

Handels- und Gesellschaftsrecht

Dieses Skript wurde nur für Lehr- und Ausbildungszwecke erstellt.

© 1993/2011 Lutz Völker

Alle Rechte vorbehalten!

Jede Form der Vervielfältigung und der Verwendung zu Unterrichtszwecken bedarf der ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des Verfassers.

Alle im Rahmen dieses Skriptes gemachten Angaben wurden mit größter Sorgfalt erarbeitet.

Trotzdem sind Fehler nicht völlig auszuschließen. Insofern wird jede Haftung ausgeschlossen.

<http://www.lutzvoelker.de/>

1. Einführung	3
2. Handelsstand	3
2.1. Kaufmannseigenschaft	3
2.2. Handelsregister	6
2.3. Handelsfirma	6
3. Kaufmännische Hilfspersonen	7
3.1. Unselbständige kaufmännische Hilfspersonen	7
3.2. Selbständige kaufmännische Hilfspersonen	10
4. Handelsgeschäfte und Handelskauf	12
5. Gesellschaftsrecht	14
5.1. Einführung	14
5.2. Personengesellschaften	17
5.2.1. Allgemeine rechtliche Merkmale	17
5.2.2. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts	17
5.2.3. Offene Handelsgesellschaft	19
5.2.4. Kommanditgesellschaft	21
5.3. Kapitalgesellschaften	23
5.3.1. Allgemeine rechtliche Merkmale	23
5.3.2. Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien	24
5.3.3. GmbH und Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	27
Lösungen	30

1. Einführung

Neben dem bürgerlichen Recht spielt das Handelsrecht im Privatrecht eine große Rolle. Das Handelsrecht ist das **Sonderprivatrecht der Kaufleute**. Zu beachten ist, dass das Handelsrecht auf dem bürgerlichen Recht aufbaut und nur für bestimmte Fälle vom bürgerlichen Recht abweichende Regelungen trifft. Die wichtigste Rechtsquelle des Handelsrechtes ist das HGB. Neben dem Handelsgesetzbuch sind auch im Handels- und Gesellschaftsrecht grundlegende Gesetze, wie z.B. GG und BGB, aber auch spezielle Nebengesetze des HGB sowie das Handelsgewohnheitsrecht von Bedeutung. Einen Überblick über wichtige Rechtsquellen des Handelsrechtes zeigt nachfolgende Abbildung.

Im Handelsrecht sind bestimmte Grundsätze maßgeblich, die teilweise von denen des BGB abweichen:

- Prinzip der Entgeltlichkeit (z.B. §354 HGB)
- Verzicht auf bürgerlich-rechtl. Schutzvorschriften (z.B. §§348-350 HGB)
- Typisierung der Vertretung
- Transparenz (z.B. Handelsregister, Firmenwahrheit)
- Beschleunigung (z.B. Kaufm. Rügepflicht §377 HGB, Schweigen als Annahme §362 HGB)

2. Handelsstand

2.1. Kaufmannseigenschaft

Da das Handelsrecht immer nur dann von Bedeutung sein kann, wenn Kaufleute an Rechtsbeziehungen beteiligt sind, ist zunächst zu klären, wer Kaufmann im Sinne des HGB ist.

Voraussetzung für die Kaufmannseigenschaft ist das Betreiben eines Handelsgewerbes, also zunächst eines Gewerbes (§1(1) HGB). Der **Gewerbebegriff** ist durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- selbständige Tätigkeit
- auf planmäßige Wiederholung angelegt
- Angebot entgeltlicher Leistungen
- mit Gewinnerzielungsabsicht.

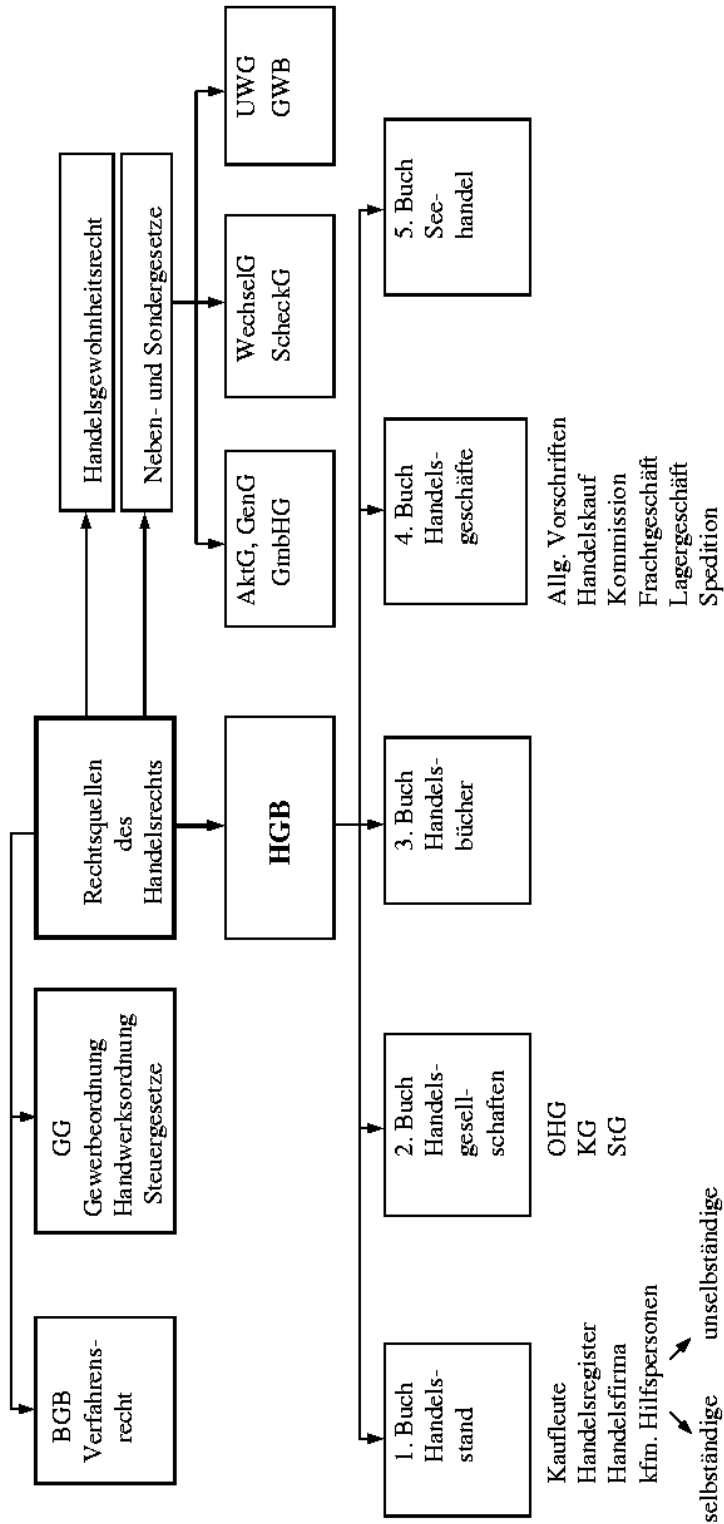
Kein Gewerbe in diesem Sinne betreiben grundsätzlich die Vertreter der freien Berufe (vgl. §18 EStG).

Die §§1ff. HGB regeln verschiedene Kaufmannseigenschaften:

a) **Istkaufmann** (Kaufmann kraft Gewerbebetrieb) ist, wer ein Gewerbe betreibt, welches **nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordert. Ob ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, hängt u.a. von folgenden Faktoren ab, wobei das Gesamtbild des Unternehmens entscheidend ist:

- Umsatz und Gewinn
 - Arbeitnehmerzahl
 - Vielfalt der Erzeugnisse/Leistungen
 - Art und Umfang der Geschäftsbeziehungen
 - Herkunft und Höhe des Betriebsvermögens
- usw.

Die Kaufmannseigenschaft entsteht durch Beginn der Tätigkeit, d.h. die Pflichteintragung (vgl. §29 HGB) ins Handelsregister hat nur deklaratorische (rechtsanzeigende) Wirkung.



- b) **Kleingewerblicher Kannkaufmann** (Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung im Handelsregister) ist nach §2 HGB, wer ein Gewerbe betreibt, welches nach Art oder Umfang **keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordert und sich **freiwillig** ins Handelsregister eintragen lässt. Der Unternehmer ist berechtigt, seine Eintragung im Handelsregister jederzeit löschen zu lassen, sofern nicht die Voraussetzungen des §1(2) HGB eingetreten sind.
- c) **Land- und forstwirtschaftlicher Kannkaufmann** (Kaufmann kraft freiwilliger Eintragung im Handelsregister) ist nach §3 HGB, wer eine land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen oder Nebengewerbe betreibt und sich **freiwillig** ins Handelsregister eintragen lässt. Die Kaufmannseigenschaft entsteht durch Eintragung, diese ist also konstitutiv. Wenn ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, kann die Löschung nur bei Aufgabe des Unternehmens oder Wegfall dieses Erfordernisses erfolgen.
- d) **Scheinkaufmann** (Kaufmann kraft Rechtsschein) ist nach §5 HGB bzw. nach h.M. im Sinne der Rechtscheinhaltung, wer den Schein erweckt, Kaufmann zu sein. Dies kann erfolgen durch:
- fälschliche Eintragung im Handelsregister
 - Auftreten als Kaufmann im Rechtsverkehr (z.B. Verwenden einer Firma i.S. d. §17 HGB).
- e) **Formkaufmann** (Kaufmann kraft Rechtsform) sind nach §6 HGB Handelsgesellschaften. Unter §6 HGB fallen die **Kapitalgesellschaften** (AG §3 AktG, GmbH §13 GmbHG, KGaA §278 AktG) und die Genossenschaft (§17 GenG), da die handelsrechtlichen Personengesellschaften (OHG, KG) bereits unter die §§1, 2 oder 3 HGB fallen (vgl. §§105, 161 HGB).

Übungsfall 1

Franz Saubermann betreibt seit dem 1.8. ein Unternehmen, welches für andere Unternehmen Gebäudereinigungsarbeiten durchführt. Seit dem 1.8. beschäftigt Saubermann regelmäßig 45 Arbeitskräfte und erwartet einen Jahresumsatz von 1.500.000 EUR. Am 5.11.08 wurde Saubermann ins Handelsregister eingetragen.

- a) War Saubermann verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen?
b) Ab welchem Zeitpunkt ist Saubermann Kaufmann?

Übungsfall 2

Thomas Hard und Maik Soft betreiben in ihrer Freizeit ein Unternehmen zur individuellen Anfertigung von Computern auf Kundenwunsch. Dazu kaufen Sie die Teile billig ein, bauen die Geräte selbst zusammen und verkaufen sie gewinnbringend. Ihr Umsatz im lfd. Jahr beträgt 30.000 EUR, ihr Gewinn 5.000 EUR.

Sind Hard und Soft Kaufleute im Sinne des HGB und müssen sie sich im Handelsregister eintragen lassen?

2.2. Handelsregister

Das Handelsregister ist ein von den Amtsgerichten elektronisch geführtes Register (§8 HGB), in das Kaufleute mit ihrer Firma einzutragen sind (§29 HGB). Einzutragende Tatsachen sind elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§12 HGB). Erfolgt eine Pflichteintragung nicht, so kann vom Registergericht ein Zwangsgeld von bis zu 5.000 € verhängt werden (§14 HGB).

Das Handelsregister ist ein öffentliches Register, in welches jeder Einsicht nehmen kann (§9 HGB), der Zugang erfolgt u.a. über das elektronische Unternehmensregister (§8b HGB)¹. Die Eintragungen in das Handelsregister werden elektronisch bekannt gemacht (§10 HGB)².

Ist eine eintragungspflichtige Tatsache nicht ins Handelsregister eingetragen, so gilt sie als nicht bekannt (**neg. Publizität** §15(1) HGB), ist eine Tatsache jedoch eingetragen und bekannt gemacht, so gilt sie als allgemein bekannt (**pos. Publizität** §15(2) HGB).

