

Rocco Jula

# Der GmbH-Gesellschafter

GmbH-Gründung, Rechte und Pflichten,  
Haftungsrisiken, Ausscheiden und  
Abfindung

*4. Auflage*

 Springer

---

# Der GmbH-Gesellschafter

---

Rocco Jula

# Der GmbH-Gesellschafter

GmbH-Gründung, Rechte und Pflichten,  
Haftungsrisiken, Ausscheiden und  
Abfindung

4. Auflage

 Springer

Rocco Jula  
Berlin, Deutschland

ISBN 978-3-662-61171-5      ISBN 978-3-662-61172-2 (eBook)  
<https://doi.org/10.1007/978-3-662-61172-2>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2000, 2004, 2009, 2020

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

---

# Vorwort

Gesellschafter einer GmbH sind mehr als reine Kapitalanleger. Sie haben zahlreiche Rechte und Pflichten. Dies ist den Gesellschaftern in der Praxis häufig nicht bewußt. Auch besteht eine erhebliche Unsicherheit über die den Gesellschaftern drohenden Haftungsrisiken. Die Rechte und Pflichten des Gesellschafters sowie seine zivilrechtliche Verantwortlichkeit werden deshalb in diesem Band anschaulich mit Tipps und Beispielen dargestellt.

Erheblicher Beratungsbedarf besteht bereits bei der GmbH-Gründung: Ist die Rechtsform der GmbH für das Vorhaben geeignet? Wie gestalte ich den Gesellschaftsvertrag? Wie schütze ich mich als Minderheitsgesellschafter? Der Autor steht dem Gründer mit Rat und Tat zur Seite.

Dieses Werk informiert den GmbH-Gesellschafter zuverlässig über seine Rechte und Pflichten sowie Haftungsrisiken. Was passiert z. B. mit Darlehen, die Gesellschafter seiner GmbH gewährt oder die er von ihr empfängt? Wie verhält sich der GmbH-Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung und wie kann er rechtlich gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgehen?

Ein weiterer für den Gesellschafter bedeutsamer Bereich umfaßt Fragen der Anteilsübertragung bzw. des Ausscheidens sowie der Abfindung. Auch hier ist dieses Werk ein zuverlässiger Ratgeber.

Das Handbuch wendet sich in erster Linie an die Gesellschafter und ihre Berater. Der nur kapitalistisch beteiligte Gesellschafter wird ebenso angesprochen wie der Gesellschafter-Geschäftsführer oder der konzernbeherrschende Gesellschafter.

Bedenken Sie stets, dass ein Handbuch keine juristische Beratung mit umfassender Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ersetzen kann.

Gern aufgegriffen wird *Ihre* Kritik, die Sie an meine Kanzleiadresse richten können (Rechtsanwalt Dr. Rocco Jula, c/o Dr. Jula & Partner, Pestalozzistraße 66, 10627 Berlin, [jula@jula-partner.de](mailto:jula@jula-partner.de)).

Berlin, Deutschland  
Januar 2020

Rocco Jula

---

## Verzeichnis der abgekürzt verwendeten Literatur

- Baumbach/Hueck* GmbHG, Kommentar, 17. Aufl. 2000  
*Hachenburg* GmbHG, Großkommentar 8. Aufl. 1992 ff.  
*Jula* Der GmbH-Gesellschafter. 2. Aufl. 2003  
*Jula* Der GmbH-Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 2003
- Lutter/Hommelhoff* GmbHG, Kommentar, 16. Aufl. 2004  
*Meyke* Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 4. Auflage 2004
- Rowedder/Schmidt-Leithoff* GmbH-Gesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2002  
*Roth/Altmeyden* GmbHG, Kommentar, 4. Aufl. 2003  
*Scholz* GmbH-Gesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2000 (Bd. 1)/2002 (Bd. 2)

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Teil Die GmbH im Überblick</b> .....	1
A. Struktur der GmbH .....	1
B. Vor- und Nachteile der GmbH .....	5
I. Allgemeines .....	5
II. Vergleich der wichtigsten Rechtsformen .....	7
III. Rechtsform und Interesse der Gesellschafter .....	9
IV. Haftung .....	9
V. Möglichkeit und Pflicht zur Mitarbeit der Gesellschafter .....	12
VI. Kapitalbeschaffung .....	15
VII. Formalitäten .....	15
VIII. Gestaltungsfreiheit und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung .....	16
IX. Steuerrechtliche Aspekte .....	17
X. Gesellschafterwechsel .....	20
<b>2. Teil Gründung einer GmbH</b> .....	21
A. Überblick .....	21
B. Chronologischer Ablauf der Gründung .....	22
I. Überblick über die Phasen der Gründung .....	22
1. Einführung .....	22
2. Vorgründungsgesellschaft .....	22
3. GmbH in Gründung .....	23
II. Bargründung .....	24
III. Sachgründung .....	29
IV. Besonderheiten bei der Verwendung der Musterprotokolle ...	32
V. Besonderheiten bei der Gründung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (Mini-GmbH) .....	35
C. Haftungsrisiken in der Gründungsphase .....	37
I. Haftungsverhältnisse in der Vorgründungsgesellschaft .....	37
II. Haftungsverhältnisse im Stadium der GmbH i.G. ....	38
1. Die Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter .....	38
2. Die Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG .....	42

III.	Haftungsverhältnisse nach der Eintragung . . . . .	43
1.	Überblick . . . . .	43
2.	Von der Verlustdeckungshaftung zur Vorbelastungshaftung . . . . .	44
IV.	Differenzhaftung bei Einlagen . . . . .	46
V.	Haftung nach § 9 a GmbHG . . . . .	48
VI.	Haftung bei verdeckter Sacheinlage . . . . .	50
1.	Einbringung von Sachen statt Geld . . . . .	54
2.	Einbringung von Forderungen . . . . .	54
3.	Aufrechnung/Verrechnung mit eigenen Ansprüchen/ Cash-Pool . . . . .	55
4.	Verrechnung mit Gewinnansprüchen . . . . .	57
5.	Hin- und Herzahlungen . . . . .	57
6.	Korrektur verdeckter Sacheinlagen . . . . .	59
D.	Vorratsgründung und Mantelkauf . . . . .	60
E.	Umwandlung . . . . .	66
I.	Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH . . . . .	66
II.	Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH . . . . .	68
F.	Hinweise zur Satzungsgestaltung . . . . .	69
I.	Allgemeines . . . . .	69
II.	Mindestinhalt . . . . .	71
1.	Firma . . . . .	71
a.	Überblick . . . . .	71
b.	Personen-, Sach- oder Fantasiefirma . . . . .	72
c.	Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft sowie Grundsatz der Firmenwahrheit . . . . .	73
d.	Verfahrensfragen . . . . .	75
2.	Sitz . . . . .	76
3.	Unternehmensgegenstand . . . . .	76
4.	Stammeinlagen und Stammkapital . . . . .	77
5.	Formulierungsvorschlag für eine Satzung mit dem gesetzlichen Mindestinhalt . . . . .	78
III.	Empfehlenswerte Ergänzungen der Satzung . . . . .	79
1.	Gesellschafterversammlung und Beschlüsse . . . . .	79
a.	Grundlagen . . . . .	79
b.	Einberufungsrecht . . . . .	79
c.	Einberufungsfrist . . . . .	79
d.	Versammlungsleiter/Sitzungsniederschrift . . . . .	80
e.	Teilnahmerecht . . . . .	81
f.	Beschlussfähigkeit . . . . .	82
g.	Vertretung im Stimmrecht . . . . .	82

