

Vortragsvorlage

erarbeitet für einen Vortrag von

RA Dr. Thomas Wülfing vor der Industrie- und Handelskammer Schwerin im Sommer 1990¹

Im Zivilrecht versteht man (mit Ausnahme der Einmann - GmbH) unter Gesellschaften im weitesten Sinne Verbände, zu denen sich mehrere Personen zur Verfolgung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks in rechtsgeschäftlicher Form zusammengeschlossen haben. Für eine marktwirtschaftliche Industriegesellschaft ist diese Form privater Kooperation typisch. Sie ermöglicht eine flexible Organisation wirtschaftlicher Vorgänge (Produktion, Distribution) in einer Weise, bei der nicht ein Staat die ökonomischen Entscheidungen trifft, sondern die Vielzahl der einzelnen Marktbürger.

Vorliegender Entwurf soll die rechtliche Bedeutsamkeit von privaten Verbänden im Wirtschaftsleben herausstellen. Er behandelt zunächst die spezifisch zivilrechtlich geprägte Weise der Gründung einer Gesellschaft (I.). Dann werden verschiedene Gesellschaftsformen dargestellt, wobei ausführlich auf die AG eingegangen wird (II.). Dabei wird das Innenleben der einzelnen Gesellschaften sogleich mitbehandelt. Daran schließt sich ein wichtiger Aspekt jeder privatwirtschaftlicher Kooperation an, die Buchführung und Rechnungslegung (III.). Letztere wird im Hinblick auf die besonderen kaufmännischen Pflichten der Kapitalgesellschaften, namentlich der AG, erläutert. Schließlich wird die handelsrechtliche Überformung privater Rechtsgeschäfte, die verschiedene Unternehmen miteinander eingehen, geschildert. Dabei steht der Handelskauf im Mittelpunkt (IV.).

¹ Anmerkungen 2003: Das (Gesellschafts-)Recht war in den vergangenen Jahren starken Wandlungen, insbesondere durch den Gesetzgeber (vgl. nur das HRefG von 1998) und der Rechtsprechung (z.B. zur GbR) unterworfen. Gleichwohl ist vieles in diesem Vortrag auch unter dem neuen Recht noch immer zutreffend. Änderungen gegenüber der Rechtslage von 1990 sind in Fußnoten angegeben. Diese enthalten auch weitere Anmerkungen zum Vortrag.

I. Die Gründung einer Gesellschaft

Zur Gründung von privaten Verbänden ist stets ein Rechtsgeschäft erforderlich. Je nach Rechtsform bedarf es zur Entstehung noch weiterer Akte: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die stille Gesellschaft (stG) entstehen schon mit dem Gesellschaftsvertrag, oHG und KG im Außenverhältnis erst mit der Eintragung ins Handelsregister, § 123 HGB, oder, falls der Geschäftsbetrieb bereits vor Eintragung aufgenommen wird, mit ihm.

Juristische Personen bedürfen dagegen (zusätzlich) der konstitutiven Eintragung, vgl. insbes. § 41 Abs. 1 AktG, § 11 Abs. 1 GmbHG. Deshalb tritt bei ihnen in der Phase zwischen Gründung und Eintragung, in der ja häufig schon Geschäfte getätigt werden müssen, das Problem der Vorgesellschaft auf. Ihre Rechtsnatur ist umstritten: Teils wird sie als GbR angesehen, teils ihr ein eigener Rechtsformcharakter bescheinigt. Jedenfalls besteht für die Gesellschafter im Gründungsstadium die Gefahr, für die im Namen der Gesellschaft vor Eintragung begründeten Verbindlichkeiten persönlich haften zu müssen, zum Ganzen eingehend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht 1986, S. 232ff. m. w. N.²

Bei den Gesellschaftsverträgen müssen je nach Rechtsform auch Formvorschriften beachtet werden: Während für die Gründung von Personengesellschaften Formfreiheit gilt, bedarf es bei der AG und GmbH der notariellen Beurkundung, § 23 Abs. 1 AktG, § 2, S. 1 GmbHG.

Im Gesellschaftsrecht ist die Vertragsfreiheit durch den Typenzwang eingeschränkt. Die gesellschaftsrechtliche Praxis muß zum einen aus einem numerus clausus (n. c.) von Rechtsformen wählen, die sich nach objektiven Kriterien bestimmen. Daraus folgt zum zweiten, daß

² Vgl. jetzt K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 290ff.

nicht der subjektive Wille der Gründer darüber befindet, welche Gesellschaftsart vorliegt; vielmehr entscheiden die vorliegenden objektiven Kriterien darüber, welcher Typ gegeben ist. Wenn z. B. zwei Bauunternehmer sich zu einer "ohG" zusammenschließen, so liegt wegen § 1 HGB lediglich eine GbR vor, weil das Baugewerbe nicht dem Kaufmannsbegriff unterfällt.³ Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit dient dem Interesse des Verkehrsschutzes insbesondere der Gläubiger. Sie müssen sich auf klare Verhältnisse verlassen können, wie es gerade bei Kapitalgesellschaften, namentlich der AG, und Publikumsgesellschaften wichtig ist. Zumindest müssen die Gläubiger aber durch die (persönliche) Haftung der Gesellschafter geschützt sein, die bei den Personengesellschaften im Vordergrund steht.

Die Vertragsfreiheit wird auch durch weitere zwingende gesetzliche Einzelregelungen der inhaltlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages beschränkt. Sie dienen häufig dem Schutz der (Minderheits-) Gesellschafter vor der Verbands- bzw. Mehrheitsmacht.

Bei der Wahl einer bestimmten Rechtsform sind sowohl betriebswirtschaftliche als auch unternehmensrechtliche Faktoren bestimmend: Einige Entscheidungskriterien seien vorweg angeführt: Zu klären ist namentlich, ob die Gesellschafter beschränkt oder unbeschränkt haften wollen. Wichtig ist auch die Frage der Organisationsstruktur der Gesellschaft: Sollen außenstehende Dritte die Geschäfte führen, muß eine Körperschaftsform gewählt werden. Steuer- und Kostenbelastungen, die aus der jeweiligen Rechtsform folgen, sind ebenfalls zu analysieren: Dabei sind einmalig entstehende Kosten z. B. der Gründung bzw. Umwandlung ebenso zu berücksichtigen wie laufende, z. B. Steuern. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Auch die Weise, in der das Kapital aufgebracht werden kann/muß, entscheidet mit:

³ Das Beispiel ist überholt: Nach dem neuen (1998) § 1 Abs. 1 HGB ist jeder Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betreibt. Nach § 1 Abs. 2 HGB ist jeder Gewerbebetrieb soweit er einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert ein Handelsgewerbe; vgl. HRefG 1998 in *Röhrich/Graf v. Westfalen* Einl. Rn 34ff.

Namentlich Personengesellschaften sind auf Eigenfinanzierung angewiesen. Schließlich können auch unterschiedlich strenge Publizitätserfordernisse bei der Rechtsformwahl eine Rolle spielen. Das Gewicht dieser Entscheidungskriterien tritt am besten vor Augen, wenn man die einzelnen Gesellschaftsformen näher kennt. Sie seien daher im Einzelnen vorgestellt.

II. Die verschiedenen Gesellschaftsformen

A. Allgemeines

Bei privaten Verbänden unterscheidet man Personengesellschaften und Körperschaften. Während letzteren wie natürlichen Personen vom Gesetz Rechtsfähigkeit verliehen bekommen haben, ist dies bei ersteren nicht der Fall, (teilweise str.).⁴ Diese Unterteilung ist insbesondere wichtig für Frage, wessen Vermögen den Gläubigern haftet. Die Handelsgesellschaften sind allerdings juristischen Personen angenähert, vgl. § 124 HGB. Als Prototyp einer Personengesellschaft fungiert die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), als Prototyp der Körperschaft der rechtsfähige Verein. Bei den Handelsgesellschaften lassen sich die oHG und die AG gegenüberstellen. Dazwischen liegen noch weitere Formen die KG, die stille Gesellschaft (stG)⁵, die GmbH, die KGaA⁶, die Genossenschaft, die Partenreederei⁷, die EWIV⁸ zu nennen.

⁴ Vgl. zur neuen Rechtsprechung des BGH Fn 9.

⁵ Vgl. § 230ff. HGB.

⁶ Kommanditgesellschaft auf Aktien; vgl. § 278ff. AktG.

⁷ Besondere Gesellschaftsform des Seehandelsrechts: Zusammenschluss von mehreren Personen zur Finanzierung eines Schiffes.; vgl § 489 ff. HGB.

⁸ Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV); vgl. EWIV-Ausführungsgesetz vom 14.4.1988 und Verordnung (EWG) Nr. 2137/85.

Diese Grundtypen treten häufig auch in Kombinationen auf: Prominentes Beispiel ist die GmbH & Co KG, in der die GmbH Komplementärin, eine natürliche Person (meist der Geschäftsführer der GmbH selbst) Kommanditist ist. Weitere Formen sind die GmbH & Still, bzw. eine Personengesellschaft, die aus mehreren Körperschaften gebildet wird. Darauf wird hier aber nicht näher eingegangen.

B. Die einzelnen Gesellschaftsformen

Die für das Wirtschaftsleben wichtigen privaten Verbände sollen kurz dargestellt werden:

1.) Die Personengesellschaften

a) GbR:

Die GbR ist der vertragliche Zusammenschluß mehrerer Personen ohne eigene Rechtspersönlichkeit⁹ zur Förderung eines beliebigen von den Gesellschaftern gemeinschaftlich verfolgten Zwecks, vgl. § 705 BGB. Rechtsgrundlage der GbR sind die §§ 705ff., 420ff., 427 und eingeschränkt die §§ 320ff. BGB.¹⁰

Sie kann zu einem beliebigen Zweck gegründet werden, wird aber beim Betreiben eines vollkaufmännischen¹¹ Handelsgewerbes aufgrund des Typenzwangs zur oHG. Vier Erscheinungsformen der GbR treten häufig in der Wirtschaft auf: Der Zusammenschluß von Minderkaufleuten¹²,

⁹ Die Außen-GbR ist nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2001 rechts- und parteifähig. BGHZ 146, 341 m. Anm. Karsten Schmidt NJW 2001, 993ff. = JuS 2001, 509; K. Schmidt a.a.O., S. 1771.

¹⁰ Vgl. zur Diskussion K. Schmidt a.a.O., S. 578ff.

¹¹ Dieser Begriff ist mit seinem Gegenpart „Minderkaufmann“ nach dem HRefG 1998 obsolet vgl. Fn 12 m.N.

¹² Den Begriff des Minderkaufmannes gibt es nicht mehr: vgl. § 1, 2 HGB und HRefG 1998 in *Röhricht/Graf v. Westphalen* Einl. Rn 36, 39ff.

die Kooperation von Freiberuflern (z. B. Sozietät, Gemeinschaftsarztpraxis), Gelegenheitsgesellschaften (Konsortien, ArGe im Baugewerbe) und übertriebliche Zusammenschlüsse, (Kartelle, Konzerne, Holdings). Zu erinnern ist auch an die Vorgründungsgesellschaft.

Das Innenrecht der GbR ist wie folgt gestaltet: Das Gesellschaftsvermögen unterliegt gesamthänderischer Bindung. Das bedeutet, eine Verfügung über Anteile am Gesellschaftsvermögen ist ebensowenig möglich wie eine freie Teilung. Es gilt das abdingbare Prinzip der Gesamtgeschäftsführung, § 709 Abs. 1 BGB. Wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft darf die Geschäftsführung jedoch nicht einem Dritten übertragen werden. Nach dispositivem Gesetzesrecht tragen die Gesellschafter Gewinn und Verlust nach gleichen Anteilen, § 722 BGB.

Das Außenrecht der GbR richtet sich nach folgenden Grundsätzen: Die Vertretung ist mit der Geschäftsführung verkoppelt: Folglich gilt das Prinzip der Gesamtvertretung aller, soweit die Geschäftsführung nicht anders geregelt ist. Die Haftung für Gesellschaftsschulden ist gesamtschuldnerisch, während Privatschulden nur den betreffenden Gesellschafter belasten, § 427 BGB, str. Die Pfändung des Gesellschaftsanteils durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters ist allerdings möglich, § 717 BGB, § 851 ZPO. Es besteht keine deliktische Haftung der Gesellschaft für das Handeln des eines Gesellschafters, str.¹³

Die Gesellschafterstellung ist im Prinzip nicht übertragbar, str. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters entsteht ihm ein Abfindungsanspruch, §§ 738 Abs. 1, S. 2, 739f. BGB; gleichzeitig kommt es zur Anwachsung seines Anteils, § 738 Abs. 1, S. 1 BGB.

¹³ Die Haftung der BGB-Gesellschafter ist jetzt wie bei der OHG (§§ 128ff. HGB) akzessorisch zu der der BGB-Gesellschaft vgl. BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 (3. LS); zur deliktischen Haftung nach BGHZ 146, 341: K. Schmidt a.a.O., S. 1804 (§ 31 BGB analog, § 831 BGB).

b) oHG:

Die oHG ist eine Personengesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines vollkaufmännischen¹⁴ Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, § 105 Abs. 1 HGB. Trotz rechtlicher Verselbständigung gemäß § 124 HGB ist die oHG keine j. P. Rechtsgrundlage der oHG sind die §§ 104ff. HGB, §§ 705ff. BGB.

Zur Gründung ist neben dem Gesellschaftsvertrag, die Eintragung ins Handelsregister notwendig, soweit nicht vorher bereits die Geschäfte aufgenommen worden sind, § 123 HGB.

Das Innenrecht der oHG ist wie folgt normiert: Es besteht ein Gesamthandsvermögen wie bei der GbR. Ein Mindestkapital bzw. Mindesteinlage ist nicht vorgeschrieben. Es herrscht das dispositives Prinzip der Einzelgeschäftsführung aller mit Widerspruchsrecht geschäftsführungsbefugter Gesellschafter, §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB. Nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter haben Kontrollrechte nach § 118 HGB. Es gilt das Prinzip der Selbstorganschaft. Gewinn und Verlust richten sich nach den abdingbaren §§ 120ff. HGB: Der Gewinn wird mindestens in Höhe von 4 % des Kapitalanteils ausgeschüttet. Bei höherem Gewinn wird darüberhinaus nach Köpfen verteilt.

Die Regelungen des Außenrechts lassen sich so zusammenfassen: Es herrscht dispositiv das Prinzip der Einzelvertretung aller, §§ 125f. HGB. Für Gesellschaftsschulden haftet die oHG, § 124 HGB; daneben gilt die gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter, § 128 HGB. Klage gegen die oHG und Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen ist mit vollstreckbarem Titel gegen sie möglich. Für Privatschulden haftet nur der betroffene Gesell-

¹⁴ s. dazu Fn 11.

schafter; es ist jedoch die Pfändung seines Anteils und die Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch den Gläubiger nach § 135 HGB möglich. Bei der deliktischen Haftung gilt § 31 BGB analog. Wichtig sind die Regelungen der Haftung bei Gesellschafterwechsel: Während der eintretende Gesellschafter für alle Alt- und Neuschulden eintreten muß, haftet der ausscheidende für die Altschulden noch maximal 5 Jahre, § 159 HGB.¹⁵

Der Gesellschaftsanteil ist prinzipiell unübertragbar, vertragliche Abweichungen jedoch möglich. Bei Eintritt eines Erben als Gesellschafter ist § 139 HGB zu beachten. Zwangsweise Ausschließung ist im Rahmen der §§ 140, 133, 142 HGB gestattet.

c) KG:

Die KG ist ebenso wie die oHG Personenhandelsgesellschaft. Jedoch ist bei mindestens einem Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt, während mindestens ein anderer unbeschränkt haften muß (Komplementär), vgl. § 161 Abs. 1 HGB. Rechtsgrundlage der KG sind die §§ 161ff., 104ff. HGB, §§ 705 BGB.

Die Gründung erfolgt wie bei der oHG. Allerdings ist bei der Bekanntmachung lediglich die Anzahl der Kommanditisten anzugeben ist, § 162 HGB.¹⁶

Zum Innenrecht: Zwar besteht auch jetzt eine gesamthänderische Vermögensordnung. Während aber der Komplementär persönlich haftet, ist die Haftung jedes Kommandi-

¹⁵ Diese Regelung wurde durch das Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz von 1994 umgestaltet: Der Gesellschafter haftet jetzt bei Auflösung der Gesellschaft fünf Jahre, soweit der Anspruch gegen die Gesellschaft nicht einer kürzeren Verjährung unterliegt (§ 159 HGB) und beim Ausscheiden aus der Gesellschaft haftet er für die *bis dahin* begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren fällig und die daraus bestehenden Ansprüche gegen den Gesellschafter gerichtlich geltend gemacht sind. (§ 160 HGB)

¹⁶ Diese Vorgabe ist durch das NaStraG von 2001 entfallen. vgl. *Röhrich/Graf v. Westphalen* § 162 Rn 11.

tisten im Prinzip auf die geleistete Einlage beschränkt. Geschäftsführungsbefugt ist allerdings allein der Komplementär, § 164 HGB. Dem Kommanditisten kann aber durch den Gesellschaftsvertrag Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden. Bei der Gewinnverteilung gilt die abdingbare, gesetzliche Faustformel: "4 %, der Rest in angemessenem Umfang." Dazu §§ 167f. HGB. Anders als dem Komplementär steht dem Kommanditist kein Entnahmerecht zu. Dafür unterliegt dieser gesetzlich nicht einem Wettbewerbsverbot, § 165 HGB.

