

**Die Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) und  
der eingetragene Verein**

-

**Die Unternehmergeinschaft als Alternative zum  
eingetragenen Verein**

**Dissertation**

zur

Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

der Juristischen Fakultät

der Universität Rostock

**vorgelegt von**

Sebastian Szawalla,

aus Wernigerode/Burgdorf

**Rostock, 2023**

**Gutachter:**

Erstgutachter: Prof. Dr. Hans Peter Glöckner, Universität Rostock, Juristische Fakultät

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jörg Benedict, Universität Rostock, Juristische Fakultät

**Jahr der Einreichung:** 2016

**Jahr der Verteidigung:** 2023

**„Die Rechtsfigur der juristischen Person ist jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrlich. Neben den Sonderzwecken, welche der Einzelne seinen jeweiligen Bedürfnissen gemäß mit dem ihm zu Gebote stehenden Mitteln verfolgt, liegen andere, im Interesse des öffentlichen Wohles oder privater Gemeinschaften gesetzte Zwecke, deren Verwirklichung nur dadurch sichergestellt werden kann, dass ihnen ein selbständiger, der Herrschaft des Einzelnen entrückter Vermögensbereich unmittelbar dienstbar gemacht wird.“**

*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, 1888, S. 79*

## Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
B. Grundsätzliches und die Schaffung der Unternehmergeellschaft	4
I.    Allgemeines	4
II.   Der Verein	5
III.  Die GmbH und ihre Variante, die Unternehmergeellschaft	6
C. Nichtwirtschaftlicher Verein und nichtwirtschaftliche Unternehmergeellschaft	51
I.    Grundsätzliches	51
II.   Der eingetragene Verein	51
III.  Die Unternehmergeellschaft	60
IV.   Allgemeine Gegenüberstellung des eingetragenen Vereins und der Unternehmergeellschaft	62
D. Gegenüberstellung von „regulärer“ GmbH und Unternehmergeellschaft	93
I.    Allgemeines	93
II.   Gegenüberstellung	93
III.  Gesamtschau	98
E. Gegenüberstellung von Verein und Unternehmergeellschaft	99
I.    Begriff und Zweck	99
II.   Name	101
III.  Sitz	110
IV.   Rechtsfähigkeit	117
V.    Gründung	121
VI.   Gründungskosten	135
VII.  Beendigung	142
VIII. Mitgliedschaft	161
IX.   Mitglieder- und Gesellschafterversammlung	185
X.    Vorstand und Geschäftsführer	200
XI.   Sonstige Organe	219
XII.  Verbandsstrafgewalt und Verbandsgerichtsbarkeit	225
XIII. Finanzverfassung	231
XIV.  Haftung des Verbands	251
XV.   Haftung der Mitglieder	254
XVI.  Haftung des Vertretungsorgans	265
XVII. Satzung und Gesellschaftsvertrag	282
XVIII. Insolvenzrecht	305
XIX.  Registerrecht	314
XX.   Rechnungslegung	328
XXI.  Vereinsverbands-/Gesamtvereins- und Konzernrecht sowie Zweigniederlassungen	334
XXII. Handelsrecht	345
XXIII. Strafrecht	346
XXIV. Umwandlungsrecht	348
XXV.  Allgemeines Steuerrecht	356
XXVI. Besonderes Steuerrecht - Gemeinnützigkeitsrecht	361
XXVII. Zusammenfassung	366
F. Verbreitung des Vereins, objektiv maßgebliche Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten	369
I.    Verbreitung des eingetragenen Vereins	369
II.   Ausschluss per Gesetz	370
III.  Rechtsformwahl und objektiv maßgebliche Unterschiede	371

IV.	Angleichungsmöglichkeiten	377
V.	Gesellschaftssoziologische Betrachtung	401
VI.	Zwischenergebnis	403
G.	Schlussbetrachtung	409
I.	Grundsätzliches	409
II.	Ausblick	410

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Grundsätzliches und die Schaffung der Unternehmergeellschaft	4
I. Allgemeines	4
II. Der Verein	5
1. Grundsätzliches	5
2. Arten und Formen des Vereins	5
III. Die GmbH und ihre Variante, die Unternehmergeellschaft	6
1. Grundsätzliches	6
2. Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts	7
a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	8
aa) Allgemeines	8
bb) Leitentscheidungen	9
b) Einfluss auf das GmbH-Recht	11
aa) In Deutschland domizilierende Limiteds	13
(1) Allgemeines	13
(2) Rechtliche Betrachtung	14
(a) Grundsätzliches	14
(b) Geschäftsführung und Vertretung	14
(c) Gesellschafter	15
(d) Gründung	16
(e) Kapital	17
(f) Schutzmechanismen	18
(g) Mitgliedstaatlicher Bezug	19
(3) „Gründungswelle“	20
(4) Stellungnahme	22
bb) Weitere Rechtsformen	24
(1) Die niederländische <i>B.V.</i>	25
(2) Die französische <i>S.A.R.L.</i>	27
(3) Die spanische <i>S.L.</i> und <i>S.L.N.E.</i>	29
(4) Die italienische <i>s.r.l.</i>	30
cc) Zwischenergebnis	32
3. Auswirkung des Einflusses	34
a) Ansätze in der Rechtswissenschaft	35
aa) Schaffung einer Limited ähnlichen Gesellschaft	35
(1) Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung	35
(2) Unternehmensgründergesellschaft	36
(3) Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung	36
bb) Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH	36
(1) Auf einen bestimmten Betrag	37
(2) Bestimmungsfreiheit für das Stammkapital	38
cc) Keine Veränderung des Mindeststammkapitals	38
b) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG	39
aa) Gesetzgebungsverfahren	40
(1) Referentenentwurf	40
(2) Regierungsentwurf	40
(3) MoMiG	40
bb) Die Unternehmergeellschaft, § 5a GmbHG	41
cc) Ziele des Gesetzgebers	42
c) Reaktionen auf die Schaffung der Unternehmergeellschaft	43
aa) Befürwortende Stimmen in der Literatur	43
bb) Kritische Stimmen in der Literatur	43
d) Rechtstatsachen zur Unternehmergeellschaft seit dem 01.11.2008	45
4. Zwischenergebnis	47

C. Nichtwirtschaftlicher Verein und nichtwirtschaftliche Unternehmergeinschaft	51
I. Grundsätzliches	51
II. Der eingetragene Verein	51
1. Allgemeines	51
2. Abgrenzung wirtschaftlicher - nichtwirtschaftlicher Verein	51
a) Subjektive Theorie	52
b) Objektive Theorie	52
c) Gefährlichkeitstheorie	52
d) Gemischt-subjektiv-objektive Theorie	53
e) Teleologisch-typologische Abgrenzung	53
f) Stellungnahme	55
3. Nebenzweckprivileg	57
4. Besonderheiten	58
a) Berufs- und Fachorganisationen	58
b) Vermögensverwaltung	58
c) Externer Geschäftsbetrieb	59
5. Zwischenergebnis	60
III. Die Unternehmergeinschaft	60
1. Allgemeines	60
2. Die Unternehmergeinschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich	61
3. Zwischenergebnis	62
IV. Allgemeine Gegenüberstellung des eingetragenen Vereins und der Unternehmergeinschaft	62
1. Geschichte	62
a) Gesellschaftsrecht	62
aa) Römisches Recht	63
bb) Deutsches Recht	63
b) Bürgerlich-rechtlicher Verein	67
c) GmbH-Recht	70
d) Stellungnahme	73
2. Sinn und Zweck	75
3. Systematik	77
a) Allgemeine Erwägungen	77
aa) Gesellschaftsrecht	77
(1) Privatrechtliches Kooperationsrecht	77
(2) Verfassung kooperativer Verbände	78
(3) Vermittelnde Auffassung	78
(4) Recht der „Gesellschaften“	78
(5) Stellungnahme	78
bb) Unternehmensrecht	79
cc) Numerus Clausus, Typenzwang und Institutionenlehre des Gesellschaftsrechts	80
dd) Systematik des Gesellschaftsrechts	82
b) Rechtliche Eingliederung und Rechtsquellen	83
aa) Allgemeines	83
bb) Nationales Recht	83
(1) Rechtsnormen	83
(a) Verfassungsrecht	83
(b) Bundesrecht	85
(aa) Privatrecht	85
(bb) Öffentliches Recht	86
(c) Landesrecht	87
(2) Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten	87
(3) Vertragsgestaltung	87
(4) Richterliche Rechtsfortbildung	88
cc) Internationales Recht	89
c) Stellungnahme	91
4. Zusammenfassung	91

D. Gegenüberstellung von „regulärer“ GmbH und Unternehmersgesellschaft	93
I. Allgemeines	93
II. Gegenüberstellung	93
1. Mindeststammkapital	93
2. Einlagen	93
3. Anmeldung - Einlagenerbringung	94
4. Thesaurierungspflicht	95
5. Rechtsformzusatz	96
6. Einberufung der Gesellschafterversammlung	97
III. Gesamtschau	98
E. Gegenüberstellung von Verein und Unternehmersgesellschaft	99
I. Begriff und Zweck	99
1. Grundsätzliches	99
2. Eingetragener Verein	99
3. Unternehmersgesellschaft	99
a) Grundsätzliches	99
b) Dauerhafter Bestand	100
4. Zwischenergebnis	101
II. Name	101
1. Grundsätzliches	101
2. Eingetragener Verein	101
a) Allgemeines	101
b) Unterscheidungskraft	102
c) Namenswahrheit	103
d) Namenszusatz	104
e) Namensschutz	104
3. Unternehmersgesellschaft	105
a) Allgemeines	105
b) Unterscheidungskraft	106
c) Firmenwahrheit	106
d) Rechtsformzusatz	107
e) Firmenschutz	107
f) Gemeinnützige Gesellschaft	107
4. Zwischenergebnis	109
III. Sitz	110
1. Grundsätzliches	110
2. Eingetragener Verein	110
a) Allgemeines	110
b) Verwaltungssitz	111
c) Doppelsitz	112
d) Sitzverlegung	112
3. Unternehmersgesellschaft	113
a) Allgemeines	113
b) Verwaltungssitz	114
c) Geschäftsanschrift / Zweigniederlassung	115
d) Doppelsitz	115
e) Sitzverlegung	115
4. Zwischenergebnis	116
IV. Rechtsfähigkeit	117
1. Grundsätzliches	117
2. Eingetragener Verein	117
a) Allgemeines	117
b) Erlangung	117



c) Verlust	118
3. Unternehmergesellschaft	119
a) Allgemeines	119
b) Erlangung	119
c) Verlust	120
4. Zwischenergebnis	121
V. Gründung	121
1. Grundsätzliches	121
a) Die Gründung im Allgemeinen	121
b) Vorgründungsgesellschaft	121
c) Vor-Gesellschaft	122
2. Eingetragener Verein	122
a) Die Gründung im Allgemeinen	122
b) Vorgründungsgesellschaft	122
c) Vor-Verein	122
d) Gründungsvoraussetzungen	124
aa) Anzahl der Gründer	124
bb) Gründerversammlung mit Feststellung der Satzung	125
cc) Anmeldung zur Eintragung	125
dd) Eintragung des Vereins	125
3. Unternehmergesellschaft	126
a) Die Gründung im Allgemeinen	126
b) Vorgründungsgesellschaft	126
c) Vor-GmbH	127
d) Gründungsvoraussetzungen	130
aa) Beurkundung des Gesellschaftsvertrages	130
bb) Leistung der Einlagen	130
cc) Anmeldung zur Eintragung	130
dd) Eintragung	131
ee) Vereinfachtes Verfahren / Musterprotokoll	131
ff) Sonderfall: Einmanngesellschaft	131
4. Zwischenergebnis	132
VI. Gründungskosten	135
1. Grundsätzliches	135
2. Eingetragener Verein	135
a) Allgemeines	135
b) Registerkosten	135
c) Notarkosten	135
aa) Gebührentatbestände	135
bb) Gebührenhöhe	136
d) Gebührenbefreiung	136
3. Unternehmergesellschaft	137
a) Allgemeines	137
b) Registerkosten	137
c) Notarkosten	137
aa) Normales Verfahren	137
(1) Gebührentatbestände	137
(2) Gebührenhöhe	139
bb) Vereinfachtes Verfahren	140
(1) Gebührentatbestände	140
(2) Gebührenhöhe	140
d) Gebührenbefreiung	141
4. Zwischenergebnis	141
VII. Beendigung	142
1. Grundsätzliches	142
2. Eingetragener Verein	143
a) Auflösung	143
b) Entziehung der Rechtsfähigkeit	145

c) Verzicht auf die Rechtsfähigkeit	145
d) Liquidation	146
aa) Allgemeines	146
bb) Liquidatoren	146
cc) Liquidationsverfahren	147
dd) Anfall des Vereinsvermögens	149
ee) Nachtragsliquidation	149
ff) Sonderfall: Wegfall sämtlicher Mitglieder und Preisgabe des Vereinszwecks	149
gg) Erlöschen des Vereins	150
e) Fortsetzung nach Auflösung	150
3. Unternehmergeellschaft	151
a) Allgemeines	151
b) Auflösung	151
aa) Auflösungsgründe gem. § 60 Abs. 1 GmbHG	151
bb) Auflösungsgründe gem. § 60 Abs. 2 GmbHG	152
cc) Weitere Auflösungsgründe	153
c) Liquidation	153
aa) Allgemeines	153
bb) Liquidatoren	154
cc) Liquidationserfahren	154
dd) Verteilung des Liquidationserlöses	155
ee) Rechnungslegung	156
ff) Nachtragsliquidation	157
gg) Sonderfall: Vermögenslosigkeit	157
d) Fortsetzung der aufgelösten Unternehmergeellschaft	157
4. Zwischenergebnis	157
VIII. Mitgliedschaft	161
1. Grundsätzliches	161
2. Eingetragener Verein	163
a) Allgemeines	163
b) Inhalt	163
aa) Mitgliedschaftsrechte	164
(1) Vorteilsrechte / Werte- und Benutzungsrechte	164
(2) Mitverwaltungsrechte / Organschafts- und Teilhaberechte	164
(3) Schutzrechte	165
(4) Sonderrechte	165
bb) Mitgliedschaftspflichten	166
(1) Beitragspflicht / Vermögenspflichten	166
(2) Mitverwaltungspflicht / Organschaftspflichten	167
(3) Treuepflicht	167
(4) Sonderpflichten	168
c) Übertragung	168
d) Erwerb	169
aa) Gründungsbeteiligung	169
bb) Eintritt in den Verein	169
cc) Abgeleiteter Erwerb	170
dd) Sonderfall: Aufnahmepflicht	170
e) Verlust	171
aa) Austritt	171
bb) Ende durch Tod	172
cc) Erlöschen kraft Satzung	172
dd) Ausschluss	172
ee) Vollbeendigung des Vereins	173
ff) Unwirksamer Eintritt / Übertragung der Mitgliedschaft	173
f) Sonderfall: Ruhen der Mitgliedschaft	173
3. Unternehmergeellschaft	173
a) Allgemeines	173
b) Inhalt	174
aa) Mitgliedschaftsrechte	175
(1) Vermögensrechte	175

(2) Verwaltungsrechte	175
(3) Sonderrechte	176
(4) Informationsrecht	176
bb) Mitgliedschaftspflichten	176
(1) Vermögenspflichten	177
(2) Verhaltenspflichten	177
(3) Nebenleistungspflichten	177
(4) Sonderpflichten	177
(5) Treuepflicht	177
(6) Wettbewerbsverbot	178
c) Übertragung	178
d) Erwerb	179
aa) Ursprünglicher Erwerb	179
bb) Abgeleiteter Erwerb	179
e) Verlust	179
aa) Austritt	180
bb) Ausschluss	180
cc) Vollbeendigung der Gesellschaft und Kapitalherabsetzung	181
dd) Einziehung (Amortisation) des Geschäftsanteils, § 34 GmbHG	181
ee) Kaduzierung, § 21 GmbHG	182
ff) Abandon, § 27 GmbHG	182
gg) Veräußerung des Geschäftsanteils und Tod des Gesellschafters	182
4. Zwischenergebnis	182
IX. Mitglieder- und Gesellschafterversammlung	185
1. Grundsätzliches	185
2. Eingetragener Verein	186
a) Allgemeines	186
b) Zuständigkeit	186
c) Einberufung	187
d) Teilnahme	188
e) Leitung der Versammlung	188
f) Verlauf der Versammlung	189
g) Willensbildung	189
h) Fehlerhafte Beschlüsse	190
3. Unternehmergesellschaft	191
a) Allgemeines	191
b) Zuständigkeit	191
c) Einberufung	193
d) Teilnahme	194
e) Leitung der Versammlung	194
f) Verlauf der Versammlung	195
g) Willensbildung	195
h) Fehlerhafte Beschlüsse	196
4. Zwischenergebnis	197
X. Vorstand und Geschäftsführer	200
1. Grundsätzliches	200
2. Eingetragener Verein	201
a) Allgemeines	201
b) Vertretungsmacht	201
c) Geschäftsführungsbefugnis	202
d) Entlastung	203
e) Bestellung, Anstellung und Amtsdauer	203
f) Willensbildung	205
g) Notbestellung	206
h) Eintragung ins Register	206
3. Unternehmergesellschaft	206
a) Allgemeines	206
aa) Grundsätzliches	206
bb) Eignungsvoraussetzungen	207

cc) Anzahl der Geschäftsführer	207
dd) Bezeichnung	208
b) Vertretungsmacht	208
c) Geschäftsführungsbefugnis	209
aa) Grundsätzliches	209
bb) Organpflichten	210
d) Entlastung	211
e) Bestellung, Anstellung und Amtsdauer	211
aa) Bestellung	211
bb) Abberufung	212
cc) Sonstiges Ende der Bestellung	212
dd) Anstellungsverhältnis	213
(1) Rechte aus dem Anstellungsverhältnis	214
(2) Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis	214
f) Willensbildung	214
g) Notbestellung	214
h) Eintragung ins Register	215
4. Zwischenergebnis	215
XI. Sonstige Organe	219
1. Grundsätzliches	219
2. Eingetragener Verein	219
a) Allgemeines	219
b) Fakultative Vereinsorgane	220
c) Obligatorischer Aufsichtsrat	220
d) Besondere Vertreter gem. § 30 BGB	220
3. Unternehmergesellschaft	221
a) Allgemeines	221
b) Aufsichtsrat	221
aa) Grundsätzliches	221
bb) Fakultativer Aufsichtsrat	222
cc) Obligatorischer Aufsichtsrat	222
c) Sonstige Organe	223
d) Besondere Vertreter gem. § 30 BGB analog	223
4. Zwischenergebnis	224
XII. Verbandsstrafgewalt und Verbandsgerichtsbarkeit	225
1. Grundsätzliches	225
2. Eingetragener Verein	225
a) Allgemeines	225
b) Sanktionen	226
aa) Voraussetzungen	226
bb) Mittel	226
cc) Verfahren	227
dd) Rechtsschutz	227
(1) Staatliche Gerichte	227
(2) Schiedsgericht	227
c) Organstreitigkeiten	228
3. Unternehmergesellschaft	228
a) Allgemeines	228
b) Vertragsstrafen	229
c) Schiedsgerichte	230
4. Zwischenergebnis	230
XIII. Finanzverfassung	231
1. Grundsätzliches	231
2. Eingetragener Verein	232
a) Allgemeines	232
b) Kapitalaufbringung	232
c) Kapitalerhaltung	233
d) Kapitalersatzrecht	234

3. Unternehmergeinschaft	235
a) Allgemeines	235
b) Kapitalaufbringung	235
aa) Stammkapital	235
bb) Einlagen der Gesellschafter	236
(1) Grundsätzliches	236
(2) Leistung der Einlage	236
(a) Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG	237
(b) Anwendbarkeit von § 19 Abs. 5 GmbHG	238
(3) Nichterfüllung der Einlageforderung	239
cc) Kapitalerhöhung	240
dd) Nachschüsse und sonstige Leistungen	242
ee) Eigene Anteile der Gesellschaft	243
c) Kapitalerhaltung	243
aa) Ausschüttungsverbot	243
bb) Gewinnverwendung	244
cc) Thesaurierung gem. § 5a Abs. 3 GmbHG	245
dd) Kapitalherabsetzung	246
d) Kapitalersatzrecht	247
4. Zwischenergebnis	248
a) Kapitalaufbringung	249
b) Kapitalerhaltung	250
c) Kapitalersatzrecht	251
XIV. Haftung des Verbands	251
1. Grundsätzliches	251
2. Eingetragener Verein	251
a) Allgemeines	251
b) Organhaftung gem. § 31 BGB	252
c) Organisationshaftung	253
3. Unternehmergeinschaft	253
a) Allgemeines	253
b) Organhaftung	254
c) Organisationshaftung	254
4. Zwischenergebnis	254
XV. Haftung der Mitglieder	254
1. Grundsätzliches	254
2. Eingetragener Verein	255
a) Allgemeines	255
b) Haftung gegenüber dem Verein	255
c) Haftung gegenüber anderen Mitgliedern	255
d) Sonderfall: Durchgriffshaftung	256
aa) Grundsätzliches	256
bb) Überschreitung des Nebenzweckprivilegs	256
cc) Vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger	257
dd) Existenzgefährdender Eingriff	257
ee) Vermögensvermischung	257
ff) Sphärenvermischung	258
gg) Unterkapitalisierung	258
3. Unternehmergeinschaft	258
a) Allgemeines	258
b) Haftung gegenüber der Gesellschaft	259
aa) Vertragliche oder deliktische Haftung	259
bb) Mitgliedschaftliche Pflichten	259
cc) Verstoß gegen die Thesaurierungspflicht	259
dd) Haftungseinschränkung gem. § 31b BGB analog	260
c) Haftung gegenüber anderen Gesellschaftern	260
d) Sonderfall: Durchgriffshaftung	261
aa) Grundsätzliches	261
bb) Vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger	261

cc) Existenzgefährdender Eingriff	261
dd) Vermögensvermischung	262
ee) Sphärenvermischung	262
ff) Unterkapitalisierung	262
4. Zwischenergebnis	263
XVI. Haftung des Vertretungsorgans	265
1. Grundsätzliches	265
2. Eingetragener Verein	265
a) Allgemeines	265
b) Vorstandshaftung	266
aa) Haftung gegenüber Dritten	266
bb) Haftung gegenüber dem Verein	267
(1) Haftungsbegrenzung gegenüber dem Verein	267
(2) Ehrenamtlicher Vorstand	268
(3) Haftung gem. § 64 GmbHG	269
(4) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO	269
cc) Haftung gegenüber Vereinsmitgliedern	270
dd) Versicherung	270
c) Zusätzliche Organe	270
3. Unternehmergesellschaft	270
a) Allgemeines	270
b) Geschäftsführerhaftung	271
aa) Haftung gegenüber Dritten	271
bb) Haftung gegenüber der Gesellschaft	272
(1) Grundsätzliches	272
(2) Haftung nach § 43 GmbHG	273
(a) Grundsätzliches	273
(b) Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	273
(c) Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG	274
(d) Haftungseinschränkung	274
(3) Haftung nach § 64 GmbHG	275
(4) Weitere Haftung	276
(5) Haftungseinschränkung gem. § 31a BGB analog	276
cc) Haftung gegenüber den Gesellschaftern	276
dd) Versicherung	277
c) Zusätzliche Organe	277
4. Zwischenergebnis	278
XVII. Satzung und Gesellschaftsvertrag	282
1. Grundsätzliches	282
2. Eingetragener Verein	282
a) Allgemeines	282
b) Form und Unterzeichnung	283
c) Inhalt	283
aa) Echte Satzungsbestandteile	283
(1) Mussvorschriften	283
(2) Sollvorschriften	284
(3) Weitere Grundentscheidungen	285
(4) Weitere körperschaftliche Regelungsgegenstände	285
bb) Unechte Satzungsbestandteile	285
d) Satzungsänderung	286
e) Auslegung	287
f) Fehlerhafte Satzung oder Satzungsänderung	287
g) Gerichtliche Kontrolle	288
aa) Registergerichtliche Kontrolle	288
bb) Richterliche Inhaltskontrolle	289
h) Regelungen außerhalb der Satzung	289
aa) Vereinsordnungen	289
bb) Geschäftsordnungen	290

3. Unternehmergesellschaft	290
a) Allgemeines	290
b) Form und Unterzeichnung	291
c) Inhalt	291
aa) Echte Bestandteile	291
(1) Mindestinhalt	291
(2) Formpflichtige fakultative Bestandteile	292
(3) Weitere körperschaftliche Regelungsgegenstände	293
bb) Unechte Bestandteile	293
d) Musterprotokoll	294
e) Änderung des Gesellschaftsvertrages	294
f) Auslegung	296
g) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag oder fehlerhafte Änderung des Gesellschaftsvertrages	297
h) Gerichtliche Kontrolle	298
aa) Registergerichtliche Kontrolle	298
bb) Richterliche Inhaltskontrolle	298
i) Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages	298
aa) Geschäftsordnungen	298
bb) Nebenabreden	299
k) Gesellschafterliste	299
4. Zwischenergebnis	300
a) Allgemeines	300
b) Form und Unterzeichnung	300
c) Inhalt	300
d) Änderung	302
e) Auslegung	302
f) Fehlerhafte Bestimmung oder fehlerhafte Änderung	303
g) Gerichtliche Kontrolle	303
h) Regelungen außerhalb des Verbandsstatuts	304
i) Musterprotokoll	304
k) Gesellschafterliste	304
XVIII. Insolvenzrecht	305
1. Grundsätzliches	305
2. Eingetragener Verein	306
a) Allgemeines	306
b) Insolvenzeröffnung	306
aa) Insolvenzeröffnungsgründe	306
bb) Antragsrecht und -pflicht	307
cc) Antragsfrist	307
c) Insolvenzverfahren	308
aa) Eröffnung und Rechtsfolgen	308
bb) Insolvenzmasse	308
cc) Beendigung des Verfahrens	308
dd) Fortsetzung des Vereins	309
ee) Exkurs: Folgen der Insolvenz eines Vereinsmitglieds	309
3. Unternehmergesellschaft	310
a) Allgemeines	310
b) Insolvenzeröffnung	310
aa) Insolvenzeröffnungsgründe	310
bb) Antragsrecht und -pflicht	310
cc) Antragsfrist	310
c) Insolvenzverfahren	311
aa) Eröffnung und Rechtsfolgen	311
bb) Insolvenzmasse	311
cc) Beendigung des Verfahrens	311
dd) Fortsetzung der Unternehmergesellschaft	312
ee) Exkurs: Folgen der Insolvenz eines Gesellschafters	312
4. Zwischenergebnis	312

XIX. Registerrecht	314
1. Grundsätzliches	314
2. Eingetragener Verein	314
a) Allgemeines	314
b) Vereinsregister	314
c) Anmeldungen	315
aa) Anmeldepflichtige Tatsachen	315
bb) Anmeldeberechtigung	315
cc) Ausnahmen	315
dd) Form und Inhalt der Anmeldung	316
ee) Registerzwang	316
d) Eintragungen	316
aa) Einzutragende Tatsachen	316
bb) Registerblatt	317
cc) Bekanntmachung	317
e) Wirkung der Eintragung	317
aa) Konstitutive und deklaratorische Wirkung	317
bb) Publizitätswirkung	317
f) Einsicht	318
g) Amtslöschung	318
h) Eintragung ins Handelsregister	318
i) Kosten	318
aa) Anmeldung und Eintragung	318
bb) Einsicht	319
3. Unternehmergesellschaft	319
a) Allgemeines	319
b) Handelsregister	319
c) Anmeldungen	320
aa) Anmeldepflichtige Tatsachen	320
bb) Anmeldeberechtigung	320
cc) Ausnahmen	321
dd) Form und Inhalt der Anmeldung	321
ee) Registerzwang	321
d) Eintragungen	322
aa) Einzutragende Tatsachen	322
bb) Registerblatt	322
cc) Bekanntmachung	322
e) Wirkung der Eintragung	322
aa) Konstitutive und deklaratorische Wirkung	322
bb) Publizitätswirkung	323
f) Einsicht	323
g) Amtslöschung	324
h) Gesellschafterliste und Liste der Aufsichtsratsmitglieder	324
i) Kosten	324
aa) Anmeldung und Eintragung	324
bb) Einsicht	325
4. Zwischenergebnis	325
XX. Rechnungslegung	328
1. Grundsätzliches	328
2. Eingetragener Verein	328
a) Allgemeines	328
b) Interne Rechenschaftspflicht	328
c) Externe Rechnungslegung	329
d) Prüfung und Publizität	329
3. Unternehmergesellschaft	330
a) Allgemeines	330
b) Rechnungslegung	330
aa) Buchführung	330
bb) Eröffnungsbilanz und Jahresabschluss	331
cc) Lagebericht	331



dd) Inventar	332
c) Interne Rechenschaftspflicht	332
d) Externe Rechnungslegung	332
e) Prüfung	332
f) Publizität	333
4. Zwischenergebnis	333
XXI. Vereinsverbands-/Gesamtvereins- und Konzernrecht sowie Zweigniederlassungen	334
1. Grundsätzliches	334
2. Eingetragener Verein	335
a) Allgemeines	335
b) Vereinsverband	335
c) Gesamtverein	336
d) Vereinskonzern	337
3. Unternehmergeellschaft	337
a) Allgemeines	337
b) Faktischer Konzern	338
c) Vertragskonzern	339
aa) Grundsätzliches	339
bb) Besonderheiten bei der Unternehmergeellschaft	340
d) Zweigniederlassung	340
e) Sonderfall: Aufnahmefähigkeit einer Unternehmergeellschaft in einem Verbandsverein oder Gesamtverein am Beispiel der Sportverbände	341
aa) Grundsätzliches	341
bb) Aufnahmepflicht trotz entgegenstehender Satzungsregelungen	342
4. Zwischenergebnis	344
XXII. Handelsrecht	345
1. Grundsätzliches	345
a) Anwendbarkeit	345
b) Handelsrechtliche Vorschriften	345
2. Eingetragener Verein	345
3. Unternehmergeellschaft	346
4. Zwischenergebnis	346
XXIII. Strafrecht	346
1. Grundsätzliches	346
2. Eingetragener Verein	347
3. Unternehmergeellschaft	347
4. Zwischenergebnis	347
XXIV. Umwandlungsrecht	348
1. Grundsätzliches	348
a) Allgemeines	348
b) Umwandlung	348
aa) Verschmelzung	348
bb) Spaltung	349
cc) Formwechsel	349
2. Eingetragener Verein	350
a) Verschmelzung	350
b) Spaltung	351
c) Formwechsel	351
aa) Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft	351
bb) Formwechsel in eine eingetragene Genossenschaft	351
3. Unternehmergeellschaft	352
a) Umwandlung unter Beteiligung einer GmbH	352
b) Verschmelzung	352
aa) Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH	352
bb) Besonderheiten bei der Unternehmergeellschaft	353
c) Spaltung	354
aa) Spaltung unter Beteiligung einer GmbH	354

bb) Besonderheiten bei der Unternehmergeellschaft	354
d) Formwechsel	354
aa) Formwechsel unter Beteiligung einer GmbH	354
bb) Besonderheiten bei der Unternehmergeellschaft	355
4. Zwischenergebnis	355
XXV. Allgemeines Steuerrecht	356
1. Grundsätzliches	356
a) Allgemeines	356
b) Steuerrecht	356
aa) Körperschaftsteuer	356
bb) Umsatzsteuer	357
cc) Gewerbesteuer	357
dd) Weitere Steuern	358
ee) Steuerrechtliche Behandlung der Mitgliedschaften	358
(1) Vereinsmitgliedschaft	358
(2) Geschäftsanteil	359
ff) Organschaft	359
2. Eingetragener Verein	360
3. Unternehmergeellschaft	360
4. Zwischenergebnis	360
XXVI. Besonderes Steuerrecht - Gemeinnützigkeitsrecht	361
1. Grundsätzliches	361
a) Allgemeines	361
b) Gemeinnützigkeitsrecht	361
aa) Grundsätzliches	361
bb) Gemeinnützigkeit im weiten Sinne	361
cc) Anforderungen an die Satzung und den Gesellschaftsvertrag	362
dd) Tätigkeitsbereiche	362
ee) Folgen	363
(1) Körperschaftsteuer	363
(2) Umsatzsteuer	363
(3) Gewerbesteuer	363
(4) Erbschaft- und Schenkungsteuer	363
(5) Grundsteuer	364
(6) Zuwendungen und nebenberufliche Tätigkeiten	364
(7) Registerkosten und Notargebühren	364
(8) Weitere Rechtsfolgen	364
2. Eingetragener Verein	364
3. Unternehmergeellschaft	365
a) Zulässigkeit	365
b) Firma	366
4. Zwischenergebnis	366
XXVII. Zusammenfassung	366
F. Verbreitung des Vereins, objektiv maßgebliche Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten	369
I. Verbreitung des eingetragenen Vereins	369
II. Ausschluss per Gesetz	370
III. Rechtsformwahl und objektiv maßgebliche Unterschiede	371
1. Rechtsformwahl	371
2. Objektiv maßgebliche Unterschiede	374
a) Zwingendes Recht	374
b) Nicht zwingendes Recht	376
c) Zwischenergebnis	376

IV. Angleichungsmöglichkeiten	377
1. Typenzwang	377
a) Teichmann	378
b) Reuter	378
c) Großfeld	378
d) Harm Peter Westermann	379
e) Karsten Schmidt	379
f) Wiedemann	379
g) Weick	379
h) Stellungnahme	380
2. Möglichkeiten zur Anpassung	380
a) Allgemeines	381
b) Gesellschafterebene	381
aa) Nebenleistungspflichten	381
bb) Nutzung der Einrichtungen und Gegenstände der Gesellschaft	382
cc) Übertragung und Vererbbarkeit des Geschäftsanteils	383
dd) Erwerb der Mitgliedschaft	384
(1) Festsetzung eines Höchstbetrages bei einer Kapitalerhöhung	385
(2) Genehmigtes Kapital	385
(3) Teilung von Anteilen	386
(4) Mitberechtigung	387
ee) Rechtsformzusatz	387
c) Einräumung von Rechten für Nichtgesellschafter	388
aa) Rechtsgestaltung	388
(1) Einräumung durch den Gesellschaftsvertrag	388
(2) Einräumung in schuldrechtlichen Abreden	389
bb) Rechte und Pflichten	390
(1) Mitwirkungsrechte bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages	390
(2) Genussrechte	392
(3) Lizenzverträge	393
(4) Sonstige Rechte und schuldrechtliche Verträge	393
(5) Unterwerfung unter den Gesellschaftsvertrag nebst Vertragsstrafen	394
(6) Organbezogene Rechte	394
(a) Allgemeines	394
(b) Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern	395
(c) Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats	395
(d) Besetzung eines Organs mit Nichtgesellschaftern	397
(aa) Grundsätzliches	397
(bb) Kompetenzübertragung aus dem Kernbereich der Verbandsautonomie	398
(cc) Geschäftsführungsbefugnisse	399
(dd) Bestellung von Geschäftsführern	399
(ee) Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	400
(ff) Zwischenergebnis	400
V. Gesellschaftssoziologische Betrachtung	401
VI. Zwischenergebnis	403
1. Grundsätzliches	403
2. Angleichungsmöglichkeiten	404
a) Gesellschafterebene	404
b) Einräumung von Rechten für Nichtgesellschafter	405
G. Schlussbetrachtung	409
I. Grundsätzliches	409
II. Ausblick	410
1. Personenvereinigungen unter drei bzw. sieben Personen	411
2. Mäzenatentum, Führungsgruppe oder Einbindung von Geldgebern	411

3. Fester Personenkreis	411
4. Grenzbereich zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein	412
5. Publizierungsbedürftigkeit	412
6. Nicht unerheblicher betriebswirtschaftlicher Einfluss	412
7. Verflechtungen	413

## Literaturverzeichnis

- Aker, Halit Sonderrechte von GmbH-Gesellschaftern  
Dissertation, Heidelberg  
Baden-Baden 2002.
- Altmeppen, Holger Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung  
aus „deutsch-europäischer“ Sicht,  
in: NJW 2005, 1911.
- ders. Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften,  
in: NJW 2004, 97.
- ders. Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der  
GmbH,  
in: ZIP 2002, 1553.
- Altmeppen, Holger/  
Wilhelm, Jan Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der  
Scheinauslandsgesellschaften,  
in: DB 2004, 1083.
- Armbrüster, Christian Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (II),  
in: GmbHR 2001, 1021.
- Assenmacher, Hans-Jörg/  
Mathias, Wolfgang Kostenordnung  
Alphabetischer Kommentar  
16. Auflage  
Köln 2008  
(zitiert: Assenmacher/Mathias).
- Assmann, Heinz-Dieter Der faktische GmbH-Konzern,  
in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 657.
- Bacher, Philipp Die Abdingbarkeit des Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 GmbHG in  
der Satzung,  
in: GmbHR 2001, 133.
- Bader, Klaus Die neue società a responsabilità limitata in Italien,  
in: GmbHR 2005, 1474.
- Bahners, Frank Aufnahmepflicht eines Sportverbandes  
Dissertation, Bonn  
Bonn 2004.
- Baier, Claus-Michael Inhalt der GmbH-Satzung  
Dissertation, Tübingen  
Tübingen 1992.
- Ballerstedt, Kurt Was ist Unternehmensrecht?,  
in: Festschrift Duden 1977, S. 15.
- ders. Mitgliedschaft und Vermögen beim rechtsfähigen Verein,  
in: Festschrift Knur 1972, S. 1.
- ders. 75 Jahre GmbH-Gesetz,  
in: GmbHR 1967, 66.
- Balsler, Gabriele Die richterliche Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen  
Dissertation, Frankfurt am Main  
Frankfurt am Main 1979.

- Balz, Gerhard K. Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH  
Dissertation, Tübingen  
Berlin 1984.
- Bamberger, Heinz Georg/  
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 1 (§§ 1-610)  
3. Auflage  
München 2012  
(zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter).
- Barner, Friedrich Die Entlastung als Institut des Verbandsrechts  
Dissertation, Berlin  
Berlin 1990.
- Barta, Sebastian Das Kapitalsystem von GmbH und AG - Inhalt und Zweck der  
Regelungen über Stamm- bzw. Grundkapital,  
in: GmbHR 2005, 657.
- Bascopé, Hugo/  
Hering, Alexander Die spanische Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sociedad de  
Responsabilidad Limitada, SRL),  
in: GmbHR 2005, 609.
- Bassenge, Peter/  
Brudermüller, Gerd/  
Ellenberger, Jürgen/  
u. a. Palandt  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Kommentar  
74. Auflage  
München 2015  
(zitiert: Palandt/Bearbeiter).
- Bauer, Jan Michael Der Notgeschäftsführer in der GmbH  
Dissertation, Tübingen  
Köln 2006.
- Baumgärtner, Thomas Rechtsformübergreifende Aspekte der gesellschaftsrechtlichen  
Treuepflicht im deutschen und angloamerikanischen Recht  
Dissertation, Köln  
Frankfurt am Main 1990.
- Baums, Theodor Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht,  
in: AG 2007, 57.
- Bayer, Michael Die liquidationslose Fortsetzung rechtsfähiger Idealvereine  
Dissertation, Mainz  
Berlin 1984.
- Bayer, Walter/  
Hoffmann, Thomas Sechs Jahre Unternehmergeinschaft („Mini-GmbH“),  
in: GmbHR 2014, R-359.
- dies. Fünf Jahre Unternehmergeinschaft,  
in: GmbHR 2013, R-358.
- dies. Neue Daten zur Unternehmergeinschaft,  
in: GmbHR 2012, R-51.
- dies. Zwei Jahre Unternehmergeinschaft - ein Geburtstagsgruß!,  
in: GmbHR 2010, R-369.
- dies. Triumphzug der Unternehmergeinschaft: Marke von 30.000  
überschritten,  
in: GmbHR 2010, R-161.

- dies. Die Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) des MoMiG zum 1.1.2009 - eine erste Bilanz,  
in: GmbHR 2009, 124.
- dies. Erste gemeinnützige Unternehmergeinschaften  
(haftungsbeschränkt),  
in: GmbHR 2009, R-102.
- dies. Die Wahrnehmung der *limited* als Rechtsformalternative zur GmbH,  
in: GmbHR 2007, 414.
- Bayer, Walter/  
Hoffmann, Thomas/  
Lieder, Jan Ein Jahr MoMiG in der Unternehmenspraxis,  
in: GmbHR 2010, 9.
- Bayer, Walter/  
Hoffmann, Thomas/  
Schmidt, Jessica Satzungskomplexität und Mustersatzung,  
in: GmbHR 2007, 953.
- Bayer, Walter/  
Schmidt, Jessica Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit,  
in: ZIP 2006, 210.
- Bayreuther, Frank Gewerblicher und bürgerlicher Rechtsschutz des Vereinssymbols,  
in: WRP 1997, 820.
- Beck, Lukas Keine Haftung des „UG“-Geschäftsführers,  
GmbHR 2014, 402.
- Becker, Patricia Verabschiedung des Gesetzes über die französische Blitz-S.A.R.L.,  
in: GmbHR 2003, 1120.
- Bedkowski, Dorothea Die Geschäftsleiterpflichten  
Dissertation, Bonn  
Berlin 2006.
- Behrens, Peter Die Europäisierung des Gesellschaftsrechts,  
in: GmbHR 1993, 129.
- Beisel, Wilhelm Die richtige Unternehmensform  
Kissing 1981.
- Benecke, Martina Der Ausschluß aus dem Verein,  
in: WM 2000, 1173.
- Bengel, Manfred/  
Otto, Klaus/  
Reimann, Wolfgang/  
Tiedtke, Werner Korintenberg  
Gerichts- und Notarkostengesetz  
Kommentar  
19. Auflage  
München 2015  
(zitiert: Korintenberg/Bearbeiter).
- Berger, Christian Nebenverträge im GmbH-Recht  
Dissertation, Münster  
Münster 1995.
- Berger, Michael Quantifizierung, Bewertung und Bestgestaltung von Rechtsformen  
Krefeld 1986.

- Bergmann, Andreas Die Handelndenden-Haftung als Ausgleich fehlender Registerpublizität,  
in: GmbHR 2003, 563.
- Berninger, Axel Aufstieg der UG (haftungsbeschränkt) zur vollwertigen GmbH,  
in: GmbHR 2011, 953.
- ders. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) -  
Sachkapitalerhöhungsverbot und Umwandlungsrecht,  
in: GmbHR 2010, 63.
- Beurskens, Michael/  
Fastrich, Lorenz /  
Haas, Ulrich/  
u. a. Baumbach/Hueck  
GmbHG  
Kommentar  
20. Auflage  
München 2013  
(zitiert: Baumbach/Hueck).
- Beuthien, Volker Zur Begriffsverwirrung im deutschen Gesellschaftsrecht,  
in: JZ 2003, 715.
- ders. Der genossenschaftliche Geschäftsanteil,  
in: AG 2002, 266.
- ders. Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem (Teil I),  
in: ZIP 1996, 305.
- ders. Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz im Vereinsrecht,  
in: BB 1987, 6.
- Beuthien, Volker/  
Gätsch, Andreas Einfluß Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei  
Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften,  
in: ZHR 157 (1993), 483.
- dies. Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter,  
in: ZHR 156 (1992), 459.
- Beuthien, Volker/  
Gummert, Hans Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts  
Band 5  
Verein - Stiftung bürgerlichen Rechts  
3. Auflage  
München 2009  
(zitiert: Münch Hdb GesR V/Bearbeiter).
- Beuthien, Volker/  
Wolff, Reinmar/  
Schöpflin, Martin Genossenschaftsgesetz  
Kommentar  
15. Auflage  
München 2011  
(zitiert: Beuthien GenG).
- Biedenkopf, Kurt H. Zur Diskussion über ein neues Unternehmensrecht,  
in: Festschrift Raiser 1974, S. 339.
- Binge, Christoph/  
Thölke, Ulrich „Everything goes!“?  
- Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“-,  
in: DNotZ 2004, 21.
- Binz, Mark K./  
Mayer, Gerd Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?,  
in: GmbHR 2003, 249.
- Bischoff, Ariane Missbrauch der Limited in Deutschland,  
in: ZInsO 2009, 164.



- Blum, Verena/  
Ebeling, Stephan      Dynamische Verweisungen im Arbeits- und Verbandsrecht,  
in: Sportler, Arbeit und Statuten, Herbert Fenn zum 65. Geburtstag,  
2000, S. 85.
- Böhringer, Walter      Notargebühren bei Geschäftsvorgängen einer GmbH,  
in: BWNotZ 2014, 166.
- Bokelmann, Gunther      Die Neuregelungen im Firmenrecht nach dem Regierungsentwurf  
des Handelsrechtsreformgesetzes,  
in: GmbHR 1998, 57.
- ders.      Der Prozeß gegen eine im Handelsregister gelöschte GmbH,  
in: NJW 1977, 1130.
- Borges, Georg      Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem  
Sitz,  
in: ZIP 2004, 733.
- Bork, Reinhard      Die als vermögenslos gelöschte GmbH im Prozeß,  
in: JZ 1991, 841.
- Bormann, Jens/  
Diehn, Thomas/  
Sommerfeldt, Klaus      Gesetz über die Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte  
und Notare  
Kommentar  
München 2014  
(zitiert: Bormann/Diehn/Sommerfeldt).
- Bormann, Michael      Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG,  
in: GmbHR 2007, 897.
- Böttcher, Roland      Die Beendigung des rechtsfähigen Vereins,  
in: Rpfleger 1988, 169.
- Bötticher, Eduard      Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle,  
in: ZfA 1970, 3.
- Boujong, Karlheinz      Zur Auslegung und Fortbildung des GmbH-Rechts in der neueren  
Judikatur des Bundesgerichtshofs,  
in: GmbHR 1992, 207.
- Brakalova, Maria/  
Barth, Daniel      Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften  
innerhalb der EU bleiben zulässig,  
in: DB 2009, 213.
- Brand, Christian/  
Reschke, Dennis      Insolvenzverschleppung - künftig auch im eingetragenen Verein  
strafbar?,  
in: NJW 2009, 2343.
- Braun, Eberhard      Insolvenzordnung  
Kommentar  
6. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Braun/Bearbeiter).
- Breitenstein, Jürgen/  
Meyding, Bernhard      Der Regierungsentwurf zum MoMiG: Die Deregulierung des  
GmbH-Rechts schreitet voran,  
in: BB 2007, 1457.
- Brete, Raik/  
Thomsen, Michael      Praxisrelevante Hinweise für Amateurfußballvereine zum  
Gemeinnützigkeitsrecht,  
in: SpuRt 2008, 11.

- Brocker, Moritz  
„In the Line of Fire“ - Die Pflichten des Directors und die vereinfachte Kapitalherabsetzung nach dem Companies Act 2006, in: GmbHR 2009, 477.
- Buchda, Gerhard  
Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre Marburg 1936.
- Büchel, Helmut  
Kapitalaufbringung, insbesondere Regelung der verdeckten Sacheinlage nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, in: GmbHR 2007, 1065.
- Buchner, Herbert  
Die Entlastung des Geschäftsführers in der GmbH, in: GmbHR 1988, 9.
- Buenger, Florian  
Die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts, in: RIW 2004, 249.
- Bühler, Michael  
Ist der Urlaubsentgeltanspruch von Profifußballern noch zeitgemäß?, in: SpuRt 1998, 143.
- Burgard, Ulrich  
Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen, in: ZIP 2010, 358.
- Burgard, Ulrich/  
Gundlach, Ulf  
Wege zur Bewältigung des Problems der Masselosigkeit - Zur Einführung einer Insolvenzkosten-Pflichtversicherung, in: ZIP 2006, 1568.
- Bürkle, Annegret  
Rechte Dritter in der Satzung der GmbH  
Dissertation, Frankfurt am Main  
Frankfurt am Main 1991.
- Calise, Francesco  
Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch auf andere juristische Personen als die GmbH anwendbar?  
Dissertation, Köln  
Köln 2006.
- Calliess, Christian/  
Ruffert, Matthias  
EUV/AEUV  
Kommentar  
4. Auflage  
München 2011  
(zitiert: Calliess/Ruffert/Bearbeiter).
- Canaris, Claus-Wilhelm  
Handelsrecht  
24. Auflage  
München 2006.
- Canaris, Claus-Wilhelm/  
Habersack, Mathias/  
Schäfer, Carsten  
Staub  
Handelsgesetzbuch  
Großkommentar  
Band 1 (§§ 1-47b)  
5. Auflage  
Berlin 2009  
Band 7/1 (§§ 316-330)  
5. Auflage  
Berlin 2010  
(zitiert: Staub/Bearbeiter).
- Carlé, Thomas  
Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in: DStZ 2008, 709.

- Claussen, Carsten P. Überlegungen zur Rechtsform der GmbH,  
in: GmbHR 1996, 73.
- ders. Der Genußschein und seine Einsatzmöglichkeiten,  
in: Festschrift Werner 1984, S. 81.
- Cöster, Thilo Der Ausschluß lästiger Gesellschafter  
Dissertation, Göttingen  
Göttingen 1994.
- Crezelius, Georg Peter/Crezelius  
Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen  
6. Auflage  
Berlin 1995.
- Crezelius, Georg/  
Emmerich, Volker/  
Priester, Hans-Joachim/  
u. a. Scholz  
Kommentar zum GmbH-Gesetz  
I. Band (§§ 1-34)  
11. Auflage  
Köln 2012  
II. Band (§§ 35-52)  
11. Auflage  
Köln 2014  
III. Band (§§ 53-85)  
11. Auflage  
Köln 2015  
(zitiert: Scholz/Bearbeiter).
- Dauner-Lieb, Barbara Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung  
gemäß § 826 BGB,  
in: ZGR 2008, 34.
- dies. Haftung und Risikoverteilung in der Vor-GmbH,  
in: GmbHR 1996, 82.
- Dernedde, Ines Nach den Reformen: GmbH oder englische Limited als  
Gesellschaftsform?,  
in: JR 2008, 47.
- Derwisch-Ottenberg, Gerald Die Haftungsverhältnisse der Vor-GmbH  
Dissertation, Marburg  
Berlin 1988.
- Dierksmeier, Jochen Die englische Ltd. in Deutschland - Haftungsrisiko für Berater,  
in: BB 2005, 1516.
- Dolzer, Rudolf/  
Kahl, Wolfgang/  
Waldhoff, Christian/  
Graßhof, Karin Bonner Kommentar zum Grundgesetz  
Heidelberg, Stand Dezember 2014  
(zitiert: BK-GG).
- Dörner, Bernhard M. Die Steuern der GmbH und ihrer Gesellschafter  
4. Auflage  
Freiburg 2001  
(zitiert: Dörner Steuern).
- ders. Rechtsform nach Maß  
Freiburg 1994.

- Dörr, Felix Die fehlerhafte GmbH  
Dissertation, Frankfurt am Main  
Frankfurt am Main 1989.
- Dreier, Horst Grundgesetz  
Kommentar  
Band I (Präambel, Artikel 1-19)  
3. Auflage  
Tübingen 2013  
(zitiert: Dreier/Bearbeiter).
- Duden, Konrad Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum  
„Unternehmensrecht“,  
in: Festschrift Schilling 1973, S. 309.
- Ebert, Sabine/  
Levedag, Christian Die zugezogene „private company limited by shares (Ltd.)“ nach  
dem Recht von England und Wales als Rechtsformalternative für in-  
und ausländische Investoren in Deutschland,  
in: GmbHR 2003, 1337.
- Ebke, Werner F. Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“,  
in: JZ 2003, 927.
- ders. Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH,  
in: JZ 1999, 656.
- Eckhardt, Dirk H. Die Vor-GmbH im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren und in der  
Einzelvollstreckung  
Dissertation, Köln  
Frankfurt am Main 1990.
- Edenfeld, Stefan Die Rechtsbeziehungen des bürgerlich-rechtlichen Vereins zu  
Nichtmitgliedern  
Dissertation, Münster  
Berlin 1996.
- van Efferink, Harm/  
Ebert, Sabine/  
Levedag, Christian Die zugezogene niederländische B.V. als Rechtsformalternative  
zur deutschen GmbH für in- und ausländische Investoren in  
Deutschland,  
in: GmbHR 2004, 880.
- Eggerstedt, Lea Thérèse Probleme der Lizenz- und Schiedsgerichtsverträge im deutschen  
Berufssfußball  
Dissertation, Marburg  
Baden-Baden 2008.
- Ehricke, Ulrich Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen  
Heidelberg 2004.
- Eidenmüller, Horst Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen,  
in: ZGR 2007, 168.
- ders. Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt,  
in: JZ 2004, 24.
- ders. Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa,  
in: ZIP 2002, 2233.

- Eisele, Jörg  
Haftungsfreistellung von Vereinsmitgliedern und Vereinsorganen in nichtwirtschaftlichen Vereinen  
Dissertation, Tübingen  
Berlin 1998.
- Eisenhardt, Ulrich  
Zu den deutschrechtlichen Wurzeln des Handelsrechts oder Wie deutsch ist das deutsche Handelsrecht?,  
in: Festschrift Raisch, 1995, S. 51.
- Eisenhardt, Ulrich/  
Wackerbarth, Ulrich  
Gesellschaftsrecht I  
15. Auflage  
Heidelberg 2011.
- Ensthaler, Jürgen/  
Füller, Jens Thomas/  
Schmidt, Burkhard  
Kommentar zum GmbH-Gesetz  
2. Auflage  
Köln 2010  
(zitiert: Ensthaler/Füller/Schmidt).
- Erbe, Stephan Boris  
Die Limited und Limited & Co. KG  
Stuttgart 2008.
- Erdmann, Ulrich  
Die Online-Versammlung im Vereins- und GmbH-Recht,  
in: MMR 2000, 526.
- Erle, Bernd/  
Sauter, Thomas  
Körperschaftsteuergesetz  
Kommentar  
3. Auflage  
Heidelberg 2010  
(zitiert: Erle/Sauter/Bearbeiter).
- Eyles, Uwe  
Die Auslagerung unternehmensübergreifender Aktivitäten auf rechtsfähige Vereine,  
in: NJW 1996, 1994.
- Fichtelmann, Helmar  
Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH,  
in: GmbHR 2003, 67.
- Fiedler, Peter  
Konzernhaftung beim eingetragenen Verein  
Dissertation, Hannover  
Baden-Baden 1998.
- Fikentscher, Wolfgang  
Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung  
Band I  
Frühe und religiöse Rechte - romanischer Rechtskreis  
Tübingen 1975.
- Fingerhut, Michael/  
Schröder, Mathias  
Die Einziehung eines GmbH-Anteils und Probleme in der Praxis,  
in: BB 1997, 1805.
- Fischer, Hans Georg  
Europarecht  
2. Auflage  
München 2008.
- Fischer, Robert  
Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts,  
in: Festschrift Kunze 1969, S. 95.
- Fleck, Hans-Joachim  
Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers,  
in: ZHR 149 (1985), 387.

- Fleck, Wolfgang Die Inhaltskontrolle von Vereinssatzungen,  
in: Rpfleger 2009, 58.
- Fleischer, Fred Die Befugnis der GmbH-Gesellschafter zur Einrichtung eines  
Zusatzorgans  
Dissertation, Mainz  
Mainz 1984.
- Fleischer, Holger/  
Goette, Wulf Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften  
mit beschränkter Haftung - GmbHG  
Band 1 (§§ 1-34)  
2. Auflage  
München 2015  
Band 2 (§§ 35-52)  
München 2012  
Band 3 (§§ 53-85)  
München 2011  
(zitiert: MüKo GmbHG/Bearbeiter).
- Flume, Werner Die werdende juristische Person,  
in: Festschrift Geßler 1971, S. 3.
- ders. Die Vereinsstrafe,  
in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101.
- Forsthoff, Ulrich Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch,  
in: DB 2003, 979.
- Frank, Susanne/  
Wachter, Thomas Kapitalaufbringung bei der Bargründung einer GmbH in Europa,  
in: GmbHR 2002, 17.
- Franz, Alexander Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche  
Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland,  
in: BB 2009, 1250.
- Franz, Alexander/  
Laeger, Lars Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des  
MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum  
internationalen Gesellschaftsrecht,  
in: BB 2008, 678.
- Freitag, Robert/  
Riemenschneider, Markus Die Unternehmergeellschaft - „GmbH light“ als Konkurrenz für die  
Limited?,  
in: ZIP 2007, 1485.
- Friauf, Karl Heinrich Die negative Vereinigungsfreiheit als Grundrecht,  
in: Festschrift Reinhardt 1972, S. 389.
- Friedrich, Walther J. Grundlagen und ausgewählte Probleme des Vereinsrechts,  
in: DStR 1994, 61, 100.
- Fritzweiler, Jochen/  
Pfister, Bernhard/  
Summerer, Thomas Praxishandbuch Sportrecht  
2. Auflage  
München 2007  
(zitiert: Praxishdb SportR/Bearbeiter).
- Fromm, Rüdiger Die Einziehung von Geschäftsanteilen: Risiken und  
Nebenwirkungen,  
in: GmbHR 2005, 1477.

- Frotscher, Gerrit  
Körperschaftsteuer  
Gewerbesteuer  
2. Auflage  
München 2008.
- Fuhrmann, Claas  
Idealverein oder Kapitalgesellschaft im bezahlten Fußball?,  
in: SpuRt 1995, 12.
- Füllgraf, Lutz  
Der Lizenzfußball  
Dissertation, Kiel  
Berlin 1981.
- Galli, Albert  
Die Rechnungslegung nichtwirtschaftlicher gemeinnütziger Vereine,  
in: DStR 1998, 263.
- Ganssmüller, Helmut  
Unechte Satzungsbestandteile,  
in: GmbHR 1963, 85.
- Gehb, Jürgen  
German law goes Hollywood - Sind wir fit für den Wettbewerb der  
Rechtsordnungen?,  
in: DRiZ 2008, 222.
- Gehrlein, Markus  
Ausschluß und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern  
Köln 1997.
- ders.  
Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts,  
in: Der Konzern 2007, 771.
- ders.  
Möglichkeiten und Grenzen der Fortsetzung einer aufgelösten  
GmbH,  
in: DStR 1997, 31.
- ders.  
Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen als Mittel zum  
Ausschluß eines Gesellschafters,  
in: ZIP 1996, 1157.
- ders.  
Die Haftung in den verschiedenen Gründungsphasen einer GmbH,  
in: DB 1996, 561.
- Geimer, Reinhold/  
Heßler, Hans-Joachim/  
Greger, Reinhard/  
u. a.  
Zöller  
Zivilprozessordnung  
Kommentar  
30. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Zöller/Bearbeiter).
- Geißler, Markus  
Die Einberufung der Gesellschafterversammlung in der Krise der  
UG (haftungsbeschränkt),  
in: DZWIR 2010, 98.
- Gessler, Ernst  
Die Reform des GmbH-Rechts,  
in: BB 1969, 589.
- Gmür, Rudolf  
Die Emdener Handelscompagnien des 17. und 18. Jahrhunderts,  
in: Festschrift Westermann 1974, S. 167.
- Goette, Wulf  
Einführung in das neue GmbH-Recht  
München 2008.

- ders. Aktuelle Entwicklungen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: DStR 2009, 51.
- ders. Das neue GmbH-Recht nach dem MoMiG, in: DRiZ 2007, 313.
- ders. Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe, in: ZIP 2006, 541.
- Goette, Wulf/  
Habersack, Mathias Münchener Kommentar zum Aktiengesetz  
Band 4 (§§ 179-277)  
3. Auflage  
München 2011  
(zitiert: MüKo AktG/Bearbeiter).
- Göhrum, Angelika Einsatzmöglichkeiten von Genußrechten bei einer notleidenden GmbH oder AG  
Dissertation, Tübingen  
Frankfurt am Main 1991.
- Gosch, Dietmar Körperschaftsteuergesetz  
Kommentar  
2. Auflage  
München 2009  
(zitiert: Gosch/Bearbeiter).
- Gottwald, Peter Insolvenzrechtshandbuch  
4. Auflage  
München 2010  
(zitiert: Gottwald/Bearbeiter).
- Götz, Heinrich/  
Götz, Jürgen Die Haftung des Vereins gegenüber dem Mitglied - BGHZ 110, 323, in: JuS 1995, 106.
- Grabau, Fritz-René Die gemeinnützige GmbH im Steuerrecht, in: DStR 1994, 1032.
- Graf-Schlicker, Marie Luise Kommentar zur Insolvenzordnung  
4. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Graf-Schlicker/Bearbeiter).
- Grigoleit, Hans Christoph Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH  
Habilitationsschrift, München  
München 2006.
- Grigoleit, Hans Christoph/  
Rieder, Markus S. GmbH-Recht nach dem MoMiG  
München 2009.
- Grohmann, Uwe Der Stimmrechtsausschluss bei der Einpersonen-GmbH, in: GmbHR 2008, 1255.
- Groß, Wolfgang Deutsches Gesellschaftsrecht in Europa, in: EuZW 1994, 395.



- Großerichter, Helge  
Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“,  
in: DStR 2003, 159.
- Großfeld, Bernhard  
Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe  
Heidelberg 1977.
- Großfeld, Bernhard/  
Brondics, Klaus  
Die Stellung des fakultativen Aufsichtsrates (Beirat) in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und in der GmbH & Co. KG,  
in: AG 1987, 293.
- Grunewald, Barbara  
Gesellschaftsrecht  
9. Auflage  
Tübingen 2014  
(zitiert: Grunewald GesR).
- dies.  
Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein  
Habilitationsschrift, Bonn  
Köln 1987.
- dies.  
Die Haftung der Mitglieder bei Einflussnahmen auf abhängige eingetragene Vereine,  
in: Festschrift Raiser 2005, S. 99.
- dies.  
Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen,  
in: ZGR 1995, 68.
- dies.  
Die Haftung von Organmitgliedern nach Deliktsrecht,  
in: ZHR 157 (1993), 451.
- dies.  
Auskunftserteilung und Haftung des Vorstandes im bürgerlich-rechtlichen Verein,  
in: ZIP 1989, 962.
- dies.  
Vereinsordnungen,  
in: ZHR 152 (1988), 242.
- Grunewald, Barbara/  
Noack, Ulrich  
Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH - Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland,  
in: GmbHR 2005, 189.
- Grunewald, Barbara/  
Römermann, Volker  
Rechtsdienstleistungsgesetz  
Kommentar  
Köln 2008  
(zitiert: Grunewald/Römermann/Bearbeiter).
- Grunwald, Axel  
“Offene Fragen der Notorganschaft gemäß § 29 BGB“  
Dissertation, Mainz  
Mainz 1993.
- Günther, Thomas/  
Franz, Einiko B.  
Grundfälle zu Art. 9 GG,  
in: Jus 2006, 788.
- Güroff, Georg/  
Selder, Johannes/  
Wagner, Ludwig  
Glanegger/Güroff  
Gewerbsteuergesetz  
Kommentar  
8. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Glanegger/Güroff).

- Haas, Ulrich Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, in: DStR 2009, 326.
- ders. Die Haftung des Vereinsvorstands bei Insolvenzverschleppung, in: SpuRt 1999, 1.
- Haas, Ulrich/  
Gedeon, Bertolt Die Abgrenzung von Vereinsgerichten zu echten Schiedsgerichten, in: SpuRt 2000, 228.
- Haas, Ulrich/  
Prokop, Clemens Der eingetragene nichtwirtschaftliche Verein und das Kapitalersatzrecht, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 1149.
- Haas, Ulrich/  
Scholl, Stefanie Informationsansprüche und -pflichten im Idealverein, in: Festschrift Hadding 2004, S. 365.
- Haase, Karsten Der Anspruch des Geschäftsführers einer GmbH auf Fortzahlung seiner Vergütung im Krankheitsfall, in: GmbHR 2005, 1260.
- Habermann, Norbert/  
Weick, Günter Staudinger  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Buch 1 (§§ 21-79)  
Berlin 2005  
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).
- Habersack, Mathias Die Mitgliedschaft - subjektives und „sonstiges“ Recht  
Habilitationsschrift, Heidelberg  
Tübingen 1996.
- ders. Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, in: ZIP 2007, 2145.
- ders. Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, in: ZHR 164 (2000), 1.
- ders. Die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils beim Tod des GmbH-Gesellschafters, in: ZIP 1990, 625.
- Hadding, Walther Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte, in: Festschrift Steindorff 1990, S. 31.
- ders. Die Initiativen des Reichsjustizamts und des Reichsjustizministeriums zur Gestaltung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877 - Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz - 1977, S. 263  
(zitiert: Hadding, in: Festschrift Reichsjustizamt 1977).
- Haegele, Karl Rechtsbeziehungen und Wechselwirkungen zwischen GmbH-Satzung und Gesellschafter-Testament, in: GmbHR 1972, 219.
- Hammen, Horst Zur Begründung von (organschaftlichen) Rechten Dritter im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, in: WM 1994, 765.

Happ, Wilhelm/ Holler, Lorenz	„Limited“ statt GmbH?, in: DStR 2004, 730.
Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias	Europarecht 9. Auflage Tübingen 2014.
Harke, Jan Dirk	Römisches Recht München 2008.
Hatje, Armin	Die Niederlassungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt, in: Jura 2003, 160.
Häuser, Franz/ van Look, Frank	Zur Änderung des Zwecks beim eingetragenen Verein, in: ZIP 1986, 749.
Hausmaninger, Herbert/ Selb, Walter	Römisches Privatrecht 7. Auflage Köln 1994.
Heckelmann, Dieter	Der Idealverein als Unternehmer?, in: AcP 179 (1979), 1.
Heckschen, Heribert	Gründungserleichterungen nach dem MoMiG - Zweifelsfragen in der Praxis, in: DStR 2009, 166.
ders.	Die GmbH-Reform - Wege und Irrwege, in: DStR 2007, 1442.
ders.	Aktuelle Beratungshinweise bei Kündigung, Einziehung und Ausschluss von GmbH-Geschäftsteilen, in: GmbHR 2006, 1254.
Heckschen, Heribert/ Heidinger, Andreas	Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis 2. Auflage Köln 2009.
Heermann, Peter W.	Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, in: ZHR 170 (2006), 247.
ders.	Die Ausgliederung von Vereinen auf Kapitalgesellschaften, in: ZIP 1998, 1249.
Heermann, Peter W./ Götze, Stephan	Zivilrechtliche Haftung im Sport Baden-Baden 2002.
Heidinger, Andreas/ Blath, Simon	Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH, in: GmbHR 2007, 1184.
Heinemann, Gustav W.	Ärztliche Verrechnungsstellen, in: JW 1930, 1554.
Heinz, Volker G.	Die englische Limited 2. Auflage Baden-Baden 2006.
ders.	Englische Limited und Deutsche GmbH - eine vergleichende Darstellung, in: AnwBl 2004, 612.

- Heinze, Harald Verdeckte Sacheinlagen und verdeckte Finanzierungen nach dem MoMiG,  
in: GmbHR 2008, 1065.
- Helios, Marcus Das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht innerhalb der Schranken des Europarechts,  
in: BB 2002, 1893.
- Hemmerich, Hannelore Die Ausgliederung bei Idealvereinen,  
in: BB 1983, 26.
- Henckel, Wolfram/  
Gerhardt, Walter Jaeger  
Insolvenzordnung  
Großkommentar  
Erster Band (§§ 1-55)  
Berlin 2004  
(zitiert: Jaeger/Bearbeiter).
- Hennrichs, Joachim Die UG (haftungsbeschränkt) - Reichweite des Sacheinlageverbots  
und gesetzliche Rücklage,  
in: NZG 2009, 1161.
- ders. Fortsetzung einer mangels Masse aufgelösten GmbH,  
in: ZHR 159 (1995), 593.
- Henssler, Martin Die gesetzliche Regelung der Rechtsanwalts-GmbH,  
in: NJW 1999, 241.
- Herdegen, Matthias Europarecht  
16. Auflage  
München 2014.
- Hermanns, Marc Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre - Mehrheit und  
Minderheit in der Personengesellschaft,  
in: ZGR 1996, 103.
- Herzog, Roman/  
Scholz, Rupert/  
Herdegen, Matthias/  
Klein, Hans H. Maunz-Dürig  
Grundgesetz  
Kommentar  
Band II (Art. 6-15)  
München, Stand Juli 2014  
(zitiert: Maunz-Dürig/Bearbeiter).
- Heubeck, Georg/  
Heubeck, Klaus/  
Heitmann, Helmut Die Altersversorgung der Geschäftsführer bei GmbH  
und GmbH & Co.  
2. Auflage  
Köln 1983.
- Hillebrand, Klaus-Peter/  
Keßler, Jürgen Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz  
2. Auflage  
Hamburg 2010  
(zitiert: Hillebrand/Keßler).
- Hirte, Heribert Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden)  
Gesellschafterdarlehen durch das „Gesetz zur Modernisierung des  
GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG),  
in: WM 2008, 1429.

- ders. Die Unternehmergeellschaft (UG) nach dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG),  
in: ZInsO 2008, 933.
- ders. Stellungnahme zum RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) für den Deutschen Bundestag,  
in: ZInsO 2008, 146.
- Hofbauer, Peter Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats  
Dissertation, Hannover  
Köln 1996.
- Hofmann, Hans/  
Henneke, Hans-Günter Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke  
Kommentar zum Grundgesetz  
13. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Bearbeiter).
- Hofmann, Manfred Rechtsformwahl in Theorie und Praxis  
Dissertation, Mannheim  
Mannheim 1988.
- Hofmann, Paul Zur Liquidation einer GmbH (II),  
in: GmbHR 1976, 258.
- ders. Zur Auflösung einer GmbH,  
in: GmbHR 1975, 217.
- