



**HEMMER / WÜST / SEUFFERT**

# **KAPITALGESELLSCHAFTSRECHT**

## **Das Prüfungswissen**

- für Studium
- und Examen

**6. Auflage**

# E-BOOK SKRIPT KAPITALGESELLSCHAFTSRECHT

Autoren: Hemmer/Wüst/Seuffert

6. Auflage 2020

ISBN: 978-3-86193-926-9

# INHALTSVERZEICHNIS

## E-BOOK SKRIPT KAPITALGESELLSCHAFTSRECHT

### § 1 EINFÜHRUNG

A) Gesellschaftsrecht in der Ersten Juristischen Staatsprüfung

B) Begriff der Kapitalgesellschaften

### § 2 DIE GRÜNDUNG VON KAPITALGESELLSCHAFTEN

A) Gründungsvoraussetzungen im Überblick

B) Gründung der GmbH

I. Ablauf des Gründungsvorgangs (Überblick)

II. Der Gesellschaftsvertrag

1. Gesellschaftsvertrag und Satzung

2. Abschluss des Gesellschaftsvertrags

a) Mängel bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages

b) Parteien des Gesellschaftsvertrages

III. Inhalt der Satzung

1. Obligatorischer Satzungsinhalt

a) Die Firma der GmbH

b) Sitz der GmbH

c) Gegenstand des Unternehmens

d) Stammkapital, Stammeinlagen

2. Fakultativer Satzungsinhalt

3. Nebenordnungen

IV. Bestellung der Gründungsgeschäftsführer

V. Leistung der Einlagen

1. Bargründung, §§ 7 II, 8 II GmbHG

a) Leistung

b) Endgültige freie Verfügbarkeit

2. Sachgründung

VI. Anmeldung und Eintragung der GmbH

C) Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

D) Besonderheiten bei der Gründung der AG

E) Gründungsmängel

I. Mängel des Gesellschaftsvertrages

1. Nach Vertragsschluss

2. Nach Invollzugsetzung

3. Nach Eintragung

II. Mängel der Beitrittserklärung

F) Gründungshaftung

G) Rechtsverhältnisse der Vorgesellschaft

I. Die Gründungsphasen im Überblick

1. Die Vorgesellschaft
  2. Abgrenzung zur Vorgründungsgesellschaft
  3. Die maßgeblichen Fragestellungen
- II. Rechtsnatur der Vorgesellschaft
- III. Der Übergang von Rechten und Pflichten zwischen den Gründungsphasen
1. Übergang von Rechten und Pflichten von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft?
  2. Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die entstandene GmbH
    - a) Das Vorbelastungsverbot
    - b) Identitätswahrende Umwandlung und Vorbelastungshaftung
- IV. Anwendbares Recht
1. Innenrecht der Vor-GmbH
  2. Außenrecht der Vor-GmbH
    - a) Handlungsverfassung
    - b) Haftungsverfassung
- V. Klausurbeispiel zur Vor-GmbH

#### H) Vorratsgründung und Mantelkauf

### § 3 DIE ORGANISATIONSVERFASSUNG DER KAPITALGESELLSCHAFTEN

#### A) Überblick

#### B) Geschäftsleitung: Geschäftsführer und Vorstand

- I. Bestellung und Abberufung der Geschäftsleitung
1. Grundsätzliches
  2. Bestellungsverfahren
    - a) Bestellungsakt
    - b) Anstellungsvertrag
    - c) Verhältnis von Bestellung zu Anstellung
  3. Abberufung des Geschäftsleiters
    - a) GmbH-Recht
    - b) Aktienrecht
    - c) Wirkung der Abberufung auf den Anstellungsvertrag
- II. Rechte und Pflichten des Geschäftsleiters
1. Vertretung der Gesellschaft
  2. Geschäftsführung
    - a) Aktienrecht
    - b) GmbH-Recht
  3. Weitere Pflichten des Geschäftsführers / Vorstandes
- III. Haftung des Geschäftsleiters
1. Haftung gegenüber der Gesellschaft
    - a) GmbH-Recht
    - b) Ansprüche der Aktiengesellschaft
    - c) Übersicht über die Ansprüche der Gesellschaft
  2. Haftung gegenüber den Gesellschaftern
  3. Haftung gegenüber Dritten
    - a) Deliktische Eigenhaftung, § 823 I BGB
    - b) Deliktische Eigenhaftung, § 823 II BGB i.V.m. Schutzgesetz

c) Eigenhaftung aus §§ 311 II Nr. 1-3, III, 280 I BGB

## C) Hauptversammlung und Gesellschafterversammlung

### I. Kompetenzen

1. Grundsätzliches
2. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung der AG
  - a) Grundlagenzuständigkeit
  - b) Wahl und Abberufung der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat
  - c) Entlastung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat
  - d) Weitere Rechte
3. Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung der GmbH
  - a) Grundsätzliches
  - b) Kompetenzen im Einzelnen

### II. Ablauf der Hauptversammlung / Gesellschafterversammlung

1. Die Hauptversammlung der AG
  - a) Die Einberufung der Hauptversammlung
  - b) Ablauf der Hauptversammlung
2. Ablauf der Gesellschafterversammlung der GmbH

### III. Beschlussfassung und Stimmrecht

1. Beschlussfassung
2. Stimmrecht
3. Stimmrechtsverbote
4. Stimmbindungsverträge

### IV. Beschlussmängel

1. Grundsätzliches
2. Einteilung fehlerhafter Beschlüsse
3. Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse
  - a) Zulässigkeit und prozessuale Besonderheiten
  - b) Begründetheit
4. Missbräuchliche Anfechtungsklagen
  - a) Die Problematik
  - b) Früherer Lösungsansatz
  - c) Das Freigabeverfahren gem. § 246a AktG n.F.

### V. Actio pro societate

## D) Aufsichtsrat

### I. Funktion

### II. Bestellung und Abberufung

1. Zusammensetzung des Aufsichtsrats
2. Bestellung des Aufsichtsrats
3. Abberufung des Aufsichtsrats

### III. Innere Organisation des Aufsichtsrats

### IV. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats

### V. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

## § 4 RECHTSSTELLUNG DER GESELLSCHAFTER (MITGLIEDSCHAFT)

### A) Erwerb der Mitgliedschaft

## **I. Aktienrecht**

## **II. GmbH-Recht**

1. Originärer und derivativer Erwerb
2. Die Formvorschriften des § 15 III, IV GmbHG
3. Vinkulierung, § 15 V GmbHG
4. Rechtsstellung des Erwerbers des GmbH-Anteils
5. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen, § 16 III GmbHG

## **B) Verlust der Mitgliedschaft**

### **I. GmbH-Recht**

1. Einziehung
2. Ausschließung eines Gesellschafters
3. Kaduzierung, §§ 21 ff. GmbHG
4. Austritt

### **II. Aktienrecht**

1. Verlust der Mitgliedschaft grundsätzlich nur durch Veräußerung der Aktie
2. Der „Squeeze Out“
  - a) Allgemeines
  - b) Die Voraussetzungen des Ausschlusses
  - c) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Squeeze Out-Beschluss

## **C) Mitgliedschaftsrechte und -pflichten**

### **I. Mitgliedschaftsrechte**

1. Vermögensrechte
  - a) Gewinnbezugsrecht
  - b) Anspruch auf den Liquidationsgewinn
  - c) Bezugsrechte
2. Mitverwaltungsrechte
  - a) Mitwirkungsrechte
  - b) Informationsrechte
3. Sonderrechte
4. Minderheitsrechte (Überblick)

### **II. Mitgliedschaftspflichten**

1. Einlagepflicht
2. Nebenleistungspflichten
  - a) Nachschusspflicht
  - b) Sonderproblem: Der Finanzplankredit
3. Treuepflicht
  - a) Treuepflichten bei der GmbH
  - b) Treuepflichten bei der AG

## **§ 5 FINANZORDNUNG DER KAPITALGESELLSCHAFTEN**

### **A) Grundsystem**

### **B) Aufbringung des Stammkapitals**

#### **I. Gestaltungsformen**

#### **II. Bareinlagen**

1. Einlageanspruch der Gesellschaft
2. Ordnungsgemäße Erfüllung der Einlageforderung
  - a) Reale Mittelzuführung
  - b) Problem: Aufrechnung
3. Rechtsfolgen nicht ordnungsgemäßer Erfüllung
4. Kaduzierungsverfahren

### III. Sacheinlagen

1. Begriff der Sacheinlage
  - a) Die Sacheinlage nach GmbH-Recht
  - b) Die Sacheinlage nach Aktienrecht
2. Rechtsfolgen
  - a) Erlöschen der Einlageverpflichtung
  - b) Differenzhaftung
3. Verschleierte Sachgründung (verdeckte Sacheinlagen)
  - a) Problematik
  - b) Definition
  - c) Fallgruppen verdeckter Sacheinlagen
  - d) Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage
  - e) Rechtsfolgen
  - f) Heilung der verdeckten Sacheinlage

## C) Kapitalerhaltung

### I. Grundsätzliches

### II. Verbot der Einlagenrückgewähr

1. Voraussetzungen
  - a) Unterbilanz
  - b) Auszahlung
  - c) Verdeckte Vorteilsgewährung
2. Rechtsfolgen
  - a) Recht zur Erfüllungsverweigerung
  - b) Rückgewähranspruch gem. § 31 I GmbHG

### III. (Eigenkapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen

1. Grundgedanken
  - a) Der Unterschied zwischen Eigenkapital und Fremdkapital
  - b) Das „magische Dreieck“
  - c) Entwicklung des Rechts der Gesellschafterdarlehen (Eigenkapitalersatzrechts)
2. Anwendungsbereich und Voraussetzungen der Regelungen über Gesellschafterdarlehen
  - a) Einbezogene Gesellschaftsformen
  - b) Der persönliche Anwendungsbereich (Darlehensgeber)
  - c) Die Finanzierungsformen
  - d) Wegfall des Erfordernisses der „Krise der Gesellschaft“
3. Rechtsfolgen der Gesellschafterdarlehen
  - a) Überblick
  - b) Die Rechtsfolgen für Gesellschafterdarlehen nach neuem Recht
  - c) Rechtsfolgen von Kreditsicherheiten von Gesellschaftern

### IV. Erwerb eigener Geschäftsanteile

1. Erwerb eigener Anteile bei der Aktiengesellschaft

2. Erwerb eigener Anteile bei der GmbH

V. Darlehen an Geschäftsleiter

#### D) Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals

I. Grundgedanken

II. Kapitalmaßnahmen als spezielle Satzungsänderungen

III. Kapitalerhöhung

1. Effektive Kapitalerhöhung

2. Nominelle Kapitalerhöhung

IV. Kapitalherabsetzung

### § 6 DIE KAPITALGESELLSCHAFT IM RECHTSVERKEHR

#### A) Gesellschaftsschulden und Haftung

I. Vertragliche Ansprüche

1. Primäransprüche

2. Sekundäransprüche/Ansprüche wegen Leistungsstörungen

II. Quasivertragliche Schuldverhältnisse

III. Gesetzliche Schuldverhältnisse

1. Ansprüche aus Eigentum

2. GoA (§§ 677 ff. BGB)

3. Bereicherungsrecht

4. Delikt

5. Gefährdungshaftung

IV. Haftung der GmbH/AG

V. Patronatserklärung

#### B) Durchgriff durch die Kapitalgesellschaft

I. Haftungsdurchgriff

1. Vermögensvermischung

2. Sphärenvermischung

3. Institutsmissbrauch

4. Materielle Unterkapitalisierung

5. Konzernhaftung (Haftung im qualifiziert faktischen Konzern)

II. Zurechnungsdurchgriff

III. Zurechnungsdurchgriff zugunsten des Gesellschafters

### § 7 BEENDIGUNG DER KAPITALGESELLSCHAFT

#### A) Auflösung und Vollbeendigung

#### B) Auflösungsgründe

#### C) Liquidation

#### D) Vollbeendigung

### § 8 BESONDERHEITEN DER EINMANN-KAPITALGESELLSCHAFTEN

### § 9 KONZERNRECHT



## **A) Grundgedanken**

- I. Konzentrationsvorgänge
- II. Gesellschaftsrechtlicher Regelungsbedarf

## **B) Das Recht der verbundenen Unternehmen**

- I. Rechtsquellen des Konzernrechts
- II. Arten der Konzernbildung

## **C) Der Konzern i.S.d. § 18 AktG**

- I. Unternehmen
- II. Rechtlich selbstständig
- III. Abhängigkeitsverhältnis
- IV. Konzernierung (unter einheitlicher Leitungsmacht)

## **D) Der Aktienkonzern**

- I. Vertragskonzern durch Beherrschungsvertrag
  1. Voraussetzungen
  2. Rechtsfolgen
- II. Vertragskonzern durch Gewinnabführungsvertrag
  1. Voraussetzungen
  2. Rechtsfolgen
- III. Der faktische Aktienkonzern

## **E) Der GmbH-Konzern**

- I. Vertragskonzern
- II. Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (die frühere Rechtsprechung)
  1. Abgrenzung zum einfach faktischen Konzern
  2. Der Konzernhaftungstatbestand (frühere Rechtsprechung)
  3. Die Rechtsfolgen
- III. Die Abkehr des BGH vom qualifiziert faktischen GmbH-Konzern
  1. Die „Bremer Vulkan“- Entscheidung
  2. Die Reichweite der Entscheidung
  3. Gründe der Abkehr vom qualifiziert faktischen GmbH-Konzern
- IV. Das neue Haftungskonzept
  1. Der Haftungsstrang der Kapitalerhaltung
  2. Der Haftungsstrang des Bestandsschutzes
  3. Das Verhältnis von Kapitalerhaltung und Bestandsschutz
  4. Bedeutung des Bestandsschutzes

