

Saenger | Aderhold |
Lenkaitis | Speckmann [Hrsg.]

Handels- und Gesellschaftsrecht

Praxishandbuch

2. Auflage



Nomos

Prof. Dr. Ingo Saenger | Prof. Dr. Lutz Aderhold |
Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis |
Prof. Dr. Gerhard Speckmann [Hrsg.]

Handels- und Gesellschaftsrecht

Praxishandbuch

2. Auflage

Prof. Dr. Lutz Aderhold, Rechtsanwalt und Notar, Dortmund | **Dr. Alexander Bartz**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Düsseldorf | **Dr. Ralf Bergjan**, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, München | **Dr. Rainer Bertram**, Rechtsanwalt, Münster | **Dr. Michael Boger**, Rechtsanwalt (Unternehmensjurist), Zürich | **Martin Brück von Oertzen**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamm | **Dr. Tilman Coenen**, Rechtsanwalt, Hamm | **Dr. Jens-Peter Damas**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin | **Marc Dewald**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamm | **Dr. Andreas Eickhoff**, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bochum | **Dr. Anna Gregoritza**, Rechtsanwältin, Dortmund | **Dr. Christian Hoppe**, Rechtsanwalt, Dortmund | **Dr. Alexander Kessler**, LL.M., Rechtsanwalt und Attorney-at-Law (New York), Köln | **Dr. Nicholas Kessler**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt und Solicitor (England und Wales), Düsseldorf | **Dr. Martin Klein**, Rechtsanwalt, Essen | **Dr. Gunther Lehleiter**, LL.M., Rechtsanwalt, Dortmund | **Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis**, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht, Bochum | **Dr. Andreas Lotze**, Rechtsanwalt, Essen | **Dr. Beate Müller**, Rechtsanwältin, Münster | **Dr. Ulrich Müller**, Rechtsanwalt, Hamm | **Dr. Thomas Peschke**, Rechtsanwalt, Düsseldorf | **Dr. Thorsten Reinhard**, Rechtsanwalt, Frankfurt | **Dr. Oliver Rothe**, LL.M., Rechtsanwalt, Münster | **Prof. Dr. Ingo Saenger**, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster | **Dr. Martin Schlüter**, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamm | **Dr. Stephan Schmitz-Herscheidt**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Hamm | **Prof. Dr. Gerhard Speckmann**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Hamm | **Dr. Wolfram Theiss**, Rechtsanwalt, München | **Dr. Ingo Theusinger**, Rechtsanwalt, Düsseldorf | **Dr. Robert Thoma**, Notarassessor, Düsseldorf | **Dr. Alexander Ulrich**, Rechtsanwalt und Abogado (Madrid), Fachanwalt für Arbeitsrecht, Düsseldorf | **Dr. Marc Weßling**, Rechtsanwalt, Düsseldorf



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-5863-3

2. Auflage 2011

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Herausgeber und Autoren legen nunmehr die zweite Auflage des Praxishandbuchs zum Handels- und Gesellschaftsrecht vor. Diese berücksichtigt die Gesetzesänderungen vor allem durch das MoMiG, die Unternehmenssteuerreform sowie die Rom I und II-Verordnungen. Eingearbeitet sind ebenso die Neuregelungen des Handelsregisterrechts sowie die aktuelle Rechtsprechung und Literatur.

Das Konzept, praktische Schwerpunktsetzung mit Genauigkeit in der Einzeldarstellung zu verbinden und zugleich konkrete Formulierungsvorschläge sowie taktische Fragen zum richtigen Vorgehen zu benennen, fand bei den Benutzern Zuspruch. Bei der Überarbeitung haben die Autoren deshalb auch weitere Muster und Formulierungsbeispiele eingefügt. Für die zahlreichen Aktualisierungen möchten wir nur beispielhaft die Darstellung von Gewährleistungsklauseln in der Vertragsgestaltung, die Ausführungen zur laufenden Besteuerung bei der Rechtsformwahl und zur Ausschließung von Gesellschaftern bei der OHG anführen. Insbesondere wurde das Werk durch die Aufnahme zweier vollständig neuer Kapitel um das Kartellrecht (§ 12) und das Kapitalmarktrecht (§ 15) erweitert. Die neuen Mitautoren bürgen ebenso wie die übrigen Praktiker mit einschlägiger beruflicher Erfahrung für Genauigkeit der Einzeldarstellung und praxisorientierte Lösungsvorschläge.

Die Herausgeber – die Praktiker und zugleich Honorarprofessoren ebenso wie den Hochschullehrer – verbindet die gemeinsame praxisorientierte Schwerpunktbereichsausbildung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Erfahrungen und Hinweise aus der gemeinsamen Tätigkeit haben auch in die zweite Auflage des Werkes Eingang gefunden. Besonders zu danken haben die Herausgeber Frau Jana Dittmer am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht für die Gesamtkoordination der Neuauflage und Frau Andrea Freund für die redaktionelle Betreuung der Manuskripte.

