

Steffen Huber  
Axel Rinnert

# Rechtsformen und Rechtsformwahl

Recht, Steuern, Beratung

*2. Auflage*



Springer Gabler

---

# Rechtsformen und Rechtsformwahl

---

Steffen Huber · Axel Rinnert

# Rechtsformen und Rechtsformwahl

Recht, Steuern, Beratung

2., vollständig überarbeitete Auflage

 Springer Gabler

Steffen Huber  
Ofterdingen, Deutschland

Axel Rinnert  
Stuttgart, Deutschland

ISBN 978-3-658-20224-8

<https://doi.org/10.1007/978-3-658-20225-5>

ISBN 978-3-658-20225-5 (eBook)

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

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 Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften. 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.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

---

## Vorwort 2. Auflage

Mehr als 10 Jahre nach Erscheinen der ersten Auflage ist aus Sicht des Verlags und der Autoren die Zeit für eine Neuauflage des Buchs gekommen. Mit ihr verbunden ist ein Wechsel in der Autorenschaft. Frau Susanne Hierl hat sich als Autorin zurückgezogen und an ihrer Stelle ist Herr Axel Rinnert als Autor hinzugetreten. Frau Susanne Hierl sei für ihr Mitwirken bei der ersten Auflage an dieser Stelle herzlichst gedankt.

Neben der stetigen Fortentwicklung des Aktien- und GmbH-Rechts durch Rechtsprechung und Literatur haben vor allem die zahlreichen Reformgesetze Anlass zur Neuauflage gegeben. Insbesondere seien hier genannt das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), welches im Zeitpunkt der Erstauflage nur als Entwurf vorlag und infolgedessen nur oberflächlich berücksichtigt werden konnte, zahlreiche Gesetze, die das Aktiengesetz, u. a. die Aktienrechtsnovelle 2016, geändert haben, sowie die Unternehmenssteuerreform 2008 und die Reform des Umwandlungssteuergesetzes und der Insolvenzordnung.

Inhaltlich hat sich zwar vieles geändert, das Konzept des Buches ist jedoch unverändert geblieben. Das Buch verschafft einen praxisbezogenen Überblick über die für die Rechtsformwahlentscheidung wesentlichen rechtlichen und steuerlichen Kriterien und gibt verschiedene Tipps für den Leser. Für Anregungen und Kritik sind wir dankbar. Für die hilfreiche lektoratsseitige Unterstützung der Neuauflage durch Frau Anna Pietras und Frau Catarina Gomes de Almeida danken die Verfasser.

Pfullingen/Stuttgart  
im Dezember 2018

Dr. Steffen Huber  
Axel Rinnert

---

## Vorwort 1. Auflage

Die Gesichtspunkte, die bei der Gründung oder Umgestaltung eines Unternehmens eine Rolle spielen, sind zunächst die Wahl der richtigen Rechtsform und deren rechtliche Voraussetzungen. Die Wahl der Rechtsform stellt mit die Weichen für die künftige Entwicklung der Gesellschaft. Sie stellt eine wichtige Rahmenbedingung für das Betreiben des Unternehmens dar.

Für die Gründung eines Unternehmens stehen verschiedene Rechtsformen zur Verfügung, wobei jede ihre spezifischen Vor- und Nachteile hat. Die Frage nach der richtigen Rechtsform kann daher nicht pauschal beantwortet werden, sondern hat unter Berücksichtigung der individuellen Motive und Zielsetzungen eines jeden Unternehmers zu erfolgen.

Neben den steuerlichen Unterschieden, die immer eine wesentliche Rolle bei der Rechtsformwahl spielen, sind auch andere Punkte wie z. B. die Haftungsregelungen, die Organisation der Gesellschaft, die Mitbestimmung etc. von Bedeutung. Die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform ist also von einer Vielzahl von Faktoren abhängig.

Dieses Buch versucht, einen Überblick über die wichtigsten Rechtsformen und deren Ausgestaltungen in ihrem Lebenszyklus zu geben und soll dem geeigneten Leser Entscheidungshilfe und zugleich Informationsquelle sein.

Danken möchten wir dem Gabler Verlag und insbesondere Herrn RA Andreas Funk und Frau Anna Pietras vom Springer Verlag für die freundliche Unterstützung bei der Fertigstellung des Buches.

Nürnberg/Stuttgart  
im März 2008

Susanne Hierl  
Steffen Huber

---

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
AG	Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLGZ	Amtliche Sammlung des Bayerischen Obersten Landgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BilRUG	Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucksache	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DRS	Deutscher Rechnungslegungsstandard
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EStG	Einkommensteuergesetz

---

f., ff.	folgende (Singular, Plural)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GewSt	Gewerbesteuer
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GewStR	Gewerbesteuerrichtlinien
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. A.	herrschende Ansicht
HdB.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
i. d. F.	in der Form
IFRS	International Financial Reporting Standards
i. G.	in Gründung
i. H. d.	in Höhe des
InsO	Insolvenzordnung
InsO-E	Entwurf zur Insolvenzordnung (MoMiG)
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinn von
i. V. m.	in Verbindung mit
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kommanditgesellschaft
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinien
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung
MontanMitbestErgG	Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung

---

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SEStEG	Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften
Solz	Solidaritätszuschlag
SolzG	Solidaritätszuschlaggesetz
StBerG	Steuerberatungsgesetz
UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
Urt.	Urteil
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuerrichtlinien
v.	vom, von
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl./Vgl.	vergleiche/Vergleiche
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VZ	Veranlagungszeitraum
WGGDV	Verordnung zur Durchführung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes
WIB	Wirtschaftliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapierübernahmegesetz
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
z. v. E.	zu versteuerndes Einkommen

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>§ 1 Gründung der Gesellschaften</b>	<b>1</b>
1.1	GbR	1
1.1.1	Allgemeines	1
1.1.2	Gründung	5
1.2	Vorbemerkungen/Gemeinsamkeiten der Kaufleute	8
1.2.1	Handelsgewerbe	8
1.2.2	Firma	9
1.2.3	Angaben auf Geschäftsbriefen	11
1.3	KG	12
1.3.1	Allgemeines	12
1.3.2	Gründung	14
1.4	GmbH	17
1.4.1	Allgemeines	17
1.4.2	Gründung	18
1.5	AG	25
1.5.1	Allgemeines	25
1.5.2	Gründung	29
1.6	GmbH & Co. KG	37
1.6.1	Allgemeines	37
1.6.2	Gründung	39
	Literatur	41
<b>2</b>	<b>§ 2 Übertragung der Gesellschaftsanteile zu Lebzeiten</b>	<b>43</b>
2.1	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	43
2.1.1	Grundsatz	43
2.1.2	Formelle Erfordernisse	44
2.1.3	Haftung von Veräußerer und Erwerber	44
2.1.4	Rechtsfolgen der Anteilsübertragung	45
2.2	Personenhandelsgesellschaften	46
2.2.1	Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen an einer OHG bzw. des Anteils eines Komplementärs einer Kommanditgesellschaft	46

