

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

4., überarbeitete und erweiterte Auflage 2019

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.

ISBN: 978-3-8005-1686-5

dfv Mediengruppe

© 2019 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages 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: Appel & Klinger, Druck und Medien GmbH,
96277 Schneckenlohe

Printed in Germany

Kapitel 1 Gründung der GmbH

Übersicht

| | Rn. | | Rn. |
|---|-----|--|-----|
| I. Vorgründungsgesellschaft | 2 | a) Wahl des Musterprotokolls | 36 |
| 1. Vertragsschluss | 3 | b) Der Geschäftsführer | 37 |
| 2. Rechtsnatur, Haftung | 4 | c) Eintragung trotz Abweichung vom Musterprotokoll | 39 |
| 3. Verhältnis der Vorgründungs- gesellschaft zu Vor-GmbH und GmbH | 5 | d) Änderung des als Gesell- schaftsvertrag fungierenden Musterprotokolls | 40 |
| a) Trennung der Rechtsgebilde | 5 | III. Vorgesellschaft | 41 |
| b) Haftungsübernahme | 6 | 1. Rechtsnatur | 41 |
| II. Gesellschaftsvertrag | 7 | 2. Rechtsfähigkeit | 42 |
| 1. Gesellschaftszweck | 8 | 3. Vertretung der Vorgesellschaft | 43 |
| a) Zweck und Unternehmens- gegenstand | 8 | 4. Innenverhältnis | 44 |
| b) Mögliche Zwecke | 9 | 5. Einpersonen-GmbH | 45 |
| c) Rechtsfolgen eines unzu- lässigen Zwecks | 12 | 6. Handeln für künftige GmbH. . | 46 |
| 2. Gesellschafter | 13 | IV. Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft | 47 |
| a) Natürliche Personen | 13 | 1. Problematik | 47 |
| b) Juristische Personen | 14 | 2. Unterbilanzhaftung | 48 |
| c) Einpersonengründung | 15 | a) Grundlagen | 48 |
| 3. Mindestinhalt | 16 | b) Voraussetzungen | 49 |
| a) Firma | 17 | 3. Verlustdeckungshaftung | 52 |
| b) Sitz | 19 | 4. Beweislast | 53 |
| c) Unternehmensgegenstand . | 20 | 5. Handelndenhaftung | 54 |
| d) Höhe des Stammkapitals . . | 21 | a) Handelnder | 55 |
| e) Betrag der einzelnen Stammeinlagen | 22 | b) Rechtsgeschäftliches Handeln | 56 |
| 4. Körperschaftliche Regelungen | 23 | c) Umfang der Haftung | 57 |
| 5. Form | 27 | d) Erlöschen der Haftung | 58 |
| a) Notarielle Beurkundung . . | 27 | e) Rückgriffsanspruch des Handelnden | 59 |
| b) Ausländische Be- urkundung | 28 | 6. Eigenkapitalersatz | 60 |
| c) Materielle Satzungsbestand- teile | 29 | 7. Unechte Vor-GmbH bei fehlender Eintragsabsicht . | 61 |
| d) Änderungen des Vertrages . | 30 | a) Gesamtschuldnerische Außenhaftung | 61 |
| e) Vorvertrag | 31 | b) Einpersonengründung, Treuhand | 62 |
| f) Treuhand | 32 | c) Feststellung der Aufgabe der Eintragsabsicht | 63 |
| 6. Auslegung des Vertrages | 33 | d) Vertretung | 64 |
| 7. Inhaltskontrolle als AGB | 34 | | |
| 8. Vereinfachte Gründung bei Verwendung eines Muster- protokolls | 35 | | |

Kap. 1 Gründung der GmbH

| | Rn. | | Rn. |
|--|-----|---|-----|
| V. Eintragung der GmbH | 66 | 1. Gründung | 79 |
| 1. Anmeldung | 66 | 2. Stammkapital | 80 |
| a) Allgemeines | 66 | a) Mindeststammkapital | 80 |
| b) Geschäftsanschrift | 67 | b) Rücklage | 82 |
| 2. Registergerichtliche Prüfung | 68 | 3. Anmeldung | 84 |
| 3. Eintragung | 70 | 4. Firma | 85 |
| VI. Fehlerhafte Gesellschaft | 71 | 5. Folgen der Bildung des gesetzlichen Mindeststamm- kapitals | 86 |
| 1. Vor-GmbH | 72 | VIII. Vorratsgründung, Mantel- verwendung | 87 |
| a) Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft | 72 | 1. Vorratsgründung | 88 |
| b) Abwicklung | 73 | 2. Mantelverwendung | 90 |
| 2. Eintragung der GmbH | 74 | 3. Registerrechtliche Kontrolle | 91 |
| 3. Unheilbare Beitrittsmängel | 75 | 4. Unterbilanzhaftung | 95 |
| 4. Abtretung von Geschäfts- anteilen | 76 | 5. Handelndenhaftung | 96 |
| a) Vor-GmbH | 76 | 6. Fazit zu Mantelverwendung | 97 |
| b) Eingetragene GmbH | 77 | | |
| VII. Unternehmergesellschaft | 78 | | |

