

GmbH alt und neu

*Die Deutsche Antwort auf die Limited
- Einführung in das Gesellschaftsrecht -*

von

Dr. Thomas Troidl

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg*

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in das Gesellschaftsrecht	3
I. Personengesellschaften.....	3
1. GbR.....	3
a. Keine Rechtspersönlichkeit, persönliche Haftung der Gesellschafter	3
b. Gesamtgeschäftsführung und -vertretung.....	3
2. OHG	3
a. Teilrechtsfähigkeit, unbeschränkbare persönliche Haftung.....	3
b. Einzelgeschäftsführung und -vertretung.....	4
3. KG	5
a. Beschränkte Haftung der Kommanditisten.....	5
b. Geschäftsführung und Vertretung durch Komplementäre.....	5
II. Körperschaften	6
1. Kapitalgesellschaften.....	6
a. AG.....	6
b. GmbH	7
2. Verein	8
a. Rechtspersönlichkeit	8
b. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung	8
3. Körperschaften auf einen Blick	8
B. Reform der GmbH (das MomiG).....	9
I. Zielsetzung	9
II. Gründungserleichterungen	9
1. Stammeinlage 10.000,- Euro	9
2. Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	9
3. Mustergesellschaftsvertrag (Gründung ohne Notar)	10
III. GmbH-Export	12
IV. Erleichterung der Öffentlichen Zustellung.....	13
V. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit.....	13
C. Anhang.....	15
I. Abkürzungen	15
II. Literatur.....	15
III. Lösungen zu den Übungsfällen	16
1. Korn und Hennings GbR (oben A.I.1.b.)	16
2. Lieferung für Korn und Hennings GbR (oben A.I.1.b.)	16
3. Schopf und Schönle OHG (oben A.I.2.a.).....	16
4. Andresen und Bertel KG (oben A.I.3.a.).....	17
5. Wein und Zigarren wider Willen (oben A.I.3.b.)	17
6. Hobel gegen Bier (oben A.II.1.a.)	18
7. Schopf-GmbH in Gründung (oben A.II.1.b.)	18
8. Wer zahlt, schafft an (oben A.II.2.a.)	19

A. EINFÜHRUNG IN DAS GESELLSCHAFTSRECHT

I. Personengesellschaften

1. GbR

a. Keine Rechtspersönlichkeit, persönliche Haftung der Gesellschafter

In einer GbR verpflichten sich mindestens zwei natürliche oder juristische Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks (§§ 705 ff. BGB).

§ 705 BGB: Inhalt des Gesellschaftsvertrags

Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Die BGB-Gesellschafter haften nach im Ergebnis übereinstimmender Meinung (§§ 714, 427, 431 BGB) außer dem Gesellschaftsvermögen (vgl. § 718 Abs. 1 BGB) grundsätzlich auch mit ihrem Privatvermögen.¹

b. Gesamtgeschäftsführung und -vertretung

Übungsfall 1: Korn und Hennings GbR

Korn und *Hennings* betreiben gemeinsam eine Gastwirtschaft. Bedarf *Korn* zu Modernisierungsmaßnahmen der Zustimmung des *Hennings*?

Soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt wird (§ 709 Abs. 2 BGB), gilt in der GbR das *Prinzip der Gesamtgeschäftsführung*:

§ 709 Abs. 1 BGB: Gemeinschaftliche Geschäftsführung

Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung (im Innenverhältnis) zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber (im Außenverhältnis) zu vertreten (§ 714 BGB).²

Übungsfall 2: Lieferung für Korn und Hennings GbR

Im Gesellschaftsvertrag zwischen *Korn* und *Hennings* ist *Korn* die Alleingeschäftsführung zugewiesen; über die Vertretung ist nichts bestimmt. Kann *Korn* die Verträge mit den Lieferanten allein schließen oder muss *Hennings* dabei mitwirken?

2. OHG

a. Teilrechtsfähigkeit, unbeschränkbare persönliche Haftung

§ 105 Abs. 1 HGB: Begriff der OHG

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes³ unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

¹ Wolfgang Reimann, S. 9 (Abschnitt IV.6.).

² Uwe Hüffer, S. 66.

³ *Handelsgewerbe* ist „jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“ (§ 1 Abs. 2 HGB).

Nach § 105 BGB ist die OHG eine besondere, auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnittene Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Auch wenn die OHG gemäß § 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden kann, ist sie doch *keine juristische Person*. Ihre Gesellschafter bilden vielmehr eine „Gesamthandsgemeinschaft“, also eine organisierte Wirkungseinheit, der Teilrechtsfähigkeit zukommt.⁴

§ 128 HGB: Persönliche Haftung der Gesellschafter

¹Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. ²Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Die unbeschränkte und unbeschränkbare persönliche Haftung der Gesellschafter unterscheidet die OHG insbesondere von der KG (unten A.I.3.a.).⁵

Übungsfall 3: Schopf und Schönle OHG

Schopf betreibt einen Handel mit Baustoffen. *Schönle* soll mit einer Einlage von 50.000,- € eintreten und neben ihm die persönliche Haftung übernehmen. Welche Gesellschaftsform müssen sie wählen?

b. Einzelgeschäftsführung und -vertretung

Soweit die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag (§§ 109, 115 Abs. 2 HGB) nichts anderes (Gesamtgeschäftsführung wie bei der GbR, oben A.I.1.b.) vereinbaren, gilt in der OHG das *Prinzip der Einzelgeschäftsführung*:

§ 114 Abs. 1 HGB: Geschäftsführung

Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind alle⁶ Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

Bei Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafters muss die geplante Maßnahme jedoch unterbleiben (§ 115 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB). Entsprechend der Einzelgeschäftsführung sieht § 125 Abs. 1 HGB die *Einzelvertretung* vor;⁷ der Gesellschaftsvertrag kann aber auch hier das Gesamtprinzip einführen, d.h. Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 2 HGB).⁸

§ 125 Abs. 1 HGB: Vertretung der Gesellschaft

Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

⁴ Uwe Hüffer, S. 123, 131.

⁵ Uwe Hüffer, S. 124.

⁶ Dabei darf grundsätzlich jeder Geschäftsführer *allein* handeln, § 115 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB.

⁷ Während es bei der *Geschäftsführung* um das Innenverhältnis geht, betrifft die *Vertretung* rechtsgeschäftliche Maßnahmen für die OHG gegenüber Dritten (im Außenverhältnis).

⁸ Uwe Hüffer, S. 145.

