

## A. 9. Offene Handelsgesellschaft – OHG

### Übersicht

	Seite
A. 9.00 Gesellschaftsvertrag (ausführliches Muster) .....	407
A. 9.01 Gesellschaftsvertrag (einfaches Muster) .....	438
A. 9.10 Abtretung (Verkauf) .....	441
A. 9.11 Abtretung (Schenkung) .....	449
A. 9.12 Auflösung ohne Liquidation .....	452
A. 9.13 Auflösung mit Liquidation .....	455
A. 9.14 Ausscheiden eines Gesellschafters .....	458
A. 9.15 Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters .....	462
A. 9.16 Ausschluss eines Gesellschafters .....	465
A. 9.17 Beirat .....	469
A. 9.18 Eintritt eines Gesellschafters .....	472
A. 9.19 Firmenänderung .....	477
A. 9.20 Geschäftsführung und Vertretung (Änderung) .....	479
A. 9.21 Kündigung durch Gesellschafter .....	481
A. 9.22 Kündigung durch Privatgläubiger eines Gesellschafters (mit Fortsetzungsbeschluss) .....	482
A. 9.23 Nießbrauch .....	485
A. 9.24 Tod eines Gesellschafters .....	491
A. 9.25 Verpfändung eines Gesellschaftersanteils .....	492

### A. 9.00 Gesellschaftsvertrag (ausführliches Muster)

#### Gliederung

	Rz.	Rz.
Vertragsformular		B. Einzelerläuterungen .....
A. Grundsätzliche Anmerkungen .....	1–25	Handelsregisteranmeldung mit Anmerkungen .....
I. Wirtschaftliches Vertragsziel .....	1, 2	111–113
II. Gesellschaftsrecht .....	3–17	
III. Steuerrecht .....	18–25	

### GESELLSCHAFTSVERTRAG DER FANTASIE OHG

A. 9.00

#### § 1 Firma, Sitz

- (1) Die Firma der Gesellschaft lautet **Fantasie OHG**.
- (2) Sitz der Gesellschaft ist .....

#### § 2 Gegenstand des Unternehmens

- (1) Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ist die Entwicklung und der Vertrieb von Computersoftware. Die Gesellschaft kann auch alle Service- und Reparaturarbeiten und ähnliche Arbeiten durchführen.
- (2) Die Gesellschaft ist berechtigt, sämtliche zur Erreichung des Unternehmensgegenstandes zweckdienlichen Geschäfte durchzuführen, sich an anderen Unternehmen zu beteiligen sowie Zweigniederlassungen im In- und Ausland zu errichten.

**§ 3 Dauer, Geschäftsjahr**

(1) Die Gesellschaft beginnt am 1. 10. 20.. Sie wird auf unbestimmte Dauer errichtet.

(2) Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Das erste Geschäftsjahr ist ein Rumpfgeschäftsjahr und dauert vom 1. 10. 20.. bis 31. 12. 20..

**§ 4 Gesellschafter, Kapitaleinlagen**

(1) Unbeschränkt persönlich haftende Gesellschafter sind A, B, C und D.

(2) Die Gesellschafter haben folgende Bareinlagen zu leisten:

A € ..... = ..... % des Gesellschaftskapitals

B € ..... = ..... % des Gesellschaftskapitals

C € ..... = ..... % des Gesellschaftskapitals

D € ..... = ..... % des Gesellschaftskapitals

Gesamt ..... = 100 % des Gesellschaftskapitals

Die Einlagen sind innerhalb von 14 Tagen nach Unterzeichnung dieses Gesellschaftsvertrages zur Zahlung fällig und auf das Konto der Gesellschaft einzuzahlen.

**§ 5 Geschäftsführung und Vertretung**

(1) Zur Geschäftsführung und Vertretung ist jeder Gesellschafter allein berechtigt und verpflichtet.

(2) Maßnahmen, die über den üblichen Rahmen des Geschäftsbetriebes hinausgehen, dürfen nur mit vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder – bei Unaufschiebbarkeit – von zwei Geschäftsführern gemeinschaftlich vorgenommen werden. Dies gilt insbesondere für nachstehende Maßnahmen:

- a) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken;
- b) Eingehen von Wechselverbindlichkeiten über mehr als € 20000.– im Einzelfall und mehr als € 100000.– insgesamt;
- c) Übernahme von Bürgschaften;
- d) Eingehen von Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten im Einzelfall von mehr als € 100000.– und Überschreiten eines Gesamtbetrages an Lieferantenverbindlichkeiten von mehr als € 250000.–;
- e) Aufnahme von Gelddarlehen, sei es bei Banken oder anderwärts, von mehr als € 200000.– insgesamt, worauf etwaige Wechselverbindlichkeiten nach b) anzurechnen sind;
- f) Gründung von Filialbetrieben, Zweigniederlassungen, Übernahme von Beteiligungen an Gesellschaften gleich welcher Rechtsform, Aufnahme stiller Gesellschafter und partiarischer Darlehen gleich welcher Höhe;
- g) Abschluss und Kündigung von Lizenz-, Nutzungs- und Verwertungsverträgen;
- h) Abschluss und Kündigung von Anstellungsverträgen bei Monatsgehältern von mehr als der Beitragsbemessungsgrenze zur gesetzlichen Angestelltenversicherung;
- i) Abschluss und Kündigung von Mietverträgen über Grundstücke oder Geschäftsräume;
- j) Abschluss von Anschaffungs- und Verkaufsverträgen über Gegenstände des Anlagevermögens im Einzelwert von mehr als € 20000.– und Abschluss und Kündigung von Miet- und Leasingverträgen sowie sonstige Dauerschuldverhältnisse über Gegenstände, die bei Erwerb durch die Gesellschaft unter diese Bestimmung fallen würden; insgesamt darf ein Volumen von € 100000.– innerhalb eines 12-Monatszeitraumes nicht überschritten werden;

k) Rechtsgeschäfte aller Art zwischen der Gesellschaft auf der einen sowie den Gesellschaftern oder deren Angehörigen im Sinne des § 15 der Abgabenordnung auf der anderen Seite und Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und Unternehmen, die Gesellschaftern oder deren Angehörigen gehören oder an denen Gesellschafter bzw. deren Angehörige beteiligt sind;

l) Hingabe von nicht marktüblichen Geschenken.

(3) Das Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 HGB des nichtmitwirkenden Geschäftsführers wird auf die Fälle des Abs. 2 beschränkt, in denen zwei Geschäftsführer wegen Unaufschiebbarkeit gehandelt haben.

#### § 6 Regelung der Geschäftsführungstätigkeit

(1) Die Gesellschafter grenzen ihre Geschäftsführungsbereiche wie folgt voneinander ab:

A: Werbung, Marketing, Vertrieb

B: Technische Betriebsleistung Software

C: Technische Betriebsleistung Hardware

D: Verwaltung, Rechnungswesen, Personal

(2) Die geschäftsführenden Gesellschafter erhalten als Tätigkeitsvergütung ein monatliches Gehalt von € ....., das jeweils zum Monatsende fällig ist.

(3) Den geschäftsführenden Gesellschaftern steht jährlich ein Urlaub von ..... Wochen zu. Der Urlaub soll nur nach Absprache mit den Mitgeschäftsführern genommen werden.

(4) Im Krankheitsfall wird die Tätigkeitsvergütung für sechs Monate weitergezahlt.

(5) Ist ein Geschäftsführer ununterbrochen mindestens drei Monate infolge Krankheit oder sonstiger unverschuldeter Umstände an der Ausführung seiner Geschäftsführertätigkeit gehindert, so können die Mitgesellschafter zu Lasten seiner Tätigkeitsvergütung eine Hilfskraft einstellen. Das Monatsgehalt der Hilfskraft darf die Hälfte der letzten monatlichen Tätigkeitsvergütung des verhinderten Geschäftsführers nicht übersteigen.

(6) Weitere Einzelheiten können in einem gesonderten Dienstvertrag geregelt werden. Dabei haben alle geschäftsführenden Gesellschafter grundsätzlich Anspruch auf Gleichbehandlung.

#### § 7 Gesellschafterversammlung

(1) Die ordentliche Gesellschafterversammlung findet innerhalb eines Monats nach Aufstellung der Bilanz für das vorangegangene Geschäftsjahr statt. Außerordentliche Gesellschafterversammlungen finden statt, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

(2) Alle Gesellschafterversammlungen finden am Sitz der Gesellschaft statt, sofern sich nicht alle Gesellschafter mit der Abhaltung an einem anderen Ort einverstanden erklären.

(3) Gesellschafterversammlungen können von jedem Gesellschafter formlos unter Bekanntgabe der zu behandelnden Tagesordnungspunkte einberufen werden. Widerspricht ein Gesellschafter der formlosen Einberufung der Gesellschafterversammlung, so kann jeder Gesellschafter eine Gesellschafterversammlung durch eingeschriebenen Brief an die Gesellschafter einberufen. Zwischen der Absendung des Briefes und dem Tag der Versammlung müssen mindestens zwei Wochen liegen. Bei der Einberufung ist die Tagesordnung mitzuteilen.

(4) Die Gesellschafterversammlung ist beschlussfähig, wenn Gesellschafter anwesend oder vertreten sind, die mindestens drei Viertel aller vorhandenen Stimmen

auf sich vereinigen. Ist eine Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig, so ist unverzüglich eine weitere Gesellschafterversammlung einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden oder vertretenen Gesellschafter beschlussfähig ist. Auf diesen Umstand ist in der erneuten Ladung hinzuweisen. Für die Einberufung der weiteren Gesellschafterversammlung kann in dringenden Fällen die Ladungsfrist auf eine Woche verkürzt werden.

(5) Jeder Gesellschafter kann sich in der Gesellschafterversammlung durch einen anderen Gesellschafter oder durch eine von Gesetzes wegen zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person vertreten bzw. beraten lassen. Die Vollmacht ist schriftlich zu erteilen und in der Versammlung vorzulegen.

(6) Zu Beginn jeder Gesellschafterversammlung wird mit einfacher Mehrheit ein Versammlungsleiter gewählt. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des ältesten Gesellschafters. Der Versammlungsleiter erstellt über die Gesellschafterversammlungen ein Protokoll, von dem jeder Gesellschafter eine Kopie erhält. Das Protokoll gilt als genehmigt, wenn ihm nicht innerhalb von drei Wochen nach Erhalt widersprochen wird. Über Widersprüche eines Gesellschafters gegen das Protokoll einer Gesellschafterversammlung entscheidet verbindlich die nächste Gesellschafterversammlung.

#### § 8 Gesellschafterbeschlüsse

(1) Gesellschafterbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, sofern nicht dieser Vertrag oder das Gesetz eine andere Mehrheit vorschreiben. Die einfache Mehrheit aller abgegebenen Stimmen ist auch erforderlich, um die Durchführung einer Maßnahme nach § 5 Abs. 2 zu beschließen, der ein Gesellschafter gem. § 5 Abs. 3 widersprochen hat. In diesem Fall gilt als wirksam festgestellt, dass der Widerspruch unbeachtlich ist.

(2) Je € 1000.– auf den festen Kapitalkonten gem. § 9 Abs. 2 gewähren eine Stimme. Stimmenthaltungen gelten als nicht abgegebene Stimmen. Bei Stimmgleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt, sofern nicht dieser Vertrag etwas anderes vorschreibt.

(3) Auch ohne Einberufung einer Gesellschafterversammlung können Beschlüsse im Wege schriftlicher, telefonischer, telegraphischer oder fernschriftlicher Abstimmung gefasst werden, wenn nicht ein Gesellschafter dieser Art der Beschlussfassung unverzüglich unter Angabe von Gründen widerspricht. Die gefassten Beschlüsse sind den Gesellschaftern durch den die Abstimmung herbeiführenden Gesellschafter zu bestätigen.

#### § 9 Konten der Gesellschafter

(1) Für die Gesellschafter werden folgende Konten gebildet; Kapitalkonto I, Verlustvortragskonto, Kapitalkonto II und Privatkonto.

(2) Kapitaleinlagen der Gesellschafter gemäß § 4 werden auf Kapitalkonto I geführt. Das Kapitalkonto I ist maßgebend für die Beteiligung am Ergebnis, Vermögen und an einem evtl. Auseinandersetzungsguthaben sowie für das Stimmrecht.

(3) Verlustanteile der Gesellschafter werden auf Verlustvortragskonten gebucht.

(4) Von Gewinnanteilen der Gesellschafter werden je 25% auf Kapitalkonto II gebucht.

(5) Alle sonstigen die Gesellschafter betreffenden Buchungen, insbesondere Entnahmen, Einlagen, Gewinne (soweit diese nicht dem Kapitalkonto II oder dem Verlustvortragskonto gutgeschrieben werden), Zinsen u.ä., erfolgen auf Privatkonten.

Weist das Verlustvortragskonto einen Verlustvortrag aus, so werden 25% des Gewinnanteils so lange dem Verlustvortragskonto gutgebracht, bis dieses ausgeglichen ist; Abs. 4 bleibt unberührt.

(6) Salden auf dem Privatkonto werden mit 6% p.a. verzinst. Die Zinsberechnung erfolgt staffelmäßig; Grundlage ist der jeweilige Stand am Ersten eines jeden Kalendermonats. Gutgeschriebene bzw. belastete Zinsen auf Privatkonten stellen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander Aufwand bzw. Ertrag dar.

(7) Weist das Privatkonto zum Bilanzstichtag einen Schuldsaldo aus, so sind Gewinnanteile des betroffenen Gesellschafters, soweit sie nicht dem Kapitalkonto II oder dem Verlustvortragskonto gutzuschreiben sind, zur Auffüllung des Privatkontos zu verwenden. Reicht der Gewinnanteil hierzu nicht aus, so ist der verbleibende Schuldsaldo innerhalb von vier Wochen nach Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung von dem betroffenen Gesellschafter in bar auszugleichen.

#### § 10 Jahresabschluss

(1) Der Jahresabschluss ist als Handels- und Steuerbilanz von dem für das Rechnungswesen zuständigen geschäftsführenden Gesellschafter innerhalb von sechs Monaten seit Ende des Geschäftsjahres zu erstellen. Soweit nicht zwingende handelsrechtliche Vorschriften entgegenstehen, hat die Handelsbilanz der für Zwecke der Einkommensbesteuerung aufzustellenden Steuerbilanz zu entsprechen. Eine Abschrift ist den Gesellschaftern zusammen mit der Ladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung zuzuleiten.

(2) Der Jahresabschluss ist von der Gesellschafterversammlung festzustellen. Kommt die erforderliche Mehrheit über die Feststellung des Jahresabschlusses nicht zustande, so ist über die Wertansätze des Jahresabschlusses einzeln abzustimmen. Wird ein Ansatz des Jahresabschlusses nicht genehmigt, so ist dieser Ansatz entsprechend dem Beschluss der Gesellschafter neu festzusetzen, wenn und soweit der beschlossene Ansatz mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren ist.

(3) Wird die Steuerbilanz im Rahmen des Veranlagungsverfahrens oder auf Grund einer Außenprüfung durch das Finanzamt bestandskräftig geändert, so ist die Handelsbilanz zum nächstmöglichen Zeitpunkt an die Steuerbilanz anzupassen, sofern nicht zwingende handelsrechtliche Bestimmungen entgegenstehen.

#### § 11 Ergebnisverteilung

(1) Zur Ermittlung des zur Verteilung gelangenden Jahresergebnisses werden Tätigkeitsvergütungen sowie Pensionszahlungen an Gesellschafter oder deren Hinterbliebene als abzugsfähiger Aufwand der Gesellschaft behandelt.

(2) Zinsen für Guthaben oder Schulden auf Privatkonten werden zur Ermittlung des verteilungsfähigen Ergebnisses als Aufwand bzw. Ertrag der Gesellschaft behandelt.

