

Heybrock, Hasso et al.

Research Report

Compliance bei der Unternehmensgründung. Modul 1: Rechtsformcompliance

Flensburger Hefte zu Unternehmertum und Mittelstand, No. 4

Provided in Cooperation with:

Jackstädt-Zentrum Flensburg

Suggested Citation: Heybrock, Hasso et al. (2013) : Compliance bei der Unternehmensgründung. Modul 1: Rechtsformcompliance, Flensburger Hefte zu Unternehmertum und Mittelstand, No. 4, Dr.-Werner-Jackstädt-Zentrum für Unternehmertum und Mittelstand, Flensburg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/88701>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Compliance bei der Unternehmensgründung

Modul 1: Rechtsformcompliance

Hasso Heybrock (Hrsg.)

Flensburger Hefte zu Unternehmertum und Mittelstand

Heft Nr. 4

Impressum

Autoren

Prof. Dr. Hasso Heybrock (Autor und Herausgeber)

Dr. Werner Jackstädt-Zentrum für Unternehmertum und Mittelstand der Fachhochschule und Universität Flensburg

Studierende im Masterstudiengang „Master Business Management“ an der Fachhochschule Flensburg im Wintersemester 2012/2013 (Autoren)

Herausgeber der Schriftenreihe

Dr. Werner Jackstädt-Zentrum für
Unternehmertum und Mittelstand Flensburg

Adresse

Fachhochschule Flensburg
Kanzleistr. 91-93
24943 Flensburg

Universität Flensburg
Auf dem Campus 1
24943 Flensburg

www.jackstaedt-flensburg.de

Stand

September 2013

ISSN: 2196-3347

Vorwort

Bei der Gründung eines Unternehmens geht es zunächst um Klärung von Fragen betreffend die Geschäftsidee, das Geschäftsmodell, den Absatz und entsprechende Marktanalysen usw. und natürlich um Finanzierungsfragen. Bei der Gestaltung des Unternehmens und seiner Betriebe ist der Gründer zunächst frei, doch verengt sich seine Freiheit mit jeder getroffenen Wahl, denn die Konsequenzen der getroffenen Entscheidungen bedingen einander. Daher sollte der Gründer in der Lage sein, die weiteren Folgen und kausalen Verknüpfungen seiner Entscheidungen zu erkennen, um wissend und nicht zufällig zu entscheiden, und um vor ungewollten negativen Folgen geschützt zu sein. Zudem ist der Gründer als der Inhaber des Unternehmens für alles verantwortlich, was namens des Unternehmens betrieben wird. Die Haftung für sein unternehmerisches Handeln und das seiner Mitarbeiter führt zum Begriff Compliance. Dieser entstammt dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und beschreibt im Wesentlichen zwei Aspekte. Zum einen geht es um die Pflicht eines jeden Unternehmens, die für das Unternehmen und sein Handeln geltenden Gesetze und Normen einzuhalten; zum anderen beschreibt der Begriff die organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens der Unternehmensleitung und der Mitarbeiter. Damit wird die Bedeutung von Compliance in der Phase der Unternehmensgründung deutlich. Der Gründer muss bei der Auswahl von Entscheidungsvarianten wissen, welche gesetzlichen und sonstigen rechtlichen Normen ihn verpflichten. Schon bei der Gründung getroffene Entscheidungen sollten berücksichtigt haben, welche Folgen sie in Bezug zur weiteren Unternehmensentwicklung auslösen und ob die aus der Entscheidungen resultierenden Pflichten tatsächlich –auch in der Phase der strategischen Weiterentwicklung des Unternehmens– erfüllt werden können.

Die das Unternehmen betreffenden rechtlichen Rahmenbedingungen sind für den Gründer zunächst unüberschaubar, so dass er hier Unterstützung benötigt. Das Anliegen der Heftreihe des Dr. Werner-Jackstädt Zentrums für Unternehmertum und Mittelstand zu „Compliance bei der Unternehmensgründung“ ist, Gründern die sie und ihr Unternehmen treffenden Rechtspflichten aufzuzeigen und Handlungsanleitungen zu geben. Die Unüberschaubarkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen lässt sich durch Systematisierung und Zusammenfassung in Compliance Bereiche eindämmen. Typische haftungsrelevante Themenbereiche werden in der Heftreihe in selbständigen Modulen dargestellt, um den Gründer bei seinen Entscheidungsfragen zielorientiert zu unterstützen. Wichtige Module (Compliance Bereiche) sind bspw. Rechtsformcompliance, Formerfordernisse bei der Unternehmensgründung, Compliance betr. Investition und Finanzierung, Taxcompliance, Compliance im Geschäftsverkehr usw. In der Darstellung sind die Module ähnlich aufgebaut und dem Compliance Kreislauf angepasst. Zunächst wird in einer Risikoanalyse aufgezeigt, welche Rechte und Pflichten im speziellen Compliance Bereich bestehen. Wie diese Regeln beherrscht werden können, zeigen die Modulthemen Commitment, Organisation und Kommunikation auf. Das Modul endet mit Dokumentation des Unternehmerhandelns, um pflichtgemäßes Verhalten auch nachweisen zu können.

Autoren der Module sind Studierende des Masterstudiengangs „Master Business Management“ an der Fachhochschule Flensburg sowie der Herausgeber der Hefte.

Modul 1 Rechtsform Compliance

Autoren: **Einzelunternehmen:**

Prof. Dr. Heybrock

Professor für Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Flensburg; Mitgesellschafter des Dr. Werner-Jackstädt Zentrums für Unternehmertum und Mittelstand

Personengesellschaften:

Kristopher Burmeister

Nikolai Woderich

Studierende im Masterstudiengang „Master Business Management“ an der Fachhochschule Flensburg im Wintersemester 2012/2013

GmbH Compliance:

Bastian Lassen

Felix Raabe

Timo Roth

Lasse Thomsen

Studierende im Masterstudiengang „Master Business Management“ an der Fachhochschule Flensburg im Wintersemester 2012/2013

Inhaltsübersicht

Modul 1: Rechtsformcompliance

1. Einzelunternehmen

- 1.1 Einleitung: Compliance Management für Unternehmen in der Rechtsform des Einzelunternehmens?
- 1.2 Abgrenzung der Rechtsformen und Motive für ihre Wahl
- 1.3 Einzelverantwortung oder gemeinsame Verantwortung
- 1.4 Eigenes Vermögen oder gemeinschaftliches Vermögen
- 1.5 Trennung des privaten vom geschäftlichen Vermögen
- 1.6 Einzeltätigkeit oder mit Mitarbeitern
- 1.7 Kennzeichnende Risiken der Rechtsform des Einzelunternehmens;
Risikoanalyse
- 1.8 Risikobereiche
- 1.9 Commitment und Organisation der Risikobewältigung nach Risikobereichen

2. Personengesellschaften

- 2.1 Einleitung
- 2.2 Compliance Management System
 - 2.2.1 Risikoanalyse
 - 2.2.2 Commitment
 - 2.2.3 Organisation
 - 2.2.4 Kommunikation
 - 2.2.5 Dokumentation
- 2.3 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Personengesellschaften
 - 2.3.1 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft (OHG)
 - 2.3.1.1 Innenverhältnis
 - Zur Vertiefung: Gesellschaftsvertrag
 - Rechte und Pflichten der Gesellschafter
 - Gesellschaftsvermögen
 - 2.3.1.2 Außenverhältnis
 - Vertretung
 - Geschäftsführung/Handeln für die Gesellschaft
 - Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten
 - 2.3.1.3 Wechsel von Gesellschaftern und Beendigung der Gesellschaft
 - 2.3.1.4 Ausscheiden von Gesellschaftern
 - 2.3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Kommanditgesellschaft (KG)
 - 2.3.2.1 Innenverhältnis
 - Gewinn- und Verlustverteilung
 - (1) Gewinn- und Verlustverteilung
 - (2) Kontrollrechte
 - (3) Widerspruchsrecht
 - (4) Treuepflichten und Wettbewerb

2.3.2.2 Außenverhältnis

- Vertretung
- Gesellschafterhaftung
 - (1) Haftung v. Handelsregistereintragung
 - (2) Haftung n. Handelsregistereintragung
 - (3) Wiederaufleben der Haftung
- Erstattungsanspruch

2.3.2.3 Wechsel von Gesellschaftern

- Ausscheiden und Eintritt von Gesellschaftern
- Haftung ausscheidender Gesellschafter
 - (1) Nachhaftung
 - (2) Wiederaufleben der Haftung
- Ausschließung von Gesellschaftern
- Fortsetzung mit Erben der Gesellschafter

2.3.2.4 Beendigung der KG

2.3.2.5 Zusammenfassung der Risiken

2.3.3 Partnerschaftsgesellschaft (PartGG)

2.3.3.1 Innenverhältnis

2.3.3.2 Außenverhältnis

- Vertretung
- Haftung für Verbindlichkeiten
- Fortsetzung mit Erben eines Partners

2.3.3.3 Zusammenfassung der Risiken

2.3.4 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

2.3.4.1 Innenverhältnis

- Beitragspflicht
 - (1) Folgen von Beitragspflichtverletzungen
 - (2) Keine Nachschusspflicht
- Geschäftsführung
 - (1) Geschäftsführung
 - (2) Entscheidung nach Köpfen/Kapitalanteil
 - (3) Übertragung der Geschäftsführung (unter Vorbehalt)
 - (4) Übertragung der Geschäftsführung
- Aufwendungsersatzanspruch
- Treuepflichten
- Grundsatz der gleichmäßigen Gesellschafterbehandlung
- Gewinn- und Verlustverteilung
- Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen
 - (1) Ausscheiden eines Gesellschafters
 - (2) Aufnahme eines Gesellschafters
- Geltendmachung von Forderungen durch

Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern

2.3.4.2 Außenverhältnis

- Vertretung
- Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft
 - (1) Akzessorische Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten
 - (2) Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen
 - (3) Sozialverbindlichkeiten
 - (4) Ausgleich unter den Gesellschaftern

2.3.4.3 Gesellschafterwechsel

- Eintritt neuer Gesellschafter

2.3.4.4 Ausscheiden von Gesellschaftern

- Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters und dessen Haftung
- Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters
 - (1) Anspruch auf Schuldbefreiung
 - (2) Anspruch auf Abschichtungsbilanz
 - (3) Abfindungsanspruch oder Haftung für Fehlbetrag

2.3.4.5 Beendigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

- Auflösung
- Auseinandersetzung
 - (1) Verfahren
 - (2) Fortsetzung vor Beendigung

2.3.4.6 Zusammenfassung der Risiken

2.4 Organisation (Tabellen)

3. Haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften

3.1 Einleitung

3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der GmbH und UG (haftungsbeschränkt)

3.3 Geschäftsführer einer GmbH

3.3.1 Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Innenverhältnis (gegenüber der Gesellschaft)

3.3.1.1 Haftungsrisiken beim Betreiben einer GmbH

- Einberufung der Gesellschafterversammlung
- Verbotene Konkurrenztätigkeit (Wettbewerbsverbot und Treuepflicht)
- Haftung bei (drohender) Absenkung der Stammeinlagen
- Haftung bei Verletzung der Einlagepflicht durch einen Gesellschafter (Kaduzierungsverfahren)
- Haftung bei der Durchführung geschäftsfremder Geschäfte oder bei Verträgen, für die die Gesellschaft keinen messbaren Nutzen hat

- Haftungsrisiken aus der Vertretung
(organisationsintern)
 - 3.3.1.2 Haftungsrisiken in der Krise
 - 3.3.2 Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Außenverhältnis
(gegenüber Dritten)
 - 3.3.2.1 Haftung aus Vertretung
 - 3.3.2.2 Pflichten in der Insolvenz
 - Antragspflicht
 - 3.3.2.3 Haftung bei Wettbewerbsverstößen
 - 3.3.2.4 Haftungsrisiken bei nicht rechtzeitiger Einreichung des
Jahresabschlusses
 - 3.3.2.5 Haftung aus Delikt
 - 3.3.2.6 Haftungsrisiken beim Gesellschafterwechsel
 - 3.3.2.7 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung für einen
GmbH-Geschäftsführer
 - 3.4 Gesellschafter einer GmbH
 - 3.4.1 Durchgriffshaftung
 - 3.4.1.1 Unterkapitalisierung
 - 3.4.1.2 Vermögens- oder Sphärenvermischung
 - 3.4.1.3 Existenzvernichtender Eingriff
 - 3.4.2 Einlagepflicht
 - 3.4.3 Kapitalaufbringung
 - 3.4.4 Nachschusspflicht oder Kapitalerhöhung
 - 3.4.5 Rückzahlung von Nachschüssen
 - 3.4.6 Kapitalerhaltung
 - 3.4.7 Teilung, Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen
 - 3.4.8 Bestellung des Geschäftsführers sowie dessen Entlassung
 - 3.4.9 Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung
 - 3.4.10 Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten
 - 3.4.11 Feststellung des Jahresabschluss und Ergebnisverwendung
 - 3.4.12 Geltendmachung von Ersatzansprüchen der GmbH
 - 3.4.13 Weitere Haftungsfälle des Gesellschafters
 - 3.4.13.1 Haftung für Rechtsschein
 - 3.4.13.2 Haftung bei Geschäftsführerlosigkeit
 - 3.4.13.3 Haftung als Rechtsvorgänger
 - 3.5 Organisation
 - 3.6 Kommunikation
 - 3.7 Commitment
 - 3.8 Dokumentation
 - 3.9 Organisationstabellen
- 4. Literaturverzeichnis**

Inhaltsverzeichnis

1. Einzelunternehmen	3
1.1 Einleitung: Compliance Management für Unternehmen in der Rechtsform des Einzelunternehmens?.....	3
1.2 Abgrenzung der Rechtsformen und Motive für ihre Wahl.....	4
1.3 Einzelverantwortung oder gemeinsame Verantwortung	4
1.4 Eigenes Vermögen oder gemeinschaftliches Vermögen.....	5
1.5 Trennung des privaten vom geschäftlichen Vermögen.....	5
1.6 Einzeltätigkeit oder mit Mitarbeitern	6
1.7 Kennzeichnende Risiken der Rechtsform des Einzelunternehmens; Risikoanalyse...	6
1.8 Risikobereiche	6
1.9 Commitment und Organisation der Risikobewältigung nach Risikobereichen	7
2. Personengesellschaften	7
2.1 Einleitung	7
2.2 Compliance Management System	8
2.2.1 Risikoanalyse	9
2.2.2 Commitment	9
2.2.3 Organisation	9
2.2.4 Kommunikation	10
2.2.5 Dokumentation	10
2.3 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Personengesellschaften	10
2.3.1 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft (OHG).....	11
2.3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Kommanditgesellschaft (KG).....	26
2.3.3 Partnerschaftsgesellschaft (PartGG).....	35
2.3.4 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).....	38
2.4 Organisation (Tabellen).....	50
3. Haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften	59
3.1 Einleitung	59
3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der GmbH und UG (haftungsbeschränkt)	59

3.3	Geschäftsführer einer GmbH.....	61
3.3.1	<i>Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Innenverhältnis (gegenüber der Gesellschaft).....</i>	<i>61</i>
3.3.2	<i>Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Außenverhältnis (gegenüber Dritten)</i>	<i>76</i>
3.4	Gesellschafter einer GmbH	89
3.4.1	<i>Durchgriffshaftung.....</i>	<i>90</i>
3.4.2	<i>Einlagepflicht</i>	<i>92</i>
3.4.3	<i>Kapitalaufbringung.....</i>	<i>95</i>
3.4.4	<i>Nachschusspflicht oder Kapitalerhöhung.....</i>	<i>97</i>
3.4.5	<i>Rückzahlung von Nachschüssen.....</i>	<i>99</i>
3.4.6	<i>Kapitalerhaltung</i>	<i>99</i>
3.4.7	<i>Teilung, Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen.....</i>	<i>102</i>
3.4.8	<i>Bestellung des Geschäftsführers sowie dessen Entlassung.....</i>	<i>103</i>
3.4.9	<i>Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung</i>	<i>105</i>
3.4.10	<i>Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.....</i>	<i>105</i>
3.4.11	<i>Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnisverwendung</i>	<i>106</i>
3.4.12	<i>Geltendmachung von Ersatzansprüchen der GmbH.....</i>	<i>107</i>
3.4.13	<i>Weitere Haftungsfälle des Gesellschafters</i>	<i>108</i>
3.5	Organisation	110
3.6	Kommunikation.....	113
3.7	Commitment.....	115
3.8	Dokumentation	115
3.9	Organisationstabellen	117
4.	Literaturverzeichnis.....	120

1. Einzelunternehmen

1.1 Einleitung: Compliance Management für Unternehmen in der Rechtsform des Einzelunternehmens?

Um zu verstehen, was Compliance Management für Unternehmen in der Rechtsform eines Einzelunternehmens bewirken kann, muss zunächst klar sein, was für Unternehmen sich hinter dieser gewählten Rechtsform verbergen. Die Rechtsform des Einzelunternehmens ist gesetzlich nicht ausdrücklich definiert, sondern dadurch beschreibbar, dass eine Person eine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit aufnimmt. Sie ist damit alleiniger Träger der aus diesem Tun folgenden Pflichten und Rechte, ohne zwingend nur alleine aktiv/tätig zu sein. Diese Person kann sich zur Durchführung der Tätigkeit weiterer Person bedienen mit der Besonderheit, dass sie im Innenverhältnis zum Einzelunternehmer berechtigt und verpflichtet sind, nicht jedoch neben dem Einzel Eigentümer im Außenverhältnis zu dessen Rechtspartnern Rechte und Pflichten erwerben. Eine derartige Konstruktion lässt die Vermutung zu, dass Einzelunternehmen nur Kleinstunternehmen mit ggf. wenigen Mitarbeitern und nur geringem Umsatz bzw. Kapital sind. Diese Vermutung ist insofern falsch, als es für die Bestimmung dieser Rechtsform nur darauf ankommt, dass nur eine Person Eigentümer der Unternehmung ist, also weder eine Personen- oder Kapitalgesellschaft vorliegt. Mitarbeiterzahlen oder Umsatzgrößen sind irrelevant. Dennoch bestätigt die statistische Häufung bei der Existenzgründung, dass in dieser Phase überwiegend Kleinstunternehmen in der Rechtsform des Einzelunternehmens zu finden sind. So betrug im Jahr 2011 der Anteil der Kleingewerbegründungen an allen Existenzgründungen 65,7 % und rund 80 % der Existenzgründungen erfolgten in der Form des Einzelunternehmens.¹

Wegen der Alleininhaberschaft und der oft nur geringen Unternehmensgröße ist zu klären, ob ein Compliance Management für Einzelunternehmen unter Bewertung der Kosten-Nutzen-Relation sinnvoll ist. Wegen der vermuteter Weise zu betreibenden finanziellen und zeitlichen Aufwands wird diese Frage häufig verneint, auch mit dem Hinweis, dass Compliance Managementsysteme nur für Unternehmen mit bestimmter Größe und Struktur in bestimmten Branchen sinnvoll seien, da ansonsten hier Kontrollverlust herrsche und große Schäden drohten.² Doch ist zu bedenken, dass in der Rechtsform der Einzelunternehmung der Inhaber als Alleinverantwortlicher neben der Bewältigung alltäglicher Probleme des „operativen Geschäfts“ dafür zu sorgen hat, dass er sich und ggf. seine Mitarbeiter regelkonform verhalten, also sämtliche relevanten Normen eingehalten werden. Anders als bei anderen Rechtsformen stehen ihm zunächst qua Rechtsform keine weiteren Partner zur Seite, die ihn und sein Tun etwa in Vorstands- oder Aufsichtsratssitzungen hinterfragen und steuern könnten. Da es eine Illusion ist zu glauben, dass sich rechtskonformes Verhalten von selbst einstellt, wird ein proaktives Vorgehen der Geschäftsleitung gefordert,³ mit der Folge, dass ein sich diesem Thema verweigernder Einzelunternehmer im Haftungsfalle schlechter gestellt sein dürfte. Insofern und mit Blick auf die persönliche Haftung ist gerade dem Einzelunternehmer zu raten, sich natürlich neben anderen Pflichten gerade den aus der Rechtsform der Einzelunternehmung folgenden Pflichten bewusst zu sein und deren Einhaltung nachweisbar zu organisieren. Rechtsformrele-

¹ Institut für Mittelstandsforschung Bonn: <http://www.ifm-bonn.org/index.php?id=612>; abgerufen am 13.02.2013.

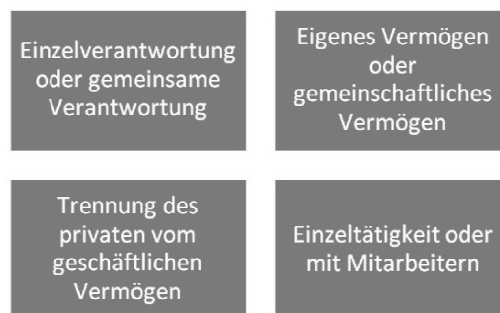
² Beispiele bei: Hauschka, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 8 ff.

³ V. Marnitz, Compliance-Management für mittelständische Unternehmen, Hamburg 2011, S. 3.

vante Vorschriften liegen insbesondere für die Phase der Gründung des Einzelunternehmens vor; bei deren fortgesetztem Betrieb sind – je nach Entwicklung – weitere Normbereiche zu beobachten. Hier wird eine angemessene Anpassung des begonnenen Compliance Managements erfolgen müssen. Mit Blick auf die Gefährdung des Unternehmens durch Pflichtverstöße und wegen der persönlichen Haftung des Inhabers dürfte der Kosten-Nutzen-Vergleich für ein Compliance Management im Einzelunternehmen sprechen.

1.2 Abgrenzung der Rechtsformen und Motive für ihre Wahl

Es gibt viele Gründe, nach denen ein Unternehmer sich für oder gegen eine bestimmte Rechtsform entscheidet. Zumeist sind es persönliche Auffassungen oder Eigenschaften der Unternehmerpersönlichkeit oder seines Umfeldes, was von vorneherein zum kategorischen Ausschluss bestimmter Rechtsformen führt. Wenn gleich dies verständlich ist, so ist dennoch bedenkenswert, ob nicht die Wahl der geeigneten Rechtsform in einem systematischen Bewertungsprozess erfolgen sollte. In diesem Bewertungsprozess könnten auch Entwicklungsmöglichkeiten des Unternehmens und damit eine Umgestaltung der gewählten Rechtsform eine Rolle spielen, so dass letztlich doch am Ende des Prozesses die der persönlichen Auffassung entsprechende Rechtsform für das Unternehmen gefunden ist. Neben vielen anderen Gründen spielen die nachfolgend genannten vier Motive eine große Rolle bei der Entscheidungsfindung.



Motive bei der Entscheidung

1.3 Einzelverantwortung oder gemeinsame Verantwortung

Wer allein berechtigt und verpflichtet sein will, wird die Rechtsform der Einzelunternehmung vorziehen. Jede Form einer personellen Beteiligung am Unternehmen bedeutet Mitverpflichtung und Mitberechtigung. Die unbeschränkte Haftung eines jeden der Gesellschafter ist bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und bei der offenen Handelsgesellschaft prägend, vgl. § 708 BGB, § 105 Abs. 3 HGB iVm. § 708 BGB.⁴ Dies gilt grundsätzlich auch für die Kommanditgesellschaft, wobei sich für den finanzierenden Kommanditisten die Haftung auf den eingezahlten Kommanditbetrag beschränkt, vgl. § 171 Abs. 1 HGB.⁵ Wird eine finanzielle Unterstützung des Unternehmens gewünscht, ohne die alleinige Verantwortung zu verlieren, bietet sich die stille Gesellschaft als Rechtsform an, da gem. § 230 Abs. 2 HGB der Inhaber aus den in dem Betrieb geschlossenen Ge-

⁴ Vgl. Zu Gestaltungsmöglichkeiten im Innenverhältnis: Haag/Löffler/Löffler, § 105 Rn. 19.

⁵ Haag/Löffler/Heybrock, § 171 Rn. 4.

schaften allein berechtigt und verpflichtet ist.⁶ Bei den Kapitalgesellschaften in der Form der GmbH und der Aktiengesellschaft findet zwar auch eine Kapitalbeteiligung am Unternehmen statt, doch bewirkt diese zugleich eine Mitberechtigung durch Gewährung von Stimmrechten, vgl. §§ 5, 48 GmbHG, §§ 8, 12, 118 AktG. Schließlich bietet sich für Einzelunternehmungen als Variante zur Verteilung von Verantwortlichkeiten auf mehrere Personen an, Geschäftsführungsbefugnisse durch Dienst- oder Werkverträge ganz oder teilweise auf weitere Personen zu übertragen. Obwohl diese Konstruktion eine Entlastung des Einzelunternehmers im Innenverhältnis bewirken kann, bleibt dies im Außenverhältnis ohne Wirkung, da der Inhaber als Eigentümer des Unternehmens allein Träger der Rechte und Pflichten bleibt.

1.4 Eigenes Vermögen oder gemeinschaftliches Vermögen

Bei diesem Motiv verhält es sich ähnlich wie mit dem zuvor Genannten. Da der Inhaber als Eigentümer des Unternehmens allein Träger der Rechte und Pflichten des Unternehmens ist, ist er auch alleiniger Eigentümer des Vermögens. Diese Situation darf nicht mit der Gestaltung verwechselt werden, dass eine natürliche Person das Unternehmen in der Rechtsform der Einpersonen-Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder Einpersonen-GmbH führt.⁷ Bei dieser Gestaltung ist die UG oder GmbH als juristische Person selbst Träger der Rechte und Pflichten und nicht die sie betreibende natürliche Person (Alleingesellschaftergeschäftsführer). Es entsteht auch kein gemeinsames Vermögen der natürlichen und juristischen Person, Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen bleiben getrennt. Durch die finanzielle Beteiligung erwirbt die natürliche Person nur Ansprüche gegen die juristische Person auf Auszahlung etwaiger Gewinn- oder Liquidationserlöse. Bei Unterkapitalisierung der juristischen Person drohen allerdings Einzahlungspflichten. Gemeinschaftliches Vermögen entsteht dann, wenn sich mehrere Personen in der Rechtsform einer Personengesellschaft zusammentun (s.o.).

1.5 Trennung des privaten vom geschäftlichen Vermögen

Da jedes unternehmerische Tun mit Risiken verbunden ist, ist dieses Motiv für viele von besonderer Bedeutung. Die Trennung der Vermögen gelingt nur dann, wenn man das unternehmerische Tun einer anderen Person in der Form zuordnet, dass diese daraus Träger der Rechte und Pflichten wird. Für kleine und mittelständische Unternehmen bietet sich die Gründung in Form einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an. Diese werden mit ihrer Eintragung in das Handelsregister juristische Personen, also selbst rechtsfähig, vgl. §§ 5a, 13 GmbHG. Damit ist die Trennung der Vermögen erreicht, denn das Unternehmen ist jetzt selbständige Person mit eigenem Vermögen und es muss auch damit für eigenes Tun einstehen. Doch droht aus Gründen des Gläubigerschutzes die Haftung auch mit dem privaten Vermögen dann, wenn der für die UG oder GmbH Handelnde besonders grob gegen die Pflichten aus dem GmbHG verstößt.⁸ Weiterer Nachteil der Trennung der Vermögen kann sein, dass bei Fremdfinanzierungsbedarf zurückhaltend reagiert wird, da dem Geldgeber (Darlehnsgeber) kein privates Haftungskapital zur Verfügung steht.

⁶ Haag/Löffler/Heybrock, § 230 Rn. 14.

⁷ Dies ist rechtlich möglich: vgl. Heybrock/Heybrock, § 1 Rn.11 und iVm. § 5a Rn. 3.

⁸ Siehe zur Durchgriffshaftung: Heybrock/Haag, § 13 Rn.11 ff.

1.6 Einzeltätigkeit oder mit Mitarbeitern

Das Motiv, allein oder zusammen mit anderen im Unternehmen tätig zu sein, ist für die Wahl der Rechtsform nicht prägend, da bei allen Rechtsformen im Innenverhältnis zum Träger der Rechte und Pflichten des Unternehmens zur Erledigung der anfallenden Aufgaben Dienst- oder Werkverträge geschlossen werden können. Hier sollte auf die Qualität der selbst- oder fremderbrachten Leistungen besonders geachtet werden, da diese den Unternehmenserfolg bestimmen.

1.7 Kennzeichnende Risiken der Rechtsform des Einzelunternehmens; Risikoanalyse

Alleiniger Träger der Rechte und Pflichten des Einzelunternehmens ist dessen Eigentümer. Er muss somit die aus dem Betrieb des Unternehmens folgenden Risiken allein tragen. Dies gilt auch dann, wenn er sich für bestimmte Aufgaben und Bereiche der Hilfe anderer Personen oder Einrichtungen bedient. Aus seiner alleinigen Berechtigung folgt umgekehrt seine alleinige Verpflichtung, für Verfehlungen einzustehen. Seine Haftung ist nicht auf das Unternehmensvermögen beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf sein Privatvermögen. Daher sollten ihm die sein Unternehmen treffenden Risikobereiche bekannt und die Einhaltung der daraus folgenden Pflichten organisiert sein.

1.8 Risikobereiche:

Ordnungsrechtliche Pflichten	• Anmeldungen • Eintragungen • Erlaubnisse • Genehmigungen etc.
Pflichten aus dem Geschäftsverkehr; Außenverhältnis	• Vertragspflichten • bürgerlich-rechtliche Pflichten • handelsrechtliche Pflichten • wettbewerbsrechtliche Pflichten etc.
Pflichten gegenüber Mitarbeitern; Innenverhältnis	• Arbeitsvertragspflichten • Arbeitsgesetzliche Pflichten
Sozialversicherungsrechtliche Pflichten	• Beitragspflichten • Meldepflichten etc.
Steuerrechtliche Pflichten	• Zahlungspflichten • Meldepflichten etc.
Regeln zur Unternehmenserhaltung	• Pflichten zur Kapitalerhaltung • Kapitalvorsorge • Insolvenzrecht etc.
Wettbewerbliche Pflichten	• Schutz des ideellen Unternehmenskapitals durch Rechtesicherung • Urheberrecht etc.

1.9 Commitment und Organisation der Risikobewältigung nach Risikobereichen

Wie der Eigentümer die Bewältigung der nahezu unüberschaubaren Pflichten sicherstellen kann, muss wegen der Unterschiedlichkeit von Unternehmen hier offen bleiben. Unverzichtbar ist, sich zur Pflichterfüllung unbedingt zu bekennen (Commitment) und sie zu organisieren. Dabei empfiehlt es sich, nach den im Abschnitt 1.8 genannten Risikobereichen zu trennen, um gegebenenfalls Rat von der zuständigen Stelle einholen zu können.

Weiterführende Literatur:

Pflichten gegenüber Mitarbeitern; Innenverhältnis

Heybrock; Praxisratgeber Compliance, Hampp Verlag 2012, S. 39 ff., mit weiteren Literaturhinweisen

2. Personengesellschaften

2.1 Einleitung

Compliance verlangt von Unternehmen, dass diese sich im Einklang mit dem geltenden Recht bewegen.⁹ Da die Einhaltung der Gesetze als selbstverständlich angesehen werden kann, beschreibt Compliance darüber hinaus die Wahrung unternehmensübergeordneter und unternehmensinterner Richtlinien.¹⁰ Compliance Management Systeme sollen dabei helfen, dass sämtliche Betroffene ihre Verpflichtungen erkennen und einhalten. Bei einigen Rechtsformen (z. B. GmbH oder AG) wird dies durch diverse gesetzliche Sorgfaltspflichten mehr oder weniger bereits erzwungen.¹¹

Im Bereich der kleinen- und mittelständischen Unternehmen, insbesondere bei den Rechtsformen der Personengesellschaften, befindet sich das Thema Compliance noch in der Entwicklung. Grund hierfür sind die Kosten für den Aufbau eines funktionsfähigen Compliance Management Systems im Unternehmen und der damit verbundene Arbeitsaufwand.

Der nachfolgende Text soll vermitteln, wie Sie im Rahmen der geltenden Richtlinien, Gesetze und anderweitiger Normen ein funktionsfähiges auf die Rechtsformen von Personengesellschaften bezogenes Compliance Management System für Ihre Unternehmung erstellen und nutzen können. Behandelt werden die wichtigsten Personengesellschaften (Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts). Zunächst erfolgt ein Überblick über die Wesensbestandteile eines Compliance Systems und beschreibt deren Funktion, um dann im Kern die für die Rechtsform der Personengesellschaften existenten Pflicht- und Risikobereiche zu analysieren. Diese Analyse setzt sich mit den Rechten- und Pflichten auseinander, die Sie als Mitarbeiter, Geschäftsführer oder Gesellschafter einer der hier beschriebenen Personengesellschaften haben. Ziel ist, Ihnen ein ganzheitliches Bild der jeweiligen Gesellschaftsform, für die Sie sich interessieren, zu verschaffen. Dabei sollen Ihnen Risiken, Gefahren und etwa-

⁹ Vgl. Schneider, U. H. ZIP 2003, 646.

¹⁰ Vgl. v. Hehn, P. A.; Hartung, W., S. 1909.

¹¹ Vgl. Heybrock, H. (2012), S. 4.

ige Verfahrensweisen, geordnet nach Risikobereichen, verdeutlicht werden. Im Anschluss sind die wichtigsten Risiken tabellarisch dargestellt, um einen schnellen Überblick zu geben. Zur Bewältigung der aus der Analyse folgenden Pflichten wird nachfolgend beschrieben, wie ein auf die Rechtsformen der Personengesellschaften zugeschnittenes Compliance Management System organisiert werden könnte. Es basiert auf den zuvor erarbeiteten Risiken und beschreibt beispielhaft, wie diese verhindert bzw. minimiert werden können. Da die Analyse abstrakt und auf eine Vielzahl von Fällen bezogen ist, stellt sie einen Einstieg dar und kann eine unternehmensindividuelle Analyse keinesfalls ersetzen. Die Autoren verweisen an dieser Stelle auf die Inanspruchnahme von Dienstleistungen der rechtsberatenden Berufe.

2.2 Compliance Management System

Compliance ist ein Gesamtkonzept organisatorischer Maßnahmen, das darauf abzielt, die Rechtmäßigkeit der unternehmerischen Aktivitäten zu gewährleisten.¹² Gesetzeseinhaltung ist das Resultat aus organisierten Managementprozessen, die auf Compliance beruhen. Diese Prozesse dienen dazu, die Einhaltung der zu beachtenden Rechtsnormen sicherzustellen und die rechtlichen Folgen bei deren Verletzung, wie z.B. Schadensersatzanforderungen oder rechtliche Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern einer Personengesellschaft, zu verhindern.¹³

Compliance verlangt organisatorische Maßnahmen zur Einhaltung relevanter Gesetze.¹⁴ Die aus den relevanten Normen folgenden Pflichten bestimmen die organisatorischen Maßnahmen, also das Compliance Management System. Hierin werden Grundsätze und Maßnahmen zur Sicherstellung von regelgerechtem Verhalten bzw. zur Verhinderung von Regelverstößen gegenüber Dritten und Mitarbeitern thematisiert und strukturiert dargestellt.¹⁵ Damit sichergestellt ist, dass das Compliance Management System auch wirklich funktioniert, ist es notwendig, einem Aktionsmodell, dem sogenannten Compliance Kreislauf, zu folgen. Der Kreislauf ist so aufgebaut, wie es die Abbildung darstellt und wird im Folgenden kurz erläutert.



Kreislauf eines Compliance Management Systems

¹² Vgl. Wecker, G.; van Laak, H. (2009), Vorwort und S. 33.

¹³ Vgl. Mengel, A. (2009), S. 5 f.

¹⁴ Vgl. Vetter, aaO.: mit Verweis auf: Bürkle, BB 2005, 565, 569; Kiethe GmbH (2007), 393, 394.

¹⁵ Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (2010), S. 5.

2.2.1 Risikoanalyse

Die Risikoanalyse stellt einen wesentlichen Faktor des Compliance Management Systems dar. Sie untersucht die rechtlichen Verpflichtungen der Unternehmensleitung und offenbart im gleichen Zuge die Rechtsrisiken, denen sie im Rahmen des Geschäftsalltags begegnet. Diese Rechtsrisiken lassen sich im Idealfall auf ihre Eintrittswahrscheinlichkeit und die möglichen Folgen untersuchen.¹⁶ Dementsprechend hängt der Wert des Systems maßgeblich von der Qualität der Risikoanalyse ab. Festzuhalten ist, dass die Risikoanalyse kein einmaliger Prozess ist, sondern vielmehr einer kontinuierlichen Weiterentwicklung gleicht, bei der fortlaufend potentielle Risiken aufgedeckt, charakterisiert und eingeordnet werden.¹⁷

2.2.2 Commitment

Damit Compliance Management funktioniert, ist es erforderlich, dass insbesondere Sie als Unternehmensleitung dafür Sorge tragen, dass dem Thema Compliance im Unternehmensalltag ein wichtiger Stellenwert zugesprochen wird. Erst wenn sich alle Mitarbeiter zur Compliance bekennen, diese anwenden wollen und auf diesem Wege rechtliche Risiken verhindern, kann das Compliance Management System seine voll Wirkung entfalten. Dabei müssen Sie proaktiv handeln,¹⁸ um sowohl unternehmensintern als auch -extern zu verdeutlichen, dass Rechtsverstöße nicht toleriert werden.¹⁹ Der Unternehmensspitze kann dabei eine ganz besondere Rolle zugesprochen werden: sie hat dafür Sorge zu tragen, dass eine klare Botschaft an die Unternehmensleitung transferiert wird, die aussagt, dass Missstände abzustellen sind und Praktiken, die mit dem Gesetz in Konflikt stehen, nicht mehr geduldet werden.²⁰

2.2.3 Organisation

Die Organisation von Compliance in einem Unternehmen liegt in Ihrer Verantwortung als Unternehmensleitung. Die Organisation jedoch zu generalisieren, gelingt nicht, da die jeweiligen unternehmensspezifischen Erkenntnisse der Risikoanalyse auf jedes Unternehmen auf verschiedene Art und Weise Anwendung finden.

Allgemeingültig ist hingegen, dass die klare Definition von Verantwortungsbereichen sehr empfehlenswert ist, um Compliance im Unternehmen fachkundig und schlussendlich möglichst effektiv zu gestalten.²¹ Dabei wird in der Regel ein Compliance-Beauftragter eingesetzt. Je nach Größe des Unternehmens ist es sinnvoll, eine solche Stelle zu schaffen und dieser Person die Leitung einer möglichen Compliance-Abteilung zu übertragen.²² Extern bieten sich hier Rechtsanwälte oder andere Berater ihres Unternehmens an, da diese fundiertes Wissen bezüglich Ihrer Strukturen haben. Intern sind Personen geeignet, die aus dem Datenschutz, aus der Rechtsabteilung, dem Controlling oder der Revision kommen. Wenn Sie keine Compliance-Stelle schaffen, müssen Sie sich überlegen, wie das Thema Compliance dennoch fester Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit wird.

16 Vgl. Bungartz, O. (2011), S. 478.

17 Vgl. Ebenda, S. 479.

18 Vgl. Wecker, G.; van Laak, H. (2009), S. 43.

19 Vgl. Heybrock, H. (2012), S. 6.

20 Vgl. Hauschka, C. E. (2010), § 1 Rn. 35.

21 Vgl. Hauschka, C. E. (2010), § 1 Rn. 36.

22 Vgl. Ohrtmann, N. (2009), S. 73.

Grundsätzlich sollten Sie bei der Organisation auf folgende Fragestellungen achten:

- Sind die Strukturen bzw. ist die Organisation dafür geeignet, um unternehmensweit auf Integrität hinzuwirken?
- Sind die Strukturen bzw. ist die Organisation dafür geeignet, Unternehmensorgane gegen Haftungsansprüche abzusichern?
- Ist die Compliance-Organisation umsetzbar und schlank genug, sodass Unternehmensprozesse und Geschäft nicht behindert werden?

Können diese Fragen positiv beantwortet werden, ist gewährleistet, dass der Umsetzung eines Compliance Management Systems nichts im Wege steht.

2.2.4 Kommunikation

Um nachhaltige Erfolge für Compliance erzielen zu können, muss eine entsprechende Kommunikation gewährleistet sein. Der jeweilige Mitarbeiter muss also detailliert über das Compliance-Programm und seine Rolle in diesem System informiert werden.²³ Um dabei möglichst effektiv zu sein, empfehlen sich spezielle Schulungen, Arbeitskreise, Vorträge etc.²⁴ Dabei können die Mitarbeiter lernen, in welchem Rahmen sie sich zukünftig bewegen können, um dem Compliance-Modell Rechnung zu tragen. Um den einzelnen Mitarbeiter dabei nicht zu überfordern, empfiehlt es sich, jedem Teilbereich in Ihrem Unternehmen einzeln zu kommunizieren, wie er sich zu verhalten hat und welche konkreten Risiken hier bestehen.²⁵ Ebenfalls ein Bestandteil dieses Bereiches ist die Kommunikation der Dokumentation. Die Betroffenen müssen sich also vollends darüber bewusst sein, wie sie, was zu dokumentieren haben.

2.2.5 Dokumentation

Um die Bemühungen, welche durch die Einhaltung des Compliance Management Systems entstehen, überwachen zu können, ist eine entsprechende Dokumentation erforderlich. Hierdurch können beispielweise auch Schwachstellen des Systems offengelegt und in Folge dessen behoben werden. Dabei sollten Sie die ergriffenen Maßnahmen durch Protokolle oder Notizen festhalten und aufbewahren.²⁶ So erzeugen Sie einen gewissen Druck, welcher die Mitarbeiter dazu veranlasst, sich mit dem Thema Compliance zu befassen. Gleichzeitig können etwaige Regelverstöße nachgewiesen werden und so sogar Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen abgewendet oder abgemildert werden.²⁷ Des Weiteren sollten Sie festlegen, wer sich im Unternehmen mit der Überwachung des Themas beschäftigt und dieser Person entsprechende Ressourcen zuteilen.²⁸

2.3 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Personengesellschaften

In diesem Kapitel werden die Rechtsformen der OHG, KG, PartG und der GbR detailliert beschrieben. Es soll Ihnen ein Einstieg in die verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen gegeben werden. Dabei wird auf die Rechte, Pflichten und Risiken der jeweiligen Rechtsform eingegangen. Die

²³ Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (2010), S. 10.

²⁴ Vgl. Heybrock, H. (2012), S. 7.

²⁵ Vgl. Bungartz, O. (2011), S. 480.

²⁶ Vgl. Heybrock, H. (2012), S. 8.

²⁷ Vgl. Wecker, G; van Laak, H. (2009), S. 47.

²⁸ Vgl. Bungartz, O. (2011), S. 481.

grundsätzliche Struktur der Rechtsformen wird durch eine Abbildung dargestellt. Zumeist findet sich hier die Unterteilung in das Innenverhältnis, Außenverhältnis, Wechsel von Gesellschaftern, Beendigung und eine Zusammenfassung der Risiken. Diese Zusammenfassung bildet tabellarisch die wesentlichen und für Sie relevanten Risiken strukturiert ab.

Personengesellschaften				
Innenverhältnis	Außenverhältnis	Wechsel von Gesellschaftern	Beendigung der Gesellschaft	Zusammenfassung der Risiken

Struktur des Rechtsrahmens zu Personengesellschaften

2.3.1 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft (OHG)

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Rechtsform der Offenen Handelsgesellschaft finden sich im zweiten Buch des Handelsgesetzbuches. Die Vorschriften behandeln in sechs Titeln:

Titel / Inhalt der Vorschriften	Fundstelle	Bereich der OHG – spezifischen Compliance
Errichtung der Gesellschaft	§§ 105 – 108 HGB	Innenverhältnis Außenverhältnis Wechsel von Gesellschaftern; Beendigung Beendigung
Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander	§§ 109 – 122 HGB	
Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten	§§ 123 – 130b HGB	
Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern	§§ 131 – 144 HGB	
Liquidation der Gesellschaft	§§ 145 – 158 HGB	
Verjährung, zeitliche Begrenzung der Haftung	§§ 159 – 160 HGB	

Struktur des Rechtsrahmens zur Offenen Handelsgesellschaft

2.3.1.1 Innenverhältnis

Das Innenverhältnis von Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft ist in den §§ 109-122 HGB verbindlich geregelt. Ergänzt werden diese durch §§ 705 ff. BGB, den Grundnormen zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander

wird jedoch überwiegend durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt. Gemäß § 109 HGB ist eine freie Gestaltung des Gesellschaftsvertrages möglich. Dies bietet die Möglichkeit, dass Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ihre rechtlichen Verhältnisse frei gestalten und ihren Bedürfnissen individuell anpassen können. Aufgrund des in § 109 HGB angeordneten Vorrangs der gesellschaftsvertraglichen vor den gesetzlichen Regelungen ist auf die sinnvolle Gestaltung des Gesellschaftsvertrages besonders zu achten. Denn die §§ 109 ff. finden nur Anwendung, wenn in dem Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges oder Ergänzendes geregelt ist. Davon ausgenommen ist § 118 HGB. Dieser betrifft die Kontrollrechte eines Gesellschafters. Danach können Sie sich als Gesellschafter von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, wenn Sie keine Geschäftsführertätigkeit innehaben (§ 118 Abs.1 HGB).

Risiko: Sollten Sie im Gesellschaftsvertrag beschränkende oder ausschließende Vereinbarungen bzgl. der Kontrollrechte treffen, so entfallen diese, wenn ein Grund zur Annahme einer unredlichen Geschäftsführung besteht (§ 118 Abs. 2 HGB). Des Weiteren ist zu beachten, dass Sie als Gesellschafter unter Umständen dazu verpflichtet sind, Änderungen des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen. In anderem Falle setzen Sie sich dem Risiko aus, dass Sie von jedem Ihrer Mitgesellschafter auf Zustimmung der Vertragsänderung verklagt werden können, soweit es sich um eine durch die Treuepflicht notwendige gebotene Änderung handelt.²⁹

Zur Vertiefung: Gesellschaftsvertrag

Da die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages für die Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind, sollten die vertraglichen Bestimmungen mit Bedacht gewählt und die damit verbundene Änderung der gesetzlich bestimmten Pflichtenlage geprüft werden. Dennoch lassen sich typische Regelungsgegenstände ausmachen, die nachfolgend beispielhaft dargestellt sind:

Checkliste: typische Regelungsgegenstände (Aufzählung nicht abschließend)³⁰

- Zuständigkeiten für Geschäftsführung und Vertretung (sonst § 114 ff. HGB)
- Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter, Stimmrechte, Einberufung der Gesellschafterversammlung (sonst § 119 HGB)
- Gewinnverteilung, Höhe und Berechnung der Einlage bzw. des Kapitalanteils der Gesellschafter (Kapitalkontenmodelle), Vorabverzinsung, Entnahmerecht (sonst § 120 ff. HGB)
- Nachfolgeregelung (sonst §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 139 HGB)
- Kündigung und Kündigungsfrist (sonst § 132 HGB)
- Ausschließung von Gesellschaftern (sonst §§ 141 Abs. 3 Nr. 6, 140 HGB)
- Abfindung ausscheidender Gesellschafter (sonst §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB, 738 BGB)
- Bestellung von Liquidatoren (sonst § 146 HGB)

²⁹ Vgl. Staub, H.; Ulmer, P.; Canaris, C.-W.; Schilling, W. (2010), § 109 HGB Rn. 70.

³⁰ Checkliste entnommen aus: Haag/Löffler/Löffler, § 109 Rn. 5.

- Zulassung der Anteilsübertragung, Zustimmungserfordernisse (sonst §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB, 719 BGB)
- Geschäftsjahr, Jahresabschluss
- Gerichtsstand für Streitigkeiten der Gesellschafter
- Schiedsgerichtsklausel³¹
- Formerfordernisse, salvatorische Klausel etc.

Die obige Aufzählung der vertraglich möglichen typischen Regelungsgegenstände zeigt zugleich auf, dass die Einhaltung der aus den getroffenen Regelungen folgenden Rechten und Pflichten individuell organisiert, kommuniziert, kontrolliert und dokumentiert werden muss. Hier empfiehlt es sich, (möglicherweise in Form eines Handbuches) Formen, Fristen, Termine und Verantwortungen für die einzelnen Regelungsgegenstände festzulegen. Sofern durch den Gesellschaftsvertrag keine besonderen Bestimmungen getroffen wurden, gilt die gesetzliche Regelung mit den daraus folgenden Rechten und Pflichten, deren Einhaltung wie zuvor beschrieben organisiert werden könnte. Zur Organisation der Einhaltung der wesentlichen gesetzlichen Rechte und Pflichten:

Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter in der Offenen Handelsgesellschaft untergliedern sich in den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter und in die Sozialansprüche. Diese Ansprüche spiegeln sich in der Beitragsleistung sowie dem Anspruch auf Treue und Geschäftsführung wieder. Nachfolgend werden diese Bestandteile näher dargestellt.

(1) Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter

Alle Gesellschafter einer Personengesellschaft sind gleich zu behandeln. Das bedeutet, dass neben Ihnen jeder Gesellschafter zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet ist (§114 Abs. 1 HGB). Dementsprechend haben Sie nicht die Berechtigung, einen Mitgesellschafter in der Vertretungs- und Geschäftsführungsverpflichtung einzuschränken, es sei denn es wurden einschränkende Regelungen im Gesellschaftsvertrag (§114 Abs. 2 HGB) vorgenommen. Ist dies der Fall, ist es möglich, dass Sie mehr Pflichten als die anderen Gesellschafter auf sich nehmen oder die anderen sogar gänzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Risiko: Sollten Sie die Verpflichtung haben, als Geschäftsführer der Gesellschaft tätig zu sein, haften Sie auch bei Verletzung dieser Pflicht auf Schadensersatz.³²

(2) Sozialansprüche

Gemeint sind hierbei die Ansprüche, die aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen Sie und die Mitgesellschafter entstehen können.³³ Beispiele hierfür sind:

³¹ Sie sind bei Handelsgesellschaften grds. zulässig, bedürfen aber regelmäßig der besonderen Form des § 1031 Abs. 5 ZPO, BGHZ 45, 282, 286; Haag/Löffler/Löffler, § 109 Rn. 5 Fn. 2439 m.w.Nachw.

³² Vgl. § 280 BGB.

³³ Vgl. Kirchner, C. (o.J.), S. 3.

Anspruch auf Beitragsleistung (§§ 705-706 BGB): Als Gesellschafter sind Sie dazu verpflichtet, das Erreichen eines gemeinsamen Zweckes zu fördern und Ihren Beitrag dazu zu leisten (§ 705 BGB) Dieser Beitrag kann durch Dienste oder erbrachte Sachen getätigt werden (§ 706 Abs. 2 u. 3 BGB).

Anspruch auf Treue (§ 112 HGB): Sie dürfen nicht ohne die Einwilligung der anderen Gesellschafter Geschäfte im gleichen Handelszweig Ihrer Gesellschaft ausüben. Außerdem ist Ihnen die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter einer gleichartigen Handelsgesellschaft untersagt (§ 112 Abs.1 HGB). Ausnahme ist, wenn Ihre Teilnahme an der anderen Gesellschaft den Mitgesellschaftern bekannt war, als Sie dieser Gesellschaft beigetreten sind (§ 112 Abs. 2 HGB).

Anspruch auf Geschäftsführung (§ 709 BGB): Die Gesellschaft hat einen Anspruch darauf, dass die Gesellschafter gemeinsam das Geschäft führen, dabei ist jeweils die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Zu beachten sind hierbei abweichende Regelungen aus dem Gesellschaftsvertrag.

(3) Sozialverpflichtungen

Als Sozialverpflichtungen sind die Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft anzusehen. Beispiele hierfür sind:

Anspruch auf Vergütung für Schäden aus der Geschäftsführung und Aufwendungsersatz (§§ 110, 120 HGB): Gesetzt den Fall, dass Sie für die laufenden Geschäfte Aufwendungen tätigen, sind Ihnen diese umgehend zu vergüten. Bleibt diese Vergütung aus, ist sie für die Zeit des Ausbleibens mit entsprechenden Zinsen zu vergüten. Hinzu kommt ein Anteil am Gewinn der Gesellschaft, der Ihnen jedes Jahr nach Erstellung der Bilanz zusteht.

Risiko: Wird einem Gesellschafter der Ihm zustehende Aufwendungsersatz nicht zugesprochen, kann er die Gesellschaft verklagen. Dieses hätte neben der Verschlechterung des Gesellschafterverhältnisses untereinander etwaige Schadensersatzzahlungen zur Folge.

Anspruch auf Ausübung des Stimmrechts (§119 HGB): Soweit nicht anders im Gesellschaftsvertrag geregelt, haben Sie einen Anspruch darauf, bei sämtlichen zu fassenden Beschlüssen Ihre Zustimmung oder Ablehnung zu geben.

Risiko: Beschlüsse, die etwaige formelle und materielle Mängel aufweisen, können unter Umständen nichtig sein.³⁴ Hierzu bedarf es einer Feststellungsklage, die in § 256 Abs. 1 ZPO geregelt ist.

Anspruch auf Information und Kontrolle (§ 118 HGB): Sie haben als Gesellschafter auch ohne Geschäftsführungstätigkeit das Recht, von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichtet zu werden, Einsicht in die Bücher zu nehmen und sich aus ihnen eine Bilanz und einen Jah-

³⁴ Vgl. §§ 134, 138 BGB.

resabschluss anzufertigen (§118 Abs.1 HGB). Sollten Ihnen die eben genannten Berechtigungen durch den Gesellschaftsvertrag entzogen worden sein, so gilt dies nicht, sofern der Grund zur Annahme einer unredlichen Geschäftsführung besteht (§118 Abs. 2 HGB).

Risiko: *Verwehren Sie einem berechtigten Gesellschafter sein Informationsrecht, kann er dieses Recht vor dem Prozessgericht geltend machen.*³⁵

(4) Beitragspflicht der Gesellschafter

Beitragspflichten, die der Gesellschafter in einer offenen Handelsgesellschaft zu erbringen hat, sind sehr vielfältig und beruhen auf dem Gesellschaftsvertrag. Sie alle dienen dazu, die Förderung des Gesellschaftszweckes zu unterstützen und die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705 BGB). Durch den Gesellschaftsvertrag können die Pflichten von Gesellschaft zu Gesellschaft variieren.³⁶ Zu diesen Pflichten zählen aber grundsätzlich alle Leistungspflichten, die die Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsvertrages eingegangen sind. Verpflichtungen zum Ausgleich von Verlusten müssen klar im Gesellschaftsvertrag geregelt sein.³⁷

(5) Gewinn- und Verlustverteilung

Bestimmungen zur Verteilung von Gewinn und Verlust enthalten die §§ 120-122 HGB. Häufig werden im Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen getroffen, die die gesetzlichen Regelungen ersetzen.

Die erwähnten Bestimmungen regeln lediglich, dass unter den Gesellschaftern ein Gewinn zu verteilen ist und wie dies zu geschehen hat. Der Gewinn an sich ist durch die Erstellung einer Bilanz festzustellen (§ 120 Abs. 1 HGB). Vorschriften zur Erstellung der Bilanz sind in §§ 238-263 HGB zu finden. Die OHG ist neben der Erstellung einer Bilanz auch dazu verpflichtet, eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen (§ 242 Abs. 2 HGB). Der errechnete Gewinn wird dann letztendlich unter den Gesellschaftern nach den üblicherweise im Gesellschaftsvertrag festgelegten Anteilen verteilt. Die Form des Jahresabschlusses muss nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung erfolgen, welche in § 243 HGB dargestellt werden. Als Beispiel sind hier die Vollständigkeit (§ 246 HGB) oder etwaige Bilanzierungsverbote und –wahlrechte (§ 248 HGB) genannt.

Risiko: *Die nicht ordnungsgemäße Erstellung einer Bilanz kann zu einer falschen Verteilung des Gewinns und Verlustes der Gesellschaft führen.*

(6) Treuepflichten der Gesellschafter

Die Treuepflicht bestimmt, dass sich der Gesellschafter sowohl den anderen Gesellschaftern als auch der Gesellschaft gegenüber loyal zu verhalten hat. Des Weiteren verlangt die Treuepflicht von den Gesellschaftern, dass sie aktiv den Gesellschaftszweck fördern und Schaden von ihr abhalten.³⁸ Da den Geschäftszweck maßgeblich diejenigen Gesellschafter beeinflussen, die die Geschäfte der Gesellschaft aktiv führen, betrifft dies primär diese geschäftsführenden Gesellschafter. Zu der ange-

³⁵ Vgl. Haag/Löffler/Schickerling, § 119 HGB Rn. 14.

³⁶ Vgl. Sonneborn, T. (o.J.), S. 1.

³⁷ Vgl. BGH NJW 1983, 164; BGHZ 23, 17, 30.

³⁸ Vgl. o.V. (o.J.) in: Die Treuepflichten des Gesellschafters.

sprochenen Loyalität gegenüber den anderen Gesellschaftern und der Gesellschaft gehört laut §§ 112-113 HGB auch das Wettbewerbsverbot. Ohne die Einwilligung der anderen Gesellschafter dürfen keine Geschäfte im gleichen Handelszweig Ihrer Gesellschaft ausgeübt werden. Außerdem ist Ihnen die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter einer gleichartigen Handelsgesellschaft untersagt (§112 Abs.1 HGB). Die Vertragsgestaltungsfreiheit einer Gesellschaft lässt jedoch auch zu, dass Regelungen getroffen werden, die von §112 HGB abweichen (z.B. Wettbewerbsverbote nach Verkauf einer Unternehmung, Ausscheiden eines Gesellschafters). Sie dürfen an einer anderen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen, sofern dies den anderen Gesellschaftern bekannt war, als Sie in diese Gesellschaft eingetreten sind und keine Widersprüche der anderen Gesellschafter aufgetreten sind (§112 Abs.2 HGB).

Risiko: Die anderen Gesellschafter können bei Verstoß gegen die in § 112 HGB genannten Voraussetzungen von Ihnen Schadensersatz fordern. Kommt es zu einer Schadensersatzforderung, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen zwei Ersatzleistungen, die die anderen Gesellschafter von Ihnen fordern können:

- Abtretung der bezogenen Vergütungen, die mit der anderen Gesellschaft erwirtschaftet wurden (§113 Abs.1 HGB),
- Abtretung des Anspruches auf die Vergütungen, die in der anderen Gesellschaft erwirtschaftet wurden (§113 Abs.1 HGB).

Aus diesem Grund sollte man, um das Risiko zu minimieren, derartige Aktivitäten immer im Voraus ansprechen und einvernehmlich regeln.

Schadensersatzansprüche der Gesellschaft wegen eines Verstoßes eines Gesellschafters müssen fristgerecht angemeldet werden. Gemäß § 113 Abs. 3 HGB tritt Verjährung ein, sobald die Kenntnis der Gesellschafter über ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot drei Monate zurückliegt oder sie ohne grobe Fahrlässigkeit davon Kenntnis erlangt haben müssten. Die einzige Ausnahme besteht, wenn man nicht die Möglichkeit hatte, von dem Verstoß Kenntnis zu erlangen. Dann verjähren die Ansprüche erst fünf Jahre nach Entstehung des Verstoßes.

Risiko: Innerhalb der genannten Frist können Schadensersatzansprüche gegen Sie geltend gemacht werden.

(7) Geschäftsführung und Beschlussfassung

Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, so ist jeder Gesellschafter allein handlungsberechtigt, sofern kein anderer geschäftsführender Gesellschafter widerspricht (§ 115 Abs.1 HGB). Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung zusteht, nur zusammen handeln können, so bedarf es für jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführender Gesellschafter, es sei denn, dass Gefahr im Verzug ist (§ 115 Abs.2 HGB). Dem Umfang nach gehören zu Ihrem Aufgabenbereich als geschäftsführender Gesellschafter alle Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (§ 116 Abs.1 HGB).

Neben der Geschäftsführung sind Gesellschafterbeschlüsse in einer Vielzahl von Fällen notwendig.

Folgende Vorfälle benötigen die Zustimmung der Gesellschafter und sind dementsprechend nicht von einzelnen Geschäftsführern durchzuführen:

- Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Abs. 1 Ziff. 2. HGB)
- Änderung des Gesellschaftsvertrages, denn ein Beschluss kann nur durch einen neuen Beschluss verändert werden.³⁹
- Außergewöhnliche Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinaus gehen (§ 116 Abs. 2 HGB)

Ergänzend ist zu erwähnen, dass Sie und Ihre Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag festlegen können, dass bei weiteren Maßnahmen die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. In diesem Falle benötigen die Beschlüsse, die getroffen werden, ein einstimmiges Votum aller Gesellschafter (§ 119 Abs. 1 HGB), es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sieht beispielsweise ein Mehrheitsvotum vor.

Risiko: Verstößt einer der Gesellschafter gegen die festgelegte Zustimmung aller Gesellschafter bei weiteren Maßnahmen, ist er schadensersatzpflichtig (§ 280 BGB). Des Weiteren sind Beschlüsse nichtig, wenn Sie gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) oder generell gegen das Gesetz (§ 134 BGB) verstoßen.

Zur Vertiefung:

Ein hohes Konfliktpotential besteht darin, dass die Geschäftsführung und die übrigen Gesellschafter unterschiedlicher Auffassung darüber sind, was die Geschäftsführung alleine oder nur infolge eines Gesellschafterbeschlusses an Handlungen vornehmen darf. Um das Risiko rechtsunwirksamer Handlungen oder Schadensersatzforderung zu vermindern, empfiehlt es sich, gemeinsam – also durch Beschluss aller Gesellschafter – festzulegen, welche Handlungen und Rechtsgeschäfte der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen. Dies gilt umso mehr, als die gesetzlichen Regelungen zur Bestimmung der Geschäftsführungsbefugnis abstrakt und generell gefasst sind, also unterschiedlich –insbesondere durch juristische Laien- interpretiert werden können.

Die gesetzliche Regel lautet: Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der konkreten Gesellschaft mit sich bringt, bedürfen nicht der Zustimmung der Gesellschafter, § 116 Abs. 1 HGB.

Zum gewöhnlichen Betrieb zählen nach herrschender Meinung alle Maßnahmen, die weder nach Inhalt und Zweck noch nach Bedeutung und Risiken den aktuellen Rahmen des Geschäftsbetriebes der konkreten Gesellschaft überschreiten, die also von Zeit zu Zeit zu erwarten sind.⁴⁰

Keine gewöhnlichen Geschäfte sind demgegenüber solche mit Ausnahmecharakter nach Art, Inhalt, Zweck oder Umfang und Risiko bei Beachtung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft.⁴¹ Hier bedarf es der Beteiligung der Gesellschafter ebenso wie bei sogenannten Grundlagengeschäften, die das Gesellschaftsverhältnis und seine Gestaltung betreffen.⁴²

Empfehlung: Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis lässt sich durch den Gesellschaftsvertrag oder einen späteren Beschluss individuell regeln, denn gem. § 109 HGB sind die Regelungen der

³⁹ Haag/Löffler/Schickerling, § 119 HGB Rn.11.

⁴⁰ Koller/Roth/Morck/Koller, § 116 Rn.1.

⁴¹ Haag/Löffler/Schickerling, § 116 Rn. 3

⁴² BGHZ 76, 160, 164.

§§ 110 – 122 HGB dispositiv. Ist also nicht schon von vorneherein durch den Gesellschaftervertrag die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis, bei der nur alle Gesellschafter stets gemeinsam handeln müssen, festgelegt, sollte ein Katalog zustimmungspflichtiger Handlungen und Geschäfte erstellt und durch Beschluss verabschiedet werden.

Formulierungsbeispiel für einen (umfangreichen) Zustimmungskatalog:⁴³

Die nachstehenden Geschäftsführungsmaßnahmen erfordern die Zustimmung der Gesellschafterversammlung durch (*ggf. mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst*) Gesellschafterbeschluss:

- Veräußerung des Unternehmens im Ganzen; die Errichtung, Veräußerung und Aufgabe von Betrieben, Betriebsstätten oder Zweigniederlassungen; der Abschluss von Umgründungs-, Verschmelzungs-, Umwandlungsverträgen und wirtschaftlich ähnlichen Verträgen;
- Die Gründung, der Erwerb und die Veräußerung anderer Unternehmen; der Erwerb, die Änderung oder die Kündigung von –auch stillen- Beteiligungen; ferner die Stimmabgabe in Beteiligungsgesellschaften;
- Alle Verfügungen über Grundstücke, Rechte an einem Grundstück oder grundstücksgleiche Rechte sowie die Verpflichtung zur Vornahme derartiger Verfügungen;
- Der Abschluss, die Änderung und die Kündigung von Verträgen über Organschaften und Poolungen (Cashpooling);
- Der Abschluss, die Änderung und die Kündigung von Kooperations- und Lizenzverträgen und sonstigen Verträgen über gewerbliche Schutzrechte;
- Geschäfte, deren Gegenstandswert EUR---- im Einzelfall oder EUR--- im Geschäftsjahr übersteigen;
- Der Abschluss, die Änderung oder die Beendigung von Miet- und Pachtverträgen und sonstigen Dauerschuldverhältnissen (ausgenommen Anstellungsverträgen), die eine Laufzeit von mehr als einem Jahr oder einem Miet- oder Pachtzins oder eine sonstige Verpflichtung in Höhe von jährlich mehr als EUR--- vorsehen;
- die Übernahme von Bürgschaften oder Aufnahme von Darlehen und Kontokorrentkrediten, soweit sie im Einzelfall einen Betrag von EUR--- übersteigen;
- das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, Pensionsverpflichtungen und der Abschluss von Darlehensverträgen mit natürlichen oder juristischen Personen;
- die Einstellung oder wesentliche Einschränkung betrieblicher Geschäftszweige und die Aufnahme neuer Geschäftszweige;
- die Übernahme von Bürgschaften, Garantieverträgen, Sicherheitsleistungen, Schuldbeitritten, Patronatserklärungen und sonstigen derartigen Gewährleistungs- oder Haftungsverpflichtungen, sowie die Übernahme fremder Verbindlichkeiten;
- die Erteilung von Schenkungsversprechen sowie die Hingabe nicht marktüblicher Geschenke, insb. von Geschenken im Wert von über EUR--- im Einzelfall oder mit einer Jahressumme von über EUR---;
- die Einleitung von Verfahren vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten sowie der Abschluss von Vergleichen in solchen Verfahren mit einem Streitwert von mehr als EUR---;
- der Abschluss, die Änderung oder Beendigung von Anstellungsverträgen mit Mitarbeitern, die jährliche Gesamtbezüge von mehr als EUR--- oder eine Beteiligung am Umsatz oder Gewinn der Gesellschaft vorsehen;
- der Abschluss von solchen Verträgen, durch die Verpflichtungen für die Gesellschaft von mehr als einem Jahr entstehen.

⁴³ Wörtlich entnommen aus: Haag/Löffler/Schickerling, § 116 Rn. 9.

Aufgrund der Dispositivität des § 116 Abs. 3 HGB können in diesem Sinne die Erteilung und der Widerruf der Prokura erleichtert bzw. erschwert werden.

(8) Informations- und Kontrollrechte

Die Informations- und Kontrollrechte stehen in der Regel bei einer offenen Handelsgesellschaft jedem Gesellschafter zu, da diese meist auch geschäftsführende Tätigkeiten ausüben. Aus diesem Grund müssen diese Rechte für die offene Handelsgesellschaft nicht gesondert beschrieben werden (§ 118 HGB).

Risiko: Wie auch bei den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern gilt hierbei folgende Regel: Verwehren Sie einem berechtigten Gesellschafter sein Informationsrecht, kann er dieses Recht vor dem Prozessgericht geltend machen.⁴⁴

(9) Anspruch auf Aufwendungsersatz

Grundsätzlich existieren laut § 110 Abs. 1 HGB zwei verschiedene Aufwandsersatzalternativen, nämlich den Ersatz für getätigte Aufwendungen und den Anspruch auf Ersatz von Verlusten.

Für getätigte Aufwendungen eines Gesellschafters aus privaten Geldvermögen, sogenannte freiwillige Vermögensopfer, die er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat oder die für die Geschäftstätigkeiten als erforderlich anzusehen sind (z.B. Reise- und Unterbringungskosten), hat die Gesellschaft Ersatz zu leisten (§110 Abs.1 S.1 HGB).

Erleidet der Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung unmittelbar resultierende Verluste (unfreiwillige Vermögensnachteile) oder kommt es dazu durch Gefahren, die mit der Geschäftsführertätigkeit untrennbar verbunden sind, hat gemäß §110 Abs. 1 S. 2 HGB die Gesellschaft dem Gesellschafter Ersatz zu leisten. Erstattet werden allerdings nicht immaterielle Schäden (z.B. Anspruch auf Schmerzensgeld).

Wird der zuständige Ersatz für Aufwendungen und/oder die Verluste nicht sofort von der Gesellschaft beglichen, so hat die Gesellschaft laut § 110 Abs. 2 HGB für den Zeitraum zwischen Anfall der Aufwendung oder Entstehung des Verlustes entsprechende Verzinsungen zu leisten. Die Höhe der Verzinsung liegt bei 5% (§ 352 HGB).

Risiko: Falls spezielle Aufwendungen existieren, die im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind, existieren keine Ansprüche auf Erstattung. Andernfalls kann jeder Gesellschafter die Gesellschaft auf Aufwendungsersatz verklagen.⁴⁵

Gesellschaftsvermögen

Als gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen ist all das anzusehen, was in die Gesellschaft eingezahlt wurde. Dazu gehören auch die für die Gesellschaft erworben Gegenstände (Betriebs- und Geschäftsausstattung, Grundstücke, Patente oder auch Forderungen usw.), vgl. § 718 BGB. Daraus folgt, dass Sie nicht berechtigt sind, über das von Ihnen Eingebraachte frei zu verfügen oder es aus dem Gesellschaftsvermögen zu entwenden.

⁴⁴ Vgl. Haag/Löffler/Schickerling, § 119 HGB Rn. 14.

⁴⁵ Vgl. Haag/Löffler/Haag, § 124 HGB Rn. 1 ff.

2.3.1.2 Außenverhältnis

Neben den aus dem Innenverhältnis folgenden Rechten und Pflichten bestehen solche ferner im Außenverhältnis gegenüber unternehmensexternen natürlichen als auch juristischen Personen. Im Außenverhältnis geht es also um die Vertretung der Gesellschaft nach außen gegenüber anderen und um das Einstehenmüssen für dieses Handeln gegenüber den externen Personen.

Vertretung

Jedem Gesellschafter steht das Recht zu, die Gesellschaft zu vertreten und in deren Namen zu handeln (§ 125 HGB). Abweichendes wird im Gesellschaftsvertrag festgelegt. Dieser kann beispielsweise besagen, dass ein Gesellschafter die OHG vertreten darf oder nur mehrere Gesellschafter gemeinsam. Die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft erstreckt sich dann auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte (§ 126 Abs. 1 HGB). Dabei sind keine Einschränkungen zugelassen, um Dritte zu schützen.

Risiko: Einschränkungen der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers sind zum Schutze des Gläubigers im Außenverhältnis nicht rechters. Ein Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Vertretungsmacht kann durch eine Feststellungsklage geklärt werden.⁴⁶ Um langwierigen Streit vor Gericht zu vermeiden, sollten vertretungsrelevante Fragen durch gesellschaftsvertragliche Regelung gründlich geklärt werden.

Geschäftsführung/Handeln für die Gesellschaft

Da der/die geschäftsführende/n Gesellschafter (oder Fremdgeschäftsführer) für die Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließen werden und wollen, müssen sie sich an die aus diesem rechtsgeschäftlichen Handeln folgenden Pflichten halten.

Risikobereiche:

Ordnungsrechtliche Pflichten

- Anmeldungen
- Eintragungen
- Erlaubnisse
- Genehmigungen etc.

Pflichten aus dem Geschäftsverkehr; Außenverhältnis

- Vertragspflichten
- bürgerlich-rechtliche Pflichten
- handelsrechtliche Pflichten
- wettbewerbsrechtliche Pflichten etc.

Pflichten gegenüber Mitarbeitern; Innenverhältnis

- Arbeitsvertragspflichten
- Arbeitsgesetzliche Pflichten

Sozialversicherungsrechtliche Pflichten

- Beitragspflichten
- Meldepflichten etc.

⁴⁶ Vgl. Haag/Löffler/Haag, § 125 HGB Rn. 28.

Steuerrechtliche Pflichten

- Zahlungspflichten
- Meldepflichten etc.

Regeln zur Unternehmenserhaltung

- Pflichten zur Kapitalerhaltung
- Kapitalvorsorge
- Insolvenzrecht etc.

Wettbewerbliche Pflichten

- Schutz des ideellen Unternehmenskapitals durch Rechtesicherung
- Urheberrecht etc.

Zur Beherrschung dieser Risikobereiche dient folgende weiterführende Literatur:

Pflichten gegenüber Mitarbeitern; Innenverhältnis

Heybrock; Praxisratgeber Compliance, Hampp Verlag 2012, S. 39 ff.

Wettbewerbliche Pflichten

Heybrock; Praxisratgeber Compliance, Hampp Verlag 2012, S. 105 ff.

Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten

Neben dem Gesellschaftsvermögen, welches bei etwaigen Verbindlichkeiten als Tilgungsressource dient, haften alle Gesellschafter unbeschränkt mit ihrem privatem Vermögen (§ 128 HGB). Daraus entsteht für diese Geschäftsform ein besonders hohes Ansehen bei den Gläubigern und z.B. auch bei potenziellen Kreditgebern.⁴⁷

Risiko: Sie als Gesellschafter der OHG haften nach § 128 HGB für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch. Dabei sind sie als von der Gesellschaft unabhängiges Rechtssubjekt anzusehen.⁴⁸ Der Gläubiger kann sich dementsprechend, ohne dass er sich zuvor an die Gesellschaft gewendet hat, direkt an Sie zur Tilgung der Verbindlichkeiten wenden.⁴⁹

Ebenfalls hat der Gläubiger die Berechtigung, von Ihnen die Erfüllung seines Anspruches in natura zu verlangen, wenn Sie als Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber diese Leistung schuldig sind.⁵⁰ Dieser Anspruch ist auch auf bestehende Mängel, die die Gesellschaft zu beseitigen hat, anzuwenden.⁵¹ Sollte es sich um Leistungen handeln, die nur Sie in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter erfüllen können (sogenannte personenbezogene Leistungen), kann der Gläubiger die Erfüllung dieser Leistung verlangen, wenn Sie auch dazu verpflichtet sind, diese Leistung für die Gesellschaft zu erbringen.⁵²

⁴⁷ Vgl. Baumbach, A.; Hopt, K., §128 HGB Rn.1.

⁴⁸ Vgl. Haag/Löffler/Zellmer, §128 HGB Rn. 1.

⁴⁹ Vgl. Haag/Löffler/Zellmer, §128 HGB Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. BGHZ 23, 302 ff.

⁵¹ Vgl. BGHZ 73, 217 ff.

⁵² Vgl. BGHZ 23, 302 ff.

(1) Verhältnis der Gesellschaftsverbindlichkeiten zur Gesellschafterhaftung

Die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft und die Haftungsverbindlichkeiten der Gesellschafter werden nicht als Gesamtschuldverhältnis betrachtet.⁵³ Das Gesellschaftsvermögen ist nicht etwa ein Vermögen der Gesellschafter, sondern das der Gesellschaft. Demnach sind auch die Gesellschaftsschulden die der Gesellschaft. Gleiches Prinzip findet auf die Gesellschafter Anwendung.⁵⁴ Zwischen diesen ist zu unterscheiden und es muss nach Meinung des Bundesgerichtshofes im Einzelfall geprüft werden, ob § 421 ff. BGB Anwendung findet.

(2) Haftung eintretender Gesellschafter

Gemäß § 130 HGB müssen neu eingetretene Gesellschafter einer Gesellschaft in dem Interesse des Schutzes des Wirtschaftsverkehrs auch für Verbindlichkeiten aus der Zeit vor ihrem Eintritt gem. §§ 128, 129 haftet. Selbst eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 Abs. 2 HGB). Ein Haftungsausschluss ist also gegenüber Dritten nicht wirksam. Dennoch ist es möglich, einen neu eintretenden Gesellschafter von Altverbindlichkeiten freizustellen. Hierfür müssen die Gesellschafter eine Vereinbarung mit dem Geschäftspartner im Außenverhältnis treffen, damit der neue Gesellschafter zumindest von diesen Schuldverhältnissen entlassen wird.⁵⁵

Risiko: *Es ist unmissverständlich fixiert, dass Sie als neuer Gesellschafter einer OHG für alle Verbindlichkeiten, ob neu oder alt, haften.*⁵⁶

(3) Haftung ausscheidender Gesellschafter

Sollte einer der Gesellschafter aus Ihrer Gesellschaft ausscheiden, haftet er auch weiterhin für die bestehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem Privatvermögen, wenn diese vor seinem Ausscheiden entstanden sind (§ 160 Abs. 1 HGB). Dieser Sachverhalt ist zeitlich auf fünf Jahre begrenzt. Gemäß § 160 Abs. 1 S. 2 HGB beginnt diese Frist „mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister eingetragen wird“.

Risiko: *Auch nach Austritt aus der Gesellschaft können Forderungen gegen Sie geltend gemacht werden.*

2.3.1.3 Wechsel von Gesellschaftern und Beendigung der Gesellschaft

Für die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft gibt es diverse Gründe, die hier kurz aufgezählt werden:⁵⁷

- Zeitablauf
- Beschluss zur Auflösung durch die Gesellschafter
- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens
- Gerichtliche Entscheidungen.⁵⁸

⁵³ Vgl. BGHZ 44, 229, 233, und 47, 376, 378.

⁵⁴ Vgl. Schmidt, K. (2002), § 46 II 2.

⁵⁵ Vgl. Baumbach, A.; Hopt, K., § 130 HGB Rn. 8 f.

⁵⁶ Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 130 HGB Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. § 131 Abs. 1 HGB.

⁵⁸ Vgl. § 133 HGB.

Nicht zur Auflösung allerdings zum Ausscheiden eines Gesellschafters führen folgende Ereignisse:

- Tod eines Gesellschafters
- Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters
- Kündigung eines Gesellschafters
- Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters
- Eintritt eines im Gesellschaftsvertrag beschriebenes Falles
- Beschluss der Gesellschafter.⁵⁹

Sollte ein wichtiger Grund vorliegen, besteht die Möglichkeit, die Gesellschaft außerplanmäßig aufzulösen. Dafür bedarf es einer gerichtlichen Entscheidung.⁶⁰ Ein wichtiger Grund ist beispielsweise der vorsätzliche Verstoß gegen die im Gesellschaftsvertrag genannten Verpflichtungen.⁶¹ Diese Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft ist nicht einschränkbar.⁶² Sobald die Auflösung der OHG durchgeführt wurde, folgt die Liquidation.⁶³ Erst wenn diese erfolgt ist, ist die OHG vollständig erloschen. In dieser Phase spricht man von der Auseinandersetzung. Obwohl die Gesellschaft quasi erloschen ist, unterstehen Sie als Gesellschafter auch weiterhin der gesamtschuldnerischen Haftung.⁶⁴ Dieser Anspruch, welchen die Gläubiger gegen Sie haben, ist nicht mehr durchsetzbar, wenn eine Verjährung eingetreten ist. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Tag an dem die Auflösung der Gesellschaft in das zuständige Handelsregister eingetragen wurde.⁶⁵

2.3.1.4 Ausscheiden von Gesellschaftern

Dass Gesellschafter aus einer Gesellschaft ausscheiden, liegt häufig an den Gründen, die in § 131 Abs. 3 HGB aufgezählt sind. Diese führen lediglich zum Ausscheiden eines Gesellschafters und nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Nachfolgend wird auf die Gründe eingegangen:

- (1) *Kündigung durch einen Gesellschafter*: Ein Gesellschafter ist berechtigt gem. § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB aus einer Gesellschaft auszuscheiden. Die übrigen Gesellschafter führen die Geschäfte dann weiter. Die Kündigung ist allerdings nur dann rechtsens, wenn sie gem. § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB eine wirksame, ordentliche Kündigung ist oder ein wichtiger Grund für die Kündigung besteht. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Gesellschafter beeinträchtigt ist, den Gesellschaftszweck zu fördern oder eine Fortsetzung unzumutbar wäre.⁶⁶
- (2) *Ausschließung eines Gesellschafters*: Die übrigen Gesellschafter können einen Gesellschafter auf gerichtliche Anweisung aus der Gesellschaft ausschließen, wenn nach § 133 Abs. 2 HGB ein wichtiger Grund im Sinne von § 133 Abs. 1 HGB und § 140 HGB vorliegt. Ein solcher Grund ist gegeben, wenn der Gesellschafter gegen seine Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verstößt. Ebenfalls kann ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, wenn ein

⁵⁹ Vgl. § 131 Abs. 3 HGB.

⁶⁰ Vgl. § 133 Abs. 1 HGB.

⁶¹ Vgl. § 133 Abs. 2 HGB.

⁶² Vgl. § 133 Abs. 3 HGB.

⁶³ Vgl. § 145 ff. HGB.

⁶⁴ Vgl. § 159 Abs. 1 HGB i.V.m. § 128 HGB.

⁶⁵ Vgl. § 159 Abs. 2 HGB.

⁶⁶ Vgl. BGHZ 69, 160, 169.

Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter unzumutbar ist und in Zukunft kein zielführendes Zusammenarbeiten abzusehen ist.⁶⁷

- (3) *Haftung des ausscheidenden Gesellschafters*: Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für eine Frist von fünf Jahren ab dem Datum des Ausscheidens für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten gem. § 128 HGB und § 160 HGB. Eine Ausnahme hierfür ist, wenn vereinbart ist, dass die verbleibenden Gesellschafter an Stelle des ausgeschiedenen Gesellschafters haften.⁶⁸

⁶⁷ Vgl. BGH WM 1997, 2169 ff.

⁶⁸ Vgl. § 738 BGB.

Zusammenfassung der Risiken

Aufgabe dieses Abschnittes ist es, Ihnen wichtige Risiken der offenen Handelsgesellschaft kurz in Form einer Tabelle darzustellen. Diese Tabelle ist dahingehend strukturiert, dass zuerst die Verhältnisausprägung (Innen- und Außenverhältnis) eine grobe Einteilung der Risiken vornimmt. Nachfolgend wird das Basisobjekt benannt (z.B. Verletzung von Beitragspflichten), ehe eine Darstellung des jeweiligen Risikos erfolgt. Sämtliche dargestellte Risiken werden erneut in Kapitel 4 (*Organisationstabellen*) aufgegriffen und in einem Organisationsmodell dargestellt.

Risikoübersicht der OHG				
	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglicherweise nachteilig unweigerlich die rechtlichen Vorschriften.	§§ 105 ff. HGB
2	Innenverhältnis	Kontrollrecht	Wegfall von eingeschränkten Kontrollrechten	§ 118 Abs.2 HGB
3	Innenverhältnis	Haftung des Geschäftsführers im Innenverhältnis	Schadensersatzansprüche	§ 114 HGB
4	Innenverhältnis	Ausbleiben der Vergütung	Vergütungsrecht der Gesellschafter	§§ 110, 120 HGB
5	Innenverhältnis	Stimmrecht wird bei Beschlüssen nicht gewährt	Nichtigkeit des Beschlusses	§ 119 HGB
6	Innenverhältnis	Verstoß gegen Gesellschafterbeschlüsse	Schadensersatzansprüche gegen einen Gesellschafter	§ 280 BGB
7	Innenverhältnis	Verwehrung von Informations- und Kontrollrechten	Geltendmachung durch rechtliche Schritte	§ 118 HGB
8	Innenverhältnis	Gewinn- und Verlustverteilung	Falsche Zuweisung von Gewinnen und Verlusten auf die Gesellschafter	§ 120 Abs. 1 HGB
9	Innenverhältnis	Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	Nachhaltige Schädigung der Beziehung der Gesellschafter	§ 112 Abs. 2 HGB
10	Außenverhältnis	Einzelvertretungsberechtigung	Im Innenverhältnis getroffene Einschränkungen der Vertretungsbefugnisse sind im Außenverhältnis unwirksam.	§ 126 Abs.2 HGB
11	Außenverhältnis	Haftung	Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch)	§ 128 HGB
12	Außenverhältnis	Haftung eines eintretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten unabhängig von dem Zeitpunkt der Entstehung	§ 130 HGB
13	Außenverhältnis	Haftung eines austretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten die vor dem Entstehen aus der Gesellschaft entstanden sind	§ 160 HGB

2.3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der Kommanditgesellschaft (KG)

Dieses Kapitel beschreibt die rechtlichen Rahmenbedingungen der Kommanditgesellschaft. Für die KG gelten als Rechtsgrundlagen in erster Linie die §§ 161 bis 177a HGB. Wegen ihrer Nähe zur OHG sind die §§ 105 bis 160 HGB subsidiär anwendbar. Ferner sind Sondervorschriften im HGB, z.B. betreffend die Firmierung (§§ 17 ff. HGB) sowie die die Handelsgesellschaften betreffenden Vorschriften in weiteren Gesetzen (u.a. Insolvenz-, Umwandlungs- und Steuerrecht) zu beachten.⁶⁹ Schließlich kommt als weitere Rechtsquelle das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Recht in Betracht, vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, §§ 705 ff. BGB.⁷⁰ Die Struktur des Kapitels entnehmen Sie dem nachfolgenden Schaubild.

Kapitalgesellschaft (KG)				
Innenverhältnis	Außenverhältnis	Wechsel von Gesellschaftern	Beendigung der Gesellschaft	Zusammenfassung der Risiken

Struktur des Rechtsrahmens zu Kapitalgesellschaften

Wie die offene Handelsgesellschaft ist auch die Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft mit dem Zweck des Betriebes eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma.⁷¹ Sie ist ein Zusammenschluss von Gesellschaftern, die sich vertraglich in bestimmter Weise dazu bekennen, die Unternehmung zu fördern bzw. zu unterstützen und ihre Pflichten zu erfüllen. Wie die OHG ist auch die KG keine juristische Person, beide sind aber schon nach § 124 HGB rechtlich weitgehend verselbständigt, können unter ihrer Firma Rechte erwerben, klagen und verklagt werden. Damit sind OHG und KG nach außen ebenso rechtsfähig wie juristische Personen. Nur nach innen fehlt die vollständige Verselbständigung der Gesellschaft als Vermögensträger gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter.⁷²

Die KG ist eine Personengesellschaft mit Gesellschaftern unterschiedlichen Typs. Dabei handelt es sich um mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (**Komplementär**) und mindestens einen weiteren Gesellschafter, dessen Haftung auf eine bestimmte Vermögenseinlage beschränkt ist (**Kommanditist**).⁷³ Gesellschafter können grds. alle natürlichen Personen werden. Auch juristische Personen können Gesellschafter der KG werden. Ferner ist es möglich, dass eine OHG, KG EWIV oder eine Partnergesellschaft Gesellschafterin einer KG wird.⁷⁴

Für gewöhnlich nimmt der Komplementär die Position eines Geschäftsführers einer offenen Handelsgesellschaft ein. Sie als Komplementär leiten also die Unternehmung und vertreten diese nach außen.

⁶⁹ Haag/Löffler/Heybrock, Vorbemerkungen zu § 161 Rn. 3.

⁷⁰ Haag/Löffler/Heybrock, § 161 Rn. 13.

⁷¹ Vgl. § 161 Abs. 1 HGB.

⁷² Haag/Löffler/Löffler, Vorbemerkungen zu den §§ 105 bis 160 HGB, Rn. 6.

⁷³ Haag/Löffler/Heybrock, § 161 Rn. 5.

⁷⁴ Haag/Löffler/Heybrock, § 161 Rn. 19.

Risiko: Die Haftung des Komplementärs umfasst die unbeschränkte Zahlung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten. Dies stellt bei großen Verbindlichkeiten ein erhebliches privates Insolvenzrisiko dar, sofern es sich bei dem Komplementär um eine natürliche Person handelt.

Der Kommanditist ist hinsichtlich der Haftung auf seine eingezahlte Vermögenseinlage beschränkt. Bei Verpflichtungen gegenüber Dritten wird diese Einlage genutzt. Mit der auf die Kommanditeinlage bezogenen Haftungsbeschränkung schützen Sie Ihr Privatvermögen. In dem Moment, in dem die Einlage zurückgewährt wird, lebt jedoch die ursprüngliche Haftung und somit der Zugriff auf Ihr Privatvermögen wieder auf, vgl. §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1, Halbs. 2 HGB.⁷⁵ Dies führt zur persönlichen unbeschränkten Haftung des Kommanditisten.

Risiko: Die ursprüngliche Haftung lebt wieder auf, wenn Sie ihre Einlage zurückgewährt bekommen. Der unbeschränkte Zugriff auf Ihr Privatvermögen besteht nun wieder.

In der Regel haben sie als Kommanditist keine Tätigkeit in der Geschäftsführung⁷⁶ inne und Sie sind nicht befugt die Gesellschaft zu vertreten.⁷⁷ Sie sind lediglich befugt, Ihre Kontroll-⁷⁸ und Verwaltungsrechte auszuüben.⁷⁹

2.3.2.1 Innenverhältnis

Im Innenverhältnis der KG stehen sich die Gesellschafter, also die Kommanditist/en und Komplementär/e gegenüber. Der Kommanditist ist nach der gesetzlichen Grundregel von der gewöhnlichen Geschäftsführung ausgeschlossen, § 164 HGB. Da diese Vorschrift dispositiv ist, sind gesellschaftsvertragliche Änderungen möglich.⁸⁰

Gewinn- und Verlustverteilung

(1) Gewinn- und Verlustverteilung

Die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft ist bei den Komplementären der KG gleichzustellen mit den Gesellschaftern einer OHG. Die Kommanditisten sind ebenfalls am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt.⁸¹ Grundlage für diese Beteiligung ist der jeweils erstellte Jahresabschluss.⁸² Der Ihnen als Kommanditist zustehende Gewinnanteil wird dabei zunächst einem Kapitalkonto gut geschrieben, bis der Betrag die Höhe der geschuldeten Einlage erreicht hat.⁸³ Andere nicht der Kapitaleinlage zuzuschreibende Gewinne werden dem Privatkonto gutgeschrieben. Bereits erwirtschaftete und abgeschöpfte Gewinne können vom Kommanditisten nicht wegen späterer Verluste zurückverlangt werden.⁸⁴

⁷⁵ Haag/Löffler/Heybrock, § 172 Rn. 5.

⁷⁶ Vgl. § 164 HGB.

⁷⁷ Vgl. § 170 HGB.

⁷⁸ Vgl. § 166 HGB.

⁷⁹ Haag/Löffler/Heybrock, § 161 Rn. 23.

⁸⁰ Vgl. Baumbach, A.; Hopt, K., § 164 Rn. 6 f.

⁸¹ Vgl. § 167 HGB.

⁸² Vgl. § 167 Abs. 1 HGB i.V.m. § 120 HGB.

⁸³ Vgl. § 167 Abs. 2 HGB.

⁸⁴ Vgl. § 169 Abs. 2 HGB.

Risiko: Die Gewinnbeteiligung beruht auf den Ergebnissen des Jahresabschlusses. Ist dieser fehlerhaft, kann nicht ermittelt werden, wie ihr Anteil tatsächlich ausfällt. Sie haben hier das Recht, die Berichtigung des Jahresabschlusses zu verlangen.

(2) Kontrollrechte

Dem Kommanditisten wird das Recht auf Einsicht in die Bücher und Papiere der KG zugesprochen.⁸⁵ Dementsprechend sind Sie als Komplementär dazu verpflichtet, diese zur Verfügung zu stellen. Sollten wichtige Gründe bestehen, wie beispielsweise eine konkrete Gefährdung der Interessen des Kommanditisten, kann ein Gericht auch die sofortige Einsicht in die Papiere anordnen.⁸⁶ Dieses außerordentliche Prüfungsrecht des Kommanditisten kann weder eingeschränkt noch gänzlich ausgeschlossen werden.⁸⁷

(3) Widerspruchsrecht

Da die Kommanditisten in der Regel von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, haben sie somit auch kein Widerspruchsrecht gegen die Handlungen der Geschäftsführer. Ausnahme davon sind Entscheidungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen.⁸⁸ In diesem Falle bedarf es auch der Zustimmung der Kommanditisten.⁸⁹ Es ist allerdings zu beachten, dass Rechtsgeschäfte mit Dritten auch ohne vorherige Zustimmung rechtskräftig sind.

Risiko: Da Sie als nicht-geschäftsführender Gesellschafter keinen Einfluss auf die Rechtsgeschäfte mit Dritten innehaben, besteht das Risiko, dass die geschäftsführenden Gesellschafter Entscheidungen treffen, die Ihnen über Umwege (z.B. geringere Gewinnausschüttung) schaden könnten.

(4) Treuepflichten und Wettbewerb

Die Kommanditisten unterliegen grundsätzlich einer Treuepflicht, wie auch die Komplementäre. Ein Wettbewerbsverbot besteht für sie grundsätzlich nicht.⁹⁰

2.3.2.2 Außenverhältnis

Ergänzend zu dem Innenverhältnis besteht das Außenverhältnis gegenüber unternehmensexternen natürlichen als auch juristischen Personen. Hierbei geht es primär um die Vertretung der Gesellschaft gegenüber anderen als auch um die Haftung für Verbindlichkeiten.

Vertretung

Nach den rechtlichen Vorschriften ist der Kommanditist von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen.⁹¹ Die organschaftliche Vertretungsbefugnis steht lediglich den vollhaftenden Komplementären zu.⁹² Diese Vorschrift dient den Komplementären als Schutzfunktion, da diese vollhaf-

⁸⁵ Vgl. § 166 HGB.

⁸⁶ Vgl. Baumbach, A.; Hopt, K., § 166 Rn. 9.

⁸⁷ Vgl. OLG Hamm DB 1970, 724, 725.

⁸⁸ Vgl. § 164 HGB.

⁸⁹ Vgl. Baumbach, A.; Hopt, K., § 164 Rn. 2.

⁹⁰ Vgl. § 165 HGB.

⁹¹ Haag/Löffler/Heybrock, § 170 Rn. 1.

⁹² Vgl. Ebenroth, C. T.; Boujong, K.; Joost, D.; Strohn, L. (2008), § 170 HGB Rn. 1.

tend für die Gesellschaft in Regress genommen werden können.⁹³ Die Vertretung der Gesellschaft durch einen teilhaftenden Kommanditisten ist jedoch gewillkürt dann möglich, wenn dieser rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zugesprochen bekommt. Diese kann in Form einer General- oder Handlungsvollmacht sowie mit der Erteilung von Prokura erteilt werden.⁹⁴

Risiko: *Erhalten Sie als Kommanditist eine General- oder Handlungsvollmacht, so können Sie in Regress genommen werden, auch wenn Sie nicht Komplementär der Gesellschaft sind.*

Gesellschafterhaftung

Da es sich bei der KG lediglich um eine Modifikation der dargestellten offenen Handelsgesellschaft handelt, kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Die Haftung der Komplementäre als Vollhafter und der Kommanditisten als Teilhafter wurde oben erläutert. Nachfolgend einige Besonderheiten der Gesellschafterhaftung:

(1) Haftung vor Handelsregistereintragung

In dem Fall, dass Ihre Unternehmung vor Eintragung in das Handelsregister mit Ihrer Zustimmung die Geschäfte aufnimmt, sind Sie bis zur tatsächlichen Eintragung wie ein vollhafter Gesellschafter (Komplementär) anzusehen.⁹⁵ Dieser Regelung entgehen Sie auch nicht, wenn Sie Dritte über Rundschreiben, Bekanntmachungen oder ähnliches informieren.⁹⁶ Nur wenn der Gläubiger von Ihrer Beteiligung an der Gesellschaft als Kommanditist gewusst hat, erlischt die Gefahr der unbeschränkten persönlichen Haftung.⁹⁷

Risiko: *Solange Sie nicht als Kommanditist ins Handelsregister eingetragen sind, die Gesellschaft aber schon Verbindlichkeiten erzeugt, haften Sie für diese Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern als vollhafter Gesellschafter (Komplementär).*

(2) Haftung nach Handelsregistereintragung

Bei der Eintragung der einzutragenden Haftsumme geht es um die Haftungssumme im Außenverhältnis gem. § 162 HGB und nicht um die zu leistende Einlage im Innenverhältnis. Für gewöhnlich entspricht der Betrag der Haftungssumme dem der Einlage, dennoch sind die Beträge zu unterscheiden, da der Kommanditist möglicherweise zu weiteren Beitragsleistungen im Innenverhältnis gem. § 172 Abs. 2 HGB verpflichtet sein kann.⁹⁸ Da die Leistung des Kommanditisten nicht nur monetär erfolgen kann (z.B. Grundstücke), ist er nur in Höhe des objektiven Wertes seiner Leistung von Haftungsansprüchen Dritter befreit.⁹⁹ Sollten Sie als Kommanditist Forderungen gegenüber der Gesellschaft haben, so können Sie diese mit der Pflichteinlage aufrechnen. Der mögliche aufrechenbare Betrag ist allerdings bei nicht mehr vollwertiger wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft in Höhe der Werthaltigkeit anzusetzen.

⁹³ Vgl. Koller/Roth/Morck/Koller, § 170 HGB Rn. 1; Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 170 HGB, Rn.11.

⁹⁴ Haag/Löffler/Heybrock, § 170 Rn. 6.

⁹⁵ Vgl. Staub, H.; Ulmer, P.; Canaris, C.-W.; Schilling, W., § 176 HGB Rn. 3.

⁹⁶ Haag/Löffler/Heybrock, § 176 Rn. 3.

⁹⁷ Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 176 HGB Rn. 8.

⁹⁸ Haag/Löffler/Heybrock, § 171 Rn. 2.

⁹⁹ Vgl. BGHZ 109, 334, 337.

Risiko: Aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung können alle Komplementäre oder Kommanditisten in Regress genommen werden. Sollten Sie Grundstücke eingebracht haben, können diese auch für die Tilgung von Verbindlichkeiten genutzt werden. Ein späterer Zugriff oder eine Rückgewährung der Einlage ist dann nicht mehr möglich.

(3) Wiederaufleben der Haftung

Wie oben schon kurz dargestellt, muss ein Kommanditist bei Zurückgewähr seiner Einlage wieder persönlich haften. Die Haftungsbefreiung durch Leistung der Einlage gilt nur solange, bis Sie von der KG direkt oder indirekt Zuwendungen aus dessen Vermögen erhalten, ohne anschließend einen objektiven Gegenwert einzubringen.¹⁰⁰ Ihre persönliche Vollhaftung lebt demnach dann wieder auf, wenn der Stand Ihres Kapitalkontos bzw. die Vermögensübertragung geringer ist, als die im Handelsregister eingetragene Haftungssumme.¹⁰¹

Risiko: Ab dem Zeitpunkt, mit dem Ihnen ein Teil Ihrer im Handelsregister eingetragenen Haftungssumme zurückgewährt wird, haften Sie wieder wie ein Komplementär.

Erstattungsanspruch

Der für Gesellschafter einer OHG vorgesehene Erstattungsanspruch für Aufwendungen oder Verluste gem. §110 HGB besteht gem. § 161 Abs. 2 HGB grundsätzlich auch für die Kommanditisten einer KG, auch wenn er in seiner Stellung als Kommanditist keine Verpflichtungen im Außenverhältnis hat. Dies kann der Fall sein, wenn sich der Kommanditist bspw. freiwillig in die Rolle eines persönlich haftenden Gesellschafters begibt und für die Gesellschaft Schulden aufnimmt.¹⁰²

2.3.2.3 Wechsel von Gesellschaftern

Dieses Kapitel stellt Rechtsfragen beim Aus- und Eintritt von Gesellschaftern und etwaige Bestandteile der Haftung dar.

Ausscheiden und Eintritt von Gesellschaftern

Die Regelungen bezüglich des Ausscheidens bzw. des Eintritts von Gesellschaftern in einer Kommanditgesellschaft sind mit denen der offenen Handelsgesellschaft im Wesentlichen vergleichbar. Nennenswerter Unterschied ist allerdings, dass bei dem Tod eines Gesellschafters gesetzlich dessen Erbe(n) in die Gesellschaft eintritt.¹⁰³ Auch an dieser Stelle kann ein bestehender Gesellschaftsvertrag anderes bestimmen. Ein üblicher Kommanditistenwechsel, bei dem nicht der eben beschriebene Erbfall eintritt, geschieht dann, wenn ein bestehender Gesellschafter seinen Anteil mit Zustimmung der anderen auf seinen Nachfolger überträgt. Die bisherige Rechtsstellung des Gesellschafters übernimmt dann der Nachfolger.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. BGH, 13.02.1967 – II ZR 158/65, BGHZ 47, 149 = WM 1967, 415 = NJW 1967, 1321.

¹⁰¹ Vgl. Ebenroth, C. T.; Boujong, K.; Joost, D.; Strohn, L., § 172 HGB Rn. 22.

¹⁰² Vgl. BGH MDR 2002, 593, 594.

¹⁰³ Vgl. § 177 HGB.

¹⁰⁴ Vgl. BGHZ 81, 82, 84.

Risiko: Ausgehend von diesen Regelungen ist es für Sie als Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft unter dem Aspekt der Risikominimierung sehr wichtig, dass Sie in dem Gesellschaftsvertrag die Angelegenheiten so fixieren, wie Sie sich diese nach Ihrem Tod vorstellen.

Haftung eintretender Gesellschafter

Die Haftung eines eintretenden Gesellschafters beginnt ab dem Zeitpunkt, an dem der Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt. Er haftet somit unmittelbar und unbeschränkt auch für Verbindlichkeiten, die sich zwischen seinem Eintritt und der tatsächlichen Eintragung ins Handelsregister ergeben.¹⁰⁵ Es soll für die Gläubiger erreicht werden, dass der betroffene Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Erst wenn die Einlage erbracht ist und diese auch vollständig ist und nicht ganz oder in Teilen zurückgewährt worden ist,¹⁰⁶ gilt für den neuen Gesellschafter die beschränkte Haftung.

Risiko: Die unbeschränkte Haftung greift auf das Privatvermögen des Gesellschafters durch. Die unmittelbare und unbeschränkte Haftung des eintretenden Gesellschafters endet erst dann, wenn die Einlagen erbracht sind und die Eintragung ins Handelsregister erfolgt ist.

Haftung ausscheidender Gesellschafter

Die Haftung eines ausscheidenden Gesellschafters unterteilt sich in die sogenannte Nachhaftung und zum anderen in das Wiederaufleben der Haftung.

(1) Nachhaftung

Die ausscheidenden Gesellschafter haften grundsätzlich für alle Verbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt ihres Ausscheidens. Nach Ablauf der Nachhaftungsfrist von fünf Jahren, § 160 Abs. 1 und 2 HGB, erlischt die Nachhaftung. Ein ausscheidender Kommanditist haftet mit seiner Einlage unmittelbar.¹⁰⁷ Wechselt ein Komplementär in die Stellung eines Kommanditisten, gelten laut § 160 Abs. 3 HGB für diesen nachfolgend die gleichen Regelungen wie bei einem „tatsächlichen“ Kommanditisten.

Risiko: Als ausscheidender Gesellschafter sollten Sie bis zu Ihrem tatsächlichen Ausscheiden die Geschäfte der Gesellschaft im Auge behalten. Etwaige Verbindlichkeiten tragen Sie bis zu dem Zeitpunkt, an dem Sie endgültig aus der Gesellschaft ausgeschieden sind.

(2) Wiederaufleben der Haftung

Sollten Sie aus der Gesellschaft austreten, indem Sie Ihre Einlage zurückbezahlt bekommen, so ist dies der Auslöser dafür, dass Ihre Haftung erneut auflebt.¹⁰⁸ Dies betrifft dann Ihr Privatvermögen. In dem Gesellschaftsvertrag kann dies aber entsprechend geregelt werden. Das Wiederaufleben der Haftung ist jedoch trotz gesellschaftsvertraglicher Regelung nur dann wirksam, wenn dies im Handelsregister mit einem Rechtsnachfolgevermerk eingetragen wurde.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Vgl. § 176 Abs. 2 HGB.

¹⁰⁶ Vgl. § 172 Abs. 4 HGB.

¹⁰⁷ Vgl. § 170 Abs. 1 HGB.

¹⁰⁸ Vgl. § 172 Abs. 4 HGB.

¹⁰⁹ Vgl. BGHZ 81, 82, 86.

Risiko: Sofern Sie Ihre Anteile nicht an einen Neukommanditisten direkt abtreten, tritt Ihre Haftung wieder ein. Sie werden also persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Regress genommen.

Ausschließung von Gesellschaftern

Die Ausschließung eines Gesellschafters ist nur dann möglich, wenn besonders schwerwiegende Fälle bezüglich persönlicher Spannungen und gesellschaftsbezogener Meinungsverschiedenheiten vorliegen.¹¹⁰ Erst wenn diese Spannungen oder Meinungsverschiedenheiten unzumutbar für die anderen Gesellschafter sind, ist ein Ausschluss möglich.¹¹¹ In dem Gesellschaftsvertrag können Sie sogenannte Hinauskündigungsklauseln mit Ihren Gesellschaftern vereinbaren. Hierbei legen Sie zusammen fest, welche Gründe eine Ausschließung rechtfertigen.

Risiko: Im Nachhinein ist es schwierig, die angesprochenen Gründe für eine Ausschließung zu ändern. Machen Sie sich daher im Vorwege mit ihren Mitgesellschaftern darüber Gedanken, welche Gründe praktikabel sind.

Fortsetzung mit Erben der Gesellschafter

Die Fortsetzung der Unternehmung mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters geschieht, sofern nicht anders im Gesellschaftsvertrag geregelt, automatisch.¹¹² Die Erben rücken in die gleiche Position des Verstorbenen und sind berechtigt, dessen Rechte und Pflichten auszufüllen. Auch ist es möglich, die Stellung der Erben gegenüber dem Verstorbenen zu ändern. Denkbar ist hier, dass die persönliche Haftung eines Komplementärs (Verstorbener) in eine beschränkte Haftung eines Kommanditisten (Erbe) abzuwandeln.¹¹³ Dies bedarf einer genauen Regelung im Gesellschaftsvertrag.

Risiko: Sollte die Abwandlung von z.B. Komplementär (Verstorbener) zu Kommanditist (Erbe) nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt sein, ist dessen Privatvermögen Haftungsgegenstand für Verbindlichkeiten.

2.3.2.4 Beendigung der Kommanditgesellschaft

Die Beendigung einer Kommanditgesellschaft findet unter anderem dann statt, wenn der Komplementär ausscheidet. Dies ist darin begründet, dass eine Kommanditgesellschaft nur mit einem Komplementär bestehen kann.¹¹⁴

Stirbt ein Gesellschafter, wobei nur noch ein anderer Gesellschafter vorhanden ist, so geht das Gesellschaftsvermögen auf den verbleibenden Gesellschafter über. Dieser haftet nun gem. § 27 HGB bzw. §§ 161 und 177 HGB für die bisherigen Gesellschaftsverbindlichkeiten.

Risiko: Bei hohen Gesellschaftsverbindlichkeiten ist es denkbar, dass nur ein Gesellschafter mit der Situation überfordert sein kann.

¹¹⁰ Vgl. § 140 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB.

¹¹¹ Vgl. BGHZ 82, 209, 213.

¹¹² Vgl. § 177 HGB.

¹¹³ Vgl. BGHZ 101, 123, 125.

¹¹⁴ Vgl. BGHZ 6, 113.

2.3.2.5 Zusammenfassung der Risiken

Aufgabe dieses Abschnittes ist es, Ihnen relevante Risiken der Kommanditgesellschaft kurz in Form einer Tabelle darzustellen. Diese Tabelle ist dahingehend strukturiert, dass zuerst die Verhältnisausprägung (Innen- und Außenverhältnis) eine grobe Einteilung der Risiken vornimmt. Nachfolgend wird das Basisobjekt benannt (z.B. Verletzung von Beitragspflichten), ehe eine Darstellung des jeweiligen Risikos erfolgt.

Risikoübersicht der KG				
	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglicherweise nachteilig unweigerlich die rechtlichen Vorschriften.	§§ 105 ff. HGB
2	Innenverhältnis	Gewinn- und Verlustverteilung	Bei fehlerhaftem Jahresabschluss keine oder fehlerhafte Auszahlung möglich.	§ 167 Abs. 3 HGB
3	Innenverhältnis	kein Widerspruchsrecht von nicht geschäftsführenden Gesellschaftern.	Geschäftsführer treffen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb Entscheidungen, die Ihnen schädigen können.	§ 164 HGB
4	Innenverhältnis	Beerbung eines Gesellschafters	Ohne explizite Fixierungen im Gesellschaftsvertrag finden die gesetzlichen Regelungen Anwendung, was zu Ihrem Nachteil sein kann.	§ 177 HGB
5	Innenverhältnis	Ausschließung eines Gesellschafters	Sofern keine schwerwiegenden Gründe vorliegen, ist die Ausschließung eines Gesellschafters nicht möglich.	§ 140 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB
6	Außenverhältnis	Komplementär als Vollhafter	privates Insolvenzrisiko aufgrund unbeschränkter Haftung gegenüber Gläubigern.	§ 161 Abs. 2 HGB
7	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch Einlagenrückgewähr	Bei Einlagenrückzahlung an den Kommanditisten, haftet dieser in vollem Umfang mit seinem Privatvermögen.	§ 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB
8	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch Haftungssummenrückgewähr	Bei Rückgewähr der Haftungssumme (HR) an den Kommanditisten, haftet dieser mit in vollem Umfang mit seinem Privatvermögen.	§ 172 HGB
9	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch fehlende HREintragung	Vollhaftung für Verbindlichkeiten, wenn Sie als Kommanditist noch nicht in das HR eintragen sind.	§ 176 HGB
10	Außenverhältnis	Kommanditist haftet in Höhe der Haftsumme, die im HR angegeben wurde.	Unabhängig von der Höhe der Einlage im Innenverhältnis haftet ein Kommanditist mit der im HR eingetragenen Haftungssumme.	§ 172 Abs. 2 HGB

11	Außenverhältnis	Benachteiligung durch Ausstellung einer General- oder Handlungsvollmacht	Durch die Ausstellung einer General- oder Handlungsvollmacht kann der Kommanditist in Regress genommen werden.	§§ 48 - 58 HGB
12	Außenverhältnis	Bestehen bleibende Haftung für ausscheidende Gesellschafter	Sind Sie als ausscheidender Gesellschafter noch im HR als solcher eingetragen, haften sie weiterhin für etwaige Verbindlichkeiten.	§ 170 Abs. 1 HGB

2.3.3 Partnerschaftsgesellschaft (PartGG)¹¹⁵

Die Partnerschaftsgesellschaft ist eine Sonderform der GbR¹¹⁶ und bietet Freiberuflern die Möglichkeit, sich in Form einer Partnerschaft zusammenzuschließen. Freiberufler sind beispielsweise Ärzte (Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, usw.), Mitglieder der Rechtsanwaltskammern (Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, usw.) oder auch Journalisten, Schriftsteller usw. Eine genauere Auflistung finden Sie im § 1 Abs. 2 PartGG. Es ist zu erwähnen, dass Sie nicht dazu verpflichtet sind, diese Rechtsform zu wählen, wenn Sie Freiberufler sind. Die mit der Partnerschaft entstehenden Vorteile bezüglich der Haftung bei Berufsausübung bilden allerdings einen interessanten Anreizpunkt für diese Gesellschaftsform.¹¹⁷ Eine Besonderheit der Partnerschaftsgesellschaft ist, dass neben den grundsätzlich anzuwendenden Vorschriften der GbR auch diverse Regelungen, die die OHG betreffen, maßgeblich sind. So sei exemplarisch der in § 4 Abs. 1 gegebene Verweis auf die Anmeldeverpflichtungen der OHG¹¹⁸ erwähnt. Eine Partnerschaftsgesellschaft darf ausschließlich von natürlichen Personen errichtet und geführt werden, das schließt allerdings nicht den Erwerb von Anteilen juristischer Personen aus.¹¹⁹

Das Vermögen, welches Sie in der Partnerschaft ansammeln, ist - wie in § 719 BGB beschrieben - Gesamthandsvermögen. Das bedeutet, dass Sie als Partner nicht die Berechtigung haben, über Ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verfügen oder eine Abtrennung dessen zu verlangen. Das genannte Vermögen besteht aus den Beiträgen der Gesellschafter und aus den von der Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen.¹²⁰ Die Partnerschaftsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.¹²¹

Partnerschaftsgesellschaft (PartGG)		
Innenverhältnis	Außenverhältnis	Zusammenfassung der Risiken

Struktur des Rechtsrahmens zur Partnerschaftsgesellschaft

2.3.3.1 Innenverhältnis

Das Rechtsverhältnis der Partner untereinander wird in § 6 PartGG in Verbindung mit den §§ 110 bis 116 Abs. 2 HGB sowie mit den §§ 117 bis 119 HGB dargestellt. Hieraus ist zu erkennen, dass Sie und Ihr/e Partner/innen einen Partnerschaftsvertrag erstellen, welcher das Innenverhältnis der

¹¹⁵ Seit dem 19.07.2013 ist das Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Kraft getreten. Mit dieser Novelle ist in § 8 Abs. 4 PartGG eine neue Haftungsvariante für Partnerschaftsgesellschaften geschaffen worden. Vgl. dazu: Römermann, V., Die PartG mbH – eine neue attraktive Rechtsform für Freiberufler, in: NJW 2013, 2305 ff.

¹¹⁶ Vgl. Ulmer, P.; Schäfer, C. (2009), § 1 PartGG Rn. 7.

¹¹⁷ Vgl. § 8 Abs. 2 PartGG.

¹¹⁸ Vgl. § 106 Abs. 1 HGB.

¹¹⁹ Vgl. Seibert, DB 1994, 2381, 2383.

¹²⁰ Vgl. § 718 Abs. 1 BGB.

¹²¹ Vgl. § 7 Abs. 2 PartGG und § 124 HGB.

Partnerschaft bestimmt. Dazu gelten ebenfalls, soweit nicht in den anfangs genannten Vorschriften anders bestimmt, die Regelungen der §§ 705 ff. BGB. Daraus geht hervor, dass Sie sich gegenseitig zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verpflichten und die dafür nötigen Beiträge zu leisten haben. Die Partnerschaft bietet nicht die Möglichkeit, einzelne Partner gänzlich von der Geschäftsführung auszuschließen. Dies ist nur dann möglich, wenn dieser Ausschluss nicht die berufliche Tätigkeit des Ausgeschlossenen betrifft.¹²² Ergänzend sind die Bestimmungen der offenen Handelsgesellschaft zu nennen, die nachfolgend aufgelistet werden und auch für die Partnerschaftsgesellschaft Anwendung finden:

- Aufwendungsersatz¹²³
- Verzinsungspflicht¹²⁴
- Wettbewerbsverbot¹²⁵
- Vorschriften bezüglich der Geschäftsführung¹²⁶
- Kontrollrecht¹²⁷
- Beschlussfassung.¹²⁸

2.3.3.2 Außenverhältnis

Ergänzend zu dem Innenverhältnis besteht das Außenverhältnis gegenüber unternehmensexternen natürlichen als auch juristischen Personen. Hierbei geht es primär um die Vertretung der Gesellschaft gegenüber anderen und um die Haftung für Verbindlichkeiten.

Vertretung

Jeder Partner ist dazu berechtigt, die Gesellschaft zu vertreten.¹²⁹ Dies schließt auch das Abgeben von rechtsgeschäftlichen Erklärungen ein, die letztendlich die gesamte Partnerschaft betreffen. Diese Einzelvertretung kann von Ihnen und Ihren Partnern durch den Partnerschaftsvertrag auf eine sogenannte Gesamtvertretung abgeändert werden. Das hat zur Folge, dass die Gesellschaft nur durch sämtliche Gesellschafter vertreten werden kann.¹³⁰

Haftung für Verbindlichkeiten

Sie und Ihre Mitpartner haften gegenüber Gläubigern neben dem Vermögen der Partnerschaft gesamtschuldnerisch unmittelbar.¹³¹ Das bedeutet, dass ein etwaiger Gläubiger direkt auf Sie zukommen und die Ablösung einer bestehenden Forderung gegen die Partnerschaft verlangen kann. In diesem Fall könnten Sie nur unter den Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 PartGG und § 129 HGB

¹²² Vgl. § 6 Abs. 2 PartGG.

¹²³ Vgl. § 110 HGB.

¹²⁴ Vgl. § 111 HGB.

¹²⁵ Vgl. § 112 HGB.

¹²⁶ Vgl. § 114-117 HGB.

¹²⁷ Vgl. § 118 HGB.

¹²⁸ Vgl. § 119 HGB.

¹²⁹ Vgl. § 7 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 125 Abs. 1 HGB.

¹³⁰ Vgl. § 7 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 125 Abs. HGB.

¹³¹ Vgl. § 8 Abs. 1 PartGG.

Einwendungen gegen diese Forderung zu erheben. Sollte sich die Gesellschaft von einem Partner trennen, haftet dieser für die Verbindlichkeiten, die bis zum Zeitpunkt der offiziellen Austragung des Partners aus dem Handelsregister (§ 9 Abs. 1 PartGG, § 143 Abs. 2 HGB) entstanden sind. Für etwaige Verjährungsfristen und Einzelfallentscheidung ist § 10 Abs. 2 PartGG in Verbindung mit § 160 HGB anzuwenden. Beschränkt ist die Haftung für berufliche Fehler, wenn nicht alle Partner den Auftrag des Gläubigers bearbeitet haben und es zu Fehlern bei der Ausführung gekommen ist.¹³² In diesem Falle haften auch nur Sie.

Risiko: Partner, die neu in die Gesellschaft eingetreten sind, haften auch für bereits bestehende Verbindlichkeiten der Partnerschaft.¹³³ Dieser Tatbestand ist gegenüber Dritten nicht einschränkbar.¹³⁴

Fortsetzung mit Erben eines Partners

Kommt es zum Tode eines Partners, scheidet dieser aus der Partnerschaft aus. Die Gesellschaft wird dann, soweit noch mehrere Partner vorhanden sind, weitergeführt.¹³⁵ Die Beteiligung an der Partnerschaft an sich ist nicht vererblich.¹³⁶ Allerdings kann im Partnerschaftsvertrag geregelt sein, dass die Beteiligung an Dritte vererbt wird.¹³⁷ Zu beachten ist dabei, dass ein Dritter nur eine der in § 1 Abs. 2 PartGG genannten Personen sein kann.

Risiko: Eine im Partnerschaftsvertrag niedergeschriebene Nachfolgeklausel, die Sie dazu berechtigt, Ihre Position in der Partnerschaftsgesellschaft einem Erben zuzusprechen, kann im Erbfolge unzulässig sein, wenn der Erbe nicht die Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in einer Partnerschaftsgesellschaft erfüllt.

2.3.3.3 Zusammenfassung der Risiken

Die wichtigsten Risiken der Partnerschaftsgesellschaft sind nachfolgend kurz in Form einer Tabelle dargestellt. Diese Tabelle ist dahingehend strukturiert, dass zuerst die Verhältnisausprägung (Innen- und Außenverhältnis) eine grobe Einteilung der Risiken vornimmt. Nachfolgend wird das Basisobjekt benannt (z.B. Verletzung von Beitragspflichten), ehe eine Darstellung des jeweiligen Risikos erfolgt.

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage
1	Innenverhältnis	Nachfolgeklausel nur bedingt gültig	Erfüllt Ihr Erbe nicht die Voraussetzungen zur Mitgliedschaft in einer PartGG, so ist dieser Erbfall unzulässig	§ 9 Abs. 4 Satz 1 PartGG
2	Außenverhältnis	Haftung eines eintretenden Partners	Haftung für Verbindlichkeiten unabhängig von dem Zeitpunkt der Entstehung	§ 8 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 130 Abs. 1 HGB.

¹³² Vgl. § 8 Abs. 2 PartGG.

¹³³ Vgl. § 8 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 130 Abs. 1 HGB.

¹³⁴ Vgl. § 8 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 130 Abs. 2 HGB.

¹³⁵ Vgl. § 9 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 131 HGB.

¹³⁶ Vgl. § 9 Abs. 4 S. 1 PartGG.

¹³⁷ Vgl. § 9 Abs. 4 S. 2 PartGG.

2.3.4 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bietet Ihnen die Möglichkeit, sich mit mindestens einer anderen Person zur Erreichung und Förderung eines gemeinsamen Zweckes zusammenzuschließen.¹³⁸ Dabei regelt ein geschlossener Gesellschaftsvertrag die Art und die Ausprägung dieses Zusammenschlusses. Es können juristische Personen, natürliche Personen und auch Personengesellschaften den Platz eines Gesellschafters einnehmen. Des Weiteren ist die GbR rechts¹³⁹ und parteifähig, womit Sie einerseits Trägerin von Rechten und Pflichten und andererseits Partei in einem Rechtsstreit sein kann.¹⁴⁰ Da es sich bei dieser Gesellschaftsform um die Grundform aller Personengesellschaften handelt, finden sich in den betreffenden Regelungen im BGB (§§ 705 ff. BGB) ebenfalls Aspekte, die bei der OHG, der Partnerschaftsgesellschaft und bei der KG anzuwenden sind.

Risiko: Umfasst der Gesellschaftsvertrag nicht alle für Ihre Unternehmung relevanten Faktoren, gelten die dispositiven gesetzlichen Regelungen, was für Sie eventuell Nachteile hervorbringen kann, da diese nicht unbedingt Ihren Vorstellungen entsprechen.

Gesellschaft des bürgerlichen Rechts				
Innenverhältnis	Außenverhältnis	Wechsel von Gesellschaftern	Beendigung der Gesellschaft	Zusammenfassung der Risiken

Struktur des Rechtsrahmens zur GbR

2.3.4.1 Innenverhältnis

Die Rechtsbeziehung der Gesellschafter im Innenverhältnis ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag, den die Gesellschafter miteinander eingegangen sind und den Vorschriften, welche sich aus §§ 705 ff. BGB ableiten. Die dort geregelten Inhalte des Gesellschaftsvertrages können von den Gesellschaftern individuell an die jeweiligen Bedürfnisse angepasst werden. Hier kann zum Beispiel abweichend im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass die Beitragshöhen der Gesellschafter für die Gesellschaft unterschiedlich hoch sind. Eine weitere Anwendung kann die beschriebene Anpassungsfähigkeit bei dem Beschlussrecht finden. Nach § 709 Abs. 1 BGB ist für die Wirksamkeit eines Beschlusses ein einstimmiges Ergebnis der Gesellschafter notwendig. Ein Gesellschaftsvertrag kann eine Anpassung dahingehend festlegen, dass eine Einstimmigkeit nicht notwendig ist. Jedem Gesellschafter der GbR stehen verschiedene Verwaltungsrechte zu. Hierzu zählen unter anderem das Recht zur Geschäftsführung, das Widerspruchsrecht, das Recht, mit den anderen Gesellschaftern die Gesellschaft zu liquidieren, Informations- und Kontrollrechte sowie das Kündigungsrecht. Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, sind grundsätzlich nicht übertragbar.¹⁴¹

¹³⁸ Vgl. § 705 BGB.

¹³⁹ BGH v. 29.01.2001 – II ZR 331/00 in: BGHZ 146, 341, 343 ff.

¹⁴⁰ Vgl. Pohlmann, P., Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: WM 2002, 1421 ff.

¹⁴¹ Vgl. § 717 S. 1 BGB.

Beitragspflicht

Die Gesellschafter der GbR sind dazu verpflichtet, regelmäßig Beiträge zu leisten. Neben monetären Beiträgen sind u.a. auch Leistungen von Diensten als Beitrag möglich.¹⁴² Grundsätzlich zählen zu den Leistungen alle Arten von Beiträgen, die Gesellschafter zur Förderung des Zwecks der Gesellschaft einbringen können.¹⁴³ Die Bewertung des Wertes von Sacheinlagen obliegt grundsätzlich den Gesellschaftern. Die festgelegten Werte der Einlage dürfen allerdings nicht grob von den tatsächlichen Verkehrswerten abweichen.

Risiko: *Grobe Fehleinschätzungen bezüglich der tatsächlichen Verkehrswerte gelten rechtlich als unzulässig und sittenwidrig.*¹⁴⁴

(1) Folgen von Beitragspflichtverletzungen

Verletzungen der Beitragspflichten durch einen Gesellschafter können zum Beispiel dann vorliegen, wenn dieser seine Leistungen für verschiedene Dienste nicht erbracht hat.¹⁴⁵ In diesem Fall haftet der Gesellschafter gem. § 280 BGB auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Jedoch müssen die Gesellschafter nur für diejenigen Verpflichtungen Sorge tragen, die sie auch in eigenen Angelegenheiten anwenden. Dies bedeutet einen Ausschluss der Haftung für leichte, jedoch nicht für grobe Fahrlässigkeit gem. § 277 BGB.

Risiko: *Die Gesellschaft bzw. die übrigen Gesellschafter können Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn ein Gesellschafter seine Pflichten nicht erfüllt hat.*¹⁴⁶

(2) Keine Nachschusspflicht

Die im Gesellschaftsvertrag geregelten und somit zu leistenden Beiträge können sich zum Beispiel durch Verluste vermindern. An dieser Stelle besteht grundsätzlich für den Gesellschafter keine Nachschusspflicht. Auch vertraglich vereinbarte Beiträge müssen nachträglich nicht erhöht werden.¹⁴⁷ Eine Änderung dieser Verpflichtung bzw. dieses Schutzes der Gesellschafter kann nur durch eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages resultieren. Diese Anpassung bedarf der einstimmigen Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter der Gesellschaft.¹⁴⁸ Dies bietet für den Gesellschafter finanzielle Planbarkeit und verringert somit das Insolvenzrisiko der Gesellschafter und schlussendlich das Insolvenzrisiko der Gesellschaft.¹⁴⁹

Risiko: *Sollte im Gesellschaftsvertrag keine Regelung bezüglich der Nachschusspflicht dahingehend bestehen, dass diese Pflicht nicht besteht, existiert für Sie als Gesellschafter das entsprechende Risiko und abhängig von dessen Höhe auch eine Insolvenzgefahr.*

¹⁴² Vgl. § 706 Abs. 3 BGB.

¹⁴³ Vgl. BGH DB 80, 731, NJW 87, 3124.

¹⁴⁴ Vgl. BGH WM 75, 325.

¹⁴⁵ Vgl. § 706 Abs. 3 BGB.

¹⁴⁶ Vgl. BGHZ NJW 1983, 1188 f.

¹⁴⁷ Vgl. § 707 BGB.

¹⁴⁸ Vgl. BHG MDR 2007, 1266.

¹⁴⁹ Vgl. BGH ZIP 2005, 1455 f.

Geschäftsführung

Die Geschäfte der Gesellschaft werden zumeist von einem oder mehreren Gesellschafter geführt. Auch Fremdorganschaft – also die Führung der Geschäfte durch einen Nichtgesellschafter – ist möglich. Die Geschäftsführung unterteilt sich in zwei Segmente:

(1) Geschäftsführung

Die Führung der Geschäfte durch einen Gesellschafter unterscheidet sich in rein tatsächliche Handlungen (z.B. Leitung des Unternehmens) und rechtsgeschäftliche Handlungen (z.B. Abschluss von Arbeitsverträgen), sie umfasst jedoch nicht Maßnahmen, welche die Beziehung der Gesellschafter untereinander berühren (z.B. Änderung des Gesellschaftsvertrages). Die Geschäftsführung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und für jede geschäftsführende Maßnahme ist die Zustimmung aller Geschäftsführer notwendig.¹⁵⁰ Dies erweist sich jedoch bei einer größeren Anzahl an Gesellschaftern als schwierig und nicht praktikabel. Daher haben sich folgende drei Anpassungen durchgesetzt.

(2) Entscheidung nach Köpfen/Kapitalanteil

Sollten nicht alle Gesellschafter bzw. Geschäftsführer einer Meinung sein, so wird nach Köpfen berechnet.¹⁵¹ Eine Berechnung nach Einlagenhöhe der Gesellschafter ist ebenfalls gängige Praxis.

(3) Übertragung der Geschäftsführung (u. Vorbehalt)

Die Leitung der Geschäfte kann einzelnen Gesellschaftern übertragen werden. Diese sind dann dazu berechtigt, allein zu handeln. Alle anderen Gesellschafter können jedoch weiterhin gegen Maßnahmen widersprechen, womit das Geschäft unterbleiben muss.¹⁵²

(4) Übertragung der Geschäftsführung

Die Leitung der Geschäfte kann einzelnen Gesellschaftern übertragen werden, ohne dass die Möglichkeit für die anderen Gesellschafter besteht, gem. § 711 BGB von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen.

Risiko: *Bei Verletzung der Geschäftsführerpflichten hat der Gesellschafter Schadensersatz zu leisten.*¹⁵³ Die Haftung wird durch § 708 BGB bestimmt.

Neben der Erteilung der Geschäftsführerbefugnis, kann einem Geschäftsführer auch die Befugnis dazu entzogen werden. Der Entzug der Befugnis bedarf eines einstimmigen Beschlusses der übrigen Gesellschafter. Falls durch den Gesellschaftsvertrag anders geregelt, reicht auch eine mehrheitliche Stimmenabgabe der Gesellschafter aus. Für die Entlassung eines Geschäftsführers aus seinem Amt muss ein wichtiger Grund vorliegen. Hierzu zählen grobe Pflichtverletzungen oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Vgl. § 709 Abs. 1 BGB.

¹⁵¹ Vgl. § 709 Abs. 2 BGB.

¹⁵² Vgl. § 711 BGB.

¹⁵³ Vgl. § 280 BGB.

¹⁵⁴ Vgl. § 712 Abs. 1 BGB.

Ebenfalls ist i.S. des § 712 BGB ein wichtiger Grund, wenn das Verhältnis der Gesellschafter zum Geschäftsführer nachhaltig zerstört ist und daher eine weitere Zusammenarbeit nicht zuzumuten ist.

Aufwendungsersatzanspruch

Dem Geschäftsführer steht Aufwendungsersatz gem. § 713 i.V.m § 670 BGB zu, wenn er Aufwendungen freiwillig und im Interesse der Gesellschaft getätigt hat. Der Anspruch richtet sich gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Gesellschafter (keine Nachschusspflicht), solange nichts anderes bestimmt wurde. Ein solcher Ausgleichsanspruch kann gem. § 426 BGB jedoch gegen die Mitgesellschafter erhoben werden.

Treuepflichten

Die Förder- und Interessenswahrungspflichten eines Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft (Loyalitätspflichten) werden auch Treuepflichten genannt.¹⁵⁵ Die Treuepflichten, wie sie die Verkehrssitte laut BGB erfordern,¹⁵⁶ werden mit den Regelungen des Gesellschaftsvertrages verbunden. Die Treuepflichten richten sich vor allem, allerdings nicht nur, an die geschäftsführenden Gesellschafter.¹⁵⁷ Folgende Treuepflichten werden unterschieden:

- dazu beizutragen, den gemeinsamen Zweck zu verwirklichen,¹⁵⁸
- die Belange der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter zu berücksichtigen,¹⁵⁹
- die gemeinsamen Interessen der Gesellschaft vor den eigenen Interessen vorrangig zu beachten¹⁶⁰ und
- eigene Interessen nur wahrzunehmen, wenn diese die Belange der Gesellschaft nicht berühren (z.B. Wettbewerbsverbot).¹⁶¹

Grundsatz der gleichmäßigen Gesellschafterbehandlung

Die Gesellschafter müssen alle unter gleichen Voraussetzungen behandelt werden. Eine unsachliche Differenzierung zwischen den Gesellschaftern ist verboten.¹⁶² Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann sich unterschiedlich auf die Gesellschafter auswirken. Für die BGB-Gesellschaft gehen die §§ 706, 709 Abs. 2, 722, 734 f. BGB von einer gewissen Gleichberechtigung der Gesellschafter aus.

Gewinn- und Verlustverteilung

Die Verteilung des Gewinnes bzw. des Verlustes einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sofern nicht anderweitig bestimmt, trifft jeden Gesellschafter gleichermaßen.¹⁶³ Die Verteilung kann jedoch im Gesellschaftsvertrag frei vereinbart werden und nach unterschiedlichen Ansätzen gestaltet werden. Die Auszahlung des Betrages erfolgt bei dauerhaften Gesellschaften am Jahreschluss mit

¹⁵⁵ Vgl. Schmidt, K. (2002), § 20 IV 1 a.

¹⁵⁶ Vgl. § 242 BGB.

¹⁵⁷ Vgl. Schmidt, K. (2002), § 59 III 1 b.

¹⁵⁸ Vgl. Ebenda.

¹⁵⁹ Vgl. Ebenda.

¹⁶⁰ Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 705 Rn. 226.

¹⁶¹ Vgl. Ebenda.

¹⁶² Vgl. Wiedemann, H. (1980), § 8 II 2.

¹⁶³ Vgl. § 722 BGB.

Feststellung der Bilanz.¹⁶⁴ Bei sogenannten Gelegenheitsgesellschaften entsteht der Anspruch auf Auszahlung in dem Moment, wo sich die Gesellschaft auflöst.¹⁶⁵

Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen

Das für die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts benötigte Kapital bzw. die Beiträge (auch Sacheinlagen), welche aus dem Privatvermögen der Gesellschafter eingebracht werden, stellen das Gesellschaftsvermögen dar.¹⁶⁶ Dieses Sondervermögen ist streng von dem Privatvermögen der Gesellschafter zu trennen. Die Einlagen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen (z.B. Grundstücke) unterliegen nicht länger dem unabhängigen und freien Willen des betreffenden Gesellschafters, sondern der Gesellschaft.¹⁶⁷

Die Einlagen der Gesellschafter bilden das Gesellschaftsvermögen, welches das Gesamthandsvermögen darstellt. Das bedeutet, dass die Einlagen nunmehr der Gesellschaft unterliegen und nicht länger den Personen, welche diese Einlagen getätigt haben. Die Verfügung der z.B. Grundstücke unterliegt nun als Ganzes dem Gesellschaftsvermögen bzw. den Gesellschaftern.¹⁶⁸

(1) Ausscheiden eines Gesellschafters

Die Mitinhaberschaft an dem Gesamthandsvermögen besteht nur solange, wie Sie Gesellschafter in der Gesellschaft sind. Sobald ein Gesellschafter ausscheidet, entfallen seine Anteile am Gesamthandsvermögen auf die verbleibenden Gesellschafter.¹⁶⁹ Die Auseinandersetzungsansprüche des ausscheidenden Gesellschafters bestimmen sich nach § 738 BGB.

(2) Aufnahme eines Gesellschafters

Sollte die Gesellschaft einen neuen Gesellschafter aufnehmen, so ist dieser automatisch auch Mitberechtigter am Gesamthandsvermögen der Gesellschaft.¹⁷⁰ Er ist zwar, wie auch jeder andere Gesellschafter nicht dazu berechtigt, die Teilung des Gesamthandsvermögens zu fordern,¹⁷¹ jedoch steht dem hinzugetretenen Gesellschafter ein gleicher Teil, wie den anderen Gesellschaftern auch, zu.

Geltendmachung von Forderungen durch Gesellschaft gegenüber Gesellschaftern

Mit dem sogenannten Sozialanspruch ist es der Gesamtheit der Gesellschafter möglich, einen Anspruch auf Erfüllung einer aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Verpflichtung gegenüber einem Gesellschafter geltend zu machen. Man spricht hier von der Gesellschafterklage, zu der jeder Gesellschafter, auch allein, berechtigt ist.¹⁷² Jedoch muss dieser Anspruch gegen die Gesellschaft gestellt werden und nicht gegen einen einzelnen Gesellschafter, da alle Einklagungsgegenstände durch das Gesamthandsvermögen allen Gesellschaftern zu gleichen Teilen gehören.

¹⁶⁴ Vgl. § 721 BGB.

¹⁶⁵ Vgl. §§ 730, 734 BGB.

¹⁶⁶ Vgl. § 718 BGB.

¹⁶⁷ Vgl. § 719 BGB.

¹⁶⁸ Vgl. Kießling, E. (2004), S. 489.

¹⁶⁹ Vgl. § 738 Abs. 1 BGB.

¹⁷⁰ Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 718 Rn. 8.

¹⁷¹ Vgl. § 719 Abs. 1 BGB.

¹⁷² Vgl. BGHZ 25, 47, 49 f.; BGH WM 1985, 1227.

Risiko: Der Versuch, Ansprüche gegen einzelne Gesellschafter geltend zu machen ist unwirksam, da Ansprüche nur gegen die Gesellschaft an sich gestellt werden können.

2.3.4.2 Außenverhältnis

Die GbR nimmt durch Erreichung des gemeinsamen Zweckes am allgemeinen Rechtsverkehr teil und ist aus diesem Grund auch als rechtsfähig anzusehen.¹⁷³ Dabei ist sie keine juristische Person. Im Vergleich mit anderen Personengesellschaften, wie beispielsweise der OHG, wird deutlich, dass die GbR, auch ohne eine juristische Person zu sein, Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann.¹⁷⁴

Risiko: Sacheinlagen, die Sie in die Gesellschaft eingebracht haben, liegen nicht mehr in Ihrer Verfügungsmacht, da Sie in das Eigentum der GbR übergegangen sind.¹⁷⁵ Hieraus können Fehleinschätzungen über die eigene Vermögenslage resultieren.

Vertretung

Sämtliche Gesellschafter sind gemeinschaftlich dazu berechtigt, die GbR im Außenverhältnis zu führen und zu vertreten.¹⁷⁶ Wenn nichts Gegenteiliges im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, kann auch ein Gesellschafter die anderen gegenüber Dritten vertreten. Auf diesem Wege kann eine ständig nötige gemeinschaftliche Abstimmung der Entscheidungen vermieden werden.¹⁷⁷ Ebenfalls zu erwähnen ist, dass einzelne Gesellschafter auch gänzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden können.¹⁷⁸ Sollte einer der Gesellschafter dennoch ohne Vertretungsmacht im Namen der GbR handeln, hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Entscheidung der anderen Gesellschafter ab.¹⁷⁹

Risiko: Es ist auf das in § 711 BGB dargestellte Widerspruchsrecht hinzuweisen. Dieses sagt aus, dass einzelne Gesellschafter unter Umständen Geschäften, die andere unter dem Namen der GbR tätigen, widersprechen können. Für den jeweiligen Einzelfall muss hierbei eine genauere Überprüfung vorgenommen werden. Es besteht also grundsätzlich die Möglichkeit, dass ein Mitgesellschafter der von Ihnen getroffenen Entscheidung wirksam widerspricht.

Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Zunächst sind die Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten und die Haftung für Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen zu unterscheiden.

(1) Akzessorische Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

Grundsätzlich haftet das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung etwaiger Verbindlichkeiten. Ist dieses erschöpft, haftet jeder Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft ge-

¹⁷³ Vgl. BGHZ 146, 341 ff.

¹⁷⁴ Vgl. § 14 Abs. 2 BGB

¹⁷⁵ Vgl. § 718 Abs. 1 BGB.

¹⁷⁶ Vgl. § 709 Abs. 1 BGB.

¹⁷⁷ Vgl. § 714 BGB.

¹⁷⁸ Vgl. § 710 BGB.