Zum Außenrecht: Vertretungsberechtigt ist allein der Komplementär, § 170 HGB. Dem Kommanditist kann Prokura übertragen werden, nicht dagegen aber die organschaftliche Vertretung. Bei der Haftung sind folgende Besonderheiten beim Kommanditisten zu beachten, §§ 171ff. HGB: Dabei ist entscheidend, ob er seine Einlage geleistet hat oder nicht. Ist sie geleistet, entfällt die persönliche Haftung. Ist sie nicht eingebracht oder wird sie zurückgewährt, lebt die persönliche Haftung wieder auf. Sie unterscheidet sich aber einem zentralen Punkt von der Haftung des Komplementärs: Anders als dieser haftet der Kommanditist lediglich mit einem Betrag in Höhe seiner Einlage. Gleiches gilt, wenn Gewinn ausgeschüttet worden ist, obwohl der Kapitalanteil verlustbedingt unter der Einlage lag. Dies gilt jedoch dann wiederum nicht, falls ein gutgläubiger Gewinnbezug aufgrund einer gutgläubig errichteten Bilanz vorliegt.

d) Stille Gesellschaft (stG):

Ihr Wesen liegt in einer rein innengesellschaftlichen Beteiligung eines der Gesellschafter am Handelsgeschäft des anderen durch eine Einlage, § 230 HGB. Rechtsgrundlage der stG sind die §§ 230ff. HGB, teilweise auch die §§ 705ff. BGB. Bei den Arten von stG können zwei typische und atypische unterschieden werden: Bei letzterer

ist der stille Gesellschafter außer am Gewinn auch noch an den stillen Reserven beteiligt. Dies ist immer dann der Fall, wenn er Anspruch auf ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben aufgrund einer Liquidationsbilanz hat.

Als reine Innengesellschaft hat sie kein Außenrecht: Die Geschäftsführung und die Vertretung liegt allein beim Inhaber des Handelsgeschäfts. Nur er wird aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet. Folglich haftet der stille Gesellschafter auch nicht im Konkurs, kann vielmehr seine Forderungen anmelden, § 236 HGB. Zum Schutze anderer Insolvenzgläubiger gilt aber § 237 HGB.

Auch das Innenrecht weist Besonderheiten auf: Es entsteht kein Gesellschaftsvermögen: Die Einlage geht vielmehr in das Vermögen des Geschäftsinhabers über. Die angemessene Gewinnverteilung richtet sich, soweit vertraglich nicht anders geregelt, nach § 231 Abs. 1 HGB. § 232 Abs. 2 HGB regelt die abdingbare Verlusttragungspflicht, die der Höhe nach auf die gezahlte bzw. rückständige Einlage beschränkt ist. Für den Gesellschafterwechsel gilt § 717 BGB. Der Tod des stillen Gesellschafters ist kein Auflösungsgrund, § 234 Abs. 2 HGB.

2.) Körperschaften

Von den Körperschaften werden nur die wirtschaftlich relevante und häufig auftretende GmbH und AG vorgestellt. Zum Verein vgl. §§ 21ff. BGB, zur KGaA §§ 278 - 290 AktG, §§ 161 HGB, zur Genossenschaft §§ 1ff. GenG, zum VVaG das VAG, zur Partenreederei und der EWIV, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 1415ff., 1422ff.¹⁷ Die AG wird, auch weil sie in bestimmter

¹⁷ Vgl. jetzt K. Schmidt a.a.O., S. 1891ff. und S. 1901ff.

Weise Vorbildfunktion für die GmbH hat, ausführlich dargestellt.

a.) AG:

Nach § 1 AktG ist die AG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und einem in Aktien zerlegten Grundkapital, für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet, (nicht auch die Aktionäre). Hauptfunktion der AG ist die Kapital-sammmlung zur Durchführung von Großvorhaben. Sie ist kraft Eintragung Vollkaufmann¹⁸. Rechtsgrundlage sind die §§ 1 - 277 AktG.

Bei der Errichtung der AG muß zwischen einfacher und qualifizierter Gründung unterschieden werden. Letztere beinhaltet eine Errichtung einer AG unter Modalitäten, die für die Gläubiger riskant sind.

Die einfache Gründung erfolgt in sechs Schritten: Zunächst schließen mindestens fünf Gründer¹⁹ den notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag ab, §§ 2, 23 Abs. 1 AktG. Sodann müssen sie das Grundkapital aufbringen, indem sie auf das übernommene Aktienpaket einzuzahlen haben, §§ 23, 29 AktG. Als nächstes sind die Organe der AG zu bestellen, §§ 30f. AktG. Daran schließt sich die Erstattung des Gründungsberichts und dessen Prüfung an, §§ 33f. AktG. Es erfolgt als nächstes die Mindesteinzahlung auf das Aktienkapital, §§ 36f., 54 AktG. Mit Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister entsteht schließlich die AG, §§ 36fff. AktG.

Bei der qualifizierten Gründung (§§ 26f., 32f. AktG) werden zudem noch Sonderrechte für einzelne Aktionäre

¹⁸ Kaufmann; s. dazu Fn 11.

¹⁹ Es reichen seit 1994 eine oder mehrere Personen; vgl. § 2 AktG.

eingerräumt, Gründungsvergütungen gezahlt, Sacheinlagen geleistet oder Sachübernahmen getätigt.

Um vor der Umgehung dieser Regelungen über Sachgründungen und Sachübernahmen zu schützen, unterwerfen die §§ 52f. AktG sog. Nachgründungen besonderen Regeln: In den ersten zwei Jahren nach Gründung der AG bedürfen Verträge, mit der die Gesellschaft vorhandene oder zu errichtende Anlagen in Höhe eines Betrages erwerben will, der 1/10 ihres Grundkapitals übersteigt, der Schriftform, der Zustimmung der Hauptversammlung (HV) mit qualifizierter Mehrheit und der Eintragung ins Handelsregister. Vor Beschlußfassung ist der Vertrag von Gründungsprüfer zu prüfen für die Aktionäre auszulegen.

Träger des Gesellschaftsvermögens ist die AG als j. P. Es benennt das tatsächliche Vermögen der AG, wie es sich mit der Gewinnentwicklung verändert. Es besteht mindestens aus dem Grundkapital, das bei der Gründung aufzubringen ist. Der Mindestnennbetrag ist DM 100.000,--, § 7 AktG.²⁰ Das Grundkapital soll den Gläubigern einen Mindesthaftungsstock sichern. Diese Garantie wird durch eine Vielzahl von Einzelregelungen gewährleistet: Eine Unterpari - Emission ist verboten; man ist zur vollständigen Aktienübernahme und zur Mindesteinzahlung verpflichtet; es bestehen strenge Vorschriften zur Wertermittlung bei Sachgründungen; die Zahlungsmodalitäten sind beschränkt; es ist untersagt, die Einzahlungspflicht zu erlassen bzw. Einlagen zurückzuerstatten; der Erwerb eigener Aktien durch die AG ist beschränkt. Schließlich sind die Gläubiger bei Kapitalherabsetzungen geschützt.

Die Aktie ist sowohl ein ziffernmäßiger Teil des Grundkapitals als auch der Inbegriff der Rechte und Pflichten eines Mitglieds der AG. Sie ist schließlich Wertpapier. Obwohl die Aktie eine bestimmte Quote des Grundkapitals repräsentiert, kennt § 6 AktG nur die

²⁰ Jetzt 50.000 €.

"Nennwertaktie". Sie muß auf einen Nennbetrag in DM²¹ lauten.²²

Der Aktionär erwirbt mit der Aktie Mitverwaltungs- und Vermögensrechte: Zu ersteren gehört das Recht auf Teilnahme an der HV, § 118 AktG, das Stimmrecht, § 134 AktG und das Auskunftsrecht nach Maßgabe des § 131 AktG. Bemerkenswert sind das Anfechtungsrecht, §§ 243 Nrn. 1 - 3 AktG und die Nichtigkeitsklage, § 249 AktG, deren Verfahren ähnlich wie die Anfechtungsklage der VwGO geregelt ist. Zu den wichtigsten Vermögensrechten gehört der Dividendenanspruch, §§ 58 Abs. 4, 60 AktG, das Recht zum Bezug neuer Aktien bei Kapitalerhöhung (§ 186 AktG) und das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös, § 271 AktG. Es gilt der Grundsatz alle Aktionäre gleich zu behandeln, § 53a AktG.

Hauptpflicht des Aktionärs ist es, seine Einlage zu leisten, § 54 AktG. Aus den §§ 117, 243 Abs. 2 AktG lassen sich Schädigungsverbote ablesen.

Die Organe der AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die HV. Diese trifft die grundlegenden Entscheidungen. Der Aufsichtsrat hat im Wesentlichen zwei Funktionen: Er bestellt und überwacht den Vorstand. Letzterem obliegt die Leitung der AG. Die einzelnen Organe sind nun näher vorzustellen:

Der Vorstand ist die operative Zentrale der AG. Er ist für Geschäftsführung und Vertretung der AG zuständig, § 76 Abs. 1, 78 AktG. Dabei gilt der dispositive Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung bzw. -vertretung. Seine Vertretungsbefugnis ist nach außen unbeschränkbar, § 82 Abs. 1 AktG. Die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes kann widerrufen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist z. B. bei einer groben Pflichtverletzung, bei Unfähigkeit und bei Vertrauens-

²¹ Heute: Euro.

²² § 6 wurde durch das das Stückaktiengesetz geändert. Nun können auch Stückaktien ausgegeben werden. Vgl. § 8 AktG.

entzug durch die HV gegeben, § 84 Abs. 3, S. 2 AktG. Zur Mitwirkung des Vorstandes bei der Rechnungslegung wird weiter unten eingegangen.

Die Kompetenzen des Aufsichtsrates lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Er bestellt und beruft den Vorstand ab, § 84 AktG; er überwacht dessen Geschäftsführung, § 111 Abs. 1 AktG; er vertritt die Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern, § 112 AktG; er beruft die HV ein, falls es dem Wohl der AG dient, § 111 Abs. 3 AktG; wenn in der Satzung vorgesehen, kann die Wirksamkeit bestimmter Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden, § 111 Abs. 4, S. 2 AktG. Schließlich wirkt er bei der Rechnungslegung mit, §§ 171f. AktG. Dazu später.

Der Aufsichtsrat setzt sich je nach Größe und Art des Betriebes unterschiedlich zusammen, § 96 AktG:

Falls keine anderen Gesetze anwendbar sind, gilt das BetrVG.²³ Nach dem BetrVG. wird der Aufsichtsrat zu 2/3 aus Anteilseignern und zu 1/3 aus Arbeitnehmervertretern gebildet, falls die AG mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.²⁴

Nach dem MitbestG 1976 ist bei einer AG, die mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder verschieden nach der Beschäftigungszahl: Werden bis zu 10.000 Arbeitnehmer beschäftigt, sind es 12, bei mehr als 10.000 bis 20.000 sind es 16, schließlich ab 20.000 Arbeitnehmern dann 20 Aufsichtsratsmitglieder.²⁵ Nach dem MitbestG wird der Aufsichtsrat stets paritätisch besetzt, allerdings mit zwei Besonderheiten: Ein Platz auf der Arbeitnehmerbank ist für den Vertreter der leitenden Angestellten bestimmt

²³ Hier § 76 des BetrVG-1952 nach § 96 Abs. 1 AktG.

²⁴ Vgl. jedoch § 76 Abs. 5 des BetrVG-1952.

²⁵ Vgl. § 7 MitbestG.

und bei Stimmgleichheit trifft der Aufsichtsratsvorsitzende den Stichentscheid.

Wieder anders ist der Aufsichtsrat besetzt, falls das MontanMitbestG Anwendung findet: Bei AGen, für die mindestens 1.000 Arbeitnehmer tätig sind, wird der Aufsichtsrat aus je 5 Vertretern der Arbeitnehmer bzw. Anteilseigner gebildet. Hinzu kommt eine elfte Person als "neutraler Mann".

In AGen, auf die schließlich das MitbestErgänzungsG Anwendung findet, ist es ähnlich, nur dass es je 7 Vertreter und eine neutrale Person im Aufsichtsrat sitzen.

Die HV hat grundsätzlich folgende Aufgaben, § 119 Abs. 1 AktG: Sie bestellt die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat; sie entlastet die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat; sie ist für Änderungen der Satzung, für Maßnahmen der Kapitalbeschaffung bzw. -herabsetzung zuständig. Sie beschließt über die Auflösung, Verschmelzung und Umwandlung der AG, bzw. über die Übertragung von deren Vermögen. Auch sie wirkt bei der Rechnungslegung mit. Dazu sogleich. Die HV kann die Geschäftsführung der AG nicht übernehmen. Wohl aber kann der Vorstand der HV nach § 119 Abs. 2 AktG Fragen der Geschäftsführung vorlegen.

Eine außerordentliche HV ist einzuberufen, falls Aktionäre, die zusammen mindestens 1/20 der Anteile halten, dies schriftlich und unter Angabe des Zwecks und der Gründe fordern, § 122 AktG.

Die HV beschließt grundsätzlich mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 133 AktG. Satzungsänderungen bedürfen einer 3/4 Mehrheit der Aktionäre der HV, § 179 Abs. 2 AktG. Sie müssen im übrigen notariell beurkundet und im Handelsregister eingetragen werden. Das Depotstimmrecht der Banken ist in § 135 AktG ausführlich geregelt. Zu beachten ist namentlich die Be-

schränkung der Vollmacht längstens auf 15 Monate²⁶ sowie ihre jederzeitige Widerruflichkeit.

Alle drei Organe der AG wirken bei den Entscheidungen bei der Rechnungslegung in ausdifferenzierter Weise mit: Der Vorstand stellt einen Jahresabschluß auf und legt ihn samt einem Lagebericht vor. Letzterer soll vom Geschäftsverlauf und der Lage der AG ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild zeichnen. Lagebericht und Jahresabschluß werden beide zusammen mit dem Vorschlag zur Verwendung des Bilanzgewinns von einem Abschlußprüfer und dem Aufsichtsrat geprüft. Durch die Feststellung billigt der Aufsichtsrat schließlich den Jahresabschluß. Sodann beschließt die HV über die Verwendung des ausgewiesenen Bilanzgewinns. Sie ist allerdings hierbei an den zuvor festgestellten Jahresabschluß gebunden. Schließlich obliegt dem Vorstand die Offenlegung des Jahresabschlusses. Einzelheiten der Rechnungslegung werden gesondert behandelt, s. u. III.

Auf Beschlüsse über Kapitalveränderungen, Verschmelzungen und Umwandlungen ist noch näher einzugehen:

Es muß zwischen effektiven und nominellen Kapitalerhöhungen bzw. zwischen effektiven und nominellen Kapitalherabsetzungen unterschieden werden.

Nominelle Erhöhungen erfolgen aus Gesellschaftsmitteln, sind also Kapitalberichtigungen. Ein Beispiel bietet die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 207 AktG: Kapital- und Gewinnrücklagen werden in Grundkapital umgewandelt.

Normalform der effektiven Kapitalerhöhung erfolgt gegen Einlagen, §§ 182 - 191 AktG. Das AktG kennt folgende Sonderformen der effektiven Kapitalerhöhungen: die bedingte Kapitalerhöhung, das genehmigte Kapital.

²⁶ Die Dauer der Vollmachtserteilung ist jetzt unbegrenzt, aber das Kreditinstitut hat jährlich auf die jederzeitige Widerruflichkeit hinzuweisen. (§ 135 Abs. 2 AktG).

Nach § 192 AktG liegt eine bedingte Kapitalerhöhung vor, wenn die Erhöhung des Grundkapitals nur insoweit vorgenommen werden soll, wie von einem Umtausch- oder Bezugsrecht Gebrauch gemacht wird, das die AG auf die neuen Aktien einräumt.

Zum genehmigten Kapital ist folgendes zu sagen: Nach § 202 AktG kann der Vorstand ermächtigt werden, in den nächsten 5 Jahren mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen zu erhöhen.

Effektive Kapitalherabsetzungen zahlen dagegen überflüssige Kapitalbeträge an Aktionäre zurück (§ 222 AktG), während nominelle lediglich Unterbilanzen beseitigen, indem das Grundkapital verringert wird, §§ 229ff. AktG.

AGen können verschmolzen (fusioniert) oder umgewandelt werden:

Kennzeichnend für die Verschmelzung (§§ 339 AktG²⁷) ist die Vereinigung von Kapitalgesellschaften unter Ausschluß der Liquidation. Eine Verschmelzung kann durch Aufnahme oder durch Neubildung²⁸ erfolgen. Im ersten Fall überträgt eine AG ihr Vermögen als Ganzes auf eine andere. Im zweiten Fall wird eine neue AG gebildet, denen die fusionierenden AGen ihr Vermögen übertragen.

Bei der Umwandlung wird die Rechtsform eines Unternehmens geändert. Es ist zwischen formenwechselnder (§§ 362ff., 369ff. AktG²⁹) und übertragender (§§ 3ff., 16ff., 20 UmwG) Umwandlung zu unterscheiden. Bei ersterer erfolgt keine Übertragung des Vermögens. Vielmehr wird nur die Rechtsform gewechselt, die sein Träger ist: Z. B. wird aus einer AG eine KGaA. Bei der

²⁷ Aufgehoben durch das UmwBerG vom 28.10.1994.; vgl. jetzt §§ 60ff. UmwG.