2.2.2	Übertragung eines Kommanditanteils . . . . .	48
2.3	Die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH . . . . .	48
2.3.1	Grundlagen . . . . .	48
2.3.2	Formelle Anforderungen . . . . .	49
2.3.3	Vinkulierungsklauseln . . . . .	49
2.3.4	Haftung von Veräußerer und Erwerber . . . . .	50
2.3.5	Rechtsfolgen der Abtretung . . . . .	50
2.3.6	Sonstige Formalitäten . . . . .	51
2.3.7	Die Übertragung von Teil-Geschäftsanteilen . . . . .	51
2.3.8	Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen . . . . .	52
2.4	Aktiengesellschaft . . . . .	53
2.4.1	Übertragung von Inhaberaktien . . . . .	53
2.4.2	Übertragung von Namensaktien . . . . .	53
2.4.3	Übertragung vinkulierter Namensaktien . . . . .	54
2.4.4	Zusätzliche Regelung über die Übertragbarkeit von Aktien in Aktionärsvereinbarungen . . . . .	54
2.4.5	Haftung von Veräußerer und Erwerber . . . . .	55
2.4.6	Formalitäten im Zusammenhang mit der Übertragung von Aktien . . . . .	55
	Literatur . . . . .	56
<b>3</b>	<b>§ 3 Tod eines Gesellschafters . . . . .</b>	<b>57</b>
3.1	Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft . . . . .	57
3.1.1	Tod eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters . . . . .	57
3.1.2	Tod eines Kommanditisten . . . . .	57
3.1.3	Gestaltungsformen im Gesellschaftsvertrag . . . . .	58
3.2	Rechtsnachfolge in Kapitalgesellschaftsanteile . . . . .	59
<b>4</b>	<b>§ 4 Geschäftsführung und Vertretung . . . . .</b>	<b>61</b>
4.1	Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	61
4.1.1	Allgemeines . . . . .	61
4.1.2	Geschäftsführung . . . . .	63
4.1.3	Vertretung . . . . .	65
4.2	Geschäftsführung und Vertretung bei der OHG . . . . .	66
4.2.1	Geschäftsführung . . . . .	66
4.2.2	Vertretung . . . . .	69
4.2.3	Beendigung von Geschäftsführung und Vertretung . . . . .	71
4.3	Kommanditgesellschaft . . . . .	72
4.3.1	Allgemeines . . . . .	72
4.3.2	Besonderheiten zur Geschäftsführung und Vertretung bei einer Kommanditgesellschaft . . . . .	73
4.3.3	Kapitalgesellschaft & Co. KG . . . . .	74

4.4	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	74
4.4.1	Allgemeines	74
4.4.2	Geschäftsführung	75
4.4.3	Vertretung	77
4.4.4	Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer	79
4.5	Aktiengesellschaft	82
4.5.1	Grundlagen	82
4.5.2	Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder, Beendigung des Vorstandsmandats	83
4.5.3	Geschäftsführung	86
4.5.4	Vertretung der Gesellschaft	88
4.5.5	Besondere Vorstandsmitglieder	89
4.5.6	Organpflichten des Vorstands	90
	Literatur	90
<b>5</b>	<b>§ 5 Die Versammlung der Anteilseigner</b>	<b>93</b>
5.1	Personengesellschaften	93
5.1.1	Allgemeines	93
5.1.2	Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung	94
5.2	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	95
5.2.1	Entscheidungsfindung der Gesamtheit der Gesellschafter	95
5.2.2	Zuständigkeiten kraft Gesetzes	95
5.2.3	Zuständigkeiten kraft Gesellschaftsvertrag und ungeschriebene Zuständigkeiten	97
5.3	Hauptversammlung der Aktiengesellschaft	98
5.3.1	Die Zuständigkeiten der Hauptversammlung	98
5.3.2	Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung für Geschäftsleitungsmaßnahmen in Ausnahmefällen	100
5.3.3	Ungeschriebene Zustimmungsvorbehalte der Hauptversammlung	101
	Literatur	102
<b>6</b>	<b>§ 6 Aufsichtsrat, Beirat</b>	<b>103</b>
6.1	Einführung	103
6.1.1	Freiwilliger Aufsichtsrat und Beirat	103
6.1.2	Exkurs: Die Einrichtung eines Beirats	104
6.2	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	105
6.2.1	Überblick	105
6.2.2	Fakultativer Aufsichtsrat	106
6.2.3	Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz	108
6.2.4	Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz	108
6.3	Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft	109
6.3.1	Grundlagen	109

6.3.2	Zuständigkeiten und Aufgaben des Aufsichtsrats	109
6.3.3	Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat	110
6.3.4	Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	113
	Literatur	113
<b>7</b>	<b>§ 7 Haftung</b>	<b>115</b>
7.1	Allgemeines	115
7.1.1	Definition/Begriffsklärung	115
7.1.2	Vertreter ohne Vertretungsmacht	116
7.1.3	Missbrauch der Vertretungsmacht	116
7.1.4	Haftung der Gesellschaft für das Handeln eines Vertreters	117
7.1.5	Persönliche Haftung des Vertreters	118
7.2	Haftung bei einer Personengesellschaft	118
7.2.1	Haftung gegenüber Dritten	118
7.2.2	Haftung gegenüber der Gesellschaft	119
7.2.3	GbR	120
7.2.4	KG	122
7.3	Haftung bei Kapitalgesellschaften	131
7.3.1	Allgemeines	131
7.3.2	GmbH	136
7.3.3	AG	149
7.4	GmbH & Co. KG	155
	Literatur	156
<b>8</b>	<b>§ 8 Besteuerung (Gesellschaftsebene, Gesellschafterebene)</b>	<b>157</b>
8.1	Allgemeines zur Besteuerung	157
8.2	Besteuerung der Personengesellschaften (inklusive GmbH & Co. KG)	158
8.2.1	Besteuerung der Gesellschaft	158
8.2.2	Einkommensteuerpflicht der Gesellschafter	159
8.2.3	Thesaurierungsrücklage bei Personenunternehmen, § 34 EStG	164
8.2.4	Nachversteuerung, § 34 Abs. 4 EStG	164
8.2.5	Zinsschranke, § 4 h Abs. 1 EStG	165
8.3	Besteuerung der Kapitalgesellschaften am Beispiel der GmbH	165
8.3.1	Steuersubjekt	165
8.3.2	Beginn der Steuerpflicht	165
8.3.3	Ende der Steuerpflicht	166
8.3.4	Mitwirkungspflichten	166
8.3.5	Umsatzsteuervoranmeldung	166
8.3.6	Körperschaft-, Umsatz- und Gewerbesteuererklärung sowie Steuerbilanz	167
8.3.7	Steuerliche Behandlung des Gewinns einer GmbH und von Gewinnausschüttungen	167