¹⁷⁹ Vgl. § 177 BGB.

samtschuldnerisch und persönlich.¹⁸⁰ Dabei kann man nach dem Bundesgerichtshof den § 128 HGB auch als maßgeblich für die GbR betrachten. Es handelt sich um eine sogenannte akzessorische Haftung. Das bedeutet, dass Sie als Gesellschafter automatisch auch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufkommen müssen. Zu Ihrem Schutz ist festzuhalten, dass auch § 129 HGB, welcher sich mit der Einrede bei derartigen Forderungen beschäftigt, anzuwenden ist.¹⁸¹

Risiko: Ist das Gesellschaftsvermögen aufgebraucht, haften die Gesellschafter persönlich für sämtliche Verbindlichkeiten, was zu der Gefahr einer Privatinsolvenz führen kann.

(2) Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen

Neben den Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften können Sie und Ihre Mitgesellschafter auch aufgrund von gesetzlichen Schuldverhältnissen belangt werden. Auch hier haften Sie mit Ihrem gesamten Privatvermögen.¹⁸² Allerdings besteht hier nicht die Möglichkeit, jeden beliebigen Gesellschafter zu belangen.¹⁸³ Im Folgenden werden mögliche gesetzliche Schuldverhältnisse näher dargestellt.

a) Ungerechtfertigte Bereicherung

Sollten Sie oder einer Ihrer Mitgesellschafter sich ungerechtfertigt bereichern, sind Sie dazu verpflichtet, den betreffenden Gegenstand herauszugeben.¹⁸⁴ Dazu gehören auch etwaige erschlichene Leistungen, die eigentlich einem anderen zustehen.

b) Unerlaubte Handlung

Ebenfalls zu erwähnen sind die in §§ 823 ff. BGB genannten unerlaubten Handlungen. Dazu gehören die vorsätzliche oder fahrlässige Gefährdung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, des Eigentums oder die Verletzung sonstiger Rechte eines anderen.¹⁸⁵ Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten ist als unerlaubte Handlung zu beschreiben.¹⁸⁶

(3) Sozialverbindlichkeiten

Hierbei handelt es sich um Verbindlichkeiten, die den einzelnen Gesellschafter durch die Teilnahme an der Gesellschaft zustehen. Darunter fallen beispielsweise die Auszahlung eines Gewinnanteils¹⁸⁷ und auch die Erstattung von Aufwendungen, die für die Zwecke der Gesellschaft getätigt wurden.¹⁸⁸ Derartige Verbindlichkeiten sind in der Regel aus dem Gesellschaftsvermögen zu bezahlen.

(4) Ausgleich unter den Gesellschaftern

Da Sie als Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt sind, hat jeder von Ihnen auch einen sogenannten Aufwendungsersatzanspruch.¹⁸⁹ Hiermit ist der Fall gemeint, bei dem

¹⁸⁰ Vgl. BGHZ 142, 315 ff.

¹⁸¹ Vgl. Schmidt, K., Die BGB-Außengesellschaft – rechts- und parteifähig, in: NJW 2001, 993, 999.

¹⁸² Vgl. BGHZ 154, 88, 95.

¹⁸³ Vgl. BGHZ 154, 88, 94 f.

¹⁸⁴ Vgl. § 812 BGB.

¹⁸⁵ Vgl. § 823 BGB.

¹⁸⁶ Vgl. § 826 BGB.

¹⁸⁷ Vgl. § 721 BGB.

¹⁸⁸ Vgl. §§ 713 i.V.m. 670 BGB.

¹⁸⁹ Vgl. §§ 713 i.V.m. 670 BGB.

ein Gläubiger der Gesellschaft durch einen einzelnen Gesellschafter befriedigt wird. In diesem Falle können Sie von Ihren Mitgesellschaftern Ausgleich verlangen.¹⁹⁰

2.3.4.3 Gesellschafterwechsel

Eine GbR ist in der Regel recht zügig gegründet und lässt sich dementsprechend meistens auch unkompliziert beenden. Beispiele hierfür sind Erreichung des Gesellschaftszwecks oder der Tod eines Gesellschafters.¹⁹¹

Eintritt neuer Gesellschafter

Grundsätzlich ist das Eintreten neuer Gesellschafter recht einfach und unkompliziert. Allerdings ist zu beachten, dass die Rechte einzelner Gesellschafter im Zweifel nicht auf Dritte übertragbar sind.¹⁹² Aufgrund des Umfangs wird hier nur kurz auf die einzelnen Arten eingegangen:

- (1) Eintritt eines neuen Gesellschafters: Prinzipiell kann jeder der Gesellschaft beitreten, soweit dies durch einen Aufnahmevertrag, welcher zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem neuen geschlossen wird, bestätigt wird.
- (2) Vererbung einer Gesellschafterstellung: Sollte durch den Gesellschaftsvertrag geregelt worden sein, dass bei Tod eines Gesellschafter die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, so wird sie nach dessen Tod fortgesetzt. Etwaige Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag bieten hier die Möglichkeit, einen Erben an die Stelle des Verstorbenen treten zu lassen.

2.3.4.4 Ausscheiden von Gesellschaftern

Das Ausscheiden eines Mitgesellschafter oder Ihr eigenes Ausscheiden kann eine Vielzahl von Gründen haben. Neben dem Tod eines Gesellschafters kann dieser auch aus diversen anderen Gründen aus der Gesellschaft ausscheiden:

Kündigung durch die Gesellschafter: Wenn die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen wurde, kann jeder Gesellschafter jederzeit kündigen.¹⁹³ Dabei bedarf es keiner speziellen Frist.

Ausscheiden durch Regelung im Gesellschaftsvertrag: Neben der Kündigung kann auch im Gesellschaftsvertrag eine Vereinbarung getroffen worden sein, dass einer oder mehrere Gesellschafter unter bestimmtem Voraussetzung aus der Gesellschaft ausscheiden.

Kündigung wegen Pflichtverletzung: Nach § 737 BGB ist es auch möglich, einen Gesellschafter, nachdem er eine ihm auferlegte wesentlich Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, zu kündigen.

¹⁹⁰ Vgl. § 426 BGB.

¹⁹¹ Vgl. § 727 BGB.

¹⁹² Vgl. § 717 BGB.

¹⁹³ Vgl. § 723 BGB.

Folgen des Ausscheidens eines Gesellschafters und dessen Haftung

Nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters verändern sich die im Innenverhältnis bisher bestehenden Rechte und Pflichten. Neben seiner Gesellschafterstellung verliert er alle Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. Seine Anteile am Gesellschaftsvermögen bzw. am Gesamthandsvermögen werden zu gleichen Teilen auf die verbleibenden Gesellschafter übertragen.¹⁹⁴ Ebenfalls erlischt sein Recht, allein oder mit anderen Gesellschaftern zusammen die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.¹⁹⁵

Die Haftung gegenüber Gläubigern mit dem Privatvermögen besteht für den austretenden Gesellschafter für alle Handlungen bzw. Beträge, die sich bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens ergeben. Diese Haftung erlischt erst fünf Jahre nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens, sofern sie keiner anderen Verjährungsfrist unterliegen.¹⁹⁶ Beginn der Frist ist der Zeitpunkt, an der jeder einzelne Gläubiger vom Ausscheiden des Gesellschafters ohne grobe Fahrlässigkeit erfahren haben muss.¹⁹⁷

Risiko: Der Gesellschafter haftet für Verbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens. Diese Haftung erlischt erst nach 5 Jahren, was das Risiko aufwirft, zu einem unerwarteten Zeitpunkt in Anspruch genommen zu werden.

Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters

Die Ansprüche des ausscheidenden Gesellschafters entsprechen den Ansprüchen im Falle einer Liquidation.¹⁹⁸ Ebenfalls hat er Anspruch die Erstellung einer Abschichtungsbilanz.

(1) Anspruch auf Schuldbefreiung

Mit dem Anspruch auf Schuldbefreiung ist nicht die Befreiung von den Gesellschaftsschulden gemeint (siehe Gesamthandsvermögen), sondern die Entbindung von seiner Gesellschafterhaftung.¹⁹⁹ Abermals richtet sich dieser Anspruch gegen die Gesellschaft.²⁰⁰

(2) Anspruch auf Abschichtungsbilanz

Sollte die Berechnung des Abfindungsbetrages nicht über z.B. eine Buchwertklausel vertraglich vereinbart worden sein, so steht dem austretenden Gesellschafter die Aushändigung einer Abrechnung („Abfindungsbilanz“) zum Stichtag seines Austritts aus der Gesellschaft zu.²⁰¹ Die Erstellung der Abschichtungsbilanz ist Pflicht des Geschäftsführers. Mit dieser Abschichtungsbilanz kann der austretende Gesellschafter seinen Abfindungsanspruch berechnen und gegenüber der Gesellschaft geltend machen.²⁰²

¹⁹⁴ Vgl. § 738 Abs. 1 BGB.

¹⁹⁵ Vgl. BGHZ 79, 374, 378.

¹⁹⁶ Vgl. § 736 Abs. 2 BGB und § 160 HGB.

¹⁹⁷ Vgl. BGHZ 117, 168, 178 f.

¹⁹⁸ Vgl. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.

¹⁹⁹ Vgl. Schmidt, K. (2002), § 50 IV 1 b.

²⁰⁰ Vgl. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB.

²⁰¹ Vgl. BGH WM 1980, 1362 f.

²⁰² Vgl. BGH WM 1979, 1330.

(3) Abfindungsanspruch oder Haftung für Fehlbetrag

Das Ergebnis der Abschichtungsbilanz kann entweder zu Gunsten der Gesellschaft oder des ausscheidenden Gesellschafters ausfallen. Der ausscheidende Gesellschafter ist jedoch grundsätzlich in der Höhe des tatsächlichen Wertes seines Gesellschaftsanteils abzufinden.²⁰³ In Höhe dieses Wertes hat er Anspruch gegen die Gesellschaft. Die Höhe des Abfindungsanspruches ist dem Wert gleichzusetzen, welcher bei einer Liquidation der Gesellschaft erzielbar wäre. Demnach beträgt der Wert den Anteil am Liquidationserlös (Netto) und aus der Rückerstattung seiner Einlagen.²⁰⁴ Diese Regelungen können jedoch durch einen Gesellschaftsvertrag wie gewünscht bzw. benötigt angepasst werden. Jedoch unterliegen die Anpassungen den Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB.

Grundsätzlich existieren für Unternehmungen, die einen rein ideellen Zweck verfolgen, andere Grundsätze,²⁰⁵ auf deren Ausführung an dieser Stelle verzichtet werden soll.

2.3.4.5 Beendigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Bei der Beendigung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterscheidet man zwei unterschiedliche Verfahren. Zum einen ist die Auflösung einer Gesellschaft (§§ 723 ff. BGB) möglich und zum anderen die Auseinandersetzung bzw. die Liquidation (§§ 729 bis 740 BGB).

Auflösung

Die Auflösung einer Gesellschaft kann durch eine Vielzahl verschiedener Gründe (§§ 726 ff. BGB) initiiert werden. Die Gesellschaft bzw. der Zweck der Gesellschaft ändern sich ab dem Zeitpunkt der Auflösungsphase in den Zweck der Abwicklung der Liquidation um. Auf eine detaillierte Darstellung aller Auflösungsgründe soll an dieser Stelle verzichtet werden. Folgende Auflösungsgründe sind im BGB wiederzufinden:

- die Kündigung,
- die Zweckerreichung,
- der Tod eines Gesellschafters,
- ein Insolvenzverfahren über eines der Gesellschaftervermögen,
- der Gesellschaftszweck ist unmöglich zu erreichen und
- ein Beschluss, welcher der Auflösung der Gesellschaft dient.

Die Auflösung der Gesellschaft ist somit noch keine tatsächliche Beendigung bzw. Liquidation der Gesellschaft sondern lediglich der Eintritt in die Abwicklungsphase – die Auseinandersetzung.

²⁰³ Vgl. § 738 BGB.

²⁰⁴ Vgl. §§ 733, 734 BGB.

²⁰⁵ Vgl. BGHZ 135, 387 ff.

Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat die Aufgabe, die Gläubiger aus dem Vermögen der Gesellschaft zu befriedigen und das danach verbleibenden Kapital unter den Gesellschaftern auszuschiütten.

(1) Verfahren

Die Auflösung der Gesellschaft ist erst dann eine endgültige Vollbeendigung, sobald die Auseinandersetzung abgeschlossen ist. Nachdem das Verfahren zur Vollbeendigung begonnen hat, ist eine Schlussabrechnung zu erstellen.²⁰⁶ Anders als bei Gesellschaften, die dem Handelsgesetzbuch unterliegen, ist es bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht notwendig, eine Schlussbilanz nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung zu erstellen.²⁰⁷ Eine sogenannte Auseinandersetzungsbilanz reicht vollkommen aus. Die Pflicht zur Erstellung dieser Schlussabrechnung betrifft alle beteiligten Gesellschafter.²⁰⁸

Risiko: Verbindlichkeiten, die während der Auseinandersetzungsphase entstehen, gelten noch als Verpflichtung für die Gesellschafter. Diese endet erst, wenn die Auseinandersetzung beendet ist.

(2) Fortsetzung vor Beendigung

Sofern die Gesellschaft noch nicht endgültig liquidiert ist, können die Gesellschafter die Gesellschaft in eine werbende Gesellschaft zurückverwandeln. Dafür ist es notwendig, dass der Auflösungsgrund nicht länger besteht. Ein Fortsetzungsbeschluss durch die Gesellschafter bedarf keiner schriftlichen Fixierung. Sollten die Gründe für die Liquidation nicht mehr vorhanden sein –etwa weil Maßnahmen, die zur Auflösung führen, nicht ausgeübt werden oder weil Maßnahmen vorgenommen werden, die den Geschäftsbetrieb unverändert fortsetzen, wie z.B. die Einstellung von Personal- so kann die Gesellschaft unverändert fortgeführt werden.²⁰⁹

2.3.4.6 Zusammenfassung der Risiken

Nachfolgend werden die wichtigsten Risiken der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kurz in Form einer Tabelle dargestellt. Diese Tabelle ist dahingehend strukturiert, dass zuerst die Verhältnisausprägung (Innen- und Außenverhältnis) eine grobe Einteilung der Risiken vornimmt. Nachfolgend wird das Basisobjekt benannt (z.B. Verletzung von Beitragspflichten), ehe eine Darstellung des jeweiligen Risikos erfolgt.

²⁰⁶ Vgl. §§ 730 ff. BGB.

²⁰⁷ Vgl. § 154 HGB.

²⁰⁸ Vgl. Schmidt, K. (Hrsg.), § 730 Rn. 57 ff.

²⁰⁹ Vgl. BGH ZIP 1995, 1412.

Risikoübersicht der GbR

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglicherweise nachteilig unweigerlich die rechtlichen Vorschriften.	§§ 705 ff. BGB
2	Innenverhältnis	Einstimmigkeit bei Abstimmungen	Liegt keine Einstimmigkeit vor, können keine Entscheidungen getroffen werden.	§ 709 Abs. 1 BGB
3	Innenverhältnis	Fehleinschätzung der Einlagenbewertung	Sollten die tatsächlichen Verkehrswerte von den eingetragenen Buchwerten abweichen, so gilt dies als unzulässig und sittenwidrig und wird geahndet.	§ 706 Abs. 3 BGB
4	Innenverhältnis	Verletzung von Beitragspflichten	Leisten Sie als Gesellschafter nicht ihre Beiträge, können Schadensersatzansprüche gegen Sie geltend gemacht werden.	§ 280 BGB
5	Innenverhältnis	Bestehen einer Nachschusspflicht	Besteht keine Regelung zur Nachschusspflicht, müssen Sie diese leisten, was abhängig von der Höhe der Leistung zur Privatinsolvenz führen kann.	§ 707 BGB
6	Innenverhältnis	Behinderung der geschäftsführenden Maßnahmen	Sind im Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen getroffen, können nur alle Geschäftsführer einheitlich Entscheidungen im Innenverhältnis treffen. Somit kann eine zügige Entscheidungsfindung bei einer Vielzahl an Geschäftsführern nicht gewährleistet sein.	§ 709 Abs. 1 BGB
7	Innenverhältnis	Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	Nachhaltige Schädigung der Beziehung der Gesellschafter.	§ 705 BGB
8	Innenverhältnis	Geltendmachung von Ansprüchen	Bei falscher Geltendmachung der Forderung, nämlich gegen die einzelnen Gesellschafter, wird keine Erstattung erfolgen.	§ 719 Abs. 1 BGB
9	Außenverhältnis	Verfüugungsmacht über eingebrachte Sachanlagen.	Sacheinlagen, die Sie in die GbR einbringen, zählen nicht länger zu Ihrem Vermögen. Hieraus können Fehleinschätzungen über die eigene Vermögenslage resultieren.	§ 718 Abs. 1 BGB
10	Außenverhältnis	Rückabwicklung von Gesellschafterentscheidungen	Es besteht die Möglichkeit, dass andere Gesellschafter Ihrer Handlung widersprechen.	§ 711 BGB
11	Außenverhältnis	Haftung	Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch).	§ 128 HGB
12	Außenverhältnis	Haftung eines austretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten, die vor dem Austreten aus der Gesellschaft entstanden sind.	§ 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 HGB
13	Außenverhältnis	Vollbeendigung der Gesellschaft	Die Gesellschaft ist erst dann aufgelöst und frei von Verbindlichkeiten, wenn die Auseinandersetzung abgeschlossen ist.	§§ 730 ff. BGB

2.4 Organisation (Tabellen)

Die Organisation der Ergebnisse aus der Risikoanalyse ist für Sie sehr wichtig. Denn erst durch die korrekte und praktikable Sortierung und Organisation der Risiken wird es Ihnen ermöglicht, diese auch langfristig zu vermeiden.

Bei dem nachfolgenden Organisationsmodell handelt es sich um die tabellarische Darstellung der zuvor identifizierten Risiken. Bei den Risikotabellen wird nachfolgend zu jeder der vier Rechtsformen die gleiche Struktur benutzt.

Verhältnisausprägung: In dieser Spalte wird eine Sortierung in das Innen- oder Außenverhältnis vorgenommen, um Ihnen schnell einen Überblick zu ermöglichen, welche Risiken sich zum Beispiel an unternehmensexterne Adressaten richten.

Objekt: Das Objekt beschreibt sehr grob, aus welchem Bereich das Risiko stammt. Dadurch erkennen Sie schnell, ob das Risiko zum Beispiel den Gesellschaftsvertrag oder auch Ihre Kontrollrechte betrifft.

Risiko: Hier wird genauer das Risiko beschrieben, damit Sie im Geschäftsalltag das Gefahrenpotential rechtzeitig erkennen.

Geschädigter: Der Geschädigte ist die juristische oder natürliche Person, die von dem Risiko primär betroffen ist.

Beauftragter: Der Beauftragte ist derjenige, welcher dazu angehalten ist, dafür zu sorgen, dass das Risiko nicht eintritt. Dieser Person ist dann auch explizit mitzuteilen, der er nun die Verantwortung für das entsprechende Risiko trägt.

Was muss getan werden, um das Risiko zu verhindern: ...spricht in diesem Fall für sich selbst. Es beschreibt, was der Beauftragte zu tun hat, um den Eintritt eines Risikos zu verhindern.

Rhythmus: Der Rhythmus beschreibt, wie regelmäßig der Beauftragte sich um das Risiko kümmern muss, um dieses zu vermeiden.

Erledigt: Hier kann der Beauftragte markieren, ob er die Handlung zur Vermeidung des Risikos fristgerecht erledigt hat.

Tabelle 1: Organisationstabelle OHG

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechts- grundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)	Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?	Rhythmus	Nicht erledigt	Erledigt
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglichst nachteilig unweigerlich die rechtlichen Vorschriften.	§§ 105 ff. HGB	Gesellschafter und Geschäftsführer	Gesellschafter	Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten, um den Gesellschaftsvertrag an bestehende Bedürfnisse anzupassen.	Einmalig bei Gründung	☐	☐
2	Innenverhältnis	Kontrollrecht	Wegfall von eingeschränkten Kontrollrechten	§ 118 Abs. 2 HGB	Geschäftsführer mit uneingeschränktem Kontrollrecht	Geschäftsführer	Es muss ein Leitbild erstellt werden, welches definiert, wie man sich als geschäftsführender Gesellschafter zu verhalten hat.	Einmalig bei Gründung	☐	☐
3	Innenverhältnis	Haftung des Geschäftsführers im Innenverhältnis	Schadensersatzansprüche	§ 114 HGB	Alle geschäftsführenden Gesellschafter	Geschäftsführer	Aufklärung der Beteiligten	Bei Bestellung eines neuen Geschäftsführers oder bei Bedarf	☐	☐
4	Innenverhältnis	Ausbleiben der Vergütung	Vergütungsrecht der Gesellschafter	§§ 110, 120 HGB	Alle vergütungsberechtigten Gesellschafter	Geschäftsführer	Die Vergütungen an die Gesellschafter müssen fristgerecht und im korrekten Umfang durch die Buchhaltung angewiesen werden.	Monatlich	☐	☐
5	Innenverhältnis	Stimmrecht wird bei Beschlüssen nicht gewährt	Nichtigkeit des Beschlusses	§ 119 HGB	Stimmberechtigte Gesellschafter und Betroffene der Beschlüsse	Stimmberechtigte Gesellschafter	Checkliste für formelle und materielle Determinanten von Beschlüssen	Bei jedem Beschluss	☐	☐
6	Innenverhältnis	Verstoß gegen Gesellschafterbeschlüsse	Schadensersatzansprüche gegen einen Gesellschafter	§ 280 BGB	Betroffener Gesellschafter und nachhaltig die Gesellschaft	Gesellschafter	Sofern ein Beschluss gefasst wird, muss dieser kommuniziert und eingehalten werden.	Einmalig oder bei neuen Beschlüssen	☐	☐
7	Innenverhältnis	Verweigerung von Informationen und Kontrollrechten	Geltendmachung durch rechtliche Schritte	§ 118 HGB	Gesellschaft	Geschäftsführer	Geschäftsführer muss sicherstellen, dass Informationen allen Gesellschaftern fristgerecht zufließen.	Bei relevanten Informationen	☐	☐

8	Innenverhältnis	Gewinn- und Verlustverteilung	Falsche Zuweisung von Gewinnen und Verlusten an die Gesellschafter.	§ 120 Abs. 1 HGB	Gesellschafter	Geschäftsführer in Zusammenarbeit mit einem Wirtschaftsprüfer	Nach besten Wissen und Gewissen muss der Jahresabschluss Gewinne und Verluste richtig ausweisen.	Jährlich	☐	☐
9	Innenverhältnis	Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	Nachhaltige Schädigung der Beziehung der Gesellschafter.	§ 112 Abs. 2 HGB	Alle Gesellschafter	Alle Gesellschafter	Aufklärung der Gesellschafter, wo genau die Grenzen des Wettbewerbsverbotes liegen.	Einmalig oder bei Gesetzesänderungen	☐	☐
10	Außenverhältnis	Einzelvertretungsberechtigung	Im Innenverhältnis getroffene Einschränkungen der Vertretungsbefugnisse sind im Außenverhältnis unwirksam.	§ 126 Abs. 2 HGB	Alle Gesellschafter und die Gesellschaft	Alle Gesellschafter	Es muss klar definiert sein, wer im Außenverhältnis in welcher Form zu handeln hat.	Täglich	☐	☐
11	Außenverhältnis	Haftung	Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch).	§ 128 HGB	Alle Gesellschafter	Geschäftsführer	Einhaltung eines ordnungsgemäßen Geschäftsgebahrens und stetige Abwägung der etwaigen Folgen.	Täglich	☐	☐
12	Außenverhältnis	Haftung eines eintretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten unabhängig von dem Zeitpunkt der Entstehung.	§ 130 HGB	Neu eintretende Gesellschafter	Alle Gesellschafter und Geschäftsführer	Aufklärung der neuen Gesellschafter durch den Geschäftsführer und genaue Regelung im Gesellschaftsvertrag, für welche Verbindlichkeiten tatsächlich gehaftet werden muss.	Bei Eintritt	☐	☐
13	Außenverhältnis	Haftung eines austretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten, die vor der Entstehung der Gesellschaft entstanden sind.	§ 160 HGB	Ausscheidende Gesellschafter	Alle Gesellschafter und Geschäftsführer	Verbindlichkeiten müssen klar aufgezeigt werden und können gegebenenfalls an verbleibende Gesellschafter übertragen werden.	Bei Austritt	☐	☐

Tabelle 2: Organisationstabelle KG

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechts- grundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)	Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?	Rhythmus	Nicht erledigt	Erledigt
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglichweise nachteilig unweigerlich die rechtlichen Vorschriften.	§§ 105 ff. HGB	Gesellschafter und Geschäftsführer	Gesellschafter	Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten, um den Gesellschaftsvertrag an bestehende Bedürfnisse anzupassen.	Einmalig bei Gründung.	☐	☐
2	Innenverhältnis	Gewinn- und Verlustverteilung	Bei fehlerhaftem Jahresabschluss keine oder fehlerhafte Auszahlung möglich.	§ 167 Abs. 3 HGB	Gesellschafter	Geschäftsführer	GoB müssen eingehalten werden, um den Jahresabschluss richtig aufstellen zu können. Fehler müssen schnellstmöglich korrigiert werden.	Jährlich	☐	☐
3	Innenverhältnis	kein Widerspruchsrecht von nicht geschäftsführenden Gesellschaftern.	Geschäftsführer treffen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb Entscheidungen, die Innen schädigen können.	§ 164 HGB	nicht geschäftsführende Gesellschafter	Geschäftsführer	Der Geschäftsführer hat nur Entscheidungen zu treffen, die auch nachhaltig den Shareholder-Value erfüllen.	täglich	☐	☐
4	Innenverhältnis	Beerbung eines Gesellschafters	Ohne explizite Fixierungen im Gesellschaftsvertrag, finden die gesetzlichen Regelungen Anwendung, was zu Ihrem Nachteil sein kann.	§ 177 HGB	Verstorbener Gesellschafter und dessen gewollter Erbe	Gesellschafter	Genaue Regelung im Gesellschaftsvertrag treffen.	Bei Bedarf	☐	☐
5	Innenverhältnis	Ausschließung eines Gesellschafters	Sofern keine schwerwiegenden Gründe vorliegen, ist die Ausschließung eines Gesellschafters nicht möglich.	§ 140 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Genaue Definition im Gesellschaftsvertrag weiche Gründe zur Ausschließung eines Gesellschafters führen können.	Einmalig bei Gründung	☐	☐

6	Außenverhältnis	Komplementär als Vollhafter	Privates Insolvenzrisiko aufgrund unbeschränkter Haftung gegenüber Gläubigern.	§ 161 Abs. 2 HGB	Komplementäre (Vollhafter)	Gesellschafter	Stetige Kenntnis über die Verbindlichkeiten und das dagegen stehende Kapital der Komplementäre, um Insolvenzrisiken frühzeitig zu erkennen.	monatlich	☐ ☐
7	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch Einlagenrückgewähr	Bei Einlagenrückzahlung an den Kommanditisten, haftet dieser mit in vollen Umfang mit seinem Privatvermögen.	§ 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB	Kommanditist	Kommanditist	Keine Auszahlung der Einlage, sofern der Kommanditist beabsichtigt weiterhin in der KG Teilhaber zu sein.	täglich	☐ ☐
8	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch Haftungssummenrückgewähr	Bei Rückgewähr der Haftungssumme (HR) an den Kommanditisten, haftet dieser mit in vollen Umfang mit seinem Privatvermögen.	§ 172 HGB	Kommanditist	Kommanditist	Keine Auszahlung der Einlage, sofern Kommanditist weiterhin in der KG Teilhaber zu sein.	täglich	☐ ☐
9	Außenverhältnis	Kommanditist als möglicher Vollhafter durch fehlende HREintragung	Vollhaftung für Verbindlichkeiten, wenn Sie als Kommanditist noch nicht in das HR eingetragen sind.	§ 176 HGB	Kommanditist	Gesellschafter	Sofortige Eintragung in das HR erwirken.	bei Eintritt eines Kommanditisten	☐ ☐
10	Außenverhältnis	Kommanditist haftet in Höhe der Haftsumme, die im HR angegeben wurde.	Unabhängig von der Höhe der Einlage im Innenverhältnis haftet ein Kommanditist mit der im HR eingetragenen Haftsumme.	§ 172 Abs. 2 HGB	Kommanditist	Gesellschafter	Überprüfung der einzutragenden Haftsumme.	bei Bedarf	☐ ☐
11	Außenverhältnis	Benachteiligung durch Ausstellung einer General- oder Handlungsvollmacht	Durch die Ausstellung einer General- oder Handlungsvollmacht kann der Kommanditist in Regress genommen werden.	§§ 48 - 58 HGB	Kommanditist	Gesellschafter	Ertelung einer General- oder Handlungsvollmacht nur dann, wenn unerlässlich.	bei Bedarf	☐ ☐
12	Außenverhältnis	Bestehenbleibende Haftung für ausscheidende Gesellschafter	Sind sie als ausscheidender Gesellschafter noch im HR als solcher eingetragen, haften sie weiterhin für etwaige Verbindlichkeiten.	§ 170 Abs. 1 HGB	Ausscheidender Gesellschafter	Gesellschafter	Sofortige Austragung aus dem HR erwirken.	bei Bedarf	☐ ☐

Tabelle 3: Organisationstabelle PartG

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechts- grundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)	Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?	Rhythmus	Nicht erledigt	Erledigt
1	Innenverhältnis	Nachfolgeklausel nur bedingt gültig	Erfüllt ihr Erbe nicht die Voraussetzungen zur Mitgliedschaft in einer PartG, so ist dieser Erbfall unzulässig.	§ 9 Abs. 4 Satz 1 PartGG	Partner	Partner	Ausschließliche Beerbung von für die PartG geeigneten Personen.	Bei Bedarf	☐	☐
2	Außenverhältnis	Haftung eines eintretenden Partners	Haftung für Verbindlichkeiten unabhängig von dem Zeitpunkt der Entstehung.	§ 8 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 130 Abs. 1 HGB.	Neu eintretende Partner	Partner	Aufklärung der neuen Partner über bestehende Verbindlichkeiten.	Bei Eintritt	☐	☐

Tabelle 4: Organisationstabelle GbR

	Verhältnisausprägung (Innenverhältnis, Außenverhältnis)	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechts- grundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)	Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?	Rhythmus	Nicht erledigt	Erledigt
1	Innenverhältnis / Außenverhältnis	Gesellschaftsvertrag	Ohne getroffene Regelung gelten möglichweise nachteilig unvorteilhaft die rechtlichen Vorschriften.	§§ 705 ff. BGB	Gesellschafter und Geschäftsführer	Gesellschafter	Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten, um den Gesellschaftsvertrag an bestehende Bedürfnisse anzupassen.	Einmalig bei Gründung.	☐	☐
2	Innenverhältnis	Einstimmigkeit bei Abstimmungen	Liegt keine Einstimmigkeit vor, können keine Entscheidungen getroffen werden.	§ 709 Abs. 1 BGB	Gesellschafter und Geschäftsführer	Gesellschafter	Soweit sich alle Gesellschafter einig sind, kann auch eine Mehrheitsabstimmung zu Entscheidungen führen.	Einmalig bei Gründung.	☐	☐
3	Innenverhältnis	Fehleinschätzung der Einlagenbewertung	Sollten die tatsächlichen Verkehrswerte von den eingetragenen Buchwerten abweichen, so gilt dies als unzulässig und sittenwidrig und wird geahndet.	§ 706 Abs. 3 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Die Einlagenbewertung muss gewissenhaft und objektiv vorgenommen werden.	Bei Bedarf	☐	☐
4	Innenverhältnis	Verletzung von Beitragspflichten	Leisten sie als Gesellschafter nicht ihre Beiträge, können Schadensersatzansprüche gegen Sie geltend gemacht werden.	§ 280 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Tragen Sie Sorge dafür, dass sie ihre Beiträge fristgerecht und ordnungsgemäß leisten.	täglich	☐	☐
5	Innenverhältnis	Bestehen einer Nachschusspflicht	Besteht keine Regelung zur Nachschussverpflichten, müssen sie diese leisten, was abhängig von der Höhe der Leistung zur Privatinsolvenz führen kann.	§ 707 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Regelungen über die Nachschusspflicht können im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.	Einmalig bei Gründung.	☐	☐

6	Innenverhältnis	Behinderung der geschäftsführenden Maßnahmen	Sind im Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen getroffen, können nur alle Geschäftsführer einheitlich Entscheidungen im Innenverhältnis treffen. Somit kann eine zügige Entscheidungsfindung bei einer Vielzahl an Geschäftsführern nicht gewährleistet sein.	§ 709 Abs. 1 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Im Gesellschaftsvertrag können folgende Regelungen getroffen werden: Entscheidung nach Köpfen / Kapitalanteilen, Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter.	Einmalig bei Gründung.	☐ ☐
7	Innenverhältnis	Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot	Nachhaltige Schädigung der Beziehung der Gesellschafter	§ 705 BGB	geschäftsführender Gesellschafter	Alle Gesellschafter	Aufklärung der Gesellschafter, wo genau die Grenzen des Wettbewerbsverbotes liegen.	Einmalig oder bei Gesetzesänderungen	☐ ☐
8	Innenverhältnis	Geltendmachung von Ansprüchen	Bei falscher Geltendmachung der Forderung, nämlich gegen die einzelnen Gesellschafter, wird keine Erstattung erfolgen.	§ 719 Abs. 1 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Die Ansprüche müssen gegen die Gesellschaft an sich gestellt werden.	Bei Bedarf	☐
9	Außenverhältnis	Verfügungsmacht über eingebrachte Sachanlagen.	Sacheinlagen, die Sie in die GbR einbringen, zählen nicht länger zu ihrem Vermögen. Hieraus können Fehleinschätzungen über die eigene Vermögenslage resultieren.	§ 718 Abs. 1 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Bringen Sie nur Sacheinlagen in die GbR, wenn sie sich über den Eigentumswechsel bewusst sind und dokumentieren sie diesen.	Bei Bedarf	☐ ☐
10	Außenverhältnis	Rückabwicklung von Gesellschafterentscheidungen	Es besteht die Möglichkeit, dass andere Gesellschafter ihrer Handlung widersprechen.	§ 711 BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Es muss definiert sein, welche Entscheidungen, in welchem Rahmen sie als geschäftsführender Gesellschafter treffen dürfen.	täglich	☐ ☐

11	Außenverhältnis	Haftung	Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft (unmittelbar, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch)	§ 128 HGB	Alle Gesellschafter	Geschäftsführer	Einhaltung eines ordnungsgemäßen Geschäftsgebarens und stetige Abwägung der etwaigen Folgen	Taglich	☐	☐
12	Außenverhältnis	Haftung eines austretenden Gesellschafters	Haftung für Verbindlichkeiten die vor dem Austritt aus der Gesellschaft entstanden sind.	§ 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 HGB	Ausscheidende Gesellschafter	Alte Gesellschafter und Geschäftsführer	Verbindlichkeiten müssen klar aufgezeigt sein und können gegebenenfalls an verbleibende Gesellschafter übertragen werden.	Bei Austritt	☐	☐
13	Außenverhältnis	Vollbeendigung der Gesellschaft	Die Gesellschaft ist erst dann aufgelöst und frei von Verbindlichkeiten, wenn die Auseinandersetzung abgeschlossen ist.	§§ 730 ff. BGB	Gesellschafter	Gesellschafter	Zügige Abwicklung der Auseinandersetzung, um eine baldige Vollbeendigung zu forcieren.	Bei Abwicklung	☐	☐

3. Haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften

3.1 Einleitung

In diesem Kapitel soll Ihnen ein Einstieg in die rechtlichen Rahmenbedingungen gegeben werden. Dabei wird auf die Rechte, Pflichten der Beteiligten und auf die mit dem Handeln der Beteiligten verbundenen Risiken eingegangen.

Der gesetzliche Regelungsbereich für die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt) wird durch die folgende Abbildung dargestellt. Die Vorschriften sind unterteilt nach Regelungen zum Innenverhältnis zwischen den Gesellschafter, Außenverhältnis der Gesellschaft zu Dritten, Veränderung des Kapitals, Beendigung der Gesellschaft.

I

Haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften				
Innenverhältnis	Außenverhältnis	Veränderung des Kapitals	Beendigung der Gesellschaft	Zusammenfassung der Risiken

Thematische Struktur des Rechtsrahmens zu haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften

3.2 Risikoanalyse betreffend die Rechtsform der GmbH und UG (haftungsbeschränkt)

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft finden sich im Wesentlichen im **Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)**. Da die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft in ihrem Kern eine GmbH in modifizierter Form ist, verzichtete der Gesetzgeber auf ein eigenes Gesetz zu dieser Rechtsform. Die Vorschriften des GmbHG gelten auch für die Unternehmergesellschaft, soweit das GmbHG für die UG nicht eigene Regelungen enthält. Eine solche eigenständige Regelung für die UG enthält § 5 a GmbHG, im Übrigen finden die GmbH-Vorschriften auch für die UG Anwendung. Mit Blick auf diese Gestaltung wird nachfolgend zwischen GmbH und UG nur noch differenziert, soweit Besonderheiten für die UG vorliegen. Die Vorschriften behandeln in sechs Abschnitten:

<i>Titel / Inhalt der Vorschriften</i>	<i>Fundstelle</i>	<i>Bereich der GmbH – spezifischen Compliance</i>
Errichtung der Gesellschaft	§§ 1 – 12 GmbHG	Innenverhältnis Außenverhältnis Kapitalerhöhung und -herabsetzung Beendigung
Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter	§§ 13 – 34 GmbHG	
Vertretung und Geschäftsführung	§§ 35 – 52 GmbHG	
Abänderungen des Gesellschaftsvertrages	§§ 53 – 59 GmbHG	
Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft	§§ 60 – 77 GmbHG	
Schlussbestimmungen	§§ 78 – 87 GmbHG	

Gesetzliche Struktur des Rechtsrahmens zur GmbH

Nachfolgend sollen die - für die in kleinen und mittelständischen Unternehmen Verantwortlichen - relevanten Risiken und Pflichten aufgezeigt werden. Dabei handelt es sich um:

Geschäftsführer der GmbH		Gesellschafter der GmbH²¹⁰
Handeln im Innenverhältnis	Handeln im Außenverhältnis	Durchgriffshaftung <i>Unterkapitalisierung</i> <i>Vermögens- und Sphärenvermischung</i> <i>Existenzvernichtender Eingriff</i> Einlagepflicht Kapitalaufbringung Nachschusspflicht oder Kapitalerhöhung Rückzahlung von Nachschüssen Kapitalerhaltung
Haftungsrisiken beim Betreiben der GmbH Haftungsrisiken in der Krise	Haftungsrisiken aus Vertretung Pflichten in der Insolvenz Haftung wegen Wettbewerbsverstößen Haftungsrisiken hinsichtlich des Jahresabschlusses Haftung aus Delikt	

²¹⁰ Eine Unterscheidung des Gesellschafterhandelns in Handeln im Innenverhältnis/Handeln im Außenverhältnis entfällt, da der nach außen für die Gesellschaft handelnde Gesellschafter dann die Geschäfte der GmbH führt.

Haftungsrisiken beim
Gesellschafterwechsel
Möglichkeiten der Haf-
tungsbeschränkung

**Teilung, Zusammenlegung, Einziehung von Ge-
schäftsanteilen**

Bestellung, Entlassung des Geschäftsführers

Prüfung, Überwachung der Geschäftsführung

**Bestellung von Prokuristen, Handlungsbevollmäch-
tigten**

**Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnis-
verwendung**

Geltendmachung von Ersatzansprüchen der GmbH

Weitere Haftungsrisiken für den Gesellschafter
Rechtsscheinhaftung
Haftung bei Geschäftsführungslosigkeit
Haftung für Rechtsvorgänger

Der besseren Lesbarkeit wegen wird im Folgenden auf die genderspezifische Aufschlüsselung verzichtet. Die maskuline Form steht als nomen generale für beide Geschlechter (z.B. der Geschäftsführer).

3.3 Geschäftsführer einer GmbH

3.3.1 Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Innenverhältnis (gegenüber der Gesellschaft)

3.3.1.1 Haftungsrisiken beim Betreiben der GmbH

Dem GmbH-Geschäftsführer fällt die zentrale Aufgabe des Betreibens der GmbH zu. Nach den Vorgaben der Gesellschafter (z.B. Beschluss der Gesellschafterversammlung) hat der Geschäftsführer den Gesellschaftszweck aktiv zu fördern und dabei Schaden von ihr abzuwenden. In seinem Handeln gelten die Maßstäbe eines ordentlichen Geschäftsmannes.²¹¹ Verletzt der Geschäftsführer seine ihm obliegenden Pflichten, droht ihm die Schadensersatzpflicht gegenüber der GmbH. Gleiches gilt für seinen Stellvertreter.²¹² Es ist somit also durchaus möglich, dass der Geschäftsführer persönlich haften muss. Haftungsansprüche können jedoch ausschließlich gegenüber der GmbH entstehen und nicht gegenüber einzelnen Gesellschaftern.²¹³ Haftungsvoraussetzung ist eine *Pflichtverletzung*, ein *Schaden* (am Gesellschaftervermögen) und *Mitverschulden* durch den Geschäftsführer.²¹⁴ Dabei liegt die Beweislast beim Geschäftsführer, etwa zu belegen, dass kein Verschulden

²¹¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff, *Kleindiek*, § 43 Rn. 10.

²¹² Vgl. Lutter/Hommelhoff, *Kleindiek*, § 43 Rn. 1.

²¹³ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 173.

²¹⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff, *Kleindiek*, § 43 Rn. 38.

vorliegt. In der Regel wird dem Geschäftsführer eine größere Sorgfaltspflicht auferlegt, als es einem ordentlichen Kaufmann zuzurechnen wäre.²¹⁵

Der Geschäftsführer ist ganz konkret für die finanzielle und betriebswirtschaftliche Ausstattung der GmbH verantwortlich. Das bedeutet, dass er darauf zu achten hat, dass Stammkapital, Anlagevermögen und Betriebsmittel so zueinander passen, dass die GmbH nicht zahlungsunfähig wird. Insbesondere bei Zahlungen der GmbH, die das erforderliche Vermögen absenken und damit das erforderliche Stammkapital unterschreiten, droht dem Geschäftsführer eine Haftung gegenüber den Gesellschaftern. Nachfolgend werden die wichtigsten Haftungsrisiken für den Geschäftsführer beim Betreiben einer GmbH im Innenverhältnis gegenüber den Gesellschaftern aufgezeigt:

Einberufung der Gesellschafterversammlung

Die Einberufung der Gesellschafterversammlung obliegt den Geschäftsführern. Dabei kann jeder einzelne Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung einberufen. Der Wortlaut der Gebotsnorm aus § 49 Abs. 2 und 3 GmbHG sieht eine Einberufung vor allem dann vor, wenn es im Interesse der Gesellschaft ist oder wenn sich aus einem Jahresabschluss oder einer anderen im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass 50% des Stammkapitals verloren sind.²¹⁶ Vor allem der Passus "im Interesse der Gesellschaft" scheint auf den ersten Blick sehr undurchsichtig. In folgenden Beispielfällen ist davon auszugehen, dass eine Einberufung einer Gesellschafterversammlung zwingend notwendig wird, um Haftungsrisiken zu umgehen:

Beispiele:²¹⁷

1. Ausdrücklich bestimmte Fälle

- Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§ 49 Abs. 3 GmbHG)
- Einberufungsverlangen von Gesellschaftern, die zusammen mindestens 10% des Stammkapitals halten (§ 50 Abs. 1 GmbHG)
- festgestellte Unmöglichkeit, eine notwendige Entscheidung der Gesellschafter ohne Versammlung durchführen zu können

2. Erforderlichkeit im Gesellschaftsinteresse

- Entscheidung über eine Frage, die nach dem Gesetz in die Entscheidungszuständigkeit der Gesellschafter fällt; z.B.:
 - Bilanzfeststellungen gem. § 46 GmbHG
 - Satzungsänderungen gem. § 53 GmbHG
 - Kapitalmaßnahmen gem. §§ 55 ff. GmbHG
- Entscheidung über eine Frage, die nach der Satzung in die Entscheidungszuständigkeit der Gesellschafter fällt

²¹⁵ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb, *Fichtelmann*, § 43 Rn. 14.

²¹⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / *Römermann*, § 49 Rn. 6 f.

²¹⁷ Vgl. Heybrock, *Aschenbeck-Florange*, § 49 Rn. 34.

- Entscheidung über eine Frage, über die die Gesellschafterversammlung im Rahmen ihrer Allzuständigkeit entscheiden sollte, insbes.

- bedeutsame oder außergewöhnliche Geschäfte (z.B. Ausgründungen durch Gründung von Tochtergesellschaften, die Übertragung wesentlicher Anteile an andere Gesellschafter (soweit für GmbH wesentlich), Änderung der Geschäftspolitik oder wesentliche Investitionsmaßnahmen

- Geschäfte, deren Billigung durch die Gesellschafter objektiv zweifelhaft ist

Neben dieser Auflistung der möglichen Einberufungsgründe müssen noch weitere Form- und Fristvorschriften zur Einberufung eingehalten werden. Die Formvorschriften werden zentral in § 51 des GmbHG geregelt. Im Wesentlichen gilt, dass die Einberufung schriftlich, mit eigenhändiger Unterschrift und per Einschreiben mit einer Frist von mindestens einer Woche geschehen muss. Die elektronische Übermittlung per E-Mail oder Fax genügt nicht.²¹⁸ Inhaltlich muss der Zweck der Einberufung (spätestens 3 Tage vor der Versammlung) deutlich werden.²¹⁹ Werden diese Formvorschriften nicht eingehalten, hängt die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung von der Anwesenheit aller Gesellschafter ab.

Ist eine Gesellschafterversammlung zwingend erforderlich (gem. § 49 Abs. 3 GmbHG), hat die Einberufung unverzüglich zu geschehen, "ohne schuldhaftes Zögern" im Sinne des BGB.²²⁰ Dies gilt sowohl für die unverzügliche Einberufung, als auch für den Termin der Gesellschafterversammlung.²²¹

Haftung!

Als Rechtsfolge bei Pflichtverletzung droht Geschäftsführern bei schuldhafter Verletzung ihrer Einberufungspflicht eine Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß § 43 Abs. 2 GmbH. Die Geschäftsführer haften aber nur für die Schäden, die vermieden worden wären, wenn die Gesellschafterversammlung rechtzeitig Gelegenheit hätte, zu reagieren und den Schaden abzuwenden. Im schlimmsten Fall kann bei einer Verletzung der Einberufungspflichten die Abberufung des Geschäftsführers bzw. die Kündigung des Anstellungsvertrages drohen.²²²

Die Schadenshöhe bemisst sich nach dem Schaden, der durch die negativen Veränderungen für die GmbH durch die verspätete oder unterlassene Einberufung entstanden ist. Allerdings hat die Gesellschaft nach h.M. den Schadenseintritt, das Verschulden und die Kausalität zu beweisen.²²³

Dieses Haftungsrisiko lässt sich für den Geschäftsführer durch eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Einberufung vermeiden, die folgende Elemente enthalten sollte:

Praxistipps:

- Einberufung erfolgt durch Geschäftsführer,
„wenn...“

²¹⁸ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 49 Rn.11.