- 1 Die GmbH kann als eine in das Handelsregister eingetragene, mit 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 Sie ist Formkaufmann (§ 6 HGB) und Unternehmer (§ 343 HGB, § 14 BGB). 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 (nicht notwendig in der nachgenannten Reihenfolge, was die Erstellung der Dokumente angeht): 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

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

2 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 Rn. 1.

3 Roth/Altmeyen, § 1 Rn. 2.

I. Vorgründungsgesellschaft

Den Zeitraum vor Errichtung der GmbH (also vor notarieller Beurkundung) bezeichnet man als **Vorgründungsstadium**. In diesem Stadium 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 Vorgesellschaft, die nach Eintragung in das Handelsregister von der (fertigen) GmbH abgelöst wird. 2

1. Vertragsschluss

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. Der Vorgründungsgesellschaft fehlt damit weitgehend die Möglichkeit, als solche aktiv am Rechtsverkehr teilzunehmen. (Die Gesellschafter könnten alternativ als GbR auftreten, aber dann liegt die Nicht-Identität offen zutage.) Das OLG Schleswig hat die Annahme einer Vorgründungsgesellschaft auf eine Kapitalerhöhung übertragen,⁶ um insbesondere bei Fehlschla-

4 Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 10.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 7.10.1991 – II ZR 252/90, NJW 1992, 362 f.; BGH, Urt. v. 21.9.1987 – II ZR 16/87, BB 1988, 159.

6 OLG Schleswig ZIP 2014, 1525; sog. „Vorbeteiligungsgesellschaft“. Genau anders für diesen Fall der fehlgeschlagenen Kapitalerhöhung BGH NJW 2015, 3786: Rücktrittsrecht des Übernehmers nach § 313 Abs. 3 Satz 1 BGB oder Rückgewähranspruch (§ 346 BGB) bzw. Schadensersatzanspruch auf negatives Interesse gerichtet auf Wiederherstellung des status quo ante. Anders als OLG Schleswig auch BGH NJW 2007, 589 für den Fall einer fehlgeschlagenen Gründung einer AG (Mehrheitsaktionär ist liquide; Kündigungsrecht des Minderheitsaktionärs aus § 723 BGB analog).

Kap. 1 Gründung der GmbH

gen 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 Vorbeteiligungsgesellschaft 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 abgeschlossenen 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 Rechtshandlung wie eine Kontoeröffnung kann ausreichen. Die Haftung der Gesellschafter ist jedenfalls begründet, wenn sie mit dem Geschäftsbeginn einverstanden sind.⁹

3. Verhältnis der Vorgründungsgesellschaft zu Vor-GmbH und GmbH

a) Trennung der Rechtsgebilde

- 5 Zwischen der Vorgründungsgesellschaft einerseits und der Vor-GmbH andererseits 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 Al-

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.

lerdings 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

b) Haftungsübernahme

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 **6**

II. Gesellschaftsvertrag

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 mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter und hat daher satzungsmäßigen Charakter. Aus dieser Erwägung wird der Gesellschaftsvertrag der GmbH üblicherweise als **Satzung** bezeichnet. **7**

11 *Goette*, § 1 Rn. 34.

12 Vgl. BGH, Urt. v. 7.10.1991 – II ZR 252/90, NJW 1992, 362 f.; BGH, Urt. v. 21.9.1987 – II ZR 16/87, BB 1988, 159.

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.

Kap. 1 Gründung der GmbH

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 Verhältnis 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 GmbHG 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

- 9 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 un-

15 Scholz/Cramer, § 1 Rn. 4; Ulmer/Ulmer, § 1 Rn. 5 ff.; a. A. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 5.

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

ter dem Dach einer GmbH gefördert werden.¹⁷ Die öffentliche Daseinsvorsorge bedient sich – vor allem auf kommunaler Ebene – ebenfalls der 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

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 Hinblick 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. 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.²³

cc) Spezialgesetzliche Regelungen

Aufgrund gesetzlicher Verbote sind der Betrieb einer Apotheke (§ 8 ApoG), eines Versicherungsunternehmens (§ 7 VAG), einer Hypothekenbank (§ 2 Abs. 1

17 BGH, Urt. v. 22.1.1976 – VII ZR 280/75, BGHZ 66, 514 = NJW 1976, 514.

18 BGH, Urt. v. 22.1.1976 – VII ZR 280/75, BGHZ 66, 514 = NJW 1976, 514.

19 Scholz/*Cramer*, § 1 Rn. 40.

20 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/*Schmidt*, § 1 Rn. 23.

