

Ulrich Stache

GmbH-Recht

Ulrich Stache

# GmbH-Recht

Was Geschäftsführer und Manager  
wissen müssen



Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über  
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage September 2006

Alle Rechte vorbehalten

© Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2006

Lektorat: Andreas Funk

Der Gabler Verlag ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media.  
[www.gabler.de](http://www.gabler.de)



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

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Nina Faber de.sign, Wiesbaden

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Wilhelm & Adam, Heusenstamm

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN-10 3-8349-0261-6

ISBN-13 978-3-8349-0261-0

# Vorwort

Sie beabsichtigen, allein oder zusammen mit geldgebenden Partnern gesellschaftlich verbunden tätig zu werden und gleichzeitig die Geschicke des neuen Unternehmens maßgeblich zu leiten oder als Geschäftsführer in eine bereits bestehende Gesellschaft einzutreten. Oder Sie möchten Ihr bestehendes Unternehmen in eine andere Rechtsform überführen, dabei aber als Geschäftsführer weiterhin das Sagen behalten. Dies sind häufige Motive, sich darüber Gedanken zu machen, welche Rechtsform für Ihr Vorhaben die Günstigste ist und was rechtlich beachtet werden muss, wenn Sie sich für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) entschieden haben.

Dieses Buch möchte Ihnen ein Ratgeber sein in allen Phasen des Lebens einer GmbH, von den Vorüberlegungen über die Gründungsschritte zu der aktiven Teilhabe am wirtschaftlichen Leben und schließlich zur Liquidation der Gesellschaft.

Danken möchte ich dem GABLER Verlag und insbesondere Herrn RA Andreas Funk, Lektor Management, Steuern und Wirtschaftsrecht, für die freundliche Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Buches.

Ihnen als Unternehmer oder Geschäftsführer wünsche ich viel Erfolg bei Ihrer geschäftlichen Tätigkeit.

Niedernhausen, im Juli 2006

Ulrich Stache

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b> .....	5
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	11
<b>I. Wahl der Unternehmensform</b> .....	15
<b>II. GmbH im Überblick</b> .....	21
1. Gesellschaftszweck .....	21
2. Gesellschafter .....	22
3. Gesellschaftsvertrag .....	23
4. Inhalt des Gesellschaftsvertrages .....	25
5. Regelungen über Satzungsgegenstand und tatsächliche Tätigkeit.....	27
6. Regelungen über den Geschäftsanteil .....	28
7. Geschäftsführungsaufgaben .....	32
8. Rechte und Pflichten der Gesellschafter.....	34
9. Verhältnis der Gesellschafter untereinander .....	36
10. Aufsichtsrat und Beirat .....	38
11. Bekanntmachungen der Gesellschaft .....	38
12. Beendigung der Gesellschaft.....	39
13. Kein Kündigungsrecht .....	39
14. Abfindung .....	40

15. Gerichtsstand .....	40
16. Anmeldung zum Handelsregister.....	41
17. Gründungsaufwand.....	45
<b>III. Gründungsschritte.....</b>	<b>49</b>
1. Vorgründungsstadium der GmbH .....	49
2. Vor-GmbH .....	51
3. Bargründung mit Aufgeld .....	60
4. Sachgründung .....	61
5. Bar- und Sachgründung .....	66
6. Verschleierte Sachgründung .....	67
<b>IV. Rechte der Gesellschafter.....</b>	<b>69</b>
1. Mitgliedschaftsrechte.....	69
2. Verwaltungsrechte .....	69
3. Vermögensrechte .....	75
4. Nichtgesellschaftliche Rechte.....	82
<b>V. Pflichten der Gesellschafter .....</b>	<b>87</b>
1. Mitgliedschaftspflicht.....	87
2. Erbringen und Erhalten der Stammeinlage .....	87
3. Kollektive Deckungspflicht.....	89
4. Nachschusspflicht.....	89
5. Treuepflicht .....	90

6. Fördergebot .....	92
7. Nebenleistungspflichten .....	92
<b>VI. Gesellschafterversammlung .....</b>	<b>93</b>
1. Aufgaben .....	93
2. Zwingende gesetzliche Aufgaben .....	93
3. Abdingbare Aufgaben .....	99
4. Einberufung der Gesellschafterversammlung .....	110
5. Durchführung der Gesellschafterversammlung .....	115
6. Aufgaben und Pflichten der Geschäftsführer .....	122
7. Bestellung des Geschäftsführers und Anstellungsvertrag .....	134
8. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers .....	153
9. Abberufung von Geschäftsführern .....	155
10. Aufsichtsrat .....	171
<b>VII. Die Gesellschaft im Wirtschaftsalltag .....</b>	<b>181</b>
1. Verkehrsfähigkeit der Geschäftsanteile .....	181
<b>VIII. Rechnungslegung der GmbH .....</b>	<b>189</b>
1. Vorschriften des Handelsgesetzbuches .....	189
2. Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz .....	189
3. Rechnungslegungsinstrumente .....	191
4. Abschlussprüfung .....	193
5. Offenlegung des Jahresabschlusses .....	195
6. Verstöße gegen Rechnungslegungsvorschriften .....	196