(3) Das danach verbleibende Ergebnis wird nach dem Verhältnis der festen Kapitalkonten auf die Gesellschafter verteilt. Dabei wird ein sich ergebender Verlust den Verlustvortragskonten gem. § 9 Abs. 3 belastet; Gewinnanteile werden zu 25% den Kapitalkonten II (§ 9 Abs. 4) und zu 25% den Verlustvortragskonten, solange diese einen Saldo ausweisen, im Übrigen den Privatkonten gem. § 9 Abs. 5 gutgeschrieben.

#### § 12 Einlagen und Entnahmen

(1) Einlagen zum Ausgleich von Verlustvortragskonten oder Privatkonten mit negativem Saldo sind jederzeit auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu-

lässig. Solche Einlagen dürfen nicht zu einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse bei der Gewinnverteilung führen.

(2) Tätigkeitsvergütungen eines Gesellschafters können bei Fälligkeit entnommen werden.

(3) Guthaben auf den Privatkonten können nach Feststellung des Jahresabschlusses entnommen werden. Daneben kann monatlich als Abschlagszahlung auf den Gewinn des laufenden Jahres  $\frac{1}{24}$  des Vorjahresgewinns entnommen werden. Die Gesellschafterversammlung kann mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit höhere oder geringere Entnahmen zulassen. Die Gesellschafter haben selbst dafür Sorge zu tragen, dass für erforderliche Steuerzahlungen ggf. ausreichende Guthaben auf dem Privatkonto zur Verfügung stehen.

### § 13 Abtretung und sonstige Verfügungen

(1) Die Abtretung, Sicherungsabtretung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, die Bestellung eines Nießbrauchsrechts und die Einräumung einer stillen Beteiligung oder einer Unterbeteiligung ist nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln aller vorhandenen Stimmen zulässig. Hierbei ist der zur Verfügung entschlossene Gesellschafter berechtigt, mitzustimmen. Keiner Zustimmung bedarf die Abtretung usw. an Ehegatten und/oder eheliche Abkömmlinge.

(2) Will ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil oder einen Teil seines Geschäftsanteils an andere Personen als seinen Ehegatten und/oder seine Abkömmlinge veräußern, so hat er ihn unbeschadet des Abs. 4 den anderen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zum Kauf anzubieten. Das Angebot hat durch eingeschriebenen Brief an alle übrigen Gesellschafter zu erfolgen.

(3) Jeder Angebotsempfänger hat sich innerhalb einer Frist von zwei Monaten, gerechnet ab Zugang des Einschreibebriefes an ihn, zu entscheiden, ob er das Angebot annimmt oder nicht. Nimmt ein Gesellschafter das Angebot nicht an, so erhöht sich das Erwerbsrecht der übrigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalanteile. Wird das Angebot angenommen, so ist unverzüglich zwischen den Beteiligten ein Vertrag über Verkauf und Abtretung des Gesellschaftsanteils abzuschließen.

(4) Macht keiner der anderen Gesellschafter von dem Ankaufsrecht Gebrauch oder ist es für alle anderen Gesellschafter erloschen, so sind die anderen Gesellschafter verpflichtet, die nach Abs. 1 nötige Zustimmung zur Abtretung des Gesellschaftsanteils oder eines Teils des Anteils des veräußerungswilligen Gesellschafters an einen oder mehrere Dritte zu erteilen. Vorstehende Verpflichtung gilt nicht, wenn der veräußerungswillige Gesellschafter seinen Anteil oder Teile seines Anteils an dritte Personen zu für diese günstigeren Bedingungen veräußert, als er seine Anteile den anderen Gesellschaftern angeboten hat. Vorstehende Verpflichtung der anderen Gesellschafter besteht weithin nicht, wenn die Veräußerung an einen oder mehrere Dritte zu einem späteren Zeitpunkt als sechs Monate nach Absendung der Angebote an die anderen Gesellschafter gem. Abs. 2 erfolgt oder wenn gegen die Person des Erwerbers wichtige Gründe sprechen. Veräußert ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil oder einen Teil seines Gesellschaftsanteils an einen oder mehrere Dritte, obwohl die anderen Gesellschafter zu einer Zustimmung nicht verpflichtet sind und/oder eine notwendige Zustimmung nicht erteilt haben, so ist diese Veräußerung gegenüber den anderen Gesellschaftern unwirksam; insoweit steht den anderen Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht am Gesellschaftsanteil des veräußernden Gesellschafters zu.

Wird das Vorkaufsrecht nicht innerhalb von zwei Monaten seit schriftlicher Mitteilung der Veräußerung an die anderen Gesellschafter ausgeübt, so gilt die Veräuße-

zung als genehmigt. Der veräußernde Gesellschafter hat den anderen Gesellschaftern unverzüglich nach Abschluss des bzw. der Kaufverträge über seine Beteiligung die Veräußerung unter Beifügung einer Kopie des bzw. der Kaufverträge durch eingeschriebenen Brief oder gegen Empfangsbekanntnis mitzuteilen.

#### § 14 Tod eines Gesellschafters

(1) Bei Tod eines Gesellschafters scheidet dieser aus der Gesellschaft aus, die Gesellschaft wird unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt; Abs. 2 bleibt unberührt.

(2) Soweit eheliche Abkömmlinge eines verstorbenen Gesellschafters vorhanden sind, die dessen Erben werden, wird die Gesellschaft mit diesen fortgesetzt. Sind mehrere Erben vorhanden, so haben diese sich durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Die verbleibenden Gesellschafter können binnen drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem sie von der bzw. den Personen der Erben Kenntnis erlangt haben, verlangen, dass der bzw. die Erbe(n) als Kommanditist ohne Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der Gesellschaft verbleibt bzw. verbleiben. Sind mehrere Erben vorhanden, kann dieses Verlangen auf einen oder einzelne Erben beschränkt werden. Nimmt der betreffende Erbe einen dahingehenden Antrag der Mitgesellschafter nicht an, so scheidet er aus der Gesellschaft aus.

(3) Das Abfindungsguthaben von nicht in der Gesellschaft verbleibenden Erben bemisst sich nach § 17; maßgeblicher Stichtag ist der Todestag.

(4) § 139 HGB bleibt unberührt.

#### § 15 Ausschließung eines Gesellschafters

(1) Ein Gesellschafter kann mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel der Stimmen der verbleibenden Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn ein Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft schuldhaft grob verletzt hat oder wenn den übrigen Gesellschaftern eine weitere Zusammenarbeit nicht zuzumuten ist. Bei der Beschlussfassung ist der betreffende Gesellschafter nicht stimmberechtigt.

(2) Ohne dass es eines Beschlusses bedarf, scheidet ein Gesellschafter aus, wenn:

- a) über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird;
- b) er eine eidesstattliche Versicherung gem. § 807 ZPO abgibt oder gegen ihn Haft zur Abgabe dieser eidestattlichen Versicherung angeordnet wird;
- c) in seinen Gesellschaftsanteil, seinen Gewinnanteil oder sein Auseinandersetzungsguthaben die Zwangsvollstreckung betrieben wird.

(3) Das Ausscheiden gem. Abs. 2 wird wirksam im Falle

- a) des Abs. 2 Buchst. a mit der Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses;
- b) des Abs. 2 Buchst. b am Tage des ersten für die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung angesetzten Termins;
- c) des Abs. 2 Buchst. c mit Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an die Gesellschaft, wenn die Voraussetzungen des § 135 HGB vorliegen und wenn dieser nicht innerhalb von drei Monaten nach Zustellung wieder aufgehoben wird.

**§ 16 Kündigung**

(1) Das Gesellschaftsverhältnis kann von jedem Gesellschafter mit einer Frist von zwölf Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden, erstmals zum 31. 12. 20 .. Die Kündigung ist gegenüber sämtlichen anderen Gesellschaftern zu erklären. Zur Fristwahrung ist es ausreichend und erforderlich, dass der eingeschriebene Brief den Poststempel des letzten Werktages vor Ablauf des Geschäftsjahres trägt.

(2) Mit Wirksamwerden der Kündigung scheidet der kündigende Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird von den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt.

(3) In allen Fällen des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters ist der verbleibende Gesellschafter berechtigt, aber nicht verpflichtet das Geschäft ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen.

(4) Die Kündigung eines Privatgläubigers eines Gesellschafters steht der Kündigung eines Gesellschafters gleich.

**§ 17 Auseinsetzungsguthaben**

(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus oder ist ein Erbe eines Gesellschafters, der nicht Gesellschafter wird bzw. bleibt, auszubezahlen, so berechnet sich sein Auseinsetzungsguthaben nach dem Buchwert seiner Beteiligung (Summe sämtlicher für ihn bei der Gesellschaft geführter Konten gemäß §§ 4 Abs. 2, 9 Abs. 2) zuzüglich seines Anteils an den stillen Reserven der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens.

(2) Zur Ermittlung der stillen Reserven der Gesellschaft ist auf den Zeitpunkt des Ausscheidens eine Auseinsetzungsbilanz zu erstellen, in der die Vermögensgegenstände der Gesellschaft mit folgenden Werten anzusetzen sind:

- a) Grundstücke werden mit dem vom gemeindlichen Gutachterausschuss amtlich festgestellten Schätzwert angesetzt.
- b) Sonstige Vermögensgegenstände werden mit dem Mittelwert zwischen Buchwert gemäß Steuerbilanz und Verkehrswert angesetzt, höchstens jedoch mit dem Verkehrswert, wenn dieser niedriger ist als der Buchwert. Der ausscheidende Gesellschafter kann verlangen, dass der Verkehrswert auf seine Kosten von einem vereidigten Sachverständigen geschätzt wird. Der Sachverständige ist von der für die Gesellschaft zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennen.
- c) Ein selbstgeschaffener Geschäfts- oder Firmenwert und sonstige nicht bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter werden nicht berücksichtigt; dies gilt insbesondere für schwebende Geschäfte.

(3) Das nach vorstehenden Grundsätzen ermittelte Abfindungsguthaben ist vom Beginn des dem Tage des Ausscheidens folgenden Geschäftsjahres an mit 6% p. a. zu verzinsen.

(4) Sofern sich die Beteiligten nicht über eine anderweitige Regelung einigen, ist das Auseinsetzungsguthaben in fünf gleichen Jahresraten zu entrichten, von denen die Erste sechs Monate nach Beginn des dem Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters folgenden Geschäftsjahres fällig wird. Die folgenden Raten sind jeweils ein Jahr nach Fälligkeit der vorangegangenen Raten zu entrichten. Zusammen mit den Raten sind die Zinsen für den jeweils vorausgegangenen Zeitraum zu entrichten.

(5) Die die Gesellschaft fortführenden Gesellschafter sind berechtigt, die Abfindungssumme ganz oder teilweise vorzeitig zur Rückzahlung zu bringen. Außerordentliche Zahlungen erfolgen dann jeweils für Rechnung der nächsten fällig werden Rate bzw. Raten.

(6) Die die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter sind berechtigt, die Herabsetzung der jährlichen Raten und eine Hinausschiebung der Zahlungstermine zu verlangen, wenn die Liquidität der Gesellschaft durch die Zahlung der Raten gefährdet wird. Mehrere Berechtigte haben sich den Auszahlungsbetrag im Verhältnis ihrer zu tilgenden Ansprüche zu teilen. Die Zahlungen können jedoch höchstens auf zehn Jahre verteilt hinausgeschoben werden. Die Gefährdung der Liquidität ist den Berechtigten nachzuweisen.

(7) Wird der ausgeschiedene Gesellschafter von Gläubigern der Gesellschaft in Anspruch genommen, so ist er von der Gesellschaft und den verbleibenden Gesellschaftern von den Ansprüchen freizustellen.

(8) Ergibt sich ein negativer Betrag, so ist dieser innerhalb von drei Monaten nach Festsetzung vom ausgeschiedenen Gesellschafter auszugleichen.

(9) Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafter wächst den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer festen Kapitalkonten an.

#### § 18 Auflösung der Gesellschaft, Fortführung der Firma

(1) Bei Auflösung der Gesellschaft erfolgt die Liquidation durch die geschäftsführenden Gesellschafter. Der Umfang ihrer Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht wird durch die Eröffnung der Liquidation nicht verändert.

(2) Für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft gibt jeder Gesellschafter seine Einwilligung zur Fortführung der Firma.

#### § 19 Wettbewerbsverbot

(1) Jeder Gesellschafter hat die Interessen der Gesellschaft nach besten Kräften zu fördern. Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft dürfen von keinem Gesellschafter für Konkurrenzgeschäfte auf eigene oder fremde Rechnung ausgenutzt werden.

(2) Jeder Gesellschafter verpflichtet sich, während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft und auf die Dauer von zwei Jahren nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft nur mit vorheriger Zustimmung der übrigen Gesellschafter mit einer Mehrheit von drei Viertel aller Stimmen im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft tätig zu werden, sich mittelbar oder unmittelbar an Unternehmen zu beteiligen, die in einem irgendwie gearteten Konkurrenzverhältnis zur Gesellschaft stehen, oder in sonstiger Weise selbstständig oder unselbstständig für solche Unternehmen tätig zu werden. Das Wettbewerbsverbot gilt für folgendes Gebiet: .....

(3) Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot schuldet der gegen das Wettbewerbsverbot verstoßende Gesellschafter eine Vertragsstrafe in Höhe der gesamten Bezüge, Vergütungen und/oder Gewinnanteile, die ihm auf Grund seiner gegen das Wettbewerbsverbot verstoßenden Tätigkeit zustehen, mindestens jedoch € ..... für jeden angefangenen Monat des Wettbewerbsverstoßes. Zur Ermittlung der Höhe der Vertragsstrafe verpflichtet sich der gegen das Wettbewerbsverbot verstoßende Gesellschafter hiermit ausdrücklich zur Vorlage der erforderlichen Nachweise (z. B. Steuerbescheide, Berichtigungsbescheide, Betriebsprüfungsberichte, Bilanzen etc.). Die Vertragsstrafe wird der Gesellschaft geschuldet. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens sowie von Unterlassungsansprüchen durch die Gesellschaft sowie durch die Gesellschafter bleibt unberührt.

#### § 20 Güterstandsklausel

Die Gesellschafter sind verpflichtet, hinsichtlich ihrer Beteiligung an dieser Gesellschaft mit ihren Ehegatten den Ausschluss des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft zu vereinbaren. Der Abschluss des entsprechenden Ehevertrages ist der

Gesellschaft nachzuweisen. Solange der Nachweis nicht geführt ist, sind Gewinnentnahmen nur in der Höhe an den betreffenden Gesellschafter ausbezahlen, dass die Steuerlast des Gesellschafters aus der Beteiligung gezahlt werden kann. Die Höhe dieser Steuerlast unter Berechnung nach dem Durchschnittssatz ist durch Bestätigung eines Angehörigen der rechts- oder steuerberatenden Berufe nachzuweisen. Der nach den vorstehenden Bestimmungen nicht auszahlbare Teil des entnehmfähigen Gewinns ist bis zum Nachweis des Abschlusses der entsprechenden Vereinbarung auf das Kapitalkonto II des Gesellschafters zu buchen.

#### § 21 Schlussbestimmungen

(1) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Kein Gesellschafter kann sich auf eine vom Vertrag abweichende tatsächliche Übung berufen, solange die Abweichung nicht schriftlich fixiert ist.

(2) Sollten sich einzelne Bestimmungen dieses Vertrages als ungültig erweisen, so wird dadurch die Gültigkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt. In einem solchen Fall sind die Gesellschafter verpflichtet, durch Beschluss die ungültige Bestimmung durch diejenige gesetzlich zulässige Bestimmung zu ersetzen, die den Zweck der ungültigen Bestimmung, insbesondere das, was die Vertragsparteien gewollt haben, mit der weitestgehend möglichen Annäherung erreicht. Entsprechendes gilt, wenn sich bei Durchführung des Vertrages eine ergänzungsbedürftige Lücke ergeben sollte.

(3) Erfüllungsort und Gerichtsstand für sämtliche Streitigkeiten aus diesem Vertrag und über das Zustandekommen dieses Vertrages ist der Sitz der Gesellschaft, soweit dies zulässig vereinbart werden kann.