²¹⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 49 Rn.19.

²²⁰ Vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB.

²²¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 49 Rn. 17.

²²² Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 49 Rn. 22.

²²³ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 49 Rn. 133.

„im Interesse der Gesellschaft...“

„bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals...“ (vgl. o.g. Beispielfälle)

- Form- und fristgerecht:

- schriftlich per Einschreiben mit Vorlaufzeit von einer Woche und Begründung für die Einberufung (§ 51 GmbHG)

- kein „schuldhaftes Zögern“ bei Einberufung und Terminauswahl für die Versammlung (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB)

Verbotene Konkurrenztaetigkeit (Wettbewerbsverbot und Treuepflicht)

Trotz Fehlens ausdrücklicher Vorschriften im GmbHG unterliegt der GmbH-Geschäftsführer einem Wettbewerbsverbot. In der Rechtsprechung als auch in der Literatur ist aber unbestritten, dass der Geschäftsführer im Rahmen seiner Treuepflicht, dazu gehört auch die Verschwiegenheitspflicht nach § 85 GmbHG, einem umfassenden Wettbewerbsverbot unterliegt.²²⁴

Die höchste Pflicht des Geschäftsführers, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und diese aktiv zu fördern sowie "insbes. seine gesamte Arbeitskraft der Gesellschaft uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen",²²⁵ würde bei einer Konkurrenztaetigkeit gewollte oder ungewollte negative Effekte auf die Gesellschaft ausüben. Er darf nicht auf eigene oder fremde Rechnung in dem vom Wettbewerbsverbot erfassten sachlichen Anwendungsbereich Geschäfte machen – gleichgültig ob er Handelsmakler, Handelsvertreter, Kommissionär, Vorstandsmitglied oder in anderer leitenden Position für ein anderes Unternehmen tätig ist.²²⁶ Es ist seine Aufgabe, sämtliche Geschäftschancen allein für die Gesellschaft wahrzunehmen und nicht im eigenen Interesse zu handeln.²²⁷

So ist es ihm untersagt, seine herausgehobene Stellung zu seinen Gunsten oder gegen die Interessen der GmbH durch Zuwendungen der Gesellschaft, Geschäfte mit der Gesellschaft oder Zuwendungen von dritter Seite auszunutzen. Bei Verstößen gegen die Treuepflicht aufgrund von Zuwendungen der Gesellschaft geht es um die persönliche Bereicherung des Geschäftsführers.²²⁸

Beispiele für Zuwendungen der Gesellschaft:²²⁹

- Griff in die Kasse
- Erstattung von rein privat verursachten Reisekosten
- Nutzung des Dienstwagens ohne entsprechende Privatnutzungsregelung
- Angestellte für private Zwecke einsetzen

Nachfolgend werden Beispiele für Verstöße des Geschäftsführers genannt, die aus Geschäften mit der Gesellschaft resultieren:

²²⁴ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 97.

²²⁵ Vgl. ebenda

²²⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 102.

²²⁷ Vgl. Lutter/Hommelhoff, Kleindiek, § 43 Rn. 19.

²²⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 110 f.

²²⁹ Vgl. ebenda.

Beispiele für Geschäfte mit der Gesellschaft:²³⁰

- wenn er sich ein überhöhtes Gehalt auszahlt
- wenn er sich ein Darlehen aus dem Gesellschaftsvermögen unter dem marktüblichen Zins gewährt
- wenn er ohne Grund nicht fällige Forderungen zu Gunsten einer Gesellschaft begleicht, an der er beteiligt ist.
- wenn die Gesellschaft dem Geschäftsführer ein Haus zu den reinen Entstehungskosten veräußert, ohne dass der Geschäftsführer Bauzeitinsen und eine Vergütung für die Betreuung und Errichtung entsprechend einer Generalunternehmervergütung zu zahlen hatte.
- wenn der Geschäftsführer einen mittelbaren Vorteil dadurch erlangt, dass die Gesellschaft beispielsweise einen Kredit an einem nahen Verwandten des Geschäftsführers vergibt, die der Verwandte bei einer neutralen Bank so nicht erhalten hätte.

Darüber hinaus kann der Geschäftsführer für die Verletzung der Treuepflicht haften, wenn er Zuwendungen von dritter Seite für sich persönlich im Zusammenhang mit seiner unternehmensleitenden Tätigkeit annimmt. Von derartigen Zusammenhängen wird immer dann ausgegangen, wenn durch die Leistung des Dritten der Willen des Geschäftsführers zu Lasten der Gesellschaft beeinflusst wurde.²³¹

Beispiele für Zuwendungen von dritter Seite:²³²

- Leistungen
- Provisionen
- Geschenke
- Schmiergelder
- sonstige Vergütungen / Vorteile

Sollte es zur Entgegennahme einer Leistung gekommen sein, ist diese unverzüglich an die Gesellschaft herauszugeben.²³³

Bei Pflichtverstoß gegen das Wettbewerbsverbot oder der Treuepflicht ergeben sich als Rechtsfolge aus § 43 Abs. 2 GmbH Schadensersatzansprüche. Dabei muss der GmbH durch die Pflichtverletzung des Geschäftsführers ein konkret bezifferbarer Vermögensnachteil entstanden sein. Schäden einzelner Gesellschafter, wie z.B. steuerliche Nachteile, werden nicht erfasst.²³⁴ In besonders schweren Fällen droht eine Abberufung als Geschäftsführer oder es kann zu einer außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrages nach § 626 BGB führen.²³⁵ Von diesem Wettbewerbsverbot sind bestellte Geschäftsführer und auch faktische Geschäftsführer betroffen. Für Alleingesellschafter

²³⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 114.

²³¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 115.

²³² Vgl. ebenda.

²³³ Vgl. Lutter/Hommelhoff, *Kleindiek*, § 43 Rn. 19.

²³⁴ Vgl. Heybrock, *Theiselmann/Moeder*, § 43 Rn. 33.

²³⁵ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 97 & Rn. 261 ff.

beispielsweise in Form einer "Ein-Mann-GmbH" gilt dieses Wettbewerbsverbot nicht oder nur eingeschränkt, wenn nachhaltig die Gläubigerinteressen gefährdet werden oder das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen entzogen wird.²³⁶ Die Treuepflicht endet mit der rechtlichen und tatsächlichen Beendigung des Anstellungsvertrages, d.h. danach gibt es in der Regel keine Verpflichtung für den Geschäftsführer mehr, wirtschaftliche Nachteile der GmbH zu vermeiden – auch wenn der Geschäftsführer durch sein Verhalten die Abberufung maßgeblich verursacht hat.²³⁷ Allerdings kann grundsätzlich für die Zeit nach der Tätigkeit als Geschäftsführer ein Wettbewerbsverbot vertraglich per Anstellungsvertrag oder einer gesonderten Vereinbarung festgehalten werden.²³⁸

Haftung bei (drohender) Absenkung der Stammeinlagen

Da die Erhaltung des Stammkapitals elementar wichtig für den Fortbestand einer GmbH ist, hat der Geschäftsführer den Bestand der Stammeinlagen stets zu überprüfen.²³⁹ Bereits aus dem Gesetzestext des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG in Verbindung mit den Kapitalerhaltungsvorschriften aus § 30 GmbHG wird deutlich, dass dem Geschäftsführer Haftungsrisiken drohen, sollte dieser Zahlungen an Gesellschafter aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals notwendigen Vermögens durchführen. Ebenfalls kann ein Geschäftsführer aufgrund seiner Überwachungspflicht auch dann haften, wenn durch Mitgeschäftsführer, Prokuristen oder anderen vertretungsberechtigten Personen Auszahlungen aus dem Vermögen zur Sicherung des Stammkapitals vorgenommen wurden. Gleiches droht dem Geschäftsführer bei Verstoß gegen § 33 GmbHG, wenn dieser Geschäftsanteile der GmbH erwirbt, die noch nicht vollständig geleistet worden sind. Diese beiden Verstöße stellen Sonderformen der Geschäftsführerhaftung dar, bei denen die Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG im Vergleich § 43 Abs. 2 GmbHG verschärft worden sind. Diese Normen dienen in erster Linie dem Gläubigerschutz und sollen den Erhalt der Stammeinlagen sichern. Diese Erfordernisse resultieren unter anderem aus der Haftungsbeschränkung dieser Rechtsform. Festzuhalten bleibt, dass Zahlungen an Gesellschafter grundsätzlich nicht verboten sind, sie unterliegen jedoch strengeren Voraussetzungen. Im weitesten Sinne können übermäßig riskante Kreditgeschäfte ebenfalls zu einem Haftungsanspruch gegenüber dem Geschäftsführer führen, da diese die Stammeinlagen gefährden können. Nicht weniger brisant ist an dieser Stelle die Frage, ob solche Geschäfte den Gesellschaftszweck aktiv fördern und mit dem Prinzip des ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.

Bei Pflichtverstoß droht dem Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG eine Schadenersatzforderung, wenn die Gesellschaft die Voraussetzungen eines Haftungstatbestands darlegen und beweisen kann. Parallel trifft den Geschäftsführer eine sekundäre Darlegungslast, d.h. er hat das Klägervorbringen zu bestreiten. Der zu ersetzende Schaden beträgt im Falle des Erwerbs eigener Anteile – Verstoß gegen § 33 GmbHG – die Höhe des unzulässig gezahlten Erwerbspreises abzüglich etwaiger Rückzahlungen. Der Schadenersatz bei Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des Stammkapitals – Verstoß gegen § 30 GmbHG – besteht in der Höhe des Auszahlungsschadens.²⁴⁰ Gem. § 64 Satz 3 GmbHG sind die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen an die Gesellschafter verpflichtet, wenn erkennbar war, dass diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesell-

²³⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 98.

²³⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 104.

²³⁸ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb, *Fichtelmann*, § 43 Rn. 124.

²³⁹ Vgl. hierzu § 5 Abs. 1 und 2 GmbHG.

²⁴⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn 219; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 58.

schaft führen mussten.²⁴¹ Die Chance auf eine eingeschränkte Haftung für den Geschäftsführer aufgrund eines nichtigen Weisungsbeschlusses der Gesellschafter besteht bei Verstoß gegen §§ 30, 33 GmbHG nur dann, wenn seine Schadensersatzleistung nicht zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird.²⁴² Das Auszahlungsverbot bezieht sich nicht nur rein auf Geldleistungen, sondern umfasst auch alle sonstigen Leistungen. Beispiele für das Auszahlungsverbot:

Beispiele:²⁴³

- Abtretung einer Gesellschaftsforderung
- Erfüllung von Gesellschafterschulden durch die Gesellschaft
- Verzicht auf Forderungsdurchsetzung gegen Gesellschafter

Generell sollte beachtet werden, dass sich durch den Erwerb eigener Anteile die internen Machtstrukturen der Gesellschaft verschieben, da sich die prozentualen Anteile der verbleibenden Gesellschafter erhöhen. Daher ist die Einholung einer qualifizierten Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der Stimmen eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses empfehlenswert.

Praxistipp:²⁴⁴

Um Haftungsrisiken und eventuelle Streitigkeiten zwischen den verbleibenden Gesellschaftern zu vermeiden, sollte sich der Geschäftsführer einen Gesellschafterversammlungsbeschluss mit mindestens $\frac{3}{4}$ der Stimmen einholen.

Haftung bei Verletzung der Einlagepflicht durch einen Gesellschafter (Kaduzierungsverfahren)

Wenn ein Gesellschafter nicht in der Lage ist, die eingeforderten Stammeinlagen rechtzeitig einzuzahlen, kann es im härtesten Fall zum Ausschluss des Gesellschafters kommen.²⁴⁵ Der Geschäftsführer ist für die Eröffnung und Durchführung des sogenannten Kaduzierungsverfahrens – dem zwangsweisen Ausschluss des Gesellschafters – verantwortlich, sobald die fällige Zahlung nicht erfolgt ist.²⁴⁶ Allerdings ist es nicht zwingend vorgeschrieben, eine Kaduzierung durchzuführen, da dies im Ermessen des Geschäftsführers liegt.²⁴⁷ Der Anspruch der Gesellschaft verjährt genauso wie der Anspruch auf Zahlung der Einlage nach zehn Jahren.²⁴⁸ Voraussetzung für eine Kaduzierung ist die Einlagepflicht, die Säumnis eines Gesellschafters sowie eine erneute Zahlungsaufforderung und

²⁴¹ Vgl. Schmolke, K. U. (2009), § 30 Rn. 24.

²⁴² Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 220 f.

²⁴³ Vgl. Heybrock/Haag, § 30 Rn. 8.

²⁴⁴ Vgl. Heybrock/Haag, § 34 Rn. 24.

²⁴⁵ Vgl. Michalski, Band 2 / Hoffmann, § 54 Rn. 90 ff.

²⁴⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 21 Rn. 1.

²⁴⁷ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 21 Rn. 6.

²⁴⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / Ebbing, § 21 Rn. 155.

der Ablauf der Nachfrist nach § 21 Abs. 1, 2 Satz 1 GmbHG.²⁴⁹ Nachfolgend ein Formulierungsbeispiel dafür, wie eine Erklärung über den Verlust der Mitgliedschaft mittels eines eingeschriebenen Briefs aussehen kann:

Formulierungsbeispiel:

„Gemäß § 21 GmbHG erklären wir Ihren Geschäftsanteil und die geleisteten Teilzahlungen zugunsten der Gesellschaft verlustig.“²⁵⁰

Diese einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist im Namen der Gesellschaft abzugeben, da das Verstreichen der Nachfrist nicht zwangsläufig zum Ausschluss des Gesellschafters und zur Kaduzierung des Geschäftsanteils führt.²⁵¹ Die genaue Wiedergabe des Gesetzeswortlauts ist dabei empfehlenswert.²⁵²

Praxistipp:

Bereits durch geringe Verfahrensfehler kann der Ausschluss des Gesellschafters unwirksam werden, weshalb eine exakte Berücksichtigung der Gesetzsvorgaben empfehlenswert ist. Dabei sind die einzelnen Voraussetzungen der Kaduzierung dezidiert zu prüfen.²⁵³

In dem Brief müssen folgende Bestandteile enthalten sein:²⁵⁴

- eine genau bezifferte Zahlungsaufforderung
- das Setzen einer Nachfrist von mindestens einem Monat
- die Androhung des Ausschlusses unter Verlust des Geschäftsanteils.

Hinweis:²⁵⁵ „Wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass sowohl die Aufforderung nach § 21 Abs. 1 GmbHG als auch die Verlustigerklärung nach § 21 Abs. 2 GmbHG mit eingeschriebenem Brief erfolgten, fehlt es an einer notwendigen formellen Voraussetzung für eine wirksame Kaduzierung.“

Die Geschäftsführer benötigen als Grundlage für eine Kaduzierung keine gesonderten Ermächtigungen durch einen Gesellschafterbeschluss. Allerdings ist die Gesellschafterversammlung weisungsbefugt, d.h. eine Kaduzierungserklärung gegen die ausdrückliche Weisung der Gesellschafterversammlung ist unzulässig.²⁵⁶

²⁴⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 21 Rn. 12 ff.

²⁵⁰ Heybrock/*Haag*, § 21 Rn. 11.

²⁵¹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 21 Rn. 88 ff.

²⁵² Vgl. Heybrock/*Haag*, § 21 Rn. 10.

²⁵³ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 21 Rn. 6.

²⁵⁴ Vgl. Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 21 Rn. 9 ff.

²⁵⁵ Heybrock/*Haag*, § 21 Rn. 6.

²⁵⁶ Vgl. Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 21 Rn. 6.

In der Praxis spielen diese Vorschriften eine geringe Rolle, obgleich sie zwingend sind. Dies wird in der Literatur zu einem mit dem harten Sanktionscharakter und zum anderen mit dem stark formalisierten Verfahren begründet.²⁵⁷

Haftung bei der Durchführung geschäftsfremder Geschäfte oder bei Verträgen, für die die Gesellschaft keinen messbaren Nutzen hat

Vorangestellt sei darauf hingewiesen, dass dem Geschäftsführer aufgrund der komplexen Unternehmensrealität stets Unsicherheiten bei der Entscheidung vorliegen. Es soll daher darauf hingewiesen werden, dass diese Normen keineswegs dazu dienen, den Misserfolg der Geschäftstätigkeit gegenüber dem Geschäftsführer abzusichern. Dem Geschäftsführer soll sehr wohl ein Mindestmaß an Risikospiegelraum eingeräumt werden.²⁵⁸

In diesem Falle zieht der BGH die Grenze zur Kontrolle der Geschäftsführung relativ großzügig: „Die Grenzen unternehmerisch verantwortlichen Handelns müssen nicht nur überschritten, sondern deutlich überschritten worden sein, die Risikobereitschaft nicht nur übertrieben, sondern in unverantwortlicher Weise überspannt worden sein.“²⁵⁹ Der Grundsatz, dass der Geschäftsführer für schlichtes Missmanagement nicht haftet, gilt in der Praxis nur dann, wenn er sich pflichtgemäß an die *Business Judgement Rule* hält, die bei der Anwendung folgendes voraussetzt:

Voraussetzungen der Business Judgement Rule:

- „- eine unternehmerische Entscheidung
- unter Beachtung der Legalitätspflicht
- auf der Grundlage angemessener Informationen
- zum Wohle der Gesellschaft
- in gutem Glauben und
- ohne Eigeninteressen und sachfremde Einflüsse.“²⁶⁰

Wenn die o.g. Voraussetzungen nicht vorliegen, unterliegt das Handeln des Geschäftsführers im Haftungsfall der gerichtlichen Nachprüfung. Dann gelten die allgemeinen Regeln und der Geschäftsführer unterliegt der Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er nicht pflichtwidrig gehandelt hat. Die Business Judgement Rule erfährt keine Anwendung, wenn der Geschäftsführer mit seinem Handeln gegen die organschaftliche Treuepflicht oder andere gesetzliche Vorschriften verstößt.²⁶¹

Beispiel für eine positive Anwendung der Business Judgement Rule:²⁶²

- Durchführung einer Due Diligence vor einem Unternehmenskauf
- Erkundungen über Geschäftspartner einholen

²⁵⁷ Vgl. Heybrock/Haag, § 21 Rn. 22.

²⁵⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 66.

²⁵⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 66c.

²⁶⁰ Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 68b.

²⁶¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 73f.

²⁶² Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 70b f.

- klare und zweifelsfreie Rechtslage
- Zahlungen nur anweisen, wenn es eine berechtigte Forderung und eine Rechnung gibt
- Vertragsangebote o.ä. sind sorgsam zu kalkulieren
- risikoreiche Geschäfte sind durch Versicherung oder Gegengeschäfte abzusichern
- sachgerechte Ordnung des Posteingangs

Bei Pflichtverstoß wegen Missmanagements droht dem Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG seine Abberufung oder die Auflösung des Dienstvertrages. Darüber hinaus kann in einer paritätisch mitbestimmten GmbH in Analogie zum § 87 AktG seine Vergütung inklusiver seiner Versorgungsbezüge herabgesetzt werden, wenn sich die Verhältnisse durch sein Tun verschlechtert haben. Somit können unternehmerische Fehlentscheidungen, die nicht pflichtwidrig im Sinne des § 43 GmbHG sind und auch keine Ersatzansprüche für die Gesellschaft ergeben, mit finanziellen Einbußen des Geschäftsführers bestraft werden.²⁶³

Praxistipp:²⁶⁴

Um nachweisen zu können, dass unternehmerische Entscheidungen ex ante als vernünftig einzustufen waren, sollten Geschäftsführer die Abwägung von Argumenten sowie die entscheidungstragenden Aspekte dokumentieren.

Die zuvor beschriebenen Haftungsrisiken beziehen sich daher weitestgehend auf fahrlässig vorbereitete Entscheidungen oder sogar vorsätzlicher Handlungen des Geschäftsführers und erlauben diesem grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum. Nach ständiger Rechtsprechung entstehen Schadensersatzansprüche erst dann, wenn "die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältigen Ermittlungen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerisches Risiko einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist."²⁶⁵

Haftungsrisiken aus der Vertretung (organisationsintern)

Zusätzlich zu den genannten Haftungsrisiken im Innenverhältnis des Geschäftsführers ergeben sich aus Vertretungsregelungen durchaus auch im Innenverhältnis Risiken. Diese sind jedoch sehr überschaubar und daher nur kurz zu behandeln: Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers bei Innengeschäften der Gesellschaft ist vor allem bei organisationsinternen Maßnahmen gerechtfertigt. Dies wird in der Praxis häufig einzelne Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einzelnen Gesellschaftern betreffen. Die Vertretungsmacht endet jedoch, wenn mit dieser versucht wird, die Mehrheit der Gesellschafter zu übergehen, so dass hierdurch ein Haftungsrisiko für den Geschäftsführer entsteht.²⁶⁶

²⁶³ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 67 f.

²⁶⁴ Vgl. Heybrock/Theisemann/Moeder, § 43 Rn. 5.

²⁶⁵ BGHZ 135, 244, 253; Lutter, GmbHR 2000, 301, 306 mwN.

²⁶⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 33.

Dabei ist zu *wesentlichen organisatorischen Bereichen* der Gesellschaft abzugrenzen, in denen nach herrschender Meinung die Gesellschafter einzubeziehen sind.²⁶⁷

3.3.1.2 Haftungsrisiken in der Krise

Droht der GmbH die Zahlungsunfähigkeit, drohen gleichzeitig dem Geschäftsführer unterschiedliche Haftungsrisiken. Wie zuvor beschrieben, entsteht aus der Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung ein Haftungsrisiko für den Geschäftsführer. Gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG liegt eine Krise vor, sofern 50 % des Stammkapitals verloren sind. Dieser Verlust führt zur Einberufungspflicht der Gesellschafterversammlung.

Übersicht zu den wesentlichen Haftungsrisiken, sofern die GmbH in eine Krise steuert:

- Einberufungspflicht der Gesellschafterversammlung, sofern 50 % des Stammkapitals verloren sind,
- verspätete Insolvenzantragstellung und
- Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft.

Bei verspäteter Insolvenzantragstellung oder Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit drohen durch die Verschleppung der Insolvenz oder Verringerung der Insolvenzmasse dem Geschäftsführer erhebliche Haftungsrisiken. Entsprechende Hinweise können an dieser Stelle sein:

- die Maßstäbe des ordentlichen Geschäftsmannes einzuhalten oder
- die Vorgabe den Gesellschaftszweck aktiv zu fördern und
- Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.

Grundsätzlich haftet der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft durch pflichtwidrig verspätete oder unterlassene Insolvenzantragsstellung. Etwas anderes ergibt sich u. U., wenn der Geschäftsführer auf Weisung der Gesellschafter handelt.²⁶⁸ Im Zweifelsfall ist dem Geschäftsführer zu raten, eine drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO unmittelbar in einer Gesellschafterversammlung²⁶⁹ zu beraten.²⁷⁰ Aus dem Rat wird bei der UG (haftungsbeschränkt) gem. § 5a Abs. 4 GmbHG wegen des Gedankens des Gläubigerschutzes eine Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung.

Ein Zahlungsverbot – geregelt durch § 64 S. 1 GmbHG – liegt bereits ab Eintritt der Insolvenzreife vor und nicht erst ab Ende der Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.²⁷¹ Der Begriff der Zahlungen ist einem weiteren Sinne zu verstehen. Nachfolgend sind einige Beispiele für Zahlungen genannt, die nach Eintritt der Insolvenzreife verboten sind:

²⁶⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 32.

²⁶⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Nerlich, § 64 Rn. 98.

²⁶⁹ zu Form und Inhalt der Gesellschafterversammlung, siehe S. 62 ff.

²⁷⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Nerlich, § 64 Rn. 100.

²⁷¹ Vgl. BGH NJW 2009, 2454.

Beispiele:

- Einzug eines Kundenchecks auf ein debitorisches Bankkonto²⁷²
- Anweisung an einen Gesellschaftsschuldner, eine Zahlung auf so ein Konto zu leisten²⁷³
- im Stadium der Insolvenzreife: zugelassene Zahlung auf ein im Soll befindliches Konto²⁷⁴

Andere nicht Geldleistungen:²⁷⁵

- Lieferung von Waren
- Übertragung von Rechten
- Leistung von Diensten

Zahlungen im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG angesichts des Normzwecks liegen nur dann vor, wenn dadurch die Verteilungsmasse der insolvenzreifen Gesellschaft geschmälert wird und so die Gesamtheit der Gläubiger nicht mehr befriedigt werden kann. Wenn durch die Zahlung eine Gegenleistung in das Gesellschaftsvermögen gelangte und diese wertmäßig erhalten geblieben ist, sind diese im Rahmen des objektiven Tatbestandes in Ansatz zu bringen und nicht erst im Rahmen der Pflichtmäßigkeitprüfung nach § 64. S. 2 GmbHG.²⁷⁶

Bei verbotswidrigen Zahlungen sind der Geschäftsführer bzw. der Liquidator – vgl. § 71 Abs. 4 GmbHG – oder auch die faktischen Geschäftsführer zu Schadensersatz Erstattungen nach § 43 Abs. 3 GmbHG verpflichtet.²⁷⁷ Allerdings nur, wenn diese von der Verbotswidrigkeit der Zahlung wussten bzw. gewusst haben mussten.²⁷⁸

Praxistipp:²⁷⁹

Wenn ein Geschäftsführer in einer akuten Krise Zahlungen tätigen will, hat er sich vorher die Überschuldungsbilanz und Fortführungsprognose sowie einen Liquiditätsplan zu erstellen, um nicht gegen die Sorgfaltspflicht zu verstoßen, da er sonst bei Schadenseintritt nach § 43 GmbHG haftet.

- Zahlungen an die Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten

Wie in bereits vielen anderen Haftungsrisiken beschrieben, lässt sich aus der Vorgabe, die Pflichten eines ordentlichen Geschäftsmannes zu beachten, einiges ableiten. So entstehen auch in diesem Fall Haftungsrisiken, sollte der Geschäftsführer entgegen seiner Sorgfaltspflicht Zahlungen an die Gesellschafter leisten, die zur Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens führen. Es wird vom Gesetzgeber so definiert, dass sich bei der Zahlung bereits abzeichnet, dass die Gesellschaft unter den nor-

²⁷² Vgl. BGH NJW 2000, 668, NJW 2001, 304; OLG Hamm NZG 2009, 1116; OLG Hamburg BeckRS 2006, 12145.

²⁷³ Vgl. OLG Oldenburg GmbHR 2004, 1340.

²⁷⁴ Vgl. BGH NZG 2007, 462.

²⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1994, 2220; OLG Düsseldorf GmbHR 1996, 616.

²⁷⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64 Rn. 7.

²⁷⁷ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64 Rn. 6.

²⁷⁸ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, § 43 Rn. 36.

²⁷⁹ Vgl. Heybrock/Stadie, § 64 Rn. 14.

malen Gegebenheiten ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann.²⁸⁰ Als Faustregel kann dabei folgender Ansatz als Beispiel dienen:

Beispiele:

„Anhaltspunkte für die unzulässige Zahlung und deren Kausalität für die Insolvenz dürften dann gegeben sein, wenn eine bis auf weiteres nicht zu schließende Liquiditätslücke von mehr als 10% der Gesamtverbindlichkeiten vorliegt.“²⁸¹

Des Weiteren ist es dem Geschäftsführer ebenfalls untersagt, überteuerte Liefer- und Dienstleistungsverträge einzugehen, wenn unter realistischen Bedingungen eine günstigere Möglichkeit besteht. Dies könnte darauf hin deuten, dass der Geschäftsführer anderweitige oder eigene Interessen bei Abschluss des Geschäftes verfolgt. Möglicherweise wurde der Geschäftsführer durch Schmiergeldzahlungen beeinflusst.²⁸²

Allerdings hat der Gesetzgeber diese verschärfte Geschäftsführerhaftung als Instrument zur Missbrauchsbekämpfung konzipiert und den Anwendungsbereich als einen Ausnahmetatbestand gedacht, der folglich nur einen eng begrenzten Anwendungsbereich findet.²⁸³

Sollte die GmbH für ihre Zahlung eine Gegenleistung von gleicher Wertigkeit von dem Gesellschafter und so im gleichen Maße liquide Vermögensgegenstände erhalten, sind diese Zahlungen nach dem Gesetzgeber nicht verboten.²⁸⁴ Bei *Pflichtverstoß* droht dem Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 GmbHG ein „Ersatzanspruch eigener Art [und] kein Schadensersatzanspruch wegen Insolvenzverursachung.“²⁸⁵ Darüber hinaus kann der Geschäftsführer allerdings mit „konkurrierenden Schadensersatzverpflichtungen auf anderer Grundlage“ durch die Bestimmungen aus § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG i.V.m. §§ 826, 830 BGB konfrontiert werden.²⁸⁶

Dieses Haftungsrisiko kann durch das Wahren der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes verringert bzw. ausgeschlossen werden. Daher sollte der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen GmbH-Geschäftsführers noch enger ausgelegt werden.²⁸⁷

- Strafrechtliche Pflichtverletzung (z.B. Betrug, Untreue)

Eine deliktische Haftung des Geschäftsführers gem. §§ 823 ff. BGB führt nicht nur zu strafrechtlichen Konsequenzen, sondern kann vielmehr zu einer Schadensersatzpflicht gegenüber den Gesellschaftern bzw. GmbH führen.

- Unterlassene Verlustanzeige und falsche Angaben

Dem Geschäftsführer drohen erhebliche Sanktionen, sofern er es unterlässt, die Gesellschafter über einen Verlust der Hälfte des Stammkapitals zu informieren.

²⁸⁰ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 13.

²⁸¹ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 13.

²⁸² Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 13.

²⁸³ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64 Rn. 22.

²⁸⁴ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 12.

²⁸⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64 Rn. 20.

²⁸⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 64 Rn. 20.

²⁸⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 189.

Sollte er diese Pflicht verletzen, regelt § 84 GmbHG die Folgen. In Abs. 1 wird beschrieben, dass dem Geschäftsführer ein Strafmaß von drei Jahren Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe droht.²⁸⁸ In Verbindung mit § 38 Abs. 2 StGB kann bei *vorsätzlichem Handeln* eine Freiheitsstrafe von einem Monat bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe zwischen fünf und dreihundertsechzig Tagessätzen – vgl. hierzu § 40 Abs. 1 StGB – ausgesprochen werden. In Ausnahmefällen kann eine kurzfristige Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt werden (vgl. § 47 StGB). Darüber hinaus kann als *Maßregel der Besserung und Sicherung* die Verhängung eines Berufsverbots auf Grundlage des § 70 StGB in Betracht kommen.²⁸⁹

Nicht wesentlich milder wird das *fahrlässige Handeln* bestraft: Demnach drohen per Gesetz dem Geschäftsführer dann eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe.²⁹⁰ Die Höhe der Geldstrafe beläuft sich auf eine Summe zwischen fünf und dreihundertsechzig Tagessätzen (vgl. § 40 Abs. 1 StGB).²⁹¹

Wenn der Geschäftsführer die Tat vorsätzlich oder fahrlässig begeht, um sich damit zu bereichern oder dieses zu versuchen, kann es neben einer Geld- auch zu einer Freiheitsstrafe kommen. Hat sich der Täter dadurch einen Vermögensvorteil erschafft, kommt die Anordnung des *Verfalls* im Sinne von §§ 73 ff. StGB in Betracht.²⁹²

Bei vorsätzlichen Straftaten beträgt die *Verjährungsfrist* gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 und 5 StGB fünf Jahre, bei fahrlässigen Taten drei Jahre.²⁹³

In der strafrechtlichen Praxis ist nach h.M. diese Strafnorm nur von untergeordneter Bedeutung gewesen.²⁹⁴

Der Geschäftsführer kann sich dieser Haftungsrisiken entziehen, in dem er sich stets an die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes hält und somit die Einberufung einer Gesellschafterversammlung beim hälftigen Verlust des Stammkapitals unverzüglich vornimmt.

Praxistipp:²⁹⁵

Der Geschäftsführer sollte in seinem eigenen Interesse bei Entscheidungen von besonderer Tragweite die einzelnen Schritte, die von Bedeutung sind, dokumentieren und gegenzeichnen lassen. Dadurch kann er sein Haftungsrisiko gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern und etwaigen Dritten zumindest reduzieren.

Nachfolgend findet sich eine Checklistenübersicht der Geschäftsführerpflichten in einer kurzen und prägnanten Form, die einen Rahmen für gute Compliance-Grundsätze bilden:²⁹⁶

Beachtung gesetzlicher Regelungen: z.B. Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Kartell-, Arbeits- und Sozialrecht sowie öffentlich-rechtliche Regeln

Beachtung der Satzungsregelungen: z.B. Zuständigkeiten der Organe

²⁸⁸ Vgl. § 84 Abs. 1 GmbHG.

²⁸⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Dannecker, § 84 Rn. 109.

²⁹⁰ Vgl. § 84 Abs. 2 GmbHG.

²⁹¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Dannecker, § 84 Rn. 110.

²⁹² Vgl. Michalski, Band 2 / Dannecker, § 84 Rn. 111.

²⁹³ Vgl. Michalski, Band 2 / Dannecker, § 84 Rn. 107.

²⁹⁴ Vgl. Heybrock/Neurath, § 84 Rn. 5.

²⁹⁵ Vgl. Heybrock/Theisemann/Moeder, § 43 Rn. 5.

²⁹⁶ Heybrock/Theisemann/Moeder, § 43 Rn. 8.

Beachtung der Regelungen des Anstellungsvertrags: z.B. Beschränkungen der Geschäftsführerbefugnis oder Wettbewerbsverboten

Handeln zum wirtschaftlichen Vorteil: Nutzung von Geschäftschancen für die GmbH unter sorgfältiger Abwägung der Risiken

Wahrung der Interessen der GmbH: Pflicht zum Einschreiten, z.B. bei geplanter Gründung eines Konkurrenzunternehmens durch den Geschäftsführer einer Niederlassung sowie Unterlassen von Warenverkäufen auf Kredit an unbekannte Unternehmen, ohne sich Sicherheiten geben zu lassen und die Verhältnisse sowie die geschäftlichen Möglichkeiten des Unternehmens zu prüfen.

Organisations- und Überwachungspflicht: wirtschaftliche und finanzielle Situation der GmbH jederzeit überwachen, Betriebsabläufe organisieren, relevante Daten verschaffen sowie aktualisieren und auswerten, Aufgaben delegieren, geeignete Mitarbeiter aussuchen

Verschwiegenheitspflicht: Nach § 85 machen sich Geschäftsführer strafbar, wenn sie Geheimnisse der GmbH unbefugt offenbaren. Ob eine Tatsache geheim zu halten ist, richtet sich nach den Interessen der GmbH. Gegenüber anderen Gesellschaftsorganen ist eine Offenbarung geheimer Informationen grundsätzlich zulässig

Beachtung der Treuepflicht: z.B. bei der Vermögensverwaltung, Vermeidung von Interessenskonflikten, Beachtung des generell bestehenden Wettbewerbsverbots.

3.3.2 Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Außenverhältnis (gegenüber Dritten)

Nachfolgend ist eine Checkliste abgebildet, die aufzeigt, wann ein Geschäftsführer gegenüber Gesellschaftern oder Gläubigern haftet:²⁹⁷

Verletzung vorvertraglicher Pflichten: z.B. Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo gem. § 280 Abs. 1 BGB) durch Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens, Verstoß gegen Aufklärungspflichten bei drohender Insolvenz der GmbH

Abgabe eigener Haftungsversprechen: z.B. Bürgschaft, Schuldanerkenntnis oder Schuldübernahme

Erfüllung deliktsrechtlicher Tatbestände: z.B. persönliche Schädigung von Gläubigern der GmbH gem. §§ 823 ff., 826 BGB einschließlich der Verletzung von Schutzgesetzen wie z.B. Insolvenzverschleppung von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG²⁹⁸, Betrug (§ 263 StGB) oder Untreue (§ 266 StGB), wobei die GmbH gesamtschuldnerisch neben dem Geschäftsführer haftet.

***Verletzung steuerrechtlicher Vorschriften:** Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung von steuerlichen Pflichten gem. § 34 AO (Haftung nach § 69 Abs. 1 AO)

***Verletzung sozialrechtlicher Vorschriften:** Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen (konkret: des Arbeitnehmeranteils) an den Rentenversicherungsträger gem. § 266a Abs. 1 StGB

3.3.2.1 Haftung aus Vertretung

Bei der Vertretung der GmbH im Außengeschäft obliegen dem Geschäftsführer Sorgfaltspflichten, um eine persönliche Haftung abzuwenden und zu vermeiden. In erster Linie geht es um ein Mindestmaß an Transparenz, welches die Haftungsrisiken im Außengeschäft minimiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Beschränkungen der Vertretungsbefugnis nur im Innenverhältnis rechtlich möglich sind. Im Außenverhältnis gegenüber Kunden und Lieferanten ist jeder einzelne Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft vertretungsbefugt.²⁹⁹

Grenzen der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis können sein (sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht):³⁰⁰

- Abschlussfeststellung (obliegt den Gesellschaftern gem. §§ 42a Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG), Ergebnisverwendung (§§ 29 Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG), Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 GmbHG), Bestellung von Prokuristen (§ 46 Nr. 7 GmbHG)
- Grundsatzentscheidungen der Unternehmenspolitik (§§ 42a Abs. 2, 29 Abs. 2, 46 Nr. 5/7, 49 Abs. 2 GmbHG): Der Geschäftsführer hat die notwendigen Informationen den Gesellschaftern zuzutragen.

²⁹⁷ Vgl. Heybrock/Theiselmann/Moeder, § 43 Rn. 2.1

* Anmerkung: die steuerrechtlichen und sozialrechtlichen Aspekte werden in anderen Modulen dargestellt.

²⁹⁸ BGH, 11.07.2005 – II ZR 235/03, DB 2005, 1897.

²⁹⁹ Vgl. Beck'sches Hdb. GmbH/ Axhausen, § 5 Rn. 149.

³⁰⁰ Vgl. Lutter/Hummelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 7 ff.

- Ungewöhnliche Maßnahmen müssen aufgrund der Einberufungspflicht aus § 49 Abs. 2 GmbHG durch die Gesellschafter beschlossen werden. Solche Maßnahmen können insbesondere im Widerspruch zur festgelegten Unternehmenspolitik stehen oder besonders hohes Risiko tragen. Beispielsweise gehört die Ausgliederung wesentlicher Unternehmensteile zu einer solchen Kategorie.

Die Aufbauorganisation der GmbH kann dabei verschiedene Geschäftsführerkonstellationen annehmen, die im Folgenden in aller Kürze dargestellt werden. Gibt es nur einen Geschäftsführer, ist dieser zwangsläufig alleinvertretungsbefugt. Bei mehreren Geschäftsführern sind alle (zusammen) gesamtvertretungsbefugt. Die Führung der Geschäfte bedeutet im Wesentlichen die verantwortliche Leitung der Geschäfte in ihrer Gesamtheit, so dass eine Aufgabenteilung zwischen den Geschäftsführern nicht zu einem Verlust der Verantwortlichkeit in anderen Bereichen führt.³⁰¹

Eine weitere übliche Konstellation ist die Führung der Geschäfte durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen.

Überschreitet ein Geschäftsführer die gesetzliche, satzungsmäßige oder im Rahmen eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung beschlossene Geschäftsführungsbefugnis, finden die Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht gem. § 179 BGB auch an dieser Stelle des GmbHG Anwendung. Eine im Handelsregister eingetragene gemeinschaftliche Vertretung kann sich demnach ausschließlich im Rahmen der eingetragenen Vertretungsbeschränkung bewegen und nur in diesem Rahmen eigenständig Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung anderer Geschäftsführer durchführen. Grundsätzlich können Geschäftsführer auch Teilerklärungen abgeben, die jedoch zur Wirksamkeit "inhaltsgleich und aufeinander bezogen sein müssen, um der Gesellschaft zugerechnet werden zu können."³⁰² Demnach bleiben also einseitige Rechtsgeschäfte bis zur Zustimmung aller Geschäftsführer (sofern keine anderweitigen Regelungen getroffen!) *schwebend unwirksam*.³⁰³

Darüber hinausgehend kann es für allein- und gesamtvertretungsbefugte Geschäftsführer zu undurchsichtigen Situationen kommen, in denen Risiken der persönlichen Haftung auftreten. Eine mangelnde Kennzeichnung der Gesellschaft gegenüber Dritten kann beispielsweise den Eindruck einer persönlich haftenden Gesellschaft erwecken. Aus Gründen der Abwendung des Risikos privater Haftung empfiehlt sich daher ein Mindestmaß an Transparenz im geschäftlichen Verkehr. Praktisch bedeutet dies beispielsweise, in mündlichen Verhandlungen die Rechtsform der GmbH zu kennzeichnen.³⁰⁴ Da die Pflichtwidrigkeit für den Geschäftsgegner klar und sofort erkennbar sein muss sowie darüber hinaus bei einem Missbrauch stets Eingriffsmöglichkeiten für andere Geschäftsführer oder Gesellschafter bestehen, ist dieses Haftungsrisiko wenig praxisrelevant. Nichtsdestotrotz gibt es weitere Schutzmaßnahmen, beispielsweise im geschäftlichen Briefverkehr.³⁰⁵

Es bleibt die Aufgabe des Geschäftsführers, - vor allem zum eigenen Schutz - sein rechtsgeschäftliches Tun & Handeln (im Außengeschäft) im Sinne der GmbH auch als dieses zu kennzeichnen. Daher sollte der Geschäftsführer in Geschäftsverhandlungen oder im Schriftverkehr deutlich darauf hinweisen, dass er lediglich als Vertretungsorgan der GmbH handelt. Geschieht dies nicht, so läuft der Geschäftsführer Gefahr, persönliche Vertragspartei zu werden oder es droht die persönliche

³⁰¹ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, § 43 Rn. 92.

³⁰² Michalski, Band 2 / Lenz, §35 Rn. 42.

³⁰³ Vgl. ebenda, Rn. 40 sowie Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 22.

³⁰⁴ Vgl. ebenda, Rn. 80f.

³⁰⁵ U.a. aus § 35a GmbHG.

Haftung aus Rechtsscheingründen. Über die persönlichen Risiken hinausgehend beugt eine ausreichende Kennzeichnung einer möglichen Anfechtung des Dritten wegen Irrtums über die Person des Geschäftsführers vor. Dabei kann bereits die bloße Beeinflussung von Vertragsverhandlungen durch die fehlende Kennzeichnung eines GmbH-Geschäfts zu einer Schadensersatzforderung genügen. Um dies zu vermeiden, empfehlen sich folgende Praxistipps:

Praxistipp:³⁰⁶

Bei der schriftlichen Willenserklärung per Unterschrift genügt nach h.M. bereits ein entsprechendes Kürzel (i.V.) oder (i.N.), um zu kennzeichnen, dass im Sinne der Gesellschaft gehandelt werden soll.

Bei mündlichen Willenserklärungen hat der Geschäftsführer klar zu stellen, dass er die Gesellschaft verpflichten will.

Praxistipp:³⁰⁷

Besondere Vorsicht ist bei der Erstellung von Briefkopf- und Visitenkarten geboten. Die häufig verwendeten Anglizismen wie „General Manager“, „Chief Executive Officer“ oder „Vice-President“ könnten im Rechtsverkehr als umfassende Vertretungsbefugnis missverstanden werden, woraus Rechtsscheintatbestände resultieren könnten.

Vorsicht ist bei Scheckzeichnung geboten, da dort die Gesellschaft ausdrücklich benannt sein muss und bei fehlenden Angaben die Gefahr entsteht, dass der Geschäftspartner diesen als einen persönlichen Scheck des Geschäftsführers auffassen könnte.³⁰⁸

Ist ein Geschäftsführer gleichzeitig Geschäftsführer zweier Gesellschaften, muss sich seine Erklärung im Zweifelsfall beiden Gesellschaften zurechnen lassen. Dies ist jedoch in der Literatur umstritten, so dass sich empfiehlt, die abgegebene Willenserklärung deutlich der einen bestimmten Gesellschaft zurechnen zu lassen.³⁰⁹

An dieser Stelle sei zur Vervollständigung noch an die Sonderform des *Insichgeschäfts* erinnert. Ein Insichgeschäft liegt beispielsweise bei einem Rechtsgeschäft vor, das jemand mit sich selbst als Vertreter zweier verschiedener Personen oder im eigenen Namen und gleichzeitig als Vertreter des Geschäftspartners abschließt (Mehrfachvertretung). Da ein Geschäftsführer auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht, kann er nicht über die Ablehnung oder Zustimmung des Rechtsgeschäfts nach § 177 Abs. 1 BGB bestimmen. Grundsätzlich wird in diesem Fall die Entscheidung von der Gesellschafterversammlung getroffen. Darüber hinaus kann die Genehmigung ausgesprochen werden, wenn „[...] noch eine für die Gesamtvertretung ausreichende Zahl von Geschäftsführern oder ein mit Einzelvertretungsmacht ausgestatteter Geschäftsführer vorhanden [...]“³¹⁰ ist.

Punktuell ist es möglich, den Handlungsbereich des Geschäftsführers einzuschränken. In der Regel wird durch die Gesellschafterversammlung eine richtungsweisende Unternehmensstrategie vorgegeben, dessen Umsetzung dem Geschäftsführer obliegt. Eine Änderung der strategischen Ausrichtung durch den Geschäftsführer ist somit eigenmächtig nicht möglich. Dies kann unter Umständen

³⁰⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 73.

³⁰⁷ Vgl. Heybrock/Thoma, § 35 Rn. 19.

³⁰⁸ BGHZ 65, 218, 219 ff.

³⁰⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 79.

³¹⁰ Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 84 ff.

so weitreichende Folgen haben, dass allein die Wahl der Verhandlungspartner eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf.

Die Vertretungsmacht des GmbH-Geschäftsführers kann in der Praxis unterschiedlich starke Ausprägungen haben und wird von verschiedenen Einschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis geregelt. Über alle Regeln hinausgehend empfiehlt es sich gegenüber Dritten, Transparenz zu offenbaren und die eigene Position als GmbH-Geschäftsführer nicht fahrlässig zu untergraben und damit Gefahr zu laufen, als persönlich haftender Gesellschafter wahrgenommen zu werden.