<b>IX. Gliederung der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung .....</b>	<b>197</b>
1. Grundsätze der Gliederung .....	197
2. Mindestgliederungsvorschriften für Bilanzen.....	198
3. Mindestgliederungsvorschriften für Gewinn- und Verlustrechnungen .....	201
4. Anlagengitter .....	204
<b>X. Bewertungsgrundsätze .....</b>	<b>205</b>
1. Allgemeine Grundsätze .....	205
2. Bewertungsmaßstäbe .....	207
<b>XI. Auflösung, Liquidation und Löschung .....</b>	<b>213</b>
1. Auflösung .....	213
2. Liquidation .....	215
3. Löschung im Handelsregister .....	216
<b>XII. Besteuerung der GmbH im Überblick .....</b>	<b>217</b>
1. Körperschaftsteuer.....	217
2. Gewerbesteuer .....	221
3. Umsatzsteuer .....	221
4. Kapitalertragsteuer.....	222
5. Grunderwerbsteuer .....	222
6. Schenkungsteuer.....	222
<b>Anhang .....</b>	<b>223</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>233</b>



# Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Zeitschrift des Bayerischen Obersten Landesgerichts
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
ESt	Einkommensteuer
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung

ESTG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FinMin	Finanzministerium
GewA	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GewSt	Gewerbesteuer
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
i.G.	in Gründung
InsO	Insolvenzordnung
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGa.A.	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSt	Körperschaftsteuer
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Montan-MitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
n.rkr.	nicht rechtskräftig
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
U.K.	United Kingdom
UmwG	Umwandlungsgesetz
USt	Umsatzsteuer

UStG	Umsatzsteuergesetz
VereinsG	Vereinsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

# I. Wahl der Unternehmensform

Für Ihr Vorhaben steht eine Reihe von Unternehmensformen zur Verfügung, die es abzuwägen gilt. In Betracht kommen könnten

- Offene Handelsgesellschaft (OHG),
- Kommanditgesellschaft (KG),
- Stille Gesellschaft,
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft),
- GmbH & Co. KG,
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),
- Aktiengesellschaft (AG),
- Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA),
- Eingetragene Genossenschaft eG.

Bei der Wahl der zutreffenden Rechtsform ist neben dem künftigen Unternehmenszweck, der Größe des zu gründenden Unternehmens und der Zahl der möglichen Gesellschafter vor allem die *Haftung* von entscheidender Bedeutung. In diesem Punkt nämlich unterscheiden sich die einzelnen Gesellschaftsformen erheblich. Dabei ist stets zu bedenken, dass die Haftung für Unternehmer leicht ruinös werden kann. Schließlich haben in den letzten 3 Jahren über 100.000 Unternehmen in Deutschland Insolvenz angemeldet.

Die gesellschaftliche Verbundenheit begründet ein gegenseitiges Treueverhältnis unter den Gesellschaftern, bei dem sich die Sonderinteressen des einzelnen Gesellschafters dem Gemeinschaftsinteresse weitgehend unterordnen oder mit diesem in Einklang gebracht werden müssen. Aus diesem Verhältnis zueinander ergibt sich die Eigenart des Gesellschaftsrechts, bei dem es sowohl um Schutz und Sicherung der gemeinsamen Interessen anderer Personen als auch um den Ausgleich und die Abstimmung der Interessen untereinander geht. Im Einzelnen gilt hinsichtlich der Haftung:

Bei der *OHG* ist die Haftung gesamtschuldnerisch. Jeder Gesellschafter haftet unmittelbar und unbeschränkt mit seinem Geschäfts- und Privatvermögen sowie solidarisch für die Schulden der Gesellschaft (§ 128 HGB). Eine entgegenstehende Vereinbarung wäre Dritten gegenüber unwirksam. Eintretende Gesellschafter haften für die vor ihrem Eintritt bestehenden Schulden der Gesellschaft in gleicher Weise (§ 130 HGB). Bei Auflösung oder beim Aus-

scheiden aus der Gesellschaft haften die Gesellschafter für die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten noch fünf Jahre (§ 159 HGB). Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an dem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird. Ein Ausschluss der Haftung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Vor Eintragung der *KG* in das Handelsregister haften alle Gesellschafter unbeschränkt. Nach der Eintragung haften die Kommanditisten den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe ihrer Einlage unmittelbar. Soweit die Einlage geleistet ist, ist die Haftung ausgeschlossen. Die Komplementäre dagegen haften unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen.

Der *stille Gesellschafter* tritt als solcher nach außen nicht in Erscheinung und nimmt am Verlust nur bis zum Betrag seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil (§ 232 Abs. 2 HGB). Er ist nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, wird der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet. Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn entfallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Insolvenzforderung geltend machen (§ 236 Abs. 1 HGB). Der stille Gesellschafter haftet somit nicht gegenüber den Gläubigern; er gleicht ihnen gegenüber einem Darlehensgläubiger. Im Übrigen richtet sich die Haftung des Inhabers nach den Bestimmungen über die Rechtsform, in der das Unternehmen betrieben wird.

