

Gehrlein / Witt / Volmer

GmbH-Recht in der Praxis

3. Auflage

RECHT WIRTSCHAFT STEUERN

GmbH-Recht in der Praxis

von

Professor Dr. Markus Gehrlein

Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Honorarprofessor der Universität Mannheim

Professor Dr. Carl-Heinz Witt, LL.M.

Universität Erfurt

Michael Volmer

Notar, Starnberg

3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

I S B N : 9 7 8 - 3 - 8 0 0 5 - 1 5 8 0 - 6

dfv Mediengruppe

© 2015 Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druckvorstufe: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: betz-druck GmbH, 64291 Darmstadt

Printed in Germany

Vorwort

Die Neuauflage des Praxis-Handbuchs erscheint sechs Jahre nach der Voraufgabe, deren Erscheinen dem Inkrafttreten der auf dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beruhenden tief greifenden Änderungen des GmbH-Rechts unmittelbar nachgefolgt war. Weitere bedeutsame Aktivitäten des Gesetzgebers sind in dieser Zeit ausgeblieben, so dass die höchst-richterliche Rechtsprechung, insbesondere natürlich zum reformierten Recht, im Mittelpunkt des Interesses stand. Sie hat der Praxis namentlich mit Blick auf die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), auf Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie zum Umfang des Gutgläubensschutzes beim Erwerb eines GmbH-Anteils und zu den insolvenzrechtlichen Neuerungen einiges an Klarheit gebracht. Zu manchen Fragen fehlt es indes bis heute an einer Entscheidung des BGH, so zu der Frage, ob die Neuregelung zur verdeckten Sacheinlage auch für die Unternehmergesellschaft und für die mittels Musterprotokolls gegründete GmbH Anwendung findet.

Den Leser und die Leserin vorwiegend mit der Rechtsprechung zum GmbH-Recht in allen seinen wesentlichen Bereichen, aber auch mit dem Stand der Literatur, insbesondere der Kommentarliteratur, vertraut zu machen, ist unverändertes Anliegen des Praxis-Handbuchs. Indes werden in der Neuauflage verstärkt auch Fragen der Vertragsgestaltung in den Blick genommen. Damit steht die neuerliche Erweiterung des Autorenkreises um *Michael Volmer* in Zusammenhang, der die Bearbeitung der Kapitel 1, 2 und 6 übernommen hat. Die Kapitel 3 bis 5, 7 und 10 stammen aus der Feder von *Carl-Heinz Witt*, für die Kapitel 8 und 9 zeichnet *Markus Gehrlein* verantwortlich.

Wie in den Voraufgaben liegt ein Schwerpunkt der Darstellung auf Verständlichkeit, Transparenz und Prägnanz. Rechtsprechung und Schrifttum konnten durchgehend bis Sommer 2014 berücksichtigt werden.

Landau in der Pfalz, Erfurt, Starnberg, im Oktober 2014

Markus Gehrlein
Carl-Heinz Witt
Michael Volmer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII

1. Kapitel Gründung der GmbH

I. Vorgründungsgesellschaft	1
1. Vertragsschluss	2
2. Rechtsnatur, Haftung	2
3. Verhältnis zu Vor-GmbH und GmbH	3
a) Trennung der Rechtsgebilde	3
b) Haftungsübernahme	4
II. Gesellschaftsvertrag	4
1. Gesellschaftszweck	4
a) Zweck und Unternehmensgegenstand	4
b) Mögliche Zwecke	5
aa) Grundsatz	5
bb) Einschränkungen durch §§ 134, 138 BGB	6
cc) Spezialgesetzliche Regelungen	6
c) Rechtsfolgen eines unzulässigen Zwecks	7
2. Gesellschafter	8
a) Natürliche Personen	8
b) Juristische Personen	9
c) Einpersonengründung	10
3. Mindestinhalt	10
a) Firma	10
aa) Freie Wahl der Unternehmensbezeichnung	10
bb) Rechtsscheinhaftung	12
b) Sitz	13
c) Unternehmensgegenstand	14
aa) Grundsatz	14
bb) Neugründung durch Verwendung des Mantels einer Vorrats-GmbH oder einer Alt-GmbH.	15
(1) Gleichstellung mit Neugründung	16
(2) Registerrechtliche Kontrolle	17

(3) Unterbilanzhaftung.....	19
(4) Handelndenhaftung.....	20
(5) Fazit zur Mantelverwendung.....	20
d) Höhe des Stammkapitals.....	21
e) Betrag der einzelnen Stammeinlagen.....	21
4. Körperschaftliche Regelungen.....	22
5. Form.....	24
a) Notarielle Beurkundung.....	24
b) Ausländische Beurkundung.....	24
c) Materielle Satzungsbestandteile.....	25
d) Änderungen des Vertrages.....	26
e) Vorvertrag.....	27
f) Treuhand.....	27
6. Auslegung des Vertrages.....	28
7. Inhaltskontrolle von AGB.....	29
8. Vereinfachte Gründung bei Verwendung eines Musterprotokolls.....	30
a) Wahl des Musterprotokolls.....	31
b) Abweichung vom Musterprotokoll: Teilnichtigkeit....	32
c) Änderung des als Gesellschaftsvertrag fungierenden Musterprotokolls.....	33
III. Vorgesellschaft.....	34
1. Rechtsnatur.....	34
2. Rechtsfähigkeit.....	34
3. Vertretung der Vorgesellschaft.....	36
4. Innenverhältnis.....	36
5. Einpersonen-GmbH.....	37
6. Handeln für künftige GmbH.....	38
IV. Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft.....	38
1. Problematik.....	38
2. Unterbilanzhaftung.....	39
a) Grundlagen.....	39
b) Voraussetzungen.....	40
aa) Unterbilanz.....	40
bb) Ermächtigung zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs	41
cc) Höhe der Haftung.....	41
3. Verlustdeckungshaftung.....	43
4. Beweislast.....	43

5. Handelndenhaftung	44
a) Handelnder	44
b) Rechtsgeschäftliches Handeln	45
c) Umfang der Haftung	46
d) Erlöschen der Haftung	46
e) Rückgriffsanspruch des Handelnden	47
6. Eigenkapitalersatz	47
7. Unechte Vor-GmbH bei fehlender Eintragsabsicht	48
a) Gesamtschuldnerische Außenhaftung	48
b) Einpersonengründung, Treuhand	49
c) Feststellung der Aufgabe der Eintragsabsicht	49
d) Vertretung	49
V. Eintragung der GmbH	50
1. Anmeldung	50
a) Allgemeines	50
b) Geschäftsanschrift	52
2. Registergerichtliche Prüfung	53
3. Eintragung	54
VI. Fehlerhafte Gesellschaft	54
1. Vor-GmbH	55
a) Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft	55
b) Abwicklung	55
2. Eintragung der GmbH	56
3. Unheilbare Beitrittsmängel	56
4. Abtretung von Geschäftsanteilen	57
a) Vor-GmbH	57
b) Eingetragene GmbH	57
VII. Unternehmergesellschaft	58
1. Gründung	60
2. Stammkapital	60
a) Mindeststammkapital	60
b) Rücklage	62
3. Anmeldung	63
4. Firma	63
5. Folgen der Bildung des gesetzlichen Mindeststammkapitals	64

2. Kapitel Die Mitgliedschaft in der GmbH

I. Mitgliedschaft und Geschäftsanteil	67
1. Begriff	67
2. Mehrere Geschäftsanteile	68
3. Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils	69
4. Vererblichkeit des Geschäftsanteils	69
a) Erbfolge in Geschäftsanteil	69
b) Gesellschaftsvertragliche Regelungen	70
aa) Nachfolgeklausel	70
bb) Hinauskündigung des Erben	71
cc) Abfindung	72
II. Formzwang von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei Anteilsveräußerung	72
1. Zweck des Formgebots	72
2. Verpflichtungsgeschäft	73
a) Reichweite des Formgebots	73
aa) Wesentliche Vertragsbestandteile	73
bb) Nebenabreden	74
cc) Vor-GmbH, Treuhand, Treuhänderwechsel, Abtretung des Übertragungsanspruchs	75
dd) Übertragung eines mit GmbH-Anteil verknüpften GbR-Anteils	76
ee) Vollmacht	76
b) Satzungsgemäßes Angebot an Mitgesellschafter	78
3. Heilung des formwidrigen Verpflichtungsgeschäfts	79
a) Rechtsgrund der Heilung	79
b) Unwirksames Verpflichtungsgeschäft	79
c) Bedingungseintritt oder -verzicht	79
4. Verfügungsgeschäft	80
III. Gewährleistung bei Anteilsveräußerung	81
1. Unterscheidung zwischen Rechts- und Unternehmenskauf	81
2. Unmöglichkeit	81
3. Wegfall der Geschäftsgrundlage	82
4. Aufklärungspflichten	82

5. Ergebnisabgrenzungsvereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer	83
6. Bereicherungsausgleich bei unwirksamer Übertragung eines Kundenstamms	83
7. Kapitalerhöhung keine Anteilsveräußerung	84
IV. Beschränkung der Abtretung (Vinkulierung)	84
1. Regelungszweck	84
2. Satzungsgrundlage	85
3. Genehmigungsberechtigter	86
4. Genehmigung	87
5. Erteilung der Genehmigung	88
6. Reichweite der Vinkulierung	89
a) Treuhand	89
b) Nachlassanteil	90
c) Ein- und Zweipersonengesellschaft	90
V. Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen	91
VI. Mitberechtigung am Geschäftsanteil	92
1. Regelungszweck	92
2. Mitberechtigung	92
3. Gemeinschaftliche Rechtsausübung	93
4. Haftung der Mitberechtigten	94
5. Rechtshandlungen der GmbH gegenüber Mitberechtigten ..	95
VII. Nachweis der Gesellschafterstellung	96
1. Gesellschafterliste	97
a) Überblick	97
b) Formalien	98
c) Pflichten der Geschäftsführer	99
d) Pflichten des Notars	100
e) Pflichten des Registergerichts	102
2. Ausübung der Gesellschafterrechte	103
a) Eintragung in Gesellschafterliste	103
b) Gesetzliches Schuldverhältnis	104
c) Gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber für Einlagepflichten	105
d) Verteilung der Gewinne	106
3. Fehlerhafte Übertragung eines Geschäftsanteils	107

4. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen	108
a) Rechtsgeschäftlicher Erwerb	108
b) Tatsächlich existierender Geschäftsanteil	108
c) Bedingte Abtretung	109
d) Gesellschafterliste als Legitimationsgrundlage	110
e) Reichweite des Gutgläubensschutzes	112
aa) Zurechenbarkeit	112
bb) Drei-Jahres-Frist	112
f) Erhebung eines Widerspruchs	113
VIII. Gewinnausschüttung	115
1. Gewinnanspruch	115
2. Konkludenter Beschluss – Vorabausschüttung	115
3. Fehlender Gesellschafterbeschluss	116
4. Einpersonengesellschaft	116

3. Kapitel Verlust der Mitgliedschaft

I. Einziehung	117
1. Differenzierung zwischen Einziehung und Ausschließung	117
2. Begriff der Einziehung	117
3. Satzungsgrundlage	118
a) Freiwillige Einziehung	118
b) Zwangseinziehung	119
aa) Konkretisierung der Gründe durch Satzung	119
bb) Einzelfallprüfung	120
c) Satzungsänderung	121
4. Zustimmung des Betroffenen bei freiwilliger Einziehung	122
5. Erhaltung des Stammkapitals	122
a) Volleinzahlung der Einlage	122
b) Leistung der Abfindung aus ungebundenem Vermögen	123
6. Durchführung der Einziehung	124
a) Gesellschafterbeschluss	124
b) Rechtliches Gehör	125
c) Mitteilung der Einziehung	126
7. Rechtsfolgen der Einziehung – Abfindung	126
a) Vernichtung des Geschäftsanteils	126

b)	Anpassung der Nennbeträge von Geschäftsanteilen	128
c)	Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters	129
aa)	Sittenwidrigkeit	129
bb)	Nachträgliches Missverhältnis	130
cc)	Benachteiligung der Gläubiger	131
d)	Wirksamwerden der Einziehung	131
8.	Rechtmäßigkeitsprüfung	132
II.	Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund	133
1.	Verhältnis von Ausschließung und Einziehung	133
2.	Ausschließung als Ergebnis der Rechtsfortbildung	133
a)	Praktisches Bedürfnis	133
b)	Dogmatische Grundlagen	134
c)	Zusammenfassung der Rechtsprechungsgrundsätze	134
3.	Beispiele möglicher Ausschließungsgründe	135
a)	Gründe in der Person des Gesellschafters	135
b)	Gründe im Verhalten des Gesellschafters	136
c)	Wettbewerbsverstöße	137
d)	Tief greifendes Zerwürfnis	138
e)	Verhalten der anderen Gesellschafter: „milderes Licht“	138
f)	Kapitalistisch strukturierte GmbH	139
g)	Zeitablauf	139
4.	Satzungsregeln zur Bestimmung von Ausschließungs- gründen	139
a)	Erschwerung der Ausschließung	140
b)	Erleichterungen (freie Hinauskündigungsklausel)	140
aa)	Grundsatz der Unwirksamkeit	140
bb)	Gültigkeit wegen besonderer Umstände	141
(1)	Treuhandähnliches Verhältnis	141
(2)	Erbrechtliche Gestaltung	141
(3)	Prüfung gedeihlicher Zusammenarbeit	142
(4)	Beendigung der für die Beteiligung maßgeblichen Zusammenarbeit	143
c)	Satzungsänderung	144
5.	Durchführung der Ausschließung	144
a)	Fehlende statutarische Regelungen	144
aa)	Gesellschafterbeschluss	144
(1)	Zustandekommen	144
(2)	Anfechtbarkeit	146
bb)	Ausschließungsklage	147

cc) Ausschlussurteil	148
dd) Zahlung der Abfindung aus ungebundenem Vermögen	149
ee) Rechtsstellung des Gesellschafters bis zur Zahlung der Abfindung	149
b) Statutarische Regelung	150
6. Abfindung	151
a) Verkehrswert	151
b) Unwirksame Abfindungsbeschränkungen	152
c) Nachträgliche (schleichende) Unwirksamkeit einer Abfindungsbeschränkung	154
d) Beweislast	155
III. Austritt eines Gesellschafters	155

