung nehmen die Arbeitnehmervertreter 1/3 oder 1/2 der Aufsichtsratsposten ein (vgl. die nachfolgende Übersicht, S. 25 f.). Die restlichen Aufsichtsratsmitglieder (Anteilseignervertreter) werden durch die Aktionäre in der Hauptversammlung bestellt (§ 119 I Nr. 1 AktG).

Bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung seiner Aufgaben haften die Mitglieder des Aufsichtsrats – wie die des Vorstands (s.o.) – der Gesellschaft auf Schadensersatz (§ 116 AktG).

(3) Hauptversammlung

Die **Hauptversammlung (HV)** ist der „**Sitz der Aktionärsdemokratie**“. Hier üben die Aktionäre ihre Rechte in Angelegenheiten der Gesellschaft aus (§ 118 AktG). Bei Abstimmungen in der Hauptversammlung ist im Grundsatz die einfache Stimmenmehrheit entscheidend (§ 133 AktG).¹⁷ Anders als bei der GmbH (s.u. Seiten 37 f.) besteht in der AG kein Verhältnis der Überordnung der HV¹⁸ über den Vorstand¹⁹, sondern das **Prinzip der Teilung der Zuständigkeiten**.

Die Hauptversammlung ist dabei lediglich für die so genannten **Grundlagengeschäfte** zuständig. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen von so weit reichender Bedeutung für die Gesellschaft, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Gesamtheit der Aktionäre darüber befinden soll. Die zentrale Vorschrift für die Zuständigkeit der HV ist **§ 119 I AktG**. Danach beschließt die HV u.a. über die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats, die Verwendung des Bilanzgewinns, die Bestellung des Abschlussprüfers sowie über Maßnahmen, welche unmittelbaren Einfluss auf die Existenz bzw. die vertraglichen Grundstrukturen der AG haben (= Strukturmaßnahmen), wie etwa die Auflösung der AG oder Satzungsänderungen einschließlich der Erhöhung oder Herabsetzung

¹⁷ Qualifizierte Mehrheitserfordernisse gibt es dagegen z.B. bei der Satzungsänderung (§ 179 II AktG: 3/4-Mehrheit).

¹⁸ Bei der GmbH spricht man von Gesellschafterversammlung.

¹⁹ Bei der GmbH spricht man vom Geschäftsführer.

des Grundkapitals. Darüber hinaus fallen auch außerhalb des Katalogs des § 119 I AktG weitere Strukturmaßnahmen, bei denen es sich nicht um Satzungsänderungen handelt, in die Zuständigkeit der HV wie etwa die Verschmelzung (§§ 5, 13 UmwG) oder die Begründung eines Vertragskonzerns (§§ 291, 293 AktG) mit einem anderen Unternehmen.

Die eigentliche Geschäftsführung ist dagegen grundsätzlich die Sache des Vorstands. Die HV entscheidet über Maßnahmen der Geschäftsführung nur, wenn der Vorstand dies ausdrücklich verlangt (§ 119 II AktG). Anlass für einen solchen freiwilligen Kompetenzverzicht des Vorstands wird zumeist das Bestreben des Vorstands sein, sich auf den Beschluss der HV berufen zu können, wenn die getroffene Maßnahme misslingt. Hat nämlich die HV einer solchen Maßnahme zugestimmt, haftet der Vorstand gegenüber der Gesellschaft wegen dieser Maßnahme nicht auf Schadensersatz (§ 93 IV 1 AktG). In Ausnahmefällen kann jedoch nach dem so genannten „**Holz Müller-Urteil**“ des BGH²⁰ bei bestimmten strukturändernden Maßnahmen, für die nicht bereits eine gesetzliche Zuständigkeit der HV besteht, eine Pflicht des Vorstands bestehen, die HV nach § 119 II AktG zu befragen. Während ein Teil der juristischen Literatur aus diesem Urteil in der Folgezeit umfangreiche ungeschriebene Zuständigkeiten für die HV hergeleitet hat, hat der BGH selbst in seinem so genannten „**Gelatine-Urteil**“ vom 26. 4. 2004²¹ den Ausnahmecharakter seiner Rechtsprechung betont. Eine Zuständigkeit der HV für Geschäftsführungsmaßnahmen soll nur in den seltenen Fällen bestehen, in denen eine vom Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der AG an die Kernkompetenz der HV rührt, über die Verfassung der AG zu bestimmen, indem sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen nahe kommen, die allein durch Satzungsänderung herbeigeführt werden können. Entscheidend ist dabei die wirtschaftliche Bedeutung der Umstrukturierung für das Gesamtunternehmen. Der Bereich, auf den sich die Maßnahme erstreckt, muss deutlich über 50 % des Unternehmens hinausgehen.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 3 – Holz Müller

Die Anwendbarkeit der Holz Müller-Doktrin wurde in jüngerer Zeit auch im Zusammenhang mit dem so genannten **Delisting**, also dem Rückzug einer AG von der Börse diskutiert. Einige Stimmen in der Literatur hatten darin keine derartig tief greifende Veränderung gesehen und damit eine Zuständigkeit der Hauptversammlung abgelehnt.²² Der BGH hat in seinem so genannten „**Macrotron-Urteil**“ vom 25.11.2002²³ im gegenteiligen Sinn entschieden, sich dabei allerdings nicht auf die Holz Müller-Doktrin, sondern auf die Beeinträchtigung des verfassungsmäßig garantierten Aktieneigentums (Art. 14 GG) gestützt. Das Delisting bedarf nach diesem Urteil wegen der damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Aktien eines Beschlusses der Hauptversammlung sowie eines Pflichtangebots der Aktiengesellschaft oder des Großaktionärs über den Kauf der Aktien der Minderheitsaktionäre.

f) Übersicht zur Unternehmensmitbestimmung

Als Unternehmensmitbestimmung (= gesellschaftsrechtliche Mitbestimmung) bezeichnet man die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am Aufsichtsrat (AR) und Vorstand (V). Sie ist von der betrieblichen Mitbestimmung (= arbeitsrechtliche Mitbestimmung) zu trennen, die in

²⁰ BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703 (Holz Müller).

²¹ BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860 (Gelatine).

²² Mülbart, ZHR 165 (2001), 104, 129; Groß, ZHR 165 (2001), 141, 161.

²³ BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 533 (Macrotron).

Teil 3 der Vorlesung beim Arbeitsrecht behandelt wird.²⁴ Es gibt z.Z. drei Modelle der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland mit einer jeweils unterschiedlichen Beteiligung der Arbeitnehmervertreter am Aufsichtsrat und Vorstand:

Gesetz	Anwendungsb.	Aufsichtsrat	Vorstand
MontanMitbestG	Kapitalgesellschaft Eisen/Stahlindustrie + Bergbau > 1000 AN	½ AN, ½ Eigner + neutrales Mitglied	Arbeitsdirektor
MitbestG 1976	Kapitalgesellschaft > 2000 AN	½ AN, ½ Eigner Stichentscheid des Vorsitzenden	Arbeitsdirektor
DrittelbetG 2004	Kapitalgesellschaft 500-1999 AN	1/3 AN, 2/3 Eigner	keine Regelung

g) Die Finanzverfassung der Aktiengesellschaft

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals beträgt 50.000 Euro (§ 7 AktG). Für die Aufbringung und Erhaltung des gesamten Grundkapitals, also auch des über den Mindestbetrag hinausgehenden Grundkapitals, enthält das AktG strenge Regeln, die das Recht der Personengesellschaften gar nicht und das Recht der GmbH nicht in dieser Schärfe kennt²⁵.

aa) Kapitalaufbringung

Für die Kapitalaufbringung gilt der Grundsatz der **Bareinlagepflicht** (§ 54 II AktG). Zutreffender wäre der Begriff Geldeinlagepflicht, da die Geldeinlage auch durch unbare Zahlung erfolgen kann. Als Ausnahme kennt das Aktienrecht die **Sacheinlage** (§ 27 AktG). Von der Einlagepflicht kann der Aktionär nicht befreit werden (§ 66 AktG). Es gilt der **Grundsatz der effektiven Mittelaufbringung**, der folgende Aspekte enthält:

- Keine Ausgabe von Aktien unter dem Nennbetrag (Emission unter pari) – § 9 I AktG
- Verbot der Aufrechnung – § 66 I 2 AktG
- Die Beträge müssen nach Einzahlung „zur freien Verfügung des Vorstands“ stehen (Verbot der Hin- und Herzahlung) – § 36 II 1 AktG.
- Die Übernahme von Sacheinlagen ist an weitere strenge Anforderungen geknüpft, um im Interesse der Gläubiger und Mitaktionäre sicherzustellen, dass der als Sacheinlage eingebrachte Gegenstand dem dafür angesetzten Barwert entspricht (u.a. Angabe des Gegenstands von Sacheinlagen in der Satzung – § 27 I 1 AktG, Erforderlichkeit eines Sachgründungsberichts – § 32 II AktG, Prüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlage durch Wirtschaftsprüfer und das Registergericht – §§ 33 Nr. 4 AktG, 38 II 2 AktG, Differenzhaftung der Gründer zur Deckung einer gleichwohl bestehenden Wertdifferenz – § 46 I AktG).

Hauptproblem im Bereich der Kapitalaufbringung sind die so genannten „**verdeckten**“ **Sacheinlagen**: Zahlt der Aktionär zunächst Geld ein und erwirbt die AG später mit diesem Geld Sachen oder Rechte des Aktionärs, liegt in Wirklichkeit eine (unwirksame) Sacheinlage vor. Sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft sind analog § 27 III 1 AktG

²⁴ vgl. Skript Wirtschaftsrecht Teil 3 – Arbeitsrecht, S. 49 ff.

²⁵ Vgl. zu den Unterschieden zwischen der Kapitalbindung bei der AG und der GmbH nachfolgend S. 27, 41 f.

nichtig. Gravierende Folge ist, dass die Einlage als nicht erbracht gilt. Wird die AG später insolvent und ist bis dahin keine Heilung der verdeckten Sacheinlage erfolgt, kann der Insolvenzverwalter die Bareinlage in voller Höhe nachfordern, während der Aktionär seine Forderung auf Rückgabe des Gegenstandes oder Rechts nur als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden kann, darauf also nur die – üblicherweise geringe – Insolvenzquote erhält. Der Einleger kann nach h.M. nicht den Entlastungsbeweis der vollen Wertdeckung erbringen.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 4 – Elektrohandel

bb) Kapitalerhaltung

Im Recht der AG gilt der **Grundsatz der strengen Kapitalbindung**. Gemäß § 57 AktG dürfen Einlagen den Aktionären nicht zurückgewährt (Abs. 1), insbesondere keine festen Zinszusagen gegeben werden (Abs. 2). Die Ausschüttung an die Aktionäre wird auf den Bilanzgewinn der AG beschränkt (Abs. 3). Dieses Ausschüttungsverbot wirkt total. Anders als im Recht der GmbH knüpft das Ausschüttungsverbot nicht an das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen an, sondern betrifft das gesamte Vermögen der AG. Die strenge Kapitalbindung des Aktienrechts besteht im Interesse von Gläubigern der Gesellschaft, die auf das Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zugreifen wollen, sowie auch im Interesse der (Minderheits-)Aktionäre, die gegen eine Aushöhlung des wirtschaftlich auch ihnen gehörenden Gesellschaftsvermögens durch die Mitaktionäre (i.d.R. Mehrheitsaktionäre) geschützt werden sollen.²⁶

§ 57 AktG verbietet nicht nur jede offene Ausschüttung außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns an Aktionäre, sondern auch jede „**verdeckte Gewinnausschüttung**“. Diese kommt in der Praxis z.B. als Austauschgeschäft zwischen Aktionär und AG zu unangemessenen Konditionen vor oder durch Zahlung unangemessen hoher „Aufwandsentschädigungen“, „Beraterhonorare“ etc. ohne entsprechende Gegenleistung des Aktionärs.

Die verbotswidrige Ausschüttung – sei sie offen oder verdeckt – löst einen verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch der AG gegen den Aktionär aus (§ 62 I 1 AktG). Der Aktionär hat daher bei unangemessenen Austauschgeschäften mit der AG den Differenzbetrag zu erstatten, um den er entweder eine Leistung zu teuer an die AG erbracht oder umgekehrt eine Leistung der AG zu günstig erhalten hat.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 5 – Überbewertung

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 6 – Unterbewertung

cc) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

Bei der **Kapitalerhöhung** sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- effektive Kapitalerhöhung = Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§§ 182 ff. AktG):
Tatsächliche Mittelzuführung an die Gesellschaft

²⁶ Vgl. dazu eingehend *Bitter* (oben Fußn. 9), S. 395 ff.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 302 ff., gegen eine in der juristischen Literatur verbreitete Ansicht, die die Kapitalbindung des Aktienrechts nur mit dem Gläubigerschutz in Verbindung bringt.

- nominelle Kapitalerhöhung = Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff. AktG): Kein tatsächlicher Mittelzufluss an die Gesellschaft, sondern lediglich Umwandlung von Rücklagen in Grundkapital mit dem Ziel einer Anpassung des Soll- an das Ist-Kapital

Die Altaktionäre haben ein Bezugsrecht (§ 186 AktG) in dem Umfang, in dem sie zuvor am Grundkapital beteiligt waren. Das dient dem Zweck, dass die Quote und damit auch die Machtverhältnisse in der Hauptversammlung nicht verschoben werden. Das Bezugsrecht kann unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen werden (§ 186 II-V AktG).

Entsprechendes gilt umgekehrt für die **Kapitalherabsetzung**:

- effektive Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff. AktG) = Herabsetzung des Grundkapitals durch Einzug von Aktien und Rückzahlung der Einlagen an die Aktionäre (in der Praxis sehr selten): Tatsächlicher Mittelabfluss aus der Gesellschaft
- nominelle Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG): Kein tatsächlicher Mittelabfluss aus der Gesellschaft, sondern lediglich nominelle Verminderung des Grundkapitals, um nach bereits entstandenen Verlusten der Gesellschaft das Soll- an das Ist-Kapital anzupassen, um so zukünftige Dividendenauszahlungen zu ermöglichen

Als **Kapitalschnitt** wird die Verbindung von nomineller Kapitalherabsetzung und effektiver Kapitalerhöhung bezeichnet. Dieses Instrument wird vor allem in Sanierungsfällen genutzt. Ist beispielsweise durch vorangegangene Verluste ein Großteil des Grundkapitals verloren gegangen, kann die drohende Insolvenz zumeist nur noch durch Zuführung von Eigenkapital im Rahmen einer effektiven Kapitalerhöhung abgewendet werden. Bei der Festlegung des Ausgabepreises für die neuen Aktien steht die AG aber vor einem Problem. Wegen der vorangegangenen Verluste ist der wahre Wert der Altaktien zwischenzeitlich unter ihren Nennwert gesunken, was sich regelmäßig auch im Börsenpreis dieser Aktien manifestiert. Neue Anleger werden daher nur dann bereit sein, die im Zuge der effektiven Kapitalerhöhung auszugebenden neuen Aktien zu übernehmen, wenn deren Ausgabepreis dem wahren Wert der Aktien entspricht. Einer Ausgabe der neuen Aktien unter ihrem Nennwert steht aber das Verbot der Unter-Pari-Emission (§ 9 I AktG, vgl. oben S. 26), das auch im Rahmen von Kapitalerhöhungen gilt, entgegen. Um dieses Dilemma aufzulösen, wird der erforderlichen effektiven Kapitalerhöhung eine nominelle Kapitalherabsetzung vorgeschaltet, durch welche zunächst das Grundkapital (und damit der Nennbetrag der Aktien) an das real vorhandenen Gesellschaftsvermögen (Ist-Kapital) angepasst wird. In einem zweiten Schritt können dann im Rahmen der effektiven Kapitalerhöhung neue Aktien zu einem nunmehr dem wahren Wert der Aktien entsprechenden Nennwert ausgegeben werden.

h) Die AG im Unternehmensverbund

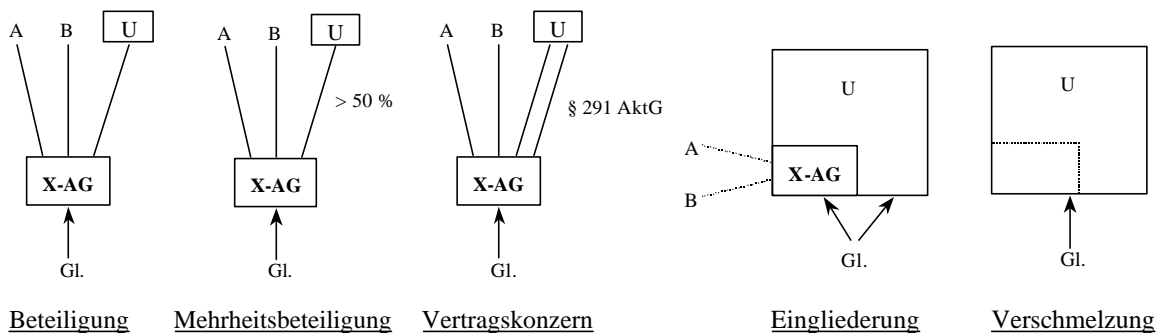
Die in den vorangehenden Abschnitten erläuterten gesetzlichen Regelungen zur Organisationsstruktur und Finanzverfassung der AG entsprechen dem gesetzgeberischen Leitbild einer unabhängigen Gesellschaft mit einer Vielzahl für sich genommen relativ einflussloser Aktionäre, in der typischerweise der Masse der Kleinaktionäre eine weitgehend unabhängige Unternehmensführung gegenübersteht. Die allgemeinen Instrumentarien des Aktienrechts greifen grundsätzlich auch noch dann, wenn es einem Aktionär gelingt, sich – zumeist über eine Mehrheitsbeteiligung – einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft zu sichern. Einem dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufenden Verhalten eines solchen Aktionärs wie etwa der Einflussnahme auf die Unternehmensleitung mit dem Ziel der Erlangung von Sondervorteilen oder außerplanmäßiger Gewinnausschüttungen beugt das

Aktienrecht, wie bereits dargelegt, durch die Instrumentarien der Treuepflicht und der strengen Kapitalerhaltungsregeln vor.

Das ausgewogene System der aktienrechtlichen Organisations- und Finanzverfassung, das darauf ausgelegt ist, den Ausgleich der Interessen der Beteiligten nach Möglichkeit bereits institutionell im Rahmen der Gesellschaft sicherzustellen, droht allerdings zu versagen, sobald es sich bei dem Mehrheitsgesellschafter nicht mehr um eine Privatperson, sondern um ein anderes Unternehmen handelt, das naturgemäß ein anderweitiges, den Interessen der Gesellschaft entgegenlaufendes unternehmerisches Interesse verfolgt. Der strukturelle Interessengegensatz führt dann nämlich dazu, dass es im Regelfall nicht bei – über die Treuepflichten und die Kapitalerhaltungsregeln zu bewältigenden – schädigenden Einzelmaßnahmen des Mehrheitsunternehmens bleibt. Vielmehr erfolgt die Einflussnahme auf die abhängige AG in diesen Fällen häufig über ein dichtes Netz kaum voneinander abgrenzbarer Maßnahmen, zu deren Bewältigung das Aktienrecht spezielle, von den allgemeinen Regeln abweichende Lösungen finden muss. Bei der Regelungsmaterie, die sich der Bewältigung der dargestellten Probleme widmet, spricht man gemeinhin vom Recht der verbundenen Unternehmen. Da die organisatorische Verbindung zweier Unternehmen, die zumeist durch ein Abhängigkeitsverhältnis des einen Unternehmens von dem anderen Unternehmen begründet wird, als Konzern bezeichnet wird, ist auch der Begriff Konzernrecht geläufig.

Das Konzernrecht der Aktiengesellschaft ist in den §§ 15 ff., 291 ff. AktG geregelt.

Voraussetzung für die Anwendung konzernrechtlicher Vorschriften ist die Verbindung einer Aktiengesellschaft mit einem anderen Unternehmen. Die Definitionen verbundener Unternehmen finden sich in §§ 15 ff. AktG, die daraus folgenden weiteren Bestimmungen in §§ 291 ff. AktG. Die verschiedenen Stufen der Konzernintegration lassen sich danach wie folgt graphisch darstellen:



aa) Faktischer Konzern

Ausgangspunkt ist die Beteiligung eines Unternehmens U an einer beliebigen Aktiengesellschaft (X-AG), die weitere Aktionäre (A, B) haben kann. Ein Gläubiger der Gesellschaft (Gl.) kann hier – wie auch sonst (s.o. Seite 17) – grundsätzlich nur auf die AG, nicht aber auf die Gesellschafter (A, B und U) zugreifen. Konzernrechtlich relevant wird die Beteiligung eines Unternehmensgesellschafters (U) bei einer Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG). Von einer in Mehrheitsbesitz stehenden AG wird nämlich gemäß § 17 II AktG vermutet, dass sie von dem an ihr mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. An die

Abhängigkeit (§ 17 AktG) knüpft ihrerseits die Konzernvermutung des § 18 I 3 AktG an. Es wird daher im Ergebnis bei mehrheitlicher Beteiligung vermutet, dass beide Unternehmen unter einheitlicher Leitung i.S.v. § 18 I AktG stehen.

