

Skript

zur Vorlesung

Gesellschaftsrecht WR II

Rheinische Fachhochschule Köln

von: Rechtsanwalt Dr. Friedrich L. Ekey, Köln

**Gesellschaftsrecht WR II**  
**Rheinische Fachhochschule Köln**  
**von: Rechtsanwalt Dr. Friedrich L. Ekey, Köln**

**Inhaltsverzeichnis**

	<b>Seite</b>
<b>I Einführung in das Thema</b>	<b>6</b>
1. Geschichtliche Bezüge	6
a) Allgemeines	6
b) Die Entwicklung zu besonderen Körperschaften	7
<b>II Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts</b>	<b>8</b>
1. Allgemeines	8
2. Entstehung der GbR	8
3. Das Verhältnis zu den Gesellschaftern	10
4. Die Haftung für die Geschäftsführung	10
5. Gewinn und Verlust	11
6. Übertragbarkeit von Gesellschaftsrechten	12
7. Fortsetzung der Gesellschaft	12
8. Rechtsfähigkeit der GbR	13
9. Auflösung, Auseinandersetzung und Beendigung der GbR	15
a) Auflösung	15
b) Auseinandersetzung	15
c) Beendigung	16
<b>III Die Stille Gesellschaft</b>	<b>17</b>
<b>IV Die Offene Handelsgesellschaft</b>	<b>18</b>
1. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer OHG	18
2. Die OHG als Gesamthandsgemeinschaft	20
3. Anmeldung der Gesellschaft	20
4. Die Rechtsstellung der Gesellschafter	20
a) Allgemeines	20
b) Das Wettbewerbsverbot	21
c) Die Treuepflicht	21

<b>V Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung</b>	<b>22</b>
1. Vorbemerkung	22
2. Gründung einer EWIV	22
3. Die Mitgliedschaft in der EWIV	24
<b>VI Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung</b>	<b>25</b>
1. Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	25
2. Die Entstehung einer GmbH	26
3. Die Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft	29
4. Die Sachgründung	29
5. Die Gründungshaftung	30
6. Die Rechtsstellung der Gesellschaft und der Gesellschafter	31
a) Allgemeines	31
b) Die Aberkennung des Haftungsprivilegs nach § 13 Abs. 2 GmbHG	31
c) Die Vorschriften zur Erhaltung des Stammkapitals	32
d) Die Rechte und Pflichten des Gesellschafters	33
7. Die Möglichkeit der Einziehung einer Forderung durch die GmbH trotz vorheriger Abtretung	34
8. Die Geschäftsführung (von: Rechtsanwältin Petra Schlieper-Kurre)	35
a) Einleitung	35
b) Abgrenzung Organ-Anstellungsverhältnis	35
aa) Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft	35
bb) Das Anstellungsverhältnis	38
Exkurs: Verdeckte Gewinnausschüttung	38
cc) Pflichten des Geschäftsführers	40
dd) Beendigung des Anstellungsverhältnisses	41
ee) Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft	43
- § 43 GmbHG	43
- § 64 Abs. 2 GmbHG	44
ff) Haftung des Geschäftsführers gegenüber den GmbH-Gesellschaftern	44
gg) Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten	45
hh) Entlastung, Generalbereinigung	45
ii) Die Haftung der GmbH für deliktisches Handeln ihres Geschäftsführers	46
9. Die Gesellschafterversammlung	46
a) Allgemeine Regeln	46
b) Das Problem der Stimmrechtsbindungen	48

10. Der Aufsichtsrat	49
11. Die Konzernhaftung	49
<b>VII Die Partnerschaftsgesellschaft</b>	<b>52</b>
<b>VIII Die Kommanditgesellschaft</b>	<b>54</b>
1. Die Bedeutung der Kommanditgesellschaft im Wirtschaftsleben	54
2. Die rechtliche Struktur der KG	55
3. Die Stellung des Kommanditisten	55
<b>IX Die Aktiengesellschaft</b>	<b>56</b>
1. Die Geschichte der AG	56
2. Die Bedeutung der AG	59
3. Das Wesen der AG	59
4. Die Gründung der AG	63
5. Der Vorstand	67
6. Der Aufsichtsrat	69
7. Die Hauptversammlung	70
8. Die Stellung der Aktionäre	71
<b>Anhang</b>	
<b>A Die Scheinselbständigkeit</b>	<b>75</b>
(von: Rechtsanwältin Petra Schlieper-Kurre)	
<b>I Definition, Verbreitung und Gründe der Scheinselbständigkeit</b>	<b>75</b>
1. Definition der Scheinselbständigkeit	75
2. Verbreitung der Scheinselbständigkeit	75
3. Gründe der Scheinselbständigkeit	77
<b>II Überblick über die gesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit</b>	<b>78</b>
1. Erste gesetzliche Regelung der Scheinselbständigkeit	78
2. Korrekturgesetz zur Förderung der Selbständigkeit	78
<b>III Versicherungspflichtige Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV</b>	<b>80</b>
1. Legaldefinition von „Beschäftigung“ in § 7 Abs. 1 SGB IV	80
2. Rechtsprechung des BSG	82
3. Zusammenstellung der einzelnen in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien	82
Exkurs: Der mitarbeitende Gesellschafter, echter Gesellschafter oder Arbeitnehmer der Gesellschaft?	84

<b>IV Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV</b>	86
1. Neu gefasster Anwendungsbereich	86
2. Persönlicher Anwendungsbereich	87
3. Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten	87
4. Vorliegen von drei der fünf Vermutungsmerkmalen	87
a) Keine eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer	88
b) Bindung an einen Auftraggeber	89
c) Verrichtung entsprechender Tätigkeiten durch Arbeitnehmer	89
d) Fehlen typischer Merkmale unternehmerischen Handelns	89
e) Äußeres Erscheinungsbild	89
5. Widerlegung der Vermutung	90
<b>V Anfrageverfahren zur Statusklärung - § 7 a Abs. 1-3 SGB IV</b>	90
<b>VI Arbeitnehmerähnliche Selbständige - § 2 Nr. 9 SGB VI</b>	92
1. Tatbestandsvoraussetzungen	92
2. Befreiungstatbestände	93
<b>VII Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung</b>	94
1. Konsequenzen im Arbeitsrecht	94
2. Konsequenzen im Sozialversicherungsrecht	95
3. Konsequenzen im Steuerrecht	97
a) Einkommenssteuer	97
b) Umsatzsteuer	97
<b>VIII Wege aus der Scheinselbständigkeit</b>	98
<b>IX Neue Selbständigkeit durch die sog. „Ich-AG“</b>	100
<b>B Grundzüge der Unternehmensmitbestimmung</b> (von: Rechtsanwältin Petra Schlieper-Kurre)	101
<b>I Einleitung</b>	101
<b>II Die Geltungsbereiche der Mitbestimmungsgesetze</b>	103
1. Montan-Mitbestimmungsgesetz	103
2. Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz	104
3. Mitbestimmungsgesetz	105
4. BetrVG 1952	106
5. Von der Mitbestimmung nicht erfasste Unternehmen	107
6. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats	107

# Gesellschaftsrecht

## I Einführung in das Thema

### Geschichtliche Bezüge

#### a) Allgemeines

Der Begriff der Gesellschaft wird mit verschiedenen Bedeutungsinhalten gebraucht.

Die engste Definition von Gesellschaft findet sich im Zivilrecht, wo man als Gesellschaft jede privatrechtliche Personenvereinigung bezeichnet, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft - Vertrag - begründet wird. Weitere Bestimmungen des Inhalts einer Gesellschaft ergeben sich entsprechend den jeweiligen Zielsetzungen etwa in einem Verein, im Handel, bei bestimmten Unternehmensformen und dergleichen (vgl. nur Brockhaus, Enzyklopädie in 24 Bänden, Bd. 8, Gesellschaft, S. 414, 19. Aufl.).

Zwar arbeitete bereits das römische Recht mit schuldrechtliche Bindungen auslösenden vertraglichen Zusammenschlüssen (Sozietas) im Gegensatz zu einer bloß körperschaftlich verfassten Organisation (Universitas) (Kübler, Gesellschaftsrecht, § 2 I, S. 5).

Das heutige Gesellschaftsrecht basiert aber auf Neubildungen im Recht, deren Wurzeln im Frühmittelalter zu finden sind (Wiacker, Privatrechtsgeschichte in der Neuzeit, S. 241, 2. Aufl.).

Während die frühmittelalterliche Sozialverfassung wesentlich auf den genossenschaftlichen Lebensformen der Sippe und der Dorfschaft als wenig strukturierten aber festgefügt lokalen Gemeinschaften beruhte, gingen aus ihnen seit dem Hochmittelalter die sehr viel differenzierteren Körperschaften der Stadtgemeinden, der kaufmännischen Gilden und der handwerklichen Zünfte hervor. Ihre Ordnung beruht auf schriftlich fixierten Regeln, sie sind handlungsfähig durch Organe wie Zunftmeister, Bürgerversammlung, die den Gemeinwillen durch formalisierte Verfahren, schließlich sogar nach dem Mehrheitsprinzip ermittelte (Kübler aaO, S. 5 u. Hinw. auf Otto v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht – 4 Bände – 1867-1913).

Aber auch in den herkömmlichen Bereichen des Zivilrechts hatten sich neuen Schöpfungen entwickelt, die in den verschiedenen rechtlichen Novationen, wie dem Gesellschaftsrecht, fruchtbar gemacht werden konnten. So war die im justinianischen Recht erst angedeutete, von der Kanonistik und den Konsiliatoren ausgebaute Theorie der Juristischen Person die Grundlage für ihre heutige Gestalt nicht nur in der Verfassung und Organisation zunächst der

Kirche, später vorzugsweise des neuzeitlichen Staates und seiner Gebietskörperschaften, sondern heute auch der modernen Wirtschaftsgesellschaft (Wiacker aaO, S. 242).

### **b) Die Entwicklung zu besonderen Körperschaften**

Die Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft haben ihren Ursprung in der ab dem 13. Jahrhundert sich entwickelnden ersten Kaufmannsgesellschaften. Die commenda stellte eine Unternehmung dar, bei der ein commendator (ein Kapitalist) einem tractator (Unternehmer) Geld oder Waren überlässt, um damit auf gemeinsame Rechnung Geschäfte zu machen. Diese Gesellschaft trug auch den Namen collegantia, societas maris, sendevoh oder wedderleginge (Kübler aaO, S. 6).

Die Offene Handelsgesellschaft (OHG) hat ihre Ursprünge in der compagna oder societas fratrum. Hierbei handelt es sich um eine Hausgemeinschaft, bei der die Söhne des verstorbenen Kaufmanns das Geschäft gemeinsam als gleichberechtigte Partner fortführen. Das berühmteste Beispiel einer solchen Gesellschaft sind die „Fugger gebrudere“ aus dem Jahr 1494 (ebenda).

Kapitalgesellschaften entstehen ab dem 17. Jahrhundert in England und den Niederlanden. Ihnen kam die Aufgabe zu, die notwendigen Kapitalien einzusammeln, die für die Erschließung und Ausbeutung der neu entdeckten Kolonien in Amerika und Asien benötigt wurden. Prominente Beispiele dieser Kolonialgesellschaften waren die um 1600 entstandene britisch-ostindische und im Jahre 1602 entstandene niederländisch-ostindische Kompanie. Diese Gesellschaften waren rechtsfähige Körperschaften. Ihre Gründung oder Anerkennung bedurfte hoheitlicher Genehmigung. Sie standen unter staatlicher Kontrolle. Diese Rechtsform setzte sich später im Seehandel und im Kreditwesen, wie bei der Bank of England, durch. Schon früh wurden diese neuen Gesellschaftsformen missbraucht, so dass der Staat sich genötigt sah, hiergegen einzuschreiten. Dieser Prozess kann als bis heute nicht abgeschlossen angesehen werden.

Kübler weist zu Recht bei aller Ähnlichkeit, die diese frühen Ausprägungen mit einigen der Formtypen des geltenden Rechts verbindet, darauf hin, dass ein wichtiger struktureller Unterschied nicht übersehen werden darf; jene waren bis zum Ende des 18. Jahrhundert eingebunden in das verwirrend vielfältige, dabei stabile und wenig flexible Gefüge einer korporativ-ständischen Gesellschaftsordnung. Sie kannte zwar Vertrag und Eigentum, Gewerbe und Vereinigungen, aber nicht als Gegenstand und Inhalt bürgerlicher Freiheitsrechte, sondern nur als durch die Rechtsordnung zugeteilte Sozialfunktion, deren Sinn nicht in der Chance individueller Entfaltung, sondern in der Stabilisierung des vorgegebenen gesellschaftlichen Ordnungsgefüges gesehen wurde. Nicht nur aus diesem Grund unterscheiden sich die vorliberal-ständischen Organisationsformen des 17. und 18. Jahrhunderts grundlegend von den heutigen Gesellschaften:

So nahmen die Kolonialgesellschaften in den ihnen zugewiesenen Gebieten sogar staatliche Aufgaben bis hin zur Rechtspflege und Kriegsführung wahr. Die Unterscheidung zwischen privat und öffentlich-rechtlich tätigen Personenvereinigungen hatte sich insoweit ebenfalls noch nicht durchgesetzt.

Den Körperschaften oblag es nicht, ihre innere Organisation gemäß den Bedürfnissen ihrer Mitglieder zu bestimmen. Die innere Verfassung der Zünfte und Genossenschaften galt als untrennbarer Bestandteil des gesamtgesellschaftlichen Ordnungsgefüges. Man konnte weder einfach ein- noch austreten. Die Mitgliedschaft wurde im wesentlichen vererbt.

Erst die französische ordonnance sur le commerce von 1673 stand nur für geschäftliche Zwecke zur Verfügung, konnte insoweit also in gewissem Umfang frei gegründet und aufgelöst werden. Dies galt aber nur für den organisierten Stand der Kaufleute (Kübler aaO, S. 6 f.).

## **II Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

### **1. Allgemeines**

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) dürfte die am meisten verbreitete Gesellschaft in Deutschland darstellen. Zahlenmaterial über ihre Verbreitung liegt ersichtlich nicht vor (Schücking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. I, § 1 Rn 1).

Die Bedeutung der GbR für das Publikum liegt in ihrer ungeheuren Flexibilität, den wenigen konstitutiven Voraussetzungen, die die Gesellschafter erfüllen müssen, und in der Möglichkeit, sogar durch bloß konkludentes Handeln eine GbR zu gründen.

### **2. Entstehung der GbR**

Nach § 705 BGB setzt eine GbR einen Gesellschaftsvertrag voraus, in dem die Gesellschafter sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Eine GbR kann zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden. Sie ist durch die enge persönliche Verbundenheit der Gesellschafter untereinander charakterisiert.

Sofern die in § 105 HGB statuierten Merkmale einer Offenen

Handelsgesellschaft (OHG) gegeben sind, scheidet die Annahme einer GbR allerdings aus.

Dies bedeutet, dass eine GbR nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§ 105 Abs. 1 HGB). Eine Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet oder die nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, wird durch ihre Eintragung in das Handelsregister eine OHG. War die Gesellschaft zuvor eine GbR, mutiert sie nunmehr zur OHG.

Die GbR bedarf zu ihrer Entstehung eines Gesellschaftervertrages. Dieser muss von mindestens zwei Personen abgeschlossen werden. Für den Abschluss des Vertrages sind keine Formvorschriften zu beachten: Er ist also formlos und auch durch konkludentes Handeln zu erreichen.

Ebenso wenig sind an die Gesellschafter bestimmte Anforderungen zu stellen. Es kann sich hierbei um natürliche, aber auch um juristische Personen oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln.

Nach dem insoweit klaren Wortlaut in § 705 BGB besteht in der Rechtsprechung und Literatur Einigkeit darüber, dass im Gesellschaftsvertrag eine Einigung der Gesellschafter dahingehend erfolgt sein muss, dass ein gemeinsamer Zweck von ihnen allen gefördert werden soll (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 59 I 2; Happ/Brunckhorst, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 5 Rn 1, jew. mN).

Häufig fraglich erscheint, ob der Wille der Gesellschafter tatsächlich auf die wechselseitige Verpflichtung zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet war. Würde dieses Merkmal nicht vorliegen, läge keine GbR sondern höchstens ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vor. Dass diese, eine GbR konstituierende Willenserklärung auch stillschweigend abgegeben werden kann, ermöglicht es zwar der Rechtsprechung, zwischen Parteien einen angemessenen Ausgleich zu finden. Auf der anderen Seite entzündet sich an dieser Rechtsprechung die beachtliche Kritik der Literatur, wonach aus einem Miteinander noch nicht auf den Willen der Parteien geschlossen werden kann, dass Vertragspflichten entstehen sollten (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 59 I 2 b; Happ/Brunckhorst, aaO Rn 4).

So ließ der BGH eine GbR entstehen, wenn ein Ehegatte über das ihm eherechtlich obliegende Maß hinaus im Geschäft des Ehepartners unentgeltlich tätig war. Die Rechtsprechung nahm hier an, dass durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Unternehmen aufgebaut oder eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wurde und hierauf sich auch der Wille bezogen hatte (BGHZ 8, 249 ff.; 31, 197, 201; 47, 157, 162; NJW 1974, 1554 f.; 1974, 2045; Happ/Brunckhorst, ebenda, Fn 9).

### **3. Das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern**

Im Unterschied zu anderen schuldrechtlichen Verträgen besteht das Kennzeichen einer GbR nicht in einem Austauschverhältnis der Leistungen der Vertragsparteien. Vielmehr begründet der Gesellschaftsvertrag für die Gesellschafter die Pflicht, den gemeinsamen Zweck gemeinsam zu fördern. Dass häufig der eine Gesellschafter diese Pflicht gerade auch im Hinblick auf die Verpflichtung des anderen Gesellschafters eingeht, vermag an diesem Charakteristikum der GbR nichts zu ändern.

Die Gemeinschaftlichkeit der Ziele der Parteien einer GbR prägt denn auch ganz wesentlich die weiteren Pflichten der Gesellschafter.

Abgesehen von der in § 706 BGB enthaltenen Pflicht der Gesellschafter, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten, wobei nach § 707 BGB zur Erhöhung der vereinbarten Beträge oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ein Gesellschafter nicht gegen seinen Willen verpflichtet werden kann, schulden die Gesellschafter gegenseitig Treuepflichten. Die Reichweite der jeweiligen Treuepflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles.

So wird beim Betrieb eines geschäftlichen Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis in der Form einer GbR jeder Gesellschafter nicht nur zur Verschwiegenheit sondern ggf. auch zur Unterrichtung der Mitgesellschafter über Vorgänge und Ereignisse verpflichtet sein, die den gemeinsamen Tätigkeitsbereich berühren. Im Rahmen der Pflicht zur Geschäftsführung, die vertraglich abbedungen werden kann, sind darüber hinaus die individuellen Fähigkeiten und Erfahrungen der Gesellschafter zum Nutzen der Gesellschaft einzubringen. Auf der anderen Seite mag sich die Pflicht eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters einer Innengesellschaft nur auf die Leistung des im Vertrag festgelegten Geldbetrages beschränken (Kübler, Gesellschaftsrecht, § 6 II, S. 44, der im übrigen die Reichweite der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu stark relativiert).

Aus dem allgemeinen Treuegedanken folgt ebenfalls die Pflicht des Gesellschafters einer GbR, alles zu unterlassen, was die Erreichung des vertraglich vereinbarten Gesellschaftszwecks gefährdet oder gar verhindert. So dürfen geschäftsführende Gesellschafter von Erwerbsgesellschaften vom Gesellschaftszweck erfasste Geschäfte nicht zum Nachteil der Mitgesellschafter auf eigene Rechnung tätigen (MünchKomm/Ulmer, § 705 Rn 194 ff. mN).

### **4. Die Haftung für die Geschäftsführung**

Nach § 708 BGB hat ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Gemäß § 277 BGB ist, wer nur für

diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit.

Das Gesetz beschränkt die Haftung des Gesellschafters vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Parteien den Vertrag mit den anderen Gesellschaftern in Ansehung ihrer konkreten Personen abschließen und deshalb keine weitergehende Sorgfalt erwarten dürfen, wie sie dieser konkrete Gesellschafter in eigenen Angelegenheit anwendet. Ist der andere Gesellschafter in seinen eigenen Angelegenheiten sorgfältiger als sonst üblich, haftet er nicht weitergehend als für die im Verkehr übliche Sorgfalt. Eine weitergehende Interpretation von § 708 würde dem Charakter der Norm als haftungsbeschränkende zuwider laufen (Staudinger/Kessler, § 708 Rn 5; MünchKomm/Ulmer, § 708 Rn 14; v. Ditfurth, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 7 Rn 58).

Die Haftungsbeschränkung gilt nicht bei Publikumsgesellschaften, da es hier an dem Vertrauensverhältnis, auf dem § 708 BGB beruht, mangelt (BGHZ 75, 321, 327; 69, 207, 209; v. Ditfurth, ebenda).

Die schuldhafte Verletzung von Gesellschafterpflichten begründet den Anspruch der GbR auf Schadensersatz.

## **5. Gewinn und Verlust**

Enthält der Gesellschaftsvertrag keine von § 722 BGB abweichende Regelung, soll jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil an Gewinn und Verlust tragen. § 722 Abs. 2 enthält die Regel, dass im Zweifel die Bestimmung nach § 722 Abs. 1 sowohl für den Gewinn als auch für den Verlust gilt, wenn jedenfalls der Anteil nur am Gewinn oder nur am Verlust bestimmt ist.

Nach § 721 Abs. 1 kann ein Gesellschafter den Rechnungsabschluss und die Verteilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen. Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluss und die Gewinnverteilung gemäß § 721 Abs. 2 im Zweifel am Schluss jedes Geschäftsjahres zu erfolgen. Ob ein Gewinn oder ein Verlust erzielt worden ist, ergibt sich somit aus diesem Rechnungsabschluss. Aus § 707 BGB folgt, dass ein Gesellschafter vor Auflösung der Gesellschaft nicht verpflichtet ist, zur Deckung von Verlusten eine über seine Einlage hinaus gehende Nachschusszahlung zu leisten. Verluste werden somit jedenfalls mangels abweichender Vereinbarung auf die neue Rechnung vorgetragen.

## **6. Übertragbarkeit von Gesellschafterrechten**

Aus § 717 BGB folgt die Nichtübertragbarkeit der den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehenden Rechte. Ausgenommen hiervon sind die Ansprüche eines Gesellschafters auf Aufwendungsersatz aus seiner Geschäftsführungstätigkeit, wenn deren Befriedigung vor oder bei der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt gemäß § 717 Satz 2 BGB.

Damit steht fest, dass das Stimmrecht eines Gesellschafters, welches mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden ist, sich als unübertragbar darstellt (BGHZ JZ 1951, 114). Wenn im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit des auszuübenden Stimmrechts durch einen Vertreter vorgesehen ist, bestehen gegen eine solche Regelung grundsätzlich keine Bedenken. Wird die Bevollmächtigung zur Stimmabgabe ohne die Möglichkeit eines Widerrufs erteilt, so würde dies gegen § 717 Satz 1 BGB verstoßen und wäre unzulässig (BGH, DB 1970, 247).

Der Widerruf der erteilten Vollmacht darf jedenfalls aus wichtigem Grund bei Auflösung, Liquidation und Beendigung der Altgesellschaft sowie zur Gründung einer neuen GbR erfolgen.

§ 738 Abs. 1 iVm § 736 BGB ermöglicht den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages mit dem Inhalt, dass ein Gesellschafter ohne Liquidation und Beendigung die GbR verlassen kann und an seine Stelle ein neuer Gesellschafter eintritt.

Hierfür ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Altgesellschafter und dem Neugesellschafter notwendig (BGHZ 26, 330, 333). Die übrigen Gesellschafter müssen dem Gesellschafterwechsel dann nicht zustimmen, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechendes vorsieht.

## **7. Fortsetzung der Gesellschaft**

§ 736 BGB macht im übrigen Gesellschaftsverträge möglich, nach denen die Gesellschaft fortgesetzt wird, selbst wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet wird. In diesem Fall wird die Gesellschaft mit Hilfe der verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt und der ausscheidende Gesellschafter bzw. seine Erben erhalten einen entsprechenden Ausgleich.

Der Gesellschaftsvertrag kann auch vorsehen, dass die Gesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters mit dessen Erben fortzusetzen ist. Nach den Grundsätzen der Gesamtrechtsnachfolge erhalten die Erben dann unmittelbar den Status des Gesellschafters.

Scheidet ein Gesellschafter aus der GbR aus, haftet er für deren Verbindlichkeiten bis zu seinem Ausscheiden. Diese Ansprüche verjähren jedoch in 5 Jahren gemäß § 159 Abs. 1 HGB analog (BGHZ 117, 168, 174 ff.).

Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Ende des Tages, an dem der Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangt (Kübler, § 6 IV, S. 59 mN).

## **8. Rechtsfähigkeit der GbR**

Nach der Leitentscheidung des BGH vom 29.01.2001 (NJW 2001, 1056 ff., bestätigt durch BGH NJW 2002, 1207 f.) besitzt die GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Der BGH hat seine bisherige Auffassung, in der eine eigene Parteifähigkeit einer GbR abgelehnt wurde, somit ausdrücklich aufgegeben. Der BGH begründet seine nunmehrige Auffassung zum einen mit dogmatischen Gründen. Bei strikter Anwendung der traditionellen Auffassung müssten nämlich Dauerschuldverhältnisse mit der „Gesellschaft“ bei jedem Wechsel im Mitgliederbestand von den Vertragsparteien neu geschlossen bzw. bestätigt werden. Das Erfordernis von Neuabschlüssen von Dauerschuldverhältnissen beim Gesellschafterwechsel sei ohne innere Rechtfertigung und würde die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigen. Überdies würde die traditionelle Auffassung keine befriedigende Erklärung dafür liefern, warum auch ein neu in die Gesellschaft eintretender Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen für Altschulden haften sollte. Die dafür angebotene Begründung, wonach der neue Gesellschafter in einer Art Gesamthandlungsnachfolge „in alle bestehenden Rechts- und Vertragspositionen hineinwachse“ (Hinw. auf Zöllner in FS für Kraft, S. 715), lasse sich mit der Auffassung der Gesellschaft als reinem Schuldverhältnis der Gesellschafter nicht vereinbaren (Hinw. auf Ulmer AcP 1998 [1999], 113 ff.).

Der BGH führt zur Unterstützung seiner Auffassung außerdem die nunmehr von der InsO anerkannte Insolvenzfähigkeit der GbR an. Seine Auffassung sei überdies eher in der Lage, identitätswahrende Umwandlungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in andere Rechtsformen und aus anderen Rechtsformen zu erklären. Betreibe eine GbR nämlich ein Gewerbe, dann werde sie von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert nach § 105 Abs. 1 iVm § 1 HGB. Gemäß § 124 Abs. 1 HGB kommt der OHG Rechtssubjektivität zu. Nach der traditionellen Auffassung würden in einem solchen Fall bei bloßer Umwandlung in eine OHG sich automatisch die Eigentumsverhältnisse an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen mit ihrer Umwandlung ändern. Das schaffe schwierige Probleme, weil für den Übergang von der GbR zur OHG infolge des wertungsabhängigen Kriteriums des Erfordernisses eines kaufmännischen

Geschäftsbetriebes ein genauer Zeitpunkt der Umwandlung kaum ausgemacht werden könne (BGH NJW 2001, 1056 f. mN).

Aus der Rechtsfähigkeit der GbR folgt die Parteifähigkeit der GbR im Prozess. Dabei entstehen zivilprozessuale Probleme, da die ZPO nach ihrer Grundkonzeption von einer fehlenden Parteifähigkeit der GbR ausgeht (Müther, MDR 2002, 987 ff. mit den Nachweisen der Rechtspr. des BGH gegenüber kritischen Stimmen).

Problematisch kann sein, wie die GbR nach der neuen Rechtsprechung des BGH in der Klageschrift zu bezeichnen ist, weil davon abhängen kann, ob eine Vollstreckungsmaßnahme Erfolg hat.

Zwar darf die GbR unter einer bestimmten Bezeichnung im Verkehr auftreten. Kennt der Kläger diese, kann sie in der Klageschrift angegeben werden. Allerdings ist die GbR nicht zur Verwendung einer bestimmten Bezeichnung verpflichtet, ihr steht das Recht zu, mehrere Bezeichnungen zu benutzen. Eine zur einheitlichen Namensführung zwingende und diese Bezeichnung dokumentierende Registrierungsmöglichkeit und Pflicht, wie sie bei den Handelsgesellschaften mit dem Handelsregister und bei den Partnerschaftsgesellschaften mit dem Partnerschaftsregister bestehen, existieren für eine GbR nicht. Zwar wird nun auch die Einführung einer Registerpflicht gefordert, diese besteht bislang jedoch nicht.

Es bleibt also nur die vollständige Wiedergabe der Gesellschafternamen in der Klageschrift, womit die vom BGH insinuierten Vorzüge seiner Rechtsprechung nicht unerheblich gemindert werden. Auch in diesem Fall bedarf es allerdings der Kennzeichnung in der Klageschrift, dass der Kläger auch gegen die GbR vorgehen will. Etwaige Zweifel wären dann nach § 139 ZPO durch das Gericht zu klären.

War bisher nur die Klage gegen die Gesellschafter der GbR selbst möglich, richtete sich die Zuständigkeit im Falle eines besonderen oder ausschließlichen Gerichtsstandes nach dem Wohnsitz oder gewerblichen Sitz jedes einzelnen Gesellschafters. Dies führte bei einem fehlenden gemeinsamen Gerichtsstand zur Notwendigkeit einer Zuständigkeitsbestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

Bei einer Klage gegen eine GbR kommt es nun für die örtliche Zuständigkeit auf den Sitz der GbR an, vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dessen Lage kann sich wegen einer fehlenden gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich nur im Gesellschaftsvertrag finden (Müther, ebenda).

Auch in der Zukunft empfiehlt es sich somit, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter zu verklagen, was vom BGH ausdrücklich empfohlen worden ist, weil mit dem Titel gegen die Gesellschaft nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckt werden kann.

## **9. Auflösung, Auseinandersetzung und Beendigung der GbR**

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Auflösung nach §§ 723-729 BGB, der Auseinandersetzung nach §§ 730-735 BGB und der Beendigung der GbR.

### **a) Auflösung**

Der Bestand der Gesellschafter einer GbR stellt die Geschäftsgrundlage der Gesellschaft dar. Aus diesem Grund regeln die §§ 723 ff. BGB, dass die Gesellschaft sich auflöst, wenn ein Gesellschafter kündigt, stirbt oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Ist der vereinbarte Zweck der Gesellschaft erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden, führt dies auch gemäß § 726 BGB zu ihrer Auflösung.

Dabei muss die Unmöglichkeit offenbar, also nicht nur vorübergehend sein (BGH NJW 1982, 2821). So soll eine Bauherrengemeinschaft, bei der im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, dass mit der Bezugsfertigkeit der zu errichtenden Bauwerke ihr Zweck erreicht ist, gleichwohl noch nicht ihr Ende finden, solange noch nicht alle Gesellschafter das geschuldete Kapital erbracht haben (BGH WM 1988, 661; Palandt-Sprau, BGB § 726 Rn 2, 61. Aufl.).

Bestehen Zweifel an der Auflösung der Gesellschaft nach § 726 BGB – hier bedarf es keiner ausdrücklichen Kündigungserklärung –, kommt gleichwohl eine Kündigung der Gesellschaft nach § 723 BGB in Betracht.

### **b) Auseinandersetzung**

Sofern nicht über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet ist, findet nach § 730 Abs. 1 BGB nach Auflösung der Gesellschaft in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt. Dabei gilt die aufgelöste Gesellschaft zum Zwecke der Durchführung der Auseinandersetzung nicht als aufgelöst, sondern nach § 730 Abs. 2 Satz 1 als fort bestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag zustehende Geschäftsführungsbefugnis erlischt, es sei denn auch für das Auseinandersetzungsverfahren sehe der Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Geschäftsführung vor. Sonst steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern die Geschäftsführung gemeinschaftlich nach § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB zu.

§ 729 BGB enthält zugunsten des gutgläubigen geschäftsführenden Gesellschafters eine Schutzvorschrift. Solange er von der Auflösung der Gesellschaft keine Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen, gilt seine Geschäftsführungsbefugnis als fortbestehend.

Sofern die aufgelöste GbR über eigenes Vermögen verfügt, kann wegen der

gesamthänderischen Bindung des Vermögens die Auflösung noch nicht zur Beendigung der Gesellschaft führen. Es bedarf vielmehr der Auseinandersetzung der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen.

§ 731 BGB verweist für die Auseinandersetzung auf die §§ 732-735 BGB und im übrigen für die Teilung auf die Vorschriften über die Gemeinschaft.

Gemäß § 732 BGB sind die Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, an ihn zurückzugeben. Dabei kann der Gesellschafter für einen durch Zufall abhanden gekommenen oder verschlechterten Gegenstand keinen Ersatz verlangen.

§ 733 Abs. 1 BGB verlangt zunächst die Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden der GbR aus dem Gesellschaftsvermögen. Ist die Schuld noch nicht fällig oder streitig, muss das zur Berichtigung Erforderliche zurückgehalten werden.

Gemäß § 733 Abs. 2 sind aus dem dann verbleibenden Gesellschaftsvermögen die Einlagen der Gesellschafter zurückzuerstatten. Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuss, so gebührt er nach § 734 BGB den Gesellschaftern entsprechend ihres Anteils am Gewinn.