*BGB-Gesellschafter* haften im Allgemeinen wie die OHG-Gesellschafter als Gesamtschuldner, d.h. unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen (§ 421 BGB). Der Gläubiger kann die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern. Bis zur Bewirkung der gesamten Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet. Zulässig ist es, dass die Haftung durch Vereinbarung mit den Gläubigern auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt wird.

Bei der *GmbH&Co. KG* ist die Haftung wie bei der *KG* ausgestaltet. Die Komplementär-GmbH haftet dabei unbeschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Ist die GmbH der alleinige Komplementär, wird die persönliche unbeschränkte Haftung von beteiligten natürlichen Personen vermieden. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen werden im Insolvenzfall nach § 172a HGB wie Eigenkapital der Gesellschaft behandelt.

Anders bei der *GmbH*. Hier haftet das Gesellschaftsvermögen in voller Höhe. Nur vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister haften alle Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch. Nach der Eintragung im Handelsregister schulden die Gesellschafter der Gesellschaft lediglich ihre rückständige Einlage. Es ist zulässig, dass im Gesellschaftsvertrag eine beschränkte oder unbeschränkte Nachschusspflicht gegenüber der Gesellschaft festgelegt wird. Ist die Nachschusspflicht nicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt, hat jeder Gesellschafter, falls er die Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, das Recht, sich von der Zahlung des auf den Geschäftsanteil eingeforderten Nachschusses dadurch zu befreien (Abandonrecht), dass er innerhalb eines Monats nach der Aufforderung zur Einzahlung den Geschäftsanteil der Gesellschaft zur Verfügung stellt, damit sie sich daraus befriedigen kann.

Ferner werden eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall wie Eigenkapital behandelt.

GmbH's zählen zu den Säulen der deutschen mittelständischen Unternehmen. Sie können nach deutschem Recht zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Dies führt zu einer weiten Verbreitung und Anwendung der Gesellschaftsform der GmbH in den verschiedensten Bereichen.

Wie bei der GmbH haftet auch bei der AG das Gesellschaftsvermögen in voller Höhe. Vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister haften die Handelnden persönlich und unbeschränkt, nach der Eintragung entfällt die persönliche Haftung. Die Aktionäre schulden lediglich noch nicht geleistete Einlagen; eine Befreiung von dieser Verpflichtung ist nicht möglich. Das Aktienrecht kennt ferner keine Nachschusspflicht der Aktionäre.

Bei der KGaA haften die Komplementäre wie die Komplementäre der KG unbeschränkt. Im Übrigen gelten für die Kommanditaktionäre die Bestimmungen der AG.

Das Vermögen der eingetragenen *Genossenschaft eG* haftet den Gläubigern gegenüber. Das Statut der Genossenschaft eG muss Bestimmungen enthalten, ob im Insolvenzfall die Genossen unbeschränkte oder auf eine bestimmte Haftsumme beschränkte Nachschüsse zu leisten haben oder davon befreit sind. Im Haftungsfall haften die Genossen auch für die vor ihrem Eintritt bestehenden Verbindlichkeiten der Genossenschaft eG. Entgegenstehende Abmachungen sind unwirksam.

Haben Sie sich danach zur Gründung Ihres Unternehmens für die Rechtsform der *GmbH* entschieden, steht Ihnen neben der klassischen GmbH nach dem (deutschen) GmbHG die *U.K. Limited Company* zur Verfügung. Diese bietet insbesondere Existenzgründern, kleinen und mittleren Unternehmen Möglichkeiten, die Vorteile der garantierten europäischen Niederlassungsfreiheit zu nutzen und eine Kapitalgesellschaft mit einfachem, unbürokratischem Gesellschaftsrecht zu gründen. Der deutsche Gesetzgeber wird sich auf Dauer dem Zwang nicht entziehen können, das deutsche GmbHG insoweit „zu entschlacken“ und an die europäische Entwicklung anzupassen.

Erstmals im Jahre 2003 hat der BGH<sup>1</sup> die Rechtsfähigkeit der U.K. Limited Company mit Verwaltungssitz in Deutschland anerkannt. Gegenüber der GmbH nach deutschem Recht ist die Gründung einer Private Company einfach, preiswert und schnell. Die Gründungskosten für eine GmbH betragen für eine kleinere GmbH i.d.R. 750 – 2000 €, für die Limited Company ab 259 €. Die Gründungsdauer für eine GmbH beträgt mindestens 4 – 12 Wochen, die einer Limited Company 5-7 Tage (eine Schnellgründung innerhalb von 24 Stunden ist möglich).

In der Regel erfolgt die Gründung einer U.K. Limited Company durch Ausstellung der Gründungsurkunde (Certificate of Incorporation) seitens des Registrators, einem Beamten des Companies House, der das zentrale Gesellschaftsregister führt. Ein dem deutschen Handelsregister entsprechendes Register bei Gericht gibt es in Großbritannien nicht.