Damit liegt ein „**faktischer Konzern**“ vor, d.h. ein Unternehmensverbund ohne Beherrschungsvertrag (zu diesem sogleich unter bb). Der faktische Konzern ist in §§ 311 ff. AktG geregelt. Anders als die Regelungen über den Vertragskonzern, sehen § 311 ff. AktG zunächst keine wesentliche Änderung der allgemeinen Organisationsverfassung der AG vor, d.h. zum Schutze der Gläubiger und Mitaktionäre besteht weiterhin die strenge Kapitalbindung (Verbot der Einlagenrückgewähr, § 57 AktG). Ferner ist der Vorstand als unabhängiges Leitungsorgan auch im faktischen Konzern nach wie vor gem. § 76 AktG auf das Gesellschaftsinteresse und nicht etwa auf das Interesse des herrschenden Unternehmens verpflichtet. Schließlich darf dem herrschenden Unternehmen auch im faktischen Konzern kein Sondervorteil gewährt werden (§ 243 II AktG).

Daneben tritt das spezielle konzernrechtliche **Benachteiligungsverbot** des § 311 AktG. Das herrschende Unternehmen darf danach die abhängige AG nicht zu für diese nachteiligen Maßnahmen veranlassen, es sei denn der abhängigen AG wird für die Nachteile bis zum Ende des Geschäftsjahres ein Ausgleich gewährt. Erfolgt der Nachteilsausgleich nicht (rechtzeitig), trifft das herrschende Unternehmen eine Schadensersatzpflicht gegenüber der abhängigen AG (§ 317 AktG).²⁷ Durch §§ 311, 317 AktG wird das allgemeine Verbot schädigender Einflussnahme (§ 117 AktG) insoweit modifiziert, als Schadensersatz wegen einer Nachteilszufügung durch das herrschende Unternehmen im faktischen Konzern erst dann zu leisten ist, wenn nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres, in welchem die Nachteilszufügung erfolgt ist, ein Ausgleich der zugefügten Nachteile durch das herrschende Unternehmen erfolgt. Damit wird dem nach wie vor eigenverantwortlich agierenden Vorstand der abhängigen AG letztlich hinsichtlich der Duldung von Nachteilszufügungen ein gewisser zeitlicher Spielraum eingeräumt. Zur Sicherung des Nachteilsausgleichs, der auch durch Minderheitsaktionäre der abhängigen AG gerichtlich geltend gemacht werden kann (§§ 317 IV, 309 IV AktG), hat das herrschende Unternehmen jedoch zusätzlich einen **Abhängigkeitsbericht** (§ 312 ff. AktG) über die Beziehungen des herrschenden Unternehmens zur abhängigen AG vorzulegen, in dem u.a. alle zwischen den Gesellschaften geschlossenen Rechtsgeschäfte mit Leistung und Gegenleistung aufzuführen sind, um deren Angemessenheit überprüfen zu können. Durch den „Lästigkeitswert“ dieses Berichts wollte der Gesetzgeber die verbundenen Unternehmen in den Vertragskonzern drängen, der keinen Abhängigkeitsbericht kennt.

bb) Vertragskonzern

Die zweite Stufe der Konzernintegration stellt der **Vertragskonzern** dar. Als solcher wird eine Unternehmensverbindung bezeichnet, bei der zwischen der abhängigen AG (X-AG) und dem herrschenden Unternehmen (U) ein **Unternehmensvertrag** i.S.v. §§ 291 f. AktG besteht. Anders als die rein faktische Abhängigkeit führt der Abschluss eines Unternehmensvertrages zu deutlichen Veränderungen der allgemeinen Organisationsstruktur der abhängigen AG.

Der **Beherrschungsvertrag** überträgt die im Normalfall (siehe dazu oben S. 23 f.) beim Vorstand der abhängigen AG (§ 76 AktG) liegende Leitungsmacht auf das herrschende Unternehmen (§ 291 I 1 Alt. 1 AktG). Er gibt dem herrschenden Unternehmen damit das

²⁷ Einziger von der Rechtsprechung bislang entschiedener Fall zu §§ 311, 317 AktG ist das Urteil BGHZ 141, 79 = NJW 1999, 1706. Wegen des äußerst komplizierten Sachverhaltes wird auf eine nähere Darstellung verzichtet.

Recht, Weisungen an den Vorstand der abhängigen AG zu erteilen, die – wenn sie im Konzerninteresse liegen – auch nachteilig für die abhängige AG sein können (§ 308 I AktG). Die strenge Kapitalbindung wird aufgehoben (§ 291 III AktG). Letztlich wird das herrschende Unternehmen durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages in die Lage versetzt, die abhängige AG wie eine „Betriebseinheit“ zu führen.

Der Beherrschungsvertrag ist in der Praxis in aller Regel mit einem **Gewinnabführungsvertrag** (§ 291 I 1 Alt. 2 AktG) kombiniert. Man spricht dann auch von einem Ergebnisabführungsvertrag, weil das herrschende Unternehmen im positiven wie im negativen Fall das Ergebnis (Gewinn oder Verlust) der abhängigen Gesellschaft übernimmt.

Da ein Beherrschungsvertrag das herrschende Unternehmen in die Lage versetzt, die abhängige AG wie eine „Betriebseinheit“ zu führen, ist das herrschende Unternehmen im Gegenzug verpflichtet, den Verlust des abhängigen Unternehmens auszugleichen (§ 302 AktG). Aufgrund der **Verlustausgleichspflicht** kann die abhängige AG praktisch nicht insolvent werden, solange das herrschende Unternehmen noch solvent ist. Auf diese Weise sind mittelbar auch die Gläubiger der abhängigen AG geschützt, die während des Bestehens des Beherrschungsvertrags zur Erfüllung ihrer Forderungen nicht direkt auf die herrschende Gesellschaft zugreifen können. Über die primär dem Schutz der Gläubiger dienende Verlustausgleichspflicht hinausgehend muss aber auch dem Interesse der Minderheitsaktionäre Rechnung getragen werden. Diese haben der Gesellschaft ihr Kapital zur Verfügung gestellt, um damit Gewinne erwirtschaften zu können, was sich in ihrem Recht auf Beteiligung am Bilanzgewinn (= Dividendenanspruch, § 58 IV AktG) niederschlägt. Dieses Recht droht leer zu laufen, wenn der mögliche Bilanzgewinn aufgrund nachteiliger Weisungen des herrschenden Unternehmens geschmälert wird oder ein Bilanzgewinn – wie beim Gewinnabführungsvertrag – überhaupt nicht erst entstehen kann. Aus diesem Grund muss ein Unternehmensvertrag, um wirksam zu sein, einen jährlich zu zahlenden, angemessenen **Ausgleich** für die Minderheitsaktionäre vorsehen (§ 304 AktG). Daneben muss den Minderheitsaktionären in dem Unternehmensvertrag die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Aktien gegen Zahlung einer angemessenen **Abfindung** an das herrschende Unternehmen zu veräußern (§ 305 AktG).

cc) Problem: Qualifiziert–faktische Nachteilszufügung

Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages ist für das herrschende Unternehmen häufig mit lästigem Verwaltungsaufwand (Beteiligung der Hauptversammlungen beider Gesellschaften mit dem Risiko der Anfechtung) und unerwünschten Zahlungsverpflichtungen gegenüber der abhängigen AG und ihren Aktionären verbunden. Aus diesem Grund scheuen herrschende Unternehmen häufig den Abschluss eines Beherrschungsvertrages und belassen es bei der faktischen Konzernierung und der Anwendung der §§ 311 ff. AktG.

Das Ausgleichssystem der § 311 ff. AktG kann jedoch nur dann einen effektiven Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger bewirken, wenn es sich bei den der abhängigen AG durch das herrschende Unternehmen zugefügten Nachteilen um abgrenzbare Einzelmaßnahmen handelt, die sich dem Wert nach quantifizieren lassen. Problematisch sind allerdings gerade die Fälle, in welchen die nachteilige Einflussnahme eine solche „Dichte“ erreicht, dass sich einzelne ausgleichsfähige Maßnahmen nicht mehr voneinander abgrenzen lassen. Dies ist immer dann der Fall, wenn das herrschende Unternehmen die abhängige AG wie eine eigene „Betriebseinheit“ führt. In einem solchen Fall spricht man gegenüber der einfachen Nachteilszufügung von einer qualifizierten Nachteilszufügung und bei der

entsprechenden Unternehmensverbindung nicht mehr von einem einfach-faktischen Konzern sondern von einem qualifiziert-faktischen Konzern.

Weil das Ausgleichssystem der § 311 ff. AktG in diesem Fall versagt, leitet die h.M. in der aktienrechtlichen Literatur aus § 311 ff. AktG ein **Verbot der qualifiziert faktischen Nachteilszufügung** ab.²⁸ Beabsichtigt das herrschende Unternehmen, die abhängige AG wie eine dem gemeinsamen Konzerninteresse untergeordnete „Betriebseinheit“ zu führen, muss es sich vielmehr des hierfür gesetzlich vorgesehenen Weges über den Abschluss eines Beherrschungsvertrages bedienen. Fehlt es an einem solchen Beherrschungsvertrag, sind die bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre bestehenden Regeln (insbesondere die Verlustausgleichspflicht des § 302 AktG sowie die Ausgleichs- und Abfindungsregelungen für die Minderheitsaktionäre gem. §§ 304, 305 AktG) gleichwohl analog anzuwenden, ohne dass das herrschende Unternehmen im Gegenzug von den Vorteilen eines solchen Beherrschungsvertrages profitiert.²⁹ Auf diese Weise wird das herrschende Unternehmen letztlich zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages angehalten.

dd) Eingliederungskonzern

Nächste Stufe der Konzernintegration ist die **Eingliederung** (§§ 319 ff. AktG). Die abhängige AG behält hier zwar im Außenverhältnis ihre rechtliche Eigenständigkeit, wird aber wirtschaftlich in die herrschende AG (Hauptgesellschaft) integriert, auf die auch die noch nicht in ihrer Hand befindlichen Aktien übergehen. Die Minderheitsaktionäre (in obiger Skizze A und B) verlieren also ihre Aktionärsstellung und werden abgefunden (§ 320b AktG). Voraussetzung der Eingliederung ist eine mindestens 95-prozentige Beteiligung der Hauptgesellschaft an der abhängigen AG. Die Hauptgesellschaft haftet nach der Eingliederung den Gläubigern der abhängigen AG unmittelbar für deren Verbindlichkeiten (§ 322 AktG). Hauptgesellschaft und abhängige AG sind damit Gesamtschuldner (§ 421 BGB) im Hinblick auf die Verbindlichkeiten der abhängigen AG.

Handelt es sich bei dem herrschenden Unternehmen nicht selbst um eine Aktiengesellschaft, so kommt eine Eingliederung nach §§ 319 ff. AktG nicht in Betracht. Im Dritten Buch des AktG (Verbundene Unternehmen) findet sich jedoch seit Ende 2001 in den §§ 327a ff. AktG eine im Ausland z.T. schon früher bekannte Regelung zum so genannten „**Squeeze-out**“. Dabei handelt es sich um ein im Gesetz systematisch nicht richtig eingeordnetes, weil nicht konzernrechtliches Instrument zum Ausschluss von Minderheitsaktionären aus einer AG. Hält ein Hauptaktionär Aktien in Höhe von mindestens 95 % des Grundkapitals einer AG, kann die HV auf sein Verlangen beschließen, dass die übrigen Aktionäre ihre Aktien gegen Barabfindung auf den Hauptaktionär zu übertragen haben. Die Minderheitsaktionäre scheiden damit aus der Gesellschaft aus und die AG wird fortan zu 100 % vom früheren Hauptaktionär kontrolliert. Da es sich bei dem Squeeze-out nicht um ein konzernrechtliches Instrument handelt, sind mit dem Ausscheiden der Minderheitsaktionäre aus der AG jedoch – anders als bei der Eingliederung – keine Veränderungen der Organisationsstruktur der AG verbunden.

²⁸ *Karsten Schmitt*, GesR, § 31 IV 4 (S. 964 f.) mit weiteren Literaturnachweisen in der Fußnote 120.

²⁹ Seit der BGH für die ähnlich gelagerte Problematik bei der GmbH die analoge Anwendung der §§ 302 ff. AktG durch die Rechtsfigur der Existenzvernichtungshaftung ersetzt hat (vgl. dazu nachfolgend S. 42), ist die Anwendung der §§ 302 ff. AktG auch bei der qualifiziert-faktischen Nachteilszufügung im AG-Konzern nicht mehr unumstritten. Wie hier jedoch *Karsten Schmitt*, GesR § 31 IV 4 a (S. 965).

ee) Letzter Schritt: Verschmelzung

Wird die abhängige AG mit dem herrschenden Unternehmen nach den Regeln des Umwandlungsgesetzes (UmwG) verschmolzen, bleibt nur noch ein Rechtsträger, d.h. eine Gesellschaft, übrig. Bei der **Verschmelzung** handelt es sich daher nicht mehr um einen Unternehmensverbund im Sinne der §§ 15 ff. AktG.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 7 – NIVEA

i) Die Europäische Aktiengesellschaft (SE)*

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE = Societas Europaea) ist eine supranationale Rechtsform. Sie beruht auf europäischen Rechtsgrundlagen, und zwar einerseits auf der Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE-VO), andererseits auf einer Richtlinie, die ergänzend Fragen der Unternehmensmitbestimmung regelt. Die Verordnung enthält unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EG geltendes Recht und ist am 8. 10. 2004 in Kraft getreten.

Die SE ist auf die Beteiligung *von Gesellschaften* aus verschiedenen Mitgliedstaaten ausgerichtet. Die Gründung ist daher nur grenzüberschreitend möglich. Natürliche Personen können nicht Gründer sein.

Geregelt wird die SE durch

- die SE-VO selbst
- die ausführenden Gesetze in den Mitgliedstaaten
- die nationalen Bestimmungen des Sitzstaates

Zusätzlich kann die Satzung einzelne Bereiche regeln, soweit die Verordnung dies zulässt.

Bereits durch die vorhergehende Aufzählung wird deutlich, dass die ursprünglichen ambitionierteren Versuche, eine wirklich einheitliche gesellschaftsrechtliche Rechtsform für alle Mitgliedstaaten zu schaffen, einer Kompromisslösung weichen mussten. Die SE wird trotz gewisser Grundregeln, die überall gelten, durch die ergänzenden nationalen Bestimmungen in jedem Mitgliedstaat ihr eigenes Gepräge haben. Insgesamt ist an der SE-VO zu bemängeln, dass sie noch zu weitgehend auf einzelstaatliche Regelungen verweist. Dadurch entsteht keine einheitliche SE, sondern eine SE mit z.B. französischer, spanischer oder deutscher Ausprägung³⁰. Die grundsätzlich mögliche freie Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen wird durch diesen Variantenreichtum faktisch doch wieder erschwert.

* Vgl. zur SE den kurzen Überblick bei *Karsten Schmidt*, GesR, § 26 I 4 (S. 756 ff) mit Literaturhinweisen.

³⁰ *Schwarz*, ZIP 2001, 1847.

3. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*

a) Allgemeines

Die GmbH ist wie die AG in einem eigenen Gesetz, dem **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)** geregelt. Die GmbH ist gleichfalls eine Körperschaft (§ 13 I GmbHG), d.h. für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet im Grundsatz nur die Gesellschaft (§ 13 II GmbHG). Die GmbH haftet für in ihrem Namen abgeschlossene Geschäfte sowie für Organverschulden gemäß § 31 BGB, da sie wie die AG als Körperschaft auf dem Verein als Grundform basiert.³¹ Die GmbH ist ferner eine **Kapitalgesellschaft**. Das garantierte Kapital wird als **Stammkapital** bezeichnet, dessen Mindestbetrag derzeit gesetzlich mit 25.000 Euro festgeschrieben ist (§ 5 I GmbHG). Das Stammkapital zerfällt in einzelne Stammeinlagen. Nach der Höhe der Stammeinlagen bestimmt sich der Geschäftsanteil der Gesellschafter (§ 14 GmbHG), der wiederum für das Stimmrecht und die Verteilung des Gewinns maßgeblich ist.

Am 23. 5. 2007 hat die Bundesregierung nach langer Beratung den **Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**³² beschlossen, der jedoch noch der parlamentarischen Verabschiedung bedarf. Das Gesetz soll einerseits die Rechtsform der GmbH für den Mittelstand – insbesondere im Vergleich zu ausländischen Gesellschaftsformen – attraktiver machen, andererseits die zahlreichen im Zusammenhang mit dieser Rechtsform aufgetretenen Missbräuche beseitigen.

b) Funktion und Bedeutung

Obwohl es sich bei der GmbH wie bei der AG um eine Körperschaft und auch um eine Kapitalgesellschaft handelt, unterscheiden sich beide Gesellschaftsformen deutlich in ihrer volkswirtschaftlichen Funktion. Da die GmbH zwar nicht zwingend, aber doch häufig als Rechtsform für kleine Unternehmen gewählt wird, sind die Gesellschafter der GmbH oft wesentlich stärker in die Unternehmensführung eingebunden als die rein kapitalistisch beteiligten Aktionäre bei der AG. Dies gilt insbesondere für die typische „**Einpersonen-GmbH**“, in der der Alleingesellschafter zugleich alleiniger Geschäftsführer ist. Man kann daher sagen, dass es sich bei den Gesellschaftern einer GmbH zumeist um „echte Unternehmer“ (mit entsprechender Branchenkenntnis) handelt, während die meisten Aktionäre ihre Gesellschafterstellung als reine Kapitalanlage betrachten. Die volkswirtschaftliche Funktion der GmbH liegt daher – anders als bei der AG (s.o. S. 18) – auch nicht in der Förderung einer Trennung von Kapital und Management (Kapitalsammelstelle). Der Sinn der GmbH als **Rechtsform für unternehmerisch beteiligte Gesellschafter mit gleichzeitiger Haftungsbeschränkung** liegt vielmehr in der Investitionsförderung durch Ausschaltung der Risikoaversität natürlicher Personen bei Freihaltung ihres Privatvermögens von der Haftung.³³ Muss ein Gesellschafter befürchten, bei Misslingen seines unternehmerischen Projektes auch „Haus und Hof“ und damit die

* Zur GmbH vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 33-40 (S. 983 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 2. F. (S. 310 ff.); *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, § 11 (S. 220 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 2.2 (S. 341 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 16.7 (S. 437 ff.).

³¹ Zu § 31 BGB vgl. bereits die Ausführungen zum Verein oben S. 15.

³² Abrufbar unter www.bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform.

³³ Vgl. eingehend zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung in Kapitalgesellschaften *Bitter*, (o. Fußn. 8), S. 150 ff., zum hier angesprochenen Aspekt der Ausschaltung der Risikoaversität insbesondere S. 168 ff.

Lebensgrundlage seiner Familie zu verlieren, wird er weniger geneigt sein, in ökonomisch sinnvolle, aber risikoreiche Projekte zu investieren.

Gerade die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auch für kleinere Unternehmen bei gleichzeitig im Vergleich zur AG schwächer ausgeprägter Kapitalbindung (vgl. dazu nachfolgend S. 41 ff.) hat aber auch dazu geführt, dass die GmbH als Rechtsform häufig zur Durchführung wirtschaftlich besonders riskanter Projekte mit einem Minimum an Eigenkapital missbraucht wird. Scheitert das Projekt, so beschränkt sich das Risiko der Gesellschafter auf den Verlust ihrer überschaubaren Einlagen, während die Gläubiger der Gesellschaft mit einem Großteil ihrer Forderungen ausfallen. Für die Gesellschafter besteht danach theoretisch sogar die Möglichkeit, mit neuem Startkapital gleich wieder ein neues ähnlich riskantes Projekt in der Rechtsform der GmbH zu betreiben. Man kann daher mit Fug und Recht behaupten, dass die Rechtsform der GmbH in gewisser Hinsicht zu einer **Spekulation auf Kosten der Gläubiger** einlädt. Die GmbH ist aus diesem Grunde als potentielle Vertragspartnerin in zunehmendem Maße „ins Gerede“ gekommen. Um diesem Missbrauch zu begegnen, haben Rechtsprechung und juristische Literatur gerade im Hinblick auf diese Rechtsform seit jeher Fallgruppen entwickelt, in denen in Durchbrechung des Prinzips der Haftungsbeschränkung ausnahmsweise eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Wege einer so genannten **Durchgriffshaftung** in Betracht kommen soll³⁴.

c) Strukturmerkmale

aa) Körperschaft

Auch die GmbH hat im Grundsatz eine körperschaftliche Struktur. Die im Vergleich zur AG unterschiedliche volkswirtschaftliche Funktion der GmbH und die damit einhergehende engere Einbindung der Gesellschafter in die Unternehmensführung bringen es aber mit sich, dass die Wesensmerkmale der Körperschaft bei dieser Rechtsform schwächer ausgeprägt sind als bei der AG. Man sagt gemeinhin, dass die GmbH – unbeschadet ihrer Ausgestaltung als Körperschaft – in einzelnen Bereichen bereits gewisse Ähnlichkeiten zu den stärker auf die persönliche Verbindung unternehmerisch tätiger Gesellschafter hin ausgerichteten Personengesellschaften (GbR, oHG, KG) aufweist. Die GmbH könnte man von daher auch als **Körperschaft mit personalistischem Einschlag** bezeichnen.

So sind die Anteile an der GmbH zwar – ebenso wie die Aktien bei der AG – grundsätzlich frei übertragbar, sofern die Übertragung nicht ausnahmsweise im Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist (sog. Vinkulierung, vgl. § 15 V GmbHG). Die Übertragung der Anteile gestaltet sich aber nach derzeitigem Recht deutlich schwerfälliger als bei der AG. In diesem Zusammenhang fehlt es zunächst an der bei der AG bestehenden Aufteilung des Kapitals in Anteile gleicher Größe. Stattdessen kann jeder Gesellschafter bei der Gründung (oder bei Kapitalerhöhungen) nur eine einzige, je nach Beteiligungsumfang unterschiedlich große Stammeinlage übernehmen (§ 5 II GmbHG)³⁵. Schon allein die unterschiedliche Größe der Anteile verhindert aber, dass sich für diese Anteile ein effektiver Markt (Börse) mit einheitlichen Kursen für die Anteile einer bestimmten GmbH herausbilden

³⁴ Vgl. zu den nicht unumstrittenen Grundlagen und Fallgruppen der Durchgriffshaftung (Vermögensvermischung, Unterkapitalisierung) eingehend *Bitter* (o. Fußn. 8), S. 82 ff.; zum Durchgriff wegen Existenzvernichtung siehe nachfolgend S. 43.

³⁵ Mit dem Ziel einer Erleichterung der Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen sieht allerdings der Regierungsentwurf zum MoMiG vor, dass zukünftig jeder Gesellschafter auch mehrere Stammeinlagen (der Entwurf spricht von „Geschäftsanteilen“) übernehmen kann.

kann. Weitere Hinderungsgründe für die leichte Übertragbarkeit der Anteile sind deren fehlende Verbriefung in einem Wertpapier und das Erfordernis einer notariellen Beurkundung zur wirksamen Übertragung der Anteile (§ 15 III GmbHG).

Im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen zur Geschäftsführung und Vertretung tritt die körperschaftliche Struktur der GmbH dagegen wieder deutlicher zu Tage, indem auch bei der GmbH Fremddorganschaft zulässig ist. Allerdings bedingt die im Vergleich zur AG engere Einbindung der Gesellschafter in die Unternehmensleitung, dass von der Möglichkeit der Fremddorganschaft in der Praxis weit weniger häufig Gebrauch gemacht wird als bei der AG, indem häufig Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden. Zudem manifestiert sich die stärker personalistische Struktur der GmbH darin, dass die Geschäftsführer als Leitungsorgan die Gesellschaft – anders als der Vorstand der AG – nicht unabhängig und eigenverantwortlich leiten (vgl. § 76 AktG), sondern vielmehr an die Weisungen der Gesellschafter gebunden sind (§ 37 I a.E. GmbHG, vgl. dazu nachfolgend S. 38).

Hinsichtlich der Haftungsbeschränkung unterscheidet sich die GmbH dagegen nicht wesentlich von der AG, wenn auch bei der GmbH angesichts des häufigen Missbrauchs dieser Rechtsform für bestimmte Fälle eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung im Wege einer Durchgriffshaftung vertreten wird (vgl. dazu oben Fußn. 34).

bb) Kapitalgesellschaft

Auch bei der GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft. Die stärker personalistische Struktur der GmbH bedingt aber, dass die Kapitalbindung bei der GmbH deutlich schwächer ausgestaltet ist, als bei der AG. Während bei der AG durch das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 AktG) jede Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns verhindert wird, untersagt § 30 GmbHG Ausschüttungen an die Gesellschafter nur insoweit, als dadurch das Stammkapital tangiert wird (vgl. dazu nachfolgend S. 41 ff.).

cc) Formkaufmann

Die GmbH ist gemäß § 13 III GmbHG *Formkaufmann*³⁶ und zwar unabhängig vom jeweiligen Geschäftsgegenstand. Diesbezüglich bestehen also keine Unterschiede zur AG. In der Firma muss die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ enthalten sein (Erfordernis des Rechtsformzusatzes).³⁷

d) Gründung der GmbH

Die GmbH entsteht – wie die AG – durch Umwandlung oder Gründung. Die Gründung erfolgt durch einen **notariellen Gesellschaftsvertrag** (§ 2 GmbHG)³⁸, der gem. § 3 GmbHG folgenden Mindestinhalt hat:

- Firma und Sitz der Gesellschaft
- Gegenstand des Unternehmens
- Betrag des Stammkapitals

³⁶ Zum Kaufmann kraft Rechtsform vgl. oben Teil 1 – Handelsrecht S. 14 f.

³⁷ Zum Firmenrecht vgl. oben Teil 1 – Handelsrecht S. 16 ff.

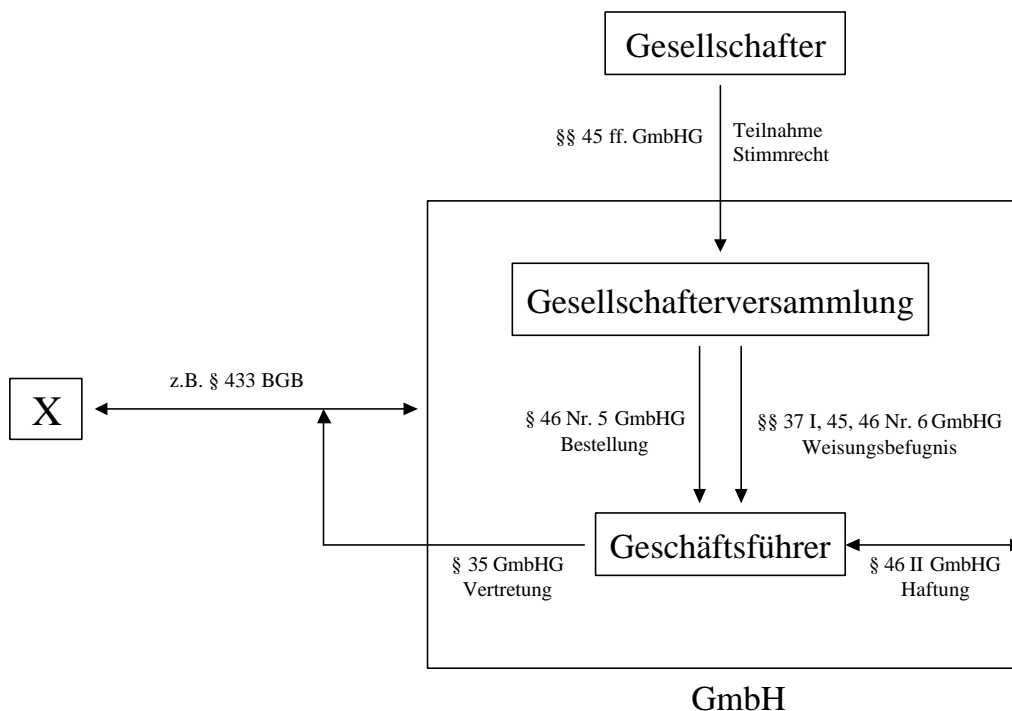
³⁸ Der Regierungsentwurf zum MoMiG sieht nunmehr vor, dass die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages entfallen kann, wenn sich die Gründungsgesellschafter eines im Anhang zum Gesetzentwurf abgedruckten Muster-Gesellschaftsvertrages bedienen.

- Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage). Auch bei der GmbH besteht die Möglichkeit, die geschuldete Einlage entweder in bar (Bareinlage) oder durch Einbringung von anderen Gegenständen zu erbringen (Sacheinlage).

Bei der GmbH gilt nicht der das Recht der AG prägende Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 V AktG, vgl. dazu oben S. 20), d.h. sofern das Gesetz im Einzelfall nicht ausschließlich ein anderes vorschreibt, kann im Gesellschaftsvertrag von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden. Wie die AG entsteht auch die GmbH nicht bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Vielmehr entsteht hierdurch zunächst lediglich eine Vorgesellschaft, während die GmbH als solche erst mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister entsteht (§ 11 GmbHG). Die Eintragung wirkt damit konstitutiv (Zu den im Zusammenhang mit dem Stadium der Vorgesellschaft entstehenden Haftungsfragen vgl. nachfolgend S. 40 f.)

e) Organisation der GmbH

Die Struktur der GmbH mit ihren nach Gesetz zwingenden Organen zeigt das nachfolgende Schaubild:



aa) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Die Gesellschafter sind die „Eigentümer“ der GmbH. Sie haben wie die Aktionäre bei der AG Mitverwaltungs- und Vermögensrechte. Mitverwaltungsrechte der GmbH-Gesellschafter sind insbesondere das **Stimmrecht** in der Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff. GmbHG) und das Recht, von den Geschäftsführern unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und Einsicht in die Bücher und Schriften zu verlangen (§ 51 a GmbHG). Dieses **Auskunfts- und Einsichtsrecht** der GmbH-Gesellschafter geht weit über das Auskunftsrecht der Aktionäre bei der AG (§ 131 AktG) hinaus, indem es nicht – wie bei der AG – nur im Rahmen der im Regelfall einmal jährlich abgehaltenen HV, sondern jederzeit ausgeübt

werden kann. Wesentliches Vermögensrecht der GmbH-Gesellschafter ist der Anspruch auf **Teilhabe am Gewinn** (= Jahresüberschuss, § 29 GmbHG).

Die Hauptpflicht des GmbH-Gesellschafters besteht in der Pflicht zur **Leistung der versprochenen Stammeinlage** (§ 5 GmbHG). Daneben besteht eine **Treuepflicht** der Gesellschafter. Hinsichtlich des Inhalts der Treuepflicht kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zur AG verwiesen werden mit dem einzigen Unterschied, dass die Treuepflicht bei der stärker personalistisch strukturierten GmbH wegen der engeren Beziehungen der Gesellschafter untereinander weiter geht als bei der AG.

bb) Die Organe der GmbH

Eine GmbH hat im Regelfall mindestens zwei Organe, nämlich die **Gesellschafterversammlung** und den/die **Geschäftsführer**. Daneben kann freiwillig ein Aufsichtsrat gebildet werden (§ 52 GmbHG). In Gesellschaften, die der Unternehmensmitbestimmung unterliegen, muss dagegen ein Aufsichtsrat eingerichtet werden (dazu näher oben Seite 25 f.).

(1) Geschäftsführer

Die GmbH muss gemäß § 6 GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Die Geschäftsführer werden durch die Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft im Außenverhältnis gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 GmbHG). Daneben sind sie im Innenverhältnis auch im mehr oder weniger starken Maße zur Geschäftsführung befugt.³⁹ Wie auch bei der AG ist hierbei die Zuständigkeit des Leitungsorgans (Vorstand/Geschäftsführer) von der Zuständigkeit der Gesellschafter (HV/Gesellschafterversammlung) abzugrenzen. Angesichts der im Vergleich zur AG personalistischeren Struktur der GmbH gehen die Befugnisse der Gesellschafterversammlung bei der GmbH dabei grundsätzlich weiter als die entsprechenden Befugnisse der HV bei der AG. Während sich nämlich die Befugnisse der HV auf Grundlagengeschäfte beschränken, die grundsätzlich (Ausnahme: „Holzmüller-Doktrin“) abschließend geregelt sind (§ 119 I AktG, vgl. hierzu oben S. 24 f.), sieht für die GmbH bereits § 46 GmbHG einen gegenüber der AG deutlich erweiterten Rahmen von Zuständigkeiten der Gesellschafter vor. Daneben können der Gesellschafterversammlung im Rahmen des Gesellschaftsvertrags weitere Geschäftsführungskompetenzen eingeräumt werden, wodurch die Geschäftsführer zu reinen „Ausführungsorganen“ degradiert werden (§§ 45, 46 ff. GmbHG). Unabhängig von der Regelung der Zuständigkeiten im Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter darüber hinaus ohnehin befugt, dem Geschäftsführer auch in den Geschäftsbereichen, die eigentlich nicht ihrer Kompetenz unterliegen, bindende **Weisungen** zu erteilen (§ 37 I a.E. GmbHG). Durch diese Weisungsgebundenheit unterscheidet sich der Geschäftsführer der GmbH wesentlich vom Vorstand der AG, der die Gesellschaft eigenverantwortlich leitet (§ 76 AktG).

Wie die Vorstandsmitglieder bei der AG haften auch die Geschäftsführer der GmbH gegenüber der Gesellschaft für Pflichtverletzungen bei Ausübung ihres Amtes auf Schadensersatz (§ 43 II GmbHG). Versäumen sie im Fall einer Insolvenz die rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrags – was in der Praxis häufig vorkommt –, unterliegen sie der so

³⁹ Zur Frage, wie sich etwaige Beschränkungen eines Vertreters im Innenverhältnis auf seine Vertretungsmacht im Außenverhältnis auswirken, siehe bereits die entsprechenden Ausführungen zur Prokura in Teil 1 – Handelsrecht S. 20 f.

genannten **Insolvenzverschleppungshaftung**: Gemäß § 64 II GmbHG haften sie danach der GmbH persönlich auf Erstattung aller nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife noch geleisteten Zahlungen.⁴⁰ Außerdem haben die durch die Insolvenzverschleppung geschädigten Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG.⁴¹

(2) Gesellschafterversammlung

In der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der GmbH erfolgt die Willensbildung der Gesellschafter durch formlosen Beschluss mit einfacher Kapitalmehrheit.⁴²

Zu den Aufgaben der Gesellschafterversammlung gehören gemäß § 46 GmbHG unter anderem:

- die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses
- die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen
- die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie deren Entlastung
- die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung
- die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten

f) Die Finanzverfassung der GmbH

Wie bei der AG wird auch bei der GmbH das Fehlen einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten durch Regelungen zur Sicherung der Aufbringung und Erhaltung eines garantierten Kapitals (bei der GmbH: Stammkapital) „erkaufte“. Wie bereits erwähnt, muss dieses derzeit mindestens 25.000 Euro betragen (§ 5 I GmbHG⁴³).

aa) Kapitalaufbringung

(1) Allgemeines

Von den Gesellschaftern können – wie bei der AG – sowohl Bar- als auch Sacheinlagen (§ 5 IV GmbHG) übernommen werden. Es herrscht gleichfalls der Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung. Von der Einlagepflicht können die Gesellschafter demnach nicht befreit werden; eine Aufrechnung ist unzulässig (§ 19 II GmbHG). Ist die Einlage von einem Gesellschafter nicht zu erlangen, trifft die Mitgesellschafter eine Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG).

Auch das GmbH-Recht verfügt über spezielle Regelungen, die zugunsten der Gläubiger und Mitgesellschafter den Wert von Sacheinlagen sicherstellen sollen, nämlich:

⁴⁰ Zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 II GmbH vgl. BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668; BGH NJW 2001, 304 = WM 2000, 2158 (s. zu beiden Urteilen die kritische Besprechung von *Bitter*, WM 2001, 666 ff. sowie *ders.*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.01); BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (Leitsatz 3); jüngst wieder mit deutlicher Schärfe BGH WM 2003, 1617 (mit kritischer Besprechung von *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03).

⁴¹ Zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbH vgl. BGHZ 126, 181, 192 ff. = NJW 1994, 2220, 2222 ff. (Aufgabe der Beschränkung auf den so genannten Quotenschaden für die Neugläubiger); nachfolgend bestätigend BGHZ 138, 211, 214 = NJW 1998, 2667; aus der Literatur s. die knappe Zusammenfassung bei *Grunewald*, GesR, Kap. 2.F. Rn. 67 (S. 340 f.).

⁴² Bei Satzungsänderungen bedarf der Beschluss der notariellen Form und einer $\frac{3}{4}$ Mehrheit (§ 53 GmbHG).

⁴³ Durch den Regierungsentwurf zum MoMiG soll der Mindestbetrag des Stammkapitals auf 10.000 Euro abgesenkt werden. Die beabsichtigte Neuregelung dient dazu, die Gründung einer GmbH für mittelständische Unternehmer gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen, die überhaupt kein bzw. nur ein sehr niedriges Mindestkapital vorsehen (Beispiel: Englische Limited: 1 €), attraktiver zu machen.

- § 5 IV 1 GmbHG: Angabe des Gegenstands der Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag
- § 7 III GmbHG: Sacheinlagen sind vor Anmeldung der Eintragung zu bewirken
- §§ 5 IV 2, 8 I Nr. 5 GmbHG: Sachgründungsbericht
- § 9c I 2 GmbHG: Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht im Rahmen des Eintragungsverfahrens
- § 9 GmbHG: Differenzhaftung des Sacheinlegers bei fehlender Werthaltigkeit der Sache

Im Vergleich mit den diesbezüglichen Vorschriften zur AG fehlt es bei der GmbH somit einzig an der bei der AG zusätzlich bestehenden Pflicht zur Werthaltigkeitsprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer.

Ferner gelten auch bei der GmbH die bereits für die AG aufgezeigten Grundsätze über die „verdeckte Sacheinlage“ (s.o. Seiten 26 f.). Nach neuerer Rechtsprechung ist auch im GmbH-Recht davon auszugehen, dass sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft (z.B. Übereignung der „verdeckt“ einzubringenden beweglichen oder unbeweglichen Sache) nichtig sind.⁴⁴ Die Mitgesellschafter sind jedoch aufgrund ihrer Treuepflicht gehalten, an einer „heilenden“ Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage mitzuwirken.⁴⁵ Erfolgt eine solche Heilung aber nicht rechtzeitig und wird die GmbH insolvent, ergeben sich für die Gesellschafter die oben schon für die AG aufgezeigten gravierenden Rechtsfolgen.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 8 – Fuhrunternehmen

(2) Sonderproblem: Vorbelastungshaftung

Bei Kapitalgesellschaften können sich die einzelnen Gründungsstadien der Gesellschaft, insbesondere die Phase, in der die Gesellschaft lediglich als Vorgesellschaft existiert, über einen sehr langen Zeitraum hinziehen (vgl. dazu oben S. 36 f.). In diesem Zeitraum könnten die Gesellschafter eigentlich mit dem eingebrachten Kapital bereits wirtschaften. Insbesondere im Zusammenhang mit den in der Praxis häufigen Sachgründungen durch Einbringung eines bestehenden Unternehmens kann hierfür sogar eine wirtschaftliche Notwendigkeit bestehen, da eine zwischenzeitliche „Stillegung“ des Geschäfts für die Zukunft des eingebrachten Unternehmens fatale Folgen haben kann (Abwanderung von Kunden etc.).

Andererseits birgt ein vorzeitiges Wirtschaften der Gesellschafter mit dem eingebrachten Kapital das Risiko, dass das garantierte Stammkapital zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister bereits nicht mehr ungeschmälert zur Verfügung steht, wenn die vorzeitige Geschäftstätigkeit zu Verlusten geführt hat.

Den vorstehend aufgezeigten Konflikt zwischen den Interessen der Gründungsgesellschafter und den Interessen der (potentiellen) Gläubiger löst der BGH für die GmbH⁴⁶ mittlerweile wie folgt: Einerseits ist es den Gesellschaftern gestattet, bereits während des Stadiums der Vor-Gesellschaft mit dem eingebrachten Kapital zu wirtschaften, wenn dem alle

⁴⁴ Vgl. das Urteil des BGH vom 7. Juli 2003, BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127 = WM 2003, 1720.

⁴⁵ Vgl. zu den Details wiederum BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127 = WM 2003, 1720.

⁴⁶ Da GmbHs wesentlich häufiger als AGs durch Gründung (und nicht durch Umwandlung) entstehen, tritt das Problem schwerpunktmäßig bei der GmbH auf, ist aber auch bei der AG theoretisch denkbar.

Gesellschafter zustimmen⁴⁷. Andererseits haften die Gesellschafter in diesem Fall gegenüber der Gesellschaft für alle Verluste, welche die Gesellschaft zwischen Gründung und Eintragung erlitten hat (Unterbilanz- oder **Vorbelastungshaftung**).⁴⁸ Man könnte den Inhalt dieser Haftung auch so umschreiben, dass die Gesellschafter das während der Phase der Vor-Gesellschaft bereits (teilweise) aufgebrauchte Stammkapital wieder „auffüllen“ müssen. Hierdurch wird zugunsten der Gesellschaftsgläubiger sichergestellt, dass zumindest zum Eintragungstichtag das im Gesellschaftsvertrag versprochene Stammkapital tatsächlich gedeckt ist.

bb) Kapitalerhaltung

Die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts sind weniger streng als die des Aktienrechts. Während § 57 AktG bei der AG jede Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die Aktionäre außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns verbietet, (umfassende Vermögensbindung), verbietet § 30 GmbHG nur die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens. Nur soweit eine (offene oder verdeckte) Ausschüttung dieses Stammkapital angreift, trifft den dadurch begünstigten GmbH-Gesellschafter im Interesse der auf das Stammkapital vertrauenden Gläubiger die verschuldensunabhängige Rückgewährpflicht des § 31 GmbHG.

Den Unterschied zwischen den Kapitalerhaltungsvorschriften der AG und der GmbH kann man sich wie folgt verdeutlichen: Es sei angenommen, die Kapitalgesellschaft X (gleich ob AG oder GmbH) habe ein garantiertes Kapital von 50.000 Euro. Im ersten Geschäftsjahr erwirtschaftet die Gesellschaft einen Bilanzgewinn von 25.000 Euro. Entsprechend dem Beschluss des zur Entscheidung über die Verteilung des Bilanzgewinns berufenen Organs werden von dem Bilanzgewinn nur 5.000 Euro an die Gesellschafter ausgeschüttet und 20.000 Euro zur Finanzierung zukünftiger Projekte in die Rücklagen eingestellt (thesauriert). Im nachfolgenden zweiten Geschäftsjahr erwirtschaftet die Gesellschaft dagegen keinen Gewinn. Die Gesellschafter möchten sich gleichwohl auch in diesem Geschäftsjahr eine Ausschüttung von 5.000 Euro „genehmigen“. Ob dies zulässig ist, hängt nunmehr davon ab, ob es sich bei der Kapitalgesellschaft X um eine AG oder um eine GmbH handelt.