---

h. Mehrheitsklauseln . . . . .	83
i. Klagefrist. . . . .	83
j. Formulierungsvorschlag . . . . .	83
2. Geschäftsführung und Vertretung . . . . .	87
a. Begriffe und gesetzliche Regelung . . . . .	87
b. Ressortaufteilung und Zustimmungsvorbehalte . . . . .	88
c. Gesamt- und Einzelvertretungsbefugnis. . . . .	89
d. Befreiung vom Verbot des § 181 BGB . . . . .	90
e. Formulierungsvorschlag . . . . .	91
3. Veränderungen im Gesellschafterbestand . . . . .	92
a. Zustimmungserfordernisse bei Verfügungen und Ankaufs- bzw. Vorkaufsrechte . . . . .	92
b. Kündigung der Gesellschaft (Austrittsrecht) . . . . .	93
c. Einziehung, Zwangsabtretung, Ausschluss und Kaduzierung . . . . .	94
d. Tod eines Gesellschafters . . . . .	95
e. Abfindung . . . . .	95
f. Formulierungsvorschlag . . . . .	97
4. Gründungsaufwand . . . . .	104
a. Problematik des Gründungsaufwands. . . . .	104
b. Formulierungsvorschlag . . . . .	106
5. Bekanntmachungen . . . . .	106
a. Bedeutung der Bekanntmachungen . . . . .	106
b. Formulierungsvorschlag . . . . .	107
IV. Weitere Regelungen im Einzelfall . . . . .	107
1. Wettbewerbsverbot . . . . .	107
a. Allgemeines . . . . .	107
b. Formulierungsvorschlag . . . . .	110
2. Sonderpflichten/Sonderrechte . . . . .	111
a. Grundlagen . . . . .	111
b. Formulierungsvorschlag . . . . .	113
3. Geschäftsjahr, Ergebnisverwendung, genehmigtes Kapital und disquotale Einlagen . . . . .	114
a. Geschäftsjahr. . . . .	114
b. Rücklagen und Gewinnausschüttungen . . . . .	115
c. Genehmigtes Kapital. . . . .	115
d. Zuführungen zur Kapitalrücklage. . . . .	116
e. Formulierungsvorschlag . . . . .	117
4. Beirat/Aufsichtsrat. . . . .	118
5. Schiedsvereinbarung . . . . .	120
a. Allgemeines . . . . .	120
b. Voraussetzungen . . . . .	121
c. Beschlussmängelstreitigkeiten . . . . .	121
d. Formulierungsvorschlag . . . . .	123

<b>3. Teil Rechte und Pflichten des GmbH-Gesellschafters</b> .....	125
A. Rechte des Gesellschafters .....	125
I. Überblick .....	125
1. Bedeutung und Wert des Geschäftsanteils .....	125
2. Übersicht über die einzelnen Rechte .....	127
II. Vermögensrechte .....	129
1. Gewinnanspruch .....	129
2. Vorabausschüttungen und Entnahmen .....	133
3. Besteuerung der Dividenden .....	134
4. Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung .....	136
5. Anteil am Liquidationserlös .....	139
III. Verwaltungsrechte .....	140
1. Stimmrecht .....	140
a. Überblick .....	140
b. Abstimmungsverhalten .....	142
c. Stimmverbote .....	144
2. Teilnahme- und Rederecht .....	146
IV. Kontroll- bzw. Minderheitenrechte .....	147
1. Auskunfts- und Einsichtsrecht .....	147
2. Rechte der Minderheit aus § 50 GmbHG .....	151
V. Sonderrechte .....	153
B. Rechte der Gesellschafterversammlung .....	156
I. Die Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan .....	156
II. Beschluss als Handlungsinstrument .....	158
1. Grundlagen .....	158
2. Besonderheiten bei der Ein-Personen-GmbH .....	160
III. Einzelne Kompetenzen der Gesellschafterversammlung .....	161
1. Vornahme von Satzungsänderungen .....	161
a. Verfahren bei Satzungsänderungen .....	161
b. Das Problem der Satzungsdurchbrechung .....	162
c. Kapitalerhöhung gegen Einlagen .....	164
1. Schritt: Benötigt die GmbH weiteres Kapital? .....	164
2. Schritt: Soll die Kapitalerhöhung gegen Bar- oder Sacheinlagen oder durch eine Mischung beider Einlageformen erfolgen? .....	164
3. Schritt: Wer soll die künftigen Geschäftsanteile übernehmen? .....	164
4. Schritt: Ist die Werthaltigkeit von Sacheinlagen vorab geprüft worden? .....	165
5. Schritt: Kann nunmehr der Kapitalerhöhungsbeschluss notariell beurkundet werden? .....	165
6. Schritt: Liegen notariell beglaubigte Übernahmeerklärungen vor? .....	165

7.	Schritt: Ist eine Anmeldung beim Handelsregister durch sämtliche Geschäftsführer erfolgt? . . . . .	165
8.	Schritt: Ist die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister erfolgt? . . . . .	165
2.	Mitwirkung bei Umwandlungsbeschlüssen und beim Abschluss von Unternehmensverträgen und Strukturentscheidungen . . . . .	165
3.	Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung . . . . .	169
4.	Kompetenzen gemäß § 46 GmbHG . . . . .	169
5.	Weitere Zuständigkeiten . . . . .	172
C.	Pflichten des Gesellschafters . . . . .	173
I.	Leistung der Stammeinlage als Kardinalpflicht . . . . .	173
1.	Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung . . . . .	173
2.	Einzelfälle . . . . .	177
a.	Befreiung von der Einlagepflicht . . . . .	177
b.	Aufrechnung . . . . .	178
3.	Kaduzierung des Geschäftsanteils und Ausfallhaftung . . . . .	180
4.	Nachschusspflicht . . . . .	183
5.	Einlage bei Kapitalerhöhung . . . . .	184
II.	Treuepflicht . . . . .	184
1.	Voraussetzungen . . . . .	184
2.	Rechtsfolgen . . . . .	188
3.	Schaden und Anspruchsberechtigung . . . . .	189
III.	Wettbewerbsverbot . . . . .	190
IV.	Nebenleistungspflichten (Sonderpflichten) . . . . .	190
D.	Rechtsschutz für den Gesellschafter . . . . .	191
I.	Überblick . . . . .	191
II.	Die Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG . . . . .	194
1.	Grundsätzliches . . . . .	194
2.	Einzelne Nichtigkeitsgründe . . . . .	195
a.	Einberufungsmängel . . . . .	195
b.	Unterbliebene Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses . . . . .	196
c.	Wesensfremde und schutzrechtswidrige Beschlüssmängel . . . . .	197
d.	Sittenverstoß . . . . .	198
e.	Löschung eines im Handelsregister eingetragenen Beschlusses bzw. einer Eintragung . . . . .	199
3.	Heilung und prozessuale Geltendmachung der Nichtigkeit . . . . .	200
4.	Allgemeine Nichtigkeitsfeststellungsklage . . . . .	203
III.	Anfechtungsklage . . . . .	204
1.	Allgemeines und Voraussetzungen . . . . .	204
2.	Anfechtungsgründe . . . . .	206
3.	Kausalität und Relevanz des Anfechtungsgrundes . . . . .	208

4.	Klagefrist . . . . .	210
5.	Anfechtungsberechtigte . . . . .	211
6.	Prozessuales . . . . .	211
7.	Missbräuchliche Anfechtungsklage . . . . .	212
8.	Kombination von Anfechtungsklage und Beschlussfeststellungsklage . . . . .	212
IV.	Sonstige Klagen . . . . .	214
V.	Einstweiliger Rechtsschutz . . . . .	214
VI.	Die Gesellschafterklage ( <i>actio pro socio</i> bzw. <i>actio pro societate</i> ) . . . . .	216
<b>4.</b>	<b>Teil Haftung des Gesellschafters . . . . .</b>	<b>223</b>
A.	Grundlagen . . . . .	223
B.	Haftung wegen Verletzung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung . . . . .	225
I.	Überblick . . . . .	225
II.	Verstoß gegen die Ausschüttungssperre gemäß § 30 I GmbHG . . . . .	227
1.	Gesetzlicher Normalfall . . . . .	227
a.	Übersicht . . . . .	227
b.	Voraussetzungen . . . . .	229
aa.	Zuwendung aufgrund des Mitgliedschaftsverhältnisses . . . . .	229
bb.	Schmälerung des Gesellschaftsvermögens . . . . .	230
cc.	Unterbilanz und Überschuldung . . . . .	230
c.	Rechtsfolgen . . . . .	233
aa.	Unzulässigkeit der Auszahlung . . . . .	233
bb.	Erstattungsanspruch der Gesellschaft . . . . .	233
cc.	Haftung der Mitgesellschafter gemäß § 31 III GmbHG (Solidarhaftung) . . . . .	234
dd.	Haftung der Mitgesellschafter bei schuldhafter Mitwirkung . . . . .	237
ee.	Haftung der Geschäftsführer . . . . .	238
ff.	Verjährung/Verzicht/Erlass/Aufrechnung . . . . .	238
2.	Ausweitung des personellen Anwendungsbereichs . . . . .	239
3.	Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs . . . . .	240
a.	Überblick . . . . .	240
b.	Einzelfälle . . . . .	240
c.	Kredite an Gesellschafter und Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen . . . . .	241
4.	Gesellschafterdarlehen . . . . .	245
a.	Eigenkapitalersatzrecht . . . . .	245
b.	Insolvenzanfechtung von Darlehen und Sicherheiten . . . . .	247
c.	Einzelheiten . . . . .	249