²⁸ Vgl. § 2 UmwG.

²⁹ Aufgehoben durch das UmwBerG vom 28.10.1994.; vgl. jetzt §§ 190ff. UmwG.

übertragenden Umwandlung geht das Vermögen der einen Kapitalgesellschaft auf eine andere über. Es gibt zwei Formen: die errichtende und die verschmelzende Umwandlung. Bei ersterer wird der andere Rechträger vor der Vermögensübertragung zum Zwecke der Umwandlung erst errichtet; bei letzterer wird das Vermögen auf einen bereits bestehenden, anderen Rechtsträger übertragen.

Das AktG regelt auch die Konzernbildung, vgl. die §§ 15ff. AktG. Diese schwierige Materie wird ausgeklammert.

b) GmbH:

Die GmbH ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden kann und für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern allein das Gesellschaftsvermögen haftet, dessen Stammkapital in Stammeinlagen zerlegt ist, vgl. die §§ 1, 5, 13 GmbHG. Sie ist Vollkaufmann³⁰ kraft Eintragung. Rechtsgrundlage ist das GmbHG.

Die Gründung der GmbH ist komplizierter als bei Personengesellschaften: Es bedarf eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages mit bestimmten Mindestinhalt, §§ 2, 3 GmbHG. Ein Geschäftsführer muß bestellt werden. Es müssen bei einer Bargründung mindestens 1/4 der Stammeinlage geleistet werden. (In der Summe jedoch mindestens DM 25.000,--), § 7 Abs. 2 GmbHG.³¹ Etwaige Sacheinlagen müssen dem Geschäftsführer voll zur freien Verfügung stehen. Schließlich bedarf es der Anmeldung und Eintragung der GmbH in das Handelsregister, § 11 Abs. 1 GmbHG.

³⁰ Kaufmann; s. dazu Fn 11.

³¹ Nach § 5 Abs. 1 GmbHG beträgt das Stammkapital mindestens 25.000 €. Der Gesamtbetrag der Stammeinlagen muss mit dem Stammkapital übereinstimmen (§ 5 Abs. 2 S. 3 GmbHG). Nach § 7 Abs. 2 müssen daher 12.500 € erreicht werden.

Inhaber des Gesellschaftsvermögens ist die GmbH selbst als juristische Person (j. P.). Das Gesellschaftsvermögen bezeichnet dabei das tatsächliche Vermögen der GmbH, das im Gründungsstadium naturgemäß mit dem Stammkapital identisch ist. Dieses ist der Betrag, den der oder die Gesellschafter bei Gründung (bzw. einer späteren Kapitalerhöhung) als Betriebsvermögen festlegen. Es muß mindestens DM 50.000,-- betragen³², § 5 Abs. 1 GmbHG. Es setzt sich aus der Summe der Stammeinlagen zusammen, die jeder einzelne Gesellschafter sich verpflichtet hat, zum das Stammkapital beizutragen. Nach der Höhe der jeweiligen Stammeinlage bestimmt sich auch der Geschäftsanteil der einzelnen Gesellschafter. Dies ist maßgeblich für das Stimmrecht, die Gewinnverteilung und den Liquidationserlös.

Die Organe der GmbH sind der Geschäftsführer und, soweit keine Einmann - GmbH vorliegt, die Gesellschafterversammlung. Auch ein Aufsichtsrat kann sich dazu gesellen.

Der Geschäftsführer wird durch den Gesellschaftsvertrag oder besonderen Anstellungskontrakt bestellt. Die Bestellung ist jederzeit widerrufbar, soweit sie nicht auf wichtige Gründe vertraglich beschränkt worden ist, § 38 GmbHG. Fremdorganschaft ist möglich. Der Geschäftsführer ist der gesetzliche Vertreter der GmbH mit gesetzlich umschriebener Vertretungsmacht, deren interne Beschränkungen Dritten gegenüber unwirksam sind, § 37 GmbHG.

Die Gesellschafterversammlung besteht aus der Gesamtheit aller Gesellschafter (die "HV" der GmbH). Ihre Aufgaben sind allerdings umfangreicher als die der HV der AG, vgl. § 46 GmbHG und § 119 AktG. Das Gewicht des Stimmrechts der Mitglieder ermittelt sich nach dem Gewicht ihres Geschäftsanteils. Nur für Satzungsänderungen bedarf es einer 3/4 - Mehrheit, § 53 GmbHG. Werden

³² jetzt 25.000 €; vgl. Fn 31.

Sonderleistungen auferlegt, muß der betroffene Gesellschafter zustimmen.

Zum Aufsichtsrat s. o. bei der AG: Gesellschaftsrechtlich ist er ein fakultativ zu errichtendes Gremium; betriebsverfassungsrechtlich allerdings bei mehr als 500 Arbeitnehmern zwingend zu bestellen.³³ Nach dem MitbestG 1976 muß bei einer GmbH ebenfalls ein Aufsichtsrat eingerichtet werden, soweit mehr als 2.000 Arbeitnehmer angestellt sind. Sonstige Gremien sind satzungsrechtlich zulässig.

Die Rechte der einzelnen Gesellschafter gliedern sich in Mitverwaltungsrechte (z. B. Stimmrecht, Teilnahmerechte), Vermögensrechte (Dividende, Liquidationserlös) und Informationsrechte. Ihre Pflichten bestehen in der Leistung einer Einlage sowie sonstigen Pflichten zur Zahlung eines Nachschusses, welche nach § 3 Abs. 2 GmbHG in der Satzung festgelegt werden können. Bei Verzögerungen bei der Leistung der Einlage kommt es zur Kaduzierung, Ausfallhaftung und zur kollektiven Deckungspflicht nach §§ 21, 22, 24 GmbHG. Die Nachschußpflicht kann beschränkt oder unbeschränkt vereinbart werden. Ist sie unbeschränkt, so besteht ein Abandon - Recht, § 27 GmbHG.

Satzungsänderungen bedürfen neben der qualifizierten Mehrheit der notariellen Beurkundung und der Eintragung ins Handelsregister. §§ 55ff. GmbHG enthalten Sonderbestimmungen für Kapitalveränderungen: Bei einer Kapitalherabsetzung sind die Gläubiger besonders geschützt: Der Herabsetzungsbeschluß ist dreimal bekanntzumachen; ein Sperrjahr liegt zwischen der dritten Veröffentlichung des Herabsetzungsbeschlusses und der Handelsregisteranmeldung; nicht zustimmende Gläubiger müssen schließlich befriedigt werden.³⁴

³³ Vgl. § 77 BetrVG-1952.

³⁴ Vgl. diesbez. aber die vereinfachte Herabsetzung durch den § 58a (eingef. d. G. v. 5.10.1994).

Die Mitgliedschaft wird originär durch Übernahme einer Stammeinlage bei Gründung und derivativ durch Gesamt- bzw. Einzelrechtsnachfolge (§§ 15, 16 GmbHG) erworben. Sie geht verloren durch Veräußerung, Kaduzierung, Einziehung sowie bei Auflösung der GmbH. Schließlich läßt die Rspr aus wichtigem Grund noch die Ausschließung zu.

III. Einzelheiten zum Innenleben der Gesellschaft: Buchführung und Rechnungslegung

Da das Innenleben der einzelnen Gesellschaften bereits schon größtenteils dargestellt worden ist, wird im folgenden nur noch Buchführung und die Rechnungslegung näher behandelt. Dabei wird die ausgefeilte Rechnungslegungstechnik, die für die AG gilt, zugrunde gelegt.

A. Buchführung

Vgl. anliegende Kopie aus K. Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 384 - 386.³⁵

B. Die Rechnungslegung (der AG)

Die Rechnungslegung hat zwei Grundbestandteile: den Jahresabschluß und den Lagebericht.

1.) Jahresbericht

Wie jede Kapitalgesellschaft hat die AG einen Jahresabschluß aufzustellen (§ 242 HGB), bestehend aus:

³⁵ Vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 4. Aufl., 1994 S. 434 - 438.