Handelt es sich um eine AG, so würde die beabsichtigte Ausschüttung gegen § 57 AktG verstoßen, da im zweiten Geschäftsjahr (und nur hierauf kommt es an) kein Bilanzgewinn erwirtschaftet wurde, der verteilt werden könnte. Die aus dem Bilanzgewinn des ersten Geschäftsjahres gebildete Rücklage in Höhe von immerhin 20.000 Euro ist dagegen praktisch als zusätzliches „Kapital-Sicherheitspolster“ zu dem ohnehin garantierten Grundkapital von 50.000 Euro hinzugekommen und darf nunmehr im darauf folgenden Geschäftsjahr nicht mehr angetastet werden.

Handelt es sich dagegen um eine GmbH, so dürfte eine Ausschüttung an die Gesellschafter erfolgen, da dadurch letztlich nur die aus dem Bilanzgewinn des letzten Geschäftsjahres über das Stammkapital hinausgehend gebildete Rücklage teilweise wieder aufgezehrt würde, ohne dass das Stammkapital in Höhe von 50.000 Euro tangiert würde.

⁴⁷ Vgl. dazu BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507. Das Urteil bedeutet eine Abkehr des BGH von seiner eigenen älteren Rechtsprechung, wonach den Gründungsgesellschaftern die Aufnahme des Geschäftsbetriebs während der Phase der Vor-Gesellschaft weitgehend untersagt war (sog. Vorbelastungsverbot), vgl. BGHZ 53, 210, 212.

⁴⁸ Vgl. dazu BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

Man kann den Unterschied zwischen der Kapitalbindung bei der AG und bei der GmbH plastisch damit umschreiben, dass das „Kapital-Sicherheitspolster“ bei der AG mit jeder Einstellung von Bilanzgewinn in die Rücklagen zugunsten der Gläubiger weiter anwächst, während es bei der GmbH stets auf die Höhe der Stammkapitalziffer beschränkt bleibt. Bei der AG hat der Gesetzgeber daher in der Tat eine strengere Kapitalbindung verwirklicht als bei der GmbH.

Zu beachten ist allerdings, dass auch bei der GmbH eine umfassende Vermögensbindung besteht, wenn Minderheitsgesellschafter vorhanden sind. Diese Vermögensbindung leitet sich aus der Treuepflicht der Gesellschafter her (vgl. dazu oben S. 37 f.). Verschafft sich ein Gesellschafter zulasten der Mitgesellschafter einen Sondervorteil, löst dies zwei verschiedene Ansprüche aus:

- einen verschuldensabhängigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung sowie
- einen verschuldensunabhängigen, gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr des Sondervorteils.⁴⁹

Der Unterschied zwischen beiden Ansprüchen besteht – von der Voraussetzung des Verschuldens abgesehen – in der Rechtsfolge. Rückgewähr bedeutet, dass nur derjenige Betrag vom Gesellschafter zu zahlen ist, den er tatsächlich erhalten hat. Schadensersatz bedeutet, dass auch darüber hinausgehende Beträge zu zahlen sind, wenn der Vorgang neben dem reinen Vermögensabfluss weitere (Folge-)Schäden verursacht hat.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 9 – Beratervertrag

Da im GmbH-Recht – anders als im Aktienrecht – nicht jede Auszahlung verboten ist, sondern bei den Anspruchsgrundlagen jeweils differenziert werden muss, ob Minderheitsgesellschafter vorhanden sind (dann umfassender, aus der Treuepflicht hergeleiteter Vermögensbestandsschutz) oder nicht (dann nur beschränkter Stammkapitalschutz aus § 30 GmbHG), können Lücken im Gläubigerschutz auftreten. Handelt es sich nämlich um eine Einpersonen-GmbH oder handeln alle Gesellschafter einverständlich, gibt es keinen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft wegen Treuepflichtverletzung. Der im Interesse der Gläubiger bestehende Anspruch aus § 31 GmbHG ist jedoch nur auf Rückgewähr von Vermögensausschüttungen gerichtet, die der Gesellschafter empfangen hat, sofern hierdurch das Stammkapital angetastet wurde. Erleidet die GmbH aufgrund einer nachteiligen Maßnahme des Alleingeschafters bzw. aller einverständlich handelnden Gesellschafter einen Schaden, der über den gewährten Vermögensvorteil hinausgeht oder handelt es sich bei dem Eingriff überhaupt nicht um einen Fall der offenen oder verdeckten Einlagenrückgewähr, steht der GmbH kein Anspruch gegen den begünstigten Gesellschafter zu.⁵⁰ Der Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen der GmbH kann dann aber keine Ansprüche gegen den Gesellschafter geltend machen, um die Masse zu Gunsten der Gläubiger aufzufüllen. Um diese Lücke im gesetzlichen Schutzsystem zu schließen, hat der Bundesgerichtshof in den Urteilen „Bremer-

⁴⁹ Die Rechtsgrundlage für diesen Anspruch ist umstritten, z.T. wird der Anspruch auch auf § 812 BGB gestützt (vgl. dazu eingehend *Bitter* [o. Fußn. 8], S. 286 ff.; *ders.*, ZHR 168 [2004], 302 ff.). Der verschuldensunabhängige Rückgewähranspruch kommt in der Praxis wegen des meist ohnehin vorliegenden Verschuldens des Gesellschafter nicht zum Tragen, ist aber in einer gutachtlichen Prüfung (z.B. in der Klausur) ergänzend heranzuziehen.

⁵⁰ Ansprüche gegen den Geschäftsführer (!) aus § 43 GmbHG sind allerdings möglich (vgl. § 43 III GmbHG).

Vulkan⁵¹ und „KBV“⁵² neuerdings eine **Missbrauchshaftung wegen „Existenzvernichtung“ bzw. „Existenzgefährdung“** der Gesellschaft anerkannt, wenn die GmbH aufgrund der Eingriffe des Gesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Missbräuchlich in diesem Sinne kann es sein, wenn der Gesellschafter die GmbH durch Abzug aller Ressourcen quasi „auf kaltem Wege liquidiert“ (meist werden die Vermögenswerte in diesen Fällen auf eine neu gegründete GmbH übertragen, sog. GmbH-Stafette). Es ist aber auch an Fälle zu denken, in denen ein risikoreiches Projekt auf eine Tochter-GmbH ausgelagert wird, wenn die Verluste im Fall des Fehlschlagens wegen Unterkapitalisierung der GmbH notwendig die Gläubiger treffen. Die hier vorliegende „einseitige Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ ist verboten. In diesen Fällen der „Existenzvernichtung“ bzw. „Existenzgefährdung“ der GmbH wird es dem Gesellschafter wegen eines Missbrauchs der Rechtsform der GmbH versagt, sich auf die Haftungsbeschränkung des § 13 II GmbHG zu berufen. Es wird auf sein Privatvermögen „durchgegriffen“, d.h. er haftet unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der GmbH.⁵³ Die Einzelheiten dieser neuen Existenzvernichtungshaftung sind allerdings noch nicht abschließend geklärt.⁵⁴

cc) Eigenkapitalersetzende Darlehen

Eine Besonderheit des deutschen GmbH-Rechts sind die Regeln über eigenkapitalersetzende Darlehen. Grundsätzlich kann ein Gesellschafter, der – z.B. aus Warenlieferung – eine Forderung gegen „seine“ GmbH hat, an einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH wie jeder andere Gläubiger teilnehmen, d.h. seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden. Von diesem Grundsatz macht § 32a GmbHG eine Ausnahme für die so genannten eigenkapitalersetzenden Darlehen. Hat der Gesellschafter der GmbH in einem Zeitpunkt Kredit gewährt, in dem ihm ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft von dritter Seite Kredit zu den vom Gesellschafter gewährten Konditionen nicht (mehr) hätte erlangen können), dann kann er sich mit diesem Darlehen nicht wie jeder andere Gläubiger am Insolvenzverfahren beteiligen. Die Idee hinter der Regelung ist folgende: Der Gesellschafter hätte in der Krise der Gesellschaft, in der diese von dritter Seite keinen Kredit mehr erhalten kann, die Gesellschaft liquidieren oder ihr neues haftendes Eigenkapital zuführen müssen. Wenn er stattdessen einen Kredit gewährt, um die Gesellschaft auf diese Weise am Leben zu erhalten, dann muss er das dadurch begründete Risiko vorrangig vor den übrigen Gläubigern tragen.

Mit einer Rangrücktrittserklärung kann der Gesellschafter zusätzlich erreichen, dass das Darlehen bei der Beurteilung einer Überschuldung (Insolvenzgrund nach § 64 GmbHG) als Verbindlichkeit unberücksichtigt bleibt.⁵⁵

⁵¹ BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 (Bremer Vulkan); dazu *Bitter*, WM 2001, 2133; vgl. auch BGH WM 2002, 960 m. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02.

⁵² BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 (KBV).

⁵³ So jetzt BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 (KBV); für die Durchgriffshaftung zuvor schon *Bitter* (o. Fußn. 8), S. 490 ff.; *ders.*, WM 2001, 2133.

⁵⁴ Hinweis: Im Hinblick auf die Schwierigkeit der Materie wird dieser zuletzt genannte Haftungstatbestand nicht Gegenstand der Abschlussklausur sein.

⁵⁵ BGH NJW 2001, 1280 = WM 2001, 317; dazu *Wittig*, NZI 2001, 169.

dd) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

Für Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung (§§ 55 ff. GmbHG) gelten die gleichen begrifflichen Differenzierungen wie bei der AG. Auch hier ist jeweils die Unterscheidung *nominell – effektiv* zu beachten (vgl. dazu oben S. 27 f.).

g) Die GmbH im Unternehmensverbund⁵⁶

Ein gesetzlich geregeltes Konzernrecht gibt es nur für die Aktiengesellschaft (dazu oben S. 28 ff.). Für die GmbH ist das Konzernrecht durch Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Die Grundbegriffe über verbundene Unternehmen (§§ 15 ff. AktG) kommen aber auch hier zur Anwendung. Daher ist nach h.M. auch bei der GmbH zu unterscheiden zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern.

Ein **faktischer Konzern** besteht, wenn ein Unternehmensgesellschafter aufgrund seiner Mehrheits- oder Alleingesellschafterstellung auf eine abhängige GmbH bestimmenden Einfluss nehmen kann. Besondere Haftungsregeln gibt es für diesen Fall nicht; insbesondere kommen die §§ 311 ff. AktG nicht analog zur Anwendung. Die durch §311 AktG eröffnete Möglichkeit nachteiliger Einflussnahme bei gleichzeitigem Ausgleich der Nachteile (so genanntes Schädigungsprivileg) ist bei der GmbH nicht anwendbar, weil die Treuepflicht jeden Sondervorteil zulasten der Mitgesellschafter verbietet. Es kommen also die normalen, zuvor unter f) (S. 41 ff.) genannten Kapitalerhaltungsregeln zur Anwendung.

Ein **Vertragskonzern** wird von der h.M. auch im GmbH-Recht für möglich erachtet, wobei der Bundesgerichtshof und die h.L. die in der Praxis häufig anzutreffenden steuerlichen Organschaftsverträge als Beherrschungsvertrag qualifizieren wollen.⁵⁷ Durch einen solchen Organschaftsvertrag (§§ 14, 17 Satz 2 Nr. 2 KStG) wird das körperschaftssteuerliche Ergebnis der GmbH dem herrschenden Unternehmen zugerechnet, wodurch die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten der organschaftlich verbundenen Gesellschaften ermöglicht wird. Da nur auf das Gesamtergebnis Steuern zu zahlen sind, können erhebliche Steuerbeträge eingespart werden, wenn eine Konzerngesellschaft Verlust und eine andere Gewinn macht. Rechtsfolge des Beherrschungsvertrags ist – wie bei der AG – eine Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG. Diese gesetzliche Verlustausgleichspflicht ist allerdings bei den steuerlichen Organschaftsverträgen ohne praktische Bedeutung, weil die Verträge ohnehin schon zur Erfüllung der steuerrechtlichen Anforderungen eine vertragliche Verlustübernahmepflicht enthalten müssen.

Umstritten war bis vor kurzem, ob es bei der GmbH – wie bei der AG - noch eine weitere Form des Konzerns, den „**qualifiziert faktischen Konzern**“ gibt (vgl. zu dieser Rechtsfigur bei der AG oben S. 31 f.). Die Rechtsprechung hatte diese Rechtsfigur ab Mitte der 80er Jahre⁵⁸ entwickelt, um angeblich vorhandene Schutzlücken im (GmbH-)Konzernrecht zu schließen, und in diesem Zusammenhang die für den Aktien-Vertragskonzern geltende Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG analog auf qualifiziert-faktische Benachteiligungen der abhängigen GmbH durch ihren Mehrheitsgesellschafter angewendet. Der Bundesgerichtshof hat den konzernrechtlichen Ansatz in dem bereits oben auf S. 43

⁵⁶ Das Konzernrecht der GmbH wird hier nur der Vollständigkeit halber kurz dargestellt, um die Unterschiede zum Aktienkonzernrecht aufzuzeigen. Da es sich allerdings um eine sehr schwierige Materie handelt, die den Rahmen der von Volkswirtschaftlern zu erwartenden Grundlagen sprengt, soll das GmbH-Konzernrecht nicht Gegenstand der Abschlussklausur sein.

⁵⁷ Eingehende Kritik an diesem Standpunkt der h.M. bei *Bitter*, ZIP 2001, 265 ff.

⁵⁸ BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 (Autokran); BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 (Tiefbau).

erwähnten Urteil „Bremer Vulkan“ ganz aufgegeben und erkennt jetzt eine allgemeine Missbrauchshaftung wegen „Existenzvernichtung“ bzw. „Existenzgefährdung“ der Gesellschaft an, die für alle GmbHs gilt. Die Rechtsfigur des „qualifiziert faktischen Konzerns“ gehört damit für das GmbH-Recht der Geschichte an.⁵⁹

V. Personengesellschaften

Personengesellschaften eignen sich als Rechtsform vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen. Sie sind einfach in der Gründung, da der Gesellschaftsvertrag formlos wirksam⁶⁰ ist, und sie sind offen in der Gestaltung des Innenverhältnisses, da die gesetzlichen Regeln fast ausnahmslos zur Disposition der Parteien stehen. Kapitalerhaltungsvorschriften im Interesse der Gläubiger existieren nicht⁶¹, da der Gläubigerschutz nach dem gesetzlichen Modell über die persönliche Haftung der Gesellschafter sichergestellt wird. Diese Außenhaftung ist sicher ein Nachteil der Personengesellschaften, der allerdings in der Rechtsform der KG für die als Kommanditisten beteiligten Gesellschafter ausgeschlossen werden kann.

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)*

a) Allgemeines

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist die **Grundform der Personengesellschaften**. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Die GbR ist gesetzlich geregelt in §§ 705 ff. BGB, denen über das Recht der GbR hinausgehend deshalb eine besondere Bedeutung zukommt, weil sie subsidiär auch für die auf wirtschaftliche Tätigkeit hin ausgelegten Sonderformen offene Handelsgesellschaft (oHG) und Kommanditgesellschaft (KG) gelten, soweit die §§ 105 ff., 161 ff. HGB für diese Gesellschaftsformen keine speziellen Regelungen enthalten.

b) Funktion und Bedeutung

Die GbR erfreut sich in der Praxis einer großen Beliebtheit, weil sie für die Verfolgung einer Vielzahl von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Zwecken geeignet ist.

Zunächst eignet sich die GbR als Organisationsform für wirtschaftliche Zwecke. Hierbei kann es sich zunächst um gewerbliche Zwecke, darüber hinaus aber auch um jede andere Art wirtschaftlicher Betätigung handeln.

⁵⁹ Vgl. ausdrücklich BGH WM 2002, 960, 962 m. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02.

⁶⁰ Eine Ausnahme gilt, wenn sich ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet; dann gilt § 311b BGB (notarielle Beurkundung) auch für den Gesellschaftsvertrag.

⁶¹ Eine gewisse Ausnahme gilt für die Kommanditistenhaftung: Zwar gibt es auch bei der KG kein Ausschüttungsverbot. Auszahlungen an den Kommanditisten können aber seine Haftung im Außenverhältnis wieder aufleben lassen (dazu unten S. 64 ff.).

* Zur GbR vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 58-60 (S. 1689 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 1. A. (S. 5 ff.); *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, § 4 (S. 13 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 1.1 (S. 310 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 16.2 (S. 385 ff.).

Die GbR kann als **Gesellschaftsform für gewerbliche Zwecke** gewählt werden, soweit kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe (vgl. § 1 II HGB) betrieben werden soll. In diesem Fall handelt es sich bei der vermeintlichen GbR nämlich gem. § 105 I HGB – unabhängig von der Intention der Gründer – um eine oHG und damit gem. § 6 I HGB als Handelsgesellschaft um einen Kaufmann („Ist-Kaufmann“). Soll kein vollkaufmännisches Gewerbe betrieben werden, steht es den Gesellschaftern als Kleingewerbetreibenden („Kann-Kaufmann“) dagegen frei, ob sie die Gesellschaft gem. § 105 II i.V.m. § 2 Satz 2 und 3 HGB in das Handelsregister eintragen lassen (dann gem. § 105 II ebenfalls oHG und Kaufmann), oder ob sie auf eine solche Eintragung verzichten. Im letzteren Fall kann das Kleingewerbe in der Rechtsform der GbR betrieben werden. Da die Gesellschafter häufig gegen eine Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und die damit verbundene Kaufmannseigenschaft ihrer Gesellschaft optieren (Vermeidung der Anwendbarkeit der für Kaufleute geltenden Sonderregeln, Registerpublizität etc.), ist die GbR die **klassische Gesellschaftsform für den Zusammenschluss von Kleingewerbetreibenden**.

Eine besondere Bedeutung kommt der GbR ferner als **Rechtsform für den Zusammenschluss von Freiberuflern** (z.B. Bürogemeinschaften der Rechtsanwälte, Ärzte etc.) zu. Da die freien Berufe nach traditionellem Verständnis trotz einer auf Dauer angelegten Tätigkeit kein Gewerbe betreiben⁶², können sie ihre Tätigkeit nicht in der Rechtsform der oHG bzw. KG ausüben. Neben der GbR steht den Freiberuflern seit dem 1. Juli 1995 aber auch noch die eigens für diese Berufsgruppe durch den Gesetzgeber neu geschaffene Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft (PartG) zur Verfügung, deren gesetzliche Regelung dem Recht der oHG angenähert ist. Darüber hinaus ist mittlerweile anerkannt, dass sich Freiberufler als GmbH und auch als AG organisieren können, weil diese Gesellschaften keinen auf den Betrieb eines Gewerbes ausgerichteten Zweck erfordern.

Da der Zusammenschluss der Gesellschafter bei der GbR nicht auf eine gewisse Dauer ausgerichtet sein muss, eignet sich diese Gesellschaftsform auch zur gemeinsamen **Durchführung einzelner Geschäftsvorhaben**. Sie wird dann häufig als Konsortium oder Arbeitsgemeinschaft (ARGE)⁶³ betrieben. Beispiele: Zusammenschluss mehrerer Bauunternehmen zur Durchführung eines Großprojekts (Bau einer ICE-Trasse etc.), Zusammenschluss mehrerer Banken mit dem Ziel, die im Rahmen der Gründung bzw. Kapitalerhöhung einer AG neu ausgegeben Aktien zu übernehmen und am Kapitalmarkt unterzubringen (Emissionskonsortium). Häufig schließen sich Unternehmen auch als so genannte „Interessengemeinschaften“ in der Rechtsform der GbR zusammen, um bestimmte unternehmerische Teilfunktionen (z.B. Forschungsvorhaben) gemeinsam auszuüben. Ferner handelt es sich bei der GbR auch um die Rechtsform, in welcher sich Privatpersonen zur Durchführung einzelner Vorhaben mit Gewinnerzielungsabsicht zusammenschließen, ohne zumeist zu wissen, dass sie Gesellschafter einer GbR sind (Beispiel: Lotto-Tippgemeinschaft).

Da ein auf wirtschaftliche Betätigung ausgerichteter Zweck nicht erforderlich ist, werden GbRs schließlich auch häufig zur **Verfolgung kultureller oder karitativer Zwecke** gegründet (Beispiel: Zusammenschluss von 20 am Theaterspiel interessierten Personen zur

⁶² Vgl. Skript Wirtschaftsrecht Teil 1 – Handelsrecht S. 12 f.

⁶³ Die ARGE ist i.d.R. GbR und nicht oHG (dazu unten S. 55 ff.), weil es an den Merkmalen des Gewerbebegriffs fehlt (vgl. dazu Skript Wirtschaftsrecht Teil 1 – Handelsrecht S. 12). Die ARGE ist nicht planmäßig anbietend an einem Markt tätig, weil sie entweder gar nicht als Anbieter von Leistungen am Markt auftritt (Anbieter sind in diesem Fall die in der ARGE zusammengeschlossenen Gesellschaften) oder nur einmalig gegenüber einem einzigen Bauherrn. Vgl. dazu ausführlich *Karsten Schmidt*, DB 2003, 703 ff.

regelmäßigen Aufführung von Theaterstücken, deren Erlös karitativen Zwecken zugeführt werden soll).

c) Unterscheidung zwischen Außen-GbR und Innen-GbR

§§ 705 BGB gehen als Regelfall davon aus, dass die GbR (Gesetzeswortlaut: „Die Gesellschafter“), vertreten durch ihre Organe, am Rechtsverkehr teilnimmt. Die Gesellschaft tritt damit für den Rechtsverkehr „nach außen“ in Erscheinung. Man spricht in diesem Fall von einer **Außengesellschaft (Außen-GbR)**.