5. Sicherheiten eines Gesellschafters . . . . .	251
6. Gebrauchsüberlassungen des Gesellschafters . . . . .	253
III. Eigenkapitalgleiche Gesellschafterleistungen (Finanzplankredite) . . . . .	256
C. Durchgriffshaftung und Existenzvernichtungshaftung . . . . .	259
I. Überblick . . . . .	259
II. Fallgruppen der Durchgriffshaftung . . . . .	260
1. Rechtsform- und Institutsmissbrauch . . . . .	260
2. Vermögensvermischung . . . . .	261
3. Unterkapitalisierung . . . . .	263
III. Existenzvernichtungshaftung . . . . .	265
D. Konzernhaftung . . . . .	270
I. Überblick . . . . .	270
1. Grundlagen . . . . .	270
a. Unterordnungs- und Gleichordnungskonzern . . . . .	270
b. Stammhaus- und Holdingkonzern . . . . .	271
c. Der Konzern als Gefährdungslage . . . . .	272
d. Vertragskonzerne und faktische Konzerne . . . . .	273
2. Konzernbildungskontrolle . . . . .	274
II. Der GmbH-Vertragskonzern . . . . .	277
III. Der einfach faktische GmbH-Konzern . . . . .	280
IV. Der qualifiziert-faktische GmbH-Konzern . . . . .	284
<b>5. Teil Gesellschafterwechsel und Beendigung der Gesellschaft . . . . .</b>	<b>293</b>
A. Überblick . . . . .	293
B. Beendigung der Gesellschaft . . . . .	293
I. Überblick . . . . .	293
II. Liquidationsverfahren . . . . .	298
C. Gesellschafterwechsel unter Lebenden . . . . .	300
I. Überblick . . . . .	300
II. Erwerb eines Geschäftsanteils . . . . .	302
1. Überblick . . . . .	303
2. Erwerb durch Anteilsübertragung . . . . .	303
a. Voraussetzungen . . . . .	303
aa. Überblick . . . . .	303
bb. Störungen beim Erwerb/Mängel der Anteile . . . . .	304
cc. Vertrauen auf Angaben des Verkäufers . . . . .	304
dd. Haftung des Verkäufers . . . . .	305
ee. Folgen des Erwerbs, speziell Bürgschaften . . . . .	306
ff. Sicherung der Kaufpreiszahlung durch Bedingung . . . . .	307
b. Erschwerungen der Abtretbarkeit . . . . .	309
c. Regelungen zum Gewinnbezugsrecht . . . . .	311
d. Steuerrechtliche Konsequenzen . . . . .	312

III. Ausscheiden eines Gesellschafters . . . . .	315
1. Die Einziehung . . . . .	316
a. Voraussetzungen . . . . .	316
b. Zahlung der Abfindung . . . . .	323
c. Vereinbarung von Abfindungsklauseln . . . . .	324
d. Haftung der Mitgesellschafter für die Abfindung . . . . .	328
2. Ausschluss . . . . .	328
a. Einleitung . . . . .	328
b. Verfahren beim Ausschluss eines Gesellschafters . . . . .	330
3. Austrittsrecht oder Kündigung des Gesellschafters . . . . .	336
4. Steuerrechtliche Hinweise . . . . .	338
a. Einkommensteuer und sonstige Auswirkungen . . . . .	339
b. Grunderwerbsteuer . . . . .	341
c. Umsatzsteuer . . . . .	341
D. Tod eines Gesellschafters . . . . .	341
I. Gesetzliches Normalstatut . . . . .	341
II. Vertragliche Regelungen . . . . .	343
1. Vinkulierungsklauseln . . . . .	343
2. Einziehungsklausel . . . . .	345
3. Abtretungsklausel (Nachfolgeklausel) . . . . .	347
III. Steuerrechtliche Auswirkungen . . . . .	347
1. Einkommensteuerrecht . . . . .	348
2. Erbschaftsteuerrecht . . . . .	348
3. Grunderwerbsteuer . . . . .	351
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>353</b>
<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>355</b>

---

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeits- gerichts (Entscheidungsnummer und Gesetzesstelle)
BeckRS	Rechtsprechungssammlung bei beck-online.de
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Bundesfinanzhof, Sammlung nicht amtlich veröffentl. Entsch.
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrAVG	Betriebsrentengesetz (=Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt (Jahr, Teil, Seite)
cic	culpa in contrahendo
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DStR	Deutscher Steuerrecht (Jahr/Seite)
FG	Finanzgericht
ggf.	gegebenenfalls
GenG	Genossenschaftsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)

---

HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
juris.de	Juristische Datenbank
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Jahr, Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
sog.	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuern
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
zr-report.de	Juristische Datenbank/OLG- und BGH-Entscheidungen

# 1. Teil Die GmbH im Überblick

## A. Struktur der GmbH

Für jeden GmbH-Gesellschafter sind Grundkenntnisse im GmbH-Recht unerlässlich. Er kann seine Rechte und Pflichten nur dann sachgerecht wahrnehmen, wenn er das Kompetenzgefüge kennt. Auch für die Entscheidung, ob man sich an einer GmbH beteiligen sollte, ist eine Kenntnis der Strukturen sowie der Vor- und Nachteile dieser Rechtsform wichtig.

### ► GmbH ist beliebteste Rechtsform

Die GmbH ist die beliebteste Rechtsform, in Deutschland existieren über 1 Mio. Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Rechtsgrundlage ist das GmbH-Gesetz, das aus dem Jahre 1892 stammt und seitdem nur in Einzelfragen überarbeitet wurde.<sup>1</sup>

Als juristische Person zeichnet sich die GmbH durch ihre **eigene Rechtsfähigkeit** aus, d. h. die GmbH selbst ist Trägerin der Rechte und Pflichten, sie ist Vertragspartnerin, Arbeitgeberin, Eigentümerin – z. B. von Grundstücken und des Betriebsinventars -, Schuldnerin der Verbindlichkeiten und Gläubigerin der Forderungen (§ 13 I GmbHG). Nicht die GmbH-Gesellschafter oder Geschäftsführer sind selbst berechtigt und verpflichtet, vielmehr werden die Rechte und Pflichten auf die GmbH konzentriert. Dies gilt grundsätzlich auch für die Haftung, die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. Nur die GmbH mit ihrem Vermögen schuldet Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten. Eine Haftung der Gesellschafter oder der Geschäftsführer besteht prinzipiell nicht (§ 13 II GmbHG). Gerade dieser Vorteil macht die Rechtsform der GmbH so beliebt.

Die Struktur der GmbH soll anhand eines kleinen Beispielfalls verdeutlicht werden:

<sup>1</sup> Die letzten größeren Änderungen am GmbHG erfolgten durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mit Wirkung zum 01.11.2008.