8.3.8	Besonderheiten im Zusammenhang mit der Besteuerung von Kapitalgesellschaften . . . . .	168
8.4	Steuerbelastungsvergleich GmbH & Co. KG und GmbH . . . . .	176
8.4.1	GmbH & Co. KG . . . . .	176
8.4.2	GmbH . . . . .	178
8.4.3	Fazit . . . . .	180
	Literatur . . . . .	180
<b>9</b>	<b>§ 9 Rechnungslegung, Publizität . . . . .</b>	<b>181</b>
9.1	Rechnungslegung und Publizität einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	182
9.2	Rechnungslegung und Publizität der OHG bzw. der Kommanditgesellschaft . . . . .	183
9.2.1	Rechtsgrundlagen . . . . .	183
9.2.2	Aufstellung des Jahresabschlusses . . . . .	183
9.2.3	Prüfung des Jahresabschlusses . . . . .	184
9.2.4	Feststellung des Jahresabschlusses . . . . .	184
9.2.5	Offenlegung . . . . .	185
9.2.6	Besonderheiten bei der Kapitalgesellschaft & Co. . . . .	185
9.3	GmbH . . . . .	186
9.3.1	Rechtsgrundlagen . . . . .	186
9.3.2	Aufstellung, Prüfung, Feststellung und Offenlegung des Jahresabschlusses . . . . .	187
9.3.3	Gewinnverwendung . . . . .	188
9.4	Aktiengesellschaft . . . . .	188
9.4.1	Rechtsgrundlagen . . . . .	188
9.4.2	Aufstellung, Prüfung, Feststellung und Offenlegung des Jahresabschlusses . . . . .	189
9.4.3	Sonderregelungen für börsennotierte Aktiengesellschaften . . . . .	191
9.4.4	Nichtigkeit von Jahresabschlüssen . . . . .	191
9.4.5	Gewinnverwendung . . . . .	192
	Literatur . . . . .	193
<b>10</b>	<b>§ 10 Austritt und (zwangsweises) Ausscheiden eines Gesellschafters . . . . .</b>	<b>195</b>
10.1	Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	195
10.1.1	Überblick . . . . .	195
10.1.2	Ausscheiden aufgrund Vereinbarung mit den Gesellschaftern . . . . .	196
10.1.3	Kündigung eines Gesellschafters . . . . .	196
10.1.4	Automatisches Ausscheiden aus der Gesellschaft . . . . .	197
10.1.5	Ausschließung eines Gesellschafters . . . . .	198
10.1.6	Rechtsfolgen des Ausscheidens und eines Ausschlusses eines Gesellschafters . . . . .	198

10.2	OHG	199
10.2.1	Überblick	199
10.2.2	Gesetzliche Ausscheidensgründe	199
10.2.3	Ausschluss eines Gesellschafters	202
10.2.4	Rechtsfolgen des Ausscheidens	204
10.3	Kommanditgesellschaft	205
10.3.1	Grundsatz	205
10.3.2	Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Kommanditgesellschaft	205
10.3.3	Ausschluss eines Gesellschafters	207
10.4	GmbH	207
10.4.1	Überblick	207
10.4.2	Kaduzierung	207
10.4.3	Einziehung (§ 34 GmbHG)	208
10.4.4	Kündigung/Austritt	210
10.4.5	Ausschluss eines Gesellschafters	210
10.5	Aktiengesellschaft	211
10.5.1	Allgemeines	211
10.5.2	Kaduzierung	211
10.5.3	Einziehung	212
10.5.4	Squeeze out	216
10.5.5	Eingliederung	216
10.5.6	Ausschluss eines Aktionärs aus wichtigem Grund	216
	Literatur	217
<b>11</b>	<b>§ 11 Auflösung der Gesellschaft</b>	<b>219</b>
11.1	Gesellschaft bürgerlichen Rechts	219
11.1.1	Allgemeines	219
11.1.2	Auflösungsgründe	220
11.1.3	Auseinandersetzung der Gesellschaft (§§ 730 ff. BGB)	222
11.2	OHG	224
11.2.1	Allgemeines	224
11.2.2	Auflösungsgründe	224
11.2.3	Weitere Maßnahmen im Zusammenhang mit der Auflösung einer Gesellschaft	227
11.2.4	Folgen der Auflösung	228
11.2.5	Das Liquidationsverfahren	229
11.3	Kommanditgesellschaft	230
11.3.1	Auflösungsgründe bei der Kommanditgesellschaft	230
11.3.2	Besonderheiten bei einer Zwei-Personen-KG	231
11.3.3	Besonderheiten bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG	231
11.3.4	Liquidation und Vollbeendigung der Kommanditgesellschaft	231

11.4 Gesellschaft mit beschränkter Haftung	232
11.4.1 Allgemeines	232
11.4.2 Auflösungsgründe	232
11.4.3 Anmeldungen und Eintragung der Auflösung	234
11.4.4 Fortsetzung der aufgelösten GmbH	235
11.4.5 Abwicklung der aufgelösten Gesellschaft	235
11.5 Aktiengesellschaft	236
11.5.1 Allgemeines	236
11.5.2 Auflösung	236
11.5.3 Abwicklung/Liquidation der Aktiengesellschaft	238
11.5.4 Vollbeendigung und Löschung	240
Literatur	240
<b>12 § 12 Umwandlung</b>	<b>241</b>
12.1 Allgemeines	241
12.1.1 Einzelrechtsnachfolge und Gesamtrechtsnachfolge	241
12.2 Zivilrecht	242
12.2.1 Umwandlungsarten	242
12.2.2 Ablauf einer Umwandlung	244
12.2.3 Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft	245
12.2.4 Umwandlung der Kapitalgesellschaften in eine Personengesellschaft (am Beispiel der GmbH & Co. KG)	249
12.2.5 Umwandlung bei Kapitalgesellschaften	250
12.2.6 Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten in Personengesellschaften (Mitunternehmerschaften)	256
12.3 Steuern	260
12.3.1 Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft	260
12.3.2 Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft	262
12.3.3 Verschmelzung von Kapitalgesellschaften	267
12.3.4 Spaltung von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften	270
12.3.5 Einbringung betrieblicher Sachgesamtheiten in Personengesellschaften (Mitunternehmerschaften)	273
Literatur	278
<b>13 § 13 Insolvenz</b>	<b>279</b>
13.1 Allgemeines	279
13.1.1 Die Krise	279
13.1.2 Krisenprävention	280
13.1.3 Pflichten in der Krise	281

---

13.2 (Regel-)Insolvenzverfahren . . . . .	283
13.2.1 Eröffnungsverfahren . . . . .	283
13.2.2 Eröffnungsbeschluss . . . . .	291
13.2.3 Hauptverfahren . . . . .	292
13.3 Insolvenzplan . . . . .	300
13.4 Umgang mit Gesellschafterleistungen in der Krise . . . . .	300
13.4.1 Allgemeines . . . . .	300
13.4.2 Die historische Lösung: Eigenkapitalersetzende Leistungen . . . . .	301
13.4.3 MoMiG und heutige Regelung . . . . .	301
Literatur . . . . .	303
<b>14 § 14 Mitbestimmung . . . . .</b>	<b>305</b>
14.1 Grundlagen . . . . .	305
14.2 Einzelunternehmen, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OHG und KG . . . . .	306
14.3 GmbH und Aktiengesellschaft . . . . .	307
14.4 Kapitalgesellschaft & Co. KG . . . . .	307
14.5 Konzernmitbestimmung . . . . .	308
Literatur . . . . .	309
<b>Anhang . . . . .</b>	<b>311</b>
<b>Sachverzeichnis . . . . .</b>	<b>323</b>

# § 1 Gründung der Gesellschaften

# 1

---

## 1.1 GbR

### 1.1.1 Allgemeines

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR** oder **BGB-Gesellschaft** genannt) ist eine – zumindest als Außengesellschaft – (**teil-)rechtsfähige Personenvereinigung**. Sie ist ein vertraglicher Zusammenschluss (durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder auch nur konkludent) mehrerer Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks (§ 705 BGB).<sup>1</sup> Dieser kann wirtschaftlicher oder ideeller Art sein, wobei es keine Rolle spielt, ob die Betätigung auf Dauer oder als Gelegenheitsgesellschaft zeitlich beschränkt ist. Diese Vielfalt der Zwecke ist auch – im Gegensatz zu den typischen Unternehmensformen der KG und OHG – ihre Stärke.

