

Petra Duif / Christoph Martin / Thomas Wiegmann

Bilanzierung von Personengesellschaften

Petra Duif / Christoph Martin
Thomas Wiegmann

Bilanzierung von Personengesellschaften

Das neue Bilanzrecht
richtig anwenden



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

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010

Lektorat: RA Andreas Funk

Gabler ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, 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.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Ten Brink, Meppel

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in the Netherlands

ISBN 978-3-8349-1649-5

Vorwort

Personengesellschaften stellen im Wirtschaftsleben ein unentbehrliches Gestaltungsinstrument beim Zusammenschluss mehrerer Personen dar. Auf Grund der rechtlichen Besonderheiten existieren nicht nur im Bereich des Steuerrechts sondern auch bei der Bilanzierung für Personengesellschaften eine Vielzahl von zu beachtenden Folgeaspekten.

Mit dem vorliegenden Buch sollen dem Leser auf verständliche Art und Weise das Recht der Personengesellschaften sowie die damit verbundenen Folgen für die Anwendung in der Praxis nähergebracht werden. Zu diesem Zweck sind neben einer Vielzahl von Beispielen auch Übersichten eingearbeitet.

Inhaltlich enthält das Buch 3 wesentliche Bereiche:

1. eine Darstellung der zivilrechtlichen Grundlagen wesentlicher Personengesellschaftsformen im deutschen Recht.
2. eine Darstellung der handels- und ertragsteuerlichen Behandlung bei Personengesellschaften, insbesondere
 - die handelsrechtliche Bilanzierung bei Personengesellschaften,
 - die ertragsteuerliche Gewinnermittlung und Bilanzierung bei Personengesellschaften,
 - die Bilanzierung bei Gründung einer Personengesellschaft und die Fortentwicklung der Bilanzen,
 - die Bilanzierung beim Ausscheiden eines Gesellschafters/Gesellschafterwechsel und die Fortentwicklung der Bilanzen,
 - bilanzielle Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG, bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern sowie bei der Bilanzierung von Beteiligungen.
3. die umsatzsteuerliche Behandlung bei Personengesellschaften im Hinblick auf Leistungsbeziehungen zwischen der Personengesellschaft und ihren Gesellschaftern

Eingearbeitet sind die sich durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 28.05.2009 ergebenden Rechtsänderungen.

Kleve, Hüllhorst, Kamp-Lintfort im Juli 2009 Petra Duif, Christoph Martin, Thomas Wiegmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
§ 1 Personengesellschaften im Zivilrecht	15
A. Einführung in das Gesellschaftsrecht	15
I. Der Begriff der Gesellschaft (Gesellschaftsbegriff im weiteren Sinn)	15
II. Einzelheiten zu den Tatbestandsmerkmalen der Gesellschaft	15
1. Personenvereinigung	16
2. privatrechtlich	16
3. rechtsgeschäftlicher Zusammenschluss	16
4. Verfolgung eines bestimmten (erlaubten) gemeinsamen Zwecks	16
5. Förderungspflicht	18
6. begrifflich keine Gesellschaften sind	18
III. Überblick über wesentliche Gesellschaftsformen	18
IV. Rechtsgrundlagen für Personengesellschaftsformen	19
1. Allgemeines	19
2. Anwendung der §§705 ff. BGB bei anderen Personengesellschaften	19
V. Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften	20
1. (Teil-)Rechtsfähigkeit von OHG und KG	20
2. (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR	20
B. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder BGB-Gesellschaft) – §§705 – 740 BGB	22
I. praktische Bedeutung der GbR	22
II. Gründung einer GbR	23
1. Gesellschafter einer GbR	23
2. Gesellschaftsvertrag einer GbR	23
a) Allgemeines	23
b) Grundsatz der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags	24
c) Grundsatz der Vertragsfreiheit (Inhalt des Gesellschaftsvertrags)	24
3. gemeinsamer Zweck einer GbR	24
4. Förderungspflicht/Beiträge	25
III. Entstehungszeitpunkt einer GbR	25
IV. Organisation der GbR	26
1. Geschäftsführung und Vertretung bei der GbR im Überblick	26
2. Die Geschäftsführung bei der GbR (§§709ff. BGB)	27
a) gesetzliche Regelung (§709 Abs. 1 BGB)	27
b) gesellschaftsvertragliche (dispositive) Regelung der Geschäftsführung (§709 Abs. 2 BGB)	27
c) Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung	28
3. Vertretung bei der GbR (§§714, 715 BGB)	29
a) gesetzliche Regelung	29
b) dispositive Regelung im Gesellschaftsvertrag	29
c) Entziehung und Kündigung der Vertretungsmacht (§715 BGB)	29
V. Gesellschaftsvermögen der GbR (§§718 – 719 BGB)	30
1. Beiträge	30
2. erworbene Gegenstände	31

3.	Früchte des Gesellschaftsvermögens	31
4.	Ersatz für Gegenstände des Gesellschaftsvermögens	31
VI.	gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens	
	(\$719 BGB)	31
VII.	Anteil am Gesellschaftsvermögen	32
VIII.	Haftung für Gesellschaftsschulden	33
1.	Gesellschaftsschulden	33
2.	Haftung der Gesellschaft für Gesellschaftsschulden	
	(\$124 HGB analog)	33
3.	Haftung der Gesellschafter (\$128 HGB analog)	33
a)	Allgemeines	33
b)	akzessorische Haftung bei der GbR	
	(\$128 Abs. 1 HGB analog, h.M.)	33
c)	Haftung der Gesellschafter im Einzelnen	33
d)	Haftung für Steuerschulden der GbR	34
e)	Haftung nach dem Ausscheiden aus der GbR	
	(\$736 Abs. 2 BGB)/ beim Gesellschafterwechsel/ Gesellschaftereintritt	34
IX.	Gewinn- und Verlustbeteiligung – zivilrechtliche	
	Entnahmerechte bei der GbR (\$721 – 722 BGB)	35
1.	Gesetzlicher Verteilungsmaßstab (\$722 BGB)	35
2.	Abweichender vertraglicher Gewinnverteilungsschlüssel	35
3.	Entnahmerechte	35
X.	Veränderungen im Personenbestand einer GbR	36
1.	Ausscheiden eines Gesellschafters (\$736, 738 BGB)	36
2.	Eintritt eines neuen/weiteren Gesellschafters	36
3.	Gesellschafterwechsel	36
4.	Bilanzielle Darstellung der Fälle	37
XI.	Auflösung/ Beendigung einer GbR	37
C.	Die Offene Handelsgesellschaft/OHG (§§105 – 160 HGB)	38
I.	Rechtsgrundlagen und praktische Bedeutung	38
1.	handelsrechtliche Rechtsgrundlagen	38
II.	Rechtsfähigkeit/Rechtsnatur der OHG	38
III.	Gründung einer OHG	38
1.	Gesellschafter der OHG	39
2.	Gesellschaftsvertrag	39
3.	„qualifizierter“ Gesellschaftszweck (\$105 Abs. 1 HGB)	39
a)	Gesellschaftszweck = Handelsgewerbe (\$1 Abs. 2 HGB)	39
b)	Gesellschaftszweck = Kleingewerbetreibende	
	(\$105 Abs. 2 HGB)	41
c)	Gesellschaftszweck = Verwaltung eigenen Vermögens	
	(\$105 Abs. 2 HGB)	41
d)	OHG/KG bei Steuerberatern	
	(\$49 Abs. 1 und Abs. 2, 50 Abs. 1 S. 3 StBerG)	41
4.	unter gemeinschaftlicher Firma der OHG	41
5.	keine Haftungsbeschränkung	41
6.	Förderungspflicht/Beiträge	42
7.	Anmeldung zum Handelsregister	42

