

GESELLSCHAFTSRECHT

Apotheke(n) als Offene Handelsgesellschaft (OHG) führen – Vorteile und Nachteile

von Dr. Bettina Mecking, Düsseldorf

Die Zahl der OHG-Apotheken ist in den vergangenen Jahren kontinuierlich gestiegen: 2004 gab es nach Zahlen der ABDA bundesweit 381 OHG-Apotheken. Im Jahr 2014 zählte die ABDA schon 638 und 2015 662 OHG-Apotheken. In wirtschaftlich unsicheren Zeiten wird häufiger über die OHG als reizvolle Rechtsform nachgedacht, wenngleich sie auch risikobehaftet ist. AH erklärt, worauf es bei der Gründung und Führung einer OHG im Lichte der besonderen apothekenrechtlichen Vorgaben ankommt.

Modell für große Apotheken und Filialverbände

Approbierte können als Partner gemeinsam eine Apotheke leiten. Das kann bei großen Apotheken und Filialverbänden wirtschaftlich sinnvoll sein, denn das Unternehmen muss für zwei Leiter ausreichenden Ertrag erbringen. Ein häufiger Anwendungsfall ist die Aufnahme eines jungen Apothekers durch einen älteren Kollegen, der die Apotheke bisher als Einzelunternehmen geführt hat. Oft ist die spätere vollständige Übernahme der Apotheke durch den jüngeren Apotheker beabsichtigt. Das OHG-Modell wäre für einige Approbierte attraktiv, wenn Teilzeit möglich wäre.

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

§ 8 S. 1 Apothekengesetz (ApoG) schränkt die Wahl des Apothekers hinsichtlich einer Gesellschaftsform für seinen Apothekenbetrieb ein. Neben dem Einzelunternehmen kommen nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder die OHG als Gesellschaftsform in Betracht. Tatsächlich bleibt in der Praxis die OHG als einzige Möglichkeit bestehen. Eine GbR, die eine Größenordnung erreicht, ab der eine kaufmännische Betriebsführung erforderlich ist, wandelt sich „automatisch“ zur OHG und muss ins Handelsregister eingetragen werden.

Wegen des Fremdbesitzverbots darf niemand anderes als der Apotheker selbst Inhaber der Apotheke sein. Dadurch ist auch ausgeschlossen, dass eine Kapitalgesellschaft, z. B. eine Aktiengesellschaft oder GmbH, Inhaber einer Apotheke wird. Der Apotheker wäre hierbei allenfalls z. B. Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied. Das reicht jedoch nicht aus. Außerdem darf die Haftung des freien Heilberufers Apotheker nach außen nicht beschränkt sein.

MERKE | Eine als niederländische AG betriebene Versandapotheke hatte vergeblich argumentiert, dass das Fremdbesitzverbot gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstoße. Der Europäische Gerichtshof entschied mit Urteil vom 19. Mai 2009, Az. C-171/07, dass das deutsche Fremdbesitzverbot europarechtlich nicht zu beanstanden ist.



Approbierte können als Partner gemeinsam eine Apotheke leiten

Apothekenrecht beschränkt Wahl der Gesellschaftsform

Fremdbesitzverbot: nur Apotheker selbst darf Inhaber der Apotheke sein

Apothek kann nicht als Partnerschaftsgesellschaft betrieben werden

Der Betrieb einer Apotheke als Partnerschaftsgesellschaft ist nicht möglich. Der Bundesgerichtshof (BGH) geht zwar davon aus, dass die Ausübung des selbstständigen Berufs des Apothekers bei nur gutachterlicher und fachlich beratender Tätigkeit die Ausübung eines Freien Berufs i. S. von § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) darstellt (BGH, Beschluss vom 12.4.2016, Az. II ZB 7/11, Abruf-Nr. 186241). Dagegen hat der Gesetzgeber bewusst von der Aufnahme des Apothekerberufs in den Katalog des § 1 Abs. 2 S. 2 PartGG abgesehen, weil er den berufsrechtlichen Vorschriften Vorrang einräumen und der Vorschrift des § 8 ApoG Rechnung tragen wollte.

Apothekenleiter müssen Apotheke persönlich leiten

Bei einer OHG müssen die beiden die Apotheke leitenden Gesellschafter vor Ort sein: Laut Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) muss ein Apothekenleiter die Apotheke persönlich leiten. Das bedeutet nicht nur Lenkung, sondern auch persönliche Beaufsichtigung des Betriebs und des Personals, erklärte die Arbeitsgemeinschaft der Pharmazierärzte Deutschlands (APD) in ihrer Resolution aus dem Jahr 2011. „Eine persönliche Beaufsichtigung erfordert eine körperliche Anwesenheit des Apothekenleiters“, stellten die Pharmazierärzte klar.

„Teilzeit-OHG“ ist nicht erlaubt

Eine „Teilzeit-OHG“, bei der jeder nur einige Stunden da ist, ist nicht erlaubt. Die einzig legitime Arbeitsteilung ist die zwischen Haupt- und Filialapotheke: Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH) hat entschieden, dass der Inhaber einer Apotheke auch als Filialleiter tätig sein darf. Die Gesellschafter sind einzig in diesem Fall nicht auf die Leitung der Hauptapotheke festgelegt. Vielmehr kann ein Gesellschafter auch die Filialleitung einer Apotheken-OHG übernehmen. Die Filialleitung durch einen gesellschaftlich verbundenen Apotheker komme dem zugrunde liegenden Leitbild von der eigenverantwortlichen und persönlichen Apothekenleitung näher als die Leitung durch einen angestellten Apotheker (VGH, Urteil vom 27.5.2011, Az. 22 BV 09.2402, Abruf-Nr. 113249).

OHG besteht aus mindestens zwei Gesellschaftern

Was ist eine OHG?

Um eine OHG zu gründen, müssen sich die zukünftigen Gesellschafter über drei Aspekte besondere Gedanken machen: die Gesellschafter, das Kapital und die Firma. Diese drei Komponenten sollten auf jeden Fall in dem Gesellschaftsvertrag festgehalten werden, der zur Gründung einer OHG notwendig ist.

Gesellschafter

Eine OHG besteht mindestens aus zwei Gesellschaftern. Eine maximale Anzahl an Gesellschaftern ist nicht vorgeschrieben. Die Gesellschafter müssen sich bewusst sein, dass sie alle voll mit ihrem Privatvermögen haften. Daher sollte eine OHG nur mit absoluten Vertrauenspersonen gegründet werden.

Kapital

Für die Gründung einer OHG gibt es kein gesetzlich vorgeschriebenes Mindestkapital. Im Gesellschaftsvertrag sollte dennoch genau festgelegt werden, welcher Gesellschafter welche Einlagen nach Höhe und Form (Bar- oder Sacheinlage) beisteuert.

Firma

Um eine OHG zu gründen, muss der Gegenstand der Firma zu den Voraussetzungen einer Offenen Handelsgesellschaft passen. Beim vollkaufmännischen Betrieb einer Apotheke ist dies gegeben. Die Firma ist der Name, unter dem die OHG im Handelsregister eingetragen ist und im Geschäftsverkehr auftritt. Anders als bei der GbR können hier Fantasienamen ausgewählt werden. Die Gesellschafter müssen nicht ihren eigenen Namen verwenden. Der Firmenname muss sich von anderen Firmen deutlich unterscheiden und zusätzlich die Rechtsform OHG enthalten.

Gründung einer OHG in zwei Schritten

Der erste Schritt, eine OHG zu gründen, ist mit dem Aufsetzen eines Gesellschaftsvertrags gemacht. Der Vertrag kann grundsätzlich formlos – also auch mündlich – abgeschlossen werden. Dies ist aber aufgrund der Vielzahl regelungsbedürftiger Einzelpositionen nicht anzuraten. Vielmehr sollten die Vereinbarungen in jedem Fall schriftlich fixiert sein. Ausnahmsweise ist statt der üblichen Schriftform sogar die notarielle Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vorgeschrieben, wenn einzelne Gesellschafter Verpflichtungen eingehen, deren Vereinbarung derart formbedürftig ist. Das gilt z. B. wenn ein Gesellschafter keine Bar-, sondern eine Sacheinlage in Form eines Grundstücks erbringt.

Der zweite Schritt ist die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister. Die OHG muss – unverzüglich nach dem Beginn der Geschäftstätigkeit – in das Handelsregister des für den Sitz des Unternehmens zuständigen Amtsgerichts eingetragen werden. Die Anmeldung ist in öffentlich beglaubigter Form durch einen Notar zu bewirken.

Haftung in der OHG

Die Gesellschafter der OHG bilden rechtlich eine Tätigkeits-, Vermögens-, Risiko- und Haftungsgemeinschaft. Alle Gesellschafter der OHG haften im Außenverhältnis unmittelbar, direkt, unbeschränkt, persönlich und gesamtschuldnerisch/solidarisch mit dem Geschäftsvermögen der Gesellschaft sowie ihrem Privatvermögen. Zur Tilgung werden im Zweifel nicht nur Bankguthaben herangezogen, sondern auch jede Form von Sachbesitz, Autos, Immobilien sowie sonstige Wertgegenstände. Dabei bedeutet:

- Unmittelbar und direkt: Jeder Gesellschafter kann unmittelbar von einem Gläubiger „zur Kasse gebeten“ werden, auch wenn er selbst das betreffende Geschäft nicht abgeschlossen hat, sondern sein Partner.
- Unbeschränkt und persönlich: Der OHG-Gesellschafter haftet für Verbindlichkeiten des Unternehmens bis zur gesetzlichen Pfändungsgrenze unbeschränkt aus seinem geschäftlichen und privaten Vermögen.
- Gesamtschuldnerisch/solidarisch: Alle Gesellschafter der OHG haften immer jeweils allein für 100 Prozent der Schulden der OHG. Sollte ein Gesellschafter ausfallen, müssen die verbleibenden Gesellschafter alle Verbindlichkeiten allein stemmen.

Gegenstand der Firma muss zu den Voraussetzungen einer OHG passen

1. Schritt:
Gesellschaftsvertrag

2. Schritt: Eintrag ins
Handelsregister

Alle Gesellschafter der OHG haften im Außenverhältnis

Gestaltungen zur Haftung im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis können abweichende Gestaltungen zur Haftung der Gesellschafter vereinbart werden. Werden derartige Regelungen nicht getroffen, haften die Gesellschafter immer zu gleichen Teilen bzw. gesamtschuldnerisch. Die private Haftung der Gesellschafter lässt sich nicht durch die Auflösung der Gesellschaft umgehen. Die Gesellschafter haften auch nach Beendigung der OHG für eventuell verbleibende Schulden mit ihrem gesamten Vermögen.

■ Beispiel

Eine OHG mit den Apothekern A und B als Gesellschaftern schuldet einem Großhändler 50.000 Euro. Im Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass A für dieses Geschäft zu 70 Prozent aufkommt, während B nur mit 30 Prozent betroffen ist. Als A zahlungsunfähig wird, muss B die Schulden allein begleichen. Der Lieferant muss keine Rücksicht auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag der OHG nehmen.

Wichtig | Empfehlenswert ist eine ausreichende Absicherung gegen die häufigsten Haftpflichtrisiken durch eine Gewerbe- bzw. Haftpflichtversicherung.

Ausschluss von der Geschäftsführung oder Vertretung nicht möglich

Geschäftsführung und Vertretung

Die handelsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten werden durch das Apothekenrecht eingeschränkt. Wegen § 7 ApoG ist der – rein handelsrechtlich mögliche – Ausschluss eines Beteiligten von der Geschäftsführung oder Vertretung bei der Apotheken-OHG nicht möglich. Denn § 7 ApoG verpflichtet zu persönlicher Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung, was durch jeden Gesellschafter gewährleistet sein muss.

Auflösung der OHG

So entscheidend wie möglichst eindeutige Regelungen für den Bestand der Gesellschaft sind wohlüberlegte Vereinbarungen, die die Auflösung bzw. Kündigung regeln. Eine OHG kann aufgelöst werden durch:

- Auflösungsbeschluss der Gesellschafter
- Gerichtsentscheidung
- Ablauf der vereinbarten Dauer der OHG
- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder eines Gesellschafters
- Tod eines Gesellschafters

Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag verankern

Es sind Regelungen zu treffen, die entweder den Fortbestand des Betriebs und die Zahlung einer Abfindung an den ausscheidenden Gesellschafter beinhalten oder die gemeinsame Liquidation des Betriebs festlegen. Bei der Auflösung der OHG wird das verbleibende Vermögen der OHG unter den Gesellschaftern verteilt. Danach wird die Gesellschaft aus dem Handelsregister gelöscht. Für den Tod eines Gesellschafters sind solche Überlegungen umso wichtiger, wenn z. B. ein Erbe Apotheker ist und als Nachfolger in die Stellung des Verstorbenen treten soll. Eine solche Nachfolgeklausel ist im Gesellschaftsvertrag zu verankern, da anderenfalls die erbrechtliche Einsetzung (z. B. per Testament) wegen des Vorrangs des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht nicht greift.