3. KG

a. Beschränkte Haftung der Kommanditisten

§ 161 Abs. 1 HGB: Begriff der KG

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

Die KG ist nach § 161 Abs. 1 HGB eine besondere Form der OHG. Wenigstens einer der Gesellschafter haftet den Gläubigern nur beschränkt. Die beschränkt haftenden Gesellschafter sind die *Kommanditisten*, die anderen die *Komplementäre*.⁹

Übungsfall 4: Andresen und Bertel KG

Andresen importiert und vertreibt französische Weine. *Bertel* will sich an dem Geschäft mit 50.000,- € beteiligen. Dabei möchte er sein Haftungsrisiko begrenzen und an den Vermögenswerten des Unternehmens als Gesellschafter beteiligt sein.

b. Geschäftsführung und Vertretung durch Komplementäre

Leiter des Unternehmens der KG ist der *Komplementär*. Er ist zur Geschäftsführung befugt (§§ 114 ff., 161 Abs. 2 HGB) und hat die Vertretungsmacht (§§ 125 f., 161 Abs. 2 HGB). Der *Kommanditist* hat nur bei außergewöhnlichen Geschäften ein Widerspruchsrecht (§ 164 Satz 1 Halbsatz 2 HGB), muss allerdings durch vorherige Information in den Stand gesetzt werden, sein Recht auszuüben. Von der Geschäftsführung ist der Kommanditist nach § 164 Satz 1 Halbsatz 1 HGB ausgeschlossen,¹⁰

§ 164 Satz 1 HGB: Geschäftsführung

Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, dass die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht.

von der *Vertretung* nach § 170 HGB.¹¹

§ 170 HGB: Vertretung der KG

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

Die erste Vorschrift ist dispositiv, die zweite zwingend (arg. § 163 HGB).¹²

Übungsfall 5: Wein und Zigarren wider Willen

Andresen will 3.000 Flaschen 85er Chateau Latour beziehen. *Bertel* fürchtet, dass der teure Wein nicht abgesetzt werden kann und widerspricht dem Erwerb. Ist *Andresen* an den Widerspruch gebunden? Kann *Bertel* trotz seines Widerspruchs zur Bezahlung der Rechnung herangezogen werden?

⁹ Uwe Hüffer, S. 228.

¹⁰ Uwe Hüffer, S. 236.

¹¹ Uwe Hüffer, S. 236.

¹² Uwe Hüffer, S. 236.

Abwandlung: *Andresen* will das Geschäft um den Vertrieb von Zigarren aus Honduras, Kuba und der Dominikanischen Republik erweitern. Muss er dazu die Zustimmung des *Bertel* einholen?

II. Körperschaften

1. Kapitalgesellschaften

a. AG

§ 1 Abs. 1 AktG: Wesen der Aktiengesellschaft

¹Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. ²Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

Die AG ist *Korporation*; § 1 Abs. 1 AktG erklärt die AG zur juristischen Person und schließt zugleich die Schuldenhaftung der Aktionäre aus. Weiter ist die AG *Kapitalgesellschaft*. Das Grundkapital (§ 1 Abs. 2 AktG) ist als satzungsmäßig festgelegte Größe (§ 23 Abs. 3 Nr. 3 AktG) nicht mit dem laufend wechselnden Gesellschaftsvermögen identisch, sondern gibt an, welche Höhe das Gesellschaftsvermögen mindestens haben soll. Die AG entsteht als juristische Person durch Eintragung in das Handelsregister (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG); die Eintragung erfolgt, wenn die Gründung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags liegt in der Feststellung der Satzung durch die Gründer (§§ 2, 23, 28 AktG). Auch die *Einmanngründung* ist zulässig (§ 2 AktG). Das Grundkapital muss wenigstens 50.000,- € betragen (§ 7 AktG).¹³

Übungsfall 6: Hobel gegen Bier

Bier, der Vorstand und Inhaber sämtlicher Aktien einer lokalen *Brauerei-AG* ist, hat von *Hobel* in notarieller Urkunde ein Hotelgrundstück gekauft. Als *Hobel* auf Zahlung des Kaufpreises drängt, erklärt ihm *Bier*, der Preis werde mit Forderungen der AG aus Bierlieferungen verrechnet. Muss *Hobel* sich das gefallen lassen?

Abwandlung: Könnte *Hobel* von *Bier* Zahlung verlangen, wenn er das Grundstück an die AG veräußert hätte?

Organe der AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Der *Vorstand* leitet die AG in eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG), ihm obliegen die Geschäftsführung und die Vertretung (§§ 77, 78 AktG); im Rahmen seiner Zuständigkeiten ist der Vorstand gegenüber anderen Gesellschaftsorganen unabhängig. Die Mitglieder des Vorstands werden vom *Aufsichtsrat* auf längstens fünf Jahre bestellt (§ 84 Abs. 1 AktG). Neben der Bestellung der Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs. 1 AktG) und der Vertretung der AG ihnen gegenüber (§ 112 AktG) ist es die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen (§ 111 AktG). Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden grundsätzlich und vorbehaltlich mitbestimmungsrechtlicher Sondervorschriften von der *Hauptversammlung* gewählt (§ 101 AktG) und abberufen (§ 103 AktG).¹⁴

¹³ Uwe Hüffer, S. 281.

¹⁴ Die Hauptversammlung ist das Forum, das den Aktionären zur Ausübung ihrer Verwaltungsrechte dient (§ 118 Abs. 1 AktG). Die Kompetenzen der Hauptversammlung gegenüber den anderen Gesellschaftsorganen ergeben sich aus § 119 AktG; über Fragen der Geschäftsführung kann sie nur ent-

b. GmbH

§ 13 Abs. 1 und 2 GmbHG: Juristische Person

(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

(2) Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.

Die GmbH hat eine *korporative* Verfassung und ist juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG); den Gläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Sie ist auch *Kapitalgesellschaft*; dem Grundkapital der AG entspricht das Stammkapital der GmbH.

§ 5 Abs. 1 GmbHG: Stammkapital; Stammeinlage

Das Stammkapital der Gesellschaft muss mindestens **fünfundzwanzigtausend Euro**, die Stammeinlage jedes Gesellschafters muss mindestens hundert Euro betragen.