21 BGH, Urt. v. 28.4.1958 – II ZR 197/57, BGHZ 27, 172 = BB 1958, 502 = NJW 1958, 989.

22 Ulmer/*Ulmer*, § 1 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 1 Rn. 14; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*C. Schmidt-Leithoff*, § 1 Rn. 57 (Fn. 192).

23 Ulmer/*Ulmer*, § 1 Rn. 42 f.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 1 Rn. 16; Roth/*Altmeppen*, § 1 Rn. 16.

Kap. 1 Gründung der GmbH

HypBG), einer Schiffspfandbriefbank (§ 2 SchiffsBG) 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.²⁴ Die Rechtsanwalts-GmbH hat seit dem Jahr 1999 in §§ 59c bis 59m BRAO eine ausdrückliche Regelung erfahren. Allerdings erscheint das Verbot berufsübergreifender Gesellschaften zweifelhaft, womöglich verfassungswidrig.²⁵ Eine Rechtsanwalts-Partnerschaftsgesellschaft kann keinen Geschäftsanteil an einer RechtsanwaltsGmbH übernehmen. Eine RechtsanwaltsGmbH & Co.KG bleibt unzulässig.²⁶ Gesetzespolitische Vorschläge für eine Neuordnung der anwaltlichen Zusammenschlüsse sind in der Diskussion.²⁷ Die Tätigkeit eines Heilpraktikers²⁸ wie auch die ambulante zahnärztliche Versorgung²⁹ kann innerhalb einer GmbH ausgeübt werden. Entsprechendes müsste – entgegen landesgesetzlicher Bestimmungen – für sonstige ärztliche Berufe gelten.³⁰ 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.³¹

c) Rechtsfolgen eines unzulässigen Zwecks

- 12** 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.³² 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 Ge-**

24 Scholz/Cramer, § 1 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 Rn. 8.

25 Ansatz dafür BVerfG NJW 2016, 700.

26 BGH NJW 2011, 3036.

27 Römermann, NZG 2018, 1041.

28 BGH, Urt. v. 5.12.1991 – I ZR 11/90, NJW-RR 1992, 430.

29 BGH, Urt. v. 25.11.1993 – I ZR 281/91, BGHZ 124, 224 ff. = NJW 1994, 786.

30 Scholz/Cramer, § 1 Rn. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, § 1 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 Rn. 13.

31 Goette, § 1 Rn. 5.

32 Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, § 1 Rn. 58; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Schmidt, § 1 Rn. 29.

sellschaft auseinanderzusetzen.³³ Im Falle eines unzulässigen Zwecks hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen.³⁴ Wird der Mangel nicht erkannt und kommt es zur Eintragung, so ist die GmbH trotz des nichtigen Gesellschaftsvertrages zunächst wirksam entstanden.³⁵ Erstreckt sich die Nichtigkeit auch auf den **Unternehmensgegenstand**, kommen sowohl die Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG als auch eine Amtslöschung (§§ 395, 397 FamFG) 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.³⁶

2. Gesellschafter

a) Natürliche Personen

Die Gesellschaft kann durch eine oder – ohne praktisch relevante Zahlenbegrenzung – mehrere Personen errichtet werden (§ 1 GmbHG). Gründer kann jede natürliche oder juristische Person sein.³⁷ Für nicht voll geschäftsfähige Personen (§§ 104 ff. 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 minderjährige Kind – der Bestellung eines Pflegers (§§ 1909, 1795, 1629 BGB).³⁸ 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 des Minderjährigen wahrnehmen.³⁹ Darüber hinaus ist eine familiengerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB erforderlich, sofern die

33 BGH, Urt. v. 12.5.1954 – II ZR 167/53, BGHZ 13, 320, 323 = BB 1954, 611 = NJW 1954, 1562; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 Rn. 18; Scholz/Cramer, § 1 Rn. 42; Ulmer/Ulmer, § 1 Rn. 45.

34 Scholz/Cramer, § 1 Rn. 43.

35 Das gilt auch bei Kartellverstößen, K. Schmidt, GmbHR 2015, 505.

36 Ulmer/Ulmer, § 1 Rn. 46; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 17; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Schmidt, § 1 Rn. 29; ebenso jetzt auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 Rn. 19.

37 Goette, § 1 Rn. 7.

38 BGH, Beschl. v. 9.7.1956 – V BLw 11/56, BGHZ 21, 229 = NJW 1956, 1433; Ulmer/Ulmer, § 2 Rn. 72; Scholz/Cramer, § 2 Rn. 48; Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 13.