4. Kapitel Die Gesellschafterversammlung

I. Kompetenzen der Gesellschafterversammlung	158
1. Zwingende Zuständigkeiten	158
2. Statutarische Regelungen	158
3. Zuständigkeitskatalog des § 46 GmbHG	160
a) Feststellung des Jahresabschlusses	160
b) Einforderung von Einlagen	161
c) Rückzahlung von Nachschüssen	162
d) Teilung, Zusammenlegung und Einziehung von Geschäftsanteilen	162
e) Bestellung, Abberufung und Entlastung von Geschäftsführern	163
aa) Bestellung, Abberufung	163
bb) Entlastung, Generalbereinigung	164
(1) Zuständigkeit	164
(2) Reichweite	165
(3) Kein Verzicht im Bereich der Kapitalerhaltung. ...	165
(4) Kein Anspruch auf Entlastung	166
(5) Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit des Beschlusses ..	166
f) Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung	167
g) Bestellung von Prokuristen	168

h) Erhebung von Ersatzansprüchen	169
aa) Normzweck	169
bb) Beschlusserfordernis als materielle Klagevoraus- setzung.	170
cc) Nachholung des Beschlusses.	171
dd) Entbehrlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses ...	172
ee) Bestellung eines Prozessvertreters	174
II. Einberufung der Gesellschafterversammlung.	175
1. Einberufungskompetenz	175
a) Geschäftsführer	176
aa) Ordnungsgemäße Bestellung.	176
bb) Sachliche Voraussetzungen	177
b) Gesellschafter	177
aa) Einberufungsverlangen.	178
bb) Pflichten der Geschäftsführer	179
cc) Selbsthilferecht	179
dd) Ergänzung der Tagesordnung	180
2. Form, Inhalt und Frist der Einberufung	181
a) Form und Adressat	181
b) Inhalt	182
c) Einberufungsfrist.	183
aa) Berechnung der Frist.	183
bb) Verlegung, Eventualeinberufung	184
3. Heilung von Einberufungsmängeln.	185
a) Universalversammlung.	185
b) Rügeverzicht	187
III. Beschlussfassung	187
1. Ablauf der Versammlung	187
a) Äußerer Gang.	187
b) Versammlungsleiter	187
c) Protokollierung gefasster Beschlüsse	188
d) Beschlussfassung in der Einpersonengesellschaft.	189
e) Wirksamwerden eines Gesellschafterbeschlusses	190
2. Mehrheitserfordernisse	190
a) Gesetz	190
b) Satzung	191
3. Teilnahmerecht	192
a) Gesellschafter	192

b) Treuhand	194
c) Vertreter, Amtswalter	194
d) Mitberechtigung	195
4. Stimmrecht	195
a) Abspaltungsverbot	195
b) Treuhand	197
c) Eigene Geschäftsanteile der GmbH	197
d) Amtswalter	197
e) Stimmbindungsverträge	198
f) Einheitliche Stimmabgabe	199
g) Rechtsnatur der Stimmabgabe	199
h) Ausschluss von der Abstimmung	200
aa) Normzweck des § 47 Abs. 4 GmbHG	200
bb) Subjektiver Geltungsbereich	201
cc) Objektiver Geltungsbereich	203
(1) Entlastung eines Gesellschafters	203
(2) Befreiung von einer Verbindlichkeit	204
(3) Vornahme eines Rechtsgeschäfts	205
(4) Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits	207
dd) Unabdingbarkeit	207
5. Schriftliche Beschlussfassung	208
6. Kombinierte Beschlussfassung	209
IV. Rechtliche Kontrolle von Gesellschafterbeschlüssen	210
1. Anwendbarkeit von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage ..	210
a) Klage gegen protokollierten Beschluss	211
b) Klage gegen nicht protokollierten Beschluss	212
2. Schwebende Unwirksamkeit eines Beschlusses	213
3. Nichtigkeit von Beschlüssen	214
a) Nichtigkeitsgründe	214
aa) Einberufungs- und Ladungsmängel	214
bb) Beurkundungsmängel	216
cc) Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH	217
dd) Sittenwidrigkeit	217
ee) Nichtigerklärung, Löschung	217
b) Geltendmachung der Nichtigkeit	218
c) Heilung	219
4. Anfechtbarkeit von Beschlüssen	220
a) Klagebefugnis, Beklagter	220
b) Anfechtungsfrist	222

c) Zuständiges Gericht	223
d) Urteil	224
e) Kein Erfordernis der Kausalität des Verfahrensfehlers für Beschluss	225
f) Vorrang von Nebenabreden	225
g) Bestätigung	226

5. Kapitel Der Geschäftsführer

I. Geschäftsführer als Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan	227
1. Funktion des Geschäftsführers	227
2. Vertretung	228
a) Umfang der Vertretungsmacht	228
b) Immanente Grenzen der Vertretungsmacht	229
c) Innengeschäfte	230
d) Verbot des Insichgeschäfts	231
aa) Grundsatz	231
bb) Zulässigkeit eines Insichgeschäfts	232
cc) Einpersonengesellschaft	232
e) Gesamtvertretung	234
f) Prozessvertretung	235
g) Rechtsscheinhaftung des Geschäftsführers	236
h) Zugang und Zustellung	237
aa) Obligatorische inländische Geschäftsanschrift	237
bb) Freiwillige Benennung einer empfangsberechtigten Person	238
cc) Öffentliche Zustellung	239
dd) Empfangszuständigkeit der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der GmbH	239
3. Geschäftsführung	240
a) Begriff	240
b) Gesetzliche Aufgaben der Geschäftsführer	241
c) Gesamtgeschäftsführung	241
aa) Geschäftsordnung	241
bb) Gesamtverantwortung	242
d) Grenzen der Geschäftsführung	243

aa) Weisungen	243
bb) Gesetz und Satzung	244
cc) Außergewöhnliche Geschäfte	245
II. Organverhältnis	245
1. Unterscheidung zwischen Organ- und Anstellungs- verhältnis	245
2. Berufung in das Organverhältnis	247
a) Person des Geschäftsführers	247
aa) Geschäftsfähigkeit	247
bb) Bestellungshindernisse	247
cc) Folgen eines Bestellungshindernisses	248
(1) Nichtigkeit der Bestellung	248
(2) Schadensersatzhaftung der Gesellschafter wegen Bestellung eines Amtsunfähigen	249
b) Bestellungsorgan	250
aa) Gesellschaftsvertrag	250
bb) Gesellschafterversammlung	251
cc) Delegation des Bestellungsrechts	252
c) Bestellungsakt	253
3. Beendigung der Organstellung	254
a) Allgemeine Beendigungsgründe	254
b) Ordentliche Abberufung	255
aa) Grundsatz der freien Abberufbarkeit	255
bb) Verfahren	255
cc) Durchführung	256
dd) Rechtsschutz	257
ee) Kein Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers wegen Widerrufs der Bestellung	257
c) Abberufung aus wichtigem Grund	258
aa) Satzungsfixierte Befugnis der Gesellschafter	258
bb) Wichtiger Grund	259
d) Kein Weiterbeschäftigungsanspruch des abberufenen Geschäftsführers	261
e) Amtsniederlegung	262
aa) Entbehrlichkeit einer Begründung	262
bb) Kundgabe, Adressat der Erklärung	263
cc) Weitere Rechtsfolgen	264
f) Aufhebungsvertrag	264
III. Anstellungsverhältnis	265

1. Begründung des Anstellungsverhältnisses	265
a) Zuständiges Organ	265
b) Umsetzung der Anstellung	267
c) Form	268
d) Fehlerhafter Anstellungsvertrag	268
e) Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses: Dienst- vertrag	269
2. Rechte des Geschäftsführers	272
a) Vergütung	272
aa) Vertragliche Abrede	272
bb) Tantieme	274
cc) Anpassung der Vergütung an wirtschaftliche Gegebenheiten, Unterbilanz	275
dd) Dienstwagen	276
ee) Leistungsstörungen	277
b) Nebenansprüche	278
c) Ruhegehalt	279
aa) Begründung des Anspruchs	279
bb) Entgeltcharakter der Versorgung	280
cc) Keine Anpassung der Versorgungsansprüche vor Eintritt des Pensionsfalls	281
dd) Unverfallbarkeit einer Versorgungszusage	282
(1) Geschützter Personenkreis	282
(2) Voraussetzungen der Unverfallbarkeit	283
ee) Widerruf einer unverfallbaren Versorgungszusage ..	284
ff) Widerruf einer verfallbaren Versorgungszusage ...	285
gg) Gesetzliche Insolvenzversicherung für Versorgungs- ansprüche	285
3. Pflichten des Geschäftsführers	287
a) Ausübung der Organstellung in Übereinstimmung mit dem Gesetz	287
b) Geschäftliche Risiken	288
c) Allgemeine Pflichten	289
d) Wettbewerbsverbot	289
aa) Während der Amtszeit	289
(1) Beginn und Ende	289
(2) Reichweite des Wettbewerbsverbots	290
(3) Rechtsfolgen	291
bb) Nach der Amtszeit	292
(1) Ausdrückliche Vertragsabrede	292

(2) Entschädigung	293
(3) Freistellung des Geschäftsführers von nach- vertraglichem Wettbewerbsverbot	294
4. Beendigung des Anstellungsverhältnisses	295
a) Allgemeine Beendigungsgründe	295
aa) Tod, Insolvenz, Zeitablauf	295
bb) Koppelung von Anstellungsverhältnis mit Organverhältnis	295
b) Ordentliche Kündigung	296
aa) Kündigungskompetenz	296
bb) Kündigungsfrist	297
cc) Entbehrlichkeit eines Kündigungsgrundes	298
c) Außerordentliche Kündigung	299
aa) Wichtiger Grund	299
(1) Kündigung durch Geschäftsführer	299
(2) Kündigung durch GmbH	300
bb) Abmahnung	302
cc) Frist des § 626 Abs. 2 BGB	303
(1) Fristbeginn	303
(2) Sonderfall: Unangemessen hinausgeschobene Gesellschafterversammlung	304
(3) Nachschieben von Gründen	305
dd) Vergütungsanspruch bei unwirksamer fristloser Kündigung: Annahmeverzug	306
ee) Unwirksamkeit eines vertraglichen Abfindungs- anspruchs nach fristloser Kündigung	307
d) Aufhebungsvertrag	307
IV. Haftung des Geschäftsführers	308
1. Ansprüche der GmbH gegen den Geschäftsführer	308
a) Verstoß gegen Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG. ...	308
b) Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung (§ 43 GmbHG)	309
aa) Organstellung	310
bb) Sorgfaltspflichtverletzung	311
cc) Weisungen	314
dd) Schaden	315
ee) Darlegungs- und Beweislast	316
ff) Schutzwirkung des Geschäftsführervertrages zugunsten der GmbH & Co. KG	317

gg) Entlastung	318
hh) Verjährung	318
ii) Haftungsverzicht vor Anspruchsentstehung	319
(1) Grundsätzliche Zulässigkeit	319
(2) Grenzen	320
c) Kreditgewährung aus gebundenem Vermögen	320
d) Masseschmälerung	321
aa) Schutzzweck der Norm	321
bb) Insolvenzureife der Gesellschaft	323
cc) Verbotene Zahlungen	325
dd) Verschulden	327
ee) Verjährung	329
ff) Pflicht des Geschäftsführers zur vollständigen Erstattung	329
e) Insolvenzverursachung	330
aa) Verbotene Zahlung	331
bb) Kausalität der Zahlung für die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft	333
cc) Darlegungs- und Beweislast	333
dd) Entlastung	334
ee) Inhalt der Ersatzpflicht und Leistungsverwei- gerungsrecht	335
f) Gründerhaftung	336
2. Ansprüche der Gläubiger der GmbH	337
a) Verschulden bei Vertragsschluss	337
b) Garantieversprechen	338
c) Insolvenzverschleppung	338
aa) Altgläubiger: Quotenschaden	339
bb) Neugläubiger: Vertrauensschaden	340
cc) Geltendmachung des Anspruchs, Darlegungs- und Beweislast, Verjährung	343
d) Deliktische Haftung	344
e) Insbesondere: Haftung wegen Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen	345
3. Ansprüche der Veräußerer und Erwerber eines Geschäfts- anteils	347
V. Haftung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten	348
1. Verletzung des Anstellungsvertrages	348
2. Deliktische Haftung	349

6. Kapitel Sicherung der Kapitalaufbringung

I. Kapitalaufbringung als Korrelat der Haftungsbefreiung .	351
II. Unversehrtheitsgrundsatz	352
1. Verwirklichung durch Differenzhaftung	352
2. Mehrzahlung über Mindesteinlage hinaus.....	353
III. Zahlung der Bareinlage	353
1. Fälligkeit der Bareinlage	353
2. Gleichmäßige Behandlung der Gesellschafter	355
3. Erfüllung der Bareinlageschuld.....	355
a) Zuordnung einer Zahlung	355
b) Vorauszahlung.....	357
c) Zahlung auf eigenes, auch als Geschäftskonto der GmbH genutztes Konto des Gesellschafters	357
d) Zahlung auf im Debet geführtes Konto	358
e) Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen	359
f) Hin- und Herzahlung; Cash Pool.....	359
aa) Hintergrund	359
bb) Bilanzielle Betrachtungsweise	362
cc) Beurteilungszeitpunkt	364
dd) Sacheinlagefähigkeit von Forderungen.....	365
g) Zahlung aus Mitteln der Gesellschaft	366
h) Zahlung an Gesellschaftsgläubiger	367
aa) Mindesteinlage	367
bb) Resteinlage.....	367
i) Beweislast	368
4. Verjährung.....	368
5. Befreiungsverbot	369
a) Erlass	369
b) Novation.....	369
c) Stundung	370
d) Vergleich	370
e) Schiedsfähigkeit von Einlagestreitigkeiten	371
f) Aber: Befreiung durch erfüllungsersetzende Leistung möglich.....	371
6. Aufrechnungsverbot	372

a) Aufrechnung durch Gesellschafter.....	372
b) Aufrechnung durch GmbH	374
IV. Erbringung der Sacheinlage	375
1. Begriff	375
2. Gegenstand einer Sacheinlage	376
3. Gutgläubiger Erwerb der GmbH von einem Gesellschafter	378
4. Verdeckte Sacheinlage.....	378
a) Hintergrund: Die verdeckte Sacheinlage vor ihrer Kodifizierung.....	378
aa) Begriff.....	378
bb) Rechtsfolgen.....	380
cc) Heilung der verdeckten Sacheinlage	381
b) Die Neuregelung: Anrechnungslösung	382
aa) Begriff der verdeckten Sacheinlage	382
bb) Wertanrechnung, keine Differenzhaftung	383
cc) Beweislast	385
dd) Praktische Folgen	386
ee) Rückwirkung	386
ff) Heilung der verdeckten Sacheinlage	387
gg) Dienstleistung als verdeckte Sacheinlage	387
V. Kapitalerhöhung	388
1. Verwirklichung der Kapitalerhöhung	388
2. Fälligkeit	389
3. Zeitpunkt der Zahlung.....	390
4. Vorausleistungen.....	390
a) Geldeinlage	390
b) Sanierungsfälle	392
c) Sacheinlage	393
5. Zahlung auf im Debet geführtes Konto	393
6. Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren	394
a) Tatsächliche Gestaltung.....	394
b) Rechtliche Behandlung als Sacheinlage	394
c) Offenlegung des Verfahrens	395
7. Genehmigtes Kapital	395
VI. Kaduzierung	396
1. Anwendungsbereich.....	396
2. Verfahrensgang.....	397

a) Säumnis des Gesellschafters und erste Zahlungsaufforderung	398
b) Erneute Zahlungsaufforderung	398
c) Zuständigkeit	399
d) Verlustigerklärung	400
3. Wirkungen	400
a) Verlust der Mitgliedschaft	400
b) Stufenregress	401
aa) Staffelregress	401
bb) Verwertung des Geschäftsanteils	402
cc) Ausfallhaftung des ausgeschlossenen Gesellschafters	402
dd) Ausfallhaftung der Mitgesellschafter	403