- Bilanz.
- Gewinn- und Verlustrechnung.
- Bilanzanhang, vgl. § 264 Abs. 1, S. 1 HGB.

a) Grundsätze

Der Jahresabschluß muß den Geboten der Bilanzklarheit und Bilanzwahrheit entsprechen: Er ist nach den Grundsätzen der Buchführung zu erstellen und muß ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zeichnen, §§ 243, 264 Abs. 2 HGB. Gleichzeitig muß der Bilanzkontinuität Rechnung getragen werden, damit jede Jahresbilanz an die vorherige kohärent anknüpft, vgl. § 252 Abs. 1, Nr 1 HGB.

b) Inhalt

Der Jahresabschluß muß Aufschluß bieten über die Wertansätze und Abschreibungen, §§ 253ff., 279ff. HGB. Vermögensgegenstände sind mit deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten (näher § 255 HGB), natürlich vermindert um die Abschreibungen, anzusetzen, § 253 HGB. Anders als Kaufleute und Personengesellschaften dürfen Kapitalgesellschaften wie die AG durch Abschreibungen keine stille Reserven bilden, § 279 HGB. Das sog. Wertaufholungsgebot sichert dies ab, § 280 HGB: Danach müssen zulässige Abschreibungen durch spätere Zuschreibung korrigiert werden, soweit sich nachträglich herausstellt, daß unbegründet abgeschrieben worden ist. Für den Geschäfts- und Firmenwert sowie die Gründungskosten darf grundsätzlich kein Aktivposten eingesetzt werden; immaterielle Anlagewerte dürfen nur aktiviert werden, sofern sie entgeltlich erworben worden sind.

Bei den sog. Ingangsetzungskosten ist die Aktivierung als Bilanzierungshilfe zulässig, § 269 HGB.

c) Bilanzgliederung

Die Bilanzgliederung ist in § 266 HGB geregelt, wobei kleine Gesellschaften eine verkürzte Bilanz aufstellen dürfen. Aktiv- und Passivseite werden bekanntlich einander gegenübergestellt:

aa) Die Aktivseite zerfällt in:

- das Anlagevermögen.
- das Umlaufvermögen.
- die Rechnungsabgrenzungsposten.

Die unterschiedliche Liquiditätseignung von Vermögens- teilen liegt der Unterteilung im Anlage- und Umlaufver- mögen zugrunde: Gegenstände, die dauernd in den Ge- schäftsbetrieb eingespannt sind, gehören zur ersten Gruppe, z. B. Maschinen und Lizenzen. Zur zweiten Gruppe sind dagegen Vermögensbestandteile zu zählen, die nur vorübergehend im Bestand verbleiben: Z. B. Wa- ren, Bankguthaben. Durch Rechnungsabgrenzungsposten wird schließlich verhindert, daß Ausgaben, die in ein anderes Rechnungsjahr gehören, die Bilanz verfälschen, ausf. § 250 HGB.

bb) Auf der Passivseite muß man trennen:

- das Eigenkapital, einschließlich der offenen Rückkla- gen und des Jahresüberschusses.
- Rückstellungen.
- Verbindlichkeiten.
- Rechnungsabgrenzungsposten.

Für Zuhörer aus einem anderen Wirtschaftssystem ist wahrscheinlich überraschend, daß Grundkapital und Über- schuß auf der Passivseite ausgewiesen wird, § 152 AktG.

Beim Grundkapital ist dies die bilanzrechtliche Ausprägung der bereits oben erwähnten Kapitalmindestgarantie. Folglich muß es auch für Rücklagen gelten, da diese das Eigenkapital stärken. Im übrigen schreibt § 150 AktG eine Mindestrücklage vor. Beim Überschuß ist daran zu erinnern, daß er ja letztlich den Umfang dessen bezeichnet, was die AG ihren Aktionären schuldet! Daß Verbindlichkeiten Passiva sind leuchtet unmittelbar ein. Weil Rückstellungen dazu eingerichtet werden, um ungewisse Verbindlichkeiten bedienen zu können (Pensionen, Steuern etc., vgl. § 266 III HGB), gilt selbiges auch für sie. Zu den Rechnungsabgrenzungsposten s. o.

cc) Näheres zu den Rücklagen:

Gemäß § 272 Abs. 2, Nr. 1 - 4 HGB sind folgende Beträge als Kapitalrücklage auszuweisen:

- der Betrag, der bei Ausgabe von Anteilen über den Nennbetrag hinaus erzielt wird.
- der Betrag, der bei Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungs- und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird.
- der Betrag von Zuzahlungen, die Gesellschafter gegen Gewährung eines Vorzuges für ihre Anteile leisten.
- der Betrag von anderen Zuzahlungen, die Gesellschafter in das Eigenkapital leisten.

In die gesetzliche Rücklage sind nach § 150 Abs. 2 AktG 1/20 des um den Verlustvortrag aus dem Vorjahre geminderten Jahresüberschusses einzustellen, bis die gesetzliche Rücklage und die Kapitalrücklagen nach § 272 Abs. 1, Nr. 1 - 3 HGB zusammen (mindestens) 1/10 des Grundkapitals erreichen.

d) Gewinn und Verlustrechnung

Die Gewinn- und Verlustrechnung gliedert als reine Erfolgsrechnung das Jahresergebnis so auf, daß die Quellen der Vermögensveränderungen transparent werden. Insbesondere die Rentabilität des Unternehmens läßt sich daraus ablesen. Die Gewinn- und Verlustrechnung ist nach den §§ 275f. HGB, § 158 AktG zu gliedern. Einzelbestimmungen finden sich im § 277 HGB.

2.) Bilanzanhang und Lagebericht

a) Der Bilanzanhang dient hauptsächlich dem Zweck die Bewertungsmethoden zu erläutern und einzelne Bilanzposten näher aufzuschlüsseln. Die Pflichtangaben, die in ihm enthalten sein müssen, sind in den §§ 284f., 288 HGB, § 160 AktG geregelt.

b) Der Lagebericht hat schließlich ein den tatsächlichen Geschäftsverlauf und die reale Lage der AG entsprechendes Bild zu zeichnen. Er soll auch auf folgende Punkte eingehen:

- Vorgänge von besonderer Bedeutung, die nach Schluß des Geschäftsjahres eingetreten sind.
- die voraussichtliche Entwicklung der Gesellschaft.
- Forschung und Entwicklung.
- Belegschaftsfragen.

3.) Sonstiges

a) Die Rechnungspflicht unterliegt wegen den §§ 325ff. HGB der Publizität: Jahresabschluß, Lagebericht, Bericht des Aufsichtsrates und Gewinnverwendungsbeschluß sind beim Handelsregister einzureichen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

b) Sonderregelungen für Konzerne enthalten die §§ 290ff. HGB.

IV. Das Außenleben der Gesellschaft

Soweit Gesellschaften Kaufleute sind bzw. ihnen aus besonderen Gründen im Rechtsverkehr gleichgestellt werden, sind ihre Rechtsbeziehungen untereinander nicht mehr nur nach allgemeinem bürgerlichen Recht zu beurteilen, sondern sie unterliegen einem Sonderprivatrecht für Kaufleute. Dessen zentrales Gesetz ist das HGB, das allerdings in vielen Teilen gewohnheitsrechtlich überformt ist. Gegenüber dem BGB weisen handelsrechtliche Normen mehre charakteristische Besonderheiten auf: Weil der Handel großteils grenzüberschreitend ist, besteht ein starker Drang zur Rechtsangleichung (Bspe.: Transportrecht, Bilanzrecht, Incoterms). Zeit ist Geld, gerade in der Wirtschaft: Handelsrecht muß daher auf einfache und schnelle Abwicklung der Handelsgeschäfte angelegt sein: Bspe.: größere Formfreiheit, § 350 HGB; Überhaupt werden (verbraucher-) schützende Normen ferngehalten: § 24 AGBG, § 8 AbzG.³⁶ Der Vertragsschluß ist vereinfacht: Schweigen gilt unter bestimmten Voraussetzungen als Annahme, § 362 HGB; das Leistungsstörungsrecht ist auf schnelle und effektive Behebung der Störungslage eingerichtet, §§ 373 Abs. 2, 376, 377 HGB. Dem Gesichtspunkt der Schnelligkeit dienen auch weitgehende Verkehrs-/Vertrauensschutztatbestände, z. B. §§ 15, 49f., 54, 56, 366 HGB. Darauf kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden.

A. Handelsgeschäfte im Allgemeinen

Handelsgeschäfte werden von Kaufleuten abgeschlossen. Kaufmann ist eine Gesellschaft kraft Rechtsform, § 6 HGB, kraft Eintragung, §§ 5, 3 HGB, kraft Gewerbebetriebes, § 1 HGB, (soweit nicht § 4 HGB³⁷ eingreift)

³⁶ Jetzt § 310 BGB.

³⁷ Aufgehoben vgl. HRefG 1998; vgl. Fn 12.

und kraft des Vertrauenstatbestandes, daß (kurzgesagt) derjenige, welcher sich im Rechtsverkehr wie ein Kaufmann aufführt auch als ein solcher behandelt werden darf, näher K. Schmidt, Handelsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 293ff.³⁸

1.) Begriff des Handelsgeschäftes

Unter Handelsgeschäften als Verkehrsgeschäften versteht das HGB Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, § 343 Abs. 1 HGB. Bei Vollkaufleuten³⁹ wird dies bei allen seinen Geschäften nach § 344 HGB vermutet. Man muß bei der Anwendung einzelner Normen des HGB zwischen einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften unterscheiden, z. B. §§ 346, 352f., 369ff., 377ff. HGB.