## **§ 10 SONDERFORMEN DER KAPITALGESELLSCHAFTEN**

### **A) Die KGaA (§§ 278 ff. AktG)**

### **B) Die Kapitalgesellschaft & Co KG**

- I. Problematik
- II. Erscheinungsformen
  1. Nicht personengleiche GmbH & Co KG
  2. Personengleiche oder echte GmbH & Co KG

**3. Doppelstöckige GmbH & Co KG**

**4. Sternförmige GmbH & Co KG**

**III. Rechtliche Behandlung**

**1. Grundsätzliches**

**2. Sondervorschriften für die GmbH & Co KG**

**3. Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gegenüber der KG?**

**4. Besonderheiten der GmbH & Co KG Publikumsgesellschaft**

**WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER**

# § 1 EINFÜHRUNG

## A) Gesellschaftsrecht in der Ersten Juristischen Staatsprüfung

Gesellschaftsrecht gehört nach den Prüfungsordnungen der meisten Bundesländer zum Pflichtstoff für das Erste Juristische Staatsexamen. Der Pflichtfachbereich erstreckt sich dabei aber regelmäßig auf die Personengesellschaften und erfasst die Kapitalgesellschaften – wenn überhaupt – nur in ihren Grundzügen.<sup>1</sup> Daneben bieten aber fast alle Prüfungsordnungen die Möglichkeit, Gesellschaftsrecht als Prüfungsfach vertieft in der Wahlfachgruppe oder als Schwerpunktbereich zu belegen.

Mehrere Gründe machen Gesellschaftsrecht als Wahlfachgruppe oder Schwerpunkt reizvoll: Das Gesellschaftsrecht hat in der Praxis weitreichende Bedeutung. Die Nachfrage nach vertieften gesellschaftsrechtlichen Kenntnissen auf dem juristischen Arbeitsmarkt ist ungebrochen. Insbesondere die großen Wirtschaftskanzleien haben sich auf gesellschaftsrechtlich geprägte Rechtsgebiete spezialisiert (Stichwort „M & A“). Aber auch Gesichtspunkte einer ökonomischen Examensvorbereitung sprechen für Gesellschaftsrecht als Wahlfach: Auf den Grundlagen, die man für den Pflichtfachbereich sowieso beherrschen muss, kann man die Vorbereitung für die Wahlfachgruppe aufbauen. Der Einstieg in die Wahlfachgruppe oder den Schwerpunktbereich fällt so leichter. Insbesondere wenn Sie Ihren Ausbildungsschwerpunkt im Zivilrecht setzen wollen, ist Gesellschaftsrecht als Wahlfachgruppe sicher die richtige Wahl.

Zwar existieren auf dem Buchmarkt zahlreiche Titel zum Recht der Kapitalgesellschaften. Meist wurden diese aber als Nachschlagewerke für die Praxis geschrieben. Für die Fallbearbeitung in der Universitätsprüfung sind sie häufig nur eingeschränkt tauglich. Das vorliegende Skript soll dem interessierten Studenten das notwendige examensrelevante Wissen klausurtypisch aufbereitet vermitteln. Dazu dienen zahlreiche Beispielfälle, die klausurartig gelöst werden. Im Aufbau werden die examensrelevanten Problemkreise bewusst für GmbH und AG im Vergleich dargestellt. So erwerben Sie das notwendige Systemverständnis für Unterschiede und Gemeinsamkeiten dieser Gesellschaftsformen.

Für die Wahlfachgruppe oder den Schwerpunkt „Gesellschaftsrecht“ ist neben den in diesem Skript vermittelten Kenntnissen zum Kapitalgesellschaftsrecht die Beherrschung des Rechts der Personengesellschaften unerlässlich. Das vorliegende Skript ist deshalb auf das Skript Hemmer/Wüst, „Gesellschaftsrecht“ abgestimmt und enthält zahlreiche Verweise dorthin.

An vielen Stellen des Kapitalgesellschaftsrechts hat das MoMiG aus dem Jahr 2008<sup>2</sup> wesentliche Veränderungen der bis dahin geltenden Rechtslage mit sich gebracht. Oftmals ist für das Verständnis der Veränderung - sowohl hinsichtlich Anlass als auch hinsichtlich Bedeutung - eine Kenntnis der „alten Rechtslage“ förderlich, weshalb trotz der mittlerweile über zehn Jahre Abstand immer wieder hierauf verwiesen werden wird.

## B) Begriff der Kapitalgesellschaften

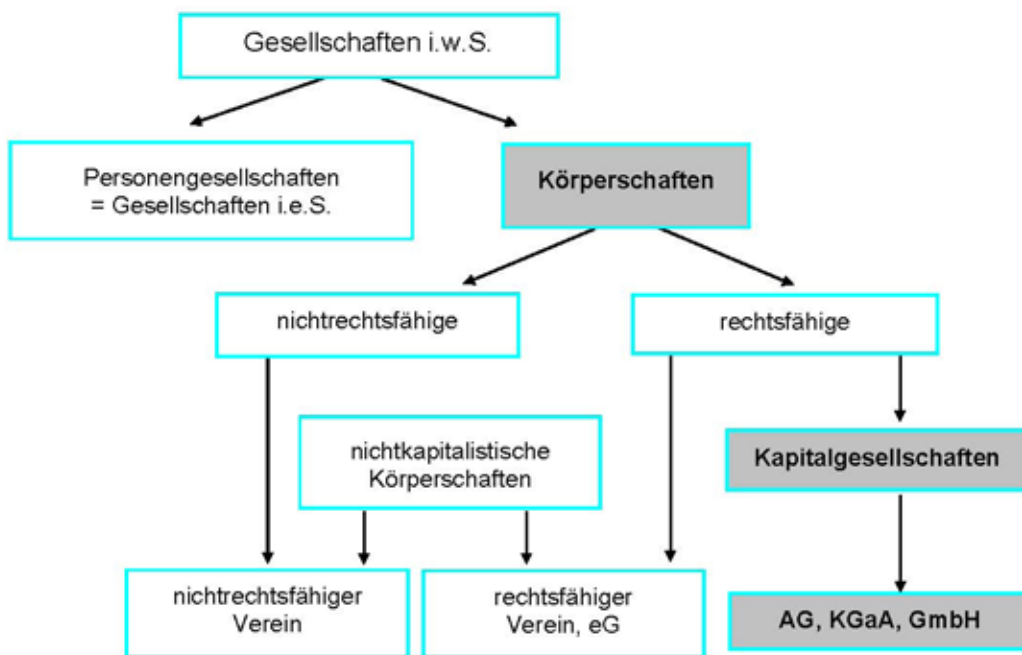
Was sind Kapitalgesellschaften? § 3 I Nr. 2 UmwG gibt auf diese Frage in einer Legaldefinition Auskunft: Unter den Begriff der Kapitalgesellschaft fasst man **Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Aktiengesellschaften (KG) und Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA)** zusammen. Mit den nichtkapitalistischen Körperschaften (Vereinen, Genossenschaften und Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit) bilden sie den Typus der Körperschaft im Gegensatz zur Personengesellschaft (Gesellschaft i.e.S.).<sup>3</sup>

1

Die Einordnung der Kapitalgesellschaften in das System der Körperschaften verdeutlicht folgende Skizze:

---

1 Z.B. § 5 II Nr. 2c BayJAPO, „das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (nur Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung) in Grundzügen“.  
2 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 26.06.2008.  
3 Ausführlich Hemmer/Wüst, Gesellschaftsrecht, Rn. 2, 12.