Anders als die AG ist die GmbH jedoch auf einen kleineren und beständigeren Gesellschafterkreis zugeschnitten; die Kapitalsammelfunktion der AG geht ihr ab. Der innere Aufbau der GmbH ist weitgehend dem Gesellschaftsvertrag überlassen (§ 45 GmbHG). Das macht diese Rechtsform im Unterscheid zu derjenigen der AG (§ 23 Abs. 5 AktG) anpassungsfähig und eröffnet ihr ein breites praktisches Anwendungsspektrum. Die wesentlichen Punkte bei der Gründung der GmbH sind: der Abschluss des Gesellschaftsvertrags in notarieller Form (§§ 2, 3 GmbHG), verbunden mit der Übernahme der Stammeinlagen; die Bestellung der Geschäftsführer (§ 6 GmbHG); die Einzahlung eines Teils der Stammeinlagen (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG); die Anmeldung und die Eintragung in das Handelsregister (§§ 7 bis 11 GmbHG).¹⁵

Übungsfall 7: Schopf-GmbH in Gründung

Die *Schopf-OHG* will gemeinsam mit dem Ziegeleiunternehmer *Zirp* Betonfertigteile herstellen und vertreiben. Sie erwägen die Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von 250.000,- € Die für das Unternehmen erforderlichen Mittel wollen sie selbst aufbringen. Ist die GmbH die zweckmäßige Gesellschaftsform? Wie ist bei ihrer Gründung vorzugehen?

Notwendige Organe der GmbH sind der oder die Geschäftsführer (§ 6 GmbHG) und die Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff. GmbHG). Die *Geschäftsführer*, die von den Gesellschaftern bestellt werden und deren Weisungen unterworfen sind, müssen nicht Gesellschafter sein (§ 6 Abs. 3 GmbHG).¹⁶ Sie vertreten die GmbH gerichtlich und außer-

scheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 119 Abs. 2 AktG). Wichtige Aufgaben hat die Hauptversammlung, wenn es um die Satzung der AG oder um ihre Kapitalgrundlagen geht (§ 119 Abs. 1 Nr. 5, 6 AktG) oder wenn das rechtliche oder wirtschaftliche Schicksal der AG insgesamt in Frage steht, z.B. beim Abschluss von Unternehmensverträgen (§ 293 Abs. 1 und Abs. 2 AktG). Ausführlich Uwe Hüffer, S. 293 f.

¹⁵ Uwe Hüffer, S. 319 f.

¹⁶ Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG können allerdings nur natürliche Personen zum Geschäftsführer bestellt werden.

gerichtlich (§ 35 GmbHG).¹⁷ Enthält der Gesellschaftsvertrag (vgl. § 45 GmbHG) keine Regelung, sind die Geschäftsführer kraft ihrer Organstellung zur Leitung des Unternehmens berufen, allerdings nur im Rahmen der laufenden Geschäftsführung; darüber hinausgehende (d.h. außergewöhnliche) Maßnahmen müssen von der *Gesellschafterversammlung* beschlossen werden, die (von der Geschäftsführung) zu diesem Zweck einberufen werden muss (§ 49 Abs. 2 GmbHG). Den Geschäftsführern fehlt also die unabhängige Stellung, die dem Vorstand der AG zukommt (§ 76 Abs. 1 AktG). Ein *Aufsichtsrat* ist nach § 52 GmbHG fakultativ vorgesehen; nur soweit die Mitbestimmungsgesetze eingreifen (mehr als 500 Arbeitnehmer), muss er eingerichtet werden. Wird er eingesetzt, hat er in der Regel vor allem eine Kontrollfunktion gegenüber der Geschäftsführung (Legalität, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit), §§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. 111 AktG.¹⁸

2. Verein

a. Rechtspersönlichkeit

Der – nichtwirtschaftliche – „Idealverein“ erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (§ 21 BGB).¹⁹

b. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung

Vertreten wird der rechtsfähige Verein gemäß § 26 Abs. 2 BGB gerichtlich und außergerichtlich durch seinen *Vorstand*, dem auch die Geschäftsführung zukommt (vgl. § 27 Abs. 3 BGB).²⁰

Übungsfall 8: Wer zahlt, schafft an

Der Vorstand hat den jährlichen Geschäftsbericht drucken lassen. Von wem kann der Druckereiunternehmer Zahlung des Werklohns verlangen?

3. Körperschaften auf einen Blick

	GmbH	AG	Verein
Gründung	Gesellschaftsvertrag	Satzung	
Träger	Gesellschafter	Aktionäre	Mitglieder
Eigene Rechtspersönlichkeit	§ 13 I GmbHG	§ 1 I 1 AktG	§ 21 BGB
Haftung	Gesellschaftsvermögen		Vereinsvermögen
Geschäftsführung	Geschäftsführer (laufende Geschäfte) sonst: Gesellschafterversammlung	Vorstand	Vorstand Mitglieder-versammlung (Grundentscheidungen)
Vertretung	Geschäftsführer, § 35 GmbHG	Vorstand, § 78 AktG	Vorstand, § 26 II BGB
Kontrolle	<i>Aufsichtsrat</i> (fakultativ)	Aufsichtsrat (obligatorisch)	Verwaltungsrat, § 25 BGB (fakultativ)
Kapital	Stamm-: 25.000,- €	Grund-: 50.000,- €	(-)

¹⁷ Beschränkungen der Vertretungsmacht wirken gemäß § 37 GmbHG nur im Innenverhältnis. Nach außen hin ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers also unbegrenzt; dies dient dem Verkehrsinteresse im handelsrechtlichen Geschäftsverkehr (arg. §§ 13 Abs. 3 GmbHG, 6 Abs. 1 HGB).

¹⁸ Uwe Hüffer, S. 320 f.

¹⁹ Wolfgang Reimann, S. 4 (Abschnitt II.3.).

²⁰ Wolfgang Reimann, S. 5 (Abschnitt II.5.); Uwe Hüffer, S. 21, 26.

B. REFORM DER GMBH (DAS MOMIG)

I. Zielsetzung

Die Reform des GmbH-Rechts mit dem „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) verfolgt nach der amtlichen Begründung²¹ zwei Richtungen (wie auch schon der Name des Gesetzes nahe legt): zum einen soll die Rechtsform der GmbH besser gegen Missbräuche geschützt werden, zum anderen soll die GmbH dereguliert und modernisiert und dadurch ihre Attraktivität gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen gesteigert werden.²² Beides trägt dem Umstand Rechnung, dass die GmbH als Betätigungsform für mittelständische Unternehmer von besonderer Bedeutung ist.²³

II. Gründungserleichterungen

1. Stammeinlage 10.000,- Euro

Das MoMiG schlägt eine Doppelstrategie ein, um die Gründung von Start-up-Unternehmen zu erleichtern. Für die reguläre GmbH wird das vorgeschriebene Mindestkapital von 25.000,- Euro (oben A.II.1.b.) auf 10.000,- Euro gesenkt (§ 5 Abs. 1 des Entwurfs).²⁴ Vor Augen hat der Gesetzgeber dabei vor allem Dienstleister, die (anders als Produktionsunternehmen) außer einem Schreibtisch und einem Personal-Computer oft keine wesentlichen Investitionen mehr benötigen.²⁵

2. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Außerdem kommt die neue „Unternehmergesellschaft“ hinzu. Für sie soll sogar ein bloßer Euro Startkapital reichen. Falls ihre Geschäfte gut laufen, muss sie dieses allerdings fortlaufend aufstocken und ein Viertel des Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage einstellen, also „nach und nach ansparen“.²⁶ Damit soll eine „Mini-GmbH“ eingeführt werden, die offiziell den sperrigen Namen „Unternehmergesellschaft (haftungsbe-

²¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung (Stand: 23. Mai 2007), S. 55. Er ist im Internet zu finden unter der URL (17.10.07): <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/MoMiG-RegE%2023%2005%2007.pdf>. Das MoMiG soll in der ersten Hälfte 2008 in Kraft treten; *Bundesministerium der Justiz* (Reformen für Gründer – das MoMiG), S. 1.

²² Die Rede ist dabei vor allem von der *Private Limited Company* bzw. *company with limited liability (Limited)* nach englischem Recht, die nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 30.09.03 (Rs. C-167/01, „Inspire Art“) auch in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union als taugliche Gesellschaftsform anerkannt werden muss; seitdem wurden etwa 30.000 Limiteds ausschließlich für deutsche Zwecke neu gegründet, jeden Monat sollen es 1.200 mehr werden. Ausführlich und m.w.N. Jürgen *Breitenstein*/Bernhard *Meyding*, Betriebs-Berater 2006, S. 1457 ff., 1457; Volker *Römermann*, GmbHRundschau 2006, S. 673 ff., 673.

²³ In Deutschland gibt es ca. 1 Million GmbHs; *Bundesministerium der Justiz* (Zeit für Gründer – die GmbH-Reform), S. 1.

²⁴ *Bundesministerium der Justiz* (Reformen für Gründer – das MoMiG), S. 1 (Mindeststammkapital als „Seriositätsschwelle“). Die Limited (oben Fußn. 22) verzichtet demgegenüber ganz auf ein Mindeststammkapital; Volker *Römermann*, GmbHRundschau 2006, S. 673 ff., 675.

²⁵ *Bundesministerium der Justiz* (Zeit für Gründer – die GmbH-Reform), S. 1 f.; Joachim *Jahn*, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 573. Nach der amtlichen Begründung (Gesetzentwurf der Bundesregierung, S. 66; oben Fußn. 21) sind heute die Mehrzahl der Neugründungen nicht mehr Produktionsunternehmen, sondern Unternehmen aus dem Dienstleistungssektor (über 85 %).

²⁶ *Bundesministerium der Justiz* (Reformen für Gründer – das MoMiG), S. 1; Joachim *Jahn*, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 573.

schränkt)“ trägt; erlaubt ist aber auch die - nicht wesentlich elegantere - Abkürzung „UG (Haftungsbeschränkt)“.²⁷

§ 5a GmbHG-Entwurf: Unternehmergesellschaft

(1) Eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 unterschreitet, muss in der Firma abweichend von § 4 den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

(2) Abweichend von § 7 Abs. 2 darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

(3) In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur für Zwecke des § 57c verwandt werden.²⁸

(4) Abweichend von § 49 Abs. 3 muss die Versammlung der Gesellschafter bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden.

(5) Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital so, dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt, finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr; die Firma nach Absatz 1 darf beibehalten werden.“

3. Mustergesellschaftsvertrag (Gründung ohne Notar)

Für Standardfälle – höchstens drei Gesellschafter und Gründung mit Barzahlung – wird außerdem ein Mustergesellschaftsvertrag (als Anlage zum neuen GmbHG) bereit gestellt. Bei dessen Verwendung müssen keine Notare mehr für eine Beurkundung eingeschaltet werden; lediglich eine öffentliche Beglaubigung der Unterschriften (unter dem Gesellschaftsvertrag) bleibt vorgeschrieben, um die Gesellschafter identifizieren zu können. Die Regelungen im Mustergesellschaftsvertrag sollen „einfach und selbsterklärend“ sein, so dass hier keine Beratung und Belehrung durch einen Notar mehr erforderlich sein soll.²⁹

Das Muster sieht so aus:

²⁷ Joachim Jahn, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 573.

²⁸ Dadurch soll nach der amtlichen Begründung (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 71 f.; oben Fußn. 21) gesichert werden, dass diese - möglicherweise mit einem sehr geringen Stammkapital gegründete - Form der GmbH durch *Thesaurierung* innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht. Da in den Fällen der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sehr häufig eine Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer vorliegen werde, sei ohnehin davon auszugehen, dass der Geschäftsführer seinen notwendigen Lebensunterhalt über sein Geschäftsführergehalt bestreiten kann. Es sei deshalb vertretbar, die zusätzliche Gewinnausschüttung zu beschränken. Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG-Entwurf soll die Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses (nach § 256 AktG analog) nach sich ziehen - die ihrerseits die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses zur Folge hat (§ 253 AktG analog). Aus der Nichtigkeit des Feststellungs- und des Gewinnverwendungsbeschlusses resultieren bürgerlich-rechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter; ferner macht der Geschäftsführer sich haftbar (§ 43 GmbHG).

²⁹ Der Mustervertrag wird zusätzlich durch Muster für die Handelsregisteranmeldung flankiert (sog. „Gründungs-Set“), so dass auch hier Jungunternehmer „ohne zwingende rechtliche Beratung“ auskommen. Ausführlich *Bundesministerium der Justiz* (Reformen für Gründer – das MoMiG), S. 2; Joachim Jahn, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 573.

Anlage 1 (zu § 2 GmbHG-Entwurf): Muster für den Gesellschaftsvertrag

§ 1: Firma

Die Firma der Gesellschaft lautet¹

o _____ GmbH.

o ----- Unternehmergesellschaft
(haftungsbeschränkt).²

§ 2: Sitz

Sitz der Gesellschaft ist _____³

§ 3: Gegenstand

Gegenstand des Unternehmens⁴

o ist der Handel mit Waren.

o ist die Produktion von Waren.

o sind Dienstleistungen.

§ 4: Stammkapital

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt € _____⁵

§ 5: Geschäftsanteile

Vom Stammkapital übernehmen bei der Gründung:⁶

a) Herr/Frau/Juristische Person: _____⁷
einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von € _____⁸

b)⁹ Herr/Frau/Juristische Person: _____¹⁰
einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von € _____¹¹

c)¹² Herr/Frau/Juristische Person: _____¹³
einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von € _____¹⁴

Die Einlagen auf die Geschäftsanteile sind von jedem Gesellschafter in Geld zu erbringen und zwar¹⁵

o sofort in voller Höhe.¹⁶

o zu 50 % sofort, im Übrigen sobald die Gesellschafterversammlung ihre Forderung beschließt.

