GESELLSCHAFTSRECHTLICHE UNTERNEHMENSPRAXIS

nwb E-BOOK

Daumke · Keßler · Perbey

Der GmbH-Geschäftsführer

- Zivilrecht
- Steuerrecht
- Sozialversicherungsrecht
- Haftung

6. Auflage

nwb

www.nwb.de

Der GmbH-Geschäftsführer

- Zivilrecht
- Steuerrecht
- Sozialversicherungsrecht
- Haftung

Von
Michael Daumke, Ltd. Regierungsdirektor a. D.,
Prof. Dr. Jürgen Keßler und
Uwe Perbey, Dipl.-Finanzwirt, StOAR

6., überarbeitete Auflage

nwb

Bearbeitervermerk:

Teile 1 – 8:	Keßler
Teile 9.1 – 9.6, 9.9, 9.14, 10 – 11:	Daumke
Teile 9.7, 9.8, 9.10 – 9.13:	Perbey

ISBN 978-3-482-**45426**-4
eISBN 978-3-482-**01581**-6
6. Auflage 2020

© NWB Verlag GmbH & Co. KG, Herne 1999
www.nwb.de

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Buch und alle in ihm enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages unzulässig.

Satz: Griebsch & Rochol Druck GmbH, Hamm
Druck: Elanders GmbH, Waiblingen

VORWORT

Das Werk „Der GmbH-Geschäftsführer“ erscheint nunmehr in der 6. Auflage. Seine übersichtliche Konzeption und die verständliche Aufbereitung von mitunter schwierigen Rechtsfragen des GmbH-Rechts hat sich bewährt, da sie den Bedürfnissen der Praxis entgegenkommt, wie uns immer wieder bestätigt wird. Soweit es die Auswertung der Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur betrifft, befindet es sich nunmehr auf dem Stand von Juli 2019.

Bestanden infolge der grundlegenden Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG vom 23. 10. 2008 (BGBl. I 2008, S. 2016) noch erhebliche Unsicherheiten, wie die Gerichte mit den Neuregelungen verfahren würden, so sind zwischenzeitlich die meisten Fragen durch Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) geklärt, wenn auch nicht immer zugunsten der Geschäftsführer und Gesellschafter. Dies hat im Einzelfall zu einer spürbaren Verschärfung der haftungsrechtlichen Einstandspflicht der Unternehmensleiter geführt. Insofern stehen Fragen der Haftungsvorsorge und Haftungsvermeidung nach wie vor im Mittelpunkt des gesellschaftsrechtlichen Teils unseres Vademekums.

Zugleich galt es, den zunehmenden Bestrebungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) Rechnung zu tragen, die dienstvertragliche Stellung des Geschäftsführers dem Schutzbereich des Arbeitsrechts anzunähern. Auch wenn man dieser Entwicklung kritisch gegenübersteht, erweist sich die vertragliche Absicherung des Geschäftsführers als besonders beratungsintensiv, so dass diesem Aspekt im Rahmen der Darstellung die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet wird.

Im steuerrechtlichen Teil wurden u. a. die Ausführungen zur Pkw-Nutzung, zu verdeckten Gewinnausschüttungen und zu den Arbeitszeitkonten umfassend überarbeitet. Mit diesem Buch wird seinen Lesern somit auch ein umfassendes Kompendium hinsichtlich aller steuerrelevanten Fragen an die Hand gegeben. Dies ist umso bedeutsamer, als auch die (zivil-) vertraglichen Gestaltungsformen – nicht zuletzt, soweit es die Vergütung des Geschäftsführers und sonstige geldwerte Leistungen (Dienstwagen etc.) der Gesellschaft betrifft – weitgehend durch die Vorgaben des Steuerrechts geprägt sind.

Für Anregungen und Verbesserungsvorschläge (gerne an service@nwb.de) sind Verfasser und Verlag nach wie vor dankbar.

Berlin/Herne im Oktober 2019,
Verfasser und Verlag

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort V

Literaturverzeichnis XV

Abkürzungsverzeichnis XVII

1. WIRTSCHAFTLICHE UND RECHTLICHE GRUNDLAGEN: EIN ÜBERBLICK

		Rz.	Seite
1.1	**Die wirtschaftliche Bedeutung und Risiken der GmbH**	1	1
1.2	**Die rechtliche Verfassung der GmbH**	16	6
1.2.1	Die Rechtsnatur der GmbH	16	6
1.2.2	Der Gesellschaftsvertrag	31	8
1.2.3	Die Gründung der GmbH im Überblick	56	16
1.2.4	Die Organe der GmbH	71	21
1.2.5	Die Kapitalaufbringung bei der GmbH	81	23
1.2.6	Die Kapitalerhaltung bei der GmbH	141	46
1.2.7	Die Insolvenzantragspflicht	161	53
1.2.8	Gesellschafterdarlehen	191	63

2. STELLUNG UND FUNKTION DES GESCHÄFTSFÜHRERS

2.1	**Der Geschäftsführer als zwingendes Handlungsorgan**	221	69
2.2	**Die persönlichen Voraussetzungen**	231	71
2.2.1	Gesetzliche Ausschlusstatbestände	231	71
2.2.2	Satzungsmäßige Anforderungen	246	75

3. DIE BESTELLUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS

3.1	**Bestellung und Anstellungsvertrag**	261	78
3.2	**Die Bestellungskompetenz**	266	80
3.3	**Der Bestellungsakt**	276	82
3.3.1	Die Bestellung in der Satzung	276	82

		Rz.	Seite
3.3.2	Die Bestellung durch Gesellschafterbeschluss	281	83
3.3.3	Die Dauer der Bestellung	291	86
3.3.4	Die Durchführung der Bestellung	301	87
3.3.5	Der Widerruf der Bestellung	306	87
3.3.6	Die Abberufung aus wichtigem Grund	331	94
3.3.7	Die Amtsniederlegung	346	96
3.3.8	Die Bestellung des Notgeschäftsführers	351	98

4. DER ANSTELLUNGSVERTRAG

4.1	**Bedeutung und Regelungsgehalt**	371	101
4.2	**Die Rechtsnatur des Anstellungsvertrags**	381	102
4.3	**Der Anstellungsvertrag mit einem (früheren) Arbeitnehmer**	396	108
4.4	**Der Abschluss des Anstellungsvertrags mit der Gesellschaft**	406	111
4.5	**Der Abschluss des Anstellungsvertrags mit Dritten**	416	113
4.6	**Die Rangordnung des Anstellungsvertrags**	421	114
4.7	**Der fehlerhafte Anstellungsvertrag**	431	115
4.8	**Der Inhalt des Anstellungsvertrags**	436	116
4.8.1	Der Vergütungsanspruch	436	116
4.8.2	Die Höhe der Vergütung	446	118
4.8.3	Die Anpassung der Vergütung	456	120
4.8.4	Das Ruhegehalt und die Hinterbliebenenversorgung	466	122
4.8.5	Ersatz von Auslagen	476	123
4.8.6	Der Urlaubsanspruch	481	124
4.8.7	Das Wettbewerbsverbot	486	125
4.8.8	Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot	501	128
4.9	**Die Beendigung des Anstellungsvertrags**	521	131
4.9.1	Die Beendigungsgründe	521	131
4.9.2	Die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags	526	132
4.9.3	Die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags	536	135
4.9.4	Die Rechtsfolgen der Kündigung des Anstellungsvertrags	556	140

5. DIE VERTRETUNGS- UND GESCHÄFTSFÜHRUNGSBEFUGNIS DES ORGANWALTERS

		Rz.	Seite
5.1	**Die Vertretungsbefugnis**	571	141
5.2	**Die Geschäftsführungsbefugnis**	611	148

6. EINBERUFUNG UND DURCHFÜHRUNG DER GESELLSCHAFTERVERSAMMLUNG

6.1	**Die Einberufung der Gesellschafterversammlung**	641	155
6.2	**Die Form der Einberufung**	651	159
6.3	**Die Durchführung der Gesellschafterversammlung**	661	163
6.4	**Die Beschlussfassung**	671	166
6.5	**Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse**	691	173
6.5.1	Nichtige Gesellschafterbeschlüsse	691	173
6.5.2	Anfechtbare Gesellschafterbeschlüsse	701	176

7. DAS AUSKUNFTSRECHT DER GESELLSCHAFTER

7.1	**Voraussetzungen und Ausübung des Auskunftsrechts**	731	183
7.2	**Die Auskunftsverweigerung**	746	187
7.3	**Das Auskunftserzwingungsverfahren**	751	189

8. DIE HAFTUNG DES GESCHÄFTSFÜHRERS

8.1	**Zur Systematik der Haftungstatbestände**	761	190
8.2	**Die Binnenhaftung gem. § 43 GmbHG**	771	194
8.2.1	Grundlagen des Haftungstatbestandes	771	194
8.2.2	Die Verletzung der Leitungspflicht	786	197
8.2.3	Die Verletzung von Treuepflichten	811	206
8.2.4	Die Pflicht zur Sicherung des Haftungsfonds	821	208
8.2.5	Freistellung durch Gesellschafterweisung	826	209
8.2.6	Die Entlastung	831	211
8.2.7	Die gesellschaftsvertragliche Haftungsbeschränkung	846	214
8.2.8	Die Darlegungs- und Beweislast	856	216

		Rz.	Seite
8.2.9	Die Verjährung	866	218
8.3	**Die Außenhaftung des Geschäftsführers**	871	220
8.3.1	Gründerhaftung und Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG	871	220
8.3.2	Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht	896	229
8.3.3	Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss	931	240
8.3.4	Die Haftung wegen Verletzung von Organisationspflichten	941	242
8.3.5	Die Haftung des Geschäftsführers für Sozialabgaben der Arbeitnehmer	956	246
8.3.6	Die umweltrechtliche Verantwortung	971	250
8.4	**Die versicherungstechnische Abdeckung von Haftungsrisiken**	981	252

9. DER GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER IM EINKOMMEN- UND KÖRPERSCHAFTSTEUERRECHT

9.1	**Einkunftsart des GmbH-Geschäftsführers**	1011	259
9.2	**Umfang des Arbeitslohnes**	1028	266
9.2.1	Allgemeines	1028	266
9.2.2	Gestellung eines Kraftfahrzeuges durch den Arbeitgeber	1032	270
9.2.3	Zufluss von Arbeitslohn beim Gesellschafter-Geschäftsführer (hier: Weihnachtsgeld)	1071	290
9.2.4	Nutzung von Fernsprechanlagen (Telekommunikationsgeräten)	1076	292
9.2.5	Freie oder verbilligte Zurverfügungstellung von Wohnung oder Unterkunft durch den Arbeitgeber	1091	294
9.2.6	Lohnsteuerliche Behandlung der D&O-Versicherung	1111	296
9.3	**Das Arbeitszimmer des GmbH-Geschäftsführers**	1116	298
9.3.1	Neuere gesetzliche Entwicklung	1116	298
9.3.2	„Neue“ Rechtslage ab VZ 2007	1121	299
9.3.2.1	Allgemeines	1121	299
9.3.2.2	Definition des häuslichen Arbeitszimmers	1123	300
9.3.3	Gestaltungsüberlegungen	1131	303

		Rz.	Seite
9.4	**Steuerfreiheit von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit/Vergütung von Überstunden**	1161	307
9.4.1	Überstundenvergütungen bei Gesellschafter-Geschäftsführern	1162	308
9.5	**Steuerfreiheit von Zukunftssicherungsleistungen für Gesellschafter-Geschäftsführer**	1181	310
9.5.1	Bindung der Finanzbehörden an die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Arbeitsverhältnissen	1191	311
9.5.2	Wegfall der vermeintlichen Sozialversicherungspflicht bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern	1201	312
9.6	**Abfindungen**	1211	314
9.6.1	Rechtslage bis einschließlich VZ 2005	1211	314
9.6.2	Rechtslage ab VZ 2006	1221	315
9.7	**Verdeckte Gewinnausschüttung**	1236	319
9.7.1	Allgemeines	1236	319
9.7.1.1	Arten der Gewinnausschüttung	1236	319
9.7.1.2	Begriff vGA	1241	321
9.7.1.3	VGA und Abgeltungsteuer/Teileinkünfteverfahren	1246	323
9.7.2	Praxisproblem: Änderbarkeit der ESt-Bescheide – noch korrigierbar?	1251	329
9.7.2.1	Hinweise	1251	329
9.7.2.2	Die Änderungsnorm § 32a KStG	1261	331
9.7.3	Private Nutzung eines betrieblichen Pkws und vGA	1301	341
9.7.4	Nahe stehenden Personen	1316	348
9.7.5	Wirksamkeitsvoraussetzungen des Anstellungsvertrages	1326	349
9.7.6	Höhe der Gesamtausstattung und die regelmäßige Zahlung	1341	354
9.7.7	VGA als freigebige Zuwendung	1371	366
9.7.8	Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot	1376	369
9.7.9	Gehaltsstundung und Gehaltsverzicht	1386	370
9.7.10	Tantieme	1401	373
9.7.10.1	Umsatztantiemen	1401	373
9.7.10.2	Gewinntantiemen	1411	378
9.7.11	Wettbewerbsverbot	1431	388

		Rz.	Seite
9.7.12	Pensionszusage	1451	394
9.7.12.1	Allgemeines	1451	395
9.7.12.2	Formelle Voraussetzungen für die Bildung einer Pensionszusage	1460	396
9.7.12.3	Checkliste: Erlaubt die Pensionszusage die Bildung einer Rückstellung (§ 6a EStG)?	1476	402
9.7.12.4	Weitere Voraussetzungen für die Erteilung der Pensionszusage	1477	404
9.7.12.5	Weitere BFH-Rechtsprechungen zur Finanzierbarkeit von Pensionszusagen	1511	415
9.7.12.6	Einheitlichkeit der Pensionszusage	1516	417
9.7.12.7	Bilanzsprungrisiken	1521	417
9.7.12.8	Prüfungszeitpunkte	1526	417
9.7.12.9	Verzicht auf eine Pensionszusage	1551b	421
9.7.12.10	Rechtsfolgen bei der Verletzung der Regeln für die Erteilung einer Pensionszusage	1556	426
9.7.12.11	Checkliste für Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer	1566	427
9.8	**Darlehensgewährung der GmbH an den Gesellschafter-Geschäftsführer**	1601	428
9.9	**GmbH-Geschäftsführer und Arbeitszeitkonten**	1616	431
9.10	**Abgeltungsteuer**	1646	436
9.10.1	Allgemeines	1646	436
9.10.2	Erweiterung des § 20 EStG	1648	437
9.10.3	§ 32d EStG – die Zentralnorm für die Abgeltungsteuer	1650	437
9.10.4	Ausnahmen von der Abgeltungsteuer	1658	439
9.10.5	Günstigerprüfung	1662	440
9.10.6	Teileinkünfteverfahren	1664	440
9.10.7	GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer und Abgeltungsteuer	1666	441
9.11	**GmbH-Geschäftsführer und § 17 EStG**	1691	445
9.11.1	Allgemeines	1691	445
9.11.2	Anschaffungskosten bei § 17 EStG	1696	446
9.12	**Rangrücktrittsvereinbarung**	1716	446
9.13	**Veräußerung von GmbH-Anteilen**	1751	457
9.14	**Steuerrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers**	1761	458

10. GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER UND UMSATZSTEUER

	Rz.	Seite
10.1 GmbH-Geschäftsführer als Unternehmer	1791	468
10.2 BFH-Rechtsprechung	1804	470
10.2.1 GmbH-Geschäftsführer und Vorsteuerabzug bei Pkw-Vermietung	1804	470
10.2.2 BFH begrenzt Vorsteuerabzug für Unternehmensgründer	1806	471

11. DER GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER UND SOZIALVERSICHERUNG

11.1 Allgemeines	1811	473
11.2 Verlautbarungen der Sozialversicherung	1821	474
11.3 Fallgruppen: GmbH-Geschäftsführer	1826	476
11.3.1 Fallgruppe: Geschäftsführer mit Mehrheitsbeteiligung	1827	476
11.3.2 Fallgruppe: Geschäftsführer mit Minderheitsbeteiligung	1841	478
11.3.3 Fallgruppe: Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung	1881	490
11.4 Statusfeststellungsverfahren	1896	491
11.5 Neuere Rechtsprechung	1911	495
11.6 Exkurs: Unfallversicherung und Künstlersozialversicherung	1918	499
11.6.1 Unfallversicherung	1918	499
11.6.2 Künstlersozialversicherung	1926	501

Stichwortverzeichnis 511

LITERATURVERZEICHNIS

In diesem Literaturverzeichnis sind Kommentare und Monographien, die mehrfach zitiert werden, aufgeführt. Weiterführende Literatur ist vor den entsprechenden Ausführungen angegeben.

B

Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt, Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht, 8. Aufl., Heidelberg 2019

Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz – Beckscher Kurz-Kommentar, 22. Aufl., München 2019 (zitiert: B/H/Bearbeiter)

Klein/Müller, Praxishandbuch der GmbH, 4. Aufl., Herne 2017

Britz, Die Haftung des Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, 2. Aufl., Herne/Berlin 2002

Bunjes, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, 18. Aufl., München 2019

D

Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, Kommentar (Loseblatt) Stuttgart

F

Fleischer/Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018

Forster, Festschrift Kropff, Düsseldorf 1997 (zitiert: FS Kropff)

Frotscher/Drüen, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, (Loseblatt) Freiburg

Fritz/Herzberg/Kühnberger, Festschrift Jürgen Keßler, Hamburg 2015

H

Hillebrand/Keßler, Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 3. Aufl. Hamburg 2019

Hüffer, Aktiengesetz, 13. Aufl., München 2018

J

Janssen, Verdeckte Gewinnausschüttungen, 12. Aufl., Herne 2017

K

Küffner/Stöcker/Zugmaier, Umsatzsteuer - Kommentar, (Loseblatt) Herne

L

Lademann, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, (Loseblatt) Stuttgart

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz - Kommentar, 20. Aufl., Köln 2020 (zitiert: L/H)

Lutter/Ulmer/Zöllner, Festschrift 100 Jahre GmbH, Köln 1992 (zitiert: FS 100 Jahre GmbH)

M

Mössner/Seeger/Oellerich, Körperschaftsteuergesetz - Kommentar, Herne 4. Aufl. 2019

P

Pradl, Pensionszusagen an GmbH-Geschäftsführer, 4. Aufl., Herne 2019

Pradl/Uckermann, Die steuerliche Behandlung von Zeitwertkonten, GStB 2009, S. 16 ff.

R

Raiser/Veil/Jacobs, Mitbestimmungsgesetz, 6. Aufl., München 2015

Roth/Altmeppen, GmbH-Kommentar, 9. Aufl., München 2019 (zitiert: R/A/Bearbeiter)

S

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 12. Aufl., Köln 2018

U

Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Tübingen

W

Westermann/Roserer, Festschrift Quack, Berlin/New York 1991 (zitiert: FS Quack)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

	A
a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alg.	Arbeitslosengeld
AmtshilfeRLUmsG	Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AusländerG	Ausländergesetz
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB-AVG	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern
AZ	Arbeitszimmer

	B
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrAVG	Gesetz zur betrieblichen Altersversorgung

BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BV	Besloten Vennootschap
bzw.	beziehungsweise

C

cic	culpa in contrahendo

D

d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRB	Deutsche Rentenversicherung Bund
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

E

e G	eingetragene Genossenschaft
e.T.	erste Tätigkeitsstätte
e. V.	eingetragener Verein
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

F

f. (ff.)	fortfolgend(e)
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift

G

GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GF	Geschäftsführer
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

H

h. M.	herrschende Meinung
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch

I

i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

J

JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung

K

KapGes	Kapitalgesellschaft
KG	1. Kommanditgesellschaft, 2. Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (1.1881–53.1922)
KO	Konkursordnung
KSA	Künstlersozialabgabe
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSK	Künstlersozialkasse
KSVG	Künstlersozialversicherungsgesetz

	L
LBG	Landesbeamtengesetz
LG	Landgericht
LLC	Limited Liability Companies
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (1.1907–27.1933)
	M
m. E.	meines Erachtens
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Gesetz zur Ergänzung des Montan-Mitbestimmungsgesetzes
	N
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
nsA	nichtselbständige Arbeit
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe (Zeitschrift)
NWB DokID	NWB Dokumenten-Identifikationsnummer Online-Datenbank (www.nwb.de)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
	O
oHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasser
	P
pVV	positive Vertragsverletzung
	R
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rkr.	rechtskräftig
Rz.	Randziffer
	S
S.	Seite
s.	siehe
SachBezV	Sachbezugsverordnung
SARL	Société aresponsabilité limitée
SchwbG	Schwerbehindertengesetz
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
sog.	so genannt(e)

SPE	Societas Privata Europaea - Europäische Privatgesellschaft
StBW	Steuerberater Woche (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StKRep	Steuerberaterkongress-Report

U

UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
u.U.	unter Umständen

V

vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung

W

WährG	Währungsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPg.	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)

Z

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift zum Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
Zzgl.	zuzüglich

1. Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen: ein Überblick

1.1 Die wirtschaftliche Bedeutung und Risiken der GmbH

Literatur: *Lutter*, Die Entwicklung der GmbH in Europa und der Welt, FS GmbHG 1993, S. 49 ff.; *Lutter,* Zur Entwicklung der GmbH in Europa und der Welt; GmbHR 2005, S. 1 ff.; *Goette*, Chancen und Risiken der GmbH-Novelle, WPg 2008, S. 231 ff.; *Hirte*, Die „Große GmbH-Reform" – Ein Überblick über das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2008, S. 761 ff.; *K. Schmidt*, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2008, S. 449 ff.; *Wedemann*, Das neue GmbH-Recht, WM 2008, S. 1381 ff.; *Fleischer*, 100 Jahre GmbH-Reform und 100 Jahre GmbH-Rundschau, GmbHR 2009, S. 1 ff.; *Schall*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, ZGR 2009, S. 126 ff.; *Aeschlimann*, Zur Entstehung und Entwicklung der schweizerischen GmbH, 2012; *Freitag/Korsch*, Gedanken zum Brexit – Mögliche Auswirkungen im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZIP 2016, S. 1361 ff.; *Armour/Fleicher/Knapp/Winner*, Brexit and Corporate Citizenship, EBOR 18(2017), 225; *Knaier*, Das Brexit-Übergangsgesetz (BrexitÜG) kommt, GmbHR 2019, R 84 f.; *Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1. 1. 2019), GmbHR 2019, S. 689 ff.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist – von den Einzelunternehmen und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder BGB-Gesellschaft) abgesehen – **die am weitesten verbreitete Unternehmensform der deutschen Rechtsordnung**. Dies gilt vor allem für den Bereich kleiner und mittelständischer Unternehmen. Am 1. 1. 2019 betrug die Gesamtzahl von Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH 1.289.037, davon 143.561 UG (haftungsbeschränkt). Dem entsprechen 272.735 Kommanditgesellschaften, überwiegend in der Form der GmbH & Co. KG, 23.325 OHG, 14.566 Aktiengesellschaften und ca. 9.500 Unternehmen in der Rechtsform der eG.[1] 1

Was die GmbH von den „konkurrierenden" Rechtsformen der Personengesellschaften (GbR, oHG, KG) unterscheidet, ist vor allem das „**Privileg der beschränkten Haftung**". Nach der insofern grundlegenden Regelung des § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gläubigern der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. Eine Einstandspflicht der sonstigen Beteiligten – seien es Gesellschafter oder Geschäftsführer – scheidet nach dem Gesetz regelmäßig aus. Eben dies bestimmt aus Sicht der Anteilseigner und Organwalter die Beliebt-

1 Siehe hierzu: *Kornblum*, GmbHR 2019, S. 689 ff.

heit der GmbH als Unternehmensträger, begründet jedoch aus Sicht der Gläubiger mitunter auch ihr zuweilen „zweifelhaftes“ Ansehen. Immerhin führt die GmbH gemeinsam mit der – wirtschaftlich insofern vergleichbaren – GmbH & Co. KG mit ca. 39,3 % (2018) aller Unternehmensinsolvenzen mit deutlichem Abstand die Insolvenzstatistik an. Der Anteil der UG haftungsbeschränkt lag dabei bei 12,4 %. Insbesondere neu gegründete Gesellschaften erweisen sich in den ersten Jahren ihrer Existenz als besonders insolvenzanfällig. Berücksichtigt man, dass gegenwärtig noch immer fast 40 % der Insolvenzanträge „mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse“ (§ 26 Abs. 1 InsO) abgelehnt werden, so spiegelt sich hierin die Ursache jenes Vertrauensverlustes wider, den die GmbH und insbesondere die UG haftungsbeschränkt zum Teil erfahren haben.

2 Es wundert kaum, dass sich diese Entwicklung auch in der Rechtsordnung niederschlägt. Allerdings ist dies für die Gesellschafter und Geschäftsführer nur begrenzt sichtbar! Der Grund liegt in der eigenartigen Natur des deutschen GmbH-Rechts. Im Gegensatz zu den Rechtsformen des Personengesellschaftsrechts (GbR, oHG, KG), aber auch der Aktiengesellschaft (AG) und der eingetragenen Genossenschaft (eG), die durch die kaufmännische Praxis entwickelt und erst nachträglich zum Gegenstand der Gesetzgebung wurden, ist die GmbH als „künstliches Geschöpf“ eine eigenständige Leistung des (deutschen) Gesetzgebers – ohne vergleichbares Vorbild. Vielmehr hat das GmbH-Gesetz vom 20.4.1892 selbst **Leitbildfunktion** für andere Rechtsordnungen gewonnen. Dies gilt sowohl für die französische „Société à responsabilité limitée“ (SARL) als auch die niederländische „Besloten Vennootschap“ (BV) sowie die Entwicklung der „Limited Liabibility Companies“ (LLC) im Recht der Einzelstaaten der USA.

Entscheidend ist, dass die gesetzliche Regelung in den ersten 110 Jahren ihres Bestehens – von der „verunglückten“ kleinen Novelle des Jahres 1980, die durch das MoMiG mit Wirkung vom 1.11.2008 weitgehend konterkariert wurde, abgesehen – kaum Veränderungen seitens des Gesetzgebers erfahren hatte. Hier liegt der entscheidende Unterschied zum Aktienrecht als Feld ständiger gesetzgeberischer Reformbemühungen. So nimmt es denn nicht wunder, dass die großen Reformvorhaben des Gesellschaftsrechts, wie das „Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)“ sowie das „Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG)“, aber auch das für die Organhaftung und damit die Einstandspflicht der Geschäftsführer durchaus fruchtbare „Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)“ den „sichtbaren“ Bestand des GmbH-Rechts fast unberührt ließen.

Die Anpassung des GmbH-Rechts an die veränderten wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen erfolgte vielmehr weitgehend – außerhalb des Gesetzes – durch die Rechtsprechung, insbesondere des II. (gesellschaftsrechtlichen) Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH). So ist denn der „Informationswert" der gesetzlichen Regelung – nicht nur aus Sicht der Praxis – von eher begrenzter Natur. Wer die „Wirklichkeit" der GmbH, ihr „Funktionieren" im realen Wirtschaftsleben erfassen will, tut – sei es als Gesellschafter oder Geschäftsführer, sei es als Gläubiger – gut daran, **die Vorgaben und Leitlinien der Rechtsprechung** sowie die Gestaltungsformen der **Kautelarjurisprudenz**, d. h. der notariellen Vertragspraxis, in seine Überlegungen einzubeziehen.

Immerhin hat die neuere Entwicklung eine entscheidende Änderung, wenn auch keineswegs einen Systembruch, bewirkt. Mit dem am 1.11.2008 in Kraft getretenen MoMiG hat der Gesetzgeber die umfassendste Reform des GmbHG seit 110 Jahren ins Werk gesetzt und dabei tief in die überkommenen Strukturen der normativen Vorgaben eingegriffen. Dies betrifft insbesondere die nunmehr mögliche Gründung einer „**Ein-Euro-GmbH**" in der Sonderform der „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**" bzw. „UG (haftungsbeschränkt)" als in der deutschen Rechtsordnung gründende Alternative zur englischen Limited (Ltd.), deren Bedeutung in Deutschland nunmehr auf weniger als 10.000 Unternehmen geschrumpft ist.[1] 3

Zwar handelt es sich auch bei der „Unternehmergesellschaft" der Rechtsform nach **um eine GmbH**, doch unterliegt diese – innerhalb gewisser Grenzen – eigenständigen Vorgaben. Darüber hinaus sah sich die Legislative bemüht, mit der – nunmehr ausschließlich insolvenzrechtlichen – **Neugestaltung des Eigenkapitalersatzrechts** die durch die „kleine GmbH-Novelle" des Jahres 1980 sowie die – zumindest partiell sonderbare – Reaktion der Rechtsprechung bedingten Irrungen und Wirrungen zugunsten eines transparenten und funktionalen Konzepts wieder zu beseitigen. **Insbesondere aus Sicht der GmbH-Geschäftsführer dürfte dies aus Praktikabilitätsgründen zu begrüßen sein**, wenn auch die Neuregelung – wie noch zu zeigen sein wird – auch ihre „Schattenseiten" aufweist. Gleiches gilt für die nunmehr erfolgte „Bereinigung" des durch die Rechtsprechung zunehmend komplizierten Rechts der „**verdeckten oder verschleierten" Sacheinlagen** sowie des **„Cash-Pooling"**. Allerdings verbleibt selbst hier im Lichte eines mitunter widersprüchlichen und inkonsistenten Regelungsbestandes ein erhebliches „Restrisiko" für die mit der Geschäftsführung betrauten Organwalter.