**hemmer-Methode: Schaffen Sie sich Einordnungswissen! Für das Verständnis von Einzelproblemen ist es wichtig, dass Sie die grundlegenden Strukturmerkmale von Körperschaften und Personengesellschaften verinnerlicht haben: Im Verlauf des Skriptes wird es Ihnen so leichter fallen, Einzelprobleme einzuordnen. Verschaffen Sie sich daher anhand von Hemmer/Wüst, Basics V, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 442 ff. einen Überblick über die Strukturelemente.**

Das maßgebliche Abgrenzungskriterium zur Unterscheidung zwischen nichtkapitalistischen Körperschaften und Kapitalgesellschaften ist das Erfordernis eines **bestimmten Mindestkapitals**. Dieses Mindestkapital wird bei der AG (§ 1 II AktG) und der KGaA (§ 278 I AktG) als Grundkapital, bei der GmbH als Stammkapital (vgl. § 5 I GmbHG) bezeichnet.

2

**hemmer-Methode: Auch die mit dem MoMiG<sup>4</sup> eingeführte Unternehmergeellschaft, § 5a GmbHG, verfügt über ein Mindestkapital, auch wenn dieses weit unter dem Wert von 25.000 € liegen kann und ggf. nur 1 € je Geschäftsanteil (§ 5 II GmbH) beträgt.<sup>5</sup>**

2a

Bei rechtsfähigen Körperschaften bestimmt das Gesetz, z.B. in § 1 I AktG, § 13 II GmbHG, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet, nicht aber die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen, **sog. Trennungsprinzip**.<sup>6</sup> Das Mindestkapital stellt für wirtschaftlich operierende Gesellschaften das notwendige Korrelat zur ausgeschlossenen persönlichen Haftung der Mitglieder dar und dient als Kreditgrundlage und Haftungsstock für die Gläubiger. Es wird durch die strengen Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung<sup>7</sup> - zentralen Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechts - geschützt.

**hemmer-Methode: Erfassen Sie das Recht der Körperschaften als System: Der nicht-wirtschaftliche Verein, der sog. „Idealverein“, § 21 BGB, verwirklicht das Trennungsprinzip, ohne dass dem als Korrelat eine garantierte Haftungssumme gegenübersteht.**

**Dies rechtfertigt sich allein daraus, dass sich der Idealverein gem. § 21 BGB nicht wirtschaftlich betätigt. Will sich ein Verein vornehmlich wirtschaftlich betätigen, so bedarf er gem. § 22 BGB einer staatlichen Verleihung, um die Rechtsfähigkeit und damit das „Privileg“ des Trennungsprinzips zu erlangen (Konzessionierung).<sup>8</sup> Die zuständigen Bundesländer erteilen eine staatliche Verleihung gem. § 22 BGB jedoch nur selten.**

4 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 26.06.2008.

5 Vgl. Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 219; ausführlich zur sog. Unternehmergeellschaft unten Rn. 22a ff.

6 Wackerbarth/Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rn. 134.

7 Inkl. der Vorschriften über den Eigenkapitalersatz; zur Finanzverfassung von Kapitalgesellschaften unten Rn. 305 ff.

8 Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 4.

Auch die Mitgliedschaft<sup>9</sup> ist kapitalistisch geprägt: Die Aktie bzw. der Geschäftsanteil sind in erster Linie Bruchteil des Gesamtkapitals, vgl. § 1 II AktG, §§ 3 I Nr. 4, § 14 GmbHG. Sowohl die Mitverwaltungsrechte (vgl. für das Stimmrecht § 134 AktG, § 47 II GmbHG) als auch die Vermögensrechte (vgl. für den Gewinnanteil § 60 AktG, § 29 III GmbHG; für die Liquidation § 271 II AktG, § 72 GmbHG) richten sich nach dem Kapitalanteil, während bei den Personengesellschaften und den nichtkapitalistischen Körperschaften regelmäßig nach Köpfen zu zählen ist (vgl. §§ 32, 709 BGB, § 119 HGB, § 43 III GenG für das Stimmrecht, § 722 I BGB, § 121 I, III HGB, für den Gewinnanteil; insoweit anders aber § 19 GenG). Bei den Mitgliedschaftspflichten steht die Einlagepflicht ganz im Vordergrund. Alle diese Ausprägungen der kapitalistischen Struktur werden Sie im Verlaufe des Skriptes eingehend kennenlernen.<sup>10</sup>

3

Finden sich für die betreffende Gesellschaftsform für einzelne Problemfelder keine gesetzlichen Regelungen, so stellt sich die Frage, ob auf Vorschriften anderer Gesellschaftsformen zurückgegriffen werden kann. Solche Regelungslücken treten häufig für die GmbH auf. Zur Lückenfüllung kommen im Bereich der Kapitalgesellschaften hauptsächlich zwei Rechtsquellen in Betracht:

4

- Das Aktienrecht bietet häufig umfassende gesetzliche Spezialregelungen, die zur Lückenfüllung analog auf die GmbH angewendet werden können.

**Bspe.:** Die Regeln zur Beschlussanfechtung (§§ 241 AktG ff.); Normen des Konzernrechts (§§ 293 ff. AktG) usw.

- Daneben kommt eine entsprechende Anwendung der Regeln über den rechtsfähigen Verein – als Grundform aller Körperschaften – in Betracht.<sup>11</sup> Wegen der spezialgesetzlichen Regeln insbesondere im Aktienrecht sind insoweit allerdings lediglich die §§ 27 III, 31, 35 und 38 BGB relevant.

9 Zur Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis und subjektives Recht ausführlich Hemmer/Wüst, Gesellschaftsrecht, Rn. 364 ff.