§ 6: Vertretung

Die Gesellschaft hat einen Geschäftsführer. Dieser vertritt stets einzeln und ist berechtigt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten.

§ 7: Gründungsaufwand

Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten, insbesondere Beratungs-, Notar-, Gerichts- und Veröffentlichungskosten sowie etwaige Steuern bis zu einem Gesamtbetrag von € 400,00. Darüber hinausgehende Kosten trägt der Gesellschafter bzw. tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.

_____, den _____ 17

_____ 18

Hinweise:

1 Zutreffende Variante ankreuzen. Es kann nur eine Variante ausgewählt werden. Wird die Variante mit dem Firmenbestandteil „GmbH“ gewählt, muss das Stammkapital mindestens € 10.000,00 betragen. Bei der Alternative mit dem Firmenbestandteil „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ ist das Stammkapital frei bestimmbar, muss jedoch mindestens € 1,00 betragen.

2 Einsetzen: Bestandteil, den die Firma (= Name) neben dem Element „GmbH“ bzw. „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ enthalten soll. Hierbei ist u.a. Folgendes zu beachten:

- Die Firma muss zur Kennzeichnung der GmbH geeignet sein, also von den angesprochenen Verkehrskreisen als Namen verstanden werden.

- Der Firma muss Unterscheidungskraft zukommen; zum einen muss die Firma geeignet sein, bei dem angesprochenen Verkehrskreis die Assoziation zu einem ganz bestimmten Unternehmen zu wecken, zum anderen muss sie sich von allen in demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden.

- Die Firma darf nicht irreführend sein.

3 Einsetzen: Politische Gemeinde im Inland.

4 Zutreffende Variante ankreuzen. Es kann nur eine Variante ausgewählt werden.

5 Einsetzen: Höhe des Stammkapitals, mindestens € 10.000,00. Bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kann das Stammkapital frei gewählt werden, muss jedoch mindestens € 1,00 betragen.

6 Jeder Gesellschafter muss einen Geschäftsanteil übernehmen. Kein Gesellschafter kann mehrere Geschäftsanteile übernehmen.

7 Einsetzen: Nachname, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort eines Gesellschafters.

8 Einsetzen: Nennbetrag des Geschäftsanteils, den der betreffende Gesellschafter übernimmt. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Wird die Gesellschaft nur durch eine Person gegründet, muss der Nennbetrag des Geschäftsanteils dem Betrag des Stammkapitals entsprechen.

9 Wird die Gesellschaft nur durch einen Gesellschafter gegründet sind b) und c) vollständig zu streichen.

10 Einsetzen: Nachname, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort des Gesellschafters, der den anderen Geschäftsanteil übernimmt.

11 Einsetzen: Nennbetrag des Geschäftsanteils, den der betreffende Gesellschafter übernimmt. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aller Gesellschafter muss dem Betrag des Stammkapitals entsprechen.

12 Wird die Gesellschaft nur durch einen oder zwei Gesellschafter gegründet, ist c) vollständig zu streichen. Mehr als drei Gesellschafter sind nicht möglich.

13 Einsetzen: Nachname, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort des Gesellschafters, der den anderen Geschäftsanteil übernimmt.

14 Einsetzen: Nennbetrag des Geschäftsanteils, den der betreffende Gesellschafter übernimmt. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aller Gesellschafter muss dem Betrag des Stammkapitals entsprechen.

15 Zutreffende Variante ankreuzen.

16 Diese Variante muss gewählt werden, wenn eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) gegründet werden soll (vgl. Fußnote 1).

17 Einsetzen: Ort und Datum der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags.

18 Die Anmeldung ist von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen. Die Unterschriften sind von einem Notar zu beglaubigen.

III. GmbH-Export

Gestrichen wird überdies § 4 a Abs. 2 GmbHG, wonach eine deutsche GmbH ihren Sitz nicht im Ausland haben konnte. Nach der amtlichen Begründung³⁰ soll es deutschen Gesellschaften ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwen-

³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung (oben Fußn. 21), S. 65.

dig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Damit soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-) Niederlassung, die alle Geschäftsaktivitäten erfasst, außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. Deutsche Konzerne sollen dadurch animiert werden, auf vertrautem Rechtsgebiet zu bleiben und ihre Auslandstöchter als GmbH zu führen.³¹

IV. Erleichterung der Öffentlichen Zustellung

Zur Bekämpfung von Missbräuchen bei der „Beerdigung“ von Pleite-GmbHs muss künftig eine inländische Geschäftsanschrift ins Handelsregister eingetragen werden. Wenn sich darunter ein Gläubigerschreiben nicht wirksam zustellen lässt, kann leichter eine öffentliche Zustellung bewirkt werden.³²

§ 15a HGB-Entwurf: Öffentliche Zustellung

Ist bei einer juristischen Person³³, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister verpflichtet ist, der Zugang einer Willenserklärung nicht unter der eingetragenen Anschrift oder einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person oder einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich, kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung erfolgen. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich die eingetragene inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft befindet. § 132 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.

V. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit

Stärker in die Pflicht genommen werden darüber hinaus die Gesellschafter: wenn ihre Firma „führungslos“ wird, müssen sie an Stelle des untergetauchten Geschäftsführers bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag stellen.

§ 15a InsO-Entwurf: Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen. Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haften-

³¹ Bundesministerium der Justiz (Zeit für Gründer – die GmbH-Reform), S. 3; Joachim Jahn, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 574.

³² Joachim Jahn, Anwaltsblatt 2007, S. 573 f., 574.

³³ Der Begriff „juristische Person“ wird der amtlichen Begründung (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 115 f.; oben Fußn. 21) zufolge deshalb verwendet, damit deutlich wird, dass die Zustellungserleichterung nicht im Falle von Personengesellschaften greift, auch wenn sie zur Eintragung einer Geschäftsadresse im Handelsregister verpflichtet sind. Dies betrifft insbesondere die Gesellschaftsformen der OHG (oben A.I.2.) und KG (oben A.I.3.). Es soll vermieden werden, dass die persönlich haftenden Gesellschafter dieser Gesellschaftsformen der erleichterten Zustellungsmöglichkeit unterfallen. Denn bei diesen existiert stets eine persönliche und unbeschränkte Haftung mindestens eines Gesellschafters, während die Haftung juristischer Personen auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist. Der Begriff „juristische Person“ in diesem Zusammenhang stellt folglich insbesondere auf die Gesellschaftsformen GmbH (oben A.II.1.b.) und AG (oben A.II.1.a.) ab und gilt damit auch für die geschäftsführende Gesellschaft einer GmbH & Co. KG.

den Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit³⁴ einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 35 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft (§ 78 Abs. 1 Satz 2 des Aktiengesetzes) oder einer Genossenschaft (§ 24 Abs. 1 Satz 2 des Genossenschaftsgesetzes) ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, dieser oder dieses hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Und wer sich schon einmal seiner Verantwortung entzogen hat, kann in Zukunft schwerer als „Strohmann“ zur Geschäftsführung herangezogen werden (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 a GmbHG-Entwurf).³⁵

§ 6 Abs. 2 GmbHG-Entwurf: Geschäftsführer

¹Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. ²Geschäftsführer kann nicht sein, wer

1. als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unterliegt,

2. aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebetrieb nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,

3. wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten

a) des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),

b) nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs (Insolvenzstraftaten),

c) der falschen Angaben nach § 82 dieses Gesetzes oder § 399 des Aktiengesetzes,

d) der unrichtigen Darstellung nach § 400 des Aktiengesetzes, § 331 des Handelsgesetzbuchs, § 313 des Umwandlungsgesetzes oder § 17 des Publizitätsgesetzes oder

e) nach den §§ 265b, 266 oder § 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist; dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist.

³Satz 2 Nr. 3 gilt entsprechend bei einer Verurteilung im Ausland wegen einer Tat, die mit den in Satz 2 Nr. 3 genannten Taten vergleichbar ist.“

³⁴ *Führungslos* ist eine Gesellschaft nach der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 Satz 2 des GmbH-Entwurfs, wenn sie keinen Geschäftsführer (mehr) hat; sie wird dann durch die Mitglieder des Aufsichtsrats, hilfsweise durch die Gesellschafter vertreten.

³⁵ *Bundesministerium der Justiz* (Zeit für Gründer – die GmbH-Reform), S. 4; Joachim *Jahn*, *Anwaltsblatt* 2007, S. 573 f., 574.

C. ANHANG

I. Abkürzungen

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG ³⁶	Aktiengesetz
BGB ³⁷	Bürgerliches Gesetzbuch
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG ³⁸	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898
HGB ³⁹	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Kommanditgesellschaft
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
OHG	Offene Handelsgesellschaft

II. Literatur

- o Breitenstein, Jürgen/Meyding, Bernhard: „GmbH-Reform: Die `neue` GmbH als wettbewerbsfähige Alternative oder nur `GmbH light`?“, in: Betriebs-Berater 2006, S. 1457 – 1462 (Heft 27)
- o Bundesministerium der Justiz: „Zeit für Gründer – die GmbH-Reform“, URL (17.10.07): http://www.bmj.bund.de/enid/0,3a17ec636f6e5f6964092d0932343639093a095f7472636964092d0932303736/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html
- o Bundesministerium der Justiz: „Reformen für Gründer – das MoMiG“, URL (17.10.07): http://www.bmj.bund.de/enid/cc8044f0253655dfaf72d6b68e87c65b,4a3ca4636f6e5f6964092d0934343139093a095f7472636964092d0932303736/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html
- o Hüffer, Uwe: Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2003
- o Jahn, Joachim: „GmbH-Recht: Jahrhundert-Reform für die Rechtsform des Mittelstands – und die `Mini-GmbH` kommt“, in: Anwaltsblatt 2007, S. 573 f. (Heft 8 + 9), URL (16.09.07): http://www.anwaltverein.de/01/07/archiv/besondere_beitrag_2007/bb_1007_Jahn_.pdf
- o Reimann, Wolfgang: Gesellschaftsrecht, URL (17.10.07): http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_2.pdf
- o Römermann, Volker: „Der Entwurf des `MoMiG` - die deutsche Antwort auf die Limited“, in: GmbHRundschau 2006, S. 673 – 681 (Heft 13)

³⁶ Im Internet findet sich das AktG unter <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/aktg/index.html>.

³⁷ Im Internet findet sich das BGB unter <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/index.html>.

³⁸ Im Internet findet sich das GmbHG unter <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gmbhg/index.html>.

³⁹ Im Internet findet sich das HGB unter <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/hgb/index.html>.

III. Lösungen zu den Übungsfällen

1. Korn und Hennings GbR (oben A.I.1.b.)

Die von *Korn* geplanten Modernisierungsmaßnahmen sollen dem Betrieb der Gaststätte und damit dem Gesellschaftszweck dienen. Sie sind deshalb Geschäftsführungshandlungen. § 709 BGB drückt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts das *Prinzip der Gesamtgeschäftsführung* aus, d.h. dass alle Gesellschafter bei jeder Maßnahme zusammenwirken müssen. *Korn* muss die geplante Modernisierung nicht nur dann unterlassen, wenn *Hennings* ihr widerspricht, sondern er muss sich von vornherein mit seinem Partner abstimmen. Die Gesamtgeschäftsführung fordert also eine gemeinschaftliche Willensbildung der Gesellschafter und ist damit folgerichtiger Ausdruck ihrer gemeinschaftlichen Beteiligung.⁴⁰

2. Lieferung für Korn und Hennings GbR (oben A.I.1.b.)

Korn kann die Verträge mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft allein abschließen, wenn er ermächtigt ist, diese zu vertreten (§ 164 Abs. 1 BGB). Ob ein Gesellschafter Alleinvertretungsmacht hat oder ob die Gesellschafter zusammen handeln müssen (*Gesamtvertretung*), richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Das BGB enthält dazu lediglich eine Auslegungsregel: nach § 714 BGB deckt sich der Umfang der Vertretungsmacht „im Zweifel“ mit dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis. § 714 BGB führt also i.V.m. § 709 BGB zu dem Ergebnis, dass die Gesellschaft nur durch gemeinsames Handeln der Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden kann, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Ist jedoch ein Gesellschafter kraft Vertrags zur Alleingeschäftsführung berufen, dann ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter allein zu vertreten (§ 714 BGB). Weil *Korn* die Alleingeschäftsführung zugewiesen ist und der Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, hat er auch Alleinvertretungsmacht. Dass *Hennings* bei dem Abschluss der Verträge mitwirkt, ist also nicht erforderlich, um Ansprüche und Pflichten der Gesellschaft zu begründen.⁴¹

3. Schopf und Schönle OHG (oben A.I.2.a.)

Für *Schopf* und *Schönle* kommt die Rechtsform der OHG in Betracht, wenn der Handel mit Baustoffen der Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 105 Abs. 1 HGB ist. „Gewerbe“ bezeichnet eine auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit (ausgenommen: freie Berufe⁴²), die in der Absicht ausgeübt wird, Gewinn zu erzielen. Der Handel mit Baustoffen erfüllt diese Voraussetzungen. Ob das Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, entscheidet sich nach den §§ 1 bis 3 HGB. Grundsätzlich ist gem. § 1 Abs. 2 HGB jedes Gewerbe zugleich Handelsgewerbe.⁴³ Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Gleichsetzung des Handelsgewerbes mit dem Gewerbe würde erfordern, dass der Baustoffhandel keiner kaufmännischen Betriebsorganisation bedarf, wofür nichts spricht. *Schopf* und *Schönle* müssen also als Gesellschaftsform die OHG wählen.⁴⁴

⁴⁰ Uwe Hüffer, S. 66.