### Beispiel: „Musicum & Art Forum GmbH“

Paul Piano (P) und Berta Bocelli (B) lieben die Musik und die Künste. Sie möchten gern in der Rechtsform der GmbH ein Ladengeschäft eröffnen, in dem Musikinstrumente und Kunstgegenstände veräußert werden. B ist Lehrerin und will selbst nicht in dem Ladengeschäft arbeiten, sondern nur ihre Ersparnisse anlegen und diese durch die Gewinne aus der Geschäftstätigkeit der GmbH vermehren. Gleichzeitig geht B ihrer Leidenschaft für die Künste und die Musik nach und hofft, über das Ladengeschäft zahlreiche Kontakte zu Künstlern und Musikern zu knüpfen. P möchte von den Einnahmen leben und ist auch bereit, selbst hinter der Ladentheke zu stehen und das Geschäft zu leiten. P soll daher Geschäftsführer werden.

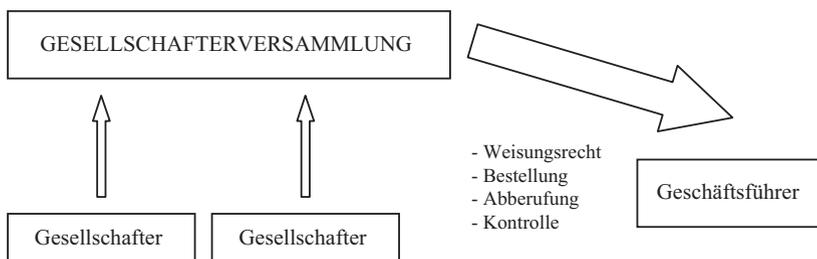
#### ► Organisation der GmbH

Wie ist nun das Kompetenzgefüge in dieser GmbH? P und B als Gesellschafter bilden die Gesellschafterversammlung. Die *Gesellschafterversammlung* ist das **oberste Organ der GmbH** und hat in sämtlichen Angelegenheiten das Sagen. Sie bestellt und kontrolliert den Geschäftsführer und beruft ihn ab, wenn sie dies für erforderlich hält (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Darüber hinaus besitzt die Gesellschafterversammlung ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer, der den Anordnungen der Gesellschafterversammlung grundsätzlich Folge zu leisten hat.

Der *Geschäftsführer* ist neben der Gesellschafterversammlung das zweite wichtige Organ der GmbH. Er vertritt die Gesellschaft nach außen (§ 35 I GmbHG) und führt ihre Geschäfte. Diese Rolle soll P aus dem Beispiel zufallen, er ist damit sowohl Gesellschafter als auch Geschäftsführer (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer). Zu beachten ist, dass das Recht der Gesellschafter, Einfluss auf die Geschäftsführung und die Person des Geschäftsführers zu nehmen, grundsätzlich über die Gesellschafterversammlung, nicht über einzelne Gesellschafter ausgeübt wird.

Dem *Gesellschafter* persönlich steht das Stimmrecht sowie das Teilnahme- und Rederecht auf der Gesellschafterversammlung zu. Er hat Anspruch auf Gewinn und ist Inhaber weiterer Individualrechte, wie dem Einsichts- und Auskunftsrecht in den Angelegenheiten der Gesellschaft (§ 51 a GmbHG).

Gesellschafterversammlung und Gesellschafter sind also streng voneinander zu trennen.

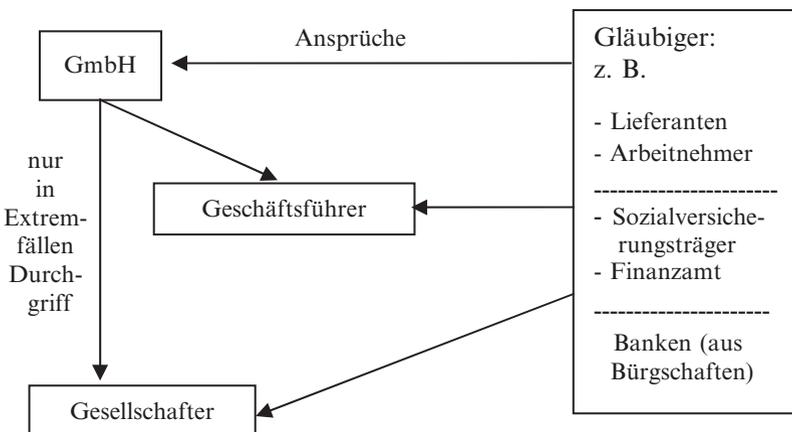


► **Keine persönliche Haftung der Gesellschafter**

Die GmbH ist vor allem deshalb so beliebt, weil grundsätzlich **keine persönliche Haftung der Gesellschafter** besteht. Dies erklärt sich zunächst einmal daraus, dass die Gesellschafter selbst nicht persönlich Schuldner der Verbindlichkeiten sind, sondern – wie ausgeführt – die GmbH, die als juristische Person rechtsfähig und damit selbst berechtigt, aber auch verpflichtet ist. Die GmbH muss daher für ihre Schulden grundsätzlich selbst aufkommen. Die Gläubiger können sich nur aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen. Dies gilt für Verbindlichkeiten gegenüber allen Vertragspartnern, wie z. B. Arbeitnehmern, Lieferanten und Kunden.

Der Grundsatz, dass die Gesellschafter nicht für Verbindlichkeiten der GmbH haften, gilt auch im Steuerrecht: Die Gesellschafter haften nicht für die Steuerschulden der GmbH, sondern nur für ihre persönlichen Steuerschulden. Das Steuerrecht ordnet allerdings unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftungserweiterung auf den Geschäftsführer, d. h. den Manager der Gesellschaft, an (§ 69 AO).

Auch für Ansprüche der Sozialversicherungsträger, wie z. B. der gesetzlichen Krankenkassen wegen rückständiger Sozialversicherungsbeiträge, stehen die Gesellschafter nicht persönlich ein. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt jedoch auch hier eine persönliche Verantwortlichkeit des *Geschäftsführers*, zumindest für rückständige Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung, in Betracht. Vertragspartner der GmbH mit starker Verhandlungsposition, wie Banken und Vermieter, bestehen indes häufig auf eine persönliche Bürgschaft der Gesellschafter. Gerät die GmbH in die Krise, so müssen die Gesellschafter befürchten, wegen ihrer persönlichen Bürgschaften in Anspruch genommen zu werden. Allerdings können die Gesellschafter die Bürgschaftsverpflichtungen ihrer Höhe nach überblicken und wissen somit von vornherein, auf welches Haftungsrisiko sie sich einlassen.



*Haftungsverhältnisse bei der GmbH*

Im Grundsatz bleibt es daher dabei: Übernimmt der Gesellschafter keine persönlichen Verpflichtungen, etwa in Form von Bürgschaften oder Garantien, so haftet er nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Ausnahmen bestehen nur in Extremfällen, z. B. unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung. Auf diese Haftungstatbestände wird gesondert eingegangen.<sup>2</sup>

### ► **Schutz des Gesellschaftsvermögens**

Der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter hat allerdings bei der klassischen GmbH seinen Preis. Dieser besteht in strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften und rigiden Vorschriften zur insolvenzrechtlichen Haftung. Letztere trifft allerdings primär den Geschäftsführer und nicht die Gesellschafter.

Wenn schon keiner der Gesellschafter den GmbH-Gläubigern persönlich haftet, so soll wenigstens sichergestellt sein, dass das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital in Höhe von 25.000 € auch tatsächlich, d. h. effektiv, in das Gesellschaftsvermögen eingezahlt wird und anschließend den Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen soll also nicht durch Transaktionen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zugunsten der Gesellschafter dem Gesellschaftsvermögen wieder entzogen werden. Die GmbH ist kein „Selbstbedienungsladen“ für die Gesellschafter. Nimmt sich beispielsweise ein Gesellschafter in der Krise die letzten 2000 € aus der Kasse, indem er den Geschäftsführer zur Auszahlung dieses Betrags auffordert, so hat er hiermit eklatant gegen die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbHG verstoßen. Nebenbei dürfte er sich außerdem wegen Anstiftung zu einer Untreuehandlung des Geschäftsführers strafbar gemacht haben (§§ 266, 26 StGB). Die entnommene Summe in Höhe von 2000 € muss der Gesellschafter – übrigens neben ihm auch der Geschäftsführer – in die Insolvenzmasse zurückzahlen; zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung wird noch im Einzelnen Stellung genommen.<sup>3</sup> Die vorgenannten Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nützen allerdings nur etwas, wenn es ein nennenswertes Mindeststammkapital gibt, das aufgebracht und erhalten werden muss.