(4) Die Kosten der Gründung trägt die Gesellschaft.

### A. Grundsätzliche Anmerkungen

#### I. Wirtschaftliches Vertragsziel

- 1 Die OHG ist die **Grundform der Personengesellschaft des Handelsrechts**. Sie ist ein Zusammenschluss von mindestens zwei natürlichen oder juristischen Personen zum Betrieb eines Handelsgeschäfts oder eines landwirtschaftlichen oder sonstigen gewerblichen Unternehmens mit kaufmännischem Geschäftsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma. Die OHG findet sich im Bereich des Handels ebenso wie im industriellen Sektor. Für die OHG als traditionelle Grundform der Zusammenarbeit von Kaufleuten ist typisch, dass alle Gesellschafter ihre Arbeitskraft voll in den Dienst der Gesellschaft stellen und darüberhinaus häufig ihr besonderes Know-how in die Gesellschaft einbringen. Neben der typischerweise vollen Einbringung der Arbeitskraft ist kennzeichnend die unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mit ihrem gesamten Vermögen. Daraus ergibt sich im Allgemeinen eine starke personenrechtliche Verbundenheit und damit die Notwendigkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter untereinander. Es kommt hinzu, dass die Mitgliedschaft in der Gesellschaft grds. nicht übertragbar ist, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine Übertragung allgemein oder nur auf bestimmte Personen zulässt und dass das Vermögen der Gesellschaft den Gesellschaftern nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht, dh. kein Gesellschafter alleiniger Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sein kann.
- 2 Die persönliche, kapitalmäßige und haftungsrechtliche Bindung der Gesellschafter untereinander hat **positive** wie **negative Folgen**: Einerseits erzeugt sie eine breite

Kreditbasis und damit weitgehende Elastizität, Anpassungsfähigkeit und Krisenfestigkeit. Andererseits besteht für alle Gesellschafter ein hohes Haftungsrisiko. Die häufig engen Beziehungen und oft auch unübersichtlichen persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter untereinander können aber auch – insb. wenn es zum Streit unter den Gesellschaftern kommt oder die Zuführung von Kapital und damit möglicherweise der Beitritt neuer Gesellschafter erforderlich wird – ein schweres Hemmnis sein. Schwierige Konfliktsituationen können sich insb. im Erbfall ergeben. Die OHG ist häufig nur die Rechtsform der ersten Generation der Gesellschafter. Langfristig geht die Tendenz meist zur KG. Dies beruht schon darauf, dass jeder Erbe nach der unabdingbaren Vorschrift des § 139 HGB sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

## II. Gesellschaftsrecht

Die OHG ist eine Gesellschaft, deren **Zweck** auf den **Betrieb eines Handelsge- 3 werbes** unter gemeinsamer Firma gerichtet ist (§ 105 HGB). Die Ausübung des Gewerbebetriebs muss auf Dauer angelegt sein; eine Gelegenheitsgesellschaft ist keine OHG. **Gesellschafter** kann **jede natürliche oder juristische Person** und jede Personenhandelsgesellschaft (OHG oder KG) sowie eine unter das PartGG fallende Partnerschaft sein. Gleiches gilt für die Partenreederei und die EWIV (*Schlegelberger/K. Schmidt* HGB, § 105 Rz. 77, umstr.). Verneint wurde in der Vergangenheit die Fähigkeit der GbR, Gesellschafterin einer (anderen) Gesellschaft zu werden. Mit Urt. v. 29. 1. 2001 (NJW 2001, 1056) hat der BGH nunmehr die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR ausdrücklich anerkannt. Mit Beschl. v. 16. 7. 2001 (NJW 2001, 3121) hat er darüber hinaus ausdrücklich entschieden, dass die Außen-GbR Kommanditistin einer KG sein kann. In einem solchen Fall sind neben der GbR als solcher auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts zu der KG angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Auch ein späterer Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der GbR ist anzumelden. Für die Komplementärstellung in einer KG und damit auch die Gesellschafterstellung bei der OHG kann nichts anderes als für die Kommanditistenstellung gelten (vgl. hierzu bereits *Schlegelberger/K. Schmidt* HGB, § 105 Rz. 71 ff.; *Steinbeck* DStR 2001, 1162; *Wertenbruch* BB 2001, 737; s. nunmehr auch LG Berlin v. 8. 4. 2003, BB 2003, 1351); kritisch jedoch *MünchKomm/Ulmer* § 705 BGB Rz. 316f.). Eine ausdrückliche höchstrichterliche Klärung der Frage der Fähigkeit einer Außen-GbR als vollhaftender Gesellschafterin steht allerdings noch aus. Zu beachten ist, dass die vorstehenden Ausführungen für die reine Innengesellschaft (auch als GbR und insb. für die stille Gesellschaft) nicht gelten; eine solche kann daher weder Komplementär noch Kommanditist sein (vgl. *K. Schmidt*, aaO Rz. 79). Nach h.M. kann eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafterin sein (BGH v. 4. 5. 2003, BGHZ 68, 225, 237 mwN). Dieser Auffassung ist nach der Änderung der Rspr. zur Außen-GbR nicht mehr zuzustimmen (vgl. hierzu *K. Schmidt* aaO Rz. 78). Vgl. zur OHG allgemein auch die Übersicht bei *Geck* NWB Fach 18, 3091.

Von einer **Beteiligung Minderjähriger an einer OHG** ist vom zivilrechtlichen Standpunkt aus **abzuraten**. Inwieweit Minderjährige beim Abschluss des Vertrages durch ihre Eltern vertreten werden können (vgl. hierzu allgemein *Palandt/Diederichsen* BGB § 1629 Rz. 1 ff.), erscheint nach der Entscheidung des BVerfG v. 13. 5. 1986 (NJW 1986, 1859) fraglich. Da das BVerfG in dieser Entscheidung ausgesprochen hat, dass es mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger nicht vereinbar ist, dass Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht bei Fortführung eines erbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können, ist nunmehr zweifelhaft, ob Minderjährige bei einer Beteiligung an

einer OHG überhaupt von ihren Eltern vertreten werden können. Hält man die Beteiligung Minderjähriger und die Vertretung durch die Eltern für zulässig, so ist folgendes zu beachten:

Soweit es sich um ein Familienunternehmen handelt, an dem die Eltern selbst beteiligt sind, dürfen die Eltern das Kind nicht vertreten (§ 181 BGB). Das Kind darf auch nicht vom anderen Elternteil vertreten werden, wenn nur ein Elternteil beteiligt ist (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Eine Vertretung des Kindes durch die Eltern scheidet auch aus, wenn die Eltern zwar nicht selbst an der Gesellschaft beteiligt sind, aber andere (volljährige) Abkömmlinge (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB). In den vorgenannten Fällen muss zum Zwecke des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages ein Pfleger durch das zuständige Amtsgericht bestellt werden (BGH v. 20. 9. 1962, BGHZ 38, 31). Der Pfleger braucht lediglich zum Zwecke des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bestellt zu werden; eine Dauerpflegschaft für die Zeit der Gesellschaft ist weder erforderlich noch zulässig (BFH v. 29. 1. 1976, BStBl. II 1976, 328; BGH v. 18. 9. 1975, NJW 1976, 49). In jedem Fall bedarf der mit dem Minderjährigen geschlossene Gesellschaftsvertrag der vormundschaftgerichtlichen Genehmigung gem. § 1822 Nr. 3 BGB, sofern der Gesellschaftsvertrag den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zum Gegenstand hat. – Bei der Aufnahme von Minderjährigen ist weiter das auf einen Zeitraum von drei Monaten begrenzte Sonderkündigungsrecht des § 723 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu beachten; dies gilt allerdings nur für den Ausnahmefall, dass die Gesellschaft auf bestimmte Zeit errichtet ist.

- 5 **Besonderheiten** können sich dann ergeben, wenn **ein Gesellschafter verheiratet** ist und im gesetzlichen **Güterstand der Zugewinnngemeinschaft** lebt. In diesem Fall kann der Gesellschaftsvertrag nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten rechtswirksam abgeschlossen werden, wenn der eintretende Gesellschafter sich zur Einbringung seines ganzen oder nahezu ganzen Vermögens verpflichtet (§ 1365 BGB). Das ganze Vermögen kann auch in einem einzelnen Vermögensgegenstand (zB Grundstück) bestehen. Soweit die Eheleute nicht vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages Gütertrennung vereinbaren, kann der Ausschluss der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB in notarieller Form erfolgen. Um im Fall einer Auflösung der Ehe die Gesellschaft nicht mit einer Zugewinnausgleichsforderung zu gefährden, kann es sich darüberhinaus empfehlen, den Zugewinnausgleichsanspruch zumindest insoweit auszuschließen, als die Anteile an der Gesellschaft betroffen sind (s. Formular A. 9.00 § 20). Auch eine solche Vereinbarung bedarf notarieller Form.
- 6 Es ist weiterhin auch möglich, dass **dieselben Personen mehrere OHG** bilden und diese Gesellschaften untereinander in Rechtsverkehr treten. Jede Gesellschaft muss dann aber eine eigene Firma (Namen) haben.
- 7 Die Gesellschaft muss ein **Handelsgewerbe** unter gemeinsamer Firma betreiben. Handelsgewerbe ist nach der neuen Legaldefinition des § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. In diesen Fällen oder dann, wenn nur eigenes Vermögen verwaltet wird, ist die Gesellschaft eine OHG, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Die OHG entsteht grds. mit der Aufnahme ihrer Geschäfte; die erforderliche Eintragung im Handelsregister hat lediglich deklaratorische Wirkung, soweit das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält. Ist ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb demgegenüber nicht erforderlich oder verwaltet die Gesellschaft nur eigenes Vermögen, entsteht die OHG erst mit Eintragung in das Handelsregister, dh. die Eintragung in das Handelsregister wirkt konstitutiv. – Mit der Änderung des Kaufmannsbegriffes ist somit die Unterscheidung zwischen Muss- und Sollkaufmann entfallen, es gilt der vorstehend skizzierte einheitliche Kaufmannstatbestand. Die Rechtsfigur des Minderkaufmanns

(§ 4 HGB aF) ist ersatzlos entfallen. Hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft ist zukünftig insb. auch nicht mehr zu unterscheiden zwischen Waren-, Handelsgeschäften, Dienstleistungsgewerbe und Handwerk. Anders als nach der bisherigen Rechtslage kann ein nach § 1 Abs. 2 HGB eingetragener Gewerbetreibender, der zum Kleingewerbetreibenden geworden ist, nunmehr einer Amtslöschung erfolgreich widersprechen. Dabei soll der Widerspruch im Ergebnis ein Antrag auf Eintragung nach § 2 HGB sein (Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. 13/8444, S. 49; ebenso *Ammon DStR* 1998, 1474).

Auch **land- und forstwirtschaftliche Unternehmen** können bei Vorliegen eines 8 in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebes wie bisher in das Handelsregister eingetragen und in Form einer OHG geführt werden (§ 3 HGB). Eine Verpflichtung zur Eintragung besteht jedoch insoweit nicht.

Im Hinblick auf das Erfordernis eines gewerblichen Unternehmens können sich 9 **freiberuflich Tätige** nach wie vor im Regelfall nicht zu einer OHG zusammenschließen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Gesellschaft gewerblichen Zuschnitt hat (*Baumbach/Hopt* § 105 Rz. 3, § 1 Rz. 20). Jederzeit besteht neben der Möglichkeit der Begründung einer GbR die Möglichkeit zum Zusammenschluss in einer Partnerschaft nach dem PartGG.

**Teilrechtsfähigkeit:** Die OHG kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und 10 Verbindlichkeiten eingehen, im Grundbuch eingetragen und vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 HGB). Gleichwohl ist die OHG keine juristische Person, sondern lediglich rechtlich weitgehend selbstständig und deshalb als Übergangsform zur juristischen Person weithin den gleichen Regeln unterworfen (*Baumbach/Hopt* Einl. vor § 105 Rz. 12). Gleichwohl geht die rechtliche Verselbstständigung (§ 124 HGB) nicht soweit wie bei Kapitalgesellschaften; so kann die Personenhandelsgesellschaft bspw. nicht ihr eigener Gesellschafter sein (anders § 71 AktG, § 33 GmbHG). Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind bei der OHG die einzelnen Gesellschafter zur gesamten Hand. Es gelten insoweit die Vorschriften des BGB über die GbR (§ 105 Abs. 2 HGB, §§ 705 ff., 718–720 BGB).

**Haftung:** Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften neben der Gesellschaft als 11 selbstständiger Trägerin von Rechten und Pflichten (§ 124 HGB). die einzelnen Gesellschafter persönlich und unbeschränkt als Gesamtschuldner (§ 128 HGB). Eine Einschränkung der Haftung erfordert in jedem Einzelfall eine Vereinbarung mit dem jeweiligen Vertragspartner (RG v. 9. 5. 1927, RGZ 117, 102). Die Haftung beginnt mit Gründung der Gesellschaft bzw. im Zeitpunkt des Eintritts als Gesellschafter (§ 130 HGB). Sie erstreckt sich auf alle während der Dauer der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten, gleich aus welchem Rechtsgrund. Im Innenverhältnis können die Gesellschafter untereinander bestimmen, dass für einzelne oder für alle Geschäfte gewisse Gesellschafter überhaupt nicht oder nur in bestimmtem Umfang haften (Freistellungsanspruch gegenüber den Mitgesellschaftern).

**Nach dem Ausscheiden** eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sowie nach deren 12 Auflösung besteht die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bzw. der ehemaligen Gesellschafter fort. Die Verjährungsfrist für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bzw. der ehemaligen Gesellschafter beträgt gemäß §§ 159, 160 HGB längstens fünf Jahre und beginnt mit der Auflösung der Gesellschaft bzw. dem Ausscheiden des Gesellschafters. Maßgeblicher Stichtag ist die Eintragung der Auflösung (§ 159 Abs. 2 HGB) bzw. des Ausscheidens im Handelsregister (§ 160 Abs. 1 Satz 2 HGB). §§ 159, 160 HGB begrenzen die Nachhaftung nicht abschließend; vielmehr kommen den Gesellschaftern nach Auflösung bzw. dem Ausscheiden andere kürzere Verjährungs- und Ausschlussfristen zugute. Die Fünfjahresfrist ist damit nur eine Obergrenze (*Baumbach/Hopt* § 159 Rz. 2, § 128 Rz. 31).

Umstritten war bisher die Frage der Fortdauer der **Haftung bei Dauerschuldver-** 13 **hältnissen**, so zB insbesondere bei Miet- und Pachtverträgen oder bei Ansprüchen

aus Arbeitsverträgen. Die Novellierung des HGB durch das sog. **Nachhaftungsbegrenzungsgesetz** v. 18. 3. 1994 zu §§ 26, 28, 159 und 160 HGB hat insofern zu einer wesentlichen Verbesserung der Haftungssituation des Ausgeschiedenen bzw. ehemaligen Gesellschafters geführt. Grundsätzlich gilt die Begrenzung auf fünf Jahre nunmehr für alle Ansprüche aus der persönlichen Haftung (§§ 128ff. HGB) für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Die Bestimmung gilt insb. auch für Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung von Arbeitnehmern und Ansprüche aus sämtlichen Dauerschuldverhältnissen. Sie betrifft weiterhin Ansprüche aus Delikt (Schadensersatzansprüche). Dabei spielt es keine Rolle, ob der Anteil veräußert, wird, der Gesellschafter ausscheidet oder auch beim Ausscheiden des zweitletzten Gesellschafters eine Anwachsung beim verbleibenden letzten Gesellschafter erfolgt (BGH v. 11. 10. 1999, NJW 2000, 210).

Nach wie vor von der **Nachhaftungsbegrenzung nicht erfasst** sind Ansprüche gegen den ehemaligen Gesellschafter, die auf besonderen Rechtsgründen beruhen, zB aus eigener persönlicher Sicherung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft wie Bürgschaften (*Baumbach/Hopt* § 160 Rz. 2). Modifizierungen im Hinblick auf die geänderten Verjährungsvorschriften des BGB haben sich durch das SchuModG v. 26. 11. 2001 ergeben. Voraussetzung für das Bestehen des Anspruches gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter ist damit nun insb., dass bei Ansprüchen ein schriftliches Anerkennnis ausreicht (§ 160 Abs. 2 HGB); die gerichtliche Geltendmachung ist nicht mehr zwingend erforderlich. Bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten (zB Steuer-schulden) genügt weiterhin die Geltendmachung durch Erlass eines Verwaltungsaktes (Steuerbescheid). Gegenstandslos ist durch das Nachhaftungsbegrenzungsgesetz insb. die bisherige Rspr. zur Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG geworden, wonach der persönlich haftende Gesellschafter, der zwar Kommanditist wurde, aber zugleich Geschäftsführer der GmbH blieb, unbegrenzt weiter haftete (vgl. BGH v. 19. 5. 1983, NJW 1983, 2254 sowie v. 19. 5. 1983, NJW 1983, 2940). Zur früheren Rechtslage vgl. 2. Auflage, Rz. 13; zum zeitlichen Geltungsbereich der Vorschriften des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes v. 19. 12. 1998 vgl. §§ 35, 36 EGHGB.

- 14 Für ein **Verschulden ihrer Organe** haftet die OHG nach hM gemäß § 31 BGB (*MünchKomm/Ulmer* § 705 Anm. 215 ff.; BGH v. 8. 2. 1952, NJW 1952, 537).
- 15 **Form:** Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist formfrei; aus Beweisgründen ist Schriftform empfehlenswert. Übernimmt ein Gesellschafter die Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstücks oder eines GmbH-Geschäftsanteils, ist notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages erforderlich (§ 311 b BGB; § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag kann auch durch schlüssiges Verhalten (stillschweigend) abgeschlossen werden (BGH v. 29. 11. 1956, BGHZ 22, 244; *Baumbach/Hopt* § 105 Rz. 50).
- 16 **Abgrenzung gegenüber anderen Rechtsbeziehungen:** Von der GbR unterscheidet sich die OHG dadurch, dass sie – bei im Übrigen gleichen Voraussetzungen – ein Handelsgewerbe betreibt. Nach der Neufassung des § 105 Abs. 2 kann Gesellschaftszweck einer OHG nunmehr auch die Verwaltung eigenen Vermögens sein. Zu beachten ist allerdings, dass bei einer Vermögensverwaltungstätigkeit die Wirksamkeit der Gesellschaft im Außenverhältnis nicht bereits mit Aufnahme der Geschäfte nach außen eintritt, sondern erst mit Eintragung ins Handelsregister (§ 123 Abs. 1 und Abs. 2 HGB). Eng verwandt mit der OHG ist die KG; diese unterscheidet sich von der OHG dadurch, dass bei ihr neben einem oder mehreren persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschaftern einer oder mehrere beschränkt haftende Gesellschafter vorhanden sind.
- 17 (*frei*)

### III. Steuerrecht

Die Gesellschafter der OHG erzielen steuerlich idR **Einkünfte aus Gewerbebetrieb** iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Die Gesellschafter einer OHG sind als Mitunternehmer einzustufen, wenn die Gesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreibt. Dies ist bei einer OHG regelmäßig der Fall, soweit nicht Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft erzielt werden oder die Gesellschaft ausschließlich vermögensverwaltend tätig wird. Ein Gesellschafter ist dann nicht Mitunternehmer, wenn seine rechtliche Stellung durch den Gesellschaftsvertrag so stark beschnitten wird, dass sie mit dem typischen Leitbild eines OHG-Gesellschafters nichts mehr gemein hat (BFH v. 30. 7. 1975, BStBl. II 1975, 818). Nicht jeder, der zivilrechtlich Gesellschafter einer OHG ist, genügt den Kriterien, die den Mitunternehmer im Sinne von § 15 EStG ausmachen (BFH v. 21. 2. 1974, BStBl. II 1974, 404; v. 8. 2. 1979, BStBl. II 1979, 405).

**Steuerpflichtig** ist nicht die Gesellschaft als solche, sondern der einzelne Gesellschafter mit seinem Anteil am Gewinn bzw. Verlust der Gesellschaft. Zum Gewinn der Gesellschaft gehören auch Sonderbetriebseinnahmen und Sonderbetriebsausgaben der Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Der Gewinn bzw. Verlust und seine Verteilung auf die Gesellschafter einschließlich Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben, Veräußerungsgewinnen bei Ausscheiden sowie die Ergebnisse evtl. Ergänzungsbilanzen werden für die Gesellschaft einheitlich und gesondert festgestellt (§ 180 AO). Die Feststellung erfolgt durch Bescheid gegenüber der Gesellschaft, wobei eine Zustellung an jeden Gesellschafter nur ausnahmsweise in Betracht kommt (§ 183 AO). Einwendungen gegen den Feststellungsbescheid können nur durch eine Anfechtung dieses Bescheides erhoben werden. Die Veranlagung des Gesellschafters ist nicht mit der Begründung anfechtbar, der Feststellungsbescheid sei unrichtig (§§ 182, 351 Abs. 2 AO).

**Doppelstöckige Personengesellschaft:** Durch das StÄndG 1992 v. 25. 2. 1992 (BGBl. I 1992, 297) sind die durch Beschluss des GrS des BFH v. 25. 2. 1991 (BStBl. II 1991, 691) geschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten, wonach bspw. auf Tätigkeitsvergütungen, die ein Gesellschafter der Obergesellschaft für eine Tätigkeit bei der Untergesellschaft erhielt, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht anwendbar war, wieder eingeschränkt worden. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG steht der mittelbar über eine oder mehrere Personengesellschaften beteiligte Gesellschafter dem unmittelbar beteiligten Gesellschafter nunmehr gleich. Hierdurch ist die Entscheidung des Großen Senats des BFH teilweise überholt; zu den Einzelheiten vgl. *Schmidt* § 15 Rz. 610ff.

**Gewerbsteuer:** Die OHG selbst und nicht deren Gesellschafter ist, wenn sie einen Gewerbebetrieb unterhält, gewerbsteuerpflichtig. Dies folgt aus dem Charakter der Gewerbebesteuer als einer Objektsteuer. Unter einem Gewerbebetrieb ist gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG ein gewerbliches Unternehmen iSd. EStG, also des § 15 EStG zu verstehen. Von einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft wird vermutet, dass sie gewerblich tätig ist und damit der Gewerbsteuerpflicht unterliegt. Die Vermutung ist grds. widerlegbar. Die Gesellschaft kann im Einzelfall auch Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Kapitalvermögen oder VuV erzielen.

Die Gewerbebesteuer bleibt auch nach dem **GewStÄndG 2003** als Betriebsausgabe abzugsfähig. Auch die durch das **StSenkG 2001** eingeführte pauschalierte Anrechnung der Gewerbebesteuer auf die Einkommenssteuerschuld des Gesellschafters in Höhe des 1,8-fachen des Gewerbesteuermessbetrages bleibt weiter möglich (vgl. § 35 EStG idF des **GewStÄndG 2003**; vgl. hierzu nunmehr das ausführliche Anwendungsschreiben (BMF v. 1. 5. 2000, BStBl. I 2000, 533). Die Ermäßigung gilt erstmals für Gewinne, die aus den Wj. stammen, die nach dem 31. 12. 2000 beginnen; stimmt das Wj. mit dem Kj. überein, so kann die Ermäßigung also ab dem Jahr 2001 in Anspruch genommen werden (§ 52 Abs. 50a EStG idF des StSenkG 2001). Es erfolgt somit eine

maximale Anrechnung der Gewerbesteuer, bis die anteilige (d.h. auf die im zu versteuernden Einkommen enthaltenen gewerblichen Einkünfte entfallende) tarifliche ESt aufgebraucht ist. Durch diese Regelung werden gewerbliche Einkünfte (auch von Mitunternehmern) in erheblichem Umfang wirtschaftlich von der Gewerbesteuer entlastet. Lediglich in Gemeinden mit einem hohen Gewerbesteuerhebesatz verbleibt wirtschaftlich eine Restbelastung mit Gewerbesteuer.

- 21 b** Für **Mitunternehmerschaften** ist der Gewerbesteuer-Messbetrag und der auf die einzelnen Mitunternehmer entfallende Anteil gesondert und einheitlich festzustellen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 EStG idF des StSenkG 2001). Der Anteil eines Mitunternehmers am Gewerbesteuermessbetrag richtet sich dabei nach seinem Anteil am Gewinn der Mitunternehmerschaft nach Maßgabe des allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssels. Dies führt unter Umständen zu verzerrten Ergebnissen: Erhält bspw. nur ein Gesellschafter hohe, deutlich gegenüber den anderen Gesellschaftern abgehobene Vergütungen, so führt dies zu einer Gewerbesteuermehrbelastung. Die hieraus resultierende Anrechnung ist allen Gesellschaftern gleichmäßig nach allgemeinem Gewinnverteilungsschlüssel zuzurechnen. Sachgerechter wäre demgegenüber eine Lösung, die im Wege einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung eine Zuweisung des auf den Sonderbetriebsbereich entfallenden Gewerbesteueraufwands zu dem verursachenden Gesellschafter ermöglicht; diesem wäre dann auch die Ermäßigung zu gewähren. Im Verhältnis von Grundlagenbescheid zu Folgebescheid sind anteilige Gewerbesteuer-Messbeträge, die aus einer Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft stammen, in die gesonderte und einheitliche Feststellung einer hieran beteiligten Mitunternehmerschaft einzubeziehen (mehrstöckige Gesellschaften).
- 22** **Umsatzsteuer:** Unabhängig von der Art ihrer Einkünfte ist die OHG Unternehmer iSv. § 2 UStG und unterliegt mit ihren steuerpflichtigen Umsätzen der Mehrwertsteuer. Der Gesellschafter ist als solcher nicht Unternehmer iSd. UStG.
- 23** **Grunderwerbsteuer:** Die OHG ist besonderer Rechtsträger iSd. Grunderwerbsteuerrechts (s. hierzu *Boruttau/Egly/Sigloch* Vorb. 295 ff.; § 1 Rz. 30 ff.). Ein Wechsel im Personenstand der Gesellschaft durch Eintritt oder Austritt eines Gesellschafters unterliegt darum auch dann nicht der Grunderwerbsteuer, wenn sich im Gesellschaftsvermögen ein Grundstück befindet. Zu beachten sind allerdings die Restriktionen des § 1 Abs. 2a GrEStG. Voraussetzung ist allerdings ein Fortbestand der Gesellschaft; s. iE A. 9.18 Rz. 12.
- 24, 25** (*frei*)

## B. Einzelerläuterungen

### Zu § 1: Firma, Sitz

- 26** Gem. § 17 Abs. 1 HGB ist die **Firma** eines Kaufmanns der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Unter der Firma kann die OHG daneben klagen und verklagt werden (§§ 17, 124 BGB). Das Firmenrecht der OHG ist – entspr. den allgemeinen Grundsätzen – durch die Grundsätze der Firmenwahrheit in Form eines allgemeinen Täuschungsverbots, der Firmenklarheit (oder Firmenunterscheidbarkeit) in Form des Ausschlusses der Verwechslungsgefahr, der Firmeneinheit (*Baumbach/Hopt* § 17 Rz. 7) und der Firmenbeständigkeit gekennzeichnet. Für die Bildung der Firma der Personengesellschaften im Allgemeinen und damit auch der OHG galten bis vor kurzem recht rigide Vorschriften. Danach musste die Firma der OHG den Namen wenigstens eines der persönlich haftenden Gesellschafter und einen auf das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten. Demgegenüber lässt das neue Recht in der jetzt geltenden Fassung die freie Wahl der Firma im Rahmen der oben genannten grds. Einschränkungen zu (vgl. §§ 18, 19

HGB). Danach können auch eine Sachfirma oder eine „Fantasiefirma“ gebildet werden, die nicht dem Unternehmensgegenstand entnommen ist. Die Firma muss jetzt lediglich noch zur Kennzeichnung geeignet sein, Unterscheidungskraft besitzen und keine irreführenden Angaben enthalten. Die Aufnahme des Namens eines Gesellschafters ist nicht mehr erforderlich. Anders als bisher muss die Firma der OHG aber jetzt zwingend die Bezeichnung „Offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung (zB „OHG“) enthalten. Ist keiner der Gesellschafter eine natürliche Person, muss sich wie bisher aus der Firma darüber hinaus die Haftungsbeschränkung ergeben (§ 19 Abs. 2 HGB); zu den notwendigen Angaben auf den Geschäftsbriefen in diesen Fällen s. § 125a HGB.

Die OHG kann nur einen einzigen **Sitz** haben (*RGRK/Weipert* § 106 Anm. 2). 27 Der Sitz der Gesellschaft befindet sich am Ort der Geschäftsführung, ggf. der zentralen Geschäftsführung. Eine hiervon abweichende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist unbeachtlich (BGH v. 11. 7. 1957, WM 1957, 799). Am Ort des Sitzes ist die Anmeldung zum Registergericht vorzunehmen (§ 106 HGB).

### Zu § 2: Gegenstand des Unternehmens

Nach der bisherigen Rechtslage konnte Gegenstand einer OHG nur der Betrieb 28 eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes sein (§§ 4 Abs. 2, 105 HGB). Diese Rechtslage ist durch den neu eingefügten § 105 Abs. 2 HGB geändert. Danach kann nunmehr jede Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist, weil sie über einen vollkaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt, oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, zur OHG werden. Voraussetzung ist lediglich, dass die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen wird. Damit ist insb. klargestellt, dass die mannigfaltigen Formen der Vermögensverwaltungsgesellschaften, bei denen die Gewerbeeigenschaft und damit die Rechtsnatur als Personenhandelsgesellschaft in der Vergangenheit häufig zweifelhaft gewesen ist, handels- und registerrechtlich abgesichert werden (vgl. BT-Drs. 13/8444, S. 63).

Nach wie vor rechtlich nicht möglich ist eine Freiberufler-OHG (*Ammon* DStR 28 a 1998, 1474; *Schön* DB 1998, 1169). Demgegenüber wird die Auffassung vertreten (*K. Schmidt* NJW 1998, 2165), § 105 Abs. 2 HGB erfasse jede nichtgewerbliche Außengesellschaft. Da die Bestimmung nach ihrem Wortlaut und der Begründung nur auf die bisher nicht eintragungsfähigen Vermögensverwaltungsgesellschaften wie Immobilienverwaltungs-, Holding- und Grundbesitzgesellschaften abzielt, ist für die von *K. Schmidt* vorgeschlagene „ausdehnende Auslegung“ kein Raum. Etwas anderes gilt allerdings für den Fall, dass die Gesellschaft bzw. deren Betätigung einen gewerblichen Zuschnitt hat (vgl. Rz. 9).

### Zu § 3: Dauer, Geschäftsjahr

Die OHG wird durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages gegründet; im Innenverhältnis 29 entsteht sie mit dem Zeitpunkt, der im Gesellschaftsvertrag für den Beginn festgelegt wird, oder mangels einer solchen Bestimmung mit Abschluss des Vertrages. Im Außenverhältnis entsteht die Gesellschaft mit ihrer Eintragung im Handelsregister; betreibt die Gesellschaft jedoch ein Grundhandelsgewerbe gem. § 1 HGB, nimmt sie ihre Tätigkeit bereits vor Eintragung im Handelsregister auf, so entsteht die OHG nach außen mit dem Geschäftsbeginn (§ 123 Abs. 2 HGB). Rückwirkend ab Beginn bedeutet idR, dass zwischenzeitlich vorgenommene Geschäfte für Rechnung der Gesellschaft gehen sollen (s. hierzu BGH v. 24. 5. 1976, DB 1976, 1860).