---

<sup>1</sup> BGH 13.3.2003, BGHZ 154, 185

Die Gründungsvoraussetzungen einer U.K. Limited Company sind einfach. Die Unternehmensgründer (promoter) müssen die Gesellschaft anmelden, eine Grundgebühr in Form eines Schecks über 20 £ bezahlen und folgende Unterlagen vorlegen:

- Gesellschaftsvertrag, der von den Gesellschaftern unterzeichnet ist;
- Anschrift des Gesellschaftssitzes;
- Personalien des Geschäftsführers bzw. der Geschäftsführer und des Sekretärs (Name, Wohnanschrift, Alter, Beruf);
- Angabe der Höhe des Nominalkapitals und des Nennwerts der einzelnen Anteile;
- Erklärung, dass eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgeschlossen wird;
- eidesstattliche Versicherung eines Rechtsanwalts oder eines ernannten Geschäftsführers, dass die Gründungsvorschriften eingehalten worden sind.

Vielfach wird auf die besonders einfache und schnelle Variante zur Gründung einer Private Limited Company über Beratungsgesellschaften und das Internet hingewiesen. Diese Gründungsvariante erscheint aber nur für rechtskundige Interessenten geeignet. Im Gegensatz zum deutschen GmbH-Recht werden in Großbritannien Gesellschaftsverträge nämlich nicht notariell beurkundet, d.h. es findet keine rechtliche Beratung statt.

Das britische Recht sieht keinen Haftungsdurchgriff vor. Die Gesellschafter haften nicht gegenüber Gläubigern, sondern nur gegenüber der Gesellschaft. Auch kennt das britische Recht nicht die Ein-Personen-Gründung einer Limited Company nach deutschem Verständnis. Zwar können director und shareholder in einer Person zusammenfallen, doch sieht die Verfassung der Limited Company zwingend ein weiteres Organ vor, nämlich den Sekretär (secretary), der nicht personenidentisch mit dem Geschäftsführer sein darf.

Bei der U.K. Limited Company haftet der Geschäftsführer sowohl bei vorsätzlichen als auch fahrlässigen Pflichtverletzungen in Ausübung seiner Tätigkeit der Gesellschaft gegenüber persönlich für den entstandenen Schaden. Diese Haftung kann nicht ausgeschlossen werden. Ferner spielt ein etwaiges Verschulden keine Rolle. Nur dann, wenn der Geschäftsführer ein fehlendes Verschulden nachweist, kann ihn das Gericht von seiner Haftung ganz oder teilweise befreien.

In Großbritannien gibt es keine Arbeitnehmermitbestimmung in Form der deutschen Unternehmensmitbestimmung. Der Arbeitnehmerschutz wird lediglich durch die Gewerkschaften wahrgenommen. Das hat zur Folge, dass auch bei einem Unternehmen, das in Deutschland in einer britischen Rechtspersönlichkeit tätig ist, die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer nicht gelten. Unabhängig davon kann jedoch in jedem deutschen Betrieb mit mindestens 5 Arbeitnehmern gemäß § 1 BetrAVG ein Betriebsrat gebildet werden.

Obwohl die U.K. Limited Company wegen der einfachen und schnellen Gründung vielfach empfohlen wird, werden dennoch die GmbH's in Deutschland weiterhin überwiegend nach deutschem Recht gegründet. Dies trägt auch insofern zur Rechtssicherheit bei, als die diese

Rechtsform betreffenden Rechtsstandards allgemein bekannt sind und es zu ihrer Auslegung und Anwendung eine Fülle von Rechtsprechung gibt, so dass Rechtssicherheit in hohem Maße gewährleistet erscheint.

Die Gründung einer GmbH ist in Deutschland zu einem oftmals langwierigen Verfahren geworden. Die aus dem Jahr 1892 stammende Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG sieht noch heute vor, dass eine GmbH erst dann in das Handelsregister eingetragen werden kann, wenn dem Registergericht alle staatlichen Genehmigungsurkunden vorgelegt worden sind, die die GmbH für die Verwirklichung des in ihrer Satzung festgelegten Unternehmensgegenstands nach einer in Deutschland geltenden Norm des öffentlichen Rechts bedarf. Das gilt sogar, wenn nur für einen Teil des Unternehmensgegenstands eine Genehmigung notwendig ist. Diese Regelung stellt für die Praxis der Unternehmensgründung oftmals einen deutlichen bürokratischen Aufwand dar.<sup>2</sup>

Nach Zahlen, die die Stiftung Marktwirtschaft im Juli 2005<sup>3</sup> veröffentlichte, leiden besonders Unternehmensgründer in Deutschland unter den hohen bürokratischen Hürden, die der deutsche Gesetzgeber für Unternehmensgründungen aufgestellt hat. Ein Gründungswilliger muss danach in Deutschland mindestens neun behördliche Interaktionen in steuer- und arbeitsrechtlich bedingten Angelegenheiten bewältigen. Für diese Angelegenheiten benötigt er durchschnittlich 45 Arbeitstage und damit 5 Arbeitstage mehr als im Durchschnitt der EU und etwa 40 Tage mehr als in Großbritannien oder Dänemark. Der Gründungswillige muss darüber hinaus noch sonstige staatliche Genehmigungen einholen. Nach den von der Stiftung Marktwirtschaft veröffentlichten Zahlen muss jeder dritte Unternehmensgründer zwischen 3 und 5 anderweitige staatliche Genehmigungen einholen; 10 v.H. der Unternehmensgründer benötigen sogar mehr als 9 Genehmigungen. Diese bürokratischen Hürden verzögern nicht nur Neugründungen, sondern schrecken auch potenzielle Unternehmensgründer ab. Nach den veröffentlichten Zahlen der Stiftung Marktwirtschaft dauerte die Unternehmensgründung wegen der bürokratischen Hemmnisse bei 42 v.H. aller Gründungen mehr als 6 Monate länger als geplant. Gerade hinsichtlich des Wettbewerbs der GmbH mit der britischen Limited Company sind diese Gründungszeiten nicht mehr akzeptabel.

Die bürokratischen Schwellen werden durch die Regelung der notwendigen Vorlage aller erforderlichen Genehmigungen vor Eintragung in das Handelsregister noch verschärft, denn die Eintragung verzögert sich so lange, bis alle notwendigen Genehmigungen dem Registergericht vorliegen. Das Registergericht kann vom Gründungswilligen eine Individualisierung des Unternehmensgegenstands fordern, um eine weitere Genehmigungsbedürftigkeit zu prüfen. Bei Zweifeln an der Genehmigungsbedürftigkeit kann das Registergericht die Eintragung in das Handelsregister auch davon abhängig machen, dass der Gründungswillige ein so genanntes Negativattest der zuständigen Behörde vorlegt, aus dem hervorgeht, dass er keine Genehmigung benötigt. Weiterhin gibt es Fälle staatlicher Genehmigungen, die erst erteilt werden können, wenn die Eintragung in das Handelsregister bereits erfolgt ist. Der Gründungswillige muss in solchen Fällen dem Registergericht eine so genannte Unbedenklich-

---

<sup>2</sup> BT-Drucks. 16/671

<sup>3</sup> Argumente zu Marktwirtschaft und Politik, Nr. 91, 5



keitsbescheinigung der für die Genehmigung zuständigen Behörde vorlegen, um die Eintragung zu erreichen.

Einziger Sinn der Regelung ist es zu erreichen, dass eine juristische Person entsteht, der im Zeitpunkt der Eintragung die wegen ihres Unternehmensgegenstands notwendige staatliche Genehmigung fehlt. Alle staatlichen Behörden sind jedoch auch außerhalb des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG dazu verpflichtet, eine Tätigkeit, die ohne eine erforderliche Genehmigung betrieben wird zu unterbinden. Wird nach Eintragung in das Handelsregister die zuvor erteilte Genehmigung widerrufen, hat dies weder Einfluss auf die Eintragung noch auf den eingetragenen Unternehmensgegenstand. Eine Löschung von Amts wegen ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt. Selbst eine zu Unrecht erfolgte Eintragung in das Handelsregister bleibt zunächst bestehen. Die notwendige Genehmigung wird nachgefordert und im üblichen Genehmigungsverfahren notfalls mit Zwangsgeldern erzwungen. Es gibt somit keinen Grund, an der Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG festzuhalten. Auch nach einer Streichung bleiben die Verantwortlichen der GmbH verpflichtet, alle notwendigen Genehmigungen einzuholen.<sup>4</sup>

Die zukünftige Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts wird wesentlich durch den Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union bestimmt werden, der gegenwärtig diskutiert wird. Gründe für neue Initiativen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene sind vor allem durch die zunehmende Tendenz europäischer Unternehmen veranlasst, grenzüberschreitend tätig zu werden. Daraus ergibt sich zwingend die Notwendigkeit, gemeinsame gesellschaftsrechtliche Bestimmungen zur Erleichterung der Niederlassung und der grenzübergreifenden Umstrukturierung vorzunehmen. Von dieser Entwicklung wird auch das deutsche GmbH-Recht in hohem Maße betroffen sein.

---

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/671

## II. GmbH im Überblick

### 1. Gesellschaftszweck

Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) können nach Maßgabe des § 1 GmbHG zu jedem nach diesem Gesetz zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.

Die zulässigen Zwecke können erwerbswirtschaftlicher oder ideeller Art sein und auch sonstige wirtschaftliche Ziele verfolgen.

Hauptsächlich werden GmbH's zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken gegründet, d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht. Beispiele hierfür sind Produktions-GmbH, Vertriebs-GmbH und Dienstleistungs-GmbH. Die Gründung kann zur Umsetzung ideeller Zwecke dienen, wenn soziale, sportliche, politische oder religiöse Aufgaben erfüllt werden sollen. Sonstige wirtschaftliche Zwecke sind meist das Gründungsmotiv, wenn eine gewerbliche Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen werden soll, z.B. als Entwicklungsgesellschaft mbH, Kreditgarantiegemeinschaft-GmbH oder als Unternehmen der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge.

Es ist nicht erforderlich, dass die zu gründende GmbH ein Handelsgewerbe i.S.d. §§ 1, 2 HGB betreibt, denn sie gilt nach § 13 Abs. 3 GmbHG bereits als Handelsgesellschaft i.S.d. HGB. Das hat zur Folge, dass auf die GmbH neben dem GmbHG stets auch die für Kaufleute geltenden Vorschriften des HGB anzuwenden sind. Im Einzelnen sind dies

- §§ 8 ff. HGB betreffend Handelsregister,
- §§ 17 ff. HGB betreffend Firma,
- §§ 48 ff. HGB betreffend Prokura,
- §§ 238 i.V.m. §§ 264 ff. HGB betreffend Buchführung und Bilanzierung,
- §§ 343 ff. betreffend Handelsgeschäft.

Bei der Gründung einer GmbH müssen Sie bedenken, dass die Wahl der Rechtsform der GmbH für bestimmte Tätigkeiten gesetzlich untersagt ist. Auch darf eine GmbH nicht zur Verfolgung sittenwidriger Zwecke gegründet werden.

Gesetzlich ausgeschlossen ist die Gründung einer GmbH u.a. für

- den Betrieb einer Apotheke (§ 8 Gesetz über das Apothekerwesen),
- den Betrieb einer Bausparkasse (§ 2 Abs. 1 Gesetz über Bausparkassen),
- den Betrieb einer Hypothekbank (§ 2 Hypothekbankgesetz),
- den Betrieb von Schiffspfandbriefanstalten (§§ 1, 2 SchiffsbankG), die Ausübung des Versteigerungsgewerbes (§ 34b Abs. 5 Satz 1 GewO),
- den Betrieb eines verbotenen Glücksspiels, die Bildung eines Kartells oder Syndikats, es sei denn, dass das GWB ausnahmsweise die Bildung eines derartigen Zusammenschlusses zulässt.

Unzulässig wegen Verfolgung sittenwidriger Zwecke ist die Gründung einer GmbH u.a. für

- den Austausch von Finanzwechseln,
- das Betreiben von Wertpapiergeschäften nach dem Schneeballsystem<sup>5</sup>,
- Fluchthilfeunternehmen,
- Menschenhandel,
- die Förderung, Vorbereitung und Ausnützung strafbarer Handlungen wie z.B. An- und Verkauf von Diebesgut.

Die Ausübung eines freien Berufes in der Rechtsform einer GmbH ist von Gesetzes wegen grundsätzlich nur für Steuerberater (§ 49 StBerG), Wirtschaftsprüfer (§ 27 WPO), vereidigte Buchprüfer (§ 128 WPO), Rechtsanwälte (§§ 59c ff BRAO)<sup>6</sup>, Zahnärzte<sup>7</sup>, Architekten und Ingenieure zulässig.

## 2. Gesellschafter

Die GmbH kann durch eine oder mehrere Personen gegründet werden. Dabei können Gesellschafter sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Wird sie von einer Person gegründet, spricht man von einer Ein-Personen-GmbH, wird sie von zwei Gesellschaftern ge-

---

<sup>5</sup> OLG Köln 1.7.1971, BB 1971, 1209

<sup>6</sup> BayOLG 24.11.1994, NJW 1995, 199

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf 10.10.1991, AnwBl. 1992, 133, bestätigt durch BGH 25.11.1993, NJW 1994, 786

gründet, nennt man sie eine zweigliedrige GmbH. Auch eine BGB-Gesellschaft, ein nicht-rechtsfähiger Verein, eine Erbengemeinschaft<sup>8</sup> können als Gründungsgesellschafter auftreten.

Nicht voll Geschäftsfähige (Minderjährige und sonstige beschränkt geschäftsfähige Personen, §§ 106 – 113 BGB) können als Gründer einer GmbH nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB) tätig werden. Möchte sich der gesetzliche Vertreter selbst an der Gründung der GmbH beteiligen, muss zusätzlich ein Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) bestellt werden (§§ 1629, 1795, 181 BGB). Dabei ist es jedoch rechtlich noch nicht abschließend geklärt, ob auch eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung erforderlich ist. Dies dürfte jedoch der Fall sein, wenn die GmbH als eine Erwerbsgesellschaft gegründet wird.

Wird z.B. einem minderjährigen Kind ein Geldbetrag mit der Auflage geschenkt, dass sich das Kind mit diesem Betrag an einer zu gründenden GmbH beteiligt, so bedarf dieses obligatorische Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 1 BGB der notariellen Form. Nach § 518 Abs. 2 BGB wird jedoch ein Formmangel durch Bewirken der Leistung geheilt. Das kann dadurch geschehen, dass der geschenkte Betrag entweder auf ein Konto des Minderjährigen oder direkt auf das Konto der GmbH i.G. überwiesen wird. Da jedoch das minderjährige Kind durch die Schenkung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich (§§ 1629, 1795, 1909 BGB).