### ► **Insolvenzrechtliche Haftung**

Die Aufbringung eines Mindeststammkapitals ist bei der per 01.11.2008 eingeführten haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft nicht mehr erforderlich. Bei dieser sog. Mini-GmbH genügt ein Euro als Stammkapital. Auch bei dieser Form der GmbH gilt jedoch ganz genauso wie bei der herkömmlichen GmbH das strenge Insolvenzrecht. Bei Insolvenzreife muss der Ge-

<sup>2</sup>Siehe hierzu unten im 4. Teil.

<sup>3</sup>Siehe unten im 4. Teil, B.

schäftsführer unverzüglich Insolvenzantrag stellen. Auszahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen darf er grundsätzlich nicht mehr zulassen. Anderenfalls haftet der Geschäftsführer der GmbH gegenüber auf Erstattung von Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen. Verschleppt der Geschäftsführer die Stellung des Insolvenzantrags, kann er zudem sich strafbar und auch gegenüber Gläubigern der GmbH haftbar machen (siehe im Einzelnen zu diesen Haftungstatbeständen, Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, 3. Teil F III).

Außer den bereits erwähnten Organen (Gesellschafterversammlung und Geschäftsführer) kann auf freiwilliger Basis noch ein Aufsichtsrat bzw. Beirat bestehen, dem je nach Bedarf einzelne Funktionen zugewiesen werden können. Nach mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften kann im Einzelfall auch die Bildung eines Aufsichtsrats mit Arbeitnehmerbeteiligung gesetzlich vorgeschrieben sein (§ 52 GmbHG).

---

## B. Vor- und Nachteile der GmbH

### I. Allgemeines

#### ► Vorteile

Die GmbH ist als Rechtsform vor allem deshalb so beliebt, weil sie den Gesellschaftern im Vergleich zu den sonstigen Rechtsformen zahlreiche Vorteile bietet. Schlagwortartig seien nur die wichtigsten Vorteile benannt:

- Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter,
- Möglichkeit, jedoch nicht Pflicht zur Erbringung eigener Arbeitsleistungen,
- steuerrechtlich günstige Versorgung und Absicherung des Gesellschafter-Geschäftsführers,
- weitgehende Gestaltungs- bzw. Dispositionsfreiheit hinsichtlich des Gesellschaftsvertrags.

#### ► Nachteile

Die GmbH weist jedoch auch Nachteile auf. Diese liegen u. a. in:

- der erschwerten Kapitalbeschaffung im Vergleich zur Aktiengesellschaft (AG), da kein Zugang zu den Kapitalmarktbörsen besteht
- den im Vergleich zu den Personengesellschaften strengeren Formalitäten, insbesondere bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung, der Anteilsübertragung, der Änderung des Gesellschaftsvertrags sowie der Rechnungslegung und Publizität.

Ob die GmbH steuerrechtlich von Vor- bzw. Nachteil ist, lässt sich nicht pauschal entscheiden, hier hängt es von der Gestaltung im Einzelfall ab.

Schon jetzt kann festgestellt werden, dass es keine Rechtsform gibt, die allen Bedürfnissen Rechnung trägt. Die Rechtsform der GmbH kommt jedoch in einer Vielzahl von Fällen den Interessen der Gesellschafter entgegen.

Dies soll anhand mehrerer Beispielfälle verdeutlicht werden:

#### **Beispiel: „Musicum & Art Forum GmbH“**

Zur Erinnerung: Paul (P) und Berta (B) möchten einen Musikalien- und Kunstgegenständehandel betreiben, wobei sie unterschiedliche Interessen haben. Während P im Geschäft mitarbeiten möchte, ist B vor allem daran interessiert, ihr Geld lukrativ anzulegen sowie ggf. Kontakte zur Kunstszene zu knüpfen.

#### **Beispiel: „Sebastian Song und sein Pracht-Orchester“**

Sebastian Song singt Schlager der 70er-Jahre, hierbei begleitet ihn sein aus 15 Musikern bestehendes Orchester. Alle Orchestermitglieder sind nur nebenberuflich als Musiker tätig. An 30 Tagen im Jahr ist das Orchester auf Tournee, die Einkünfte stammen aus Gagen sowie aus den Verkäufen der Alben bzw. sog. Merchandising-Artikel auf den Konzerten. Ferner erhalten die Musiker von ihrem Musikverlag Lizenzgebühren für die Songs, die über Internetanbieter veräußert oder zum Herunterladen bzw. Streamen bereitgestellt werden. Alle Musiker möchten persönlich im Orchester mitwirken, wobei eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung (Renten-, Kranken-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung) nicht gewollt ist, da die Orchestermitglieder bereits überwiegend in ihrem Hauptberuf versichert sind bzw. über private Absicherungen verfügen.

#### **Beispiel: „Scala-Vertriebs-GmbH“**

Die Scala-AG ist ein weltweit operierendes Unternehmen, das u. a. Holztreppe produziert. Für den Raum Berlin und Brandenburg soll mit Sitz in Luckenwalde eine Vertriebsgesellschaft gegründet werden, die den Absatz in der Region organisiert. Da die Scala-Treppen international einen guten Ruf genießen, ist geplant, dass die Gesellschaft unter gleichem Namen wie die Scala-AG auftritt. Die Geschäfte soll Gustavo Gradini (G) leiten, der gleichzeitig Vertriebsleiter der Scala-AG ist. G ist damit Arbeitnehmer der Scala-AG und bezieht ein ansehnliches Salär. Die Scala-AG möchte mit ihrer Tochtergesellschaft unter gleichem Namen einen schlagkräftigen Vertrieb aufbauen, wobei die detaillierten Vorgaben der Konzernspitze, d. h. der Scala-AG, zur Erhaltung des hohen Qualitätsstandards unbedingt eingehalten werden müssen.

#### ► **Überlegungen bei Rechtsformwahl**

Lassen sich nun mit der Rechtsform der GmbH in den drei genannten Beispielen die Interessen der Parteien weitgehend verwirklichen?

Welche Rechtsformen stehen den Beteiligten überhaupt zur Verfügung?

Wie sieht es mit der persönlichen Haftung der Gesellschafter aus?

Wie steht es mit der Möglichkeit der Mitarbeit der Gesellschafter, welche Auswirkungen hat dies auf eine Sozialversicherungspflicht bzw. besteht Arbeitnehmerschutz für die mitarbeitenden Gesellschafter? Gibt es Wege für die Gesellschafter, ein System der betrieblichen Altersversorgung zu installieren?

Wie sind die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung bei den einzelnen Rechtsformen zu beurteilen? Welche Formalitäten sind zu beachten ?

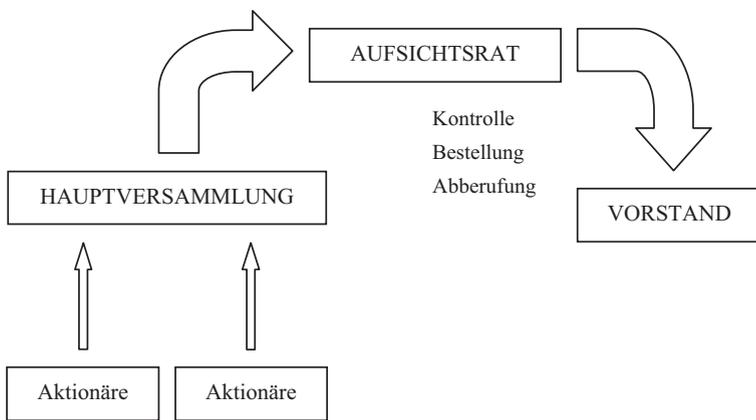
Wie ist die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter hinsichtlich des Gesellschaftsvertrags geregelt? Wie lassen sich der Wechsel von Gesellschaftern sowie deren Aufnahme und Ausschluss bzw. die Übertragung von Anteilen realisieren?