Beispiele:

- *Rechtsanwaltssozietät Dr. Möbius & Partner*
- *Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Potsdamer Platz*

Es kommt aber auch häufig vor, dass die durch Gesellschaftsvertrag verbundenen Gesellschafter zwar nach innen (d.h. untereinander) einen gemeinsamen Zweck verfolgen, nach außen aber gerade nicht als Gesellschaft sondern vielmehr im eigenen Namen auftreten. In einem solchen Fall spricht man von einer reinen **Innengesellschaft (Innen-GbR)**.

Beispiel: *Lotto-Tippgemeinschaft: Mitglieder Müller, Meyer und Schultze. Inhalt des (mündlich abgeschlossenen) „Gesellschaftsvertrages“: Wöchentlicher gemeinsamer Erwerb eines Tippscheins, zu dem jeder Gesellschafter 1/3 des Kaufpreises beisteuert. An einem eventuellen Gewinn soll jeder Gesellschafter wiederum zu 1/3 beteiligt werden. Wenn hier der Gesellschafter Müller, seiner gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung nachkommend, am Kiosk die Tippscheine erwirbt, wird er das kaum im Namen der Gesellschaft (etwa: „Tippgemeinschaft Müller, Schultze und Meyer“ oder „Tippgemeinschaft Müller & Partner“), sondern vielmehr in seinem eigenen Namen tun. Der Inhaber des Kiosks weiß damit nichts von der Existenz der Gesellschaft.*

d) Strukturmerkmale

aa) Personengesellschaft

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der GbR um die Grundform der Personengesellschaften. Als solche weist sie – zumindest nach ihrem gesetzlichen Grundmodell – in geradezu idealtypischer Ausprägung sämtliche Merkmale der Personengesellschaften auf.

Als eines dieser Merkmale wurde der GbR früher die Rechtsfähigkeit mehrheitlich abgesprochen. Diese Sichtweise schien im Einklang mit der Grundintention des Gesetzgebers zu stehen, wonach die GbR im Gegensatz zum Verein gerade nicht als juristische Person ausgestaltet wurde. Wie schon mehrfach erwähnt, hat der BGH jedoch im Urteil vom 29. 1. 2001⁶⁴ seine Rechtsprechung zur **Rechtsfähigkeit der GbR** geändert. Nach diesem neuen Urteil besitzt die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig. Der wesentliche praktische Vorteil dieser neuen Rechtsprechung liegt darin, dass die GbR als solche verklagt werden kann, während früher wegen der fehlenden Rechtsfähigkeit alle einzelnen Gesellschafter in der Klageschrift

⁶⁴ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993.

aufgeführt werden mussten. Dies konnte bei Gesellschaften mit großem oder z.T. unbekanntem Gesellschafterkreis für den Gläubiger schwierig bis unmöglich sein. Erstreitet ein Gläubiger allerdings ein Urteil gegen die GbR als solche, dann kann er diesen Titel auch nur in das Vermögen der GbR, nicht auch in das Vermögen der Gesellschafter vollstrecken. Es empfiehlt sich daher in der Praxis, neben der GbR zumindest auch diejenigen Gesellschafter zu verklagen, die dem Gläubiger bekannt sind, um auch in deren Vermögen vollstrecken zu können.

Nicht ganz geklärt ist nach wie vor, in welchem Umfang der GbR Rechtsfähigkeit zukommt. So ist z.B. die Frage noch offen, ob die GbR als Inhaberin von Rechten an Grundstücken ins Grundbuch eingetragen werden kann (Grundbuchfähigkeit). Von daher kann man nach heutigem Kenntnisstand festhalten, dass der GbR zumindest **Teilrechtsfähigkeit** zukommt.

Ungeachtet der mittlerweile anerkannten (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR weist diese als Grundform der Personengesellschaften – zumindest nach dem gesetzlichen Grundmodell – nur eine **schwach ausgeprägte Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern** auf. Seinen Ausdruck findet dieses Prinzip zum einen in §§ 723 I, 727, 728 II 1 BGB, wonach die Kündigung, der Tod oder die Insolvenz eines Gesellschafters grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft führen. Zum anderen muss sich bei der GbR wie bei allen Personengesellschaften kein Gesellschafter nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages gegen seinen Willen einen neu hinzukommenden Gesellschafter aufzwingen lassen. Daher bedarf es für die Aufnahme neuer Gesellschafter grundsätzlich einer Änderung des Gesellschaftsvertrages unter Zustimmung aller Gesellschafter. Diese grundsätzliche Abhängigkeit des Fortbestands der Gesellschaft von der Zusammensetzung ihrer Mitglieder ist dem für die Personengesellschaft prägenden besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern geschuldet.

Die soeben getroffene Aussage wird jedoch dadurch relativiert, dass es den Gründungsgesellschaftern unbenommen ist, im Rahmen des Gesellschaftsvertrages vorab für den Fall der Kündigung, des Todes oder der Insolvenz von Gesellschaftern von den gesetzlichen Regelungen zugunsten einer Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern abzuweichen (sog. **Fortsetzungsklausel**, vgl. § 736 I BGB). Die Gesellschafter können zudem im Rahmen des Gesellschaftsvertrages vereinbaren, dass in die bestehende Gesellschaft andere Personen aufgenommen werden können, und die Entscheidung über diesen Vorgang entweder einer Mehrheitsentscheidung, aber auch der Entscheidung einzelner Gesellschafter überantworten. Der Gesellschaftsvertrag einer Außen-GbR kann schließlich sogar – wie bei den Kapitalgesellschaften – eine freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft auf Dritte vorsehen.

Merke: Sowohl bei den Kapitalgesellschaften als auch bei den Personengesellschaften ist damit eine freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft möglich. Es gilt aber ein **umgekehrtes Regel-Ausnahmeverhältnis**. Bei den Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz grundsätzlich eine freie Übertragung der Anteile vor, soweit die Übertragung der Anteile nicht im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung an die Zustimmung der Gesellschaft bzw. der übrigen/bestimmter Gesellschafter geknüpft ist (sog. Vinkulierung, häufig bei der GmbH anzutreffen, vgl. dazu oben S. 35). Bei den Personengesellschaften kann eine Übertragung der Mitgliedschaft dagegen grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn alle übrigen Gesellschafter dieser Übertragung zustimmen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise eine freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vorsieht.

Der Charakter der GbR als Personengesellschaft zeigt sich ferner deutlich bei den Haftungsverhältnissen. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich (vgl. dazu nachfolgend S. 53 f.). Eine besondere Kapitalbindung zum Schutze der Gläubiger, wie sie für das Recht der Kapitalgesellschaften prägend ist, ist damit entbehrlich. Vielmehr tritt die persönliche Haftung der Gesellschafter als Instrument des Gläubigerschutzes an die Stelle der Kapitalerhaltungsvorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts.

Als Personengesellschaft obliegt schließlich die Verwaltung der GbR (Geschäftsführung und Vertretung) den Gesellschaftern selbst. Hieraus wird teilweise der Schluss gezogen, dass es bei den Personengesellschaften überhaupt keine Organe gebe. Dies ist aber unkorrekt, da der Begriff des Organs nur der Zuordnung bestimmter Verwaltungsfunktionen innerhalb eines Verbandes dient und eine solche Zuordnung von Verwaltungsfunktionen bei allen Verbänden, also sowohl bei Körperschaften als auch bei den Personengesellschaften erforderlich ist.⁶⁵ Der wesentliche Unterschied zwischen der Verwaltung der Personengesellschaften und der Körperschaften liegt aber darin begründet, dass es sich bei den Organträgern der Personengesellschaften stets um deren (persönlich haftende) Gesellschafter handeln muss (**Selbstorganschaft**), was bei den Körperschaften nicht der Fall ist. Den Gesellschaftern ist dabei bereits im Gesellschaftsvertrag bzw. in Ermangelung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung durch Gesetz ihre Stellung als Organträger eingeräumt, während die Organträger der Körperschaften in der Regel erst durch speziellen Akt bestellt werden müssen. *Karsten Schmidt* hat diesen Unterschied treffend dahingehend auf den Punkt gebracht, dass die Organe der Personengesellschaft nicht bestellt werden, sondern dass die Personengesellschaft vielmehr Organe „hat“.⁶⁶

bb) Fehlende Kaufmannseigenschaft

Im Gegensatz zu den Personenhandelsgesellschaften oHG und KG kommt der GbR keine Kaufmannseigenschaft zu (vgl. §§ 105 I, II, 1, 2 HGB).

e) Gründung und Beendigung der GbR

aa) Gründung

Die Gründung einer GbR erfolgt durch formlosen (auch mündlichen!) Vertrag, durch welchen sich die Gesellschafter zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten (Gesellschaftsvertrag). Bei der Wahl des Zweckes sind die Gesellschafter grundsätzlich frei, allerdings darf der Zweck der Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes gem. § 1 HGB gerichtet sein, da es sich bei der Gesellschaft ansonsten bereits kraft Gesetzes um eine oHG handelt (vgl. § 105 I HGB).

bb) Beendigung

Die Beendigung der GbR vollzieht sich in zwei Schritten, nämlich der Auflösung und der Auseinandersetzung (= Liquidation).

⁶⁵ Richtig ist allerdings, dass die Verwaltungsfunktionen bei den Körperschaften nach der gesetzlichen Grundkonzeption in weit stärkerem Maße auf verschiedene Organe (z.B. bei der AG Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung) aufgeteilt sind als bei den Personengesellschaften.

⁶⁶ *Karsten Schmidt*, GesR, § 14 II 2 a (S. 410).

(1) Auflösung

Die Beendigung der Gesellschaft setzt zunächst die Auflösung der Gesellschaft voraus. Die Auflösung der Gesellschaft führt jedoch nicht dazu, dass die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit verliert. Es ändert sich aber der Gesellschaftszweck, d.h. an die Stelle des bisherigen Zwecks tritt nunmehr der Zweck, die Gesellschaft abzuwickeln.

Auflösungsgründe:

- Auflösung durch Zeitablauf: Sofern im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, dass die GbR nur bis zu einem bestimmten Endtermin bestehen soll, so findet die Auflösung mit dem Eintritt des Endtermins automatisch statt. Dieser Auflösungsgrund ist zwar nicht ausdrücklich in §§ 723 bis 728 BGB normiert, wird aber von §§ 723 I, 724 2 BGB vorausgesetzt und ist darüber hinaus in § 131 I Nr. 1 HGB für die Personenhandelsgesellschaften gesetzlich anerkannt.
- Zweckerreichung oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks (§ 726 BGB).
- Wegfall des vorletzten Gesellschafters: Vereinigen sich alle Anteile an der GbR in einer Hand (etwa durch Beerbung eines Gesellschafters durch den alleinigen Mitgesellschafter), so führt dieses Ereignis zur Auflösung der Gesellschaft, da eine Personengesellschaft immer zwei Gesellschafter voraussetzt (vgl. § 705 BGB: Gesellschaftsvertrag). Eine Einpersonen-GbR (oder oHG/KG) gibt es daher nicht.
- Auflösungsbeschluss der Gesellschafter: Auch dieser Auflösungsgrund ist nicht ausdrücklich normiert. Er folgt aber aus dem allgemeinen privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsautonomie und ist darüber hinaus in § 131 I Nr. 2 HGB für die Personenhandelsgesellschaften gesetzlich anerkannt.
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (§ 728 I BGB).
- Kündigung durch einen Gesellschafter (§ 723 I BGB). Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen worden, so kann jeder Gesellschafter die Gesellschaft jederzeit kündigen (ordentliche Kündigung, § 723 I 1 BGB). Ist die Gesellschaft dagegen nur bis zum Eintritt eines bestimmten Endtermins eingegangen worden, so kommt nur eine Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht (außerordentliche Kündigung, § 723 I 2 BGB. Beispiel für wichtigen Grund: Grobe Pflichtverletzung eines Gesellschafters). Die mit der Kündigung im Regelfall einhergehende Auflösung tritt nicht ein, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern (§ 736 I BGB) oder den Ausschluss desjenigen Gesellschafters, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter zur Kündigung berechtigender Grund eintritt (§ 737 BGB), vereinbart haben. Der ausscheidende Gesellschafter ist dann gem. § 738 I BGB abzufinden.
- Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB), sofern der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel nach § 736 I BGB enthält.
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 II 1 BGB). Hierdurch soll den Gläubigern des Gesellschafters die Möglichkeit eröffnet werden, auf das gesamte Vermögen des Gesellschafters – also auch die Mitgliedschaft in der GbR – zuzugreifen.

Hinsichtlich der letzten drei Auflösungsgründe (Kündigung, Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters) bestehen im Gesellschaftsvertrag – wie bereits erwähnt – in der Praxis häufig so genannte **Fortsetzungs- bzw. Ausschlussklauseln**, um die Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft in diesen Fällen zu verhindern. Der betroffene Gesellschafter scheidet dann aus der Gesellschaft aus (§§ 736, 737 BGB) und sein Anteil am

Gesellschaftsvermögen wächst den anderen Gesellschaftern zu (§ 738 I 1 BGB). Als Ausgleich für den Verlust seines Anteils am Gesellschaftsvermögen ist dem ausscheidenden Gesellschafter (bzw. seinen Erben) eine Abfindung zu zahlen, die dem anteiligen Wert seiner Mitgliedschaft entspricht (§ 738 I 2 BGB).

(2) Auseinandersetzung (Liquidation)

Im Fall der Auflösung ist die Gesellschaft nach §§ 730 ff. BGB auseinanderzusetzen, d.h. zunächst werden die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern befriedigt. Bleibt anschließend noch Vermögen übrig, so werden den Gesellschaftern zunächst ihre Einlagen zurückgewährt und anschließend – soweit vorhanden – der Gewinn an die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Gewinnbeteiligung ausbezahlt.

f) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Wie bei allen Gesellschaftsformen erwachsen den Gesellschaftern aus ihrer Mitgliedschaft an der GbR Rechte und Pflichten.

aa) Rechte der Gesellschafter

Zu den **Vermögensrechten** der Gesellschafter zählt zunächst das Recht auf Beteiligung am Gesellschaftsgewinn. Die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn richtet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag, subsidiär nach § 721 f. BGB. Bei Beendigung der Gesellschaft sind die Gesellschafter zudem im Rahmen der Auseinandersetzung (Liquidation) an einem eventuellen Liquidationserlös zu beteiligen (vgl. § 734 BGB). Neben den Vermögensrechten stehen den Gesellschaftern auch die ihnen durch Gesellschaftsvertrag oder Gesetz eingeräumten **Mitverwaltungsrechte** im Rahmen der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft bzw. für den Fall, dass der Gesellschafter von der Mitverwaltung ausgeschlossen ist, entsprechende Kontrollrechte zu (Informations- und Einsichtsrechte, vgl. § 716 BGB).

bb) Pflichten der Gesellschafter

Die wichtigste Pflicht der Gesellschafter ist die **Pflicht zur Leistung der nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldeten Beiträge**. Hierbei kann es sich um Geld- oder Sachleistungen, aber auch um Dienstleistungen handeln. Fehlt es im Gesellschaftsvertrag an einer detaillierten Regelung hierzu, enthalten die §§ 705 – 707 BGB Regelungen zur Auslegung bestimmter vertraglich festgelegter Beitragspflichten und zu den Modalitäten der Beitragszahlung. In § 707 BGB ist insbesondere bestimmt, dass die Gesellschafter während der werbenden Phase der Gesellschaft zur Erhöhung der von ihnen zu leistenden Beiträge nicht verpflichtet sind. Es besteht somit **keine Nachschusspflicht**. Diese Regelung führt dazu, dass die Gesellschafter an den Verlusten der Gesellschaft erst im Zuge der Auseinandersetzung (Liquidation) der Gesellschaft im Rahmen ihrer aus § 735 BGB resultierenden anteiligen Nachschusspflicht an der Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zu beteiligen sind.

Des Weiteren ist für die Gesellschafter einer Personengesellschaft (noch weitergehend als für die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft) allgemein anerkannt, dass ihnen gegenüber ihren Mitgesellschaftern eine **allgemeine Treuepflicht** obliegt, d.h. das Verhalten eines jeden Gesellschafters muss sich entsprechend dem Gesellschaftszweck an den Belangen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter ausrichten.

Die allgemeine Treuepflicht begründet zunächst **Handlungs- und Unterlassungspflichten**.

Beispiel für Handlungspflichten:

Die ABC Computer GbR stellt maßgeschneidert Computersoftware her. Um konkurrenzfähig zu bleiben, wollen A und B den hoch qualifizierten Computer-Experten D in die Gesellschaft aufnehmen. C ist strikt dagegen, da er D nicht ausstehen kann. Über die Aufnahme neuer Gesellschafter enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen, so dass gem. § 709 I BGB das Einstimmigkeitserfordernis gilt. Ohne die Stimme des C kann D somit nicht aufgenommen werden. Da die Aufnahme des D aber zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dringend geboten ist, ist C aufgrund der allgemeinen Treuepflicht verpflichtet, der Aufnahme des D zuzustimmen. Weigert sich C, können A und B ihren diesbezüglichen Anspruch notfalls gerichtlich durchsetzen.

Beispiele für Unterlassungspflichten:

- Unterlassung ruf- bzw. kreditschädigender Äußerungen
- Unterlassung der Preisgabe von Betriebsgeheimnissen
- Unterlassung der Wahrnehmung von konkreten Geschäftschancen der Gesellschaft für sich selbst oder nahe stehende Personen (Wettbewerbsverbot), z.B. Unterlassung des Kaufs eines Grundstücks für private Zwecke, welches die Gesellschaft zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dringend als Betriebsgrundstück (z.B. im Rahmen einer Expansion) benötigt.

Die Treuepflicht kann darüber hinaus auch die Ausübung von Rechten beschränken, die dem Gesellschafter eigentlich zustehen. Im Rahmen dieser **Rechtsausübungsschranken** ist zwischen eigennützigen und uneigennützigen Rechten zu unterscheiden. Zu den eigennützigen Rechten zählen in erster Linie die Vermögensrechte, wie z.B. das Recht auf Gewinnbeteiligung oder das Recht auf Beteiligung am Auseinandersetzungsguthaben, aber auch z.B. das Kündigungsrecht. Bei der Ausübung seiner eigennützigen Rechte unterliegt der Gesellschafter lediglich einem allgemeinen Willkürverbot. Zu den uneigennützigen Rechten zählen insbesondere die Verwaltungsrechte, wie z.B. das Recht auf Geschäftsführung. Mit Rücksicht darauf, dass dem Gesellschafter diese Rechte nur im Interesse der Gesellschaft verliehen sind, unterliegt er bei deren Ausübung weitergehenden Beschränkungen aus der allgemeinen Treuepflicht. Das Gesellschaftsinteresse geht in jedem Fall vor.

g) Organisation der GbR

aa) Geschäftsführung

An der Geschäftsführung sind bei der GbR nach der gesetzlichen Grundkonzeption – anders als bei der oHG (vgl. dazu nachfolgend S. 58) – alle Gesellschafter gemeinschaftlich beteiligt (**Gesamtgeschäftsführung**, § 709 I BGB). Das bedeutet, dass jede Entscheidung in Angelegenheiten der Gesellschaft im Innenverhältnis der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.

Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag von der gesetzlichen Grundkonzeption abweichen und eine andere Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis vorsehen. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass das gesetzliche Modell der Gesamtgeschäftsführung eine schnelle und effektive Entscheidungsfindung kaum zu gewährleisten vermag, kann hierfür sogar, je nach

den Eigenheiten der einzelnen Gesellschaft, ein Bedürfnis bestehen. In der Praxis häufig anzutreffen ist etwa eine Regelung, wonach zwar alle Geschäftsführer geschäftsführungsbefugt sind, aber jeder Gesellschafter berechtigt ist, allein zu handeln (**Einzelgeschäftsführung** = gesetzliches Modell der oHG, vgl. §§ 114, 115 I HGB). Allerdings kann in diesem Fall nach § 711 BGB auch jeder Gesellschafter grundsätzlich der Geschäftsführungsmaßnahme eines anderen Gesellschafters mit der Wirkung widersprechen, dass die Maßnahme zu unterbleiben hat, soweit diese gesetzliche Regelung nicht ebenfalls durch Gesellschaftsvertrag abbedungen ist.

Die Führung der Geschäfte kann schließlich auch einem oder mehreren Gesellschaftern in der Weise übertragen werden, dass die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 710 BGB) und ihnen auch kein Widerspruchsrecht nach § 711 BGB zusteht. Es kann hierbei auch zwischen verschiedenen Arten von Geschäften differenziert werden, indem z.B. die Geschäftsführungsbefugnis hinsichtlich der laufenden Alltagsgeschäfte nur einem bzw. mehreren Gesellschaftern übertragen ist, während für wichtige, inhaltlich oder finanziell bedeutende Geschäfte gemeinschaftliche Geschäftsführung entsprechend dem gesetzlichen Modell vorgesehen ist.

bb) Vertretung

Die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis folgt grundsätzlich der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis (§ 714 BGB), d.h. sieht der Gesellschaftsvertrag weder eine Regelung zur Geschäftsführung noch zur Vertretung vor, so folgt aus der gesetzlichen Grundkonzeption der Gesamtgeschäftsführung die **Gesamtvertretung** der Gesellschaft durch alle Gesellschafter. Schließt also ein Gesellschafter allein im Namen der Gesellschaft einen Vertrag ab, wird hierdurch die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten nicht wirksam verpflichtet. Anderes gilt dagegen, wenn – wie häufig in der Praxis – im Gesellschaftsvertrag Einzelgeschäftsführung vorgesehen ist, dann gilt über § 714 BGB auch Einzelvertretung.