Weitere *Pflichten des Geschäftsführers* sind das Einhalten der Treuepflicht und der daraus resultierenden Verschwiegenheitspflicht. Unter die Verschwiegenheitspflicht fallen datenschutzrechtliche Regelungen sowie objektiv vom Geheimhaltungsinteresse betroffene Daten, die z.B. von wirtschaftlicher oder anderer Natur sind. Dazu gehört z.B. die Weitergabe von - für das Unternehmen brisanten - Informationen an unbefugte Mitarbeiter. Als *Rechtsfolge* bei möglichen Verstößen droht dem Geschäftsführer grundsätzlich Schadensersatzpflicht und ein Unterlassungsanspruch für die Zukunft. In schlimmeren Fällen kann es sogar zur Kündigung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigem Grund sowie zu einer Abberufung als Geschäftsführer kommen. Verstöße gegen die Verschwiegenheit stellen eine Pflichtverletzung gemäß § 85 GmbHG dar und können mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr geahndet werden.³¹¹

3.3.2.2 Pflichten in der Insolvenz

Droht der GmbH die Zahlungsunfähigkeit, obliegen dem Geschäftsführer einige Pflichten, um die Insolvenz nicht zu verschleppen. Kommt es tatsächlich zu einer Insolvenzverschleppung, drohen dem Geschäftsführer u.a. sowohl privatrechtliche Schadensersatzforderungen aus dem Geschäftsverkehr, als auch strafrechtliche Konsequenzen.

Im Einzelnen resultieren aus der Geschäftsführertätigkeit die folgenden Haftungsrisiken im Falle einer Insolvenz:

- Haftung wegen verspäteter Insolvenzantragstellung, §§ 15, 15 a InsO
- Haftung aufgrund eines Straftatbestandes wie:
 - o Betrug und Untreue nach §§ 263, 266 StGB
 - o Pflichtverletzung im Insolvenzfall §§ 283 - 283 d, 14 StGB
- Haftung aufgrund unterlassener Verlustanzeige und falscher Angaben §§ 82, 84 GmbHG

Um diese Haftungsrisiken zu minimieren, obliegen dem Geschäftsführer einige Pflichten, die nachfolgend beschrieben werden sollen.

Antragspflicht:

Der Geschäftsführer ist verpflichtet zu prüfen, ob die Insolvenzreife eingetreten ist. Diese Pflicht wirkt bereits bei Verdachtsmomenten, wie nachhaltigen Liquidationsschwierigkeiten, Absatzschwierigkeiten, länger andauernde negativer Ertragslage oder erheblichen Forderungsausfällen.³¹²

Neben dieser Antragspflicht gibt es jedoch für den Geschäftsführer die Möglichkeit einer freien Sanierung im Vorfeld der Insolvenz. Das heißt, dass allein die *drohende Zahlungsunfähigkeit* noch

³¹¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Lenz, § 35 Rn. 133 f.

³¹² Michalski, Band 2 / Nerlich, § 64 Rn. 13.

nicht zu einer Insolvenzantragspflicht führt. Diese Möglichkeit erhöht die Chancen einer eigenständigen Sanierung der GmbH und soll negative Außenwirkungen eines Insolvenzantrages vermeiden.³¹³

Freilich muss der Geschäftsführer in der Lage sein, die Zahlungsfähigkeit der GmbH und ihre eigenständige Sanierungschancen zu beurteilen und eine dementsprechend verantwortungsvolle Entscheidung für oder gegen die Insolvenzantragstellung treffen, um eine Insolvenzverschleppung zu vermeiden.³¹⁴ Eine Insolvenzverschleppung liegt vor, wenn der Geschäftsführer fahrlässig oder bewusst die objektive Insolvenzreife ignoriert.³¹⁵ Im Rahmen des Insolvenzantrags besteht weiterhin die Möglichkeit einer erfolgreichen Sanierung ("*3-Wochen-Frist*").³¹⁶

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die oben genannten Pflichten für alle beauftragten Geschäftsführer ergeben. Durch die wechselseitige Kontrollpflicht ist es jedem Geschäftsführer auferlegt, auch andere Ressorts kritisch zu überwachen und ggf. auch dort zu intervenieren. Konkret bedeutet es, dass eine interne Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung nicht zur Entbindung der Anzeigepflicht der Insolvenz führt.³¹⁷ Aus der wechselseitigen Kontrollpflicht der Geschäftsführer (insb. der Buchführung) ergibt sich die Konsequenz, dass der Geschäftsführer die für ihn erforderlichen Unterlagen und Information zur Kontrolle der anderen Geschäftsführer-Ressorts einfordern muss und kann. Werden diese Informationen dem Geschäftsführer vorenthalten, so darf er sich damit nicht abfinden.³¹⁸ Dies würde im Falle einer Insolvenzverschleppung zu einer Pflichtverletzung führen. Vielmehr ergibt sich aus der Verweigerung der Information für ihn das Recht (oder sogar die Pflicht!) der Kündigung.³¹⁹

Neben der Antragspflicht generell ist es auch Aufgabe des Geschäftsführers, den Antrag nach bestimmten Kriterien rechtmäßig zu stellen. Daher folgt eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten Voraussetzungen der Antragspflicht. Im Falle eines anstehenden Insolvenzverfahrens gilt der Verweis auf die Ausführungen in der Insolvenzordnung.

- Insolvenzureife:

Insolvenzureife liegt vor, sofern eine Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder eine Überschuldung nach § 19 InsO objektiv vorliegen.³²⁰ Der Geschäftsführer haftet für fahrlässiges oder vorsätzliches Zögern bei der Antragstellung und muss *sofort und unverzüglich* bei Kenntnis von Insolvenzantragsgründen einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim zuständigen Amtsgericht stellen.³²¹

³¹³ Vgl. Michalski, Band 2 / *Nerlich*, § 64 Rn. 26.

³¹⁴ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 6.

³¹⁵ Vgl. Ensthaler/Füller/Schmidt/Zech, § 64 Rn. 32.

³¹⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / *Nerlich*, § 64 Rn. 29.

³¹⁷ BGH NJW 1994, 2149.

³¹⁸ BGH ZIP 1995, 560.

³¹⁹ BGH ZIP 1995, 1334.

³²⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / *Nerlich*, § 64 Rn. 22.

³²¹ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 21 f.

- Ausreichende Masse:

Zur Aufnahme eines Insolvenzverfahrens muss die Unternehmensmasse wenigstens die Verfahrenskosten decken. Diese Einschätzung wird durch das Gericht vorgenommen und obliegt *nicht* dem Geschäftsführer.

- Inhalt der Pflicht:

Dem Geschäftsführer wird eine 3-Wochen-Frist eingeräumt, in dieser er sich bemühen kann die Krise zu überwinden, bzw. die Insolvenzantragsgründe zu beseitigen. Innerhalb dieser Frist kann entschieden werden, ob eine außergerichtliche Sanierung erfolgsversprechend ist.³²² Die genannte Frist ist als Höchstfrist anzusehen, in dessen Rahmen ernsthaft und glaubwürdig die Sanierung und Fortführung der GmbH unter realistischen Annahmen zu überprüfen ist. In der Praxis findet die 3-Wochen-Frist häufig Anwendung, wenn es lediglich um die Beseitigung einer Zahlungsstockung geht.³²³ Einfacher ausgedrückt bedeutet die Beseitigung einer Zahlungsstockung, dass die drohende Insolvenz abgewendet ist, wenn innerhalb von 3 Wochen nach Antragstellung die Liquidität wieder hergestellt ist und der Insolvenzgrund wegfällt. Andernfalls kann innerhalb dieser 3-Wochen-Frist ein tragfähiger Insolvenzplan aufgestellt werden.

Bei *Pflichtverletzung* drohen dem Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15 a InsO Schadensersatzverpflichtungen. Stellt er den Insolvenzantrag zu früh, drohen ihm Schadensersatzverpflichtungen gem. § 43 Abs. 2 GmbHG. Wenn er den Insolvenzantrag zu spät stellt, d.h. er verschleppt die Insolvenz, droht ihm Schadensersatz aus § 15a Abs. 1 InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Entscheidungsmerkmal ist, ob die Gesellschaft zahlungsunfähig bzw. erkennbar überschuldet war und nicht, ob der Geschäftsführer dies tatsächlich wusste. Das Nicht-Erkennen des Zustandes durch den Geschäftsführer befreit nur dann von der Haftung, wenn er die Sorgfaltspflichten des ordentlichen Geschäftsmannes (vgl. § 276 BGB) nicht verletzt hat und dieses auch nachweisen kann. Dafür muss ein kaufmännischer Geschäftsführer vom ersten Anzeichen der Krise an regelmäßig – mindestens – Liquiditäts- und Vermögensübersichten sowie Bilanzen erstellen lassen, um rechtzeitig eine Übersicht bei drohender Schieflage des Unternehmens zu erhalten. Ein technischer Geschäftsführer muss sich regelmäßig nach Finanzberichten erkundigen und die Erstellung solcher veranlassen.³²⁴

Praxistipp:³²⁵

Um der persönlichen Haftung in der Krise zu entgehen, sollten sich Geschäftsführer zusätzlich zum eigenen pflichtgemäßen Handeln Beistand durch einen fachkundigen Berater – Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Steuerberater oder andere geeignete Personen – holen und sich intensiv beraten lassen.

³²² Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Koch, § 64 Rn. 25.

³²³ BGH IX ZR 123/04.

³²⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Anh. zu § 64 Rn. 71.

³²⁵ Vgl. ebenda.

3.3.2.3 Haftung bei Wettbewerbsverstößen

Bei der Bewertung von Wettbewerbsverstößen, die zu einem Haftungsrisiko für den Geschäftsführer werden können, finden verschiedene Schutzgesetze Anwendung. Zunächst einige wichtige Vorschriften, die das Wettbewerbsverbot der GmbH begründen. Da gilt zunächst der § 1 des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen: "Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten."³²⁶

Diese Vorschrift wird ergänzt durch eine ausführliche Eingrenzung im UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Dort werden insbesondere in den §§ 3, 4, 5 UWG gehaltvolle Anwendungsbereiche definiert und praktikable Beispiele genannt. Nachfolgend werden zum besseren Verständnis einige Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen aufgezeigt:

Beispiele:³²⁷

Jemand handelt unlauter, wenn er

- geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise so oder durch sonstigen unangemessen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.
- geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen.
- den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiern.
- bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt.
- bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt.
- die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden.
- Mitbewerber gezielt behindert.
- einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Im Wesentlichen stützt sich auch das UWG auf die Sorgfaltspflicht des Unternehmers und diese wird bei Vorhandensein eines Geschäftsführers auf diesen übertragen. Wie im UWG beschrieben, sind geschäftliche Handlungen dann untersagt, wenn diese die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar beeinträchtigen. Der Beurteilungsmaßstab soll in diesen Fällen für ein durchschnittliches Mitglied der oben genannten Gruppe Anwendung finden.

³²⁶ § 1 GWB

³²⁷ Auszüge aus § 4 UWG

Im weitesten Sinne zusammengefasst drohen dem Geschäftsführer bei mangelnder Berücksichtigung wettbewerbsorientierter Pflichten persönliche Haftungsrisiken nach § 43 GmbHG. Diese Risiken hat der Geschäftsführer auch gegenüber anderen Geschäftsführern und Unternehmensangehörigen zu tragen.³²⁸ Diese sind mit den oben genannten Vorschriften aus GWB und UWG noch nicht vollständig. Vielmehr fehlen an dieser Stelle noch Vorschriften aus dem Patent- und das Markenrecht. Diese sind ebenfalls bei der Durchführung der Geschäftstätigkeiten zu berücksichtigen. An der Vielzahl der einschlägigen Vorschriften lässt sich bereits erkennen, dass das Wettbewerbsrecht auf der einen (politischen) Seite als besonders schützenswert gehalten wird und auf der anderen Seite eine Vielzahl an zivilrechtlichen Möglichkeiten einräumt. Damit wird der besondere Stellenwert der Vermeidung von Wettbewerbsverstößen sowohl in der strategischen Unternehmensplanung als auch im Tagesgeschäft deutlich. Hat der Geschäftsführer von einem Wettbewerbsverstoß keine Kenntnis und auch nicht an diesem mitgewirkt, so trifft ihn ein Haftungsrisiko nicht. Dieses tritt nur ein, wenn der Geschäftsführer den Wettbewerbsverstoß hätte unterbinden können oder dieser aufgrund fahrlässiger Unkenntnis nicht von ihm unterbunden wurde.³²⁹

Somit haftet ein Geschäftsführer neben der Gesellschaft für die Verletzung von Immaterialgüterrechten persönlich. Dies gilt auch dann, wenn ein Mitgeschäftsführer oder ein anderer Mitarbeiter eine Rechtsgutverletzung vorgenommen hat, aber nur – wie oben bereits erwähnt – wenn der Geschäftsführer Kenntnis und die Möglichkeit der Verhinderung gehabt hat. Der Geschäftsführer kann sich durch Gesellschafterweisung zur Vornahme von Verstößen gegen Wettbewerbs- oder Markenrecht usw. nicht entlasten, da dies gegen gültiges Gesetz verstößt. Bei Pflichtverstoß droht in jedem Fall ein Unterlassungsanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer. Des Weiteren kann die Gesellschaft Schadensersatz sowie die Herausgabe der Vorteile, die sich der Geschäftsführer durch die Missachtung des Wettbewerbsverbotes erlangt hat, geltend machen.³³⁰

3.3.2.4 Haftungsrisiken bei nicht rechtzeitiger Einreichung des Jahresabschlusses

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Geschäftsführers, einen Jahresabschluss aufzustellen³³¹ und diesen zu veröffentlichen³³². Die Feststellung obliegt den Gesellschaftern. Die Geschäftsführer haben die Pflicht, den Gesellschaftern den Jahresabschluss und den dazugehörigen Lagebericht unverzüglich nach der Aufstellung zur weiteren Feststellung des Jahresabschlusses vorzulegen.³³³ Von dieser Verpflichtung befreit auch keine gesetzliche oder gesellschaftsrechtlich verankerte Norm.

Bedeutsam ist die Pflicht des Geschäftsführers, für die Veröffentlichung des Jahresabschlusses zu sorgen. Dieser muss zwar gem. § 325 HGB unverzüglich nach Weitergabe an die Gesellschafter veröffentlicht werden, allerdings wird dort eine Frist von 12 Monaten gesetzt, um den Jahresabschluss an entsprechendem Ort zu veröffentlichen. Bei Pflichtverstoß, d.h. es erfolgt keine fristgemäße Offenlegung, droht sowohl dem Geschäftsführer als auch der GmbH selbst ein Ordnungsgeld zwischen 2.500 € und 25.000 €, welches durch das Bundesministerium für Justiz verhängt wird.³³⁴

³²⁸ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 90.

³²⁹ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, § 43 Rn. 88.

³³⁰ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 81.

³³¹ § 41 GmbHG iVm. § 264 Abs. 1 HGB.

³³² §§ 325 ff. HGB.

³³³ § 42a Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

³³⁴ Bundesministerium der Justiz, Bundesanzeiger, abrufbar unter <https://www.ebundesanzeiger.de/download/jahresabschlusspublizitaet.pdf> (abgerufen am 27.11.2012)

Praxistipp:³³⁵

KMU, d.h. kleine GmbH im Sinne § 267 Abs. 1 HGB und Kleinstgesellschaften im Sinne des § 267a HGB können für den Jahresabschluss eine verkürzte bzw. eine weiter verkürzte Bilanz anfertigen und so den Zeitaufwand minimieren.

3.3.2.5 Haftung aus Delikt

Gegenüber Dritten der Gesellschaft, aber auch gegenüber der Gesellschaft selbst, kommt eine direkte Haftung des Geschäftsführers in der Regel nur aus unerlaubten Handlungen zu Stande, d.h. er haftet für eigenhändig herbeigeführte Schäden eines Deliktstatbestandes in eigener Person, sobald er diesen pflichtwidrig und schuldhaft erfüllt.³³⁶ So haftet der Geschäftsführer beispielsweise dann, wenn eine sittenwidrige Schädigung i.V.m. § 826 BGB durch unterlassene Offenbarung der Vermögenslage der Gesellschaft zu Stande kommt.³³⁷

Beispiele:³³⁸

- Die Gesellschaft wird wegen Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage sein, die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen.
- Das Risiko wird durch einen Kalkulationsfehler einseitig auf den Geschäftspartner verlagert.
- Verursachung eines Verkehrsunfalls auf einer Geschäftsfahrt mit dem Firmen-Pkw.
- Entfernung von Zubehör, welches auf einem Grundstück ist und auf das sich das Grundpfandrecht erstreckt.

Beispiel:

Der Geschäftsführer einer GmbH beschließt weiterhin ein Produkt zu vertreiben, das aller Wahrscheinlichkeit nach zu Gesundheitsschäden beim Verbraucher führt.

Folglich entstehen Schadensersatzansprüche aus §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, sofern insbesondere sogenannte Schutzgesetze des GmbHG verletzt werden. Nach § 826 BGB kommt eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern in Betracht, wobei die wirtschaftliche Entwertung des Gesellschaftsanteils noch keinen Individualschaden des Gesellschafters darstellt.³³⁹ Wie im obigen Beispiel angedeutet, können jedoch auch fahrlässige Entscheidungen, die die Gesundheit anderer gefährden, zu Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB führen. Dies bestätigte der BGH, in dem er darauf hinwies, dass die von der GmbH zum Schutze absoluter Rechtsgüter³⁴⁰ zu beachtenden

³³⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 42a Rn.3f.

³³⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 43 Rn 79.

³³⁷ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, §43 Rn 78.

³³⁸ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, §43 Rn 79 f.; Michalski, Band 2 Haas/Ziemons, § 43 Rn 327.

³³⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas / Ziemons, § 43 Rn. 280.

³⁴⁰ im Sinne des § 823 BGB (= Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht)

Pflichten auch den Geschäftsführer treffen und bei Verletzung dieser Pflichten eine deliktische Eigenhaftung auslösen.³⁴¹

Eine unerlaubte Handlung muss jedoch nicht zwingend in der Verletzung von Leben und Gesundheit liegen, sondern geschieht zum Beispiel bereits bei der fahrlässigen oder vorsätzlichen Nichtbeachtung von Eigentumsvorbehalten.³⁴² Die Veräußerung von fremdem Eigentum führt beispielsweise ebenfalls zu einer deliktischen Eigenhaftung des Geschäftsführers in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB.³⁴³ Auch kann die Insolvenzverschleppung zu einer deliktischen Haftung führen. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass vorsätzlich gehandelt wurde, um etwa "den als unabwendbar erkannten Exitus der Gesellschaft so lange wie möglich hinauszuzögern."³⁴⁴

Der Umfang der Haftung – Höhe des Schadensersatzes – ist so gestaltet, dass der Vertragspartner einen Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, als hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen.³⁴⁵

In der *Praxis* haftet der Geschäftsführer jedoch nicht nur in Folge eines Handelns, sondern u. U. auch aufgrund einer fahrlässig unterlassenen Handlung. Es ist beispielsweise ebenfalls die Pflicht des Geschäftsführers, fehlerhafte oder gesundheitsschädliche Produkte rechtzeitig vom Markt zurückzurufen. Bei einem verspäteten Rückruf des Produktes ist grundsätzlich von einer Fahrlässigkeit auszugehen, da die verschiedenen (u. a. Kontroll- und Sorgfalts-) Pflichten des Geschäftsführers in einem nicht ausreichenden Maße eingehalten wurden und so von seinem Verhalten auf einen bedingten Schädigungsvorsatz geschlossen werden kann.³⁴⁶

Geschäftsführer können ihre Haftungsrisiken reduzieren, indem sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bei der Erfüllung ihrer Pflichten handeln und dies somit dem Handeln eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter“ entspricht.³⁴⁷

3.3.2.6 Haftungsrisiken beim Gesellschafterwechsel

Wechseln die Gesellschafter, ist es die Pflicht des Geschäftsführers, jede Änderung unverzüglich dem Handelsregister zu melden. Einen Rechtsanspruch darauf haben der bisherige Inhaber des Geschäftsanteils, der zukünftige Erwerber eines Geschäftsanteils sowie sonstige von der Änderung betroffene Inhaber eines Geschäftsanteils. Die Meldung erfolgt, indem der Geschäftsführer – und nur dieser – eine neue vollständige Gesellschafterliste erstellt, unterschreibt und einreicht.³⁴⁸

Praxistipp:³⁴⁹

Sofern mehrere Veränderungen stattgefunden haben, ist nach h.M. für jede einzelne Änderung zum Zeitpunkt des Entstehens eine gesonderte Gesellschafterliste anzufertigen und einzureichen.

Eine Pflicht, die Gesellschafter über die Änderungen der Gesellschafterliste zu informieren, besteht für den Geschäftsführer nicht.³⁵⁰ Bei Verstoß – d.h. überhaupt nicht, verspätete oder inhaltlich un-

³⁴¹ BGHZ 109, 297 ff.

³⁴² Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 79.

³⁴³ Vgl. ebenda.

³⁴⁴ ebenda, Rn. 81.

³⁴⁵ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Fichtelmann, §43 Rn. 82., S. 390.

³⁴⁶ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 81.

³⁴⁷ Vgl. § 91 Abs. 1, Satz 1 AktG.

³⁴⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Terlau, § 40 Rn. 19 ff.

³⁴⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff, Bayer, § 40 Rn. 9.

³⁵⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Terlau, § 40 Rn. 23.

richtige Einreichung – gegen diese Pflichten ist der Geschäftsführer schadensersatzpflichtig gegenüber denjenigen, deren Beteiligung sich verändert hat sowie den Gläubigern der Gesellschaft.³⁵¹ Die Höhe des Schadens bezieht sich auf den tatsächlich entstandenen Schaden der Beteiligten.³⁵² Folgende Inhalte müssen vorhanden sein:

Zwingende Inhalte einer Gesellschafterliste:³⁵³

- Vor- und Nachname
- Geburtstag und aktueller Wohnort
- Nennbeträge und die laufenden Nummern der übernommenen Geschäftsanteile

Der Geschäftsführer wird von dieser Pflicht entbunden, wenn bei der Veränderung ein Notar mitgewirkt hat. In diesem Fall übernimmt dieser die Pflicht zur Meldung an das Handelsregister und haftet allein für etwaige Versäumnisse.³⁵⁴ Allerdings bleibt die Pflicht des Geschäftsführers zur „nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste“ davon unberührt.³⁵⁵

In der Praxis treten Änderungen der Gesellschafterliste nach der Gründung häufig im Rahmen einer Erbfolge³⁵⁶ oder einer Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen durch privatrechtliche Gesellschafterbeschlüsse auf.³⁵⁷

Praxistipp:³⁵⁸

Wenn feststeht, dass ein Gesellschafter z.B. durch Tod ausgeschieden ist, aber dafür noch kein Rechtsnachfolger feststeht, ist es trotzdem ratsam, diese Veränderung beim Handelsregister anzuzeigen, da eine meldepflichtige Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vorliegt.

Weitere Änderungen können aus privatrechtlichen Beschlüssen, aus der Teilung und Einziehung von Geschäftsanteilen und ferner im Fall der Kaduzierung entstehen.³⁵⁹

Praxistipp:³⁶⁰

In der Praxis empfiehlt es sich als Geschäftsführer, bei solchen Prozessen stets einen Notar mit einzubeziehen, um etwaige Haftungsrisiken auszuschließen.

³⁵¹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 35.

³⁵² Vgl. Michalski, Band 2 / Terlau, § 40 Rn. 43f.

³⁵³ Vgl. § 40 Abs. 1 GmbHG.

³⁵⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 35.

³⁵⁵ Vgl. Heybrock/Born, § 40 Rn. 33.

³⁵⁶ Vgl. § 1922 BGB.

³⁵⁷ Michalski, Band 2 / Terlau, § 40 Rn. 13.

³⁵⁸ Vgl. Heybrock/Born, § 40 Rn. 11.

³⁵⁹ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 16.

³⁶⁰ Vgl. § 40 Abs. 1 GmbHG.

3.3.2.7 Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung für einen GmbH-Geschäftsführer

Die Haftung des Geschäftsführers kann durch § 43 GmbHG beschränkt werden oder die Haftung kann durch Verzicht sogar entfallen. So ist es durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung grundsätzlich möglich, dass eine pflichtverletzende Handlung des Geschäftsführers genehmigt wird. Voraussetzung hierfür ist die Wirksamkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Auch Genehmigungen durch andere Organe (z.B. Aufsichtsrat) können - unter der Prämisse, dass sie ein Weisungsrecht von den Gesellschaftern erhalten haben - eine haftungsbefreiende Wirkung für den Geschäftsführer haben.³⁶¹

Im *Innenverhältnis* kann die Haftung des Geschäftsführers durch einen Entlastungsbeschluss der Gesellschafterversammlung beschränkt werden. Demnach besteht eine Verzichtswirkung für erkennbare Ansprüche. Darüber hinaus kommt „eine Verichtsvereinbarung zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung in Betracht.“³⁶²

Grundsätzlich kann eine Beschränkbarkeit der Innenhaftung des Geschäftsführers durch eine Vereinbarung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer vorgenommen werden. Allerdings ist dies nur im gewissen Rahmen und unter Zustimmung der Gesellschaftermehrheit möglich. Die Modalitäten um die Beschränkung der Haftung sollten im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers und im Gesellschaftsvertrag oder in die Satzung aufgenommen werden.³⁶³

Jedoch ist die Einschränkung der Geschäftsführerhaftung nach den spezifisch gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten zu differenzieren. So greifen die Beschränkungen bei den Geboten der §§ 30, 33, 64 GmbHG nicht, da eine Milderung des Haftungsmaßstabes ausgeschlossen ist.³⁶⁴

Nachfolgend findet sich eine Übersicht, wie die Haftungsrisiken für den Geschäftsführer beschränkt werden kann:

Praxistipp:³⁶⁵

- Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs per Beschluss der Gesellschafter oder anderer weisungsbefugten Organe
- Vergleich
- Verzicht
- Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung auf einen Höchstbetrag
- Verkürzung der Verjährungsfrist (nicht für Pflichtverletzungen gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG).

³⁶¹ Vgl. Heybrock, *Theisemann/Moeder*, § 43 Rn. 16.

³⁶² Vgl. Heybrock, *Theisemann/Moeder*, § 43 Rn. 17.

³⁶³ Vgl. Heybrock, *Theisemann/Moeder*, § 43 Rn. 18.

³⁶⁴ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 56.

³⁶⁵ Vgl. Lutter/Hommelhoff /Kleindiek, § 43 Rn. 51.

Seit 1995 besteht in Deutschland die Möglichkeit für eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung – der sogenannten „*directors' and officers' liability insurance*“ (D&O-Versicherung).³⁶⁶ Dabei sind grundsätzlich Innenhaftungs- und Außenhaftungsansprüche versichert.³⁶⁷

Durch den Abschluss einer solchen Versicherung durch die Gesellschafter können pflichtwidrige Geschäftsführertätigkeiten abgesichert werden, da Ansprüche der Gesellschaft oder Dritter gegen den Geschäftsführer abgedeckt werden. Allerdings gilt der Versicherungsschutz bei vorsätzlicher Schadensverursachung sowie bei vorsätzlichen bzw. wissentlichen Pflichtverletzungen nicht. Ist ein Schaden eingetreten, erfolgt eine Beweislastumkehr. Dann muss der Geschäftsführer beweisen, dass seine Entscheidung trotz des Eintritts des Schadens richtig war.³⁶⁸

Praxistipp:³⁶⁹

Um sich als Geschäftsführer im Rahmen einer Beweislastumkehr abzusichern, ist es von Vorteil, sämtliche entscheidungstragende Aspekte sowie die Abwägung der Argumente bei der Findung einer wichtigen Entscheidung zu dokumentieren. Damit kann nachgewiesen werden, dass die Entscheidung ex ante als vernünftig anzusehen war. Dadurch trägt der Geschäftsführer nicht mehr das Risiko, dass sich unternehmerische Entscheidungen im Nachhinein als nachteilig erweisen, vorausgesetzt man konnte ex ante von einer rationalen unternehmerischen Entscheidung auf Grundlage der vorhanden Daten und Informationen ausgehen.

So sind im Regelfall nur fahrlässige bzw. grob fahrlässige Pflichtverletzungen abgedeckt. Darüber hinaus gibt es einen umfangreichen Katalog der Haftungsausschlüsse für z.B. Ansprüche nach ausländischem Recht oder Ansprüche, die vor ausländischen Gerichten erhoben werden. In der Praxis wird immer häufiger ein Selbstbehalt der versicherten Person, wie es bei den Aktiengesellschaften Usus ist, vereinbart.³⁷⁰

Im Dienstvertrag des Geschäftsführers sollten die wesentlichen Eckpunkte wie Versicherungssumme, Nachmeldefrist und eine eventuelle Rückwärtsdeckung bei Versicherungsanbieterwechsel festgehalten werden.³⁷¹

³⁶⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 259.

³⁶⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 259d.

³⁶⁸ Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 43 Rn. 4.

³⁶⁹ Vgl. Heybrock/Theisemann/Moeder, § 43 Rn. 5.

³⁷⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 259ff.

³⁷¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Haas/Ziemons, § 43 Rn. 260b.

3.4 Gesellschafter einer GmbH

Viele der Aufgaben und Pflichten der Gesellschafter einer GmbH werden durch die Gesellschafterversammlung bestimmt. Der einzelne Gesellschafter kann unmittelbar auf die Verwaltung der Gesellschaft keinen Einfluss nehmen. Seine Vorschläge, Wünsche und Ideen können lediglich in der **Gesellschafterversammlung** beschlossen werden (§§ 47 und 48 GmbHG). Die Beschlüsse der Gesellschafter werden nach § 48 Abs. 1 GmbHG in der Gesellschafterversammlung gefasst. Nach § 47 Abs. 2 GmbHG erfolgt die Beschlussfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, jeder volle Euro des Geschäftsanteils ist eine Stimme. Durch seine Stimme bzw. seine Stimmrechte wirkt der Gesellschafter somit bei der Gestaltung der Gesellschaft mit. § 50 Abs. 1 GmbHG beinhaltet einen Minderheitenschutz. Dieser Schutz sagt aus, dass Gesellschafter deren Anteile zusammen mindestens 10% des Stammkapitals ausmachen, die Gesellschafterversammlung einberufen können.

§ 15 des GmbHG regelt die Übertragung von **Geschäftsanteilen**. Geschäftsanteile lassen sich grundsätzlich über *Vererbung* oder *Veräußerung* frei übertragen; die Übertragung bedarf allerdings der notariellen Beurkundung. Zudem besteht durch den Gesellschaftervertrag die Möglichkeit, die Abtretung der Geschäftsanteile an Voraussetzungen zu knüpfen oder sogar auszuschließen.³⁷² Vereinigen sich mehrere Geschäftsanteile durch eine Übertragung, so behalten diese allerdings ihre rechtliche Selbstständigkeit.³⁷³

- Bei der *Veräußerung* haftet der Veräußerer für etwaige Rechtsmängel (§§ 453 Abs. 1, 437, 435 BGB). Die Geschäftsanteile dürfen beispielsweise nicht belastet sein und müssen die bei der Veräußerung vereinbarten Rechte gewähren.³⁷⁴
- Bei einer *Vererbung* haftet der Erbe auch für die aus der Mitgliedschaft entstehenden Verpflichtungen, wie z.B. die Zahlung ausstehender Einlagen oder Nachschüssen. Gem. §§ 1975 ff. BGB besteht allerdings für den Erben die Möglichkeit, die Haftung zu beschränken.³⁷⁵

Die GmbH kann als ein Personenverbund mit mehreren Mitgliedern agieren. Die Mitglieder einer GmbH besitzen dabei verschiedene Rechte und Pflichten.

Der *Gleichbehandlungsgrundsatz* verbietet die „willkürlich, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter“. ³⁷⁶

Eine Ungleichbehandlung muss sachlich gerechtfertigt werden, oder vom Gesellschafter akzeptiert sein, sonst stellt dies Verletzung des Gleichbehandlungsgebots dar. Dies ist nur beanspruchbar von Gesellschaftern, nicht von Dritten und führt zu einer Schadensersatzpflicht.³⁷⁷

Es kann unterschieden werden zwischen einem Verstoß durch Gesellschafterbeschluss und einem Verstoß durch sonstige gesellschaftliche Akte.

³⁷² Vgl. Heybrock/Haag, § 15 Rn 3.

³⁷³ Vgl. Wicke, § 15 Rn. 11.

³⁷⁴ Vgl. Wicke, § 15 Rn. 4.

³⁷⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / Ebbing, § 15 Rn. 19.

³⁷⁶ Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 120.

³⁷⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 132.

Ein gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßender Gesellschafterbeschluss gilt als schwebend unwirksam. bzw. ist anfechtbar „in Analogie zu § 243 Abs. 1 AktG“ mit einer Monatsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG.³⁷⁸

Bei Verstoß durch sonstige gesellschaftliche Akte, insbesondere, wenn ein Geschäftsführer Maßnahmen ergriffen hat und der Gesellschafter einer Ungleichbehandlung nicht zugestimmt hat, bestimmen sich die Rechtsfolgen danach, wie am einfachsten die Gleichheit wiederhergestellt werden kann. Allerdings müssen die Kapitalerhaltungsgrundsätze (§ 30 GmbHG) beachtet werden. Bei unverhältnismäßig hoher Einzahlung eines Gesellschafters beispielsweise ist eine Rückforderung vom Gesellschafter ausgeschlossen.³⁷⁹

Den Gesellschaftern obliegt zudem die sogenannte gesellschaftliche *Treuepflicht*. Diese „fordert von jedem Gesellschafter, auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und diese aktiv zu fördern“.³⁸⁰ Sollte die Treuepflicht verletzt werden, drohen verschiedene Rechtsfolgen.³⁸¹

- a) Bei Beschlüssen: Eine treuwidrige Stimmabgabe ist anfechtbar.
- b) Bei Rechtsausübung: Eine treuwidrige Rechtsausübung ist nichtig.
- c) Bei Handlungspflichten: Diese sind mit der Leistungsklage durchsetzbar.
- d) Bei Untersagung und Auferlegung der Stimmabgabe durch einstweilige Verfügung: die treuwidrige Stimmabgabe kann durch einstweilige Verfügung untersagt werden. Es ist sogar möglich, die Stimmpflicht aufzuerlegen.
- e) Bei Schadensersatzansprüchen: Anspruchsberechtigt ist die GmbH oder der Gesellschafter, der einen individuellen Schaden erlitten hat. Ein Anspruch aus einem Reflexschaden durch Minderung des Wertes der Gesellschaft und damit der Geschäftsanteile besteht nicht.
- f) Bei Einziehung und Ausschluss: Ein Geschäftsanteil kann, sofern die Satzung dies vorsieht, auch eingezogen werden. Aus wichtigem Grund ist auch der Einzug ohne entsprechende Satzungsregelung möglich.

3.4.1 Durchgriffshaftung

Die GmbH haftet bei Verbindlichkeiten gegenüber Dritten grundsätzlich nur mit dem Gesellschaftsvermögen.³⁸² Nach dem *Trennungsprinzip* ist das Privatvermögen der Gesellschafter streng vom Gesellschaftsvermögen zu trennen. Das Privatvermögen kommt grundsätzlich nicht als Haftungsmasse in Betracht, von diesem Grundsatz gibt es allerdings einige Ausnahmen.

Bei einem Missbrauch der Rechtsform einer GmbH verliert der Gesellschafter das Privileg der Haftungsbeschränkung. Dies dient dazu, um die Gläubiger einer GmbH davor zu schützen, dass sie in unredlicher Weise geschädigt werden. Ein Durchgriff auf die Gesellschafter ist möglich, wenn die Gesellschaft von einem Gesellschafter oder einem anderen Unterneh-

³⁷⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 133.

³⁷⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 134.

³⁸⁰ Heybrock/Haag, § 14 Rn. 23.

³⁸¹ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 176ff.

³⁸² Vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG.

men rechtswidrig ausgenutzt oder das Abhängigkeitsverhältnis missbraucht wird. Zu einer sogenannten *Durchgriffshaftung* kommt es beispielsweise bei:

3.4.1.1 Unterkapitalisierung

Solange das Mindestkapital erreicht ist, steht die Ausstattung einer GmbH mit Stammkapital grundsätzlich im Ermessen der Gesellschafter. Die Gläubiger können sich nur darauf verlassen, dass das im Handelsregister eingetragene Kapital vorhanden ist. Trotzdem kann die Gesellschafter aufgrund einer Unterkapitalisierung eine Durchgriffshaftung treffen. Von einer Unterkapitalisierung wird gesprochen, wenn:

- Die Relation zwischen Geschäftsumfang und Eigenkapital nicht stimmt und
- die GmbH nicht mehr kreditfähig ist. Sie sich also nicht mehr von Dritten finanzielle Mittel beschaffen kann.³⁸³

Nach überwiegender Meinung ist eine Voraussetzung für die Durchgriffshaftung das Vorliegen einer qualifizierten Unterkapitalisierung. Von einer qualifizierten Unterkapitalisierung wird gesprochen, „[...] wenn die Kapitalausstattung eindeutig und für Insider klar erkennbar unzureichend ist.“³⁸⁴ Eine weitere Voraussetzung für die Gesellschafterdurchgriffshaftung ist, dass die Unterkapitalisierung zur Insolvenz der GmbH geführt hat und diese auch kausal begründet.³⁸⁵

Irrelevant für die Durchgriffshaftung ist es, ob die Unterkapitalisierung vor oder nach der Eintragung der GmbH vorlag.³⁸⁶

3.4.1.2 Vermögens- oder Sphärenvermischung

Bei der Vermögensvermischung handelt es sich um Fälle, in denen das Vermögen des Gesellschafters und der Gesellschaft nicht hinreichend getrennt ist.³⁸⁷ Im Falle einer Insolvenz kann es dadurch zu einer Durchgriffshaftung kommen. Nach Rechtsprechung des BGH ist eine Vermögensvermischung dann gegeben, wenn „eine Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise allgemein verschleiert wird, so dass insbesondere die Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften [...] unkontrollierbar wird.“³⁸⁸ Weitere Bedingungen für die Durchgriffshaftung sind, dass eine Rückzahlung (gem. §§ 30, 31 GmbHG) der Privatentnahmen durch Vermögensvermischung nicht mehr möglich ist und das auch im Nachhinein nicht feststellbar ist, zu welcher Vermögensmasse ein Gegenstand gehört.³⁸⁹ In welchem Umfang gehaftet wird, richtet sich dabei nach dem Maß der Vermögensvermischung, im schlimmsten Fall droht dem Gesellschafter eine Haftung mit dem gesamten Vermögen.³⁹⁰ Bei der Sphärenvermischung werden die Vermögensgegenstände, Leitungsmaßnahmen oder Rechtsbeziehungen mit außen-

³⁸³ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 381.

³⁸⁴ Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, §13 Rn. 383.

³⁸⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, §13 Rn. 392.

³⁸⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, § 13 Rn. 383.

³⁸⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, §13 Rn. 358.

³⁸⁸ BGHZ 95, 330; 165, 85.

³⁸⁹ BGHZ 95, 330.

³⁹⁰ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, §13 Rn. 370.

stehenden Dritten mehrerer Gesellschaften miteinander vermischt und können nicht mehr eindeutig einer Gesellschaft zugeordnet werden.³⁹¹ In diesem Fall droht ebenfalls ein Verlust des Haftungsprivilegs.

Wichtig für den Gesellschafter ist, dass es bei einer Durchgriffshaftung durch Vermögensvermischung sowohl zu einer Innen- als auch Außenhaftung kommen kann. Die primäre Beweislast für eine Vermögensvermischung liegt beim klagenden Insolvenzverwalter, allerdings trifft den Gesellschafter eine sekundäre Beweislast für das Gegenteil.³⁹²

3.4.1.3 Existenzvernichtender Eingriff

Dabei handelt sich nicht um Managementfehler beim Betreiben der GmbH. Ein existenzvernichtender Eingriff liegt dann vor, wenn der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen gezielt für betriebsfremde Zwecke einsetzt. Dabei wird keine Rücksicht darauf genommen, dass die entnommenen Vermögenswerte zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der GmbH benötigt werden. Voraussetzung für die unbegrenzte Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs ist, dass die der GmbH zugefügten Nachteile nicht nach den Regeln der §§ 30 f. GmbHG ausgeglichen werden können. Außerdem ist es Voraussetzung, dass der Gesellschafter nicht nachweisen kann, dass der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter Nachteil entstanden ist. Wenn der Gesellschafter dies nachweisen kann ist dieser begrenzte Nachteil zu erstatten.

Anmerkung:

Bei einem existenzvernichtenden Eingriff in Gesellschaft A kann sogar ein Gesellschafter der Gesellschaft B persönlich haften, wenn Gesellschaft B einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft A hat.³⁹³

Tatbestandsvoraussetzungen für einen existenzvernichtenden Eingriff sind:³⁹⁴

- „Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft
- verursacht durch Zugriff eines oder mehrerer Gesellschafter/s
- ohne Rücksichtnahme auf Eigenbelange der Gesellschaft
- in vorsätzlicher und sittenwidriger Art und Weise“

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann entfällt das Trennungsprinzip und die Gesellschafter haften mit ihrem Privatvermögen.³⁹⁵

3.4.2 Einlagepflicht

Gemäß § 14 GmbHG ist auf jeden Geschäftsanteil eine Einlage durch den Gesellschafter zu leisten. Der Geschäftsanteil begründet und verbrieft die Mitgliedschaft des einzelnen Gesell-

³⁹¹Vgl. Heybrock/Haag, § 13 Rn. 16.

³⁹²Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski, Funke, §13 Rn. 374.

³⁹³BGH, BB 2005, 232.

³⁹⁴Vgl. Heybrock/Haag, § 13 Rn. 19.

³⁹⁵Vgl. Heybrock/Haag, § 13 Rn. 20.

schafters in der GmbH.³⁹⁶ Durch diese Mitgliedschaft entstehen die einzelnen Rechte und Pflichten der Gesellschafter.³⁹⁷ Die Einlagepflicht des Gesellschafters entsteht in der Höhe, in welcher der Nennbetrag des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag festgelegt wird. Der Nennbetrag gibt das Beteiligungsverhältnis des Gesellschafters am Stammkapital der Gesellschaft wieder.³⁹⁸ Die Summe aller Nennwerte der Gesellschafter entspricht dem Stammkapital.³⁹⁹

Das Stammkapital einer GmbH darf 25.000 € nicht unterschreiten (§ 5 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG). „Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils muss mindestens 1 € betragen. Einlagen können als Bar- oder Sacheinlagen erbracht werden. Vor Anmeldung der Gesellschaft (bzw. einer Kapitalerhöhung, §§ 56a, 57 GmbHG) zum Handelsregister sind Sacheinlagen vollständig und jede übernommene Bareinlage mindestens zu 25% zu erbringen; insgesamt müssen vor Eintragung mindestens Einlagen im Wert von 12.500 € erbracht werden, § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG.“⁴⁰⁰

Die Gesellschafter sind zur Leistung einer Einlage verpflichtet. Durch einen Einforderungsbeschluss der Gesellschafter (gemäß § 46 Abs. 2 GmbHG) werden Zeitpunkt und Höhe bestimmt. Der Geschäftsführer hat dieses dann durch eine Anforderung zu konkretisieren.⁴⁰¹ Abweichende Bestimmungen sind möglich, müssen aber in der Satzung oder bei Kapitalerhöhungen im Kapitalerhöhungsbeschluss geregelt werden (gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG).⁴⁰²

Es gibt verschiedene Formen der Einbringung einer Einlage. Die häufigste Form ist die Bareinlage. Eine verdeckte Sacheinlage liegt hingegen vor, wenn die Gesellschaft eine Bareinlage bzw. Geldeinlage vereinbart hat und diese auch vom Gesellschafter offiziell geleistet wird. In Wirklichkeit wird in Absprache mit der Gesellschaft aber eine Sacheinlage geleistet, die den Anforderungen aus § 27 Abs. 2 AktG entspricht⁴⁰³. Der Gesellschafter bleibt dazu verpflichtet, eine Bareinlage zu leisten, seine Einlagepflicht bleibt bestehen.⁴⁰⁴

Im Insolvenzfall wird diese Leistung ebenfalls nicht anerkannt. Dies hat zur Folge, dass der Gesellschafter erneut zur Zahlung seiner Einlage in bar gebeten wird, also einer wertmäßig doppelten Zahlung der Einlage.⁴⁰⁵

Für den Fall, dass der GmbH diese Sacheinlage uneingeschränkt zufließt, vermindert sich automatisch auch die Bareinlagepflicht des Gesellschafters, um den Wert, den die Sacheinlage zum Zeitpunkt der Überlassung hatte (gem. § 9 Abs. 1 GmbHG).⁴⁰⁶

Um diesen Zustand zu korrigieren, auch als *Heilung* bezeichnet, kann eine Kapitalherabsetzung um den Betrag der verdeckten Sacheinlage durch die Gesellschaft veranlasst werden mit anschließender ordnungsgemäßer Sachkapitalerhöhung. Zu beachten ist hierbei der Mindestbetrag der Stammeinlage i.H.v. 25.000 Euro (gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG) sowie eine Jahresfrist. Diese Lösung scheint aus diesen und weiteren Gründen unpraktikabel.⁴⁰⁷

³⁹⁶ Vgl. Heybrock/Haag, § 14 Rn. 4.

³⁹⁷ Vgl. Heybrock/Haag, § 14 Rn. 14.

³⁹⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 14 Rn. 5.

³⁹⁹ Vgl. Heybrock, Haag, § 14 Rn. 7.

⁴⁰⁰ Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 9.

⁴⁰¹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 9.

⁴⁰² Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 9.

⁴⁰³ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 133ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 150.

⁴⁰⁵ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/H.Bartl, § 19 Rn. 26ff.

⁴⁰⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 152.

⁴⁰⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 162.

Eine weitere Lösung wäre die Zahlung der Einlage in bar durch den Gesellschafter sowie die Rückerstattung der Sacheinlage durch die Gesellschaft. Hierbei muss aber eine zeitliche Komponente beachtet werden, damit nicht ein Hin- und Herzahlen entsteht.⁴⁰⁸

Beispiel:⁴⁰⁹

„Der Gesellschafter leistet zunächst die vereinbarte Bareinlage. Danach lässt er sich von der GmbH ein Darlehen in gleicher Höhe geben, sodass die Liquidität nicht im Zugriff der GmbH-Geschäftsführung ist.“

Nach einem BGH Urteil⁴¹⁰ ist auch die Umwandlung von Bareinlagen in Sacheinlagen möglich. Dieses muss durch Gesellschafterbeschluss mit satzungsändernder Mehrheit geschehen. Es muss genau aufgeführt werden, welche Bareinlage in welche Sacheinlage umgewandelt werden soll. Diese Möglichkeit ist jedoch auch mit einem bürokratischen Aufwand verbunden, da der Sachverhalt durch das Registergericht geprüft wird und hier entsprechende Nachweise zu erbringen sind.⁴¹¹

Sollte ein Geschäftsanteil verkauft werden, ohne dass die Einlage komplett getätigt wurde, haftet der Erwerber für die rückständigen Einlagen. Jedoch steht dem Erwerber ein „Anspruch auf Freistellung oder Schadensersatz gegenüber dem Veräußerer zu“.⁴¹²

Anmerkung:

Der Gesellschafter trägt die Beweislast dafür, dass seine Stammeinlage eingezahlt wurde.