10 Vgl. § 4 Rechtsstellung der Gesellschafter (Mitgliedschaft), Rn. 223 ff.

11 Vgl. Hemmer/Wüst, Gesellschaftsrecht, Rn. 7.

## § 2 DIE GRÜNDUNG VON KAPITALGESELLSCHAFTEN

### A) Gründungsvoraussetzungen im Überblick

Eine natürliche Person erlangt ihre Rechtsfähigkeit mit Vollendung der Geburt, § 1 BGB. Juristische Personen hingegen werden rechtsfähig, wenn sie in die jeweiligen, seit Jahren nur noch elektronisch geführten,<sup>12</sup> Register als **Publizitätsträger** eingetragen sind (in das Vereins-, Handels- oder Genossenschaftsregister).

5

Für Kapitalgesellschaften, wie die AG und die GmbH, ergibt sich aus § 41 I S. 1 AktG und § 11 I GmbHG, dass sie als Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit erst dann entstehen, wenn ihre Firma in das Handelsregister eingetragen ist.

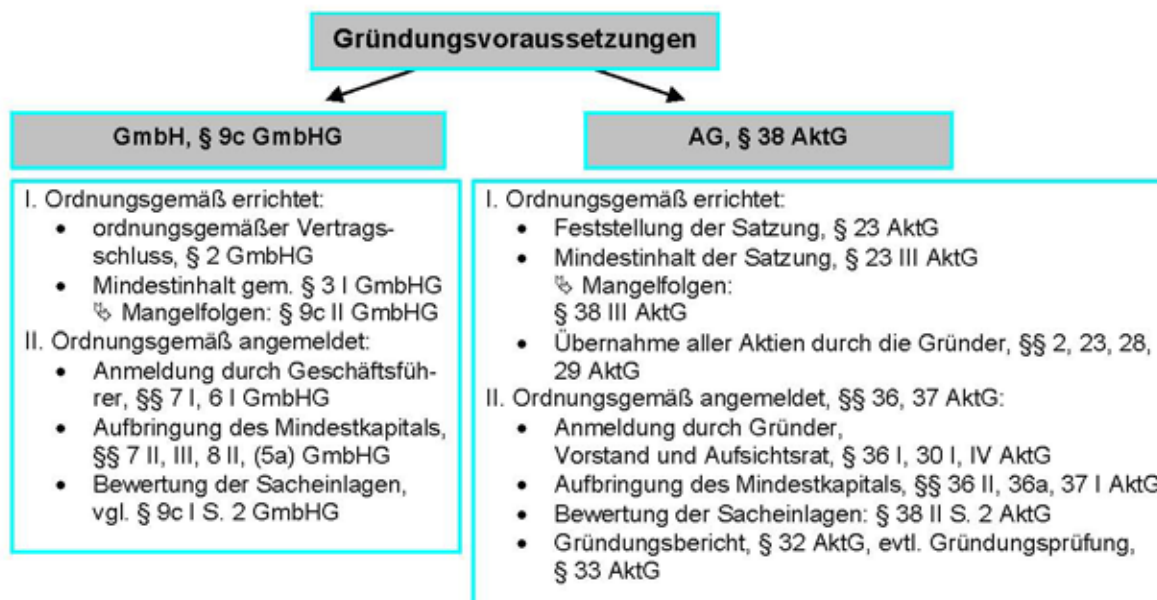
Dabei gilt in Deutschland das „**System der Normativbestimmungen**“:<sup>13</sup> Der Eintragung geht eine Prüfung des Registergerichts voraus. Liegen die gesetzlichen Gründungsanforderungen aber vor, so haben die Gründer einen Anspruch auf die Eintragung. Dieser Anspruch ist letztlich Ausprägung der Vereinigungsfreiheit, Art. 9 I GG.

6

Aus dem „System der Normativbestimmungen“ lassen sich die Gründungsvoraussetzungen ermitteln. Das Registergericht darf die Eintragung der Kapitalgesellschaft nur unter den Voraussetzungen des § 9c GmbHG für die GmbH, bzw. § 38 AktG für die AG verweigern: Diese Erfordernisse stellen umgekehrt die notwendigen Gründungsvoraussetzungen dar.

**hemmer-Methode: Denken Sie in Klausurvarianten! In der Klausur kann durchaus die (Zusatz-)Frage auftauchen: Was können die Gründer gegen die Verweigerung der Eintragung unternehmen? Antwort: Richtiges Rechtsmittel gegen die ablehnende Verfügung des Registergerichts ist die Beschwerde nach § 58 FamFG. Beschwerdeberechtigt ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH<sup>14</sup> die Vorgesellschaft selbst als Antragstellerin, § 59 II FamFG, vertreten durch den/die vertretungsberechtigten Geschäftsführer. Die Gesellschafter oder Aktionäre sind dagegen nur dann beschwerdeberechtigt, wenn sie in einem gesellschafterrechtlichen Individualrecht unmittelbar beeinträchtigt sind.<sup>15</sup>**

Die einzelnen Gründungsvoraussetzungen sind:



Die Gründung aller rechtsfähigen Körperschaften – vom rechtsfähigen Verein über die eingetragene Genossenschaft bis zu den Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA) - erfolgt in mehreren Phasen. Zwei Zeitpunkte sind auseinanderzuhalten: die sog. Errichtung der Gesellschaft und die Eintragung der Gesellschaft.

7

12 Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 103.

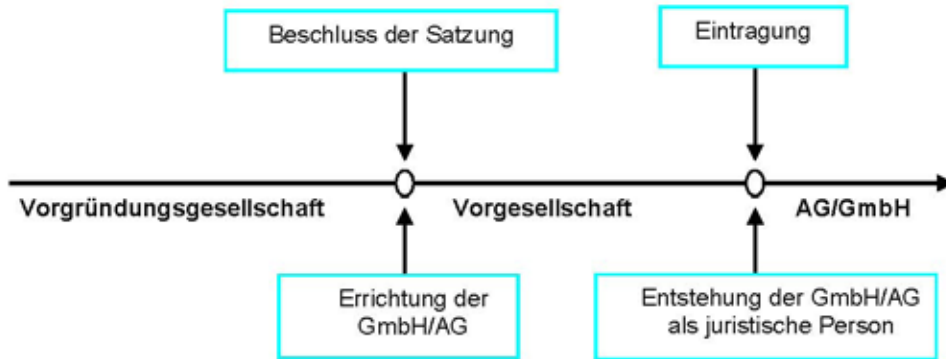
13 Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, Einl. Vor § 105 Rn. 3; Michalski, GmbHG, § 11 Rn. 114; Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 52.

14 BGH, NJW 1992, 1884; KG, NZG 2019, 424; die früher h.M. hielt nur alle Geschäftsführer für antragsberechtigt.

15 OLG Zweibrücken, NJW-RR 1990, 672.

**Bsp.:** Mit dem formgültigen Abschluss des Gesellschaftsvertrages, z.B. §§ 2 ff. GmbHG, ist die GmbH „errichtet“ (die Terminologie folgt § 29 AktG<sup>16</sup>) und die sog. Vor-GmbH entstanden. Damit ist die Grundlage der GmbH gelegt, ohne dass sie als solche, d.h. als juristische Person, bereits existiert, § 11 I GmbHG. Erst mit der konstitutiven Eintragung entsteht die GmbH als juristische Person.

Sowohl die Entstehung der Vor-GmbH als auch diejenige der GmbH knüpfen an bestimmte Formen an: Zum einen die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, zum anderen die Eintragung. Vor der Beurkundung kann allenfalls eine sog. Vorgründungsgesellschaft (GbR oder OHG) bestehen. Chronologisch lässt sich der Ablauf der Gründung folgendermaßen darstellen:



**hemmer-Methode:** Die Rechtsverhältnisse der Vorgesellschaft werden wir umfassend im folgenden Kapitel (Rn. 45 ff.) behandeln. Merken Sie sich an dieser Stelle aber schon die grundlegenden Begrifflichkeiten: Die genaue Unterscheidung der einzelnen Gründungsstadien ist klausurentscheidend.

## B) Gründung der GmbH

### I. Ablauf des Gründungsvorgangs (Überblick)

Für den ordnungsgemäßen Ablauf des Gründungsvorgang müssen die folgenden Stationen durchlaufen werden:

8

- Abschluss des Gesellschaftsvertrages (ordnungsgemäßer Vertragsschluss; zulässiger Gesellschaftszweck) §§ 2, 3 GmbHG
- Bestellung der (des) Geschäftsführer(s), § 6 III S. 2 GmbHG
- Leistung der Einlagen, § 7 (i.V.m. § 5a) GmbHG
- Ordnungsgemäße Anmeldung zu Eintragung, §§ 7, 8 GmbHG

Nach diesem kurzen Überblick sollen die einzelnen Anforderungen im Einzelnen dargestellt werden.

### II. Der Gesellschaftsvertrag

#### 1. Gesellschaftsvertrag und Satzung

Der Gesellschaftsvertrag der Gründungsgesellschafter setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen:

9

Zum einen die Einigung der Gründer über die Errichtung der GmbH. Aus dieser Vereinbarung heraus sind die Gründer verpflichtet, an der Gründung der GmbH bis zur Eintragung der Firma ins Handelsregister mitzuwirken.

Dies beinhaltet insbesondere die Pflicht, die Mindesteinlagen i.S.d. § 7 II (i.V.m. § 5a) GmbHG zu erbringen, ohne die eine Anmeldung zur Eintragung der GmbH nicht erfolgen kann.

Mit der Eintragung in das Handelsregister erlöschen die **Mitwirkungspflichten** durch Erfüllung, § 362 I BGB.

Daneben beinhaltet der Gesellschaftsvertrag die „normativen Grundordnung“ („Verfassung“) der GmbH. Dieser zweite Bestandteil wird auch als „**Satzung**“ bezeichnet. Da mit der Eintragung die Mitwirkungspflichten erlöschen, ist ab diesem Zeitpunkt nur noch die Satzung von Interesse. Für die GmbH verwendet das Gesetz jedoch weiterhin den Begriff „Gesellschaftsvertrag“.

**hemmer-Methode: Schaffen Sie sich das klausurrelevante Grundwissen. Erarbeiten Sie sich deshalb anhand von Hemmer/Wüst, Gesellschaftsrecht, Rn. 362 f., sowie Hemmer/Wüst, Basics V, Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 409, welchen Rechtscharakter eine Satzung hat, und wie sie auszulegen ist.**

Die Satzung ist nach der Entstehung der GmbH wie eine objektive Rechtsnorm zu behandeln und insbesondere aus sich selbst heraus, gegebenenfalls unter Hinzuziehung der allgemein zugänglichen Handelsregisterunterlagen, auszulegen. §§ 133, 157 BGB gelten also nur eingeschränkt; subjektive Absichten der Gründer bleiben - insbesondere bei körperschaftlichen Bestimmungen - außer Betracht.<sup>17</sup>

10

## 2. Abschluss des Gesellschaftsvertrags

Der gesetzlich geregelte Gründungsvorgang beginnt mit dem **notariell beurkundeten Abschluss des Gesellschaftsvertrags, § 2 GmbHG**, der zur „Errichtung“ der GmbH, d.h. zur Entstehung der Vor-GmbH führt. Auf diesen Vertragsschluss sind die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre anzuwenden, soweit das GmbHG keine Ausnahmen macht.

11

*Ein Beispiel für eine solche Ausnahmeregelung ist § 2 II GmbHG, wonach eine notariell errichtete und beglaubigte Vollmacht für die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch einen durch Rechtsgeschäft Bevollmächtigten erforderlich ist. Dies stellt eine Ausnahme zur Formlosigkeit der Bevollmächtigung gem. § 167 II BGB dar.*

Mit der Reform des GmbH-Rechts i.R.d. MoMiG wurde ein sog. vereinfachtes Verfahren unter **Verwendung eines Musterprotokolls** eingeführt, § 2 Ia GmbHG.<sup>18</sup>

11a

Danach kann eine GmbH mit bis zu drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer (§ 2 Ia S. 1 GmbHG) unter zwingender Verwendung des Musterprotokolls, welches in der Anlage zum GmbHG abgedruckt ist, gegründet werden. Das Musterprotokoll gilt dabei zugleich als Gesellschafterliste (§ 2 Ia S. 4 GmbHG).<sup>19</sup>

Im Falle einer Gründung unter Verwendung des Musterprotokolls darf eine Gesellschaft bei der Anmeldung nur einen einzelvertretungsberechtigten Gesellschafter haben, der zudem vom Verbot des § 181 BGB befreit sein muss (vgl. Nr. 4 des Musterprotokolls).<sup>20</sup> Nach erfolgter Anmeldung dürfen weitere Geschäftsführer bestellt werden, wobei dann die notwendige Befreiung des ersten Geschäftsführers wegfällt.<sup>21</sup>

Allerdings ist auch dieser Gesellschaftsvertrag nach dem Musterprotokoll gem. § 2 I GmbHG notariell zu beurkunden (§ 2 Ia S. 5 i.V.m. § 2 I GmbHG).

**hemmer-Methode: Die Idee des Musterprotokolls in der endgültigen Gesetzesfassung lässt sich eigentlich nur noch vor der Entwicklung des MoMiG im Gesetzgebungsverfahren nachvollziehen. Ursprünglich war angedacht, als Zeichen einer Entbürokratisierung und für einen leichteren Zugang zur GmbH auf das Formerfordernis einer notariellen Beurkundung gem. § 2 I GmbH zu verzichten, wenn eine GmbH nach einer sog. Mustersatzung gegründet wird. Nach dem Regierungsentwurf zum MoMiG sollte es nach § 2 Ia GmbHG-RegE genügen, wenn der Gesellschaftsvertrag mit der Mustersatzung schriftlich abgefasst und die Unterschriften der Gesellschafter öffentlich beglaubigt werden. Gegen diese Formulierung im RegE regte sich jedoch erheblicher Widerstand aus der Praxis: Dort wurde vorgebracht, der Vorteil einer kostengünstigen und unbürokratischen GmbH-Gründung könne sich leicht als Bumerang erweisen, wenn im Vorhinein nicht geregelte Konflikte später zutage treten und dann womöglich nur noch durch gerichtliche Urteile gelöst werden können. Zudem erschienen die Regelungen der Mustersatzung als zu starr, um für die Vielzahl möglicher Gestaltungen einen praktikablen Gesellschaftsvertrag zu bieten.<sup>22</sup>**

**Der Gesetzgeber hat diese Kritik zum Anlass genommen, von der Lockerung des Formerfordernisses der notariellen Beurkundung abzusehen. Damit verkümmert das Musterprotokoll aber gleichsam zu einem Vertragsmuster für den Notar,**

17 Vgl. Baumbach/Hueck, § 2 GmbHG, Rn. 29 ff.

18 Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 118.

19 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, § 2 Rn. 92.

20 OLG Stuttgart, ZIP 2009, 1011; OLG Bremen, ZIP 2009, 1998; OLG Hamm, ZIP 2009, 2246.

21 OLG Nürnberg, NZG 2016, 153 (154).

22 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, § 2 Rn. 93.



wobei sich die Frage aufdrängt, warum die Notare gerade einen vom Gesetzgeber erstellten Mustervertrag benötigen sollten? Das gesetzgeberische Ziel dürfte somit in den Mühlen des Gesetzgebungsverfahrens aufgerieben worden sein. Als einziger Vorteil verbleibt eine gewisse Kostenersparnis bei der Verwendung des Musterprotokolls, § 41d KostO, auch wenn die Anwendungsfälle dieser Kostenersparnis im Wesentlichen auf die sog. Unternehmergesellschaft beschränkt sein dürften. So gilt nicht der Mindestgeschäftswert von 30.000 € (§ 107 I S. 2, § 105 VI S. 1 Nr. 1 GNotkG), sondern das tatsächliche Stammkapital der Gesellschaft (§ 105 I S. 1 GNotkG), wobei Mindestgebühren von 60 € (Einpersonengründung) bzw. 120 € (Mehrpersonengründung) in jedem Fall anfallen.

Bei einer **Einmanngründung** spricht man dogmatisch richtig nicht vom Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, sondern von der Abgabe einer Gründungserklärung (einseitiges Rechtsgeschäft).<sup>23</sup>

§ 2 I S. 2 GmbHG fordert die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags durch sämtliche Gesellschafter bzw. deren Vertreter, § 2 II GmbH. Das bedeutet nicht, dass alle gleichzeitig vor dem Notar erscheinen müssen, sondern schließt nur eine Stufengründung<sup>24</sup> aus, bei der einige Beteiligte den Vertrag abschließen und andere zunächst offen gehaltene Geschäftsanteile zeichnen. Vielmehr gilt das **Prinzip der Einheitsgründung**:<sup>25</sup> Die Gründer übernehmen alle Geschäftsanteile mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages.

### a) Mängel bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages

Beachten die Gründer bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Form des § 2 I GmbHG nicht oder kommt es beim Beurkundungsverfahren zu schwerwiegenden Mängeln, so ist der Gesellschaftsvertrag gem. § 125 S. 1 BGB nichtig.

12

Allerdings werden alle Gründungsmängel, die nicht von § 75 GmbHG i.V.m. §§ 397-399 FamFG erfasst sind, mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister geheilt.<sup>26</sup> Dies gilt insbesondere für Formmängel des Gesellschaftsvertrages und der Vollmacht. Bis zur Eintragung besteht eine fehlerhafte Vor-GmbH, wenn die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt wurde; es gelten die allgemeinen Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft.<sup>27</sup>

Mängel der Vertretungsmacht führen bei der Einmanngründung zur Nichtigkeit, § 180 BGB, bei der Mehrpersonengründung zur schwebenden Unwirksamkeit, §§ 177 ff. BGB und nach den allgemeinen Regeln gegebenenfalls zu einer fehlerhaften Vor-GmbH. Die Eintragung heilt nur den Mangel der Form, nicht aber denjenigen der Vertretungsmacht. Der vollmachtlos Vertretene wird daher nur Gesellschafter, wenn er genehmigt, § 177 BGB.

13

Verweigert das Registergericht aber die Eintragung der Gesellschaft wegen des nichtigen Gesellschaftsvertrages, vgl. § 9c GmbHG, so besteht aus der formlosen Vereinbarung kein Anspruch auf Abschluss eines formwirksamen Gesellschaftsvertrages. Ansonsten könnten die Gründer die Form des § 2 GmbHG umgehen.

**Bsp.:** A, B und C wollen eine GmbH gründen. Da C einen wichtigen geschäftlichen Termin wahrnehmen möchte, bevollmächtigt er den A schriftlich, ihn bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages zu vertreten. Im Notartermin unterschreibt A für C. Notar N, der sonst nur Grundstücke „verschiebt“, bemerkt aus Unachtsamkeit nicht, dass keine notariell errichtete Vollmacht des C vorliegt. Daraufhin nehmen A, B und C bereits die Geschäfte auf. Das Registergericht lehnt den kurz darauf gestellten Antrag auf Eintragung der GmbH ins Handelsregister ab. Die GmbH sei nicht ordnungsgemäß errichtet worden. Wie ist das weitere Schicksal der „GmbH“?

Das Registergericht hat hier die Eintragung der GmbH in das Handelsregister zu Recht verweigert. Die GmbH ist nicht ordnungsgemäß gem. § 9c I S. 1, II GmbHG errichtet worden. Der Gesellschaftsvertrag ist wegen formunwirksamer Bevollmächtigung schwebend unwirksam, § 177 BGB. Im Fall besteht damit eine fehlerhafte Vorgesellschaft, da A, B und C den Vertrag bereits in Vollzug gesetzt haben.

Eine Eintragung kann C hier dadurch herbeiführen, dass er in der Form des § 2 II GmbHG genehmigt. Allerdings ist er dazu nicht schon aus dem gemeinsamen Entschluss, eine GmbH zu gründen (Vorgründungsgesellschaft), verpflichtet:

Aus den Grundsätzen zum Vorvertrag ergibt sich, dass die Gründer nur zum Abschluss eines formgültigen Vertrages verpflichtet sind, wenn auch der Vorvertrag (Vorgründungsgesellschaftsvertrag) der Form des § 2 I GmbHG genügt.<sup>28</sup> Dies ist hier nicht der Fall.

Wird der Gesellschaftsvertrag nicht durch die Genehmigung geheilt, so ist die fehlerhafte Vor-GmbH nach den GmbH-Regeln zu liquidieren, §§ 66 ff. GmbHG. Die Rechtsverhältnisse der „Vor-GmbH“ sind nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft abzuwickeln.

23 Roth/Altmeppen, GmbHG, § 2 Rn. 1.

24 Baumbach/Hueck, § 2 GmbHG, Rn. 11.

25 Baumbach/Hueck, § 2 GmbHG, Rn. 4, 11.

26 BGH, NJW 1957, 19 (20 ff.); Baumbach/Hueck, § 2 GmbHG, Rn. 15.

27 Hemmer/Wüst, Gesellschaftsrecht, Rn. 31 ff. und unten Rn. 38 ff.

28 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, § 2 Rn. 151, sowie, in Rn. 154 f., weiterführend zur Formbedürftigkeit des Vorvertrages, der zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages verpflichten soll.

## b) Parteien des Gesellschaftsvertrages

Partei des Gesellschaftsvertrags kann jede natürliche oder juristische Person sein. Die Beteiligung von Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts – etwa einer OHG oder KG – ist aufgrund von §§ 124 I, 161 II HGB ebenfalls unproblematisch.

14

Dagegen war bis vor einigen Jahren noch über lange Zeit umstritten, ob eine GbR Gründungsgesellschafterin einer GmbH sein kann, während nie zweifelhaft war, dass sie nach Entstehung der GmbH einen Geschäftsanteil erwerben kann, § 15 GmbHG. Unabhängig von der Frage nach der Teilrechtsfähigkeit der GbR, die mit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001<sup>29</sup> geklärt sein dürfte, nahm schon die früher h.M. an, dass eine GbR Gründungsgesellschafterin sein kann: Die Regelung des § 18 GmbHG für gemeinschaftlich gehaltene Geschäftsanteile bietet für die sich bei der GbR ergebenden Probleme ausreichende Antworten.

Dabei ist aber zur Sicherung der Kapitalaufbringung die volle persönliche Haftung der Gesellschafter für die Einlagepflicht unerlässlich. Ebenso wie eine GbR kann auch eine ungeteilte Erbengemeinschaft oder eine Vorgesellschaft einer juristischen Person Partei des Gesellschaftsvertrages sein.

**hemmer-Methode: Die Beteiligung von juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften an der Gründung einer GmbH gibt dem Klausurersteller Gelegenheit zur Notendifferenzierung: Hier kann er Kenntnisse über die Vertretung dieser Gesellschaften gleichsam nebenbei mit prüfen. Beachten Sie hier, dass § 2 II GmbHG auf den Nachweis einer organschaftlichen oder gesetzlichen Vertretungsmacht keine Anwendung findet, da in § 2 II GmbHG nur von „Bevollmächtigten“ (vgl. § 166 II S. 1 BGB) die Rede ist.**

Minderjährige bedürfen der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter (d.h. regelmäßig der Eltern, § 1629 I BGB), da der Abschluss eines GmbH-Vertrags niemals lediglich rechtlich vorteilhaft ist, § 107 BGB. § 2 II GmbHG betrifft die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern nicht.

15

Besteht der Gegenstand des Unternehmens, § 3 I Nr. 2 GmbHG, im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so bedarf es darüber hinaus nach §§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB der Genehmigung des Familiengerichts. Zwar fällt die Beteiligung an einer GmbH für sich betrachtet nicht unter § 1822 Nr. 3 BGB, da das „Erwerbsgeschäft“ der juristischen Person, nicht aber dem einzelnen Gesellschafter zugeordnet ist. Jedoch verbietet die Gefahr einer Haftung des Minderjährigen nach den Regeln der Vor-GmbH eine rein formale Betrachtung.<sup>30</sup> In jedem Fall besteht wegen §§ 9, 24, 31 III GmbHG eine Genehmigungspflichtigkeit entsprechend § 1822 Nr. 10 BGB<sup>31</sup>, weil sich wegen § 24 GmbHG eine Ausfallhaftung ergeben kann.

Bis zur Genehmigung ist der Gesellschaftsvertrag schwebend unwirksam, §§ 1643 III, 1829 I S. 1 BGB, das Registergericht wird im Rahmen seiner Prüfung nach § 9c GmbHG durch Zwischenverfügung die Einholung einer Nachgenehmigung<sup>32</sup> anregen.

Ist ein Elternteil selbst Partei des Gesellschaftsvertrages, so kann gem. §§ 1629 II S. 1, 1795 I Nr. 1, II, 181 BGB (Doppelvertretung) kein Elternteil das Kind vertreten, vielmehr muss ein Ergänzungspfleger bestellt werden, § 1909 BGB.

**hemmer-Methode: Der Minderjährige ist seit jeher ein beliebtes Steckenpferd der Ersteller juristischer Klausuren. An dieser Stelle lässt sich das klassische Problem der teleologischen Reduktion des § 181 BGB a.E. durch die Lehre von der Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Geschäfts in den Fällen der Erfüllung eines Schenkungsvertrages<sup>33</sup> in die GmbH-Klausur einbauen.**

Trotz der Möglichkeit einer Einmanngründung bleibt eine Mehrpersonengründung unter Einschaltung von Treuhändern (sog. Strohmänngründung) weiterhin möglich. Wollen die Beteiligten den rechtlichen Erfolg der GmbH-Gründung ernsthaft, so liegt kein Fall des § 117 BGB vor. Der Treuhänder wird Gesellschafter mit allen Pflichten, ebenso trifft aber seinen Hintermann, den Treugeber, nach § 9a IV GmbHG die volle Gründerhaftung.

16

Darüber hinaus sind nach der Rechtsprechung auch die Vorschriften zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals (§§ 19 II, 24, 30, 31 GmbHG) auf ihn anwendbar<sup>34</sup>, soweit der Treugeber wirtschaftlich als Gesellschafter anzusehen ist. Das ist zumindest dann der Fall, wenn dem Treugeber aus dem Treuhandverhältnis Weisungsrechte gegen den Treuhänder zustehen.<sup>35</sup>

29 BGH, NJW 2001, 1054.

30 Ausführlich MüKo, § 1822 BGB, Rn. 18.

31 Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, § 2 Rn. 14.

32 „Genehmigung“ i.S.d. §§ 1828 f. BGB meint „Zustimmung“ i.S.d. § 182 BGB; zweckmäßigerweise spricht man dann von Vorgenehmigung und Nachgenehmigung.

33 Vgl. Palandt, § 181 BGB, Rn. 22.

34 BGH, NJW 1960, 285 (286 ff.); BGH, ZIP 1992, 242 (244); OLG Hamburg, GmbHR 1985, 84, sehr str.; vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 2.27; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, § 40 Rn. 5.

35 Roth/Altmeyers, GmbHG, § 1 Rn. 23; § 30 Rn. 33 ff.