Wie ist die steuerrechtliche Situation bei den einzelnen Rechtsformen?

## II. Vergleich der wichtigsten Rechtsformen

Die folgenden Überlegungen zum Rechtsformvergleich bleiben auf die wichtigsten Rechtsformen und Aspekte beschränkt. In die Betrachtung einbezogen werden Personengesellschaften sowie die Aktiengesellschaft (AG) als weitere Kapitalgesellschaft neben der GmbH. Bei den Personengesellschaften werden vorgestellt: die offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG), die Partnerschaft sowie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Die GbR wird auch als BGB-Gesellschaft bezeichnet.

- ▶ **AG**  
Die Aktiengesellschaft (AG) ist im Aktiengesetz (AktG) geregelt, ihre Anteilseigner heißen Aktionäre. Die Leitung wird vom Vorstand wahrgenommen (§ 76 AktG). Die Aktionäre üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus (§ 118 AktG). Die Hauptversammlung wählt den Aufsichtsrat, der wiederum den Vorstand bestellt und kontrolliert. Die Aktionäre selbst haben keinerlei unmittelbare Einflussnahmemöglichkeiten auf den Vorstand, ein Weisungsrecht besteht nicht. Unterliegt die AG der unternehmerischen Mitbestimmung, so wird ein Teil der Aufsichtsratsmitglieder von der Arbeitnehmerseite gewählt.



Struktur der AG

▶ **OHG**

Die OHG (Offene Handelsgesellschaft) ist eine sog. Personenhandelsgesellschaft, die in den §§ 105 ff. Handelsgesetzbuch (HGB) geregelt ist. Sämtliche Gesellschafter haften unbeschränkt persönlich und sind nach der gesetzlichen Grundkonzeption jeweils alleinvertretungs- und geschäftsführungsbefugt (§ 125 I GmbHG). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist die OHG eine persönliche Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft.

▶ **KG**

Die Kommanditgesellschaft (KG) kennt neben den persönlich haftenden Gesellschaftern (sog. Komplementäre, die die gleiche rechtliche Stellung wie OHG-Gesellschafter innehaben) die nur beschränkt haftenden Gesellschafter (sog. Kommanditisten). Ein Kommanditist ist typischerweise lediglich kapitalistisch beteiligt; damit korrespondiert eine eingeschränkte Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft. Durch Gestaltungen im Gesellschaftsvertrag lässt sich die Position des Kommanditisten aber weitgehend atypisch ausgestalten, d. h. ihm können Leitungsbefugnisse, allerdings keine sog. organschaftliche Vertretungsmacht, übertragen werden. Gesetzliche Grundlage der KG sind die §§ 161 ff. des HGB.

▶ **BGB-Gesellschaft**

Die BGB-Gesellschaft ist, wie ihr Name schon sagt, im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 705 ff. BGB geregelt. Sie wird auch als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bezeichnet. Auch bei ihr haften – wie bei der OHG – alle Gesellschafter unbeschränkt persönlich. Eine Haftungsbeschränkung ist nur in engen Grenzen möglich.<sup>4</sup>

▶ **Partnerschaft**

Schließlich ist noch die Partnerschaftsgesellschaft zu nennen, die kurz auch nur Partnerschaft genannt wird. Für sie gibt es ein eigenes Gesetz, das Gesetz über die Partnerschaftsgesellschaften (PartGG). Die Partner haften grundsätzlich unbeschränkt, wobei sich aber die Haftung auf denjenigen Partner konzentriert, der den Auftrag bearbeitet. Neben ihm haftet den Gläubigern dann nur noch das Partnerschaftsvermögen, nicht jedoch die anderen Partner (§ 8 II 1 PartGG). Organisiert sich beispielsweise eine Rechtsanwaltskanzlei in der Rechtsform der Partnerschaft, so haften gegenüber den Mandanten die Partnerschaft mit dem Gesellschaftsvermögen sowie der Anwalt, der das Mandat konkret betreut hat. Zusätzlich gibt es als „Variante“ noch die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung (mbB) gemäß § 8 IV PartGG. Bei dieser bleibt die Haftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf die Partnerschaft beschränkt, sofern der Gesetzgeber für bestimmte Berufsgruppen, wie dies z. B. für Anwälte, Architekten, Steuerberater geschehen ist, als Ausgleich einen Haftpflichtversicherungsschutz angeordnet hat, den die Partnerschaften vorhalten müssen.

<sup>4</sup>BGH, Urt. v. 27.09.1999, II ZR 371/98, BGHZ 142, 315; *Habersack*, BB 2001, 447 ff.; *Ulmer*, ZIP 1999, 509 ff.

### III. Rechtsform und Interesse der Gesellschafter

#### ► Verfolgter Zweck

Die Tätigkeit der GmbH und der Aktiengesellschaft darf auf jeden gesetzlich zulässigen Zweck gerichtet sein (§ 1 GmbHG). Sowohl Paul Piano und Berta Bocelli als auch Sebastian Song und seine Musiker sowie schließlich die Scala-AG könnten daher für die Erfüllung ihre Bedürfnisse eine GmbH oder AG gründen. Der Zweck einer OHG oder Kommanditgesellschaft hingegen muss grundsätzlich auf das Betreiben eines *Handelsgewerbes* gerichtet sein (§ 105 I HGB). Traditionell gehören zum Handelsgewerbe nicht freiberufliche, künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeiten. Das bedeutet, dass Sebastian Song und seine Musiker ihr Orchester nicht in der Rechtsform einer OHG oder KG betreiben können. Der Vertrieb von Holztreppe und der Verkauf von Musikinstrumenten und Kunstgegenständen stellen hingegen gewerbliche Tätigkeiten dar. Paul und Berta sowie die Scala-AG könnten daher grundsätzlich eine OHG oder KG errichten. Seit der Handelsrechtsreform vom 1. Juli 1998 ist es auch möglich, eine OHG oder KG im kleinunternehmerischen Bereich zu gründen (§ 105 II 1; §§ 161 II, 105 II 1 HGB). Selbst Paul Piano und Berta Bocelli könnten daher auf diese Rechtsform zurückgreifen.

Eine BGB-Gesellschaft darf ebenfalls auf jeden erlaubten Zweck gerichtet sein. Liegt allerdings der Betrieb eines Handelsgewerbes vor, so wird aus der BGB-Gesellschaft automatisch eine Offene Handelsgesellschaft. BGB-Gesellschaft und OHG schließen sich gegenseitig aus. Betreiben daher Paul Piano und Berta Bocelli ihr Gewerbe in einem Umfang, der nach § 1 HGB eine kaufmännische Organisation erfordert, so ist ihnen die Rechtsform der BGB-Gesellschaft verwehrt und ihre Gesellschaft als OHG einzustufen. Gleiches gilt für die Scala-AG, wenn sie die Treppen über eine Vertriebsgesellschaft veräußert, bei der ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist.

Sebastian Song und seine Musiker könnten hingegen ihr Orchester in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft betreiben.

Die Partnerschafts-Gesellschaft ist exklusiv lediglich für die freien Berufe, Künstler und Wissenschaftler geschaffen worden (§ 1 PartGG). Diese Rechtsform stünde daher nur Sebastian Song und seinen Orchestermusikern offen, allerdings nicht in der Variante der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung, da der Gesetzgeber für Künstler keine Vorschriften für den vorzuhaltenden Haftpflichtversicherungsschutz geschaffen hat. Paul Piano, Berta Bocelli und der Scala-AG stünde die Rechtsform der Partnerschaft hingegen für ihre Vorhaben nicht zur Verfügung.

### IV. Haftung

#### ► Rechtsformen im Vergleich

Die Haftung ist bereits in dem vorhergehenden Abschnitt schlagwortartig angesprochen worden.

Beteiligung als	Rechts-form	Rechtsgrundlage	Persönliche Haftung	Grundlage für die Haftung
GmbH-Gesellschafter	GmbH	GmbHG	Grundsätzlich keine, nur in Extremfällen	×
Aktionär	AG	AktG	Grundsätzlich keine, nur in Extremfällen	×
OHG-Gesellschafter	OHG	§§ 105 ff. HGB	Unbeschränkt	§ 128 HGB
Komplementär	KG	§§ 161 ff. HGB	Unbeschränkt	§§ 161 II, 128 HGB
Kommanditist	KG	§§ 161 ff. HGB	Beschränkt (soweit Einlage nicht geleistet), ausnahmsweise unbeschränkt	§ 171 HGB (beschränkt) § 176 HGB (unbeschränkt)
BGB-Gesellschafter	BGB-Gesellschaft = GbR	§§ 705 ff. BGB	Unbeschränkt, (Beschränkung der Haftung ist nur in Grenzen möglich)	§ 128 HGB analog bzw. §§ 421, 427 BGB
Partner	Partnerschaft	PartGG	Unbeschränkte Haftung (Haftungskonzentration auf einzelne Partner möglich), ggf. Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen für Schäden aus der Berufshaftung (Part mbB)	§ 8 PartGG

## Haftungsverhältnisse im Überblick

► **Haftung im Rechtsformvergleich**

Die GmbH-Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der GmbH, nur in Extremfällen kommt es zu einem Durchgriff auf ihr persönliches Vermögen.<sup>5</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Haftung ist daher die Rechtsform der GmbH für die Anteilseigner ideal. Gleiches gilt für die Aktiengesellschaft, da auch dort die Aktionäre grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten der AG einstehen. Demgegenüber besteht bei der OHG eine unbeschränkte persönliche gesamtschuldnerische Haftung aller OHG-Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG (§ 128 HGB). Die haftungsrechtliche Situation der Komplementäre, d. h. der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, ist genauso: Sie haften ebenfalls unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§§ 161 II, 128 HGB). Der Kommanditist dagegen haftet nur beschränkt in der Höhe, in der er seine

---

<sup>5</sup> Siehe 4. Teil, C.

Einlage noch nicht geleistet hat (§ 171 HGB). Lediglich in Sonderkonstellationen gibt es eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten; die Einzelheiten ergeben sich aus § 176 HGB, die wegen der geringen Praxisrelevanz hier nicht vertieft werden müssen.

▶ **Haftung bei BGB-Gesellschaft**

Die BGB-Gesellschafter haften unbeschränkt persönlich mit ihrer gesamten Habe. Eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen kann mit den Gläubigern vereinbart werden. Ohne eine solche Vereinbarung lässt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter nach der nunmehr geltenden Rechtsprechung nicht ausschließen.<sup>6</sup>

▶ **Haftung bei Partnerschaft**

Bei der Partnerschaft haften alle Partner grundsätzlich unbeschränkt, das Partnerschaftsgesetz sieht aber in § 8 II 1 eine Haftungskonzentration auf den Partner vor, der den Auftrag bearbeitet. Bei dem Orchester wird sich diese Haftungsbeschränkung nicht auswirken, da die Orchesteraufführungen ohnehin von allen Partnern gemeinsam wahrgenommen werden. Fällt also beispielsweise ein Orchesterauftritt aus, weil das Orchester schuldhaft das Engagement nicht wahrnimmt, so haften alle Orchestermitglieder auf Schadensersatz. Ist aber nur ein Soloauftritt von Sebastian vereinbart, war jedoch Vertragspartner die Partnerschaft, so kann sich z. B. der geschädigte Konzertveranstalter, der wegen des nicht wahrgenommenen Auftritts Schadensersatz verlangt, grundsätzlich an die Partnerschaft sowie an Sebastian Song, nicht jedoch an die anderen Partner halten.

Für Sebastian Song und seine Musiker kommen haftungsrechtlich daher grundsätzlich die GmbH und die Aktiengesellschaft in Betracht. Bei allen anderen Rechtsformen besteht die Gefahr der persönlichen unbeschränkten Haftung. Eine OHG und KG ist ihnen aber auch deshalb verwehrt, weil diese Rechtsformen ein Handelsgewerbe voraussetzen, das die Musiker nicht betreiben.

Auch für Paul und Berta sind haftungsrechtlich lediglich die GmbH und die AG interessant. Außerdem wäre an eine KG zu denken, und zwar in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, wobei persönlich haftende Gesellschafterin, d. h. Komplementärin, eine GmbH ist, so dass keine natürliche Person, mithin auch nicht Paul und Berta, persönlich haftet.

Die Scala-AG wird für ihre Vertriebsgesellschaft ebenfalls entweder auf die GmbH oder AG zurückgreifen. Realisieren sich im Vertrieb hohe Haftungsrisiken, z. B. infolge von Gewährleistungsansprüchen aus den Verkäufen der Treppen, so ist es günstig, wenn die Muttergesellschaft als Gesellschafterin nicht für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft gegenüber den Gläubigern derselben einstehen muss.

---

<sup>6</sup>BGH, Urt. v. 27.09.1999, II ZR 371/98, BGHZ 142, 315.

## V. Möglichkeit und Pflicht zur Mitarbeit der Gesellschafter

### ► Sozialer Schutz der Gesellschafter

Die Wahl der Rechtsform hängt häufig maßgeblich davon ab, ob und zu welchen Bedingungen die Gesellschafter selbst mitarbeiten möchten. Hier ist vor allem zu beachten, ob die Gesellschafter sozialversicherungspflichtig oder sozialversicherungsfrei beschäftigt sein wollen. Daneben ist grundsätzlich von Bedeutung, ob die Gesellschafter daran interessiert sind, selbst den Arbeitnehmerstatus mit seinen Schutzvorschriften, wie bezahltem Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Mutterschutz, etc., genießen möchten. Ein weiterer Aspekt ist die Versorgung mitarbeitender Gesellschafter für die Fälle des Alters oder der Invalidität, ggf. in Ergänzung durch eine Absicherung der Angehörigen.

### ► Einflussnahmemöglichkeit der Gesellschafter

Neben diesem persönlichen Status der Gesellschafter ist ferner von Bedeutung, inwieweit die Gesellschafter gesellschaftsvertraglich das Recht oder auch die Pflicht haben, auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen bzw. diese selbst in ihren Händen zu halten.

### ► Grundsatz der Fremdorganschaft

Bei der GmbH können sich die Gesellschafter – wie bei der AG – „nach Belieben“ aussuchen, ob sie sich auf ihre Gesellschafterposition beschränken oder ob sie als Geschäftsführer Leitungsverantwortung übernehmen. Ein Gesellschafter kann, muss aber nicht Geschäftsführer werden. Dritte, die selbst nicht Gesellschafter sind, dürfen ohne weiteres die Leitung der Geschäfte übernehmen (Grundsatz der Fremdorganschaft).<sup>7</sup>

### ► Grundsatz der Selbstorganschaft

Dagegen müssen bei der OHG und KG mindestens einer der OHG-Gesellschafter bzw. der Komplementäre gleichzeitig auch die Leitungsbefugnisse ausüben (Grundsatz der Selbstorganschaft). Die Gesellschafter selbst halten zwingend die organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht in ihren Händen.

Ein Kommanditist, der nur kapitalmäßig beteiligt ist, darf niemals organschaftliche Vertretungsmacht erhalten (§ 170 HGB). Er kann aber Geschäftsführungsbefugnisse und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, etwa in Form einer Prokura, eingeräumt bekommen.

Bei der BGB-Gesellschaft gilt ebenfalls der Grundsatz der Selbstorganschaft, d. h. mindestens ein Gesellschafter muss geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt sein. Daneben können ebenso wie bei der OHG und KG Dritte eingeschaltet werden, die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse wahrnehmen.