2.) Zustandekommen

Auch im Handelsrecht kommen Verträge nur über zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Allerdings hat sich über den § 362 HGB ein allgemeiner Gewohnheitsrechtssatz entwickelt, nach dem auch ein Schweigen Wirkungen wie eine Willenserklärung entfaltet. Genauer: Der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens muß dem Schreiben unverzüglich widersprechen, will er dessen Inhalt nicht gegen sich gelten lassen. Widerspricht der Empfänger nicht, so muß er den bestätigten Vertrag mit dem aus dem Schreiben ersichtlichen Inhalt hinnehmen, es sei denn er kann die Unredlichkeit des Absenders oder den Umstand nachweisen, daß das Schreiben von den vorausgegangenen Abreden so weit abweicht, daß der Absender vernünftigerweise nicht auf

³⁸ K. Schmidt, Handelsrecht a.a.O., S. 330ff.

³⁹ Kaufleuten; s. dazu Fn 11.

die Billigung vertrauen konnte, st. Rspr. Bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben gilt nach der Rspr "das letzte Wort", str.⁴⁰

Eine Anfechtung des Schweigens wie eine Willenserklärung ist zwar nicht ausgeschlossen. Die Anfechtungsgründe dürfen jedoch nicht dem Gewohnheitsrechtssatz widerstreiten: § 123 BGB ist uneingeschränkt anwendbar, § 119 BGB allerdings nur, soweit der Empfänger die Unkenntnis des Zugangs des Schreibens bzw. ein Mißverständnis seines Inhalts nicht zu vertreten hat.

Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung ist auch für anders zustandegekommene Handelsgeschäfte kennzeichnend: Die Rspr. versagt sie, wo ein Kaufmann Handelsklauseln (z. B. fob⁴¹, cif⁴²) falsch verstanden hat.

3.) Inhaltliche Besonderheiten

Durch das HGB werden Handelsgeschäfte inhaltlich anders geregelt wie ähnliche Verträge im BGB. Noch bedeutsamer für die Praxis sind aber die Verwendung von AGBen und Handelsklauseln mit normierter Bedeutung. Auf sie soll daher zunächst eingegangen werden.

Besonders bedeutsam für viele Handelsgeschäfte sind bestimmte Handelsklauseln, die als Abkürzung für bestimmte Regelungskomplexe stehen, z. B. fob, cif. Für die Auslegung handelsüblicher Klauseln gelten besondere, international gültige Regeln, die sogenannten Incoterms, die von der Internationalen Handelskammer in Paris kodifiziert worden sind.

Überhaupt spielen AGBen eine sehr große Rolle im Handelsrecht. Sie können formlos einbezogen werden. Anders

⁴⁰ Vgl. MüKoBGB-Kramer § 151 Rn 33.

⁴¹ *Free on board* – Lieferant trägt alle Kosten einschließlich der Verladung auf ein Schiff, aber auch nur diese Kosten.

⁴² *Coast, insurance, freight* – Verladekosten, Seeversicherung und Seefracht bis Bestimmungshafen.

als im allgemeinen Zivilrecht findet das AGBG nur bedingt Anwendung auf Handelsgeschäfte, § 24 S. 1, Nr. 1 AGBG.⁴³ Die §§ 2, 10, 11, 12 AGBG⁴⁴ gelten hier nicht. Allerdings findet eine Inhaltskontrolle über § 9 AGBG⁴⁵ statt. Den §§ 10f. AGBG⁴⁶ kommt aber für die Frage des Klauselmißbrauchs, wie er nach § 9 AGBG⁴⁷ beurteilt wird, Indizwirkung zu. Danach kann insbesondere (mit der Rspr.) gesagt werden, daß den Nrn. 7, 10a, 15a⁴⁸ von § 11 AGBG ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde liegt, während dies für die Nrn. 1, 6 des § 11 AGBG⁴⁹ und Nr. 5 des § 10 AGBG⁵⁰ nicht gilt. § 11 Nr. 3, 4⁵¹ und § 10 Nr. 5, 6 AGBG⁵² nehmen eine Mittelstellung ein. Hier sind die Umstände der sonstigen Vertragsgestaltung besonders maßgebend. Insruktiv zum Ganzen Capelle/Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl., 1989, S. 269ff. m.w.N.

4.) Sonderregeln für Handelsgeschäfte

Manche besonderen Bestimmungen passen nur allgemeine zivilistische Grundsätze an den Typus des Kaufmannes an:

a) Schuldrechtliche Sonderregeln:

Einmal wird der Kaufmann nach § 347 HGB an einen besonderen Sorgfaltsmaßstab bei der Erledigung seiner Geschäfte gebunden. Daraus fließen bestimmte Sonder-

⁴³ Jetzt § 310 BGB.

⁴⁴ Jetzt §§ 305 Abs. 2 und 3, 308, 309 BGB; § 12 AGBG war schon vor der SchuldRMod weggefallen.

⁴⁵ Jetzt 307 Abs. 1 und 2 BGB.

⁴⁶ Jetzt §§ 308, 309 BGB.

⁴⁷ Jetzt § 307 BGB.

⁴⁸ Jetzt § 309 Nrn. 7b, 8b aa, 12a BGB.

⁴⁹ Jetzt § 309 Nrn. 1, 6 BGB.

⁵⁰ Jetzt § 308 Nr. 5 BGB.

⁵¹ Jetzt § 309 Nrn. 3, 4 BGB.

⁵² Jetzt § 308 Nr.n 5 und 6 BGB.

pflichten im handelsrechtlichen Rechtsverkehr: Telegramme müssen brieflich bestätigt werden, wichtige Briefe sind per Einschreiben zu versenden, strenge Sorgfalt bei der Verwendung von Abkürzungen, besondere Informationspflichten, insbesondere im Bankenbereich; Mißbrauchsvorsorge bei der Verwendung von Firmenstempeln und Geschäftsformularen.

Zum zweiten gilt der Grundsatz: der Kaufmann tut nichts umsonst: Bei jeder Art von Dienstleistung für andere Kaufleute kann der Kaufmann über das BGB hinaus die übliche Vergütung verlangen, auch wenn dies nicht gesondert vereinbart worden ist, vgl. § 353 HGB.

Der gesetzliche Zinssatz, namentlich für Verzugszinsen, ist auf 5 v. H. erhöht, § 352 HGB⁵³. Die Verzinsung muß schon bereits ab Fälligkeit erfolgen, § 353 HGB. Letzteres hat besondere Bedeutung. Ein höherer Verzugs Schaden können selbstverständlich gem. § 288 Abs. 2 BGB⁵⁴ geltend gemacht werden.

§ 348 HGB schließt die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe (§ 343 BGB) aus. Allerdings muß in diesem Rahmen den §§ 134, 138 BGB, § 9 AGBG⁵⁵ besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Nach § 349 HGB steht dem Vollkaufmann⁵⁶ als Bürgen nicht die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) zu. Die Bürgschaftserklärung eines Kaufmannes kann mündlich erteilt werden, § 350 HGB.

b) Sondernormen mit sachenrechtlichen Einschlag

⁵³ Seit dem Jahr 2000 beträgt der gesetzliche Zins mit Ausnahme der Verzugszinsen 5% p.a.; der Verzugszins berechnet sich nach § 288 Abs. 2 BGB: 8% über dem Basiszinssatz.

⁵⁴ Jetzt § 288 Abs. 4 BGB.

⁵⁵ § 307 BGB.

⁵⁶ Kaufmann; s. dazu Fn 11.

aa) Nach BGB ist ein Zurückbehaltungsrecht (ZbR) ein Leistungsverweigerungsrecht, dessen Geltendmachung im Prozeß grundsätzlich zur Verurteilung Zug um Zug führt, vgl. §§ 274, 322 BGB. Voraussetzung eines ZbR nach § 273 BGB ist die Gegenseitigkeit, Fälligkeit und Konnexität der Ansprüche. Diesem ZbR steht das ZbR des Kaufmanns gegenüber. Es hat einen erheblich größeren Anwendungsbereich und gibt einschneidendere Befugnisse. Mit ihm ist der Kaufmann weniger zur Leistungsverweigerung berechtigt. Vielmehr hat das ZbR des HGB vielmehr eine Befriedigungs- und eine Sicherungsfunktion, indem der Kaufmann die zurückbehaltenen Sachen in bestimmter Weise in Höhe seiner Forderung verwerten darf. Man muß zwischen dem ordentlichen ZbR und dem Not - ZbR unterscheiden, §§ 369f. HGB. Das ordentliche ZbR greift bei einem beiderseitigen Handelsgeschäften, wenn eine Gegenforderung fällig geworden ist, sowie bewegliche Sachen bzw. Wertpapiere des Schuldners mit dessen Willen im Besitz des Gläubigers sind, § 369 HGB. Im übrigen wird jedoch auf die Konnexität verzichtet. Das Not - ZbR geht noch weiter: Falls sich die Bonität des Schuldners verschlechtert, ist der Gläubiger auch hinsichtlich noch nicht fälliger Gegenforderung berechtigt, sein ZbR auszuüben.