Wenn die Stammeinlage der Gesellschafter nicht vollständig geleistet wurde, ist es die Aufgabe der Gesellschafterversammlung zu bestimmen, wann diese Leistung erfolgen soll. Anwendung findet diese Regelung nur bei Bareinlagen, da Sacheinlagen bereits vor Anmeldung vollständig geleistet werden müssen (§§ 7 Abs. 3, 57 Abs. 2 GmbHG). Gesetzliche Grundlage für die Einforderung durch die Gesellschafterversammlung ist § 46 Nr. 2 GmbHG. Für die Einforderung der Einlagen ist im Anschluss an die Beschlussfassung der Geschäftsführer verantwortlich. Alternativ kann die Einforderung auch in der Satzung festgelegt worden sein. In der Insolvenz bedarf es keines Gesellschafterbeschlusses, in diesem Fall kann der Insolvenzverwalter die Stammeinlage ohne weiteres einfordern.⁴¹³

Der Beschluss wird mit einfacher Mehrheit gefasst. Zu beachten ist der *Gleichbehandlungsgrundsatz*. Dieser sagt aus, dass die offenen Einlagen von allen Gesellschaftern gleichmäßig einzufordern sind. Die Verjährungsfrist für den Einlageanspruch beträgt 10 Jahre.⁴¹⁴

⁴⁰⁸ Vgl. Michalski (2010), Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn 163, S. 1435

⁴⁰⁹ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 19 Rn. 47.

⁴¹⁰ BGH ZIP 1996, 668, 672

⁴¹¹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 164.

⁴¹² Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 42.

⁴¹³ Vgl. Michalski, Band 2 / *Römermann* § 46 Rn. 109.

⁴¹⁴ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 19 Rn. 50.

3.4.3 Kapitalaufbringung

Die erste Pflicht jedes Gesellschafters ist es, die Stammeinlage zu erbringen. Das Stammkapital einer GmbH darf 25.000 € nicht unterschreiten (§ 5 Abs.1 und Abs. 2 GmbHG). „Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils muss mindestens 1 € betragen. Einlagen können als Bar- oder Sacheinlagen erbracht werden. Vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (bzw. einer Kapitalerhöhung, §§ 56a, 57 GmbHG) sind Sacheinlagen vollständig und jede übernommene Bareinlage mindestens zu 25% zu erbringen; insgesamt müssen vor Eintragung mindestens Einlagen im Wert von 12.500 € erbracht werden, § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG.“⁴¹⁵ Der Zeitpunkt und die Höhe der Einlageleistung ergeben sich nicht aus dem Gesetz. Dieses wird durch den Einforderungsbeschluss der Gesellschafter (§ 46 Nr. 2 GmbHG) und durch die Anforderung durch den Geschäftsführer geregelt.⁴¹⁶

Anmerkung:

Der Gesellschafter trägt die Beweislast dafür, dass seine Stammeinlage eingezahlt wurde.

Wenn einzelne Gesellschafter ihre Stammeinlage nicht erbringen, haften die übrigen Gesellschafter kollektiv *pro rata*, also nach ihren Anteilen gestaffelt (§ 24 GmbHG). Diese Haftung für die übrigen Gesellschafter tritt nur ein, sofern nicht alle vorgeschriebenen Maßnahmen, den säumigen Gesellschafter zur Einlage zu zwingen, vorgenommen wurden. Der Geschäftsanteil des säumigen Gesellschafters ist notfalls für ungültig zu erklären, dazu wird das Kaduzierungsverfahren gemäß § 21 GmbHG angewendet. Die Haftung gilt auch für Sacheinleger und dient der Sicherung der Kapitalaufbringung. Voraussetzungen für die sogenannte Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG sind:

- § 21 GmbHG: Kaduzierung des Geschäftsanteils des säumigen Gesellschafters
- § 22 GmbHG: Fruchtloser Verlauf der Inanspruchnahme des Rechtsvorgängers
- § 23 GmbHG: Eine erfolglose öffentliche Versteigerung
- § 21 GmbHG: Ein erfolgloser Ausfallregress beim Ausgeschlossenen⁴¹⁷

Sind die Voraussetzungen der Ausfallhaftung erfüllt, haften die Mitgesellschafter für die gesamte Forderung der rückständigen Einlage.⁴¹⁸ Der Betrag der Forderung wird jedoch um etwaige Beträge reduziert, die schon durch den Kaduzierten oder Rechtsvorgänger oder durch Erlöse aus dem Verkauf erbracht wurden.⁴¹⁹

Wurde die Gesellschaft ordnungsgemäß gegründet, so haftet er demzufolge mit maximal $\frac{3}{4}$ des gesamten Stammkapitals, da $\frac{1}{4}$ bereits bei der Gründung erbracht worden sein muss. Wurde die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß gegründet, so kann ein Gesellschafter auch für das komplette Stammkapital haften.⁴²⁰

⁴¹⁵ Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 9.

⁴¹⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 19 Rn. 9.

⁴¹⁷ Vgl. Heybrock/Haag, § 24 Rn. 5.

⁴¹⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 56.

⁴¹⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 57.

⁴²⁰ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 58f.

Gibt es mehrere Gesellschafter, so haften diese auch gemäß des Verhältnisses ihrer Geschäftsanteile. Es kann jedoch auch eine gesamtschuldnerische Haftung vereinbart werden.⁴²¹

Als Schuldner werden nach § 16 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG i.V.m. § 40 GmbHG alle in der Gesellschafterliste Eingetragenen verstanden, soweit sie im Augenblick der Fälligkeit der Einlagenschuld auch als Gesellschafter eingetragen waren.⁴²²

Der Umfang der Haftung entspricht dem vollständigen Geldeinlagebetrag, der nach den §§ 21 bis 23 GmbHG nicht beigetrieben werden konnte.⁴²³ Gesellschafter haften für den Fehlbetrag grundsätzlich, wie bereits erwähnt, *pro rata*, also anteilig im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile und nicht gesamtschuldnerisch. Eine gesamtschuldnerische Haftung kann allerdings über die Satzung vereinbart werden.⁴²⁴ Grundlegend für die Anteile sind deren Nennbeträge.⁴²⁵ Der kaduzierte Geschäftsanteil, eigene Anteile einer GmbH und amortisierte (eingezogene) Anteile (gem. § 34 GmbHG) werden nicht berücksichtigt, um einen etwaigen Haftungsausfall zu vermeiden.⁴²⁶

Sollte einer der haftenden Gesellschafter seinen Anteil nicht erbringen können, bzw. ist der Betrag uneinbringbar, so verteilt sich dieser erneut auf die übrigen Gesellschafter. Die Gesellschafter können diese Zahlung nicht verweigern. Die Uneinbringlichkeit muss jedoch von der Gesellschaft bewiesen werden und darf nicht auf einer bloßen Vermutung fußen.⁴²⁷

Trotz der Zahlung der Forderung des kaduzierten Geschäftsanteils können die Gesellschafter diesen nicht erwerben. Der Geschäftsanteil bleibt in der Gesellschaft. Die Gesellschafter profitieren jedoch davon insofern, dass auf ihre eigenen Anteile ein höherer Gewinn entfällt. Sollte die Veräußerung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgreich sein, ergibt der Verkaufserlös einen zusätzlichen Gewinn für die Gesellschafter.⁴²⁸

Die Gesellschaft muss beweisen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Sollten die Voraussetzungen nicht erfüllt sein, sind die Gesellschafter nicht zu einer Zahlung gezwungen und können diese verweigern.⁴²⁹

Sollte sich ein Rechtsvorgänger als zahlungsfähig erweisen, kann die Gesellschaft auch auf den Rechtsvorgänger des kaduzierten Gesellschafters zurückgreifen. Sie ist dazu aber nicht gezwungen.

Anmerkung:

§ 25 GmbHG verbietet, dass die Gesellschafter von den in den §§ 21 bis 24 GmbHG bezeichneten Rechtsfolgen befreit werden können. Eine Verschärfung dieser Regelungen ist allerdings möglich.⁴³⁰

⁴²¹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 64.

⁴²² Vgl. Lutter, Hommelhoff/Bayer, § 24 Rn. 9.

⁴²³ Vgl. Heybrock/Haag, § 24 Rn. 7.

⁴²⁴ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 64.

⁴²⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 65.

⁴²⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 66.

⁴²⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 73f.

⁴²⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 88f.

⁴²⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 24 Rn. 78.

⁴³⁰ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Bartl, § 25 Rn. 2.

3.4.4 Nachschusspflicht oder Kapitalerhöhung

Zu den nicht entziehbaren Grundlagenkompetenzen der Gesamtheit der Gesellschafter zählt die Einforderung von Nachschüssen. D.h. die Gesellschafter können weitere Einzahlungen in die GmbH beschließen (§§ 26, 27 GmbHG). Dies kann entweder durch eine effektive oder eine nominelle Kapitalerhöhung erfolgen.

Bei einer effektiven Kapitalerhöhung werden der Gesellschaft neue Mittel *durch die Gesellschafter* zugeführt (§ 55 GmbHG), über die Stammeinlage hinaus. Dabei besteht eine Analogie zum Aktiengesetz, die Gesellschafter genießen grundsätzlich ein Bezugsrecht auf das erhöhte Stammkapital (§ 186 AktG), sofern kein Bezugsrechtsausschluss beschlossen wurde (§ 186 Abs. 3 und Abs. 4 AktG).

Bei einer nominellen Kapitalerhöhung wird eine Kapitalerhöhung *aus Gesellschaftsmitteln* veranlasst. Es können Rücklagen in Stammkapital umgewandelt werden.

Beispiel:⁴³¹

Folgende Formulierung sollte gewählt werden: „Nachschusspflicht - Auf entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung sind die Gesellschafter jederzeit verpflichtet, Nachschüsse zu erbringen. Der Beschluss bedarf einer qualifizierten Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen.“

Die Nachschusspflicht dient dazu, eventuelle Verluste auszugleichen bzw. anteilmäßig das Gesellschaftskapital zu erhöhen. Über den Gesellschaftsvertrag besteht die Möglichkeit, die Nachschusspflicht entweder auf einen bestimmten Betrag zu beschränken (§ 26 Abs. 3 GmbHG) oder eine unbeschränkte Nachschusspflicht festzulegen. Darüber hinaus gibt es eine Mischform dieser beiden Nachschusspflichten.⁴³²

Ein Gesellschafter kann sich bei einer *unbeschränkten* Nachschusspflicht davon befreien, wenn er seinen Geschäftsanteil innerhalb eines Monats nach der Zahlungsaufforderung zur Verfügung stellt (*Abandon*, § 27 Abs. 1 GmbHG). Andererseits hat die Gesellschaft die Möglichkeit, den Geschäftsanteil als zur Verfügung stehend zu betrachten, wenn der Gesellschafter weder von der Befugnis Gebrauch macht, noch die Einzahlung innerhalb der Frist tätigt (§ 27 Abs. 1 GmbHG). D.h. wenn der Gesellschafter seiner Nachschusspflicht nicht nachkommt, besteht die Gefahr, dass er seine Geschäftsanteile verliert.

Anmerkung:

Wenn eine Nachschusspflicht nicht im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, ist dazu die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Nach aktueller Rechtsprechung gibt es dazu allerdings eine Ausnahme: Wenn der GmbH eine Insolvenz droht, muss jeder Gesellschafter dem Erhöhungsbeschluss zustimmen. Das OLG München hat dies bestätigt, in dem Urteil heißt es: „*Stimmt der Gesellschafter einer notwendigen Kapitalerhöhung nicht zu, wird die Stimme so gezählt als wäre sie nicht abgegeben worden*“⁴³³ und der Beschluss gilt damit als wirksam.

⁴³¹ Heybrock/Haag, § 26 Rn. 15.

⁴³² Vgl. Heybrock/Haag, § 26 Rn. 5.

⁴³³ OLG München, Beschluss vom 14.6.2012, 31 Wx 192/12; vgl. BGH vom 9.11.1997, I ZR 100/87

Gibt der Gesellschafter eine Preisgabe- und Verwertungserklärung ab, haftet er für die aktuelle Nachschussforderung nur mit seinem Geschäftsanteil. Eine etwaige unbeschränkte Haftung, die aus früheren Nachschüssen oder ähnlichem resultiert, bleibt hiervon unberührt.⁴³⁴

Zwar gelten für den abgebenden Gesellschafter Einschränkungen, jedoch besitzt er weiterhin die Verwaltungs- und Vermögensrechte. Er kann zudem noch durch die volle Zahlung des ausstehenden Nachschusses vor der Verwertung der Preisgabe diese rückgängig machen.⁴³⁵

Die Gesellschaft wiederum ist verpflichtet, die preisgegebenen Anteile innerhalb eines Monats zu verwerten. Sollte sie es nicht schaffen und die Frist überziehen, können aufgrund dieser Fristüberschreitung Schadensersatzansprüche für den ehemaligen Gesellschafter entstehen. Dies gilt nicht für den Fall, dass eine Verwertung nicht möglich ist.⁴³⁶

Die Verwertung erfolgt meist durch öffentliche Versteigerung. Hierbei gilt zu beachten, dass es sich um einen „fremden Anteil“ handelt, den die Gesellschaft versteigert, sofern die Stammeinlage von dem ausscheidenden Gesellschafter gezahlt wurde. Daher ist ein Erwerb durch die Gesellschaft, den Gesellschafter oder einen Mitgesellschafter denkbar und zulässig.⁴³⁷

Die *beschränkte Nachschusspflicht* stärkt die Stellung der GmbH insofern, als das hier das Kaduzierungsverfahren zur Anwendung kommen kann, um ausstehende Ansprüche gegen den säumigen Gesellschafter geltend zu machen.⁴³⁸ Für übrig bleibende Forderungen haften nach § 22 GmbHG sämtliche Rechtsvorgänger.⁴³⁹

In der Satzung muss diese beschränkte Nachschusspflicht geregelt sein. In diesem Fall ist kein Preisgabe- und Verwertungsrecht gegeben, es sei denn, dies ist ebenfalls in der Satzung der Gesellschaft geregelt.

Beispiel:⁴⁴⁰

„Die Gesellschafterversammlung kann jederzeit die Einforderung einer auf max. 20.000 € beschränkten Einzahlung (Nachschuss) beschließen.“

Der Gesellschafter haftet also für alle zum Zeitpunkt seines Anteilsverlusts fälligen Nachschussansprüche bis zu einem gewissen Betrag. Unklar ist jedoch, ob seine Haftung auch auf zukünftig entstehende Nachschüsse erstreckt werden kann. Michalski geht nur von der Gültigkeit von angeforderten, aber noch nicht fälligen Nachschussanforderungen aus.⁴⁴¹

Erlaubt der Gesellschaftsvertrag, Nachschüsse bereits vor vollständiger Einforderung der Stammeinlage einzufordern, so muss zwingend die uneingeschränkte Anwendung der Kaduzierungsregeln sichergestellt sein.⁴⁴²

⁴³⁴ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 27 Rn. 41.

⁴³⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 27 Rn. 43.

⁴³⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 27 Rn. 44.

⁴³⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 27 Rn. 45.

⁴³⁸ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/Bartl, § 28 Rn. 2.

⁴³⁹ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/H. Bartl, § 28 Rn. 4.

⁴⁴⁰ Vgl. Heybrock, Haag, § 28 Rn. 3.

⁴⁴¹ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 28 Rn. 9.

⁴⁴² Vgl. Heybrock/Haag, § 28 Rn. 7.

3.4.5 Rückzahlung von Nachschüssen

Zu den weiteren Kompetenzen der Gesellschafterversammlung zählt das Recht, die Rückzahlung von Nachschüssen (§ 46 Nr. 3 GmbHG) zu fordern, sofern die Satzung nichts anderes vorschreibt.⁴⁴³ Dabei handelt es sich nur um Rückzahlungen für Nachschüsse nach § 26 GmbHG. Der Beschluss legt fest, welche Beträge zu welchen Zeitpunkten zurückzuzahlen sind. Der Rückzahlungsbeschluss kann auch ein Teil des Ergebnisverwendungsbeschlusses sein.⁴⁴⁴

Bei der Festlegung über die Auszahlung von Rückzahlungen und deren Höhe ist § 30 Abs. 2 GmbHG zu beachten. Demnach kommen Rückzahlungen nicht in Betracht, wenn der Betrag benötigt wird, um einen Verlust am Stammkapital zu decken. Ausnahmen davon sind beispielsweise Beherrschungs- und Gewinnabtretungsverträge oder wenn die Rückzahlung an die Gesellschafter durch einen vollständigen Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruch gedeckt sind (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).⁴⁴⁵ Des Weiteren ist zu beachten, dass Rückzahlungen erst nach Ablauf von drei Monaten nach der Bekanntmachung der Rückzahlung tatsächlich vorgenommen werden dürfen (§ 30 Abs. 2 GmbHG).

Als unzulässige Rückzahlung gilt eine Rückzahlung, wenn nicht alle materiellen oder formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Dies hätte zur Folge, dass die Gesellschafter diese Zahlung erstatten müssten. Dies betrifft nicht den gutgläubigen Empfänger einer Zahlung.⁴⁴⁶ Für den Fall einer verbotenen Auszahlung (gemäß § 31 GmbHG) haftet der Geschäftsführer (gemäß § 43 Abs. 1 und 3 GmbHG).

Nachschüsse, die einmal zurückgezahlt wurden, können nicht noch einmal eingefordert werden. Empfangsberechtigt für eine etwaige Rückzahlung sind alle in die Gesellschafterliste wirksam eingetragenen Gesellschafter zum Zeitpunkt der Beschlussfassung.⁴⁴⁷

3.4.6 Kapitalerhaltung

Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf nach § 30 Abs. 1 GmbHG nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Das bedeutet, eine Auszahlung an die Gesellschafter ist unzulässig sobald die Aktiva der Bilanz nach Abzug der Verbindlichkeiten den Nennbetrag des Stammkapitals nicht mehr erreichen. Des Weiteren verbieten sich weitere Vergünstigungen an die Gesellschafter, wenn das Stammkapital bereits angegriffen wurde. Eine Ausnahme davon ist das normale Austauschgeschäft⁴⁴⁸ zwischen der GmbH und einem ihrer Gesellschafter.⁴⁴⁹ Weitere Ausnahmen sind Auszahlungen des Stammkapitals auf Grund von Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen und Auszahlungen gegen Gewährung eines vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruchs. Diese Maßnahmen sind allerdings im Handelsregister zu vermerken. Eine weitere Ausnahme ist die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (§ 31 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

⁴⁴³ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 152.

⁴⁴⁴ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 45 Rn. 156.

⁴⁴⁵ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 153.

⁴⁴⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 30 Rn. 226.

⁴⁴⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / Zeidler, § 30 Rn. 227f.

⁴⁴⁸ *Austauschgeschäfte: Geschäfte, die ein nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer so auch mit einem Nichtgesellschafter ab geschlossen hätte.*

⁴⁴⁹ BGH, NJW 1996, 589.

Praxistipp:⁴⁵⁰

„Im Hinblick auf die hier ungenaue Gesetzesbegründung ist dem die Zahlung veranlassenden Geschäftsführer im Hinblick auf seine Haftungsrisiken nach § 43 GmbHG anzuraten, nur Zahlungen vorzunehmen, bei denen die Vollwertigkeit des Gegenanspruchs unproblematisch festzustellen und nachzuweisen ist.“

Ansonsten sind die Gesellschafter dazu verpflichtet, ihnen zugeflossene Vermögenswerte der Gesellschaft zu erstatten, sofern gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen wird (§ 31 Abs. 1 GmbHG). Allerdings ist in diesem Fall der Geschäftsführer den in Anspruch genommenen Gesellschaftern zum Ausgleich verpflichtet. Ist ein geschuldeter Betrag von einem Empfänger (Gesellschafter) nicht zu erlangen, so haften die übrigen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile (§ 31 Abs. 3 GmbHG). Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle allerdings einige Haftungserleichterungen für die Gesellschafter vorgesehen:

- Die Haftung ist auf die Höhe der Stammkapitalziffer beschränkt.⁴⁵¹
- Nach § 31 Abs. 2 GmbHG haftet ein gutgläubiger Empfänger zudem nur, wenn dies zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.

Anmerkung:

Bei einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG kann es auch zu einer Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 GmbHG kommen.

Hat ein Gesellschafter gegen das Auszahlungsverbot aus § 30 GmbHG verstoßen, indem er eine unzulässige Leistung erhalten hat, hat er diese Zahlung zurück in das Gesellschaftsvermögen zu zahlen.⁴⁵² Die Gesellschaft besitzt somit einen *Erstattungsanspruch* gegenüber dem Gesellschafter.⁴⁵³ Der Gesellschafter ist Schuldner und die Gesellschaft Gläubiger.⁴⁵⁴ Die erhaltenen Leistungen sind in vollem Umfang rückgängig zu machen. Das bedeutet, dass bei einer Übertragung von Gegenständen diese ebenfalls zurückzuübertragen sind. Auch ein Wertausgleich ist möglich.⁴⁵⁵ Diese Regelungen können nicht durch die Satzung geändert werden, da es sich um zwingendes Recht handelt.⁴⁵⁶

Beispiel:⁴⁵⁷

„Auch die Leistungen von Sachen, Diensten oder die Überlassung zur Nutzung (z.B. eines Pkw) sind „Zahlungen“ i.S.d. § 31 GmbHG, wenn diese aus dem nach § 30 GmbHG gebundenen Vermögen stammen.“

⁴⁵⁰ Heybrock/Haag, § 30 Rn. 29.

⁴⁵¹ BGH, ZIP 2002, 848, 849.

⁴⁵² Vgl. Heybrock/Haag, § 31 Rn. 1.

⁴⁵³ Vgl. Heybrock/Haag, § 31 Rn. 3.

⁴⁵⁴ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/H.Bartl, § 28 Rn. 3f.

⁴⁵⁵ Vgl. Bartl, Bartl, Fichtelmann, Koch, Schlarb/H.Bartl, § 28 Rn. 6.

⁴⁵⁶ Vgl. Heybrock/Haag, § 31 Rn. 2.

⁴⁵⁷ Heybrock/Haag, § 31 Rn. 5.

Auch bei Leistungen an Dritte gilt der Gesellschafter weiterhin als Empfänger und haftet für die gezahlte Leistung.⁴⁵⁸

Die Haftung für eine etwaige Rückerstattung geht mit dem Anteilsverkauf nicht auf den Erwerber über, da es sich um eine persönliche Verpflichtung handelt. Jedoch könnte nach dem Prinzip der *Solidarhaftung* auch der Veräußerer neben dem Erwerber haften, wie in § 16 Abs. 2 GmbHG beschrieben.⁴⁵⁹ Es sollte vorrangig der Veräußerer des Geschäftsanteils haften und der Erwerber nur für den Fall, dass bei dem Veräußerer keine Rechtsausübung möglich war.⁴⁶⁰

Sollte ein Gesellschafter eine Zahlung in *gutem Glauben*⁴⁶¹ erhalten haben, so ist er nur bis zu der Höhe erstattungspflichtig, die zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird.⁴⁶² Der Gesellschafter muss aber beweisen können, dass er in gutem Glauben gehandelt hat.⁴⁶³

Sollte von dem Gesellschafter kein Geld oder sonstiges verwertbares Vermögen erbringbar sein⁴⁶⁴ und ist die Befriedigung eines Gläubigers erforderlich,⁴⁶⁵ haften die übrigen Gesellschafter für den Empfänger der verbotswidrigen Auszahlung je nach Verhältnis der Geschäftsanteile.⁴⁶⁶ Die Haftung gilt für alle im Handelsregister in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter (gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG).⁴⁶⁷

Die Gesellschaft hat jedoch zu beweisen, dass sie eine Gläubigerbefriedigung vorzunehmen hat und dass der Betrag vom eigentlichen Schuldner (dem Gesellschafter) nicht einzubringen ist.⁴⁶⁸

Die Verjährungsfrist für die Haftung für verbotene Auszahlungen beträgt für den Gesellschafter, der die Leistung erhalten hat, 10 Jahre und für die Mitgesellschafter, die gegebenenfalls für ihn haften müssen, 5 Jahre ab dem Tag der verbotswidrigen Auszahlung.⁴⁶⁹

Werden die Mitgesellschafter in Haftung genommen, steht ihnen ein Anspruch gegenüber dem schuldhaften Geschäftsführer zu. Dieser *Regressanspruch* gilt nicht für den Fall, dass der Gesellschafter für die verbotswidrige Auszahlung gestimmt hat oder die Auszahlung auf ausdrückliche Anweisung des Gesellschafters erfolgte.⁴⁷⁰

Sollten mehrere Gesellschafter schuldhaft gehandelt haben, so haften diese gesamtschuldnerisch.⁴⁷¹

⁴⁵⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 14 f.

⁴⁵⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 17.

⁴⁶⁰ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 19.

⁴⁶¹ „Guter Glaube fehlt bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis“ – Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 47, beziehungsweise auf § 932 Abs. 2 BGB.

⁴⁶² Vgl. Heybrock/*Haag*, § 31 Rn. 8.

⁴⁶³ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 31 Rn. 10.

⁴⁶⁴ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 59.

⁴⁶⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 60.

⁴⁶⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 61.

⁴⁶⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 61.

⁴⁶⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 75.

⁴⁶⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 95 f.

⁴⁷⁰ Vgl. Michalski, Band 1 / *Heidinger*, § 31 Rn. 110.

⁴⁷¹ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 31 Rn. 27.

Beispiel:⁴⁷²

„Die Gesellschafterversammlung hat mit mehrheitlichen gefassten Beschluss vom ... beschlossen, dass die seitens der Gesellschafter im Hinblick auf den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom ... geleisteten Nachschüsse wieder an die Gesellschafter ausgekehrt werden.“

3.4.7 Teilung, Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen

Die Teilung, Zusammenlegung und Einziehung der Geschäftsteile bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 4 GmbHG). Grundsätzlich steht es den Gesellschaftern frei zu bestimmen, wann und zu welchen Bedingungen dies geschieht. Beschränkt werden kann dies allerdings über Voraussetzungen in der Satzung.⁴⁷³

Teilung:

Ob ein Geschäftsanteil überhaupt geteilt oder veräußert wird, obliegt dem entsprechenden Gesellschafter. Die Gesellschafterversammlung kann einer Teilung oder Veräußerung lediglich zustimmen, bzw. diese ablehnen.⁴⁷⁴ Bei der Teilung ist die Mindeststückelung nach § 5 Abs. 2 GmbHG zu beachten, denn bei einem Verstoß ist diese ansonsten nichtig (§ 134 BGB).

Zusammenlegung:

Eine Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Einer Zustimmung des von der Zusammenlegung betroffenen Gesellschafters bedarf es nicht, sofern dies nicht in der Satzung vorgegeben ist. Nach einer Zusammenlegung ist zu beachten, dass eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen ist (§ 40 GmbHG).⁴⁷⁵

Einziehung:

Eine Einziehung darf nur erfolgen, soweit sie in der Satzung zugelassen wurde (§ 34 Abs. 1 GmbHG).⁴⁷⁶ D.h. wenn die Satzung eine Einziehung nicht vorsieht, findet § 46 Nr. 4 GmbHG keine Anwendung und die Einziehung läuft ins Leere.⁴⁷⁷ In der Satzung kann neben den Voraussetzungen auch das Verfahren für die Einziehung näher geregelt werden, zu den Einzelheiten siehe § 34 GmbHG. Die Ausführung einer Einziehung erfolgt über den Geschäftsführer, geschieht diese ohne vorherigen Gesellschafterbeschluss, ist diese unwirksam.⁴⁷⁸

Beispiel:⁴⁷⁹

Der Einziehungsbeschluss einer Gesellschafterversammlung könnte wie folgt formuliert werden: „Die Gesellschafter hat mit Beschluss vom ... entschieden, dass sämtliche Geschäftsanteile des Gesellschafters A eingezogen werden. Die Höhe der Abfindung richtet sich nach ... und beläuft sich auf ...“

⁴⁷² Heybrock/Theisemann, § 46 Rn. 34.

⁴⁷³ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 166.

⁴⁷⁴ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 168.

⁴⁷⁵ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 180a.

⁴⁷⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 181.

⁴⁷⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 182.

⁴⁷⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 187f.

⁴⁷⁹ Heybrock/Theisemann, § 46 Rn. 41.

Bei einer Einziehung muss noch zwischen dem Beschluss der Gesellschafterversammlung und der Einziehungserklärung durch den Geschäftsführer unterschieden werden. Sie könnte lauten:

Beispiel:⁴⁸⁰

„Sehr geehrte/r Frau/Herr ...
am ... hat die Gesellschafterversammlung der ... GmbH beschlossen, dass die auf Sie entfallende Geschäftsanteile eingezogen werden. Die Höhe der Ihnen zustehenden Abfindung richtet sich nach ... und beläuft sich auf ...“

3.4.8 Bestellung des Geschäftsführers sowie dessen Entlassung

Per Gesetz ist die GmbH dazu verpflichtet, einen oder mehrere Geschäftsführer zu besitzen. Die Geschäftsführer werden entweder durch den Gesellschaftsvertrag (§ 6 Abs. 3 GmbHG) oder durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) bestellt. Eine Abberufung des Geschäftsführers ist ebenfalls zu jederzeit möglich (§ 38 GmbHG). *Dabei ist zu beachten, dass jede Änderung (Bestellung oder Abberufung) beim Handelsregister anzumelden ist (§ 39 GmbHG).*

Beispiel:⁴⁸¹

„Die Gesellschafterversammlung der ... GmbH hat in Ihrer Sitzung vom ... einstimmig beschlossen, Herrn/Frau ..., geboren am ..., (Adresse), mit Wirkung vom zum Geschäftsführer der ... GmbH zu bestellen. Zugleich wurde der vorgelegte Anstellungsvertrag für Herrn/Frau ... zustimmend zur Kenntnis genommen.“

Grundsätzlich kann gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person als Geschäftsführer berufen werden. *Es sind allerdings einige Dinge zu beachten, da den Gesellschaftern ansonsten eine Haftung mit dem Privatvermögen droht:*

- Der Geschäftsführer darf keine betreute Person sein, die ihre eigenen Vermögensangelegenheiten nicht alleine vornehmen kann.
- Gegen den Geschäftsführer dürfen keine Verbote, wie beispielsweise Wettbewerbs-, Berufs- oder Gewerbeausübungsverbote vorliegen.
- Der Geschäftsführer darf in den vergangenen fünf Jahren nicht wegen vorsätzlichen Insolvenzstraftaten verurteilt worden sein, dazu gehören die Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4 InsO sowie die Insolvenzstraftaten gem. §§ 283 bis 283d StGB.
- Gleiches gilt bei Verstößen gegen: § 82 GmbHG, § 399 AktG, § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG oder § 17 PublG (falsche Angaben, unrichtige Darstellung in Bezug auf die Vermögensverhältnisse der GmbH).
- Geschäftsführer dürfen zudem nicht zu einer Freiheitsstrafe von mind. einem Jahr wegen beispielsweise Kreditbetrugs, Untreue oder Vorenthalten von Arbeitsentgelt verurteilt worden sein (§§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a StGB)
- Gegen den Geschäftsführer darf außerdem keine Verurteilung im Ausland wegen einer mit den genannten Taten vergleichbaren Tat vorliegen.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Heybrock/Theiselmann, § 46 Rn. 41.

⁴⁸¹ Heybrock/Theiselmann, § 43 Rn. 49.

"Die Haftung der Gesellschafter setzt voraus, dass sie vorsätzlich oder grob fahrlässig der vom Geschäftsführeramt ausgeschlossenen Person die Führung der Geschäfte überlassen haben."⁴⁸³ Dabei muss durch die Gesellschafter sowohl ein Verschulden beim "Überlassen" der Geschäftsführung, wie auch beim Kennen oder Kennenmüssen des Ausschlussgrundes vorliegen.⁴⁸⁴

Die Gesellschafter können sich dabei grundsätzlich auf die Angaben des Geschäftsführers, dass in seiner Person keine Ausschlussgründe vorliegen, verlassen, solange keine entgegenstehenden Anhaltspunkte bestehen.⁴⁸⁵

Anmerkung:

Grundsätzlich muss der Geschäftsführer keine besonderen Qualifikationen erfüllen, sofern dies nicht im Gesellschaftervertrag festgelegt ist.⁴⁸⁶ Es gibt jedoch einige Ausnahmen bei Tätigkeiten, deren Ausübung an die Erteilung einer Erlaubnis oder Genehmigung geknüpft ist, z.B. Handwerksbetriebe. Bei denen muss entweder der Geschäftsführer über die handwerksrechtlichen Voraussetzungen verfügen oder ein angestellter Betriebsleiter.

Sollten die gesetzlichen Vorgaben nicht erfüllt sein oder liegt ein Ausschlussgrund vor, war die Bestellung des Geschäftsführers trotz eventueller Eintragung im Handelsregister nicht wirksam. Sollte bei Gründung einer GmbH kein wirksam bestellter Geschäftsführer vorhanden gewesen sein, wäre die Gründung ebenfalls nicht wirksam.⁴⁸⁷

Sollten für den Geschäftsführer, aus welchem Grund auch immer, im Verlauf keine Ausschlussgründe mehr vorliegen, so muss er erneut als Geschäftsführer bestellt werden.⁴⁸⁸

Sollte eine Person, die nicht wirksam zum Geschäftsführer ernannt wurde, die Geschäfte aber wie ein wirksam ernannter Geschäftsführer führen, so haftet er auch wie ein wirksam bestellter Geschäftsführer. Haben die Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers von Ausschlussgründen gewusst, haften sie für die Schäden, die durch den Geschäftsführer entstehen.⁴⁸⁹

Hat bei der Bestellung des Geschäftsführers einer der Gesellschafter gegen diesen gestimmt, so liegt bei ihm kein Verschulden vor und er haftet nicht für etwaige Schäden.⁴⁹⁰

Ansprüche aus einem durch den Geschäftsführer verursachten Schaden sind jedoch nach 5 Jahren verjährt (gemäß § 195 BGB).⁴⁹¹

„Sollte sich die Unwirksamkeit der Bestellung des Geschäftsführers ergeben bzw. die Voraussetzungen des § 6 GmbHG nicht mehr erfüllt sein, ist diese Person ab diesem Zeitpunkt kein Geschäftsführer mehr.“⁴⁹²

⁴⁸² Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 24.

⁴⁸³ Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 103.

⁴⁸⁴ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 103.

⁴⁸⁵ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 103.

⁴⁸⁶ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 36.

⁴⁸⁷ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 88.

⁴⁸⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 92.

⁴⁸⁹ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 97.

⁴⁹⁰ Vgl. Michalski, Band 1 / *Tebben*, § 6 Rn. 103.

⁴⁹¹ Vgl. Altmeppen/Roth/Altmeppen, § 6 Rn. 36.

⁴⁹² OLG Düsseldorf, 2.6.1993- 11 W 37/93, GmbHR 1994, 114) – Vgl. Heybrock (2009), Heybrock, § 6 Rn. 32.

3.4.9 Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung

Nach § 46 Nr. 6 GmbHG ist es die Aufgabe des Gesellschafters, den Geschäftsführer zu prüfen und zu überwachen. Jeder Gesellschafter besitzt ein entsprechendes Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51a GmbHG), von diesem Recht kann im Gesellschaftervertrag nicht abgewichen werden (§ 51a Abs. 3 GmbHG). Bei der Prüfung und Überwachung ist von Seiten der Gesellschafter stets eine gewisse Verhältnismäßigkeit zu wahren. Der Geschäftsführer darf keiner ständigen und totalen Kontrolle auch unbedeutender Tätigkeiten unterliegen.⁴⁹³ Die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung können beispielsweise wie folgt aussehen:⁴⁹⁴

- Einsichtnahme in Unterlagen, Bücher und Schriften, insbesondere der Buchhaltung und Kassenbücher
- Besichtigungen des Betriebes, insbesondere z.B. des Warenlagers
- Einholung von Auskünften, vom Geschäftsführer und Mitarbeitern
- Beauftragung von Sachverständigen, z.B. Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern
- Einrichtung eines ständigen Berichtssystems

Anmerkung: Gem. § 45 Abs. 2 GmbHG kann die Zuständigkeit für die Prüfung und Überwachung durch die Satzung auf ein anderes Gesellschaftsorgan (z.B. Beirat) übertragen werden. Über die Satzung besteht auch die Möglichkeit, die Überwachungsvorrichtungen einzuschränken oder auszudehnen.

3.4.10 Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten

Prokuristen:

Jede GmbH hat die Möglichkeit, durch die Gesellschafterversammlung Prokuristen zu bestellen. Prokurist einer GmbH kann grundsätzlich jede natürliche, mindestens beschränkt geschäftsfähige Person (§ 165 BGB) werden. Gesellschafter können ebenfalls Prokuristen sein, ausgeschlossen sind allerdings Geschäftsführer (auch stellvertretende).⁴⁹⁵ „Für die Beschlussfassung gelten grundsätzlich die §§ 47 ff. GmbHG. Der Beschluss wird mit einfacher Mehrheit gefasst.“⁴⁹⁶ Der Beschluss wird anschließend durch den Geschäftsführer ausgeführt, erst damit ist die Bestellung wirksam (§ 48 Abs. 1 HGB). Der Geschäftsführer hat zudem die Aufgabe, die Prokuraerteilung beim Handelsregister eintragen zu lassen. Darüber hinaus ist es Aufgabe des Geschäftsführers, die Prokura zu widerrufen. *Achtung:* „Die Rechtsfolgen einer Prokuraerteilung ohne hinreichenden Gesellschafterbeschluss sind umstritten.“⁴⁹⁷

Handlungsbevollmächtigten:

„Nicht in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fallen ... Art- und Spezialhandlungsvollmachten,...“⁴⁹⁸ Der § 47 Nr. 7 GmbHG bezieht sich auf die Generalhandlungsvollmacht (iSd § 54 Abs. 1, 1. Fall HGB) und die Generalvollmacht, welche in der Praxis verbreitet ist.⁴⁹⁹ Die Beschlussfassung und Umsetzung dieses Beschlusses sowie der Widerruf erfolgt wie bei der Bestellung eines Prokuristen. Zu beachten ist allerdings, dass aus dem Beschluss hervorgehen muss, um welche Art der Vollmacht es sich handelt.⁵⁰⁰ Anders als bei der Erteilung einer Prokura wird die Generalhandlungsvollmacht nicht in das Handelsregister einge-

⁴⁹³ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 335.

⁴⁹⁴ Vgl. Altmeppen/Roth/Altmeppen, § 46 Rn. 44.

⁴⁹⁵ Vgl. Altmeppen/Roth/Altmeppen, § 46 Rn. 52.

⁴⁹⁶ Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 357.

⁴⁹⁷ Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 363.

⁴⁹⁸ Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 377.

⁴⁹⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 375f.

⁵⁰⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 379.

tragen.⁵⁰¹ Außerdem ist nach allgemeiner Auffassung eine erteilte Vollmacht auch ohne Gesellschafterbeschluss wirksam, da diese nur das Innenverhältnis betrifft.⁵⁰²

3.4.11 Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnisverwendung

Aufgabe der Gesellschafter ist die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 46 Nr. 1 GmbHG). Feststellung ist in diesem Zusammenhang definiert als Beschluss der Gesellschafterversammlung, durch den eine verbindliche Festlegung des Inhalts des Jahresabschlusses erreicht wird.⁵⁰³ Die Gesellschafter können sich dabei auf den von den Geschäftsführern aufgestellten Entwurf verständigen oder den Jahresabschluss nach eigenem Ermessen gestalten. Zum Jahresabschluss gehören die Jahresbilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung nebst Anhang.⁵⁰⁴ Folgende Punkte sind bei der Feststellung des Jahresabschlusses zu beachten:

- Bei der Gestaltung sind Gesetze, Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, Satzung und die guten Sitten zu beachten und zu befolgen.⁵⁰⁵
- Die Gesellschafter haben für die Festlegung acht Monate, bei „kleinen“ Gesellschaften⁵⁰⁶ elf Monate Zeit (§ 42 Abs. 2 GmbHG).
- Handelt es sich nicht um eine kleine Gesellschaft, so besteht eine Prüfungspflicht (§ 316 Abs. 1 Satz 1 HGB). Diese Prüfung muss zwingend vor der Feststellung erfolgen (§ 42a Abs. 1 Satz 2 GmbHG), ansonsten gilt die Feststellung als unheilbar nichtig (§ 256 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 AktG).⁵⁰⁷
- Der Beschluss ist formlos gültig, bei der Beschlussfassung sind allerdings die §§ 47 ff. GmbHG zu beachten.⁵⁰⁸
- Durch § 245 Satz 1 HGB ist eine Unterzeichnung des festgelegten Jahresabschlusses durch alle Geschäftsführer vorgeschrieben.

Die Gesellschafter haben zudem die Aufgabe, über die Ergebnisverwendung zu entscheiden. Grundlage hierfür ist die Feststellung des Jahresabschlusses, ohne diese Feststellung würde es nämlich an der notwendigen Klarheit über das zur Verteilung anstehende Ergebnis fehlen.⁵⁰⁹ Für den Beschluss der Ergebnisverwendung gelten dieselben Fristen wie für den Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses. Eine Überschreitung der Frist hat allerdings keinen Einfluss auf die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit des Ergebnisverwendungsbeschlusses.⁵¹⁰

Grundsätzlich gibt es drei Möglichkeiten für die Ergebnisverwendung:

- Gewinnausschüttung an die Gesellschafter,
- Einstellung in Rücklagen in Form anderer Gewinnrücklagen und
- Vortrag auf neue Rechnung.

Der Ergebnisverwendungsbeschluss ist die Grundlage für die Ausschüttungsansprüche der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (§ 29 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 GmbHG). Für diesen Anspruch gelten keine besonderen Verjährungsvorschriften, d.h. dieser verjährt gem.

⁵⁰¹ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 383.

⁵⁰² Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 382.

⁵⁰³ Hommelhoff, P., Priester, J., Bilanzrichtliniengesetz und GmbH-Satzung, in: ZGR 1986, 463, 474.

⁵⁰⁴ §§ 242 Abs. 3 und 264 Abs. 1 HGB.

⁵⁰⁵ RGZ 94, 213, 214; BGH BB 1985, 567 - Michalski, Band 2, /Römermann, § 46 Rn. 37.

⁵⁰⁶ Kleine Gesellschaften definiert nach § 267 Abs. 1 HGB.

⁵⁰⁷ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 38f.

⁵⁰⁸ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 31 und 33.

⁵⁰⁹ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 70.

⁵¹⁰ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 71.

§§ 195, 199 BGB nach 3 Jahren. Die Verjährung kann allerdings über die Satzung verkürzt werden.

Anmerkung: Zudem sind zu jeder Zeit die Grundsätze der Kapitalerhaltung (§ 30 Abs. 1 GmbHG) zu beachten. Diese können zu einer Auszahlungssperre führen. Bei einem Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot ist der Ergebnisverwendungsbeschluss nichtig.⁵¹¹

3.4.12 Geltendmachung von Ersatzansprüchen der GmbH

Aufgabe der Gesellschafterversammlung ist nach § 46 Nr. 8 GmbHG

- die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer,
- die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter und
- die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen gegen den Geschäftsführer.

Diese Ersatzansprüche müssen immer der Gesellschaft zustehen.⁵¹² Schuldner der Ersatzansprüche können, neben den aktuellen sowie ehemaligen Gesellschaftern oder Geschäftsführern, auch:

- Liquidatoren,
- Mitglieder von anderen Gesellschaftsorganen (z.B. Aufsichtsrat),
- Abschlussprüfer (nach § 323 Abs. 1 HGB),
- die Erben des jeweiligen Schuldners sein.⁵¹³

Der Zweck dieser Norm geht in zwei Richtungen.⁵¹⁴ Die Gesellschafterversammlung soll jeweils abwägen, welche die bessere Entscheidung für die GmbH ist. Zum einen muss eine Abwägung bezüglich Vor-, und Nachteilen, Chancen und Risiken eines Gerichtsverfahrens für die GmbH vorgenommen werden. Durch eine gerichtliche Geltendmachung von Ersatzansprüchen werden Gesellschaftsinterna aufgedeckt, die unter Umständen dem Image, Ruf und Kredit der GmbH schaden können.⁵¹⁵ Zum anderen ist die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer oder Gesellschafter für eine gute Zusammenarbeit nicht förderlich und führt zu einer erheblichen Belastung des Vertrauensverhältnisses.⁵¹⁶ In beiden Fällen soll die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ abwägen und eine Entscheidung treffen.

Ersatzansprüche der GmbH gegen den Gesellschafter können beispielsweise dann entstehen, wenn der Gesellschafter

- bei der Gründung der Gesellschaft eine Pflichtverletzung gemäß § 9a GmbHG begeht.
- gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht⁵¹⁷ verstößt
- oder gegen Wettbewerbsverbote verstößt

⁵¹¹ Vgl. Michalski, Band 1 / Salje, § 29 Rn. 112.

⁵¹² Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 406.

⁵¹³ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 411f, 414.

⁵¹⁴ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 389.

⁵¹⁵ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 390.

⁵¹⁶ Vgl. Michalski, Band 2 / Römermann, § 46 Rn. 391.

⁵¹⁷ Treuepflicht: Die gesellschaftliche Treuepflicht fordert von jedem Gesellschafter, auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und diese aktiv zu fördern.

Vgl. Heybrock/Haag, § 14 Rn. 23.

Diese Beispiele machen deutlich, dass der Gesellschafter aus § 46 Nr. 8 GmbHG nicht nur eine Pflicht hat, sondern möglicherweise auch Ersatzanspruchsforderungen gegen ihn entstehen.