IV. Entstehungszeitpunkt einer OHG (§123 HGB)	42
1. Handels- und steuerrechtliche Folgen der Gründung	43
a) HGB	43
b) Steuerrecht	43
V. Organisation der OHG	44
1. Geschäftsführung (§§114 – 118 HGB)	44
2. Vertretung der oHG (§§125 -127 HGB)	46
VI. Gesellschaftsvermögen der OHG	47
1. Gesamthandsvermögen (§§105 Abs. 3 HGB , 718, 719 BGB)	47
2. bilanzielle Darstellung des handelsbilanziellen Gesamthandsvermögens der OHG im Überblick	47
VII. Eigenkapital der OHG /Kapitalanteil des Gesellschafters im Gesamthandsbereich der OHG	47
1. Begriff Kapitalanteil	48
2. Gesetzliche Regelung zum Kapitalanteil (§120 Abs. 2 HGB)	48
3. Abweichende übliche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung über das Kapitalkonto	49
VIII. Haftung für Gesellschaftsschulden der OHG (§§124, 128 HGB)	50
1. Haftung der Gesellschaft	50
2. Haftung der Gesellschafter (§128 S. 1 HGB)	50
IX. Gewinn- und Verlustbeteiligung – Entnahmerecht	51
1. Gewinn- und Verlustbeteiligung nach Gesetz (§121 HGB)	51
2. Verlustverteilung nach §121 Abs. 3 HGB	52
3. Besonderheiten bei der Zinsberechnung (§121 Abs. 1 und 2 HGB)	52
4. Gewinnverteilung nach dem Gesellschaftsvertrag	54
I. Entnahmerechte bei der OHG	55
II. Veränderungen im Personenbestand einer OHG	55
III. Auflösung/ Beendigung einer OHG	55
D. Die Kommanditgesellschaft/KG (§§161 – 177a HGB)	56
I. Rechtsgrundlagen und Kennzeichen der KG (§161 Abs. 1 HGB)	56
1. Kennzeichen der KG	56
2. Rechtsgrundlagen der KG	56
II. Rechtsfähigkeit der KG	57
III. Gründung einer KG	57
1. Gesellschafter der KG	57
a) Gesellschaftsvertrag	57
2. „qualifizierter“ Gesellschaftszweck (§161 Abs. 1 HGB)	57
3. Förderungspflicht/Beiträge	58
a) Beiträge des Komplementärs	58
b) Beiträge des Kommanditisten	58
4. Anmeldung zum Handelsregister	59
IV. Entstehungszeitpunkt der KG	59
V. Organisation der KG	59
1. Geschäftsführung (§§164 – 166 HGB)	59
2. Vertretung der KG (§170 HGB)	60
VI. Gesellschaftsvermögen einer KG	60
VII. Haftung für Gesellschaftsschulden der KG	61

1. Haftung der Gesellschaft	61
2. Haftung der Komplementärs	61
3. Haftung der Kommanditisten (§§171ff. HGB)	61
a) Kerngedanke der Haftung der Kommanditisten bei der KG	61
b) Erlöschen und Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten	62
(1) Rückzahlung vom Kapitalanteil des Kommanditisten, §172 Abs. 4 S.1 HGB)	62
(2) Entnahme von Gewinnanteilen in den Fällen des §172 Abs. 4 S. 2 HGB	62
VIII. Gewinn- und Verlustbeteiligung – Entnahmerecht	62
1. Gewinn- und Verlustbeteiligung (§§167, 168 HGB)	62
a) Gewinnverteilung nach §168 Abs. 1 HGB	63
b) Verlustverteilung nach §168 Abs. 2 HGB	63
c) Gewinnverteilung nach dem Gesellschaftsvertrag	63
IX. Kapitalanteile/Kapitalkonten im Gesamthandsvermögen der KG	64
1. gesetzliche Regelungen bei Kommanditgesellschaften	64
a) Komplementär (§161 Abs. 2 iVm. §§120 – 122 HGB)	64
b) Kommanditist (§§167, 169 HGB)	64
2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen	65
X. Entnahmerechte bei der KG	68
XI. Veränderungen im Personenbestand einer KG	68
XII. Auflösung/Beendigung einer KG	69
E. Besondere Gesellschaftsformen	69
I. Die GmbH & Co. KG, §§161 ff. HGB, §1 ff. GmbHG (sowie bestimmte Einzelschriften wie z. B. §§19 Abs. 2, 172 Abs. 6, 172 a, 177 a HGB)	69
1. Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG	69
2. Gründung der GmbH & Co. KG	71
3. Vertretung der GmbH & Co. KG	71
4. Bilanzierung bei der typischen GmbH & Co. KG (§264a HGB)	71
II. Die Publikumspersonengesellschaft	71
III. Die stille Gesellschaft (§§230 – 236 HGB)	72
1. Begriff der stillen Gesellschaft	72
2. Gründung/Organisation der stillen Gesellschaft	73
a) Gründung der stillen Gesellschaft/Entstehung	73
b) Gesellschafter der stillen Gesellschaft	73
c) Organisation bei der stillen Gesellschaft	73
3. Gewinn/Verlustbeteiligung/Entnahmerechte/Haftung	73
4. Auflösung/Beendigung der stillen Gesellschaft	74
5. stille Gesellschaft im Steuerrecht	74
a) Abgrenzung zwischen typisch stiller und atypisch stiller Gesellschaft	74
b) Abgrenzung der stillen Gesellschaft zum partiarischen Darlehen	74
IV. Die Partnerschaft (§§1 ff. PartGG)	75
1. Gründung/Organisation der Partnerschaft	75
a) Gründung der Partnerschaft	75
b) Organisation der Partnerschaft	76

	2. Vermögen/Gewinn/Verlustbeteiligung/Entnahmerechte/Haftung	76
	3. Ausscheiden/Auflösung/Beendigung der stillen Gesellschaft	76
§ 2	Personengesellschaften	77
	A. Grundlegende Informationen zu Personengesellschaften	77
	I. Die unterschiedlichen Gesellschaftsformen	77
	(1) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	77
	(2) Offene Handelsgesellschaft	78
	(3) Kommanditgesellschaft	79
	(4) Stille Gesellschaft	80
	(5) Partnerschaftsgesellschaft	81
	II. Die Besteuerung der Mitunternehmerschaften	81
	III. Buchführungspflicht der Personengesellschaft	82
	1. Buchführungspflicht nach Handelsrecht	82
	2. Buchführungspflicht nach Steuerrecht	83
	3. Kapitalkonten bei PersGes	83
	IV. Gründung einer Personengesellschaft	84
	1. Bargründung	84
	2. Sachgründung	85
	a) Wirtschaftsgüter aus dem Privatvermögen	85
	b) Wirtschaftsgüter aus einem anderen (Sonder-)Betriebsvermögen	86
	V. Einkünfte aus Gewerbebetrieb/Gewinnermittlungsart/ Steuerliche Gewinnermittlung	88
	1. Einkünfte aus Gewerbebetrieb	88
	2. Qualifizierung von Einkünften aus Mitunternehmerschaft (§15 Abs. 1 Nr. 2 EStG (H 15.8 Abs. 1 EStH))	88
	3. Gewinnermittlungsart	89
	4. Steuerliche Gewinnermittlung	89
	5. Stufen der Gewinnermittlung bei Personengesellschaften	95
	B. Übertragung	95
	I. Übertragung (nach dem 31.12.2000) von Einzel-WG der PersGes auf den Gesellschafter und umgekehrt	95
	1. Übersicht über die Überführung und die Übertragung von Einzel- Wirtschaftsgütern bei PersGes	96
	2. Unentgeltliche Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen (ab 2002), §6 Abs. 3 EStG (H 6.14 EStH)	97
	3. Übertragung von Wirtschaftsgütern aus Gesamthandsvermögen in . . .	98
	4. Übertragung eines WG aus dem Sonderbetriebsvermögen in	101
	5. Übertragung eines WG aus Privatvermögen eines Mitunternehmers in	105
	6. Übertragung eines WG aus anderem Betriebsvermögen eines MU in	106
	7. Sonstige Leistungen des anderen Betriebs für die PersGes	109
	II. Negatives Kapitalkonto – §15a EStG	109
	1. Grundtatbestand des § 15a EStG	110
	2. Anteil am Verlust der KG	110
	3. Begriff des Kapitalkontos	111
	4. Maßgebendes Kapitalkonto	111