Während nach § 273 BGB dem Schuldner lediglich eine Einrede gewährt, gibt § 371 HGB dem Kaufmann auch ein Verwertungsrecht, das nach dem pfandrechtlichen Vorschriften der §§1233ff. BGB auszuüben ist.

bb) Charakteristisch für das Handelsrecht ist auch die Erweiterung des Gutgläubenserwerbs. Nach BGB ist beim Erwerb vom Nichtberechtigten nur der gute Glaube an das (lastenfreie) Eigentum des Veräußerers geschützt. Nach der Rspr. ist nach BGB sogar ein gutgläubiger Erwerb von gesetzlichen Pfandrechten überhaupt nicht möglich, arg. § 1257 BGB.⁵⁷

⁵⁷ Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht nur zu, soweit ein gesetzliches Pfandrecht schon *entstanden* ist.

Ein solcher Gutglaubensschutz würde im Handel, wo jedermann davon ausgehen kann, daß der Veräußerer meist nicht der Eigentümer ist, weitgehend leerlaufen. Deshalb gelten hier Sonderregelungen. Für den Erwerb vom Nichtberechtigten reicht nach § 366 HGB der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis aus.

Da das HGB eine Vielzahl gesetzlicher Pfandrechte zum Schutze von Kommissionären (§ 397 HGB), Transportunternehmern (§ 410, 440 HGB), Lagerhaltern (§ 421 HGB) etc. normiert, können auch diese gesetzlichen Pfandrechte gutgläubig erworben werden.

B. Der Handelskauf

Im folgenden wird - wegen seiner zentralen Rolle - paradigmatisch der Handelskauf als typisches Handelsgeschäft vorgestellt.

Handelskauf ist Kauf. Die §§ 373ff. HGB enthalten nur ergänzende Bestimmungen, neben denen die §§ 433ff. BGB subsidiär gelten. Die §§ 373ff. finden Anwendung beim Kauf von Waren, Wertpapieren, bei Werklieferungen und beim Tausch, § 381 HGB, § 515 BGB⁵⁸. Es gelten aber folgende Sonderregeln:

a) Zum Annahmeverzug:

Nach BGB hat der Schuldner im Gläubigerverzug folgende Rechte: Er kann Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, § 304 BGB. Geld, Wertpapiere, sonstige Kostbarkeiten können hinterlegt werden, §§ 372ff. BGB; andere Sachen können unter den Voraussetzungen der §§ 383ff. BGB im Selbsthilfeverkauf versteigern lassen, um den Erlös

⁵⁸ jetzt §§ 480, 433 BGB.

hinterlegen zu können. Das HGB erweitert diese Hinterlegungsmöglichkeiten: Jede Sache kann auf Gefahr und auf Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder anderweitig hinterlegt werden, § 373 Abs. 1 HGB. Das Recht zum Selbsthilfeverkauf tritt neben die Hinterlegungsbefugnis, § 373 Abs. 2 HGB. Alle Waren und Wertpapiere können im Selbsthilfeverkauf auf Rechnung des Käufers verkauft werden. Soweit die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, kann auch freihändig verkauft werden, § 373 HGB. Damit erfüllt der Verkäufer zugleich seine Lieferpflicht. Er kann Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, schuldet aber die Herausgabe des Erlöses, §§ 670, 667 BGB.

b) Bestimmungs- (Spezifikations-) Kauf als Sonderform des Gattungsgeschäftes

Eine besondere Form des Handelskaufs ist der Spezifikationskauf, § 375 Abs. 1 HGB: Es geht um eine bewegliche Sache, bei der sich der Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten hat. Der Bestimmungskauf ist daher eine besondere Form des Gattungskaufs. Hier wird es ihm zur Hauptpflicht gemacht, diese Angaben zu spezifizieren. Kommt er in Verzug, so kann der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Rahmen des § 326 BGB verlangen oder zurücktreten. Darüber hinaus kann der Verkäufer nach Maßgabe des § 375 Abs. 2 HGB die Spezifikation vornehmen.⁵⁹

c.) Sonderregeln zum Fixgeschäft

Um den Fixhandelskauf zu verstehen, muß man drei Stufen der Zeitbestimmung der Leistung sich vor Augen führen: Einmal kann eine Zeit nach dem Kalender bestimmt wer-

⁵⁹ Bezüglich der Rechte des Verkäufers nach der SchuldRModG vgl. den Wortlaut des § 375 Abs. 2 HGB.

den, zu der geleistet werden muß. Dann tritt Verzug ein ohne Mahnung, § 284 Abs. 2, S. 1 BGB⁶⁰. Dann kann die Zeitbestimmung nach dem Vertrag so essentiell sein, daß nur zu einer bestimmten Zeit, in einer bestimmten Frist geleistet werden kann, absolutes Fixgeschäft. Hier tritt Unmöglichkeit mit Anlauf des festgesetzten Datums ein. Zwischen diesen Extremen liegt das relative Fixgeschäft, von denen die § 361 BGB⁶¹, § 376 HGB handeln. Zu einer festbestimmten Zeit innerhalb einer festgelegten Frist ist zu leisten. Die Rechtsfolgen der Unpünktlichkeit sind nach allgemeinem Zivilrecht, daß der Gläubiger ohne weiteres zurücktreten kann, § 361 BGB⁶². § 375 HGB fügt nun die Befugnis hin, so daß der Käufer ohne Nachfristsetzung Schadensersatz verlangen kann⁶³, wenn der Verkäufer im Verzuge ist.

Der Käufer behält allerdings den Erfüllungsanspruch nur dann bei Fixhandelskauf, wenn er sofort nach Ablauf der bestimmten Zeit oder Frist anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe, § 376 Abs. 1, S. 2 HGB.

Bei der Schadensermittlung kann zwischen einer abstrakten oder einer konkreten Berechnungsweise gewählt werden: Nach ersterer kann die Differenz zwischen Kaufpreis und dem Markt- oder Börsenpreis gefordert werden, der am Erfüllungsort zum Erfüllungszeitpunkt gilt. Nach letzterer kann der Unterschied zwischen dem vertraglichen Kaufpreis und den Aufwendungen für ein Deckungsgeschäft in den Grenzen des § 376 Abs. 3 HGB verlangt werden.

d) Die Sachmängelgewährleistung

⁶⁰ jetzt 286 Abs. 2 BGB

⁶¹ jetzt § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

⁶² vgl. Fn. 61.

⁶³ Vgl. § 281 Abs. 2 BGB.

Besonders bemerkenswert sind die Gewährleistungsregeln der §§ 377ff. HGB. Grundsätzlich gelten die §§ 459ff. BGB⁶⁴. Beim beiderseitigen Handelskauf trifft den Käufer allerdings die Pflicht, die erhaltene Ware zu untersuchen und etwaige Mängel dem Verkäufer unverzüglich anzuzeigen. Rügt der Käufer nicht rechtzeitig so gilt die Ware als genehmigt, soweit der Verkäufer nicht arglistig handelte, § 377 Abs. 2, 3, 4, 5 HGB.

Rügepflicht besteht in drei Fällen: Fehlerhafte Ware, andere als die bedungene Ware, eine andere als die bedungene Menge von Waren. Die Rügepflicht entfällt jedoch dann wieder, wenn die qualitative oder quantitative Abweichung zu erheblich ist, daß der Verkäufer die Genehmigung dieser Abweichung durch den Käufer als ausgeschlossen betrachten mußte, § 378 letzter Halbsatz HGB.⁶⁵

Untersuchung und Rüge haben unverzüglich zu erfolgen. Die Untersuchung hat in der Weise erfolgen, wie es nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang tunlich ist; auf branchenspezifische Gegebenheiten ist daher Rücksicht zu nehmen. Die Rüge hat konkret die Mängel darzulegen.

Erfolgt die Rüge nicht rechtzeitig, so sind die Gewährleistungsrechte aus den §§ 459ff. BGB⁶⁶ ausgeschlossen. Denn nach § 377 Abs. 2 HGB gilt die Ware als genehmigt, d. h. als vertragsgemäß.

⁶⁴ jetzt § 437ff. BGB.

⁶⁵ § 378 HGB ist im Rahmen der SchuldRMdG aufgehoben. Nach § 434 BGB n.F. ist nun ein aliud oder die falsche Menge ein Sachmangel. Die Untersuchungs- und Rügepflichten beurteilen sich daher nach § 377 HGB.

⁶⁶ vgl. Fn. 64.