Ist die OHG nicht Istkaufmann iSd. § 1 HGB, weil sie ein Handelsgewerbe als 30 Gewerbebetrieb betreibt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so entsteht die OHG immer erst, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist (Kannkaufmann, § 2

Satz 1 HGB). Gleiches gilt gem. § 105 Abs. 2 HGB für eine Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet. Vor Eintragung besteht in diesen Fällen eine GbR; diese kann als „OHG in Gründung“ bereits im Grundbuch eingetragen werden (BayObLG v. 24. 5. 1985, WM 1985, 1398); bei Entstehen der OHG (durch Eintragung in das Handelsregister) geht das Vermögen der GbR wegen Identität der beiden Gesellschaften ohne Einzelübertragung über.

- 31 Steuerlich beginnt die **OHG** als **Subjekt der Gewinnerzielung und -ermittlung** mit Aufnahme der Geschäftstätigkeit; eine Mitunternehmerschaft kann bereits vor oder auch ohne Abschluss eines (schriftlichen) Gesellschaftsvertrages bestehen (BFH v. 19. 2. 1981, BStBl. II 1981, 602). Die Errichtung auf unbestimmte Dauer entspricht § 132 HGB.
- 32 (*frei*)

#### Zu § 4: Gesellschafter, Kapitaleinlagen

- 33 Gemäß § 105 Abs. 1 HGB iVm. § 706 BGB können **Einlagen** alle übertragbaren Vermögenswerte sein, zB Geld, Sachen, Dienstleistungen, Good-Will, Rechte, gewerbliche Schutzrechte, Know-how etc. Art und Höhe der Einlagen sind im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Soweit im Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen nicht getroffen werden, haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten.
- 34 Bei der **Bewertung von Sacheinlagen** sind die Gesellschafter grds. frei (BGH BB 1970, 1070; Grenze: Sittenwidrigkeit, BGH v. 5. 12. 1974, WM 1975, 327 mwN). Der von den Gesellschaftern festgelegte Wert der Einlage findet seinen Niederschlag im festen Kapitalkonto. Bei besonders grobem Mißverhältnis zwischen tatsächlichem Wert der Sacheinlage und dafür auf dem Kapitalkonto gutgeschriebenem Wert kann sittenwidriges, zum Schadensersatz verpflichtendes Handeln der begünstigten Gesellschafter vorliegen (BGH v. 5. 12. 1974, BB 1975, 852). Bei Mängeln hinsichtlich der eingebrachten Sacheinlagen sind nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rspr. (BGH v. 2. 6. 1966, BGHZ 45, 338 zur Rechtsmängelhaftung bei der GmbH) die kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 459ff. BGB a.F., jetzt § 434 BGB bei der Einbringung mangelhafter Sachen in entsprechender Weise anwendbar, soweit sie mit den Besonderheiten der Einbringung einer Sacheinlage vereinbar sind. Bei **Mängeln einer zum Gebrauch überlassenen Sache** kommen die Vorschriften des Mietrechts (§§ 536ff. BGG), bei mangelhaften Dienstleistungen die Regeln des Dienstvertragsrechts mit Ausnahme der §§ 616, 617 (Verhinderung bei Krankheit) sowie § 624 BGB (Kündigungsfrist) und § 630 BGB (Zeugnis) entsprechend zur Anwendung. Insb. schuldet der Gesellschafter bei der Erbringung mangelhafter Dienste Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung. Die hM zur Gewährleistung wird zu Recht kritisiert, weil die genannten Vorschriften allein auf synallagmatische Verträge zugeschnitten sind, in denen eine Partei eine Leistung erbringt, um eine andere zu erhalten (vgl. u.a. *Staub/Ulmer* § 105 Rz. 154; *K. Schmidt* GesR § 20 III). Soweit die Einbringung von Sacheinlagen vorgesehen ist, sollten im Hinblick auf die hM klare Regeln zur Gewährleistung im Vertrag festgehalten werden.
- 35 Zur **ertragsteuerlichen Behandlung von Sacheinlagen** vgl. A. 8.00 Rz. 34.

#### Zu § 5: Geschäftsführung und Vertretung

- 36 Die Regelung der Geschäftsführung und Vertretung in Abs. 1 (Alleingeschäftsführung und Alleinvertretung jedes Gesellschafters) entspricht der gesetzlichen Regelung der §§ 114, 125 HGB. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis können vertraglich eingeschränkt werden. Gegenüber Dritten ist eine Einschränkung der Vertretungsbefugnis dergestalt möglich, dass alle oder einige Gesellschafter nur gemeinsam zur Vertretung ermächtigt sind (Gesamtvertretung, § 125 Abs. 2 HGB). Ist Gesamtvertretung durch Gesellschafter angeordnet, so kann außerdem auch Gesamtvertretung

durch einen oder mehrere Gesellschafter mit einem oder mehreren Prokuristen angeordnet werden (gemischte oder unechte Gesamtvertretung). Häufig ist die Anordnung der Vertretung durch entweder zwei Gesellschafter oder einen Gesellschafter mit einem Prokuristen (*Baumbach/Hopt* § 125 Rz. 19). Die vereinbarte Gesamtvertretung berührt nie die passive Vertretung der Gesellschaft bei der Entgegennahme von Willenserklärungen; hier gilt zwingend immer Einzelvertretung, dh. die Erklärung braucht nur einem Gesamtvertreter zuzugehen (§ 125 Abs. 2 Satz 3 HGB).

Die Vertretungsverhältnisse sind seit dem 1. 1. 2001 auf Grund gesetzwidriger Anordnung zwingend im Handelsregister einzutragen (§ 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Dies gilt sowohl für den Fall der Beibehaltung der gesetzlichen Regelung als auch den der Gesamtvertretung. Darüber hinaus ist eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam (§ 126 Abs. 2 HGB).

Vertreter iSv. §§ 125 ff. HGB können idR. nur Gesellschafter sein (**Selbstorgan** 38 **schaft**; BGH v. 5. 10. 1981, NJW 1982, 1817, str.; vgl. *Baumbach/Hopt* § 125 Rz. 5).

Die in Abs. 2 enthaltene Aufzählung von **Rechtsgeschäften**, die **nur von zwei** 39 **Geschäftsführern gemeinsam** vorgenommen werden dürfen, beinhaltet lediglich eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis, jedoch keine Beschränkung der Vertretungsbefugnis. Bei Verstoß besteht ein Unterlassungsanspruch der übrigen Gesellschafter-Geschäftsführer sowie ggf. Anspruch auf Schadensersatz.

Bei der hier vorgeschriebenen **Alleingeschäftsführung** und **Alleinvertretung** hat 40 gem. § 115 Abs. 1 HGB jeder andere geschäftsführende Gesellschafter ein Recht zum Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters.

Das **Widerspruchsrecht** nach § 115 Abs. 1 HGB ist nach dem Formular auf die 41 Fälle der Maßnahmen, die über den üblichen Rahmen des Geschäftsbetriebs hinausgehen, beschränkt, wenn ein Gesellschafterbeschluss die Maßnahme nicht deckt. Auch bzgl. des Widerspruchsrechts sind zum Gesetz abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag in weitestgehendem Umfang zulässig. Das Widerspruchsrecht kann bspw. für Geschäftsführungsmaßnahmen einzelner Gesellschafter ausgeschlossen werden (*Hueck OHG* S. 128). Es kann auch ganz ausgeschlossen werden oder nur allen oder einzelnen Geschäftsführern gegeben werden (*Schlegelberger/Gefler* § 115 Rz. 8). Zulässig ist auch die Einräumung des Widerspruchsrechts an einen Dritten (BGH v. 22. 2. 1960, LM Nr. 6 zu § 109 HGB). Schließlich kann es von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden (s. hierzu *HGB-Großkomm./Fischer* § 115 Anm. 16). Es ist auch möglich, einem Geschäftsführer stets Alleingeschäftsführungsbefugnis zu erteilen und anderen nicht. Der Widerspruch betrifft nur das Innenverhältnis, eine Außenwirkung kommt dem nicht zu (RG v. 11. 12. 1912, RGZ 81, 92; *K. Schmidt* GesR § 48 II 3a Satz 1399). Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Widerspruch des Mitgesellschafters gleichzeitig mit der Willenserklärung des Vertreters dem Dritten bekannt gegeben werden würde (RG v. 11. 12. 1912, aaO).

(frei)

42

#### Zu § 6: Regelung der Geschäftsführungstätigkeit

Die in dieser Bestimmung enthaltenen Regelungen können auch in Geschäftsführer- 43 rerverträgen mit den einzelnen Gesellschaftern enthalten sein. Sie wurden hier in das Vertragsmuster übernommen, weil erfahrungsgemäß häufig der Abschluss separater Geschäftsführerverträge unterbleibt. Die Aufnahme im Gesellschaftsvertrag ist dann nicht empfehlenswert, wenn der Gesellschaftsvertrag nur einstimmig geändert werden kann und für die Regelung der Geschäftsführungstätigkeit aus Gründen der Flexibilität eine einfachere Änderung möglich sein soll.

Der **Umfang der Geschäftsführung** (Abs. 1 der Vorschrift) bestimmt sich nach 44 den Bedürfnissen des Unternehmens, soweit der Gesellschaftsvertrag diesen nicht

näher regelt (s. hierzu *HGB-Großkomm./Fischer* § 114 Anm. 5). Zur Klarheit sind im Formular die Geschäftsbereiche aufgeteilt und einzelnen Geschäftsführern zugewiesen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass im Außenverhältnis alle Geschäftsführer für die Einhaltung der Verpflichtungen der Gesellschaft verantwortlich sind.

- 45 Die **Tätigkeitsvergütungen** sind handelsrechtlich Aufwand der Gesellschaft und mindern deren Gewinn. Es kann eine Verpflichtung dahingehend bestehen, die Tätigkeitsvergütung an veränderte Verhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter anzupassen (OLG Koblenz v. 20. 9. 1979, BB 1980, 855 mwN). Die Anpassung kann auch in einer Herabsetzung der Vergütung bestehen (*Dänzer-Vanotti* BB 1983, 999). Steuerlich sind die Tätigkeitsvergütungen Teil des gewerblichen Gewinns der Gesellschaft und den Gesellschaftern vorab zuzurechnen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG).
- 46 Da die Gesellschaft auf den Arbeitseinsatz jedes der Geschäftsführer angewiesen ist, haben die Mitgeschäftsführer bei längerer Dauer einer Verhinderung eines Geschäftsführerkollegen das Recht, auf dessen Kosten eine **Hilfskraft** anzustellen. Das Gehalt der Hilfskraft ist limitiert, um den verhinderten Geschäftsführer nicht unzumutbar zu belasten.
- 47 (*frei*)

#### Zu § 7: Gesellschafterversammlung

- 48 Die Abhaltung von Gesellschafterversammlungen ist im Gesetz nicht geregelt. Fehlt eine vertragliche Regelung, so kann jeder Gesellschafter eine Gesellschafterversammlung einberufen. Strittig ist, ob eine vorherige Bekanntgabe der Tagesordnung erforderlich ist und ob mangels Bekanntgabe einer solchen Tagesordnung eine Vertagung der Gesellschafterversammlung verlangt werden kann (*Hueck* OHG S. 164). Da es im Streitfall für die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen entscheidend auf die Rechtmäßigkeit der Einberufung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen ankommen kann, empfiehlt sich eine detaillierte Regelung im Vertrag.

#### Zu § 8: Gesellschafterbeschlüsse

- 49 Gesellschafterbeschlüsse sind in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zulässig. Nach § 119 Abs. 1 HGB sind Beschlüsse grds. einstimmig zu fassen. Demgegenüber geht das Formular in § 8 Abs. 1 von Mehrheitsbeschlüssen aus. Mehrheitsbeschlüsse sind auch dann zulässig, wenn es um Grundlagen der Gesellschaft geht, bspw. Aufnahme oder Entlassung von Gesellschaftern, Änderung des Gesellschaftszwecks sowie andere Änderungen des Gesellschaftsvertrages und Liquidation der Gesellschaft (*Baumbach/Hopt* § 119 Rz. 34f.; BayObLG v. 20. 11. 1986, BB 1987, 713). In diesem Fall muss im Gesellschaftsvertrag nach dem Bestimmtheitsgrundsatz (BGH v. 24. 11. 1975, BGHZ 66, 82 mwN; BGH v. 10. 5. 1976, DB 1976, 1324) eindeutig klargestellt werden, dass ein Mehrheitsbeschluss auch für die vorzunehmende Maßnahme zulässig sein soll. Das Formular sieht keine Berechtigung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit vor. Soll eine Änderung des Gesellschaftsvertrages mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit zulässig sein, so sind die Maßnahmen (Änderung des Gesellschaftsvertrages; Ausschließung eines Gesellschafters; Aufnahme eines Gesellschafters; Auflösung der Gesellschaft), die zulässig sein sollen, ausdrücklich einzeln aufzunehmen. Besonders ungewöhnliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz gleichwohl einer einstimmigen Beschlussfassung.
- 50 (*frei*)

#### Zu § 9: Konten der Gesellschafter

- 51 **Kapitalkonto I** (festes Kapitalkonto): Durch das feste Kapitalkonto, das der vertraglich bedungenen Einlage des Gesellschafters entspricht, wird die Beteiligung des

Gesellschaftern in einem unverändert bleibenden Verhältnis quotenmäßig festgelegt. Die darin zum Ausdruck kommende Beteiligungsquote ist maßgebend für die Beteiligung am Ergebnis und am Vermögen, für die Beteiligung an den stillen Reserven im Fall der Auseinandersetzung und für das Stimmrecht. Die Vereinbarung eines Festkapitals weicht vom gesetzlichen Leitbild ab (§ 120 Abs. 2 HGB), das von einer variablen Größe ausgeht (vgl. zu den Kapitalkonten iE *HGB-Großkomm./Fischer* § 120 Anm. 18 ff.; *Schlegelberger/Gesfeler* § 120 Anm. 13 f.).

**Verlustvortragskonto:** Die Einrichtung eines gesonderten Verlustvortragskontos dient der Vereinfachung der Feststellung jeweils aufgelaufener Verluste. Solange dieses Verlustvortragskonto einen Saldo aufweist, sind von Gewinnen je 25% dem Verlustvortragskonto gutzubringen, so dass sich die Entnahmemöglichkeit entspr. verringert. Übersteigt das Verlustvortragskonto das Kapitalkonto I und wird somit der Kapitalanteil negativ, so wird dadurch eine Nachschusspflicht der Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft nicht begründet. Im Fall der Liquidation kann sich jedoch eine Ausgleichsverpflichtung des betroffenen Gesellschaftern ergeben (*Baumbach/Hopt* § 120 Rz. 22).

**Kapitalkonto II:** Die Vereinbarung, wonach von Gewinnanteilen der Gesellschafter je 25% auf Kapitalkonto II zu verbuchen sind, soll zu einer nachhaltigen Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft führen, da insoweit der Gewinn vom Gesellschafter nicht entnommen werden kann. Die auf Kapitalkonto II gebuchten Beträge haben Einlagencharakter, sind also nicht mehr wie ein Darlehen auszahlbar.

**Privatkonto:** Während die Kapitalkonten I und II sowie das Verlustkonto bei vertragsmäßiger Durchführung stets im gleichen Verhältnis zueinander stehen müssen (Ausnahme: Gewinne werden vorläufig a.G. der Regelung des § 20 Satz 5 gutgeschrieben), ist das Privatkonto eine variable Größe, da darauf Entnahmen und freie Einlagen verbucht werden. Um dem Rechnung zu tragen, werden Guthaben und Schulden auf dem Privatkonto mit 6% p.a. verzinst. Guthaben auf dem Privatkonto sind grds. entnahmefähig.

### Zu § 10: Jahresabschluss

Nach dem Vertragsmuster erfolgt die Gewinnermittlung auf Grund einer einheitlichen Handels- und Steuerbilanz (**Einheitsbilanz**). Grds. ist von der Maßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz auszugehen (§§ 242 ff. HGB, 5 Abs. 1 EStG; zur Maßgeblichkeit s. *Schmidt/Weber-Grellet* § 5 Rz. 26 ff. mwN). Für steuerliche Zwecke ist zwischen dem Betriebsvermögen der Gesellschaft und dem Sonderbetriebsvermögen jedes Gesellschaftern zu unterscheiden. Die Steuerbilanz der Gesellschaft ist die um steuerliche Besonderheiten modifizierte Handelsbilanz. In ihr ist das zum Gesamthandsvermögen gehörende Betriebsvermögen der Gesellschaft ausgewiesen. Daneben sind für Zwecke der Besteuerung evtl. **Sonder- und Ergänzungsbilanzen** der Gesellschafter zu erstellen. In den Sonderbilanzen ist das Sonderbetriebsvermögen einzelner Gesellschafter ausgewiesen. Hierbei wird unterschieden zwischen dem **Sonderbetriebsvermögen I** (WG, die der Gesellschafter der Gesellschaft zur Nutzung überlässt) und dem **Sonderbetriebsvermögen II** (WG, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beteiligung stehen und der Beteiligung zu dienen bestimmt sind, zB Bankdarlehen zur Finanzierung der Beteiligung). Ergänzungsbilanzen sind aufzustellen, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil von einem (ausgeschiedenen) Gesellschafter erworben hat und der Kaufpreis vom steuerlichen Buchwert des Anteils abweicht. Der Mehr- oder Minderwert wird in der Ergänzungsbilanz des Erwerbers als Auf- bzw. Abstockung der Buchwerte der WG der Gesellschaft berücksichtigt. Die Steuerbilanz der Gesellschaft sowie die Sonder- und Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter bilden zusammen die Gesamtbilanz der Gesellschaft.

- 56 Die Zugehörigkeit eines WG zum **Sonderbetriebsvermögen** hat zur Folge, dass Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit diesem WG für die Ertragsbesteuerung maßgeblich sind. Verfahrensmäßig werden diese Einnahmen und Ausgaben im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung für die Gesellschaft miterfasst (§ 180 AO). Zur Behandlung der sog. doppelstöckigen Personengesellschaft vgl. Rz. 20.
- 57 Der **Jahresabschluss** ist von allen persönlich haftenden Gesellschaftern zu **unterzeichnen** (§ 245 Satz 2 HGB). Die Unterschrift aller pHG ist aber nicht Gültigkeitsvoraussetzung (*Baumbach/Hopt* § 245 Rz. 1).
- 58 Eine bestimmte **Aufstellungsfrist** ist im Gesetz nicht vorgesehen; § 243 Abs. 3 HGB schreibt lediglich die Aufstellung innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit vor. Die für kleine Kapitalgesellschaften vorgeschriebene Sechs-Monats-Frist (§ 264 Abs. 1 Satz 3 HGB) gilt jedoch grds. entspr. auch für Einzelkaufleute und Personengesellschaften und darf nur ausnahmsweise geringfügig überschritten werden (OLG Düsseldorf v. 27. 9. 1979, NJW 1980, 1292 str.; nach BFH v. 6. 12. 1983, ZIP 1984, 882 darf die Frist jedenfalls ein Jahr nicht überschreiten; s. Rspr.-Übersicht bei *Reichl* BB 1981, 708).
- 59 Die in Abs. 3 vorgesehene **Anpassung der Handelsbilanz** an Änderungen der **Steuerbilanz** auf Grund einer Betriebsprüfung entspricht der im Formular vorgesehenen Aufstellung einer Einheitsbilanz und soll vermeiden, dass bei späteren Änderungen einer Steuerbilanz künftig Handels- und Steuerbilanz auseinanderfallen.

#### Zu § 11: Ergebnisverteilung

- 60 Die Regelung, wonach Tätigkeitsvergütungen und Zinsen an Gesellschafter wie Aufwand bzw. Ertrag der Gesellschaft behandelt werden, entspricht der handelsrechtlichen Betrachtungsweise, nach der Rechtsbeziehungen zwischen einer Personengesellschaft und einem Gesellschafter anzuerkennen sind. **Tätigkeitsvergütungen** und **Zinsen** sind deshalb bei Ermittlung des zu verteilenden Ergebnisses zu berücksichtigen. Steuerlich bestehen die Einkünfte eines Gesellschafters (Mitunternehmers) aus der Gesellschaft aus seinem Anteil am Gewinn zuzüglich Sondervergütungen (Tätigkeitsvergütungen, Zinsen) abzüglich Sonderbetriebsausgaben. Zur Behandlung der sog. doppelstöckigen Personengesellschaft vgl. Rz. 20.
- 61 Soweit den Gesellschaftern einer OHG im Rahmen der Gewinnverteilungsabrede **Pensionszusagen** eingeräumt werden, ist nach der Rspr. des BFH (Urt. v. 2. 12. 1997, BFH/NV 1998, 779) im Rahmen der Gewinnermittlung die Bildung einer Pensionsrückstellung zwar zulässig, diese aber durch einen zeit- und betragsgleichen Aktivposten in der Steuerbilanz wieder auszugleichen (korrespondierende Bilanzierung). Im Rahmen der an die Stelle der Bilanzbündeltheorie getretenen Einheitsbetrachtung bei der Gewinnermittlung von Personengesellschaften sind auch im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG schuldrechtlich zwischen der Personengesellschaft und den Gesellschaftern getroffene Vereinbarungen steuerlich zu beachten. Gleiches muss dann gelten, wenn dem Gesellschafter Hinterbliebenenversorgungen für Personen zugesagt werden, die nicht Gesellschafter sind (so wohl auch *Schmidt/Seeger* § 6 a Rz. 30, 33).

Die in der Vergangenheit umstrittene Frage, ob die Wirkung der Rückstellung durch Hinzurechnung zum Gewinnanteil des begünstigten Gesellschafters im Rahmen der Sonderbilanz aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig ist (so *Sieveking* DB 1987, 1267; *ders.* DB 1988, 625) dürfte damit iSd. FinVerw. entschieden sein. Noch nicht abschließend geklärt ist aber die Frage, wem der Aktivposten zuzurechnen ist. Eine Zurechnung kommt insb. (1) anteilig in den Sonderbilanzen aller Gesellschafter in Betracht oder (2) nur in der Sonderbilanz der durch die Pensionszusage begünstigten Gesellschafter (so EStR 41 Abs. 8; vgl. auch *Schmidt* § 15 Rz. 586f. ME sprechen

überwiegende Gründe für die zu (2) erwähnte Rechtsansicht. Scheidet danach der begünstigte Gesellschafter später unter Fortbestand seiner Versorgungsanwartschaft aus der Gesellschaft aus, ist die Sonderbilanz für ihn fortzuführen; spätere Versorgungsleistungen sind hiermit zu verrechnen. Verliert er die Anwartschaft, so entsteht bei dem ausscheidenden Gesellschafter Sonderbetriebsaufwand; bei den anderen Gesellschaftern resultiert aus dem Wegfall der Rückstellung in der Steuerbilanz ein entsprechender Ertrag (so auch *Schmidt* § 15 Rz. 587; aA *J. Lang* FS L. Schmidt, 1993 S. 291, 304).

Wird ein Arbeitnehmer einer Personengesellschaft, dem eine Pensionszusage erteilt wurde, Gesellschafter, so ist die bisher gewählte Pensionsrückstellung in der Steuerbilanz der Gesellschaft nicht aufzulösen, da die Pensionszusage insoweit keine Vergütung für die Tätigkeit eines Gesellschafters ist (BFH v. 8. 1. 1975, BStBl. II 1975, 437). Die fortzuführende Pensionsrückstellung ist mit dem Barwert der zukünftigen Pensionsleistung anzusetzen (§ 6 a Abs. 3 Satz 2 EStG) und in den folgenden Jahren um die jährlichen Zinsen zu erhöhen (BMF v. 20. 12. 1977, BStBl. I 1978, 8 Rz. 85; *Schmidt/Seeger* § 6 a Rz. 31). Scheidet umgekehrt ein Mitunternehmer als Gesellschafter aus, der zugleich Arbeitnehmer der Gesellschaft gewesen ist und bleibt er Arbeitnehmer, so kann für eine ihm während der Zugehörigkeit zur Personengesellschaft erteilte Pensionszusage nunmehr eine Pensionsrückstellung gebildet werden, da die auf § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG beruhende steuerrechtliche Nichtanerkennung entfällt (BFH v. 9. 4. 1997, BStBl. II 1997, 799).

Die **Verbuchung des Ergebnisses** (Abs. 3) wiederholt nochmals die in § 9 62 (Gesellschafterkonten) getroffene Regelung.

Abweichend von der gesetzlichen Regelung, die eine Verteilung des nach Verzinsung 63 der Einlagen verbleibenden Gewinns nach Köpfen vorsieht (§ 121 Abs. 3 HGB) ist im Formular wie allgemein üblich vereinbart, dass das Ergebnis entsprechend den Beteiligungsquoten verteilt wird. Die Verlustverteilung erfolgt ebenfalls abweichend von § 121 Abs. 3 HGB entspr. den Beteiligungsquoten (Kapitalkonten I).

#### Zu § 12: Einlagen und Entnahmen

Die Regelung, wonach **Einlagen**, soweit sie nicht zum Ausgleich von Verlustvor- 64 tragskonten oder Privatkonten mit negativem Saldo verwendet werden, nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig sind, empfiehlt sich im Hinblick auf die Verzinsungspflicht von Guthaben auf dem Privatkonto.

Unabhängig vom Gewinn können die Gesellschafter ihre Tätigkeitsvergütungen 65 **entnehmen**. Darüberhinaus können lediglich 75% der Gewinnanteile zzgl. der Zinsen für Guthaben auf dem Privatkonto entnommen werden, da 25% der Gewinnanteile zur Verstärkung der Eigenkapitalbasis auf Kapitalkonto II zu verbuchen sind. Sind Verlustvortragskonten aufzufüllen, vermindert sich das Entnahmerecht auf 50% des Gewinnanteils. Dadurch soll erreicht werden, dass Entnahmen in Höhe der etwaigen Steuerbelastung auf Gewinnanteile auch dann möglich sind, wenn zuvor Verluste erwirtschaftet worden sind. Für das laufende Jahr sind Abschlagszahlungen vorgesehen.

#### Zu § 13: Abtretung und sonstige Verfügungen

Entgegen dem Wortlaut des § 719 Abs. 1 BGB ist die Übertragung eines Gesell- 66 schaftsanteils möglich, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist (s. iE *Baumbach/Hopt* § 105 Rz. 69). Die Übertragung des Anteils eines Minderjährigen bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (BGH v. 30. 4. 1955, BGHZ 17, 164). Der Umfang der auf den Erwerber übergehenden Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt sich nach der Vereinbarung zwischen Verkäufer und Erwerber. Im Hinblick auf die enge personenrechtliche Verbindung der Gesellschafter bei einer typischen OHG empfiehlt sich, die Übertragung nur unter engen Voraussetzun-

gen zuzulassen (Zustimmung entweder aller anderen Gesellschafter oder zumindest einer qualifizierten Mehrheit). Im Formular ist weiter vorgesehen, dass der abtretungswillige Gesellschafter zunächst seinen Anteil den Mitgesellschaftern im Verhältnis von deren Beteiligung zum Kauf anbieten muss. Für ein solches Vorgehen ist eine möglichst detaillierte Darstellung des einzuhaltenden Verfahrens dringend empfehlenswert.

#### Zu § 14: Tod eines Gesellschafters

- 67 **Gesellschaftsrecht:** Gem. § 131 Nr. 4 HGB aF wurde die OHG durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergab. Diese Rechtslage ist nunmehr dahingehend geändert, dass – wie bisher schon bisher bei der KG beim Tod eines Kommanditisten – die Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Schon in der Vergangenheit hatte die Kautelarpraxis den nach HGB geltenden Zustand wegen der schwerwiegenden Konsequenzen in aller Regel durch anderweitige gesellschaftsvertragliche Gestaltungen ersetzt. Eine ausdrückliche Regelung, wie im Fall des **Todes eines Gesellschafters** zu verfahren ist, ist auch nach der Gesetzesänderung dringend anzuraten. Insb. ist zu berücksichtigen, dass bei Fehlen einer entspr. Regelung ein erhebliches „Nötigungspotential“ auf Seiten der Erben besteht, weil diese hinsichtlich der ihnen zustehenden Abfindung nach den gesetzlichen Regelungen behandelt werden und insb. Teilhabe an den vollen stillen Reserven verlangen können. Auch zukünftig wird daher im Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Gesellschafternachfolge regelmäßig eine Regelung zu treffen sein, die gegenüber den erbrechtlichen Bestimmungen Vorrang hat. Hinsichtlich der **Fortführung einer Personengesellschaft** im Fall des Todes eines Gesellschafters ergeben sich entspr. der bisherigen Rechtslage im Wesentlichen **folgende Möglichkeiten:**
- Die Gesellschaft wird allein durch die verbleibenden Gesellschafter fortgeführt (**Fortsetzungsklausel bzw. Übernahmerecht** der verbleibenden bisherigen Gesellschafter unter Ausschluss der Erben).
  - Die Gesellschaft wird mit allen Erben fortgeführt (sog. **einfache Nachfolgeklausel**).
  - Die Gesellschaft wird mit einem oder einzelnen Erben fortgeführt (sog. **qualifizierte Nachfolgeklausel**).
  - Die Gesellschaft wird mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt; es besteht aber ein Eintrittsrecht eines Dritten oder bestimmter Erben (sog. **Eintrittsklausel**).
- Welche Regelung im Einzelfall zur Anwendung kommen soll, bedarf sorgfältiger Überlegung und Abstimmung mit den Beteiligten, da hiermit auch und insb. erhebliche steuerliche Konsequenzen verbunden sind (s. hierzu auch unten Rz. 73f.).
- 68 Nach der Regelung des Formulars wird im Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt; an die ausgeschiedenen Erben des verstorbenen Gesellschafters ist ein Abfindungsguthaben auszuführen. Abweichend von dieser grds. Regelung ist in Abs. 2 des Formulars festgelegt, dass Abkömmlinge eines verstorbenen Gesellschafters, die dessen Erben werden, in der Gesellschaft verbleiben. Allerdings können die anderen Gesellschafter innerhalb von drei Monaten verlangen, dass die Erben Kommanditisten werden; zur Klarstellung ist darauf hingewiesen, dass dann keine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis besteht. Widerspricht ein Erbe diesem Verlangen, so scheidet er aus der Gesellschaft aus. Umgekehrt kann jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass er Kommanditist wird (§ 139 HGB). Diese Regelung ist nicht abbedingbar, lediglich eine Beschränkung des Gewinnanteils ist möglich (§ 139 Abs. 5 HGB).
- 69 Ein **minderjähriger** Erbe wird Gesellschafter ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (BGH v. 21. 12. 1970, BGHZ 55, 269; BGH v. 28. 9. 1972, BB 1972, 1475). Seine Rechte übt der gesetzliche Vertreter, uU ein Pfleger, aus.