#### 1.1.1.1 Erscheinungsformen der GbR

Die GbR hat eine Vielzahl von Erscheinungsformen. Im Folgenden soll zunächst die Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft erfolgen und so dann werden einige besondere Erscheinungsformen exemplarisch aufgegriffen.

Abhängig davon, ob die Gesellschaft nach ihrem Zweck auf die Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtet ist oder nicht, kann eine GbR **Außen- oder Innengesellschaft** sein. Die Abgrenzung der beiden Erscheinungsformen ist für die Praxis sehr wichtig, weil sich die Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR nur auf die Außengesellschaft bezieht. Die Unterscheidung kann jedoch im Einzelfall schwierig sein.

##### 1.1.1.1.1 Innengesellschaft

Die GbR als Innengesellschaft bleibt auf interne Vereinbarungen zwischen ihren Gesellschaftern beschränkt und nimmt als Gesellschaft nicht am Rechtsverkehr teil. Sie

---

<sup>1</sup> MünchHdbGesR I/Möhrle § 5 Rn. 1 ff.

kann daher auch als Gesellschaft weder Vermögen erwerben noch die Gesellschaft treffende Verbindlichkeiten begründen. Sie ist im Gegensatz zur Außengesellschaft weder rechts- noch parteifähig.<sup>2</sup> **Rechtsbeziehungen** entstehen vielmehr nur **im Innenverhältnis** der Gesellschafter.

Auch für die Innengesellschaft ist ein Gesellschaftsvertrag notwendig, mit dem sich die Gesellschafter zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes verpflichten. Da es für den Vertrag, wie auch bei anderen Personengesellschaften, kein Formerfordernis gibt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die fraglichen Personen eine Gesellschaft bilden wollen, sie also Rechtsbildungswillen haben.

Die Innengesellschaft kann vielfältige Erscheinungsformen haben, von denen einige praktisch wichtige nachfolgend herausgegriffen sind:

- stille Beteiligung an einem Handelsgewerbe, nichtkaufmännischen Unternehmen oder Gesellschaftsanteil,
- Ehegattengesellschaft,
- Stimmrechtsbindungs- oder Konsortialvertrag (Verpflichtung mehrerer Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, ihr Stimmrecht einheitlich auszuüben),
- Kartell,
- Gelegenheitsgesellschaft, wie z. B. Fahrgemeinschaft, Lotto- und Totogemeinschaft, Wohngemeinschaft ohne Auftritt nach außen.

Mit Auflösung der Innengesellschaft ist diese auch beendet, da eine Liquidation mangels eines gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens nicht erforderlich ist. Jeder Innengesellschafter hat jedoch einen Anspruch auf Abrechnung und Auszahlung der im Rahmen der Innengesellschaften entstandenen Aufwendungen.<sup>3</sup>

#### 1.1.1.1.2 Außengesellschaft

Die **Außengesellschaft** ist dadurch gekennzeichnet, dass sie nach den unter den Gesellschaftern getroffenen Vereinbarungen als Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt und ein **Gesamthandsvermögen** bildet. Gesamthänderisches Vermögen liegt vor, wenn **mehrere Personen als Gesamtheit** Rechte an einem Vermögen haben.<sup>4</sup> Dabei hat eine GbR einerseits in Abgrenzung zu einer juristischen Person keine eigene Rechtspersönlichkeit, vielmehr steht das Vermögen den Gesellschaftern zu. Andererseits in Abgrenzung zu einer Bruchteilsgemeinschaft haben die Gesellschafter kein abtrennbares Recht an dem gesamthänderisch gehaltenen Vermögen,<sup>5</sup> d. h. eine Verfügung ist nur durch Handeln der Gesellschaftergesamtheit möglich.

Die GbR als Außengesellschaft tritt im Wirtschaftsleben in vielfältiger Gestalt auf.

<sup>2</sup> MüKo BGB/Schäfer § 705 Rn. 277 ff.

<sup>3</sup> BGH v. 08.01.1990, II-ZR 115/89; NJW 1990, 574.

<sup>4</sup> MüKo BGB/Schäfer § 718 Rn. 2.

<sup>5</sup> Anders z. B. bei einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück. Dort liegt eine Bruchteilsgemeinschaft vor.

Zum einen gehört hierzu der **Zusammenschluss von Gewerbetreibenden**, deren Gewerbebetrieb keinen in Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, also kein Handelsgewerbe gemäß §§ 1 und 2 HGB darstellt (Kleingewerbetreibende). Betreibt eine Gesellschaft ein Handelsgewerbe, liegt eine OHG vor.

Weiter war die GbR lange Zeit die wichtigste Organisationsform für freiberuflich Tätige (z. B. Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Architekten), denen der Weg in die Kapitalgesellschaft aus standesrechtlichen Gründen verwehrt gewesen ist. In den letzten Jahren hat sich diese Situation grundlegend verändert, da sich nun auch Steuerberater, Rechtsanwälte und auch Ärzte in der Gesellschaftsform einer Partnerschaftsgesellschaft (optional mit beschränkter Berufshaftung) oder auch einer Kapitalgesellschaft zusammenschließen dürfen. Zu unterscheiden ist hier zwischen **reinen Bürogemeinschaften**, bei welchen sich die Zusammenarbeit auf das gemeinsame Nutzen einer bestimmten Infrastruktur beschränkt, ohne dass eine Berufsgemeinschaft besteht und **Sozietäten**, in welcher die Gesellschafter auch ihren Beruf gemeinsam ausüben.

Die GbR ist ein wichtiges Instrument der gemeinsamen Durchführung von Geschäftsvorhaben, deren Umfang die Möglichkeit eines einzelnen Unternehmens übersteigt.

---

#### Beispiel

Großvolumige Bauvorhaben werden von mehreren Firmen in der Form einer Arbeitsgemeinschaft („Arge“) durchgeführt.<sup>6</sup>

Eine GbR kann als **Grundbesitzgesellschaft** dem Erwerb, Halten und Verwalten von Immobilien dienen. Wirtschaftlich bedeutsam sind z. B. geschlossene Immobilienfonds, Besitzgesellschaften für Betriebsgrundstücke oder der Zusammenschluss einer Investorengruppe zum Erwerb und der Bebauung eines Grundstücks.

GbRs übernehmen zudem nicht selten Hilfsfunktionen im Rahmen der Gesellschaftsverhältnisse, d. h., sie bilden die **Vorformen anderer Gesellschaftsformen**.