1 *Kornblum*, GmbHR 2015, S. 687 ff., 695.

4 Sieht man von den modifizierten gesetzlichen Vorgaben ab, so hat sich – soweit es die rechtliche Stellung des GmbH-Geschäftsführers betrifft – wenig geändert. Nicht nur hinsichtlich der Organpflichten und der hieraus folgenden Haftungsrisiken erweist sich die GmbH – nach wie vor – als Wirkungsdomäne der Rechtsprechung. Die nunmehr erfolgte Deregulierung der gesetzlichen Bestimmungen und die teils vage Begrifflichkeit der Neuregelungen dürften der Bedeutung des Richterrechts weiterhin Vorschub leisten. Auch wenn einzelne Weiterungen der Rechtsprechung korrigiert wurden, eröffnet das GmbH-Recht nach wie vor einen weiten Gestaltungsspielraum **richterlicher Rechtsfortbildung**. Immerhin hat die (höchst-)richterliche Rechtsprechung in den vergangenen sieben Jahren zahlreiche mit der Novelle verbundene Zweifelsfragen einer Klärung zugeführt.

5 Als Domäne des Richterrechts erweist sich nach wie vor vor allem das Haftungsrecht. Im Lichte der Insolvenzstatistik, aber auch hinsichtlich der nach dem Gesetz oft aussichtslosen Lage der Gesellschaftsgläubiger, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung den Grundsatz der beschränkten Haftung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) an vielen Stellen durchbrochen. Ob an zu vielen, hängt entscheidend vom Standpunkt des Betrachters ab! Die Haftungsdurchbrechung betrifft einerseits die **Gesellschafter**, erfasst jedoch in erster Linie jene Funktionsträger, welche die GmbH gegenüber der Öffentlichkeit und den Vertragspartnern weit sichtbarer repräsentieren: die **Geschäftsführer**. So hat sich mittlerweile ein eigenständiges Haftungsrecht des GmbH-Geschäftsführers entwickelt, welches im Gesetz – wenn überhaupt – nur spärlichen Anklang findet (vgl. §§ 11 Abs. 2, 9a Abs. 1 GmbHG). Gerade die jüngste Reform durch das MoMiG zeichnet sich durch die im Lichte der wirtschaftlichen Kräfteverteilung kaum nachvollziehbare und zu rechtfertigende Tendenz aus, **die Haftungsentlastung der Anteilseigner im Wege der Erweiterung der Organhaftung der Geschäftsführer zu bewirken**.

6 Ohnedies sind die Regelungen über die Rechtsstellung, Kompetenz und Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers im Gesetz allenfalls fragmentarisch ausgestaltet. Dies gründet zunächst in dem Umstand, dass der Gesetzgeber den Gründern und Gesellschaftern der GmbH als „personalistischer Kapitalgesellschaft“ einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnen wollte. Im Gegensatz zum Recht der AG und der eG bestehen bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) der GmbH – ähnlich wie bei den Personengesellschaften – erhebliche Freiräume, die es ermöglichen, den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten und den Besonderheiten des Gesellschaftszwecks umfassend Rechnung zu tragen (siehe hierzu § 45 GmbHG). So weist die GmbH in der Wirtschaftspraxis ein vielfältig differenziertes Gepräge auf: von

der mittelständischen Verbindung weniger Mitunternehmer über die Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns oder das Gemeinschaftsunternehmen (joint venture) bis hin zur – immer stärker verbreiteten – „Einmann-GmbH". Die nunmehr im Rahmen des MoMiG erfolgte Deregulierung des GmbH-Rechts hat die Gestaltungsspielräume der Beteiligten erneut beträchtlich erweitert. Dies insbesondere mit dem – zwischenzeitlich weitgehend erreichten – Ziel, **die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH gegenüber dem – eher liberalen Konzept – der englischen Limited (Ltd.) zu stärken**. Dennoch waren am 1.1.2019. noch insgesamt 9.596 Rechtsformen ausländischen Rechts im Handelsregister eingetragen.[1]

Dass die ökonomische Zwecksetzung notwendig mit Rückwirkungen auf die (Organ-)Stellung des Geschäftsführers verbunden ist, liegt auf der Hand. Darüber hinaus verweist das Gesetz, was die inhaltlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des „Geschäftsführervertrags" betrifft, durchweg auf die „allgemeinen Regelungen" des bürgerlichen (Dienst-)Vertragsrechts (§§ 611 ff. BGB) und eröffnet damit erneut ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit. Gerade hier – bei der Gestaltung des Anstellungsvertrags und dessen „Verzahnung" mit den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags – besteht bei den Kontrahenten häufig eine erhebliche Unsicherheit. 7

Letztlich gilt es zu bedenken, dass die Pflichtenbindungen des Geschäftsführers keineswegs einzig in den Regelungen des GmbH-Rechts selbst gründen. Angesichts der erkennbaren „Lückenhaftigkeit" der gesetzlichen Regelung bedient sich die Rechtsprechung – je nachdem, ob es mehr den „**personalistischen**" oder eher den „**kapitalistischen**" Charakter der GmbH betrifft – zahlreicher „Anleihen" im Recht der Personengesellschaften bzw. im Recht der AG. Darüber hinaus sind die Regelungen des öffentlichen (Verwaltungs-)Rechts von erheblichem Einfluss auf die Leitungspflichten des Geschäftsführers. Dies ist offensichtlich für das Steuer- und Sozialversicherungsrecht sowie das Strafrecht, betrifft jedoch in zunehmendem Maße auch den ständig wachsenden Bestand umweltrechtlicher Normen. 8

(Einstweilen frei) 9–15

1 *Kornblum*, GmbHR 2019, S. 689 ff.

1.2 Die rechtliche Verfassung der GmbH

1.2.1 Die Rechtsnatur der GmbH

16 Die GmbH ist eine **juristische Person** (§ 13 Abs. 1 GmbHG). Sie ist folglich wie eine natürliche Person – beispielsweise ein Einzelkaufmann – selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten und rechts- und parteifähig (§ 50 ZPO). Als durch die Rechtsordnung geschaffenes „künstliches Gebilde" bedarf die GmbH zur Gewährleistung ihrer Handlungsfähigkeit dabei notwendig der Mitwirkung „natürlicher Personen", d. h. ihrer Organwalter: der Geschäftsführer. Diese führen die Geschäfte der Gesellschaft nach innen und vertreten die GmbH bei der Abgabe von Willenserklärungen, insbesondere beim Abschluss von Verträgen, gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 GmbHG). Für zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen ihrer Organmitglieder hat die GmbH gem. § 31 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit gegenüber Dritten einzustehen (vgl. Rz. 941 ff.).

17 Im Übrigen gilt es, streng zwischen den Rechten und Pflichten der GmbH und solchen der Gesellschafter bzw. der Geschäftsführer zu unterscheiden (Trennungsprinzip!). Die GmbH – nicht die Gesellschafter – ist Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens. Sie wird im Grundbuch eingetragen. Rechtsgeschäftliche Erklärungen der Geschäftsführer binden die Gesellschaft, nicht ihre Gesellschafter oder Organwalter. **Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet den Gläubigern ausschließlich das Gesellschaftsvermögen** (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Eine Haftung der Gesellschafter oder der Geschäftsführer kommt i. d. R. nicht in Betracht (zu den Ausnahmen in Form der „Durchgriffshaftung" vgl. Rz. 81 ff.). Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen bedarf es daher stets eines vollstreckbaren Titels gegen die Gesellschaft. Als juristische Person ist die GmbH gem. § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig. Sie kann (und muss) folglich unter ihrer Firma (§ 17 HGB, § 4 GmbHG) klagen und verklagt werden.

18 Die GmbH ist zudem als Handelsgesellschaft (Form-)**Kaufmann** (§ 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG). Sie unterliegt folglich unabhängig von ihrem Geschäftsgegenstand den für Kaufleute geltenden **Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs (HGB)**. Auch hierbei muss allerdings das Trennungsprinzip beachtet werden. Kaufmann ist ausschließlich die GmbH. Die Kaufmannseigenschaft erfasst weder die Gesellschafter noch die Geschäftsführer. Eine mündliche Bürgschaftserklärung, die der Geschäftsführer einer GmbH abgibt, ist folglich nur wirksam, wenn er dies im Namen der Gesellschaft tut (§ 766 BGB, §§ 350, 351 HGB), nicht wenn er sich selbst als „Privatmann" verpflichtet.

Die GmbH ist eine **Kapitalgesellschaft**. Als solche verfügt sie über einen im Gesellschaftsvertrag festgeschriebenen „Haftungsfonds“, das **Stammkapital**. Jede Änderung des Stammkapitals setzt somit notwendig eine Satzungsänderung und die Eintragung im Handelsregister voraus. Das Stammkapital (§ 5 Abs. 1 GmbHG) beträgt mindestens 25.000 €. Die im Rahmen des MoMiG ursprünglich geplante Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 € ist nicht Gesetz geworden. Das Stammkapital setzt sich zusammen aus den **Geschäftsanteilen** (früher Stammeinlagen) der Gesellschafter. Deren Nennbetrag liegt seit dem Inkrafttreten des MoMiG nur noch bei mindestens 1 €. 19

Eine Einschränkung gilt insofern für die durch das MoMiG neu eingeführte Sonderform der GmbH, die „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**“ (§ 5a GmbHG). Abweichend von § 5 Abs. 1 GmbHG liegt ihr gesetzliches Mindeststammkapital unter 25.000 € und **muss lediglich mindestens 1 € betragen**. Um die geringere Kapitalausstattung und die hieraus fließenden möglichen Gefährdungen gegenüber den – potenziellen – Gesellschaftsgläubigern in transparenter Weise zu verdeutlichen, muss die Gesellschaft in ihrer Firma zwingend die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder – abgekürzt – „UG (haftungsbeschränkt)“ tragen (§ 5a Abs. 1 GmbHG). 20

Die GmbH ist zudem als **Körperschaft** eine besondere Erscheinungsform des (wirtschaftlichen) Vereins (§§ 21 ff. BGB). Sie ist daher in ihrem Bestand unabhängig von der konkreten Zusammensetzung des Gesellschafterkreises. Der Ein- und Austritt sowie der Tod eines Gesellschafters berührt die Existenz der Gesellschaft grundsätzlich nicht. 21

Allerdings sind die kapitalistische sowie die körperschaftliche Natur der GmbH weit weniger deutlich ausgeprägt als dies bei der AG der Fall ist. Die GmbH ist anders als die Publikumsgesellschaft AG auf einen **engen, überschaubaren Gesellschafterkreis** zugeschnitten. So haben denn auch ca. 80 % der bestehenden Gesellschaften nicht mehr als zwei Gesellschafter. Über 40 % der Neuanmeldungen zu den Handelsregistern betreffen „Einmann-GmbHs“. Insofern erweist sich die GmbH in ihrer „androgynen“ Struktur letztlich als „mixtum compositum“ einer „**personalistischen Kapitalgesellschaft**“: Im Außenverhältnis juristische Person und Kapitalgesellschaft weist sie hinsichtlich ihrer „Binnenstruktur“ einen weitgehend „personalistischen“ Charakter auf. So erfolgen zwar Abstimmungen in der Gesellschafterversammlung im Regelfall mit der Mehrheit der nach der Höhe der Kapitalbeteiligung berechneten Stimmen (§ 47 Abs. 2 GmbHG), doch ist diese Regelung nicht zwingend. Vielmehr kann der Gesellschaftsvertrag – vergleichbar den gesetzlichen Vorgaben für Per- 22

sonengesellschaften (vgl. § 119 HGB) – eine „Abstimmung nach Köpfen“ sowie gegebenenfalls das Einstimmigkeitsprinzip vorsehen (§ 45 GmbHG).

23 Darüber hinaus ist im Verhältnis zur AG die Übertragung der Gesellschaftsanteile deutlich erschwert. Sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, beispielsweise der Kaufvertrag, als auch die Abtretung der Anteile (§§ 398, 413 BGB) bedürfen der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Zudem ist bei der GmbH die gem. § 15 Abs. 5 GmbHG zulässige Vinkulierung der Geschäftsanteile die Regel. Deren Übertragung bedarf folglich nach der Satzung im Allgemeinen der Genehmigung seitens der Gesellschaft bzw. der Mitgesellschafter.

24–30 *(Einstweilen frei)*

1.2.2 Der Gesellschaftsvertrag

31 Der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) ist zusammen mit den normativen Vorgaben des GmbHG die rechtliche Grundlage der Gesellschaft. Er beinhaltet zunächst die schuldrechtliche Einigung der Gründer. Insofern ist er in gewisser Hinsicht **Schuldvertrag**. So sind die Vertragsparteien gehalten, alles zu tun, damit es zur Eintragung und somit zur Entstehung der Gesellschaft als juristische Person kommt, sowie alle Maßnahmen zu unterlassen, die der Eintragung entgegenwirken. Doch weist die Bedeutung des Gesellschaftsvertrags deutlich darüber hinaus. Er ist zugleich „**Organisationsvertrag**“ und schafft somit ein neues „Zurechnungssubjekt“ von Rechten und Pflichten, **einen „Rechtsträger**“, eben **die Gesellschaft**. Dies betrifft nicht lediglich das Außenverhältnis zu den Marktpartnern (Gläubigern), sondern gilt gleichermaßen im Verhältnis zu den gegenwärtigen und künftigen Gesellschaftern. Deren Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft bestimmen sich folglich zuerst nach dem Gesellschaftsvertrag (vgl. § 45 Abs. 1 GmbHG).