39 BGH, Beschl. v. 18.9.1975 – II ZB 6/74, BGHZ 65, 93 = NJW 1976, 49; Scholz/Cramer, § 2 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 25.

Kap. 1 Gründung der GmbH

GmbH – dem Regelfall entsprechend – ein **Erwerbsgeschäft** betreiben soll.⁴⁰ Fehlt es an einem erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftszweck, dürfte § 1822 Nr. 3 BGB wegen der Eigenschaft der GmbH als Formkaufmann ebenfalls einschlägig sein,⁴¹ während der Rückgriff auf § 1822 Nr. 10 BGB⁴² an der fehlenden Übernahme einer fremden Verbindlichkeit scheitern dürfte.⁴³

b) Juristische Personen

- 14 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.⁴⁴ Als Gründer einer GmbH können Idealvereine wie der ADAC indirekt eine weitreichende unternehmerische Tätigkeit entfalten.⁴⁵ Die Fähigkeit der Personenhandelsgesellschaften OHG und KG, eine GmbH zu gründen, ist seit langem anerkannt;⁴⁶ OHG und KG können eine Einpersonen- oder mit einem ihrer Gesellschafter eine Mehrpersonengründung vornehmen.⁴⁷ Entsprechendes gilt für die Partnerschaftsgesellschaft.⁴⁸ Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit⁴⁹ der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** steht deren – schon zuvor anerkannte – Tauglichkeit, Gründerin einer GmbH zu sein,⁵⁰ außer Frage. Auch die weiteren Gesamthandsgemeinschaften des bürgerlichen Rechts – Erbengemeinschaft, eheliche Gütergemeinschaft

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

41 Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 Rn. 5.

42 In diesem Sinne Ulmer/Ulmer, § 2 Rn. 74; a. A. Scholz/Cramer, § 2 Rn. 50.

43 Vgl. BGH, Beschl. v. 3.2.1964 – II ZB 6/63, BGHZ 41, 71 = BB 1964, 278 = NJW 1964, 766 betreffend Genossenschaft.

44 BGH, Urt. v. 28.2.1965 – I ZR 84/54, BGHZ 20, 119 = BB 1956, 351 = NJW 1956, 746; Scholz/Cramer, § 2 Rn. 59; Ulmer/Ulmer, § 2 Rn. 76; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 30.

45 Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569.

46 Roth/Altmeyen, § 1 Rn. 33; K. Schmidt, § 34, II. 1.

47 Ulmer/Ulmer, § 2 Rn. 58; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Schmidt, § 2 Rn. 97.

48 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 2 Rn. 7.

49 BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

50 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, 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/Ulmer, § 2 Rn. 80 und 80a; K. Schmidt, § 34, II. 1.; Goette, § 1 Rn. 8; Scholz/Cramer, § 2 Rn. 61.

(auch ähnliche Rechtsgemeinschaften ausländischer Ehrechtsordnungen), nicht rechtsfähiger Verein – können an der Gründung einer GmbH mitwirken.⁵¹ Aus erbrechtlichen Gründen ist nur die Neubeteiligung der Erbengemeinschaft auf den Surrogaterwerb beschränkt.

c) *Ei*npersonengründung

Eine Einmann- oder Einpersonen-GmbH ist dadurch gekennzeichnet, dass sich **15** alle Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigen. Durch den nachträglichen Erwerb sämtlicher fremden Geschäftsanteile konnte seit jeher eine Einmann-GmbH entstehen. Seit 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**.⁵² Die einseitige Erklärung des Gesellschafters hat dem Mindestinhalt des § 3 GmbHG zu genügen. Die Einmanngründung hat hohe praktische Bedeutung, weil sie dem Alleinunternehmer die Möglichkeit bietet, seine Haftung durch Zwischenschaltung einer GmbH zu begrenzen.

3. Mindestinhalt

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

a) *Firma*

aa) Freie Wahl der Unternehmensbezeichnung

Der Gesellschaftsvertrag muss die Firma der Gesellschaft angeben (§ 3 Abs. 1 **17** Nr. 1 GmbHG). Bei der Wahl der Firma herrscht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit: Die GmbH kann **Personenfirma** („Müller GmbH“, „Müller und Meier GmbH“), eine dem Unternehmensgegenstand entlehnte **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.⁵³ Die Firma muss kennzeichnungsfähig, unterscheidungskräftig und darf nicht irreführend sein. Der Firma muss gemäß § 4 GmbHG die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die allgemeine verständliche Abkürzung „GmbH“ hinzugefügt werden; dadurch soll der Geschäftsverkehr da-

51 Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. *Schmidt-Leithoff*, § 2 Rn. 24; Roth/*Altmeyen*, § 1 Rn. 35; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/*Schmidt*, § 2 Rn. 97.

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

53 Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 4 Rn. 4.