Das Handelsregister ist in zwei Abteilungen eingeteilt: In Abteilung A werden Einzelunternehmen und Personengesellschaften, in Abteilung B Kapitalgesellschaften eingetragen (§3 HRV).

2.3. Handelsfirma

Die Firma des Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt, die Unterschrift abgibt, klagen und verklagt werden kann (§17 HGB). Für die Firmenbildung sind bestimmte Grundsätze zu beachten:

- Firmenwahrheit (vgl. §18 HGB)
- Firmenausschließlichkeit (vgl. §30 HGB)
- Firmenbeständigkeit (vgl. §§21-24 HGB)

Die Firma kann gebildet werden als:

- Personenfirma, d.h. dem/den Namen des/der Unternehmer(s)
- Sachfirma, d.h. Gegenstand des Unternehmens oder
- Phantasiebezeichnung.

In jedem Fall muss die Firma **Unterscheidungskraft** besitzen und darf **nicht irreführend** sein.

Die Firma muss, auch bei Firmenfortführung, in Abhängigkeit von der Rechtsform bestimmte **Zusätze** enthalten:

a) Einzelunternehmen (§19(1) Nr. 1 HGB)

- eingetragener Kaufmann / eingetragene Kauffrau
- e. Kfm. / e. Kfr.
- e. K.

b) Offene Handelsgesellschaft (§19(1) Nr. 2 HGB)

- offene Handelsgesellschaft
- eine allg. verständliche Abkürzung (z.B. oHG, OHG)

c) Kommanditgesellschaft (§19(1) Nr. 3 HGB)

- Kommanditgesellschaft
- eine allg. verständliche Abkürzung (z.B. KG)

¹ www.unternehmensregister.de

² www.registerbekanntmachungen.de.

d) GmbH (§4 GmbHG)

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- eine allg. verständliche Abkürzung (GmbH)

e) Aktiengesellschaft (§4 AktG)

- Aktiengesellschaft
- eine allg. verständliche Abkürzung (AG)

f) Genossenschaft (§3 GenG)

- eingetragene Genossenschaft
- eG

Die einmal gewählte Firma kann unter bestimmten Voraussetzungen auch dann weitergeführt werden, wenn eine in der Firma genannte Person nicht mehr Inhaber bzw. Gesellschafter ist. Ändert der Firmeninhaber oder einer der in der Firma genannten Personen ihren Namen, so ist eine Fortführung der Firma uneingeschränkt möglich (§21 HGB). Auch beim Eintritt oder Ausscheiden eines Gesellschafters kann die Firma fortgeführt werden, wobei im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters die Firmenfortführung zustimmungsbedürftig ist (§24 HGB), wenn der Ausscheidende namentlich in der Firma genannt wird. Die Firmenfortführung ist ebenfalls beim Erwerb eines Handelsgeschäftes mit Zustimmung des bisherigen Inhabers bzw. dessen Erben möglich (§22 HGB), wobei der neue Inhaber für alle alten Verbindlichkeiten haftet, es sei denn, eine abweichende Vereinbarung wird ins Handelsregister eingetragen (§25 HGB).

Bei Änderung der Rechtsform ist in jedem Fall der rechtsformspezifische Zusatz zu ändern.

Übungsfall 3

Der im Handelsregister eingetragene Weingroßhändler Walter Rebe verkauft sein Unternehmen am 5.8. an Otto Nach. Mit Zustimmung von Rebe führt Nach das Unternehmen unter der Firma „Weingroßhandlung Walter Rebe e.K., Inhaber: Otto Nach“ weiter. Am 1.9. erscheint überraschend der Weinbauer Huber bei Nach und fordert die Begleichung einer am 1.8. fälligen Rechnung für eine Weinlieferung, da diese bisher noch nicht beglichen wurde und Rebe mit unbekanntem Ziel verzogen sei. Nach wendet ein, dass er von dieser Rechnung nichts wusste und zum Zeitpunkt der Fälligkeit noch nicht Inhaber des Unternehmens gewesen sei.

Kann Huber von Nach die Bezahlung der Rechnung verlangen?

3. Kaufmännische Hilfspersonen

3.1. Unselbständige kaufmännische Hilfspersonen

Die Angestellten des Kaufmanns werden als unselbständige kaufmännische Hilfspersonen bezeichnet. In Betracht kommen Personen mit besonderen handelsrechtlichen Vollmachten (Prokurist und Handlungsbevollmächtigter) sowie der Handlungsgehilfe (kfm. Angestellter).

Im HGB sind zwei spezielle handelsrechtliche Vollmachten, die Prokura und die Handlungsvollmacht, geregelt. Diese handelsrechtlichen Vollmachten unterscheiden sich von der Vollmacht nach §164ff. BGB in einigen Punkten:

- Typisierung mit gesetzlich geregelterm Umfang
- keine Auswirkung von Mängeln im Innenverhältnis auf das Außenverhältnis

Die **Prokura** als bedeutende handelsrechtliche Vollmacht kann nur vom Kaufmann per ausdrücklicher Erklärung erteilt werden (§48 HGB). Sie berechtigt zu **allen Geschäften und Rechtshandlungen, die ein Handelsgewerbe mit sich bringt** (§49(1) HGB). Nicht zu diesem Umfang gehören insbesondere:

- die Veräußerung und Belastung von Grundstücken §49(2) HGB
- die Erteilung der Prokura §48(1) HGB
- das Unterschreiben des Jahresabschlusses §245 HGB
- die Veräußerung des Betriebes §49(1) HGB
- die Insolvenzanmeldung §49(1) HGB

Weitere Beschränkungen des Umfangs der Prokura sind Dritten gegenüber unwirksam (§50 HGB). Die Erteilung und das Erlöschen der Prokura ist in das Handelsregister einzutragen (§53 HGB).

Die **Handlungsvollmacht** als weniger weitgehende Vollmacht kann von Kaufleuten sowie deren Bevollmächtigten ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Sie berechtigt zu **Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines solchen Handelsgewerbes oder die Vornahme der berechtigten Art von Geschäften gewöhnlich mit sich bringt** (§54(1) HGB).

Nicht zu diesem Umfang gehören neben den Beschränkungen der Prokura insbesondere (§54(2) HGB):

- das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten
- die Aufnahme von Darlehen
- die Prozessführung

Weitere Beschränkungen der Handlungsvollmacht sind Dritten gegenüber nur wirksam, wenn dieser sie kannte oder kennen musste (§54(3)HGB).

Eine Gegenüberstellung von Prokura und Handlungsvollmacht zeigt nachfolgende Abbildung.

Übungsfall 4

Die Automobilhandlung R. Schnell e.K. handelt ausschließlich mit PKW. Als sich der Inhaber R. Schnell auf einer Urlaubsreise befindet, bestellt der Mitarbeiter Kühn zwei Motorboote, die sehr günstig aus einer Firmenauflösung angeboten werden.

- a) Ist Kühn zum Kauf berechtigt, wenn er allgemeine Handlungsvollmacht besitzt?
- b) Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn Kühn Prokurist ist?

Neben den Regelungen zur Prokura und zur Handlungsvollmacht enthält das HGB auch einige Bestimmungen zum Handlungsgehilfen (§§59 ff. HGB). Für den Handlungsgehilfen (zeitgemäßer: kfm. Angestellter) gilt zunächst das allgemeine Arbeitsrecht (§§611 ff. BGB, arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen), die Bestimmungen des HGB ergänzen dieses. Im wesentlichen werden folgende Festlegungen getroffen:

- Fürsorgepflicht des Prinzipalen (=Arbeitgeber) §62 HGB
- Gehaltszahlung spätestens am Monatsende §64 HGB
- Wettbewerbsverbot für den Handlungsgehilfen während dem Bestehen des Arbeitsverhältnisses §60 HGB
- Wettbewerbsverbot für den Handlungsgehilfen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter folgenden Bedingungen (§§74 ff. HGB):

Prokura und Handlungsvollmacht		
	Prokura	Handlungsvollmacht
Erteilung	Ausdrücklich durch Inhaber oder gesetzl. Vertreter Eintrag ins HR	Ausdrücklich oder stillschweigend durch Inhaber oder Vertreter
Umfang positiv	Alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die ein Handelsgewerbe mit sich bringt. (gerichtlich und außergerichtlich)	Alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die ein <i>derartiges</i> Handelsgewerbe oder die Vornahme derartiger Geschäfte <i>gewöhnlich</i> mit sich bringt.
Umfang negativ	Belastung/Veräußerung von Grundstücken, grundsätzliche Handlungen, dem Inhaber vorbehalten Handlungen	Beschränkungen der Prokura, Wechselverbindlichkeiten, Darlehensaufnahme, Prozeßführung
Beschränkungen im Umfang	unwirksam	nur bei Kenntnis wirksam
Arten	Einzelprokura Gesamtprokura Filialprokura	allg. Handl.vollmacht Art-Handl.vollmacht Einzel-Handl.vollm.
Zeichnung	<i>ppa. Pape</i>	<i>i.V. Maier</i>

1. Schriftform
2. Entschädigung (mind. ½ des bisherigen Gehaltes, aber Anrechnung von anderweitigen Einkommen, sofern dieses zusammen mit der Entschädigung 110% des bisherigen Gehaltes überschreiten)
3. berechtigtes Interesse des Prinzipalen
4. keine unbillige Beschränkung des Handlungsgehilfen
5. Befristung auf max. 2 Jahre

3.2. Selbständige kaufmännische Hilfspersonen

Diejenigen Personen, die in die Absatzorganisation eines Kaufmannes eingebunden sind, aber keine Angestellten sondern Selbständige sind, werden als selbständige kaufmännische Hilfspersonen bezeichnet. Hierzu zählen im engeren Sinne der Handelsvertreter und der Handelsmakler, im weiteren Sinne zusätzlich der Kommissionär und einige moderne „Absatzvertreter“ (Vertragshändler, Franchisenehmer). Eine Übersicht der kfm. Hilfspersonen (i.w.S.) zeigt die folgende Übersicht. Nachfolgend soll nur kurz auf den Handelsvertreter, den Handelsmakler und den Kommissionär eingegangen werden.

a) Handelsvertreter (§§84 ff. HGB)

Handelsvertreter ist, wer als selbständig Gewerbetreibender ständig für einen Anderen Geschäfte vermittelt oder abschließt. Das Handelsvertreterrecht kommt auch zur Anwendung, wenn der Vertreter ein nicht im Handelsregister eingetragenes Kleingewerbe betreibt. Der Handelsvertreter hat die Interessen des Unternehmers, für den er tätig ist, wahrzunehmen und diesem Mitteilung über jedes vermittelte oder abgeschlossene Geschäft zu machen. Er unterliegt ggf. nach Beendigung seines Vertrages einem Wettbewerbsverbot, welches im wesentlichen nach den gleichen Bedingungen wie das des Handlungsbevollmächtigten (s.o.) zustande kommt. Der Handelsvertreter hat für seine Tätigkeit einen Provisionsanspruch für alle Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind, soweit und sobald das Geschäft zustande kommt. Weiterhin hat er Anspruch auf Unterstützung (z.B. Zurverfügungstellung notwendiger Unterlagen).

Das Vertragsverhältnis endet, sofern auf unbestimmte Zeit eingegangen, durch Kündigung. Bei einer ordentlichen Kündigung sind folgende Kündigungsfristen (§89 HGB) einzuhalten:

im ersten Jahr:	1 Monat
im zweiten Jahr:	2 Monate
im 3. bis 5. Jahr:	3 Monate
Danach:	6 Monate

Bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen kann auch eine außerordentliche (i.d.R. fristlose) Kündigung erfolgen.

b) Handelsmakler (§§93 ff. HGB)

Handelsmakler ist, wer als selbständig Gewerbetreibender für Andere Verträge über Gegenstände des Handelsrechtes vermittelt, ohne ständig für einen bestimmten Unternehmer tätig zu sein. Das Handelsmaklerrecht kommt auch zur Anwendung, wenn der Makler ein nicht im Handelsregister eingetragenes Kleingewerbe betreibt. Ins Handelsrecht fallen insbesondere Waren-, Börsen- und Finanzmakler, nicht jedoch z.B. Immobilienmakler. Der Handelsmakler ist als zwischen den Parteien stehende Person grundsätzlich beiden Parteien verpflichtet. Er muss beiden Parteien nach Geschäftsabschluss eine von ihm unterzeichnete „Schlussnote“ zustellen, welche Angaben über die Vertragsparteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäftes enthält. Weiterhin ist er verpflichtet, über die getätigten Abschlüsse Buch zu führen („Tagebuch“, §100 HGB). Für seine Tätigkeit hat der Makler Anspruch auf Provision, wobei mangels anderer Vereinbarung beide Vertragsparteien die Provision je zur Hälfte zu entrichten haben. Damit sind sämtliche Ansprüche des Maklers abgegolten, sofern keine anderen Festlegungen getroffen wurden.