Enthält der Gesellschaftsvertrag die Regelung, dass ein Ausscheiden der Gesellschafter eine Abfindung nach dem Verkehrswert der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensbeteiligung erhalten soll, erfasst dieser Anspruch regelmäßig die stillen Reserven und auch das Goodwill des gesamten lebenden Unternehmens (vgl. den instruktiven Fall, der der Entscheidung des OLG Celle vom 29.05.2002 zugrunde lag, NZG 2002, 862 ff.).

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Begleichung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so trifft die Gesellschafter eine Nachschusspflicht für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben.

### **c) Beendigung**

Erst nach Abschluss der Auseinandersetzung, die einen längeren Zeitraum beanspruchen kann, tritt die aufgelöste Gesellschaft in das Stadium der Beendigung und erlischt.

### **III Die Stille Gesellschaft**

Die §§ 230-236 HGB enthalten das Recht der Stillen Gesellschaft. Nach § 230 Abs. 1 BGB entsteht eine Stille Gesellschaft, wenn sich ein Gesellschafter an einem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, mit einer Vermögenseinlage beteiligt und dabei die Einlage so zu leisten hat, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht.

Bei der Stillen Gesellschaft handelt es sich um eine GbR. Soweit die §§ 230 ff. HGB keine besondere Regelung vorsehen, sind demzufolge die §§ 705 ff. BGB anwendbar.

Eine Stille Gesellschaft muss durch einen Vertrag begründet werden. Dieser Vertrag unterliegt keinen Formvorschriften und somit auch nicht der Schriftform. Sie bedarf auch nicht der Eintragung etwa in das Handelsregister; hierauf beruht u.a. ihre wirtschaftliche Bedeutung.

Eine Stille Gesellschaft ist eine reine Innengesellschaft, da die Einlage nach § 230 Abs. 1 nur der Rechtszuständigkeit des tätigen Gesellschafters als Eigentümer der einzubringenden Einlage zusteht.

Die Stille Gesellschaft entwickelt keine Außenbeziehungen und kann bereits deshalb keine Handelsgesellschaft sein (Kübler, Gesellschaftsrecht, § 9 I S. 101).

Ähnlich wie der Kommanditist bei einer Kommanditgesellschaft stehen dem Stillen Gesellschafter Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse nicht zu. Insoweit liegt eine Verwandtschaft zwischen diesen beiden Gesellschaften vor. Allerdings ist die Stille Gesellschaft im Gegensatz zur KG eine reine Innengesellschaft.

Nach § 233 Abs. 1 HGB ist der Stille Gesellschafter berechtigt, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses der Gesellschaft zu verlangen und deren Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Auf Verlangen des Stillen Gesellschafters kann das Gericht bei Vorliegen wichtiger Gründe die Mitteilung einer Bilanz und eines Jahresabschlusses oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere darüber hinaus jederzeit gemäß § 233 Abs. 3 HGB anordnen.

Während der Inhaber der Stillen Gesellschaft Kaufmann iS des HGB sein muss, kann Stiller Gesellschafter auch ein Nichtkaufmann sein. Darüber hinaus sind auch mehrgliedrige Stille Gesellschaften möglich. Um solche handelt es sich, wenn aufseiten des Stillen Gesellschafters oder des Inhabers mehrere Personen beteiligt sind.

Als atypisch Stille Gesellschaft wird eine Gesellschaft bezeichnet, bei der der Stille Gesellschafter schuldrechtlich an dem Gesellschaftsvermögen der Stillen Gesellschaft in der Weise beteiligt ist, als handele es sich um ein

Gesellschaftsvermögen ist der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 8, 157; 7, 174).

Eine Stille Gesellschaft wird von einem partiarischen Darlehen dadurch abgegrenzt, dass bei einer Stillen Gesellschaft die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks durch die Gesellschafter anstelle der Wahrnehmung ausschließlich eigener Interessen bei einem partiarischen Darlehen z.B. durch bloße Kreditaufnahme und –gewährung im Vordergrund steht. In der Rechtswirklichkeit sind häufig Mischformen anzutreffen. Ob eine Stille Gesellschaft oder bloß ein partiarisches Darlehensverhältnis vorliegt, kann dann bloß unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beantwortet werden.

Hinsichtlich der Auflösung einer Stillen Gesellschaft gelten dieselben Regeln wie die bei einer GbR. Darüber hinaus erlaubt § 234 HGB die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen Gläubiger der Stillen Gesellschaft in entsprechender Anwendung der §§ 132, 134, 135 HGB. Der Tod eines Stillen Gesellschafters lässt den Bestand der Gesellschaft unberührt nach § 234 Abs. 2 HGB.

Weil die Stille Gesellschaft über kein eigenes Vermögen verfügt, entfällt bei ihrer Beendigung die Notwendigkeit einer Liquidation.

Nach § 235 Abs. 1 HGB hat sich der Inhaber des Handelsgeschäftes mit dem Stillen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft auseinander zu setzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes das Insolvenzverfahren eröffnet, ermöglicht § 236 Abs. 1 HGB es dem Stillen Gesellschafter, wegen seiner Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, als Insolvenzgläubiger geltend zu machen.

## **IV Die Offene Handelsgesellschaft**

### **1. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer OHG**

In den §§ 105 ff. HGB ist das Recht der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) geregelt.

Die OHG verlangt ebenso wie die GbR einen Zusammenschluss zu einem gemeinsamen Zweck. Gemäß § 105 Abs. 3 HGB finden auf die OHG die Vorschriften der GbR Anwendung, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des Rechts der OHG etwas Besonderes ergibt.

Nach der Definition in § 105 Abs. 1 HGB versteht man unter einer OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wenn bei keinem der Gesellschafter die

Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Als gemeinsamer Zweck kann nur der Betrieb eines Handelsgewerbes in Betracht zu ziehen sein. Seit der Novellierung des HGB im Jahre 1998 bedarf es wegen der Änderung des § 2 HGB a.F. und des Wegfalls von § 4 HGB a.F. nicht mehr des zwingenden Erfordernisses eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes. Auf die nach der alten Rechtslage aufgeworfenen Fragen kommt es nunmehr nicht mehr an. Ist-Kaufmann nach § 1 HGB ist gemäß Abs. 1 der Kaufmann, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt. Ein Handelsgewerbe gemäß Abs. 1 Nr. 2 ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Kann-Kaufmann sind die Unternehmer, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Somit steht allen GbRs, die ein minderkaufmännisches Unternehmen betreiben, durch die Eintragung im Handelsregister als OHG ihre Umwandlung in eine OHG als Möglichkeit offen. Im Gegensatz zur alten Rechtslage, in der eine reine Besitzgesellschaft z.B. nach einer Betriebsaufspaltung kein Handelsgewerbe betrieb (BGH NJW-RR 1990, 788; OLG Hamm NJW 1994, 392; HK HGB Stuhlfelner, § 105 Rn 1, 6. Aufl.), können nunmehr auch solche Gesellschaften in der Rechtsform einer OHG betrieben werden.

§ 105 Abs. 1 verlangt darüber hinaus, dass der Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Darunter versteht das Gesetz ein gemeinschaftliches Auftreten der OHG nach außen (Baumbach/Hopp, HGB, § 105 Rn 5, 30. Aufl.). Jede OHG kann nur unter einer Firma auftreten, auch wenn sie mehrere Unternehmen betreibt (BGH 67, 166).

Ob ein Auftreten unter gemeinsamer Firma für die OHG Voraussetzung der OHG oder nur Rechtsfolge ist, ist streitig. Die Auffassung erscheint nicht zuletzt auch aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig, nach der die OHG selbst dann entstanden ist, wenn sich die Gesellschafter nicht auf eine Firma einigen konnten, aber trotzdem gemeinsam den Betrieb beginnen (Baumbach/Hopp, ebenda, mN).

Übt die Gesellschaft dagegen kein Gewerbe iS von § 1 Abs. 2 HGB mehr aus oder wird sie als eine kleingewerbende fakultativ eingetragene Gesellschaft nach § 2 Satz 3 wieder gelöscht, so verliert sie ihre objektive Fähigkeit, eine Firma zu führen. Sie wird dann wieder zur BGB-Gesellschaft mit der Folge, dass sich automatisch Geschäftsführerbefugnisse und Vertretungsmacht iS von §§ 709, 714 BGB ändern (HK HGB Stuhlfelner, § 105 Rn 2).

Konstitutive Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG ist ein Gesellschaftsvertrag gemäß § 107 BGB. Er bewirkt einen kooperativen Zusammenschluss und ist weniger auf den gegenseitigen Austausch von Leistungen zwischen den Gesellschaftern als auf die wechselseitige Förderung

des gemeinsamen Zwecks ohne Synallagma gerichtet (Baumbach/Hopp, HGB, § 105 Rn 47).

Von großer praktischer Bedeutung ist die OHG in der mittelständischen Wirtschaft, da sie gemäß ihrer gesetzlichen Ausgestaltung zu einer Vereinigung von Kapital (Beitragspflicht), Kredit (unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter) und Arbeit (Recht und Pflicht zur Geschäftsführung) der Beteiligten führt (Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 171 f., 11. Aufl.).

## **2. Die OHG als Gesamthandsgemeinschaft**

Zwar ist die OHG nach allgemeiner Auffassung nicht als juristische Person zu qualifizieren (statt vieler Kraft/Kreutz, aaO, S. 176 mN).

Ihr Gesellschaftsvermögen bildet aber eine eigenständige Vermögensmasse, deren Träger die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind. Deshalb können sie grundsätzlich auch nur gemeinsam darüber verfügen. Eine Verfügung über den Anteil am Gesellschaftsvermögen im Ganzen ist gemäß § 719 BGB nur zulässig, wenn sie gesellschaftsvertraglich gestattet wird.

Die Übertragung des Gesellschaftsanteils im Ganzen bedarf dagegen der Zustimmung aller Gesellschafter, weil die OHG von der Person der Gesellschafter insoweit abhängt (HK HGB Stuhlfelner, aaO, Rn 3).

Die Beitragspflicht des Gesellschafters einer OHG ist in § 705 BGB geregelt. Es kommen hier alle denkbaren Beiträge zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks in Betracht. Der vertraglich begründete Beitragsanspruch kann von jedem einzelnen Gesellschafter im Wege der actio pro socio geltend gemacht werden.

## **3. Anmeldung der Gesellschaft**

Nach § 106 HGB ist die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Einzelheiten der Anmeldung regeln §§ 106 Abs. 2, 107 und 108 HGB.

## **4. Die Rechtsstellung der Gesellschafter**

### **a) Allgemeines**

Die Stellung der Gesellschafter richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen, die grundsätzlich formfrei und bei Feststellung eines entsprechenden Willens sogar konkludent möglich sind (BGH NJW 1997, 2702). Auf den Gesellschaftsvertrag einer OHG sind die Regelungen der §§ 305 ff. BGB (früher AGBG) nicht anwendbar. Eine beschränkte Inhaltskontrolle

dürfte aber für die Beurteilung von sog. Publikumsgesellschaften jedenfalls nach § 242 BGB geboten sein (vgl. die Nachweise bei HK HGB Stuhlfelner, § 109 Rn 8 f).

Gesellschafter einer Personengesellschaft und damit auch einer OHG können alle natürlichen und juristischen Personen, Genossenschaften, Vorgesellschaften, rechtsfähige Vereine, Stiftungen und ausländische juristische Personen sein (BayObLG NJW 1986, 3029; Saarbrücken NJW 1990, 647).

Die Gesellschafter haben gegenüber der Gesellschaft und nicht gegeneinander ihre Pflicht zu erfüllen, die vereinbarten Beiträge nach § 705 BGB zu leisten. Gemäß § 114 Abs. 1 HGB sind sie zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Nach § 114 Abs.2 HGB kann die Geschäftsführung unter Ausschluss der anderen auf einen oder mehrere Gesellschafter übertragen werden.

#### **b) Das Wettbewerbsverbot**

#### **c) Die Treuepflicht**

Nicht nur zwischen den Gesellschaftern sondern auch zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern besteht eine gewisse Treuepflicht. Aus diesem Grund dürfen die Gesellschafter nicht die Geschäfte der Gesellschaft an sich ziehen sondern müssen sie bei der Gesellschaft belassen, es sei denn, alle Gesellschafter stimmten zu.

Aus der Treuepflicht kann sich sogar die Pflicht ergeben, Änderungen am Gesellschaftsvertrag zuzustimmen unter der Voraussetzung, dass die Änderungen zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks dringend geboten ist und den betroffenen Gesellschaftern zumutbar erscheint (BGH NJW 1987, 952; OLG München NJW-RR 1997, 611; OLG Hamm NZG 2000, 252; OLG München NJG 2001, 793). Die Rechtsfolgen der Verletzung der Treuepflicht sind zunächst auf einen Schadensersatzanspruch aus PVV gerichtet. Darüber hinaus könnte auch ein Anspruch auf Unterlassung der Störung oder Beseitigung der Störung folgen.

## **V Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung**

### **1. Vorbemerkung**

Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (im folgenden EWIV) stellt eine erste genuin europäische Gesellschaft dar. Einerseits ist sie in der VO (EWG) vom 25.07.1985, die bei der Interpretation auch des nationalen Rechts von maßgeblicher Bedeutung ist, und andererseits in den nationalen EWIV- Ausführungsgesetzen geregelt.

Die Bundesrepublik Deutschland kam ihrer Verpflichtung zur Umsetzung der EWG-Verordnung Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) bereits durch das Gesetz am 14.04.1988, Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsg, veröffentlicht im Bundesgesetzbl. 1988, Teil I, S. 514), nach. Auch alle anderen Länder der Gemeinschaft verfügen zwischenzeitlich über entsprechende Ausführungsgesetze.

Vorläufer der EWIV war auf nationaler Ebene das französische „Groupement d'intérêt économique“ (GIE). Diese neue Gesellschaftsform war in Frankreich durch Regierungsverordnung vom 23.09.1967 geschaffen worden. Sie sollte helfen, die französische Wirtschaft an die Dimension eines erweiterten und gemeinsamen europäischen Marktes anzupassen. Es sollte Unternehmen eine geeignete Rechtsform geboten werden, die es ihnen erlaubte, unter Wahrung ihrer Selbständigkeit auf bestimmten Gebieten wie dem des Ex- oder Importes oder Verkaufes oder der Forschung zusammen zu arbeiten (zum Ganzen Selbherr/Manz, Kommentar zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung, S. 6).

### **2. Gründung einer EWIV**

Eine EWIV entsteht aufgrund einer Vereinbarung zwischen Gesellschaftern und bedarf der Schriftform. Im Namen der Vereinigung müssen die Worte „Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung“ oder „EWIV“ enthalten sein.

Nach § 2 des EWIV-Ausführungsg ist die Vereinigung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren im Gründungsvertrag genannten Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung muss die Firma, den Sitz der Vereinigung, den Unternehmensgegenstand, den Namen, die Rechtsform, den Wohnsitz oder den Sitz sowie ggf. die Nummer und den Ort der Registereintragung eines jeden Mitglieds der Vereinigung, die Geschäftsführer mit Namen, Beruf und Wohnsitz sowie mit der Angabe, welche Vertretungsbefugnis sie haben, und die Dauer der Vereinigung, soweit die

Dauer nicht unbestimmt ist, enthalten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1-6 EWIV-Ausführungsg).

Gemäß § 1 EWIV-Ausführungsg gelten die für eine OHG geltenden Vorschriften entsprechend, soweit nicht die Europäische Verordnung Nr. 2137/85 dem entgegen steht.

Die Gründung einer EWIV erfolgt gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 EG-VO vom 25.07.1985 durch Abschluss eines Gründungsvertrages, die Anmeldung und Eintragung in das zuständige Handelsregister, die Hinterlegung des Gründungsvertrages und der Urkunde über die Bestellung der Geschäftsführer und ihre Befugnisse beim Handelsregister sowie deren Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger und mindestens einem weiteren Blatt (Art. 39 Abs. 1 EG-VO, Art. 8 EG-VO, § 1 EWIV-AG iVm § 10 HGB).

Zum Zweck der EG-weiten Unterrichtung ist daneben eine zusätzliche Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vorgesehen (Art. 11 EG-VO; Brindlmayer/Förschle/Hense/Lenhard, EWIV – Die Europäische Interessenvereinigung, S. 7 f. mN).

Die EWIV kommt für

- Freiberufler, wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
- Einkaufsgemeinschaften sowohl auf der Händler- als auch auf der Herstellerebene,
- Produktionsentwicklungsgemeinschaften,
- Forschungsk Kooperationen,
- ARGes (Arbeitsgemeinschaften) im gesamten Industriebau,
- Reparaturkooperationen, Zertifizierungsstellen,
- Gemeinschaften zur Nutzung von Marken,
- gemeinsame Vertriebsformen

in Betracht (Brindlmayer/Förschle/Hense/Lenhard, aaO, S. 5 f).

### **3. Die Mitgliedschaft in der EWIV**

Die EWIV ist kein Unternehmensträger und erzielt für sich selbst keinen Gewinn, sondern fördert lediglich die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder und unterstützt dieselben, insbesondere im grenzüberschreitenden Bereich (Ruß in HK HGB, § 1 Rn 25, 6. Aufl.).

Nach Art. 4 Abs. 1 Lit. a EWIV-VO können die im Art. 58 EWG-Vertrag titulierte Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts, Genossenschaften, sonstige juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, sofern sie einen Erwerbzzweck verfolgen, sein, darüber hinaus auch andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts und nach Art. 4 Abs. 1 Lit. b EWIV-VO natürliche Personen, die

eine gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche, landwirtschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit in der Gemeinschaft ausüben oder dort andere Dienstleistungen erbringen.

Dabei darf die EWIV selbst gegenüber Dritten keinen freien Beruf ausüben, gleichwohl können sich auch die Angehörigen von freien Berufen in einer EWIV zusammen schließen (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. I - Salger/Neye, § 89 Rn 6).

Angesichts des Erfordernisses einer grenzüberschreitenden Kooperation in einer EWIV müssen mindestens zwei Mitglieder in zwei verschiedenen Staaten der Europäischen Gemeinschaft ansässig sein. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, ist in diesem Umstand ein zwingender Auflösungsgrund zu sehen.

Den Mitgliedern stehen Stimmrechte zu. Jedes Mitglied verfügt über eine Stimme. Bestimmte Mitglieder können gemäß des Gründungsvertrages auch über mehrere Stimmen verfügen.

In der Praxis als schwer handhabbar hat sich das Erfordernis der Einstimmigkeit für bestimmte Beschlüsse ergeben. Ähnlich wie bei der OHG bedeutet Einstimmigkeit Zustimmung aller Mitglieder und nicht nur der Anwesenden. So muss über die Aufnahme neuer Mitglieder gemäß Art. 26 Abs. 1 EWIV-VO Einstimmigkeit erzielt werden (vgl. zu weiteren Einzelheiten Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, aaO, Rn 10 ff.).

Gleiches gilt für die Kündigung der Mitgliedschaft gemäß Art. 27 Abs. 1 EWIV-VO.

Die Mitglieder trifft eine Beitragspflicht, eine Treuepflicht und auch die Pflicht, sich an einem Verlust zu beteiligen.

Die EWIV kann nach Art. 31 Abs. 1 EWIV-VO durch Mitgliederbeschluss aufgelöst werden. Sie muss gemäß Art. 31 Abs. 2 EWIV-VO aufgelöst werden, wenn ihre im Gründungsvertrag bestimmte Dauer abgelaufen ist, ein anderer vertraglich vorgesehener Auflösungsgrund eingetreten ist oder der Unternehmensgegenstand der EWIV erreicht ist oder nicht weiter verfolgt werden kann.

Im übrigen kommt auch eine Auflösung durch gerichtliche Entscheidung in Betracht.

Die EWIV unterliegt nach Art. 36 Satz 1 EWIV-VO auch der Insolvenz.

## **VI Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

### **1. Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung**

Das GmbHG stammt vom 20. April 1892 i.d.F. vom 20. Mai 1898, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.07.2001.

Im Gegensatz zu den Personengesellschaften wie der GbR und der KG handelte es sich bei dem GmbHG um eine völlige Neuschöpfung (zum Ganzen Schubert, FS GmbHG, S. 1 ff.; Zöllner, JZ 1992, 381 ff., jew. mN).

Nachdem 1884 das Aktienrecht novelliert wurde, um die bei der Reichsgründung erleichterten Vorschriften über die Gründung einer AG wegen der danach im sog. Gründerkrach aufgetretenen Mängel zu beseitigen, was die Gründung und Organisation von AGs erheblich erschwerte, hatte sich für kleinere oder mittlere Gesellschaften die Notwendigkeit einer „kleinen“ Kapitalgesellschaft gezeigt.

Die Praxis in Deutschland nahm die neue Gesellschaftsform schnell an. Ihre Attraktivität vermag auch daran gemessen werden, dass viele Länder in der Welt nach dem Muster des deutschen GmbHG ebenfalls eigene Vorschriften zur Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung erließen. Als nach der Kulturrevolution in der VR China die wenigen übrig gebliebenen chinesischen Juristen ihr Recht sortierten, um einen Rechtsrahmen für die beabsichtigte schnelle wirtschaftliche Entwicklung zu gewährleisten, entdeckten sie, dass bereits 1920 Dr. Sun ja Tsen das deutsche GmbHG fast unverändert übernommen hatte. So kommt es, dass heute auch in der Volksrepublik China das deutsche GmbHG weiterhin maßgeblich ist.

Natürlich gab es in der über hundertjährigen Geschichte des GmbHG eine Vielzahl von Änderungen. Diese führten aber nicht zu einer wesentlichen Veränderung der ursprünglichen Konzeption der GmbH.

Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV (i.d.F. des Amsterdamer Vertrages) verpflichtet die Organe der Europäischen Gemeinschaft, Maßnahmen zu treffen, um Behinderungen oder Störungen des Handels oder Kapitalverkehrs oder Wettbewerbsverzerrungen auf dem gemeinsamen Markt zu verhindern, die ihre Ursache in verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten unter dem Bezugspunkt der Niederlassungsfreiheit haben (vgl. die Darstellung des Standes der Rechtsangleichung innerhalb der EU, H.P. Westermann, Scholz, GmbHG, Einl. Rn 154 f., 9. Aufl. mN).

Trotz einer Reihe von Harmonisierungsbemühungen auf europäischer Ebene, die insbesondere Fragen der Rechnungslegung und der Verschmelzung berühren, dürfte es in absehbarer Zeit weiterhin bei den in den einzelnen

europäischen Ländern verschiedenen gesetzlichen Vorschriften bleiben. Dagegen ist auch nichts einzuwenden. Fragen nach der Mindestkapitalausstattung oder der Vertretung einer GmbH können durchaus in der Kompetenz der einzelnen Staaten verbleiben.

## **2. Die Entstehung einer GmbH**

Nach § 1 GmbHG dürfen GmbHs zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden. Damit steht fest, dass eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch nur durch einen Gesellschafter bestehen kann, die sog. Ein-Mann-GmbH.

§ 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG spricht von einem Gesellschaftsvertrag, der der notariellen Form bedarf.

Angesichts der Bedeutung und Reichweite des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer GmbH bezweckt das Formerfordernis der notariellen Beurkundung, wie sonst auch im Recht, eine sachkundige Beratung und Belehrung der Parteien. Darüber hinaus soll die Übereinstimmung von Wille und Erklärung sowie eine klare und unzweideutige Formulierung des Vertragstextes sichergestellt werden (Einsele in MünchKomm, § 128 Rn 1 unter Hinw. auf § 18 BeurkG, 4. Aufl).

Alle Gesellschafter haben also den Vertrag von einem Notar beurkunden zu lassen.

Beim Abschluss von Rechtsgeschäften im Ausland kann eine Beurkundung durch deutsche Konsularbeamte gemäß § 10 KonsularG erfolgen. Dies wird vor allem in den Ländern notwendig sein, in denen es an Notaren im deutschen Sinne fehlt.

Gibt es auch im Ausland Notare, die im wesentlichen die Stellung deutscher Notare inne haben, genügt auch eine Beurkundung vor dem ausländischen Notar (str., vgl. zum Meinungsstand nur Baumbach/Hueck, GmbHG, § 2 Rn 9, 17. Aufl.).

Gemäß § 128 BGB bedeutet die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, dass zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages auf Abschluss eines Gesellschaftsvertrages von dem Notar beurkundet wird.

Durch den formwirksamen Abschluss eines Vertrages zur Gründung einer GmbH entsteht aber die GmbH noch nicht. Während vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages ggf. eine Vorgründungsgesellschaft bereits bestehen kann – dann müssen die Gesellschafter sich zum Zwecke der Gründung einer GmbH vorher verabredet haben –, kann erst nach Eintragung

der Gesellschaft in das Handelsregister die GmbH entstehen. In der Zeit zwischen Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Handelsregister handelt es sich um eine sog. Vorgesellschaft oder eine GmbH i.G.

Gesellschafter der GmbH können alle Personen sein, also natürliche oder/und juristische Personen. Weiterhin kann auch eine GbR Gesellschafter einer GmbH sein (BGH NJW 1981, 682).

§ 3 Abs. 1 Nr. 1-4 GmbHG statuiert die Mindestvoraussetzungen, die ein Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer GmbH enthalten muss. Danach haben die Gesellschafter die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals und den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage) im Gesellschaftsvertrag zu bezeichnen.

§ 3 Abs. 2 GmbHG verlangt, dass auch die Angaben in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, die sich darauf beziehen, dass das Unternehmen auf eine gewisse Zeit beschränkt sein soll oder dass den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft aufzuerlegen sind.

Nach § 4 GmbHG ist zwingend vorgeschrieben, dass die Firma den Zusatz Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, wie GmbH, enthält.

Nach § 5 Abs. 1 GmbHG beträgt das Stammkapital der Gesellschaft mindestens 25.000 Euro, wohingegen die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 100 Euro zu betragen hat. § 5 Abs. 2 verlangt, dass jeder Gründer einer Gesellschaft eine Stammeinlage übernehmen muss und auch nur auf eine Stammeinlage beschränkt ist. Diese Vorschrift gilt aber nur für die Gründung einer GmbH, nicht für spätere Veränderungen (Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5 Rn 11). Nach § 5 Abs. 3 kann zwar der Betrag der Stammeinlage für jeden einzelnen Gesellschafter verschieden bestimmt werden, er muss aber in Euro durch 50 teilbar sein und der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen.

§ 5 Abs. 1-3 sind zwingend. Ein Verstoß gegen sie führt zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Erfolgte gleichwohl die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so soll die GmbH wirksam sein. § 75 GmbHG eröffnet in diesem Fall die Nichtigkeitsklage. Diese ist begründet, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Höhe des Stammkapitals oder über den Gegenstand des Unternehmens enthält oder wenn die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über den Gegenstand des Unternehmens nichtig sind. Die Nichtigkeitsklage kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrates erheben.

Kommt es nicht zur Eintragung in das Handelsregister, entsteht keine GmbH. Für diesen Fall sind dann die Grundsätze über eine fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden.

Wurde trotz des Eintragungsmangels oder eines Eintragungshindernisses die Gesellschaft in Vollzug gesetzt, indem bereits Geschäfte getätigt wurden, sprechen Gründe des Verkehrsschutzes gegen eine Rückabwicklung. Vielmehr muss die Gesellschaft jedenfalls im Hinblick auf diese mit Dritten abgeschlossenen Verträge und eingegangenen Verpflichtungen als wirksam angesehen werden. Da keine Haftungsbeschränkung gemäß des GmbHG erfolgte, muss es bei der persönlichen Haftung der Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft oder der Vorgesellschaft bleiben (sehr str., vgl. nur Baumbach/Hueck, GmbHG, § 2 Rn 33-35 mN).

Aus der Pflicht gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, den Gegenstand des Unternehmens einzugeben, könnte auf die Unzulässigkeit sog. Vorratsgründungen von GmbHs geschlossen werden. Denn bei einer Vorratsgesellschaft handelt es sich typischerweise um eine Gesellschaft, die nur zu dem Zweck gegründet wird, damit sie von einem Übernehmer schnell übernommen werden will, der erst den wahren Zweck des Unternehmens dann definiert.

Der BGH lässt jedenfalls für AGs Vorratsgründungen dann zu, wenn sie in offener Form vorgenommen werden. In einem solchen Fall wird Unternehmensgegenstand die Bereitstellung der Gesellschaft zur späteren Aufnahme eines Geschäftsbetriebes. Bis dahin erschöpft sich der Unternehmensgegenstand in der Verwaltung des eigenen Vermögens (Goette, Die GmbH, § 1 Rn 20, 2. Aufl., unter Hinw. auf BGH NJW 1992, 1824). Der Leitsatz des BGH lautet:

„Die Gründung von VorratsAGs ist zulässig, wenn die Bestimmung der Gesellschaft, als sog. Mantel für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebs zu dienen, bei der Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes deutlich klargelegt wird. Ausreichend dafür ist die Angabe „Verwaltung des eigenen Vermögens“. Eine wegen der Angabe eines unzutreffenden Unternehmensgegenstandes unwirksame sog. verdeckte Vorratsgründung liegt auch dann vor, wenn der angegebene Unternehmensgegenstand nicht in absehbarer Weise verwirklicht werden soll.“

Eine GmbH ohne Unternehmensgegenstand, die also keine eigentlich wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet, wird als GmbH-Mantel entfaltet. Sie kann durch Eintragung einer Mantelgründung oder durch einen späteren Wegfall bzw. Aufgabe eines zunächst realisierten Gegenstands entstehen und bleibt zunächst in der äußeren Form der GmbH als juristische Person erhalten. Sie kann dann mit einem neuen Unternehmensgegenstand wieder aktiviert werden (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 3 Rn 14, 17. Aufl.).

Der Mantelkauf erfolgt regelmäßig durch eine Satzungsänderung hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes. Hierdurch erhält ein neues Unternehmen ohne Neugründung die Rechtsform der GmbH und die den Mantel bildende GmbH ein für sie neues anderes Unternehmen: Darin soll das für die Mantelverwendung entscheidende und sie von bloßer Umorganisation abgrenzende Kriterium liegen (Baumbach/Hueck/Fastrich, aaO, Rn 15).

Fraglich erscheint, ob insbesondere im Falle der Vermögenslosigkeit der Mantel-GmbH die Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes analog anzuwenden sind. Eine Mindermeinung lehnt die entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften grundsätzlich ab (BayObLG, DStR 1999, 1036 mA Ammon, ebenda; Mayer, NJW 2000, 178; Meller-Hannich, ZIP 2000, 345). Eine andere Auffassung will lediglich eine Haftung für eine Unterbilanz iS einer Vorbelastungshaftung anerkennen, die aber kein Eintragungshindernis darstellen soll (Luther/Hommelhoff, § 3 Rn 8, 15. Aufl.). Nach der zutreffenden herrschenden Meinung sind wegen der Schutzbedürftigkeit des Geschäftsverkehrs die Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes auch auf Mantelkäufe anzuwenden (BGH 117, 323 ff.; AG Duisburg, GmbHR 1997, 256; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 3 Rn 15 mN).

### **3. Die Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft**

Mit ihrer Eintragung im Handelsregister wird die Vorgesellschaft zur GmbH mit allen in der Vorgesellschaft bereits entstandenen Rechten und Pflichten. Diese können in der Summe positiv, aber auch negativ sein und dann die volle Deckung des Kapitals verhindern. Während früher die hierdurch begründete Gefahr einer Unterdeckung der GmbH durch die Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Vorgesellschaft (sog. Vorbelastungsverbot) verhindert werden sollte, billigen die Gerichte nunmehr eine richterrechtlich begründete Unterbilanzhaftung der Gründer in bar zu (OLG Köln, NZG 2002, 870 ff.; Luther/Hommelhoff, GmbH, § 11 Rn 20, 15. Aufl. mN).

### **4. Die Sachgründung**

Die nach § 5 Abs. 4 GmbHG mögliche Sachgründung kann das Risiko beinhalten, dass der Wert der Sacheinlage oder Sachübernahme durch Einbringung mangelhafter oder wertloser Sachen den angenommenen Wert nicht erreicht.

§ 9 GmbHG bezweckt die Sicherung der realen Aufbringung des Stammkapitals und ist dementsprechend zwingend (Hueck/Fastrich, § 9 Rn 1).

Danach hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrages eine Einlage in Geld

zu leisten, die dadurch entsteht, dass der Wert seiner Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage erreicht. Dieser Anspruch verjährt gemäß § 9 Abs. 2 GmbHG in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Neben dem Anspruch aus § 9 GmbHG können auch weitere Rechte der Gesellschaft bestehen.

Die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs von beweglichen Sachen gelten auch für die Erbringung einer Sacheinlage zur Gründung einer GmbH. Dabei kommt es für die Annahme des guten Glaubens nicht auf die Kenntnis des Sachanlegers an. Der gutgläubige Erwerb scheitert erst dann, wenn der in den Erwerb eingeschaltete Geschäftsführer oder die übrigen Begründer der Gesellschaft Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der wahren Rechtslage haben, §§ 9 a, 19 I, V, 5 V 1 GmbHG, §§ 929, 931, 934 Alt. 1 BGB (OLG Köln, NZG 2002, 679 ff. mN).

## **5. Die Gründungshaftung**

§ 9 a GmbHG enthält zwingende Vorschriften über die Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer als Gesamtschuldner im Stadium der Gründung einer GmbH.