7. Kapitel Sicherung der Kapitalerhaltung

I. Prinzip des Kapitalschutzes	405
1. Notwendigkeit der Kapitalerhaltung	405
2. Ausgestaltung des Kapitalschutzes	406
a) Regelung der §§ 30, 31 GmbHG	406
aa) Rückgewähranspruch	406
bb) Abschließender Charakter der Regelung	407
b) Ausstrahlungswirkung	408
aa) Andere Normen	408
bb) Eigenkapitalersatzregeln	409
3. Unterschiede zwischen GmbH- und Aktienrecht	409
II. Reichweite des Vermögensschutzes	410
1. Stammkapital als Ausgangsgröße	410
2. Auszahlung	411
a) Adressat des Verbots	411
b) Begriff	412
c) Minderung des Gesellschaftsvermögens	413
aa) Darlehensvergabe	413
(1) Zulässigkeit bei vollwertigem Rückgewähranspruch	413
(2) Spätere negative Entwicklungen	416

bb) Austauschverträge	417
(1) Marktkonformität bei bestehender Unterbilanz	417
(2) Sonderfall: Nicht bilanzierungsfähige Vermögens- werte	418
cc) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge ...	418
dd) Verdeckte Gewinnausschüttung, verdeckte Sondervorteile	419
ee) Geschäftsführervergütung	419
ff) Verzicht auf möglichen Gewinn	420
gg) Unschädlichkeit eines reinen Passiventauschs	421
3. Unterbilanz und Überschuldung	421
4. Unterbilanz	422
a) Feststellung der Unterbilanz	422
b) Haftungsgrenze	424
5. Überschuldung	424
a) Begriff der Überschuldung	424
b) Feststellung der rechnerischen Überschuldung	425
aa) Vermögensbilanz	425
(1) Aktivvermögen	425
(2) Passivvermögen	426
(3) Ergebnis	427
bb) Maßgeblichkeit des zweistufigen Überschuldungs- begriffs	427
c) Haftungsgrenze	429
6. Anwendbarkeit auf die GmbH & Co. KG	430
III. Auszahlungsempfänger	431
1. Gesellschafter	432
a) Direkte Leistung an Gesellschafter	432
b) Leistung an Gesellschafter über Dritten	433
2. Dritte	434
a) Treuhand, stiller Gesellschafter	434
b) Verbundene Unternehmen	435
c) Leistungen an Familienangehörige	437
IV. Der Erstattungsanspruch	438
1. Umfang des Anspruchs	438
2. Inhalt des Anspruchs	438
3. Fälligkeit des Anspruchs	440
4. Nachträgliche Auffüllung des Stammkapitals	440

V. Ansprüche gegen Gesellschafter

a) Kein nachträglicher Wegfall des Erstattungsanspruchs .	440
b) Behandlung von Rückstellungen	441
5. Anspruch gegen gutgläubigen Gesellschafter	441
6. Aufrechnung, Erlass, Stundung	442
7. Ausfallhaftung	443
8. Verjährung	444
9. Darlegungs- und Beweislast	445
10. Erstattungsanspruch bei Verstoß gegen § 43a GmbHG.	445
V. Ansprüche gegen Gesellschafter wegen existenzvernichtenden Eingriffs.	446
1. Haftungsvoraussetzungen	447
2. Rechtsfolgen	450
3. Haftung im qualifiziert faktischen Konzern	452
VI. Durchgriffshaftung	452
1. Vermögensvermischung	454
2. Sphärenvermischung	455
3. Unterkapitalisierung	455
4. Einpersonengesellschaft	456
5. Umgekehrter Durchgriff	457
VII. Weitere Haftung von Gesellschaftern	457
1. Mithaftung des Gesellschafters neben der GmbH	457
2. Haftung der Gesellschafter untereinander	458
a) Bestehendes Gesellschaftsverhältnis	458
b) Beendetes Gesellschaftsverhältnis	459

8. Kapitel Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen nach neuem Recht

I. Grundgedanken des Eigenkapitalersatzrechts	461
II. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts	461
III. Insolvenzzrechtlicher Nachrang von Gesellschafterdarlehen	463

1. Betroffene Gesellschaften.....	464
2. Erfasste Kreditgeber	465
a) Gesellschafter, gleichgestellte Dritte.....	465
b) Abtretung der Forderung, Verlust der Gesellschafterstellung.....	468
3. Art der Gesellschafterhilfe	469
a) Darlehen.....	469
b) Gleichgestellte Forderungen.....	470
c) Nutzungsrecht bei Gebrauchsüberlassung	471
4. Ausnahmen vom Nachranggrundsatz.....	473
a) Sanierungsprivileg	473
b) Kleinbeteiligtenprivileg	474
5. Gesellschafterbesicherte Darlehensansprüche	475
IV. Insolvenzanfechtung	476
1. Befriedigung.....	477
a) Einjährige Anfechtungsfrist	477
b) Gleichgestellte Forderungen.....	478
2. Anfechtung der Gewährung einer Sicherung	480
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	481
4. Gläubigerbenachteiligung.....	483
5. Verhältnis des § 135 InsO zur Vorsatzanfechtung des § 133 InsO.....	486
V. Anfechtung von Darlehensrückzahlungen außerhalb der Insolvenz	487
VI. Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus.....	488
VII. Insolvenzantragspflicht	490
1. Vereinheitlichung der maßgeblichen Vorschriften.....	490
2. Erweiterung des verpflichteten Personenkreises.....	491
a) Gesellschafter bzw. Aufsichtsratsmitglieder	491
b) Freistellung von Antragspflicht	492
VIII. Insolvenzantragsrecht	493

9. Kapitel

Eigenkapitalersatzrecht – Übergangsrecht

I. Grundgedanken des Eigenkapitalersatzrechts	496
1. Notwendigkeit einer Kapitalstärkung	496
2. Gleichbehandlung von Darlehen und Eigenkapital	497
a) Darlehen zur Kapitalzufuhr ungeeignet	497
b) Keine Risikoverlagerung auf Gläubiger	497
c) Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG	498
3. Zweistufiger Schutz der Gesellschaft	499
a) Rechtsprechungsregeln	499
b) Gesetzliche Konzeption	500
c) Nebeneinander von Rechtsprechungsregeln und Novellenregeln	501
aa) Unterschiede	501
bb) Folgerung	501
II. Krise der Gesellschaft	502
1. Insolvenzureife	503
a) Zahlungsunfähigkeit	503
b) Überschuldung	505
aa) Überschuldungsbegriff	505
(1) Einstufiger Überschuldungsbegriff	506
(2) Zweistufiger Überschuldungsbegriff	507
bb) Überschuldungsbilanz	507
(1) Jahresabschluss, stille Reserven	507
(2) Rückstellungen	509
cc) Passivierung von Gesellschafterforderungen	509
(1) Gesellschafterdarlehen	510
(2) Rangrücktrittserklärung	510
c) Beweislast	512
2. Kreditunwürdigkeit	512
a) Begriff der Kreditunwürdigkeit	513
b) Unterscheidung von Kreditunwürdigkeit und Insolvenzureife	513
c) Feststellung der Kreditunwürdigkeit	514
aa) Kreditbezogene Indizien	514
bb) Unternehmensbezogene Indizien	516
cc) Darlegungs- und Beweislast	516
3. Erkennbarkeit der Krise	517

III. Umqualifizierung der Leistung des Gesellschafters in Eigenkapital	518
1. Darlehen	518
a) Grundmodell des Eigenkapitalersatzrechts	518
b) Finanzplankredit	519
aa) Begriff	519
bb) Auslegung der Abrede	520
cc) Aufhebung der Verpflichtung	521
c) Kurzfristiger Überbrückungskredit	521
aa) Insolvenzreife	521
bb) Kreditunwürdigkeit	521
d) Sanierungsdarlehen	523
aa) Erwerb von Geschäftsanteilen	523
bb) Sanierungszweck	524
cc) Rechtsfolgen	524
2. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	525
a) Tatbestand	525
b) Rechtsfolgen	526
aa) Verhältnis Kreditgeber zur GmbH	526
bb) Verhältnis der GmbH zu Gesellschafter	527
3. Nutzungsüberlassung	528
a) Begriff der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung	528
b) Insolvenzreife	529
c) Kreditunwürdigkeit	529
d) Überlassungsunwürdigkeit	530
aa) Standardwirtschaftsgüter	530
bb) Spezialwirtschaftsgüter	531
cc) Betriebsaufspaltung	532
4. Andere Leistungen	533
a) Stundung	533
b) Fälligkeitsvereinbarungen	534
c) Stille Beteiligung	536
d) Patronatserklärung	537
e) Schuldübernahme	537
5. Zeitpunkt der Umqualifizierung	538
a) Darlehenshingabe nach Eintritt der Krise	538
aa) Leistung in der Krise	538
bb) Leistungsversprechen in der Krise	539
cc) Krisenfinanzierung	540
b) Stehenlassen einer Gesellschafterhilfe	541

V. Ansprüche gegen Gesellschafter

aa) Kreditbelassung entspricht Kreditverlängerung ...	541
bb) Entbehrlichkeit einer Finanzierungsabrede	542
cc) Kennenmüssen der Krise	543
dd) Möglichkeit des Darlehensabzugs	544
(1) Kündigung	544
(2) Liquidation	545
ee) Klage wegen späteren Abzugs eines stehen gelassenen Darlehens	546

IV. Umfang der Haftung wegen Eigenkapitalersatzes. 546

1. Haftender Personenkreis.	546
a) Gesellschafter	546
aa) Ehemaliger Gesellschafter.	547
bb) Neugesellschafter	549
b) Kleinbeteiligte Gesellschafter	549
aa) Tatbestand	549
(1) Kleingesellschafter	549
(2) Fehlende Geschäftsführung	550
bb) Rechtsfolge	551
c) Dritte	551
aa) Treuhand	551
bb) Verbundene Unternehmen	552
(1) Voraussetzungen	552
(2) Rechtsfolgen	553
cc) Miteigentümer bei Nutzungsüberlassung	554
dd) Erwerber eines von der GmbH gemieteten Grund- stücks	555
ee) Pfandgläubiger, Nießbraucher	555
d) Nahe Angehörige	555
2. Inhalt der Haftung	557
a) Auszahlungsverbot	557
aa) Höhe	557
bb) Dauer der Verstrickung	558
b) Erstattungsanspruch	559
aa) Höhe	559
bb) Dauer der Verstrickung	560
c) Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	561
d) Gebrauchsüberlassung	562
aa) Unentgeltliches Nutzungsrecht der Gesellschaft ..	562
bb) Insolvenz der GmbH	562

cc) Zwangsverwaltung	563
dd) Insolvenz auch des Gesellschafters	564
e) Insolvenz der GmbH	564
aa) Insolvenzforderung des Gesellschafters	564
bb) Haftung des Gesellschafters wegen Rückzahlung des Darlehens	565
f) Haftung der Mitgesellschafter	566
aa) Rückgriffsanspruch der GmbH	566
bb) Ausgleichsanspruch des haftenden gegen andere Gesellschafter	566
g) Haftung von Bürgen	567

10. Kapitel

Auflösung und Beendigung der GmbH

I. Auflösung, Liquidation und Beendigung der Gesellschaft.	569
1. Beendigung einer GmbH in drei Phasen	569
2. Zusammenfallen von Auflösung und Beendigung	569
II. Auflösungsgründe	570
1. Befristung	570
2. Auflösungsbeschluss	571
a) Voraussetzungen	571
b) Anfechtung	573
3. Auflösung kraft Hoheitsakts	574
a) Auflösungsurteil	574
aa) Auflösungsgrund	574
bb) Verfahren	575
b) Auflösung im Verwaltungsweg	576
4. Insolvenzeröffnung	577
5. Ablehnung der Insolvenzeröffnung	577
6. Registergerichtliche Verfügung	577
7. Gesellschaftsvertragliche Auflösungsgründe	578
III. Fortsetzung einer aufgelösten GmbH	579
1. Fortsetzungsbeschluss	579
2. Keine Vollbeendigung	580
3. Beseitigung des Auflösungsgrundes	580

V. Ansprüche gegen Gesellschafter

a) Zeitablauf (§ 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG), Auflösungs-	
beschluss (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG)	580
b) Hoheitsakt (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG)	581
c) Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 60 Abs. 1	
Nr. 4 GmbHG)	581
d) Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse	
(§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG)	582
e) Registergerichtliche Verfügung	583
IV. Liquidation	583
1. Bestellung und Anstellung des Liquidators.	583
2. Vertretungsmacht der Liquidatoren	585
3. Aufgaben der Liquidatoren im Innenverhältnis	587
a) Geschäftsführung	587
b) Beendigung der laufenden Geschäfte	588
c) Erfüllung der Verpflichtungen	588
d) Einziehung der Forderungen.	590
e) Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld	590
f) Vermögensverteilung	591
V. Vollbeendigung	592
Literaturverzeichnis	595
Sachregister	597

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte(r) Fassung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
allg. M.	allgemeine Meinung
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz)
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Aus- ländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (amtliche Sammlung)
BausparkG	Gesetz über Bausparkassen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersver- sorgung (Betriebsrentengesetz)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

Abkürzungsverzeichnis

BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BilMoG	Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz)
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz)
DAV	Deutscher Anwaltverein e. V.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d. h.	das heißt
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz)
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Europäischer Gerichtshof)
e. V.	eingetragener Verein
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Fn.	Fußnote(n)
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsge- nossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
GG	Grundgesetz
Ggs.	Gegensatz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränk- ter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HReg	Handelsregister
HRV	Handelsregisterverordnung
HS	Halbsatz
HypBG	Hypothekenbankgesetz
i.L.	in Liquidation
InsO	Insolvenzordnung
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
KG	Kommanditgesellschaft / Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)
LG	Landgericht
LS	Leitsatz/Leitsätze
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

Abkürzungsverzeichnis

MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer(n)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz)
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite(n)
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SchiffsBG	Schiffsbankgesetz
SE	Societas Europaea
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(r)
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
Tz.	Textzahl(en)

UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungs- unternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPO	Gesetz über die Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung)
z. B.	zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Gründung der GmbH

Die GmbH kann als eine in das Handelsregister eingetragene, mit **1** selbstständiger Rechtspersönlichkeit ausgestattete Handelsgesellschaft definiert werden, die jedem erlaubten Zweck dienen kann und deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Teile zerlegte Stammkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.¹ Bekanntlich ist die Bezeichnung „mit beschränkter Haftung“ zumindest unscharf, weil die GmbH ihren Gläubigern unbeschränkt haftet (§ 13 Abs. 2 GmbHG), das Haftungsprivileg vielmehr nur ihre Gesellschafter genießen. Als juristische Person (§ 13 GmbHG) entsteht die GmbH mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 11 GmbHG). Der erste Abschnitt des GmbH-Gesetzes befasst sich in den §§ 1 bis 11 mit den Voraussetzungen für die Eintragung der GmbH. Die GmbH wird mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages **errichtet**, mit ihrer Eintragung in das Handelsregister **gegründet**.² Die Gründung der GmbH vollzieht sich in fünf Schritten: Abschluss des Gesellschaftsvertrages (§ 2 GmbHG), Bestellung der Geschäftsführer (§ 6 GmbHG), Leistungen auf den Geschäftsanteil (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG), Anmeldung zum Handelsregister (§§ 7 Abs. 1, 8 GmbHG) sowie schließlich registergerichtliche Prüfung, Eintragung und Bekanntmachung (§§ 9c, 10, 11 GmbHG).³

I. Vorgründungsgesellschaft

Den Zeitraum vor Errichtung der GmbH (also vor notarieller Beurkundung) bezeichnet man als **Vorgründungsstadium**. In diesem Stadium **2** kann – muss aber nicht – eine Vorgründungsgesellschaft bestehen. Sie ist mit der schließlich eingetragenen GmbH nicht identisch. Erst mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages entsteht die Vor-GmbH oder Vor-gesellschaft, die nach Eintragung in das Handelsregister von der (fertigen) GmbH abgelöst wird.

