

Kaya, Devrimi

Working Paper

Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer GmbH & Co. KG zur Vermeidung der Offenlegung des Jahresabschlusses nach HGB

Working Papers in Accounting Valuation Auditing, No. 2010-1

Provided in Cooperation with:

Friedrich-Alexander University Erlangen-Nuremberg, Chair of Accounting and Auditing

Suggested Citation: Kaya, Devrimi (2010) : Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer GmbH & Co. KG zur Vermeidung der Offenlegung des Jahresabschlusses nach HGB, Working Papers in Accounting Valuation Auditing, No. 2010-1, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lehrstuhl für Rechnungswesen und Prüfungswesen, Nürnberg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/30192>

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.



Working Papers in Accounting Valuation Auditing Nr. 2010-1

Devrimi Kaya

Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters
bei einer GmbH & Co. KG zur Vermeidung der
Offenlegung des Jahresabschlusses nach HGB

**Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer GmbH & Co. KG
zur Vermeidung der Offenlegung des Jahresabschlusses nach HGB**

Working Papers in Accounting Valuation Auditing Nr. 2010-1

Devrimi Kaya*

Autor: * Dipl.-Kfm. Devrimi Kaya, Lehrstuhl für Rechnungswesen und Prüfungswesen, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Lange Gasse 20, D-90403 Nürnberg, Tel. +49 911 5302 761, Fax + 49 911 5302 401, devrimi.kaya@wiso.uni-erlangen.de

Schlagwörter: EHUG, Offenlegungsstrategien, GmbH & Co. KG, Vollhafterlösung, Gesellschaftsrecht

Title: Avoiding the disclosure of financial statements according to German Commercial Code (HGB)

- balancing limited and personal liability

Abstract: The paper analyses a strategy for avoiding the disclosure of the financial statements of a limited partnership with a limited liability company as general partner (GmbH & Co. KG) according to German Commercial Code (HGB). It describes the formal process of the joining of a natural person as an additional general partner to a 'GmbH & Co. KG' and gives recommendations how to arrange the legal position of this partner in the partnership agreement effectively.

Keywords: EHUG, disclosure strategies, limited partnership with a limited liability company as general partner, corporate law

JEL Classification: G18, G38, K22, M41, M42

Gliederung

1. Einleitung	3
2. Formeller Ablauf des Eintritts eines natürlichen Vollhafter	4
3. Ausgestaltung der Rechtsstellung	7
3.1 Geschäftsführung und Vertretung	7
3.2 Vermögensbeteiligung, Ergebnisbeteiligung und Entnahmerechte.....	9
3.3 Auskunftsrecht und Stimmrecht	11
3.4 Haftung	14
3.5 Haftungsvergütung	18
3.6 Ausschluss des Vollhafter	20
3.7 Tod des Vollhafter	25
3.8 Grenzen der Gestaltung	27
3.9 Wechsel des Kommanditisten in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters	29
4. Fazit.....	30
Literaturverzeichnis	32

1. Einleitung

Die Aufnahme einer natürlichen Person i.S.d. §§ 1 ff. BGB als (zusätzlich) persönlich haftender Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft i.S.d. § 264 a Abs. 1 Nr. 1 HGB¹ verfolgt das Ziel, den Anwendungsbereich der Publizitätsvorschriften nach HGB zu umgehen.² Die ergänzenden Vorschriften der §§ 264 - 330 HGB hinsichtlich der Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung von Kapitalgesellschaften sind nur auf solche Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG anzuwenden, zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern mittelbar oder unmittelbar keine natürliche Person gehört.³ Mit dem Eintritt einer natürlichen Person als Vollhafter entfällt die Pflicht zur Anwendung dieser Vorschriften.⁴

Die größte Wirkung wird mit dieser Vermeidungsstrategie dann erzielt, wenn bestenfalls die Publizitätsvorschriften nach § 9 PublG auch nicht greifen. Folglich ist diese Gestaltung für Personenhandelsgesellschaften i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 PublG besonders sinnvoll, welche die Größenkriterien des § 1 Abs. 1 PublG unterschreiten. Im Vorfeld der erstmaligen Anwendung des KapCoRiLiG⁵ ist die sog. Vollhafterlösung vielfach erörtert worden und steht im Zentrum der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsüberlegungen.⁶ Insbesondere wird dabei der Frage nachgegangen, ob die Umgehung der Offenlegungsvorschriften nach HGB durch die Aufnahme einer natürlichen Person, die aufgrund der persönlichen Haftung von Komplementären vorzugsweise mittellos sein sollte, zulässig ist.

Im Folgenden wird zunächst der formelle Ablauf des Eintritts eines persönlich haftenden Gesellschafters dargestellt. Danach wird die Frage diskutiert, wie aufgrund der

¹ Im Folgenden wird im Rahmen von Kapitalgesellschaften & Co.-Gestaltungen stets vereinfachend von einer GmbH & Co. KG ausgegangen, die nicht vermögensverwaltend tätig ist.

² Vgl. Bitter, Bernhard/ Grashoff, Dietrich: DB 2000, S. 838.

³ Vgl. Herrmann, Horst: WPg 2001, S. 271.

⁴ Vgl. IDW, RS HFA 7: Fachnachrichten Nr. 9, WPg 2008, S. 371.

⁵ Vgl. KapCoRiLiG vom 24.2.2000, BGBl. I 2000, S. 154.

⁶ Vgl. Hahn, Jürgen: GmbHR 2000, S. R 70; Uhlenbruck, Wilhelm: GmbHR 2000, S. R 1; Zimmer, Daniel/ Eckhold, Thomas: NJW 2000, S. 1361 ff.; Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 413 ff.; Dorozala, Ingo/ Söffing, Matthias: DStR 2000, S. 1568 f.

Dispositivität des Gesellschaftsrechts die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters einzelvertraglich ausgestaltet werden sollte. Um die Strategie so einfach und wirkungsvoll wie möglich zu gestalten, wird davon ausgegangen, dass die Komplementär-GmbH weiterhin bei der GmbH & Co. KG besteht und nicht gegen die natürliche Person ausgetauscht wird. Weiterhin wird ausschließlich der Fall betrachtet, dass der Vollhafter Gesellschafter der KG ist und keine Gesellschafterstellung bei der GmbH einnimmt.⁷ Die folgende Abbildung verdeutlicht die Struktur der zuvor personen- und beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG⁸ nach Aufnahme der natürlichen Person als Komplementär:

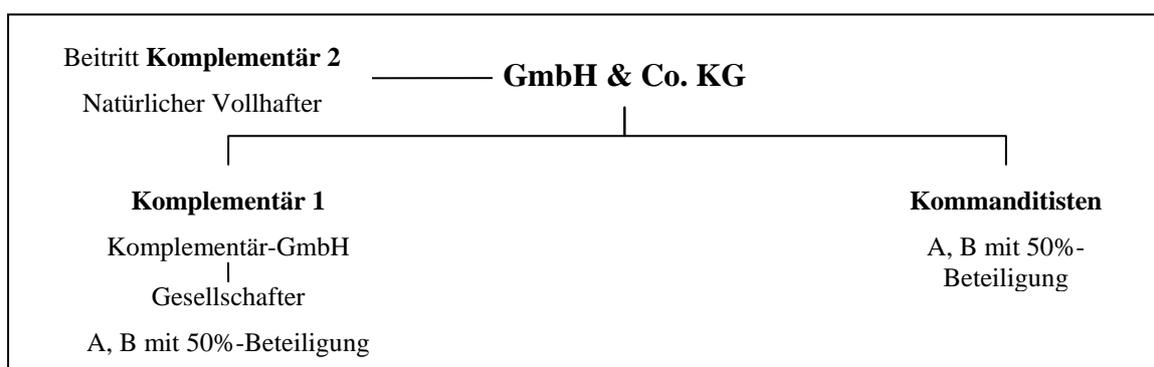


Abb. 1: Aufnahme eines natürlichen Vollhafters bei einer GmbH & Co. KG

2. Formeller Ablauf des Eintritts eines natürlichen Vollhafters

Grundsätzlich kann im Zuge des Eintritts eines Neu-Gesellschafters in die KG jede unbeschränkt rechtsfähige natürliche Person die Stellung eines Komplementärs einnehmen.⁹ Voraussetzung für die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters in den bestehenden Gesellschafterkreis ist der Abschluss eines Aufnahmevertrages zwischen den bisherigen Alt-Gesellschaftern und dem Neu-Gesellschafter. Der Aufnahmevertrag bedarf im

⁷ Zum gleichzeitigen Eintritt des Gesellschafters bei der GmbH, vgl. Reichert, Jochem: § 27, Rn. 18 - 32.

⁸ Hinsichtlich der unterschiedlichen Erscheinungsformen bei der GmbH & Co. KG, vgl. Heidelberg, Anna/ Renz, Hartmut: Veröffentlichungspflichten, S. 155.

⁹ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 143.

Grundsatz der Zustimmung aller Gesellschafter.¹⁰ Folglich wird der Aufnahmevertrag erst dann wirksam, wenn auch der letzte Gesellschafter zugestimmt hat.¹¹ Der Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages ist nicht notwendig, wobei jedoch der Aufnahmevertrag eine Änderung des bisherigen Gesellschaftsvertrages darstellt¹² und grundsätzlich formfrei¹³ ist.¹⁴

Personenhandelsgesellschaften, die eine Aufnahme einer natürlichen Person als Vollhafter beabsichtigen, sollten Bestimmungen über den Eintritt neuer Gesellschafter bereits in den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag aufnehmen. Dabei kann der Gesellschaftsvertrag die Aufnahme neuer Gesellschafter einem Mehrheitsbeschluss der bisherigen Gesellschafter überlassen.¹⁵ Es ist davon abzuraten, die Aufnahme von der Erfüllung bestimmter Kriterien wie Alter oder Verwandtschaftsgrad abhängig zu machen.¹⁶ Derartige Kriterien stellen bereits im Vorfeld der Umsetzung dieser Vermeidungsstrategie eine Erschwernis bei der Suche nach einem geeigneten Vollhafter dar und sind da-

¹⁰ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 143.

¹¹ Unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist ein Zwang zur Zustimmung nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Nach h.M. stellt die Vermeidung der Offenlegung des Jahresabschlusses nicht einen solchen Ausnahmefall dar. Vgl. OLG München, Urteil vom 5.2.1997 - 7 U 4069/96, DB 1997, S. 567 ff.; Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 143.

¹² Vgl. Reichert, Jochem: § 27, Rn. 3.

¹³ Eine andere Situation ergibt sich, wenn in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eine sog. Schriftformklausel vereinbart ist. Dann kann sich der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag nur durch einen schriftlichen, also nicht formfreien Aufnahmevertrag i.S.d. § 126 BGB ändern. Weiterhin kann sich aus dem (alten) Gesellschaftsvertrag ergeben, dass eben doch der Abschluss eines neuen Vertrages notwendig ist. Vgl. Michalski, Lutz: DStR 1998, S. 771 ff.; Reimann, Wolfgang: DStR 1991, S. 154 ff.

¹⁴ Ob in der unentgeltlichen Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters in die KG eine Schenkung der Beteiligung nach den §§ 516 ff. BGB vorliegen kann, lässt die Rechtsprechung offen. Dagegen kann in der Aufnahme eines Kommanditisten die Schenkung einer Beteiligung vorliegen. Dies könnte die Formbedürftigkeit des Kausalgeschäfts, der Schenkung, nach § 518 Abs. 1 BGB zur Folge haben, nicht jedoch die Formbedürftigkeit des Aufnahmevertrages. Danach bedarf das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung. Gemäß § 518 Abs. 2 BGB wird der Formmangel durch den Schenkungsvollzug geheilt. Vgl. BGH-Urteil vom 25.1.1965 - II ZR 233/62, BB 1965, S. 472; Pehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 34, Rn. 14; Reichert, Jochem: § 27, Rn. 7; Grashoff, Friedrich: Nachfolge, S. 113.