Gemäß § 9 a Abs. 1 GmbHG müssen die Gesellschafter und Geschäftsführer für die zum Zwecke der Errichtung der Gesellschaft gemachten falschen Angaben haften. Dabei handelt es sich zunächst um Erklärungen gegenüber dem Registergericht durch die Geschäftsführer als Anmelder, aber auch für alle anderen Angaben außerhalb des Eintragungsverfahrens, soweit sie in einem engen Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft stehen (Scholl/Winter, § 9 a Rn 9).

Das Tatbestandsmerkmal *falsche Angaben* ist erfüllt, wenn sie den Tatsachen nicht entsprechen, weil sie unvollständig oder nicht richtig sind oder trotz entgegenstehender gesetzlicher Pflichten überhaupt fehlen (OLG Bremen, GmbHR 1998, 41; Hueck/Fastrich, GmbHG, § 9 a Rn 8).

§ 9 a Abs. 2 GmbHG stellt klar, dass alle Gesellschafter als Gesamtschuldner der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig sind, wenn ihr durch die Gesellschafter durch Einlagen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit ein Schaden entsteht.

Hierunter kann überhöhter Gründungsaufwand, aber auch eine für die Gesellschaft unbrauchbare, jedoch richtig bewertete Sache fallen.

§ 9 a Abs. 3 vermutet das Verschulden der haftenden Gesellschafter und

Geschäftsführer.

§ 9 a Abs. 4 begründet die Haftung von Hintermännern, für deren Rechnung die Gesellschafter Stammeinlagen übernommen haben, und vermutet ebenfalls das Vorliegen eines Verschuldens bei ihnen. Sie können sich nämlich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gesellschafter kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen musste (§ 9 a Abs. 4 Satz 2 GmbHG).

## **6. Die Rechtsstellung der Gesellschaft und der Gesellschafter**

### **a) Allgemeines**

Nach § 13 Abs. 1 GmbHG kann die GmbH als juristische Person wie eine natürliche Person Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Sie kann selbständig Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Im übrigen ist die GmbH auch im öffentlichen Recht als Rechtssubjekt anerkannt (Scholl/Winter, § 13 Rn 20).

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für die Verbindlichkeiten der GmbH den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

Die Inanspruchnahme Dritter, wie Gesellschafter, Geschäftsführer, Hintermänner pp., für Gesellschaftsschulden kommt nur in Betracht, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt.

### **b) Die Aberkennung des Haftungsprivilegs nach § 13 Abs. 2 GmbHG**

Zwar beschränkt § 13 Abs. 2 GmbHG die Haftung der Gesellschaft für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen. Zusammen mit § 13 Abs. 1 GmbHG ist damit das Trennungsprinzip die Grundlage der Vermögens- und Haftungsverfassung der GmbH (Baumbach/Hueck GmbHG § 13 Rn 1).

Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG stellt die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH dar.

Mit Urteil vom 24.06.2002 dürfte der BGH eine gewisse Erleichterung für die

unmittelbare Inanspruchnahme von Gesellschaftern oder sonst handelnden Personen von in die Insolvenz geführten Kapitalgesellschaften geschaffen haben (BGH NJW 2002, 3024 ff. mN). In Fortführung der Vulkanentscheidung (BGH NJW 2001, 3622 ff.) judiziert der BGH, das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruhe auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaften jedoch grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen, welches zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt werde, in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben müsse.

Das Gesetz erlaubt es nämlich den in einer Gesellschaft Handelnden nicht, der Gesellschaft ihr Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, anstelle der Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen.

Zutreffend statuiert der BGH ein Zusammenspiel von Vermögenstrennung und Vermögensbindung einerseits, sowie der Haftungsbeschränkung gem. § 13 Abs. 2 GmbHG andererseits. Entziehen hiernach die Gesellschafter unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen und beeinträchtigen sie dadurch in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, so muss ein Missbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivileges führt, angenommen werden (BGH NJW 2002, 3024 ff. mN).

### **c) Die Vorschriften zur Erhaltung des Stammkapitals**

Als Pendant der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen müssen die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Erhaltung des Stammkapitals in §§ 30 ff. GmbHG angesehen werden.

Nach § 30 Abs. 1 darf das zu erhaltende Stammkapital als erforderliches Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Widrigenfalls muss es der Gesellschaft erstattet werden gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG. Zugunsten des gutgläubigen Empfängers der Leistung entfaltet § 31 Abs. 2 GmbHG einen gewissen Schutz. Dieser muss nicht vollen Ersatz sondern lediglich begrenzt in Höhe des für die Gläubigerbefriedigung notwendigen Interesses leisten.

Der gute Glaube des Gesellschafters entlastet ihn für den Fall, dass zwar zu Unrecht Gewinnanteile bezogen wurden, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft aber nicht angetastet wurde, § 32 GmbHG.

§ 32 a handelt von der Rückgewähr von Darlehen, die ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche

Kaufleute Kapital zugeführt hätten, stattdessen gewährte. In diesem Fall bleibt ihm, wenn die Gesellschaft der Insolvenz anheim fällt, nur ein Anspruch als nachrangiger Insolvenzgläubiger (§ 32 a Abs. 1 GmbHG).

§ 32 a Abs. 2 GmbHG erfasst ergänzend zum Grundtatbestand Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen in Abs. 1 in gleicher Krisenlage der Gesellschaft von außenstehenden Dritten gewährte, aber durch Gesellschafter gesicherte Darlehen. Die Eigenkapital ersetzende Funktion beruht hier auf der Gesellschaftersicherung und diese kann als mittelbares Gesellschafterdarlehen interpretiert werden (Hueck/Fastrich, GmbHG, § 32 a Rn 63 unter Hinw. auf K. Schmidt, ZIP 1999, 1823).

§ 32 a Abs. 3 erstreckt die Vorschriften über die Rückgewähr von Darlehen auf andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen. Nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 gelten die Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 % oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Weiterhin ist die Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz ausgeschlossen, wenn ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise übernimmt und er deshalb bestehende Kredite übernommen oder neue Kredite aufgenommen hat.

§ 32 b GmbHG, wonach zurückgezahlte Darlehen zu erstatten sind, bezieht sich auf jede Form der Zurückzahlung, die Dritte befriedigt und die GmbH belastet (Bartl in HK GmbHR, 5. Aufl., § 32 b Rn 12). Es kann sich dabei um Aufrechnung, Verwertung von Sicherheiten handeln.

Allerdings muss die Inanspruchnahme des Gesellschafters als Bürge oder der Sicherheit nicht mehr in Betracht kommen (BGH NJW 1990, 2260; Bartl, ebenda).

Die Höhe des Anspruchs soll auf den Wert der sonstigen Sicherheit oder den Anspruch auf den Bürgschaftshöchstbetrag begrenzt sein (Baumbach/Hueck, § 32 b Rn 4).

#### **d) Die Rechte und Pflichten des Gesellschafters**

Die Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters in der GmbH ergeben sich zunächst aus seinem Gesellschaftsanteil. Dieser bestimmt sich nach § 14 GmbHG entsprechend des Betrages der von ihm übernommenen Stammeinlage.

Die Mitgliedschaft beinhaltet persönliche und vermögensmäßige Elemente. Dabei geht das Gesetz von entziehbaren und unentziehbaren Rechten des Gesellschafters aus (vgl. zu dem Recht auf Teilnahme an Gesellschafterversammlungen Rn ...).

Trotz der kapitalistischen Ausgestaltung der GmbH weist diese Gesellschaft auch eine personalistische Struktur auf. Hieraus folgen Treuepflichten der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft sowie umgekehrt. Die Gesellschafter und ihre GmbH haben sich zueinander loyal zu verhalten.

Die Beantwortung der Frage nach der Reichweite der Pflichten richtet sich zum einen nach dem Gesellschaftsvertrag und zum anderen nach der konkreten Gestalt der Gesellschaft. Je kapitalistischer die GmbH sich präsentiert, desto geringer werden die gegenseitigen Loyalitätspflichten anzusetzen sein (vgl. nur Bartl, HK, GmbHG, § 3 Rn 4 mN).

Nach allgemeiner Auffassung kann ein Gesellschafter seine mitgliedschaftlichen Ansprüche durch eine sog. actio pro socio durchsetzen. Diese ist nur gegen die Gesellschaft, nicht gegen Geschäftsführer oder Dritte gerichtet (BGH WM 1982, 928). Die actio pro socio bezweckt den Schutz des Minderheitsgesellschafters und wird durch diesen Schutzzweck auch begrenzt (Bartl, ebenda).

## **7. Die Möglichkeit der Einziehung einer Forderung durch die GmbH trotz vorheriger Abtretung**

Auch im Falle der wirksamen Abtretung einer Forderung gemäß § 398 BGB an einen Dritten – etwa zur Sicherung eines Kredits – kann die GmbH befugt sein, im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft gemäß § 265 ZPO die Forderung einzuziehen. Dazu muss der eigentliche Rechtsinhaber der Prozessführung zustimmen, also die GmbH zur Geltendmachung des Rechts ermächtigen. Weiterhin benötigt die GmbH ein eigenes rechtliches Interesse an der Geltendmachung der Forderung. In Fällen der Sicherungszession ist dieses eigene rechtliche Interesse regelmäßig zu bejahen. Die aus einem obsiegenden Urteil beizutreibenden Beträge kommen nämlich der GmbH unmittelbar, und zwar auch rechtlich unmittelbar, zugute. Eine Zahlung des Forderungsverpflichteten an den wahren Forderungsinhaber hat dieser regelmäßig mit der gesicherten Forderung und damit mit einer Forderung gegen die GmbH zu verrechnen, so dass sich die Forderung, der die GmbH ausgesetzt ist, entsprechend ermäßigt. Hierin liegt das notwendige rechtliche Interesse (BGH NJW 1989, 1932; 1960, 958; OLG Brandenburg, NZG 2002, 869 f.).

Allerdings gilt dieses Recht nicht schrankenlos. Wenn nämlich die forderungsbeitreibende GmbH selbst sich in einer wirtschaftlichen Krise befindet oder gar vermögenslos ist, so würde das Kostenrisiko eines Prozesses einseitig auf den angeblich Forderungsverpflichteten verlagert. Denn im Falle eines Prozessverlustes wären die Kostentitel gegen die GmbH insoweit wertlos. In einem solchen Fall fehlt regelmäßig das schutzwürdige eigene Interesse daran, abgetretene Forderungen nach Offenlegung der Abtretung weiterhin im

eigenen Namen und auf eigene Kosten mit Ermächtigung des neuen Gläubigers zu dessen Gunsten geltend zu machen (BGH NJW 1986, 850; OLG Brandenburg, NZG 2002, 869 f.).

## **8. Die Geschäftsführung**

### **a) Einleitung**

Die GmbH ist der Boom-Artikel des deutschen Gesellschaftsrechts. Es gibt im deutschen Rechts- und Wirtschaftsleben gegenwärtig über 800.000 GmbHs. Ihre Zahl ist in den letzten zehn Jahren sprunghaft gestiegen und zeigt steigende Tendenz. Die Anziehungskraft der GmbH beruht auf der Verbindung von juristischer Person, Haftungsbeschränkung und dem Recht der Gesellschafter, mithilfe des Weisungsrechts direkt auf die Unternehmensführung Einfluss zu nehmen.

Die Haftungsbeschränkung erlaubt freilich auch, höhere geschäftliche Risiken einzugehen. Daraus resultiert eine hohe Insolvenzanfälligkeit der GmbH. 70 % aller Insolvenzen, die in der Bundesrepublik zu beklagen sind, belasten das Standing der GmbH.

Die GmbH ist branchenmäßig nicht fixiert. Sie ist in sämtlichen Sparten wirtschaftlicher Betätigung zu finden. So breit wie das Tätigkeitsfeld der Gesellschaften mbH, so breit ist die Ausbildung und das berufliche Herkommen der Geschäftsführer. Die Kaufleute haben jedoch ein Übergewicht.

Zur Zeit gibt es etwa 1 Mio. Geschäftsführer in Deutschland. In einer Untersuchung aus dem Jahre 1994 wurde ein repräsentatives Quorum von 500 Geschäftsführern befragt. 82 % betonten die Vielseitigkeit der Aufgabe und die Chance zur Kreativität. 67 % schätzen ihre Gesamtverantwortung für das Unternehmen. Nur 32 % der befragten Geschäftsführer bewerten eine weit überdurchschnittliche Einkommenshöhe als besondere Situation (vgl. zum Ganzen Hoffmann/Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, 2. Aufl. 2000, Einl., S. 2).

### **b) Abgrenzung Organ-Anstellungsverhältnis**

#### **aa) Der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft**

Als juristische Person kann die GmbH nur durch ihre Organe handeln. Gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Nur durch ihre Geschäftsführer ist die GmbH handlungsfähig und kann im Rechtsverkehr auftreten. Es gilt der Grundsatz der Fremdorganschaft: Gesellschafter und Geschäftsführer müssen nicht identisch

sein (vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG). Sofern der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist, spricht man von Gesellschafter-Geschäftsführer und im übrigen von Fremdgeschäftsführer.

Zwar sieht § 37 Abs. 1 GmbHG die Möglichkeit vor, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer zu beschränken; Geschäftsführer sind im übrigen grundsätzlich auch an Weisungen der Gesellschafterversammlung als des nach der Struktur der GmbH entscheidenden zentralen Organs gebunden. Hierbei handelt es sich aber lediglich um im Innenverhältnis wirkende Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis.

Gegenüber Außenstehenden haben diese Beschränkungen gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG keine Wirkung, d.h. im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers unbeschränkt. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, Außenstehende von der Kontrolle zu entlasten, ob die Vorgehensweise des Geschäftsführers mit den Gesellschaftern abgestimmt ist (vgl. BGH, 13.11.1995, NJW 1996, 590).

Nur soweit der Vertragspartner der Gesellschafter weiß oder wenn es sich ihm aufdrängen musste, dass der Geschäftsführer die Grenzen überschreitet, die seiner Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis zur Gesellschaft gezogen sind, findet § 37 Abs. 2 GmbHG keine Anwendung; es gelten dann die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Eine solche Grenzüberschreitung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Vertragskonditionen beim Abschluss gegenseitiger Verträge für die Gesellschaft grob nachteilig sind oder wenn die Bestimmung der Vergütung weitgehend dem Vertragspartner der Gesellschaft überlassen ist und eine effektive Kontrolle der Höhe der Vergütung der Gesellschaft nicht möglich ist (vgl. BGH, aaO).

Über die erste Bestellung bereits im Gründungsstadium entscheiden die Gesellschafter grundsätzlich im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss gemäß § 47 GmbHG.

Die spätere Bestellung erfolgt in der Regel durch Berufungsbeschluss des zuständigen Gremiums, meistens der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG), soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Eine zwingende Ausnahme besteht gemäß § 31 MitbestG, der auf die aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 84 f. AktG) verweist, für solche Gesellschaften, die der Mitbestimmung unterstehen; hier obliegt die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer dem Aufsichtsrat. Bei einer GmbH, die lediglich dem BetrVG 1952 untersteht oder die sich einen fakultativen Aufsichtsrat gegeben hat, tritt hingegen eine solche Verlagerung der Bestellungskompetenz auf den Aufsichtsrat nicht ohne weiteres ein; die jeweilige Satzung ergibt, ob und in welchem Umfang eine – grundsätzlich zulässige – Kompetenzverlagerung auf diese Organe stattfinden soll (Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, § 8 Rn 8).

Ein Geschäftsführer muss bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllen.

Nach GmbHG muss er unbeschränkt geschäftsfähig und darf nicht wegen Insolvenzvergehens bestraft worden sein (vgl. i.e. § 6 Abs. 2 GmbHG). Eine Verurteilung wegen Unterschlagung, Betrug oder Untreue hindert die Bestellung nicht. Ebenso wenig steht die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis (§ 915 ZPO) der Bestellung zum Geschäftsführer entgegen (vgl. Hoffmann/Liebs Rn 203).

Die Zahl der Geschäftsführer ist in GmbHs, die nicht der Mitbestimmung unterliegen, beliebig. In *mitbestimmten* GmbHs muss gemäß § 33 MitbestG ein Arbeitsdirektor bestellt werden, so dass dort *mindestens zwei* Geschäftsführer vorhanden sein müssen.

Die Organstellung des Geschäftsführers wird durch Abberufung oder Widerruf der Bestellung beendet (vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG). Zuständig ist in der Regel das Gesellschaftsorgan, das auch für die Bestellung zuständig ist.

Nach dem in § 38 Abs. 1 GmbHG niedergelegten Grundsatz kann der Geschäftsführer jederzeit, d.h. fristlos und ohne Angabe von Gründen, abberufen werden. Diese Regelung dient dem Schutz der Gesellschafter.

Eine Abberufung kann der Geschäftsführer nur in Ausnahmefällen in dem engen Rahmen der §§ 226, 262 BGB angreifen, d.h. wenn sie schikanös ist oder wenn sie den Amtsinhaber vorsätzlich sittenwidrig schädigt. Lediglich sachfremde Motive genügen nicht.

Der Grundsatz der freien Abberufbarkeit ist nicht zwingend. Die Abberufbarkeit kann vielmehr durch eine Vereinbarung in der Satzung beschränkt werden. Die bedeutsamsten Fällen sind die Beschränkung auf wichtige Gründe sowie das Erfordernis eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses (vgl. Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 38 Rn 38). Es ist umstritten, ob eine Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe auch für Fremdgeschäftsführer möglich ist (bejahend Scholz, GmbHG, § 38 Rn 40; verneinend Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 216). Übereinstimmung herrscht allerdings dahingehend, dass ein Fremdgeschäftsführer einer Satzungsänderung nicht widersprechen kann. Wenn nach dem Anstellungsvertrag die Abberufung nur aus wichtigem Grunde erfolgen sollte und er nach der Satzungsänderung dennoch ohne einen solchen Grund abberufen wird, so stehen dem Fremdgeschäftsführer nur der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung und ggf. auch ein Schadensersatzanspruch zu (vgl. Scholz/Schneider, aaO). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Abberufung aus wichtigem Grund nicht an eine Frist gebunden ist. Es gelten vielmehr nur die allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung (vgl. Scholz/Schneider, GmbHG, § 38 Rn 54).

Gemäß § 39 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

## **bb) Das Anstellungsverhältnis**

Von der Bestellung des Geschäftsführers als Organ der GmbH streng zu unterscheiden ist der Abschluss des Anstellungsvertrages zwischen Geschäftsführer und GmbH. Er behandelt nicht die Stellung des Leitungs- und Vertretungsorgans zu der Gesellschaft, sondern er regelt allein die internen, schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen GmbH und Geschäftsführer. Der Anstellungsvertrag ist zwar formfrei; insbesondere aber unter steuerlichen Gesichtspunkten ist die Schriftform für Gesellschafter-Geschäftsführer nahezu unverzichtbar. Die Finanzverwaltung erkennt nämlich regelmäßig mündliche Abreden nicht an und bewertet in einem solchen Fall alle Leistungen als verdeckte Gewinnausschüttung.

### **Exkurs: Verdeckte Gewinnausschüttung:**

Im Steuerrecht wird heute unter einer verdeckten Gewinnausschüttung i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nach einer ständig vom BFH verwandten Formel eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung bei der GmbH verstanden, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens der Gesellschaft auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht. In der Mehrzahl der Fälle handelt es sich dabei um die Zuwendung eines Vermögensvorteils an die Gesellschafter, den die Gesellschaft bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Dritten nicht gewährt hätte (so Scholz/Emmerich, GmbHG, § 29 Nr. 96). *Verdeckte Gewinnausschüttungen mindern nicht das steuerpflichtige Einkommen der GmbH (§ 8 Abs. 3 KStG).*

Rechtlich stellt der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einen Dienstvertrag über eine Geschäftsbesorgung (§§ 611, 675 BGB) dar. Die Aufgabe des Geschäftsführers ist typischerweise eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die Raum für eigene Entscheidungen lässt. Das Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern ist nach h.M. kein arbeitsrechtliches Direktionsrecht, sondern eine Frage der Zuständigkeit von Gesellschaftsorganen (so Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 237).

Mitunter gelangt ein Organmitglied aus einer Arbeitnehmerstellung – etwa aus einer Prokuristentätigkeit für die Gesellschaft – in das neue Amt. Dann ergibt sich die Frage, ob der frühere, als Arbeitsverhältnis einzuordnende Vertrag fort besteht oder durch den an die Organstellung anknüpfenden Anstellungsvertrag ersatzlos aufgehoben wird. Das BAG, das hier in der Vergangenheit hinsichtlich der Annahme eines ruhenden Arbeitsverhältnisses verhältnismäßig großzügig gewesen ist und dadurch in weiterem Umfang zur Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften gelangt ist, sobald das Organverhältnis sein Ende gefunden hat, geht nunmehr wohl im Regelfall davon aus, dass das frühere Arbeitsverhältnis mit Abschluss des durch die Bestellung zum Organ veranlassten Anstellungsvertrages aufgehoben worden ist und zwar auch dann, wenn die

Geschäftsführerbezüge gegenüber dem früheren Gehalt nur gering angehoben werden (vgl. BAG, NZA 1994, 212; BAG, NZA 2000, 1013; Goette, aaO, § 8 Rn 76).

Die Tatsache, dass das Anstellungsverhältnis im Regelfall nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, führt dazu, dass auf die Rechtsbeziehung des Geschäftsführers zur GmbH das Kündigungsschutzgesetz, das Schwerbehindertengesetz, das Mutterschutzgesetz, der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die arbeitsrechtlichen Grundsätze der Haftungsbeschränkung für gefahrgeneigte Arbeit nicht anzuwenden sind. Auch der das Arbeitsrecht beherrschende Grundsatz, dass vor einer außerordentlichen Kündigung der Betroffene abzumachen ist, gilt nicht für den Geschäftsführer einer GmbH (vgl. BGH, NJW 2000, 1638; Goette, aaO, § 8 Rn 70).

Von der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Schutzgesetze zu unterscheiden ist die Frage, ob der Geschäftsführer sozialversicherungsrechtlich als abhängig Beschäftigter i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV anzusehen ist. Der Fremdgeschäftsführer ohne Kapitalanteile an der GmbH wird regelmäßig eine abhängige Beschäftigung i.S. der vorgenannten Vorschrift ausüben und deshalb sozialversicherungspflichtig sein. Etwas anderes gilt dann, wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist und sein Kapitalanteil über 50 % liegt oder aber er über eine Sperrminorität verfügt ( zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern vgl. i.e. Anlage 3 des Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 20.12.1999)

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung z.T. arbeitsrechtlich und sozial motivierte Schutzvorschriften auch zugunsten von Geschäftsführern einer GmbH herangezogen hat, so z.B. den Pfändungsschutz nach §§ 850 ff. ZPO, den Zeugnisanspruch nach § 630 BGB sowie den aus § 616 BGB hergeleiteten Anspruch auf Gehaltsfortzahlung für 6 Wochen.

Zuständig für den Abschluss, die Änderung oder die Beendigung des Anstellungsvertrages ist die Gesellschafterversammlung. In GmbHs, die einen nach MitbestG mitbestimmten Aufsichtsrat haben, ist der Aufsichtsrat zuständig.

Die Gesellschafter können aber die Zuständigkeit hinsichtlich des Anstellungsvertrages (Abschluss, Beendigung, Änderung) auf Dritte übertragen, sei es im Gesellschaftsvertrag, sei es durch außerhalb des Gesellschaftsvertrages gefassten Gesellschafterbeschluss (so Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 233).

Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer kann den Anstellungsvertrag mit sich selbst abschließen (Insichgeschäft), wenn er im Gesellschaftsvertrag von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit und wenn diese Befreiung im Handelsregister eingetragen ist (vgl. Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 236).

### **cc) Pflichten des Geschäftsführers**

Durch den Anstellungsvertrag wird der Geschäftsführer zum einen verpflichtet, die Organstellung zu übernehmen und die Aufgaben, die sich aus der Organstellung ergeben, höchstpersönlich zu erfüllen, und zum anderen, den unabhängig hiervon begründeten anstellungsvertraglichen Pflichten nachzukommen (Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 Rn 179).

Die ordnungsgemäße Leitung der Gesellschaft ist die Hauptaufgabe des Geschäftsführers. Sie lässt sich dahin umschreiben, dass er im Rahmen von Gesetz und Satzung und in Ausführung der verbindlichen Beschlüsse der anderen Gesellschaftsorgane – vornehmlich der Gesellschafterversammlung, u.U. des Aufsichtsrats oder des Beirats – den Unternehmenserfolg zu fördern und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden hat. So hat der Geschäftsführer u.a. eine funktionsfähige Buchführung einzurichten, das Personal auszuwählen und zu überwachen, er hat die ordnungsgemäße Erfüllung der steuerlichen Erklärungspflichten zu gewährleisten, für die rechtzeitige Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, für die zeitgerechte Erstellung des Jahresabschlusses, für die regelmäßige Unterrichtung des Aufsichtsrates zu sorgen, die Verpflichtung zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§ 49 Abs. 3 GmbHG); ebenso ist dem Einberufungsverlangen der hierzu befugten Personen zu entsprechen; er hat die Gesellschafterversammlung zu informieren; darüber hinaus ist ihm im öffentlichen Interesse, nämlich zum Schutz der Gläubiger der GmbH, die Pflicht auferlegt, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Insolvenzzureife der Gesellschaft, das Insolvenzverfahren zu beantragen (§ 64 Abs. 1 GmbHG) (vgl. zum Ganzen Goette, aaO, § 8 Rn 127 ff.).

Die Geschäftsführer einer GmbH sind damit allzuständig und verantworten das gesetzmäßige Verhalten des von der GmbH betriebenen Unternehmens.

Den Pflichten des Geschäftsführers steht der Anspruch auf die vertragsmäßige bzw. angemessene Vergütung gegenüber. Sie kann in einem Grund- oder Festgehalt, in variablen Bezügen, also in Erfolgsbeteiligung in Form von Provision von Geschäftsabschlüssen, von Tantiemen, von Naturalvergütungen oder in Verbindung aller oder einzelner dieser Formen vereinbart werden. Hinzu können sonstige Vergütungen (Zusatzleistungen) kommen, wie z.B. die Übernahme von Beiträgen für die Kranken- oder Haftpflichtversicherung etc.

Für *Fremdgeschäftsführer* besteht volle Vertragsfreiheit hinsichtlich Höhe und Bewertungsgrundlage. Die Grenze bildet § 138 BGB (vgl. zum Ganzen Scholz/Schneider, § 35 Rn 180 f).

Die Vergütung für den *Gesellschafter*-Geschäftsführer ist zum Schutz der Gläubiger in § 30 GmbHG und im Interesse der Mitgesellschafter am Grundsatz der Gleichbehandlung zu messen. Die Vergütung ist angemessen, wenn sie bei gleicher Tätigkeit in dieser Höhe auch einem Fremdgeschäftsführer gezahlt wird

(„Grundsatz des Fremdvergleichs“) (vgl. Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 Rn 181). Eine überhöhte Vergütung ist nach § 30 GmbHG unzulässig, wenn die Zahlung aus dem gebundenen Vermögen erfolgt. Die Rechtsfolgen bei Verletzung der Vorschriften über die Kapitalerhaltung ergeben sich ausschließlich aus § 31 GmbHG (Erstattungspflicht) (vgl. Scholz/Schneider, aaO.).

Unangemessene Vergütungen an Gesellschafter-Geschäftsführer stellen eine *verdeckte Gewinnausschüttung* i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG dar und sind nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig. Sie erhöhen den körperschaftssteuerlichen Gewinn der Gesellschaft.

#### **dd) Beendigung des Anstellungsverhältnisses**

Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses tritt ein durch Kündigung, Aufhebungsvertrag, Zeitablauf – wenn der Vertrag für eine festbestimmte Zeit geschlossen ist –, durch den Eintritt einer vertraglich vereinbarten auflösenden Bedingung, wie etwa die Abberufung als Geschäftsführer, oder durch Tod des Geschäftsführers.

Dagegen beendet weder die Abberufung als Geschäftsführer noch die Amtsniederlegung noch die Auflösung der Gesellschaft den Anstellungsvertrag. Vielmehr ist sowohl bei der Abberufung wie auch bei der Amtsniederlegung gesondert zu prüfen, ob die Kündigungsvoraussetzungen vorliegen und die Kündigung erklärt ist.

Für die Kündigung des Anstellungsvertrages durch die GmbH ist dasselbe Organ wie für den Abschluss zuständig. Das sind bei der mitbestimmungsfreien Gesellschaft die Gesellschafter, die auch die Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer bei Abgabe der Kündigungserklärung vertreten. Die Gesellschafter können sich zur Erklärung der Kündigung eines Bevollmächtigten bedienen. Fehlt ein wirksamer Gesellschafterbeschluss, so ist die Kündigung unwirksam (vgl. OLG Köln, GmbHR 1993, 734, 736; zum Ganzen Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 Rn 219 ff.).

Bei der mitbestimmten GmbH, bei der – wie ausgeführt – die Anstellungskompetenz bei dem Aufsichtsrat liegt, ist dieser nach herrschender Meinung auch für die Kündigung des Anstellungsvertrages zuständig (vgl. BGHZ 89, 49; Goette, aaO, Rn 154 – aA Scholz/Schneider, GmbHG, § 35 Rn 223 - Gesellschafter). Bei der Beschlussfassung über die Kündigung ist der von der Kündigungsentscheidung betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer von der Mitwirkung ausgeschlossen. Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG findet über den Wortlaut hinaus auf alle Gesellschafterbeschlüsse Anwendung, die auf eine Missbilligung bzw. Missbilligung des Geschäftsführerverhältnisses gerichtet sind. Dies gilt daher sowohl für die Abberufung aus wichtigem Grund als auch für die Entscheidung über die fristlose Kündigung (BGH NJW 1987, 1889; BGHZ 86, 177 ff.).

Bei der ordentlichen Kündigung eines Geschäftsführer-Dienstvertrages wendet der BGH hinsichtlich der Kündigungsfristen § 622 BGB an (vgl. BGH NJW 1984, 2528).

Eine außerordentliche Kündigung setzt voraus, dass ein wichtiger Grund vorliegt. Was als wichtiger Grund zu gelten hat, kann nicht vertraglich beschränkt werden. Der BGH verneint die Notwendigkeit, vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung den Geschäftsführer abzumahnern, weil sie auf die Stellung eines Vertretungsorgans einer Gesellschaft, das die Arbeitgeberfunktionen wahrzunehmen und dabei dem objektiv bestimmten Pflichtenstandard eines „ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG) zu entsprechen hat, nicht passt (vgl. BGH, NJW 2000, 1638; Goette, aaO, § 8 Rn 161).

Ob die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes vorliegen, kann nur aufgrund einer umfassenden Gesamtabwägung aller den Einzelfall prägenden Umstände entschieden werden.

Von der Judikatur wurden u.a. folgende Verhaltensweisen als kündigungsrelevant angesehen:

- Handgreiflichkeiten und Bedrohung von Gesellschaftern
- Verwendung von Arbeitskräften und Baumaterial der GmbH für private Zwecke
- Verstoß gegen Weisungen der Gesellschafter
- Kompetenzüberschreitung
- Verrat von Geschäftsgeheimnissen
- Verstoß gegen Wettbewerbsverbot
- eigenmächtiger Urlaubsantritt
- eigenmächtige Entnahme einer Bonuszahlung

(vgl. zum Ganzen mit Rechtspr.Nachweisen Goette, aaO, § 8 Rn 165).

Eine außerordentliche Kündigung muss gemäß § 626 Abs. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund erfolgen. Für den Fristbeginn der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB ist bei der GmbH grundsätzlich die Kenntnis der Mitglieder der Gesellschafterversammlung in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung maßgeblich. Daher löst nicht schon deren außerhalb der Gesellschafterversammlung, sondern erst die nach dem Zusammentritt erlangte Kenntnis der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen den Lauf der Ausschlussfrist aus (so BGH, NJW 1998, 3274).

Es genügt daher nicht, dass jeder Gesellschafter einzeln – unabhängig von den anderen – von dem Kündigungsgrund erfahren hat. Allerdings ist unverzügliches Handeln erforderlich. Sobald auch nur einer der Gesellschafter eine entsprechende Information vorliegen hat, hat er für die Information der anderen zu sorgen, so dass die Gesellschafterversammlung alsbald zusammen

treten kann. Ist der Aufsichtsrat zuständig, gilt Entsprechendes. Pflichtwidrige Verzögerungen der Information, verzögerte Einberufung des Organs und verzögerte Entscheidung führen aber nach wie vor zur Fristversäumnis (vgl. Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 270).

## **ee) Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft**

### **§ 43 GmbHG**

Die Geschäftsführer haften aufgrund ihrer Organstellung gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG dafür, dass sie die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes führen. Diese gesetzliche Haftung ist allumfassend. In der Regel verpflichtet darüber hinaus auch der Anstellungsvertrag den Geschäftsführer noch einmal ausdrücklich, die gesetzlichen Vorschriften einzuhalten. Mehrere Geschäftsführer haften grundsätzlich solidarisch.

Der Geschäftsführer ist gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, wenn er eine organschaftliche Pflicht, die ihm persönlich gegenüber der Gesellschaft obliegt, verletzt hat, dieser dadurch ein Schaden entstanden ist und ihn ein Verschulden trifft (vgl. zu den Voraussetzungen Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 Rn 21 ff.).

Diese Haftung beginnt, sobald der Geschäftsführer seine Amtstätigkeit aufgenommen hat und endet erst dann, wenn er nicht mehr für die Gesellschaft tätig wird (vgl. Goette, aaO, § 8 Rn 191 f).