Die Koppelung der Vertretungsbefugnis an die Geschäftsführung gem. § 714 BGB ist aber nicht zwingend. Vielmehr können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht auch unabhängig von der Geschäftsführung regeln. Sie müssen dabei lediglich das Prinzip der Selbstorganschaft beachten, d.h. eine Regelung, wonach die Gesellschaft nur unter Mitwirkung gesellschaftsfremder Personen (z.B. Prokuristen) wirksam vertreten werden kann, ist unzulässig.

h) Haftung der GbR und der Gesellschafter

aa) Haftung der GbR

Als eigenes Rechtssubjekt ist die GbR fähig, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen zu begründen. Sie ist damit primär Schuldnerin der Gesellschaftsverbindlichkeiten. Bei den Gesellschaftsverbindlichkeiten kann es sich dabei sowohl um Verpflichtungen zur Erfüllung von Verträgen als auch um Verpflichtungen zum Schadensersatz handeln. In der Konsequenz seiner neuen Linie, nach welcher der (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit zukommt, hat der BGH durch Urteil vom 24. 2. 2003 entschieden, dass sich die GbR ein zu Schadensersatz verpflichtendes Verhalten ihrer „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ analog § 31 BGB als „Organverschulden“ zurechnen lassen muss. Die GbR (und damit auch die oHG und KG) werden damit auch hinsichtlich der Zurechnung von „Organverschulden“ den Körperschaften als Rechtssubjekte gleichgestellt. Diese Gleichstellung folgt aus der Erwägung, dass sich

letztlich bei allen Rechtssubjekten, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, das Problem des Anknüpfungspunktes für zum Schadensersatz verpflichtendes (eigenes) Verhalten des Rechtssubjekts stellt. Die für Körperschaften in § 31 BGB getroffene Regelung, wonach sich Körperschaften das Verhalten ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter zurechnen lassen müssen, ist damit entsprechend auch auf die Personengesellschaften anzuwenden. Verfassungsmäßig berufene Vertreter der Personengesellschaften sind dabei neben ihren geschäftsführenden Gesellschaftern auch etwa Filialleiter oder Abteilungsleiter.

Die Haftung der Gesellschaft für Organverschulden analog § 31 BGB erstreckt sich dabei sowohl auf die Verletzung vertraglicher und quasivertraglicher Verpflichtungen (§§ 280 ff. BGB, c.i.c.) als auch auf unerlaubte Handlungen gem. §§ 823 ff. BGB. Im vertraglichen Bereich wird diese Haftung für Organverschulden (= eigenes Verschulden der Gesellschaft) ergänzt um die Haftung der Gesellschaft für das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB; im deliktischen Bereich gilt hinsichtlich des Eigenverschuldens der Gesellschaft die Beweislastumkehr des § 831 BGB bei Einschaltung von Verrichtungsgehilfen.

bb) Haftung der Gesellschafter

Die Gesellschafter haften für sämtliche Verbindlichkeiten der GbR neben dieser persönlich. Die Haftung der Gesellschafter für vertragliche Ansprüche wird dabei nicht mehr wie früher über die so genannte Doppelverpflichtungslehre begründet, wonach der vertretungsberechtigte Gesellschafter zugleich nebeneinander das Gesellschaftsvermögen und alle Gesellschafter persönlich verpflichtete. Vielmehr haften die Gesellschafter der GbR nunmehr nach der **Akzessorietätstheorie**, der sich mittlerweile auch der BGH angeschlossen hat,⁶⁷ wie die Gesellschafter der oHG analog § 128 HGB akzessorisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, d.h. die Haftung der Gesellschafter folgt automatisch der Haftung der GbR und wird nicht erst eigens durch Vertrag mit dem Dritten begründet.

Mit der Charakterisierung der Gesellschafterhaftung als akzessorische Haftung analog § 128 HGB hat der BGH auch dem Versuch vieler GbR-Gesellschafter einen Riegel vorgeschoben, ihre Haftung dadurch auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, dass sie im Rechtverkehr als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ (GbRmbH) auftraten. Diese Praxis basierte auf der alten Doppelverpflichtungslehre, wonach die persönliche Haftung der Gesellschafter von deren vertraglicher Mitverpflichtung durch den die GbR vertretenden Gesellschafter abhing. Hatten alle Gesellschafter diese Vertretungsmacht von vornherein dahingehend beschränkt, dass nur das Gesellschaftsvermögen verpflichtet werden durfte, und dies durch die „Firmierung“ als „GbRmbH“ nach außen deutlich gemacht, so konnte die persönliche Haftung im Außenverhältnis beschränkt werden. Im Rahmen des jetzigen, auf der analogen Anwendung des § 128 HGB basierenden Modells der akzessorischen Haftung ist eine solche generelle Haftungsbeschränkung nicht mehr möglich.

Die Gesellschafter haften den Gläubigern der Gesellschaft nicht nur anteilig, sondern jeweils auf die ganze Leistung und sind damit **Gesamtschuldner** i.S.d. § 421 BGB. Nimmt ein Gläubiger nur einen Gesellschafter in Anspruch, so kann dieser im Innenverhältnis bei den anderen Gesellschaftern Regress nehmen (§ 426 I BGB).

⁶⁷ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGH NJW 2001, 1056.

2. Offene Handelsgesellschaft (oHG)*

a) Allgemeines

Die oHG ist eine handelsrechtliche Personengesellschaft, die sich von der GbR dadurch unterscheidet, dass sie auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma⁶⁸ gerichtet ist. Die oHG ist in den §§ 105 ff. HGB gesetzlich geregelt. Soweit diese Vorschriften keine abschließende Regelung enthalten, sind ergänzend die Regelungen zur GbR (§§ 705 ff. BGB) heranzuziehen. Als Handelsgesellschaft ist die oHG gem. § 6 I HGB Kaufmann.⁶⁹

Die oHG ist zwar wie alle Personengesellschaften keine juristische Person. Aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 124 HGB kann die oHG aber unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden. Die oHG ist damit zumindest teilrechtsfähig.

b) Funktion und Bedeutung

Die oHG wird als Rechtsform immer dann gewählt, wenn ein Handelsgewerbe (§§ 1, 2 HGB) von mehreren Personen als Personengesellschaft und nicht als Körperschaft (AG, GmbH) betrieben wird und kein Gesellschafter einer beschränkten Haftung unterliegen soll (dann Kommanditgesellschaft, KG!).

Da bei der oHG alle Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, ist die oHG in besonderem Maße kreditfähig. Die persönliche Haftung aller Gesellschafter und die fehlende Möglichkeit einer Differenzierung zwischen persönlich haftenden, geschäftsführenden Gesellschaftern und nur mit ihrer Einlage haftenden, rein kapitalistisch beteiligten Gesellschaftern haben die oHG mit der Zeit in ihrer Bedeutung jedoch hinter die KG zurückfallen lassen. Da die das Recht der KG regelnden §§ 161 ff. HGB jedoch außerhalb der dort enthaltenen Sonderregeln hinsichtlich der Rechtsstellung der beschränkt haftenden Kommanditisten weitgehend auf die Regelungen zur oHG verweisen (§ 161 II HGB), kommt der oHG als **Grundform der beiden Personenhandelsgesellschaften oHG und KG** gleichwohl maßgebliche Bedeutung zu.

c) Strukturmerkmale

aa) Personengesellschaft

Wie die GbR ist die oHG eine Personengesellschaft mit all ihren Strukturmerkmalen, die allerdings bei der oHG bereits etwas weniger deutlich ausgeprägt sind als bei der GbR.

Zum einen ist die Teilrechtsfähigkeit der oHG anders als die der GbR bereits seit langem anerkannt, da § 124 HGB der oHG ausdrücklich wesentliche Teilelemente der Rechtsfähigkeit zuerkennt. Zum anderen ist die Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern bei der oHG bereits weiter fortgeschritten als bei der GbR. So

* Zur oHG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 46-52 (S. 1355 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 1. B. (S. 90 ff.); *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, §5 (S. 53 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 1.3 (S. 316 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 16.3 (S. 394 ff.).

⁶⁸ Zum Firmenrecht vgl. Skript Wirtschaftsrecht Teil 1 – Handelsrecht S. 16 ff.

⁶⁹ Zur Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschaften vgl. Skript Wirtschaftsrecht Teil 1 – Handelsrecht S. 12 ff.)

führen der Tod oder die Kündigung eines Gesellschafters und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters nach der Neuregelung des § 131 III HGB bei der oHG nicht mehr automatisch zur Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung enthält. Zweck dieser vom Recht der GbR abweichenden Regelung ist der Erhalt der oHG als wirtschaftendes Unternehmen. Genau wie bei der GbR bedarf dagegen sowohl die isolierte Aufnahme neuer Gesellschafter als auch die Übertragung der Mitgliedschaft stets der Zustimmung aller Gesellschafter, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung (Mehrheitsentscheid oder sogar eine an das Recht der Kapitalgesellschaften angelehnte freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft) getroffen wurde.

Deutlicher zeigt sich die Ausgestaltung der oHG als Personengesellschaft an der auch bei der oHG bestehenden persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten und der obligatorischen Verwaltung der Gesellschaft durch die Gesellschafter selbst (Selbstorganschaft).

bb) Kaufmann

Als Handelsgesellschaft ist die oHG gem. § 6 I HGB Kaufmann. Die oHG führt eine Firma, die nach den Grundsätzen der §§ 17-24 HGB zu bilden ist und insbesondere gem. § 19 I Nr. 1 HGB den Rechtsformzusatz „offene Handelsgesellschaft“ oder „oHG“ enthalten muss. Mit dieser Firma ist die oHG zum Handelsregister anzumelden (§ 106 I HGB).

d) Gründung und Beendigung der oHG

aa) Gründung

Die oHG kann durch Umwandlung (selten) oder durch Gründung entstehen.

Bei der Gründung ist zwischen der Entstehung der Gesellschaft als Rechtssubjekt und der Entstehung der Gesellschaft in der Rechtsform der oHG zu unterscheiden.

Die Gesellschaft entsteht als Rechtssubjekt in der Rechtsform der GbR mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann grundsätzlich formlos, also auch mündlich, erfolgen. Da die oHG jedoch zumeist ausdrücklich als solche zum längerfristigen Betrieb eines Handelsgewerbes gegründet wird und diese langfristige Bindung eine gründliche Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander (Beitragspflichten, Geschäftsführung und Vertretung, Gewinnverteilung etc.) erforderlich macht, wird der Gesellschaftsvertrag – schon zu Beweis Zwecken – in der Praxis zumeist schriftlich abgefasst.

Als oHG entsteht die Gesellschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt.

- Betreibt die Gesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe (§ 1 II HGB = „Ist-Kaufmann“), so entsteht die oHG als solche bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft ihre Geschäfte aufnimmt (§ 123 II HGB). Letztere Vorschrift ist insoweit missverständlich formuliert, als dort von der „Wirksamkeit der oHG im Verhältnis zu Dritten“ die Rede ist. Die Gesellschaft wird aber – auch gegenüber Dritten – bereits mit

dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages wirksam, nur eben zunächst als GbR und nicht als oHG.⁷⁰

- Betreibt die Gesellschaft dagegen ein Kleingewerbe nach § 2 HGB („Kann-Kaufmann“), so entsteht die oHG als solche erst mit der (fakultativen!, vgl. § 105 II HGB) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 123 I HGB).

Die oHG ist gem. § 106 I HGB bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, in das Handelsregister einzutragen. Während dieser Registereintragung im Fall des § 105 I HGB (Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes) für die Qualifizierung der Gesellschaft als oHG rein deklaratorische Wirkung zukommt, wirkt die Registereintragung im Fall des § 105 II HGB (Betrieb eines Kleingewerbes) in dieser Hinsicht konstitutiv.⁷¹

bb) Beendigung

Wie bei der GbR erfolgt die Beendigung der Gesellschaft in zwei Schritten, der Auflösung und der Auseinandersetzung (Liquidation).

Die in §§ 131 ff. HGB geregelten Auflösungsgründe der oHG entsprachen bis zum Jahre 1998 weitgehend denen der GbR. Seit der Überarbeitung dieser Regelungen im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes von 1998 führen jedoch – wie bereits mehrfach dargelegt – im Interesse einer Gewährleistung des Fortbestands der Gesellschaft der Tod, die Kündigung und die Insolvenz eines Gesellschafters nicht mehr automatisch zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zur Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern (§ 131 III HGB).

e) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Zu den Rechten und Pflichten der Gesellschafter sei im Wesentlichen auf die diesbezüglichen Ausführungen zur GbR verwiesen. Die Verteilung der Gewinne und Verluste ist in §§ 121 ff. HGB geregelt, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen vorsieht (vgl. § 109 HGB).

Besonders zu erwähnen ist das generelle **Wettbewerbsverbot** als spezialgesetzliche Ausprägung der allgemeinen Treuepflicht, welchem die Gesellschafter der oHG gem. § 112 HGB unterliegen. Während GbR-Gesellschafter grundsätzlich nur eine Unterlassungspflicht hinsichtlich der Wahrnehmung von konkreten Geschäftschancen der Gesellschaft trifft (vgl. dazu oben S. 52), sind dem oHG-Gesellschafter nach § 112 HGB grundsätzlich alle Wettbewerbshandlungen im Handelszweig der Gesellschaft untersagt. Ungeklärt ist nach wie vor, ob das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB nur für geschäftsführende Gesellschafter oder für alle Gesellschafter Geltung beansprucht. Im Falle des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot kann die Gesellschaft von dem Gesellschafter wahlweise entweder Schadensersatz oder den Eintritt in das Geschäft des Gesellschafters fordern (§ 113 I HGB).

⁷⁰ Sinkt das von der oHG betriebene vollkaufmännische Handelsgewerbe dagegen zu einem späteren Zeitpunkt auf den Status eines Kleingewerbes herab (z.B. durch starken Umsatzrückgang, Entlassung von Mitarbeitern etc.), wandelt sich die oHG kraft Gesetzes wieder in eine GbR um.

⁷¹ Zur Unterscheidung zwischen deklaratorischen und konstitutiven Registereintragungen vgl. Skript Wirtschaftsrecht Teil 1 – Handelsrecht S. 23 f.

f) Organisation der oHG

aa) Geschäftsführung

Anders als bei der GbR besteht bei der oHG grundsätzlich **Einzelgeschäftsführung** aller Gesellschafter, d.h. jeder Gesellschafter ist berechtigt, allein zu handeln, soweit nicht ein anderer Gesellschafter widerspricht (§§ 114 I, 115 I HGB). Das Widerspruchsrecht kann jedoch durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden (vgl. § 109 HGB).

Das Grundmodell für die Geschäftsführung bei der oHG ist damit zumindest hinsichtlich der Abwicklung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs wesentlich effektiver ausgestaltet als das entsprechende Modell bei der GbR. Gleichwohl ist es den Gesellschaftern unbenommen, im Rahmen des Gesellschaftsvertrages von diesem gesetzlichen Geschäftsführungsmodell abzuweichen (vgl. § 109 HGB).

- Die Gesellschafter können in Anlehnung an das (schwerfällige) gesetzliche Modell der GbR Gesamtgeschäftsführung vereinbaren (§ 115 II HGB).
- Die Gesellschafter können jedoch auch – im Sinne einer noch größeren Effizienz der Verwaltung – bestimmte Gesellschafter ganz von der Geschäftsführung ausschließen (§ 114 II HGB). Im letzteren Fall gilt zwischen den verbleibenden geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern im Zweifel wiederum Einzelgeschäftsführung, d.h. jeder ist allein zu handeln berechtigt, sofern nicht ein anderer, ebenfalls geschäftsführungsbefugter Gesellschafter widerspricht (§ 115 I HGB). Die Gesellschafter können aber zwischen den geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern auch Gesamtgeschäftsführung vorsehen (§ 115 II HGB).

Belassen es die Gesellschafter bei der gesetzlich vorgesehenen Einzelgeschäftsführung, beschränkt sich diese auf diejenigen Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (§ 116 I HGB). Bei ungewöhnlichen Geschäften, wie z.B. der Errichtung einer Zweigniederlassung, Baumaßnahmen auf dem Geschäftsgrundstück oder der Aufnahme stiller Gesellschafter bedarf es dagegen der Zustimmung *aller* Gesellschafter (§ 116 II HGB), zur Bestellung eines Prokuristen zumindest der Zustimmung aller *geschäftsführungsbefugten* Gesellschafter (§ 116 III HGB).

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht Fall 10 – Bonner Bauhandel

bb) Vertretung

Für die Vertretung der oHG nach außen sieht die gesetzliche Grundkonzeption in Anlehnung an die gesetzliche Regelung der Geschäftsführung **Einzelvertretung** vor (§ 125 I HGB), d.h. jeder Gesellschafter kann die Gesellschaft allein vertreten. Die Vertretungsmacht erstreckt sich dabei vom Umfang her auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs der Prokura (§ 126 I HGB). Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht, insbesondere die in Gesellschaftsverträgen nicht selten anzutreffenden Beschränkungen auf gewisse Geschäfte, auf bestimmte Arten von Geschäften oder zeitliche bzw. örtliche Beschränkungen, sind im Außenverhältnis Dritten gegenüber unwirksam (§ 126 II HGB).

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht Fall 11 – Widerspruch

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vom gesetzlichen Vertretungsmodell abweichen. Es gilt dabei nicht wie bei der GbR die Regel, dass die Vertretungsbefugnis im Zweifel der Geschäftsführungsbefugnis folgt (vgl. hierzu § 714 BGB).

Mögliche Vertretungsmodelle sind:

- Gesamtvertretung (= Modell der GbR), d.h. alle Gesellschafter können die Gesellschaft nur gemeinsam vertreten (§ 125 II HGB). Dieses Modell ist äußerst schwerfällig und wird in der Praxis daher nur selten gewählt.
- Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft (§ 125 I a.E. HGB). Dieses Modell ist gegenüber der gesetzlich vorgesehenen Einzelvertretung noch effektiver. Zwischen den vertretungsberechtigten Gesellschaftern kann der Gesellschaftsvertrag wiederum entweder Einzelvertretung (Regelfall) oder Gesamtvertretung vorsehen.
- Im Gesellschaftsvertrag kann schließlich bestimmt werden, dass ein oder mehrere Gesellschafter die Gesellschaft nur gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten können (sog. gemischte oder unechte Gesamtvertretung, § 125 III HGB). In der Praxis findet sich häufig die Anordnung der Vertretung entweder durch zwei Gesellschafter oder durch einen Gesellschafter gemeinsam mit einem Prokuristen. Sollen Prokuristen auf diese Weise nicht nur an der rechtsgeschäftlichen Vertretung der Gesellschaft (diese richtet sich ausschließlich nach §§ 48 ff. HGB) sondern an der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft beteiligt werden, ist stets das für alle Personengesellschaften geltende Prinzip der Selbstorganschaft zu beachten, d.h. den Gesellschaftern muss es stets möglich sein, die Gesellschaft allein oder gemeinschaftlich ohne Mitwirkung gesellschaftsfremder Personen (Prokuristen oder sonstige Dritte) zu vertreten.

Da die Vertretungsverhältnisse der oHG gem. § 106 II Nr. 4 HGB generell im Handelsregister einzutragen und damit „eintragungspflichtige Tatsache“ im Sinne der Publizitätsvorschriften des § 15 I, III HGB sind, kann eine von der Grundregel des § 125 I HGB (= Einzelvertretung) abweichende Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag Dritten etwa nach Maßgabe des § 15 I HGB nicht entgegengehalten werden, wenn der entsprechende Eintrag im Handelsregister nicht erfolgt ist.⁷²

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht Fall 12 – Computerhandel

g) Haftung

Für die Haftung der Gesellschaft gelten die entsprechenden Ausführungen zur GbR entsprechend (vgl. dazu oben S. 53 f.). Die oHG haftet zunächst auf Erfüllung der in ihrem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Außerdem haftet die oHG auf Schadensersatz wegen der Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtungen sowie wegen unerlaubter Handlungen ihrer „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ analog § 31 BGB (Haftung für Organverschulden). Bei Verletzung vertraglicher Pflichten wird der oHG zudem das Verschulden ihrer Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB zugerechnet; im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen gilt § 831 BGB.

⁷² Bis zur Änderung des HGB durch das ERJuKoG vom 10. 12. 2001 gab es für die abweichenden Vertretungsregelungen eine besondere Vorschrift in § 125 IV HGB, die durch die Einführung der generellen Eintragungspflicht für die Vertretungsmacht der Gesellschafter in § 106 II Nr. 4 HGB nunmehr überflüssig geworden ist.