Bei der Gründung einer GmbH kommt es nicht auf die Nationalität der handelnden Personen an. So können auch Ausländer Gründungsgesellschafter sein oder sich an einer bereits errichteten Gesellschaft als weitere Gesellschafter beteiligen. Dabei können sie sich, wie auch jeder Inländer, durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Die in diesem Fall auszustellende Vollmacht muss notariell beurkundet (§ 128 BGB) oder beglaubigt (§ 129 BGB, § 40 BeurkG) werden.

### 3. Gesellschaftsvertrag

Bei der Gründung einer GmbH sind bestimmte Formvorschriften zu beachten. So bedarf der Gesellschaftsvertrag (siehe Muster Anlage 1) nach § 2 Abs. 1 GmbHG der notariellen Form. Auch ist er von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen.

Zulässig ist es, wenn die Gesellschafter die Unterschriften in zeitlichem Abstand oder bei verschiedenen Notaren abgeben. Sollte aus irgendeinem Grund ein Gründungsgesellschafter seine Unterschrift nicht unter die notarielle Urkunde gesetzt haben, kann dies durch Nach-

---

<sup>8</sup> OLG Hamm 18.11.1974, BB 1975, 293, betreffend Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH unter Beteiligung einer Erbengemeinschaft

tragsverhandlung geheilt werden<sup>9</sup>. Das gilt sogar dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter mit dem Inhalt der formnichtigen Urkunde nicht mehr einverstanden sind.

Lässt sich ein Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages vertreten, so bedarf die auszustellende Vollmacht (siehe Muster Anlage 2) der notariellen Form oder muss beglaubigt sein (§ 2 Abs. 2 GmbHG). Wird diese Formvorschrift nicht gewahrt, besteht ein Eintragungshindernis bei der Anmeldung zum Handelsregister. Der Vollmachtgeber kann dieses Eintragungshindernis jederzeit durch eine Erklärung, die in der vorgeschriebenen Form abzugeben ist, beseitigen.

Beabsichtigt der Bevollmächtigte, sich ebenfalls persönlich an der GmbH zu beteiligen oder deren Geschäftsführer zu werden, so ist es im Hinblick auf § 35 Abs. 4 GmbHG zweckmäßig, in die Vollmacht folgende Formulierung aufzunehmen:

*„Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und berechtigt, Untervollmachten in demselben Umfang zu erteilen ...“.*

Soll bei der zu errichtenden GmbH eine juristische Person Gesellschafterin werden, wird sie bei diesem Rechtsakt durch ihre Organe (Vorstand, Geschäftsführer) vertreten. Diese Vertreter benötigen keine besondere Bevollmächtigung, denn ihre Vertretungsbefugnis ergibt sich bereits aus ihrer Stellung und wird durch einen Handelsregisterauszug (§ 9 Abs. 3 HGB) nachgewiesen.

Sofern Gesellschafter der zu errichtenden GmbH eine Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG) werden soll, wird diese beim Gründungsakt durch ihre geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter vertreten (§§ 114 – 116 HGB).

Keine besondere Bevollmächtigung wird benötigt, wenn der Prokurist eines Unternehmens, das Mitgesellschafter einer zu errichtenden GmbH ist, für dieses Unternehmen beim Gründungsakt der GmbH auftritt (§ 9 Abs. 3 HGB). Anders jedoch, wenn es sich nur um einen Handlungsbevollmächtigten handelt. Wenn dieser beim Gründungsakt der GmbH den GmbH-Gesellschafter vertritt, so benötigt er nach § 2 Abs. 2 GmbHG eine notariell errichtete oder beglaubigte Vollmacht.

Problematisch wird die Angelegenheit, wenn ein Treuhänder oder Strohmann auftritt. Derartige Personen handeln nicht als Bevollmächtigte, sondern im eigenen Namen. Das hat zur Folge, dass sie Gesellschafter werden und persönlich für die Einlage haften<sup>10</sup>.

Aus Gründen der Praktikabilität wird bei Gründung einer GmbH häufig anstelle der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ein Gründungsprotokoll in notarieller Form erstellt, dem die Satzung der GmbH als Anlage und wesentlicher Bestandteil beigelegt wird (§§ 8 ff. BeurkG).

Die Zustimmung aller Gesellschafter ist erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister geändert werden soll. Diese Änderung bedarf

---

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf 7.10.1998, DNotJ-Report 1999, 154

<sup>10</sup> BGH 7.10.1956, BGHZ 21, 378; 14.12.1959, BGHZ 31, 258

wie der Vertrag selbst der notariellen Form. Soll die Änderung nach Eintragung der GmbH in das Handelsregister erfolgen, genügt ein Beschluss der Gesellschafter mit Dreiviertelmehrheit (§§ 53, 54 GmbHG); dieser Beschluss bedarf von der Form her ebenfalls der notariellen Beurkundung.