Selbständige Hilfspersonen des Kaufmanns (i.w.S.)
--

Art	Wesen	Rechtsgrundlage
Handelsvertreter	selbständige Vermittlung und Abschluss von Geschäften in fremdem Namen bei ständiger Betreuung durch einen Unternehmer	§§ 84 ff. HGB
Handelsmakler	selbständige Vermittlung von Geschäften ohne ständige Betreuung	§§ 93 ff. HGB
Kommissionär	An- oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren in eigenem Namen auf fremde Rechnung	§§ 383 ff. HGB
	bei uneigentlicher Kommission auch andere Geschäfte bzw. durch andere Personen	§ 406 HGB
Vertragshändler	Vertrieb von Waren eines Herstellers in eigenem Namen auf eigene Rechnung bei gleichzeitiger organisatorischer Eingliederung in die Verkaufsorganisation des Herstellers	keine konkrete gesetzl. Regelung, teilweise Anwendung §§ 84 ff. HGB
Franchisenehmer	Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen unter der Marke des Franchisegebers auf eigene Rechnung bei gleichzeitiger starker Eingliederung in die Organisation des Franchisegebers	wie Vertragshändler

c) **Kommissionär** (§§383ff. HGB)

Kommissionär ist, wer gewerbsmäßig Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen für Rechnung eines Anderen („Kommittent“) kauft („Einkaufskommission“) oder verkauft („Verkaufskommission“). Insofern liegt bei der Kommission eine Form der mittelbaren Stellvertretung (in Abweichung von der unmittelbaren Stellvertretung nach §§164 ff. BGB) vor. Das Kommissionsrecht sowie die Vorschriften über die Handelsgeschäfte mit Ausnahme der §§348-350 HGB kommen auch zur Anwendung, wenn der Unternehmer ein nicht im Handelsregister eingetragenes Kleingewerbe betreibt.

Grundsätzlich ist der Kommissionär zunächst verpflichtet, die Interessen des Kommittenten wahrzunehmen, diesen über getätigte Abschlüsse zu informieren und die Weisungen des Kommittenten zu befolgen. Hält sich der Kommissionär nicht an die Weisungen, so macht er sich Schadensersatzpflichtig (§§384, 385 HGB). Werden Preisgrenzen zuungunsten des Kommittenten nicht eingehalten, so hat dieser die Möglichkeit, das Geschäft zurückzuweisen. Erfolgt die Zurückweisung nicht unverzüglich, so gilt das als Zustimmung des Kommittenten. Eine Zurückweisung ist ausgeschlossen, sofern der Kommissionär sich zum Ausgleich des Preisunterschiedes (i.d.R. durch Verrechnung mit der Provision) bereiterklärt (§386 HGB). Ein günstigerer Abschluss kommt in jedem Fall dem Kommittenten zugute (§387 HGB). Für seine Tätigkeit hat der Kommissionär Anspruch auf Provision, sofern das Geschäft ausgeführt wird, sowie Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, insbesondere für Lagerung und Beförderung des Kommissionsgutes (§396 HGB). Nach den Bestimmungen des §400 HGB kann der Kommissionär selbst in das Geschäft eintreten, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Keine andere Festlegung durch den Kommittenten
- Kommissionsgut mit Börsen- oder Marktpreis
- ausdrückliche Erklärung über den Selbsteintritt

4. Handelsgeschäfte und Handelskauf

Von einem Handelsgeschäft spricht man, wenn ein Rechtsgeschäft durch einen Kaufmann abgeschlossen wird und zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört (§ 343 HGB). Hierbei wird von der allgemeinen Vermutung ausgegangen, dass alle vom Kaufmann abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu seinem Handelsgewerbe gehören, er also im Zweifel das Gegenteil beweisen muss (§ 344 HGB). Bei den Handelsgeschäften ist zwischen einseitigen (nur eine Partei ist Kaufmann) und zweiseitigen (beide Parteien sind Kaufleute) zu unterscheiden. Sofern das HGB nicht ausdrücklich etwas anderes regelt, gelten die Vorschriften über die Handelsgeschäfte auch bei einseitigen Handelsgeschäften für beide Parteien (§ 345 HGB).

Nachfolgend einige wichtige Bestimmungen für Handelsgeschäfte:

- Berücksichtigung des Handelsbrauchs unter Kaufleuten § 346 HGB (hierzu zählt z.B. der Grundsatz, dass Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Zustimmung gilt)
- Kaufmännische Sorgfaltspflicht § 347 HGB
- Keine Herabsetzung der Vertragsstrafe von Amts wegen § 348 HGB
- Keine Einrede der Vorklage bei der Bürgschaft § 349 HGB
- Formfreiheit bei Bürgschaft, Schuldversprechen und -anerkenntnis § 350 HGB
- gesetzlicher Zinssatz 5% § 352 HGB und Zinsen bereits ab Fälligkeit § 353 HGB
- Schweigen auf einen Antrag zählt als Zustimmung, wenn zwei Kaufleute in ständigen Geschäftsbeziehungen stehen, die Geschäftsbesorgungen zum Inhalt haben § 362 HGB
- für den gutgläubigen Eigentumserwerb genügt der gute Glaube an die Veräußerungsbefugnis § 366 HGB
- Erweitertes (kaufmännisches) Zurückbehaltungsrecht §§ 369-371 HGB (für zweiseitige Handelsgeschäfte wird das Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 320 BGB dahingehend erweitert, dass keine Konnexität erforderlich ist (d.h. Leistung und Gegenleistung können aus unterschiedlichen Handelsgeschäften resultieren) und eine Befriedigung aus dem Gegenstand erfolgen kann.

Ein besonderes Handelsgeschäft ist der Handelskauf nach §§ 373ff. HGB. In diesen Regelungen werden aufbauend auf den Bestimmungen über den Kaufvertrag im BGB (§§ 433ff. BGB) einige Sonderregelungen für Kaufleute eingeführt. Beim beiderseitigen Handelskauf besteht eine sofortige Untersuchungs- und Rügepflicht. Wird dies versäumt, gehen dem Käufer die Gewährleistungsrechte nach §§ 437 ff. BGB verloren, § 377 HGB.

Übungsfall 5

Die Pape GmbH braucht für eine Abteilung ihres Betriebes einen neuen Schreibtisch. Der Handlungsbevollmächtigte Hagen wird gebeten, bei der Firma Scholz e.K. einen passenden für maximal 400 EUR zu beschaffen. Da Hagen weiß, dass sein Geschäftsführer nicht kleinlich ist, bestellt er einen Schreibtisch für 449 EUR, der 3 Tage später geliefert wird. Als der Geschäftsführer drei Wochen später den Schreibtisch begutachtet, bemerkt er erhebliche Mängel daran. Als er den Preis von 449 EUR hört, fordert er von der Fa. Scholz Lieferung eines fehlerfreien Tisches wegen der Mängel. Außerdem sei Hagen nur zu einem Abschluss bis maximal 400 EUR berechtigt gewesen und deshalb fordere er ersatzweise die Rückgabe der bereits überwiesenen 449 EUR gegen Rückgabe des Tisches.

Sind die Einwendungen berechtigt ?

Übungsfall 6

Die Speer - Factoring GmbH ist im Factoringgeschäft tätig, beschäftigt zwei Angestellte und wird durch den Geschäftsführer Gehf vertreten. Gelegentlich tritt die GmbH auch als Geldvermittler auf. Unter anderem vermittelt sie für den Schlossermeister Schnell einen Kredit bei einer Großbank in Höhe von 30.000 EUR. Da Schnell keine Sicherheiten bieten kann, bringt Gehf das Geschäft schließlich zustande, indem er erklärt, „... man kenne doch die Firma Speer ... er sei schließlich der Geschäftsführer und würde sich für den Abschluss mit Schnell verbürgen“. Als Schnell in Verzug gerät, erklärt Gehf er habe ja nichts unterschrieben und außerdem sollte man sich zunächst an Schnell halten.

Was halten Sie von diesen Argumenten ?

5. Gesellschaftsrecht

5.1. Einführung

Im Rechtsverkehr treten Unternehmen in vielfältigen Rechtsformen auf. Im rechtlichen Sinne lassen sich die Unternehmensformen zunächst in solche des öffentlichen Rechtes und solche des Privatrechtes einteilen. Zu den **Unternehmensformen des öffentlichen Rechtes** zählen insbesondere:

- öff.- rechtl. Anstalt
- öff.- rechtl. Körperschaften
- öff.- rechtl. Stiftung
- Eigenbetriebe

Die **Unternehmensformen des Privatrechtes** lassen sich in

- Einzelunternehmen
- Stiftungen
- Gesellschaften i.w.S.

einteilen. Die gemeinsamen Wesensmerkmale einer Gesellschaft i.w.S. sind (abgesehen von den Ein-Personen-Kapitalgesellschaften):

1. der rechtsgeschäftliche Zusammenschluss mehrerer Personen
2. die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes.

Die Gesellschaften lassen sich grob in Personengesellschaften, Körperschaften und Sonderformen von Gesellschaften einteilen (vgl. nachfolgende Abbildung).

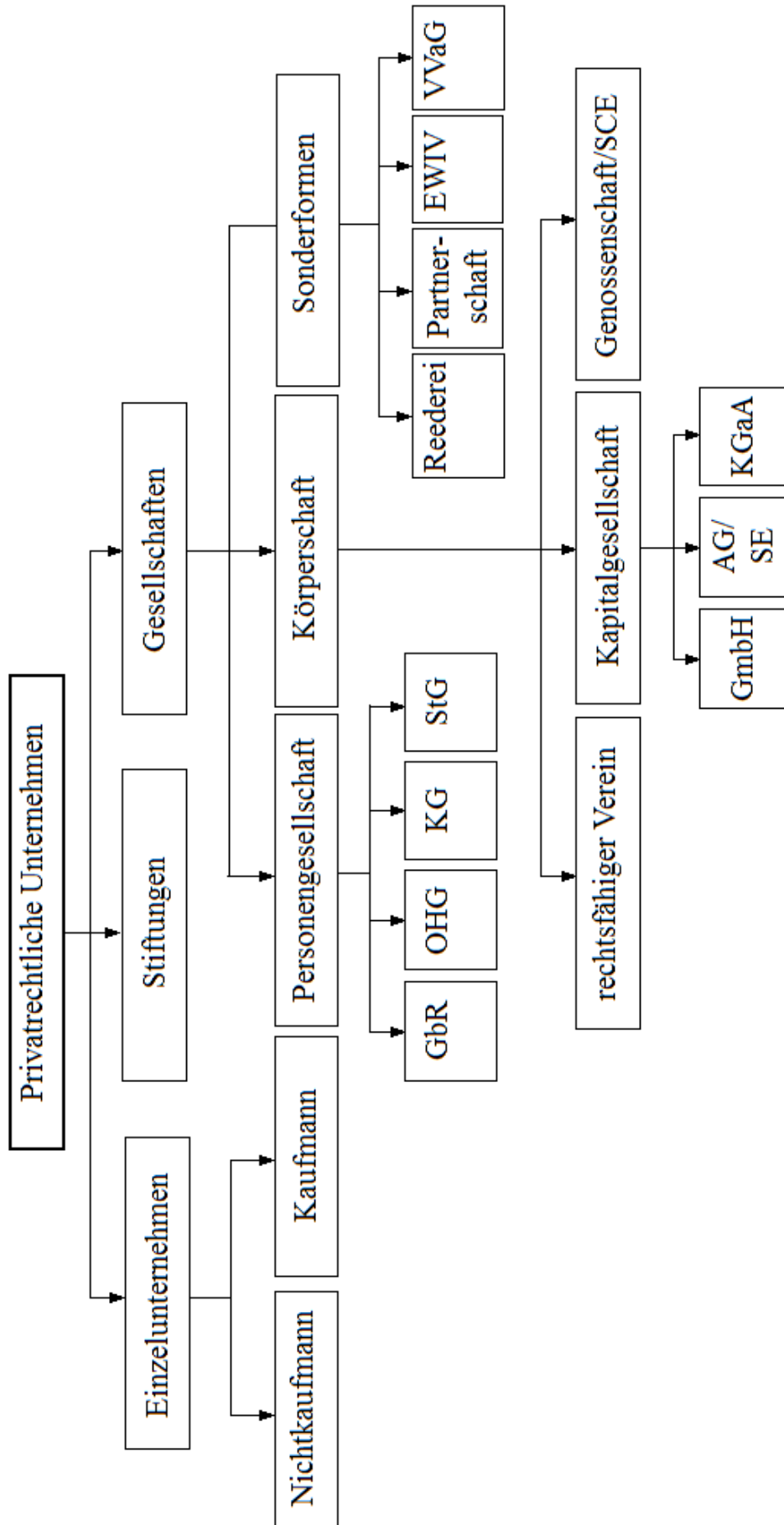
Das Gesellschaftsrecht ist durch einige Grundsätze gekennzeichnet:

- Typenzwang bei der Wahl der Gesellschaftsform, zulässig sind jedoch in gewissem Rahmen Typenvermischungen (z.B. GmbH & Co. KG)
- weitestgehende Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge (bei Personengesellschaften mehr als bei Kapitalgesellschaften)
- Formfreiheit bei Personengesellschaften, Formzwang bei Kapitalgesellschaften

Für die Wahl einer geeigneten Rechtsform sind vielfältige Faktoren maßgeblich. Zu beachten sind insbesondere:

- Haftungsverhältnisse
- Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse
- Finanzierungsmöglichkeiten
- steuerliche Behandlung
- Publizitätserfordernisse
- Arbeitnehmermitbestimmung
- Nachfolgeregelungen
- sonstige Faktoren.

Einen Überblick über die wesentlichen rechtlichen Merkmale einiger wichtiger Rechtsformen im Gesellschaftsrecht zeigt nachfolgende Übersicht.



Rechtsformen der Unternehmen

Einzelunternehmen und nicht handelsrechtliche Personengesellschaften

Merkmal	Einzelunternehmen	GbR	Partnerschaftsgesellschaft
Gesetzl. Grundlage	BGB, §§ 1 - 104 HGB	§§ 705 - 740 BGB	PartGG
Gründer	eine Person	2 und mehr Personen	2 und mehr Freiberufler
Form des Vertrages	entfällt	frei	schriftlich
Weitere Gründungsvoraussetzungen		kein Handelsgewerbe	nur nat. Personen kein Handelsgewerbe
Registereintragung	HR A (nur Kaufmann)	keine	Partnerschaftsregister
Geschäftsführung	Einzelunternehmer allein	alle Gesellschafter gemeinsam	Einzelgeschäftsführung jedes Ges.
Vertretung	Einzelunternehmer allein	alle Gesellschafter gemeinsam	Einzelvertretung durch jeden Ges.
Haftung	unbeschränkt persönlich	unbeschränkt persönlich als Gesamtschuldner	unbeschränkt persönlich als Gesamtschuldner
Gewinnbeteiligung	Einzelunternehmer allein	nach Köpfen	nach Köpfen
Verlustbeteiligung	Einzelunternehmer allein	nach Köpfen	nach Köpfen

Handelsrechtliche Personengesellschaften

Merkmal	OHG	KG	Stille Gesellschaft
Gesetzl. Grundlage	§§ 105 - 160 HGB	§§ 161 - 177 HGB	§§ 230 - 237 HGB
Gründer	2 und mehr Personen	mind. je ein Kommanditist/ Komplementär	Inhaber und stiller Gesellschafter
Form des Vertrages	frei	frei	frei
Weitere Gründungsvoraussetzungen	Handelsgewerbe	Handelsgewerbe	stiller Gesellschafter beteiligt sich am Handelsgewerbe des Inhabers
Registereintragung	HR A	HR A	keine
Geschäftsführung	Einzelgeschäftsführung jedes Ges.	Einzelgeschäftsführung Komplementär	Geschäftsinhaber
Vertretung	Einzelvertretung durch jeden Ges.	Einzelvertretung durch Komplementär	Geschäftsinhaber
Haftung	unbeschränkt persönlich als Gesamtschuldner	Komplementär unbeschränkt persönlich, Kommanditist auf Einlage beschränkt	Inhaber entspr. Rechtsform, Stiller Ges. auf Einlage beschränkt
Gewinnbeteiligung	4% der Einlage, Rest nach Köpfen	4% der Einlage, Rest in angemessenem Verhältnis	in angemessenem Verhältnis
Verlustbeteiligung	nach Köpfen	in angemessenem Verhältnis	nur bei Vereinbarung

Körperschaften

Merkmal	AG	GmbH und UG (haftungsbeschränkt)	Genossenschaft
Gesetzl. Grundlage	AktG	GmbHG	GenG
Gründer	eine oder mehrere Personen	eine oder mehrere Personen	3 oder mehr Personen
Form des Vertrages	notarielle Beurkundung	notarielle Beurkundung	schriftlich
Weitere Gründungsvoraussetzungen	50.000 € Grundkapital in Aktien a 1 € oder höher zerlegt, 25% Mindesteinz.	25.000 € (UG: 1 €) Stammkapital in Geschäftsanteile a 1 € oder höher zerlegt, Mindesteinzahlung 25% jedes Geschäftsanteils insges. mind. 12.500 € (UG: Volleinzahlung)	
Registereintragung	HR B	HR B	Genossenschaftsregister
Geschäftsführung	Vorstand (Kontrolle durch Aufsichtsrat u. Hauptversammlung)	Geschäftsführer (Kontrolle durch Gesellschafterversammlung, ggf. Aufsichtsrat)	Vorstand (Kontrolle durch Aufsichtsrat u. Generalversammlung)
Vertretung	Vorstand	Geschäftsführer	Vorstand
Haftung	als jur. Person mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen	als jur. Person mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen	als jur. Person mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen
Gewinnbeteiligung	nach Anteilen	nach Anteilen	nach Anteilen
Verlustbeteiligung	nach Anteilen	nach Anteilen	nach Anteilen

5.2. Personengesellschaften

5.2.1. Allgemeine rechtliche Merkmale

Eine Personengesellschaft stellt einen vertraglichen **Zusammenschluss von mehreren** (natürlichen und/oder juristischen) **Personen** zu einem **gemeinsamen Zweck** dar. Keine Gesellschaften in diesem Sinne sind zufällige, ungewollte oder familienrechtliche Gemeinschaften (z.B. Erbengemeinschaft, eheliche Güterstände). Die Personengesellschaften lassen sich in Gesellschaften, die nach außen als solche auftreten (=Außengesellschaft; insb. GbR, OHG, KG) und solche, bei denen das Gesellschaftsverhältnis nur zwischen den Gesellschaftern besteht (=Innengesellschaft; insb. StG) einteilen.

Wesentliche Rechtsmerkmale der Personengesellschaften sind:

- persönliche Haftung mindestens eines Gesellschafters
- kein gesetzlich vorgeschriebenes Mindestkapital
- bedingte Rechtsfähigkeit, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit
- enge Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft
- Formfreiheit bei der Gründung

Den Grundtyp der Personengesellschaften, auf dem die anderen Rechtsformen aufbauen, stellt die GbR dar.

5.2.2. Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (GbR)

Bei der GbR (auch: BGB-Gesellschaft) handelt es sich um eine auf einem Vertrag beruhende Personenvereinigung zur **Förderung eines gemeinsamen Zwecks** (§705 BGB). Der Zweck kann beliebig, sofern nicht gesetz- oder sittenwidrig (vgl. §§134, 138 BGB), sein. Sie ist in **kein Register** einzutragen. Als GbR kann kein Handelsgewerbe betrieben werden, da dies zur OHG bzw. KG führt (vgl. §105(1) und §161(1) HGB). Die GbR hat **keine Firma** (vgl. §§17 ff. HGB). Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung erkennt der BGH³ der GbR Rechts- und Parteifähigkeit zu, soweit sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr eigene vertragliche Rechte und Pflichten begründet.

Als GbR kommen insbesondere in Betracht:

- Zusammenschlüsse von Nichtkaufleuten
- Zusammenschlüsse von Freiberuflern
- Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Bausektor
- Überbetriebliche Zusammenschlüsse (z.B. Kartelle, Konzerne)
- Vorgründungsgesellschaften

Die GbR **entsteht** durch den vertraglichen Zusammenschluss mehrerer (mindestens 2) Gesellschafter. Gesellschafter kann jede natürliche oder juristische Person sein. Der Vertragsschluss kann ausdrücklich oder stillschweigend und formfrei erfolgen.

Bestimmte Formen können jedoch aus anderen Gründen erforderlich sein, z.B.:

- beim Einbringen von Grundstücken (vgl. §311b BGB)
- bei Verträgen mit Minderjährigen (vgl. §1822 Nr.3 i.V.m. §1643 BGB).

Ein Mindestkapital ist für die Gründung gesetzlich nicht vorgeschrieben.

³ Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00

Mangels anderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag steht die **Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich** zu, d.h. für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§709(1) BGB). Da diese Regelung für das Handeln der Gesellschaft äußerst hinderlich sein kann (insbesondere bei vielen Gesellschaftern), lässt der Gesetzgeber auch vertraglich vereinbarte **Gesamtgeschäftsführung einzelner Gesellschafter** oder **Einzelgeschäftsführung** zu (§710 BGB). Hinsichtlich der Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter verweist §713 BGB auf das Auftragsrecht (§§664 bis 670 BGB). Die Geschäftsführungsbefugnis kann nur einstimmig (bei anderer vertraglicher Regelung auch mehrheitlich) aus „wichtigem Grund“ entzogen werden (§712 BGB).

Die **Vertretungsbefugnis** bei der GbR **ist mit der Geschäftsführungsbefugnis verknüpft**, d.h. mangels anderer vertraglicher Festlegung kann eine Vertretung nur durch alle Gesellschafter gemeinsam erfolgen (§714 BGB). Bei der Vertretung sind die §§164 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

Gewinne und Verluste sind bei der GbR **nach Köpfen** zu verteilen, wenn der Gesellschaftervertrag keine andere Regelung vorsieht (§722 BGB). Rechnungsabschluss und Gewinnverteilung erfolgen bei Gelegenheitsgesellschaften erst bei Auflösung (§721(1) BGB), bei auf Dauer angelegten Gesellschaften zum Geschäftsjahresende (§721(2) BGB). Eine abweichende vertragliche Regelung kann auch in diesem Punkt erfolgen.

Das Vermögen, welches im Rahmen der Gründung und der Tätigkeit der GbR erworben wird, ist **gemeinschaftliches Vermögen** aller Gesellschafter (§718 BGB). Das Vermögen steht den Gesellschaftern nur als **Gesamthandsvermögen** zu (§719 BGB), d.h. ein Gesellschafter

- kann nicht über seinen Anteil verfügen
- kann nicht über einzelne Gegenstände verfügen
- kann keine Teilung verlangen.

Insofern stellt das Gesellschaftsvermögen ein vom übrigen Privatvermögen abgegrenztes Sondervermögen der Gesellschafter dar.

Für die Schulden der GbR haften **alle Gesellschafter als Gesamtschuldner**. Diese gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter ergibt sich aus der gemeinsamen Zweckverfolgung in Verbindung mit §427 BGB und der bedingten Rechtsfähigkeit der GbR. Damit kann ein Gläubiger von jedem Gesellschafter Befriedigung seiner Forderung verlangen (§421 BGB), es bleibt den Gesellschaftern untereinander vorbehalten, einen Ausgleich herbeizuführen (§426 BGB).

Soll in das Gesellschaftsvermögen zwangsvollstreckt werden, ist jedoch aufgrund der gesamthänderischen Bindung ein vollstreckbarer Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich (§736 ZPO) bzw. nach neuerer Rechtsprechung ein Titel gegen die Gesellschaft (BGH a.a.O.).

Obwohl **grundsätzlich** alle Gesellschafter im Rahmen der Tätigkeit der GbR **unbeschränkt**, d.h. auch mit ihrem Privatvermögen haften, ist mangels entgegenstehender Festlegungen im BGB eine Beschränkung der Haftung auf das Sondervermögen (=Gesellschaftsvermögen) möglich. Dies setzt jedoch eine entsprechende Festlegung im Gesellschaftsvertrag und die Vereinbarung der Haftungsbeschränkung mit dem Dritten voraus. Eine Angabe der Haftungsbeschränkung in der Bezeichnung der Gesellschaft (z.B. Auftreten unter dem Namen GbR mbH) alleine reicht nicht aus.⁴ Ein ausscheidender Gesellschafter haftet für maximal 5 Jahre ab seinem Ausscheiden (§736 BGB i.V.m. §§159, 160 HGB).

⁴ BGH, Urteil vom 27. September 1999 - II ZR 371/98

Eine **Auflösung** der Gesellschaft erfolgt bei (§§723 ff. BGB):

- Vereinbarung
- Kündigung eines Gesellschafters
- Kündigung durch einen Privatgläubiger
- Zweckerreichung oder Unerreichbarkeit des Zwecks
- Tod eines Gesellschafters
- Insolvenz eines Gesellschafters oder der Gesellschaft
- Zeitablauf.

Die Auflösung kann vermieden werden, wenn der Gesellschaftsvertrag das Ausscheiden von Gesellschaftern vorsieht (§§736, 737 BGB). Im Falle des Ausscheidens geht der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf die übrigen Gesellschafter über (sog. **Anwachsung**, §738 BGB). Für seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen entstehen dem Ausscheidenden **Abfindungsansprüche** gegenüber den verbliebenen Gesellschaftern.

5.2.3. Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Die OHG ist eine Gesellschaft, deren Zweck im Betrieb eines **Handelsgewerbes** unter einer gemeinsamen **Firma** besteht und bei der alle Gesellschafter unbeschränkt haften (§105(1) HGB). Ein Kleingewerbe wird durch freiwillige Registereintragung zur OHG. Die Unterschiede zur GbR bestehen im besonderen Zweck, in der gemeinsamen Firma und der unbeschränkbaren Haftung. Auf die OHG sind mangels anderer Festlegung durch die §§105 ff. HGB die Vorschriften über die GbR anzuwenden (§105(3) HGB).

Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte und Pflichten begründen (§124 HGB) und ist somit „teilrechtsfähig“.

Mangels gesetzlicher Regelung kann die Gründung der OHG durch einen **formfreien Vertrag** mehrerer (mindestens zweier) Gesellschafter erfolgen. Ein Formzwang kann sich jedoch aus anderen gesetzlichen Gründen ergeben. Gesellschafter können natürliche oder juristische Personen, nach herrschender Meinung auch eine OHG oder KG sein. Ist kein Gesellschafter eine natürliche Person, so ist nach §19(2) HGB auf die Haftungsbeschränkung hinzuweisen. Die OHG muss zur Eintragung in das **Handelsregister** angemeldet werden (§106(1) HGB). Dazu müssen die erforderlichen Unterlagen in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden (§12 HGB), so dass spätestens zu diesem Zeitpunkt die schriftliche Fixierung wesentlicher Punkte des Gesellschaftsvertrages notwendig wird.

Ein Mindestkapital ist für die Gründung gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Die Entstehung der OHG im Innenverhältnis richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag (§109 HGB), damit ist der Vertragsabschluss gleich dem Entstehungszeitpunkt, sofern nichts anderes festgelegt wird. Im **Verhältnis zu Dritten** entsteht die Gesellschaft regelmäßig mit Eintragung im Handelsregister (§123(1) HGB). Wird durch die Gesellschaft ein Handelsgewerbe nach §1(2) HGB betrieben, so entsteht die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten mit dem Abschluss der ersten Geschäfte im Namen der Gesellschaft, sofern diese vor Eintragung im Handelsregister abgeschlossen werden (§123(2) HGB).

Bei der OHG wird das Prinzip der **Einzelgeschäftsführung** angewendet, d.h. jeder Gesellschafter ist allein zu handeln berechtigt (und verpflichtet), wobei das Recht zur Geschäftsführung im Zweifel allen Gesellschaftern zusteht (§§114, 115 HGB). Jeder geschäftsführungsbefugte Gesellschafter hat jedoch beim Abschluss von Geschäften ein **Vetorecht** (§115(1) HGB 2. HS), d.h. beim Widerspruch eines Gesellschafters hat das Geschäft zu unterbleiben. Dem Umfang nach umfasst die Geschäftsführungsbefugnis **alle gewöhnlichen Handlungen** (§116(1)HGB), darüber hinausgehende Geschäfte bedürfen der Zustimmung aller Gesellschafter (bei Festlegung durch den Gesellschaftsvertrag der Mehrheit, §§116(2), 119 HGB).

Eine Sonderregelung gilt hinsichtlich der Erteilung und des Widerrufs der Prokura: Die Gesellschafter sind nur gemeinsam zur Erteilung befugt, der Widerruf kann jedoch durch jeden Gesellschafter einzeln erfolgen (§116(3)HGB). Ein Entzug der Geschäftsführungsbefugnis kommt nur bei groben Pflichtverstößen bzw. Unfähigkeit durch **Gerichtsentscheidung** in Betracht.

Hinsichtlich der Vertretung gegenüber Dritten hat grundsätzlich jeder Gesellschafter **Einzelvertretungsbefugnis** (§125(1)HGB). Abweichungen sind durch den Gesellschaftervertrag in folgender Weise möglich:

- Ausschluss einzelner Gesellschafter §125(1) 2. HS
- „echte“ Gesamtvertretungsbefugnis, d.h. mehrere Gesellschafter sind nur gemeinsam vertretungsberechtigt §125(2)HGB
- „unechte“ Gesamtvertretungsbefugnis, d.h. ein Gesellschafter ist nur gemeinsam mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt §125(3) HGB.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter sowie deren Änderung muss im **Handelsregister** eingetragen werden (§106(2) Nr.4, 107 HGB). Hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht sind vertretungsberechtigte Gesellschafter zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen berechtigt. Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam (§126 HGB).

Gewinne sind bei der OHG mangels anderer Vereinbarung zu verteilen, indem jeder Gesellschafter zunächst einen Anteil in Höhe von 4% seiner Kapitaleinlage erhält, sofern der Gewinn dafür ausreicht, sonst ist der Satz entsprechend zu kürzen. Darüber hinausgehende Gewinne sowie **Verluste** sind nach Köpfen zu verteilen (§§120, 121 HGB).

Weiterhin hat jeder Gesellschafter ein Anrecht auf Privatentnahmen in Höhe von 4% seiner Kapitaleinlage (§122 HGB).

Die OHG ist wie die GbR eine **Gesamthandsgesellschaft** (vgl. §105(3) HGB i.V.m. §§718, 719 BGB). Insofern gelten die GbR-Vorschriften entsprechend.

Die OHG kann nach §124(1) HGB selbständig Verbindlichkeiten eingehen. Damit kann sie auch unter ihrer Firma verklagt werden. Mit einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titel ist eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen möglich.

Die Gesellschafter der OHG haften **unmittelbar persönlich als Gesamtschuldner** (§128 HGB). Eine Haftungsbeschränkung ist Dritten gegenüber nicht möglich. Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung der OHG-Gesellschafter kann ein Gläubiger von jedem Gesellschafter die Begleichung seiner Forderung verlangen (vgl. §421 BGB) und ggf. gegen diesen klagen und in dessen Privatvermögen zwangsvollstrecken.

Ein **eintretender Gesellschafter** haftet nach §130 HGB den Gläubigern der OHG gleich den anderen Gesellschaftern auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten. Ein **ausgeschiedener Gesellschafter** haftet für die vor seinem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten für maximal 5 Jahre (§§159, 160 HGB).

Hinsichtlich der Auflösung einer OHG kommen als Gründe in Betracht (§131 HGB):

- Zeitablauf
- Beschluss
- Insolvenzeröffnung über das Gesellschaftsvermögen
- Gerichtsbeschluss.

Beim Ausscheiden eines Gesellschafters wird die Gesellschaft normalerweise durch die verbliebenen Gesellschafter fortgeführt (vgl. §131(3) HGB), der Gesellschaftervertrag kann jedoch abweichende Festlegungen treffen. Die Vorschriften der GbR (§738 BGB) zur Anwachsung gelten entsprechend.

Gründe für das Ausscheiden von Gesellschaftern sind:

- Tod eines Gesellschafters
- Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters
- Kündigung (mit einer Frist von 6 Mo. zum Geschäftsjahresende, §132 HGB)
- Kündigung durch Privatgläubiger eines Gesellschafters (§135 HGB)
- vertraglich geregelte Fälle
- Beschluss.

Bei der vertraglich geregelten Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben können diese die Umwandlung ihres Anteils in eine Kommanditeinlage beantragen. Lehnen die anderen Gesellschafter dies ab, so kann der Erbe fristlos kündigen (§139 HGB).

Übungsfall 7

Herr Roth, Herr Weiß und Herr Schwarz schließen am 5.12. einen Vertrag über die Gründung einer OHG zum Vertrieb von Computern ab. In diesem Vertrag ist u.a. festgelegt, dass jeder Gesellschafter 2000 EUR auf ein gemeinsames Konto einzahlen soll. Am 8.12. wird ein Bankkonto im Namen der OHG eröffnet, auf welches jeder der Gesellschafter 2000 EUR einzahlt. Die Eintragung der OHG im Handelsregister erfolgt am 15.1. Da die Gesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit einen PKW benötigt, soll ein solcher angeschafft werden. Während Roth und Weiß leasen wollen, will Schwarz kaufen. Trotz des Widerspruchs des Schwarz leasen Roth und Weiß am 20.12. einen PKW.

- a) Konnte die Gesellschaft mit dem genannten Kapital gegründet werden?
- b) Wann ist die OHG entstanden?
- c) Waren Roth und Weiß zum Leasing berechtigt?
- d) Ist der Leasingvertrag gegenüber der OHG rechtswirksam?

5.2.4. Kommanditgesellschaft (KG)

Die KG ist eine Gesellschaft, deren Zweck im Betrieb eines **Handelsgewerbes** unter einer gemeinsamen **Firma** besteht. Der Unterschied zur OHG besteht darin, dass bei der KG mindestens ein Gesellschafter -der **Komplementär**- voll haftet und mindestens ein Gesellschafter -der **Kommanditist**- beschränkt auf eine bestimmte Vermögenseinlage haftet (§161(1) HGB). Auf die KG sind mangels anderer Festlegung nach §161(2) HGB die Vorschriften über die OHG und über §105(3) HGB die Vorschriften über die GbR anzuwenden. Insofern werden durch die §§161ff. HGB insbesondere Festlegungen bezüglich des Kommanditisten getroffen, der Komplementär ist wie ein OHG-Gesellschafter gestellt.

Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte und Pflichten begründen und ist somit „teilrechtsfähig“ (§§161(2), 124 HGB).

Aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung kann die Gründung der KG durch einen **formfreien Vertrag** mehrerer (mindestens zweier) Gesellschafter erfolgen, wobei mindestens ein Gesellschafter Komplementär und ein Gesellschafter Kommanditist sein muss. Ein Formzwang kann sich jedoch aus anderen gesetzlichen Gründen ergeben. Gesellschafter können natürliche oder juristische Personen sowie auch eine OHG oder KG sein. Ist kein Gesellschafter eine natürliche Person, so ist nach §19(2) HGB auf die Haftungsbeschränkung hinzuweisen. Die KG muss zur **Eintragung in das Handelsregister** angemeldet werden (§162 HGB). Dazu müssen die erforderlichen Unterlagen in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werden (§12 HGB).