1 Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 1, Rn. 3.

2 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 1.

3 Roth/Altmeppen, § 1, Rn. 2.

1. Kap. I. Vorgründungsgesellschaft

1. Vertragsschluss

- 3 Es sind – bei uneinheitlicher Terminologie⁴ – zwei Formen der Vorgründungsgesellschaft zu unterscheiden: Die Gesellschafter können einen der Form des § 2 GmbHG unterliegenden **Vorvertrag** schließen, durch den sie sich zum späteren Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrages verpflichten und den Inhalt des künftigen Vertrages weitgehend festlegen. In dieser Konstellation spricht man von einer **Vorgründungsgesellschaft im engeren Sinn**. Daneben können sich die Gründer, ohne den Inhalt des Gesellschaftsvertrages vorzuzeichnen, formfrei verpflichten, fördernd auf die spätere Errichtung einer GmbH hinzuwirken. Dieser Fall wird als **Vorgründungsgesellschaft im weiteren Sinn** bezeichnet.⁵ Der Zweck der Vorgründungsgesellschaft ist darauf gerichtet, durch gemeinsames Zusammenwirken eine GmbH zu gründen. Mit Errichtung des Gesellschaftsvertrages wird die Vorgründungsgesellschaft wegen Zweckerreichung (§ 726 BGB) aufgelöst. Da die Vorgründungsgesellschaft regelmäßig nur als vermögenslose Innengesellschaft besteht (und sie keine bei ihr verbleibenden Verbindlichkeiten eingeht – die Gründungskosten werden auf die einzutragende GmbH verlagert), findet auch keine erkennbare Liquidation statt. Dazu trägt insbesondere bei, dass die Kreditinstitute in der Regel erst nach Errichtung der GmbH zu einer Kontoeröffnung bereit sind. Das OLG Schleswig hat die Annahme einer Vorgründungsgesellschaft auf eine Kapitalerhöhung übertragen,⁶ um insbesondere bei Fehlschlägen der Erhöhung den Bereicherungsanspruch des vorleistenden Inferenten aberkennen zu können (nur Gesamtliquidation sei möglich). Das trifft weder in seiner Zielsetzung noch in der Dogmatik zu, zumal die herausgabepflichtige GmbH selbst nicht Gesellschafterin der Vorgründungsgesellschaft wäre.

2. Rechtsnatur, Haftung

- 4 Eine schon bestehende, die spätere GmbH-Tätigkeit vorbereitende Personenvereinigung hat mit der in Aussicht genommenen GmbH im Rechtssinn noch nichts zu tun. Es handelt sich um eine eigenständige Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder, wenn bereits ein Handelsgewerbe betrieben wird, um eine OHG. Aus den für die Gesellschaft abge-

⁴ Scholz/K. Schmidt, § 11, Rn. 9.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 7. 10. 1991 – II ZR 252/90, NJW 1992, 362f.; BGH, Urt. v. 21. 9. 1987 – II ZR 16/87, BB 1988, 159.

⁶ OLG Schleswig ZIP 2014, 1525; sog. „Vorbeteiligungsgesellschaft“.

schlossenen Geschäften haften die Gesellschafter **persönlich und unbeschränkt**.⁷ Treten die Gründer vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages namens der GmbH oder einer GmbH in Gründung auf, so kommt der Vertrag mit der Vorgründungsgesellschaft zustande. Es handelt sich um eine Falschbezeichnung, die dazu führt, dass nach den Grundsätzen des **betriebsbezogenen Geschäfts** der ordnungsgemäß vertretene wahre Rechtsträger berechtigt und verpflichtet wird.⁸ Eine Vorgründungsgesellschaft ist als OHG zu qualifizieren, wenn sie mit ihren Geschäften beginnt und sich nicht aus §§ 2, 105 Abs. 2 HGB etwas anderes ergibt. Die erste der Geschäftsaufnahme dienende Rechts-handlung wie eine Kontoeröffnung kann ausreichen. Die Haftung der Gesellschafter ist jedenfalls begründet, wenn sie mit dem Geschäftsbeginn einverstanden sind.⁹

3. Verhältnis zu Vor-GmbH und GmbH

a) Trennung der Rechtsgebilde

Zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH wie auch der GmbH besteht **keine Kontinuität**. Das GmbH-Recht greift auf die Zeit vor Abschluss des Gründungsvertrages nicht über. Rechte und Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gehen, weil GmbH-Recht noch nicht gilt, mit der GmbH-Gründung nicht automatisch auf die Vorgesellschaft und später auf die GmbH über, sondern müssen, wenn sie in die GmbH eingebracht werden sollen, durch besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden.¹⁰ Allerdings können Vermögenswerte von der Vorgründungsgesellschaft konkludent auf die Vorgesellschaft oder GmbH übertragen werden.¹¹ Indizien hierfür können sich aus den Geschäftspapieren der gegründeten GmbH ergeben, wenn diese Vermögensgegenstände der Vorgründungsgesellschaft als ihr Eigentum führt.¹²

7 BGH, Urt. v. 7. 5. 1984 – II ZR 276/83, BGHZ 91, 148 = BB 1984, 1315 = NJW 1984, 2164; BGH, Urt. v. 20. 6. 1983 – II ZR 200/82, BB 1982, 1433 = NJW 1982, 2822.

8 BGH, Urt. v. 7. 5. 1984 – II ZR 276/83, BGHZ 91, 148 = BB 1984, 1315 = NJW 1984, 2164.

9 BGH, Urt. v. 26. 4. 2004 – II ZR 120/02, BB 2004, 1357.

10 BGH, Urt. v. 7. 5. 1984 – II ZR 276/83, BGHZ 91, 148 = BB 1984, 1315 = NJW 1984, 2164.

11 Goette, § 1, Rn. 34.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 7. 10. 1991 – II ZR 252/90, NJW 1992, 362f.; BGH, Urt. v. 21. 9. 1987 – II ZR 16/87, BB 1988, 159.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

b) Haftungsübernahme

- 6 Für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft haben mangels Übergang auf Vorgesellschaft und GmbH deren Gesellschafter einzustehen. Eine rechtsgeschäftliche persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter für Verbindlichkeiten, die sie vorweg für die erst noch zu gründende Gesellschaft eingegangen sind, endet mit Gründung oder Eintragung der GmbH im Handelsregister nur, wenn das mit dem Gläubiger so vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung muss der Haftungsschuldner beweisen.¹³ Daneben besteht die Möglichkeit, dass die Vorgesellschaft oder GmbH die Schuld ihres Gründers übernimmt (§§ 414, 415 BGB). Der Schuldübernahmevertrag kann zwischen Gläubiger und GmbH vereinbart werden. Wird die Schuldübernahme zwischen Gründer und GmbH verabredet, so hängt deren Wirksamkeit von der Genehmigung durch den Gläubiger ab (§ 415 Abs. 1 Satz 2 BGB). Anstelle einer Genehmigung kann der Gläubiger der Schuldübernahme im Voraus zustimmen. Eine konkludente Zustimmung kann schwerlich angenommen werden, weil der Gläubiger regelmäßig nicht bereit ist, den durch den Vertragsschluss gewonnenen unbeschränkt haftenden Schuldner gegen einen beschränkt haftenden auszutauschen.¹⁴

II. Gesellschaftsvertrag

- 7 Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist Gründungsvoraussetzung. Der Gesellschaftsvertrag enthält zum einen die Einigung der Gesellschafter über die Errichtung der GmbH; zum anderen regelt er die Verfassung (§ 25 BGB) der GmbH, ihre Organisation und die mitgliederschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter und hat daher satzungsmäßigen Charakter. Aus dieser Erwägung wird der Gesellschaftsvertrag der GmbH üblicherweise als **Satzung** bezeichnet.

1. Gesellschaftszweck

a) Zweck und Unternehmensgegenstand

- 8 Das Gesetz unterscheidet zwischen (Gesellschafts-)Zweck (§§ 1, 61 Abs. 1 GmbHG) und Unternehmensgegenstand (§§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 6, 10 Abs. 1, 75, 76 GmbHG). Beide Begriffe stehen im Ver-

¹³ BGH, Urt. v. 20. 6. 1983 – II ZR 200/82, BB 1982, 1433 = NJW 1982, 2822.

¹⁴ BGH, Urt. v. 9. 3. 1998 – II ZR 366/96, BB 1998, 813 = NJW 1998, 1645.

hältnis von Mittel und Zweck, besagen also, durch welche Tätigkeit (Unternehmensgegenstand) ein bestimmter Zweck (Gewinnerzielung, karitative Belange) erreicht werden soll.¹⁵ Beide Begriffe werden regelmäßig inhaltlich übereinstimmen; zwingend ist dies aber nicht. So kann der Unternehmensgegenstand „Import von Dritte-Welt-Produkten“ mit dem Zweck der Gewinnerzielung, aber auch der Entwicklungshilfe kombiniert werden. Während eine Änderung des Unternehmensgegenstandes mit 3/4-Mehrheit durch eine Satzungsänderung beschlossen werden kann (§ 53 Abs. 2 GmbHG), bedarf eine Änderung der Zweckbestimmung als Grundlagengeschäft der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 33 Abs. 1 Satz 2 BGB).¹⁶ Ob ein derart weit gefasster, vom Unternehmensgegenstand zu scheidender Gesellschaftszweck zu irgendeinem Erkenntnisgewinn führt, erscheint indes fraglich. Zwar macht § 61 Abs. 1 GmbH den Gesellschaftszweck zur primären Entscheidungsgrundlage für eine Auflösungsklage. Er ist aber nirgendwo ausdrücklich artikuliert; allenfalls lassen ausdrückliche Satzungsbestimmungen zur Erlangung der steuerlichen Gemeinnützigkeit auf karitative oder jedenfalls selbstlose Zwecke schließen. Eine Gewinnerzielungsabsicht muss aber bestenfalls aus dem Gesamtzusammenhang der Gründung und Satzungsformulierung erschlossen werden.

b) Mögliche Zwecke

aa) Grundsatz

Eine GmbH kann gemäß § 1 GmbHG zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. Grundsätzlich können alle beliebigen, seien es wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Zwecke, verfolgt werden. Im Unterschied zu den kaufmännischen Organisationsformen wird kein Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 1 Abs. 1, 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB) vorausgesetzt. In der Praxis stehen erwerbswirtschaftliche und sonstige unternehmerische Zwecke deutlich im Vordergrund. Aber auch ideelle (religiöse, künstlerische, karitative Betätigungen) wie gemeinnützige Zwecke (öffentliche Wohnungsbauunternehmen) können unter dem Dach einer GmbH gefördert werden.¹⁷ Die öffentliche Daseinsvorsorge bedient sich – vor allem auf kommunaler Ebene – der

15 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 2; Ulmer, § 1, Rn. 5 ff.; a.A. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1, Rn. 5.

16 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 2a; Ulmer, § 53, Rn. 118; K. Schmidt, § 4, II. 3; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 20; a.A. Goette, § 1, Rn. 6.

17 BGH, Urt. v. 22. 1. 1976 – VII ZR 280/75, BGHZ 66, 514 = NJW 1976, 514.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

Organisationsform der GmbH. Freilich ist die GmbH unabhängig von ihrem Unternehmensgegenstand kraft Gesetzes eine Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3 GmbHG) und folglich Kaufmann kraft Rechtsform (§ 6 Abs. 2 HGB); ihre Geschäfte sind, ohne dass eine private Sphäre zu separieren wäre, stets Handelsgeschäfte (§ 343 Abs. 1 HGB).¹⁸

bb) Einschränkungen durch §§ 134, 138 BGB

- 10 Die möglichen Gesellschaftszwecke stehen natürlich unter dem Vorbehalt der §§ 134, 138 BGB. Eine GmbH, die auf Steuerhinterziehung angelegt ist, verstößt gegen ein **gesetzliches Verbot** (§§ 369 ff. AO); anders verhält es sich, wenn die Gesellschaft lediglich auf Steuervermeidung ausgerichtet ist, selbst wenn die GmbH später steuerrechtlich nicht anerkannt wird.¹⁹ Verboten ist die Ausnutzung fremder Schutzrechte, der Eingriff in ein staatliches Monopol und die Veranstaltung unerlaubten Glücksspiels.²⁰ **Sittenwidrig** ist die Übernahme des organisierten Austauschs von Finanzwechseln zwecks Kreditbeschaffung.²¹ Dagegen unterliegt der Betrieb eines Bordells, wenn nicht besondere Umstände wie eine gezielte Ausbeutung der Prostituierten hinzutreten, auch im Blick auf das Prostitutionsgesetz nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit.²² Wird ein zulässiger Zweck mit verbotenen Mitteln verfolgt, so führt dies nicht zur Unzulässigkeit des Zwecks; vielmehr stehen lediglich die spezialgesetzlichen Sanktionen offen.²³ Wird eine GmbH von Ausländern unter Missachtung des Verbots einer inländischen Erwerbstätigkeit (§ 14 Abs. 2 AuslG) gegründet, bestimmen sich die Rechtsfolgen allein nach dem Ausländerrecht. Dient die Gründung dagegen dem Zweck, eine verbotene inländische Erwerbstätigkeit zu verwirklichen, liegt ein sittenwidriger Rechtsformmissbrauch vor.²⁴

cc) Spezialgesetzliche Regelungen

- 11 Aufgrund gesetzlicher Verbote sind der Betrieb einer Apotheke (§ 8 ApoG), eines Versicherungsunternehmens (§ 7 VAG), einer Hypothe-

18 BGH, Urt. v. 22. 1. 1976 – VII ZR 280/75, BGHZ 66, 514 = NJW 1976, 514.

19 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 18.

20 Michalski, § 1, Rn. 28.

21 BGH, Urt. v. 28. 4. 1958 – II ZR 197/57, BGHZ 27, 172 = BB 1958, 502 = NJW 1958, 989.

22 Ulmer, § 1, Rn. 41; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 14; a.A. Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 1, Rn. 49 (Fn. 133).

23 Roth/Altmeppen, § 1, Rn. 17.

24 Ulmer, § 1, Rn. 42f.; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1, Rn. 16.

kenbank (§ 2 Abs. 1 HypBG), einer Schiffspfandbriefbank (§ 2 SchiffBG) und einer privaten Bausparkasse (§ 2 BausparkG) der Organisationsform der GmbH entzogen. Sonstige Bankgeschäfte (§ 2a KWG), und Kapitalverwaltungsgesellschaften (§ 18 Abs. 1 KAGB) können dagegen in der Rechtsform einer GmbH geführt werden. Die sog. **freien Berufe** können – im Unterschied zur früheren am herkömmlichen Berufsbild haftenden Betrachtungsweise – überwiegend unter dem Dach einer GmbH ausgeübt werden: Für Steuerberater (§§ 49 ff. StBerG) und Wirtschaftsprüfer (§§ 27 ff. WPO) ist die Betätigung in einer GmbH ausdrücklich zugelassen, Architekten und Ingenieuren wird sie – ohne spezialgesetzliche Regelung – gestattet.²⁵ Die Rechtsanwalts-GmbH hat seit dem Jahr 1999 in §§ 59c bis 59m BRAO eine ausdrückliche Regelung erfahren. Eine RechtsanwaltsGmbH & Co.KG bleibt unzulässig.²⁶ Die Tätigkeit eines Heilpraktikers²⁷ wie auch die ambulante zahnärztliche Versorgung²⁸ kann innerhalb einer GmbH ausgeübt werden. Entsprechendes müsste – entgegen landesgesetzlicher Bestimmungen – für sonstige ärztliche Berufe gelten.²⁹ Bei der freiberuflichen Tätigkeit in der Rechtsform der GmbH muss stets beachtet werden, dass der einzelne Leistungserbringer über die notwendigen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen verfügt.³⁰

c) Rechtsfolgen eines unzulässigen Zwecks

Ist die Gesellschaft noch nicht in das Handelsregister eingetragen worden, bedingt ein unzulässiger Zweck die **Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages**. Diese Rechtsfolge kann von jedermann geltend gemacht werden; Gesellschafter können die Zahlung ihrer Einlage verweigern oder auf Feststellung der Nichtigkeit klagen.³¹ Wurde die Vor-GmbH bereits in Vollzug gesetzt, so ist die Gesellschaft, wenn ihr nicht wegen der Schwere des Gesetzes- oder Sittenverstoßes jede rechtliche Anerkennung zu versagen ist, nach den **Grundsätzen der fehlerhaften**

12

25 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 14; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 8.