Die erbrechtliche **Nachfolgeklausel** für Abkömmlinge in Abs. 2 gilt im Zweifel auch für Vor- und Nacherben (*Baumbach/Hopt* § 139 Rz. 19). Der Vorerbe kann über den Anteil verfügen, aber nicht unentgeltlich (§ 2113 Abs. 2 BGB). Anfallende Gewinnanteile gebühren dem Vorerben als Nutzung iSd. § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGH v. 6. 10. 1980, BGHZ 78, 188). 70

Treten **mehrere Erben** (Abkömmlinge) anstelle des verstorbenen Gesellschafters, so werden sie es durch eine Sondererbfolge (Einzelnachfolge) außerhalb der Erbengemeinschaft nach §§ 2032 ff. BGB, da eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer OHG werden kann. Die Erben werden Gesellschafter je mit dem ihrem Anteil entspr. Teil des Gesellschaftsanteiles des Verstorbenen (BGH v. 22. 11. 1956, BGHZ 22, 192; v. 10. 2. 1977, BGHZ 68, 237; v. 4. 5. 1983, NJW 1983, 2377). Ob diese Auffassung nach der geänderten Rspr. zur GbR noch zutreffend ist und nunmehr auch die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafterin werden kann, ist noch nicht entschieden (vgl. hierzu o. Rz. 4). 71

Nach hM ist es auch zulässig, für den Todesfall aller oder bestimmter Gesellschafter einen **Abfindungsausschluss** zu vereinbaren. Es handelt sich dabei um eine vorweggenommene, auf den Todesfall bezogene gesellschaftsvertragliche Verfügung über den Anteilswert (*MünchKomm/Ulmer* § 738 Anm. 41). Ein solcher Ausschluss stellt steuerlich eine Schenkung des Gesellschaftsanteils an die Mitgesellschafter dar (s. § 7 Abs. 7 ErbStG). Zu den möglichen erbrechtlichen Nachfolge- und Eintrittsklauseln allgem. s. *Hueck* OHG S 405 ff.; *HGB-Großkomm.*/Ulmer § 239 Anm. 17. 72

**Steuerrecht: Ertragssteuer.** Nach der neuen (geänderten) Rspr. des BFH zur **Erbengemeinschaft** und **Erbaueinandersetzung** (Beschl. des GrS BFH v. 5. 7. 1990, BStBl. II 1990, 837 u. v. 5. 7. 1990, BStBl. II 1990, 847) wurde die sog. Einheitstheorie aufgegeben, und zwar in gleicher Weise für einen Nachlass nur aus Betriebsvermögen, nur aus Privatvermögen oder einen Mischnachlass. Nicht nur zivilrechtlich, sondern auch einkommensteuerrechtlich wird die Erbaueinandersetzung jetzt als Vorgang angesehen, der „dem Erbfall als selbstständigem Rechtsvorgang nachfolgt und mit diesem keine rechtliche Einheit bildet“. Die FinVerw. hat sich dieser Änderung der Rspr. angeschlossen (BMF v. 11. 1. 1993, BStBl. I 1993, 62). 73

Dies hat zur Konsequenz, dass eine **Erbengemeinschaft** von Erben eines OHG-Gesellschafters stets und ausnahmslos **gewerbliche Einkünfte erzielt**. Die Erben erlangen mit dem Erbfall die Eigenschaft als Mitunternehmer. **Setzen sich die Erben auseinander**, so erzielt der weichende Miterbe bei einer Abfindung in Geld, die die Buchwerte übersteigt, einen **Veräußerungsgewinn** (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Der übernehmende Miterbe hat **Anschaffungskosten** in Höhe der Abfindung (wegen der Einzelheiten vgl. *Schmidt/Wacker* § 16 Rz. 605 ff. mwN).

Der Formulierungsvorschlag des Formulars enthält eine sog. **qualifizierte Nachfolgeklausel** (vgl. oben Rz. 68), nach der die Gesellschaftsanteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge unmittelbar auf die ehelichen Abkömmlinge des verstorbenen Gesellschafters übergehen, soweit diese Erben werden. Die Abkömmlinge werden mit dem Erbfall Gesellschafter und übernehmen anteilig die Buchwerte des verstorbenen Gesellschafters; sonstige Erben (zB Ehegatten) werden nicht Gesellschafter. Eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen zwischen dem Ehegatten, der zwar Erbe, aber nicht Gesellschafter werden soll, und den ehelichen Abkömmlingen, erfolgt nicht. Es entstehen demzufolge **weder ein Veräußerungsgewinn** (auf Seiten des Ehegatten) **noch** zusätzliche **Anschaffungskosten** (auf Seiten der ehelichen Abkömmlinge) hinsichtlich der Gesellschaftsanteile.

Sollen nicht alle ehelichen Abkömmlinge Gesellschafter werden, so empfiehlt sich eine weitere Einschränkung der qualifizierten Nachfolgeklausel dahingehend, dass nur eine bestimmte (möglicherweise im Gesellschaftsvertrag unmittelbar bezeichnete Person) Gesellschafter wird.

Unterbleibt im Gesellschaftsvertrag eine solche qualifizierte Nachfolgeklausel, wird jedoch andererseits im Testament eine **Teilungsanordnung** dahingehend getroffen, dass nur eine der im Gesellschaftsvertrag als mögliche Nachfolger bezeichneten Personen tatsächlich Gesellschafter werden soll, so hat die Aufgabe der Einheitstheorie durch die Rspr. zur Konsequenz, dass die Übertragung des Gesellschaftsanteils von den im Gesellschaftsvertrag genannten Nachfolgern auf den testamentarisch in der Teilungsanordnung bestimmten Nachfolger einen grds. **steuerpflichtigen Veräußerungstatbestand** auslöst (§§ 16, 34 EStG). Als allgemeine **Empfehlung** ist daher folgendes festzuhalten: **Wenn** eine **steuerpflichtige Auseinandersetzung** über den Gesellschaftsanteil zwischen mehreren Miterben **vermieden werden soll**, empfiehlt sich die Aufnahme einer **qualifizierten Nachfolgeklausel** in den Gesellschaftsvertrag, durch die festgelegt wird, wer Gesellschafter wird.

Ist kein zum Verbleib in der Gesellschaft qualifizierter Erbe vorhanden (nach dem Formular bei Fehlen ehelicher Abkömmlinge), so ist der verstorbene Gesellschafter mit seinem Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden. Aus steuerlicher Sicht realisiert deshalb der Erblasser durch Aufgabe seines Mitunternehmeranteils unter Anwachsung bei den verbleibenden Gesellschaftern einen Aufgabegewinn in Höhe des Unterschieds zwischen dem Abfindungsanspruch und dem Buchwert seines Kapitalkontos im Todeszeitpunkt. Gleiches gilt hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens.

- 74 Erbschaftsteuer.** Erbschaftsteuerlich wird der Erwerb des Gesellschaftsanteils an einer gewerblich tätigen Gesellschaft als solcher von Betriebsvermögen behandelt (§ 12 Abs. 5 ErbStG iVm. §§ 95–99 BewG). Es sind der Freibetrag nach § 13a Abs. 1 ErbStG bis zu einem Wert von € 225 000.–, § 13a Abs. 1 ErbStG und daneben der Bewertungsabschlag von 35% zu gewähren. Der Erwerb des Gesellschaftsanteils bzw. des Betriebsvermögens wird dabei grundsätzlich nach der günstigsten Erbschaftsteuerklasse I besteuert (§ 19a ErbStG), wobei die Tarifentlastung für die Steuerklassen II und III auf 88% des Unterschiedsbetrages zwischen der (fiktiven) anteiligen Steuer auf Produktivvermögen nach Steuerklasse I und der anteiligen Steuer auf dieses Vermögen nach Steuerklasse II und III reduziert wird. Die steuerlichen Vorteile entfallen unter bestimmten Voraussetzungen mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit der Erwerber innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb u. a. die Anteile veräußert (§ 19a Abs. 5 ErbStG). Wird – wie im Formular vorgesehen – eine **qualifizierte Nachfolgeklausel** vereinbart, wird der Erwerb des Gesellschaftsanteils ausschließlich dem Nachfolgerben zugerechnet, diesem stehen die steuerlichen Vergünstigungen zu. Bei Vereinbarung einer **einfachen Nachfolgeklausel** werden alle Erben unmittelbar entspr. ihrer Erbquote Gesellschafter, wobei der Freibetrag gem. § 13a ErbStG und daran anknüpfend der Bewertungsanschlag insgesamt für den Erbfall gewährt wird. Der Freibetrag wird entspr. den Erbquoten auf mehrere Miterben aufgeteilt (§ 13a Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), es sei denn, der Erblasser hätte schriftlich eine anderweitige Aufteilung des Freibetrages verfügt.
- 74 a** Ist **Sonderbetriebsvermögen** vorhanden, so ist uU Folgendes zu beachten: Bei Vereinbarung der einfachen Nachfolgeklausel bleibt Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafter-Erblassers Betriebsvermögen. Dies hat zur Konsequenz, dass es im Rahmen des Freibetrages außer Ansatz bleibt und darüber hinaus der Bewertungsabschlag von 40% anzuwenden ist. Diese Rechtsfolge folgt der ertragsteuerlichen Betrachtung, wonach alle Erben unmittelbar Mitunternehmer bleiben und demzufolge auch die personelle Verflechtung hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens erhalten bleibt. Dieses fällt in den Nachlass, so dass es uU mangels entsprechender Gestaltungen an Dritte fallen kann mit der Folge, dass die WG nicht mehr zum Betriebsvermögen gehören. Der Freibetrag nach § 13a Abs. 1 ErbStG entfällt, soweit er nicht ausgeschöpft ist, der Bewertungsabschlag von 40% kommt nicht zur Anwendung. Gleiches gilt für die Besteuerung nach der Steuerklasse I bei Personen, die nicht in diese Steuerklasse fallen.

Der BFH hat dem BVerfG mit Beschl. v. 22. 5. 2002 (BStBl. II 2002, 598) die Frage vorgelegt, ob die Begünstigung u.a. des Betriebsvermögens verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält. Ob das BVerfG die Auffassung des BFH teilt, bleibt abzuwarten (BVerfG Az. 1 BvL 10/02). Die FinVerw. hat Verfügungen erlassen, wonach die Erbschaftssteueranlagen bis zur Entscheidung des BVerfG gem. § 165 AO vorläufig erfolgen sollen (vgl. Gleichlautende Ländererlasse v. 6. 12. 2001, BStBl. I 2001, 985); mit einer „Nachbelastung“ für Tatbestände, die vor der Entscheidung des BVerfG, ist schon darum nicht zu rechnen, weil aus Vertrauensschutzgründen der Steuerpflichtige nicht negativ mit den Konsequenzen einer im Nachhinein festgestellten Verfassungswidrigkeit konfrontiert werden kann und darf. **74b**

### Zu § 15: Ausschließung eines Gesellschafters

Im Gesetz ist der Ausschluss eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss nicht vorgesehen. Gem. § 140 HGB können die Gesellschafter den gerichtlichen Ausschluss eines Gesellschafters durch Klage beantragen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 133 HGB). Ausdrücklich geregelt ist in § 142 Abs. 1 Satz 2 HGB nunmehr, dass auch in einer zweigliedrigen Gesellschaft die Ausschließungsklage zulässig ist. § 140 HGB ist jedoch nicht zwingend; von der Vorschrift kann – wie im Formular – dahingehend abgewichen werden, dass ein Gesellschafter durch Beschluss der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird (bei Stimmrechtsausschluss des Auszuschließenden; s. BGH v. 20. 1. 1977, BGHZ 68, 214; *Ulmer JZ 1976, 97*). Darüberhinaus kann auch ein einseitiges Ausschlussrecht bestimmter Gesellschafter vereinbart werden. Ein Ausschluss eines Gesellschafters ohne wichtigen Grund bedarf einer unzweideutigen Vereinbarung und ist nur ausnahmsweise bei besonderen Gründen zulässig (BGH v. 20. 1. 1977, BGHZ 68, 212; v. 13. 7. 1981, NJW 1981, 2565; s. iE *Baumbach/Hopt § 140 Rz. 31; A. 9.16 Rz. 2ff.*). **75**

**Ausscheiden durch Gesellschafterkonkurs:** Nach bisheriger Rechtslage wurde durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters die Gesellschaft grds. aufgelöst. Dies ist nach der geänderten Fassung des § 131 HGB nicht mehr der Fall, eine Auflösung im Insolvenzfall erfolgt vielmehr nur noch, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft erfolgt. – Nach wie vor ist es sinnvoll, für den Fall der persönlichen Insolvenz eines Gesellschafters vorzusehen, dass dieser aus der Gesellschaft ausscheidet und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird. Diese Regelung entspricht § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB, der für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters dessen Ausscheiden mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen vorsieht. **76**

**Ausscheiden bei eidesstattlicher Versicherung:** Da die eidesstattliche Versicherung gem. § 807 ZPO häufig dem Gesellschafterkonkurs oder der Pfändung vorausgeht, wird das automatische Ausscheiden in diesem Fall vorverlegt. **77**

**Pfändung des Anteils (Abs. 2 c iVm. Abs. 3 c):** Das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters empfiehlt sich wegen § 135 HGB: Der Privatgläubiger, der die Pfändung bewirkt hat, kann sonst die Gesellschaft mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende des Geschäftsjahres kündigen. Die vertragliche vorgesehene Regelung entspricht im Grundsatz der geänderten Rechtslage nach § 131 Abs. 3 Nr. 4 HGB, wonach die Kündigung durch den Privatgläubiger des Gesellschafters mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen nunmehr zu seinem Ausscheiden – und nicht entspr. alten Rechts zur Liquidation – führt. Vorverlagert wird durch die vertragliche Regelung insb. der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Ausscheidens. Nach der gesetzlichen Regelung (§ 131 Abs. 3 Satz 2 HGB) wird das Ausscheiden im Falle der Kündigung nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist wirksam. **78**

Um ausgesprochene **Härtefälle zu vermeiden**, empfiehlt es sich, im Gesellschaftsvertrag klarzustellen, dass das Ausscheiden des Gesellschafter-Schuldners nur **79**

dann zu erfolgen hat, wenn sein Anteil auf Grund eines nicht nur für vorläufig vollstreckbar erklärten Schuldtitels gepfändet wird und ein Vollstreckungsversuch des Gläubigers in jüngerer Zeit erfolglos geblieben ist. Dies wird durch die Verweisung auf § 135 HGB erreicht. Weiterhin ist vorgesehen, dass die Folgen der Zwangsvollstreckung, die zu der Kündigung geführt haben, nicht innerhalb von drei Monaten durch den Gesellschafter-Schuldner wieder beseitigt werden, bevor der Ausschluss endgültig wirksam wird.

### Zu § 16: Kündigung

- 80 Abweichend von § 132 HGB, der eine **Kündigungsfrist** von sechs Monaten zum Ende des Geschäftsjahres vorsieht, ist im Formular die Frist auf zwölf Monate verlängert. Außerdem ist eine Mindestdauer der Gesellschaft vorgesehen, vor deren Ablauf eine Kündigung unzulässig ist. Eine Kündigung schon in den ersten Jahren der Gesellschaft kann uU als Missbrauch des Kündigungsrechts unwirksam sein (BGH v. 20. 12. 1956, BGHZ 23, 16).
- 81 Trotz der weitgehenden Vertragsfreiheit wäre ein **Ausschluss der Kündigung auf Dauer** unzulässig (Rechtsgedanke des § 723 Abs. 3 BGB, BGH v. 14. 11. 1953, BGH NJW 1954, 106). Unzulässig wäre auch eine Anordnung so gravierender wirtschaftlicher Nachteile für den Kündigenden, dass dies einem Ausschluss eines ordentlichen Kündigungsrechts gleich käme (zB durch Gestaltung des Abfindungsguthabens, s. hierzu unten Rz. 85, 87). Unzulässigkeit eines Kündigungsausschlusses führt idR nicht zur Nichtigkeit des Vertrages (§ 139 BGB), sondern zur Umdeutung in Gesellschaft auf unbestimmte Zeit mit Kündigungsrecht nach § 132 (BGH v. 14. 11. 1953, aaO).
- 82 Nach § 131 Nr. 6 HGB aF war für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vorgesehen. Entspr. der bisher schon geltenden allgemeinen Praxis ist nunmehr in § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters vorgesehen. Entspr. der in § 131 Abs. 3 Satz 2 HGB vorgesehenen Rechtslage scheidet in diesem Fall der kündigende Gesellschafter mit dem Wirksamwerden der Kündigung aus der Gesellschaft aus, diese wird unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt. Dem ausscheidenden kündigenden Gesellschafter steht das Abfindungsguthaben zu. Abweichend von der gesetzlichen Regelung, wonach die Kündigung nur für den Schluss eines Geschäftsjahres erfolgen kann und mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkt stattfinden muss, kann eine kürzere oder längere Kündigungsfrist vereinbart werden. Die Grenzen der Vertragsgestaltung bestehen insoweit darin, dass keine **übermäßig lange Bindung** vereinbart werden darf (*Baumbach/Hopt* § 132 Rz. 13). Eine feste zeitliche Grenze gibt es allerdings nicht; nach BGH v. 19. 1. 1967, WM 67, 316 sind unter bestimmten Voraussetzungen selbst 30 Jahre unbedenklich, wobei es allerdings auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.
- 83 Auch bei **Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters** soll gem. Abs. 3 des Formulars der verbleibende Gesellschafter zur Übernahme des Geschäfts ausdrücklich berechtigt sein.
- 84 Diese Regelung entspricht § 140 Abs. 1 Satz 2 HGB und wird durch das Vertragsmuster ausdrücklich auf alle Fälle des Ausscheidens erstreckt.