3.4.13 Weitere Haftungsfälle des Gesellschafters

3.4.13.1 Haftung für Rechtsschein

Den Geschäftspartnern einer GmbH muss ersichtlich sein, dass es sich um eine GmbH handelt und nicht um eine unbeschränkt haftende natürliche Person. Insbesondere bei Geschäftsbriefen muss auf die Vollständigkeit der Angaben geachtet werden, um nicht den Rechtsschein einer unbeschränkt haftenden Person oder Personenvereinigung bei den Geschäftspartnern zu erwecken. In § 35a GmbHG sind die notwendigen Angaben aufgeführt. Eine Pflichtverletzung führt zu einem Zwangsgeld durch das Registergericht (§ 79 Abs. 1 GmbHG). Ein anderer Fall für eine Rechtsscheinhaftung ist die sogenannte Sphärenvermischung. Darunter ist zu verstehen, dass der Gesellschafter im Rechtsverkehr nicht deutlich gemacht hat, für welche Gesellschaft gehandelt wird.⁵¹⁸

3.4.13.2 Haftung bei Geschäftsführerlosigkeit

Im Fall einer Geschäftsführerlosigkeit ist jeder Gesellschafter einer GmbH berechtigt, sogar verpflichtet, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen (§ 15a Abs. 3 InsO). Dieser Antrag ist ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen (§ 15a Abs. 1 InsO). Der § 15a Abs. 4 InsO regelt die strafrechtlichen Folgen, wenn ein Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig gestellt wird. In diesen Fällen droht den Gesellschaftern eine Geldstrafe oder sogar eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

3.4.13.3 Haftung als Rechtsvorgänger

Im Fall einer erfolgreichen Kaduzierung nach § 21 GmbHG und dem Ausschluss eines Gesellschafters, haftet der Rechtsvorgänger für die rückständige (Bar-) Einlage. Die Haftung gilt nicht nur für den aktuell fälligen Anteil, sondern auch für die danach fällig gewordenen Einlagen. Die Haftung gilt für alle in der Gesellschafterliste wirksam eingetragenen Gesellschafter, die als Vorgänger zum bis dato aktuellen Gesellschafter angesehen werden können.⁵¹⁹ Die Haftung des Rechtsvorgängers endet mit:⁵²⁰

- der Verwertung des Geschäftsanteils nach § 23 GmbHG,
- mit Erfüllung der Einlageverpflichtung
- oder mit Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit eines seiner Rechtsnachfolge und ggf. der Vermutung aus § 22 Abs. 2 GmbHG.

⁵¹⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / Michalski/Funke, § 13 Rn. 358.

⁵¹⁹ Vgl. Wicke, § 22 Rn. 2.

⁵²⁰ Vgl. Wicke, § 22 Rn. 2.

Es findet eine Regresskaskade statt, in der immer der jeweils spätere Rechtsvorgänger haftet.⁵²¹ Erster Regressschuldner ist damit der unmittelbare Rechtsvorgänger des nun ausgeschlossenen Gesellschafters.⁵²²

So wird jeder Rechtsvorgänger des kaduzierten Gesellschafters nacheinander aufgefordert, die Einlagenschuld zu begleichen (*Staffelregress*).⁵²³

Teilzahlungen, die von einem Rechtsvorgänger geleistet werden, werden auf die Schuld angerechnet und mindern diese um den jeweiligen Betrag. Es können jedoch auch weitere fällig gewordene Einlageraten hinzukommen. Zinsen oder rückständige Nebenleistungen werden nicht hinzugerechnet.⁵²⁴

Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, noch vor dem Verstreichen der Monatsfrist und der Mutmaßung, dass aufgrund dieser Tatsache der Anteil nicht einbringbar ist, klage- und vollstreckungsweise den Anspruch durchzusetzen.⁵²⁵

Gemäß § 22 Abs. 4 GmbHG kann ein zahlender Rechtsvorgänger den Anteil erwerben. Dies gilt auch, sofern die Zahlung im Zwangsvollstreckungsverfahren erlangt wurde.⁵²⁶

Der Erwerber des Geschäftsanteils besitzt dann alle Rechte und Pflichten eines Gesellschafters. Sollten erneut weitere Einlagebeträge gefordert werden, so schuldet der Erwerber diese und nicht mehr der kaduzierte Gesellschafter. Sonstige Pflichten, die im Rahmen der Kaduzierung entstanden sind, wie beispielsweise Verzugszinsen oder Vertragsstrafen, werden weiterhin vom ausgeschlossenen Gesellschafter geschuldet.⁵²⁷

Der § 22 GmbHG umfasst nur Bareinlageverpflichtungen, jedoch keine Sacheinlageverpflichtungen. Im Falle einer Sacheinlage haften die Rechtsvorgänger nur, wenn sich die Sacheinlageverpflichtung in eine Barzahlungsverpflichtung umgewandelt hat.⁵²⁸

Der Haftungszeitraum für den Rechtsvorgänger ist auf fünf Jahre nach seinem Ausscheiden begrenzt und beginnt mit dem Tag der wirksamen Eintragung seines Rechtsnachfolgers.⁵²⁹ Eine Verjährung der Regressforderung tritt nach 3 Jahren ein.⁵³⁰

⁵²¹ Ensthaler, Füller, Schmidt/*Ensthaler/Hannewald*, § 22 Rn. 7.

⁵²² Vgl. Heybrock/*Haag*, § 22 Rn. 5.

⁵²³ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 22 Rn. 7.

⁵²⁴ Vgl. Heybrock/*Haag*, § 22 Rn. 8.

⁵²⁵ Vgl. Wicke, § 22 Rn. 3.

⁵²⁶ Vgl. Wicke, § 22 Rn. 5.

⁵²⁷ Vgl. Wicke, § 22 Rn. 6.

⁵²⁸ Vgl. Michalski, Band 1 / *Ebbing*, § 22 Rn. 68.

⁵²⁹ Vgl. Lutter, Hommelhoff/*Bayer*, § 22 Rn. 8.

⁵³⁰ Vgl. Lutter, Hommelhoff/*Bayer*, § 22 Rn. 9.

3.5 Organisation

Die Implementierung einer Compliance-Organisation in einem Unternehmen ist nicht verpflichtend für Unternehmen.⁵³¹ Gleichzeitig liegt es im ureigenen Interesse der Unternehmensleitung, die eigene Haftung zu begrenzen, in dem Vorkehrungen getroffen wurden, die einen Schadensfall vermeiden. Dies gilt für ein großes Unternehmen aber gleichwohl auch für ein kleines und mittelständiges Unternehmen (KMU).

90% der KMU in Deutschland haben weniger als zehn Mitarbeiter und einen Jahresumsatz von nicht mehr als 2 Millionen Euro. Unter diesen Voraussetzungen scheint eine Implementierung einer eigenständigen Compliance-Organisation als nicht verhältnismäßig.⁵³²

Jedoch sollte gleichzeitig nicht davon ausgegangen werden, dass ein Geschäftsführer sämtliche Risiken überblicken kann oder über alle Einzelheiten Bescheid weiß.

Auch für die restlichen 10 % ist die Implementierung einer Compliance-Organisation nicht rechtlich vorgeschrieben. Eine nicht Beachtung dieser Möglichkeit der Organisation kann jedoch aufgrund der Dimensionen der heutigen Gesetzgebung nicht akzeptiert werden. Der Geschäftsführer trägt eine gewisse Verantwortung, der er nachkommen sollte, um nicht persönlich haften zu müssen.⁵³³

Der Geschäftsführer wird immer eine Abwägung zwischen Kosten und Nutzen einer solchen Organisation vornehmen und den Aspekt Compliance-Organisation eventuell sogar rein wirtschaftlich betrachten.⁵³⁴ Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass sich rechtskonformes Verhalten immer auszahlt, ob in einer erhöhten Reputation des Unternehmens oder eben dem Ausbleiben von öffentlichen Skandalen.⁵³⁵ Eine Missachtung bestimmter Gesetze kann im Falle einer Überprüfung durch Behörden zu weitaus höheren Aufwendungen führen, als der finanzielle Aufwand für die Einrichtung einer Compliance-Organisation.

Auch der Geschäftsführer hat ein ureigenes Interesse daran, eine Compliance-Organisation einzurichten, um den erheblichen persönlichen Haftungsrisiken zu entgehen, die trotz einer haftungsbeschränkten Rechtsform weiter bestehen können.

Ziel der Einrichtung einer Compliance-Organisation ist also nicht nur der „Schutz des Unternehmens vor zivilrechtlichen Haftungsansprüchen sowie straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen, sondern ebenfalls [die] Minimierung persönlicher zivil- und strafrechtlicher Haftungsrisiken der Mitglieder der Unternehmensleitung und der Mitarbeiter“.⁵³⁶ Unter Beachtung der Unternehmensstrategien, die dem Ganzen übergeordnet sind, soll *zwingendes Recht* berücksichtigt werden und die Gestaltungsspielräume des *dispositiven Rechts* ausgenutzt werden, um die Unternehmensziele zu erreichen.⁵³⁷

Compliance ist also nicht nur eine Aufgabe der Unternehmensleitung, sondern muss ebenfalls im Bewusstsein eines jeden Mitarbeiters verankert sein, auch wenn in erster Linie der Geschäftsführer die Verantwortung trägt.⁵³⁸

⁵³¹ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O.: Modelle der Compliance-Organisation in Unternehmen - Wider den Chief Compliance Officer als „Überoberverantwortungsnehmer“, 2011, S. 963.

⁵³² Vgl. Strothmeyer, U.: Compliance – Risikobegrenzung und Imagevorteil, 2010, S. 144.

⁵³³ Vgl. Strothmeyer, U., S. 144.

⁵³⁴ Vgl. Strothmeyer, U., S. 146.

⁵³⁵ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O., S. 964.

⁵³⁶ Gößwein, G, Hohmann, O., S. 964.

⁵³⁷ Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.): Compliance-Management für mittelständische Unternehmen – Ein Modell für die Praxis, Band 8, Wiesbaden 2012, S. 24.

⁵³⁸ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O., S. 964.

Ein allgemeingültiges Compliance-Organisations-Modell, welches alle Risiken umfasst, kann es aufgrund der unterschiedlichen Risiken und der individuellen Anforderungen an ein solches Modell nicht geben.⁵³⁹ Dennoch lassen sich gewisse Grundstrukturen aufzeigen, an die die jeweiligen Anforderungen angepasst werden müssen.

Es kann unterschieden werden zwischen *horizontaler* Aufgaben- und Verantwortungsdelegation und *vertikaler* Aufgaben- und Verantwortungsdelegation.

Die *horizontale* Aufgabendelegation belässt die Gesamtverantwortung bei in der Geschäftsführung, wird dort jedoch in verschiedene Ressorts aufgeteilt. Dieser Aufteilung liegt die Annahme zu Grunde, dass jedes Ressort eigene spezielle Compliance-Schwerpunkte besitzt. Dennoch wird nicht davon ausgegangen, dass diese von einem Organmitglied sachgerecht verantwortet werden können.⁵⁴⁰ Dadurch können für die nicht zuständigen Geschäftsführer die Risiken minimiert werden, aber nicht ausgeschlossen werden. „Dem *unzuständigen* Organmitglied verbleiben gegenüber dem jeweils *zuständigen* Organmitglied im Hinblick auf die übertragenen Verantwortungsbereiche grundsätzlich nur Informations- und Überwachungspflichten.“⁵⁴¹

Sollte es bei einem Compliance-Organisationsmodell lediglich um die Verringerung von Haftungen für die Geschäftsführung gehen, wäre eine solche Struktur vorteilhaft. Im Hinblick auf eine effektive Steuerung ergeben sich jedoch Nachteile. So könnte von den Mitarbeitern in einer solchen Organisation Compliance lediglich als „Chefsache“ verstanden werden, zu der der Einzelne keinen Bezug mehr hat.

Die *vertikale* Aufgabendelegation wird meist zusätzlich zu einer ohnehin schon horizontalen Delegation implementiert. Bei dieser Form der Delegation muss besonders darauf geachtet werden, dass eine sorgfältige Personalauswahl stattgefunden hat, eine fachlich ausreichend qualifizierte und kompetente Person ausgewählt wurde und dieser Person im Rahmen ihrer Tätigkeit ausreichende Kapazitäten zur Verfügung stehen, um auch die ihr übertragenen Aufgaben tatsächlich erfüllen zu können.⁵⁴² Zudem muss eine gründliche Einführung in das Aufgabengebiet stattfinden sowie eine laufende Überwachung der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung.⁵⁴³ Bei Fehlverhalten muss zudem eine Intervention seitens der Geschäftsführung erfolgen.

Durch diese Organisation entsteht eine hierarchisch angeordnete Compliance-Organisation, in der die Mitarbeiter auf ihrer jeweiligen Stufe von der nächsten höheren Stufe überwacht werden. Die höchste Stufe bildet dabei die Geschäftsführung.⁵⁴⁴

⁵³⁹ Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.), S. 23.

⁵⁴⁰ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O., S. 964.

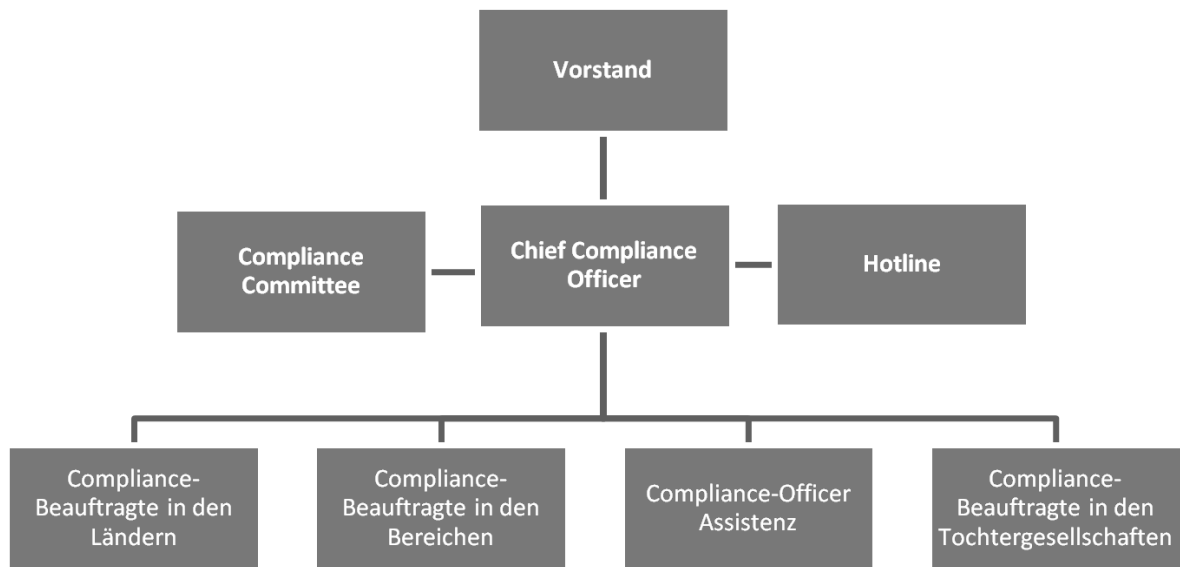
⁵⁴¹ Gößwein, G, Hohmann, O., S. 965.

⁵⁴² Gößwein, G, Hohmann, O., S. 965.

⁵⁴³ Vgl. Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 46.

⁵⁴⁴ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O., S. 965.

Eine grobe Struktur, die der vertikalen Aufgabendelegation folgt, könnte wie folgt aussehen:



Compliance Organisationsmodell⁵⁴⁵

In der konkreten Ausgestaltung einer Compliance-Organisation wird meist die Ernennung eines Chief Compliance Officers (COO) vorgenommen, der dann als einzelne Person die Aufgaben übernimmt und Verantwortung tragen muss. Auch die Einrichtung eines Compliance-Committee als Gruppe aus Unternehmensangehörigen ist denkbar.⁵⁴⁶

Neben dem COO oder einem Compliance Committee können noch weitere Ebenen eingerichtet werden:⁵⁴⁷

- „Compliance-Manager in den einzelnen Ländern
- Unabhängiges Kontrollgremium
- Verantwortlicher in der Rechtsabteilung, wenn dieser nicht sogar COO ist
- Hotline, um auch die Möglichkeit der Anonymität zu wahren
- Compliance-Verantwortliche in den einzelnen Bereichen
- Interne Revision
- Compliance-Assistenz des COO“

„Die jeweiligen Zuständigkeiten [müssen] unmissverständlich festgelegt und die Funktionen und Maßnahmen klar und eindeutig definiert sein müssen. Dabei ist sicherzustellen, dass die verschiedenen Verantwortungsbereiche überschneidungsfrei sind und Doppelzuständigkeiten vermieden werden.“⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ Quentmeier, H.: Praxishandbuch Compliance – Grundlagen, Ziele und Praxistipps für Nicht-Juristen, 2012, S. 36.

⁵⁴⁶ Vgl. Gößwein, G, Hohmann, O., S. 965.

⁵⁴⁷ Quentmeier, H., S. 36.

⁵⁴⁸ Vgl. Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S.46.

Sollte die Organisation geändert werden, müssen auch Funktionen und Maßnahmen entsprechend angepasst werden. Diese Anpassungen und Änderungen müssen schriftlich fixiert sein, so dass sie jederzeit nachgeprüft und nachvollzogen werden können.⁵⁴⁹

Die Compliance-Organisation kann zudem noch die Sanktionierung im Fall von Fehlverhalten und daraus resultierenden Schäden beinhalten. Doch trotz dieser ganzen Maßnahmen gibt es immer noch gewisse Grenzen der Compliance-Organisation. So kann ein bewusstes kriminelles Handeln eines Einzelnen nie komplett verhindert werden. Jedoch kann die Möglichkeit für ein solches Verhalten erheblich erschwert werden.⁵⁵⁰

Da wie eingangs erwähnt für kleine Unternehmen die Schaffung einer eigenen Compliance-Abteilung als nicht verhältnismäßig erscheint, können hier Checklisten einem Geschäftsführer helfen, die Risiken des Alltags zu überblicken und zu bewältigen.

3.6 Kommunikation

Die Kommunikation innerhalb eines Unternehmens geht in alle Richtungen und hat damit verschiedenste Adressaten. Zum einen kommuniziert die Geschäftsleitung mit den Arbeitnehmern *intern*. Daneben gibt es die *externe* Kommunikation mit Stake Holdern, Aufsichtsbehörden oder der Presse. Oder es erfolgt eine Kommunikation mit Geschäftspartnern. Zudem kommunizieren auch umgekehrt die Mitarbeiter mit ihrem Arbeitgeber, weisen ihn auf Fehler oder Missstände hin.

Besonders in der Einführungsphase eines Compliance System kommt der Kommunikation eine hohe Bedeutung zu. Das Commitment der Geschäftsleitung muss kommuniziert werden.⁵⁵¹ Das Unternehmen muss für den entsprechenden Rahmen sorgen, also für ein optimales Umfeld im Sinne von Kommunikationskanälen sorgen.⁵⁵² Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten der Kommunikation:⁵⁵³

- „Informationsbroschüren mit Anschreiben an die Mitarbeiter versenden,
- Internetseite des Unternehmens,
- verpflichtende Schulungsveranstaltungen für alle Mitarbeiter durch interne und externe Berater, die einmal jährlich wiederholt werden sollten,
- Vorträge auf Tagungen, z.B. des Außendienstes,
- Intranetseite speziell zu Compliance-Themen,
- E-Mails der Geschäftsleitung,
- den Mitarbeitern Web-basierte Trainings zur Verfügung stellen.“

Die Kommunikation der Geschäftsleitung mit den Mitarbeitern birgt in sich Risiken, wenn etwa unsichere Erkenntnisse kommuniziert werden, oder zu frühzeitig bestimmte Informationen preisgegeben werden.⁵⁵⁴

Das Unternehmen muss sicherstellen, dass alle Zielgruppen dieser Kommunikation die Möglichkeit haben, jegliche Neuerungen, Änderungen und Neuigkeiten zu erfahren. Danach gilt es

⁵⁴⁹ Vgl. Quentmeier, H., S. 36.

⁵⁵⁰ Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.), S. 24.

⁵⁵¹ Vgl. Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 44.

⁵⁵² Steßl, A.: Im Blickpunkt: Erfolgreiche Compliance-Kommunikation in: Betriebs Berater Heft 41, 2012 S. VI.

⁵⁵³ Quentmeier, H., S. 26.

⁵⁵⁴ Vgl. Strothmeyer, U., S. 149.

sicherzustellen, dass diese Inhalte und die beabsichtigten Ziele auch richtig verstanden werden. Wird falsch kommuniziert, oder findet die Kommunikation nur beschränkt statt, führt dies zu Unsicherheit auf Seiten der Betroffenen. Um dies zu vermeiden, sollten beispielsweise Neueinsteigern bereits von Beginn an die entsprechenden Unterlagen zur Verfügung gestellt werden und sie sollten in Schulungen weiter sensibilisiert werden.⁵⁵⁵

Aber auch die Kommunikation des Mitarbeiters mit dem Arbeitgeber ist entscheidend für den Erfolg von Compliance. Unter Beachtung der Tatsache, dass kein Arbeitnehmer sich strafrechtlich selbst belasten wird, ist er dennoch gemäß §§ 611, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Arbeitgeber Tatsachen mitzuteilen, die das Unternehmen vor massiven Schäden bewahren können.⁵⁵⁶

Um die Kommunikation erfolgreich zu gestalten, muss gewährleistet sein, dass Risiken auch in der jeweiligen Ebene im Unternehmen kommuniziert werden, so dass entsprechende Maßnahmen getroffen werden können, um das Risiko zu minimieren.⁵⁵⁷

Rückmeldungen besonders im Prozess der Compliance System Integration können helfen, die Prozesse weiter zu optimieren. Es muss daher eine positive Atmosphäre geschaffen werden, in denen die Mitarbeiter Dinge hinterfragen und diskutieren. Somit können auch die Betroffenen in den Prozess mit eingebunden werden, was eine höhere Akzeptanz für die geplanten Veränderungen schafft und somit letztlich auch zu einem weitaus effektiveren Prozess führt.⁵⁵⁸

Bekannt sich die Unternehmensleitung klar zu dem Compliance Prozess, kann eine Art „Wir-Gefühl“ entstehen, das innerhalb des Unternehmens zu mehr Zufriedenheit führen kann. Zudem kann so an die externen Partner ein klares Statement kommuniziert werden.⁵⁵⁹

Eine offene Kommunikation ist vor allem auch deswegen nötig, da etwaige Änderungen auch erheblichen Einfluss auf die Geschäfte mit den Partnern haben. Hier muss ein großes Maß an Aufklärungsarbeit geleistet werden, um die Betroffenen zu überzeugen und eine Geschäftsbeziehung nicht zu gefährden.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ Vgl. Steßl, A., S. VI.

⁵⁵⁶ Vgl. Strothmeyer, U., S. 149.

⁵⁵⁷ Vgl. Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 44.

⁵⁵⁸ Vgl. Steßl, A., S. VI.

⁵⁵⁹ Vgl. Steßl, A., S. VI.

⁵⁶⁰ Vgl. Steßl, A., S. VI.

3.7 Commitment

Damit das *Compliance-Management-System* auch wirkungsvoll in der Praxis im Unternehmen funktioniert, ist es elementar wichtig, dass sich die Unternehmensleitung glaubwürdig zur Compliance bekennt.⁵⁶¹ Compliance darf in dem Unternehmen nicht als bloßer Formalakt gelten, sondern muss konsequent und uneingeschränkt von der Unternehmensleitung umgesetzt werden.⁵⁶²

Dafür ist es wichtig, dass die Geschäftsleitung Verstöße in der Organisation kritisch hinterfragt, bekämpft und sie keinesfalls toleriert, weil sie doch Umsatz generieren. Leider zeigt sich in der Praxis öfters der Fall, dass Zuwiderhandlungen unter dem Druck des Erreichens von Zielvorgaben – z.B. Umsatzziele – erfolgen. Somit ist es wichtig, dass das Compliance-Thema von der Unternehmensleitung in einem *top-down-Verfahren* mit einer *Zero-Tolerance-Policy* angegangen wird.⁵⁶³

Die Unternehmensleitung muss Compliance vorleben und die Thematik pro-aktiv angehen. Darüber hinaus ist es für die Unternehmensleitung wichtig, den Mitarbeitern aufzuzeigen, dass Verstöße nicht geduldet und sanktioniert werden. Dadurch kommuniziert die Geschäftsleitung ein deutliches Signal an die Belegschaft, dass die Missachtung der im Unternehmen geltenden Compliance-Regeln nicht zum Wohle des Unternehmens ist, sondern dem Unternehmen schadet. In der Praxis haben sich mehr und mehr Ethik-Reglungen verbreitet, in denen unter anderem Standards zu Compliance-Fragen im Allgemeinen formuliert worden sind. Beispielhaft können auch Regelungen zur Mitarbeiterführung oder zum Verhalten gegen Korruption und Preisabsprachen enthalten sein.⁵⁶⁴

Ein wichtiger Aspekt ist auch die Globalisierung, da sich hierdurch auch Regeln für den Compliance-Katalog entwickeln, die z.B. in Deutschland selbstverständlich sind. Beispielhaft sei hier die Kinderarbeit genannt, die in Deutschland per Gesetz verboten ist, aber in einigen anderen Ländern der Welt noch praktiziert wird.⁵⁶⁵

3.8 Dokumentation

Dokumentation auf oberster Unternehmensebene

Wenn ein Unternehmen über eine funktionierende Compliance-Struktur verfügt, gilt es diese zu dokumentieren, damit die Entscheidungen, Prozesse, Maßnahmen und Berichtswege hinsichtlich der Compliance jederzeit nachvollzogen werden können.⁵⁶⁶ Das Ziel einer gewissenhaften Dokumentation ist somit der Nachweis, dass Compliance-Maßnahmen existieren, die Unternehmensleitung ihrer Sorgfaltspflicht nachgekommen ist und so bei einem Haftungsprozess über entlastende Beweise verfügt.⁵⁶⁷ Somit hat die Dokumentation eine Exkulpationsfunktion gegenüber Behörden und Gerichten und kann dadurch helfen, Schadenersatzansprüche oder sonstige Sanktionen von Dritten gegenüber dem Unternehmen, Mitgliedern der Geschäftsführung oder anderen handelnden Mitarbeitern abzuwenden bzw. abzumildern.⁵⁶⁸ Eine

⁵⁶¹ Vgl. Quentmeier, H., S. 25.

⁵⁶² Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 43.

⁵⁶³ Vgl. Strothmeyer, U., S. 63f.

⁵⁶⁴ Vgl. Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 43.

⁵⁶⁵ Vgl. Quentmeier, H., S. 25.

⁵⁶⁶ Vgl. Quentmeier, H., S. 42.

⁵⁶⁷ Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.), S. 164.

⁵⁶⁸ Vgl. Strothmeyer, U., S. 73.

besondere Bedeutung erhält die Dokumentation aufgrund § 93 Absatz 2 Satz 2 AktG, da die Vorstandsmitglieder „im Zweifelsfall die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beweisen haben“.⁵⁶⁹ Der Berichtsweg führt in der Regel von der Basis, d.h. dem Entstehungsort des Compliance-Falls, über die Compliance-Abteilung bzw. dem Compliance-Beauftragten zur Geschäftsleitung.⁵⁷⁰

Dokumentation der Tätigkeiten des Compliance-Beauftragten

Da im Haftungsprozess die Beweislast umgekehrt wird, sollten die Organe der Gesellschaft aus präventiven Gründen eine umfassende Dokumentation ihrer Compliance-Tätigkeiten vornehmen. Somit kann sich der Compliance-Beauftragte im Falle zivil- oder strafrechtlicher Klagen anhand seiner Dokumentation beweisen, dass er seine Verpflichtungen erfüllt hat und kann dies als Entlastung einsetzen. Daher ist die Dokumentation sämtlicher Compliance-Maßnahmen unabdingbar, um das Unternehmen, seine Organe und den Compliance-Beauftragten abzusichern. Als angemessene Dokumentationsmaßnahmen können von schriftlichen Protokollierungen bis zu EDV-gestützten Systemen viele Maßnahmen eingesetzt werden. Damit das Compliance-System personenunabhängig funktioniert, ist eine Dokumentation durch den Compliance-Beauftragten sinnvoll. Dadurch wird eine Weiterführung des Systems auch bei personellen Veränderungen ohne größere Probleme gewährleistet. Zusätzlich zu der Dokumentation über die durchgeführten Maßnahmen sind auch tatsächlich eingetretene Compliance-Fälle in einer Art Fall-Akte zu dokumentieren.⁵⁷¹

Dokumentation der Umsetzung der Compliance-Maßnahmen durch die Abteilungen des Unternehmens

Übertragen auf die **operativen Abteilungen** bedeutet dies für Abteilungsleiter, dass sie in ihren jeweiligen Abteilungen die umgesetzten Compliance-Maßnahmen angemessen dokumentieren, um sich – analog zum Compliance-Beauftragten – bei drohenden zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen entlasten zu können. Des Weiteren lässt sich dadurch die „weisungsmäße Durchführung der Maßnahmen nachprüfen“. Von Unternehmen zu Unternehmen muss entschieden werden, ob Abteilungen und deren Führungskräfte einen formalen Compliance-Report an den Compliance-Beauftragten liefern oder ob diese fallbezogen vorgehen. Generell haben es die operativen Abteilungen schwieriger, die Musterdokumentation zu nutzen, da diese nicht flexibel genug ist. Abhilfe schafft eine enge Abstimmung mit dem Compliance-Beauftragten sowie mit der Unternehmensleitung. So muss definiert werden, welche Inhalte wie und in welchem zeitlichen Rahmen zu dokumentieren sind. Dabei ist es wichtig, eine bürokratische Überlastung zu vermeiden. Abschließend bewertet der Compliance-Beauftragte die Effektivität der Maßnahmen.⁵⁷²

Nachfolgend werden als Praxistipp mögliche Schritte für die Untersuchung und Dokumentation eines Compliance-Falls dargestellt:

⁵⁶⁹ Vetter, E., in: Wecker, G. van Laak, H. (Hrsg.), S. 47.

⁵⁷⁰ Vgl. Strothmeyer, U., S. 73.

⁵⁷¹ Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.), S. 164f.

⁵⁷² Vgl. von Marnitz, L., in: Stober, R. (Hrsg.), S. 165.

Praxistipps:⁵⁷³

- die ursprüngliche und unverfälschte Meldung
- der Umfang der Untersuchung
- Auflistung der einzelnen Untersuchungsschritte
- Festhalten der Zwischenergebnisse
- Begründungen für getroffene Entscheidungen
- Umsetzung der getroffenen Entscheidungen.

Weiterhin kann es für die Dokumentation hilfreich sein, ein Formblatt zu entwerfen, das folgende Angaben enthalten könnte:

Praxistipps:⁵⁷⁴

- ein fortlaufendes Aktenzeichen (z.B. 01 / 2011)
- Name des Compliance-Beauftragten
- Eingangsdatum der Meldung
- Art des Eingangs der Meldung (z.B. per Post / Hotline / anonym etc.)
- Art des Compliance-Vorwurfs
- betroffene Abteilungen / Mitarbeiter sowie deren Vergehen
- weitere Abteilungen / Mitarbeiter, die mit involviert sind (inkl. Kontaktdaten)
- je nach Schwere des Falles erforderliche personelle Maßnahmen (z.B. muss der Betriebsrat eingeschaltet werden?)
- Ermittlungsschritte (Vgl. hierzu o.g. Praxistipps)
- Status des Falls
- Datum des Fallabschlusses
- eventuelle abschließende Maßnahmen inkl. Begründung

3.9 Organisationstabellen

Bei dem nachfolgenden Organisationsmodell handelt es sich um die tabellarische Darstellung der zuvor identifizierten Risiken. Detaillierte Ausführungen zum Lesen der Tabelle finden Sie in Punkt 2.4.

⁵⁷³ Vgl. Quentmeier, H., S. 42.

⁵⁷⁴ Vgl. Quentmeier, H., S. 43.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

	Verhältnisausprägung	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)	Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?	Rhythmus	Erledigt
1	Innenverhältnis	Kadenzierung	Verlust der Mitgliedschaft	§§ 21-24 GmbHG	Übrige Gesellschafter oder Rechtsvorgänger	Geschäftsführer	Rechtszeitige Zahlung der Einlagen	Monatlich	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
2	Innenverhältnis	Verdeckte Sacheinlage	Doppelte zu leistende Einlage im Insolvenzfall	§ 19 GmbHG	Gesellschafter	Geschäftsführer	Umwandlung von Bareinlagen in Sacheinlagen durch Gesellschaftsbeschluss mit satzungsgändernder Mehrheit	Einmalig - bei Leistung der Einlage	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
3	Innenverhältnis	Auffallhaftung	Mitgesellschafter haften für gesamte rückständige Einlage eines Gesellschafters	§ 24 GmbHG	Mitgesellschafter	Geschäftsführer	Prüfen ob alle Einlagen gezahlt wurden, oder ob noch welche zu zahlen sind	Monatlich	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
4	Innenverhältnis	Nachschusspflicht	Die Gesellschaft ist verpflichtet preisgegebene Anteile innerhalb eines Monats zu verwerten. Sollte sie es nicht schaffen und die Frist überziehen, können hieraus Schadensersatzansprüche für den ehemaligen Gesellschafter entstehen	§ 27 GmbHG	Gesellschafter	Geschäftsführer	Rechtszeitige Veräußerung des Geschäftsanteils anstreben	- Sonderfall -	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
5	Innenverhältnis	Unzulässige Rückzahlungen von Nachschüssen	Im Fall einer verbotenen Auszahlung haftet der Geschäftsführer	§ 30 Abs. 2 GmbHG	Geschäftsführer	Geschäftsführer	Überprüfung ob alle materiellen oder formellen Voraussetzungen erfüllt sind	Im Fall einer Rückzahlung	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
6	Innenverhältnis	Erstattungsanspruch (Kapitalerhaltung)	Hat ein Gesellschafter eine unzulässige Leistung erhalten hat, hat er diese Zahlung zurück in das Gesellschaftsvermögen zu zahlen	§§ 30, 31 GmbHG	Gesellschafter und Mitgesellschafter	Geschäftsführer	Die erhaltenen Leistungen sind im vollen Umfang rückgängig zu machen	Im Fall einer verbotenen Auszahlung	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
7	Innenverhältnis	Unwirksame Bestellung eines Geschäftsführers	Haben die Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers von Ausschlussgründen gewusst, liegt die Haftung bei den Gesellschaftern für Schäden, die durch den Geschäftsführer entstehen	§ 6 GmbHG	Gesellschafter	Gesellschafter	Beschauung der Grundstücke gemäß § 6 Abs. 2	Einmalig - bei Bestellung eines Geschäftsführers	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
8	Innenverhältnis	Feststellung des Jahresabschlusses und Ergebnisverwendung	Auszahlungssperre bei Verletzung der Kapitalerhaltungsgebote	§§ 29, 30 Abs. 1, 46 Nr. 1 GmbHG	Gesellschafter	Gesellschafter	Beschauung der Kapitalerhaltungsgrundstücke, ordnungsmäßige Bilanzierung, Berücksichtigung der Satzung, usw.	jährlich	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
9	Innenverhältnis	Haftung für Rechtsschein	Eine Pflichtverletzung führt zu einem Zwangsgeld durch das Registergericht	§ 35a GmbHG	Gesellschaft	Gesellschafter	Beschauung der Grundstücke gemäß § 35a	dauerhaft	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
10	Innenverhältnis	Haftung bei Geschäftsführerlosigkeit	Es droht den Gesellschaftern eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren	§ 15a InsO	Gesellschafter	Gesellschafter	Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen	- Sonderfall -	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
11	Innenverhältnis	Haftung als Rechtsvorgänger	Im Fall einer erfolgreichen Kadenzierung nach § 21 und dem Ausschluss eines Gesellschafters, haftet der Rechtsvorgänger für die rückständige (Bar-) Einlage	§ 22 GmbHG	Rechtsvorgänger	Geschäftsführer	Die Gesellschaft hat die Möglichkeit noch vor dem Verstreichen der Monatsfrist klage- und vollstreckungsweise den Anspruch durchzusetzen	Im Fall eines kaduzierten Gesellschafters	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
12	Innenverhältnis	Geldentmachung von Ersatzansprüchen	Es können Ersatzansprücheforderungen gegen den Gesellschafter entstehen	§ 46 Nr. 8 GmbHG	Gesellschafter	Gesellschafter	Vermeidung von Pflichtverletzungen gemäß § 9a GmbHG, Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treupflicht oder gegen Wettbewerbsverbote	dauerhaft	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐
13	Außenverhältnis	Durchgriffshaftung	Aufhebung des Trennungsprinzips. Haftung auch mit dem Privatvermögen	§§ 13, 30f GmbHG	Gesellschafter	Gesellschafter	Unterkapitalisierung, Spätervermischung, existenzvernichtender Eingriff vermeiden	dauerhaft	Erledigt ☐ Nicht erledigt ☐

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)						
	Verhältnisausprägung	Objekt (z.B. Haftung)	Risiko	Rechtsgrundlage	Geschädigter	Beauftragter (Wer befasst sich damit?)
						Was muss getan werden um Risiko zu verhindern?
						Frist- und Formvorschriften gem. § 51 GmbHG
						Rhythmus
						Erfolgt ☐ Nicht erfolgt ☐
1	Innenverhältnis	Einberufung der Gesellschafterversammlung	Schadensersatz aus negativer Veränderung aufgrund falscher oder unterlassener Einberufung	§§ 49 iVm. 43 Abs. 2 und 51 GmbHG	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter	Geschäftsführer
2	Innenverhältnis	Verbotene Konkurrententätigkeit (für den Geschäftsführer)	Schadensersatz und Kündigung/ Auflösung des Dienstvertrages	§§ 43 Abs. 2, 84 GmbHG und § 626 BGB	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter	Geschäftsführer/ faktische Geschäftsführer
3	Innenverhältnis	Drohende Absenkung der Stammeinlagen	Schadensersatz und Kündigung/ Auflösung des Dienstvertrages	§ 43 Abs. 3 GmbHG	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter	Geschäftsführer
4	Innenverhältnis	Kaduzierung		§ 21 GmbHG	Übrige Gesellschafter oder Rechtsvorgänger	Geschäftsführer
5	Innenverhältnis	Durchführung geschäftsfremder Geschäfte	Schadensersatz und Kündigung/ Auflösung des Dienstvertrages	§ 43 Abs. 2 GmbHG	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter	Geschäftsführer
6	Innenverhältnis	Haftung aus Vertretung (intern)	Schadensersatz und Kündigung/ Auflösung des Dienstvertrages	§ 35 GmbHG	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter	Geschäftsführer
7	Innen- / Außenverhältnis	Ver spätete Insolvenzantragstellung	Schadensersatz und ggfs. strafrechtliche Konsequenzen	§§ 15, 15a, 18 InsO und § 43 Abs. 3 GmbHG	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter, Gläubiger	Geschäftsführer (Liquidator) iVm. Gesellschafter
8	Innenverhältnis	Zahlung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit	Ersatzanspruch eigener Art, Schadensersatz	§§ 64 Satz 3, 43 Abs. 2 und 3 GmbHG iVm. 826 und 830 BGB	Gesellschaft	Geschäftsführer
9	Innenverhältnis	Unterlassene Verlustanzeige und falsche Angaben in der insolvenz	Strafrechtliche Konsequenzen, Schadensersatz	§ 84 GmbHG, §§ 38, 40, 47, 70 StGB	Die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter, Gläubiger	Geschäftsführer
10	Außenverhältnis	Haftung aus Vertretung (extern)	Schadensersatz, persönliche Vertragspartei	§ 179 BGB, §§ 35, 35a GmbHG	Dritte	Geschäftsführer
11	Außenverhältnis	Haftung bei Wertbewebsverstößen im Namen der GmbH	persönliches Haftungsrisiko bei der Verletzung des Immatentigkeitsrechts, Schadensersatz	§ 43 Abs. 2 GmbHG, § 3, 4, 5 UWG, § 1 GWB	Dritte, Gesellschaft	Geschäftsführer
12	Außenverhältnis	Ver spätete Einreichung des Jahresabschlusses	Ordnungsgeld bis zu 25 000 Euro	§ 325 HGB, §§ 41, 42a GmbHG	Dritte, Gläubiger	Geschäftsführer
13	Außenverhältnis	Haftung aus Delikt	Schadensersatz	§§ 823, 826 BGB, § 43 Abs. 2 GmbHG	Dritte	Geschäftsführer
14	Außenverhältnis	Haftungsrisiken beim Gesellschaftenwechsel	Schadensersatz	§ 40 GmbHG, § 1922 BGB	Gläubiger, Gesellschafter	Geschäftsführer

4. Literaturverzeichnis

- Altmeppen, H.**, Probleme der Konkursverschleppungshaftung, in: ZIP 1997, 1173
- Altmeppen, H., Roth, G. H.**, Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage, (2012)
- Bartl, H., Bartl, H., Fichtelmann, H., Koch, G., Schlarb, B.**, Kommentar zum GmbHG, 6. Auflage, (2009)
- Baumbach, A., Hopt, K.**, Handelsgesetzbuch; 35. Auflage, (2011)
- Baumbach, A.**, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Auflage, (2009)
- Behringer, S.** (Hrsg.) in: Compliance kompakt: Best Practice im Compliance-Management; 2. Auflage, (2011)
- Bungartz, O.** in: Handbuch interne Kontrollsysteme (IKS): Steuerung und Überwachung von Unternehmen; 3. Auflage, (2011)
- Campos Nave, S.** in: Rechtsstaatliche Regeltreue? Corporate Compliance als zwingende Antwort des freiheitsliebenden Unternehmens im Wirtschaftsstrafrecht; 1. Auflage, (2012)
- Campos Nave, S.; Jäger, A.; Rödl, C.** in: Praxishandbuch Corporate Compliance: Grundlagen, Checklisten, Implementierung; 1. Auflage, (2009)
- Czogalla, M.** (o.J.) in: Die Kommanditgesellschaft; online unter: <http://www.rhein-neckar.ihk24.de/recht/gesellschaftsrecht/Gesellschaftsformen/PersGesells/462940/Kommanditgesellschaft.html> (Stand 01.01.2012).
- Ebenroth, C. T.; Boujong, K.; Joost, D.; Strohn, L.** in: HGB Handelsgesetzbuch Band 1; 2. Auflage, (2008)
- Ensthaler, J., Füller, J. T., Schmidt, B.**, Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage, (2009)
- Haag, O.; Löffler, J.** (Hrsg.), Praxiskommentar zum Handelsrecht; 1. Auflage, (2010)
- Hauschka, C. E.**, Corporate Compliance; 2. Auflage, (2010)
- Heybrock, H.** (Hrsg.), Praxisratgeber Compliance: Compliance Managementsysteme in Funktionsbereichen des Unternehmens; 1. Auflage, (2012)
- Hommelhoff, P., Priester, J.**, Bilanzrichtliniengesetz und GmbH-Satzung, in: ZGR 1986, 463
- Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.** Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW EPS 980), (2010)
- Junc, L.** in: Corporate-Compliance-Berichterstattung in Deutschland; 1. Auflage, (2010)
- Kießling, E.**, Das Gesamthandsprinzip bei Personengesellschaften in: Festschrift für Walther Hadding; 1. Auflage, (2004)
- Kirchner, C.** (o.J.) in: Gesellschaftsrecht (WS 2010/11); online unter: <http://kirchner.rewi.hu-berlin.de/6Materialien/1011/vl-gesr/gesr-3.pdf> (Stand: 15.10.2012).
- Koller, I.; Roth, W.-H.; Morck, W.**, HGB Handelsgesetzbuch; 7. Auflage, (2011)
- Luther, M., Hommelhoff, P.**, Kommentar zum GmbHG, 18. Auflage, (2012)
- Luther, M.**, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, 10 Gebote an den Geschäftsführer, in: GmbHR 2000, 301

- Mengel, Anja**, Compliance und Arbeitsrecht; 1. Auflage, (2009)
- Michalski, L.**, Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage, (2010)
- o.V.** (o.J.) in: Die Treuepflichten des Gesellschafters; online unter: <http://www.legitas.de/Die-Treuepflicht-des-Gesellschafters.427.0.html> (Stand: 16.10.2012).
- Ohrtmann, N.**, Compliance; 1. Auflage, (2009)
- Pohlmann, P.**, Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in WM 2002, 1421
- Quentmeier, H.**, Praxishandbuch Compliance-Grundlagen, Ziele und Praxistipps für Nicht-Juristen, Wiesbaden, (2012)
- Römermann, V.**, Die PartG mbH – eine neue attraktive Rechtsform für Freiberufler, in: NJW 2013, 2305
- Schmidt, K.**, Gesellschaftsrecht; 4. Auflage, (2002)
- Schmidt, K.** (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch; 3. Auflage, (2011)
- Schmidt, K.**, Die BGB-Außengesellschaft – rechts- und parteifähig, in: NJW 2001, 993
- Schmolke, K. U.**, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, Kommentierung zu §§ 30 und 31 GmbHG, München 2009
- Schneider, Uwe H.**, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, in: ZIP 2003, 645
- Scholz, F.**, Kommentar zum GmbHG, 10. Auflage, (2009)
- Seibert, U.**, Die Partnergesellschaft für die Freien Berufe, in: DB 1994, 2381
- Seitz, C.** (o.J.) in: Kommanditgesellschaft (KG); online unter: <http://www.frankfurt-main.ihk.de/existenzgruendung/rechtsfragen/idem/kg/> (Stand 01.11.2012).
- Sonneborn, T.** (o.J.) in: Krisenmanagement für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein kurzes Merkblatt – online unter: <http://www.rechtsanwaelte-ls.de/downloads/gbr-krisenmanagement.pdf> (Stand 01.11.2012).
- Staub, H.; Ulmer, P.; Canaris, C.-W.; Schilling, W.**, Handelsgesetzbuch Großkommentar; 5. Auflage, (2010)
- Steiß, A.**, Im Blickpunkt: Erfolgreiche Compliance-Kommunikation in: BB 2012, S. VI
- Strothmeyer, U.**, Compliance-Risikobegrenzung und Imagevorteil, Sipplingen, (2010)
- Ulmer, P.; Schäfer, C.**, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft; 5. Auflage, (2009)
- v. Hehn, P. A.; Hartung, W.**, Unabhängige interne Untersuchung in Unternehmen als Instrument guter Corporate Governance – auch in Europa?; 1. Auflage, (2006)
- v. Marnitz, L.**, Compliance-Management für mittelständische Unternehmen – Ein Modell für die Praxis, in: Stober, R. (Hrsg.): Schriften aus dem Forschungsinstitut für Compliance, Sicherheitswirtschaft und Unternehmenssicherheit (FORSI), Band 8, Hamburg 2011
- Wecker, G.; van Laak, H.** (Hrsg.), Compliance in der Unternehmenspraxis; 2. Auflage, (2009)
- Wiedemann, H.** (1980) in: Gesellschaftsrecht; Band 1.