Ein Mindestkapital ist für die Gründung gesetzlich nicht vorgeschrieben, die Höhe der Kommanditeinlagen müssen jedoch fest bestimmt sein (§162(1) HGB).

Die Entstehung der KG im Innenverhältnis richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag (§163 HGB), damit ist der Vertragsabschluss gleich dem Entstehungszeitpunkt, wenn nichts anderes festgelegt wurde. Im **Verhältnis zu Dritten** entsteht die Gesellschaft regelmäßig mit Eintragung im Handelsregister (§161(2) i.V.m. §123(1) HGB). Wird durch die Gesellschaft ein Handelsgewerbe nach §1(2) HGB betrieben, so entsteht die Gesellschaft bereits mit Abschluss der ersten Geschäfte im Namen der Gesellschaft (§161(2) i.V.m. §123(2) HGB).

Entsprechend der Regelung des §164 HGB sind bei der KG **ausschließlich die Komplementäre** nach Maßgabe des OHG-Rechtes geschäftsführungsbefugt, die **Kommanditisten sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen**. Bei Geschäften, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, haben die Kommanditisten jedoch ein Widerspruchsrecht.

Auch die **Vertretung** gegenüber Dritten obliegt **ausschließlich den Komplementären**, die Kommanditisten sind zur der Vertretung der KG nicht befugt (§170 HGB). Der Ausschluss von der gesetzlichen Vertretung nach §170 HGB ist zwingend, jedoch kann dem Kommanditisten eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (§§48ff. HGB) erteilt werden.

Die **Gewinn- und Verlustbeteiligung** bei der KG regelt sich mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung nach §§167, 168 HGB: Hinsichtlich der bis zu 4% betragenden Gewinne werden die Regelungen der OHG (§121 HGB) angewandt, darüber hinausgehende Gewinne und Verluste sind in einem „angemessenen Verhältnis“ zu verteilen. Da bei der Angemessenheit viele Umstände zu berücksichtigen sind, ist eine vertragliche Regelung dringend anzuraten. Einen Anspruch auf Gewinnauszahlung hat der Kommanditist nur, wenn zuvor eventuelle Verluste aus Vorjahren ausgeglichen wurden (§169(1) S.2 HGB). Auch ein Recht zur Privatentnahme besteht für den Kommanditisten nicht (§169(1) HGB).

Hinsichtlich des **Gesellschaftsvermögens** gilt für die KG das über die OHG gesagte gleichermaßen (§161(2) HGB).

Die Haftung der **Gesellschaft** und der **Komplementäre** entspricht ebenfalls der der OHG bzw. der OHG-Gesellschafter. Hinsichtlich der Haftung des Kommanditisten sind die §§171ff. HGB maßgeblich:

Solange der Kommanditist seine Einlage (noch) nicht geleistet hat, haftet er **unmittelbar persönlich**, hinsichtlich der Höhe jedoch auf den im Handelsregister angemeldeten Betrag **beschränkt** (§171(1) 1. HS, 172(1) HGB). Insofern ist eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen des Kommanditisten möglich. Nach geleisteter Einlage haftet der Kommanditist persönlich nicht mehr (§171(1) HGB 2. HS). Ein eintretender Kommanditist haftet nach §173 HGB auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten. Zu beachten ist auch, dass der Kommanditist **vor Eintragung im Handelsregister** wie ein Komplementär haftet, sofern dem Dritten nicht die Beteiligung als Kommanditist bekannt war und er dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat (§176 HGB). Die Anwendung dieser Regelung setzt jedoch die Entstehung der KG und damit ein Handelsgewerbe (§1(2) HGB; §161(2) i.V.m. §123 HGB) voraus, ansonsten handelt es sich um eine GbR.

Hinsichtlich des Ausscheidens von Gesellschaftern gilt für die KG sinngemäß das für die OHG gesagte. Beim Tod eines Kommanditisten treten die Erben jedoch ohne weiteres dessen Rechtsnachfolge an (§177 HGB)

Auch bezüglich der Auflösung der Gesellschaft sei auf die OHG verwiesen.

Eine Sonderform der KG ist die **GmbH&Co. KG**, bei der i.d.R. einziger Komplementär eine GmbH ist. Damit sollen Vorteile der Kapitalgesellschaften (Haftungsbeschränkung, Fremdvertretung) mit denen der Personengesellschaften (z.T. steuerliche Vorteile, eingeschränktes Mitbestimmungsrecht) verbunden werden.

Übungsfall 8

Herr Schuhmann ist seit dem 1.1.2004 Kommanditist der Seidel KG, seine Beteiligung beträgt 50.000 EUR, die bei Gründung voll geleistet wurden. Nachdem 2004 ein Verlust erzielt wurde, von dem 20.000 EUR auf Schuhmann entfallen, erwirtschaftet die Seidel KG 2005 einen Gewinn von 150.000 EUR, davon entfallen laut Gesellschaftsvertrag 40.000 EUR auf Schuhmann.

Hat Schuhmann einen Anspruch auf Gewinnauszahlung und wenn ja, in welcher Höhe? Kann er ggf. Privatentnahmen tätigen?

5.3. Kapitalgesellschaften

5.3.1. Allgemeine rechtliche Merkmale

Eine Kapitalgesellschaft stellt einen vertraglichen **Zusammenschluss von i.d.R. mehreren Personen** zu einem **gemeinsamen Zweck** dar, wobei ein gesetzlich vorgeschriebenes **Mindestkapital** erforderlich ist und eine **Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit** (juristische Person) entsteht. Diese juristische Person ist über ihre Organe handlungsfähig.

Wesentliche Rechtsmerkmale der Kapitalgesellschaften sind:

- i.d.R. keine persönliche Haftung der Gesellschafter
- gesetzlich vorgeschriebenes Mindestkapital
- volle Rechtsfähigkeit
- weitestgehende Loslösung der Gesellschafter von der Gesellschaft
- Formzwang (not. Beurkundung) bei der Gründung

5.3.2. Aktiengesellschaft (AG) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (= **juristische Person**), bei der ein **in Aktien zerlegtes Grundkapital** vorhanden ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§1 AktG). Die AG ist nach §3 AktG immer Handelsgesellschaft und damit nach §6 HGB **immer (Form-) Kaufmann**. Als **Kapitalgesellschaft** ist das Grundkapital und nicht die Person des Gesellschafters maßgeblich. Die AG ist die typische Rechtsform von Großunternehmen. Sie bietet die Möglichkeit, durch die Vielzahl der potentiellen Geldgeber und durch den Börsenzugang große Kapitalmengen anzusammeln.

Bei den **Aktien** sind hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte Stammaktien und Vorzugsaktien zu unterscheiden. Stammaktien stellen den Normalfall dar und geben allgemeines Stimmrecht sowie Recht auf normalen Dividendenbezug und Liquidationsanteil. Vorzugsaktien können ohne Stimmrecht ausgegeben werden sowie mit Anspruch auf Vorzugsdividende und Vorzugserlös bei der Liquidation.

Normalerweise sind Aktien Inhaberaktien und können somit nach §§929ff. BGB übertragen sowie auch vererbt werden. Eine Besonderheit stellen Namensaktien (vgl. §§67, 68 AktG) dar, die nur durch Indossament, ggf. mit Zustimmung der AG, übertragen werden können. Über die Namensaktien wird ein Aktienbuch geführt, in dem die Inhaber eingetragen sind.

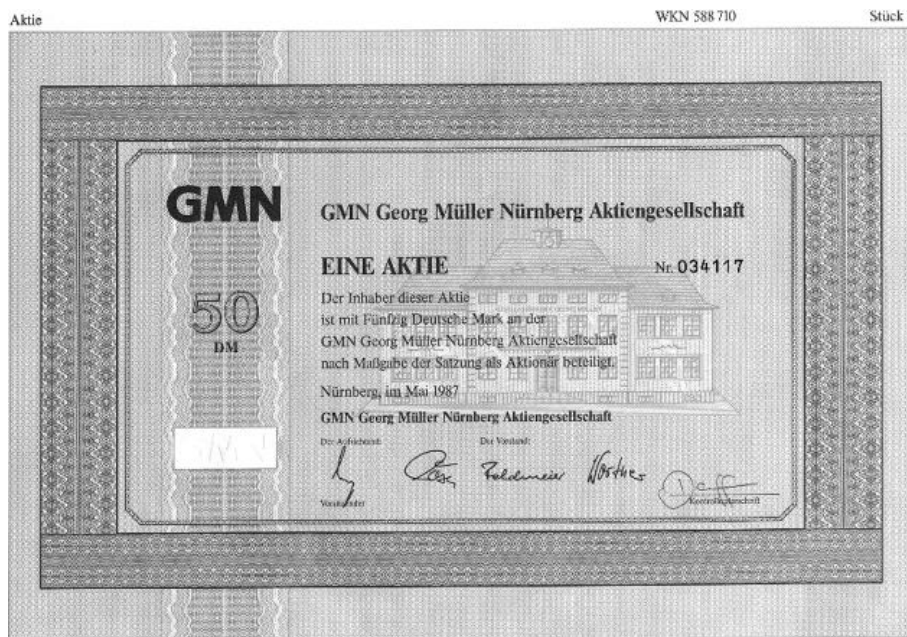


Abb.: Aktie

Mit dem Aktienbesitz sind insbesondere folgende Rechte verbunden:

- Gewinnanspruch (§§58, 60 AktG)
- Auskunftsrecht (§131 AktG)
- Stimmrecht (§134 AktG)
- Bezugsrecht „junger“ Aktien (§186 AktG)
- Anspruch auf Anteil am Liquidationserlös (§271 AktG)

Für die Gründung der Aktiengesellschaft sind zunächst bestimmte **Mindestanforderungen** zu beachten:

- Gründung durch **eine oder mehrere Personen** (§2 AktG)
- Mindestgrundkapital von **50.000 EUR** (§7 AktG)
- Mindestnennbetrag der **Aktien von 1 EUR**, höhere Nennbeträge müssen jeweils auf volle Euro lauten (§8 AktG) oder **Stückaktien**
- Feststellung einer **notariell beurkundeten Satzung** durch die Gründer (§23 AktG).

Die Satzung einer AG muss mindestens folgende Punkte enthalten (§23 AktG):

- Gründer
- Aktiennennbeträge bzw. Anzahl, Ausgabebetrag und Gattungen
- Grundkapital
- Firma und Sitz
- Gegenstand des Unternehmens
- Zahl der Vorstandsmitglieder
- Bestimmung der Form von Bekanntmachungen.

Weitere Bestimmungen können bei Bedarf ergänzt werden.

Die **Gründung** der AG verläuft **in mehreren Stufen**:

1. Feststellung der Satzung durch den oder die Gründer und durch notarielle Beurkundung (§§2, 23 AktG). Die Satzungsurkunde muss den Mindestinhalt lt. §23(2), (3) AktG enthalten.
2. Übernahme aller Aktien durch die Gründer, damit ist die Gesellschaft errichtet, aber noch nicht rechtsfähig (§29 AktG)
3. Bestellung des ersten Aufsichtsrates und der Abschlussprüfer durch die Gründer sowie des ersten Vorstandes durch den Aufsichtsrat (§30 AktG)
4. Mindesteinzahlung in Höhe von $\frac{1}{4}$ des Aktiennennbetrages, Sacheinlagen sind in voller Höhe zu leisten (§§36(2), 36a AktG)
5. Erstellung des Gründungsberichtes und Gründungsprüfung (§§32 bis 35 AktG)
6. Handelsregisteranmeldung und -eintragung (§§36 ff. AktG); erst mit der Eintragung im HR erlangt die AG ihre Rechtsfähigkeit (§41(1) AktG), davor existiert sie als „Vorgesellschaft“, auf die die Bestimmungen des AktG anzuwenden sind, soweit nicht die Rechtsfähigkeit erforderlich ist.