Neben der Gesellschaft haften die Gesellschafter der oHG den Gläubigern der Gesellschaft gem. § 128 HGB als Gesamtschuldner (§ 421 BGB) persönlich für die Verbindlichkeiten der oHG (= **akzessorische Haftung**). Wird einer der Gesellschafter von einem Gläubiger für eine Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommen, kann er entweder den vollen Betrag von der Gesellschaft als Aufwendungsersatz zurückfordern (§ 110 HGB), oder die anderen Gesellschafter anteilig gem. § 426 BGB in Regress nehmen.

⇒ vgl. Gesellschaftsrecht Fall 13 – Scherben bringen Glück

Ein Gesellschafter, der später in eine bestehende oHG eintritt, haftet auch für alle vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 130 HGB). Scheidet ein Gesellschafter aus, trifft ihn eine fünfjährige **Nachhaftung** (§ 160 HGB).

3. Kommanditgesellschaft (KG)*

a) Allgemeines

Bei der Kommanditgesellschaft (KG) handelt es sich um eine **Sonderform der oHG**, bei der die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter anders ausgestaltet sind als bei der oHG: Das Gesetz unterscheidet in diesem Zusammenhang **zwei Gesellschaftergruppen**, nämlich zum einen die **Komplementäre** und zum anderen die **Kommanditisten**. Während die Komplementäre – gleich den Gesellschaftern einer oHG – für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vollumfänglich (gesamtschuldnerisch) persönlich haften, ist die Haftung der Kommanditisten gem. § 161 I HGB auf den Betrag einer bestimmten Haftsumme beschränkt. Im Gegenzug sind die Kommanditisten von der Verwaltung (Geschäftsführung und Vertretung) der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossen.

Das Recht der KG als Sonderform der oHG ist in §§ 161 ff. HGB nur bruchstückhaft geregelt. Die Vorschriften beschränken sich ausschließlich auf Sonderregelungen im Zusammenhang mit der Rechtsstellung der Kommanditisten (Geschäftsführung, Vertretung, Haftung etc.). Für die übrigen Rechtsfragen verweist § 161 II HGB dagegen auf das in §§ 105 ff. HGB geregelte Recht der oHG. Da gemäß § 105 III HGB bei der oHG wiederum für den Fall des Fehlens eigenständiger Regelungen auf das Recht der GbR (§§ 705 ff. BGB) verwiesen wird, sind für die KG letztlich drei Gruppen gesetzlicher Normen einschlägig, nämlich (1) §§ 161 ff. HGB, (2) §§ 105 ff. HGB und schließlich (3) §§ 705 ff. BGB.

b) Funktion und Bedeutung

Wie noch im Detail auszuführen sein wird, handelt es sich bei der KG um eine **Personengesellschaft mit kapitalistischem Einschlag**. Dies manifestiert sich insbesondere in der beschränkten Haftung der Kommanditisten, denen die Rechtsform der KG somit eine rein kapitalistische Beteiligung wie bei den Kapitalgesellschaften ermöglicht.

Die KG eignet sich daher als Rechtsform nicht nur für Gesellschaften mit überschaubarem Gesellschafterkreis, wie sie dem Idealbild der Personengesellschaft entsprechen, sondern vor allem auch als Rechtsform für Gesellschaften mit einem großen, ggf. sogar häufig wechselnden Gesellschafterbestand, bei denen sich der Beitrag eines Großteils der

* Zur KG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 53-55 (S. 1529 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 1. C. (S. 121 ff.); *Klunzinger*, Grundzüge des GesR, § 6 (S. 100 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 1.4 (S. 330 ff.); *Müssig*, WirtschaftsprivatR, Kap. 16.4 (S. 407 ff.).

Gesellschafter in einer rein kapitalistischen Beteiligung erschöpft. Für eine solche **Publikumsgesellschaft** kommt die KG als Rechtsform immer dann in Betracht, wenn es gilt, die Vorteile der Personengesellschaft (insbesondere Steuervorteile) mit den Vorteilen der Kapitalgesellschaft (fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter) zu kombinieren.

Exkurs: Steuerliche Vorteile der Personengesellschaft gegenüber der Kapitalgesellschaft im Wandel

Bis 1977 galt für Körperschaften die so genannte Doppelbesteuerung, d.h. die Gewinne der Gesellschaft wurden zunächst im Rahmen der Körperschaftssteuer bei der Gesellschaft und sodann im Rahmen der Einkommensteuer bei den Gesellschaftern besteuert. Die Gewinne von Personengesellschaften unterlagen dagegen nur der einfachen Besteuerung im Rahmen der Einkommenssteuer.

Im Jahre 1977 wurde die Doppelbesteuerung der Körperschaften abgeschafft und durch ein Anrechnungsverfahren ersetzt, wonach die von der Gesellschaft gezahlte Körperschaftssteuer auf die von den Gesellschaftern zu zahlende Einkommensteuer angerechnet wurde. Durch diese gesetzgeberische Maßnahme waren aber die steuerlichen Vorteile der Personengesellschaften gegenüber den Körperschaften noch nicht beseitigt, da auch noch nach der Steuerreform von 1994 Gewinne bei den Körperschaften mit einem Steuersatz von bis zu 53 %, bei den Personengesellschaften dagegen nur mit dem für die Gesellschafter geltenden persönlichen Steuersatz von maximal 47 % belastet wurden.

Erst durch die Reformen der letzten Jahre hat sich die Besteuerung der Körperschaften denen der Personengesellschaften angenähert. Bei den Personengesellschaften werden die an die Gesellschafter ausgeschütteten Gewinne im Rahmen der persönlichen Einkommensteuer besteuert, wobei der Steuersatz nach der Höhe des gesetzlichen Einkommens variiert: Bei den Körperschaften unterliegen die Gewinne nunmehr einem festen Körperschaftssteuersatz von 25 %. An die Gesellschafter ausgeschüttete Gewinne werden dabei nach dem Halbeinkünfteverfahren zur Hälfte bei der Körperschaft versteuert, zum anderen dem persönlichen Einkommen des Gesellschafter zugerechnet und dort im Rahmen der Einkommensteuer nach dem variablen, individuellen Einkommensteuersatz versteuert. Je nach den individuellen Verhältnissen der Gesellschafter können sich hieraus jedoch nach wie vor Unterschiede der steuerlichen Belastung zwischen Personengesellschaften und Körperschaften ergeben.

Eine besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die durch die Vertragspraxis entwickelte Sonderform **GmbH & Co. KG** erlangt, die sich dadurch auszeichnet, dass es sich bei dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter der KG (Komplementär) um eine selbst nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftende Kapitalgesellschaft handelt (vgl. § 13 II GmbHG), so dass letztlich keine natürliche Person unbeschränkt haftet (vgl. dazu nachfolgend S. 67 ff.).

Wegen der vorstehend aufgezeigten breiten Verwendungsmöglichkeit der KG als Rechtsform für ganz verschiedene Gesellschaftstypen hat die KG die oHG im Laufe der Zeit an Bedeutung weit hinter sich gelassen. Insbesondere in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts hat die KG dabei sogar der AG für bestimmte Geschäftsmodelle (insbesondere Vermietung und Verwaltung von Grundstücken unter Nutzung steuerlicher Abschreibungsmöglichkeiten) als Kapitalsammelstelle Konkurrenz gemacht. Die Bevorzugung der KG als Rechtsform gegenüber der AG war unter anderem auf die damals geringe

Attraktivität der AG zurückzuführen, die sich nicht nur in der steuerlichen Benachteiligung der Kapitalgesellschaften gegenüber den Personengesellschaften, sondern vor allem auch in der formalen Strenge des Aktienrechts (vgl. § 23 V AktG) manifestierte, welches eine flexible, dem Zweck der einzelnen Geschäftsmodelle angepasste vertragliche Ausgestaltung der Gesellschaften nicht ermöglichte. Im Zuge des sukzessiven Abbaus der steuerlichen Benachteiligung der Kapitalgesellschaften gegenüber den Personengesellschaften und der teilweisen Flexibilisierung des Aktienrechts (vor allem durch die Erleichterungen für „kleine“ Aktiengesellschaften, vgl. dazu oben S. 18), aber auch durch den im Zuge der Finanzierung neuer Technologien steigenden Bedarf an börsenhandelsfähigen Anlageprodukten konnte sich die AG jedoch in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts als Rechtsform einen Teil des verlorenen Terrains zurückerobern.

c) Strukturmerkmale

aa) Personengesellschaft

Wie die oHG ist auch die KG eine Personengesellschaft. Zur Rechtsfähigkeit und der im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften eher schwachen Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern kann daher weitgehend auf die diesbezüglichen Ausführungen zur oHG verwiesen werden. Zu beachten ist allenfalls, dass im Falle des Todes eines Kommanditisten die Gesellschaft nicht nur wie bei der oHG mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (vgl. § 131 II HGB), sondern dass die Erben des Kommanditisten in dessen Gesellschafterstellung einrücken (§ 177 HGB). Die Vererblichkeit der Mitgliedschaft des Kommanditisten ist an die entsprechende Regelung im Recht der Kapitalgesellschaften angelehnt und entspricht dem Charakter der KG als Personengesellschaft mit kapitalistischem Einschlag. Dieser Charakter manifestiert sich zudem in der beschränkten persönlichen Haftung des Kommanditisten, welche ungeachtet der rechtstechnischen Unterschiede dem Haftungssystem der Kapitalgesellschaften angenähert ist, sowie in dem Ausschluss des Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.

bb) Kaufmann

Wie die oHG ist die KG nach § 6 I HGB Kaufmann. Ihre Firma muss nach § 19 I Nr. 3 HGB den Rechtsformzusatz „Kommanditgesellschaft“ oder „KG“ enthalten.

d) Gründung und Beendigung der Gesellschaft

Sowohl hinsichtlich des Entstehens als auch hinsichtlich der Beendigung der Gesellschaft gilt zunächst das zur oHG Gesagte.

Die KG kann durch Umwandlung (eher selten) oder durch Gründung entstehen. Die Entstehung durch Gründung setzt zunächst einen Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) voraus, dessen Besonderheit darin besteht, dass die Haftung mindestens eines Gesellschafters auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt sein soll.

Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen für die Entstehung der Gesellschaft ist wie bei der oHG zu unterscheiden:

Die Gesellschaft entsteht als Rechtssubjekt bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages, allerdings zunächst in der Rechtsform der GbR. Die Entstehung der

Gesellschaft als KG (einschließlich der damit einhergehenden Haftungsbeschränkung der Kommanditisten) ist dagegen – wie bei der oHG – von weiteren Voraussetzungen abhängig:

- Betreibt die Gesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe (§ 1 II HGB), so entsteht sie in der Rechtsform der KG unabhängig von der (deklaratorischen) Eintragung ins Handelsregister bereits mit dem Beginn der Geschäfte (§§ 161 II, 105 I, 123 II HGB). Betreibt die Gesellschaft ein Kleingewerbe nach § 2 HGB, so obliegt es den Gesellschaftern, entweder durch (konstitutive) Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister den Status einer KG zu erhalten (§§ 161 II, 105 II, 123 I HGB) oder die Gesellschaft als GbR zu betreiben (dann allerdings ohne die mit der Rechtsform der KG einhergehende Haftungsbeschränkung der „Kommanditisten“!).
- Die KG kann schließlich auch dadurch entstehen, dass ein neuer Gesellschafter als Kommanditist unter gleichzeitiger entsprechender Änderung des Gesellschaftsvertrags in eine bestehende oHG eintritt. Von dem Zeitpunkt an, in welchem der Eintritt wirksam wird, wandelt sich die Gesellschaft in eine KG um.

Zur Beendigung der KG gilt das zur oHG Gesagte. Es ist insbesondere zu beachten, dass der Tod eines Kommanditisten zur Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben führt (§ 177 HGB).

e) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Bezüglich der Rechte und Pflichten der Komplementäre gilt das zur oHG Gesagte.

Bei den Kommanditisten ist folgendes zu beachten:

An der Verwaltung der Gesellschaft sind die Kommanditisten nach der gesetzlichen Grundkonzeption nicht beteiligt (vgl. §§ 164, 170 HGB).

Hinsichtlich der Pflichten der Kommanditisten ist auf § 165 HGB hinzuweisen, nach dem das für oHG-Gesellschafter geltende Wettbewerbsverbot (§ 112 HGB) für Kommanditisten keine Anwendung findet. Der Vorschrift liegt die Erwägung zugrunde, dass wegen des Ausschlusses der Kommanditisten von der Geschäftsführung die dem Wettbewerbsverbot des § 112 HGB zugrunde liegende abstrakte Gefahr einer eigennützigen Verwertung von Betriebsgeheimnissen durch Gesellschafter hinsichtlich der Kommanditisten nicht besteht. Der Gesellschaftsvertrag kann aber eine abweichende Regelung vorsehen, was insbesondere dann in Betracht kommen wird, wenn einem Kommanditisten durch Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt worden ist.

f) Geschäftsführung und Vertretung in der KG

Für die Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre gilt das zur oHG Gesagte (vgl. oben S. 58).

Die **Kommanditisten** sind dagegen nach der gesetzlichen Grundkonzeption **von der Geschäftsführung ausgeschlossen** (§ 164 HGB). Sie haben auch kein Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht über den gewöhnlichen Betrieb eines Handelsgewerbes hinausgehen. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings eine abweichende Regelung treffen und die Geschäftsführung einem Kommanditisten übertragen. Man spricht dann von einer **atypischen KG**.

§ 170 HGB sieht darüber hinaus einen **Ausschluss der Kommanditisten von der Vertretung der Gesellschaft** vor. Diese das Außenverhältnis betreffende Regel ist – anders als § 164 HGB zur Geschäftsführung – nach h.M. **nicht abdingbar**. Einem Kommanditisten kann daher die organschaftliche Vertretungsmacht der KG nicht übertragen werden. Möglich ist allerdings, dem in der atypischen Gesellschaft geschäftsführungsbefugten Kommanditisten rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (z.B. Prokura) zu erteilen. Auf diese Weise kann eine KG auch von einem Kommanditisten beherrscht werden.⁷³

g) Haftung der KG und der Gesellschafter

aa) Haftung der KG und der Komplementäre

Für die **Haftung der KG** gelten die gleichen Grundsätze wie bei der oHG. Die KG haftet daher auf Erfüllung von in ihrem Namen (§ 161 II i.V.m. § 124 HGB) abgeschlossenen Verträgen sowie auf Schadensersatz wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten oder wegen unerlaubter Handlungen ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter analog § 31 BGB.

Die **Haftung der Komplementäre** richtet sich nach den bei der oHG für die Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter geltenden Grundsätzen (§ 161 II i.V.m. § 128 HGB). Sie können also von den Gläubigern der Gesellschaft persönlich, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch in Anspruch genommen werden.

bb) Haftung der Kommanditisten

(1) Allgemeine Regelung

Die **Haftung der Kommanditisten** ist etwas komplizierter ausgestaltet. Sie haften grundsätzlich auch gesamtschuldnerisch und persönlich neben den Komplementären. Nach § 171 HGB gilt jedoch eine **summenmäßige Beschränkung**. Die Vorschrift lautet in ihrem Absatz 1 wie folgt:

„Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.“

Diese Wortwahl ist nicht gerade glücklich, weil hier in derselben Vorschrift der Begriff „Einlage“ zur Bezeichnung zweier unterschiedlicher Gegenstände verwendet wird.

Zum einen bezeichnet der Begriff „Einlage“ die in das Handelsregister einzutragende **Haftsumme** (früher auch „Hafteinlage“ genannt), welche die maximale Höhe der Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft festlegt.

Zum anderen bezeichnet der Begriff „Einlage“ aber auch den **Betrag, welchen der Kommanditist im Innenverhältnis in die Gesellschaft einzulegen verspricht**. Nur insoweit entspricht der Begriff der „Einlage“ in § 171 HGB dem allgemein auch im Kapitalgesellschaftsrecht verwendeten Begriff der Einlage (früher auch „Pflichteinlage“ genannt). Die Einlage kann dabei – wie bei den Kapitalgesellschaften – als Bareinlage, aber auch als Sacheinlage ausgestaltet sein.

⁷³ Vgl. zur Geschäftsführung und Vertretung in der atypischen KG eingehend *Bitter* (o. Fußn. 8), S. 19 ff., zur Haftung des Kommanditisten in diesen Fällen S. 139 ff.

Das Gesetz hält Haftsumme und Einlage begrifflich nicht auseinander, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen war, dass sich beide Beträge in der Regel entsprechen. Dies ist aber nicht zwingend der Fall: Vielmehr kann die Einlage höher oder niedriger sein als die Haftsumme.

Die Verknüpfung zwischen Einlage und Haftsumme wird durch den zweiten Halbsatz des § 171 I HGB hergestellt. In diesem zweiten Halbsatz wird der Begriff „Einlage“ richtig verwendet. Durch die Erbringung seiner im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft geschuldeten Einlage kann sich der Kommanditist von der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreien, soweit sich Einlage und Haftsumme decken. Dieses Prinzip nennt man **Haftungsbefreiung durch Einlageleistung**. Handelt es sich bei der gegenüber der Gesellschaft geschuldeten Einlageleistung um eine Sacheinlage, tritt die Haftungsbefreiung gegenüber den Gläubigern nur ein, soweit die Sache wertmäßig der Haftsumme entspricht.

Die Haftungsbefreiung durch Einlageleistung entfällt aber nachträglich insoweit wieder, wie dem Kommanditisten später seine Einlage zurückbezahlt wird (§ 172 IV HGB). Im Zusammenhang mit diesem **Wiederaufleben der Haftung durch Einlagerückgewähr** ist es unerheblich, ob die Rückzahlung offen oder verdeckt erfolgt. Es gelten insofern die Regeln, die die Rechtsprechung zur verdeckten Einlagerückgewähr bei den Kapitalgesellschaften aufgestellt hat. Für das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern gilt aber in jedem Fall eine **absolute Beschränkung auf die Haftsumme**. Der Kommanditist haftet also auch dann nicht auf einen höheren Betrag als die Haftsumme, wenn er von der Gesellschaft mehr als den eingelegten Betrag „zurückbezahlt“ erhält.

Merke: Im Ergebnis ermöglicht § 171 I HGB dem Kommanditisten, das mit der Beteiligung an einer Gesellschaft einhergehende Verlustrisiko gleich dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auf den Betrag seiner Einlage zu beschränken. Eine Haftung gegenüber den Gläubigern kommt nur in Betracht, soweit der Gesellschafter seine gegenüber der Gesellschaft geschuldete Einlage noch nicht erbracht hat.

Die rechtstechnische Konstruktion dieser Haftungsbeschränkung des Kommanditisten nach § 171 HGB unterscheidet sich aber von derjenigen der Haftungsbeschränkung bei den Kapitalgesellschaften. Bei letzteren haften die Gesellschafter gerade nicht im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern (vgl. §§ 1 I S. 2 AktG, 13 II GmbHG). Vielmehr sind die Gesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft zur Leistung ihrer Einlage verpflichtet. Gläubiger der Gesellschaft können sich wegen ihrer Forderungen nur an die Gesellschaft selbst halten, im Rahmen der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen jedoch offen stehende Einlageforderungen der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter pfänden und bei diesen einziehen lassen. Man nennt dies auch das **Prinzip der Innenhaftung**. Bei der KG haften die Kommanditisten dagegen persönlich gegenüber den Gläubigern, soweit sie ihrer Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft noch nicht nachgekommen sind (= **Prinzip der Außenhaftung**).

Die Verknüpfung der Haftungsbefreiung mit der Aufbringung eines bestimmten Kapitals wirkt sich jedoch sowohl bei den Kapitalgesellschaften als auch bei der KG dahingehend aus, dass die Befreiung von der „Haftung“ im weiteren Sinn (= Innen- oder Außenhaftung) die Werthaltigkeit des Einlagegegenstands voraussetzt und bei einer Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter auch dessen „Haftung“ wieder auflebt. Während die fehlende Werthaltigkeit bzw. die Rückgewähr von Einlagen bei den Kapitalgesellschaften, dem Prinzip der Innenhaftung entsprechend, jeweils Zahlungsansprüche der Gesellschaft auslösen (vgl.

§ 62 AktG, §§ 9 I, 31 GmbHG), führen diese Tatbestände bei der KG zu einem Fortbestand bzw. einem Wiederaufleben der (auf die Haftsumme begrenzten) Außenhaftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern gem. § 172 IV HGB. Man könnte letztere Regelung daher – im weitesten Sinne – als **Kapitalbindung bei der KG** bezeichnen.

(2) Rechtsscheinhaftung vor Eintragung

Die beschränkte Haftung des Kommanditisten beginnt mit der Existenz der Gesellschaft als KG bzw. seinem Beitritt in eine bestehende Handelsgesellschaft (oHG/KG) als Kommanditist. Zwischen diesem Ereignis und der Publizität des Ereignisses gegenüber Dritten durch Eintragung ins Handelsregister kann dabei – je nach Fallgestaltung – ein Zeitraum liegen, in welchem Dritte über die beschränkte Haftung des Kommanditisten noch nicht informiert sind. Hier sieht § 176 HGB eine **unbeschränkte Rechtsscheinhaftung** des Kommanditisten gegenüber gutgläubigen Dritten vor.

Die Vorschrift gliedert sich in zwei Tatbestände:

Hat die KG ihre Geschäfte bereits vor Handelsregistereintragung begonnen, so haftet nach § 176 I 1 HGB jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft wie ein persönlich haftender Gesellschafter, es sei denn, dass seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Durch diese Regelung wird auf die Gesellschafter Druck ausgeübt, die Eintragung der KG im Handelsregister voranzutreiben, da nur auf diese Weise die beschränkte Haftung der Kommanditisten sichergestellt werden kann.