Die gesetzliche Sorgfaltspflicht verlangt von den Geschäftsführern, für die Rechtmäßigkeit der internen Organisations- und Entscheidungsprozesse in der Gesellschaft sowie des Gesellschaftsverhaltens nach außen zu sorgen. Geschäftsführer haben mit den anderen Organen loyal zusammen zu arbeiten und das Unternehmen nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. Dazu gehört auch, sich ständig einen Überblick über die Lage des Unternehmens zu verschaffen, übermäßige Geschäftsrisiken zu vermeiden und die Gesellschafter und Mitgeschäftsführer auf Fehlentwicklungen und Gefahren rechtzeitig aufmerksam zu machen. Ihre Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verbietet ihnen, ihre Befugnisse und Möglichkeiten zu eigennützigen und gesellschaftsfremden Zwecken zu missbrauchen (so zusammenfassend Goette, aaO, Rn 814).

Bevor die GmbH ihren Schadensersatzanspruch gegenüber den Geschäftsführern geltend macht, muss ein Gesellschafterbeschluss gefasst werden (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Ein betroffener Gesellschafter-Geschäftsführer hat bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht (§ 47 Abs. 4 GmbHG).

Mit der organschaftlichen Haftung können andere Anspruchsgrundlagen konkurrieren. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung konsumiert die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG als spezielle Regelung diejenige wegen der

Verletzung dienstvertraglicher Pflichten (vgl. BGH, NJW 1989, 2697); dagegen nimmt der II. Zivilsenat des BGH Anspruchskonkurrenz an, wenn die organschaftliche Haftung mit Deliktsansprüchen zusammen trifft (vgl. BGH, NJW-RR 1992, 800).

### **§ 64 Abs. 2 GmbHG**

Die Vorschrift regelt den Sonderfall, dass der Geschäftsführer trotz eingetretener Insolvenzreife der Gesellschaft noch „Zahlungen“ aus dem Gesellschaftsvermögen erbringt. Derartige Leistungen hat er nach dem Gesetz der Gesellschaft zu ersetzen; allerdings tritt die Ersatzpflicht nicht schlechthin ein, sondern nur dann, wenn ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgehendes Leitungsorgan sich anders verhalten würde. Der Sache nach wird also sanktioniert, dass der Geschäftsführer nicht die gebotenen Konsequenzen daraus zieht, dass das Gesellschaftsvermögen nunmehr durch einen gerichtlich bestellten Verwalter nach anderen Regeln als bei einer aktiven Gesellschaft, nämlich nach den Vorschriften der InsO, eingesetzt wird. § 64 Abs. 2 GmbH ist damit eine Vorschrift, die bei Eintritt der Insolvenz dem Schutz des Gesellschaftsvermögens vor Massekürzung dient (vgl. zum Ganzen Goette, § 8 Rn 216).

Der Anspruch wird – wie sich aus dem Verweis in § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG auf § 43 Abs. 3 u. 4 GmbHG ergibt – wie ein Schadensersatzanspruch behandelt. Das Verschulden des Geschäftsführers wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vermutet, wobei der Geschäftsführer die Vermutung durch den Nachweis widerlegen kann, dass die von ihm in der Insolvenzsituation bewirkte Leistung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar war (vgl. BGH, NJW 2001, 1280; Goette, aaO, § 8 Rn 221).

Der Anspruch steht der Gesellschaft zu, für welche ihn der Insolvenzverwalter geltend zu machen hat.

### **ff) Haftung des Geschäftsführers gegenüber den GmbH-Gesellschaftern**

Die Gesellschafter können aus den Anstellungsverträgen der Geschäftsführer grundsätzlich keine direkten Ansprüche gegen diese herleiten. Partei ist die GmbH.

Aus ihrer Organstellung haften die Geschäftsführer grundsätzlich ebenfalls nur der GmbH, aber nicht den Gesellschaftern unmittelbar.

Es gibt jedoch einige im GmbHG speziell geregelte Fälle, in denen die Gesellschafter unmittelbar Ansprüche gegen Geschäftsführer aus ihrer Organstellung geltend machen können; dazu gehören § 31 Abs. 6 GmbHG (Differenzhaftung bei verbotenen Kapitalrückzahlungen), § 82 GmbHG i.V.m. §

823 Abs. 2 BGB (Gründungsschwindel), § 84 GmbHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB (Unterlassene Anzeige bei Verlust des halben Stammkapitals und Unterlassen eines Insolvenzantrages) (vgl. zum Ganzen Hoffmann/Liebs, aaO, § 830).

Geschäftsführer haften den Gesellschaftern wie jedem anderen unmittelbar, wenn sie sich ihnen gegenüber einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht haben oder ihnen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt haben (§§ 823, 826 BGB).

### **gg) Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten**

Die Pflichten zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung sind dem Geschäftsführer nur im Verhältnis zur Gesellschaft, nicht aber im Verhältnis zu Dritten, insbesondere den Gläubigern der Gesellschaft, auferlegt. Die Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung begründet daher allein noch keine Ansprüche Dritter auf Schadensersatz (vgl. Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 Rn 217).

Ausnahmsweise kann der Geschäftsführer neben der GmbH persönlich haften, wenn er die Vertragsverhandlungen selbst geführt oder jedenfalls maßgeblich beeinflusst und bei den Vertragsverhandlungen für seine Person das besondere Vertrauen des Vertragsgegners in Anspruch genommen und verletzt hat (vgl. BGHZ 126, 181; Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 Rn 225 und die neue gesetzliche Regelung in § 311 Abs. 3 BGB).

Zum Teil wurde eine persönliche Haftung des Geschäftsführers aus Verhandlungsverschulden auch dann bejaht, wenn dieser persönlich an dem Vertragsschluss besonders interessiert war (vgl. die Nachweise bei Scholz/Schneider, GmbHG, § 43 Rn 226; vgl. auch Hoffmann/Liebs, aaO, Rn 833 ff.).

### **hh) Entlastung, Generalbereinigung**

Entlastung bedeutet, dass die Gesellschaft mit Ersatzansprüchen, die sie auf fehlerhafte Geschäftsführung stützen will, dann ausgeschlossen ist, wenn die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) bei der Beschlussfassung die Umstände kennt oder bei sorgfältiger Prüfung kennen könnte, auf die sich diese Ansprüche stützen (vgl. Goette, aaO, § 8 Rn 259, § 7 Rn 8 ff.).

Eine Generalbereinigung hat noch weitergehende Bedeutung als ein Entlastungsbeschluss; bei ihr wird im Rahmen des rechtlich Zulässigen auf sämtliche denkbaren Ersatzansprüche verzichtet; eine derartige Entscheidung ist den Gesellschaftern vorbehalten (vgl. BGH, NJW 1986, 2250; NJW 1998, 1315).

## **ii) Die Haftung der GmbH für deliktisches Handeln ihres Geschäftsführers**

§ 31 BGB begründet keine Haftung sondern stellt eine haftungszuweisende Norm dar (BGH 1999, 298 ff.). § 31 soll für alle juristischen Personen und damit auch für die GmbH gelten (Palandt/Heinrichs BGB, 61. Aufl., § 31 Rn 1 f. mN).

§ 31 BGB begründet eine verschuldensunabhängige Haftung des Organkörpers für Schäden, die das Organ in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat und einem Dritten zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen zugefügt hat.

Dabei hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 31 BGB gemäß der Lehre vom Organisationsmangel erweitert. Hiernach ist eine juristische Person verpflichtet, den Gesellschaftsbereich ihrer Tätigkeit so zu organisieren, dass für alle wichtigen Aufgabengebiete ein verfassungsgemäßer Vertreter zuständig ist, der die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Entspricht die Organisation diesen Anforderungen nicht, muss sich die juristische Person so behandeln lassen, als wäre der tatsächliche eingetretene Verrichtungsgehilfe ein verfassungsgemäßer Vertreter (BGH NJW 1980, 2810; Palandt/Heinrichs, aaO, Rn 8).

Zu Recht bemüht sich die Praxis, über eine extensive Ausdehnung von § 31 BGB einer juristischen Person die Verteidigung mit dem Argument zu erschweren, sie habe nichts von den deliktischen Handlungen ihres Geschäftsführers gewusst und der Geschäftsführer habe subjektiv auch nicht in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt. So haftet nach einer neueren Entscheidung des OLG Hamburg eine GmbH für ihren alleinigen Geschäftsführer, der Werbeanlagen eines Konkurrenzunternehmens zerstört hat, wenn jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, dass dieser Vorgang nicht im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit als Geschäftsführer steht, nach § 1 UWG und § 31 BGB. Auch in einem solchen Fall kann die wettbewerbsrechtlich regelmäßig vorliegende Wiederholungsgefahr durch Erstbegehung nur durch eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung beseitigt werden. Die sofortige Entlassung des Geschäftsführers soll zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr nicht ausreichen, weil damit lediglich ein vergangener Verstoß geahndet wurde, der keinen Rückschluss auf einen Sanktionswillen der GmbH für die Zukunft erlaube (OLG Hamburg, NZG 2002, 873 f.).

## **9. Die Gesellschafterversammlung**

### **a) Allgemeine Regeln**

Gemäß § 48 Abs. 1 GmbHG werden die Beschlüsse der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung gefasst. Damit stellt das Gesetz klar, dass die Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung als dem zentralen Organ der GmbH ihren Willen bilden und ihre Entscheidungen treffen (Goette, Die GmbH, S. 199).

Üblicherweise beschließen die Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung durch Beschluss gemäß § 48 Abs. 1, durch schriftliche Stimmabgabe nach § 48 Abs. 2, wenn sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklären.

§ 46 GmbHG bestimmt den Aufgabenkreis der Gesellschafter. Hiervon kann im Gesellschaftsvertrag abgewichen werden. So können bestimmte Funktionen auf einen Aufsichtsrat oder Beirat übertragen werden, der dadurch insoweit Organcharakter erhält. Der Gesellschaft muss aber ein Kern eigener Kompetenzen erhalten bleiben, wie z.B. die Überwachung der Geschäftsführer (statt aller Fichtelmann in HK, GmbHG, § 46 Rn 4 ff.).

Rechtsgeschäfte, die den Bestand der Gesellschaft im Kern berühren, wie Satzungsänderungen nach § 53 GmbHG, Beschlüsse über Kapitalerhöhungen nach §§ 55 ff. oder Kapitalherabsetzung gemäß §§ 55 ff., Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz, Unternehmensverträge, § 293 Abs. 1 Satz 1 AktienG analog, Beschlüsse über die Auflösung oder Fortsetzung der Gesellschaft gemäß § 60 Abs. 1 Satz 2, die Ausschließung von Gesellschaftern oder die Verweigerung der Auskunft nach § 51 a obliegen immer der Gesellschafterversammlung und können nicht auf Dritte übertragen werden.

Die Gesellschafterversammlung wird gemäß § 49 Abs. 1 durch den Geschäftsführer einberufen. Sie ist nach § 49 Abs. 2 außer in den im Vertrag oder im Gesetz bestimmten Fällen zu berufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint. Dies gilt gemäß § 49 Abs. 3 insbesondere dann, wenn sich aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist.

Die Einberufung hat mittels eingeschriebenen Briefs mit einer Frist von mindestens einer Woche zu erfolgen. Dabei muss der Zweck der Versammlung angekündigt werden. Bei Einberufungsmängeln können Beschlüsse nur gefasst werden, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind. Das gleiche gilt gemäß § 51 Abs. 4 in Bezug auf Beschlüsse über Gegenstände, welche nicht wenigstens drei Tage vor der Versammlung in der für die Berufung vorgeschriebenen Weise angekündigt worden sind.

Nach § 47 Abs. 2 gewähren je 50 Euro eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterversammlung eine Stimme. Vollmachten sind zulässig und bedürfen zur Zulässigkeit der Textform.

Die Ladungsfrist des § 51 Abs. 1 Satz 2 GmbHG stellt eine Mindestfrist dar, deren Abkürzung durch die Satzung angesichts ihrer Bedeutung für die Wahrnehmung des Mitgliedschaftsrechts bedenklich erscheint (ebenso Goette, Die GmbH, S. 208, mN).

Das Recht, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, stellt ein unverzichtbares Mitgliedschaftsrecht dar. Aus diesem Grund kann es auch nicht

völlig entzogen werden. Zu dem Mitgliedschaftsrecht gehört nicht nur die passive Anwesenheit, sondern ein Anspruch auf aktive Erörterung der in der Tagesordnung angekündigten Punkte. Das Stimmrecht des Gesellschafters ist an seine Mitgliedschaft gebunden und darf aus diesem Grund nicht auf andere Personen übertragen werden. Wie auch sonst gilt hier ein Abspaltungsverbot (Goette aaO, S. 216).

Deshalb läuft auch eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht dem Gesetz zuwider, eine solche führte nämlich zu einer Abtretung des Stimmrechts.

Gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG entscheidet über einen zur Abstimmung gestellten Beschluss die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dabei richtet sich die Mehrheit nicht nach der Zahl der Gesellschafter sondern der Höhe der von dem einzelnen Gesellschafter übernommenen Stammeinlage je 50 Euro gemäß § 47 Abs. 2 GmbHG.

Von § 47 Abs. 2 GmbHG kann vertraglich abgewichen und z.B. das Kopfbzahlprinzip gemäß § 119 Abs. 2 HGB vereinbart werden.

§ 48 Abs. 3 verlangt im Falle der Ein-Mann-Gesellschaft die Protokollierung und die Unterschrift der gefassten Beschlüsse unverzüglich nach der Beschlussfassung. Weitere Erfordernisse an die Notwendigkeit von Protokollierungen können in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart sein.

## **b) Das Problem der Stimmrechtsbindungen**

Unter Stimmbindungen sind rechtsgeschäftliche Bindungen in zukünftigen Abstimmungsverhalten zu verstehen (statt Aller Koppensteiner in Rohwedder, Schmidt-Leithoff GmbHG § 47 Rn 28, 4. Auflage)

Nach der ganzherrschenden Meinung sind Stimmbindungen auch zugunsten außenstehender Dritte grundsätzlich wirksam (BGH WM 1987, 71 ff.; Zip 1981, 432 f. ; NJW 1967, 1963; OLG Köln WM 1988, 974 ff.; und Koppensteiner aaO, Rn 29 mN).

Allerdings enthalten Stimmverbote zunächst keine unmittelbare Außenwirkung. Das bedeutet, dass ein Beschluss auch dann wirksam zustande gekommen, wenn ein Gesellschafter gegen ein wirksames Stimmbindungsgebot für den Beschluss stimmte. Allerdings kann sich ein solcher Gesellschafter seinem Partner, über dem er eine bestimmte Ausübung sein Stimmrecht versprochen hat, schadensersatzpflichtig machen und ggf. auch auf Unterlassung haften.

Überdies dürfen Stimmrechtsbindungen nicht gewisse Grenzen überschreiten. So wären Verpflichtungen unwirksam, einen wichtigen Grund als Gesellschafter nicht geltend zu machen. Auch Stimmrechtsbindungsverträge, die zu einer Aushöhlung von Stimmverboten führten, wären unwirksam (zum Ganzen Koppensteiner aaO Rn 31 mN).

## **10. Der Aufsichtsrat**

Bei mehr als 500 Arbeitnehmern hat auch eine GmbH gemäß § 47 bzw. BetrVG 1952 einen Aufsichtsrat zu bilden. Die Rechte und Pflichten desselben richten nach den Vorschriften des Aktienrechts und nach § 76 BetrVG. Dabei stellen die Arbeitnehmer 1/3 der Mitglieder des Aufsichtsrats.

Verfügt die GmbH über 2000 Mitarbeiter gilt sie als Großbetrieb, bei denen das Mitbestimmungsgesetz gilt. In diesem Fall hat der Aufsichtsrat paritätisch besetzt zu werden.

Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, gelten die entsprechenden Aufsichtsratsvorschriften des Aktiengesetzes gemäß § 52 GmbHG entsprechend. Schadensersatzansprüche gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats wegen Verletzungen ihrer Obliegenheiten verjähren nach § 52 Abs. 3 GmbHG in fünf Jahren.

## **11. Die Konzernhaftung**

Das GmbHG enthält keine Regeln über die Konzernhaftung. Weil insoweit eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke festzustellen ist, kommt ein Anspruch analog §§ 303 Abs. 1, 322 Abs. 2 AktiengG entsprechend den vom BGH entwickelten Grundsätzen gemäß der Haftung in einem faktischen GmbH-Konzern in Betracht.

In der sogenannten Autokranentscheidung nahm der BGH erstmals die Rechtsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns für die GmbH an und bejahte eine Haftung des herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten der qualifiziert arbeitenden Tochtergesellschaften (BGHZ 95, 330-Autokran).

In dem zu entscheidenden Fall hatte der Beklagte als (wirtschaftlicher) Alleingesellschafter von diesen Gesellschaften mbH die Geschäftsführung für alle Gesellschaften nahezu lückenlos an sich gezogen und deren Mitteln ohne Rücksicht auf die Zuordnung zum Vermögen der jeweiligen Gesellschafter nach Maßgabe des jeweiligen Bedarfes eingesetzt. Der BGH bejahte eine Haftung des Beklagten für Ansprüche des Gläubigers gegen eine der zahlungsunfähigen Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt des qualifizierten faktischen Konzerns. Dieser liege vor, wenn ein herrschendes Unternehmen die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft dauernd und umfassend ausübe. Die daraus folgende tatsächliche Vermutung, dass auf die eigenen Belange der einzelnen Gesellschaften der Unternehmensgruppe keine Rücksicht genommen wurden sei, könne das herrschende Unternehmen allerdings ausräumen. Erforderlich sei der Nachweis, dass der pflichtgemäß handelnde Gesellschafter einer selbständigen GmbH deren Geschäfte unter den gegebenen Umständen nicht anders bewirkt haben würde. Der Beklagte hatte allerdings nach Auffassung des BGH die Geschäftstätigkeit seiner Unternehmensgruppe unter Vernachlässigung der Eigenständigkeit der

Einzelgesellschaften in einem solchen Maße auf das Konzerninteresse ausgerichtet, wie dies im Vertragskonzern zulässigerweise überhaupt nur hätte erreicht werden können. Dem entsprechend nahm der BGH unter analoger Anwendung der §§ 303 Abs. 1, 322 Abs. 2 AktienG eine Ausfallhaftung des Beklagten an (ebenda; vgl. auch Decher in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrecht Band 3 § 71 Rn 2).

In der Tiefbau-Entscheidung aus dem Jahre 1989 und dem Videourteil aus dem Jahr 1991 baute der BGH den Anwendungsbereich des qualifizierten faktischen Konzerns aus und präziserte die Rechtsfolgen.

Eine dauernde und umfassende Leitungsmacht im finanziellen Bereich reiche für die Annahme eines qualifizierten faktischen Konzerns aus. Es komme auch nicht darauf an, ob das herrschende Unternehmen die Geschäfte der abhängigen GmbH pflichtwidrig geführt habe. Eine Haftung könne das herrschende Unternehmen allerdings dann vermeiden, wenn es nachweise, dass die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhten, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben (BGHZ 107, 7 -Tiefbau).

Nach dem Videourteil haftet der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig deren alleiniger Gesellschafter ist und sich außerdem als Einzelkaufmann unternehmerisch betätigte, grundsätzlich nach den Haftungsregeln in qualifizierten faktischen Konzernen. Führe der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH deren Geschäfte als alleiniger Gesellschafter, dann sei dies eine Art der Ausübung der Leitungsmacht, wie sie intensiver kaum vorstellbar sei. Das herrschende Unternehmen treffe die Pflicht zur Übernahme des Risikos, dass sich aus der Einbindung der abhängigen Gesellschaft in die übergeordneten Konzerninteressen ergebe.

Bei einer umfassenden Prüfung der Geschäfte der abhängigen GmbH spreche eine Vermutung dafür, dass auf deren Belange zugunsten der Konzerninteressen nicht ausreichend Rücksicht genommen worden sei. Diese Vermutung könne das herrschende Unternehmen durch den Nachweis ausräumen, dass für die Entstehung der eingetretenen Verluste die Ausübung der Leitungsmacht keine Rolle gespielt habe (BGHZ 115, 187 / Video-Urteil).

Die dargelegte Rechtsprechung, die im Ergebnis häufig zu einer Auflösung der vom Gesetz gewollten Haftungsbeschränkung führen könnte, ist erheblicher Kritik ausgesetzt gewesen (vgl. die N im Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts/Decher aaO, 7524).

Der BGH korrigierte nunmehr seinen Kurs. Bei der dann zu entscheidenden Auseinandersetzung hatte der Beklagte ebenso wie in der Videokonstellation ein einzelkaufmännisches Unternehmen über mehrere Gesellschaften mbH als (wirtschaftlicher) Alleingesellschafter betrieben, deren Geschäftsführer er gleichzeitig war. Das Gericht sah diesen Umstand nicht mehr als ausreichend für eine Haftung des Beklagten für die Verbindlichkeiten seiner insolventen Gesellschaften an. Haftungsgegenstand sei nicht die dauernde und

umfassende Leitung, sondern die Beeinträchtigung des eigenen Interesses der abhängigen Gesellschaften durch das herrschende Unternehmen. Die Beeinträchtigung des eigenen Interesses sei auch nicht bei Vorliegen einer dauernden und umfassenden Leitung zu vermuten. Sie müsse vielmehr durch den Kläger dargelegt und bewiesen werden, wobei der BGH Erleichterungen hinsichtlich der Substantiierungslast zuließ.

Im zu beurteilenden Sachverhalt hatten alle abhängigen Gesellschaften auf Veranlassung des Beklagten gegenüber der Hausbank für eigene Verbindlichkeiten und für Verbindlichkeiten ihrer Schwestergesellschaften die Haftung übernommen, wobei es der Bank erlaubt war, die Salden aller Gesellschaften zu verrechnen. Darin sah der BGH einen Verstoß gegen die eigenen Interessen der Gesellschaften. Zusätzliche Voraussetzungen für eine Haftung des herrschenden Unternehmens sei, dass sich der durch die Interessenverletzung zugeführte Nachteil nicht durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren lasse (BGHZ 105,122 ff.- TBB ).

Der BGH judizierte nun ausdrücklich, seine bisherige Rechtsprechung bedürfe der Klarstellung und Haftungstatbestand sei nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die im einzelnen darzulegende und zu beweisende Beeinträchtigung ihrer Interessen (BGH ebenda).

Diese für die Annahme einer Durchgriffshaftung eher als restriktiv zu kennzeichnende Rechtsprechung wurde durch mehrere Entscheidungen des BGH bestätigt (BGH NJW 2001, 370; WM 1994, 203 - EDV; NJW 1994, 1690 Freiberuflerkonzern; ZIP 1995, 733).

Der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats des BGH zur Haftung im qualifizierten faktischen Konzern sind die Instanzgerichte, andere Zivilsenate des BGH und weitere Fachgerichte auf breiter Front gefolgt (vgl. nur d N bei Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Decher aaO, § 71 Rn. 6 Fußnote 7-9 und BGH NJW 2001, 370 f.).

Problematisch erscheint der Ansatzpunkt des BGH, wonach die Heranziehung der Grundsätze über die Haftung des beherrschenden Gesellschafters im qualifiziert faktischen GmbH- Konzern nicht nur voraussetzt, dass dieser seiner Leitungsmacht objektiv missbräuchlich ausübt, indem er im Konzerninteresse die abhängige Gesellschaft mit der Folge einsetzt, dass bei ihr die zur Existenzvernichtung führenden Nachteile eintreten, sondern das Vorliegen eines weiteren Merkmals, wonach das gesellschaftsrechtliche Einzelausgleichssystem außer Funktion gesetzt sein muss, das Fehlverhalten sich also nicht mehr einzelnen Maßnahmen zuordnen lassen kann (BGH Beschluss vom 20.03.2000 in DStR 2000, 1065 LS mit Anm. Goette und BGH NJW 2001, 73).

Erhebliche Relevanz kommt dabei dem von der Rechtsprechung entwickelten negativen Tatbestandmerkmal zu, dass nämlich durch Einzelmaßnahmen ein

Ausgleich nicht oder nicht mehr zu erzielen ist. Wenn eine abhängige Gesellschaft im Stadium der Unterbilanz gegenüber einem anderen Konzernunternehmen einen Befreiungs- oder Aufwendungsersatzanspruch besitzt, kann der Gläubiger der Gesellschaft diesen pfänden und an sich überweisen. Dabei verwies der BGH den Gläubiger mit seiner Rechtsprechung ausschließlich auf diesen Weg, wohl um ein Ausgreifen der gesetzlich nicht geregelten Haftungsgrundsätze im faktischen Konzern zu behindern.

Jedoch auch diese Rechtsprechung des BGH aus neuerer Zeit führt nicht aus, wo die Grenze liegt zwischen der Geltendmachung von Ansprüchen nach den Grundsätzen der Kapitalerhaltungsvorschriften gem. § 30 ff. GmbHG und der Annahme einer unmittelbaren Konzernhaftung.

Allerdings durfte die neueste Entscheidung des BGH zur möglichen Aberkennung des Haftungsprivilegs nach § 13 Abs. 2 GmbHG (BGH NJW 2002, 3024 ff. und Seite 25) eine erneute Kehrtwendung der Rechtsprechung andeuten. Insbesondere die Ausdehnung dieser Rechtsprechung nicht nur auf das zu erhaltende Stammkapital sondern auch auf die sogenannten eigenkapitaleretzenden Darlehen und das Verbot von deren Rückzahlung, eröffnet einen weiteren Weg in die Konzernhaftung.

## **VII Die Partnerschaftsgesellschaft**

Durch Gesetz vom 25.07.1994 schuf der Gesetzgeber das Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG).

Nach § 1 PartGG können sich nur Ausübende freier Berufe in dieser Gesellschaftsform zusammen schließen. Angehörige dürfen lediglich natürliche Personen sein.

Gemäß § 1 Abs. 2 PartGG stellt die Ausübung eines freien Berufs iS dieses Gesetzes die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseur, Diplompsychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratender Volks- und Betriebswirte, vereidigter Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigter, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflicher Sachverständiger, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher dar.

Gemäß § 2 PartGG muss der Name der Gesellschaft mindestens den eines Partners, den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnung aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe enthalten.

Der Partnerschaftsvertrag hat schriftlich zu erfolgen und bedarf der Angabe des Namens der Partnerschaft, des Namens und Vornamens jedes Partners mit den in der Partnerschaft ausgeübten Berufen und den Wohnort jedes Partners sowie den Gegenstand der Partnerschaft.

Die Partnerschaft ist zwingend in das Partnerschaftsregister anzumelden. Die Partnerschaft wird erst mit ihrer Eintragung in das Partnerschaftsregister Dritten gegenüber wirksam.

Nach § 8 Abs. 1 haften für Verbindlichkeiten der Partnerschaft den Gläubigern gegenüber neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 129 und 130 HGB.

Die Hauptattraktivität der Partnerschaftsgesellschaft ergibt sich aus der Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nach § 8 Abs. 2 PartGG. Hiernach können die Partner ihre Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auch unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen auf den von ihnen beschränken, der innerhalb der Partnerschaft die berufliche Leistung zu erbringen oder verantwortlich zu leiten und zu überwachen hat.

§ 8 Abs. 3 enthält darüber hinaus einen berufsrechtlichen Vorbehalt. Danach kann durch Gesetz für einzelne Berufe eine Beschränkung der Haftung für Ansprüche aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung auf einen bestimmten Höchstbetrag zugelassen werden, wenn zugleich eine Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung der Partner oder der Partnerschaft begründet wird.

Soweit der Gesetzgeber es unterließ, Haftungshöchstgrenzen für einzelne Berufe wie Ärzte, Zahnärzte, Heilpraktiker, Hebammen, Ingenieure, Architekten, Lotsen, Sachverständige, Dolmetscher, Übersetzer pp. als rechtliche Möglichkeit einzuführen, bleibt das risikobehaftete Unterfangen, Haftungshöchstgrenzen per AGB zu vereinbaren.

Dagegen hat der Gesetzgeber in § 81 a BRAO, § 87 a StBerG und §§ 54 und 54 a WPO Haftungshöchstgrenzen erlassen.

§ 51 a BRAO lautet:

### **„Vertragliche Begrenzung von Ersatzansprüchen**

*I Der Anspruch des Auftraggebers aus dem zwischen ihm und dem Rechtsanwalt bestehenden Vertragsverhältnis auf Ersatz eines fahrlässig verursachten Schadens kann beschränkt werden:*

- (1) durch schriftliche Vereinbarung im Einzelfall bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme;*
- (2) durch vorformulierte Vertragsbedingungen für Fälle einfacher Fahrlässigkeit auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme, wenn insoweit Versicherungsschutz*

*besteht.*

*II Die Mitglieder einer Sozietät haften aus dem zwischen ihr und dem Auftraggeber bestehenden Vertragsverhältnis als Gesamtschuldner. Die persönliche Haftung auf Schadensersatz kann auch durch vorformulierte Vertragsbedingungen beschränkt werden auf einzelne Mitglieder einer Sozietät, die das Mandat im Rahmen ihrer eigenen beruflichen Befugnis bearbeiten und namentlich bezeichnet sind. Die Zustimmungserklärung zu einer solchen Beschränkung darf keine anderen Erklärungen enthalten und muss vom Auftraggeber unterschrieben sein.“*

Trotz des Versuches des Gesetzgebers, den freien Berufen eine ihnen gemäße Gesellschaftsrechtsform anzubieten, hat die Praxis bislang von Partnerschaftsgesellschaften recht wenig Gebrauch gemacht, so dass insgesamt nicht von einem Gelingen dieses Versuches ausgegangen werden kann.

## **VIII Die Kommanditgesellschaft**

### **1. Die Bedeutung der Kommanditgesellschaft im Wirtschaftsleben**

Die Kommanditgesellschaft (KG) erfuhr in der jüngeren Vergangenheit einen ständigen Bedeutungszuwachs. Ihre wirtschaftliche Bedeutung dürfte größer als die der OHG sein (Horn in Heymann, HGB Bd. II, § 161 Rn 28).

Die KG begegnet ähnlich der OHG nicht nur als Familiengesellschaft, vor allem durch Erbfolge in das Unternehmen, die aus steuerlichen Gründen häufig vorweggenommen wird (BGHZ 112, 40 ff.; Kübler, Gesellschaftsrecht, § 8 I, 5. Aufl.). Häufig führt der Weg vom Unternehmen des Einzelkaufmanns über die OHG zur KG. Dies vor allem dann, wenn beim Übergang auf die nächste Generation die Zahl der Gesellschafter erheblich steigt (Kübler, ebenda, der auch auf die Schwierigkeiten für größere Unternehmen mit Recht hinweist, die im Besitz einiger oder weniger Familien stehen. Da durch Abfindungsklauseln die einzelnen Gesellschafter im Ergebnis am Ausscheiden gehindert sind, kann es einerseits nur unter erschwerten Voraussetzungen zur Hereinnahme neuer Gesellschafter und neuen Gesellschaftskapitals kommen, wohingegen andererseits die Gefahr von ständigen Streitereien über Entnahmen, Kapital und Gewinnanteile, Geschäftsführer und Nachfolgeregelung als nicht unerheblich eingeschätzt werden muss).

Die KG erfreut sich des weiteren großer Beliebtheit als sog. Publikumsgesellschaft. Hierbei handelt es sich häufig um Anlagegesellschaften, bei denen die Initiatoren Komplementäre einer KG sind, deren Kommanditisten Anleger sein sollen.

Die KG hat sich darüber hinaus aber als Handelsgesellschaft für verschiedene Bedürfnisse durchgesetzt und bewährt. Ihre Vorzüge liegen in ihrer Möglichkeit, eine größere Zahl von Gesellschaftern relativ leicht zu integrieren. So gibt es im Kreativbereich tätige Unternehmen, die ihre Mitarbeiter als Kommanditisten beteiligen. An dieser Stelle sei bereits auf die Möglichkeit hingewiesen, eine GmbH & Co KG zu gründen. Dabei übernimmt eine Kapitalgesellschaft die Funktion des Komplementärs.

## **2. Die rechtliche Struktur der KG**

Der Komplementär haftet wie der Gesellschafter einer OHG persönlich und unbeschränkt. Der Unterschied zur OHG besteht jedoch darin, dass als weiterer Gesellschafter mindestens ein Kommanditist auftritt. Bei diesem wird die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gemäß § 161 Abs. 1 HGB auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt, während bei dem als Komplementär bezeichneten persönlich haftenden Gesellschafter diese Beschränkung der Haftung nicht stattfindet.

Nach § 161 Abs. 2 HGB finden auf die KG die für die OHG geltenden Vorschriften Anwendung, soweit aus den §§ 161 ff. HGB sich nichts anderes ergibt. Damit ist die KG – wie die OHG – Personengesellschaft, Gesamthandsgemeinschaft, Handelsgesellschaft und Außengesellschaft.

Die Komplementäre, die im Gegensatz zu den Kommanditisten wegen § 170 HGB die Gesellschaft allein als Organe vertreten, sind anders als diese Kaufleute (BGHZ 45, 282, 285 f.).

Als Komplementär kommt derjenige in Betracht, der auch Gesellschafter einer OHG sein kann. Dabei dürfen Kommanditist und Komplementär nicht dieselben Personen sein. Im Falle einer GmbH & Co KG ist es jedoch denkbar, dass eine Ein-Mann-GmbH Komplementär und der einzige Gesellschafter der Ein-Mann-GmbH der einzige Kommanditist ist.

## **3. Die Stellung des Kommanditisten**

Gemäß § 162 Abs. 1 HGB müssen bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister nicht nur die Kommanditisten bezeichnet, sondern auch der Betrag ihrer Einlage angegeben werden. Spätere Veränderungen im Bestand der Kommanditisten sind ebenfalls anmeldepflichtig.