32 Angesichts der körperschaftlichen Struktur der GmbH bindet der Gesellschaftsvertrag als „**Organisationsverfassung**“ der Gesellschaft nicht nur deren gegenwärtige, sondern auch die künftigen Mitglieder und Organwalter. Sie ist daher „objektiv“, d. h. aus sich heraus auszulegen. Das Ergebnis der Auslegung unterliegt seinerseits der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht.[1] Bei der Interpretation einzelner Vertragsbestimmungen darf folglich nur auf den Gesellschaftsvertrag und allgemein zugängliche Unterlagen – wie

1 BGH v. 29.1.1969, BGHZ 36, S. 296 ff.; BGHZ 63, S. 282, 290; BGHZ 106, S. 67, 71 (zum Vereinsrecht); BGHZ 123, S. 347, 350.

die Registerakten – zurückgegriffen werden.[1] Außerhalb und neben der Satzung getroffene Abreden der Gründer, die im Vertrag selbst keinen Niederschlag gefunden haben, bleiben außer Betracht. Etwas anderes gilt allenfalls bei einem Auslegungsstreit unter den Gründungsgesellschaftern, soweit noch kein Wechsel im Gesellschafterbestand stattgefunden hat.[2]

33 Der Gesellschaftsvertrag bedarf ebenso wie jede nachfolgende Änderung der **notariellen Beurkundung** (§ 2 Abs. 1, § 53 Abs. 2 GmbHG). Dies gilt auch, wenn die Gesellschafter von der gem. § 2 Abs. 1a GmbHG eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen, die Gesellschaft, sofern diese nicht mehr als drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat, unter Verwendung des in der Anlage 1 zum GmbHG enthaltenen Musterprotokolls im „vereinfachten Verfahren" zu gründen. Die im Regierungsentwurf ursprünglich vorgesehene Möglichkeit, in diesem Falle die Schriftform genügen zu lassen, ist nicht Gesetz geworden. Die zunächst umstrittene Frage, ob nach dem Inkrafttreten des MoMiG die bisherige Rechtsprechung des BGH[3] aufrecht erhalten werden kann, nach der auch eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar den gesetzlichen Anforderungen entspricht, sofern diese der deutschen gleichwertig ist, hat der II. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 17.12.2013[4] bejaht. Dies gelte jedenfalls für einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz. Dieser sei zudem berechtigt, die Gesellschafterliste zum Registergericht einzureichen.

33a Hinsichtlich der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags besteht auf Seiten der (Gründungs-)Gesellschafter bezüglich der internen Kompetenzabgrenzung, aber auch soweit es die sonstige Ausgestaltung des Binnengefüges betrifft, weitgehende Gestaltungsfreiheit. Das MoMiG vom 23.10.2008 hat im Rahmen seines Deregulierungskonzepts durch die Abschaffung bisher zwingender Vorgaben, beispielsweise hinsichtlich der (Mindest-)Stammeinlagen, die Gestaltungsmöglichkeiten nochmals erweitert. Im Gegensatz zur Rechtslage bei der AG (vgl. § 23 Abs. 5 AktG) ist die „Binnenstruktur" der GmbH nicht zwingend vorgegeben (§ 45 GmbHG). Dies betrifft insbesondere die Zuständigkeitsverteilung und Kompetenzabgrenzung zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern sowie – gegebenenfalls – weiteren Gesellschaftsorganen, also beispielsweise einem – fakultativen – Aufsichtsrat oder Beirat.

Eine Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats besteht hinsichtlich der GmbH nur unter den Voraussetzungen des DrittelbG, d. h., wenn sie i. d. R.

1 BGHZ 14, S. 25, 36 = NJW 1954, S. 1401; BGH v. 11.10.1993, ZIP 1993, S. 1709 ff., 1711.
2 BGH v.16.10.1989, WM 1990, S. 13 ff.
3 BGH v. 16.2.1981, BGHZ 80, S. 76 = ZIP 1981, S. 402.
4 BGH v. 17.12.2013, ZIP 2014, S. 317 ff.

mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG). Ist dies der Fall, so muss der Aufsichtsrat zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG) Hat die Gesellschaft mehr als 2.000 Beschäftigte, so ist gemäß dem MitbestG ein Aufsichtsrat zu bilden, der zur Hälfte aus Arbeitnehmervertretern nach Maßgabe von § 7 MitbestG besteht. Handelt es sich um kommunale Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, so ist nach den Kommunalverfassungen der Länder ebenfalls ein Aufsichtsrat einzurichten, dessen Zusammensetzung durch die Kommunalparlamente bestimmt wird.

Im Übrigen steht es den Gesellschaftern frei, die Aufgabenzuweisung zwischen den Entscheidungsebenen im Gesellschaftsvertrag den jeweiligen wirtschaftlichen und personellen Erfordernissen anzupassen und – bei Bedarf – mit satzungsändernder Mehrheit (§ 53 Abs. 2 GmbHG) zu korrigieren. Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass Satzungsänderungen vor ihrer Eintragung im Handelsregister keine Außenwirkung entfalten (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Soweit es das **Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander** oder zwischen den Organen (Geschäftsführer, Aufsichtsrat etc.) betrifft, sind die Beteiligten jedoch nach zutreffender – wenn auch nicht unbestrittener – Auffassung[1] bereits **vor der Eintragung** an die Änderung gebunden.

34 Was die gesetzlichen Mindestanforderungen an den Gesellschaftsvertrag betrifft, so beschränkt sich der Gesetzgeber auf wenige Vorgaben. Dies betrifft gem. § 3 Abs. 1 GmbHG:

- die Firma und den Sitz der Gesellschaft,
- den Gegenstand des Unternehmens,
- den Betrag des Stammkapitals sowie
- die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.

35 Hinsichtlich der Ausgestaltung der Firma (§§ 17 ff. HGB) hat sich mit dem Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22.6.1998[2] der Gestaltungsspielraum der Gesellschafter maßgeblich erweitert. Die ursprüngliche Bindung an die Ausgestaltung als Personen- oder Sachfirma gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 GmbHG a. F. ist entfallen. Nunmehr sind auch reine Fantasiebezeichnungen zulässig, sofern diese Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft besitzen (§ 18 Abs. 1 HGB) und nicht geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise

1 Vgl. *L/H/Bayer*, GmbHG § 54, Anm. 20.
2 BGBl. 1998 I S. 1474.

irrezuführen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB). An der Kennzeichnungskraft und Unterscheidbarkeit fehlt es i. d. R., wenn die Firma nur aus Ziffern und dem Rechtsformzusatz besteht.[1] Im (Eintragungs-) Verfahren vor dem Registergericht wird die Eignung zur Irreführung zudem nur insoweit berücksichtigt, wie diese ersichtlich ist, d. h. deutlich hervortritt (§ 18 Abs. 2 Satz 2 HGB). Zudem muss sich jede neue Firma von allen am selben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden (§ 30 Abs. 1 HGB). Gegebenenfalls bedarf es bei Namensgleichheit der **Aufnahme unterscheidungskräftiger Zusätze**. Hier empfiehlt es sich folglich, vor der Anmeldung der GmbH zur Eintragung im Handelsregister **die Zulässigkeit der Firma mit der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer (IHK) abzustimmen**, um so Verzögerungen im Eintragungsverfahren zu vermeiden.

36 Wichtig und von haftungsrechtlicher Relevanz ist die Bestimmung des § 4 GmbHG. Die Firma muss in **allen Fällen** die zusätzliche Bezeichnung „**mit beschränkter Haftung**“ enthalten und auch im Geschäftsverkehr so geführt werden (vgl. für die erforderlichen Angaben auf Geschäftsbriefen § 35a Abs. 1 GmbHG). Für die GmbH & Co. KG folgt eine entsprechende Offenlegungspflicht bezüglich der Haftungsverhältnisse aus § 19 Abs. 2 HGB, §§ 177a, 125a HGB. Der Hinweis auf die Haftungsbeschränkung kann auch in abgekürzter Form („**mbH**“) geschehen. Fehlt es hieran, so haftet der für die Gesellschaft auftretende Vertreter, d. h. der **Geschäftsführer** oder der **Angestellte**, der durch Weglassen des GmbH-Zusatzes den Eindruck erweckt, Firmeninhaber sei möglicherweise eine natürliche Person, welche für die Verbindlichkeiten des Unternehmens unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haftet, aus Rechtsscheingesichtspunkten dem Gläubiger neben der Gesellschaft **persönlich** für die so entstandene Verbindlichkeit,[2] und zwar auch dann, wenn aus dem Handelsregister die tatsächlichen Rechtsverhältnisse ersichtlich sind. Dies gilt selbst bei der Verwendung einer Sachfirma ohne Hinweis auf eine bestimmte Person.[3] Allerdings greift diese Rechtsscheinhaftung grundsätzlich nur bei **schriftlichen Erklärungen**, also beispielsweise bei Angaben auf **Geschäftsbriefen** oder **Bestellscheinen**. Nach der Rechtsprechung des BGH[4] sind mündliche Verlautbarun-

1 KG Berlin v. 17.5.2013, ZIP 2013, S. 1769 ff.

2 BGH v. 5.2.2007, DB 2007, S. 963 f. (zur niederländischen BV); BGH v. 15.1.1990, NJW 1990, S. 2678 f. = GmbHR 1990, S. 212; BGH v. 24.6.1991, NJW 1991, S. 2627 f. mit Anm. *Canaris;* BGH v. 5.9.2007, NJW 2007, S. 1529 ff., 1531.

3 BGH v. 24.6.1991, a. a. O., S. 2627.

4 Entscheidung v. 8.7.1996, NJW 1996, S. 2645 = ZIP 1996, S. 1511 f., 1512.

gen der Unternehmensvertreter regelmäßig nicht geeignet, eine entsprechende Einstandspflicht zu begründen.

37 Eine firmenrechtliche Besonderheit gilt zudem für die durch § 5a GmbHG eröffnete Sonderform der „Unternehmergesellschaft". Diese muss zum Schutze des Rechtsverkehrs gem. § 5a Abs. 1 GmbHG – abweichend von § 4 GmbHG – stets die Bezeichnung „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**" oder – abgekürzt – „**UG (haftungsbeschränkt**)" führen. Eine Abkürzung des Zusatzes „haftungsbeschränkt" scheidet demgegenüber aus Gründen der gebotenen Transparenz ebenso wie die Firmierung unter der Bezeichnung „GmbH" aus. Auch abweichende Abkürzungen sind unzulässig. Unterbleibt im geschäftlichen Verkehr der gebotene Rechtsformzusatz oder wird dieser falsch oder in missverständlich verkürzter Weise verwendet, so dass der Rechtsschein entsteht, es handele sich um eine „reguläre GmbH", so haftet nach der Rechtsprechung des BGH der hierfür verantwortliche Geschäftsführer oder Angestellte gegenüber einem auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten persönlich.[1] Offen gelassen hat der BGH hierbei, ob die Haftung insofern auf die Differenz zwischen dem satzungsgemäßen Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) und dem Mindeststammkapital einer GmbH begrenzt ist.[2]

38 **Statuarischer Sitz** der Gesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) ist der Ort, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Dieser muss – entsprechend § 4a GmbHG – zwingend **im Inland** liegen. Er bestimmt die örtliche Zuständigkeit des Registergerichts sowie den allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft (§ 17 ZPO). Sieht man hiervon ab, so sind die Gesellschafter in der Wahl des – tatsächlichen – **(Verwaltungs-)Sitzes** frei. Nach der Aufhebung des früheren § 4a Abs. 2 GmbHG a. F. durch das MoMiG kommt es folglich nicht mehr darauf an, ob die Gesellschaft an ihrem Satzungssitz eine Betriebsstätte bzw. ihren Verwaltungssitz unterhält oder ob sie im Inland überhaupt geschäftliche Aktivitäten entfaltet. Damit zieht der Gesetzgeber die Konsequenz aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt und ermöglicht es den Gesellschaftern, **den Sitz der Hauptverwaltung der GmbH unabhängig vom Satzungssitz festzulegen** und sich somit im Ausland – auch über die Grenzen der Europäischen Union hinaus – niederzulassen. Der in diesem Zusammenhang seitens der Rechtsprechung früher vertretenen Auffassung, wonach sich das auf die GmbH anzuwendende Recht nach ihrem – tat-

1 Vgl. hierzu BGH v. 12.6.2012, DB 2012, S. 1916 ff. Rz. 13 = NJW 2012, S. 2871.
2 BGH, a. a. O., S. 1919 Rz. 27; einschränkend: LG Düsseldorf v. 16.10.2013, ZIP 2014, S. 1174 ff.

sächlichen – Verwaltungssitz bestimmt, ist damit die rechtliche Grundlage entzogen (vgl. Rz. 40 ff.).