### Zu § 17: Auseinandersetzungsguthaben

- 85 Der Wert des Gesellschaftsvermögens setzt sich zusammen aus dem Buchwert sämtlicher Kapitalkonten und den vorhandenen stillen Reserven. Dementsprechend bemisst sich das Abfindungsguthaben eines ausscheidenden Gesellschafters nach dem Buchwert seiner Beteiligung (Summe sämtlicher für ihn geführter Kapitalkonten, also Kapitalkonten I und II, Verlustvorkonto, Privatkonto) und seinem Anteil an den Stillen Reserven der Gesellschaft entspr. seiner Beteiligungsquote, die dem Verhältnis seines

Kapitalkontos I zu den Kapitalkonten I der anderen Gesellschafter entspricht. Zur Ermittlung der stillen Reserven ist eine Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen, die im Formular bestimmte Bewertungsmaßstäbe vorschreibt. Ohne eine derartige Regelung müsste eine Bewertung des Unternehmens bei Unterstellung des Verkaufs als Einheit samt stillen und offenen Reserven einschließlich Geschäftswert erfolgen. Demgegenüber gibt das Formular den Interessen der verbleibenden Gesellschafter den Vorrang, indem nicht sämtliche stillen Reserven und diese nicht in voller Höhe aufzulösen sind. Insb. bleiben der Firmenwert sowie nicht bilanzierungsfähige immaterielle WG und schwebende Geschäfte außer Ansatz. Stille Reserven des Anlagevermögens sind nur zur Hälfte anzusetzen außer bei Grundstücken (amtlicher Schätzwert).

Generell ist bei Abfindungsklauseln folgendes zu beachten: Unproblematisch sind **86**  
**Abfindungsklauseln**, die Abfindungsguthaben in Höhe des tatsächlichen Werts einer Beteiligung vorsehen.

Bei sog. **Buchwertklauseln** sind hingegen gewisse Grenzen zu beachten. Die **87**  
Buchwertabfindungsklausel darf nicht lediglich auf den Fall beschränkt sein, dass der Gesellschafter persönlich Konkurs anmeldet oder sein Gesellschaftsanteil gepfändet wird. In diesem Fall ist in der Buchwertklausel eine einseitig die Gläubiger benachteiligende und damit unzulässige Regelung zu sehen. Buchwertklauseln sind weiter dann unzulässig, wenn sie wegen eines erheblichen Missverhältnisses zwischen Buchwert und tatsächlichem Wert die Freiheit des Gesellschafters zu einer Kündigung unvertretbar einengen (§ 723 Abs. 3 BGB; BGH v. 24. 9. 1984, DB 1985, 167; s. auch BGH v. 9. 1. 1989, NJW 1989, 2685). In der Literatur werden verschiedentlich 50% des tatsächlichen Wertes als allerunterste Grenze genannt. Eine solche pauschale Betrachtung wird jedoch häufig den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht und bietet daher allenfalls einen ersten Anhaltspunkt für die Bewertung. Eine gesellschaftsvertragliche Abfindungsklausel, die eine unter dem wirklichen Anteilswert liegende Abfindung vorsieht, wird insbesondere auch nicht deswegen wirksam, weil sie infolge eines im Laufe der Zeit eingetretenen groben Missverhältnisses zwischen dem Betrag, der sich auf Grund der vertraglichen Vereinbarung ergibt, und dem wirklichen Anteilswert geeignet ist, das Kündigungsrecht des Gesellschafters in tatsächlicher Hinsicht zu beeinträchtigen. Entspricht in solchen Fällen die vorgesehene Abfindung dadurch nicht mehr den aktuellen Umständen, dass eine ursprünglich wirksame Abfindungsklausel sich dadurch als untragbar erweist, dass sich Abfindungsanspruch und tatsächlicher Anteilswert im Laufe der Jahre immer weiter voneinander entfernen haben, so sind diese so entstandenen Lücken in Gesellschaftsverträgen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, dass die Grundzüge des konkreten Vertrages „zu Ende gedacht“ werden. Im Ergebnis wird danach in solchen Fällen ein Mittelwert zwischen Buchwert und tatsächlichem Wert anzusetzen sein (vgl. BGH v. 20. 9. 1993, DB 1993, 2275 und v. 24. 5. 1993, DB 1993, 1614).

**Besonderheiten im Todesfall:** Für den Fall des Todes eines Gesellschafters kann **88**  
der Gesellschaftsvertrag einen völligen Abfindungsausschluss für den nicht eintretenden Erben des verstorbenen Gesellschafters wirksam vorsehen. Der Anteil des Gesellschafters geht dann an die Mitgesellschafter, an einzelne von ihnen oder aber an Dritte (BGH v. 14. 7. 1971, WM 1971, 1339). Eine solche Vereinbarung setzt jedoch voraus, dass sie gleichmäßig für alle Gesellschafter gilt. Unter diesen Voraussetzungen ist sie auch keine Schenkung (umstr., *Meinicke* ErbStG, § 7 Rz. 149).

Vgl. zu den Besonderheiten im Todesfall iÜ Rz. 67 ff. und A. 9.24 Rz. 1 ff.

Der unbeschränkten Haftung aller Gesellschafter entspricht es, dass ein ausscheiden- **89**  
der Gesellschafter in dem Fall, dass der Buchwert seiner Beteiligung zzgl. des Anteils an den stillen Reserven negativ ist, zum **Nachschuss verpflichtet** ist.

**Befreiung von Verbindlichkeiten (Abs. 7):** Gem. § 159 HGB haftet ein ausge- **90**  
schiedener Gesellschafter noch fünf Jahre nach seinem Ausscheiden für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. iE Rz. 12f.). Gem. § 105 Abs. 2 HGB iVm. § 738 BGB

ist der ausgeschiedene Gesellschafter im Innenverhältnis von den Schulden der Gesellschaft, für die er gem. § 128 HGB persönlich haftet, freizustellen (zur Haftung für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen s. Rz. 13). Dies würde bedeuten, dass die Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Gläubiger zu befriedigen oder mit diesen eine befreiende Schuldübernahme zu vereinbaren hat. Um dieses Verfahren zu vermeiden ist im Formular vorgesehen, dass die Freistellung erst dann zu erfolgen hat, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter von Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen wird.

- 91 **Anwachsung (Abs. 9):** Die Bestimmung entspricht § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 92 Soweit das **Abfindungsguthaben** des ausscheidenden Gesellschafters den Buchwert seiner Beteiligung übersteigt, erzielt er einen **Veräußerungsgewinn** gem. § 16 EStG, der nach Abzug evtl. Freibeträge gem. Abs. 4 dieser Vorschrift der ESt zu einem begünstigten Steuersatz unterliegt (§ 34 EStG). Gewerbesteuer fällt nicht an (hM, Abschn. 38 Abs. 3 Satz 1 GewStR; nach zutreffender Auffassung des FG Berlin (Urt. v. 16. 2. 2000, DStRE 2000, 807, Rev. VIII R 7/01), gilt dies auch für den Teil der Veräußerungsgewinne, die wegen § 16 Abs. 2 Satz 3 EStG einkommenssteuerlich als laufender Gewinn gelten).
- 93 (*frei*)

#### Zu § 18: Auflösung der Gesellschaft, Fortführung der Firma

- 94 Die Bestellung sämtlicher geschäftsführender Gesellschafter zu Liquidatoren entspricht § 146 Abs. 1 HGB. Abweichend von der gesetzlichen Regelung in § 150 Abs. 1 HGB sind die Liquidatoren nach dem Formular einzeln vertretungsberechtigt. S. auch A. 9.13 Rz. 3.
- 95 Die **Liquidatoren** und ihre Vertretungsmacht sind von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; anmeldepflichtig sind sämtliche Gesellschafter (§ 148 HGB).
- 96 **Firmenfortführung** bei Ausscheiden: Gem. § 24 Abs. 2 HGB bedarf es bei Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben. Die Einwilligung wird in Abs. 2 generell erteilt. Der BGH räumt dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter großes Gewicht ein (BGH v. 9. 1. 1989, DB 1989, 717). Zum Ausscheiden des letzten Gesellschafters vgl. A. 9.14 Rz. 8.

#### Zu § 19: Wettbewerbsverbot

- 97 Für die Dauer der Beteiligung eines Gesellschafters enthalten die §§ 112, 113 HGB ein gesetzliches Wettbewerbsverbot. Es ist Ausfluss der Treuepflicht. Dieses Wettbewerbsverbot wird im Formular für die Dauer von zwei Jahren nach Ausscheiden erweitert. Die Wirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist nicht von der Zahlung einer Karenzentschädigung abhängig, da die §§ 74 ff. HGB für den Gesellschafter nicht gelten.
- 98 Die in Abs. 3 des Formulars festgelegten Rechtsfolgen eines Wettbewerbsverstoßes entsprechen im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend § 113 HGB mit der Ausnahme, dass eine Vertragsstrafe in vereinbarter Mindesthöhe zu zahlen ist.
- 99 **Steuerlich** sind Zahlungen des gegen das Wettbewerbsverbot verstoßenden Gesellschafters an die Gesellschaft bei dem Gesellschafter Sonderbetriebsausgaben, bei der Gesellschaft Betriebseinnahmen.

#### Zu § 20: Güterstandsklausel

- 100 Die Verpflichtung zum Ausschluss des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft hinsichtlich der Gesellschaftsbeteiligung soll verhindern, dass bei Ehescheidung eines Gesellschafters gegen diesen uU erhebliche **Zugewinnausgleichsansprüche** geltend

gemacht werden, die der betroffene Gesellschafter nur durch erhöhte Entnahmen aus der Gesellschaft befriedigen könnte. Ob und inwieweit eine solche Bestimmung durchsetzbar ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden.

In **erbschaftsteuerlicher Hinsicht** zu beachten ist allerdings, dass mit der Vereinbarung einer Güterstandsklausel den Gesellschaftern die Möglichkeit genommen wird, bei Übergang von Gesellschaftsanteilen an den Ehegatten in den Genuss der Vergünstigung des § 5 ErbStG zu kommen. Nach dieser Bestimmung unterliegt der Zugewinn des überlebenden Ehegatten nicht der Erbschaftsteuer. Während es in der Vergangenheit möglich war, durch Ehevertrag den Güterstand der Gütertrennung auch mit steuerlicher Wirksamkeit rückwirkend ab Eheschließung durch Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft aufzuheben, gilt nach jetziger Rechtslage in steuerlicher Hinsicht, dass Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes der Tag des Vertragsabschlusses ist (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG). Insoweit bedarf die Vereinbarung der (zivilrechtlich häufig sinnvollen) Güterstandsklausel unter steuerlichen Überlegungen uU einer Überprüfung. Zu berücksichtigen in diesem Zusammenhang ist allerdings auch, dass für die Gesellschaftsanteile ein Freibetrag in Höhe von € 225 000.–, § 13 a Abs. 1 ErbStG und ein 35%-iger Bewertungsabschlag gilt (§ 13 a ErbStG). – Zu berücksichtigen wird in Zukunft allerdings sein, ob die geltende Rechtslage verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält (vgl. Rz. 74a)

(frei)

102–110

### Handelsregisteranmeldung

A. 9.00a

**An das**

**Amtsgericht**

**– Registergericht –**

**Betrifft: A, B & Co. OHG mit dem Sitz in .....**

#### Neuanmeldung

**Zur Eintragung in das Handelsregister wird angemeldet:**

**Wir, die Unterzeichnenden A, B, C und D haben eine offene Handelsgesellschaft gegründet. Die Firma der Gesellschaft lautet:**

#### Fantasie OHG.

**Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ist die Entwicklung und der Vertrieb von Computer-Software und der zugehörigen Hardware. Die Gesellschaft hat am ..... begonnen und hat ihren Sitz in ..... Die Geschäftsräume befinden sich in der .....-straße.**

**Jeder Gesellschafter ist allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Zur Aufbewahrung bei Gericht zeichnen wir die Firma nebst unserer Namensunterschriften wie folgt:**

.....  
**(Namenunterschriften A, B,  
 C und D unter Angabe der Firma)**

### Anmerkungen

Gem. § 106 iVm. § 14 HGB ist die Gründung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung muss unverzüglich nach Aufnahme des Geschäftsbetriebs erfolgen; sie kann schon vorher erfolgen, wenn die Gesellschaft bereits entstanden ist (*Baumbach/Hopt* § 106 Rz. 5).

## A. 9.01

Offene Handelsgesellschaft – OHG

Gem. § 106 Abs. 2 HGB **muss** die **Anmeldung enthalten**:

- den Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort jedes Gesellschafters;
- die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;
- den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat;
- die Vertretungsmacht der Gesellschafter.

**112** Gem. § 24 Abs. 2 Handelsregisterverordnung ist daneben darauf hinzuwirken, dass bei den Anmeldungen auch der **Geschäftszweig**, soweit er sich nicht aus der Firma ergibt, und die **Lage der Geschäftsräume** angegeben werden. Um Verzögerungen bei der Eintragung zu vermeiden, sind diese Angaben daher im Rahmen der Anmeldung zu machen.

**113** Gem. § 108 Abs. 1 HGB ist die Anmeldung **von allen Gesellschaftern zu bewirken**, auch wenn sie nicht vertretungsbefugt sind. Die vertretungsberechtigten Gesellschafter haben gem. § 108 Abs. 2 HGB ihre Namensunterschrift unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung beim Handelsregister zu zeichnen. Die Angabe, dass jeder Gesellschafter allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, entspricht der gesetzlichen Regelung des § 125 Abs. 1 HGB; die Vertretungsmacht ist nunmehr in jedem Fall anzumelden.

Die Anmeldung bedarf gem. § 12 Abs. 1 HGB der **öffentlichen Beglaubigung**.

### A. 9.01 Gesellschaftsvertrag (einfaches Muster)

#### Gliederung

	Rz.
Vertragsformular	
A. Grundsätzliche Anmerkungen .....	1
B. Einzelerläuterungen .....	2–15
Handelsregisteranmeldung	

#### A. 9.01

### GESELLSCHAFTSVERTRAG DER FIRMA A & B OHG

#### § 1 Firma, Sitz

(1) Die Firma der Gesellschaft lautet

**A & B OHG.**

(2) Sitz der Gesellschaft ist .....

#### § 2 Gegenstand des Unternehmens

(1) Gegenstand des Unternehmens ist der Einzelhandel mit Lebensmitteln aller Art.

(2) Die Gesellschaft ist berechtigt, sämtliche zur Erreichung des Unternehmensgegenstandes zweckdienlichen Geschäfte durchzuführen.

#### § 3 Dauer, Geschäftsjahr

(1) Die Gesellschaft wird zum ..... auf unbestimmte Dauer errichtet.

(2) Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

#### § 4 Einlagen

(1) Die Gesellschafter A und B haben eine Bareinlage in Höhe von jeweils € ..... zu leisten.

(2) Die Einlagen sind innerhalb von 14 Tagen nach Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages zur Zahlung fällig und auf das Konto der Gesellschaft einzuzahlen.