---

#### Beispiel

- Die Verabredung zur Gründung einer GmbH oder Aktiengesellschaft (Vorgründungsgesellschaft);
- eine am Markt auftretende ausländische gelöschte oder in Deutschland nicht anerkannte Kapitalgesellschaft;
- Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens mit Auftritt nach außen, wie ein Abiturjahrgang oder der gemeinsame Bau eines Mehrfamilienhauses.

### 1.1.1.2 Zweck der Gesellschaft

Die Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks durch die Gesellschafter ist gem. § 705 BGB Voraussetzung für das Bestehen einer GbR. Der Gesellschaftszweck ist das, was

---

<sup>6</sup> BGH v. 08.11.1978, VIII-ZR-190/77; BB 1979, 136.

die Gesellschafter als Ziel für ihre gemeinsame Unternehmung festlegen.<sup>7</sup> Der Gesellschaftszweck einer GbR grenzt diese nicht nur von anderen Rechtsformen ab, sondern entscheidet auch über die praktisch wichtige Frage, ob es sich um eine Innen- oder Außengesellschaft handelt. Fehlt es an der gemeinsamen Zweckförderungsabsicht, liegt keine Gesellschaft, sondern im Regelfall ein Austauschvertrag vor.

Mit der GbR können nicht nur kommerzielle, sondern **alle erdenklichen Zwecke** (kulturelle, wissenschaftliche, sportliche, gemeinschaftliche usw.) verfolgt werden; bei diesen ist freilich im Einzelfall zu prüfen, ob rechtliche Bindung gewollt ist oder eine unverbindliche Verabredung vorliegt (für diese Abgrenzung wird es häufig darauf ankommen, ob einer der Beteiligten im gemeinsamen Interesse Aufwendungen gemacht hat). Gemeinsamkeit des Zwecks bedeutet, dass jeder der Vertragsschließenden an der Erreichung des Ziels interessiert sein muss.

Im Prinzip kann die Gesellschaft ihren Zweck frei wählen, solange er zulässig und seine Erreichung möglich ist. Jedoch findet diese Freiheit ihre Grenze in §§ 134 und 138 BGB: Verstößt der vereinbarte Zweck gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, ist der Gesellschaftsvertrag nichtig.

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus § 105 Abs. 1 HGB: Der Zusammenschluss zum Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes unter gemeinsamer Firma ist zwingend OHG oder KG. Die GbR selbst ist damit auch nicht Formkaufmann gem. § 6 HGB. Eine GbR ohne vollkaufmännisches Gewerbe wird zudem gem. §§ 2, 5, 105 Abs. 2 HGB mit ihrer Eintragung in das Handelsregister zu einer OHG oder KG. Außerdem können bestimmte Zwecke nur in bestimmten Rechtsformen erreicht werden. Bei bestimmten Tätigkeiten muss zudem eine vorherige behördliche Genehmigung erfolgen (z. B. Immobilienwirtschaft; § 34c GewO).

Der Gesellschaftszweck ist auch ein wichtiges Kriterium für die Abgrenzung der GbR von anderen, verwandten Rechtsinstituten, wie der Bruchteilsgemeinschaft als Regelung über Rechte und Pflichten bei einer Inhaberschaft Mehrerer an einem Recht (§§ 741 ff. BGB), wie beispielsweise dem Bruchteils- oder Miteigentum (§§ 1008 ff. BGB).

### 1.1.1.3 Namensführung

Bei der Namensgebung ist darauf zu achten, dass keine Verwechslungsgefahr mit einer kaufmännischen Firma besteht.

Die GbR ist nicht Kaufmann und kann deshalb **keine Firma** i. S. d. HGB führen. Zulässig ist allerdings, dass sie im Rechtsverkehr einen Namen (Rechtsbezeichnung) verwendet, dem im Hinblick auf ihre Rechts- und Parteifähigkeit besondere Bedeutung zukommt.<sup>8</sup> Wie dieser Name zulässigerweise zu bilden ist, ist im Einzelnen nach wie vor umstritten; der BGH spricht von einer „im Verkehr verwendeten Sammelbezeichnung“.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> MünchHdbGesR I/Möhrle § 5 Rn. 34 ff.

<sup>8</sup> Palandt/Sprau, § 705 Rn. 25 [5].

<sup>9</sup> BGH v. 15.07.1997, XI-ZR-154/96; BGHZ 1997, 254.

und hat damit den Weg frei gemacht für eine an den Bedürfnissen der Praxis ausgerichteten Namensführung.

Für die Namensführung gelten die folgenden Anforderungen:

Der **Gesellschaftsname** kann unstreitig aus den Namen aller oder mehrerer Gesellschafter gebildet werden.

**Zusätze**, die den Geschäftsbetrieb oder das Gesellschaftsverhältnis bezeichnen, sind zulässig sofern keine Verwechslungsgefahr mit einer kaufmännischen Firma oder der Partnerschaftsgesellschaft besteht.

Der Zusatz „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „GbR“ ist nicht zwingend, aber zur Klarstellung zu empfehlen. Bezeichnungen wie ARGE, Konsortium oder Gemeinschaft deuten auf eine GbR hin.

Zulässig ist auch ein verkürzter Gesamtname, der nicht alle oder gar keinen Gesellschafternamen enthält.<sup>10</sup>

Im Grundbuch nach § 47 Abs. 2 GBO und in einer Gesellschafterliste einer GmbH nach § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG sind stets die Namen aller Gesellschafter einzutragen.

## 1.1.2 Gründung

### 1.1.2.1 Gesellschafter

Zur Gründung einer GbR sind **mindestens zwei Gesellschafter** erforderlich. Einpersonengründungen sind, anders als bei Kapitalgesellschaften, nicht möglich.

Gesellschafter einer GbR können sein:

- natürliche Personen,
- juristische Personen (in- und ausländische Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine)
- Personengesellschaften, auch eine andere GbR,
- nicht rechtsfähige Vereine,
- **Nicht:** Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Bruchteilsgemeinschaft.

### 1.1.2.2 Gesellschaftsvertrag

#### 1.1.2.2.1 Allgemeines

Die GbR beruht, wie alle Personengesellschaften, auf einem **Vertrag**. Der Vertrag muss mindestens die Abrede enthalten, dass sich die Gesellschafter zur **Förderung eines gemeinsamen Zwecks** zusammenschließen und dazu die vereinbarten Beiträge leisten (§ 705 BGB). Dabei handelt es sich um einen Schuldvertrag, durch den die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Gesellschafter sowie das organisatorische Gefüge der Gesellschaft begründet wird. Aus der Systematik des BGB, das die Gesellschaft im besonderen

---

<sup>10</sup> BVerwG v. 20.02.1987, 2 C 14/84, NJW 1987, 3020.

Teil des Schuldrechts regelt, ergibt sich für den Gesellschaftsvertrag die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte. Das gilt aber nur im Grundsatz, für den die Rechtsprechung eine Reihe wichtiger Ausnahmen geschaffen hat. Sie betreffen vor allem Mängel des Gesellschaftsvertrags, die seine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bewirken.