5. Erweiterter Verlustausgleich nach §15a Abs. 1 Satz 2	112
6. Nach § 15a Abs. 2 EStG verrechenbare Verluste	112
7. Einlagenminderung	112
III. Gewerbesteuerentlastung	113
IV. Betriebsvermögen der GmbH und Co. KG	115
1. Gesamthandsvermögen	116
a) Handelsrecht	116
b) Steuerrecht	116
c) Kapitalkonten der Gesellschafter	116
d) Entnahmerechte	119
2. Sonderbetriebsvermögen	119
a) Sonderbetriebsvermögen der GmbH	120
b) Sonderbetriebsvermögen der Kommanditisten	120
C. Ergänzungsbilanzen	121
I. Grundsätzliches	121
II. Fallgestaltungen	124
1. Einbringung	124
2. Eintritt eines weiteren Gesellschafters in eine PersG	129
3. Übertragung und Überführung von Einzel-WG §6 V EStG	133
4. Gesellschafterwechsel	136
5. Sondervorschriften	141
III. Fortführung von Ergänzungsbilanzen	144
IV. Auflösung von Ergänzungsbilanzen	148
V. Praktische Bedeutung	149
1. Höhe des Kapitalkontos bei Transaktionen von Gesellschaftsanteilen	149
2. §15a EStG	149
3. Erbschaft- und Schenkungsteuer bei Übertragung von MitU-Anteilen	150
4. §4 IVa EStG	153
D. Bilanzsteuerliche Behandlung von Pensionszusagen einer Personengesellschaft an einen Gesellschafter (§§6 Abs. 3, & 6a EStG)	154
I. Allgemeines	154
II. zeitliche Anwendung der neuen BFH-Rechtsprechung (Rdnr. 10 – 11)	155
III. „Härtefall- und Billigkeitsregelungen“ (Rdnr. 5 und Rdnr. 20)	155
1. Billigkeitsregelung nach Rdnr. 5 des BMF-Schreibens	156
2. Beibehaltung der bisherigen Handhabung	157
IV. Behandlung von Pensionszusagen an einen Gesellschafter unmittelbar durch die Personengesellschaft	157
V. Rückdeckungsversicherung bei Pensionszusagen	158
VI. Behandlung von Pensionszusage an einen KG-Gesellschafter durch die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG	158
VII. Pensionszusage im Rahmen einer doppelstöckigen Personengesellschaft iSd. §15 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG	159
1. Begriff der latenten Steuern	159
2. Regelungen nach §274 HGB n.F.	160

a)	Zeitlicher und persönlicher Anwendungsbereich	160
b)	Voraussetzungen einer latenten Steuer	160
c)	Aktivierung/Passivierung	160
d)	Einzelheiten zum Bilanzposten „latente Steuern“ (§274 Abs. 2 HGB n.F.)	161
e)	Übersicht zu latenten Steuern	162
E.	Umsatzsteuerliche Probleme im Überblick	162
I.	Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft	162
1.	Der umsatzsteuerliche Status des Gesellschafters	162
2.	Leistungsaustausch	163
3.	Geschäftsführungsleistungen	163
4.	Haftungsvergütung	164
F.	Verfahrensrechtliche Probleme	164
G.	Übungsfälle 166	
H.	Anlage 1 – §§15, 15a EStG	182
I.	Anlage 2 – R 15.8 Mitunternehmerschaft	185
J.	Anlage 3 – H 15a Verluste bei beschränkter Haftung	195
K.	Anlage 4 – UstR Leistungsaustausch bei Gesellschaftsverhältnissen	202
§ 3	Umsatzsteuerliche Behandlung von Gesellschafterleistungen	211
A.	Allgemeines 211	
B.	Leistungsgewährung aus Anlass der Gründung einer Gesellschaft bzw. aus Anlass der Veränderung im Gesellschafterbestand	212
I.	Allgemeines	212
II.	Ebene der Gesellschaft	212
1.	Veräußerung bzw. Ausgabe von Kapitalgesellschaftsanteilen	214
2.	Vorsteuerabzug aus Sacheinlage aus dem Unternehmen eines Gesellschafters	214
III.	Ebene der Gesellschafter	214
IV.	Beispiel	215
1.	Ebene der Gesellschaft bei Aufnahme des Gesellschafters A	215
2.	Ebene des Gesellschafters A	215
3.	Ebene der Gesellschaft bei Aufnahme des Gesellschafters B	215
4.	Ebene des Gesellschafters B	216
5.	Ebene der Gesellschaft bei Aufnahme des Gesellschafters C	216
6.	Ebene des Gesellschafters C	216
V.	Abschließendes Beispiel	217
C.	Leistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft – Leistungsaustausch	218
I.	Selbständigkeit	218
1.	Allgemeines	218
2.	Selbständigkeit juristischer Personen	221
a)	Einheits-GmbH & Co. KG	221
b)	Weiterführende Beispiele	222
3.	Selbständigkeit natürlicher Personen	223
4.	Selbständigkeit bei der GmbH & Co. KG	224
II.	Leistungen gegen (gewinnunabhängiges) Sonderentgelt (Leistungsaustausch)	225

1. Zusammenfassendes Beispiel	229
2. Praxisprobleme	230
3. Unentgeltliche Überlassung	231
III. Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter	232
IV. Austritt/Ausscheiden aus der Personengesellschaft	233
V. Fälle zur PKW Überlassung	233
D. Halten von Beteiligungen als gewerbliche oder berufliche Tätigkeit – Unternehmereigenschaft	238
I. Zuordnung von Beteiligungen zum Unternehmen	241
II. Veräußerung von Beteiligungen aus dem unternehmerischen Bereich	242
E. Die umsatzsteuerliche Organschaft	242
I. Bedeutung	242
II. tatbestandliche Voraussetzungen der Organschaft	244
1. Organträger	244
2. Organgesellschaft	244
3. Eingliederungsmerkmale	245
a) Allgemeines	245
b) Finanzielle Eingliederung	245
c) wirtschaftliche Eingliederung	246
d) organisatorische Eingliederung	247
4. weitere aktuelle Entscheidungen	248
a) Holding	248
b) Reaktion der FinVerw	249
III. Rechtsfolgen der Organschaft	249
Stichwortverzeichnis	251

§ 1 Personengesellschaften im Zivilrecht

A. Einführung in das Gesellschaftsrecht

Gesellschaften finden sich nicht nur im Wirtschaftsleben, sondern entstehen häufig im täglichen Leben, ohne dass es den betreffenden Personen bewusst ist eine Gesellschaft gegründet zu haben. Die Gründe der beteiligten Personen, sich mit einem anderen zusammenzuschließen, können dabei völlig unterschiedlich sein. Einige gründen zur Kostensenkung eine Fahrgemeinschaft zur Arbeit, während andere wirtschaftliche bzw. finanzielle Kapazitäten vereinigen wollen.