Die AG als juristische Person benötigt für ihre Handlungsfähigkeit drei Organe:

- den Vorstand (§§76 bis 94 AktG)
- den Aufsichtsrat (§§95 bis 116 AktG)
- die Hauptversammlung (§§118 bis 147 AktG).

Der Vorstand der AG **leitet eigenverantwortlich die Gesellschaft** (§76 AktG). Ihm obliegt die **Geschäftsführung** (§77 AktG) und **Vertretung** (§78 AktG) der AG, er stellt den gesetzlichen Vertreter der AG dar. Der Vorstand ist aus der in der Satzung bestimmten Zahl von Mitgliedern zu bilden, wobei mehrere Mitglieder im Zweifel nur gemeinsam Geschäftsführungs- und Vertretungsberechtigt sind.

Vorstandsmitglied kann nur eine voll geschäftsfähige natürliche Person sein, die nicht innerhalb von 5 Jahren wegen einer Insolvenzstraftat (§§283ff. StGB) verurteilt wurde (§76(3) AktG). Der Vorstand wird für maximal 5 Jahre durch den Aufsichtsrat bestellt (§84(1) AktG). Die Bestellung kann aus wichtigem Grund (vgl. §84(3) AktG) widerrufen werden.

Der Aufsichtsrat ist das **Kontrollorgan der AG**. Die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder ergibt sich aus der Satzung der AG unter Berücksichtigung des §95 AktG zu mindestens drei Mitgliedern und in Abhängigkeit vom Grundkapital zu maximal einundzwanzig. Bei Unternehmen über 500 Arbeitnehmern ist jedoch das **Mitbestimmungsrecht** (DrittelbG, MontanMitbestG, MitbestG) zu beachten, welches dem Aktienrecht vorgeht. Nach diesen Gesetzen werden in unterschiedlichen Umfang Arbeitnehmervertreter am Aufsichtsrat beteiligt. Die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat werden von der Hauptversammlung (§101 AktG) gewählt. Aufsichtsratsmitglied kann nur eine voll geschäftsfähige natürliche Person sein.

Dem Aufsichtsrat obliegen insbesondere folgende **Aufgaben**:

- Bestellung und Abberufung des Vorstandes §84 AktG
- Überwachung des Vorstandes §111 AktG
- Vertretung der AG gegenüber dem Vorstand §112 AktG
- Prüfung (ggf. Feststellung) des Jahresabschlusses §§171, 172 AktG.

Die Hauptversammlung ist als Versammlung der Anteilseigner das höchste Organ der AG. Die Hauptversammlung ist zuständig (§119 AktG) für:

- die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner
- den Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns (Hierbei ist zu beachten, dass solange mind. $\frac{1}{20}$ des Jahresüberschusses abzüglich des Verlustvortrages in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, bis gesetzliche und Kapitalrücklage mindestens 10% des Grundkapitals betragen (§150 AktG). Weiterhin kann der Vorstand max. die Hälfte des Jahresüberschusses in andere Gewinnrücklagen einstellen (§58 AktG).)
- Bestellung der Abschlussprüfer
- Satzungsänderungen
- Auflösung und Verschmelzung der Gesellschaft.

Die Hauptversammlung ist in den gesetzlich oder satzungsmäßig vorgeschriebenen Fällen (§121 AktG) sowie auf Verlangen einer Minderheit mit $\frac{1}{20}$ Grundkapitalanteil (§122 AktG) einzuberufen. Die Beschlüsse der Hauptversammlung werden regelmäßig mit einfacher Mehrheit (§133 AktG), bei Satzungsänderungen, Auflösungsbeschlüssen und Kapitalveränderungen mit $\frac{3}{4}$ - Mehrheit gefasst (§179 AktG). Die Stimmrechte ergeben sich aus den Aktiennennbeträgen.

Gewinne der AG sind nach Aktienanteilen zu verteilen (§60 AktG). **Verluste** gehen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens. Deckt das Vermögen die Schulden der AG nicht mehr (Überschuldung), so besteht Insolvenzantragpflicht (§92 AktG).

Die AG ist nach Eintragung im Handelsregister als juristische Person entstanden, verfügt über eigenes Vermögen und ist selbst Träger von Rechten und Pflichten. Nach §1(1) Satz 2 AktG **haftet bei der AG** den Gläubigern **nur das (gesamte) Gesellschaftsvermögen**. Die Gesellschaft haftet auch für schadensersatzpflichtige Handlungen ihrer Organe (vgl. §31 BGB). Die Aktionäre haften persönlich nicht.

Eine Besonderheit gilt für die Vorgesellschaft mangels Rechtsfähigkeit (§41 AktG): Vor Eintragung der Gesellschaft haften die in ihrem Namen Handelnden persönlich.

Die Aktiengesellschaft wird nach §262 AktG aufgelöst durch:

- Zeitablauf
- Beschluss der Hauptversammlung mit $\frac{3}{4}$ - Mehrheit
- Insolvenzeröffnung
- Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse
- Verfügung des Registergerichts gemäß §§ 141a, 144a FGG
- Eintritt eines satzungsmäßigen Auflösungsgrundes.

Die KGaA ist eine Mischform zwischen AG und KG. Sie ist jedoch eine juristische Person mit der Besonderheit, dass den Gläubigern mindestens eine Person persönlich haftet (§278 AktG). Für die Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters ist das Recht der KG (§§161ff. HGB) maßgeblich, während für die Kommanditaktionäre und die KGaA selbst das Aktienrecht Anwendung findet. Der wichtigste Unterschied gegenüber der AG ergibt sich daraus, dass bei der KGaA der Vorstand durch den (oder die) persönlich haftenden Gesellschafter ersetzt wird.

Übungsfall 9

Die Getriebewerke AG in Goslar lädt ihre Aktionäre zu der am 15.12. stattfindenden Hauptversammlung ein, auf der unter anderen über die Gewinnverwendung beschlossen werden soll. Das Grundkapital der AG beträgt 15 Mio. EUR, in die gesetzlichen Rücklagen wurden bisher 1,2 Mio. EUR eingestellt. Vom Jahresüberschuss in Höhe von 800.000 EUR gehen 75.000 EUR als Verlustvortrag ab. In die gesetzliche Rücklage sollen 36.250 EUR eingestellt werden. Überprüfen Sie, ob die Vorschriften des AktG zur Bildung der gesetzlichen Rücklage hier eingehalten wurden.

5.3.3. GmbH und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Die GmbH ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (= **juristische Person**), die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck von einer oder mehreren Personen gegründet werden kann und bei der den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§§1, 13 GmbHG). Die GmbH ist nach §13(3) GmbHG immer Handelsgesellschaft und damit nach §6 HGB **immer (Form-) Kaufmann**. Aufgrund des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitals ist die GmbH eine **Kapitalgesellschaft**. Die GmbH kann grundsätzlich als Rechtsform zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck betrieben werden.

Für die Gründung der GmbH stellt das GmbHG bestimmte Mindestanforderungen auf:

- Gründung durch **eine oder mehrere Personen** (§1 GmbHG)
- **notarielle Form** des Gesellschaftsvertrages bzw. des Musterprotokolls (§2 GmbHG)
- Mindeststammkapital **25.000 €** (§5 GmbHG)
- Nennbetrag eines Geschäftsanteils **1 €**, höhere durch 1 € ganzzahlig teilbar (§5 GmbHG)

Die Gründung läuft in folgenden Stufen ab:

1. Abschluss eines Gesellschaftsvertrages in **notarieller Form** durch einen oder mehrere Gesellschafter (§§1, 2 GmbHG). Bei bis zu 3 Gesellschaftern und einem Geschäftsführer kann das in der Anlage zum GmbHG bestimmte Musterprotokoll verwendet werden. Gesellschafter kann jede natürliche oder juristische Person, auch eine OHG oder KG sein. Der Gesellschaftsvertrag muss mindestens Angaben über **Firma** und **Sitz** der Gesellschaft, **Gegenstand des Unternehmens**, **Betrag des Stammkapitals** und die von jedem Gesellschafter übernommenen **Geschäftsanteile** enthalten (§3 GmbHG).
2. Bestellung des oder der Geschäftsführer, sofern dies nicht bereits durch den Gesellschaftsvertrag erfolgt ist (§6(1) GmbHG).

3. **Leistung der vereinbarten Einlagen.** Sacheinlagen müssen voll erbracht werden, bei Geldeinlagen ist auf jeden Geschäftsanteil mindestens $\frac{1}{4}$ einzuzahlen, insgesamt müssen die geleisteten Einlagen mindestens 12.500 € erreichen (§7(2) GmbHG). Bei Sacheinlagen ist ein Sachgründungsbericht (§5(4) GmbHG) zu erstellen, die Bewertung ist mit Unterlagen zu belegen.
4. **Anmeldung zum Handelsregister und Eintragung.** Die Anmeldung zum Handelsregister muss durch den Geschäftsführer in öffentlich beglaubigter Form erfolgen (§§7, 78 GmbHG, §12 HGB). Der Anmeldung sind die in §8 GmbHG genannten Unterlagen beizufügen. Mit Eintragung im HR entsteht die GmbH als juristische Person (§11(1) GmbHG), davor existiert sie als „Vorgesellschaft“, für die die Vorschriften über die GmbH anzuwenden sind, sofern sie nicht die Rechtsfähigkeit erfordern.

Die GmbH benötigt zwingend einen oder mehrere **Geschäftsführer** (§6(1) GmbHG). Ein Geschäftsführer muss nicht unbedingt Gesellschafter sein (§6(3) GmbHG).

Geschäftsführer einer GmbH kann nur eine voll geschäftsfähige natürliche Person werden, die innerhalb der letzten fünf Jahre nicht wegen Insolvenzstraftaten (§§283ff. StGB) oder vergleichbaren Straftaten verurteilt wurde und der nicht die Berufsausübung untersagt wurde (§6(2) GmbHG).

Die Bestellung der Geschäftsführer kann durch den Gesellschaftsvertrag (§6(3) GmbHG) oder die Gesellschafterversammlung (§46 Nr.5 GmbHG) erfolgen. Grundsätzlich kann die Bestellung zum Geschäftsführer jederzeit (§38(1) GmbHG) durch die Gesellschafterversammlung (§46 Nr.5 GmbHG) widerrufen werden.

Dem Geschäftsführer der GmbH obliegt die **Geschäftsführung** sowie die **Vertretung** der Gesellschaft (§35 GmbHG). Die Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft, wobei im Zweifel mehrere Geschäftsführer nur gemeinsame Geschäftsführungsbefugnis haben.

Die Vertretungsbefugnis umfasst alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte (§35(1) GmbHG), wobei mehrere Geschäftsführer im Zweifel nur Gesamtvertretungsbefugnis haben (§35(2) GmbHG).

Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist zwar im Innen- (vgl. §37(1) GmbHG), nicht aber im Außenverhältnis möglich (§37(2) GmbHG).

Die **Gesellschafterversammlung** ist oberstes Organ der GmbH. Die Kompetenzen der GmbH-Gesellschafter sind relativ weitgehend. Die Aufgaben der Gesellschafterversammlung ergeben sich aus dem Gesellschaftervertrag, ersatzweise aus §46 GmbHG:

- Feststellung des Jahresabschlusses und Verwendung des Ergebnisses
- Einforderung der Einlagen
- Rückzahlung von Nachschüssen
- Teilung, Zusammenlegung und Einziehung von Anteilen
- Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer
- Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung
- Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten
- Geltendmachung von Ansprüchen und Vertretung gegenüber Geschäftsführern.

Die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung erfolgt nach einfacher Mehrheit, wobei je 1 € eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt (§47 GmbHG). Beschlüsse zur Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen einer $\frac{3}{4}$ - Mehrheit und notarieller Beurkundung (§53 GmbHG). Damit die Gesellschafterversammlung beschlussfähig ist, muss sie durch eingeschriebenen Brief mit

einer Frist von mindestens einer Woche einberufen werden (§51(1) GmbHG). Sind alle Gesellschafter anwesend, so ist die Beschlussfähigkeit auch bei nicht ordnungsgemäßer Einberufung gegeben (§51(3) GmbHG).