Im Gesellschaftsrecht besteht in Fällen der Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrags allerdings eine durch die Literatur und Rechtsprechung entwickelte Besonderheit, die sogenannte **fehlerhafte Gesellschaft**.<sup>11</sup> Nach den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte wäre eine Gesellschaft, deren Gesellschaftsvertrag nichtig ist, nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln. Dies bedeutet, jede Zahlung und Leistung zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und Dritten und Gesellschaftern auf der anderen Seite wäre rückgängig zu machen. Bei einer wirtschaftlich aktiven (in Vollzug gesetzten) Gesellschaft ist eine derartige Rückabwicklung praktisch oft schwer oder gar nicht möglich. Daher wird eine solche auf nichtigem Gesellschaftsvertrag beruhende Gesellschaft als „fehlerhafte“ Gesellschaft behandelt. Für die Vergangenheit wird die Gesellschaft als wirksam betrachtet.<sup>12</sup> Für die Zukunft erhalten die Gesellschafter ein außerordentliches Kündigungsrecht der Gesellschaft, dessen Ausübung die Liquidation der Gesellschaft zur Folge hat.

Da die Gründung keinem Publizitätserfordernis unterliegt, eine Eintragung der GbR im Handelsregister also nicht erforderlich und auch nicht möglich ist, **entsteht** die Gesellschaft **mit Abschluss** des **Gesellschaftsvertrags**, sofern nicht eine abweichende Vereinbarung besteht.

Der Vertrag ist grundsätzlich nicht formbedürftig, so dass er schriftlich, mündlich oder durch schlüssiges (konkludentes) Verhalten abgeschlossen werden kann. Nur in Ausnahmefällen sind besondere Formerfordernisse zu beachten. Sind einzelne Abreden im Gesellschaftsvertrag formbedürftig, kann der Gesellschaftsvertrag im Ganzen formbedürftig werden.

#### Beispiel

Ein Grundstück wird in das Gesamthandsvermögen einer GbR eingebracht. Nach § 311b Abs. 1 BGB ist der ganze Vertrag beurkundungsbedürftig.

Beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist außerdem darauf zu achten, ob er **genehmigungsbedürftig** ist. Soll für einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ein Erwerbsgeschäft betrieben werden (was bei OHG und KG immer der Fall ist), dann genügt es nicht, wenn der gesetzliche Vertreter für den Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten handelt. Gem. §§ 1643, 1822 Ziff. 3 BGB ist außerdem die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht erforderlich. Ist der gesetzliche Vertreter oder

<sup>11</sup> MüKo BGB/Schäfer § 705 Rn. 323 ff.

<sup>12</sup> Die Wirksamkeit ist jedoch nicht unbeschränkt. Wird durch die Gesellschaft in besonders schutzbedürftige Rechte eingegriffen, beispielsweise durch Verpflichtungen für Minderjährige, bleiben diese rückwirkend unwirksam. Zu Einzelfällen siehe MüKo BGB/Schäfer § 705 Rn. 335 ff.

der Betreuer ebenfalls an der Gesellschaft beteiligt, muss unter Umständen gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Umfasst die Beitragspflicht eines im gesetzlichen Güterstand verheirateten Gesellschafters faktisch sein ganzes Vermögen, dann ist gem. § 1365 BGB die Einwilligung seines Ehegatten erforderlich.

Diese Bestimmungen gelten grundsätzlich auch für die nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrags.

In der Praxis werden Gesellschaftsverträge, die den gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens zum Gegenstand haben, **meist schriftlich** abgeschlossen (wenn nicht notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist). Dabei wird regelmäßig vereinbart, dass Vertragsänderungen der Schriftform bedürfen. Danach wären mündliche Abreden entsprechend den Auslegungsvorschriften des § 125 Satz 2 BGB im Zweifel nichtig. Allerdings sieht die Rechtsprechung in mündlich vereinbarten Gesellschaftsvertragsänderungen meist konkludent eine vereinbarte Aufhebung der Schriftformklausel.<sup>13</sup> Somit ist in den meisten Fällen auch eine mündliche Änderung des Gesellschaftsvertrags wirksam, die Schriftform dient primär der Beweissicherung.

#### 1.1.2.2.2 Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens

Der Gesellschaftsvertrag muss Angaben zum Zweck der Gesellschaft enthalten. Es gelten die vorstehenden Ausführungen. Weiterhin kann der Gesellschaftsvertrag Angaben zum **Gegenstand des Unternehmens** enthalten. Während der Zweck der Gesellschaft das Ziel der Gesellschaft (z. B. Gewinnerzielung) bezeichnet, umschreibt der Unternehmensgegenstand die geplante praktische Umsetzung (z. B. Betrieb eines Immobiliengewerbes, mit welcher das Ziel erreicht werden soll).<sup>14</sup>

#### 1.1.2.2.3 Inhalt des Vertrags

Abhängig vom Gesellschaftszweck können im Vertrag insbesondere folgende Punkte regelungsbedürftig sein:

- Gesellschaftszweck,
- Gegenstand des Unternehmens,
- Dauer der Gesellschaft,
- Geschäftsführung und Vertretung,
- Beirat,
- interne Beschlussfassung,
- Einlagen,
- Gewinn- und Verlustbeteiligung,
- Wettbewerbsverbot,
- Ausscheiden eines Gesellschafters,
- Tod eines Gesellschafters,
- Auflösung/Liquidation der Gesellschaft.

<sup>13</sup> BGH v. 05.02.1968, II ZR 85/67.

<sup>14</sup> MünchHdbGesR I/Weipert § 6 Rn. 11.

### 1.1.2.3 Anwendbare Rechtsvorschriften

Die GbR wird durch die §§ 705–740 BGB geregelt. Damit ist die Bedeutung dieser Vorschriften aber nicht erschöpft; sie gelten vielmehr gemäß §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2, 233 Abs. 2 und 234 HGB sowie § 1 Abs. 4 PartGG ergänzend für OHG, KG, stille Gesellschaft und Partnerschaftsgesellschaft; außerdem sind sie gem. § 54 S. 1 BGB auf nichtrechtsfähige Vereine anzuwenden.

Die gesetzlichen Regelungen zur GbR stehen überwiegend zur Disposition der Gesellschafter, können im Gesellschaftsvertrag nahezu beliebig modifiziert werden; nur soweit der Gesellschaftsvertrag zu einem bestimmten Punkt schweigt, kommt die gesetzliche Regelung zur Anwendung (Auffangfunktion).

---

## 1.2 Vorbemerkungen/Gemeinsamkeiten der Kaufleute

### 1.2.1 Handelsgewerbe

Wesensmerkmal eines Kaufmanns ist, dass er ein **Handelsgewerbe** betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB). Ein Handelsgewerbe (und damit die Kaufmannseigenschaft) liegt vor, wenn zwei Kriterien erfüllt sind:

- Es muss eine gewerbliche Betätigung vorliegen und
- die gewerbliche Betätigung muss nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§ 1 Abs. 2 HGB).