¹⁵ Vgl. Reichert, Jochem: § 27, Rn. 11.

¹⁶ Vgl. Memento: Gesellschaftsrecht, S. 816.

her genau abzuklären. Im Gesellschaftsvertrag ist auch die Befugnis zur Aufnahmeentscheidung einem bestimmten Gesellschafter oder einem Dritten übertragbar.¹⁷

Die Befugnis zur Entscheidung über die Aufnahme von Gesellschaftern ist vom tatsächlichen Abschluss des Aufnahmevertrages zu unterscheiden. Um einem bestimmten Entscheidungsorgan, beispielsweise dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH,¹⁸ die Ausführung der Entscheidung über die Aufnahme von Gesellschaftern durch Abschluss des Aufnahmevertrages zu ermöglichen, sollte eine entsprechende Vollmacht vorliegen,¹⁹ deren Erteilung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zu bestimmen ist.

Der Eintritt eines neuen Gesellschafter in die KG ist gemäß § 161 Abs. 2 i.V.m. § 107 HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.²⁰ Entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB hat die Anmeldung den Namen und Vornamen sowie das Geburtsdatum und den Wohnort des Eintretenden zu enthalten. Weiterhin bedarf die Anmeldung nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB Informationen über die Vertretungsmacht der Gesellschafter. § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB bestimmt, dass Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen sind.

Mit Wirksamkeit des Eintritts erhält die eintretende natürliche Person die Stellung eines Gesellschafter mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten, wie sie im Gesellschaftsvertrag, im Aufnahmevertrag und im Gesetz konkretisiert sind. Bei der Ausgestaltung der Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafter bestehen regelmäßig unterschiedliche Interessenlagen. Insbesondere beim Eintritt einer bisher außenstehenden, natürlichen Person in die GmbH & Co. KG haben die Alt-Gesellschafter häufig ein Interesse daran, die Gesellschafterrechte des Neugesellschafter möglichst zu begrenzen (sog. Strohmann-Gestaltungen).²¹ Das Interesse des persönlich haftenden Gesellschafter ist dagegen vorrangig auf die Vermeidung

¹⁷ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 34, Rn. 17.

¹⁸ Vgl. BGH-Urteil vom 17.11.1975 - II ZR 120/74, BB 1976, S. 154.

¹⁹ Vgl. Reichert, Jochem: § 27, Rn. 12.

²⁰ Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 119.

²¹ Vgl. Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 414.

bzw. Reduzierung eines Haftungsrisikos und auf die Angemessenheit seiner Vergütung für die „Haftungsübernahme“ gerichtet.

Der entscheidende Vorteil der Vollhafterlösung im Zuge der Aufnahme einer natürlichen Person als Komplementär besteht darin, dass die Dispositivität des Gesellschaftsrechts eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters ermöglicht.²² Allerdings haben diese Extremkonstellationen auch ihre Grenzen. Diese sind dann erreicht, wenn es sich bei den Gestaltungen um einen Verstoß gegen zwingende gesetzliche Regelungen oder eine Sittenwidrigkeit nach den §§ 134 und 138 BGB handelt.²³ Angesichts dessen wird im Weiteren dargestellt, inwiefern abweichend vom gesetzlichen Leitbild die Stellung der natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter überhaupt dispositiv ist. Dabei werden mögliche Formulierungsvorschläge und die Grenzen der Gestaltungsüberlegungen aufgezeigt. Schließlich wird die Vermeidungsstrategie hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile beurteilt.

3. Ausgestaltung der Rechtsstellung

3.1 Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der GmbH & Co. KG lehnen sich an denen einer „reinen“ KG an. Für die Beurteilung der maßgebenden Rechtsverhältnisse ist eine Unterscheidung in Komplementäre und Kommanditisten vorzunehmen.²⁴ Während bei den Komplementären eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet, ist bei den Kommanditisten die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft auf den Betrag der Kapitaleinlage gemäß den §§ 161 Abs. 1 und 172 Abs. 1 HGB beschränkt.²⁵ Im Grundsatz obliegen nach dem gesetzlichen Leitbild nach § 164 Satz 1 HGB die Geschäftsführung im Innenverhältnis und gemäß § 170 HGB die Vertretung der Gesell-

²² Vgl. Uhlenbruck, Wilhelm: GmbHR 2000, S. R 1.

²³ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 250; Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 416; Dorozala, Ingo/ Söffing, Matthias: DStR 2000, S. 1569.

²⁴ Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 74.

²⁵ Vgl. Jacobs, Otto H. (Hrsg.): Rechtsform, S. 27.

schaft im Außenverhältnis den persönlich haftenden Gesellschaftern.²⁶ In der Regel ist dies ausschließlich die Komplementär-GmbH, da sie der alleinige Vollhafter ist, wobei die Vertretung bei der GmbH gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG wiederum durch die Geschäftsführer wahrgenommen wird. Natürliche Personen, die die Stellung des Kommanditisten einnehmen, sind somit grundsätzlich gemäß § 164 Satz 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Da es sich bei der Geschäftsführung um Innenrecht der Gesellschaft handelt, sind im Gesellschaftsvertrag weitreichende Modifikationen gemäß § 161 Abs. 2 i.V.m. den §§ 114 - 117 HGB möglich, wenn eine natürliche Person als zusätzlicher Komplementär aufgenommen wird. Dies bedeutet, dass der Gesellschaftsvertrag eine eindeutige Regelung aufweisen sollte, dass der neu eingetretene Gesellschafter nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 114 Abs. 2 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.²⁷ Allerdings hat auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Komplementär bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 161 Abs. 2 i.V.m. den §§ 105 Abs. 3 HGB und 744 Abs. 2 BGB ohne die Zustimmung der anderen Gesellschafter notwendige Maßnahmen zur Erhaltung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens zu treffen. Dieses Notgeschäftsführungsrecht beschränkt sich allerdings lediglich auf das Innenverhältnis, d.h. es umfasst nicht die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis.²⁸ Der Gesellschafter handelt in diesem Fall in eigenem Namen und auf eigene Gefahr.²⁹

Die KG wird nach § 161 Abs. 2 i.V.m. den §§ 170 und 125 - 127 HGB durch den persönlich haftenden Gesellschafter vertreten. Bei einer Personenhandelsgesellschaft gilt - im Unterschied zu einer Kapitalgesellschaft - der Grundsatz der Selbstorganschaft.³⁰ Danach ist es nicht zulässig, alle persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter von

²⁶ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 252.

²⁷ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 114, Rn. 6; Koller, Ingo: § 114, Rn. 8.

²⁸ Jedoch verleiht § 744 Abs. 2 BGB nach außen Vertretungsmacht für Maßnahmen, die keine Verfügungen sind. Vgl. Sprau, Hartwig: § 744, Rn. 3.

²⁹ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 114, Rn. 7.

³⁰ Vgl. Jacobs, Otto H. (Hrsg.): Rechtsform, S. 21; Hopt, Klaus J.: § 125, Rn. 5; Dörner, Bernhard M.: Rechtsform, S. 136.

der Vertretung auszuschließen und diese Dritten zu übertragen.³¹ Somit können zwar Kommanditisten oder auch Nichtgesellschafter mit Prokura und anderen Vollmachten betraut werden, dennoch muss mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter die Möglichkeit zur Vertretung der Gesellschaft haben.³²

Sofern also der neu eintretende persönlich haftende Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen wird, muss die Komplementär-GmbH weiterhin in ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafterin zur Geschäftsführung und Vertretung der KG befugt sein. Wurde diese Funktion - was der Regelfall sein wird - bereits zuvor von der GmbH bzw. stellvertretend für die GmbH durch deren Geschäftsführer wahrgenommen, ergibt sich kein Änderungsbedarf.³³ In den Gesellschaftsvertrag könnte folgender Formulierungsvorschlag aufgenommen werden:

§ 1 Geschäftsführung und Vertretung

„Der persönlich haftende Gesellschafter...ist von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Zur Führung der Gesellschaft ist ausschließlich die Komplementär-GmbH befugt. Zur Vertretung der Gesellschaft ist die Komplementär-GmbH allein berechtigt“.

3.2 Vermögensbeteiligung, Ergebnisbeteiligung und Entnahmerechte

Das Gesellschaftsvermögen der GmbH & Co. KG bildet ein selbstständiges Sondervermögen. Träger des Gesellschaftsvermögens ist die GmbH & Co. KG.³⁴ Nach den

³¹ Entsprechend für Geschäftsführung, vgl. Hopt, Klaus J.: § 114, Rn. 24.

³² Das Recht des Gesellschafters zu Notmaßnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens gibt dem Gesellschafter keine Vertretungsmacht. Handelt ein Gesellschafter trotz seines Ausschlusses der Vertretungsmacht Dritten gegenüber im Namen der GmbH & Co. KG, so entsteht der Gesellschaft aus dem Geschäft weder ein Recht noch eine Verpflichtung, außer die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter erteilen im Nachhinein ihre Genehmigung. Geschieht dies nicht, haftet der Gesellschafter nach § 179 Abs. 1 BGB selbst für sein Handeln in Form der Erfüllung seiner Pflicht oder der Leistung von Schadensersatz. Kannte dagegen der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht, entfällt die persönliche Haftung des Gesellschafters gemäß § 179 Abs. 3 BGB. Vgl. von Ditfurth, Hoimar: § 54, Rn. 35.

³³ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 144.

³⁴ Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 78.

§§ 161 Abs. 2 und 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 719 Abs. 1 BGB kann der Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen.³⁵

Die rechtliche Zuordnung des Gesellschaftsvermögens der GmbH & Co. KG ist von der wertmäßigen Beteiligung der Gesellschafter am Vermögen zu unterscheiden. Der Vermögensanteil des Gesellschafter als wertmäßige Beteiligung findet seine Abbildung im Kapitalanteil. Der Kapitalanteil kann auch weitergehend für die Bemessung der Rechte der Gesellschafter beispielsweise im Rahmen der Gewinnverteilung herangezogen werden. In Höhe der Kapitaleinlage wird dabei häufig für den Komplementär ein Kapitalkonto eingerichtet.³⁶ In der Praxis ist es üblich, die Komplementär-GmbH gar nicht am Vermögen der GmbH & Co. KG zu beteiligen.³⁷

Die Gewinn- und Verlustbeteiligung der Komplementäre bei der GmbH & Co. KG richtet sich durch den Verweis in § 168 Abs. 1 HGB nach den für die KG geltenden Grundsätzen. Demnach steht den Gesellschaftern nach § 168 Abs. 1 HGB bei Geschäftsjahresanfang zunächst eine Vorzugsdividende in Höhe von 4 % ihres variablen Kapitalanteils nach Maßgabe der §§ 121 Abs. 1 und Abs. 2 HGB zu.³⁸ Der Mehrgewinn wird nicht gemäß § 121 Abs. 3 HGB nach Köpfen, sondern nach § 168 Abs. 2 HGB dem Verhältnis der Anteile angemessen verteilt. Maßstab für die Angemessenheit bilden wiederum nach h.M. die Kapitalbeteiligungen der Gesellschafter.³⁹ Weiterhin hat der Komplementär nach dem gesetzlichen Leitbild gemäß § 122 Abs. 1 HGB ein laufendes Entnahmerecht von bis zu 4 % des Kapitalanteils, der für das letzte Geschäftsjahr festgestellt wurde.⁴⁰

Diese gesetzlichen Ergebnisverteilungsregelungen müssen von der Gesellschaft nicht umgesetzt werden, sondern können per Gesellschaftsvertrag geändert und so an die in-

³⁵ Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 78.

³⁶ Vgl. Ihrig, Hans-Christoph: § 20, Rn. 6.

³⁷ Vgl. Ihrig, Hans-Christoph: § 20, Rn. 1.

³⁸ Vgl. Heymann, Gerd: B 390, Rn. 8.

³⁹ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 168, Rn. 2; Tavakoli, Anusch: DB 2006, S. 1882.

⁴⁰ Vgl. Priester, Hans Joachim: § 122, Rn. 1.

dividuellen Verhältnisse der Gesellschaft angepasst werden.⁴¹ Folglich hat bei der Strategie der Aufnahme einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter die Zielsetzung darin zu bestehen, die Rechtsstellung des Neu-Gesellschafters weitgehend zu beschränken. Es ist zu empfehlen, die Beteiligung des Neu-Gesellschafters am Vermögen einzelvertraglich auszuschließen. Der persönlich haftende Gesellschafter kann ohne Kapitalbeteiligung nicht an den stillen Reserven oder am Firmenwert teilhaben. Gleiches gilt auch für die Gewinnbeteiligung und damit einhergehend für die Entnahmebefugnis.⁴² Des Weiteren kann die Beteiligung am Liquidationserlös der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn der Neu-Gesellschafter nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist.⁴³ Im Gesellschaftsvertrag könnte folgende Formulierung festgelegt werden:

§ 2 Gesellschafter und Kapitalkonten

„Der persönlich haftende Gesellschafter...hat eine Einlage nicht zu leisten. Der persönlich haftende Gesellschafter...ist nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt und nimmt nicht am Gewinn und Verlust der Gesellschaft teil. Wird die Gesellschaft liquidiert, ist der persönlich haftende Gesellschafter...am Liquidationserlös nicht beteiligt“.

3.3 Auskunftsrecht und Stimmrecht

Das Einsichts- und Informationsrecht des Komplementärs ist in § 161 Abs. 2 i.V.m. § 118 HGB geregelt. Danach hat ein persönlich haftender Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, das Recht, sich von allen Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus diesen eine Bilanz und einen Jahresabschluss anzufertigen.⁴⁴

⁴¹ Vgl. Heymann, Gerd: B 390, Rn. 10; Priester, Hans Joachim: § 122, Rn. 49.

⁴² Steuerlich gesehen stellt der Eintritt einer natürlichen Person ohne Vermögenseinlage in eine Personengesellschaft keinen Einbringungsfall dar. Aufgrund der Identität der Gesellschaft ist der Vorgang erfolgsneutral fortzuführen. Da durch den Eintritt des Vollhafters das Sonderbetriebsvermögen nicht beeinflusst wird, treten keine steuerlichen Besonderheiten ein. Vgl. Fabian, Roland: § 77, Rn. 104; o.V.: GmbHR 2001, S. 105.

⁴³ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 143.

⁴⁴ Vgl. Enzinger, Michael: § 118, Rn. 1.

Das Kontrollrecht des Gesellschafters nach § 118 HGB ist sehr umfassend zu verstehen, da es anders als bei den Kommanditisten gemäß § 166 Abs. 1 HGB nicht auf die Kontrolle des Jahresabschlusses beschränkt ist.⁴⁵ Der persönlich haftende Gesellschafter hat die Möglichkeit, Geschäftsräume zu betreten, Verträge und sogar Geheimpapiere einzusehen.⁴⁶ Er ist berechtigt, sich einen Einblick in Geschäftsverbindungen und Geschäftspläne zu verschaffen sowie sich über die Verbindlichkeiten, die gegenwärtigen und zukünftigen Gewinnerwartungen und auch die steuerlichen Verhältnisse der Gesellschaft umfassend zu unterrichten. Das Einsichts- und Informationsrecht des Komplementärs erlischt in der Regel mit dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft.⁴⁷

Vorteilhaft aus Sicht der Gesellschaft ist, dass die Kontrollrechte des Komplementärs durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag weitgehend ausgeschlossen werden können.⁴⁸ Auch ist eine Beschränkung der Rechte denkbar, z.B. indem die Einsicht auf bestimmte Unterlagen oder Termine eingegrenzt wird. Zu bedenken ist jedoch, dass gemäß § 118 Abs. 2 HGB diese Beschränkung nur wirksam ist, solange der persönlich haftende Gesellschafter nicht Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung hat. Für die Ausübung des außerordentlichen Kontrollrechts ist der Verdacht einer unredlichen Geschäftsführung ausreichend, z.B. wenn wichtige Unterlagen der Buchführung fehlen. Um das Kontrollrecht wieder aufleben zu lassen, muss der Komplementär konkrete Tatsachen, die den Verdacht begründen, behaupten (sog. Behauptungslast).⁴⁹ Lediglich bloße Vermutungen reichen nicht aus. Eine Glaubhaftmachung oder gar ein Voll-Beweis ist hierfür überwiegend nicht notwendig. Die dem Gesellschafter aufgrund der §§ 713 i.V.m. 666 BGB zustehenden, umfassenden Auskunftsrechte gegenüber dem Geschäftsführer aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung bleiben von jedweder vertraglichen Einschränkung unberührt.⁵⁰ Der Formulierungsvorschlag bzgl. des Ausschlusses des Kontrollrechts könnte wie folgt lauten:

⁴⁵ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 118, Rn. 4.

⁴⁶ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 118, Rn. 4.

⁴⁷ Vgl. BGH-Urteil vom 21.12.1961 - II ZR 74/59, BGHZ 36, S. 224; Hopt, Klaus J.: § 118, Rn. 2.

⁴⁸ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 254; Enzinger, Michael: § 118, Rn. 30.

⁴⁹ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 118, Rn. 18.

⁵⁰ Vgl. Enzinger, Michael: § 118, Rn. 36.

§ 3 Auskunftsrecht

„Das dem persönlich haftenden Gesellschafter...zustehende Kontrollrecht nach § 118 Abs. 1 HGB wird ausgeschlossen. Davon unberührt bleiben seine Rechte gemäß § 118 Abs. 2 HGB sowie § 713 i.V.m. § 666 BGB“.

Neben dem Kontrollrecht steht dem persönlich haftenden Gesellschafter entsprechend den gesetzlichen Regelungen ein umfassendes Stimmrecht in Angelegenheiten der Gesellschaft zu. Im Grundsatz ist für Gesellschafterbeschlüsse die Zustimmung aller mitwirkungsberechtigten Gesellschafter nötig, d.h. Einstimmigkeit gefordert.⁵¹ Dabei sind die Gesellschafter zur Stimmabgabe verpflichtet, soweit sie an Beschlüssen mitwirken können.⁵²

Ein Stimmrechtsausschluss des Neu-Gesellschafter kann durch Gesetz (Stimmverbot) oder durch vertragliche Regelungen begründet sein. Zwar ist der Ausschluss des Stimmrechts eines Gesellschafter bei Interessenskonflikten seines persönlichen Interesses mit dem Gesellschaftsinteresse nicht explizit im HGB geregelt. Ansatzpunkte bieten jedoch andere Gesetze. Nach h.M. kann das Stimmrecht bei Beschluss über gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Gesellschafter (§§ 136 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 6 GenG) oder bei der Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit ihm entfallen (§§ 34 2. Fall BGB, 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG).⁵³ Dieses gesetzliche Stimmrechtsverbot schränkt andere Rechte der Gesellschafter nicht ein.

Da auch die Vorschriften zum Stimmrecht grundsätzlich dispositiv sind, kann dieses ebenfalls per Gesellschaftsvertrag für einzelne Bereiche eingeschränkt oder auch insgesamt ausgeschlossen werden. Allerdings hat der Stimmrechtsausschluss auch seine Grenzen. Die sog. Kernbereichslehre schreibt nämlich vor, dass ein Ausschluss nicht möglich ist, wenn dadurch in den Kernbereich der Rechtsstellung des Gesellschafter eingegriffen wird.⁵⁴ Dies wäre beispielsweise bei Änderung des Gesellschaftsvertrages

⁵¹ Vgl. Koller, Ingo: § 119, Rn. 8.

⁵² Vgl. Hopt, Klaus J.: § 119, Rn. 6.

⁵³ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 119, Rn. 8; Lohr, Martin: NZG 2004, S. 551 ff.

⁵⁴ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 144.

oder des Gewinnbeteiligungsrechts des Gesellschafters gegeben.⁵⁵ In diesem Fall ist die Zustimmung des Gesellschafters notwendig.

Im Zuge des Ausschlusses des Stimmrechts des Neu-Gesellschafters sollte die Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Die Abkehr vom Grundsatz der Einstimmigkeit nach § 119 Abs. 1 HGB ist in § 119 Abs. 2 HGB geregelt. Danach sind Mehrheitsbeschlüsse für Geschäftsführungsmaßnahmen, aber auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrages zulässig.⁵⁶ Die allgemeinen Grenzen für Mehrheitsbeschlüsse werden durch die §§ 134 und 138 BGB sowie durch die Kernbereichslehre gesetzt. § 119 Abs. 2 HGB regelt, dass die Mehrheit der Stimmen im Zweifel nach Köpfen bestimmt wird. Ein abweichendes Mehrheitskriterium kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden.⁵⁷ Folgender Formulierungsvorschlag hinsichtlich des Stimmrechts könnte bei der Gestaltung der Rechtsstellung des Neu-Gesellschafters in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden:

§ 4 Stimmrecht

„Das Stimmrecht des persönlich haftenden Gesellschafters...in Angelegenheiten der Gesellschaft wird ausgeschlossen. Beschlüsse, die in seine Rechtsstellung als Gesellschafter eingreifen, sind davon nicht betroffen. Die von den übrigen Gesellschaftern zu treffenden Beschlüsse in den Angelegenheiten der Gesellschaft werden mit einer Mehrheit von...der Stimmen gefasst“.

3.4 Haftung

Die bisherigen gesellschaftsrechtlichen Aspekte zeichneten sich dadurch aus, dass der Gesellschaftsvertrag Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild regeln konnte, da die Rechte des Komplementärs weitgehend dispositiv sind.⁵⁸ Bei der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters handelt es sich um zwingendes Recht, welches vertraglich im Grundsatz nicht abdingbar ist.⁵⁹ Für die Verpflichtungen der GmbH & Co. KG,

⁵⁵ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 119, Rn. 36.

⁵⁶ Vgl. Koller, Ingo: § 119, Rn. 9.

⁵⁷ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 119, Rn. 41.

⁵⁸ Vgl. Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 416.

⁵⁹ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 252.

seien sie rechtsgeschäftlicher oder gesetzlich begründeter Natur,⁶⁰ haften die Komplementäre gemäß § 161 Abs. 1 HGB unbeschränkt und unmittelbar mit ihrem Vermögen. Die Haftung der Kommanditisten ist nach § 171 Abs. 1 HGB auf ihre Haftungseinlage beschränkt.⁶¹ Die GmbH & Co. KG als Rechtsform ist deshalb so attraktiv, da die Komplementärstellung die GmbH einnimmt und deren Gesellschafter grundsätzlich nicht für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften.⁶²

Tritt eine natürliche Person als Vollhafter in die Gesellschaft ein, haftet sie gegenüber Dritten nach den §§ 161 Abs. 2, 130 i.V.m. den §§ 128, 129 HGB mit dem wirksamen Erwerb der Gesellschafterstellung unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen.⁶³ Bei Haftungsfragen des Neu-Gesellschafters bzgl. der Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist die Zeit

- vor dem Eintritt in die GmbH & Co. KG,
- seit dem Eintritt in die GmbH & Co. KG und
- nach dem Ausscheiden aus der GmbH & Co. KG zu analysieren.