⁴¹ Uwe Hüffer, S. 72.

⁴² Auch der Rechtsanwalt übt gemäß § 2 Abs. 1 BRAO einen freien Beruf aus; seine Tätigkeit ist kein Gewerbe (§ 2 Abs. 2 BRAO). Rechtsanwälte können sich also nicht zu einer OHG zusammenschließen; üblich ist dagegen der Zusammenschluss zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts als „Sozietät“.

⁴³ Die Handelsrechtsreform 1998 hat eine völlige Neufassung des § 1 Abs. 2 HGB gebracht; namentlich ist der bisherige Katalog von „Grundhandelsgewerben“ entfallen.

⁴⁴ Uwe Hüffer, S. 124 f.

4. Andresen und Bertel KG (oben A.I.3.a.)

Um die von *Bertel* geplante Beteiligung an dem bisherigen Einzelunternehmen des *Andresen* zu verwirklichen, bietet sich die Gesellschaftsform der *KG* an. § 161 Abs. 1 HGB definiert die *KG* zunächst ebenso wie § 105 Abs. 1 HGB die *OHG* als „eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines *Handelsgewerbes* unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist“. Der Gegenstand des Unternehmens des *Andresen* ist der Betrieb eines *Handelsgewerbes* nach § 1 Abs. 2 HGB. Die *KG* unterscheidet sich von der *OHG* nach § 161 Abs. 1 HGB aber dadurch, dass bei einem oder einigen Gesellschaftern „die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist“. Bei der *KG* gibt es also zwei Gruppen von Gesellschaftern: die unbeschränkt Haftenden sind die *Komplementäre*, die beschränkt Haftenden die *Kommanditisten*. *Andresen* muss also Komplementär werden, während *Bertel* Kommanditist wird.⁴⁵

5. Wein und Zigarren wider Willen (oben A.I.3.b.)

In der *OHG* muss eine Geschäftsführungsmaßnahme unterbleiben, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme der Handlung durch den Anderen widerspricht (§ 115 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB). Diese Regelung erklärt sich daraus, dass alle Gesellschafter einzeln zur Geschäftsführung berufen sind (§§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB). Der *Kommanditist* ist dagegen von der Geschäftsführung der *KG* ausgeschlossen (§ 164 Satz 1 Halbsatz 1 HGB). Folgerichtig gewährt ihm das Gesetz kein generelles Widerspruchsrecht, sondern beschränkt dieses, entsprechend § 116 Abs. 2 HGB, auf solche Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des *Handelsgewerbes* der *KG* hinausgehen (§ 164 Satz 1 Halbsatz 2 HGB). Ob der von *Andresen* geplante Bezug diese Voraussetzung erfüllt, hängt zwar vom Zuschnitt gerade der konkreten *KG* ab und lässt sich deshalb letztlich nur bei Kenntnis aller Umstände des Einzelfalls beurteilen; die Annahme, dass der Ankauf von 3.000 Flaschen Chateau Latour den gewöhnlichen Betrieb eines größeren Importunternehmens überschreitet, ist jedoch trotz des beachtlichen Preises fernliegend. *Andresen* ist deshalb an den Widerspruch des *Bertel* nicht gebunden. Die Geschäftsführungsbefugnis des Komplementärs folgt aus §§ 114 ff. i.V.m. 161 Abs. 2 HGB. Nach §§ 125, 126 i.V.m. 161 Abs. 2 HGB kann er die *KG* auch vertreten. Schließt *Andresen* den Kaufvertrag über den Wein ab, dann liegt das innerhalb seiner Vertretungsmacht, wird die *KG* also nach §§ 433 Abs. 2, 164 Abs. 1 BGB zur Bezahlung verpflichtet. Soweit *Bertel* seine Einlage noch nicht geleistet hat, kann er vom Verkäufer bis zur Höhe seiner Haftsumme auch unmittelbar herangezogen werden (§ 171 Abs. 1 HGB).⁴⁶

Die von *Andresen* in der **Abwandlung** geplante Ausweitung der geschäftlichen Tätigkeit geht über den gewöhnlichen Betrieb des *Handelsgewerbes* der *KG* allerdings hinaus; nach § 164 HGB hat *Bertel* deshalb das Recht zum Widerspruch. Mit seinem Widerspruch käme *Bertel* zu spät, wenn ihn *Andresen* von seinen Plänen nicht vor Durchführung in Kenntnis setzen würde. Der Komplementär muss deshalb dem Kommanditis-

⁴⁵ Eine Beteiligung mit beschränktem Risiko könnte außerdem durch eine stille Gesellschaft verwirklicht werden; bei dieser Gesellschaftsform wäre aber allein *Andresen* Inhaber des Handelsgeschäfts (§ 230 HGB). Die Vorstellung des *Bertel*, bei begrenztem Risiko auch als Gesellschafter an den Vermögenswerten des Unternehmens beteiligt zu sein, lässt sich deshalb nur in der Form der *KG* verwirklichen; allerdings muss er als Kommanditist nach außen in Erscheinung treten (§ 162 HGB). Ausführlich Uwe Hüffer, S. 223. Zur stillen Gesellschaft Wolfgang Reimann, S. 16 – 18 (Abschnitt VIII).