Nach § 162 Abs. 3 HGB muss der Grund für den Eintritt bzw. das Ausscheiden eines Kommanditisten ebenfalls im Handelsregister kenntlich gemacht werden. Hier kann es sich um eine rechtsgeschäftliche Übertragung, eine Umwandlung

vom Komplementär zum Kommanditisten oder Abgang handeln.

Die Kommanditisten sind gemäß § 164 HGB von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen und können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht.

Allerdings ist § 164 HGB dispositiv (Stuhlfelner in HK HGB, § 164 Rn 2, 6. Aufl.). Aus diesem Grund kann das Stimmrecht des Kommanditisten sogar ganz ausgeschlossen werden (BGHZ 20, 368). Dies gilt nicht, wenn es um Rechte geht, die auch einem Komplementär nicht entzogen werden könnten (Stuhlfelner in HK, ebenda).

## **IX Die Aktiengesellschaft**

### **1. Die Geschichte der AG**

Bereits in der italienischen Renaissance kannte man eine Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Handelsgesellschaft und die Übertragbarkeit ihrer Anteile.

Ab dem 17. Jahrhundert entstanden in England und in den Niederlanden Kapitalgesellschaften zur Einsammlung der erforderlichen Kapitalien, die für die Erschließung und Ausbeutung der neu entdeckten Kolonien in Amerika und Asien benötigt wurden. Beispiele hierfür sind die um 1600 entstandene britisch-ostindische und im Jahre 1802 entstandene niederländisch-ostindische Kompanie (vgl. zum Ganzen Hoffmann/Becking in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, AG, Rn 1 ff., 2. Aufl. mN, S. 2 f.).

Diese frühen Handelsgesellschaften bedurften der staatlichen Konzessionierung, die durch eine erteilte Urkunde, den „octroi“, dokumentiert wurde.

Wer sich an einer solchen Handelsgesellschaft beteiligte, erhielt entsprechende Anteilsscheine, die nach niederländischem Sprachgebrauch „actien“ hießen. Bei dem Wort *Aktie* handelt es sich um eine Abwandlung des lateinischen Rechtsbegriffs „actio“, also *Recht, Anspruch* (Hoffmann/Becking, ebenda; Henn, Handbuch des Aktienrechts, Rn 1, 7. Aufl., jew. mN).

Gesetze zur Regelung von Aktiengesellschaften gab es im 18. Jahrhundert nicht, ausgenommen den „bubble act“ von 1720 (Verbot von „Seifenblasengründungen“). Zur Erleichterung der Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile entstand in Frankreich im 18. Jahrhundert die Inhaberaktie (Hoffmann/Becking, aaO, Rn 2).

Im Unterschied zum bloßen Darlehen hatte bereits der Aktionär dieser frühen Handelsgesellschaften Anspruch auf seinen Anteil am Gewinn, der Beeinflussung der Geschäftspolitik und am Kapital.

Allerdings konnte in der Frühzeit der Gesellschaften dem Aktionär ggf. noch eine Nachrüstplicht auferlegt werden, wenn die Gesellschaft neues Kapital benötigte. Anfang des 19. Jahrhunderts erfolgte unter dem Einfluss des code de commerce von 1807 die Haftungsbeschränkung des Aktionärs auf seine Einlage.

Art. 33 code de commerce hat folgenden Wortlaut:

*„les associés (de la société anonyme) ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.“*

In den deutschen Staaten, in denen der code de commerce im 19. Jahrhundert galt, entwickelten sich demgemäß Aktiengesellschaften nach französischem Recht.

Im übrigen waren sie zuvor ab Mitte des 18. Jahrhunderts auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage im Rahmen von Handelsbräuchen gegründet worden (Henn, aaO, Rn 2).

Im 19. Jahrhundert, in welchem sich die AG international durchsetzte – nicht zuletzt auch, um die immensen Kapitalien zur Industrialisierung aufzubringen –, wurde das octroi-System vom Konzessionssystem abgelöst. Somit besaßen die neuen Aktiengesellschaften keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse mehr. In Preußen wurde mit Gesetz vom 9.11.1843 eine erste gesetzliche Regelung zur Gründung von Aktiengesellschaften erlassen. Auch im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) vom 18.03.1861 sind aktienrechtlich relevante Normen enthalten. Gleichwohl bedurften die Aktiengesellschaften weiterhin der staatlichen Genehmigung.

Nachdem das ADHGB von 1861 ab 1871 als Gesetz des neu gegründeten Deutschen Reiches galt, war es mit der Aktienrechtsnovellierung von 1870 grundlegend geändert worden. Wenn die nach dem Gesetz festgelegten formellen Voraussetzungen erfüllt waren, hatten die Gesellschafter einen Anspruch auf Eintragung der erforderlichen Registereintragung: Eine staatliche Genehmigung war also nicht mehr erforderlich (Hoffmann/Becking, aaO, Rn 5).

Die Aktienrechtsnovellierung von 1884 muss als Antwort auf die Missbräuche mit Aktiengesellschaften im Rahmen des nach 1870 einsetzenden wirtschaftlichen Aufschwungs unter der nachfolgenden Krise angesehen werden. So wurde die gleichzeitige Zugehörigkeit einer Person zu Vorstand und Aufsichtsrat verboten und die Minderheiten- und Individualrechte der Aktionäre verstärkt. Jeder Aktionär erhielt das Recht zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung, 5 % des Aktienkapitals und den Anspruch auf Ergänzung

der Tagesordnung, 10 % des Aktienkapitals zur Sonderprüfung durch Revisoren und 20 % zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gründer und Organmitglieder (Hoffmann/Becking, aaO, Rn 6).

Während das 1900 erlassene HGB für die AG keine wesentliche Veränderung brachte, kam es in der Weimarer Republik zu einer grundlegenden Diskussion der aktienrechtlichen Grundlagen. Angesichts der immensen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Verwerfungen nach dem Ersten Weltkrieg wurden alle Gesichtspunkte, die für und gegen eine AG sprechen, außerordentlich kritisch durchleuchtet. So machte sich auch die Idee des von den Eigentümern weitgehend abgelösten „Unternehmens an sich“ breit (Nörr, ZHR 150 (186), 155, 158; Hoffmann/Becking, aaO, Rn 8).

Nach dem Betriebsratsgesetz von 1920 iVm dem Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsrat von 1922 konnte der Betriebsrat zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat entsenden. Dieses Entsendungsrecht wurde durch Gesetz vom 30.01.1934 wieder aufgehoben (Nachweise bei Hoffmann/Becking, aaO, Rn 9). Im Jahr 1930 legte das Reichsjustizministerium den Vorschlag für eine Novellierung des Aktiengesetzes vor. Wesentliche Teile wurden durch die Brüning'sche Notverordnung vom 19.09.1931, nämlich die Pflichtprüfung der Rechnungslegung, die Erweiterung der Mittel des Aufsichtsrats und die Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien, eingeführt. Mit dem Aktiengesetz von 1937 entstand ein eigenes, das Aktienrecht regelndes Gesetz; zuvor war es Teil des HGB. Die bedeutendste sachliche Neuerung lag in der gestärkten rechtlichen Stellung des Vorstands zulasten der Hauptversammlung, wobei innerhalb des Vorstandes noch zusätzlich die Position des Vorsitzenden (Generaldirektor) geschaffen und mit besonderen Zuständigkeiten und Vollmachten ausgestattet wurde. Das Mindestkapital erhöhte sich von 100.000 RM auf 500.000 RM, was im Jahr 1999 einem Kapital von 1.610.500 Euro entsprechen würde (Henn, aaO, Rn 4).

Henn charakterisiert das Aktiengesetz 1937 mit folgenden Worten:

*„Insgesamt war das Aktiengesetz 1937 ein durchdachtes, sprachlich hervorragend ausgearbeitetes Gesetzgebungswerk, das, wenn von den politisch beeinflussten Regelungen abgesehen wird, die schwierige Materie des Aktienrechts lückenlos, praxisnah und mit juristischer Prägnanz unter Verarbeitung von Rechtsprechung und Schrifttum einer jahrzehntelangen Entwicklung gestaltet hat.“*

Auch das heute geltende Aktienrecht beruht im wesentlichen auf dem Aktiengesetz von 1937. Es hat seit 1965 in weiten Teilen viele Änderungen erfahren (Einzelheiten bei Henn, aaO, Rn 6 f). Zu denken ist insbesondere an die weiter ausgedehnten Regelungen zur Mitbestimmung von Arbeitnehmern, zur Einführung der Kleinen AG und zur Regulierung des Aktienrechts (KIAGG) pp.

## **2. Die Bedeutung der AG**

Während 1994 in der Bundesrepublik Deutschland lediglich 2934 Aktiengesellschaften (einschließlich KGaA) mit 147,3 Mrd. Grundkapital gezählt werden konnten, waren Ende 2000 10.582 Aktiengesellschaften (einschließlich KGaA) mit einem Grundkapital von 147,4 Mrd. Euro (= 288,3 Mrd. DM) registriert.

An diesen Zahlen wird der Erfolg der gesetzgeberischen Bemühungen erkennbar, auch in Deutschland die Zahl der Aktionäre und der Aktiengesellschaften zu vergrößern.

Im Verhältnis zu den anderen Ländern der Europäischen Gemeinschaft muss aber konstatiert werden, dass in Deutschland der Anteil der Aktiengesellschaften und Aktionäre erheblich geringer ist (vgl. die Nachweise bei Henn, aaO, Rn 8 ff.). Durch das Gesetz vom 2.8.1994 für Kleine AGs und zur Regulierung des Aktienrechts sind insbesondere für mittelständische, kleinere Gesellschaften, für die bisher nur die GmbH attraktiv schien, wurden erhebliche Erleichterungen geschaffen, wie die Möglichkeit einer Ein-Mann-AG oder auch der sog. Kleinen AG.

Darüber hinaus ist auch auf die Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft zu verweisen, eine einheitliche europäische AG zu schaffen. Angesichts der erheblichen Divergenzen im Bereich des Mitbestimmungsrechts und der Besteuerung scheint es fraglich, ob diese Bemühungen Erfolg zeitigen. Immerhin wird nunmehr eine Societas Europaea (= SE) als supranationale europäische AG mit einem Mindestkapital von 120.000 Euro diskutiert, bei der die Frage nach der Mitbestimmung und der Besteuerung von den jeweiligen Ländern, in denen die Gesellschaft sich registrieren würde, beantwortet werden sollte. Das Inkrafttreten dieser Gesellschaftsform soll bis zum 1.1.2004 nach Abwicklung des parlamentarischen Zustimmungsverfahrens erfolgen (Henn, aaO, Rn 11).

## **3. Das Wesen der AG**

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG ist die AG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt klar, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern haftet. Das Grundkapital der AG hat in Aktien zerlegt zu sein gemäß § 1 Abs. 2 AktG.

Somit verfügt die AG über alle Merkmale einer juristischen Person, die rechtsfähig am Rechtsverkehr als Träger von Rechten und Pflichten teilnimmt, unter ihrem Namen Rechte, Eigentum, dingliche Ansprüche an Immobilien erwirbt und vor Gericht aktiv und passiv legitimiert ist.

Die Gesellschafter, das sind die Aktionäre, haften für die Schulden der AG grundsätzlich nicht.

Die AG zeichnet sich durch ihre körperschaftliche Struktur aus. Demzufolge findet, sofern das AktG Lücken offen gelassen hat, nicht etwa das Recht der Bürgerlichen Gesellschaft sondern das Vereinsrecht nach den §§ 21 ff. BGB entsprechende Anwendung (statt aller Hüffer, AktG, § 1 Rn 2 mN, 4. Aufl.). Darüber hinaus kann auch eine AG als Gesellschaft iwS bezeichnet werden, da sich mehrere Gesellschafter zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes zusammen geschlossen haben. Problematisch erscheint diese Qualifikation für die nach § 2 AktG zulässige Ein-Mann-AG.

Ähnlich wie die GmbH ist auch die AG gemäß § 6 HGB Formkaufmann mit der Folge, dass immer Handelsrecht auf sie Anwendung findet; § 3 AktG normiert, dass die AG auch dann als Handelsgesellschaft gilt, wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Bereich eines Handelsgewerbes besteht.

§ 3 Abs. 2 AktG definiert, dass Aktiengesellschaften dann börsennotiert sind, wenn ihre Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist. Die Börsennotierung ist jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung für Aktiengesellschaften.

Die Aktien der Mehrzahl der deutschen Aktiengesellschaften sind im übrigen nicht an einem staatlich anerkannten Markt zugelassen.

Der Gesetzgeber unterscheidet allerdings zwischen Gesellschaften, die nicht börsennotiert sind und solchen, deren Aktien an der Börse notiert werden. Für die ersteren gelten z.T. strengere Regelungen: § 58 Abs. 2 Satz 2 AktG (Rücklagenbildung durch Vorstand und Aufsichtsrat), § 110 Abs. 3 AktG (Zahl der Aufsichtsratssitzungen), § 125 Abs. 1 Satz 2 AktG (Vorschläge zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern), § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG (Form der Niederschrift der Hauptversammlung) und § 134 Abs. 1 Satz 2 AktG (Höchststimmrecht).

Neben der Ein-Mann-AG kommen besonders Publikumsaktiengesellschaften mit offenem Gesellschafterkreis vor. Diese sind typischerweise zum Börsengang zugelassen.

Befinden sich die Mehrheit der stimmberechtigten Aktien in der Hand einer Familie, spricht man auch von einer Familien-AG. § 76 Abs. 6 BetrVG 1952 privilegiert Familien-AGs mit weniger als 500 Arbeitnehmern dadurch, dass der Aufsichtsrat auch dann nur mit Vertretern der Aktionäre besetzt werden kann, wenn die AG schon vor dem 10.8.1994 bestand, was aber voraus setzt, dass alle Aktionäre miteinander verwandt oder verschwägert sind. Auch im genossenschaftlichen Bereich findet man die Rechtsform der AG. Die Vorzüge erscheinen neben der regulatorischen Verfasstheit der AG in der Möglichkeit, über den Kapitalmarkt an neues Kapital zu gelangen.

Nach dem Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften vom 17.12.1986 dürfen Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, die sich offen oder still an nicht börsennotierten Unternehmen beteiligen und sich selbst

refinanzieren, nur als AG betrieben werden. Der Gesetzgeber beabsichtigte damit den erleichterten Zugang zum Kapitalmarkt für mittelständische Unternehmen zu gewährleisten. Aus diesem Grund werden die von der Finanzverwaltung anerkannten Unternehmensbeteiligungsgesellschaften von der Gewerbesteuer freigestellt.

Weiterhin große Verbreitung finden auch Aktiengesellschaften, an denen entweder die öffentliche Hand alleine oder jedenfalls zum Teil beteiligt ist. Zum einen gelten für solche Gesellschaften die allgemeinen Vorschriften des AktG. Nach den §§ 394 f. AktG unterliegen jedoch Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, bei der Berichterstattung an die Gebietskörperschaft nicht der sonst für Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 116, 93 AktG geltenden Verschwiegenheitspflicht (Hoffmann/Becking, aaO, § 2 Rn 11).

Der AG kommt die Funktion einer Sammelstelle für Kapital großer Unternehmen zu. Bei ihr sind die Funktionen zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung streng getrennt. Die Aktionäre können nur in der Hauptversammlung durch die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats auf die Zusammensetzung des Vorstandes und damit die Geschäftsführung ihren Einfluss entfalten. Im Gegenzug begegnet es keinen Bedenken, dass die Anteilseigner ständig wechseln können, die Aktien frei verfügbar sind und auch in der Hauptversammlung für die Willensbildung der Aktionäre formale Vorgaben bestehen.

Das Gesetz versteht unter Aktie einen Anteil am Grundkapital, der die Rechte und Pflichten des Aktionärs gegenüber der AG auslöst.

Nach § 11 AktG können die Aktien verschiedene Rechte gewähren, namentlich bei der Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens. Aktien mit gleichen Rechten bilden eine Gattung.

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 AktG gewährt jede Aktie das Stimmrecht. Vorzugsaktien nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AktG stellen Aktien dar, bei denen das Stimmrecht ausgeschlossen worden ist, jedoch gleichwohl der Anspruch auf eine Dividende besteht. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht dürfen nach § 139 Abs. 2 AktG nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden. Weitere Einzelheiten zur Vorzugsaktie ohne Stimmrecht befinden sich in § 139 ff. AktG.

Nach § 12 Abs. 2 AktG sind Mehrstimmrechte von Aktien unzulässig.

Aktien werden als Inhaberpapiere als bewegliche Sachen gemäß den §§ 929 ff. BGB eigentumsrechtlich übertragen.

Daneben gibt es aber auch sog. Namensaktien. Gemäß § 67 Abs. 1 AktG sind Namensaktien unter Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Beruf in das Aktienbuch der Gesellschaft einzutragen. § 67 Abs. 2 sieht vor, dass dann im Verhältnis zur Gesellschaft Aktionär nur ist, wer als solcher im

Aktienbuch eingetragen ist. § 67 Abs. 5 regelt den Fall, dass jemand nach Ansicht der Gesellschaft zu Unrecht als Aktionär im Aktienbuch eingetragen ist. Die Gesellschaft kann bei einem Streit über die Berechtigung der Eintragung im Aktienbuch die sich eines Anspruchs Berühmenden darauf verweisen, einen Rechtsstreit miteinander über die wahre Berechtigung zu führen. Ein Anspruch auf Löschung besteht in diesem Fall erst dann, wenn über den streitgegenständlichen Anspruch rechtskräftig entschieden worden ist.

Gemäß § 67 Abs. 7 AktG gelten diese Regelungen auch für Streitigkeiten über Zwischenscheine iS von § 8 Abs. 6 AktG.

§ 67 Abs. 5 AktG statuiert für jeden Aktionär ein Auskunftsrecht über seine Daten, die im Aktienbuch enthalten sind.

§ 68 Abs. 1 Satz 1 AktG lässt die Übertragung von Namensaktien durch Indossament ausreichen. Diese Übertragung besteht aus einer schriftlichen Übertragungserklärung auf der Aktienurkunde oder dem fest mit ihr verbundenen Anhang und setzt nach herrschender Meinung überdies die Übereignung der Urkunde durch formlose – auch konkludente – Einigung und Übergabe oder Übergabesurrogat iS der §§ 929 ff. BGB voraus (BGH WM 1975, 947 f.; NJW 1958 f., 302; Hüffer, aaO, § 68 Rn 4 mN), da das Recht aus dem Papier bei Orderpapieren grundsätzlich dem Recht am Papier folgt (BGH ebenda).

Für die Form des Indossaments, den Rechtsausweis des Inhabers und seiner Verpflichtung zur Herausgabe gelten nach § 68 Abs. 1 Satz 2 AktG sinngemäß die Art. 12, 13 und 16 des Wechselgesetzes. Diese Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

*„Art. 12*

- (1) Das Indossament muss unbedingt sein. Bedingungen, von denen es abhängig gemacht wird, gelten als nicht geschrieben.*
- (2) Ein Teilindossament ist nichtig.*
- (3) Ein Indossament an den Inhaber gilt als Blankoindossament.*

*Art. 13*

- (1) Das Indossament muss auf den Wechsel oder auf ein mit dem Wechsel verbundenes Blatt (Anhang) gesetzt werden. Es muss von dem Indossanten unterschrieben werden.*
- (2) Das Indossament braucht den Indossator nicht zu bezeichnen und kann selbst in der bloßen Unterschrift des Indossanten bestehen (Blankoindossament). In diesem letzteren Fall muss das Indossament, um gültig zu sein, auf die Rückseite des Wechsels oder auf den Anhang gesetzt werden.*

*Art. 16*

- (1) Wer den Wechsel in Händen hat, gilt als rechtmäßiger Inhaber, sofern er sein Recht durch eine ununterbrochene Reihe von*

*Indossamenten nachweist, und zwar auch dann, wenn das letzte ein Blankoindossament ist. Ausgestrichene Indossamente gelten hierbei als nicht geschrieben. Folgt auf ein Blankoindossament ein weiteres Indossament, so wird angenommen, dass der Aussteller dieses Indossaments den Wechsel durch das Blankoindossament erworben hat.*

- (2) *Ist der Wechsel einem früheren Inhaber irgendwie abhanden gekommen, so ist der neue Inhaber, der sein Recht nach den Vorschriften des vorstehenden Absatzes nachweist, zur Herausgabe des Wechsels nur verpflichtet, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.“*

Nach § 68 Abs. 2 AktG kann die Satzung die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung in der Gesellschaft binden. In diesem Fall handelt es sich um eine vinkulierte Namensaktie. Gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 AktG erteilt die Zustimmung der Vorstand, wobei nach Satz 3 die Satzung bestimmen kann, dass der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über die Erteilung der Zustimmung beschließt. Überdies kann gemäß § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG die Satzung die Gründe bestimmen, aus denen nur die Zustimmung verweigert werden darf.

Das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG; BGBl I 2001, 123) aktualisierte die Vorschriften des Aktiengesetzes über die Namensaktie und öffnete es darüber hinaus für die neuen Informationstechnologien. Spielten Namensaktien in Deutschland lange Zeit nur bei Versicherungsgesellschaften und Familien-AG eine nennenswerte Rolle, änderte sich das Bild innerhalb weniger Jahre. Hierzu trug auch die Vorherrschaft der Namensaktie an den US-amerikanischen Börsen (registered chare), dem hieraus resultierenden internationalen Anpassungsdruck in allen Bereichen des Aktien-, Börsen- und Kapitalmarktrechts, die Entwicklung elektronisch geführter Aktienregister und die so geschaffene Möglichkeit der direkten Kontaktaufnahme mit Aktionären und die letztendlich geringere Kostenbelastung durch die Einbeziehung der Namensaktien in die Girosammelverwahrung bei (Weber NZG 2001, 337 ff.). § 67 AktG wurde so zur zentralen Norm für Namensaktien.

#### **4. Die Gründung der AG**

Eine AG kann durch Neugründung nach dem AktG, aber auch durch bloße Umwandlung eines bereits bestehenden Unternehmens nach dem UmwG entstehen. Nach dem UmwG kommen insbesondere eine Verschmelzung, §§ 73 ff. UmwG, oder eine Spaltung, §§ 135 ff., 141 ff. UmwG, in Betracht.

Das AktG geht bei einer Neugründung einer Gesellschaft regelmäßig von einer Bar- oder Sachgründung aus.

Dabei haben die Gründer der AG die von ihnen übernommenen Aktien durch Bareinlagen oder Sacheinlagen zu belegen. Darüber hinaus kommt auch im Zuge der Gründung eine Sachübernahme durch die Gesellschaft in Betracht. Dann gelten zusätzlich zu den allgemeinen Gründungsvorschriften besondere Sicherungsvorschriften.

§ 23 Abs. 1 AktG verlangt die notarielle Beurkundung der Satzung, wobei auch Bevollmächtigte einer notariell beglaubigten Vollmacht bedürfen.

Nach § 23 Abs. 2 AktG müssen in der Urkunde angegeben werden die Gründer, bei Nennbetragsaktien der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl, der Ausgabebetrag und, wenn mehrere Gattungen bestehen, die Gattung der Aktien, die jeder Gründer übernimmt, und der eingezahlte Betrag des Grundkapitals, § 23 Abs. 2 Nr. 1-3 AktG.

Weiterhin muss die Satzung bestimmen die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, wobei bei Industrie- und Handelsunternehmen die Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt und gehandelt werden sollen, näher anzugeben sind. Überdies muss die Satzung die Höhe des Grundkapitals, die Zerlegung des Grundkapitals entweder in Nennbetragsaktien oder in Stückaktien, bei Nennbetragsaktien deren Nennbeträge und die Zahl der Aktien jeden Nennbetrags, bei Stückaktien deren Zahl, außerdem, wenn mehrere Gattungen bestehen, die Gattung der Aktien und die Zahl der Aktien jeder Gattung und ob die Aktien auf den Inhaber oder auf den Namen ausgestellt werden sowie die Zahl der Mitglieder des Vorstands oder die Regeln, nach denen diese Zahl festgestellt wird, enthalten (§ 23 Abs. 3 Nr. 1-6 AktG).

Wegen § 2 AktG kann eine AG auch durch eine einzelne Person gegründet werden.

Darüber hinaus kann die Satzung weitere Regeln enthalten, jedoch nur dann, wenn das Gesetz Abweichungen ausdrücklich erlaubt, § 23 Abs. 5 AktG.

Nach notarieller Beurkundung der Satzung müssen die Gründer die Aktien übernehmen, d.h. die unwiderrufliche Verpflichtung zur Einzahlung auf das übernommene Aktienpaket eingehen. Dann ist die Gesellschaft gemäß § 29 AktG errichtet. Die Errichtung der Gesellschaft führt jedoch noch nicht zum Entstehen der AG sondern nur der Vor-AG als Gesamthandsgesellschaft eigener Art oder bei der Ein-Mann-Gründung als Sondervermögen des Alleinbegründers (Hüffer, aaO, § 29 Rn 2 mN).

Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die AG nämlich als solche noch nicht. Wer vor der Eintragung der Gesellschaft in ihrem Namen handelt, haftet gemäß § 41 Abs. 1 AktG persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.

Mit der Eintragung der Vor-AG entsteht die AG als juristische Person. Damit endet die Vor-AG ohne Liquidation und die Rechte und Pflichten der bisherigen Vor-AG gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Kapitalgesellschaft als juristische Person über (BGH NJW 1981, 1373; Hüffer, aaO, § 41 Rn 16). Neben der Haftung der Vor-AG und der handelnden Haftung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG muss eine Haftung der Aktionäre der Vor-AG grundsätzlich ausscheiden. Deshalb können Gläubiger der Vor-AG die einzelnen Aktionäre nur dadurch in Anspruch nehmen, dass sie gegen die Vor-AG klagen und deren Ansprüche pfänden und auf sich überweisen. Erscheint wegen einem faktischen Untergang der Vor-AG eine solche Rechtsverfolgung aussichtslos, soll ausnahmsweise in diesen Fällen ein direkter Gläubigerzugriff zuzulassen sein in der Weise, dass der Anspruch unmittelbar gegen die Gründeraktionäre geltend zu machen ist (BGH NJW 1997, 1507; 1996, 1210 zur Vor-GmbH und Hüffer, aaO, Rn 15).

Die Aktionäre, die auch juristische Personen oder Personengesamtheiten mit Gründerfähigkeit sein können und die die Satzung festgestellt haben, sind gemäß § 28 AktG Gründer der Gesellschaft. Sie haben den ersten Aufsichtsrat der Gesellschaft und den Abschlussprüfer über das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr mit notarieller Beurkundung gemäß § 30 Abs. 1 AktG zu bestellen.

Nach § 30 Abs. 4 AktG bestellt der Aufsichtsrat den ersten Vorstand.

Dem ersten Vorstand sind besondere Aufgaben wie die Prüfungspflicht nach § 33 AktG, die Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister gemäß § 36 Abs. 1 AktG zugewiesen.

Bis zur Eintragung ist die Vergütung des Vorstandes Gründungsaufwand und kann also nur gemäß § 26 Abs. 2 als bereits in der Satzung festgesetzter Betrag gegenüber der AG geltend gemacht werden.

Nach § 36 Abs. 2 darf die Anmeldung zum Handelsregister erst erfolgen, wenn auf jede Aktie, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, der eingeforderte Betrag ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und er, soweit er nicht bereits zur Bezahlung der bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren verwandt wurde, endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht. Hieraus folgt, dass die Leistung an einen Gesellschaftsgläubiger zugunsten der Gesellschaft nicht ausreichen kann (BGH NJW 1992, 3300).

§ 36 a Abs. 1 AktG verlangt, dass bei Bareinlagen der eingeforderte Betrag mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrages und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren als den Nennbetrag auch den Mehrbetrag umfasst.

Dagegen sind nach § 36 a Abs. 2 AktG Sacheinlagen vollständig zu leisten. Besteht die Sacheinlage in der Verpflichtung, einen Vermögensgegenstand auf die Gesellschaft zu übertragen, so muss diese Leistung innerhalb von fünf Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu

bewirken sein, § 36 a Abs. 2 Satz 2 AktG. Der Wert muss dem geringsten Ausgabebetrag und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren als diesen auch dem Mehrbetrag entsprechen, § 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG.

Aus der einschränkenden Regelung in § 36 a Abs. 2 Satz 2 AktG wird gefolgert, die Satzung dürfe vorsehen, dass die Sacheinlage auch in Teilleistungen in den Grenzen von § 36 a Abs. 2 Satz 2 AktG möglich sei (Hüffer, aaO, § 37 Rn 5).

§ 37 AktG beinhaltet die Regelungen, welche Erklärungen im einzelnen in der Anmeldung der AG zum Handelsregister und welche Unterlagen beizubringen sind. Die Vorschrift hat zum Zweck, dem Handelsregistergericht Prüfungen gemäß § 38 AktG gegen unseriöse Gründungen zu ermöglichen. So ist zu erklären, dass die Voraussetzungen der §§ 36 Abs. 2 und 36 a AktG erfüllt sind. Der Betrag, zu dem die Aktien ausgegeben werden und der darauf eingezahlte Betrag sind anzugeben. In der Anmeldung muss sogar nachgewiesen werden, dass der eingezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht, § 37 Abs. 1 AktG.

Nur wenn das Handelsregistergericht nach Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist, wird sie eingetragen, § 38 Abs. 1 AktG.

Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft muss der Name des alleinigen Aktionärs zum Handelsregister nach § 42 AktG eingereicht werden.

§ 46 AktG handelt von der Verantwortlichkeit der Gründer der Gesellschaft als Gesamtschuldner für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die zum Zweck der Gründung der Gesellschaft über Übernahme der Aktien, Einzahlung auf die Aktien, Verwendung der eingezahlten Beträge, der Sondervorteile, des Gründungsaufwands, der Sacheinlagen und der Sachübernahmen gemacht worden sind.

Darüber hinaus haften die Gründer zum Ersatz des Schadens, wenn die AG durch Einlagen, Sachübernahmen oder Gründungsaufwand geschädigt wurde. Hier kann es sich um Scheinzahlungen, Unterbewertung von Sacheinlagen oder Schädigung durch Gründungsaufwand, z.B. durch überhöhte Gründerhonorare, handeln (Hüffer, aaO, § 46 Rn 11). Allerdings setzt eine Haftung nach § 46 Abs. 2 voraus, dass jedenfalls ein Gründer vorsätzlich oder grob fahrlässig handelte. § 46 Abs. 3 AktG lässt die Haftung eines Gründers entfallen, wenn er die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen, die in der Person anderer Gründer vorliegen, weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen musste.

Weiterhin enthält § 46 Abs. 4 AktG eine Haftungsnorm für die Leistungsunfähigkeit von Aktionären zulasten der Gründer als Gesamtschuldner.

Schließlich begründet § 46 Abs. 5 die Haftung neben den Gründern in gleicher

Weise für Personen, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben. Dabei können sie sich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gründer kannte oder kennen musste, § 46 Abs. 5 Satz 2 AktG.

§ 47 AktG statuiert eine Haftungsnorm gegenüber anderen Personen als denen der Gründer, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben. Hierbei handelt es sich insbesondere um Berater von Gründern, die wissentlich an den Verstößen der Gründer gegen die Gründungsvorschriften mitgewirkt haben.

Die Verantwortlichkeit des Vorstandes und Aufsichtsrats wegen der Verletzung ihrer Pflichten bei der Gründung richtet sich nach § 48 AktG und die der Gründungsprüfer nach § 49 AktG.

Ansprüche nach §§ 46-49 AktG verjähren gemäß § 51 AktG in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister oder, wenn die zum Ersatz verpflichtende Handlung später begangen worden ist, mit der Vornahme der Handlung, § 51 Satz 2 AktG.

Die gesetzlichen Klauseln über die Nachgründung in §§ 52 f. AktG bezwecken die Verhinderung von Umgehungen der Gründungsvorschriften, also der Sicherung der Kapitalaufbringung. Die Begründung von Erwerbspflichten zulasten der AG kurze Zeit nach der Neugründung legt die Vermutung nahe, dass das Gründungskapital der AG unzumutbar einer Verminderung anheim fällt. Darüber hinaus besteht die Gefahr einer unzulässigen Einflussnahme der Gesellschaftsgründer auf den Vorstand bei solchen Maßnahmen (BGH NJW 1990, 982; Hüffer, aaO, § 52 Rn 1).

## **5. Der Vorstand**

§ 76 AktG formuliert, dass der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat. Bei dem Vorstand handelt es sich um das Organ der AG mit den wichtigsten Zuständigkeiten. Ihm obliegt über § 76 Abs. 1 AktG hinaus die Geschäftsführung nach § 77 AktG und die Vertretung nach § 78 AktG.

Er kann nur aus natürlichen und unbeschränkt geschäftsfähigen Personen gemäß § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG und entweder aus einer oder mehreren Personen bestehen, § 76 Abs. 2 Satz 1 AktG.

Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro hat der Vorstand nach § 76 Abs. 2 Satz 2 AktG aus mindestens zwei Personen zu bestehen, es sei denn, die Satzung bestimmt, dass er aus einer Person besteht. Dabei bleiben die Vorschriften über die Bestellung eines Arbeitsdirektors unberührt.

Nach den Mitbestimmungsgesetzen, §§ 33 MitbestG, 13 Montan-MitbestG, 13 MitbestErgG, hat dem Vorstand als vollwertiges Mitglied ein Arbeitsdirektor anzugehören.