Münster/Dortmund/Bochum/Hamm,
im Juni 2011

*Ingo Saenger
Lutz Aderhold
Karlheinz Lenkaitis
Gerhard Speckmann*

Zuschriften an die Herausgeber bitte an:
Prof. Dr. Ingo Saenger
Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Institut für Internationales Wirtschaftsrecht
Universitätsstr. 14–16
48143 Münster
saenger@uni-muenster.de

Vorwort zur 1. Auflage

Umfassende Kenntnisse in handels- und gesellschaftsrechtlichen Fragen gehören seit jeher zu den Kernkompetenzen anwaltlicher Beratung. Die Einführung einer entsprechenden Fachanwaltschaft zum 1. Juli 2006 unterstreicht dies. Das vorliegende Buch bietet einen professionellen Einstieg in die Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts. Es soll aber auch dem erfahrenen Praktiker als Grundlage für die Bearbeitung einzelner Rechtsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten dienen.

Wichtige Querbezüge vom Arbeitsrecht bis hin zum Bilanzrecht sind berücksichtigt. Das Werk ist als Vademecum für die tägliche Beratungspraxis angelegt. Berücksichtigung findet aber auch der Fächerkanon der Fachanwaltsausbildung. Ohne auf dem Niveau einer reinen Übersichtsdarstellung zu verharren, eignet sich das Werk gleichzeitig für die Vorbereitung zur Fachanwaltsausbildung.

Die Herausgeber verbindet eine mehrjährige gemeinsame akademische Arbeit in der universitären Schwerpunktbereichsausbildung an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Dort haben sie die Forschungsstelle Anwaltsrecht gegründet und bereits 2001 die Zusatzausbildung „Rechtsgestaltung und Streitbeilegung“ ins Leben gerufen. Diese ist inzwischen zum festen Bestandteil praxisorientierter Schwerpunktbereichsausbildung geworden. In der Forschungsstelle Anwaltsrecht wurde auch die Idee geboren, langjährige berufliche Erfahrungen auf den Gebieten „Vertragsgestaltung im Wirtschaftsrecht“ sowie „Verhandlungsstrategien und forensische Taktik“ weiterzugeben und in ein an die Anwaltschaft gerichtetes Praxishandbuch einfließen zu lassen.

Diese Idee haben die weiteren Mitautoren, sämtlich Praktiker aus Anwaltschaft und Notariat mit einschlägiger beruflicher Erfahrung, aufgegriffen. Ziel war es dabei, praktische Schwerpunktsetzung mit Genauigkeit in der Einzeldarstellung zu verbinden und zugleich konkrete Formulierungsvorschläge und taktische Fragen zum richtigen Vorgehen zu benennen. Für die Zukunft sind Autoren und Verlag auf eine kritische Begleitung und Unterstützung durch die Benutzer des so entstandenen Praxishandbuchs angewiesen und deshalb für jeden Hinweis zur Verbesserung dankbar!