Allein das deutsche Gesellschaftsrecht bietet hierfür eine Vielzahl von Gesellschaftsformen, die sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen ergeben (z. B. BGB, HGB, PartGG, AktG, GmbHG). Zu beachten ist dabei, dass die in deutschen Rechtsquellen enthaltenen Gesellschaftsformen abschließend aufgeführt sind (sog. numerus clausus der Gesellschaftsformen); d.h., dass nur solche Gesellschaftsformen zulässig sind, welche der Gesetzgeber zur Verfügung gestellt hat (sog. Typenzwang). Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit findet seine Begründung zum einen im Schutz des Rechtsverkehrs, weil jeder der in Rechtsbeziehung zu einer Gesellschaft tritt, dem Grunde nach bereits an der Rechtsform erkennen können soll, wie die Gesellschaft strukturiert ist. Zum anderen ist jede Gesellschaft nur ein rechtliches Konstrukt und somit etwas nicht Sichtbares bzw. Greifbares.

I. Der Begriff der Gesellschaft (Gesellschaftsbegriff im weiteren Sinn):

Traditionell wird eine Gesellschaft definiert als eine

- privatrechtliche Personenvereinigung,
- deren Mitglieder sich rechtsgeschäftlich zusammengeschlossen haben,
- um einen bestimmten (nach h.M. erlaubten) Zweck,
- gemeinsam zu verfolgen („Förderungspflicht“).

Diese Definition stimmt im Wesentlichen überein mit der Definition einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, vgl. dazu §705 BGB). Dies ist auch folgerichtig, da die GbR den Urtyp zumindest aller Personengesellschaften darstellt.

II. Einzelheiten zu den Tatbestandsmerkmalen der Gesellschaft:

Die traditionelle Definition der Gesellschaft dient heutzutage im Wesentlichen zur Abgrenzung von anderen Personenvereinigungen, die zivilrechtlich nicht als Gesellschaften anzusehen sind, da Einigkeit darüber besteht, welche Rechtsformen als Gesellschaften iSd. Gesellschaftsrechts anzusehen sind.

1. Personenvereinigung:

- 4 Für eine Personenvereinigung iSd. der o.g. Definition sind nach absolut h.M. **grds.** mindestens **2 Personen** erforderlich. Scheidet also der vorletzte Gesellschafter einer (Personen)Gesellschaft aus, so endet die Gesellschaft und wird ggf. in Form eines Einzelunternehmens weitergeführt (vgl. nur BGH in BGHZ 24, 106).

Ausnahmen von dem Erfordernis von mindestens 2 Gesellschaftern sind kraft gesetzlicher Anordnung neben der sog. Einmann-AG (§2 AktG) auch die sog. Einmann-GmbH (§1 GmbHG)

2. privatrechtlich:

- 5 Das Merkmal „privatrechtlich“ dient der Abgrenzung zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen denen durch Gesetz, Verwaltungsakt oder sonstigem Hoheitsakt eine Hoheitsmacht oder rechtliche Selbständigkeit verliehen wird.

➤ Beispiel:

keine privatrechtlichen Gesellschaften sind z. B. ARD, Sparkassen sowie sonstige juristische Personen des Öffentlichen Rechts.

3. rechtsgeschäftlicher Zusammenschluss:

- 6 Erforderlich für jede Gesellschaft ist zudem ein rechtsgeschäftlicher (Personen-) Zusammenschluss. Dieser wird bewirkt durch einen Vertrag zwischen den Vertragsparteien, dem Gesellschaftsvertrag. D.h., dass eine Gesellschaft zumindest nicht – von Beginn an – aufgrund einer gesetzlichen Regelung entstehen kann wie dies bei Gemeinschaften (vgl. z. B. §§947, 948, 2032ff. BGB) möglich ist. Aus einer solchen Gemeinschaft kann aufgrund eines zumindest konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrags in der Zukunft auch eine Gesellschaft werden.

➤ Beispiel:

Eine Erbengemeinschaft stellt gem. §2032 ff. BGB keine Gesellschaft (i.w.S.) dar, weil diese durch das Gesetz entsteht (§§2032, 1922 BGB). Ziel einer solchen Erbengemeinschaft ist es, die Erbschaft/Erbsmasse auf die einzelnen Miterben zu verteilen. Beschließen die Erben hingegen, die vorhandene Erbsmasse dauerhaft zu nutzen, so haben sie damit zumindest konkludent einen Gesellschaftsvertrag geschlossen und damit in der Regel eine Personengesellschaft gegründet.

4. Verfolgung eines bestimmten (erlaubten) gemeinsamen Zwecks:

- 7 **bestimmter Zweck:**

Es muss von der Personenvereinigung bzw. von allen beteiligten Personen ein bestimmter/konkreter Zweck gemeinsam verfolgt werden wie z. B.:

- Betrieb eines Handelsgewerbes/ kleinkaufmännischen Betriebs,
- gemeinsamer Praxisbetrieb insbesondere von Freiberuflern,
- Fahrgemeinschaften,
- „Lotto-Gemeinschaften“/Tippgemeinschaften

- gemeinsame Grundstücksverwaltung (§105 Abs. 2 HGB Umkehrschluss)
- Arbeitsgemeinschaften (z. B. Autobahnbau)

erlaubter Zweck:

8

Nach h.M. muss dieser Zweck aus zivilrechtlicher Sicht erlaubt sein. Dies ist der Fall, wenn der Zweck von der Rechtsordnung als zulässig erkannt wird. Nicht erlaubt sind hingegen Zwecke, die gegen gesetzliche Verbote (§134 BGB) oder gegen die guten Sitten verstoßen (§138 BGB). Liegt ein solcher Verstoß vor, so führt dies zivilrechtlich regelmäßig zur Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags.

➤ Beispiel:

A und B wollen gemeinsam einen Coffeshop (Handel mit Marihuana etc.) in Deutschland betreiben. Zulässig?

💡 Lösung:

Nach dt. Recht ist der Handel mit von Betäubungsmitteln nach dem BtMG unter Strafe gestellt und damit verboten. Zivilrechtlich wäre ein solcher Gesellschaftszweck also unzulässig. Der Gesellschaftsvertrag wäre nach §134 BGB nichtig.

⚠ Beachte:

Erzielt eine solche „Gesellschaft“ Gewinne, so unterliegen diese trotz zivilrechtlicher Unwirksamkeit nach §41 AO der Besteuerung.

gemeinsamer Zweck (insbesondere Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft, §741 ff. BGB und zur Ehe, §1353 BGB):

9

Erforderlich ist bezogen auf den Gesellschaftszweck zweierlei, nämlich dass:

1. alle Gesellschafter/Personen zusammen gemeinschaftlich (kooperativ) einen Zweck verfolgen wollen, der nicht nur über die Einzelinteressen der einzelnen Beteiligten (**sog. überindividueller Zweck**), sondern auch über gesetzliche vorgegebene Zwecke hinausgeht und
2. jeder Vertragspartner von den anderen Beteiligten die Förderung dieses Zweckes verlangen kann.

Im gemeinsamen Zweck besteht der wesentliche Unterschied zu der Bruchteilsgemeinschaft (§741 ff. BGB). Deren Beteiligte haben zwar im Hinblick auf das gemeinschaftliche Recht (z. B. Eigentum) gleichgerichtete Interessen; sie verfolgen hingegen keinen gemeinsamen Zweck iSd. §705 BGB. Aufgrund der erheblichen rechtlichen Unterschiede ist daher eine Abgrenzung erforderlich. So kann z. B. bei der GbR der Gesellschafter nicht über seinen Anteil frei verfügen (§719 BGB), der Gesellschafter einer Bruchteilsgemeinschaft hingegen schon (§747 BGB).

Gehört mehreren Personen eine Sache, so bilden diese Personen eine GbR, weil ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, wenn die Miteigentümer den Gegenstand nicht nur Halten und Verwalten (allgemeine übliche Nutzung) wollen, sondern darüber hinaus noch weitere Zwecke verfolgen.

10

➤ Beispiel:

Michael und Ralf S. sind begeisterte Segler. Sie vereinbaren zusammen die gemeinsame Anschaffung einer Hochseesegelyacht, um an allen großen Regatten teilnehmen zu können und entsprechende Preisgelder vereinnahmen zu können. Es wird vereinbart, dass jeder ½ der Anschaffungskosten und der lfd. Kosten tragen soll.

Erweiterung:

Außerdem erwerben beide einen privaten PKW, den beide getrennt in ihrer Freizeit nutzen wollen. Es werden Vereinbarungen über den Erwerb, die Nutzung und Kostentragung des PKW getroffen.

Haben Ralf und Michael eine GbR gegründet?

11  Lösung:

Eine GbR liegt vor, wenn R und M einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, in dem sie sich zur Verfolgung und Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet haben (§705 BGB).

a. Segeljacht:

Der Vertragsschluss ist in der Abrede, gemeinsam eine Segeljacht zu erwerben, zu sehen.

Der gemeinsame Zweck besteht darin, an Regatten teilzunehmen, um Preisgelder zu vereinnahmen. Dieser Zweck geht über die Verteilung der AK und der lfd. Kosten, also **das Halten und Verwalten** hinaus (§744 f. BGB Umkehrschluss). Die Förderungspflicht der beiden Personen ergibt sich daraus, dass beide je ½ der Kosten tragen müssen. M und R haben also eine GbR gegründet.

b. PKW:

Im Gegensatz zu der Jacht haben beide nur die Kostentragung sowie die Nutzung geregelt, also das Halten und Verwalten. Diese Vereinbarung stellt lediglich eine Konsequenz der gesetzlichen Regelung bei der Bruchteilsgemeinschaft (vgl. §744f. BGB) dar und führt nicht zu einem für eine Gesellschaft erforderlichen gemeinsamen Zweck. Denn jeder kann seine eigenen Zwecke mit dem Wagen verfolgen. M und R haben also keine GbR gegründet

5. Förderungspflicht:

- 12 Förderungspflicht bedeutet, dass jeder einzelne Gesellschafter von dem/den anderen die Förderung des vereinbarten Zwecks verlangen kann und alle Gesellschafter diese fördernde Tätigkeit auch dem oder den anderen zugute kommt.

6. begrifflich keine Gesellschaften sind:

- 13 Nach dem oben Gesagten sind damit rein begrifflich keine Gesellschaften:

- Stiftungen (§§80ff. , 82 BGB)

Bei diesen handelt es sich um rechtlich als selbständige Vermögensmassen anerkannte Rechtsträger, bei denen es an der Personenvereinigung mangelt.

- *Körperschaften des ÖR*, da diese nicht privatrechtlich entstehen.

- *Erbengemeinschaften*, da diese kraft Gesetz (§§2032ff., 1922 BGB) entstehen.

- *eheliche Lebensgemeinschaften*, da diese keinen bestimmten Zweck iSd. o.g. Definition verfolgen, sondern kraft Gesetz der Herstellung einer umfassenden Lebensgemeinschaft (§1353 Abs. 1 S. 2 BGB) dienen. Etwas anderes gilt nur, wenn ein über diese Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck verfolgt wird.

- *Bruchteilsgemeinschaften* (§§741ff. BGB), da den Beteiligten nur ein Vermögensgegenstand gemeinsam gehört.

III. Überblick über wesentliche Gesellschaftsformen:

- 14 Die Gesellschaften lassen sich einteilen in die Personengesellschaften und die Körperschaften.

Die wichtigsten **Personengesellschaften** sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG). Weitere Personengesellschaften sind die – steuerlich auch nicht zu vernachlässigende – stille Gesellschaft, die EWIV (europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung), die Partnerschaft und die Reederei. Die GmbH & Co. KG und die meisten Publikumsgesellschaften sind Sonderformen der KG.

Die wichtigsten **Körperschaften** sind der Verein als Grundform der Körperschaften, die GmbH und die Aktiengesellschaft. Weitere Körperschaften sind die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die Genossenschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG).

Gesellschaften im weiteren Sinn	
Personengesellschaften Grundtyp: GbR (§§705ff. BGB)	Körperschaften Grundtyp: Verein (§§21 ff. BGB) <ul style="list-style-type: none"> ■ rechtsfähiger Verein (§55ff. BGB) ■ nichtrechtsfähiger Verein (§54 BGB)
Sonderformen: <ul style="list-style-type: none"> ■ OHG (§§105ff. HGB) ■ KG (§§161ff. HGB) ■ Stille Gesellschaft (§§230ff. HGB) ■ Partnerschaftsgesellschaft (§1ff. PartGG, für freie Berufe) ■ Reederei (§§489ff. HGB) ■ EWIV 	Sonderformen: <ul style="list-style-type: none"> ■ Aktiengesellschaft (AG; AktG) ■ KGaA (§§287ff. BGB) ■ GmbH (GmbHG) ■ Unternehmungsgesellschaft (UG) haftungsbeschränkt (§5a GmbHG, ab 01.11.2008) ■ Genossenschaft (GenG) ■ Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VersAufsG)
Beachte: <u>numerus clausus der Gesellschaftsformen („Typenzwang“)</u> = Es können nur solche Gesellschaften (ggf. als Mischform) gegründet werden, die in einem Gesetz enthalten sind (z. B. die GmbH & Co. KG)	

IV. Rechtsgrundlagen für Personengesellschaftsformen:

1. Allgemeines:

Die Vorschriften des Urtyps aller Personengesellschaften, der GbR, sind im BGB in den §§705 – 740 BGB geregelt. Diese Normen kommen nur dann zur Anwendung, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist (idR. also bei Gelegenheitsgesellschaften). 15

Neben den §§705ff. BGB finden auch die Regelungen der allgemeinen Teils des Schuldrechts bei der GbR Anwendung (z. B. §§275, 280 BGB), da die GbR-Normen im 2. Buch des BGB geregelt sind. Gleiches gilt auch für die Regelungen im Allgemeinen Teil des BGB.

2. Anwendung der §§705 ff. BGB bei anderen Personengesellschaften:

Die §§705 BGB werden auch – über Verweisungsvorschriften bei der OHG und der KG angewendet (§§105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Die GbR ist damit die Urmutter aller Personengesellschaften. 16

Dieses „Verwandtschaftsverhältnis“ zwischen den Gesellschaften findet auch in den gesetzlichen Vorschriften seinen Niederschlag und führt zu folgendem Schaubild:

GbR	OHG	KG
Personengesellschaft	Personenhandelsgesellschaft	Personenhandelsgesellschaft
1. §705ff. BGB	1. §§105ff. HGB	1. §§161ff. HGB
BGB Schuldrecht allgemeiner Teil BGB Allgemeiner Teil	§105 Abs. 3 HGB iVm. §705 ff. BGB	§161 Abs. 2 HGB iVm. §105ff. HGB
	BGB Schuldrecht allgemeiner Teil BGB Allgemeiner Teil	§105 Abs. 3 HGB iVm. §705 ff. BGB BGB Schuldrecht allgemeiner Teil BGB Allgemeiner Teil

V. Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften

- 17 Nach allgemeinem Verständnis ist Rechtsfähigkeit die Eigenschaft der Rechtssubjekte, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Diese beginnt im Zivilrecht bei Menschen/natürlichen Personen mit der Vollendung der Geburt, bei Körperschaften/juristischen Personen mit der entsprechenden Registrierung (vgl. z.B. §21 BGB für den nicht wirtschaftlichen Verein und §§13 Abs. 1, 11 Abs. 1 GmbHG für die GmbH) oder staatlicher Verleihung (vgl. §22 BGB). Man spricht insoweit von einer (Voll-)Rechtsfähigkeit.

1. (Teil-)Rechtsfähigkeit von OHG und KG:

- 18 Für die Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG) enthält die Vorschrift des §124 Abs. 1 HGB (ggf. iVm. §16a Abs. 2 HGB) eine Aussage über deren Rechtsfähigkeit. Hiernach können diese Gesellschaften unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Da insoweit eine Ähnlichkeit mit der gesetzlichen Vorschrift des §13 Abs. 1 GmbHG besteht, wurde den Personenhandelsgesellschaften schon bisher eine (Teil-) **Rechtsfähigkeit** zugewiesen (zur Partnerschaftsgesellschaft, vgl. §7 Abs. 2 PartGG).

2. (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR:

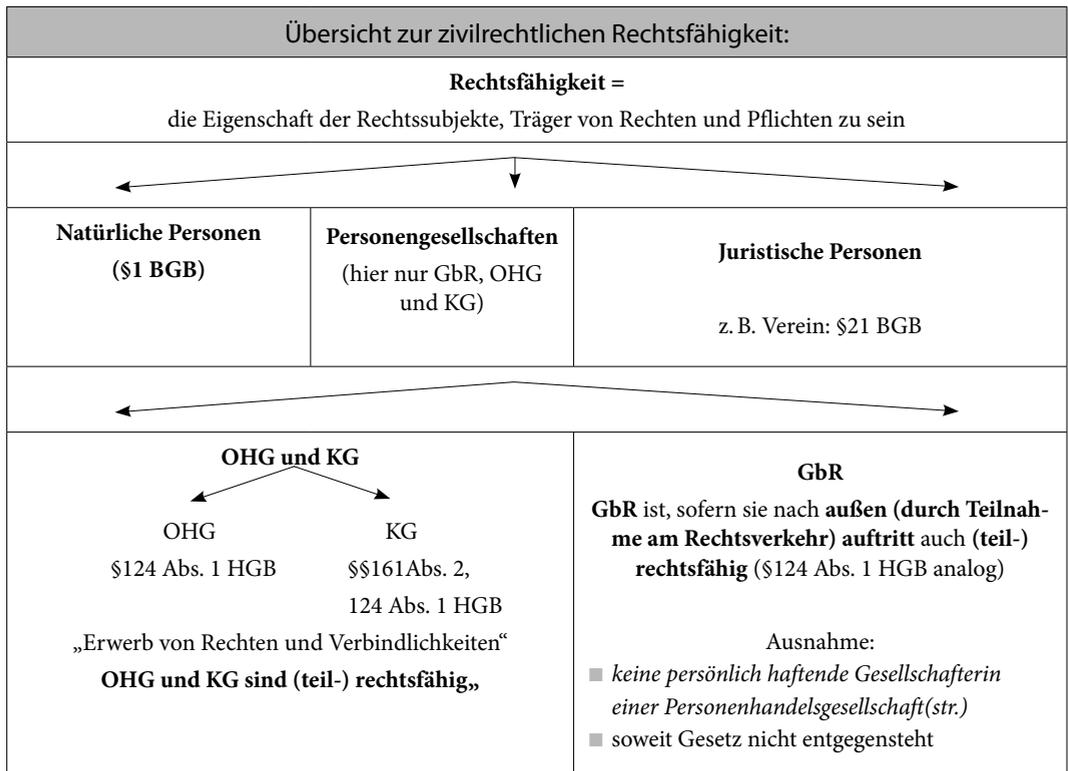
- 19 Umstritten war hingegen früher die (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR. Seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001 (BGHZ 146, 341) wird heute überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine GbR, die im Rechtsverkehr gegenüber Dritten in Erscheinung tritt (sog. Außengesellschaft), ebenso wie die OHG und die KG analog §124 Abs. 1 HGB (teil-) rechtsfähig ist, soweit nicht spezielle gesetzliche Regelungen entgegenstehen. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die GbR die Urmutter

aller Personengesellschaften ist und daher – wegen des Grundsatzes der Identität der Personengesellschaften – auch die GbR grundsätzlich (teil-) rechtsfähig sei soweit sie Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen kann.

Mit dem Beschluss des V. Senats des BGH vom 04.12.2008, V ZB 74/08 (BGHZ 179, 102) ist die umstrittene Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR nunmehr auch entschieden. Entgegen der Auffassung der noch h.M. ist die GbR als solche grundbuchfähig. Damit sind nicht mehr deren Gesellschafter, sondern die GbR selbst als Grundstückseigentümer im Grundbuch einzutragen. Dies ergibt sich nach Auffassung des BGH – mangels bestehender ausdrücklicher Regelungen – im Wege der analogen Anwendung der §§124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, §7 Abs. 2 PartGG und §15 Abs. 1 Buchstabe b GBV (zu den Folgeproblemen vgl. z. B. Zimmer in NZM 2009, 187, Kessler NZM 2009, 190). Diese zu mindest (Teil-) Rechtsfähigkeit ist nunmehr in §14 Abs. 2 BGB gesetzlich festgeschrieben.

Damit ergibt sich insbesondere für die Einkommensteuer/Körperschaftsteuer nach derzeitigem Recht eine wesentlicher Unterscheidung zwischen der (Voll-)Rechtsfähigkeit natürlicher/juristischer Personen und der (Teil-)Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften. Während Erstgenannte auch Steuersubjekte dieser Ertragsteuern sind, ist die Personengesellschaft (noch) nicht selbst Steuersubjekt der Einkommensteuer/Körperschaftsteuer, sondern die dahinter stehenden Gesellschafter werden über §1 EStG iVm. §15 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG besteuert (sog. Transparenzprinzip).

20



B. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder BGB-Gesellschaft) – §§705 – 740 BGB:

I. praktische Bedeutung der GbR:

- 21 Die Vorschriften über die GbR enthalten im Gegensatz zur OHG/KG nur wenig zwingendes Recht. Aus diesem Grunde lassen sich die persönlichen Wünsche und Bedürfnisse der Gesellschafter über eine GbR am besten verwirklichen. Dementsprechend erfreut sich die GbR auch in der heutigen Zeit noch einer großen Beliebtheit. Sie ist nach der GmbH die am meisten verbreitete Gesellschaftsform in Deutschland. Dies ergibt sich insbesondere aus der auch in der Praxis vielfach bekannten und unbekanntem Vielzahl an Gestaltungsformen einer GbR, wie z. B.:
- Zusammenschlüsse von Freiberuflern (z. B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte etc.). Diese betreiben in der Regel kein Gewerbe, so dass diesem Personenkreis der Zugang zur OHG oder KG regelmäßig nicht möglich ist, da diese regelmäßig den Betrieb eines Handelsgewerbes als gemeinsamen Zweck voraussetzen (§105 HGB, vgl. aber §49ff. StBerG)
 - sog. Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens.
Diese in der Praxis am häufigsten auftretende Form der GbR zeigt ihre Besonderheit darin, dass den beteiligten Personen in der Regel überhaupt nicht bewusst ist, dass sie eine Gesellschaft ge-

gründet haben. Zu diesen Gelegenheitsgesellschaften zählen z. B. Fahrgemeinschaften, Tippgemeinschaften oder auch ggf. die Durchführung einer gemeinsamen Urlaubsreise.

- Arbeitsgemeinschaften (ARGE); z. B. Zusammenschluss verschiedener Baufirmen zum gemeinsamen Bau einer Autobahn.

II. Gründung einer GbR:

Aus §705 BGB lassen sich die konstitutiven Merkmale der GbR entnehmen. Diese sind:

22

- Gesellschaftsvertrag
- mehrere Gesellschafter
- gemeinsamer Zweck (Gesellschaftszweck)
- Förderungspflicht.

! Beachte:

Nicht erforderlich ist das Bewusstsein bzw. der Wille, eine GbR gründen zu wollen.

1. Gesellschafter einer GbR:

Erforderlich für die Gründung und die Existenz einer GbR sind mindestens 2 Personen. Dies können neben natürlichen oder juristischen Personen (inkl. der Vorgesellschaften) auch Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG), eine andere GbR oder andere Personengesellschaften sein. Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus einer GbR aus, so erlischt die GbR (§736 BGB).

23

2. Gesellschaftsvertrag einer GbR:

a) Allgemeines:

Weiteres konstitutives Merkmal einer GbR ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags. Daraus folgt, dass eine GbR nur **durch Rechtsgeschäft** entstehen kann und **nicht aufgrund einer gesetzlichen Anordnung**.

24

> Beispiel:

Eine Einzelunternehmer EU verstirbt. Er hat 3 Kinder und kein Testament errichtet. 15 Tage nach dem Tod besprechen die Kinder, dass sie das Unternehmen zu dritt fortführen wollen. Rechtsfolgen?

💡 Lösung:

Die 3 Kinder werden mit dem Tod des EU dessen gesetzliche Erben (§§1922 Abs. 1, 1924 Abs. 1 BGB). Zur Erbmasse zählt u. a. auch das Unternehmen des Einzelunternehmers. Die Kinder bilden durch den Erbfall (§1922 BGB) kraft Gesetzes eine Erbengemeinschaft (§2032 BGB). Damit entsteht durch den Erbfall keine GbR. Es liegt im Todeszeitpunkt trotz der Beteiligung mehrerer Personen keine GbR vor, da es am Vorliegen eines Rechtsgeschäfts fehlt. Mit der Entscheidung, das Unternehmen fortzuführen, gründen die 3 Erben eine GbR, da sie (konkudent) einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, um einen gemeinsamen Zweck „Unternehmensfortführung“ zu verfolgen

b) Grundsatz der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags:

- 25 Der Abschluss eines GbR-Vertrages ist grds. formfrei (§§125-127 BGB). Ein Gesellschaftsvertrag kann ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder auch konkludent abgeschlossen werden. Nur ausnahmsweise sind Formvorschriften zu beachten, wenn der Gesellschaftsvertrag, als Schuldverhältnis, formbedürftige Punkte enthält. Dies sind z. B.:
- bei der Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken nach §311b Abs. 1 BGB die notarielle Beurkundung des Vertrags.
 - bei der Schenkung von Beteiligungen an einer GbR nach §§516, 518 BGB die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens.
 - wenn Minderjährige GbR-Gesellschafter werden sollen,
- 26
- Vertrag zwischen Minderjährigem und Dritten; Vertretung durch Eltern:
Betreibt die Gesellschaft an der das Kind beteiligt werden soll, ein Erwerbsgeschäft (= jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, unerheblich ob Handel, Fabrikation, Handwerk oder LuF) ist wegen der mit dieser Tätigkeit zusammenhängenden Risiken für das Kind (z. B. Haftung) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§§1643 Abs. 1, 1822 Nr.3 BGB).
 - Vertrag zwischen Minderjährigem und Eltern:
Da die Eltern gem. §§1626, 1629 BGB die gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Kindes sind, können diese mit sich und als Vertreter des Kindes keinen Vertrag schließen (§181 BGB). Für das Kind muss demzufolge ein Ergänzungspfleger bestellt werden (§§1909 BGB). Betreibt die Gesellschaft an der das Kind beteiligt werden soll ein Erwerbsgeschäft, so bedarf es zudem der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB).

c) Grundsatz der Vertragsfreiheit (Inhalt des Gesellschaftsvertrags):

- 27 Es gilt für die GbR in weiten Teilen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Vorschriften über die GbR enthalten im Gegensatz zur OHG/KG überwiegend abänderbares (sog. dispositives) und nur wenig zwingendes Recht. So können z. B. die gesetzlichen Regelungen über die Vertretung, die Geschäftsführung und die Gewinnverteilung abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt werden.

➤ Beispiel:

Eine GbR besteht aus 2 Gesellschaftern Faul und Fleißig. Entsprechend ihrer Namen ist auch ihre Tätigkeit in der GbR. Aus diesem Grund will der Fleißig am Gewinn zu 90 % beteiligt sein. Faul beruft sich auf §722 BGB. Wie kann Fleißig einen Gewinn von 90 % erhalten?

🔍 Lösung:

Durch Vereinbarung eines anderen Gewinnverteilungsschlüssels, was nach §722 Abs. 1 BGB möglich ist.

3. gemeinsamer Zweck einer GbR

- 28 Nach §705 BGB können die Gesellschafter als Gesellschaftszweck einer GbR grds. jeden erlaubten Zweck vereinbaren. Nicht als Gesellschaftszweck einer GbR kommt neben Zwecken, die von Rechtsordnung nicht erlaubt sind der Betrieb eines Handelsgewerbes (§105 HGB) in Betracht. Aus dem Umkehrschluss zu §105 Abs. 1 HGB ergibt sich, dass man in der Rechtsform der GbR auch kein

Handelsgewerbe betreiben kann, da sonst kraft Gesetzes die GbR (zumindest) eine OHG darstellt. Denn eine Personengesellschaft, deren Zweck der Betrieb eines Handelsgewerbes ist, stellt nach §105 Abs. 1 HGB eine OHG dar.

Wichtig für die GbR ist, dass alle Gesellschafter gemeinsam diesen Zweck verfolgen müssen (§705 BGB). Hierin besteht der wesentliche Unterschied zu der Bruchteilsgemeinschaft (§741 ff. BGB), denn deren Beteiligte haben zwar im Hinblick auf das gemeinschaftliche Eigentum gleichgerichtete Interessen, aber sie verfolgen keinen gem. Zweck iSd. §705 BGB (Zur Abgrenzung vgl. bereits oben).