Auch bei der Partnerschaft muss wie bei den übrigen Personengesellschaften das Prinzip der Selbstorganschaft beachtet werden. Für die Beispiele bedeutet dies:

---

<sup>7</sup>BGH, Urt. v. 09.12.1968, II ZR 33/67, BGHZ 51, 198.

Sebastian Song und seine Musiker müssen, wenn sie sich für die Rechtsform der BGB-Gesellschaft oder Partnerschaft entscheiden, selbst Geschäftsführungsbefugnisse ausüben. Es ist also nicht möglich, alle Kompetenzen auf einen Fremdmanager zu übertragen, so dass die Musiker selbst über keinerlei Befugnisse verfügen. Eine andere Frage ist es, ob die Gesellschafter die ihnen eingeräumten Rechte tatsächlich ausüben. Sie können durchaus einen Manager einschalten und diesem die Geschäfte führen lassen. Pro forma muss jedoch mindestens einer der Gesellschafter Geschäftsführer sein. Anders ist es bei einer GmbH oder AG; bei diesen Rechtsformen dürfen sich alle Musiker ganz aus der Leitungsebene zurückziehen.

Paul und Berta könnten neben der GmbH oder AG ebenso gut eine OHG oder KG gründen, denn Paul möchte ja Geschäftsführungsbefugnisse ausüben. Er würde bei der GmbH zum Geschäftsführer bzw. bei der AG zum Vorstand bestellt werden und bei der OHG und KG automatisch als persönlich haftender Gesellschafter geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sein. Berta könnte sich, da sie selbst nicht die Geschicke der Gesellschaft als Geschäftsführerin in Händen halten möchte, ganz auf ihre Gesellschafterstellung beschränken.

Etwas komplizierter ist es mit der Scala-AG. Die AG als juristische Person ist selbst nicht handlungsfähig, sie handelt vielmehr durch ihre Organe, im Bereich der Geschäftsführung also durch ihren Vorstand. Beteiligt sich die AG an einer OHG oder KG, könnte sie persönlich haftende Gesellschafterin bzw. Komplementärin werden; die AG würde wiederum vertreten durch den Vorstand, der dann die Geschäfte der Vertriebs-KG bzw. OHG ausübt. Übersichtlicher wäre hier allerdings die Gründung einer GmbH, da die Scala-AG als Alleingesellschafterin befugt wäre, einen ihr genehmen Geschäftsführer zu bestellen, der Leitungsaufgaben der Vertriebs-GmbH wahrnimmt. Da die Scala-AG Gustavo Gradini (G) hiermit betrauen möchte, liegt es nahe, diesen zum Geschäftsführer einer Tochter-GmbH zu bestellen.

### ► **Sozialversicherungspflicht der Gesellschafter**

Neben der Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung und Vertretung ist schließlich der soziale Status des Gesellschafters zu bedenken. Legt der Gesellschafter Wert darauf, als Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig beschäftigt zu sein, so ist dieser Aspekt bei der Rechtsformwahl einzubeziehen. OHG-Gesellschafter, Partner einer Partnerschaft oder BGB-Gesellschafter sind grundsätzlich Mitunternehmer und damit nicht abhängig beschäftigt. Sie sind weder Arbeitnehmer noch sozialversicherungspflichtig.<sup>8</sup> Möchte also etwa Paul

---

<sup>8</sup> Ab 01.01.2009 hat sich jeder gegen Krankheit ggf. „freiwillig“ in der gesetzlichen oder in einer privaten Krankenversicherung zu versichern (§ 193 III VVG). Da die Pflegeversicherungspflicht der Krankenversicherungspflicht folgt, sind damit grundsätzlich alle im Inland lebenden Personen zu versichern – unabhängig vom Arbeitnehmerstatus. Für Künstler wie die Musiker des Orchesters von Sebastian Song ist noch auf die Versicherungspflicht nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz hinzuweisen (siehe [www.kuenstlersozialkasse.de](http://www.kuenstlersozialkasse.de)). Danach sind die Künstler versicherungspflichtig, haben aber Anspruch auf Zuschüsse der Künstlersozialkasse zur der Renten-, Kranken und Pflegeversicherung – vergleichbar den Arbeitgeberbeiträgen.

Piano im Beispiel der Musicum & Art Forum GmbH sozialversicherungspflichtig beschäftigt werden, scheiden für ihn die OHG, KG und BGB-Gesellschaft aus. Bei der GmbH bzw. AG hätte er hingegen grundsätzlich die Möglichkeit, sozialversicherungspflichtig als Arbeitnehmer zu arbeiten. Wird Paul Piano allerdings Geschäftsführer, so ist er damit schon statusrechtlich kein Arbeitnehmer mehr.<sup>9</sup> Sozialversicherungspflichtig ist er jedoch, wenn er abhängig beschäftigt wird. Entscheidend ist, ob der Gesellschafter eine beherrschende Stellung hat; trifft dies zu, unterfällt er grundsätzlich nicht der Sozialversicherungspflicht.<sup>10</sup>

Ist P darauf angewiesen, der gesetzlichen Krankenversicherung anzugehören, in der ggf. über die Familienhilfe auch seine Kinder und seine Ehepartnerin mitversichert sind, dürfte ihm an einem sozialversicherungspflichtigen Status durchaus gelegen sein. Gleiches gilt, wenn er Wert darauf legt, später aus der gesetzlichen Rentenversicherung eine Rente zu beziehen.

### ▶ **Arbeitnehmerprivilegien**

Die Arbeitnehmerprivilegien hingegen sind P als Geschäftsführer grundsätzlich verwehrt. Möchte P auch diese genießen, so darf er nicht als Geschäftsführer, sondern nur als sonstiger Mitarbeiter (z. B. Prokurist) für die GmbH tätig werden. Zu beachten ist aber, dass eine beherrschende Gesellschafterstellung, die sich beispielsweise in einer Mehrheit der Kapitalanteile niederschlägt, einer Arbeitnehmereigenschaft entgegensteht. Wichtig ist die Ausgestaltung im Einzelfall. Der Arbeitnehmer ist weisungsabhängig und unselbstständig beschäftigt. Kann P durch eine beherrschende Gesellschafterstellung seinen eigenen Status beeinflussen, schließt dies eine unselbstständige Arbeitnehmertätigkeit aus.<sup>11</sup>

### ▶ **Versorgung**

Die GmbH bietet ferner Vorteile bei der Ausgestaltung der Versorgung für die Fälle des Alters, der Invalidität sowie des vorzeitigen Todes. Im letzteren Fall ist an die Versorgung der Hinterbliebenen zu denken. Bei der GmbH gibt es die Möglichkeit, an den Geschäftsführer bzw. sonst mitarbeitende Gesellschafter – wie bei einem Arbeitnehmer – steuerrechtlich günstige Pensionszusagen zu erteilen oder auf ihr Leben sog. Direktlebensversicherungsverträge abzuschließen. Die Versicherungsprämien sind unter bestimmten Grenzen von der Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen befreit und stellen für die GmbH Betriebsausgaben dar. Bei Pensionszusagen besteht die Möglichkeit der Bildung von Pensionsrückstellungen, die sich gewinnmindernd bereits bei ihrem erstmaligen Ansatz in der Bilanz der GmbH auswirken.

Bei den Personengesellschaften (BGB-Gesellschaft, OHG, KG und Partnerschaft) gibt es keine Möglichkeit, steuerrechtlich abzugsfähig Leistungen

---

<sup>9</sup> BAG, Urt. v. 27.01.1985, 2 AZR 96/84, NZA 1986, 68; BAG, Urt. v. 07.03.1995, 3 AZR 282/94, NZA 1996, 52; BAG, Urt. v. 25.06.1997, 5 AZB 41/96, NZA 1997, 1363.

<sup>10</sup> Siehe ausführlich *Jula*, Der Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, S. 207.

<sup>11</sup> *Jula*, Der Geschäftsführer im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, S. 27.