⁴⁶ Uwe Hüffer, S. 231 f.

ten die Möglichkeit zum Widerspruch geben. § 164 HGB statuiert insoweit ein Zustimmungserfordernis.⁴⁷

6. Hobel gegen Bier (oben A.II.1.a.)

Bier will die Forderung des *Hobel* aus § 433 Abs. 2 BGB ganz oder teilweise durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen (§§ 387, 389 BGB). Aus dem Erfordernis der *Gegenseitigkeit* ergibt sich jedoch, dass der Schuldner nur diejenigen Forderungen zur Aufrechnung verwenden kann, die ihm selbst zustehen. *Bier* müsste also Inhaber der Forderungen aus den Lieferungen sein. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG ist die AG jedoch „eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit“, also juristische Person; diese Eigenschaft erwirbt sie mit ihrer Eintragung in das Handelsregister (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die in ihrem Geschäftsbetrieb begründeten Forderungen stehen deshalb der Gesellschaft selbst zu und nicht den Aktionären. Dass *Bier* Inhaber sämtlicher Aktien ist, ändert daran nichts. Die von ihm vorgesehene einseitige „Verrechnung“ ist also nicht möglich.⁴⁸

Weil die AG juristische Person ist und den Kaufvertrag in der **Abwandlung** selbst geschlossen hat, ist sie auch verpflichtet, die Kaufpreisforderung des *Hobel* (§ 433 Abs. 2 BGB) zu erfüllen. Denkbar wäre indessen eine Mithaftung der Aktionäre für die Schulden der AG, sei sie primär oder subsidiär für den Fall, dass bei der AG nichts zu holen ist. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG schließt jedoch eine persönliche Haftung der Aktionäre aus; die Gläubiger können nur auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen. *Hobel* kann also nur von der AG, nicht von *Bier* Zahlung verlangen.⁴⁹

7. Schopf-GmbH in Gründung (oben A.II.1.b.)

Ob die GmbH für das künftige Unternehmen die geeignete Gesellschaftsform ist, hängt davon ab, welche Eigenheiten sie einerseits gegenüber der AG, andererseits gegenüber den Personengesellschaften OHG und KG aufweist. Die AG ist für das von der *Schopf-OHG* und *Zirp* geplante Gemeinschaftsunternehmen schon deshalb nicht die geeignete Gesellschaftsform, weil sie die benötigten Mittel selbst aufbringen wollen. Wird die Kapitalsammelfunktion der AG nicht genutzt, dann ist es im allgemeinen wenig sinnvoll, sich den komplizierten und starren (§ 23 Abs. 5 AktG) Vorschriften des Aktienrechts zu unterwerfen. Wenn die künftigen Gesellschafter auf die Leitung des Unternehmens direkten Einfluss nehmen wollen, ist die Form der AG auch wegen der Selbständigkeit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) nicht günstig. Gegenüber den *Personengesellschaften* bietet die GmbH ebenso wie die AG die Vorteile der vollen Rechtsfähigkeit, des Ausschlusses der persönlichen Haftung und der Möglichkeit der Drittorganshaft. Firmenrechtliche Unterschiede sind nicht vorhanden (§ 4 AktG; § 4 GmbHG). Sie kann zudem so organisiert werden, dass persönliche Mitarbeit und direkter Einfluss auf die Unternehmensleitung gewährleistet sind. Die GmbH ist deshalb hier die zweckmäßige Gesellschaftsform.⁵⁰

⁴⁷ Uwe Hüffer, S. 232.

⁴⁸ Uwe Hüffer, S. 271 f.

⁴⁹ Dass eine Einmann-AG vorliegt, ändert an dem Ergebnis auch hier nichts, und für eine allgemeine Durchgriffshaftung oder für eine Haftung nach dem Vorbild des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns (§§ 302, 303 AktG in rechtsfortbildender Anwendung) bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt; Uwe Hüffer, S. 272.

⁵⁰ Uwe Hüffer, S. 304 f.

Die Gründung der GmbH gestaltet sich einfacher als die der AG. Die *Schopf-OHG* und *Zirp* müssen zunächst einen Gesellschaftsvertrag in notarieller Form abschließen (§ 2 GmbHG). OHG oder KG können Gründer einer GmbH sein.⁵¹ Den Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags gibt § 3 GmbHG an. Das Stammkapital (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) muss 25.000,- € betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Die Stammeinlage (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) entspricht der Aktie in der Bedeutung des § 1 Abs. 2 AktG, also als Anteil am Grundkapital. An die Bestellung der Geschäftsführer (§ 6 GmbHG) schließt sich die Einzahlung von einem Viertel jeder Stammeinlage, insgesamt aber mindestens 12.500,- € an (§ 7 Abs. 2 GmbHG). Danach ist die GmbH zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 7, 8 GmbHG). In der Anmeldung haben die Geschäftsführer u.a. die Leistung der Mindesteinlagen (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG) zu versichern (§ 8 Abs. 2 GmbHG). Der Registerrichter prüft die Ordnungsmäßigkeit der Gründung und der Anmeldung. Nicht behebbare Mängel oder die Überbewertung von Sacheinlagen führen zur Ablehnung der Eintragung (§ 9 c GmbHG).⁵²

8. Wer zahlt, schafft an (oben A.II.2.a.)

Ein Anspruch des Druckereiunternehmers gegen den Verein auf Zahlung des Werklohns ergibt sich aus § 631 BGB, wenn der Vertrag zwischen ihm und dem Verein zustande gekommen ist. Das setzt voraus, dass sich der Verein die Vertragserklärung seines Vorstands zurechnen lassen muss. Als Zurechnungsnorm kommt § 164 Abs. 1 BGB in Betracht. § 164 Abs. 1 BGB setzt zunächst voraus, dass der Vorstand nicht im eigenen, sondern im Namen des Vereins gehandelt hat. Die Fremdbezogenheit seines Handelns ergibt sich aus den Umständen; wenn der Vorstand den *Geschäftsbericht* des Vereins drucken lässt, kann und darf der Drucker nicht annehmen, dass der Vorstand selbst Vertragspartei werden will. Voraussetzung ist weiter, dass der Vorstand „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“ handelt. Nach § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB hat der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters; seine Vertretungsmacht wird also grundsätzlich nur durch den Vereinszweck begrenzt. Die Satzung kann die Vertretungsmacht allerdings weiter beschränken (§ 26 Abs. 2 Satz 2 BGB), was jedoch einen eindeutigen, über bloße Zustimmungsvorbehalte hinausgehenden Inhalt voraussetzt. Wirkung gegen Dritte hat die Beschränkung nur, wenn sie in das Vereinsregister eingetragen ist oder der Dritte sie bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts gekannt hat (§§ 68, 70 BGB). Ist die Beschränkung nicht in der ursprünglichen Satzung enthalten, sondern Gegenstand einer Satzungsänderung, so wird sie erst mit der Eintragung in das Vereinsregister wirksam (§ 71 BGB). Nach dem Sachverhalt ist nicht davon auszugehen, dass die Satzung die Vertretungsmacht beschränkende Bestimmungen enthält. Die Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 BGB sind damit erfüllt. Der Druckereiunternehmer kann also von dem Verein die Bezahlung der Rechnung verlangen.⁵³

⁵¹ Auch die Gründerfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat der BGH zu Recht anerkannt; Uwe Hüffer, S. 306.

⁵² Uwe Hüffer, S. 306.

⁵³ Uwe Hüffer, S. 19 f.