4. Förderungspflicht/Beiträge:

Die Gesellschafter einer GbR haben nach dem Gesetz eine **Förderungspflicht** hinsichtlich des gemeinsamen Zwecks. Diese Pflicht umfasst insbesondere die vereinbarten oder geschuldeten Beiträge zu leisten (§705 BGB). Diese können in Geld-, Sach- oder Dienstleistungen bestehen. Neben dieser gesetzlich niedergelegten Förderungspflicht existiert für die Gesellschafter einer GbR noch die sog. **Treuepflicht** als Ausfluss der Förderungspflicht. Dies bedeutet, dass ein Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist, seine eigenen Interessen hinter denen der GbR zurückstellen bzw. alles zu unterlassen, was dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft. Diese Treuepflicht kann ausnahmsweise auch ein aktives Tun des/der Gesellschafter erfordern, wenn dieses zur Zweckförderung unerlässlich ist (z. B. die notwendige Zustimmung zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags).

29

➤ **Beispiel:**

Der Gesellschafter Böse der Gut & Böse GbR veruntreut Gelder der GbR, indem er diese auf sein Konto einzahlt. Erlaubt?

💡 **Lösung:**

Nein, der Böse verstößt gegen die Treue- und damit die Förderungspflicht gegenüber der GbR. Er muss die Beträge auf das GbR-Konto einzahlen.

III. Entstehungszeitpunkt einer GbR:

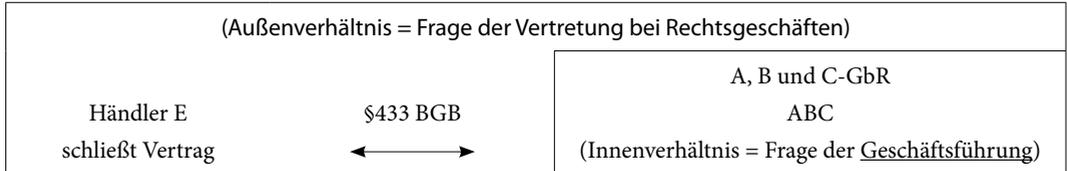
Entstehungszeitpunkt der GbR	
←	→
Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander (sog. Innenverhältnis)	Im Verhältnis der Gesellschafter gegenüber Dritten (sog. Außenverhältnis)
↓	↓
Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags (Vollzug)	Mit Aufnahme der „Geschäftstätigkeit“ als GbR

IV. Organisation der GbR:

30 Da eine GbR ein rechtliches Konstrukt ist und somit nicht in eigener Person handeln kann, geschieht dies idR. durch die Gesellschafter der GbR. Hierbei unterscheidet das BGB streng zwischen den Bereichen:

- der Geschäftsführung (§709ff. BGB) und
- der Vertretung (§§714, 715 BGB)

Der Unterschied zwischen diesen Punkten lässt sich insbesondere beim Abschluss von Rechtsgeschäften wie folgt darstellen:



1. Geschäftsführung und Vertretung bei der GbR im Überblick:

31 Die **Geschäftsführung** (§§709ff. BGB) betrifft nur das Verhältnis der GbR-Gesellschafter untereinander (= sog. Innenverhältnis). Regelt wird durch die Geschäftsführungsbefugnis, welcher Gesellschafter in der GbR welche Tätigkeiten ausführen **darf (sog. rechtliches Dürfen)**. Zu diesen Tätigkeiten zählen alle **tatsächlichen und rechtlichen Tätigkeiten**, die auf die **Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszweck** gerichtet sind.

➤ Beispiel:

Buchführung, Bilanz erstellen, Putzen etc..

Nicht von der Geschäftsführungsbefugnis gedeckt sind:

1. solche Maßnahmen, die **nicht der Förderung des Gesellschaftszwecks** dienen.

➤ Beispiel:

So kann z. B. ein Geschäftsführer einer Kiosk-GbR nicht eine Schrottpresse anschaffen, da diese nicht mit dem Betrieb eines Kiosks (Gesellschaftszweck) zu tun hat.

32 2. Handlungen, welche die **Grundlagen der GbR oder die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander** betreffen (z. B. der Abschluss/die Änderung des Gesellschaftsvertrags). Diese sog. Grundlagengeschäfte bedürfen, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung vorsieht, der Zustimmung aller Gesellschafter.

Die **Vertretung/Vertretungsmacht** (§§714f. BGB) betrifft nur die Rechtsbeziehungen zu allen anderen Personen außerhalb der GbR und damit das sog. Außenverhältnis der GbR. Durch die Vertretungsmacht wird geregelt, welcher Gesellschafter für und gegen die GbR wirksam Rechtsgeschäfte (insbesondere Verträge) abschließen und damit Willenserklärungen im Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht (vgl. auch §§164ff. BGB) abgeben **kann (sog. rechtliches Können)**. Da die Vertretung stets ein rechtliches Verhalten beinhaltet, ist daraus zu folgern, dass jede Vertretung für die GbR zugleich eine geschäftsführende Handlung bei der GbR darstellt.

2. Die Geschäftsführung bei der GbR (§§709ff. BGB):

1

a) gesetzliche Regelung (§709 Abs. 1 BGB):

Nach §709 Abs. 1 BGB gilt für die GbR der **Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung** aller Gesellschafter. D.h. nur **alle Gesellschafter sind gemeinschaftlich befugt** die Geschäfte der GbR zu führen. Erforderlich ist also für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter.

33

➤ Beispiel:

25 Menschen betreiben in Nordkirchen einen Kiosk in der Rechtsform einer GbR. Eine Regelung über die Geschäftsführung wurde nicht im Vertrag geregelt. Nach der gesetzlichen Regelung des §709 Abs. 1 BGB müssen die Reinigung des Kiosks alle GbR-Gesellschafter gemeinschaftlich übernehmen bzw. zumindest alle zustimmen.

b) gesellschaftsvertragliche (dispositive) Regelung der Geschäftsführung (§709 Abs. 2 BGB):

Wegen der offenkundigen Probleme der gesetzlichen Regelung können und werden die GbR-Gesellschafter in der Praxis im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung/Geschäftsführungsbefugnis (GF) abweichend vertraglich regeln. Hierfür kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht:

34

35 Vertragliche Möglichkeiten und gesetzliche Folgerungen:

Gesamtgeschäftsführungsbefugnis mehrerer Gesellschafter	Einzelgeschäftsführungsbefugnis	
Regelung: §710 S.1 2.Alt. BGB	Regelung: §710 S.1 1.Alt. BGB	
	AlleinGF	EinzelGF
<p>Bedeutung: Mehrere (aber nicht alle) Gesellschafter sind gemeinsam zur Geschäftsführung (GF) befugt. Alle anderen Gesellschafter sind von der GF ausgeschlossen.</p>	<p>Bedeutung: Nur 1 Gesellschafter darf die Geschäfte der GbR führen. Alle anderen nicht</p>	<p>Bedeutung: Mehrere /alle Gesellschafter dürfen allein für die GbR die Geschäfte führen. Alle anderen nicht</p>
<p>Wirkung: Zur Geschäftsführung ist die Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter erforderlich (§§710 S.2, 709 BGB)</p>	<p>Wirkung: Zustimmung der anderen nicht erforderlich</p>	<p>Wirkung: Zustimmung der anderen nicht erforderlich bei GF Ausnahme: Widerspruchsrecht (§711 BGB) der anderen zur GF Befugten</p>
<p>Beachte: Alle nicht zur GF befugten Gesellschafter haben gem. §716 BGB Kontrollrechte. Nach h.M. ist ein Ausschluss aller GbR-Gesellschafter von der Geschäftsführung nicht zulässig (sog. Verbot der Drittorganshaft)</p>		

c) **Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung:**

- 36 Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Geschäftsführungsbefugnis wieder entzogen (§712 Abs. 1 BGB) oder gekündigt (§712 Abs. 2 BGB) werden.