Ein Aufsichtsrat der GmbH muss gebildet werden, wenn dies **durch den Gesellschaftsvertrag festgelegt** ist oder die GmbH **mehr als 500 Arbeitnehmer** beschäftigt (§52 GmbHG, §1(1) Nr.3 DrittelbG). Für den Aufsichtsrat der GmbH kommen im wesentlichen die Bestimmungen des AktG über den Aufsichtsrat zur Anwendung.

Gewinne der GmbH sind nach Geschäftsanteilen zu verteilen (§29 GmbHG). Eine Auszahlung zulasten des Stammkapitals ist unzulässig (§30 GmbHG), Verstöße gegen dieses Verbot führen zu persönlicher Haftung (§31 GmbHG). **Verluste** gehen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens. Deckt das Vermögen die Schulden der GmbH nicht mehr (Überschuldung) oder ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so besteht Insolvenzantragpflicht.

Die GmbH ist nach Eintragung im Handelsregister als juristische Person entstanden, verfügt über eigenes Vermögen und ist selbst Träger von Rechten und Pflichten. Nach §13(2) GmbHG **haftet bei der GmbH** den Gläubigern **nur das (gesamte) Gesellschaftsvermögen**. Die Gesellschaft haftet auch für schadensersatzpflichtige Handlungen ihrer Organe (vgl. §31 BGB).

Die Gesellschafter haften persönlich nicht, soweit sie ihre Einlagen geleistet haben (§§19 ff. GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings eine Nachschusspflicht der Gesellschafter vorsehen (§§26 ff. GmbHG). Ein Gesellschafter, der eine Sacheinlage zu leisten hat, haftet bei überbewerteten Sacheinlagen für den Fehlbetrag (§9 GmbHG). Gleiches gilt für verdeckte Sacheinlagen (§19(4) GmbHG).

Eine Besonderheit gilt für die Vorgesellschaft mangels Rechtsfähigkeit (§11(2) GmbHG): Vor Eintragung der Gesellschaft haften die in ihrem Namen Handelnden persönlich. Mit Eintragung der GmbH gehen Verbindlichkeiten aus der Vorgesellschaft auf die GmbH über, die persönliche Haftung erlischt.

Die **Auflösung** der GmbH sieht §60 GmbHG in folgenden Fällen vor:

- Zeitablauf
- Gesellschafterbeschluss mit $\frac{3}{4}$ - Mehrheit
- Gerichtsurteil
- Insolvenzeröffnung oder Ablehnung mangels Masse
- Verfügung des Registergerichtes nach §144a FGG
- Vermögenslosigkeit §141a FGG
- Auflösungsgrund laut Gesellschaftsvertrag.

Abweichend von §5(1) GmbHG kann eine Gesellschaft auch mit einem **Stammkapital unter 25.000 €** gegründet werden (§5a(1) GmbHG). Diese hat entgegen §4 GmbHG die Bezeichnung „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ zu führen.

Bei der UG sind **nur Bareinlagen** zulässig, das **Stammkapital** muss zur Handelsregistereintragung generell **voll eingezahlt** sein (§5a(2) GmbHG).

Die UG hat eine **gesetzliche Rücklage** zu bilden, in die $\frac{1}{4}$ des **Jahresüberschusses** einzustellen sind. Die Rücklage darf nur zur Kapitalerhöhung (§57c GmbHG) oder zum Verlustausgleich verwendet werden (§5a(3) GmbHG). Diese Pflicht entfällt, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital auf mindestens 25.000 € erhöht, dann ist auch eine Umfirmierung in „GmbH“ zulässig.

Übungsfall 10

Gerd Leicht, Hotelkaufmann und Werner Lustig, Koch pachten zum 1.9. ein Hotel mit Restaurant in Erfurt. Sie wollen ihr Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH betreiben. Am 28.8. ist zu diesem Zwecke ein notarieller Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden, der unter anderem folgende Punkte enthalten soll:

- das Stammkapital der Gesellschaft soll 30.000 € betragen
- Leicht übernimmt einen Geschäftsanteil von 22.775 € und Lustig einen von 7.225 €
- auf ihre Geschäftsanteile leisten beide eine Barzahlung von 5.000 €
- alleiniger Geschäftsführer soll Leicht werden.

Überprüfen Sie, ob die oben genannten Angaben zum Gesellschaftervertrag zulässig sind!

Lösungen zu den Übungsfällen

1. Fall

- a) Da Saubermann ein Gewerbe i.S. des §1 HGB betreibt und nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb benötigt (dies ergibt sich insbesondere aus der Zahl der Arbeitskräfte und dem Umsatz), ist er Istkaufmann und verpflichtet, die Eintragung im Handelsregister herbeizuführen (§29 HGB).
- b) Für den Istkaufmann nach §1 HGB hat die Eintragung ins Handelsregister nur deklaratorische Wirkung, d.h. Saubermann ist ab dem 1.8. Kaufmann.

2. Fall

Hard und Soft betreiben ein Gewerbe. Da sie ihr Gewerbe jedoch nur in geringem Umfang und bei einfacher Struktur betreiben (kein Erfordernis eines in kfm. Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes), sind sie keine Kaufleute im Sinne des HGB, es sei denn dass sie sich **freiwillig** ins Handelsregister eintragen lassen (§§1, 2 HGB).

3. Fall

Huber könnte die Zahlung nach §433(2) BGB von Nach verlangen, wenn dieser sein Schuldner geworden ist. Aufgrund der Regelung des §25 HGB erfolgt bei einer Firmenfortführung nach §22 HGB ein Schuldübergang auf den Erwerber. Hierbei ist es auch unerheblich, ob der Erwerber vom Bestehen der Verbindlichkeit gewusst hat oder nicht. Auch ein Hinweis auf ein Nachfolgeverhältnis ist rechtlich unerheblich. Somit muss Nach zahlen.

4. Fall

- a) Hat Kühn nur Handlungsvollmacht, so ist er zum Kauf nicht berechtigt, da der Kauf von Motorbooten für eine Automobilhandlung kein gewöhnliches Geschäft im Sinne des §54(1) HGB ist.
- b) Hat Kühn jedoch Prokura, so ist er zum Kauf berechtigt, da die Prokura zu allen Geschäften und Rechtshandlungen berechtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§49(1) HGB).

5. Fall

Ein Anspruch auf Nacherfüllung von Seiten der Pape GmbH könnte sich aus §§434, 437, 439 BGB ergeben, wenn die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt wäre. Da jedoch beide Vertragsparteien Kaufleute sind und im Rahmen ihres Gewerbes handeln, ist §377 HGB maßgebend, nachdem eine unverzügliche Untersuchung und Mängelrüge erforderlich ist. Insofern entfällt ein Anspruch auf Nacherfüllung. Des weiteren könnte sich ein Rückgabeanspruch aus §812 BGB ergeben, wenn der Vertrag aufgrund der Beschränkung der Vollmacht des Hagen unwirksam wäre (§177 BGB). Auch diese Einwendung hat jedoch keinen Erfolg, da Beschränkungen der Handlungsvollmacht Dritten gegenüber nur wirksam sind, wenn diese dem Dritten bekannt sind (§54(3) HGB). Da dies nicht gegeben ist, kann die Pape GmbH keinerlei Ansprüche geltend machen.

6. Fall

Im vorliegenden Fall liegt eine Bürgschaftserklärung vor. Für diese fordert §766 BGB die Schriftform. Allerdings ist auch eine mündlich abgegebene Bürgschaftserklärung bindend, wenn der Bürge Kaufmann ist und das Geschäft für ihn ein Handelsgeschäft ist (§350 HGB). Da Gehf als gesetzlicher Vertreter die GmbH vertritt (§35 GmbHG) und die GmbH nach §6 HGB i.V.m. §13 GmbHG immer Kaufmann ist, unabhängig von Art und Umfang der Geschäfte, ist die Bürgschaftserklärung voll wirksam. Die Erklärung ist für die GmbH auch als Handelsgeschäft anzusehen, da sie zum Geschäftsbetrieb gehört (§343 HGB). Nach §349 HGB steht der GmbH auch die Einrede der Vorausklage nicht zu. Somit muss die GmbH zahlen.

7. Fall

- a) Da die Bestimmungen über die OHG kein Mindestkapital vorschreiben, ist eine Gründung mit dem genannten Kapital zulässig, da nur die Leistung von Beiträgen, nicht aber deren Höhe vorgeschrieben ist (§105(3) HGB i.V.m. §705 BGB).
- b) Für das Innenverhältnis ist zunächst der Gesellschaftsvertrag maßgeblich (§109 HGB), so dass die Gesellschaft im Verhältnis der Gesellschafter untereinander am 5.12. entstanden ist. Im Verhältnis zu Dritten erlangt die OHG normalerweise mit der Eintragung im Handelsregister ihre Wirksamkeit (§123(1) HGB). Da es sich bei den Geschäften der OHG jedoch um ein Gewerbe nach §1(2) HGB handelt, ist bei früherem Geschäftsbeginn dieser maßgeblich (§123(2) HGB). Somit ist die Gesellschaft im Außenverhältnis mit dem ersten Geschäft, also am 8.12. entstanden.

- c) Zwar ist bei der OHG jeder Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt (§114(1) HGB), ein Geschäft hat jedoch zu unterbleiben, wenn ein Gesellschafter diesem widerspricht (§115(1) HGB 2. Halbsatz). Somit waren Roth und Weiß nicht zum Leasing berechtigt.
- d) Der Vertrag ist trotz der Unzulässigkeit im Innenverhältnis gegenüber Dritten voll wirksam, da jeder Gesellschafter einzelvertretungsbefugt ist (§125(1) HGB).

8. Fall

Der Kommanditist hat nur Anspruch auf Gewinnauszahlung, wenn seine Kapitaleinlage in voller Höhe gedeckt ist. Ist die Einlage durch Verluste gemindert, wird der auf ihn fallende Gewinnanteil zunächst seiner Kapitaleinlage zugeschrieben. Insofern sind 20.000 € zunächst Schuhmanns Kapitalanteil zuzuschreiben, die restlichen 20.000 € sind auszuzahlen (§§167-169 HGB). Einen Anspruch auf Privatentnahmen hat der Kommanditist nicht (§169 HGB).

9. Fall

Nach §150(2) AktG müssen 5% des um den Verlustvortrag verminderten Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage eingestellt werden, solange diese 10% des Grundkapitals (hier also 1,5 Mio. €) nicht erreicht. Somit wären im vorliegenden Fall $5\% \text{ von } 800.000 \text{ €} - 75.000 \text{ €} = 5\% \text{ von } 725.000 \text{ €} = 36.250 \text{ €}$ in die Rücklage einzustellen, die gesetzliche Forderung ist somit erfüllt.

10. Fall

- das Stammkapital ist zulässig, da §5(1) GmbHG mindestens 25.000 € vorschreibt, die hier überschritten werden
- die Höhe der Geschäftsanteile ist nach §5(1),(3) GmbHG zulässig, da unterschiedlich hohe Geschäftsanteile vereinbart werden dürfen und diese durch 1 € (ganzzahlig) teilbar sein müssen
- die geleisteten Einlagen genügen nach §7(2) GmbHG nicht, da auf jede Stammeinlage $\frac{1}{4}$ geleistet werden muss (was bei Leicht nicht der Fall ist) und insgesamt 12.500 € eingezahlt werden müssen (hier: 10.000 €)
- die Bestellung von Leicht zum alleinigen Geschäftsführer ist nach §6(1), (3) GmbHG zulässig, da ein (oder mehrere) Geschäftsführer bestellt werden müssen, die Gesellschafter (oder auch Nichtgesellschafter) sein können.

Literatur

Klunzinger, Eugen: Grundzüge des Handelsrechts, 13. Auflage, München 2006.

Klunzinger, Eugen: Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 14. Auflage, München 2006.

Krimphove, Dieter: HGB Basiswissen, 1. Auflage, Planegg 2002.

Maties, Martin/Wank, Rolf: Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, München 2011.

Preußler, Julia: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Planegg 2006.

Völker, Lutz: Unternehmensrecht kompakt, 1. Auflage, Norderstedt 2011.