§ 77 Abs. 2 Satz 1 AktG sieht gemeinschaftliche Geschäftsführung aller Vorstände vor, wobei nach § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG hiervon in der Satzung oder der Geschäftsordnung des Vorstandes Abweichendes vereinbart werden kann. Dabei darf allerdings nicht bestimmt werden, dass gegen die Mehrheit seiner Mitglieder im Vorstand entschieden werden darf.

Die AG haftet nach § 31 BGB für eine Schadensersatzpflicht auslösende Handlungen ihres Vorstandes, eines Mitglieds ihres Vorstandes oder eines sog. verfassungsmäßig berufenen Vertreters ohne Einschränkung analog.

Änderungen des Vorstandes oder der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitgliedes muss der Vorstand nach § 81 Abs. 1 AktG zur Eintragung in das Handelsregister anmelden.

Gemäß § 82 AktG darf die Vertretungsbefugnis des Vorstandes nach außen nicht beschränkt werden. Im Innenverhältnis sind die Vorstandsmitglieder allerdings wegen § 82 Abs. 2 AktG der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, entsprechende Beschränkungen einzuhalten.

Im Gegensatz zum Geschäftsführer einer GmbH ist der Vorstand einer AG nicht an die Weisungen von Hauptversammlungsbeschlüssen gebunden. Der Vorstand wird auch nicht von der Hauptversammlung sondern vom Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre berufen. Dabei muss zwischen dem Anstellungsvertrag, der üblicherweise ein Dienstvertrag, ist und der organschaftlichen Bestellung des Vorstandes unterschieden werden.

Die Vorstandsmitglieder haben nach § 93 Abs. 1 AktG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft haben sie Stillschweigen zu bewahren.

Sie haften der Gesellschaft wegen Verletzung dieser Pflichten gemäß § 93 Abs. 2 AktG der AG gegenüber zum Schadensersatz. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie nach § 93 Abs. 2 Satz 2 die Beweislast.

Im übrigen enthält § 93 Abs. 3 AktG enumerativ für dort aufgeführte Fälle Schadensersatzpflichten.

Eine Haftung des Vorstandes entfällt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruhte, wobei die Billigung durch den Aufsichtsrat allein für eine Exkulpation nicht ausreicht.

Die Ansprüche aus § 93 AktG verjähren in fünf Jahren.

Problematisch erscheint die Bestimmung dessen, was dem Vorstand noch erlaubt ist, was also noch im Rahmen von zuzubilligenden Fehlern sich bewegt und, ab wann verantwortungsloses Handeln vorliegt. Dabei soll dem Vorstand im Interesse der Handlungsfähigkeit der AG ein erweiterter Spielraum zuzubilligen sein (BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck).

## **6. Der Aufsichtsrat**

Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist nach § 111 AktG die Kontrolle des Vorstandes. § 111 Abs. 1 gibt ihm das Recht, die Geschäftsführung zu überwachen, § 111 Abs. 2 AktG die Befugnis, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapier und Waren, einzusehen und zu prüfen. Er erteilt überdies den Prüfern den Auftrag für den Jahres- und den Konzernabschluss gemäß § 290 HGB.

Dabei dürfen Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 3 AktG nicht übertragen werden. Dem Aufsichtsrat steht überdies das Recht zu, eine Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert, § 111 Abs. 3 Satz 1 AktG.

Gegenüber Vorstandsmitgliedern vertritt nach § 112 AktG der Aufsichtsrat die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

Der Aufsichtsrat bestellt gemäß § 84 AktG den Vorstand. Er kann nach § 84 Abs. 3 AktG die Bestellung zum Vorstandsmitglied oder die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstandes widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher liegt namentlich in grober Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist. Dabei ist der Widerruf wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wurde.

Es entspricht der Üblichkeit, Aufsichtsratsmitgliedern nach § 113 AktG für ihre Tätigkeit eine Vergütung zu gewähren. Es bedarf hierfür allerdings einer Satzungsbestimmung oder der Bewilligung in der Hauptversammlung nach § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Aufsichtsratsmitglieder können nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung der Hauptversammlung bestellt werden, die über die Entlastung für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt, § 102 Abs. 1 Satz 1 AktG. Dabei wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht mit gerechnet.

§ 102 Abs. 2 AktG sieht vor, dass mit Ablauf der Amtszeit des weggefallenen

Aufsichtsratsmitglieds das Amt des Ersatzmitglieds erlischt.

Fast die Hauptversammlung über die Entlastung eines Aufsichtsratsmitgliedes in der gesetzlichen oder einer in der Satzung vorgesehenen geringeren Frist keinen Beschluss, endet seine Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat spätestens in dem Zeitpunkt, in dem die Hauptversammlung über die Entlassung für das vierte Geschäftsjahr seit seinem Amtsantritt hätte beschließen müssen. Das folgt aus einer die Regelung des § 120 Abs. 2 AktG berücksichtigenden Auslegung des § 102 Abs. 1 AktG (BGH NJW-RR 2002, 1461 f.).

## **7. Die Hauptversammlung**

Die Aktionäre üben nach § 118 Abs. 1 AktG ihre Rechte in den Gesellschaftsangelegenheiten in der Hauptversammlung aus, dabei sollen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen, § 118 Abs. 2 AktG.

Entgegen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat stellt die Hauptversammlung allerdings kein eigenes Gesellschaftsorgan dar (Hüffer, aaO, § 118 Rn 5).

Nach § 119 Abs. 1 AktG beschließt die Hauptversammlung neben den in der Satzung noch ausdrücklich zu bestimmenden Fällen über die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats, soweit sie sich nicht nach den Vorschriften über die Mitbestimmung richten, die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, die Bestellung des Abschlussprüfers, Satzungsänderungen, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung, die Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Geschäftsführung sowie der Auflösung der Gesellschaft, § 119 Abs. 1 Nr. 1-8 AktG. Diese Befugnisse der Hauptversammlung sind zwingend.

§ 119 Abs. 2 AktG sieht vor, dass über Fragen der Geschäftsführung die Hauptversammlung nur entscheiden darf, wenn der Vorstand es verlangt.

Darüber hinaus enthalten die §§ 50, 93 Abs. 4, 116 AktG – Verzicht und Vergleich über Ersatzansprüche – , § 52 AktG – Zustimmung zu Nachgründungsverträgen –, § 83 Abs. 1 AktG – Beschlüsse über Vorbereitungshandlungen –, § 84 Abs. 3 AktG – Vertrauensentzug –, § 103 Abs. 1 AktG – Abberufung von Aufsichtsrats-Mitgliedern – Beschlusszuständigkeitsnormen (vgl. noch weitere Beispiele bei Hüffer, aaO, § 119 Rn 9).

Geschäftsführungsmaßnahmen von außerordentlicher Bedeutung, die die Struktur des Unternehmens grundlegend beeinflussen, können im Einzelfall die Pflicht begründen, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen (BGH NJW 1982, 1703 – Holzmüller). Bei dem vom BGH entschiedenen Fall handelt

es sich um einen Betrieb, der den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens ausmachte und der auf eine zu diesem Zweck errichtete Tochtergesellschaft aus dem bisherigen Gesellschaftsunternehmen ausgegliedert werden sollte. Der BGH nahm mit Recht an, dass das in § 119 Abs. 2 AktG dargelegte Ermessen des Vorstands in eine Pflicht zur Vorlage an die Hauptversammlung umschlägt, wenn „vernünftigerweise der Vorstand nicht annehmen kann, er dürfe die Entscheidung in ausschließlich eigener Verantwortung treffen, ohne die Hauptversammlung zu beteiligen“ (BGHZ 83, 122, 131; Hüffer, aaO, § 119 Rn 16 mN).

## **8. Die Stellung der Aktionäre**

§ 245 Nr. 1-3 AktG enthält die Regeln, nach denen Aktionäre Hauptversammlungsbeschlüsse durch Erhebung einer Anfechtungsklage gemäß § 243 AktG anfechten können. Dabei ist jeder Aktionär aktivlegitimiert. Er ist anfechtungsberechtigt, wenn er geltend macht, dass der Beschluss wegen Strebens nach Sondervorteilen iS von § 243 Abs. 2 AktG nach § 245 Nr. 3 AktG anfechtbar ist.

Als Hauptrecht wird das Stimmrecht des Aktionärs bezeichnet. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 AktG gewährt jede Aktie das Stimmrecht.

§ 133 ff. AktG enthält die Vorschriften über das Stimmrecht. § 135 AktG erlaubt auch einem Kreditinstitut oder geschäftsmäßig Handelnden die Ausübung des Stimmrechts für Aktien, die ihnen nicht gehören und als deren Inhaber sie nicht im Aktienregister eingetragen sind, wenn der Berechtigte sie bevollmächtigt hat.

Im übrigen beginnt das Stimmrecht erst mit der vollständigen Leistung der Einlage nach § 134 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Satzung kann dabei bestimmen, dass das Stimmrecht beginnt, wenn auf die Aktie die gesetzliche oder höhere satzungsmäßige Mindesteinlage geleistet ist. In diesem Fall gewährt die Leistung der Mindesteinlage eine Stimme und bei höheren Einlagen richtet sich das Stimmenverhältnis nach der Höhe der geleisteten Einlagen, § 134 Abs. 2 Satz 2 f. AktG.

§ 134 Abs. 3 AktG gewährt das Recht, das Stimmrecht auch durch einen Bevollmächtigten auszuüben.

Ein weiteres Hauptrecht des Aktionärs besteht in seinem Anspruch auf Dividendenauszahlung nach §§ 58 Abs. 4, 60 AktG.

Nach § 186 Abs. 1 Satz 1 AktG muss jedem Aktionär auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechender Teil der neuen Aktien zugeteilt werden. Dieser Anspruch wird auch als Bezugsrecht des Aktionärs bezeichnet.

Gemäß § 264 Abs. 1 AktG findet nach der Auflösung der Gesellschaft die Abwicklung statt, wenn nicht über das Vermögen der Gesellschaft das

Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. § 271 AktG regelt die Verteilung des Vermögens der Gesellschaft. Das nach der Berichtigung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter den Aktionären hiernach verteilt. Dabei richtet sich das Verhältnis, wonach eine Verteilung des verbleibenden Vermögens auf die Aktionäre vorgenommen wird, nach deren Anteilen am Grundkapital, wenn nicht Aktien mit verschiedenen Rechten bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens vorhanden sind, § 271 Abs. 2 AktG.

Neben dem Teilnahmerecht an der Hauptversammlung, dem Rederecht, steht dem Aktionär auch das Auskunftsrecht nach § 131 AktG als auch so bezeichnetes Hilfsrecht zu. § 131 Abs. 1 sieht vor, dass jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben ist, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Diese Pflicht erstreckt sich auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen.

Gemäß § 131 Abs. 2 AktG hat die Auskunft den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. § 131 Abs. 3 AktG enthält in den Nummern 1-6 Ausnahmen, bei deren Vorliegen der Vorstand die Auskunft verweigern kann.

Danach darf der Vorstand die Auskunft verweigern,

1. soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen;
2. soweit sie sich auf steuerliche Wertansätze oder die Höhe einzelner Steuern bezieht;
3. über den Unterschied zwischen dem Wert, mit dem Gegenstände in der Jahresbilanz angesetzt worden sind und einem höheren Wert dieser Gegenstände, es sei denn, dass die Hauptversammlung den Jahresabschluss feststellt;
4. über die Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden, soweit die Angabe dieser Methoden im Anhang ausreicht, um ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft iS des § 264 Abs. 2 des HGB zu vermitteln; dies gilt nicht, wenn die Hauptversammlung den Jahresabschluss feststellt;
5. soweit sich der Vorstand durch die Erteilung der Auskunft strafbar machen würde;
6. soweit bei einem Kreditinstitut oder Finanzdienstleistungsinstitut Angaben über angewandte Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden

sowie vorgenommene Verrechnungen im Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss oder Konzernlagebericht nicht gemacht zu werden brauchen.

Nach § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG darf aus anderen Gründen die Auskunft nicht verweigert werden.

§ 132 AktG sieht auf Antrag eine gerichtliche Entscheidung über das Auskunftsrecht vor.

§ 245 AktG normiert die Anfechtungsbefugnis gegen Beschlüsse der Hauptversammlung. Hiernach ist auch der Aktionär anfechtungsberechtigt, wenn er gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, § 245 Nr. 1 AktG, oder jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist, § 245 Nr. 2 AktG, oder im Fall des § 243 Abs. 2 AktG jeder Aktionär, § 245 Nr. 3 AktG.

Die Anfechtungsklage muss nach § 246 AktG innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden und ist gemäß § 246 Abs. 2 Satz 1 AktG gegen die Gesellschaft zu richten. Zuständig für die Behandlung der Klage ist nach § 246 Abs. 3 Satz 1 AktG ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.

Soweit der Beschluss der Hauptversammlung durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt wurde, wirkt das Urteil für und gegen alle Aktionäre gemäß § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Wegen § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG führt die Vereinbarung einer Schiedsklausel in der Satzung nicht zum Vorrang des Schiedsgerichts (Hüffer, aaO, § 246 Rn 19 mN).

Ähnlich wie im Recht der GmbH wird auch im Aktienrecht eine einstweilige Verfügung gegen den Vollzug nichtiger oder anfechtbarer Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich zuzulassen sein. Der Antragsteller hat in diesen Fällen die Nichtigkeits-/Anfechtungsgründe glaubhaft zu machen (vgl. hierzu nur Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, S. 598 f. mN, 3. Aufl.). Allerdings wird die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes auf krasse Einzelfälle zu beschränken sein.

Der Aktionär, den nach § 54 AktG die Pflicht trifft, seine Einlage zu erbringen, unterliegt darüber hinaus jedoch jedenfalls den anderen Aktionären gegenüber gewissen Treuepflichten. Insbesondere die nicht nachvollziehbare und grob gegen die Interessen der Gesellschaft verstoßende Abstimmung über Beschlüsse in der Hauptversammlung kann die Verwirklichung von Verstößen gegen die Treuepflichten begründen. So entschied der BGH, dass der

Beschluss, trotz gutgehender Geschäfte die Gesellschaft zu liquidieren, im Einzelfall anfechtbar sein kann (BGHZ 103, 184 ff. – Linotype). In der sog. Girmes-Entscheidung judizierte der BGH, dass die Verweigerung der Zustimmung zu einem Sanierungskonzept einen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung auslösen kann (BGHZ 129, 136 ff. – Girmes, und hierzu Henze BB 1996, 489 ff.).

Ebenfalls treuwidrig kann die Erhebung einer Anfechtungsklage durch einen Aktionär sein, wenn es diesem nur um die Zahlung beträchtlicher Summen der Gesellschaft, um die Rücknahme der Klage zu erreichen, ging (OLG München DB 2001, 321 mN).

§ 53 a AktG statuiert, dass die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind.

# Anhang

## A

### Die Scheinselbständigkeit

#### I Definition, Verbreitung und Gründe der Scheinselbständigkeit

##### 1. Definition der Scheinselbständigkeit

Die verschärfte Wettbewerbs- und Arbeitsmarktsituation hat seit Beginn der 80er Jahre zu einem verstärkten Trend der Unternehmen geführt, die Zahl ihrer sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmer zu reduzieren und deren Tätigkeit von Selbständigen ausführen zu lassen. Es wurden zunehmend Verträge geschlossen, in denen Erwerbstätige vertraglich als Selbständige behandelt werden und die Ausführung von Tätigkeiten als Selbständige übernehmen, deren tatsächliche Situation jedoch der eines klassischen Arbeitnehmers vergleichbar ist. Oftmals haben diese Erwerbstätigen vorher die gleichen Tätigkeiten als Arbeitnehmer ausgeübt.

Charakteristische Kennzeichen dieser Erwerbstätigen sind: Sie erbringen ihre Arbeitsleistung persönlich, in der Regel als Ein-Personen-Unternehmen, beschäftigen also ihrerseits keine oder wenige Arbeitnehmer, verfügen über kein nennenswertes Eigenkapital und arbeiten überwiegend oder ausschließlich nur für einen Arbeitgeber, von dem sie wirtschaftlich abhängig sind (vgl. Schmidt/Schwerdtner, Scheinselbständigkeit, 2. Aufl. 2000, Rn 429 ff.).

Der Begriff der Scheinselbständigkeit oder des Scheinselbständigen ist kein Rechtsbegriff, sondern ein politischer Begriff, mit dem Politik gemacht werden soll und bereits wurde. Arbeitsrechtlich ist der Scheinselbständige entweder Arbeitnehmer oder Nichtarbeitnehmer. Gleiches gilt für das Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Bei der Frage, ob jemand Scheinselbständiger ist oder nicht, geht es deshalb stets um die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer einerseits und Selbständigem andererseits (vgl. Bauer/Baeck/Schuster, Scheinselbständigkeit, 2000, S. 19 Rn 1-3).

##### 2. Verbreitung der Scheinselbständigkeit

Scheinselbständigkeit kommt in den verschiedensten Berufssparten vor. Bestimmte Branchen sind allerdings überproportional betroffen, so das Baugewerbe, die Ernährungsberufe (z.B. Fleischzerleger, Schlachter), die

Verkehrsberufe (z.B. Lkw-Fahrer als sog. Unterfrachtführer, Verkaufsfahrer, Kurierfahrer, Taxifahrer), Gartenbau- und Forstwirtschaft, Messebereich, Werbe- und Verkaufsaußendienst, Einzelhandel und Gastronomie.

Die Dreistigkeit, die in diesem Zusammenhang entwickelt wurde, mag eine Entscheidung des LSG Hessen vom 06.06.1991 (DB 1993, 2081) verdeutlichen:

**Fall:** Die Betreiberin mehrerer Gastronomiebetriebe schloss mit ihren Kellnern nach Auflösung der Arbeitsverträge Vermittlungs-, also Handelsvertreterverträge, ab, wonach diese verschiedene gastronomische Dienstleistungen in ihren Lokalen zu übernehmen hatten. Die Kellner hatten also gleichsam zwischen Tisch und Theke Geschäfte zu vermitteln. Die Entlohnung der verrichteten Tätigkeiten sollte ausschließlich in der Form einer Umsatzbeteiligung erfolgen. Die Betreiberin der Gastronomiebetriebe meldete die Kellner bei der Krankenversicherung wegen Selbständigkeit ab. Die Krankenkasse stellte nach Prüfung fest, dass es sich weiterhin um eine abhängige Beschäftigung handele und forderte inzwischen angefallene Beiträge nach.

Die hiergegen gerichtete Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Nach dem Ergebnis der Befragung der Betroffenen vor dem Sozialgericht hatte sich nämlich das von der Verkehrsanschauung für die Verrichtung von Dienstleistungsaufgaben im Gaststättengewerbe vorherrschende Bild eines in einen fremden Betrieb eingegliederten und nur seine Arbeitskraft einsetzenden Arbeitnehmers ergeben. Dass die Entlohnung der verrichteten Arbeit ausschließlich in der Form einer Umsatzbeteiligung erfolgte, soll dieser Einschätzung nicht entgegen stehen, wobei hier offen gelassen wird, ob eine derartige Vergütung von Arbeitnehmern überhaupt zulässig ist (LAG Hamm, ZIP 1990, 880). Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BSG mit Beschluss vom 11.05.1993 zurückgewiesen (vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 9).

Zugenommen hat die Verbreitung der Scheinselbständigkeit auch im Bereich der Teleheimarbeit, verbunden hiermit ist der Begriff des „Telecomputing“.

Gesicherte Zahlen über Umfang und Verbreitung Scheinselbständiger existieren nicht, da der hiervon betroffene Personenkreis sich wegen definitorischer Unschärfe nicht exakt von anderen Gruppen abgrenzen lässt und demzufolge statistisch nur schwer erfassbar ist. In einer Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) aus dem Jahre 1996 wurden 21.486 nach einem Zufallsverfahren ausgewählte Personen aus der deutschsprachigen Wohnbevölkerung im Alter von über 14 Jahren befragt und die aus der Befragung gewonnenen Ergebnisse auf die Wohnbevölkerung im Alter ab 14 Jahren hochgerechnet. Dabei ergaben sich Zahlen, die je nach zugrunde gelegtem Abgrenzungsmodell zwischen 100.000 bis 1 Mio. Scheinselbständiger schwanken (vgl. Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 434 ff.; zu den Ergebnissen des IAB-Projekts im einzelnen NZA 1997, 590 ff.).

### **3. Gründe der Scheinselbständigkeit**

Im Sozialrecht ist die Einordnung als Arbeitnehmer verbunden mit der Beitragspflicht zur Sozialversicherung, die in der Regel Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen trifft. Im Sozialrecht liegen die Vorteile der Beschäftigung formal Selbständiger darin, dass für den Auftraggeber die Verpflichtung zur Entrichtung des Arbeitgeberanteils zur Sozialversicherung und damit zusammenhängend alle Melde-, Aufzeichnungs- und Auskunftspflichten gegenüber der Beitragseinzugsstelle nach den §§ 28 a ff., 95 ff. SGB IV entfallen. Auch unterfällt die Beschäftigung Selbständiger nicht der gesetzlichen Unfallversicherung des jeweiligen Auftraggebers, so dass hier ebenfalls Kosten reduziert werden können, wobei der Arbeitgeber grundsätzlich die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung allein zu tragen hat. Arbeitsrechtlich bestehen die Vorteile der Vergabe von Tätigkeiten an Selbständige u.a. darin, dass der Auftraggeber nicht das Risiko der Beschäftigung tragen muss, also bei eigenem Auftragsmangel die Beschäftigung kurzfristig beenden kann und letztendlich auch nicht an arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen gebunden ist.

Auch der Beschäftigte selbst hat zumindest hinsichtlich der sozialrechtlichen Komponente Vorteile aus der Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge. Für den selbständig Beschäftigten erhöht sich durch die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen das verfügbare Nettoeinkommen. Die Erfahrung hat gezeigt, dass eine freiwillige Versicherung als Selbständiger deshalb häufig unterbleibt, weil der Selbständige hier die Beiträge allein zu tragen hat. Insbesondere eine freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung wird deshalb auf bessere Zeiten verschoben oder weil sie von den Betroffenen mangels ausreichender Information als Sicherungsalternative nicht erkannt wird (vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 437 f.).

## II Überblick über die gesetzlichen Regelungen zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit:

### 1. Erste gesetzliche Regelung der Scheinselbständigkeit

Zum 01.01.1999 wurde mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte erstmals eine gesetzliche Regelung der Scheinselbständigkeit eingeführt. Ziel dieses Gesetzes war es, den Anstieg der Scheinselbständigkeit in den vergangenen Jahren einzudämmen. Mittels des Gesetzes sollten zudem sog. Scheinselbständige schneller und einfacher als bisher von den Sozialversicherungsträgern erfasst werden können. Dazu war ein Kriterienkatalog mit der Maßgabe vorgesehen worden, dass bei Vorliegen von zwei der vier Kriterien eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vermutet wurde (vgl. Reiserer/Freckmann/Träumer, Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung, 2002, Rn 119).

Selten hat ein arbeits- und sozialrechtliches Gesetz für soviel Unruhe gesorgt wie dieses Gesetz. Nach verbreiteter Meinung hatte der Gesetzgeber das Kind mit dem Bade ausgeschüttet und viel zu weitreichende Regelungen geschaffen. Gegen das Gesetz, oft als „Existenzgründungs-Verhinderungsgesetz“ beschimpft, erhob sich ein regelrechter Sturm der Entrüstung (vgl. Bauer/Diller, NZA 1999, 745).

Angesichts dieser Situation sah sich die Bundesregierung schon im April 1999, also wenige Monate nach dem Inkrafttreten des Korrekturgesetzes, veranlasst, eine Expertenkommission „Scheinselbständigkeit“ unter Vorsitz des früheren Präsidenten des BAG, Prof. Dr. Thomas Dieterich, einzusetzen. Diese Kommission sollte im Hinblick auf die massive Kritik prüfen, ob Änderungen und Ergänzungen geboten erschienen und ggf. Vorschläge zu einer Änderung der Gesetzesbestimmungen ausarbeiten. In ihrem Abschlussbericht vom 11.09.1999 hat die Kommission der Bundesregierung den Vorschlag zu Gesetzesänderungen unterbreitet und insofern die Punkte aufgegriffen, die in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten geführt hatten.

### 2. Korrekturgesetz zur Förderung der Selbständigkeit

Die Vorschläge der sog. „Dieterich-Kommission“ sind sodann in dem am 17.12.1999 in einem Blitzverfahren verabschiedeten und nunmehr rückwirkend zum 01.01.1999 geltenden Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit umgesetzt worden. Der Gesetzgeber mag in Bezug auf die Bezeichnung des Gesetzes einen Marketing-Experten zu Rate gezogen haben. Es wird allerdings z.T. eine Zumutung genannt, dass ein Gesetz als Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit bezeichnet wird, das – wenn auch in extrem abgeschwächter

Form – weiterhin der Bekämpfung der Scheinselbständigkeit dient (vgl. Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 8).

Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte ist durch dieses Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit in vollem Umfang kassiert worden. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs hat die alte Fassung in der Praxis nicht zuletzt aufgrund von Missverständnissen über die rechtliche Tragweite der Neuregelung, divergierenden Entscheidungen über die Frage, ob eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, auf nicht zumutbaren Beitragsnachforderungen, einem unzureichenden vorläufigen Rechtsschutz gegen Beitragsbescheide sowie aufgrund der Einbeziehung von Existenzgründern in den Schutz der Rentenversicherung, zu Schwierigkeiten und Problemen geführt (BT-Drucks. 14/1855, 9). Dies soll nun mit der Neuregelung vermieden werden.

Das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit bringt eine Vielzahl von Veränderungen. Mit diesem Gesetz hat der Gesetzgeber die Vorschriften über die Sozialversicherungspflicht abhängig Beschäftigter (§ 7 SGB IV) und die Rentenversicherungspflicht arbeitnehmerähnlicher Selbständiger (§ 2 Nr. 9 SGB VI) neu gefasst. Verfahrensrechtliche Erleichterungen im Interesse der Rechtssicherheit bestehen nunmehr insofern, als ein Anfrageverfahren zur Statusklärung (§ 7 a SGB IV) eingeführt worden ist und dieses bei einem Träger, der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) konzentriert wird. Die Versicherungs- und Beitragspflicht tritt erst mit der Status-Entscheidung ein (§ 7 a Abs. 6 SGB IV), sofern die Anfrage unverzüglich gestellt wird. Bis zum Eintritt der Rechtskraft wird einstweiliger Rechtsschutz gewährt und die Beiträge werden erst mit Rechtskraft der Statusentscheidung fällig werden (§ 7 a Abs. 6 u. 7 SGB IV). Die Neuregelungen stellen eine deutliche Verbesserung gegenüber der bislang bestandenen Rechtslage dar. Insbesondere mit dem Anfrageverfahren ist eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage eröffnet worden.

Hervorzuheben ist außerdem eine wichtige Kernaussage des Gesetzes. Ab dem 01.01.1999 richtet sich die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit erneut nach den von den Arbeits- und Sozialgerichten bisher entwickelten Abgrenzungskriterien. Dadurch hat der Gesetzgeber wieder den Gleichlauf für die Abgrenzung eines abhängig Beschäftigten von einem selbständig Tätigen im Arbeits- und Sozialrecht hergestellt. Eine Abgrenzung zu Lasten der Selbständigkeit ist ausdrücklich nicht vorgesehen. Die auch weiterhin in modifizierter Form in § 7 Abs. 4 SGB enthaltene Vermutungsregelung gilt nur noch in den Ausnahmefällen, in denen die Beteiligten ihre Mitwirkung im Rahmen der Amtsermittlung verweigern.

Dem gesetzgeberischen Auftrag folgend, ein Rundschreiben zu erlassen, haben die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) und die Bundesanstalt für Arbeit (BA) ein gemeinsames Rundschreiben zum Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit

vom 20.12.1999 erlassen. Dieses Rundschreiben löst die gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisation der Sozialversicherung vom 19.01.1999 und 18.08.1999 ab. Es enthält Auslegungsrichtlinien sowie Anhaltspunkte zur Durchführung der einzelnen Vorschriften (vgl. zum Ganzen Reiserer u.a., aaO, Rn 122-124).

### III

## Versicherungspflichtige Beschäftigung nach § 7 Abs. 1 SGB IV

### 1. Legaldefinition von „Beschäftigung“ in § 7 Abs. 1 SGB IV

Die Frage, welcher formal Selbständige in Wirklichkeit Arbeitnehmer und damit abhängig beschäftigt ist, beantwortet sich nach § 7 Abs. 1 SGB IV. Diese Feststellung kann in der sozialrechtlichen Praxis durch die Einzugsstellen (gesetzliche Krankenkassen - § 28 h Abs. 1 Satz 1 SGB IV), die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung im Rahmen einer Betriebsprüfung (§ 28 p SGB IV), durch andere Sozialversicherungsträger bei der Beantragung von Leistungen durch den Mitarbeiter oder durch die BfA im Rahmen des Anfrageverfahrens nach § 7 a SGB IV getroffen werden (vgl. Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 517).

Das Sozialgesetzbuch IV enthält als „vor die Klammer gezogener“ Allgemeiner Teil Vorschriften, die für alle Zweige des Sozialversicherungsrechts maßgeblich sind.

§ 7 Abs. 1 SGB IV lautet wie folgt:

*„(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“*

Die Definition der Beschäftigung als nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ist für sich gesehen wenig aussagekräftig. Gewisse Unsicherheiten sind hier immanent und eine eindeutige Vorhersehbarkeit des Ergebnisses bei Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung ist ausgeschlossen. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht diese Vorschrift als für verfassungsgemäß erklärt, da es gerade der Verwendung der vom Gesetzgeber benutzten Rechtsfigur des Typus zu verdanken sei, dass die Vorschriften über die Versicherungs- und die Beitragspflicht in Verbindung mit ihrer Konkretisierung durch die Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte hinweg auch bei geänderten sozialen Strukturen ihren Regelungszweck erfüllen und insbesondere die Umgehung der Versicherungs- und Beitragspflicht zum

Nachteil abhängig beschäftigter Personen verhindern konnten (vgl. BVerfG, NJW 1996, 2644; Reiserer u.a., aaO, Rn 127).

Mit dem neuen Satz 2 betritt der Gesetzgeber dogmatisches Neuland und bereichert die juristische Methodenlehre um das Erkenntnismittel des „Anhaltspunktes“. Offen bleibt, welcher Erkenntniswert dem Vorliegen der genannten Anhaltspunkte zukommt (so Bauer u.a., aaO, Rn 78).

Wenn § 7 Abs. 1 SGB IV im Sozialrecht die Beschäftigung als nicht selbständige Arbeit, „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“, definiert, bringt diese Regelung zum Ausdruck, dass sich der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Regel mit dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses deckt. Der Tatbestand der abhängigen Beschäftigung i.S. des Sozialversicherungsrechts stimmt damit mit dem Tatbestand der Arbeitnehmereigenschaft und mit dem steuerrechtlichen Tatbestand der Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit im Grundtatbestand weitgehend überein. Danach ist eine Beschäftigung stets anzunehmen, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht.

Andererseits kann eine abhängige Beschäftigung auch dann vorliegen, wenn ein Arbeitsverhältnis zu verneinen ist, etwa weil der Beschäftigte als Organ des Arbeitgebers Arbeitgeberfunktionen ausübt, so z.B. bei mitarbeitenden Gesellschaftern oder GmbH-Geschäftsführern (auf diese Problematik wird im einzelnen noch auf S. 9 ff. eingegangen).

Der Begriff des „Beschäftigungsverhältnisses“ ist daher weiter als der Begriff des Arbeitsverhältnisses (vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 519).

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist es aufgrund dieser Unterschiede ausgeschlossen, eine für ein Rechtsgebiet getroffene Entscheidung auf die beiden anderen Rechtsgebiete zu übertragen. Die sozialversicherungsrechtliche Einordnung eines Beschäftigungsverhältnisses ist unabhängig von der Entscheidung der Finanzbehörden oder arbeitsgerichtlichen Beurteilung zu treffen (vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 520, u. Reiserer u.a., aaO, Rn 136 a.E.).

Das Bundessozialgericht führt für seine Auffassung, wonach insbesondere arbeitsgerichtliche Urteile für das sozialrechtliche Leistungsrecht als nicht bindend zu betrachten seien, an, die Sozialverwaltung habe den wahren Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen, darüber hinaus sollen sich die Arbeitsvertragsparteien beispielsweise nicht auf Kosten der Bundesanstalt für Arbeit einigen können (vgl. BSG, SozR 3-4100, § 141 b Nr. 15 – zitiert nach Reiserer u.a., aaO).

## **2. Rechtsprechung des BSG**

Für die Abgrenzung von nicht selbständiger Arbeit gegenüber einer selbständigen Erwerbstätigkeit kommt es nach ständiger Rechtsprechung des BSG darauf an, ob ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis eines Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitgeber infolge der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation besteht (Eingliederungstheorie).

Typisches Merkmal dieses persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses ist die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers über Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der Tätigkeit. Allerdings kann dieses Weisungsrecht – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt, darf aber nicht vollständig entfallen sein.

Die selbständige Tätigkeit ist dagegen gekennzeichnet durch die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko.

Ob eine Tätigkeit abhängig oder selbständig verrichtet wird, entscheidet sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Falles sind zu berücksichtigen. Hierbei ist nach der Rechtsprechung des BSG auch die vertragliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten zu beachten, aber nicht ausschließlich. Weichen die vertraglichen Regelungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so haben letztere ausschlaggebende Bedeutung (vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 524-526 mwN).

## **3. Zusammenstellung der einzelnen in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien**

In der Literatur und Rechtsprechung sind zur Abgrenzung der abhängigen von der selbständigen Tätigkeit eine Fülle von Kriterien entwickelt worden, die als Indizien im Rahmen der Gesamtbewertung zusammengetragen, gewichtet und abgewogen werden.

Die wichtigsten Indizien für eine abhängige Beschäftigung sind demnach:

- a) Die Tätigkeit wird im Rahmen fester Arbeitszeiten geleistet.
- b) Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie der Pausen sind festgelegt.
- c) Die Tätigkeit wird gleichbleibend an einem bestimmten Ort ausgeübt, insbesondere im Betrieb des Auftraggebers, woraus sich eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers ergibt.
- d) Weitreichende Kontroll- und Mitspracherechte des Auftraggebers; der Beschäftigte unterliegt einer detaillierten Berichtspflicht, der Auftraggeber

bestimmt die Produktions- und Betriebsmittel, die Preiskalkulation und die Werbe- sowie Akquisition.

- e) Es werden feste Bezüge gezahlt, bei erfolgsabhängiger Vergütung ein Mindestlohn.
- f) Es besteht ein Urlaubsanspruch und/oder Anspruch auf sonstige Sozialleistungen.
- g) Bei Krankheit und sonstigen Fehlzeiten erfolgt eine Fortzahlung der Vergütung.
- h) Überstunden werden gesondert vergütet.
- i) Der Auftraggeber stellt die Produktions- und Arbeitsmittel.
- j) Es erfolgt eine ständige Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern oder ständige Kontrollen durch andere Beschäftigte des Auftraggebers, insbesondere direkte Vorgesetzte.
- k) Unselbständigkeit in Organisation und Durchführung der Tätigkeit.
- l) Persönliche Leistungsverpflichtung des Mitarbeiters.
- m) Der Mitarbeiter stellte seine gesamte Arbeitskraft bzw. den überwiegenden Teil dem Auftraggeber zur Verfügung, ggf. ergänzt um das Verbot, für Dritte tätig zu sein.
- n) Die Leistungen werden ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers erbracht.
- o) Fehlen des Unternehmerrisikos.
- p) Vorherige Ausübung der gleichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beim gleichen Auftraggeber.

Demgegenüber kennzeichnet den typischen Unternehmer:

- eine eigene Organisation und eigenes Kapital;
- die Beschäftigung eigener Mitarbeiter sowie
- das Auftreten gegenüber unbestimmt vielen Vertragspartnern am Markt

(vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 527-529).

Nach der Rechtsprechung des BSG ist entscheidend, welche der oben aufgeführten Merkmale der Beziehung nach der Gesamtwürdigung aller

Umstände das Gepräge geben.

Nach wie vor ist allerdings die fehlende Rechtssicherheit zu beklagen. Je mehr Kriterien herangezogen werden, desto schwieriger und weniger nachvollziehbar gestaltet sich der Prozess, das Überwiegen der Merkmale zur einen oder anderen Seite festzustellen.

### **Exkurs: Der mitarbeitende Gesellschafter, echter Gesellschafter oder Arbeitnehmer der Gesellschaft?**

Als Ausweg aus der „Scheinselbständigkeit“ wird in der Praxis vielfach die Gründung von Kapital- und Personengesellschaften gehandelt. Dies hat seinen Grund darin, dass § 7 SGB IV auf juristische Personen und Gesamthandsgemeinschaften, wie z.B. die BGB-Gesellschaft, nicht anwendbar ist. Arbeitnehmer bzw. abhängig Beschäftigte können nur natürliche Personen sein (vgl. Bauer u.a., NZA 2000, 863).

Dies haben die Spitzenverbände der Sozialversicherung in ihrem Rundschreiben vom 20.12.1999 anerkannt. Dort heißt es unter Nr. 3.4:

*„Ist der Auftragnehmer eine Gesellschaft (z.B. GmbH, KG oder OHG), schließt dies ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zum Auftraggeber aus... Die gleiche Beurteilung gilt grundsätzlich auch, sofern es sich beim Auftragnehmer um eine Ein-Personen-GmbH handelt.“*

Zur BGB-Gesellschaft ist die Haltung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung differenzierter. Hierzu heißt es in dem gemeinsamen Rundschreiben unter Nr. 3.4:

*„Handelt es sich bei der auftragnehmenden Gesellschaft um eine GbR, ist das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit im Einzelfall zu prüfen.“*

Dabei weisen die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung in ihrem Rundschreiben ausdrücklich darauf hin (unter Nr. 3.4), dass der Ausschluss eines Beschäftigungsverhältnisses jedoch nur auf die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer (Gesellschaft) wirkt, nicht jedoch auf die Frage, ob die in der Gesellschaft Tätigen *Arbeitnehmer dieser Gesellschaft* sein können.

**Beispiel:** In einer Kanzlei mit zwei Rechtsanwälten macht der Inhaber den bisher angestellten Junganwalt formal zu seinem Sozius. Dieser

muss aber nach wie vor zu festgelegten Zeiten im Büro sein. Es kommt häufiger vor, dass der ältere Kollege dem Junganwalt „eilige Akten“ gibt, die dann vorrangig zu bearbeiten sind.

Eine vergleichbare Situation kann sich in einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis ergeben.

Allein die Gründung einer Personengesellschaft oder GmbH genügt deshalb nicht zur Vermeidung der Sozialversicherungspflicht.

Vielmehr ist auch in diesem Fall anhand der oben dargestellten Kriterien des § 7 Abs. 1 SGB IV und der hierzu von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu ermitteln, ob der mitarbeitende Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen kann (Folge: echter Gesellschafter) oder funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Gesellschaft teil hat, d.h.von der Gesellschaft persönlich abhängige Dienste erbringt.

Entscheidendes Kriterium für den maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ist vor allem der Anteil des betroffenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bzw. Stammkapital. Persönliche Abhängigkeit ist ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter über mehr als 50 % der Stimmrechte oder eine Sperrminorität verfügt (vgl. von Hoyningen-Huene, NJW 2000, 3233, 3236; Reiserer u.a., aaO, Rn 138-141).

In allen anderen Fällen kommt es maßgeblich darauf an, ob der Gesellschafter Ort, Zeit und Inhalt seiner Tätigkeit frei gestalten kann oder ob ihm arbeitsrechtliche Weisungen (diese sind zu unterscheiden von Mehrheitsentscheidungen der Gesellschaft, denen sich ein Gesellschafter zu beugen hat!) durch den Geschäftsführer oder einen Mitgesellschafter erteilt werden können.

Ist der (Schein-) Gesellschafter danach Arbeitnehmer, so bleibt der Gesellschaftsvertrag im Grundsatz wirksam. Es besteht dann ein einheitlicher, typengemischter Vertrag mit gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Elementen (so von Hoyningen-Huene, aaO) bzw. ein zusätzliches abhängiges Beschäftigungsverhältnis zwischen Gesellschafter und der Gesellschaft (Reiserer u.a., aaO, Rn 139).

Ob einzelne Vereinbarungen bestehen bleiben, ist eine Frage der ergänzenden Vertragsauslegung. Insbesondere kommt eine Vertragsanpassung im Hinblick auf finanzielle Ansprüche des Gesellschafters in Betracht. Die Anpassung kann auch zu Rückforderungsansprüchen der Gesellschaft für die Vergangenheit führen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass entsprechend den Ausführungen im Rundschreiben der Spitzenverbände der

Sozialversicherungsträger vom 20.12.1999 (Nr. 3.5.7.2) für mitarbeitende Gesellschafter eine Anwendung der Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV generell ausscheidet.

Entscheidungshilfen für die versicherungsrechtliche Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH finden sich in Anlage 3 des Rundschreibens der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 20.12.1999.

Die Vorstände von AGs sind aufgrund besonderer gesetzlicher Regelungen sozialversicherungsfrei, vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III u. § 1 Satz 4 SGB VI.

In diesem Zusammenhang sei abschließend auf eine neuere Entscheidung des BSG vom 19.06.2001 zur Sozialversicherungspflicht von Vereinsvorständen hingewiesen. Vereinsvorstände, welche nach § 7 Abs. 1 SGB IV in ihrem Amt die Merkmale eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses erfüllen, sind danach sozialversicherungspflichtig (vgl. BSG, NZA 2002, 82).

#### **IV Vermutungsregelung des § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV**

##### **1. Neu gefasster Anwendungsbereich**

Aufgabe und Funktion der Vermutungsregelung ist es, § 7 Abs. 1 SGB IV zu ergänzen. Nur noch in den Fällen, in denen dem Sozialversicherungsträger eine vollständige Sachverhaltsaufklärung aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen unmöglich ist, soll sie zur Anwendung kommen. Also nur dann, wenn der Auftragnehmer bei der Aufklärung des Sachverhalts nicht mitwirkt, kommt der Sozialversicherungsträger in den Genuss der Beweiserleichterung, indem eine abhängige Beschäftigung vermutet wird. Allein das Vorliegen von drei der nunmehr fünf Vermutungsmerkmale oder bloße Zweifel bei der Statusfeststellung führen daher nicht mehr allein zur Anwendung der Vermutungsregelung. Die Vorschrift ist insofern entschärft worden, als klargestellt worden ist, dass die Sozialversicherungsträger (auch weiterhin) die Pflicht haben, von sich aus im Rahmen der Amtsermittlung alle Tatsachen zu ermitteln, die zur Beurteilung des Rechtsstatus des Beschäftigten notwendig sind. Die Vermutungsregelung hat insoweit Strafcharakter, denn die Untätigkeit wird sanktioniert. Weiterhin verbleibt ihr nur noch verfahrensrechtliche Bedeutung in Form der Beweiserleichterung.

Voraussetzung für die Anwendung der Vermutungsregelung ist, dass „eine erwerbsmäßig tätige Person ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 SGB V oder nach § 196 Abs. 1 SGB VI nicht erfüllt“. Materiell-rechtliche Folge der Verletzung von Mitwirkungspflichten ist nunmehr, dass eine Beschäftigung der

betreffenden Erwerbsperson vermutet wird, sofern drei der fünf in § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV aufgeführten Merkmale vorliegen (vgl. zum Ganzen Reiserer u.a., aaO, Rn 150 ff.).

## **2. Persönlicher Anwendungsbereich**

Erwerbstätigkeit bedeutet, dass die Arbeit nicht aus Gefälligkeit oder bei Gelegenheit oder in nicht ins Gewicht fallender Weise getätigt wird, sondern ganz oder teilweise dem Lebensunterhalt dienen soll.

Erfasst von der Vermutungsregelung sind aber nur natürliche Personen. Eine Versicherungspflicht für Personengesellschaften und juristische Personen kennt das Sozialversicherungsrecht nicht (Reiserer u.a., aaO, Rn 152).

§ 7 Abs. 4 Satz 2 SGB IV stellt ausdrücklich klar, dass die Vermutungsregelung des Satzes 1 nicht für selbständige Handelsvertreter gilt. Einen sachlichen Grund für diese Ausnahmeregelung gibt es nicht; sie ist wohl auf ein entsprechendes Lobbying der zuständigen Verbände im Bundestag zurückzuführen (so Bauer u.a., aaO, Rn 99). Nicht ausgenommen sind die selbständigen Handelsvertreter jedoch von § 2 Nr. 9 SGB VI.

Wie bereits auf Seite 77 ausgeführt, scheidet die Anwendung der Vermutungsregelung auch auf mitarbeitende Gesellschafter, wie z.B. den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, aus.

## **3. Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten**

Zum Teil wird diese Vorschrift immer dann als einschlägig betrachtet, wenn beide Beteiligten – also sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber – ihren gesetzlichen Auskunfts- und Vorlagepflichten nicht nachkommen (so Bauer u.a., aaO, Rn 112).

Nach anderer Auffassung kommt eine Mitwirkungspflicht nach § 28 o Abs. 2 SGB IV als Rechtsgrundlage von Mitwirkungspflichten nicht in Betracht, da § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV ausdrücklich hierauf nicht Bezug nehme (so Reiserer u.a., aaO, Rn 160).

Nach der zuletzt genannten Auffassung ist Schuldner der Mitwirkungspflicht allein derjenige, der möglicherweise einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachgeht, nicht der mögliche Arbeitgeber bzw. Auftraggeber.

Aus diesem Grund wird die Vorschrift auch stark kritisiert. Sie ermögliche einem Beschäftigten, durch beharrliches Schweigen und Verweigerung jeglicher Mitwirkung an der Sachaufklärung, seine Einbeziehung in die gesetzliche

Sozialversicherung, insbesondere die Rentenversicherungspflicht, zu erreichen. Dies gelte selbst dann, wenn der Auftraggeber (potentieller Arbeitgeber) vollumfänglich seinen Mitwirkungspflichten nachgekommen sei. Der Auftraggeber trage in diesen Fällen für die Vergangenheit die Pflicht zur Nachentrichtung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Eine Rückgriffsmöglichkeit bei Beitragsnachzahlungen ist nur begrenzt möglich. Der eigentlich Leidtragende sei demnach der Auftraggeber (so Reiserer u.a., aaO, Rn 167).

#### **4. Vorliegen von drei der fünf Vermutungsmerkmale**

##### **a) Keine eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer**

Berücksichtigt werden nur versicherungspflichtige Arbeitnehmer. Insofern bleiben Mitarbeiter des Auftragnehmers, die versicherungsfrei sind, unberücksichtigt. Dies sind etwa die freien Mitarbeiter. Versicherungsfrei sind in allen Zweigen der Sozialversicherung die geringfügig Beschäftigten i.S. des § 8 Abs. 1 SGB IV. Ebenfalls sind Praktikanten während ihres studiumintegrierten Praktikums, also einem von der Studienordnung vorgegebenen Praktikum, versicherungsfrei, und zwar selbst dann, wenn sie dafür ein Entgelt beziehen.

Studenten, die während ihres Semesters einer Beschäftigung von weniger als 20 Wochenstunden nachgehen, sind für diese Tätigkeit krank-, pflege- und arbeitslosenversicherungsfrei. Zeitlich unbegrenzt kann der Student einer Beschäftigung nur während der Semesterferien nachgehen. In der Rentenversicherung tritt hingegen immer Versicherungspflicht ein mit der Folge, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer jeweils hälftig den Beitrag zur Rentenversicherung zu zahlen haben. Derartig beschäftigte, rentenversicherungspflichtige Studenten sind als versicherungspflichtige Arbeitnehmer im Rahmen des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IV zu berücksichtigen, da gesetzlich nicht die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung vorgeschrieben ist (vgl. zum Ganzen Reiserer u.a., aaO, Rn 173).

Rentner und Erziehungsurlauber sind ebenfalls zu berücksichtigen, da derartige Personen weiterhin zumindest der Krankenversicherungspflicht unterliegen.

Schließlich finden nunmehr auch im Rahmen dieses Merkmals Beschäftigungsverhältnisse mit Familienangehörigen Berücksichtigung.

Der Auftragnehmer muss die sozialversicherungspflichtigen Mitarbeiter tatsächlich beschäftigen, und zwar im Zusammenhang mit seiner sozialrechtlich zu beurteilenden Tätigkeit. Arbeitnehmer, die etwa im Privathaushalt arbeiten, bleiben außer Betracht.

Das monatliche Arbeitsentgelt aus diesen Beschäftigungsverhältnissen muss regelmäßig 325 Euro übersteigen.

## **b) Bindung an einen Auftraggeber**

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht der Sozialversicherungsträger Konzernunternehmen i.S. des § 18 AktG sowie Kooperationspartner als **ein** Auftraggeber gelten.

Diese Auffassung wird zu Recht unter Hinweis darauf, dem Auftragnehmer sei häufig die Prüfung, ob der Auftraggeber zu einem bestimmten Konzernverbund gehöre, nicht möglich, da die Konzernstrukturen nicht ohne weiteres einsehbar seien, abgelehnt (so Reiserer u.a., aaO, Rn 189).

## **c) Verrichtung entsprechender Tätigkeiten durch Arbeitnehmer**

Das dritte Kriterium ist vor allem in den Fällen von Bedeutung, in denen ein Auftraggeber für entsprechende Tätigkeiten neben festangestellten Personen auch freie Mitarbeiter beschäftigt. Lässt sich bei der Gesamtwürdigung der Tätigkeit des freien Mitarbeiters im Vergleich zu den festangestellten Personen für entsprechende Tätigkeiten kein wesentlicher Unterschied feststellen, spricht dies für ein Beschäftigungsverhältnis (so Nr. 3.5.3 im Rundschreiben vom 20.12.1999).

## **d) Fehlen typischer Merkmale unternehmerischen Handelns**

Zu den typischen Merkmalen unternehmerischen Handelns werden in Nr. 3.5.4 des Rundschreibens u.a. genannt:

- Erbringung der Leistung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung sowie die eigenständige Entscheidung über Einkaufs- und Verkaufspreise
- Einstellung von Personal
- die Zahlungsweise der Kunden (z.B. sofortige Barzahlung, Stundungsmöglichkeit, Einräumung von Rabatten)
- Art und Umfang der Kundenakquisition
- Art und Umfang von Werbemaßnahmen für das eigene Unternehmen.

## **e) Äußeres Erscheinungsbild**

Mit diesem fünften Kriterium wird die Umwandlung eines Arbeitsverhältnisses in freie Mitarbeit ohne Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in die Vermutungsregelung aufgenommen. Es handelt sich hierbei um die Fälle des

Outsourcing oder des Outplacement. Bleibt das äußere Erscheinungsbild der Tätigkeit unverändert, so spricht dies für einen Fortbestand des bisherigen Beschäftigungsverhältnisses (so Nr. 3.5.5 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

## **5. Widerlegung der Vermutung**

Wird von einem Sozialversicherungsträger ein Beschäftigungsverhältnis aufgrund der Vermutungsregelung festgestellt, können die Beteiligten (also Auftraggeber und Auftragnehmer) die Vermutung widerlegen, indem sie nachweisen, dass im konkreten Fall gleichwohl eine selbständige Tätigkeit vorliegt. Der Nachweis kann durch sämtliche Beweismittel erfolgen, die die Selbständigkeit des Betroffenen belegen.

Das Gesetz sieht bezüglich der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung keine Ausschlussfrist vor (zu den Einzelheiten s. Nr. 3.6 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

## **V**

### **Anfrageverfahren zur Statusklärung - § 7 a Abs. 1- 5 SGB IV**

Das mit § 7 a SGB IV geschaffene „Anfrageverfahren“ zur Statusklärung ist ein Novum. Es soll den Beteiligten schnell Rechtssicherheit darüber verschaffen, ob sie selbständig tätig oder abhängig beschäftigt sind.

Nach § 7 a Abs. 1 SGB IV können Auftraggeber und/oder Auftragnehmer schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt. Ausschließlich zuständig für derartige Statusanfrageverfahren ist die BfA, die gemäß § 7 a Abs. 2 SGB IV aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls entscheidet, ob eine Beschäftigung vorliegt. Der Antrag nach § 7 a SGB IV unterliegt keiner bestimmten Frist. Er kann daher zu jedem beliebigen Zeitpunkt nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt werden. Zum Zeitpunkt der Antragstellung darf lediglich nicht bereits ein Verfahren zur Feststellung des Status des Betroffenen von Seiten der Einzugsstelle oder eines Versicherungsträgers eingeleitet worden sein (vgl. Reiserer u.a., aaO, Rn 218).

§ 7 a Abs. 6 SGB IV begründet jedoch gewisse Begünstigungen, sofern der Antrag nach Abs. 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit bei der BfA gestellt worden ist. In diesem Fall tritt die Versicherungs- und Beitragspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung der BfA ein, wenn der Beschäftigte zustimmt und er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der

Beschäftigung und der Entscheidung der BfA eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung entspricht. In diesem Fall kommt somit der Feststellung der BfA keine Rückwirkung zu. Von einem ausreichenden Altersvorsorgeschutz wird dann ausgegangen, wenn für eine private Versicherung Prämien aufgewendet werden, die der Höhe des jeweiligen freiwilligen Mindestbeitrages zur gesetzlichen Rentenversicherung entsprechen (z.B. im Jahr 2002 monatlich 62,08 Euro - vgl. Reiserer u.a., aaO, Rn 273). Absicherung gegen das Risiko der Invalidität und für Hinterbliebene ist nicht erforderlich (vgl. dazu Ziff. 3.8.3 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

Neu eingefügt ist die – bedeutsame – Regelung des § 7 a Abs. 7 Satz 1 SGB IV, wonach Widerspruch und Klage gegen eine Entscheidung der BfA, dass eine Beschäftigung vorliegt, aufschiebende Wirkung zukommt. Die vormalige Praxis der BfA, Beitragsbescheide zu erlassen und trotz der Anhängigkeit eines Widerspruchs- oder Sozialgerichtsverfahrens Vollstreckungsmaßnahmen anzukündigen oder einzuleiten, wird damit in Zukunft verhindert.

Erfolgt eine Statusfeststellung außerhalb des Anfrageverfahrens nach § 7 a SGB IV, so tritt nach § 7 b SGB IV eine Versicherungspflicht (gleichwohl) erst mit dem Tag der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte dem späteren Beginn der Sozialversicherungspflicht zustimmt und für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung vergleichbare Absicherung vorgenommen hat und überdies weder von ihm noch von seinem Arbeitgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig eine selbständige Tätigkeit angenommen wurde. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass freie Mitarbeiter, die eigenverantwortlich eine Vorsorge für Krankheit und Alter betrieben haben, rückwirkend zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen und damit im Ergebnis doppelt belastet werden.

Sind die Voraussetzungen des § 7 b SGB IV nicht erfüllt, so tritt die Sozialversicherungspflicht (wie zuvor) grundsätzlich rückwirkend mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis ein. Sozialversicherungsbeiträge sind dann im Rahmen der Verjährungsregelung des § 25 SGB IV nachzuzahlen (vgl. im einzelnen Nr. 5 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

## VI Arbeitnehmerähnliche Selbständige - § 2 Nr. 9 SGB VI

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

In der gesetzlichen Rentenversicherung besteht für einen in § 2 SGB VI abschließend aufgezählten Kreis von Selbständigen, sofern sie ganz bestimmte Voraussetzungen erfüllen, eine Pflichtmitgliedschaft, bei der dann die Beiträge vom Selbständigen voll selbst zu tragen sind. § 2 Nr. 9 SGB VI erweitert seit 01.01.1999 den Kreis der Rentenversicherungspflichtigen um eine neue Personengruppe, die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen.

§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI lautet nunmehr wie folgt:

*„Versicherungspflichtig sind selbständig tätige*

*.....*

*Personen, die*

- a) im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 325 Euro im Monat übersteigt, und*
- b) auf Dauer und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.“*

Zu den die Rentenversicherungspflicht des Selbständigen ausschließenden versicherungspflichtigen Arbeitnehmern i.S. des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI gehören – unter den im Gesetz genannten Entgeltvoraussetzungen – auch Auszubildende. Hingegen zählen hierzu nicht geringfügig Beschäftigte, selbst wenn sie in ihrer geringfügigen Beschäftigung versicherungspflichtig sind (bei Verzicht auf die Rentenversicherungsfreiheit oder bei Versicherungspflicht infolge Zusammenrechnung - vgl. Nr. 10 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

Hervorzuheben ist erneut, dass § 2 Nr. 9 SGB VI keine Ausnahme für Handelsvertreter enthält.

§ 2 Nr. 9 SGB VI steht in einem Subsidiaritätsverhältnis zu § 7 Abs. 1 SGB IV steht. Die Vorschrift kommt also immer erst dann zur Anwendung, wenn feststeht, dass der Selbständige nicht nach § 7 Abs. 1 SGB in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig ist. Damit beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 2 Nr. 9 SGB VI auf Fälle des Nichteingreifens oder der widerlegten Vermutung und auf Handelsvertreter.

Der in § 2 SGB VI genannte Personenkreis wird vom Gesetzgeber trotz seiner Selbständigkeit generell für sozial so schutzwürdig angesehen, dass eine Aufnahme als Versicherungspflichtiger in der Rentenversicherung erfolgt ist. Die Rentenversicherungspflicht tritt bei Erfüllung der gesetzlichen

Tatbestandsmerkmale unabhängig von der konkreten sozialen Schutzbedürftigkeit ein (vgl. Reiserer u.a., aaO, Rn 294). Vielfach wird allerdings vermutet, dass der Gesetzgeber mit § 2 Nr. 9 SGB VI unabhängig von der individuellen Schutzbedürftigkeit schlicht die Rentenkassen auffüllen wollte (so Bauer u.a., aaO, Rn 205).

Personen, die die Voraussetzungen des § 2 Nr. 9 SGB VI erfüllen, sind als Selbständige in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert. In allen anderen Zweigen der Sozialversicherung bleiben sie hingegen versicherungsfrei. Die Rentenversicherungspflicht tritt von dem Zeitpunkt an ein, zu dem die Tatbestandsvoraussetzungen erstmalig vorliegen, frühestens jedoch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung, also ab 01.01.1999. Die arbeitnehmerähnlichen Selbständigen sind nach § 134 Nr. 6 SGB VI bei der BfA rentenversichert. Ihre Beiträge müssen sie gemäß § 169 Nr. 1 SGB VI selbst tragen und an die BfA abführen, § 173 Satz 1 SGB VI. Der Auftraggeber wird nicht mit Beiträgen belastet (vgl. Bauer u.a., aaO, Rn 207).

Als beitragspflichtige Einnahme ist im allgemeinen bei pflichtversicherten Selbständigen ein Einkommen in der Bezugsgröße (für 2002 2345,- Euro für die alten Länder und 1960,- Euro für die neuen Länder) zugrunde zu legen, woraus sich bei dem derzeitigen Beitragssatz von 19,1 % in der gesetzlichen Rentenversicherung ein Regelbeitrag in Höhe von 447,90 Euro für die alten Länder und in Höhe von 374,36 Euro für die neuen Bundesländer ergibt (vgl. zum Ganzen Schmidt/Schwerdtner, aaO, Rn 491).

Unklar und umstritten ist, ob mitarbeitende Gesellschafter von Personen- oder Kapitalgesellschaften von der Rentenversicherungspflicht des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfasst werden. Der Gesetzgeber ist auf diesen Aspekt nicht eingegangen. Auch die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger äußern sich hierzu in ihrem Rundschreiben vom 20.12.1999 nicht. In der juristischen Literatur wird die Auffassung vertreten, dass mitarbeitende Gesellschafter von Personen- und Kapitalgesellschaften mangels einer dies rechtfertigenden Rechtsgrundlage nicht von der Rentenversicherungspflicht des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI erfasst werden (vgl. Reiserer u.a., aaO, Rn 307-309). Anders beurteilt die Rechtslage offensichtlich der VdR (vgl. dessen Broschüre zu den arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, S. 16 ff., abrufbar unter [www.vdr.de](http://www.vdr.de))

## **2. Befreiungstatbestände**

Gemäß § 6 Abs. 1 a SGB VI kann ein nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtiger Selbständiger in der Existenzgründungsphase für einen Zeitraum von 3 Jahren nach erstmaliger Aufnahme seiner selbständigen Tätigkeit auf Antrag von der Rentenversicherungspflicht befreit werden. Für eine zweite Existenzgründung kann der dreijährige Befreiungszeitraum erneut in Anspruch genommen werden (vgl. Nr. 11 des Rundschreibens vom 20.12.1999).

Die maximale Befreiungsdauer von 3 Jahren gilt auch für Altfälle, also für selbständige Tätigkeiten, die vor dem 01.01.1999 aufgenommen werden. Der Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift ist jedoch auf diejenigen Personen eingeschränkt, bei denen der Dreijahreszeitraum nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch nicht überschritten ist. Arbeitnehmerähnliche Selbständige, die bereits vor dem 01.01.1996 selbständig waren, kommen also nicht mehr in den Genuss der Existenzgründerbefreiung (vgl. Bauer u.a., aaO, Rn 213).

Gemäß § 6 Abs. 1 a Nr. 2 SGB VI werden endgültig von der Rentenversicherungspflicht auf Antrag Personen befreit, die das 58. Lebensjahr vollendet haben und nach einer zuvor ausgeübten Selbständigkeit erstmals nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI versicherungspflichtig werden.

Der Vollständigkeit halber sei abschließend auch noch auf die zeitlich bis zum 30.06.2000 befristete Befreiungsmöglichkeit in § 231 Abs. 5 SGB VI für den neu in die Rentenversicherungspflicht einbezogenen Selbständigen verwiesen (Einzelheiten hierzu vgl. Bauer u.a., aaO, Rn 219 ff.; Reiserer u.a., aaO, Rn 325).

## VII

### Rechtsfolgen fehlerhafter Einordnung

#### 1. Konsequenzen im Arbeitsrecht

Wird ein Vertragsverhältnis fälschlicherweise nicht als Arbeitsverhältnis sondern als freies Dienstverhältnis geführt und abgewickelt, liegt ein Fall der sog. Scheinselbständigkeit vor. Zur Aufdeckung der Scheinselbständigkeit kommt es im arbeitsrechtlichen Bereich vielfach dann, wenn sich der Scheinselbständige auf Arbeitnehmerschutzrechte gegenüber dem Auftraggeber (Arbeitgeber) beruft. Der häufigste Anlass in der betrieblichen Praxis ist die Kündigung des (vermeintlichen) freien Mitarbeiterverhältnisses, wogegen der Scheinselbständige dann im Wege der Kündigungsschutzklage vorgeht.

Die wichtigste Konsequenz der Scheinselbständigkeit im Bereich des Arbeitsrechts ist, dass sich der vermeintlich freie Dienstnehmer in vollem Umfang auf die Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts berufen kann. Er genießt also den allgemeinen Kündigungsschutz, kann sich auf die Schutzbestimmungen nach dem Mutterschutzgesetz, dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, den Schwerbehindertenbestimmungen im SGB IX (ehemals Schwerbehindertengesetz) berufen. Daneben hat er als Arbeitnehmer Entgeltfortzahlungsansprüche im Krankheitsfall und Urlaubsansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz.

Fraglich ist, ob der ehemals als freier Mitarbeiter eingestellte Arbeitnehmer

nach Feststellung seines Arbeitsverhältnisses unverändert zu dem früher vereinbarten Honorar zu beschäftigen ist. Regelmäßig liegt dieses Honorar über den Sätzen für vergleichbare Tätigkeiten von Arbeitnehmern, da der Arbeitgeber ja davon ausging, keine Sozialversicherungsbeiträge leisten zu müssen.

Das Bundesarbeitsgericht hat für den Fall eines Rundfunkmitarbeiters entschieden, dass eine Anpassung der Vergütung regelmäßig nur für die Zukunft in Betracht komme und von § 612 Abs. 2 BGB abgeleitet, dem ehemaligen freien Mitarbeiter und späteren Arbeitnehmer stehe lediglich ein Anspruch auf Arbeitsentgelt in üblicher (tariflicher) Höhe zu (vgl. BAG, NZA 1998, 594 f.; Goretzki, Hohmeister, BB 1999, 635, 641; Reiserer u.a., aaO, Rn 376).

Bislang ungeklärt ist die Frage, ob der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, die in der Vergangenheit zuviel gezahlte Vergütung zurückzufordern. Das Bundesarbeitsgericht hat die Möglichkeit der Rückforderung in einer bereits 1986 ergangenen Entscheidung für vergangene Zeiträume verneint (vgl. BAG, NJW 1987, 918).

Demgegenüber hält das LAG Köln Bereicherungsansprüche dem Grunde nach für möglich, hält hierauf jedoch (tarifliche) Ausschlussfristen für anwendbar (LAG Köln, Urteil v. 10.09.1998, 5 Sa 834/98; vgl. dazu auch Reiserer u.a., aaO, Rn 377; Hochrathner, NZA 1999, 1016, 1018).

## **2. Konsequenzen im Sozialversicherungsrecht**

Die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen infolge falscher Zuordnung können den Auftraggeber finanziell besonders hart treffen. Zudem ist das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß § 266 a StGB strafbar.

Im Fall der Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses hat der Arbeitgeber die künftig monatlich an die Einzugsstelle zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu berechnen und monatlich abzuführen. Finanziell weitaus gravierender ist jedoch seine Pflicht, die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Vergangenheit nachzuentrichten. Dabei können leicht Nachzahlungssummen in sechsstelliger Höhe zusammenkommen.

Nach § 28 e Abs. 1 SGB IV ist der Arbeitgeber gegenüber der Einzugsstelle alleiniger Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrages. Während der Arbeitnehmer lediglich im Innenverhältnis – also im Verhältnis zum Arbeitgeber – die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge zu tragen hat, haftet der Arbeitgeber gegenüber den Sozialversicherungsträgern im Außenverhältnis allein. Anders als z.B. im Steuerrecht besteht keine gesamtschuldnerische Haftung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Wird für zurückliegende Zeiträume

ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis festgestellt, schuldet deshalb allein der Arbeitgeber für diese Zeiträume rückwirkend die Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Der Nachentrichtungsanspruch umfasst somit auch den Arbeitnehmeranteil.

Für die Entstehung des Beitragsanspruchs kommt es nicht darauf an, ob das in der Vergangenheit geschuldete Arbeitsentgelt auch tatsächlich bezahlt wurde, es also dem Arbeitnehmer zugeflossen ist. Entscheidend ist nur, dass das Arbeitsentgelt geschuldet war. Der Arbeitgeber kann sich deshalb gegenüber der Einzugsstelle nicht darauf berufen, der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des Arbeitsentgelts und daraus folgend auch die Pflicht zur Nachentrichtung der Sozialversicherungsbeiträge sei aufgrund einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist entfallen (vgl. zum Ganzen Bauer u.a., aaO, Rn 311 ff.; Reiserer u.a., aaO, Rn 382-384).

Die Beitragsansprüche verjähren nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV grundsätzlich in 4 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Erst in 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beitragsansprüche fällig geworden sind, verjähren sie bei vorsätzlichem Verhalten, wobei bedingter Vorsatz insofern ausreichend ist (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

Im Innenverhältnis hat der Arbeitgeber gemäß § 28 g SGB IV gegenüber dem Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf Erstattung des von ihm zu tragenden Arbeitnehmeranteils des Gesamtsozialversicherungsbeitrages. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber im Fall der Beitragsentrichtung für zurückliegende Zeiträume den Arbeitgeberanteil grundsätzlich nicht vom Arbeitnehmer erstattet verlangen kann.

Dieser Erstattungsanspruch ist jedoch in § 28 g SGB IV erheblich eingeschränkt. Der Anspruch kann grundsätzlich nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden, wobei diese Abzugsmöglichkeit zeitlich befristet ist; der unterbliebene Abzug darf vom Arbeitgeber nur in den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden (§ 28 g Satz 3 SGB IV).

Nach Ablauf dieser Frist ist der Abzug nur möglich, wenn er ohne Verschulden des Arbeitgebers, z.B. aufgrund einer unzutreffenden Auskunft der Einzugsstelle, unterblieb. In Zweifelsfällen bejaht die herrschende Meinung grundsätzlich ein Verschulden des Arbeitgebers. Er sei bei unklarer Rechtslage rechtlich verpflichtet, sich bei der Einzugsstelle zu erkundigen (vgl. zum Ganzen Bauer u.a., aaO, Rn 315; Reiserer u.a., aaO, Rn 387).

Der Arbeitgeber ist im Rahmen des Lohnabzugs zeitlich nicht begrenzt, wenn der Beschäftigte seinen Verpflichtungen nach § 28 o Abs. 1 Satz 1 SGB IV vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachkommt (vgl. § 28 g Satz 4 SGB IV). Der Beschäftigte hat nach § 28 o Abs. 1 Satz 1 SGB IV dem Arbeitgeber die zur Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung erforderlichen Angaben zu machen und ggf. die noch erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Vereinbarungen, die zum Nachteil des Arbeitnehmers von den o.g. Vorschriften des SGB abweichen, gemäß § 32 SGB I nichtig sind.

### **3. Konsequenzen im Steuerrecht**

#### **a) Einkommensteuer**

Probleme können hier insbesondere in dem Fall auftreten, dass der Selbständige keine Steuern auf die vom Unternehmer geleistete Vergütung gezahlt hat.

Steuerschuldner der Lohnsteuer ist der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber haftet jedoch nach § 42 d Abs. 1 Nr. 1 EStG für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat. Hat der Arbeitgeber, da er von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausging, die Lohnsteuer nicht vorschriftsmäßig einbehalten und abgeführt, haftet er somit neben dem Arbeitnehmer. Gegenüber dem Finanzamt besteht damit eine gesetzliche Gesamtschuldnerschaft (§ 42 d Abs. 3 Satz 1 EStG).

Dem Betriebsstättenfinanzamt steht im Falle der Nacherhebung der Lohnsteuer bei der Frage, ob es statt des Arbeitnehmers den Arbeitgeber nachträglich in Anspruch nimmt, ein Auswahlermessen zu (§ 42 d Abs. 3 Satz 2 EStG).

Nimmt das Finanzamt den Arbeitgeber in Anspruch, hat dieser grundsätzlich einen Erstattungsanspruch gegen den Arbeitnehmer, da dieser letztendlich Steuerschuldner ist. Die rechtliche Qualifizierung dieses Erstattungsanspruchs ist umstritten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (NZA 1985, 121) handelt es sich bei dem Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers um einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis, der damit auch tarifvertraglichen Ausschlussfristen (z.B. § 70 BAT) unterfällt. Die Ausschlussfrist beginnt allerdings erst mit Erlass des Haftungsbescheides und der Abführung der Steuern zu laufen (vgl. BAG, aaO; Bauer u.a., aaO, Rn 321-325; ausführlich zur gesamten Problematik Reiserer u.a., aaO, Rn 398 ff.).

#### **b) Umsatzsteuer**

Wesentlich weitreichender sind in der Praxis die umsatzsteuerlichen Konsequenzen. Die vom Arbeitnehmer in Rechnung gestellte Umsatzsteuer kann der Arbeitgeber nicht als Vorsteuer abziehen, da der Arbeitnehmer kein Unternehmer i.S. des Umsatzsteuerrechts ist. Soweit dies geschehen ist, ist der Abzug zu korrigieren.

Gleichwohl ist der nicht selbständig Tätige verpflichtet, die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer an das Finanzamt abzuführen gemäß § 14 Abs. 3 UStG.

Insoweit beansprucht die Finanzverwaltung in diesem Fall die fehlerhaft in Rechnung gestellte Umsatzsteuer doppelt. Diese Rechtsfolgen gelten jedoch nur dann, wenn der nicht selbständig Tätige die Rechnung ausgestellt hat (vgl. Reiserer u.a., aaO, Rn 424).

## **VIII Wege aus der Scheinselbständigkeit**

Als Ausweg aus der Scheinselbständigkeit wird in der Praxis vielfach die Gründung von Kapital- und Personengesellschaften gehandelt.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass zwischen der Gesellschaft und ihren mitarbeitenden Gesellschaftern ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des § 7 Abs. 1 SGB IV bestehen kann.

Wie bereits auf den Seiten 9 ff. ausgeführt, stellt die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bei der Frage, ob es sich bei der Tätigkeit von Gesellschaftern für eine Gesellschaft um eine abhängige Beschäftigung oder um eine selbständige Tätigkeit handelt, primär auf den Umfang der Kapitalbeteiligung des Gesellschafters und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Entscheidung der Gesellschaft ab. Dabei unterscheidet das BSG zwischen Gesellschafter-Geschäftsführern und „nur“ mitarbeitenden Gesellschaftern.

Nach der Rechtsprechung des BSG ist bei Alleingesellschafter-Geschäftsführern und Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH, die mindestens über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen.

Aber auch bei einem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer kann die Beschäftigteneigenschaft fehlen. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn er in der Lage ist, aufgrund seines Kapitalanteils ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft zu verhindern, z.B. wenn er nach dem Gesellschaftsvertrag eine Sperrminorität besitzt. Schließlich kann aber auch die gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers durch den ihm tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben sein und deshalb eine Beschäftigteneigenschaft fehlen (vgl. zum Ganzen, auch zur Darstellung der Rechtsprechung des BSG, Bauer u.a., aaO, Rn 341-345).

Bei mitarbeitenden Gesellschaftern, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der GmbH verfügen, wird ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich verneint. Hingegen können mitarbeitende Minderheitsgesellschafter in einem Beschäftigungsverhältnis zur GmbH sogar dann stehen, wenn sie über eine Sperrminorität verfügen. Ihre

Rechtsmacht erschöpft sich darin, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung verhindern zu können. Sie bestimmen aber weder den Geschäftsbetrieb noch können sie sonst maßgebenden gestalterischen Einfluss auf die Gesellschaft nehmen (vgl. Bauer u.a., aaO, Rn 349).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung kann demnach die Scheinselbständigkeit durch die Gründung einer GmbH in folgenden Konstellationen bei entsprechender Vertragsdurchführung vermieden werden:

- Es handelt sich um eine Ein-Mann-GmbH. Der einzige Gesellschafter ist zugleich Alleingeschäftsführer.
- Der Gesellschafter ist Geschäftsführer und verfügt mindestens über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft.
- Der Minderheitsgesellschafter ist Geschäftsführer und verfügt über eine Sperrminorität.
- Der mitarbeitende Gesellschafter verfügt über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft

(vgl. zum Ganzen Bauer u.a., aaO, Rn 370)

Bei Gründung einer Personengesellschaft besteht nach einer Auffassung dann kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis, wenn die Mitarbeit des Gesellschafters aufgrund und im Rahmen des Gesellschaftsvertrages erfolge. Auf diese Mitarbeit finde ausschließlich Gesellschaftsrecht Anwendung (so Bauer u.a., aaO, Rn 410).

Nach Auffassung von Hoyningen-Huene soll persönliche Abhängigkeit und damit ein Beschäftigungsverhältnis dann ausgeschlossen sein, wenn der Gesellschafter – vergleichbar der Rechtsprechung des BSG zum GmbH-Gesellschafter – über mehr als 50 % der Stimmrechte oder eine Sperrminorität verfügt. In allen anderen Fällen soll es maßgeblich darauf ankommen, ob er Ort, Zeit und Inhalt seiner Tätigkeit frei gestalten kann oder ob ihm arbeitsrechtliche Weisungen durch den Geschäftsführer oder einen Mitgesellschafter erteilt werden können (vgl. von Hoyningen-Huene, NJW 2000, 3239).

## IX Neue Selbständigkeit durch die sog. „Ich-AG“

Die Hartz-Kommission schlägt in ihrem Bericht als Ausweg aus der Schwarzarbeit (für 2002 werden Umsätze von etwa 350 Mrd. Euro durch Schwarzarbeit erwartet) u.a. das Konzept der sog. „Ich-AG“ vor.

Bei der *Ich-AG* handelt es sich um eine Vorstufe zu einer vollwertigen Selbständigkeit.

Die Aufnahme einer Tätigkeit in der Form der *Ich-AG* wird durch die Unterstützung der Arbeitslosenversicherung begleitet. Sie zielt darauf ab, nach einer Übergangsphase von 3 Jahren den Weg in die volle Selbständigkeit zu schaffen.

Alle Einnahmen der *Ich-AG* (abzüglich der steuerlichen Grundfreibeträge) unterliegen einer Pauschalbesteuerung von 10 %. Abzugsfähig sind die üblichen steuerlichen Grundfreibeträge und die Beiträge zur Sozialversicherung. Die Pauschalsteuer wird nur auf die Einnahmen erhoben und liegt damit im Rahmen der Einkommensgrenzen sehr niedrig. Die Verdienstgrenze wird auf 25.000 Euro pro Jahr festgelegt. Die Abführung von Umsatzsteuer entfällt, da die Freistellungsoption für Kleinunternehmer gemäß § 19 UStG gewählt wird.

Der Inhaber der *Ich-AG* unterliegt der Versicherungspflicht (Renten-, Kranken-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung). Er führt den vollen Beitragssatz (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeitrag) ab. Damit erwirbt er neue Ansprüche gegenüber der Arbeitslosenversicherung. Das Risiko der Existenzgründung wird auf diese Weise reduziert.

Als Anreiz zur Anmeldung einer *Ich-AG* erhalten Arbeitslose für einen Zeitraum von maximal 3 Jahren Zuschüsse aus der Arbeitslosenversicherung. Diese Förderung wird nur einmalig gewährt. Die Höhe der Zuschüsse richtet sich nach der Höhe des Arbeitslosengeldanspruchs und den damit verbundenen Sozialversicherungsabgaben, die die Bundesanstalt für Arbeit an die Sozialversicherungsträger abführt (vgl. zum Ganzen Bericht der Hartz-Kommission, S. 163 ff., abrufbar unter [www.bma.bund.de](http://www.bma.bund.de)).

Die Zuschüsse des Arbeitsamtes sollen so angelegt sein, dass eine angemessene Finanzierung der Sozialversicherungsbeiträge gewährleistet ist. Mit zunehmenden Einnahmen und sinkenden Zuschüssen sind geeignete Übergangsmodelle zu entwickeln, mit denen sowohl die Einkommen als auch die Sozialbeiträge gesichert sind.

Diese Vorschläge werden z.T. mit dem Argument kritisiert, hierdurch würde eine Ungleichbehandlung der *Ich-AG* mit Nicht-Erwerbslosen, die bei ähnlicher selbständiger Tätigkeit als Arbeitnehmer eingestuft und damit

sozialversicherungspflichtig würden, ohne aber einen Anspruch auf ähnliche Zuschüsse zu ihren Sozialabgaben zu haben, herbeigeführt.

„Die Bundesregierung plant nun, dieses Problem dadurch zu umgehen, dass sie die *Ich-AG* in einen Ausnahmekatalog im Sozialgesetzbuch VI einfügt. Dort sind z.T. seit 1922 Berufstätige wie Hebammen, Fahrlehrer und Künstler aufgeführt, die trotz ihrer Selbständigkeit aus Gründen „besonderer Schutzwürdigkeit“ rentenversicherungspflichtig sind. Zuletzt wurde dieser Katalog um eine neunte Gruppe, die sog. arbeitnehmerähnlichen Selbständigen, ergänzt... Anders als sie sollen die *Ich-AGs* in allen Zweigen der Sozialversicherung beitragspflichtig werden. Die Prüfung auf Scheinselbständigkeit soll per Gesetz ausgeschlossen werden“ (so Handelsblatt v. 12.09.2002).

## **B**

### **Grundzüge der Unternehmensmitbestimmung**

#### **I**

#### **Einleitung**

Zwei Grundformen der Mitbestimmung sind auseinander zu halten: Die betriebliche Mitbestimmung einerseits und die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten (Unternehmensmitbestimmung) andererseits.

Die betriebliche Mitbestimmung ist im BetrVG von 1972 und im Sprecherausschussgesetz von 1988 geregelt und Gegenstand des Arbeitsrechts. Sie lässt im Grundsatz die Planungs-, Organisations- und Leitungskompetenz des Unternehmens unberührt, soll vielmehr in deren Rahmen eine hinreichende partnerschaftliche Beteiligung der Arbeitnehmer an sie unmittelbar berührenden unternehmerischen Entscheidungen gewährleisten (Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 1999, S. 87).

Die den Arbeitnehmern in den §§ 87 ff. BetrVG eingeräumten Befugnisse sind tatbestandlich genau umschrieben. Ihre Ausübung ist dem Betriebsrat zugewiesen – einem Gremium, das nur dieser Aufgabe zu dienen hat und sich ausschließlich aus Vertretern der im jeweiligen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zusammensetzt. Im Bereich der zwingenden Mitbestimmung kann sich der Arbeitgeber über dessen Votum nicht hinwegsetzen: Wenn es zu keinem Kompromiss kommt, wird der Konflikt auf Antrag einer der beiden Stellen durch eine externe Schlichtungsinstanz, die Einigungsstelle (§ 76 BetrVG) entschieden (vgl. Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1999, § 32 I 2 a, S. 405).

Unternehmensmitbestimmung hingegen will der Arbeitnehmerseite Einfluss auf die eigentliche unternehmerische Sphäre ermöglichen. Sie ist grundsätzlich im Aufsichtsrat verankert. Im Gegensatz zur betrieblichen Mitbestimmung ist die Unternehmensmitbestimmung rechtsformabhängig.

Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer wird durch vier Gesetze ermöglicht: Das Mitbestimmungsgesetz, das Montan-Mitbestimmungsgesetz, das Mitbestimmungsergänzungsgesetz und durch die nach § 129 BetrVG 1972 fortgeltenden §§ 76-87 BetrVG 1952. Hierdurch soll den Arbeitnehmern mittels der Entsendung ihrer Vertreter in den Aufsichtsrat der Unternehmen durch dieses Organ eine Einflussmöglichkeit auf alle Felder der unternehmerischen Entscheidungen gegeben werden. Anknüpfungspunkt ist das Unternehmen, nicht der Betrieb als konkrete organisatorische Einheit.

Konkret anwendbar ist in einem Unternehmen immer nur eines der vier aufgezählten Mitbestimmungsgesetze, deren Anwendungsbereich im wesentlichen von der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens bestimmt wird.

Für die Klärung der Frage, ob ein Unternehmen unter eines dieser Gesetze fällt und welches ggf. anzuwenden ist, steht in den §§ 96-99 AktG ein Überleitungsverfahren (Statusverfahren) zur Verfügung, welches den Wechsel von einem Mitbestimmungssystem in ein anderes sowie in die Mitbestimmung oder aus ihr heraus regelt. Die Regeln der §§ 96-99 AktG gelten auch für andere Gesellschaftsformen (KGaA, GmbH, VVaG, Genossenschaft).

Ist streitig, nach welchen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, entscheidet das Landgericht (Zivilkammern) nach § 98 AktG. Für das Gerichtsverfahren gilt das FGG. Letzte Instanz ist regelmäßig das OLG.

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach §§ 98, 99 AktG beschränkt sich allein auf die Entscheidung der für die Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrats maßgeblichen Frage des Mitbestimmungsstatus. Sonst besteht diese ausschließliche Zuständigkeit nicht. Betreffen Verfahren z.B. die Wahl oder die Nichtigkeit bzw. Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer oder deren Abberufung, sind die Arbeitsgerichte gemäß § 2 a Abs. 1 Ziff. 3 ArbGG im Beschlussverfahren auch bezüglich sämtlicher Vorfragen einschließlich gesellschaftlicher Fragen zuständig.

## II

### Die Geltungsbereiche der Mitbestimmungsgesetze

#### 1. Montan-Mitbestimmungsgesetz

In der sog. Montan-Industrie (Bergbau, Eisen und Stahl erzeugende Industrie) ist seit 1951 die paritätische Mitbestimmung verwirklicht. Dieses Gesetz gilt für Montanunternehmen, die als AG oder GmbH mit mehr als 1000 Arbeitnehmern betrieben werden.

Gemäß § 1 Abs. 3 Montan-Mitbestimmungsgesetz ist dieses Gesetz auf ein Unternehmen nicht mehr anwendbar, wenn in sechs aufeinander folgenden Geschäftsjahren entweder die Arbeitnehmerzahl von 1000 unterschritten wird oder der überwiegende Betriebszweck nicht mehr in der Montantätigkeit liegt.

Das Montan-Mitbestimmungsgesetz bildet bis heute das Modell „paritätischer“ Repräsentation der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat: Gemäß § 4 Abs. 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz stehen sich in diesem Gremium zwei jeweils fünfköpfige Gruppen oder „Bänke“ von Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer gegenüber. Der Grundsatz der Parität (oder Gleichberechtigung) ist aber nicht strikt durchgehalten; er wird durch zwei wichtige Abweichungen unterbrochen:

- Um zu verhindern, dass die beiden gleich starken Bänke sich gegenseitig und damit die Entscheidungstätigkeit des Aufsichtsrats blockieren, sieht § 4 Abs. 1 c Montan-Mitbestimmungsgesetz die Zuwahl eines weiteren Mitglieds vor, für das sich die Bezeichnung des „neutralen“ Mitglieds bzw. des „elften Mannes“ eingebürgert hat. Er wird durch die Hauptversammlung (oder das ihr entsprechende Organ) auf Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder gewählt (§ 8 Abs. 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz). Einzelheiten zur Ausgestaltung dieses Vorschlags sind in § 8 Montan-Mitbestimmungsgesetz geregelt.
- Die zweite Abweichung vom Prinzip strikter Gleichberechtigung betrifft den „Arbeitsdirektor“. Er ist gemäß § 13 Abs. 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz als „gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs“ zu bestellen. Er unterscheidet sich von anderen Mitgliedern des Vorstandes oder der Geschäftsführung dadurch, dass seine Bestellung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 Montan-Mitbestimmungsgesetz nicht gegen die Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgen kann. Das bedeutet: Der Arbeitsdirektor der Montanmitbestimmung bedarf einer doppelten Basis des Vertrauens; er muss die Zustimmung nicht nur der Mehrheit des Aufsichtsrates, sondern außerdem der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter finden. Diese können die Wahl einer ihnen nicht genehmen Person verhindern (vgl. zum Ganzen Kübler, Gesellschaftsrecht, § 32 I 3, S. 406).

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei größeren Unternehmen gemäß § 9

Montan-Mitbestimmungsgesetz durch Satzung bestimmt werden kann, dass der Aufsichtsrat aus 15 bzw. 21 Mitgliedern (inklusive des neutralen Mitglieds) besteht.

Nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz werden alle Arbeitnehmervertreter durch die Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens gewählt (§ 6 Abs. 1, Abs. 5 Montan-Mitbestimmungsgesetz); die sodann noch stattfindende Wahl durch das gesellschaftsrechtlich zuständige Unternehmensorgan (z.B. HV bei der AG) ist lediglich Formalakt, da dieses Wahlorgan an die Vorschläge der Betriebsräte gebunden ist (vgl. § 6 Abs. 6 Montan-Mitbestimmungsgesetz).

## **2. Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz**

Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz (auch „Holding-Gesetz“ genannt) von 1956 unterwirft Unternehmen, die an sich nicht die Voraussetzungen der Montan-Mitbestimmung erfüllen, dann einer vergleichbaren paritätischen Mitbestimmung, wenn sie Montan-Unternehmen (unter das Montan-Mitbestimmungsgesetz fallende Unternehmen) beherrschen und der Unternehmenszweck des Konzerns hierdurch gekennzeichnet wird: Die Mitbestimmung soll hier im Entscheidungszentrum des Konzerns eingreifen! (vgl. Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 88)

Ziel ist die Beibehaltung der Montan-Mitbestimmung bei nicht mehr im Montanbereich tätigen Konzernobergesellschaften, die wegen ihrer veränderten Geschäftstätigkeit (Mannesmann, Thyssen, Hoesch, Salzgitter) ansonsten aus der Montanmitbestimmung herausfallen würden.

Entscheidend ist die „Montan-Quote“, die nach komplizierten Berechnungsvorschriften (§§ 3, 4 Mitbestimmungsergänzungsgesetz) ermittelt wird.

Der Aufsichtsrat setzt sich aus 15 Mitgliedern zusammen, nämlich je 7 Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer sowie einem weiteren, neutralen Mitglied, § 5 Abs. 1 Mitbestimmungsergänzungsgesetz. Durch Satzung kann bestimmt werden, dass in größeren Unternehmen die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder auf 21 erhöht wird.

Die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz entfällt, wenn in sechs aufeinander folgenden Geschäftsjahren der Konzernzweck nicht mehr durch Montan mitbestimmte Unternehmen geprägt ist oder kein Montan mitbestimmtes Unternehmen beherrscht wird, § 16 Abs. 2 Mitbestimmungsergänzungsgesetz.

### 3. Mitbestimmungsgesetz

Das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) ist nur auf Unternehmen außerhalb des Geltungsbereiches der Montanmitbestimmung anwendbar, die in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen und die in einer der folgenden Rechtsformen betrieben werden: AG, KGaA, GmbH, Genossenschaften und Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit. Maßgeblich ist der Normalbestand an Arbeitsplätzen, vorübergehende Schwankungen sind unbeachtlich.

Nicht unter das Gesetz fallen Tendenzunternehmen (vgl. § 1 Abs. 4 Satz 1 MitbestG) sowie Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen.

Eine KG, an der eine Kapitalgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist (z.B. GmbH & Co KG) unterfällt der Mitbestimmung nach Maßgabe des § 4 MitbestG (Zurechnung der Arbeitnehmer der KG zur GmbH), wenn Mehrheitsidentität zwischen den Kommanditisten der KG und der Mehrheit in der Komplementär-GmbH besteht. Unerheblich ist dabei, ob es sich um eine Stimmen- oder eine Anteilsmehrheit handelt. Des Weiteren ist für die Zurechnung Voraussetzung, dass die Kapitalgesellschaft keinen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat (vgl. i.e. § 4 Abs. 1 MitbestG).

Die Mitbestimmung nach dem MitbestG erfolgt über einen zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsrat (§ 6 MitbestG), der aus einer gleichen Zahl von Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer besteht. Die „Arbeitnehmerbank“ setzt sich aus Gewerkschaftsvertretern und Arbeitnehmern des Unternehmens zusammen (§§ 7 Abs. 2, 15 Abs. 2 MitbestG). Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder richtet sich grundsätzlich (vgl. aber § 7 Abs. 1 MitbestG) nach der Arbeitnehmerzahl des mitbestimmten Unternehmens und beträgt 12, 16 oder 20.

Anders als nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz ist die Bestellung eines zusätzlichen neutralen Aufsichtsratsmitglieds nicht vorgesehen. Eine mögliche Pattsituation bei Abstimmungen wird dadurch verhindert, dass bei Stimmengleichheit eine erneute Abstimmung stattfinden kann, in der bei erneuter Stimmengleichheit der Vorsitzende des Aufsichtsrats zwei Stimmen hat (§ 29 Abs. 2 MitbestG). Diese Regelung soll den Anteilseignern das entscheidende Übergewicht vermitteln, da man davon ausgeht, dass der Aufsichtsratsvorsitzende der „Anteilseignerbank“ angehört, was zwar nicht zwingend ist, aber im Regelfall durch das in § 27 MitbestG niedergelegte Wahlverfahren gewährleistet wird.

Nach dieser Bestimmung ist im ersten Wahlgang für die Besetzung des Aufsichtsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreter eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder erforderlich. Wird diese nicht erreicht, so findet ein zweiter Wahlgang statt, in dem die Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner den

Aufsichtsratsvorsitzenden und die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer den Stellvertreter jeweils mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen wählen (§ 27 Abs. 2 MitbestG).

Die Vertreter der Anteilseigner im Aufsichtsrat werden von diesen gewählt bzw. entsandt, § 8 MitbestG. Die Wahl der Anteilseignervertreter erfolgt durch die dazu gesellschaftsrechtlich zuständigen Organe (HV, Gesellschafterversammlung, § 8 MitbestG).

Das Wahlverfahren für die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat wurde durch das am 27.03.2002 in Kraft getretene „Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat“ neu geregelt mit dem Ziel, für eine deutliche Vereinfachung und Straffung des gesamten Wahlverfahrens zu sorgen. Dieses Gesetz basiert auf im Konsens erzielten Ergebnissen einer Arbeitsgruppe aus Experten unterschiedlicher Wirtschaftszweige sowie Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, die sämtlich einer 1998 vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung gebildeten Arbeitsgruppe angehörten.

In Unternehmen bis zu 8000 Beschäftigten wählen die Mitarbeiter ihre Aufsichtsratsmitglieder in unmittelbarer Wahl (*Urwahl*). In Unternehmen mit in der Regel mehr als 8000 Beschäftigten bleibt es bei der zeitaufwändigen *Delegiertenwahl*, sofern nicht die Mitarbeiter selbst zuvor für die *Urwahl* votiert hatten (zu den Einzelheiten vgl. Sieg, Siebels, NZA 2002, 697 ff.).

§ 33 Abs. 1 MitbestG ordnet an, dass ein Arbeitsdirektor als ordentliches Mitglied des Vorstandes zu bestellen ist. Diese Vorschrift hat – anders als § 13 Abs. 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz, wonach die Bestellung des Arbeitsdirektors nicht gegen die Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat erfolgen kann – keine eigenständige mitbestimmungsrechtliche Bedeutung. Der Arbeitsdirektor des MitbestG wird wie alle anderen Vorstandsmitglieder nach dem in § 31 MitbestG geregelten Verfahren bestellt; § 33 Abs. 2 MitbestG macht zudem klar, dass der Arbeitsdirektor wie die übrigen Vorstandsmitglieder in die Gesamtverantwortung des zur Geschäftsführung berufenen Organs eingebunden ist. Es handelt sich bei § 33 Abs. 1 MitbestG deshalb nur um eine reine Organisationsnorm, aus der sich ergibt, dass der Vorstand der unter das Mitbestimmungsgesetz fallenden AG aus mehr als nur einem Mitglied bestehen und das für das Personal- und Sozialfragen zuständige Ressort auf Vorstandsebene vertreten sein muss (so Kübler, Gesellschaftsrecht, § 32 III 5, S. 414 f.).

#### **4. BetrVG 1952**

Das BetrVG 1952 erfasst Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche in den Rechtsformen der AG, KGaA, GmbH, Genossenschaft und VVaG, sofern diese nicht bereits in den Anwendungsbereich eines anderen

Mitbestimmungsgesetzes fallen. Dabei müssen für die Anwendbarkeit des BetrVG in der AG und der KGaA mindestens 500 Arbeitnehmer und in der Genossenschaft, GmbH oder VVaG mehr als 500 Arbeitnehmer (also mindestens 501) beschäftigt sein (vgl. §§ 76, 77 BetrVG 1952).

Gemäß § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ist bei GmbHs mit mehr als 500 Arbeitnehmern ein Aufsichtsrat zu bilden.

Der Aufsichtsrat muss zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen (§ 76 Abs. 1 BetrVG 1952). Der Gesellschaftsvertrag (Satzung) kann von diesem (zwingenden) Zahlenverhältnis nicht abweichen, insbesondere auch keine paritätische Besetzung vorsehen. Auch durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann kein anderes Aufsichtsratsmodell eingeführt werden (vgl. Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 88, FN 128).

Alle Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat, darunter mindestens ein bzw. zwei Unternehmensangehörige, werden in allgemeiner, geheimer, gleicher und *unmittelbarer* Wahl von allen wahlberechtigten Arbeitnehmern gewählt; nur im Konzern ist eine Wahl durch Wahlmänner erlaubt (vgl. im einzelnen § 76 Abs. 2, Abs. 4 BetrVG 1952).

## **5. Von der Mitbestimmung nicht erfasste Unternehmen**

Alle übrigen Unternehmen bleiben von der Mitbestimmung ausgeschlossen. Das gilt demnach ohne Rücksicht auf ihre Größe für alle Unternehmen, die von (reinen) Personengesellschaften oder Einzelkaufleuten betrieben werden, sowie kraft besonderer Anordnung in §§ 81 BetrVG 1952 und 1 Abs. 4 MitbestG nicht für die „Tendenzunternehmen“.

Dazu gehören vor allem Presse- und Buchverlage sowie politische, gewerkschaftliche und kirchliche Einrichtungen.

## **6. Die Rechtsstellung des Aufsichtsrats**

Den mitbestimmten Aufsichtsräten ist zwingend die Wahl des Vertretungsorgans (Vorstand, Geschäftsführer) übertragen; § 46 Nr. 5 GmbHG, wonach die Bestellung des Geschäftsführers der Zustimmung der Gesellschafter unterliegt, gilt insoweit nicht mehr. Auch der Abschluss des Anstellungsvertrages fällt in die Kompetenz des mitbestimmten Aufsichtsrats (vgl. BGH, NJW 1984, 733). Die Zusammensetzung des Vertretungsorgans richtet sich nach den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag). Allerdings schreibt § 33 MitbestG vor, dass - außer bei der KgaA (vgl. § 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG) - als gleichberechtigtes Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmen

befugten Organs ein Arbeitsdirektor zu bestellen ist, so dass Ein-Mann-Vorstände (-Geschäftsführungen) in mitbestimmten Unternehmen nicht mehr zulässig sind.

Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat entsprechen denen der anderen Aufsichtsratsmitglieder. Sie sind von Weisungen ihrer Wähler unabhängig.

Gesellschaftsrechtliche Probleme ergeben sich insbesondere, wenn Gesellschaftsorgane Beschlüsse fassen (z.B. Satzungsänderungen), die gegen zwingende Regelungen des MitbestG als eines auf das Gemeinwohl ausgerichteten Gesetzes verstoßen. Derartige Beschlüsse sind nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig und können durch Nichtigkeitsklage (§ 249 AktG) angegriffen werden (vgl. dazu BGH NJW 1982, 1525, 1528, 1530).

Zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats ist außerdem die Überwachung der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens. Der Aufsichtsrat hat nach pflichtgemäßem Ermessen die gesamte Tätigkeit der gesetzlichen Vertreter auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überwachen und sie dementsprechend zu beraten (BGH 25.03.1991, BGHZ 114, 127). Bedeutsam ist ferner die Pflicht, ggf. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand geltend zu machen. Für die Erfüllung dieser Aufgaben sind dem Aufsichtsrat durch die Mitbestimmungsgesetze zwingende Kompetenzen und Informationsrechte zugewiesen. Diese Kompetenzen sind nach den einzelnen Unternehmensformen (also AG, GmbH, Genossenschaft, KGaA, VVaG) und Mitbestimmungsgesetzen unterschiedlich ausgestaltet.

Verwiesen sei an dieser Stelle nur auf das Recht zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) sowie auf die Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat (§ 171 AktG).

Bedeutsam ist, dass auch in der mitbestimmten GmbH die Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt ist. Für die Geschäftsordnung der Geschäftsführung ist in der GmbH die Gesellschafterversammlung zuständig. Nur wenn diese untätig bleibt, kann diese der Aufsichtsrat erstellen.

Bei allen Mitbestimmungsgesetzen kann der Aufsichtsrat Ausschüsse bilden, § 107 Abs. 3 AktG. Diesen kann er beratende oder ausführende Aufgaben auf allen Feldern seiner Tätigkeit übertragen, ohne dadurch selbst die Verantwortung für die entsprechenden Angelegenheiten zu verlieren. Der Aufsichtsrat ist – abgesehen vom zwingenden Vermittlungsausschuss gem. § 27 Abs. 3 MitbestG – grds. frei in der Entscheidung, welche Ausschüsse er bildet, wie groß diese sind und mit welchen Mitgliedern er sie besetzt.

Äußerst umstritten ist, ob und inwieweit eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in Ausschüssen des Aufsichtsrats erforderlich ist. Die

Rechtsprechung bejaht insoweit grundsätzlich die Gestaltungsfreiheit des Aufsichtsrats, die es aber nicht erlaube, das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer entgegen seinem Sinn zu unterlaufen. Daher soll der generelle Ausschluss der Arbeitnehmervertreter aus dem zentralen Personalausschuss unzulässig sein, sofern nicht ein sachlicher Grund für den Ausschluss besteht (vgl. BGH, NJW 1993, 2307 ff.; Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 91).