Eine Besonderheit ist zu beachten, wenn eine Ein-Personen-GmbH gegründet werden soll: Hier muss nicht nur in notarieller Form erklärt werden, dass eine GmbH errichtet werden soll, sondern es muss auch, wenn vor Eintragung in das Handelsregister nur ein Viertel der Stammeinlage und damit des Stammkapitals geleistet werden soll, für den übrigen Teil eine Sicherheit bestellt werden, damit die Ein-Personen-Gründung zum Handelsregister angemeldet werden kann (§ 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG). Das Vorhandensein dieser Sicherheit muss von dem anmeldenden Geschäftsführer in öffentlich beglaubigter Form versichert werden (§ 8 Abs. 2 GmbHG, §§ 39, 40 BeurkG).

Es ist ratsam, beim Gründungsakt einer GmbH die Formvorschriften strikt einzuhalten. Ist nämlich beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages die notarielle Form nicht beachtet, so sind der Gesellschaftsvertrag und die Satzung der GmbH nichtig (§ 125 BGB).

Wird bei der Gründung der GmbH ein Gesellschafter vertreten und hat dieser Vertreter keine beurkundete oder beglaubigte Vollmacht, sondern nur eine schriftliche Vollmacht und wird die GmbH gleichwohl in das Handelsregister eingetragen, so wird der Formmangel durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geheilt. Diese Rechtswirkung tritt aber nicht ein, wenn überhaupt keine wirksame Vollmacht erteilt worden ist.

## 4. Inhalt des Gesellschaftsvertrages

Nach § 3 GmbHG muss ein Gesellschaftsvertrag folgende Mindestangaben enthalten:

- Firma und Sitz der Gesellschaft;
- Gegenstand des Unternehmens;
- Betrag des Stammkapitals;
- Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage).

Soll das Unternehmen auf eine gewisse Zeit beschränkt sein oder sollen den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden, so müssen auch diese Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden (§ 3 Abs. 2 GmbHG).

Die Anmeldung zum Handelsregister selbst bedarf nicht der notariellen Beurkundung; es genügt die öffentliche Beglaubigung (§ 128 BGB, § 40 BeurkG), die jedoch i.d.R. von einem Notar vorgenommen wird.

Die Bestimmung der *Firma* kann unabhängig vom Unternehmensgegenstand erfolgen. Der Firmenname muss auch nicht den Namen eines oder aller Gesellschafter enthalten. Phantasiennamen sind nicht verboten. Vorgeschrieben ist in § 4 GmbHG lediglich, dass die Firma die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung („GmbH“) enthalten muss. Zu beachten ist ferner § 30 HGB, wonach sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss.

Nach § 3 Abs. 1 GmbHG ist im Gesellschaftsvertrag u.a. der *Sitz der Gesellschaft* anzugeben. Sitz der Gesellschaft ist der Ort, den der Gesellschaftsvertrag hierzu bestimmt (§ 4a Abs. 1 GmbHG). Das wird i.d.R. der Ort sein, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, wo sich die Geschäftsleitung befindet oder wo die Verwaltung geführt wird (§ 4a Abs. 2 GmbHG).

Bei der Angabe des *Gegenstandes des Unternehmens* kommt es entscheidend auf die Interessenlage der Gründer an. Es ist ratsam, den Gegenstand des Unternehmens möglichst eng zu fassen, wenn es vorbeugend dem Geschäftsführer der GmbH erschwert werden soll, im Geschäftszweig der GmbH Geschäfte auf eigene Rechnung zu tätigen. Bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer kann die Interessenlage eine andere sein; bei dieser Gestaltung sollte der Gegenstand des Unternehmens möglichst weit gefasst werden, um der Gesellschaft später ohne Satzungsänderung eine freie Entfaltung der Geschäftstätigkeit zu ermöglichen. Das gilt jedoch mit der Einschränkung, dass die Öffentlichkeit durch die Bekanntgabe der Eintragung im Handelsregister in groben Zügen über den Tätigkeitsbereich der neu gegründeten Gesellschaft informiert werden soll.

Bei der zwingend erforderlichen Angabe des *Stammkapitals* und der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden *Stammeinlage* (Gesellschaftereinlage) ist zu beachten, dass der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen muss (§ 5 Abs. 3 Satz 3 GmbHG). Das Stammkapital der Gesellschaft muss mindestens 25.000 €, die Stammeinlage jedes Gesellschafters muss mindestens 100 € betragen. Die Übernahme mehrerer Stammeinlagen durch einen Gesellschafter ist bei Errichtung der GmbH nicht zulässig (§ 5 Abs. 2 GmbHG).

Zulässig ist, dass der Betrag der Stammeinlage für die einzelnen Gesellschafter verschieden hoch festgelegt wird. Zwingend vorgeschrieben ist nur, dass er durch 50 teilbar sein muss (§ 5 Abs. 3 GmbHG).

Sollte im Gesellschaftsvertrag der vorgeschriebene Mindestinhalt nicht enthalten sein, kann die Eintragung im Handelsregister nicht erfolgen. Das Registergericht wird in diesem Fall aufgeben, das Eintragungshindernis in angemessener Frist zu beseitigen. Wird dieser Aufforderung nicht nachgekommen, wird der Eintragungsantrag endgültig abgelehnt.