26 BGH NJW 2011, 3036.

27 BGH, Urt. v. 5. 12. 1991 – I ZR 11/90, NJW-RR 1992, 430.

28 BGH, Urt. v. 25. 11. 1993 – I ZR 281/91, BGHZ 124, 224 ff. = NJW 1994, 786.

29 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 14b; Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 1, Rn. 13; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 13.

30 Goette, § 1, Rn. 5.

31 Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 1, Rn. 50; Michalski, § 1, Rn. 32.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

Gesellschaft auseinanderzusetzen.³² Im Falle eines unzulässigen Zwecks hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen.³³ Wird der Mangel nicht erkannt und kommt es zur Eintragung, so ist die GmbH trotz des nichtigen Gesellschaftsvertrages zunächst wirksam entstanden. Erstreckt sich die Nichtigkeit auch auf den **Unternehmensgegenstand**, kommen sowohl die Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG als auch eine Amtslöschung (§ 144 FGG) in Betracht. Betrifft die Nichtigkeit lediglich den **Zweck**, so scheidet eine Nichtigkeitsklage nach dem Wortlaut des § 75 GmbHG aus; vielmehr können die Gesellschafter nach Maßgabe des § 61 GmbHG auf Auflösung klagen. Ferner ist eine Amtsauflösung nach § 62 GmbHG möglich. Verfügt ein Gesellschafter nicht über die für eine Auflösungsklage nach § 61 GmbHG vorausgesetzte Mindestbeteiligung von 10 %, so ist ihm ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund zuzubilligen.³⁴

2. Gesellschafter

a) Natürliche Personen

- 13 Die Gesellschaft kann durch eine oder – ohne praktisch relevante Zahlenbegrenzung – mehrere Personen errichtet werden (§ 1 GmbHG). Gründer kann jede natürliche oder juristische Person sein.³⁵ Für nicht voll geschäftsfähige Personen (§§ 104ff. BGB), insbesondere **Minderjährige**, handeln deren gesetzliche Vertreter. Falls der gesetzliche Vertreter selbst am Vertragsschluss beteiligt ist (GmbH-Gründung zwischen Eltern und Kindern), bedarf es – für jedes einzelne Kind – der Bestellung eines Pflegers (§§ 1909, 1795, 1629 BGB).³⁶ Einer Dauerpflegschaft bedarf es nicht; nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann der gesetzliche Vertreter – auch im Falle eigener Beteiligung ohne Verstoß gegen § 181 BGB – etwa bei Beschlussfassungen die Belange

32 BGH, Urt. v. 12. 5. 1954 – II ZR 167/53, BGHZ 13, 320, 323 = BB 1954, 611 = NJW 1954, 1562; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 18; Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 20; *Ulmer*, § 1, Rn. 45.

33 Scholz/Emmerich, § 1, Rn. 21.

34 *Ulmer*, § 1, Rn. 46; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1, Rn. 17; *Michalski*, § 1, Rn. 43, ebenso jetzt auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 1, Rn. 19.

35 *Goette*, § 1, Rn. 7.

36 BGH, Beschl. v. 9. 7. 1956 – V BLw 11/56, BGHZ 21, 229 = NJW 1956, 1433; *Ulmer*, § 2, Rn. 72; Scholz/Emmerich, § 2, Rn. 42; Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 2, Rn. 14.

des Minderjährigen wahrnehmen.³⁷ Darüber hinaus ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB erforderlich, sofern die GmbH – dem Regelfall entsprechend – ein **Erwerbsgeschäft** betreiben soll.³⁸ Fehlt es an einem erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszweck, dürfte § 1822 Nr. 3 BGB wegen der Eigenschaft der GmbH als Formkaufmann ebenfalls einschlägig sein,³⁹ während der Rückgriff auf § 1822 Nr. 10 BGB⁴⁰ an der fehlenden Übernahme einer fremden Verbindlichkeit scheitern dürfte.⁴¹

b) Juristische Personen

In- und ausländische juristische Personen des privaten (AG, GmbH, KGaA, e. V., rechtsfähige Stiftung etc.) und öffentlichen Rechts können sich an einer GmbH beteiligen. Allerdings muss der Beitritt durch den gesetzlich oder statutarisch bestimmten Aufgaben- und Wirkungsbereich des Rechtsträgers und die Vertretungsmacht seiner Organe gedeckt sein.⁴² Als Gründer einer GmbH können Idealvereine wie der ADAC indirekt eine weitreichende unternehmerische Tätigkeit entfalten.⁴³ Die Fähigkeit der Personenhandelsgesellschaften OHG und KG, eine GmbH zu gründen, ist seit langem anerkannt;⁴⁴ OHG und KG können eine Einpersonen- oder mit einem ihrer Gesellschafter eine Mehrpersonengründung vornehmen.⁴⁵ Entsprechendes gilt für die Partnerschaftsgesellschaft.⁴⁶ Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit⁴⁷ der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** steht deren – schon zuvor anerkannte – Tauglichkeit, Gründerin einer GmbH zu sein,⁴⁸ außer Frage. Auch die

37 BGH, Beschl. v. 18. 9. 1975 – II ZB 6/74, BGHZ 65, 93 = NJW 1976, 49; Scholz/*Emmerich*, § 2, Rn. 42; Baumbach/*Hueck/Fastrich*, § 1, Rn. 25.

38 *K. Schmidt*, § 34, II. 1.; *Ulmer*, § 2, Rn. 73; jetzt auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 5; a. A. *Kurz*, NJW 1992, 1798, 1800.

39 Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, § 2, Rn. 15; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 5.

40 In diesem Sinne *Ulmer*, § 2, Rn. 74; Scholz/*Emmerich*, § 2, Rn. 43a.

41 Vgl. BGH, Beschl. v. 3. 2. 1964 – II ZB 6/63, BGHZ 41, 71 = BB 1964, 278 = NJW 1964, 766 betreffend Genossenschaft.

42 BGH, Urt. v. 28. 2. 1965 – I ZR 84/54, BGHZ 20, 119 = BB 1956, 351 = NJW 1956, 746; Scholz/*Emmerich*, § 2, Rn. 49; *Ulmer*, § 2, Rn. 76; Baumbach/*Hueck/Fastrich*, § 1, Rn. 30.

43 Vgl. BGH, Urt. v. 29. 9. 1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569.

44 *Roth/Altmeppen*, § 1, Rn. 28; *K. Schmidt*, § 34, II. 1.

45 *Ulmer*, § 2, Rn. 58; *Michalski*, § 2, Rn. 96.

46 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 7.

47 BGH, Urt. v. 29. 1. 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

48 BGH, Beschl. v. 3. 11. 1980 II ZB 1/79, BGHZ 78, 311 = BB 1981, 450 = NJW 1981, 682 betreffend GmbH; BGH, Beschl. v. 4. 11. 1991 – II ZB 10/91, BGHZ 116,

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

weiteren Gesamthandsgemeinschaften des bürgerlichen Rechts – Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft, nicht rechtsfähiger Verein – können an der Gründung einer GmbH mitwirken.⁴⁹

c) Einpersonengründung

- 15 Eine Einmann- oder Einpersonen-GmbH ist dadurch gekennzeichnet, dass sich alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigen. Durch den nachträglichen Erwerb sämtlicher fremden Geschäftsanteile konnte seit jeher eine Einmann-GmbH entstehen. Seit dem Jahr 1980 ermöglicht § 1 GmbHG auch eine Einmanngründung. Die Einpersonengründung folgt im Wesentlichen den Regeln der Mehrpersonengründung. An die Stelle des Gesellschaftsvertrages tritt ein **einseitiger Errichtungsakt**.⁵⁰ Die einseitige Erklärung des Gesellschafters hat dem Mindestinhalt des § 3 GmbHG zu genügen.⁵¹ Die Einmanngründung hat hohe praktische Bedeutung, weil sie dem Alleinunternehmer die Möglichkeit bietet, seine Haftung durch Zwischenschaltung einer GmbH zu begrenzen.

3. Mindestinhalt

- 16 Der Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages ergibt sich aus § 3 Abs. 1 GmbHG; sein fakultativer Inhalt ist (nicht abschließend) in § 3 Abs. 2 GmbHG geregelt.

a) Firma

aa) Freie Wahl der Unternehmensbezeichnung

- 17 Der Gesellschaftsvertrag muss die Firma der Gesellschaft angeben (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Bei der Wahl der Firma herrscht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit: Die GmbH kann eine von den Namen der Gesellschafter abgeleitete **Personenfirma** („Müller GmbH“, „Müller und Meier GmbH“), eine dem Unternehmensgegenstand entlehnte

86, 88 = BB 1992, 162 = NJW 1992, 499 betreffend Genossenschaft; BGH, Urt. v. 13. 4. 1992 – II ZR 277/90, BGHZ 118, 83, 99 = NJW 1992, 2222 betreffend AG; BGH, Urt. v. 2. 10. 1997 II ZR 249/96, BB 1997, 2498 = NJW 1998, 376 betreffend GbR; *Ulmer*, § 2, Rn. 80 und 80a; *K. Schmidt*, § 34, II. 1.; *Goette*, § 1, Rn. 8; *Scholz/Emmerich*, § 2, Rn. 52.

49 Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, § 2, Rn. 24; *Roth/Altmeppen*, § 2, Rn. 30; *Michalski*, § 2, Rn. 98 f.

50 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 1, Rn. 21; *Goette*, § 1, Rn. 7.

51 *Michalski*, § 1, Rn. 49.

Sachfirma („Gesellschaft für Wirtschaftsförderung mbH“) oder eine Mischform aus beidem („Bauunternehmung Schulze GmbH“) bilden, aber auch auf eine reine **Phantasiebezeichnung** („Wikulac“, „Wefra“, „Precismeca“, „Mabak“, „Medica“) zurückgreifen.⁵² Die Firma muss kennzeichnungsfähig, unterscheidungskräftig und darf nicht irreführend sein. Die Firma muss gemäß § 4 GmbHG die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die allgemeine verständliche Abkürzung „GmbH“ hinzugefügt werden; dadurch soll der Geschäftsverkehr darüber unterrichtet werden, dass der Geschäftspartner nur mit einem beschränkten Haftungsfonds ausgestattet ist.⁵³ Der Gesellschafter, dessen Namen Firmenbestandteil ist, kann nach seinem Ausscheiden nicht verlangen, dass die GmbH ihre Firma ändert. Der BGH versagt dem Gesellschafter den Schutz des § 24 Abs. 2 HGB, weil der Gesellschafter einer GmbH – im Unterschied zum Gesellschafter einer OHG oder KG (nach früherem Recht) – nicht gezwungen sei, der Gesellschaft seinen Namen zur Firmenbildung zu überlassen. Den Interessen der GmbH sei der Vorzug zu geben, weil die Firma einer GmbH zugleich auch deren Name und damit wesentlicher Teil ihrer Rechtspersönlichkeit sei, unter dem die Gesellschaft nicht nur im Handels-, sondern überhaupt im Geschäftsverkehr auftrete.⁵⁴ Die Gefahr einer Irreführung besteht, wenn der Firmenname den Schluss auf eine andere Rechtsform zulässt: Der BGH hat die Bezeichnung „INDROHAG Industrie-Rohstoffe Handelsgesellschaft mit beschränkter Haftung“ als unzulässig erachtet, weil die Endung „AG“ auf eine Aktiengesellschaft hindeute. Die Irreführungsgefahr werde durch den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ nicht beseitigt, weil ein Phantasiename dazu bestimmt, jedenfalls aber geeignet sei, für sich allein verwendet zu werden.⁵⁵ Ebenso ist der GmbH der Partnerschaftsgesellschaften reservierte Zusatz vorenthalten. Allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft, die nach dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes gegründet oder umbenannt werden, ist die Bezeichnung „und Partner“ verwehrt (§ 11 Abs. 1 PartGG). Dies gilt auch für die Zusätze „+ Partner“ oder „& Partner“.⁵⁶ Spezialgesetzlich

⁵² Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 4, Rn. 4.

⁵³ BGH, Urt. v. 18. 3. 1974 – II ZR 167/72, BGHZ 62, 216, 226 = BB 1974, 757 = NJW 1975, 1191.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 20. 4. 1972 – II ZR 17/70, BGHZ 58, 322 = BB 1972, 981 = NJW 1972, 1419.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 25. 10. 1956 – II ZB 18/56, BGHZ 22, 88 = BB 1956, 1046 = NJW 1956, 1873.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 21. 4. 1997 – II ZB 14/96, BGHZ 135, 257 = NJW 1997, 1051.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

bestehen weitere Verwendungsbeschränkungen („Bank“; „Kapitalanlagegesellschaft“). Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft der Firma spielen eine Rolle bei der Verwendung von nicht aussprechbaren, sondern nur buchstabierbaren Buchstaben-/Zahlenkombinationen. Auch nur buchstabierbare Kombinationen können eine zulässige Firma sein,⁵⁷ allerdings muss die Kombination nach der Anschauung der angesprochenen Verkehrskreise Unterscheidungskraft zukommen. Das wäre z.B. bei „O2“ zu bejahen, bei einer Firma einer Schlüsseldienst GmbH bestehend aus einer Aneinanderreihung von vielleicht 6 oder mehr „A“ (zur Erlangung einer vorderen Position im Telefonbuch) aber nicht, weil die Anrufer irgendwann nicht mehr zwischen x „A“ und (x+1) „A“ differenzieren.