Münster/Dortmund/Bochum/Hamm,
im Oktober 2007

*Ingo Saenger
Lutz Aderhold
Karlheinz Lenkaitis
Gerhard Speckmann*

Bearbeiterverzeichnis

- Prof. Dr. *Lutz Aderhold*, Rechtsanwalt und Notar, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Dortmund (Personengesellschaften: Offene Handelsgesellschaft)
- Dr. *Alexander Bartz*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kliemt & Vollstädt, Düsseldorf (Dienstvertragsrecht: Das Dienstvertragsrecht in der GmbH)
- Dr. *Ralf Bergjan*, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Pöhlath + Partners, München (Unternehmens- und Beteiligungskauf)
- Dr. *Rainer Bertram*, Rechtsanwalt, Provinzial NordWest Holding AG, Münster (Recht der Kapitalgesellschaften: Eingetragene Genossenschaft)
- Dr. *Michael Boger*, Rechtsanwalt (Unternehmensjurist), Zürich (Unternehmensnachfolge [gemeinsam mit Theiss])
- Martin Brück von Oertzen*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Wolter Hoppenberg, Hamm (Rechtsformwahl)
- Dr. *Tilman Coenen*, Rechtsanwalt, Streitbürger Speckmann, Hamm (Recht der Kapitalgesellschaften: GmbH [gemeinsam mit Schmitz-Herscheidt])
- Dr. *Jens-Peter Damas*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Eisenbeis Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin (Handels- und Steuerbilanzrecht, Unternehmenssteuerrecht)
- Marc Dewald*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Wolter Hoppenberg, Hamm (Recht der Kapitalgesellschaften: Aktiengesellschaft)
- Dr. *Andreas Eickhoff*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Aulinger, Bochum (Mittelbare Unternehmensbeteiligung: Die Unterbeteiligung, Die Treuhand, Der Nießbrauch)
- Dr. *Anna Gregoritzka*, Rechtsanwältin, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Dortmund (Personengesellschaften: GmbH & Co. KG)
- Dr. *Christian Hoppe*, Rechtsanwalt, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Dortmund (Personengesellschaften: Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Partnerschaftsgesellschaft)
- Dr. *Alexander Kessler*, LL.M., Rechtsanwalt und Attorney-at-Law (New York), GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Köln (Recht der Kapitalgesellschaften: Kommanditgesellschaft auf Aktien; Umwandlungsrecht: Verschmelzung)
- Dr. *Nicholas Kessler*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt und Solicitor (England und Wales), Orrick Hölters & Elsing, Düsseldorf (Internationales Gesellschaftsrecht: Überblick über das Europäische Gesellschaftsrecht)
- Dr. *Martin Klein*, Rechtsanwalt, ThyssenKrupp AG, Essen (Handelsgeschäfte: Handelskauf, allgemeine Vorschriften [gemeinsam mit Theusinger])
- Dr. *Gunther Lehleiter*, LL.M., Rechtsanwalt, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Dortmund (Personengesellschaften: Kommanditgesellschaft)
- Prof. Dr. *Karlheinz Lenkaitis*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht, Aulinger, Bochum (Recht der Kapitalgesellschaften: Stiftung; Mittelbare Unternehmensbeteiligung: Die Stille Gesellschaft)
- Dr. *Andreas Lotze*, Rechtsanwalt, Aulinger, Essen (Kartellrecht)
- Dr. *Beate Müller*, Rechtsanwältin, NRW.BANK, Münster (Kapitalmarktrecht)
- Dr. *Ulrich Müller*, Rechtsanwalt, Streitbürger Speckmann, Hamm (Recht des Handelsstandes: Der Handelsvertreter, Der Handelsmakler)

Bearbeiterverzeichnis

- Dr. *Thomas Peschke*, Rechtsanwalt, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft, Düsseldorf (Internationales Gesellschaftsrecht: Scheinauslandsgesellschaften)
- Dr. *Thorsten Reinhard*, Rechtsanwalt, Noerr LLP, Frankfurt (Internationales Gesellschaftsrecht: Europäische Rechtsformen)
- Dr. *Oliver Rothe*, LL.M., Rechtsanwalt, Münster (Internationales Kaufrecht)
- Prof. Dr. *Ingo Saenger*, Universitätsprofessor, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster (Recht des Handelsstandes: Kaufleute, Handelsregister, Handelsrechtliche Vollmachten; Internationales Gesellschaftsrecht: Internationales Privatrecht)
- Dr. *Martin Schlüter*, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Streitbürger Speckmann, Hamm (Mitbestimmung)
- Dr. *Stephan Schmitz-Herscheidt*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Streitbürger Speckmann, Hamm (Recht der Kapitalgesellschaften: GmbH [gemeinsam mit Coenen])
- Prof. Dr. *Gerhard Speckmann*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Streitbürger Speckmann, Hamm (Recht des Handelsstandes: Handelsfirma, Wettbewerbsverbote)
- Dr. *Wolfram Theiss*, Rechtsanwalt, Noerr LLP, München (Unternehmensnachfolge [gemeinsam mit Boger])
- Dr. *Ingo Theusinger*, Rechtsanwalt, Noerr LLP, Düsseldorf (Handelsgeschäfte: Kommission, allgemeine Vorschriften [gemeinsam mit Klein])
- Dr. *Robert Thoma*, Notarassessor, Düsseldorf (Umwandlungsrecht: Einleitung, Spaltung, Formwechsel)
- Dr. *Alexander Ulrich*, Rechtsanwalt und Abogado (Madrid), Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kliemt & Vollstädt, Düsseldorf (Dienstvertragsrecht: Das Dienstvertragsrecht in der AG, Exkurs)
- Dr. *Marc Weßling*, Rechtsanwalt, CLP Rechtsanwälte, Düsseldorf (Konzernrecht)