Im Gegenzug ist die Gesellschaft gem. § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG verpflichtet, eine **inländische Geschäftsanschrift** zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und aufrechtzuerhalten. Diese wird im Regelfalle mit der Anschrift der Hauptverwaltung übereinstimmen. Befindet sich der Sitz des Managements über eine Zweigniederlassung im Ausland, so kommt alternativ auch die Eintragung der inländischen Wohnanschrift eines Geschäftsführers oder eines Gesellschafters bzw. eines als Zustellungsbevollmächtigter eingesetzten Vertreters, beispielsweise eines Steuerberaters oder Rechtsanwalts, in Betracht. Unter dieser – nach der Eintragung auch online einsehbaren – Adresse kann an den oder die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft wirksam zugestellt werden. Gemäß § 31 HGB haben die Geschäftsführer oder Liquidatoren (§ 78 GmbHG) auch jede Änderung der Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Hierzu sind sie vom Registergericht ggf. durch Festsetzung eines Zwangsgeldes anzuhalten (§ 79 GmbHG). Im Übrigen gilt es auf Seiten der Geschäftsführer und Gesellschafter zu beachten, dass für den Fall, dass unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift eine Zustellung nicht möglich ist, die Möglichkeit einer erleichterten „öffentlichen Zustellung“ im Wege der öffentlichen Bekanntmachung eröffnet ist (§ 185 Nr. 2 ZPO). 39

Eine Verlegung des statuarischen Sitzes im Inland ist jederzeit durch **satzungsändernden Beschluss** (§ 53 GmbHG) möglich. Dieser bedarf der Eintragung in das Handelsregister. Das (Anmelde-)Verfahren bestimmt sich dabei nach § 13h HGB. Von der Verlagerung des im Gesellschaftsvertrag bestimmten – statuarischen – Sitzes ist **die tatsächliche Verlagerung der Geschäftsleitung** (Hauptverwaltung) zu unterscheiden. Diese berührt den rechtlichen Sitz des Unternehmens und damit den Gerichtsstand nicht und steht zur freien Disposition der Gesellschafter. Einer Anpassung des Gesellschaftsvertrags bedarf es in diesem Falle nicht. 40

Die Befugnis zur Verlagerung des Verwaltungssitzes schließt auch die Sitzverlegung im Wege der Gründung einer Zweigniederlassung in das europäische und außereuropäische Ausland ein. Auf den Bestand und die für das Innenverhältnis der Gesellschaft maßgebliche Rechtsordnung, insbesondere die Kompetenzen sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane, bleibt die Sitzverlegung ohne Auswirkungen. Insofern gelten weiter die Vorgaben des GmbHG sowie des Gesellschaftsvertrags, ungeachtet des Umstands, dass die Gesellschaft im Rahmen ihres rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Han- 41

delns selbstverständlich der Rechtsordnung des Gastlandes unterliegt. Den Interessen inländischer Gläubiger und sonstiger „Stakeholder" ist durch die Anmeldung und Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift im elektronischen Handelsregister (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG), unter der Zustellungen an die Vertreter der Gesellschaft bewirkt werden können, ausreichend Rechnung getragen.

42 Das Erfordernis, den **Unternehmensgegenstand** in der Satzung offenzulegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), dient einerseits der Publizität gegenüber dem Rechtsverkehr und damit den Marktpartnern der Gesellschaft, bezweckt jedoch darüber hinaus eine interne Begrenzung der Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers zum Schutze der Gesellschafter (vgl. Rz. 611 ff.). Allerdings kommt der Bindung keine Außenwirkung zu. Die in Überschreitung der durch die Satzung eingeräumten Kompetenz getätigten Rechtsgeschäfte sind im Verhältnis zu den Vertragspartnern wirksam, verpflichten den Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG jedoch ggf. zum Schadensersatz gegenüber der Gesellschaft (vgl. ausführlich Rz. 786 ff.). Die Erweiterung oder Änderung des Unternehmensgegenstandes setzt notwendig eine Satzungsänderung voraus.

43 Die Angabe des Unternehmensgegenstandes muss daher geeignet sein, die ihr zugedachte Informations- und Schutzfunktion zu erfüllen. Völlig inhaltsleere und unbestimmte Angaben (Produktion, An- und Verkauf von Waren jeglicher Art) genügen regelmäßig nicht. Stets ist eine gewisse Konkretisierung erforderlich. Entsprechend § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG ist namentlich bei Industrie- und Handelsunternehmen *„die Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt oder gehandelt werden sollen, näher anzugeben"*. Allerdings dürfen hierbei keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, um die Geschäftsentwicklung nicht durch zu enge Satzungsvorgaben zu beeinträchtigen.[1] Entsprechend empfiehlt es sich, bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrags den Unternehmensgegenstand nicht über Gebühr einzuschränken und dadurch die künftige Entwicklung der Gesellschaft an das Erfordernis einer Satzungsänderung zu binden. Entsteht die GmbH zunächst ohne einen bestimmten Verwendungszweck im Wege der sog. „**Vorrats- oder Mantelgründung**", so ist dies zwar zulässig, jedoch in der Satzung offenzulegen,[2] beispielsweise durch den Hinweis, Gegenstand des Unternehmens sei *„die Verwaltung eigenen Vermögens"* (vgl. auch Rz. 63 ff.). Fehlt es an einer ausreichenden Bestimmtheit des Unterneh-

1 OLG Frankfurt/M. v. 12.11.1986, DB 1987, S. 38; BGH v. 3.11.1980, DB 1981, S. 466 f.
2 BGH v. 16.3.1992, DB 1992, S. 1228 ff., 1230 f.

mensgegenstandes, so ist das Registergericht gem. § 9c GmbHG befugt, die Eintragung zu verweigern.

Die Höhe des Stammkapitals (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) muss grundsätzlich in einem festen Betrag in Euro angegeben sein. Das Mindeststammkapital beträgt gem. § 5 Abs. 1 GmbHG – nach wie vor – **25.000 €**. Die noch im Regierungsentwurf zum MoMiG vorgesehene Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 € ist nicht Gesetz geworden. Etwas anderes gilt nur hinsichtlich der GmbH-rechtlichen „Sonderform", der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)". Hier liegt das Mindeststammkapital **lediglich bei 1 €**. Darüber hinaus bedarf es einer Festsetzung der Zahl und der Nennbeträge der Geschäftsanteile (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt, also des Betrags, mit dem sich die Gesellschafter aus Anlass der Gründung, sei es in Form von Bar- oder Sacheinlage, an der Gesellschaft beteiligen. Der Nennbetrag eines jeden Geschäftsanteils muss dabei gem. § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG **auf volle Euro lauten**. Er beträgt folglich mindestens 1 €. Nach den Änderungen seitens des MoMiG ist es abweichend von der früheren Rechtslage zulässig, dass ein Gesellschafter im Rahmen der Gründung **mehrere Geschäftsanteile**, ggf. **zu unterschiedlichen Nennwerten**, übernimmt (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). 44

Zwar kommt seit dem 1.1.2002 die Neugründung einer GmbH nur noch im Rahmen eines in Euro festgesetzten Stammkapitals in Betracht, doch genießen „**Altgesellschaften**", die vor dem 1.1.1999 in das Handelsregister eingetragen oder zumindest bis zu diesem Zeitpunkt zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und bis zum 31.12.2001 eingetragen wurden, unter Umständen einen umfassenden Bestandsschutz. Sie dürfen ihr Stammkapital in DM auf Dauer beibehalten, ohne eine Überleitung auf den Euro durchführen zu müssen (§ 1 EGGmbHG). Eine freiwillige Umstellung auf Euro ist selbstverständlich jederzeit möglich. Allerdings entfällt der Bestandsschutz, sofern nach dem 31.12.2001 eine Änderung des Stammkapitals erfolgt. Eine Eintragung der Änderung im Handelsregister erfolgt dann nur, wenn gleichzeitig eine Umstellung auf Euro erfolgt. Bis zur Vornahme der Umstellung besteht eine zwingende **Registersperre**.[1] 45

Entscheiden sich die Gesellschafter für eine einfache Umrechnung der bisherigen DM-Beträge bezüglich des Stammkapitals und der Stammeinlagen (50.000 DM = 25.564,59 €), so handelt es sich lediglich um eine „redaktionelle" 46

1 Vgl. zum Umrechnungsverfahren und der Satzungsgestaltung ausführlich *Schneider*, NJW 1998, S. 3158 ff.; *Geyrhalter*, ZIP 1998, S. 1608 ff.

Anpassung des Gesellschaftsvertrags. Hierfür genügt ein mit **einfacher Mehrheit** gefasster Gesellschafterbeschluss. Eine notarielle Beurkundung ist – anders als im Rahmen materieller Satzungsänderungen – nicht erforderlich. Die Anmeldung zum Handelsregister kann zudem „formlos" erfolgen (§ 1 Abs. 3 EGGmbHG).

Allerdings erscheint es fraglich, ob die einfache Umrechnung der Stammeinlagen auf Dauer ein praktikabler Weg ist. Die hierdurch entstehenden „krummen" Euro-Beträge erschweren mitunter die Berechnung des Abstimmungsergebnisses in der Gesellschafterversammlung (vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG), wenn auch durch die im Rahmen des MoMiG erfolgte Änderung der §§ 5 Abs. 1 und 2, 47 Abs. 2 GmbHG und die Absenkung des Mindestnennwertes des Geschäftsanteils auf 1 € die Problematik etwas an Bedeutung verloren hat. Hier erscheint es gegebenenfalls vorzugswürdig, die Beträge – nach Möglichkeit verhältniswahrend – zu glätten. Allerdings darf hierdurch das Stammkapital nicht unter den Mindestbetrag von 25.000 € sinken. Dabei gilt es zu bedenken, dass eine „Glättung" stets eine materielle Satzungsänderung darstellt. Der zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss bedarf folglich einer „**qualifizierten Dreiviertel-Mehrheit"** sowie der notariellen Beurkundung.

47–55 *(Einstweilen frei)*

1.2.3 Die Gründung der GmbH im Überblick

56 Die GmbH kann **zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck** durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts sowie durch Personengesellschaften (oHG, KG) einschließlich der GbR[1] gegründet werden (§ 1 GmbHG). Hierfür kommen sowohl erwerbswirtschaftliche als auch ideelle, beispielsweise gemeinnützige Zwecksetzungen i. S. d. AO in Betracht. Zwar handelt es sich bezüglich der Gemeinnützigkeit um einen Begriff des Steuerrechts (vgl. §§ 51 ff. AO), doch hängt die Zuerkennung des gemeinnützigen Status nicht nur davon ab, dass die Gesellschaft tatsächlich gemeinnützige Aufgaben wahrnimmt; erforderlich ist vielmehr, dass sich die gemeinnützige Zweckbindung bereits aus der Satzung ergibt. Die Rechtsform der GmbH ist somit keineswegs auf den Betrieb eines Handelsgewerbes beschränkt. Entgegen den ursprünglich restriktiven Bestrebungen in weiten Be-

1 BGH v. 3.11.1980, DB 1981, S. 466 f., 467.

reichen des überkommenen Standesrechts der „freien Berufe“ steht die GmbH nunmehr auch (Zahn-)Ärzten[1] und Rechtsanwälten[2] offen (vgl. §§ 59c ff. BRAO).[3] Demgegenüber ist der Betrieb einer Apotheke in der Rechtsform der GmbH – nach der europarechtlich fragwürdigen Regelung des § 8 ApothekenG – zurzeit noch ausgeschlossen.[4] Gleiches gilt für das Versteigerungsgewerbe (§ 34b Abs. 3 Satz 1 GewO), Bausparkassen, Hypothekenbanken und Versicherungsgesellschaften.

57 Allerdings genügt zur Gründung der GmbH nicht der Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) zwischen den Gesellschaftern. Es bedarf vielmehr notwendig – auch hinsichtlich der Wirksamkeit nachfolgender Satzungsänderungen (§ 54 Abs. 3 GmbHG) – der **Eintragung ins Handelsregister** (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Üblicherweise unterscheidet man hinsichtlich der zeitlichen Abfolge des Gründungsprozesses zwei Abschnitte:

- den Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags und damit die „**Errichtung**“ der GmbH sowie
- die Eintragung der Gesellschaft in das zuständige Handelsregister, d. h. die „**Entstehung“** der Gesellschaft als haftungsbeschränkte juristische Person.

58 Vor der Eintragung besteht die GmbH folglich „*als solche nicht*“ (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Dies ist nun keineswegs dahingehend zu verstehen, als sei die Eintragung „**Wirksamkeitsvoraussetzung**“ bezüglich des Gesellschaftsvertrags und damit des Zusammenschlusses der Gesellschafter. Eine wirksame Gesellschaft besteht vielmehr **vom Zeitpunkt der notariellen Beurkundung** an. Diese ist auch bereits rechts- und parteifähig und damit eigenständige Trägerin von Rechten und Pflichten. Nur ist sie – jedenfalls im Außenverhältnis, also gegenüber den Gläubigern – insofern **keine „perfekte“ GmbH**, als es der Gesellschaft (noch) **am Privileg der Haftungsbeschränkung mangelt**. Bezüglich der Gesellschafter findet folglich § 13 Abs. 2 GmbHG, wonach sich die Haftung gegenüber den Gläubigern auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, somit bis zur Eintragung (noch) keine Anwendung. Vielmehr trifft die Gründungsgesellschafter – wenn auch in einer gegenüber den Personengesellschaften modifizierten Form – eine **persönliche Einstandspflicht** für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Darüber hinaus bestimmt § 11 Abs. 2 GmbHG eine weitgehende

1 BGH v. 25.11.1993, ZIP 1994, S. 381 ff.

2 So bereits frühzeitig: BayObLG v. 24.11.1994, NJW 1995, S. 199 ff.; BayObLG v. 28.8.1996, ZIP 1996, S. 1706 ff.

3 Vgl. nunmehr §§ 59c ff. BRAO; hierzu *Henssler,* NJW 1999, S. 241 ff.

4 Siehe aber jetzt zurückhaltend EuGH v. 19.5.2009, WRP 2009, S. 797 ff.

„**Handelndenhaftung**“ des **Geschäftsführers** für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aus dem Gründungsstadium (vgl. ausführlich Rz. 871 ff.).

59 Ihre Rechtfertigung findet die Versagung der Haftungsbeschränkung im Zeitraum vor der Eintragung in den zwingenden Anforderungen der GmbH-rechtlichen „Normativbestimmungen“ (vgl. insbesondere §§ 5, 7, 8, 9 ff., 19 GmbHG). Diese tragen – zumindest im Ansatz – den Geboten eines funktionalen Gläubigerschutzes Rechnung. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber knüpft die Gewährung des Haftungsprivilegs zwingend an die – zumindest partielle (vgl. § 7 Abs. 2 GmbHG) – **Aufbringung des Haftungsfonds**, d. h. des **Stammkapitals**, als rudimentäre „Seriositätsgarantie“ der Gründer. Nur um den Preis, dass die im Gesellschaftsvertrag versprochenen Einlagen *„sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden“* (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) und damit – jedenfalls potenziell – dem Zugriff der Gläubiger zur Verfügung stehen, kommt eine **Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen** in Betracht.

Die verfahrensmäßige Sicherung der Kapitalaufbringung liegt dabei in den Händen des Registergerichts. Dieses verfügt im Rahmen der gesetzlichen „Normativbestimmungen“ nach einer (formellen) Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen (vgl. § 9c GmbHG) die Registereintragung. Darüber hinaus übernimmt der **Geschäftsführer** durch seine gegenüber dem Registergericht abzugebende Versicherung (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), *„dass die in § 7 Abs. 2 und 3 bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in (seiner) freien Verfügung befindet“*, **die zivilrechtliche (§ 9a Abs. 1 GmbHG) und strafrechtliche (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) Mitverantwortung hinsichtlich der Kapitalaufbringung**.

60 Die fehlende Haftungsbeschränkung im Gründungsstadium ist dabei streng von der Frage der **Rechtsfähigkeit der Gesellschaft** zu trennen. Auch die GmbH in Gründung (künftig: Vor-GmbH oder **Vor-Gesellschaft**) kann bereits Trägerin von Rechten und Pflichten sein.[1] Sie kann unter ihrem Namen als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden,[2] ein Konto unterhalten,[3] Scheck- oder Wechselverbindlichkeiten eingehen[4] oder die Funktion einer persönlich haftenden Gesellschafterin in einer KG übernehmen.[5] Sie ist folglich in vollem Um-

1 BGH v. 14.7.1980, BGHZ 80, S. 129 ff.
2 BGH v. 2.5.1966, BGHZ 45, S. 339 ff., 348 f.; BayObLG v. 6.11.1985, DB 1986, S. 106 f.
3 BGH v. 2.5.1966, a. a. O., S. 347.
4 BGH v. 28.11.1997, ZIP 1998, S. 109 ff., 110.
5 BGH v. 14.7.1980, a. a. O., S. 132; vgl. ausführlich: *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG § 11, Anm. 32 ff.

fange rechtsfähig. Darüber hinaus kommt ihr in prozessualer Hinsicht sowohl die aktive[1] als auch die passive Parteifähigkeit[2] sowie die Insolvenzfähigkeit[3] zu. Sie kann folglich unter ihrer (künftigen) Firma vor Gericht klagen und verklagt werden und Gemeinschuldnerin eines Insolvenzverfahrens sein. All dies gilt auch, soweit es sich um eine UG (haftungsbeschränkt) handelt.

Demgegenüber bestimmt sich das „Innenverhältnis" der „Vor-Gesellschaft" oder „Vor-GmbH" bereits weitgehend nach den **Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags**. Dies gilt jedenfalls insofern, als sich die Gesellschafter bereits vor Eintragung über die **Aufnahme der Geschäfte** verständigen (vgl. Rz. 871 ff.). 61

Was die rechtliche und praktische Ausgestaltung des Gründungsverfahrens betrifft, so gilt es in systematischer Sicht zwischen der **Bar- und der Sachgründung** zu unterscheiden. Während im Rahmen der Bargründung die seitens der Gesellschafter geschuldeten Einlagen **in Geld** (nicht notwendig Bargeld, eine Gutschrift auf dem Konto der Vor-Gesellschaft genügt) aufgebracht werden, handelt es sich bei allen (Einlage-)Leistungen, **die nicht in Geld bestehen** (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 1 AktG), begrifflich um **Sacheinlagen**. Diese unterliegen einem von den Bareinlagen gesonderten Regelungsstatut einschließlich der damit verbundenen registergerichtlichen Kontrolle. Der ausschlaggebende Grund für diese „Vorsichtsmaßnahme" des Gesetzgebers liegt auf der Hand: 62

Die Frage, ob der eingebrachte Gegenstand oder das eingebrachte Recht dem Betrag der seitens des Gesellschafters geschuldeten Stammeinlage, d. h. dem Nennbetrag des Geschäftsanteils, entspricht, wirft regelmäßig erhebliche Bewertungsprobleme auf. Da die Aufbringung des Stammkapitals eine notwendige Vorbedingung hinsichtlich der normativen Haftungsbeschränkung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) darstellt (vgl. Rz. 81 ff.), kommt den gesetzlichen Regelungsmechanismen der Sachgründung im Lichte des gebotenen **Gläubigerschutzes** eine entscheidende Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat sich dabei ungeachtet der mitunter schwierigen Einzelbewertung des Einlagegegenstandes für eine streng formale Ausgestaltung der Sachgründung entschieden. Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG „müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, **im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden**". Zudem haben die Gesellschafter „*in einem **Sachgründungsbericht** die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinla-*

1 BGH v. 28.11.1997, ZIP 1998, S. 109 ff., 110.
2 BAG v. 8.11.1962, GmbHR 1963, S. 109 ff., 110.
3 BayObLG v. 23.7.1965, NJW 1965, S. 2254 ff., 2257.

gen wesentlichen Umstände darzulegen und beim Übergang eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Jahresergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre anzugeben" (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG).

63 Umstritten war lange Zeit die Zulässigkeit der **Vorrats- oder Mantelgründung** einer (Vorrats-)GmbH ohne eigenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb sowie insbesondere die nachträgliche Verwertung des so geschaffenen Rechtsträgers im Wege des **Mantelkaufs**. Entsprechende Möglichkeiten („GmbH-Mäntel") werden potenziellen Gründern seitens der Beratungspraxis vielfältig offeriert, um so den mit der (Neu-)Gründung verbundenen Zeitaufwand zu verkürzen und in der – allerdings meist trügerischen – Hoffnung, die mit einer „regulären" Gründung für die Gesellschafter und die Geschäftsführer verbundenen Haftungsrisiken nach Möglichkeit zu vermeiden. An der Zulässigkeit der Mantelgründung einer Kapitalgesellschaft bestehen heute keine Zweifel mehr, sofern der Umstand, dass die Gesellschaft (zunächst) keine wirtschaftlichen Aktivitäten entfaltet, durch eine entsprechende Verdeutlichung des Gesellschaftszwecks („Verwaltung eigenen Vermögens") **im Gesellschaftsvertrag offengelegt wird**[1] (vgl. bereits Rz. 31 ff.).

Gleiches gilt auch für die Zulässigkeit der Verwertung des „Mantels" im Wege des Verkaufs und der Übertragung der Geschäftsanteile an einen „Gründer". Ein Mantelkauf liegt vor, wenn eine Vorrats-GmbH **ohne eigenen Geschäftsbetrieb** durch Kauf der Gesellschaftsanteile seitens des „Gründers" erworben wird, um die Gesellschaft – im Regelfall im Anschluss an eine Satzungsänderung – einer neuen, nunmehr werbenden Tätigkeit zuzuführen. Auf diese Weise ist es möglich, das zeitaufwendige und mit Risiken befrachtete Verfahren einer Neugründung zu vermeiden und die Geschäftstätigkeit – unabhängig von der – früher langwierigen – Prüfung seitens des Registergerichts und der Eintragung im Handelsregister – unmittelbar zu beginnen.

64 Grundsätzlich ist eine solche Vorgehensweise zulässig. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken[2] überzeugen nicht. Allerdings finden auf die Verwertung des Mantels einer auf Vorrat gegründeten GmbH nach der – nunmehr bestätigten – Rechtsprechung des BGH die der Sicherung der Kapitalausstattung dienenden **Gründungsvorschriften des GmbHG** einschließlich der mit der Gründung verbundenen registerrechtlichen Kontrolle **entsprechende Anwendung**.[3] Gleiches gilt erst recht dort, wo es um die „Wiederverwendung" des

1 BGH v. 16.3.1992, DB 1992, S. 1228 ff.
2 Zutreffend: OLG Frankfurt/M. v. 14.5.1991, DB 1991, S. 2328.
3 BGH v. 9.12.2002, BGHZ 153, S. 158 = NJW 2003, S. 892.

„gebrauchten Mantels“ einer früher tätigen, jetzt aber unternehmenslosen GmbH im Rahmen der Einbringung eines neuen Geschäftsbetriebs zu tun ist.[1] Der GmbH-Geschäftsführer hat folglich bei der Anmeldung der Satzungsänderung der „aktivierten“ oder „reaktivierten“ Gesellschaft entsprechend § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistung sich **(weiterhin oder wieder) in seiner freien Verfügung befindet**. Hierfür hat er auch haftungsrechtlich gem. § 9a Abs. 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft einzustehen.

Handelt es sich um einen „gebrauchten“ GmbH-Mantel, so ist dieser Umstand gegenüber dem Registergericht offenzulegen. Darüber hinaus trifft die Gesellschafter bei der Aktivierung einer Vorratsgesellschaft ebenso wie bei der Verwertung eines gebrauchten GmbH-Mantels, vergleichbar einer Neugründung (vgl. Rz. 871 ff.), eine auf den **Stichtag der Offenlegung** gegenüber dem Registergericht bezogene **Unterbilanzhaftung.**[2] Zudem kommt auch eine persönliche **Handelndenhaftung des Geschäftsführers** gem. § 11 Abs. 2 GmbHG (s. Rz. 871 ff.) in Betracht, wenn dieser vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufnimmt, ohne dass alle Gesellschafter zustimmen.[3]

(Einstweilen frei) 65–70

1.2.4 Die Organe der GmbH

Das GmbHG sieht nur zwei zwingende Organe der Gesellschaft vor: den Geschäftsführer sowie die **Gesellschafter(-Versammlung)**. Die Bildung eines **Aufsichtsrats** ist demgegenüber in das Ermessen der (Gründungs-)Gesellschafter gestellt (§ 52 GmbHG). Anders verhält es sich lediglich bei mitbestimmten Gesellschaften gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG. Anstelle eines Aufsichtsrats besteht nach näherer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags auch die Möglichkeit, einen **Beirat** einzusetzen. Funktion und Aufgabenstellung von Aufsichtsrat oder Beirat und ihre Kompetenzabgrenzung zu den „Pflichtorganen“ bestimmen sich – mangels gesetzlicher Vorgaben – weitgehend nach dem Gesellschaftsvertrag (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG). 71

Abweichend von AG und eG kennt das GmbHG – von den Regelungen der Mitbestimmung abgesehen – keinen obligatorischen Aufsichtsrat. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Bildung eines Aufsichtsrats vorsehen. Was 72

1 BGH v. 7.7.2003, BGHZ 155, S. 318 = NJW 2003, S. 3198.
2 BGH v. 6.3.2012, GmbHR 2012, S. 630 ff. mit Anm. *Giedingshagen/Rulf*.
3 BGH v. 7.7.2003, BGHZ 155, S. 318 = NJW 2003, S. 3198.

die satzungsrechtliche Kompetenz dieses **„fakultativen" Aufsichtsrats** betrifft, so bestehen im Lichte des Gesellschaftsrechts erhebliche Gestaltungsspielräume. Nur soweit die Satzung keine abweichende Regelung enthält, gelangen zum Teil die Kompetenzvorgaben des Aktienrechts zur Anwendung (vgl. § 52 Abs. 1 GmbH). Es steht daher weitgehend im Ermessen der Gesellschafter, im Rahmen der Satzungsgestaltung die Zuständigkeit und die Mitwirkungsbefugnis des Aufsichtsrats im Vergleich zum aktienrechtlichen Referenzmodell zu erweitern oder zu verengen. Folglich ist es im Rahmen einer Satzungsregelung möglich, den Geschäftsführer an Weisungen des Aufsichtsrats zu binden oder einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen von der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).

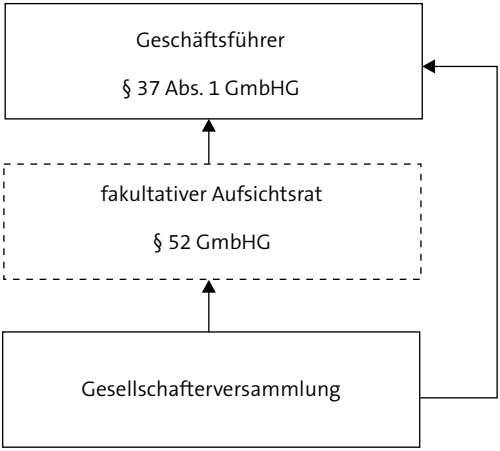
Allerdings besteht Einigkeit, dass die Sachkompetenz des Aufsichtsrats entsprechend § 111 Abs. 1 AktG – zwingend und unabdingbar – die **Überwachung der Geschäftsführer** umfasst. Dies folgt notwendig aus der mit der Einrichtung des Kontrollorgans verbundenen – mittelbaren – Gewährsübernahme gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Die entsprechende Verlautbarung der Satzung schafft im Rahmen der Registerpublizität einen Vertrauenstatbestand, dem seitens der Gesellschafter angemessen Rechnung zu tragen ist. Wird den Mitgliedern des Aufsichtsrats im Rahmen der statuarischen Begründung ihrer Organstellung zugleich die Überwachungsfunktion entzogen, so stellt sich die entsprechende Satzungsbestimmung insofern regelmäßig als **rechtsmissbräuchlich** dar (§ 242 BGB).

73 Im Übrigen unterscheidet sich die Organverfassung der GmbH deutlich von den Vorgaben des AktG sowie des Genossenschaftsgesetzes (GenG), und dies gleich in zweifacher Hinsicht: So leitet der Vorstand der AG ebenso wie derjenige der Genossenschaft die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG; § 27 Abs. 1 GenG). Weder der Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG) noch die Hauptversammlung (§ 119 Abs. 2 AktG) sind befugt, dem Vorstand bezüglich der Geschäftsführung der AG Weisung zu erteilen. Dies gilt im Kern auch für die Genossenschaft im Verhältnis von Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung. Diese Kompetenzverteilung ist zudem „satzungsfest" und kann folglich in der Satzung nicht abweichend ausgestaltet werden (vgl. für die AG: § 23 Abs. 5 AktG; für die eG: § 18 Satz 2 GenG).

74 **Demgegenüber sind die Geschäftsführer der GmbH nach dem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bzw. die Weisungen des Alleingesellschafters gebunden** (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Ihnen fehlt damit – von Ausnahmen abgesehen – ein gesetzlich verbürgter Bereich eigenständiger, d. h. weisungsunabhängiger Leitungsautonomie. Allerdings ist

diese Vorgabe nicht zwingend; **die Organkompetenz kann vielmehr im Gesellschaftsvertrag abweichend ausgestaltet werden (§ 45 GmbHG).** So ist es durchaus möglich, die Stellung des Geschäftsführers durch Satzungsregelung derjenigen des Aktienvorstandes anzunähern oder gar darüber hinaus zu verstärken. Gerade diese Flexibilität im Innenverhältnis der Organe zueinander prägt die Wettbewerbsvorteile der GmbH im Bereich kleiner und mittelständischer Unternehmen.

Leitungsstruktur der GmbH 75



(Einstweilen frei) 76–80

1.2.5 Die Kapitalaufbringung bei der GmbH

Literatur: *Keßler,* Die Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter wegen „existenzgefährdender" Eingriffe – Zur dogmatischen Konzeption des Gläubigerschutzes in der GmbH, GmbHR 2002, S. 945 ff.; *Bormann*, Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, S. 897 ff.; *Hölzle*, Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB – Alte Haftung in neuem Gewand?, DZWIR 2007, S. 397 ff.; *Hölzle*, Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, S. 729 ff.; *Jakob*, Konzeption der Existenzvernichtungshaftung vor dem Hintergrund des MoMiG-Entwurfs, GmbHR 2007, S. 796 ff.; *Schaefer/Steinmetz*, Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff, WM 2007, S. 2265 ff.; *Wellwer*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, S. 1681 ff.; *Wirsch*, Die Legalisierung verdeckter Sacheinlagen – Das Ende der präventiven Wertkontrolle?, GmbHR 2007, S. 736 ff.; *Habersack*, Trihotel – Das Ende der Debatte? Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht, ZGR 2008, S. 533 ff.; *Herrler*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG – Verdeckte Sacheinlagen und Hin- und Herzah-

len, DB 2008, S. 2347 ff.; *Pape*, Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, S. 1949 ff.; *K. Schmidt*, GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? – Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2008, S. 449 ff.; *Schall*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, ZGR 2009, S. 126 ff.; *Theusinger*, Barkapitalerhöhung im Cash-Pool nach MoMiG, NZG 2009, S. 1017; *Ulmer*, Die „Anrechnung" (MoMiG) des Wertes verdeckter Sacheinlagen auf die Bareinlagenforderung der GmbH, ZIP 2009, S. 293 ff.; *Wirsch*, Kapitalaufbringung und Cash Poll in der GmbH, 2009; *Wachter*, Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2010, S. 1240; *Ekkenga*, Vom Umgang mit überwertigen Sacheinlagen im Allgemeinen und mit gemischten (verdeckten) Sacheinlagen im Besonderen, ZIP 2013, S. 541 ff.

81 Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet deren Gläubigern ausschließlich das (gesamte) Gesellschaftsvermögen. Insofern trifft die Gesellschaft selbst gerade mehr als eine nur „beschränkte Haftung". Demgegenüber scheidet eine Haftung der Gesellschafter oder der Geschäftsführer im Regelfall aus (§ 13 Abs. 2 GmbHG; vgl. Rz. 16 ff.; zur sog. „**Durchgriffshaftung**" vgl. Rz. 85 ff.). Um die Gläubiger, d. h. die Kreditgeber, Lieferanten und Arbeitnehmer der Gesellschaft, nicht rechtlos zu stellen, obliegt es folglich den (zwingenden) Bestimmungen der GmbH-Finanzverfassung, dafür Sorge zu tragen, dass der seitens des Gesetzgebers vorgeschriebene „**Haftungsfonds**", d. h. das Stammkapital, von den Gesellschaftern tatsächlich **aufgebracht wird**. Die Gesellschaft soll im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (§ 5 Abs. 1 GmbHG) – zumindest im Zeitpunkt ihrer Eintragung – über eine Mindestausstattung mit Eigenmitteln (Eigenkapital) in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals verfügen.

82 Zwar handelt es sich hinsichtlich des gesetzlich vorgeschriebenen „Mindeststammkapitals" von 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) angesichts des tatsächlichen Finanzbedarfs einer werbenden Gesellschaft und der Einstandspflichten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern meist nur um eine „*quantité négligeable*", welche – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – nicht annähernd geeignet ist, die möglichen Haftungsrisiken auch nur rudimentär abzudecken. Doch stellt die Verpflichtung der Gesellschafter zur Kapitalaufbringung als finanzielle „Zugangsschranke" zumindest eine gewisse „**Seriositätsgarantie**" zugunsten des Rechtsverkehrs dar. Hier galt es folglich seitens des Gesetzgebers bei der Festsetzung der Kapitalausstattung zwischen den **Belangen des Verkehrsschutzes** einerseits und dem **Zugang zu einer haftungsbeschränkenden Rechtsform auch und gerade für kleinere und mittlere Unternehmen** andererseits abzuwägen. Im Interesse der Reputation der GmbH hat der Gesetzgeber im Rahmen des MoMiG folglich zu Recht davon abgesehen, das Mindeststammkapital – wie noch im Regierungsentwurf vorgesehen – auf 10.000 €

abzusenken. Zugleich stellt er mit der „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**“ eine Sonderform der GmbH, insbesondere für Existenzgründer und für Dienstleistungsunternehmen mit geringem Kapitalbedarf, zur Verfügung, welche die finanziellen Zugangsschwellen deutlich absenkt und zugleich durch ihre Firmierung in transparenter Weise den Belangen der potenziellen Vertragspartner an einer Offenlegung der abweichenden Finanzausstattung Rechnung trägt.

83 So sichern die umfassenden Bestimmungen des Gründungsrechts im Wesentlichen die **Kapitalaufbringung** zugunsten des „Garantiefonds“. Dies gilt insbesondere für die detaillierte Regelung der „**Sachgründung**“ (vgl. §§ 5 Abs. 4; 7 Abs. 3; 8 Abs. 1 Nr. 5; 19 Abs. 4 GmbHG), also jene Fallgestaltungen, bei denen das Stammkapital **nicht in Form von Geldeinlagen** aufgebracht wird. Hier ergeben sich – im Lichte des gebotenen Gläubigerschutzes – mitunter erhebliche Bewertungsprobleme. Letztlich dient auch das „Eintragungserfordernis“ (vgl. Rz. 56 ff.) der Sicherung des „Haftungsfonds“, obliegt doch dem Registergericht maßgeblich die Aufgabe, zumindest in formaler Sicht die **Aufbringung des Stammkapitals** zu überwachen (§ 9c GmbHG). Allerdings hat das MoMiG im Interesse einer beschleunigten Eintragung des Gründungsvorgangs die ursprüngliche „Prüfungsdichte“ insofern abgesenkt, als gem. § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine Ablehnung der Eintragung seitens des Registergerichts nur noch in Betracht kommt, wenn Sacheinlagen **„nicht unwesentlich“** überbewertet worden sind. Im Übrigen ist es **Aufgabe des Geschäftsführers**, durch eine entsprechende „Versicherung“ gegenüber dem Registergericht die Ordnungsmäßigkeit und Vollständigkeit der Kapitalaufbringung – mit entsprechenden haftungs- und strafrechtlichen Konsequenzen (§§ 9a; 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) – zu bestätigen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

84 Das Mindeststammkapital beträgt somit gem. § 5 Abs. 1 GmbHG nach wie vor **25.000 €**. Eine weitergehende Verpflichtung der Gesellschafter, die Gesellschaft über die gesetzlichen Vorgaben hinaus mit angemessenen Eigenmitteln auszustatten oder im Laufe der Geschäftstätigkeit „verlorenes“ Eigenkapital auszugleichen, besteht **nicht**. Die GmbH kennt gerade **keine gesetzliche „Nachschusspflicht**“ der Gesellschafter im Innenverhältnis. Eine solche kann allerdings im Gesellschaftsvertrag als „beschränkte“ oder „unbeschränkte“ Nachschusspflicht vereinbart werden (§ 26 GmbHG). Sieht die Satzung eine entsprechende Regelung vor, so sind die Anteilseigner nach einem entsprechenden „Einforderungsbeschluss“ der Gesellschafterversammlung[1] verpflich-

1 RG v. 1.2.1909, RGZ 70, S. 330.

tet, die nunmehr fälligen Nachschüsse an die Gesellschaft zu leisten. Allerdings können sie sich im Falle der unbeschränkten Nachschusspflicht durch „Preisgabe“ (Abandon) ihres Geschäftsanteils von der Leistungspflicht befreien (§ 27 GmbHG). Dennoch kommt der Begründung einer satzungsgemäßen Nachschusspflicht in der Praxis nur geringe Bedeutung zu; geht hierdurch doch – aus Sicht der Gesellschafter – ein wesentlicher Vorteil der GmbH – der von Anfang an beschränkte Haftungsbeitrag – zumindest teilweise verloren.

85 Eine weitergehende Verpflichtung der Gesellschafter zur Kapitalausstattung ihrer GmbH kann sich – nach zum Teil vertretener Auffassung – in engen Grenzen (ausnahmsweise!) unter dem Aspekt der „**materiellen Unterkapitalisierung**“ ergeben. Eine solche liegt vor, wenn die Höhe des Eigenkapitals gemessen am Tätigkeitsbereich der GmbH und den hieraus folgenden Haftungsrisiken völlig unzureichend ist, die vorhandenen Mittel – seien dies auch Gesellschafterdarlehen oder sonstige „Kapitalersatzleistungen“ (vgl. Rz. 161 ff.) – somit bereits im Ansatz eine angemessene Berücksichtigung der Gläubigerinteressen vermissen lassen. Fehlt es im Lichte dieser Vorgaben an einer hinreichenden Kapitalausstattung der GmbH, so trifft die Gesellschafter nach verbreiteter Auffassung in Durchbrechung des „Trennungsgrundsatzes“ (§ 13 Abs. 2 GmbHG) eine unbeschränkte Außenhaftung (**Durchgriffshaftung**) für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Sie haften folglich wie die persönlich haftenden Gesellschafter einer oHG oder KG mit ihrem Privatvermögen. Nach dieser Auffassung kommt es alleine auf das „objektive“ Missverhältnis zwischen Unternehmensrisiko und Kapitalausstattung an, ein weitergehendes „Verschulden“ der Gesellschafter ist nach überwiegender Auffassung nicht erforderlich.[1]

86 Allerdings bestehen gegenüber dieser Rechtsansicht durchgreifende Bedenken. So fehlt es bisher an betriebswirtschaftlich und juristisch operationalen Kriterien zur Feststellung einer „Unterkapitalisierung“. Eine normative Verpflichtung der Gesellschafter zur **Erhaltung des Stammkapitals** in Höhe der für die Gründung vorgegebenen Mindestkapitalausstattung besteht – wie die vorstehenden Erörterungen zur Nachschusspflicht zeigen – gerade nicht. Entsprechend hat der Gesetzgeber auch im Rahmen des MoMiG bewusst darauf verzichtet, den Gesellschaftern die „**angemessene“ Ausstattung** ihrer Gesellschaft mit Eigenkapital vorzugeben. Vielmehr galt es – wie die Inauguration der „Unternehmergesellschaft“ (haftungsbeschränkt) zeigt –, im Interesse kleiner und

1 BSG v. 7.12.1983, NJW 1984, S. 2117, 2118 f.; s. zuletzt: OLG Naumburg v. 9.4.2008, DB 2008, S. 2300 ff.; zu Recht kritisch: *R/A/Altmeppen,* GmbHG § 13, Anm. 107 ff.

mittelständischer Unternehmen den Zugang zur GmbH durch eine Absenkung **der „Mindestkapitalschwelle“** zu erleichtern.

Der II. Zivilsenat des BGH hat daher – unter ausdrücklichem Bezug auf den Entwurf des MoMiG – einen auf die „objektive“ Unterkapitalisierung der Gesellschaft gestützten Haftungsdurchgriff zulasten der Gesellschafter nunmehr mit überzeugenden Gründen deutlich abgelehnt.[1] Nach der gesetzlichen Ausgestaltung der GmbH wäre eine über die Aufbringung des gesetzlichen Mindeststammkapitals von 25.000 € hinausgehende sowie eine auch die Aufrechterhaltung einer entsprechenden Kapitalausstattung umfassende „Finanzausstattungspflicht“ der Gesellschafter systemwidrig und würde letztlich die GmbH als Gesellschaftsform selbst in Frage stellen. **Das GmbHG wolle nicht die Lebensfähigkeit einer jeden GmbH sicherstellen, sondern nur einen generellen Mindestschutz der Gläubiger gewähren.** Vorzugswürdig sei somit allenfalls der Ansatz einer „**subjektiven Durchgriffslehre**“ im Rahmen der deliktsrechtlichen Generalklausel des § 826 BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung gläubigerbezogener Verkehrspflichten.[2] Zwar setzt die Haftung gem. § 826 BGB grundsätzlich Vorsatz voraus, doch genügt insofern bedingt vorsätzliches Handeln. Es reicht folglich aus, wenn die Gesellschafter durch die unzureichende Kapitalausstattung der GmbH im Zeitpunkt der Begründung des Schuldverhältnisses die – sich deutlich abzeichnende – Schädigung einzelner Gläubiger zwar nicht beabsichtigen, diese jedoch billigend in Kauf nehmen.

87 Ein Haftungsdurchgriff zulasten der Gesellschafter kann sich im Übrigen auch dort ergeben, wo diese in schädigender Weise auf das Haftungssubstrat Gesellschaft einwirken und diese dadurch in ihrem Bestand gefährden.[3] Zwar sind im Recht der GmbH – anders als im Rahmen der Vorgaben des Aktien- und Genossenschaftsrechts (vgl. §§ 57, 311 AktG) – Beeinträchtigungen des Gesellschaftsvermögens seitens der Gesellschafter nicht generell untersagt,[4] jedoch gilt dies nur soweit, wie hierdurch die **Existenz der Gesellschaft** und damit deren Fähigkeit, **die Forderungen ihrer Gläubiger zu erfüllen**, nicht spürbar beeinträchtigt wird. Beabsichtigen die Gesellschafter, die GmbH zu liquidieren, so steht ihnen hierfür ausschließlich das Liquidationsverfahren gem. §§ 66 ff. GmbHG oder das Insolvenzverfahren zur Verfügung. Es geht folglich nicht an,

1 BGH v. 28.4.2008, ZIP 2008, S. 1232 = DB 2008, S. 1423 ff, BGHZ 176, S. 204., hierzu: *Altmeppen*, ZIP 2008, S. 1201 ff.; *Heeg/Kehbel*, DB 2008, S. 1787 ff.

2 Siehe hierzu auch: OLG Naumburg v. 9.4.2008, DB 2008, S. 2300 ff.

3 BGH v. 17.9.2001, BGHZ 149, S. 10, 16 = GmbHR 2001, S. 1036 ff. „Bremer Vulkan“.

4 OLG Frankfurt/M. v. 7.2.1997, ZIP 1997, S. 199 f.

die Gesellschaft **durch Entzug unabdingbarer Ressourcen** ihrer Lebensfähigkeit zu berauben und das hieraus folgende Ausfallrisiko einseitig den Gesellschaftsgläubigern zuzuordnen, so dass diesen letztlich nur noch die „leere Hülle" der Gesellschaft als Vollstreckungsobjekt verbleibt. Allerdings folgt hieraus nicht die unmittelbare persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

88 *(Einstweilen frei)*

89 Mit seiner Grundsatzentscheidung vom 16.7.2007[1] hat der BGH die Haftung der Gesellschafter bei „existenzvernichtenden Eingriffen" vielmehr zutreffend als deliktsrechtliche „Innenhaftung" gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet. Gemäß § 826 BGB **seien diese in Höhe des durch den Eingriff in kausaler Weise entstandenen Vermögensnachteils zum Schadensausgleich verpflichtet.** Im Interesse einer **gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger** sei der Anspruch grundsätzlich **seitens des Insolvenzverwalters** geltend zu machen. Eine unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kommt demnach nur insofern in Betracht, wie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse gem. § 26 Abs. 1 InsO seitens des Gerichts abgelehnt wird. Hier wäre es unverhältnismäßig und praktisch kaum durchführbar, die Gläubiger zunächst auf die Pfändung und Überweisung der Innenhaftungsansprüche der – insolventen und weitgehend vermögenslosen – Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zu verweisen. Hier sollten folglich die seitens der Rechtsprechung für die Gründerhaftung entwickelten Regeln[2] entsprechende Anwendung finden (vgl. Rz. 871 ff.).

90 Sieht man von der „**Existenzvernichtungshaftung**" ab, so fordert die Anerkennung der „normativen Haftungstrennung" zwischen der Gesellschaft und dem Privatvermögen der Gesellschafter auch von Seiten der Anteilseigner eine **klare Trennung der Vermögenssphären**. Wird durch eine unrichtige oder unvollständige Buchführung die Zuordnung einzelner Vermögensgegenstände zum Gesellschafts- oder Privatvermögen des Gesellschafters unmöglich gemacht, so versagen letztlich die Kapitalerhaltungsvorschriften. Dies kann es im Einzelfall rechtfertigen, den Gesellschaftsgläubigern neben dem nicht mehr gesicherten Haftungsfonds den **Zugriff auf das Privatvermögen** der hierfür verant-

1 BGHZ 173, S. 246 ff. = DB 2007, S. 1802 ff. = ZIP 2007, S. 1552; s. jetzt auch BGH v. 9.2.2009, ZIP 2009, S. 802 ff.

2 BGH v. 21.1.1997, BGHZ 134, S. 333 ff. = NJW 1997, S. 1507; s. auch: *Habersack*, ZGR 2008, S. 533 ff., 548.

wortlichen Gesellschafter zu eröffnen.[1] Dies gilt jedoch nur für solche (Mehrheits-)Gesellschafter, denen aufgrund ihrer Beteiligung ein maßgeblicher Einfluss auf die Gesellschaftsangelegenheiten zukommt.

91 Wie bereits angesprochen (vgl. Rz. 56 ff.), ist hinsichtlich des Gründungsverfahrens der GmbH und der hierbei anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen deutlich zwischen Bar- und Sachgründung zu unterscheiden, je nach der Art und Weise, in welcher die Gesellschafter ihre Stammeinlagen erbringen. Eine Sacheinlage liegt entsprechend § 27 Abs. 1 Satz 1 AktG dabei insoweit vor, wie die Gesellschafter ihrer Einlageverpflichtung **nicht durch Einzahlung des Nennbetrages ihrer Geschäftsanteile** (§ 5 Abs. 2 GmbHG) nachkommen. Entsprechend §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 14, 19 GmbHG sind die Gesellschafter nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags verpflichtet, die vertraglich festgesetzte Zahl von Geschäftsanteilen zu übernehmen und die dem Nennbetrag entsprechenden Einlagen zu leisten (Stammeinlagen). Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen (§ 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG). Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG muss der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten. Die zwingende Untergrenze des Nennbetrags eines Geschäftsanteils beträgt folglich 1 €; eine Begrenzung der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit nach oben besteht demgegenüber nicht. Für die jeweiligen Gesellschafter kann dabei die Höhe der Stammeinlage verschieden bestimmt werden (§ 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Infolge der Neuregelung seitens des MoMiG sind die Gesellschafter nunmehr zudem – abweichend vom früheren Rechtszustand – befugt, bereits im Zeitpunkt der Gründung mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen.

91a Die Sicherung der Aufbringung der Stammeinlagen und damit des Stammkapitals stellt das tragende Element des normativen Gläubigerschutzes im System der GmbH dar. Die Gewährleistung des Haftungsfonds erweist sich darüber hinaus als materielle Rechtfertigung des Haftungsprivilegs (§ 13 Abs. 2 GmbHG) gegenüber den Gläubigern. Dies gebietet es seitens des Gesetzgebers sowie der Rechtsprechung durch entsprechende Vorkehrungen sicherzustellen, dass der Gesellschaft die mit der Übernahme der Geschäftsanteile verbundenen Einlagen der Gesellschafter **tatsächlich in Höhe des jeweiligen Nennbetrags zufließen** und so als Haftungsfonds zugunsten der Gläubiger zur Verfügung stehen. Aus dem hier zu Tage tretenden Grundsatz der „**realen Eigenkapitalaufbringung**“ folgt zunächst das zwingende **Verbot einer „Unterpari-Emission**“: Zu einem geringeren Betrag als dem satzungsmäßigen Nennbetrag

1 BGH v. 16.9.1985, BGHZ 95, S. 330 ff., 333 f.; BGH v. 13.4.1994, NJW 1994, S. 1801 ff., 1802.

kommt die Übernahme eines Geschäftsanteils folglich nicht in Betracht. Demgegenüber kann die Satzung vorsehen, dass die Gründer für ihren Geschäftsanteil zusätzlich ein die Stammeinlage überschreitendes „Aufgeld" (Agio) zu zahlen haben. Von der Verpflichtung zur Leistung ihrer Einlage können die Gesellschafter dabei weder ganz noch teilweise befreit werden (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

92 Allerdings müssen im Rahmen der **Bargründung** die aus den Geschäftsanteilen folgenden Zahlungspflichten der Gründer vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister **nicht in voller Höhe** erfüllt werden. Die Gesellschafter sind lediglich zur Leistung der „**Pflichteinlagen**" verpflichtet. Diese betragen jeweils ein Viertel des Nennbetrags des Geschäftsanteils (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), also bei einem Nennbetrag des Geschäftsanteils von 100 € mindestens 25 €. Der hierdurch erbrachte Gesamtbetrag muss mindestens die Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals (§ 5 Abs. 1 GmbHG), d. h. 12.500 € betragen (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Beide Bedingungen müssen stets **kumulativ erfüllt** sein (§ 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG). Es müssen folglich auch bei der – weit verbreiteten – 25.000 €-GmbH Mindesteinzahlungen auf die Geschäftsanteile im Wert von 12.500 € erbracht werden.

Andererseits kann auch eine Gesellschaft mit bis zu 50.000 € Stammkapital mit Pflichteinlagen im Gesamtwert von 12.500 € errichtet werden, da auch hier die Anmeldevoraussetzungen erfüllt sind. Über die Einforderung der über die Pflichteinlagen hinausgehenden Einlagen entscheiden die Gesellschafter – mangels einer entgegenstehenden Regelung des Gesellschaftsvertrags – durch (Mehrheits-)Beschluss (§ 46 Nr. 2 GmbHG). Erfolgt die Einforderung in der Insolvenz seitens des Insolvenzverwalters, so ist allerdings ein Beschluss entbehrlich. Der Verwalter ist folglich stets berechtigt, ausstehende Einlagen – unter Einschluss eines Agios – einzufordern und diese damit fällig zu stellen.[1]

Nach der durch das „*Gesetz zur Anpassung der Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*" vom 9.12.2004[2] eingefügten Regelung des § 19 Abs. 6 Satz 1 GmbHG verjährt der Anspruch auf Leistung der Einlagen in zehn Jahren von seiner Entstehung an. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist insoweit eine entsprechende Satzungsregelung oder der Beschluss der Gesellschafterversammlung, mit dem die Einlageforderung fällig gestellt wurde.[3] Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesell-

1 BGH v. 15.10.2007, DB 2007, S. 2826 ff., 2827; OLG Jena v. 8.6.2007, DB 2007, S. 1581 ff.
2 BGBl 2014 I S. 3214.
3 *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG § 19, Anm. 13 a. E.

schaft eröffnet, so tritt die Verjährung – sofern sie noch nicht erfolgt ist – nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Eröffnung ein (§ 19 Abs. 6 Satz 2 GmbHG).

93 Die **Beweislast** für die Leistung der Einlagen trifft in jedem Falle **den Gesellschafter,** der sich auf die Erfüllung seiner Einlagepflicht beruft. Erforderlich ist in aller Regel die Vorlage von Kontoauszügen und/oder Überweisungsbelegen. Dies gilt selbst dann, wenn zwischen der Leistung der Einlage und der Forderung des Nachweises ein längerer Zeitraum liegt.[1] Nur bei extrem langen Zeiträumen von 20 Jahren und mehr kommt ggf. Beweiserleichterung zugunsten des Gesellschafters in Betracht, wenn und soweit sich dieser erfolglos bemüht hat, entsprechende Belege zu erhalten.[2] Bei unstreitiger oder bewiesener Einlageleistung auf ein Konto der Gesellschaft ist regelmäßig von der Erfüllung der Einlagepflicht auszugehen, solange nicht der Insolvenzverwalter anhand konkreter Anhaltspunkte darlegt, dass die Gesellschaft daran gehindert war, über den eingezahlten Betrag zu verfügen. Kommt dieser seiner Vortragslast nach, so verbleibt die Beweislast bei dem Gesellschafter.[3]

94 Handelt es sich um eine „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt**)“, so sind – abweichend von dieser Regelung – das Stammkapital und damit die Nennbeträge der Geschäftsanteile gem. § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG vor der Anmeldung **in voller Höhe einzuzahlen**. Sacheinlagen sind demgegenüber zwingend ausgeschlossen (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

95 **Sacheinlagen** sind vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister stets vollständig zu leisten (vgl. Rz. 100 ff.). Erfüllt der Gesellschafter seine Einlageverpflichtung zum Teil durch Bar-, zum anderen Teil durch Sacheinlagen (sog. gemischte Einlage), so ist die Sacheinlage vor der Anmeldung vollständig, die verbleibende Bareinlage zu einem Viertel zu leisten. Ist der Gesellschafter neben der Einlage zur Zahlung eines „Aufgeldes“ (Agio) verpflichtet, so bestimmt sich dessen Fälligkeit nicht nach § 7 Abs. 2 GmbHG, sondern alleine nach dem Gesellschaftsvertrag.

BEISPIEL: Nennwert des Geschäftsanteils: 12.500 €, Wert der Sacheinlage: 2.500 €, verbleibende Bareinlage 10.000 € = Pflichteinlage (ein Viertel): 2.500 €.

96 Die **Bareinlagen sind stets in Geld zu erbringen**, und zwar so, „dass sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen“ (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Dem steht die **Gutschrift auf einem Konto der Vor-Gesellschaft** oder einem

1 BGH v. 17.9.2013, ZIP 2014, S. 261 ff.; s. a. OLG Hamm v. 16.4.2013, ZIP 2013, S. 2258 f.
2 Vgl. OLG Brandenburg v. 5.4.2006, DB 2006, S. 996 ff., 997.
3 BGH v. 17.9.2013, ZIP 2014, S. 261 ff., 262.

Treuhandkonto des Geschäftsführers gleich. An der „freien Verfügung" fehlt es notwendig, wenn der auf die Einlage geleistete Betrag – beispielsweise zum Erwerb eines Vermögensgegenstandes – aufgrund einer zuvor getroffenen Abrede an **den Gesellschafter zurückfließt**.[1] Ein Erlass scheidet gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ebenso wie eine Aufrechnung seitens des Einlageschuldners grundsätzlich aus.[2] Eine Aufrechnung gegenüber der Einlageforderung der Gesellschaft mit einer Forderung des Gesellschafters aus der Überlassung, beispielsweise dem Verkauf oder der Verpachtung von Vermögensgegenständen, kommt demgegenüber gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausnahmsweise in Betracht, wenn die hierin liegende „**Sachübernahme**" gem. § 5 Abs. 4 GmbHG **im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag** ausdrücklich vereinbart und insofern im Rahmen der Anmeldung der Kontrolle seitens des Registergerichts unterworfen ist. Gleiches gilt auch für sonstige Verrechnungsabreden.

97 Auch eine Aufrechnung seitens der Gesellschaft kommt nur in Betracht, sofern die Gegenforderung des Gesellschafters im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung **in vollem Umfange werthaltig** und durchsetzbar ist. Hieran fehlt es, wenn ihr Einwendungen entgegenstehen oder ihr Bestand bei objektiver Betrachtungsweise in Zweifel steht. Zudem ist es erforderlich, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnung in der Lage ist, ihre Verbindlichkeiten einschließlich der in die Aufrechnung einbezogenen Gegenforderung zu erfüllen. Folglich scheidet eine Aufrechnung seitens der Gesellschaft notwendig aus, wenn **diese zahlungsunfähig oder überschuldet ist**.[3]

Die Beweislast für die Vollwertigkeit der Gegenforderung liegt insoweit bei dem Gesellschafter, der sich auf die Tilgung seiner Einlageverbindlichkeit durch die Aufrechnung seitens der Gesellschaft beruft.[4] Schecks oder Wechseln kommt nur dann eine Erfüllungswirkung zu, wenn diese **endgültig und vorbehaltlos dem Konto der Gesellschaft gutgeschrieben sind**. Etwas anderes gilt nur für bestätigte Bundesbankschecks. Dabei ist es gleichgültig, ob der Gesellschafter seine Einlageverpflichtung mit eigenen oder mit Fremdmitteln erfüllt.

Allerdings kommt der Leistung des Gesellschafters dort keine befreiende Wirkung zu, wo er die Einlage aus Mitteln der GmbH selbst erbringt.[5] Dies ist auch dort der Fall, wo die Gesellschaft ihrerseits Sicherheit für die in Anspruch

1 BGH v. 17.9.2001, ZIP 2001, S. 1197 f.
2 *L/H/Bayer*, GmbHG § 19, Anm. 24.
3 BGH v. 21.2.1994, NJW 1994, S. 1477 ff., 1479.
4 BGH v. 15.6.1992, NJW 1992, S. 2229 ff., 2231.
5 BGH v. 5.4.1993, NJW 1993, S. 1983 ff., 1984 f.