Ein **Gewerbe** liegt vor, wenn es sich um eine planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige und auf Gewinnerzielungsabsicht ausgerichtete Tätigkeit handelt. Nicht unter den handelsrechtlichen Gewerbebegriff fallen die Ausübung eines freien Berufs (z. B. Arzt, Rechtsanwalt), die Verfolgung ideeller Ziele ohne Gewinnerzielungsabsicht, die bloße Verwaltung eigenen Vermögens sowie wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten.

Ein **Handelsgewerbe** liegt in Abgrenzung zu einem Kleingewerbe vor, wenn der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Entscheidend ist dabei allein das Erfordernis einer kaufmännischen Einrichtung, unabhängig davon, ob eine solche kaufmännische Einrichtung tatsächlich vorhanden ist. Grundsätzlich wird vermutet, dass jeder Gewerbebetrieb auch ein Handelsgewerbe betreibt; deshalb trägt der Kleingewerbetreibende bei einem Streit über die Eintragungspflicht die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das Unternehmen keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Für die Abgrenzung zwischen Handelsgewerbe und Kleingewerbe ist das Gesamtbild des Gewerbebetriebs maßgebend, das sich aus allen im Einzelfall relevanten Kriterien zusammensetzt, ohne dass zahlenmäßig bezifferte Grenzwerte gesetzlich festgelegt sind. Hinsichtlich der Art des Geschäftsbetriebs kann es z. B. auf die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen ankommen; hinsichtlich des Umfangs der Geschäftstätigkeit können

Umsatzvolumen, Anlage- und Betriebskapital, Zahl und Funktion der Mitarbeiter sowie Größe, Anzahl und Organisation der Betriebsstätten entscheidend sein.<sup>15</sup>

Die Vorschriften über Kaufleute sind auf Handelsgesellschaften anwendbar, bei diesen handelt es sich um sogenannte **Formkaufleute** (§ 6 Abs. 1 HGB). Formkaufleute gelten als Kaufleute, unabhängig davon, ob sie tatsächlich ein Handelsgewerbe betreiben. Die OHG und KG sind Handelsgesellschaften ausweislich der Überschrift des Zweiten Buches des HGB „Handelsgesellschaften und Stille Gesellschaft“. Für die GmbH und AG ist die Einstufung als Handelsgesellschaft ausdrücklich gesetzlich normiert (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 Abs. 1 AktG).

## 1.2.2 Firma

Kaufleute müssen gem. § 17 HGB eine **Firma** führen. Die Firma ist der Name des Unternehmens, unter dem es seine Geschäfte betreibt, nicht etwa das Unternehmen oder der Betrieb selbst. Zwischen beiden besteht jedoch eine unlösbare Verknüpfung, da die Firma nur mit dem Unternehmen zusammen und niemals selbstständig veräußert werden kann.

### 1.2.2.1 Gesellschaften, die eine Firma führen müssen

Zur Firmenführung verpflichtet sind alle Handelsgesellschaften, da sie gemäß § 6 HGB die Kaufmannseigenschaft besitzen. Gesellschaften, welche Nichtkaufleute sind, führen hingegen keine Firma i. S. d. HGB.

### 1.2.2.2 Grundsätze der Firmenbildung

Die Firma setzt sich aus mehreren Teilen zusammen: einer Personen-, Sach- oder Fantasiebezeichnung, dem Rechtsformzusatz und eventuell noch weiteren Zusätzen. Eine **Personenfirma** lehnt sich an den Namen der Gesellschafter an (Vor- und Zunamen), die **Sachfirma** leitet sich von dem Unternehmensgegenstand ab, während eine **Fantasiefirma** reine Fantasiebezeichnungen enthält. Heute ist anerkannt, dass eine Vermischung von Firmentypen zulässig ist.

Da die Firma den Inhaber des Unternehmens individualisieren und den Rechtsverkehr vor Täuschung schützen soll, ist die Wahlfreiheit durch einige **Firmengrundsätze** eingeschränkt:

Die Firma muss gemäß § 18 Abs. 1 HGB Kennzeichnungsfähigkeit und Unterscheidungskraft besitzen und sich von bereits bestehenden Firmen unterscheiden (**Firmenunterscheidbarkeit**).

Eine Eignung zur Kennzeichnung liegt vor, wenn die Bezeichnung Namensfunktion hat (keine Bildzeichen).

---

<sup>15</sup> Kögel DB 1998, S. 1802 ff. [4]: Entscheidungshilfen für die Frage, ob ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist.

Unterscheidungskraft besitzt eine Firmenbezeichnung dann nicht, wenn nach der Verkehrsauffassung des angesprochenen Publikums Verwechslungsgefahr mit anderen Firmen (innerhalb Deutschlands) besteht.

Jede Firma muss sich von am gleichen Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden und im Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (§ 30 Abs. 1 HGB). Es wird grundsätzlich die zuerst eingetragene Firma geschützt (**Prioritätsgrundsatz**).

- ▶ **Praxishinweis** Vor der notariellen Beurkundung und Eintragung der Firma in das Handelsregister empfiehlt sich die Vorab-Abfrage der Firma bei der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer, da die Registergerichte den Firmennamen dort vor Eintragung teilweise abfragen. Ist die zulässige Firmierung bereits im Vorfeld abgeklärt, kann so eine Verzögerung oder Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vermieden werden.

### Rechtsformzusatz

Die Gesellschaften haben beim Rechtsformzusatz die Wahl zwischen der ausgeschriebenen Form oder einer zulässigen Abkürzung (siehe Tab. 1.1).

### Firmenwahrheit

Gemäß dem Grundsatz der **Firmenwahrheit** darf die Firma nicht irreführend sein. Dieses Irreführungsverbot bedeutet, dass die Firma keine Angaben enthalten darf, welche geeignet sind, über die geschäftlichen Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB).

Eine ersichtlich zur Irreführung geeignete Firma wird nicht in das Handelsregister eingetragen (§ 18 Abs. 2 Satz 2 HGB).

### Firmeneinheit

Nach dem Grundsatz der **Firmeneinheit** darf ein Kaufmann für ein und dasselbe Unternehmen nur eine Firma führen. Die Führung mehrerer Firmen für ein einziges Unternehmen ist grundsätzlich unzulässig.

### Firmenöffentlichkeit

Entsprechend dem Grundsatz der **Firmenöffentlichkeit** muss die Firma durch Eintragung im Handelsregister sowie durch Pflichtangaben auf den Geschäftsbriefen der Öffentlichkeit kundgegeben werden.

**Tab. 1.1** Rechtsformzusatz der verschiedenen Gesellschaftstypen

Langform/Abkürzungen	Gesetzliche Regelung
Offene Handelsgesellschaft/OHG, oHG, oH, OH	§ 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB
Kommanditgesellschaft/KG	§ 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB
Gesellschaft mit beschränkter Haftung/GmbH	§ 4 GmbHG
Aktiengesellschaft/AG	§ 4 AktG

### 1.2.3 Angaben auf Geschäftsbriefen

Zum Schutz des Rechtsverkehrs sind Kaufleute verpflichtet, umfassende Pflichtangaben auf ihren Geschäftsbriefen zu machen (siehe Tab. 1.2).

- ▶ **Praxishinweis** Geschäftsbriefe sind schriftliche Mitteilungen an einen bestimmten Adressaten, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit abgegeben werden.