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Vorwort zur 1. Auflage	6
Bearbeiterverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	13
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	15
1. Teil: Handelsrecht	25
§ 1 Recht des Handelsstandes, §§ 1–104 HGB	26
Einleitung	32
A. Kaufleute, §§ 1–7 HGB	32
B. Handelsregister, §§ 8–16 HGB	46
C. Handelsfirma	64
D. Handelsrechtliche Vollmachten, §§ 48–58 HGB	84
E. Wettbewerbsverbote	98
F. Der Handelsvertreter gem. § 84 HGB	138
G. Der Handelsmakler (Versicherungsmakler)	201
§ 2 Handelsgeschäfte	214
Einleitung	215
A. Allgemeine Vorschriften	216
B. Handelskauf	245
C. Kommission	281
§ 3 Internationales Kaufrecht	299
Einleitung	300
A. UN-Kaufrecht	300
B. Kaufrecht nach EGBGB	349
2. Teil: Gesellschaftsrecht	356
§ 4 Rechtsformwahl	356
A. Einführung	357
B. Die Gesellschaftsformen im Überblick	357
C. Wesentliche Merkmale der Personengesellschaften	358
D. Wesentliche Merkmale der Kapitalgesellschaften	364
E. Europäische bzw ausländische Gesellschaften	368
F. Die Wahl zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften vor dem Hintergrund des Gesellschafts-, Steuer-, und Mitbestimmungsrechts	370
G. Methodisches Vorgehen bei der Wahl der Rechtsform	392
§ 5 Personengesellschaften	395
Einleitung	399

Inhaltsübersicht

A. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	399
B. Offene Handelsgesellschaft	461
C. Kommanditgesellschaft	488
D. GmbH & Co. KG	510
E. Die Partnerschaftsgesellschaft	582
§ 6 Recht der Kapitalgesellschaften	591
A. GmbH	598
B. Aktiengesellschaft	703
C. Kommanditgesellschaft auf Aktien	774
D. Eingetragene Genossenschaft	807
E. Stiftung	857
§ 7 Mittelbare Unternehmensbeteiligung	903
Einleitung	905
A. Die stille Gesellschaft	905
B. Die Unterbeteiligung	935
C. Die Treuhand	955
D. Der Nießbrauch	970
§ 8 Internationales Gesellschaftsrecht	980
Einleitung	984
A. Internationales Privatrecht	984
B. Überblick über das Europäische Gesellschaftsrecht	994
C. Europäische Rechtsformen	1036
D. „Scheinauslandsgesellschaften“ mit Sitz in Deutschland	1097
§ 9 Konzernrecht	1188
Einleitung	1188
A. Arten der Unternehmensverbindungen	1190
B. Mitteilungspflichten	1213
C. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit	1216
D. Eingliederung gem. §§ 319 ff AktG	1221
E. GmbH-Konzernrecht	1225
F. Konzernrecht für Personengesellschaften und anderer Organisationen	1226
§ 10 Umwandlungsrecht	1229
A. Einleitung	1231
B. Verschmelzung	1234
C. Spaltung	1273
D. Formwechsel	1292
§ 11 Unternehmens- und Beteiligungskauf	1306
A. Grundlagen des Unternehmens- und Anteilskaufs	1308

B. Vorvertragliches Stadium	1314
C. Unternehmenskaufvertrag	1322
D. Besonderheiten des Unternehmenskaufes bei Buyouts	1365
E. Besonderheiten des Unternehmenskaufes in Krise und Insolvenz	1372
§ 12 Kartellrecht	1384
Einleitung	1386
A. Deutsches und europäisches Kartellrecht	1387
B. Kartellverbot	1389
C. Missbrauchsverbot und Kontrolle sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens	1428
D. Fusionskontrolle	1441
E. Kartellrechtscompliance	1461
§ 13 Unternehmensnachfolge	1467
A. Allgemeine rechtliche Darstellung	1469
B. Vorweggenommene Erbfolge	1482
C. Unternehmensnachfolge von Todes wegen	1500
§ 14 Handels- und Steuerbilanzrecht	1529
A. Handelsrechtliche Rechnungslegung	1530
B. Steuerbilanzrecht	1543
§ 15 Unternehmenssteuerrecht	1577
A. Die Personengesellschaft	1578
B. Besteuerung der Kapitalgesellschaft	1598
C. Gewerbesteuer	1608
D. Umwandlungssteuerrecht	1616
E. Umsatzsteuer	1633
F. Grunderwerbsteuer	1634
G. Finanzierung von Gesellschaften	1644
H. Sanierung von Gesellschaften	1652
§ 16 Kapitalmarktrecht	1656
Einleitung	1657
A. Grundlagen des Kapitalmarktrechts	1657
B. Depotgeschäft	1664
C. Effktengeschäft	1666
D. Investmentrecht	1668
E. Unterschiedliche Typen von Wertpapieren	1670
F. Prospekthaftung	1687
G. Wertpapierhandelsrecht	1692
H. Anlageberatung	1702

Inhaltsübersicht

§ 17 Dienstvertragsrecht	1706
A. Das Dienstvertragsrecht in der GmbH	1707
B. Das Dienstvertragsrecht in der AG	1739
C. Exkurs: Der leitende Angestellte	1763
§ 18 Mitbestimmung	1765
A. Grundlagen der betrieblichen Mitbestimmung	1765
B. Unternehmensmitbestimmung	1792
Stichwortverzeichnis	1799