Die unbeschränkte Haftung schließt nicht nur die Neuverbindlichkeiten, sondern auch die Altverbindlichkeiten ein, die bereits vor seinem Beitritt begründet wurden.⁶⁴ Gemäß § 130 Abs. 2 HGB ist eine Beschränkung der Haftung durch abweichende Vereinbarungen, etwa auf die Verbindlichkeiten, die erst nach dem Eintritt in die Gesellschaft begründet werden, Dritten gegenüber unwirksam.⁶⁵ Zwar ist es möglich, im Innenverhält-

⁶⁰ Vgl. Hillmann, Reinhard: § 128, Rn. 9; BGH-Urteil vom 19.5.1983 – II ZR 207/81, NJW 1983, S. 2940; OVG Brandenburg, Beschluss vom 12.8.1998 – 4 B 31/98, ZIP 1998, S. 1636.

⁶¹ Vgl. Luckey, Günter: Unternehmensnachfolge, S. 21.

⁶² Vgl. Ihrig, Hans-Christoph: § 41, Rn. 1.

⁶³ Vgl. Koller, Ingo: § 130, Rn. 2.

⁶⁴ Vgl. Ihrig, Hans-Christoph: § 41, Rn. 10.

⁶⁵ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 130, Rn. 8.

nis Ausgleichspflichten mit den übrigen Gesellschaftern zu vereinbaren. Die Außenhaftung gegenüber Gläubigern bleibt davon jedoch unbeeinträchtigt.⁶⁶

Hinsichtlich der Haftung des Neu-Gesellschafters ist die Zeit nach dem Ausscheiden aus der GmbH & Co. KG ebenfalls in die Betrachtungen einzubeziehen. Tritt der Vollhafter aus der Gesellschaft aus, hat er für die nach seinem Ausscheiden begründeten, neuen Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht mehr zu haften.⁶⁷ Anders sieht die Situation für bestehende Verbindlichkeiten der Gesellschaft bei Aufgabe der Gesellschafterstellung aus. Nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB bleiben ausscheidende Vollhafter für die Gesellschaftsschulden in der Haftung.⁶⁸ Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren fällig sind, und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des BGB bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird. Es handelt sich bei dieser zeitlichen Begrenzung um eine Ausschlussfrist,⁶⁹ die als Einwendung im Prozess von Amts wegen zu beachten ist.

§ 160 HGB knüpft dabei an § 128 HGB an, da § 160 HGB den in § 128 HGB verankerten Grundsatz der persönlichen unbeschränkten Haftung für die bis zum Ausscheiden aus der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten umsetzt.⁷⁰ Mit der Frist von fünf Jahren wird ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger an einer Haftung des Komplementärs und den Interessen des Gesellschafters an einer zeitlichen Begrenzung der persönlichen Haftung geschaffen.⁷¹ Die Frist beginnt nach § 160

⁶⁶ Hinsichtlich der Möglichkeit des Abschlusses von individuellen Haftungsvereinbarungen mit den Gläubigern, vgl. Hopt, Klaus J.: § 128, Rn. 38.

⁶⁷ Vgl. Ihrig, Hans-Christoph: § 41, Rn. 11.

⁶⁸ Vgl. Schmidt, Karsten: § 160, Rn. 2.

⁶⁹ Vgl. Schmidt, Karsten/ Schneider, Christian: BB 2003, S. 1961; Reichold, Hermann: NJW 1994, S. 1619.

⁷⁰ Vgl. Hillmann, Reinhard: § 160, Rn. 1.

⁷¹ Vgl. Hillmann, Reinhard: § 160, Rn. 2.

Abs. 1 Satz 2 HGB mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen worden ist.⁷²

§ 160 Abs. 1 - 3 HGB ist nicht zwingend. Vereinbarungen zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und der Gesellschaft können jedoch eine Einschränkung der Nachhaftung vom gesetzlichen Leitbild nicht bewirken.⁷³ Wird beabsichtigt, die Nachhaftungsbegrenzung einzuschränken oder gar auszuschließen, ist eine Vereinbarung zwischen den Gläubigern und dem Gesellschafter erforderlich.⁷⁴

Abschließend stellt sich die Frage, ob die bewusste Aufnahme eines vorzugsweise mittellosen Neu-Gesellschafters einen Haftungsdurchgriff für die Kommanditisten bedeuten könnte. Vereinzelt ist in der Literatur zu lesen,⁷⁵ dass bei einer KG, deren Komplementär weder über Geschäftsführungsbefugnisse, noch über ausreichendes Haftungskapital verfügt, der Kommanditist, sofern er die „Machtfülle“⁷⁶ eines persönlich haftenden Gesellschafters hat, unbeschränkt haften müsse. Richtungsweisend ist jedoch die Entscheidung des 2. Zivilsenats des BGH im sog. Rektor-Fall,⁷⁷ wonach der Zusammenhang zwischen Handlungsbefugnis und Haftung weitgehend dispositiv geregelt werden kann. Als Folge hat der Kommanditist, der Geschäftsführungsbefugnisse hat, auch nicht unbeschränkt zu haften.⁷⁸ Auch *Schmidt* ist der Ansicht, dass eine materielle Unterkapitalisierung die Haftungsverfassung der Kommanditgesellschaft nicht in dem Sinne beeinflusst, dass die Kommanditisten gegenüber den Gläubigern unbeschränkt haften.⁷⁹

⁷² Anderer Auffassung ist dagegen *Altmeyden*, der die Frist mit der Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters beginnen sieht. Vgl. Altmeyden, Holger: NJW 2000, S. 2529.

⁷³ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 160, Rn. 8.

⁷⁴ Vgl. Schmidt, Karsten: § 160, Rn. 17.

⁷⁵ Vgl. Blaurock, Uwe: Haftungsstruktur, S. 556 ff.; Koller, Ingo: Sicherung, S. 370.

⁷⁶ Blaurock, Uwe: Haftungsstruktur, S. 556.

⁷⁷ Vgl. BGH-Urteil vom 17.3.1966 - II ZR 282/63, BGHZ 45, S. 204.

⁷⁸ Vgl. Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 417.

⁷⁹ Vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1552.

Zu bedenken ist ferner, dass neben dem mittellosen, natürlichen Vollhafter weiterhin die GmbH die Stellung als Komplementär mit Haftkapital einnimmt.⁸⁰

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Haftungsregelungen für den Neu-Gesellschafter große Risiken bergen. Die unbeschränkte Haftung, welche zwingendes Recht ist, ist der große Nachteil im Rahmen dieser Vermeidungsstrategie. Zwar wird beabsichtigt, die Stellung des natürlichen Vollhafters mit einer vorzugsweise mittellosen Person auszufüllen. Tritt der Vollhafter jedoch beispielsweise eine unvorhergesehene Erbfolge an, so haftet er mit seinem Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. In diesem Fall wird sein Interesse dahingehend bestehen, sehr zeitnah aus der Gesellschaft auszutreten. Ferner haben die Ausführungen gezeigt, dass sich im Rahmen der Nachhaftung gravierende Konsequenzen ergeben können.

3.5 Haftungsvergütung

Leistet der Neu-Gesellschafter keine Einlage und ist er vertraglich nicht am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt, wird sein vorrangiges Interesse darin bestehen, für die Übernahme des Haftungsrisikos eine angemessene Vergütung als persönlich haftender Gesellschafter zu erhalten, welches er jährlich oder monatlich von der Gesellschaft bezieht. Bezüglich der Haftungsvergütung besteht der wesentliche Unterschied gegenüber der Komplementär-GmbH in der unbeschränkten Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters. Angesichts der Vollhaftung gestaltet sich die Angemessenheit der Vergütung als besonders schwierig.⁸¹

Bei einer Komplementär-GmbH kann die Angemessenheit der Vergütung durch einen Vergleich mit einer banküblichen Avalprovision überprüft werden,⁸² falls sie nicht am Kapital der GmbH & Co. KG beteiligt ist. Das konkret übernommene Risiko bestimmt die Höhe der Provision. In der Praxis kann als Ausgangsgröße an den Gewinn (beispielsweise 10 % des Gewinns) oder das Stammkapital (beispielsweise 2 % des Stamm-

⁸⁰ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 267.

⁸¹ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 265.

⁸² Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 106; Levedag, Christian: § 57, Rn. 201.

kapitals) der GmbH & Co. KG angeknüpft werden.⁸³ Die Haftungsvergütung der Komplementär-GmbH kann nur bedingt für die Angemessenheit des unbegrenzten Haftungsrisikos eines natürlichen Vollhafter herangezogen werden.⁸⁴ Die Angemessenheit der Vergütung bei einem natürlichen Vollhafter ist stärker abhängig von der finanziellen Lage der Gesellschaft und der Wahrscheinlichkeit einer möglichen Haftung des Gesellschafters.⁸⁵ Kriterien bei der Bestimmung der Haftungsvergütung aus Unternehmenssicht sind beispielsweise die Auftragslage der Gesellschaft und der Kundenkreis. Ist die Gesellschaft von einem Großkunden abhängig, wächst das Risiko der Insolvenz bei Wegfall dieses Kunden.

Aber auch die persönliche Situation des neu aufgenommenen Komplementärs beeinflusst die Höhe der Haftungsvergütung.⁸⁶ Ist das Haftungsvermögen des Neugesellschafters hoch, wird er das Haftungsrisiko nur bei entsprechender Höhe der Vergütung tragen. Da jedoch diese Vermeidungsstrategie darauf zielt, möglichst mittellose Personen als Komplementäre aufzunehmen, ist die Verhandlungsposition der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter gestärkt. Für die Bestimmung und jährliche Überprüfung der Haftungsvergütung ist ein Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwalt heranzuziehen. Der Nachteil dabei ist, dass der Gesellschaft Kosten entstehen. Zusätzlich zur Haftungsvergütung kann auch ein Ersatz der Auslagen des Gesellschafters vereinbart werden.⁸⁷ Zu bedenken ist ferner, dass der Vollhafter aufgrund des Nachhaftungsrisikos auch nach seinem Ausscheiden eine Haftungsvergütung verlangen kann,⁸⁸ die es von Seiten des Unternehmens so gering wie möglich zu halten gilt. Ein möglicher Formulierungsvorschlag im Gesellschaftsvertrag könnte wie folgt aussehen:

⁸³ Vgl. Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch: GmbH & Co. KG, S. 106; Levedag, Christian: § 57, Rn. 201; o.V.: GmbHR 2001, S. 105; Heeg, Volker: DB 2009, S. 719.

⁸⁴ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 145.

⁸⁵ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 145.

⁸⁶ Vgl. Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: INF 2001, S. 145.

⁸⁷ Vgl. Schulze zur Wiesche, Dieter: BB 2005, S. 1138.

⁸⁸ Vgl. Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 417.

§ 5 Haftungsvergütung

„Der Gesellschafter... erhält als persönlich haftender Gesellschafter eine jährliche Haftungsvergütung von...€, die nach Feststellung des Jahresabschlusses des vorangegangenen Jahres dem Gesellschafter...überwiesen wird. Die Gesellschaft erstattet die in seiner Funktion als persönlich haftender Gesellschafter entstehenden Auslagen. Die Haftungsvergütung wird in regelmäßigen Abständen (3 Jahren) von einem vom Gesellschafter...und der Gesellschaft auserwählten Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwalt auf Angemessenheit überprüft und gegebenenfalls neu bestimmt. Die Kosten werden von der Gesellschaft getragen“.

3.6 Ausschluss des Vollhafter

Bei der Strategie der Aufnahme einer natürlichen Person als Vollhafter bewegt sich die GmbH & Co. KG auf dünnem Eis. Zwar lässt sich die Rechtsstellung des Neu-Gesellschafters über den Gesellschaftsvertrag weitgehend einschränken. Jedoch können Handlungen des Neu-Gesellschafters, die vertraglich zwar ausgeschlossen sind, dennoch eine Gefahr für die unternehmerische Existenz der Gesellschaft bedeuten. Beispielhaft sei erwähnt, dass ein von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter sich Geschäftsführungsbefugnisse anmaßt und somit eine wesentliche Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag verletzt.⁸⁹

In solchen Fällen gilt es, das Interesse der Gesellschaft, sich von einem Gesellschafter zu trennen, durch Ausschluss des Gesellschafters in Form einer gerichtlichen Entscheidung zu wahren.⁹⁰ Im Rahmen der GmbH & Co. KG ist der Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund in den §§ 161 Abs. 2, 140 und 133 HGB geregelt.⁹¹ Nach dem gesetzlichen Leitbild ist es gemäß § 140 Abs. 1 HGB möglich, durch gericht-

⁸⁹ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 264.

⁹⁰ Mit der Ausschließung eines Gesellschafters ist das durch die übrigen Gesellschafter erzwungene Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH & Co. KG gemeint. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem gesellschaftsvertraglich geregelten Ausschließungsbeschluss (§ 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB) und der Ausschließungsklage gemäß § 140 HGB. Im Folgenden wird ausschließlich das Klageverfahren betrachtet, welches jedoch vertraglich durch Gesellschafterbeschluss ersetzt werden kann. Insofern ergeben sich weitreichende Parallelen zu § 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB. Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 74, Rn. 37.

⁹¹ Vgl. Gehrlein, Markus: NJW 2005, S. 1969.

liche Entscheidung einen Gesellschafter, in dessen Person ein wichtiger Grund i.S.v. § 133 HGB gegeben ist, aus der Gesellschaft auszuschließen.⁹² An einer gesetzlichen Definition des Tatbestandmerkmals „wichtiger Grund“ fehlt es jedoch.⁹³ Beispiele für einen wichtigen Grund in der Person des ausscheidenden Gesellschafters können Veruntreuung, Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot oder Schädigung der Gesellschaft im Zusammenwirken mit Dritten sein.⁹⁴

Der Ausschluss bedarf dabei einer Gestaltungsklage der übrigen Gesellschafter. Im Grundsatz richtet sich die Ausschließung nach § 140 HGB ebenso wie die Auflösungsklage nach § 133 HGB am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Ausschließung muss als äußerstes Mittel angesehen werden, um nicht den Gesellschafter zu bestrafen, sondern Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.⁹⁵ Sie kommt nur in Betracht, „(...) wenn die Unzumutbarkeit nicht durch mildere Mittel - etwa durch vertragliche Änderungen oder Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis - beseitigt werden kann.“⁹⁶

Die Ausschließungsklage ist eine Gestaltungsklage,⁹⁷ wobei der Klageantrag auf die Ausschließung des Gesellschafters lautet.⁹⁸ Erhoben wird die Klage i.d.R. von allen übrigen Mitgesellschaftern.⁹⁹ Hierdurch soll betont werden, dass sich die übrigen Gesellschafter über die Fortsetzung des Unternehmens ohne den auszuschließenden Gesellschafter einig sind.¹⁰⁰ Im vorliegenden Fall ist die Ausschließungsklage gegen den Neu-Gesellschafter gerichtet.

⁹² Vgl. Lorz, Rainer: § 140, Rn. 1; Piehler, Klaus: DStR 1991, S. 686.

⁹³ Vgl. Schönhoff, Horst: Ausschließungsklage, S. 35.

⁹⁴ Vgl. Hopt, Klaus J.: § 140, Rn. 7.

⁹⁵ Vgl. Kulka, Michael: Ausschließung, S. 87; Lorz, Rainer: § 140, Rn. 8.

⁹⁶ BGH-Urteil vom 31.3.2003 - II ZR 8/01, NZG 2003, S. 625.

⁹⁷ Vgl. Piehler, Klaus: DStR 1991, S. 717.

⁹⁸ Vgl. Lorz, Rainer: § 140, Rn. 24 - 25.

⁹⁹ Die notwendige Mitwirkung eines mit der Ausschließung nicht einverstandenem Gesellschafter kann selbst mit einer auf Zustimmung zur Ausschließung gerichteten Klage erreicht werden. Die Mitwirkung an der Ausschließungsklage ist in der Treuepflicht des Gesellschafters zu sehen. Vgl. Hopt, Klaus J.: § 140, Rn. 20.

¹⁰⁰ Vgl. Lorz, Rainer: § 140, Rn. 28.

Liegen die Voraussetzungen für einen Ausschluss aus wichtigem Grund vor und gibt das Gericht der Klage statt, so tritt mit der materiellen Rechtskraft des Urteils die Gestaltungswirkung ein.¹⁰¹ Der beklagte Gesellschafter tritt aus der GmbH & Co. KG aus und diese wird von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Da im Rahmen der Ausgestaltung dieser Vermeidungsstrategie festgelegt wurde, dass die Komplementär-GmbH weiterhin existiert, kommt es durch den Ausschluss des persönlich haftenden Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft.¹⁰² Fragen zur Anwachsung des Anteils¹⁰³ des persönlich haftenden Gesellschafters stellen sich nicht, wenn dieser nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist.¹⁰⁴ Der Ausschluss von der Abfindung ist im Gesellschaftsvertrag klar zu regeln und rechtlich zulässig.¹⁰⁵

Da es sich bei der Ausschließungsklage und dem dazugehörigen Ausschließungsurteil um ein zeitintensives und erschwerliches Verfahren handelt, ist es in der Praxis üblich und rechtlich zulässig,¹⁰⁶ das gesetzlich vorgesehene Verfahren der Ausschließung und das Merkmal des wichtigen Grundes gesellschaftsvertraglich zu konkretisieren, indem bestimmte Verhaltensweisen oder Ereignisse als wichtige Gründe genannt werden. Danach kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass der Ausschluss nicht durch Klage, sondern durch Gesellschafterbeschluss vollzogen wird.¹⁰⁷ Dieser wiederum kann einstimmig oder durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter erfolgen.¹⁰⁸ Wirksamkeit erlangt der Beschluss mit der Mitteilung an den auszuschließenden Gesellschafter.¹⁰⁹ Vertraglich kann auch die Frist geregelt werden, in der der ausgeschlossene Gesellschafter die Rechtmäßigkeit des Beschlusses durch eine Feststellungsklage überprüfen lassen kann.¹¹⁰

¹⁰¹ Vgl. Lorz, Rainer: § 140, Rn. 34.

¹⁰² Im Fall des Ausschlusses des einzigen Komplementärs, vgl. Koller, Ingo: § 140, Rn. 3.

¹⁰³ Vgl. Damrau-Schröter, Heike: DStR 1991, S. 1932.

¹⁰⁴ Im Fall des beteiligten Gesellschafters, vgl. Wolf, Josef E.: Hinauskündigung, S. 15.

¹⁰⁵ Vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1488.

¹⁰⁶ Vgl. Kiethe, Kurt: NZG 2004, S. 114; Hartmann, Bernhard: Gesellschafter, S. 34.

¹⁰⁷ Vgl. Lorz, Rainer: § 140, Rn. 45.

¹⁰⁸ Vgl. Piehler, Klaus: DStR 1991, S. 716.

¹⁰⁹ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 74, Rn. 58.

¹¹⁰ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 74, Rn. 58; Lorz, Rainer: § 140, Rn. 50.

Hinsichtlich der zum Ausschluss berechtigten wichtigen Gründe kann der Gesellschaftsvertrag eine Erweiterung oder Einschränkung regeln. Der Ausschluss eines Gesellschafters findet seine Grenzen in § 138 Abs. 1 BGB, weil willkürliches Handeln nach freiem Ermessen, also ohne sachlichen Grund (sog. Hinauskündigung) nicht zulässig ist.¹¹¹ Dies hat die Rechtsprechung in zahlreichen Urteilen festgestellt.¹¹² Sofern der Grundsatz der Bestimmtheit gewahrt ist und das Ausschließungsrecht an die Erfüllung sachlicher Gründe anknüpft, wird der Ausschluss weitgehend unbedenklich sein.¹¹³

Die Ausführungen machen deutlich, dass durch konkretisierende Regelungen im Gesellschaftsvertrag eine Erleichterung des Ausschließungsgrundes im Einzelfall beabsichtigt werden sollte. *Piehler/Schulte* empfehlen bei Zulässigkeit der Ausschließung des Gesellschafters durch Beschluss eine Regelung über das automatische Ausscheiden des Gesellschafters vorzunehmen. In diesem Fall sollte der Zeitpunkt des Ausscheidens vertraglich vereinbart werden.¹¹⁴ Da der Vollhafter nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist, bedarf es im Unterschied zu Gesellschaftern mit Geschäftsanteil nicht detaillierter Rechtsfolgen bezüglich der Verwertungsmöglichkeiten des Geschäftsanteils sowie Abfindungsansprüchen.¹¹⁵ In Anbetracht der Vertragsautonomie ist der Ausschluss von Abfindungsansprüchen grundsätzlich möglich und zulässig.¹¹⁶ Eine mögli-

¹¹¹ Der BGH sieht in dem „Damoklesschwert der Hinauskündigung“ willkürliches Handeln bestätigt. BGH-Urteil vom 13.7.1981 - II ZR 56/80, NJW 1981, S. 2565. Zur Darstellung und Würdigung der Rechtsprechung bzgl. der Ausschließung ohne wichtigen Grund aus historischer Perspektive, vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1470 ff.; Hennerkes, Brun-Hagen/ Binz, Mark K.: NJW 1983, S. 73 ff.; Stauf, Wolfgang: Tatbestandsmerkmal, S. 7 ff.; Gehrlein, Markus: NJW 2005, S. 1969 ff.

¹¹² Vgl. u.a. BGH-Urteil vom 20.1.1977 - II ZR 217/75, NJW 1977, S. 1292; BGH-Urteil vom 29.5.1978 - II ZR 52/77, NJW 1979, S. 104; BGH-Urteil vom 13.7.1981 - II ZR 56/80, NJW 1981, S. 2565; BGH-Urteil vom 25.3.1985 - II ZR 240/84, NJW 1985, S. 2421; BGH-Urteil vom 19.9.1988 - II ZR 329/87, NJW 1989, S. 834. Die Entscheidungen haben im Hinblick auf die ausgelöste Unsicherheit für die kautelarjuristische Praxis Kritik erfahren, vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1473; Krämer, Achim: NJW 1981, S. 2553; Flume, Werner: DB 1986, S. 632.

¹¹³ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 74, Rn. 69.

¹¹⁴ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 74, Rn. 71.

¹¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich Balz, Gerhard K.: Beendigung, S. 132 - 135; Soufleros, Ilias: Ausschließung, S. 130 - 141, 194 - 222.

¹¹⁶ Vgl. Soufleros, Ilias: Ausschließung, S. 225.

che gesellschaftsvertragliche Formulierung zur Ausschließung könnte wie folgt aussehen:¹¹⁷

§ 6 Ausschließung

„Der persönlich haftende Gesellschafter...kann anstatt einer Ausschließungsklage durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in der Person des Vollhafters...ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 140 und 133 HGB vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere in folgenden Fällen vor:

- 1. Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot,*
- 2. Verstoß gegen den Ausschluss der Geschäftsführung und Vertretung,*
- 3. Veruntreuung,*
- 4. Verstoß gegen andere gesellschaftsvertraglich vereinbarte Rechte und Pflichten.*

Erfolgt der Ausschluss aus wichtigem Grund im Sinne der §§ 140 und 133 HGB sowie der oben aufgeführten Aufzählung, hat der Gesellschafter - soweit gesetzlich zulässig - keinen Anspruch auf Abfindung. Der Zeitpunkt des Ausscheidens erfolgt mit dem Mehrheitsbeschluss der restlichen Gesellschafter. Bei Ausschluss des Gesellschafters...wird die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt“.

Winkeljohann/Schindhelm empfehlen aufgrund der Dauer der Umsetzung von gesellschaftsvertraglichen Ausschließungsklauseln das Ausscheiden des Neu-Gesellschafters durch weitere vertragliche Maßnahmen zu sichern. So ist es denkbar, dass der Vollhafter bereits mit seinem Eintritt in die Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern ein unwiderrufliches und unbefristetes Angebot unterbreitet, aus der Gesellschaft auszuscheiden.¹¹⁸ *Hennerkes/Binz* schlagen ein „automatisches“ Ausscheiden eines Gesellschafters nach einer vertraglich vereinbarten Zeit als Alternative zur Ausschließung vor.¹¹⁹ Hierbei gilt es jedoch zu bedenken, dass mit dem Ausscheiden die Suche nach einem vollwertigen Ersatz wieder beginnt. Schließlich ist das Ausscheiden des Gesellschafters

¹¹⁷ Hinsichtlich wichtiger Ausschlussgründe im Einzelnen und deren einzelvertraglicher Regelung, vgl. ausführlich Goette, Wulf: DStR 2001, S. 536 ff.

¹¹⁸ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 264.

¹¹⁹ Vgl. Hennerkes, Brun-Hagen/ Binz, Mark K.: NJW 1983, S. 79.

gemäß den §§ 143 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, und zwar unabhängig davon, auf welchem Rechtsgrund es beruht.

Die Ausführungen zeigen, dass die Ausschließung eines Neu-Gesellschafters zahlreicher detaillierter Regelungen im Gesellschaftsvertrag bedarf. Wer wiederum derartige Verträge entwirft, muss die gesetzlichen Regelungen und die Interessen der Vertragsparteien präzise kennen. Die juristische Beratung bei der Vertragsgestaltung ist unabdingbar, verursacht Kosten und der Prozess der Ausschließung kann sehr zeitaufwendig sein. Positiv hervorzuheben ist, dass die GmbH & Co. KG durch die Ausschließung des Gesellschafters nicht aufgelöst wird, da die GmbH als Komplementärin weiterhin existiert. Gleichzeitig jedoch gilt es, einen natürlichen Vollhafter, der die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters zukünftig einnimmt, in der Hinterhand zu haben, um weiterhin die Publizitätspflicht nach HGB zu vermeiden.

3.7 Tod des Vollhafters

Zu den schwierigsten gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen gehört die Abwicklung des Todesfalls. Der Tod eines Komplementärs - insbesondere einer älteren Person aus dem Verwandten- bzw. Bekanntenkreis - ist bereits bei der Planung und Umsetzung dieser Vermeidungsstrategie zu berücksichtigen. Von Vorteil ist zunächst, dass die GmbH & Co. KG im Todesfall des natürlichen Vollhafters einen zusätzlichen Komplementär in der Gestalt der GmbH hat und somit der Bestand des Unternehmens gesichert ist.¹²⁰ Das Ausscheiden der natürlichen Person bewirkt jedoch, falls kein unmittelbarer Nachfolger für den ausgeschiedenen Vollhafter gefunden wurde, dass die GmbH & Co. KG wieder unter die für Kapitalgesellschaften relevanten Publizitätsvorschriften des HGB fällt. Idealerweise sollte daher bereits bei Aufnahme eines natürlichen Vollhafters ein potentieller Nachfolger feststehen,¹²¹ was im Einzelfall jedoch Schwierigkeiten bereiten wird.

¹²⁰ Vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1332; Hasch, Alexander/ Spohn, Hans/ Richter, Thomas: Unternehmensnachfolge, S. 229.

¹²¹ Vgl. Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 266.

Wie bei den obigen gesellschaftsrechtlichen Aspekten bedarf es auch im Todesfall präziser einzelvertraglicher Regelungen. Danach kann vertraglich vereinbart werden, dass beim Tod des natürlichen Vollhäfters die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird (sog. Fortsetzungsklausel).¹²² Die Fortsetzungsklausel ist gemäß § 736 BGB zugelassen. Die Schwierigkeit einzelvertraglicher Regelungen besteht bei der Umsetzung der vorliegenden Vermeidungsstrategie nicht in der Anwachsung der Beteiligung auf die übrigen Gesellschafter, da der verstorbene Gesellschafter sowieso nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt war.¹²³

Entscheidend für die Fortführung der Gesellschaft ohne die Erben des Gesellschafters ist vielmehr, ob der Gesellschaftsvertrag eine Abfindung für die Erben ausschließen kann.¹²⁴ Die Rechtsprechung hält derartige Regelungen - auch im Fall eines am Vermögen der Gesellschaft beteiligten Gesellschafters - für zulässig, sofern der Abfindungsausschluss den Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern sichert.¹²⁵ Zu Recht vertritt *Schmidt* die Ansicht, dass es sich bei derartigen vertraglichen Regelungen nicht um einen Vertrag zu Lasten eines Dritten handelt, wenn dem Erben für seinen Anteil eine Abfindung verwehrt wird, sondern dass bereits zu Lebzeiten vertraglich dafür gesorgt wurde, dass Anteil und Anteilswert automatisch den übrigen Gesellschaftern zufallen.¹²⁶ Folglich können Nachfolgeregelungen ohne Berücksichtigung von Pflichtanteilsberechtigten gemäß den §§ 2303 ff. BGB und anderen Nachlassgläubigern getroffen werden.¹²⁷ Insofern erweist sich der Abfindungsausschluss im Todesfall für Erben als unproblematisch. Im Gesellschaftsvertrag könnte die Formulierung zum Todesfall wie folgt aussehen:

¹²² Vgl. Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1336; Luckey, Günter: Unternehmensnachfolge, S. 98; Groschoff, Jan/ Komning, Enrico: Unternehmensnachfolge, S. 21.

¹²³ Vgl. Ausführungen weiter oben.

¹²⁴ Vgl. Hasch, Alexander/ Spohn, Hans/ Richter, Thomas: Unternehmensnachfolge, S. 224 f.

¹²⁵ Vgl. BGH-Urteil vom 22.11.1956 - II ZR 222/55, BGHZ 22, S. 186; BGH-Urteil vom 10.2.1977 - II ZR 120/75, BGHZ 68, S. 225.

¹²⁶ Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, S. 1336 f.

¹²⁷ Vgl. Hasch, Alexander/ Spohn, Hans/ Richter, Thomas: Unternehmensnachfolge, S. 225.

§ 7 Tod des persönlich haftenden Gesellschafters

„Im Falle des Todes des persönlich haftenden Gesellschafters... wird die Gesellschaft - unter Ausschluss der Erben - von den übrigen Gesellschaftern fortgeführt. In diesem Fall steht dem/den Erben des persönlich haftenden Gesellschafters kein Abfindungsanspruch zu“.

3.8 Grenzen der Gestaltung

Grundsätzlich stellt sich die Frage, inwiefern die bewusste Hereinnahme einer vorzugsweise mittellosen Person, deren Rechtsstellung vertraglich soweit wie möglich eingeschränkt ist, als Vermeidungsstrategie zulässig ist. Es wurde aufgezeigt, dass die Rechtsstellung des Komplementärs in wichtigen gesellschaftsrechtlichen Punkten wie der Geschäftsführung und Vertretung sowie der Beteiligung am Vermögen vertraglich vom gesetzlichen Leitbild abweichend geregelt werden kann, solange nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen wird. Gesellschaftsrechtlich hat der mittellose Vollhafter die Stellung eines vollwertigen Komplementärs.¹²⁸ Die Ausführungen zu einem möglichen Haftungsdurchgriff auf die Kommanditisten mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH haben dies klargelegt. Zudem sind dem Wortlaut des § 264 a Abs. 1 HGB jegliche Anforderungen an die Qualifikation der natürlichen Person nicht zu entnehmen.¹²⁹

Hinsichtlich des zeitlichen Eintritts des Vollhafters könnten weitere Bedenken gegeben sein. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die Vermeidung der Publizitätspflicht nur für in der Zukunft folgende Bilanzstichtage nach dem Eintritt der natürlichen Person Anwendung findet oder auch Wirkung auf vorangegangene und aktuelle Jahresabschlüsse entfaltet, die trotz des Verstreichens der Offenlegungsfrist nach § 325 Abs. 1 Satz 2 HGB noch nicht offengelegt wurden.¹³⁰ Nach h.M. entfällt zwar durch die Aufnahme eines natürlichen Vollhafters nach dem Bilanzstichtag die Offenlegungspflicht für vergangene Geschäftsjahre nicht rückwirkend, dennoch muss die Offenlegung nicht

¹²⁸ Vgl. Waßmer, Martin Paul: GmbHR 2002, S. 417.

¹²⁹ Vgl. Herrmann, Horst: WPg 2001, S. 272.

¹³⁰ Hinsichtlich des Einflusses des Eintritts des Vollhafters auf das Ordnungsgeldverfahren, vgl. Schlauß, Stefan: DB 2008, S. 2822.

mehr nachgeholt werden.¹³¹ Der Wegfall pflichtbegründender Merkmale hat Wirkung stets nur von seinem Eintritt an (ex nunc).¹³²

Der Wegfall der Publizitätspflicht auch für vergangene Geschäftsjahre wird damit begründet, dass der Vollhafter mit seinem Eintritt nicht nur für die Neu-Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern auch uneingeschränkt für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.¹³³ Die Gläubiger würden gegenüber der Situation, bei der ein natürlicher Vollhafter bereits bei Geschäftsabschluss vorhanden wäre, nicht schlechter gestellt, da auch in diesem Fall eine Publizitätspflicht erst gar nicht entstanden wäre.¹³⁴ Es bedürfe also nicht eines besonderen Schutzes der Gläubiger im Sinne einer Offenlegung des Jahresabschlusses.¹³⁵ Unternehmen, die eine derartige Strategie in Erwägung ziehen, sollten den Zeitpunkt des Gesellschafterbeitritts genau überdenken. Die Aufnahme einer natürlichen Person vor dem Bilanzstichtag sowie vor Androhung eines Ordnungsgeldverfahrens durch das Bundesamt für Justiz im neuen Jahr stellt kein Problem dar. Letztlich hat das Unternehmen bei wirksamer Umsetzung der Strategie den Gesellschafterbeitritt vor Abschluss des Rechtsmittelverfahrens durchzuführen.¹³⁶

Bitter/Grashoff stellen im Rahmen dieser Vermeidungsstrategie eine Gestaltung vor, in der ein Vollhafter vor dem Stichtag in die Gesellschaft eintritt und nach dem Bilanzstichtag wieder austritt und dieser Vorgang sich zu jedem Bilanzstichtag wiederholt.¹³⁷ Die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Gestaltung durch die Rechtsprechung bleibt

¹³¹ Vgl. IDW, RS HFA 7, Rn. 5; Stollenwerk, Thomas/ Krieg, Michael: GmbHR 2008, S. 576; LG Osnabrück, Beschluss vom 1.7.2005 - 15 T 6/05, BB 2005, S. 2461.

¹³² Vgl. IDW, RS HFA 7, Rn. 5.

¹³³ Vgl. Schlauß, Stefan: DB 2008, S. 2822; Stollenwerk, Thomas/ Krieg, Michael: GmbHR 2008, S. 576 f.

¹³⁴ Vgl. Stollenwerk, Thomas/ Krieg, Michael: GmbHR 2008, S. 577; Herrmann, Horst: WPg 2001, S. 272.

¹³⁵ Vgl. Stollenwerk, Thomas/ Krieg, Michael: GmbHR 2008, S. 577.

¹³⁶ Vgl. Graf von Kanitz, Friedrich: WPg 2008, S. 1063.

¹³⁷ Vgl. Bitter, Bernhard/ Grashoff, Dietrich: DB 2000, S. 838.

abzuwarten,¹³⁸ da es sich um eine offensichtliche Umgehung der Publizitätsvorschriften handelt.

Nachteile ergeben sich alleine dadurch schon, dass bei jedem Eintritt ein Aufnahmevertrag geschlossen werden müsste. Die Gestaltung zeigt jedoch gleichzeitig, dass klare Grenzen (noch) nicht gesetzt sind und Gesellschaften, die unbedingt ihre Publizitätspflicht vermeiden wollen, teilweise sich in gesetzlichen Grauzonen bewegen.

3.9 Wechsel des Kommanditisten in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters

Findet sich keine außenstehende, natürliche Person, welche die Stellung des Komplementärs einnimmt, kann auch über die Gestaltung nachgedacht werden, dass ein bisheriger Kommanditist¹³⁹ die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters einnimmt. Die Umwandlung der Gesellschafterstellung vom Kommanditisten hin zum Komplementär ist gesetzlich nicht geregelt.¹⁴⁰ Die Umwandlung der Stellung des Gesellschafters führt zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrages und bedarf daher der Mitwirkung aller Gesellschafter.¹⁴¹

Die vertraglichen Regelungen haben insbesondere die Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters und die damit verbundenen Rechte und Pflichten zu regeln. Der Gesellschafter haftet für Alt- und Neuverbindlichkeiten nunmehr unbeschränkt.¹⁴² Die Änderung der Gesellschafterstellung ist gemäß § 161 Abs. 2 i.V.m. § 107 HGB zum Handelsregister anzumelden und einzutragen.¹⁴³ In der Regel wird der bisherige Kommanditist über die Gewinnbeteiligungen privates Vermögen besitzen und somit als unbeschränkt haftender Gesellschafter grundsätzlich ungeeignet sein. Fraglich ist auch,

¹³⁸ Vgl. Dorozala, Ingo/ Söffing, Matthias: DStR 2000, S. 1569.

¹³⁹ Es wird davon ausgegangen, dass weitere Kommanditisten vorhanden sind.

¹⁴⁰ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 35, Rn. 60.

¹⁴¹ Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 35, Rn. 62.

¹⁴² Vgl. Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert: § 35, Rn. 67.

¹⁴³ Vgl. Heidelberg, Anna/ Renz, Hartmut: Veröffentlichungspflichten, S. 139.

ob er als persönlich haftender Gesellschafter die Stellung eines „Quasi-Kommanditisten“¹⁴⁴ akzeptieren wird.¹⁴⁵

4. Fazit

Es wurde aufgezeigt, dass die Aufnahme einer natürlichen Person als Vollhafter im Grundsatz zulässig ist. Die Strategie stellt eine echte Vermeidung der Offenlegung des Einzelabschlusses nach HGB dar. Bestenfalls sind auch die Offenlegungsvorschriften des PubLG nicht relevant, sofern die komfortablen Größenkriterien nach § 1 Abs. 1 PubLG nicht überschritten werden. Der entscheidende Vorteil dieser Gestaltungsüberlegung ist, dass die dispositiven Regelungen im Handels- und Gesellschaftsrecht eine weitgehende Einschränkung der Rechtsstellung des natürlichen Komplementärs ermöglichen. Beispielhaft sei der Ausschluss von der Geschäftsführung und Vertretung nochmals erwähnt. Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen haben zur Folge, dass der Komplementär auf das Tagesgeschäft des Unternehmens keinen Einfluss nehmen kann. Im Zuge dieser Bestimmungen sind allerdings die Grenzen der Kernbereichslehre zu beachten.

Die Durchführung dieser Strategie ist kurzfristig möglich, da es aufgrund der Stichtagsregelung¹⁴⁶ ausreicht, wenn der persönlich haftende Gesellschafter kurz vor bzw. nach dem Bilanzstichtag der Gesellschaft eintritt. Positiv ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass die Vollhafterlösung nicht nur langfristige Wirkung auf die Vermeidung der Offenlegung von Jahresabschlüssen aktueller bzw. zukünftiger Geschäftsjahre entfaltet, sondern auch den Wegfall der Offenlegungspflicht bisher nicht offengelegter Jahresabschlüsse nach sich zieht.

Diesen Vorteilen stehen jedoch auch Nachteile aus Sicht des Unternehmens und des persönlich haftenden Gesellschafters gegenüber. Es sind präzise Vereinbarungen im Aufnahme- und Gesellschaftsvertrag zu treffen, die juristischer Expertise bedürfen.

¹⁴⁴ Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte: KapCoRiLiG, S. 255.

¹⁴⁵ Hinsichtlich steuerlicher Behandlung festgestellter verrechenbarer Verluste aus bisheriger Kommanditistenstellung im Zuge der Umwandlung der Gesellschafterstellung, vgl. BFH-Urteil vom 14.10.2003 - VIII R 38/02, BStBl. II 2004, S. 115.

¹⁴⁶ Vgl. Graf von Kanitz, Friedrich: WPg 2008, S. 1062.

Folglich kann die Umsetzung dieser Strategie in der Regel nicht ausschließlich unternehmensintern erfolgen. Die externe Beratungsleistung verursacht wiederum Kosten. Weitere Kosten entstehen der Gesellschaft insbesondere durch die jährliche Haftungsvergütung des Vollhafter, deren Höhe von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und den Vermögensverhältnissen des haftenden Gesellschafters abhängig ist. Die Ausführungen zum Ausschluss und Tod des Komplementärs haben gezeigt, dass die Gesellschaft innerhalb kurzer Zeit einen Ersatz für den ausgeschiedenen Vollhafter zu finden hat, um die Vermeidung der Offenlegung weiterhin aufrecht zu erhalten. Im Grunde muss bereits zum Zeitpunkt der Aufnahme eines Vollhafter bestenfalls ein geeigneter Nachfolger feststehen, um die Strategie erfolgreich fortsetzen zu können. Ferner gilt es zu bedenken, dass die Suche nach einem Vollhafter einige Monate in Anspruch nehmen wird, sodass hinsichtlich der Umsetzungsdauer die Strategie insgesamt als zeitintensiv einzustufen ist.

Aus Sicht der natürlichen Person liegen die wesentlichen Nachteile in der Haftung für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft sowie in der Nachhaftung. Gerade diese Haftungsaspekte werden die Suche nach einer geeigneten Person erheblich erschweren. Es ist anzunehmen, dass die Stellung als Komplementär eine Person aus dem Bekannten- oder Verwandtenkreis einnehmen wird, da dadurch Konfliktpotential bewusst vermieden werden kann.

Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger: Zur Enthftung des ausscheidenden Personengeschafters, in: NJW 2000, S. 2529 - 2536
- Balz, Gerhard K. (**Beendigung**): Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, Duncker & Humblot / Berlin 1984
- Bitter, Bernhard/ Grashoff, Dietrich: Anwendungsprobleme des Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetzes, in: DB 2000, S. 833 - 839
- Blaurock, Uwe (**Haftungsstruktur**): Einfluß im Unternehmen und die gesellschaftsrechtliche Haftungsstruktur, in: Lutter, Marcus/ Mertens, Hans-Joachim/ Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Walter de Gruyter / Berlin et al. 1985, S. 553 - 569
- Damrau-Schröter, Heike: Der Ausschluss eines (missliebigen) GmbH-Geschafters, in: DStR 1991, S. 1927 - 1936
- Dorozala, Ingo/ Söffing, Matthias: Zur Vermeidung handelsrechtlicher Offenlegungspflichten durch alternative Rechtsformen, in: DStR 2000, S. 1567 - 1570
- Dörner, Bernhard M. (**Rechtsform**): Rechtsform nach Maß - Entscheidungshilfen für eine zweckmäßige Rechtsform, Haufe Verlag / Freiburg i. Br. 1994
- Enzinger, Michael (§ 118): § 118 Kontrollrecht der Geschafters, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2006
- Fabian, Roland (§ 77): § 77 Steuerliche Folgen bei Eintritt und Ausscheiden zu Lebzeiten, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - BGB-Gesellschaft - Offene Handelsgesellschaft - Partnerschaftsgesellschaft - Partenreederei - EWIV, 2. Auflage, Band 1, Verlag C.H. Beck / München 2004

- Fehrenbacher, Oliver/ Tavakoli, Anusch (**GmbH & Co. KG**): Besteuerung der GmbH & Co. KG, Gabler Verlag / Wiesbaden 2007
- Flume, Werner: "Hinauskündigung" aus der Personengesellschaft und Abfindung, in: DB 1986, S. 629 - 636
- Gehrlein, Markus: Neue Tendenzen zum Verbot der freien Hinauskündigung eines Gesellschafters, in: NJW 2005, S. 1969 - 1973
- Goette, Wulf: Ausschließung und Austritt aus der GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: DStR 2001, S. 533 - 542
- Graf von Kanitz, Friedrich: Rückwirkende Befreiung von Personenhandelsgesellschaften i.S. des § 264 a Abs. 1 HGB von den erweiterten Rechnungslegungspflichten bei Eintritt einer natürlichen Person als Vollhafter? - Anmerkungen zum Beschluss des LG Osnabrück vom 01.07.2005, in: WPg 2008, S. 1059 - 1063
- Grashoff, Friedrich (**Nachfolge**): Die Nachfolge von Miterben in den Anteil an einer Personengesellschaft - zivilrechtliche, erbschaftsteuerliche und einkommensteuerliche Aspekte der einfachen und qualifizierten Nachfolgeklausel, der Schenkung auf den Todesfall und des Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall, Cuvillier-Verlag / Göttingen 1997
- Groschoff, Jan/ Komning, Enrico (**Unternehmensnachfolge**): Unternehmensnachfolge, Diplomica Verlag / Hamburg 2008
- Grüter, Gido/ Mitsch, Bernd: Beitritt einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter einer GmbH & Co. KG - Teil I, in: INF 2001, S. 142 - 146
- Hahn, Jürgen: "KapCoRiLiG": Gläserne Taschen für GmbH und GmbH & Co. KG, in: GmbHR 2000, S. R 69 - 70
- Hartmann, Bernhard (**Gesellschafter**): Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis - Gesellschaftsrechtliche, steuerrechtliche und betriebswirtschaftliche Darstellung, insbesondere der Ausschließung und Abfindung, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt / Köln 1983

- Hasch, Alexander/ Spohn, Hans/ Richter, Thomas (**Unternehmensnachfolge**): Praxis-
handbuch der Unternehmensnachfolge, Wirtschaftsverlag Carl Ueberreuter /
Wien 2000
- Heeg, Volker: Die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG als (weiteres) hybrides Rechts-
gebilde im deutschen Gesellschaftsrecht, in: DB 2009, S. 719 - 722
- Heidelbach, Anna/ Renz, Hartmut (**Veröffentlichungspflichten**): Veröffentlichungs-
pflichten von Unternehmen - So kommen Sie Ihren Veröffentlichungspflichten
als AG, GmbH & Co. KG, KG und OHG nach, Bundesanzeiger Verlag / Köln
2007
- Hennerkes, Brun-Hagen/ Binz, Mark K.: Zur Ausschließbarkeit von Gesellschaftern
einer Personengesellschaft nach freiem Ermessen, in: NJW 1983, S. 73 - 80
- Herrmann, Horst: Zur Rechnungslegung der GmbH & Co. KG im Rahmen des KapCo-
RiLiG, in: WPg 2001, S. 271 - 282
- Heymann, Gerd (**B 390**): B 390 Gewinnverwendung, in: Castan, Edgar/ Böcking, Hans-
Joachim/ Heymann, Gerd et al. (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Rechnungs-
legung, 22. Ergänzungslieferung, Band II, Verlag C.H. Beck / München, Stand:
Dezember 2004
- Hillmann, Reinhard (**§ 128**): § 128 Persönliche Haftung der Gesellschafter, in: Eben-
roth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev et al. (Hrsg.), Handels-
gesetzbuch, 2. Auflage, Band 1, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hillmann, Reinhard (**§ 160**): § 160 Nachhaftung des Gesellschafters, in: Ebenroth,
Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev et al. (Hrsg.), Handelsge-
setzbuch, 2. Auflage, Band 1, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (**§ 114**): § 114 Geschäftsführung, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J.
(Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co.,
Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht),
33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008

- Hopt, Klaus J. (§ **119**): § 119 Beschlussfassung, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (§ **125**): § 125 Vertretung der Gesellschaft, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (§ **128**): § 128 Persönliche Haftung des Gesellschafters, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (§ **130**): § 130 Haftung des eintretenden Gesellschafters, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (§ **140**): § 140 Ausschließung eines Gesellschafters, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Hopt, Klaus J. (§ **160**): § 160 Haftung des ausscheidenden Gesellschafters; Fristen; Haftung als Kommanditist, in: Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare. Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 33. Auflage, Band 9, Verlag C.H. Beck / München 2008
- IDW, RS HFA 7: IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Zur Rechnungslegung bei Personenhandelsgesellschaften (IDW RS HFA 7), in: Fachnachrichten Nr. 9, WPg 2008, S. 370 - 380

- Ihrig, Hans-Christoph (§ **20**): § 20 Gesellschafterkonten, Kapitalanteile, in: Sudhoff, Heinrich (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2005
- Ihrig, Hans-Christoph (§ **41**): § 41 Haftung des Komplementärs, in: Sudhoff, Heinrich (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2005
- Jacobs, Otto H. (Hrsg.) (**Rechtsform**): Unternehmensbesteuerung und Rechtsform, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2009
- Kiethe, Kurt: Ausschluss aus der Personengesellschaft und Einstweilige Verfügung, in: NZG 2004, S. 114 - 117
- Koller, Ingo (**Sicherung**): Sicherung des Eigenkapitals bei der gesetzestypischen KG, in: Kübler, Friedrich/ Mertens, Hans-Joachim/ Werner, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Walter de Gruyter / Berlin et al. 1991, S. 357 - 377
- Koller, Ingo (§ **114**): § 114 Geschäftsführung, in: Koller, Ingo/ Roth, Wulf-Henning/ Morck, Winfried (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2007
- Koller, Ingo (§ **130**): § 130 Haftung des eintretenden Gesellschafters, in: Koller, Ingo/ Roth, Wulf-Henning/ Morck, Winfried (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2007
- Koller, Ingo (§ **140**): § 140 Ausschließung eines Gesellschafters, in: Koller, Ingo/ Roth, Wulf-Henning/ Morck, Winfried (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2007
- Krämer, Achim: Die gesellschaftsvertragliche "Ausschließung" aus der Personengesellschaft, in: NJW 1981, S. 2553 - 2556
- Kulka, Michael (**Ausschließung**): Die gleichzeitige Ausschließung mehrerer Gesellschafter aus Personengesellschaften und GmbH, Verlag Dr. Otto Schmidt / Köln 1983

- Levedag, Christian (§ 57): § 57 Gewinnermittlung und -verteilung, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Kommanditgesellschaft - GmbH & Co. KG - Publikums-KG - Stille Gesellschaft - 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2004
- Lohr, Martin: Der Stimmrechtsausschluss des GmbH-Gesellschafters (§ 47 IV GmbHG), in: NZG 2004, S. 551 - 562
- Lorz, Rainer (§ 140): § 140 Ausschließung eines Gesellschafters, in: Ebenroth, Carsten Thomas/ Boujong, Karlheinz/ Joost, Detlev et al. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 1, Verlag C.H. Beck / München 2008
- Luckey, Günter (**Unternehmensnachfolge**): Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, Schaeffer-Poeschel Verlag / Stuttgart 1998
- Memento (**Gesellschaftsrecht**): Gesellschaftsrecht für die Praxis - Alle Gesellschaftsformen mit Nebengebieten, Grundlagen der Besteuerung und Bilanzierung, 10. Auflage, Memento Verlag / Freiburg i. Br. 2008
- Michalski, Lutz: Schriftformklauseln in Individual- und Formularverträgen, in: DStR 1998, S. 771 - 780
- o.V.: GmbH & Co. KG: Aufnahme einer natürlichen Person als weiteren Komplementär, in: GmbHR 2001, S. 105
- Piehler, Klaus: Der Ausschluß eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft (Teil I) - Gesetzliche Regelung und vertragliche Gestaltungen, in: DStR 1991, S. 686 - 689
- Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert (§ 34): § 34 Aufnahme eines weiteren Gesellschafters, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Kommanditgesellschaft - GmbH & Co. KG - Publikums-KG - Stille Gesellschaft, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2004

- Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert (§ 35): § 35 Übertragung und Umwandlung der Gesellschafterstellung, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Kommanditgesellschaft - GmbH & Co. KG - Publikums-KG - Stille Gesellschaft, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2004
- Piehler, Klaus/ Schulte, Norbert (§ 74): § 74 Ausscheiden eines Gesellschafters, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - Kommanditgesellschaft - GmbH & Co. KG - Publikums-KG - Stille Gesellschaft, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2004
- Priester, Hans Joachim (§ 122): § 122 Entnahmen, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2006
- Reichert, Jochem (§ 27): § 27 Eintritt, in: Sudhoff, Heinrich (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck / München 2005
- Reichold, Hermann: Das neue Nachhaftungsbegrenzungsgesetz, in: NJW 1994, S. 1617 - 1622
- Reimann, Wolfgang: Formerfordernisse beim Abschluß von Gesellschaftsverträgen, in: DStR 1991, S. 154 - 157
- Schlauß, Stefan: Ein Jahr Erfahrung mit den neuen Jahresabschluss-Publizitätspflichten - Überblick über die Offenlegungspraxis sowie die Ordnungsgeldverfahren durch das Bundesamt für Justiz im ersten Jahr der verschärften Sanktionierung -, in: DB 2008, S. 2821 - 2825
- Schmidt, Karsten (**Gesellschaftsrecht**): Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag / Köln et al. 2002
- Schmidt, Karsten (§ 160): § 160 Haftung des ausscheidenden Gesellschafters; Fristen; Haftung als Kommanditist, in: Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 2, Verlag C.H. Beck / München 2006

- Schmidt, Karsten/ Schneider, Christian: Haftungserhaltende Gläubigerstrategien beim Ausscheiden von Gesellschaftern bei Unternehmensübertragung, Umwandlung und Auflösung, in: BB 2003, S. 1961 - 1971
- Schönhoff, Horst (**Ausschließungsklage**): Die Zustimmungs- und Ausschließungsklage im Recht der Personengesellschaften, Dissertation Universität Freiburg i. Br. / Freiburg i. Br. 1992
- Schulze zur Wiesche, Dieter: Die GmbH & Co. KG und verdeckte Gewinnausschüttung, in: BB 2005, S. 1137 - 1143
- Soufleros, Ilias (**Ausschließung**): Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, Verlag Dr. Otto Schmidt / Köln 1983
- Sprau, Hartwig (§ 744): § 744 Gemeinschaftliche Verwaltung, in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, Band 7, Verlag C.H. Beck / München 2009
- Stauf, Wolfgang (**Tatbestandsmerkmal**): Zum Tatbestandsmerkmal "Wichtiger Grund" in den §§ 133, 140, 142 HGB, Dissertation Universität zu Marburg / Marburg 1979
- Stollenwerk, Thomas/ Krieg, Michael: Das Ordnungsgeldverfahren nach dem EHUG, in: GmbHR 2008, S. 575 - 581
- Tavakoli, Anusch: Disquotale Gewinnausschüttungen in der Unternehmensnachfolge: Gesellschafts- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen, in: DB 2006, S. 1882 - 1888
- Uhlenbruck, Wilhelm: Fluchtmöglichkeiten der GmbH & Co. KG aus der Publizitätspflicht, in: GmbHR 2000, S. R 1
- von Ditfurth, Hoimar (§ 54): § 54 Vertretung, in: Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts - BGB-Gesellschaft - Offene Handelsgesellschaft - Partnerschaftsgesellschaft - Partenreederei - EWIV, 2. Auflage, Band 1, Verlag C.H. Beck / München 2004

Waßmer, Martin Paul: Die GmbH & Stroh KG als Publizitäts-Vermeidungsmodell, in:
GmbHHR 2002, S. 412 - 420

Winkeljohann, Norbert/ Schindhelm, Malte (**KapCoRiLiG**): Das KapCoRiLiG - Ein
Praxis-Leitfaden zum Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz, Verlag
Neue Wirtschafts-Briefe / Herne et al. 2000

Wolf, Josef E. (**Hinauskündigung**): Die Hinauskündigung eines Gesellschafters aus
einer handelsrechtlichen Personengesellschaft und der GmbH, Dissertation Uni-
versität Mainz / Mainz 1994

Zimmer, Daniel/ Eckhold, Thomas: Das Kapitalgesellschaften & Co.-Richtlinie-Gesetz
- Neue Rechnungslegungsvorschriften für eine große Zahl von Unternehmen, in:
NJW 2000, S. 1361 - 1369

Verzeichnis der Rechtsquellen

Datum	Aktenzeichen	Quelle
BGH:		
22.11.1956	II ZR 222/55	NGHZ 22, S. 186
21.12.1961	II ZR 74/59	BGHZ 36, S. 224
25.01.1965	II ZR 233/62	BB 1965, S. 472
17.03.1966	II ZR 282/63	BGHZ 45, S. 204
17.11.1975	II ZR 120/74	BB 1976, S. 154
20.01.1977	II ZR 217/75	NJW 1977, S. 1292
10.02.1977	II ZR 120/75	BGHZ 68, S. 225
29.05.1978	II ZR 52/77	NJW 1979, S. 104
13.07.1981	II ZR 56/80	NJW 1981, S. 2565
19.05.1983	II ZR 207/81	NJW 1983, S. 2940
25.03.1985	II ZR 240/84	NJW 1985, S. 2421
19.09.1988	II ZR 329/87	NJW 1989, S. 834
31.03.2003	II ZR 8/01	NZG 2003, S. 625
BFH:		
14.10.2003	VIII R 38/02	BStBl. II 2004, S. 115
OLG:		
OLG München		
05.02.1997	7 U 4069/96	DB 1997, S. 567
OVG:		
OVG Brandenburg		
12.08.1998	4 B 31/98	ZIP 1998, S. 1636

LG:

LG Osnabrück

01.07.2005

15 T 6/05

BB 2005, S. 2461



Working Papers in Accounting Valuation Auditing Nr. 2010-1

Devrimi Kaya

Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer GmbH & Co. KG zur Vermeidung der Offenlegung des Jahresabschlusses nach HGB

Das Arbeitspapier untersucht eine Strategie zur Vermeidung der Jahresabschlusspublizität einer GmbH & Co. KG nach HGB. Es beschreibt den formellen Ablauf des Eintritts einer natürlichen Person als zusätzlicher Komplementär bei einer GmbH & Co. KG und gibt Handlungsempfehlungen zur wirkungsvollen Ausgestaltung der Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag.

Avoiding the disclosure of financial statements according to German Commercial Code (HGB) - balancing limited and personal liability

The paper analyses a strategy for avoiding the disclosure of the financial statements of a limited partnership with a limited liability company as general partner (GmbH & Co. KG) according to German Commercial Code (HGB). It describes the formal process of the joining of a natural person as an additional general partner to a 'GmbH & Co. KG' and gives recommendations how to arrange the legal position of this partner in the partnership agreement effectively.

Impressum

Nürnberg 2010

Herausgeber und Redaktion:

Lehrstuhl für Rechnungswesen und Prüfungswesen

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Lange Gasse 20

90403 Nürnberg

Tel +49 911 5302 - 437

Fax +49 911 5302 - 401

www.pw.wiso.uni-erlangen.de

Druck:

CL Druckzentrum GmbH, Nürnberg



Lehrstuhl für
Rechnungswesen
und Prüfungswesen

ISSN 1867-7932