Auf die Form, in der die schriftliche Mitteilung an den Adressaten gelangt, kommt es nicht an. Geschäftsbriefe sind daher auch Faxe, Fernschreiben, Telegramme, Telebriefe, Telekopien und E-Mails soweit sie an bestimmte Personen gerichtet werden.

Die Regelungen über Angaben auf Geschäftsbriefen gelten für Einzelkaufleute (§ 37 a HGB) für die OHG (§ 125 a HGB) und die KG (§ 177 a HGB), die AG (§ 80 AktG) und die GmbH (§ 35 a GmbHG).

Für nichtkaufmännische Gewerbetreibende (insbesondere GbRs) besteht keine generelle Pflicht über Angaben auf Geschäftsbriefen. Es empfiehlt sich aus Vorsichtsgründen

**Tab. 1.2** Erforderliche Angaben auf Geschäftsbriefen

Gesellschaft	Erforderliche Angaben
Bei allen genannten Gesellschaften	Rechtsform Sitz Registergericht Nummer im Handelsregister
Zusätzliche erforderliche Angaben für bestimmte Gesellschaftsformen	
GmbH	Alle Geschäftsführer (Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen) Falls ein Aufsichtsrat gebildet wurde: Aufsichtsratsvorsitzender (Name und mindestens ein ausgeschriebener Vorname) Stammkapital und ausstehende Einlagen (falls Angaben zum Stammkapital gemacht werden)
AG, KGaA	Vorstandsmitglieder (Familiename und mindestens ein ausgeschriebener Vorname)/Komplementäre Vorsitzender des Aufsichtsrats (Familiename und mindestens ein ausgeschriebener Vorname) Vorstandsvorsitzender: als solcher zu bezeichnen Grundkapital und ausstehende Einlagen (falls Angaben zum Grundkapital gemacht werden)
GmbH & Co. KG, OHG, KG <b>ohne</b> natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter	Firmen der Gesellschafter bei persönlich haftenden Gesellschaftern in der Rechtsform der AG oder GmbH: alle für diese Gesellschaften vorgeschriebenen Angaben auf Geschäftsbriefen

dennoch die Angabe von eindeutigen Informationen über die Identität auf Geschäftsbriefen von nichtkaufmännischen Gewerbetreibenden. So kann ein Vertragsschluss mit der GbR als korrekter Partei sichergestellt und dem denkbaren UWG-rechtlichen Vorwurf der Irreführung entgegnet werden.

Fehlen die erforderlichen Angaben, bleiben die Erklärungen der Gesellschaft trotzdem gültig. Das Registergericht kann aber ein Zwangsgeld von bis zu 5000 € verhängen (§ 37 a Abs. 4 HGB i. V. m. § 14 Satz 2 HGB).

Neben den rechtsformspezifischen Pflichtangaben für Gesellschaften können alle Gesellschaften weiteren Informationspflichten unterliegen. Auf diese kann an dieser Stelle nicht abschließend eingegangen werden. Als Beispiel seien die Informationspflichten auf Websites nach § 5 Telemediengesetz und die Pflichtangaben bei Erbringung bestimmter Dienstleistungen nach der Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung genannt.

---

## 1.3 KG

### 1.3.1 Allgemeines

Die KG ist eine Gesellschaft, deren Zweck gem. § 161 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wenn bei einem oder bei einigen Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (**Kommanditisten**), während bei einem oder einigen Gesellschaftern eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (**Komplementär** oder **persönlich haftender Gesellschafter**).

Für die Gründung einer Kommanditgesellschaft sind keine besonderen Formvorschriften zu beachten. Es muss lediglich ein Komplementär und ein Kommanditist vorhanden sein, die nicht personenidentisch sein dürfen.<sup>16</sup> Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich formfrei.<sup>17</sup> Ein schriftlich abgefasster Gesellschaftsvertrag ist allerdings schon aus Dokumentations- und Nachweisgründen empfehlenswert und auch in der Praxis die Regel. In jedem Fall muss die Gesellschaft gem. §§ 106, 161 Abs. 2 HGB und die Haftsumme der Kommanditisten gem. § 172 HGB durch notarielle Anmeldung ins Handelsregister eingetragen werden.

Soweit die Regelungen zur KG keine eigenständigen Regelungen enthalten, sind die ausführlicheren gesetzlichen Vorschriften für die offene Handelsgesellschaft heranzuziehen (§ 161 Abs. 2 HGB).

---

<sup>16</sup> OLG Hamm, v. 01.12.1998, 15 W 404/98; strittig ist die Frage, ob bei weiteren Gesellschaftern ein Gesellschafter sowohl Komplementär und Kommanditist sein kann, siehe MüKo HGB/Grunewald § 161 Rn. 4 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>17</sup> MüKo HGB/Grunewald § 161 Rn. 14.

### 1.3.1.1 Zweck der Gesellschaft

Der **Gesellschaftszweck** der KG ist nach der gesetzlichen Definition der Betrieb eines Handelsgewerbes. Auch Gesellschaften, die kein Handelsgewerbe, sondern nur ein Kleingewerbe betreiben, oder solche, die lediglich eigenes Vermögen verwalten, können die Rechtsform der KG wählen, indem sie sich **freiwillig in das Handelsregister eintragen** lassen (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB).

### 1.3.1.2 Praktische Bedeutung und Erscheinungsformen

Die KG ist eine – insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen – geeignete Rechtsform, bei der es oft nicht allein auf den Kapitaleinsatz, sondern vor allem auch auf den persönlichen Arbeitseinsatz der Gesellschafter ankommt. Die unbeschränkte Haftung der Komplementäre führt in der Regel zu einer höheren Kreditwürdigkeit der KG im Vergleich zu Kapitalgesellschaften.

Die **KG**, insbesondere in der Form der GmbH & Co. KG, hat im Wirtschaftsleben eine größere Bedeutung als die OHG.<sup>18</sup> Ihre Beliebtheit beruht darauf, dass sich neben den persönlich haftenden Komplementären ein oder mehrere Kommanditisten mit beschränkter Haftung an einer Personengesellschaft beteiligen können. Die KG ist eine **geeignete Gesellschaftsform für Familiengesellschaften**, da sie eine differenzierte Beteiligung der Familienmitglieder nach ihren persönlichen Verhältnissen (z. B. Umfang der Mitarbeit, Qualifikation und Alter usw.) ermöglicht.

### 1.3.1.3 Juristische Selbstständigkeit

Die KG ist als Personengesellschaft genau wie eine juristische Person rechtlich selbstständig, auch wenn sie keine juristische Person ist.

Sie kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Über ihr Vermögen kann selbstständig das Insolvenzverfahren eröffnet werden (§ 11 Abs. 2 InsO). Zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel erforderlich (§§ 124 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB).

---

<sup>18</sup> Im Jahr 2016 standen jeweils ca. 15.000 OHGs und KGs in Deutschland ca. 145.000 GmbH & Co. KGs gegenüber (Quelle: [https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/Voranmeldungen\\_Rechtsformen.html](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzenSteuern/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/Voranmeldungen_Rechtsformen.html), abgerufen am 21.09.2018).