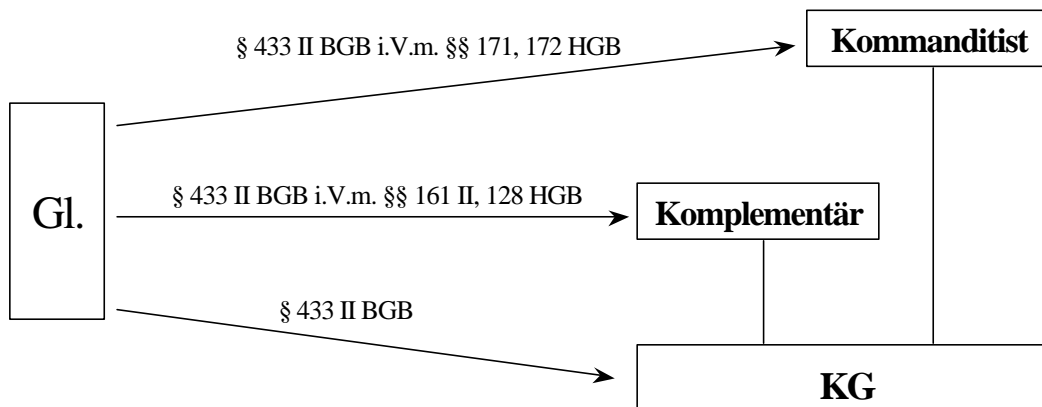
Merke: Der Anwendungsbereich der Regelung beschränkt sich auf solche KGs, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 II HGB betreiben und damit bereits kraft Gesetzes von dem Beginn der Geschäftstätigkeit ab in der Rechtsform der KG existieren (vgl. §§ 161 II, 123 II HGB). Bei KGs, die ein Kleingewerbe nach § 2 HGB betreiben, hat § 176 II HGB dagegen keinen eigenen Anwendungsbereich, da diese Gesellschaften ohnehin erst mit der konstitutiven Eintragung in das Handelsregister als KG existieren (vgl. §§ 161 II, 123 I HGB) und die Haftungsbeschränkung des § 171 HGB auch erst ab diesem Zeitpunkt besteht. Dies wird durch § 176 I 2 HGB klargestellt.

Praktisch wesentlich bedeutender ist der Fall des § 176 II HGB. Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft (oHG, KG) ein, haftet dieser für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister (vgl. § 126 II HGB) begründeten Verbindlichkeiten ebenfalls unbeschränkt. Die Regelung hat deshalb große Bedeutung, weil beim Eintritt in ein bestehendes Handelsgeschäft praktisch immer die Voraussetzung vorliegt, dass der Kommanditist dem „Geschäftsbeginn“ zugestimmt hat. In der Praxis kann die Rechtsscheinhaftung des Kommanditisten nur durch Aufnahme einer Klausel in den Gesellschaftsvertrag vermieden werden, wonach der Beitritt des Kommanditisten zur Gesellschaft aufschiebend durch die Eintragung ins Handelsregister bedingt ist.

(3) Haftungssystem der KG im Überblick

Das Haftungssystem der KG lässt sich abschließend anhand des folgenden Beispiels zusammenfassen:

Wird von einem der vertretungsberechtigten Komplementäre durch einen wirksam im Namen der KG abgeschlossenen Kaufvertrag ein Gegenstand erworben, dann kommen für den Anspruch des Gläubigers auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB drei verschiedene Rechtssubjekte als Anspruchsgegner in Betracht: Die KG, der Komplementär und der Kommanditist:



- Die KG haftet als Vertragspartnerin des Verkäufers (= Käuferin) selbst aus § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises.
- Der Komplementär haftet gem. § 433 II BGB i.V.m. §§ 161 II, 128 HGB persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der KG.
- Der Kommanditist haftet aus § 433 II BGB i.V.m. §§ 171 I, 172 IV HGB, beschränkt auf seine Haftsumme. Hat der Kommanditist eine werthaltige Einlage in Höhe seiner Haftsumme geleistet, ist er von seiner Außenhaftung gem. § 171 I HGB befreit, soweit ihm die Einlage nicht nachträglich zurückerstattet wurde (§ 172 IV HGB).

vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 14 – Beraterhonorar I
 vgl. Gesellschaftsrecht, Fall 15 – Beraterhonorar II

4. GmbH & Co. KG*

a) Allgemeines

Die GmbH & Co. KG ist eine **Sonderform der KG**, bei der die Stelle des Komplementärs von einer GmbH eingenommen wird. Die Besonderheit gegenüber einer „normalen“ KG liegt darin begründet, dass den Gläubigern der Gesellschaft keine natürliche Person haftet. Die Kommanditisten haften nach §§ 171 I, 172 IV HGB beschränkt bis zur Höhe ihrer Haftsumme; die GmbH haftet zwar als Komplementärin gem. § 128 HGB unbeschränkt, haftet aber ihrerseits nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG). Die KG wird dadurch aber nicht etwa zur Kapitalgesellschaft, sondern bleibt Personengesellschaft. Man

* Zur GmbH & Co. KG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §56 (S. 1621 ff.), *Grunewald*, GesR, Kap. 1. C. XIII (S. 145 ff.); *Steckler*, WirtschaftsR, Kap. G 4 (S. 350 ff.).

kann die GmbH & Co. KG jedoch als **Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkung** bezeichnen. Als KG ist die GmbH & Co. KG gemäß § 6 I HGB Kaufmann. Da in der GmbH & Co. KG keine natürliche Person persönlich haftet, muss der Rechtsformzusatz der Firma eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet (§ 19 II HGB). Dies ist durch die Abkürzung GmbH & Co. KG gewährleistet.

In der Praxis ist die Gestaltung der so genannten **Eiņpersonēn-GmbH & Co. KG** häufig. Damit ist gemeint, dass der Gesellschafter der GmbH mit dem Kommanditisten der KG identisch ist. Die GmbH & Co. KG hat dann zwar formal zwei Gesellschafter, die GmbH und den Kommanditisten. Letztlich steht aber nur eine natürliche Person hinter dem Unternehmen, der Kommanditist:

b) Funktion und Bedeutung

Der Gesetzgeber hat die Rechtsform der GmbH & Co. KG bei Schaffung des HGB nicht vorgesehen. Vielmehr wurde diese durch die Vertragspraxis entwickelt, um die Vorteile der Kapitalgesellschaft mit den Vorteilen der Personengesellschaft in noch idealerer Weise miteinander zu kombinieren, als dies bei einer „normalen“ KG möglich ist.

Die Vorteile der Personengesellschaft bestehen neben der (mittlerweile teilweise abgebauten) steuerlichen Begünstigung der Personengesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften (vgl. dazu oben S. 61) in dem Fehlen einer Kapitalbindung sowie in der weitgehenden Freiheit bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, die eine flexible Anpassung der Gesellschaftsorganisation an das jeweilige Geschäftsmodell ermöglicht.

Der wesentliche Vorteil der Kapitalgesellschaft, der durch die Errichtung einer GmbH & Co. KG realisiert werden soll, ist das Fehlen einer persönlichen Haftung aller natürlichen Personen, die hinter der Gesellschaft stehen. Eine derart weitgehende Haftungsbeschränkung ist selbst bei der „normalen“ KG im Hinblick auf die unbeschränkte persönliche Haftung des Komplementärs nicht gegeben. Sie lässt sich aber bei der GmbH & Co. KG dadurch erreichen, dass die Stellung des Komplementärs durch eine ihrerseits haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft eingenommen wird. Durch diese Maßnahme lässt sich schließlich auch das für Personengesellschaften geltende Prinzip der Selbstorganschaft umgehen. Zwar wird die KG durch ihre Komplementär-GmbH verwaltet (§§ 164, 170 HGB). Diese selbst kann allerdings als juristische Person wiederum nur über ihren Geschäftsführer als Organ handeln. Mittelbar wird die GmbH & Co. KG daher durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH verwaltet, bei dem es sich auch um eine gesellschaftsfremde Person handeln kann. Auf diese Weise lässt sich eine für die Kapitalgesellschaften (insbesondere die AG) typische Trennung von Management und Kapital erreichen, wodurch die GmbH & Co. KG – gleich einer AG – die Funktion einer Kapitalsammelstelle erfüllen kann.

c) Zulässigkeit der GmbH & Co. KG

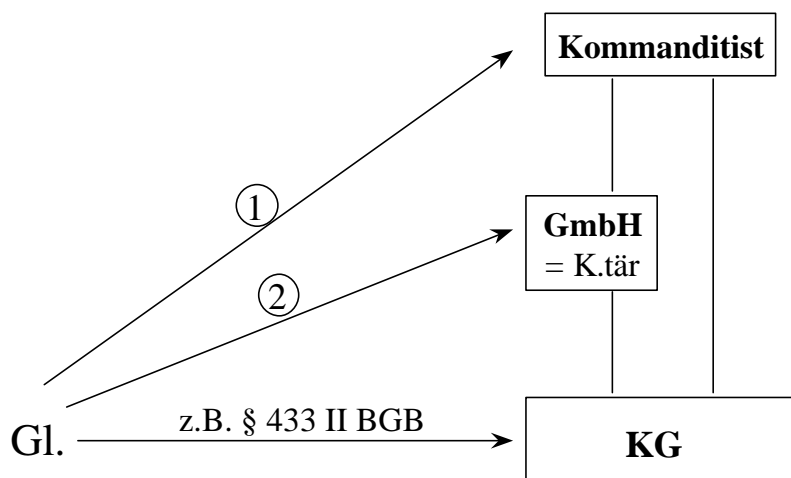
Die Zulässigkeit der GmbH & Co. KG war anfangs heftig umstritten, wurde jedoch bereits vom Reichsgericht im Jahre 1922 anerkannt⁷⁴. Danach bürgerte sie sich trotz zunächst anhaltender Kritik von Seiten der Rechtswissenschaft in der deutschen Praxis ein. Allerdings sah sich die Rechtsprechung in wachsendem Maße veranlasst, Sonderregeln für die GmbH & Co. KG auszubilden, die sich – insbesondere im Hinblick auf den Gläubigerschutz – am

⁷⁴ vgl. RGZ 105, 101 ff.

Recht der Kapitalgesellschaften orientieren. Heute steht die Zulässigkeit der GmbH & Co. KG außer Frage, zumal das HGB nach entsprechenden Änderungen durch den Gesetzgeber, durch die im wesentlichen die zur GmbH & Co. KG ergangene Rechtsprechung festgeschrieben wurde, inzwischen selbstverständlich von der Existenz dieser Rechtsform ausgeht (vgl. §§ 130 a und b, 131 II, 177 a HGB).

d) Geschäftsführung, Vertretung und Haftung

Wie bereits ausgeführt, übernimmt die GmbH als Komplementärin der KG die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft. Dabei handelt die GmbH – weil sie juristische Person ist – durch ihr Gesellschaftsorgan, den Geschäftsführer der GmbH. Auf diese Weise führt der Geschäftsführer der GmbH mittelbar auch die Geschäfte der KG, ist aber nicht selbst deren Geschäftsführer.



Die Haftung bei der GmbH & Co. KG entspricht derjenigen bei der „normalen“ KG. Schließt also beispielsweise bei einer Einpersonen-GmbH & Co. KG der Kommanditist in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH und diese wiederum in ihrer Eigenschaft als geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Komplementärin der KG einen Kaufvertrag im Namen der KG mit einem Gläubiger (Gl.), dann haften diesem Gläubiger drei verschiedene Rechtssubjekte:

- Der Gläubiger hat zunächst einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen die KG selbst aus § 433 II BGB.
- Gegen den Kommanditisten besteht der Anspruch aus § 433 II BGB i.V.m. §§ 171, 172 HGB (1). Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Kommanditist eine Einlage in Höhe der Haftsumme an die KG geleistet hat (§ 171 I Hs. 2 HGB).
- Daneben hat der Gläubiger auch einen Anspruch gegen die GmbH als Komplementärin der KG aus § 433 II i.V.m. §§ 161 II, 128 HGB (2). Für diesen Anspruch haftet die GmbH allerdings ihrerseits nur beschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG), das in der Praxis meist nur mit dem Mindeststammkapital von 25.000 Euro bemessen ist.

e) Kapitalbindung in der GmbH & Co. KG

Es wurde bereits dargelegt, dass es bei der KG streng genommen keine echte Kapitalbindung zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft gibt, d.h. es finden sich auch für die Kommanditisten keine unabdingbaren Regelungen, wonach diese eine bestimmte Einlage gegenüber der Gesellschaft erbringen müssen und nachträglich nicht mehr entnehmen dürfen. Im Hinblick auf die bei der KG fehlende unbeschränkte persönliche Haftung der Kommanditisten werden die Gläubiger aber durch eine beschränkte Außenhaftung der Kommanditisten geschützt, soweit letztere ihre im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft geschuldete Einlage noch nicht erbracht bzw. wieder zurückerlangt haben. Wegen dieser Verknüpfung der Einlageleistung im Innenverhältnis mit der Haftung im Außenverhältnis kann man aber bei der KG im weitesten Sinn von einer Kapitalbindung sprechen (vgl. dazu bereits oben S. 64 ff.).

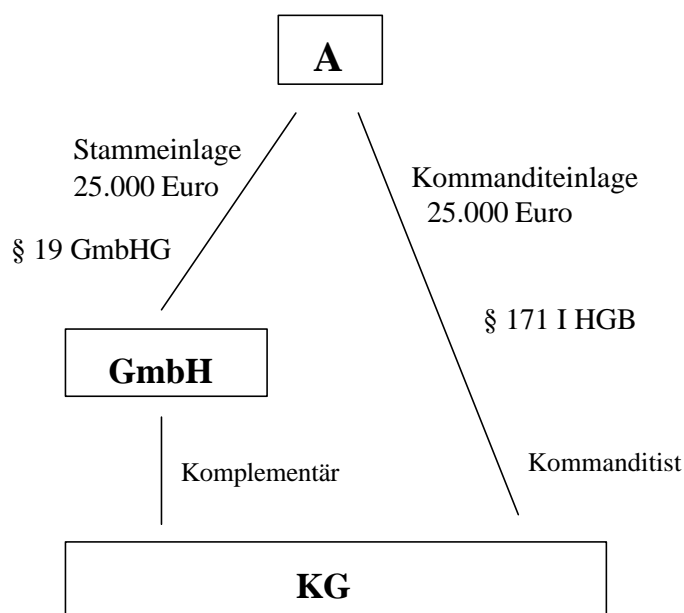
aa) Kapitalaufbringung

Hier ist zwischen der Kapitalaufbringung in der KG und der Kapitalaufbringung in der Komplementär-GmbH zu unterscheiden.

In der KG unterliegt allein der Kommanditist einer Kapitalaufbringungspflicht (im weitesten Sinne), da er nur durch Einlageleistung in Höhe seiner Haftsumme die Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft vermeiden kann (vgl. § 171 I HGB). Für die Komplementär-GmbH besteht dagegen keine Kapitalaufbringungspflicht, da sie den Gläubigern der KG gemäß §§ 161 I, 128 HGB unbeschränkt, allerdings nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet.

Für die Gesellschafter der GmbH besteht dagegen die Pflicht zur Aufbringung eines Mindest-Stammkapitals nach den Vorschriften des GmbHG (§§ 19, 5 I GmbHG). Hierbei handelt es sich um eine Kapitalaufbringungspflicht im eigentlichen Sinne, die allerdings nicht die KG, sondern einzig die GmbH betrifft.

Nachfolgend soll die Kapitalaufbringung am Beispiel einer Einpersonen-GmbH & Co. KG verdeutlicht werden:



Kommanditist A ist zunächst Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH. In dieser Eigenschaft unterliegt er den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Rechts (§§ 19, 5 I GmbHG), hat also seine Stammeinlage (Mindestbetrag: 25.000 Euro) an die GmbH zu leisten. Diese trifft selbst keine Kapitalaufbringungspflicht. Da die GmbH jedoch in aller Regel selbst unternehmerisch gar nicht tätig ist und die Mittel daher nicht benötigt, gibt sie diese häufig als Kredit an die KG weiter.⁷⁵

A ist außerdem Kommanditist der KG. Als Kommanditist kann er eine Kommanditeinlage in beliebiger Höhe versprechen, im Beispiel ebenfalls 25.000 Euro. Wenn seine Haftsumme der Höhe der Einlage entspricht, wird er durch die Einzahlung der Einlage von seiner Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreit (§ 171 I HGB).

Durch die Kombination der Regeln zur Kapitalaufbringung bei der GmbH und § 171 I HGB bei der KG (= Kapitalaufbringung im weitesten Sinne) wird somit zugunsten der Gläubiger der KG die Aufbringung einer Gesamt-Haftungsmasse sichergestellt, die sich aus der Haftsumme des Kommanditisten und dem Stammkapital der Komplementär-GmbH zusammensetzt (im Beispielsfall also 50.000 Euro).

bb) Kapitalerhaltung

Etwas komplizierter ist die **Kapitalerhaltung** in der GmbH & Co. KG ausgestaltet. Werden dem Kommanditisten Gelder aus der KG „zurückgezahlt“, lebt zunächst seine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern bis zur Höhe der Haftsumme wieder auf. Allerdings ist diese Außenhaftung absolut auf den Betrag der Haftsumme beschränkt (vgl. dazu oben S. 65). Zusätzlich steht den Gläubigern der KG das Stammkapital der GmbH als Haftungsmasse zur Verfügung, da diese als Komplementärin für die Verbindlichkeiten der KG nach §§ 161 II, 128 HGB haftet. Auszahlungen aus dem KG-Vermögen an den Kommanditisten, die über die Höhe seiner Haftsumme hinausgehen, führen wegen dieser Einstandspflicht der GmbH zu entsprechenden, in der Bilanz der GmbH zu passivierenden Verbindlichkeiten und schmälern auf diese Weise mittelbar auch das Stammkapital der GmbH. Dies führt wiederum dazu, dass den Gläubigern der KG nicht mehr die ihnen versprochene Gesamthaftungsmasse, bestehend aus Kommanditeinlage und Stammkapital der GmbH, zur Verfügung steht.

Insbesondere für den Fall, dass es sich bei dem Gesellschafter der Komplementär-GmbH und dem Kommanditisten um dieselbe natürliche Person handelt (EiPersonen-GmbH & Co. KG), wäre es jedoch unbillig, einzig die Gläubiger der Gesellschaft über den Verlust ihrer Haftmasse und dem damit einhergehenden Ausfallrisiko in der Insolvenz der KG mit den Folgen der von dem „Alleingesellschafter“ gewählten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion zu belasten. Deshalb hat der Bundesgerichtshof für den Fall der EiPersonen-GmbH schon sehr früh entschieden, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts (§§ 30, 31 GmbHG) auch auf Auszahlungen der KG an den „Alleingesellschafter“ analog Anwendung finden.⁷⁶ Sinkt also durch solche Auszahlungen das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer, so entsteht der KG ein Anspruch gegen den „Alleingesellschafter“ auf Rückgewähr der ausgezahlten Beträge analog §31 GmbHG. In einer späteren Entscheidung

⁷⁵ Denkbar ist auch eine vermögensmäßige Beteiligung der GmbH an der KG durch eine entsprechende Einlage der GmbH in die KG. Für die nachfolgend aufzuzeigende Kapitalerhaltung ergeben sich dadurch im Ergebnis keine Unterschiede, nur die Begründung ist z.T. anders; vgl. dazu *Bitter* (o. Fußn. 8), S. 232.

⁷⁶ BGHZ 60, 324, 328 ff. = NJW 1973, 1036, 1037 ff.; dazu eingehend *Bitter* (o. Fußn. 8), S. 231 ff.

hat der Bundesgerichtshof diese Haftung auch auf den so genannten „Nur-Kommanditisten“, der nicht zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, ausgedehnt.⁷⁷

In unserem oben unter aa) gebildeten Beispiel bedeutet dies folgendes:

Hat der Kommanditist (und Alleingesellschafter) A 25.000 Euro als Einlage eingezahlt, dann hat die KG ein Vermögen in dieser Höhe. Lässt sich A 25.000 Euro zurückzahlen, vermindert sich das Vermögen der KG auf Null und die Außenhaftung des A gegenüber den Gläubigern der KG lebt in Höhe von 25.000 Euro wieder auf. Kommt es zu weiteren Auszahlungen in Höhe von 30.000 Euro, gerät die KG in gleicher Höhe in die Überschuldung. Da die GmbH als Komplementärin für die Schulden der KG nach §§ 161 II, 128 HGB eintreten muss, sind ferner bei der GmbH Verbindlichkeiten in Höhe von 30.000 Euro zu passivieren. Dadurch wird das Stammkapital der GmbH komplett aufgezehrt und die GmbH ist darüber hinaus mit 5.000 Euro überschuldet. A muss nunmehr der KG einen Betrag von 30.000 EURO analog § 31 I GmbHG wieder zuführen. Hierdurch werden die Überschuldung der KG und die damit einhergehenden Verbindlichkeiten der GmbH nach §§ 161 II, 128 HGB wieder abgebaut, so dass auch die GmbH nicht mehr überschuldet ist und das Stammkapital der GmbH den Gläubigern der KG wieder in voller Höhe zur Verfügung steht.

⁷⁷ BGHZ 110, 342, 355 f. = NJW 1990, 1725; dazu Bitter (o. Fußn. 8), S. 263 ff.