bb) Rechtsscheinhaftung

- 18** Wer für die Gesellschaft ohne den in § 4 GmbHG vorgeschriebenen Formzusatz „mit beschränkter Haftung“ auftritt, unterliegt einer Rechtsscheinhaftung. Nach der Rechtsprechung des BGH haftet der für eine GmbH im Geschäftsverkehr Auftretende – gleichgültig, ob der Geschäftsführer selbst oder ein anderer Vertreter für das Unternehmen handelt – dann wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 2 GmbHG a.F. (der mittlerweile in § 4 GmbHG aufgegangen ist), wenn er durch sein Zeichnen der Firma ohne Formzusatz das berechnigte Vertrauen des Geschäftsgegners auf die Haftung mindestens einer natürlichen Person hervorgerufen hat. Dieser Grundsatz ist auch anzuwenden, wenn nicht für die bereits eingetragene GmbH, sondern nach Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages für die **Vorgesellschaft**, deren Aktiva und Passiva mit Eintragung der GmbH in das Handelsregister ohne weiteres auf die als solche (§ 11 Abs. 1 GmbHG) entstandene GmbH übergehen, gehandelt wird. Auch die für eine Vorgesellschaft handelnde Person hat durch die Zeichnung deutlich zu machen, dass sie für ein Unternehmen handelt, dessen Haftungsfonds künftig beschränkt sein wird („gebräuchlich: GmbH i.G.“). Die Rechtsscheinhaftung wegen Fortlassens des Formzusatzes kann nicht nur den Geschäftsführer der GmbH treffen, sondern auch jeden anderen Vertreter des Unternehmens, der durch sein Zeichnen der Firma ohne den Formzusatz das berechnigte Vertrauen des Geschäftsgegners auf die Haftung mindestens einer natürlichen Person hervorgerufen hat. Der Rechtsscheinhaftung ist ausschließlich der für das Unternehmen handelnde **Vertreter** unter-

⁵⁷ BGH NZG 2009, 192 („HM & A“).

worfen, so dass für ein Handeln des Prokuristen nur dieser allein und nicht auch der Geschäftsführer einzustehen hat.⁵⁸ Der Handelnde trägt die Beweislast für seine Behauptung, der Geschäftsgegner habe die wahren Haftungsverhältnisse gekannt.⁵⁹ Neben die Rechtsscheinhaftung des Vertreters tritt eine Verbindlichkeit der GmbH, die nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts wirksam vertreten wurde.⁶⁰ Der aus Rechtsschein haftende Vertreter und die GmbH sind **Gesamtschuldner**.⁶¹ Mündliche Geschäftsabschlüsse begründen nicht das die Rechtsscheinhaftung auslösende Vertrauen, vielmehr ist „Zeichnung“ des Vertreters unter Fortlassung des Formzusatzes oder die ausdrückliche mündliche Verneinung des Handelns für eine GmbH erforderlich.⁶²

b) Sitz

Zu den unentbehrlichen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages gehört insbesondere die Angabe des Sitzes der Gesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Der Sitz der Gesellschaft ist gemäß § 4a GmbHG ein durch die Satzung bestimmter Ort im Inland. Infolge der Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG, nach dem der satzungsmäßige Sitz entweder am Ort der **Verwaltung** oder einer **Betriebsstätte** zu nehmen war, muss der Verwaltungssitz nicht mehr notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmen; ein Auflösungsverfahren⁶³ kann auf das Auseinanderfallen nicht mehr gestützt werden. Dies ermöglicht ausländischen Investoren, die Rechtsform der GmbH zu wählen und, ohne den Verwaltungssitz im Inland führen zu müssen, die Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend vom Ausland her auszuüben. Umgekehrt werden inländische Unternehmen in den Stand gesetzt, im Ausland gegründete und von dort aus geleitete Tochterunternehmen in der Rechtsform einer deutschen GmbH zu errichten. Auf diese Weise wird – mitbestim-

19

58 BGH, Urt. v. 8. 7. 1996 – II ZR 258/95, BB 1996, 1555 = NJW 1996, 2645; BGH, Urt. v. 24. 6. 1991 – II ZR 293/90, BB 1991, 1586 = NJW 1991, 2627; BGH, Urt. v. 3. 2. 1975 – II ZR 128/73, BGHZ 64, 11, 17 = BB 1975, 621 = NJW 1975, 1166.

59 BGH, Urt. v. 15. 1. 1990 – II ZR 311/88, BB 1990, 653 = NJW 1990, 2678.

60 BGH, Urt. v. 8. 7. 1996 – II ZR 258/95, BB 1996, 1555 = NJW 1996, 2645; BGH, Urt. v. 24. 6. 1991 – II ZR 293/90, BB 1991, 1586 = NJW 1991, 2627; BGH, Urt. v. 3. 2. 1975 – II ZR 128/73, BGHZ 64, 11, 17 = BB 1975, 621 = NJW 1975, 1166.

61 BGH, Urt. v. 24. 6. 1991 – II ZR 293/90, BB 1991, 1586 = NJW 1991, 2627; BGH, Urt. v. 15. 1. 1990 – II ZR 311/88, BB 1990, 653 = NJW 1990, 2678.

62 BGH, Urt. v. 8. 7. 1996 – II ZR 258/95, BB 1996, 1555 = NJW 1996, 2645; Goette, § 1, Rn. 27; K. Schmidt, § 34, II. 4. b.

63 So noch BGH NJW 2008, 2914.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

mungsrechtlich neutral⁶⁴ – die **Mobilität der Rechtsform GmbH** gefördert. Freilich müssen Gesellschaften mit einem Auslandssitz zumindest eine inländische Geschäftsanschrift im Register anmelden (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG) und tatsächlich unterhalten.⁶⁵ Die Anschrift muss aber nicht dem Sitz entsprechen und kann beliebig andernorts im Inland liegen. Der Sitz der GmbH hat Bedeutung für die Zuständigkeit des Registergerichts (§ 7 Abs. 1 GmbHG), des Prozessgerichts (§ 17 ZPO) und des Insolvenzgerichts (§§ 3, 4 InsO; dies aber eingeschränkt durch einen anderweitigen Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit). Zugleich ist der Sitz Erfüllungsort für die Rechte und Pflichten der GmbH gegenüber ihren Organmitgliedern. Gesellschafterversammlungen finden im Zweifel am Sitz der GmbH statt.⁶⁶

c) Unternehmensgegenstand

aa) Grundsatz

- 20 Die Angabe des Unternehmensgegenstandes dient dem Zweck, den **Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit** mitzuteilen. Die Anforderungen an die Angabe des Unternehmensgegenstandes dürfen andererseits nicht überspannt werden. Dem mit der Angabe des Unternehmensgegenstandes verfolgten Hauptzweck, die interessierte Öffentlichkeit in groben Zügen über den Tätigkeitsbereich des neuen Unternehmens zu unterrichten, wird ausreichend Genüge getan, wenn die Zuordnung zu einem bestimmten Geschäftszweig als einem abgegrenzten Sachbereich des Wirtschaftslebens möglich ist. Eine noch weiter reichende Individualisierung bis in die letzten Einzelheiten der Geschäftsplanung hinein ist weder aus Gründen des Verkehrsschutzes noch dazu erforderlich, innergesellschaftlich das Tätigkeitsfeld der Geschäftsführer zu begrenzen.⁶⁷ Allerdings kann aus Gründen der Vermeidung bzw. Begrenzung (konkludenter) Wettbewerbsverbote eine konkrete Fassung empfehlenswert sein.⁶⁸ Unzureichend sind Leerformeln wie „Produktion und Vertrieb von Waren aller Art“, „Betreiben von Handelsgeschäften“ und „Herstellung von Maschinen aller Art“, während durch die Angaben

64 BT-Drucks. 16/9737, S. 55.

65 BR-Drucks. 354/07, S. 81.

66 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 4a, Rn. 3.

67 BGH, Beschl. v. 3. 11. 1980 – II ZB 1/79, BGHZ 78, 311 = BB 1981, 450; Ulmer, § 3, Rn. 14ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 3, Rn. 8.

68 Heckschen/Heidinger, § 4, Rn. 119a.

„Betrieb von Gaststätten“ und „Handel mit Webwaren“ eine ordnungsgemäße Konkretisierung erfolgt.⁶⁹

bb) Neugründung durch Verwendung des Mantels einer Vorrats-GmbH oder einer Alt-GmbH

Von einer Mantel- oder Vorratsgründung spricht man bei der Verwendung einer Kapitalgesellschaft, die gegenwärtig nicht aktiv wirtschaftend im Rechtsverkehr auftritt. Empirisch lassen sich dabei die Fälle einer Vorratsgründung (Gründung einer Gesellschaft, die vorerst nicht am Markt tätig wird, deren Vermögen also nicht durch Betriebstätigkeit gemindert / belastet wird) und Verwendung einer zuvor aktiv gewesen, jetzt aber weitgehend bis vollständig untätigen GmbH (Mantelverwendung) unterscheiden. Zwischen den Zeilen tendiert die Rechtsprechung zumal des BGH zur Ermöglichung der Vorrats- bei Zurückdrängung der Mantelverwendung. Die Gründung einer Vorratsgesellschaft dient dem Zweck, eine juristische Person auf Vorrat zu schaffen, die erst später bei Bedarf einer unternehmerischen Verwendung zugeführt werden soll. Dahinter steht regelmäßig die Absicht der Gründer, einem späteren Nutzer, insbesondere auch Erwerber, bei Bedarf sofort für den angegebenen oder jeden beliebigen anderen Zweck eine Kapitalgesellschaft zur Verfügung stellen zu können, um ihm die mit der (Neu-) Gründung einer Kapitalgesellschaft zum Zwecke der Erlangung der Haftungsbefreiung verbundenen erheblichen und zeitraubenden Gründungsformalitäten einschließlich etwaiger dabei auftretender Haftungsfragen zu ersparen. Bei der Ersteintragung der Vorrats-GmbH müssen die gesetzlichen **Gründungsvorschriften** ohne Abstriche beachtet werden. Problematisch ist dabei die Festlegung des Unternehmensgegenstands. Dieser muss „wahr“ (d.h. ernstlich gewollt) und in absehbarer Zeit zu verwirklichen sein. Scheinangaben zur Verschleierung der Vorratsgründung sind hingegen unwirksam. Die Gesellschaft darf, wenn das Registergericht die unzutreffende Angabe des Unternehmensgegenstandes bemerkt, nicht eingetragen werden.⁷⁰ Im Falle der Eintragung kann ein Gesellschafter Nichtigkeitklage (§ 75 GmbHG) erheben.⁷¹ Wesentlich entschärft für die Praxis hat sich diese Frage jedoch durch die Anerkennung der „Verwaltung eigenen Vermögens“ als zulässigen

⁶⁹ Michalski, § 3, Rn. 9 m.w.N.; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 3, Rn. 8.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 16. 3. 1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323 = BB 1992, 1018 = NJW 1992, 1824 (zur AG).

⁷¹ Goette, § 1, Rn. 21.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

Unternehmensgegenstand.⁷² Damit kann die Gründung als offene Vorratsgründung durchgeführt werden. Die Gestaltungspraxis hält sich daran. Zur ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung vgl. Kap. 6 Rn. 6ff.

(1) Gleichstellung mit Neugründung

- 22** Der BGH stuft die nachfolgende Aktivierung der Vorratsgesellschaft (wirtschaftlich erkennbar am erstmaligen unternehmerisch-werbenden Auftreten im Rechtsverkehr; formal an der Anteilsabtretung an den Investor, zugleich gepaart mit Umfirmierung, Austausch der Geschäftsführung, Änderung des Unternehmensgegenstandes und Sitzverlegung) als wirtschaftliche Neugründung ein und verlangt in diesem Stadium die erneute – rechtlich aus Analogie gewonnene – Anwendung des Gründungsrechts, insbesondere eine nochmalige Kontrolle der realen Kapitalaufbringung⁷³. Vom Investor wird also neben der sowieso erforderlichen Anmeldung der Satzungsänderung und Geschäftsführerabberufung sowie -neubestellung die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung an sich (in der Anmeldung) sowie die (erneute) Versicherung der Leistungsbewirkung zur freien Verfügung (§ 8 Abs. 2 GmbHG) verlangt. Diese Zusätze seien, so der BGH, bei einer aus praktischen Gesichtspunkten anzuerkennenden Vorratsgründung und -verwendung problemlos zu erfüllen.
- 23** Die Mantelverwendung folgt auf der Rechtsfolgenreihe denselben Grundsätzen, ihr liegt aber empirisch ein anderer Tatbestand zugrunde. Der Investor als Verwender erwirbt eine im Rechtsverkehr nicht mehr auftretende GmbH, deren Vermögen regelmäßig unterhalb des Stammkapitals von 25.000,- € liegt. Im Vordergrund steht weniger die Zeiterparnis, als vielmehr die Möglichkeit, für einen geringeren Kapitaleinsatz als 25.000,- € eine juristische Person mit Haftungsabschottung für Investitionszwecke zu bekommen. Daneben mag gerade im Konzernverbund die Überlegung im Raum stehen, dass der GmbH-Mantel für ein neues Projekt praktischerweise zur Verfügung steht. Die Verwendung eines noch vorhandenen Verlustvortrags für Steuerzwecke dürfte hingegen kaum mehr in Betracht kommen, da die steuerliche Verwendung von der wirtschaftlichen Identität (und nicht nur von der Identität der juristischen Person als Rechtsperson) abhängt. Die Mantelverwendung sieht der BGH inhaltlich. Die Formalakte, die insbesondere dem Registergericht zur Kenntnis gelangen (Geschäftsanteilsabtretung, Aus-

72 BGH BB 1992, 1018 = BGHZ 117, 323 (zur AG); vgl. nun auch § 105 Abs. 2 HGB.

73 BGH NJW 2003, 892.

tausch der Geschäftsführung, Satzungsänderung mit insbesondere Umfirmierung und Sitzverlegung) sind insoweit lediglich Indizien. Im Vordergrund steht vielmehr die Frage, ob in der GmbH noch eine, wenn auch geringe, Wirtschaftstätigkeit stattfindet, an die der Neuinvestor nach Reaktivierung anknüpft oder ob die GmbH nur noch eine leere Hülse ohne Geschäftstätigkeit ist, die vom Erwerber vollständig zu neuem Leben erweckt wird. Dafür genügt eine Vorbereitungstätigkeit zur Geschäftsaufnahme, selbst wenn diese sich über einen Zeitraum von sechs Monaten hinzieht und in dieser Zeit die GmbH nicht werbend auftritt.⁷⁴ Wird hingegen ein leerer Gesellschaftsmantel ohne jede Aktivität wiederbelebt, ist die Mantelverwendung, ebenso wie bei der Verwendung einer Vorrats-GmbH, dem Registergericht gegenüber offenzulegen, bei einer Reaktivierung eines leeren Mantels innerhalb eines Konzerns (also ohne die hinzutretenden Formalakte) ggf. als isolierte Anmeldung. Die Grundsätze der wirtschaftlichen Neugründung gelten auch bei Reaktivierung einer in Liquidation befindlichen GmbH.⁷⁵ Allerdings sind an die Annahme eines leeren Unternehmensmantels hohe Anforderungen zu stellen; Restabwicklungsgeschäfte auch ohne werbendes Auftreten können zur Widerlegung genügen.⁷⁶ Ebenso ist die erneute Versicherung der Leistungsbewirkung in Höhe des Mindeststammkapitals erforderlich, die gerade bei der Mantelverwendung im Vordergrund steht. Mit der Abkoppelung der Mantelverwendung von reinen Formalakten schließt der BGH zugunsten des Rechtsverkehrs aus, dass wirtschaftlich überflüssige Formalakte zunächst nicht vorgenommen werden, um die Mantelverwendung zu verschleiern.

(2) Registerrechtliche Kontrolle

Das Registergericht hat sowohl im Fall der Aktivierung einer Vorrats-GmbH wie bei Verwendung eines GmbH-Mantels entsprechend § 9c GmbHG i.V.m. § 26 FamFG in eine (erneute) Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat (§§ 7 Abs. 2, 3, 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidender verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist die verlangte Offenlegung der Vorrats-/Mantelverwendung⁷⁷ in einer nochmaligen **Anmeldeversicherung** nach § 8 Abs. 2 Satz 1

74 BGH NJW 2010, 1459 = BB 2010, 791.

75 BGH NJW-RR 2014, 416.

76 BGH NJW-RR 2014, 416.

77 BGH BB 2003, 2078 = NJW 2003, 3198.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

GmbHG, nun bezogen auf den Anmelde-, gleich: Aktivierungszeitpunkt. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Anknüpfungstatsachen für den Eintritt in zusätzliche Amtsermittlungen können sich für das Registergericht aber auch aus anderen Indizien ergeben, vorrangig aus kumulativ angemeldeten Satzungs- und Geschäftsführungsänderungen, die für eine Vorrats-/Mantelverwendung typisch sind,⁷⁸ ohne dass die Tatsache einer wirtschaftlichen Neugründung offengelegt wäre. Die dem Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG obliegende Versicherung entspricht einen Rahmen des Analogieschlusses der Versicherung bei Ersteintragung, also dass die geleisteten Mindesteinlagen zu seiner freien Verfügung sowie dass im Anmeldezeitpunkt derartige Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind. Nur wenn ausreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies – entgegen der Versicherung – nicht der Fall ist, darf und muss das Registergericht seine Prüfung auch auf die Frage erstrecken, ob die GmbH im Zeitpunkt der Anmeldung der Mantelverwendung nicht bereits eine Unterbilanz aufweist.⁷⁹ Die Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichten, so dass im Zeitpunkt der Offenlegung die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss, von dem sich ein Viertel – wenigstens aber 12.500 € – wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat. In beiden Fällen der wirtschaftlichen Neugründung ist die Kapitalaufbringung nicht auf das gesetzliche Mindeststammkapital von 25.000 € begrenzt, sondern am **satzungsmäßig festgelegten Stammkapital** auszurichten. Es liegt in der Konsequenz der analogen Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften, dass bei der wirtschaftlichen Neugründung – genauso wie bei der „regulären“ rechtlichen Neugründung – die Kapitalaufbringung im Umfang der statutarisch festgelegten Kapitalziffer sichergestellt werden soll.⁸⁰ Wegen der für das Registergericht begrenzten Erkennbarkeit einer Mantelverwendung ist die Wiederverwendung eines alten Gesellschaftsmantels im Rahmen der Versicherung nach § 8

78 BGH NJW 2003, 892.

79 BGH, Beschl. v. 9. 12. 2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, 892; BGH, Beschl. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2079 = NJW 2003, 3198.

80 BGH, Beschl. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2079 = NJW 2003, 3198.

Abs. 2 GmbHG offenzulegen.⁸¹ Dagegen liefern die mit einer Mantelverwendung im Anschluss an eine offene Vorratsgründung regelmäßig einhergehenden, gemäß § 54 GmbHG eintragungspflichtigen Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Neufassung der Firma, Verlegung des Gesellschaftssitzes und/oder Neubestimmung der Organmitglieder dem Registerrichter ein hinreichendes Indiz dafür, dass sich die Verwendung des bisher „unternehmenslosen“ Mantels vollziehen soll.⁸²

(3) Unterbilanzhaftung

Die Kapitalaufbringung ist sowohl bei der Mantelverwendung als auch der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft über die registerrechtliche Präventivkontrolle hinaus auf der materiell-rechtlichen Haftungsebene durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung sicherzustellen. Als maßgeblicher **Stichtag** für eine Unterbilanzhaftung der Gesellschafter bei wirtschaftlicher Neugründung ist die – mit der Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu verbindende – Offenlegung (sowie Anmeldung der etwa mit ihr einhergehenden Satzungsänderung) gegenüber dem Handelsregister anzunehmen. Eine Gewährleistung der Unversehrtheit des Stammkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus ist bei der wirtschaftlichen Neugründung ebenso wenig veranlasst wie bei der Erstgründung einer sogleich aktiven GmbH. Einmal bedarf – anders bei einer „echten“ Neugründung, die erst mit der Eintragung vollzogen ist (§ 11 Abs. 1 GmbHG) – bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder einer Mantel-GmbH der bereits als frühere GmbH wirksam entstandene Rechtsträger zu seiner weiteren rechtlichen Existenz keiner zusätzlichen „konstitutiven“ Eintragung mehr. Zum anderen ist dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung (bzw. Anmeldung) hinreichend genügt.⁸³ Die Haftungsbegrenzung auf die Unterbilanz im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung (und damit unter Ausschluss nachfolgender zusätzlicher Verluste) hat der BGH erneut bestätigt.⁸⁴ Allerdings ist diese Zahlungspflicht eine auf den Geschäftsanteil rückständige Leistung, für die auch ein Erwerber des Geschäftsanteils haftet.⁸⁵

81 BGH, Beschl. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2078 = NJW 2003, 3198.

82 BGH, Beschl. v. 9. 12. 2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, 892.

83 BGH, Beschl. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2079 = NJW 2003, 3198.

84 BGH MittBayNot 2012, 484.

85 BGH MittBayNot 2012, 484.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

(4) Handelndenhaftung

- 26 Neben der Unterbilanzhaftung ist auch eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht zu ziehen. Dies gilt in Fällen, in denen **vor Offenlegung** der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben.⁸⁶

(5) Fazit zur Mantelverwendung

- 27 Der Topos der wirtschaftlichen Neugründung ist in der wissenschaftlichen Argumentation angegriffen worden, ohne dass dies den BGH zu einem Einlenken veranlasst hätte.⁸⁷ Erstaunlicherweise hat trotz der neu eingeführten Möglichkeit einer geringkapitalisierten juristischen Person in Gestalt der UG (haftungsbeschränkt) das Anschauungsmaterial zur Verwendung von GmbH-Mänteln noch zugenommen. Überzeugen kann die Rechtsprechung des BGH nämlich nicht. Gegen den BGH ist beispielsweise vorgebracht worden, dass die Verwendung des Topos der „leeren Hülse“ zu Abgrenzungsschwierigkeiten führe⁸⁸. Dies hat der BGH zurückgewiesen mit dem Argument, dass Abgrenzungsschwierigkeiten auch in anderen Bereichen der Rechtsanwendung immer wieder auftreten könnten. Das ist aber gar nicht der Kern des Arguments. Es geht nicht um die Frage, ob die Abgrenzungsschwierigkeiten mehr oder minder groß sind. Es geht vielmehr um einen Analogieschluss, der einen reinen Formalakt der Gründung ohne Abgrenzungsschwierigkeiten auf einen Akt mit zugrundeliegender wirtschaftlicher Betrachtungsweise und damit mit Abgrenzungsschwierigkeiten überträgt. Schon dies sollte den Beteiligten nicht zugemutet werden.⁸⁹ Zum anderen überzeugt die Rechtsprechung des BGH nur bei weitgehender Ausblendung der Tatsache, dass sowohl bei der Vorrats-GmbH wie auch beim GmbH-Mantel natürlich juristische Personen existieren, die einem vom GmbH-Gesetzgeber entworfenen Kontrollmechanismus und Haftungsregime unterworfen sind. Nur besteht das Haftungsregime nicht in einer erneuten Anwendung der Gründungsvorschriften mit Kapitalaufbringung, sondern in einer zur Anwendung zu bringenden Kapitalerhaltung und Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags bei Verlusten. Wenn der Investor den Mantel für deutlich weniger als 25.000,- € er-

86 BGH, Beschl. v. 7. 7. 2003 – II ZB 4/02, BB 2003, 2079 = NJW 2003, 3198.

87 Heerma, Mantelverwendung und Kapitalaufbringungspflichten (1997).

88 Altmeyden, DB 2003, 2050.

89 Vergleiche etwa den Sachverhalt von BGH NJW-RR 2014, 416.

wirbt und man aus den Umständen eines Verkehrsgeschäfts daraus schließen darf, dass dies dem inneren Wert der GmbH entspricht, müsste man lediglich einen verkehrsadäquaten Sorgfaltsmaßstab hinsichtlich der Erkennbarkeit der Überschuldung anwenden. Im Verfahren BGH-NJW-RR 2014, 416 hatte das LG Würzburg als Ausgangsinstanz sogar (obiter) die Überschuldung des Mantels schon zur Gesellschafterzeit des Veräußerers festgestellt,⁹⁰ ohne dass der eigentlich erforderliche Insolvenzantrag gestellt worden wäre. Man müsste also, anstatt die beteiligten Personen und die Notare⁹¹ in Unsicherheit über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Mantels zu belassen, lediglich die Insolvenzverschleppungshaftung für diesen Fall mit der gebotenen Stringenz zur Anwendung bringen.

d) Höhe des Stammkapitals

Zum notwendigen Satzungsinhalt gehört nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG **28** die Angabe der Höhe des Stammkapitals. Das Stammkapital bildet den Betrag, der mindestens als Reinvermögen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen soll. Die Bereitstellung dieses **Haftungsfonds** rechtfertigt die Haftungsfreistellung der Gesellschafter. Die GmbH „muss mindestens“ (§ 5 Abs. 1 GmbHG) mit einem Stammkapital von 25.000,- € ausgestattet sein. Ohne Änderung dieses verpflichtend klingenden Wortlauts hat aber der Gesetzgeber schon im unmittelbaren Anschluss in § 5a GmbHG für die UG Abweichendes geregelt, weswegen vom Zwangscharakter der Norm wenig geblieben ist. Die Höhe des Stammkapitals ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG als fester Betrag in der Satzung anzugeben. Es genügt nicht, lediglich die Stammeinlagen auszuweisen, aus deren Summe das Stammkapital errechnet werden kann.⁹²

e) Betrag der einzelnen Stammeinlagen

Da ein Gesellschafter infolge der Umgestaltung des § 5 Abs. 2 Satz 2 **29** GmbHG nunmehr bereits bei Errichtung der GmbH **mehrere Geschäftsanteile** übernehmen kann (was § 5 Abs. 2 GmbHG a.F. verbot),

⁹⁰ LG Würzburg, Urt. v. 30.11.2010, 62 O 540/10.

⁹¹ Die Revision in NJW-RR 2014, 416 führte der streitverkündete Notar!

⁹² Scholz/Emmerich, § 3, Rn. 49; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 3, Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 3, Rn. 15; Michalski, § 3, Rn. 27; a.A. Ulmer, § 3, Rn. 24; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 3, Rn. 15. Die Gestaltungspraxis macht von dieser a.A. einhellig keinen Gebrauch.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

sind folgerichtig gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG sowohl Zahl als auch Nennbetrag der Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag niederzulegen. Nennbetragslose „Stückanteile“ als Pendant zu § 8 Abs. 1 2. Alt AktG sind bei der GmbH weiterhin nicht zulässig. Dabei können die Gesellschafter die Höhe der Nennbeträge der übernommenen Geschäftsanteile weitaus individueller als früher gestalten. § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG sieht nur noch vor, dass der Nennbetrag eines Geschäftsanteils auf **volle Euro**, mindestens also **einen Euro**,⁹³ lauten muss. Die Teilbarkeitsregel des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F., wonach ein Geschäftsanteil durch 50 dividierbar sein musste, wurde aus dem GmbHG gestrichen.⁹⁴ Diese Änderungen haben die Teilung und Abtretung von Geschäftsanteilen, etwa nach einem Erbfall, deutlich erleichtert. Außerdem gestattet § 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, die Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile unterschiedlich zu bestimmen. Dem einzelnen Gesellschafter wird also die Möglichkeit eröffnet, bei Gründung mehrere Geschäftsanteile mit unterschiedlichem Nennbetrag zu übernehmen.⁹⁵ Im Blick auf die naheliegende Gefahr einer stärkeren **Zersplitterung** sind die einzelnen Geschäftsanteile, weil andernfalls dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügt würde,⁹⁶ durchgehend zu nummerieren (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Die Nummerierung setzt sich bei Änderungen der Gesellschafterliste fort und ermöglicht eine Identifizierung der Anteile bei der Frage offener Einlagen, Zuordnung von Sonderrechten etc.

4. Körperschaftliche Regelungen

- 30** Gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG sind körperschaftliche Regelungen, die für Gläubiger der Gesellschaft und Erwerber von Geschäftsanteilen von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung sind und in ihren Wirkungen über den engeren Kreis der Vertragsbeteiligten hinausgehen, in die Satzung aufzunehmen.⁹⁷ Dazu gehört die Einräumung von **Sonderrechten** etwa in der Ausprägung eines unentziehbaren Geschäftsführeramts (vgl. § 38 Abs. 2 GmbHG).⁹⁸ Übernehmen die Gesellschafter einer GmbH

93 Böttcher/Blasche, NZG 2007, 565, 568.

94 Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 EGGmbHG bleibt (u.a.) die Teilbarkeitsvorschrift jedoch anwendbar für nicht umgestellte DM-GmbH. Eine absolute Pflicht zur Euroumstellung wurde nicht eingeführt). Es gibt also 1-€-Geschäftsanteile, aber keine 2-DM-Anteile.

95 BR-Drucks. 354/07, S. 68.

96 Bormann, GmbHR 2007, 897f.

97 Goette, § 1, Rn. 17.

98 BGH, Urt. v. 4. 11. 1968 – II ZR 63/67, BB 1969, 1399 = NJW 1969, 131.

die Verpflichtung, zu den Kosten der Gesellschaft Deckungsbeiträge zu erbringen, so bedarf die Absprache der Aufnahme in die Satzung, wenn die Verpflichtung in der Weise an den Gesellschaftsanteil gebunden sein soll, dass sie ohne Weiteres auch künftige Gesellschafter treffen soll; andernfalls ist eine formfreie Vereinbarung der Gesellschafter untereinander oder der Gesellschaft gegenüber (§ 328 BGB) ausreichend.⁹⁹ Soll eine **Nebenleistungspflicht** der Gesellschafter begründet werden, der GmbH beteiligungsproportional Kreditmittel zur Verfügung zu stellen, so ist die Regelung, wenn sie nicht nur für die an der Gründung beteiligten Gesellschafter gelten, sondern an den Geschäftsanteil gebunden und auch künftige Gesellschafter treffen soll, in der Satzung zu verankern.¹⁰⁰ Die Bestimmung muss so konkret gefasst sein, dass die verpflichteten Gesellschafter das Ausmaß der Verpflichtung ohne Weiteres überschauen können. Dem genügt eine Klausel nicht, wonach Verluste **in unbestimmter Höhe** zeitlich **unbeschränkt** übernommen werden.¹⁰¹ Ein Aufgeld (Agio) kann sowohl in statutarischer Form (§ 3 Abs. 2 GmbHG) bzw. aufgrund eines Kapitalerhöhungsbeschlusses als auch ohne statutarische Grundlage durch eine schuldrechtliche Vereinbarung rechtlich verbindlich begründet werden.¹⁰² **Gründungsaufwand**, der zulasten der GmbH an Gründer oder sonstige Personen gezahlt werden soll, ist in der Satzung als Gesamtbetrag gesondert festzusetzen. Das gilt auch, wenn die Verpflichtung der Gründer (analog § 26 Abs. 2 AktG) abbedungen werden soll, der GmbH die Gründungskosten zu erstatten, die sie im Außenverhältnis – allein oder neben den Gründern – geschuldet und bezahlt hat. Die sich aus § 9a GmbHG ergebende Verpflichtung, Vergütungen zu ersetzen, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen worden sind, setzt als selbstverständlich voraus, dass die Gesellschaft für diesen Aufwand nur aufzukommen hat, soweit die Satzung dies vorsieht. Der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, im Interesse des Gläubigerschutzes in der Satzung offenzulegen, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist, wird nur erreicht, wenn der gesamte Aufwand ausgewiesen und nicht danach unterschieden wird, wer ihn im Außenverhältnis schuldet. Soweit die Satzung über den

99 BGH, Urt. v. 8. 2. 1993 – II ZR 24/92, BB 1993, 676 = NJW 1993, 1788 (LS) = NJW-RR 1993, 607.

100 BGH, Urt. v. 28. 6. 1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 123 = NJW 1999, 2809.

101 BGH, Beschl. v. 22. 10. 2007 – II ZR 101/06, NZG 2008, 148.

102 BGH, Urt. v. 15. 10. 2007 – II ZR 216/06, ZIP 2007, 2416 Tz. 13. Vgl. dazu nun auch die Regelung im Musterprotokoll.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

Gründungsaufwand nichts aussagt, sind deshalb entsprechend § 26 Abs. 2 AktG im Verhältnis zur GmbH die Gründer dessen alleinige Schuldner mit der Folge, dass sie im Außenverhältnis für Rechnung der GmbH leisten und dieser zu erstatten haben, was sie an Gründungsaufwand aufgebracht hat.¹⁰³

5. Form

a) Notarielle Beurkundung

- 31 Der Gesellschaftsvertrag bedarf gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG notarieller Beurkundung. Der Formzwang dient Beweissicherungs- und damit Rechtssicherheitsgründen, aber auch dem Zwecke einer materiellen Richtigkeitsgewähr sowie der Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion.¹⁰⁴ Die Notwendigkeit der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch sämtliche Gründer (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) bedeutet nicht, dass die Beurkundung nur in Gegenwart aller Gesellschafter möglich ist. Eine **Stufenbeurkundung** durch Unterzeichnung zu verschiedenen Zeitpunkten ist möglich; auch können die Gesellschafter ihre Erklärungen bei verschiedenen Notaren abgeben.¹⁰⁵ Vollmachtloses Handeln bedarf – entgegen § 182 BGB – der Genehmigung in der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG.¹⁰⁶ Wirkt ein Minderjähriger an der Errichtung einer GmbH mit, so bedarf die Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter nach § 2 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung. Nach Eintritt der Volljährigkeit kann der zuvor minderjährige Gesellschafter die Genehmigung selbst formlos erteilen.¹⁰⁷

b) Ausländische Beurkundung

- 32 Die Form für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages über die Errichtung einer GmbH bestimmt sich ausschließlich nach § 2 GmbHG; die Ortsform des Art. 11 EGBGB ist unanwendbar.¹⁰⁸ Eine ausländische Beurkundung ist anzuerkennen, wenn sie der deutschen gleichwertig

103 BGH, Urt. v. 20. 2. 1989 – II ZR 10/88, BGHZ 107, 1 = BB 1989, 795 = NJW 1989, 1610.

104 BGH, v. 24. 10. 1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338 = BB 1989, 95 = NJW 1989, 295.

105 Ulmer, § 2, Rn. 12f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 2, Rn. 37.

106 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 17.

107 BGH, Urt. v. 21. 1. 1980 – II ZR 153/79, BB 1980, 857 = NJW 1980, 1842 (LS).

108 Scholz/Emmerich, § 2, Rn. 18ff.; Roth/Altmeppen, § 2, Rn. 22.

ist. Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Die **Gleichwertigkeit** kann nicht wegen fehlender Kenntnis des deutschen GmbH-Rechts abgelehnt werden.¹⁰⁹ Diese Voraussetzungen sind für Notare in Österreich, der Schweiz und Notare des sog. lateinischen Notariats (Belgien, Frankreich, Italien, Niederlande, Spanien) anerkannt.¹¹⁰

c) Materielle Satzungsbestandteile

Die Beurkundungspflicht erstreckt sich auf die notwendigen (§ 3 Abs. 1 GmbHG) wie auch die fakultativen (§ 3 Abs. 2 GmbHG) Satzungsbestandteile.¹¹¹ Wegen der Reichweite des Beurkundungszwangs bei fakultativen Bestimmungen ist zwischen **materiellen** (korporationsrechtlichen) Regelungen, die auch für künftige Gesellschafter und/oder Gläubiger der Gesellschaft gelten, und **formellen** Individualvereinbarungen der Gründer zu unterscheiden, die nur die handelnden Personen binden.¹¹² Notarieller Beurkundung bedürfen nur materiellrechtliche Satzungsbestandteile.¹¹³ Besondere schuldrechtliche Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander, die einen von ihnen persönlich gegenüber der Gesellschaft verpflichten, aber keine mitgliedschaftliche Bindung auch für später eintretende Gesellschafter herbeiführen sollen, sind dem Formgebot selbst dann nicht unterworfen, wenn die vereinbarte Leistung – im Streitfall Verkauf eines Baggers – für die wirtschaftlichen Zwecke der Gesellschaft unerlässlich ist.¹¹⁴ Den Gesellschaftern ist eine Gestaltungsfreiheit eröffnet, ob sie bestimmte Klauseln als korporativen oder unechten Satzungsbestandteil ausgestalten: Eine Schiedsabrede kann korporativ für alle gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter oder lediglich obligatorisch zwischen den Gründungsge-

109 BGH, Beschl. v. 16. 2. 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 f. = BB 1981, 693 = NJW 1981, 1160.

110 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 19; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2, Rn. 9.

111 Michalski, § 2, Rn. 15.

112 Michalski, § 2, Rn. 15.

113 Scholz/Emmerich, § 2, Rn. 13.

114 BGH, Urt. v. 20. 1. 1977 – II ZR 222/75, BB 1977, 1729 = NJW 1977, 1151.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

sellschaftern verabredet werden.¹¹⁵ Entsprechendes gilt für die korporativ an den Geschäftsanteil oder lediglich schuldrechtlich an einen bestimmten Gesellschafter gekoppelte Nebenpflicht, der Gesellschaft Darlehensmittel oder einen Deckungsbeitrag zu gewähren.¹¹⁶ Die Bestellung des Geschäftsführers ist nur korporationsrechtlicher Satzungsbestandteil, wenn einem Gesellschafter ein Sonderrecht auf Wahrnehmung der Geschäftsführung eingeräumt wird.¹¹⁷

d) Änderungen des Vertrages

- 34 Vertragsänderungen vor Eintragung unterliegen grundsätzlich den Erfordernissen der Einstimmigkeit und der notariellen Beurkundung.¹¹⁸ In dieser Phase setzt sich (noch) der Vertragscharakter der Gründungssatzung durch. Der Formzwang ist zu beachten, soweit **materielle Satzungsbestandteile** betroffen sind. Ein **Gesellschafterwechsel** – gleich ob Ausscheiden oder Beitritt eines Gesellschafters oder eine Kombination aus Ausscheiden und Beitritt – bedarf vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister als Vertragsänderung notarieller Beurkundung¹¹⁹ unter Beteiligung aller anderen Gesellschafter. Freilich steht einem Gesellschafter die Möglichkeit offen, seinen Geschäftsanteil schon vor Eintragung der GmbH – in notarieller Form – an einen Dritten abzutreten (§ 15 Abs. 3 GmbHG). An einer solchen Abtretung wären, vorbehaltlich vereinbarter Vinkulierungsklauseln, die anderen Gesellschafter nicht zu beteiligen. Diese Verfügung wird mit Eintragung der GmbH in das Handelsregister wirksam.¹²⁰ Die Bestellung zum Geschäftsführer und die Festsetzung des Gehalts kann als **formeller Satzungsbestandteil** ohne Einhaltung der für Satzungsänderungen maßgeblichen Form

115 BGH, v. 25. 10. 1962 – II ZR 188/61, BGHZ 38, 155, 161 = BB 1962, 1344 = NJW 1963, 203.

116 BGH, v. 28. 6. 1999 – II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 123 = NJW 1999, 2809; BGH, Urt. v. 8. 2. 1993 – II ZR 24/92, BB 1993, 676 = NJW-RR 1993/607 = NJW 1993, 1788 (LS).

117 BGH, v. 19. 1. 1961 – II ZR 217/58, BB 1961, 227 = NJW 1961, 507; BGH, Urt. v. 29. 9. 1955 – II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 208 = BB 1955, 975 = NJW 1955, 1716.

118 Roth/Altmeyers, § 2, Rn. 25.

119 BGH, Urt. v. 27. 1. 1997 – II ZR 123/94, BB 1997, 905 = NJW 1997, 1507; BGH, Urt. v. 16. 2. 1959 – II ZR 170/57, BGHZ 29, 300, 303 = BB 1959, 352 = NJW 1959, 934; BGH, Urt. v. 12. 7. 1956 – II ZR 218/54, BGHZ 21, 242, 245 = BB 1956, 765 = NJW 1956, 934.

120 BGH, Urt. v. 19. 4. 1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 207, 212 = BB 1999, 1233 = NJW 1999, 2594; BGH, Urt. v. 26. 9. 1994 – II ZR 166/93, NJW 1995, 128; BGH, Beschl. v. 9. 10. 1956 – II ZB 11/56, BB 1956, 1118 = NJW 1957, 17f.

nachträglich modifiziert werden.¹²¹ Wird einem Gesellschafter das Amt des Geschäftsführers hingegen als Sonderrecht eingeräumt, handelt es sich um eine materielle, beurkundungspflichtige Bestimmung.¹²²

e) Vorvertrag

Auch der Vorvertrag, durch den sich die Beteiligten zur Gründung einer GmbH verpflichten, ist notariell zu beurkunden.¹²³ Bei Tätigwerden eines **Bevollmächtigten** ist § 2 Abs. 2 GmbHG anzuwenden.¹²⁴ Ausnahmsweise hat der BGH einen ohne notarielle Vollmacht geschlossenen Vorvertrag, der in einem von den Beteiligten über Jahrzehnte gebildeten KG-Vertrag enthalten war, als wirksam erachtet.¹²⁵ **35**

f) Treuhand

Ein Treuhandvertrag hinsichtlich eines Geschäftsanteils, der vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geschlossen wird, unterliegt nicht dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG, weil weder ein Geschäftsanteil vorhanden noch dessen Entstehen in die Wege geleitet ist. Im Vorgründungsstadium kann die Treuhandabrede also formlos geschlossen werden. Ist die Gesellschaft durch **Abschluss des Gesellschaftsvertrages** errichtet, aber noch nicht eingetragen worden, so kommt die Formvorschrift hingegen zum Tragen. Nur durch diese Auslegung kann der Zweck des § 15 Abs. 4 GmbHG, den Beweis der Anteilsinhaberschaft zu gewährleisten und den freien Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen zu unterbinden, erreicht werden. Folgerichtig greift das Formgebot auch ein, wenn nach Eintragung der GmbH eine Treuhandabrede über einen bestehenden Geschäftsanteil getroffen wird.¹²⁶ Das Formgebot gilt nicht nur für eine Treuhandabrede über einen bereits gehaltenen Geschäftsanteil (**Vereinbarungstreuhand**), sondern auch für eine Abrede über einen erst zu erwerbenden, bei Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber herauszugebenden Ge- **36**

121 BGH, Urt. v. 29. 9. 1955 – II ZR 225/54 = BB 1955, 975 = NJW 1955, 1716.

122 BGH, Urt. v. 4. 11. 1968 – II ZR 63/67, BB 1968, 1399 = NJW 1969, 131.

123 BGH, Urt. v. 7. 10. 1991 – II ZR 252/90, NJW 1992, 362; BGH, Urt. v. 21. 9. 1987 – II ZR 16/87, BB 1988, 157 = NJW-RR 1988, 288; *Ulmer*, § 2, Rn. 44; *Goette*, § 1, Rn. 14; *Scholz/Emmerich*, § 2, Rn. 90.

124 *Ulmer*, § 2 Rn. 46; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 2, Rn. 85.

125 BGH, Urt. v. 5. 5. 1969 – II ZR 115/68, BB 1969, 892 = NJW 1969, 1856.

126 BGH, Urt. v. 19. 4. 1999 – II ZR 365/97, BGHZ 141, 207 = BB 1999, 1233 = NJW 1999, 2594; *Scholz/Emmerich*, § 2, Rn. 55.

1. Kap. II. Gesellschaftsvertrag

schäftsanteil.¹²⁷ Ausnahmsweise kann die Berufung auf das Formgebot nach § 242 BGB in Fällen einer **Existenzgefährdung des anderen Teils** oder einer **besonders schweren Treupflichtverletzung** unbeachtlich sein.¹²⁸

6. Auslegung des Vertrages

- 37 Auch bei der Auslegung der Satzung ist zwischen den **korporativen Satzungsbestandteilen** und den **individualrechtlichen Bestimmungen** zu differenzieren. Korporativer Charakter kommt allen Regelungen zu, die die gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter betreffen und auch für die Gesellschaftsgläubiger von Bedeutung sind. Die Auslegung solcher Bestimmungen unterliegt der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Bei der Auslegung haben Umstände, die außerhalb der Vertragsurkunde liegen und nicht allgemein erkennbar sind, außer Betracht zu bleiben. Dies gilt insbesondere für die Entstehungsgeschichte der Satzung, für Vorentwürfe und die Vorstellungen oder Äußerungen von Personen, die an der Abfassung des Gesellschaftsvertrages mitgewirkt haben.¹²⁹ Individualrechtliche Regelungen sind dagegen nach §§ 133, 157 BGB auszulegen. Korporativer Natur¹³⁰ sind Bestimmungen über Unternehmensgegenstand¹³¹ und Gesellschaftszweck,¹³² Kapitalausstattung, Zulassung von Sacheinlagen,¹³³ Vinkulierung von Geschäftsanteilen,¹³⁴ Mitgliederbestand,¹³⁵ Stimmrecht,¹³⁶ Mehrheits-¹³⁷

127 BGH, Beschl. v. 12. 12. 2005 – II ZR 330/04, NJW-RR 2006, 1415.

128 BGH, Beschl. v. 12. 12. 2005 – II ZR 330/04, NJW-RR 2006, 1415.

129 BGH, Urt. v. 16. 12. 1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 364 = BB 1992, 448 = NJW 1992, 892; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, § 2, Rn. 13; *Michalski*, § 2, Rn. 48 f.; kritisch Scholz/*Emmerich*, § 2, Rn. 38.

130 Vgl. die Zusammenstellungen bei *Goette*, § 1, Rn. 23; *Michalski*, § 2, Rn. 45.

131 BGH, Urt. v. 20. 1. 1983 – II ZR 243/81, BB 1983, 996 = NJW 1983, 1910; BGH, Urt. v. 17. 1. 1966 – II ZR 157/63, WM 1966, 446 f.

132 BGH, Urt. v. 20. 1. 1983 – II ZR 243/81, BB 1983, 996 = NJW 1983, 1910.

133 BGH, Urt. v. 13. 10. 1966 – II ZR 56/64, BB 1966, 1410.

134 BGH, Urt. v. 13. 7. 1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141 = BB 1967, 1016 = NJW 1967, 2159.

135 BGH, Urt. v. 13. 7. 1967 – II ZR 238/64, BGHZ 48, 141 = BB 1967, 1016 = NJW 1967, 2159.

136 BGH, Urt. v. 9. 6. 1954 – II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 36 f. = BB 1954, 611 = NJW 1954, 1401.

137 BGH, Urt. v. 25. 9. 1989 – II ZR 304/88, BB 1989, 2132 = NJW-RR 1990, 99.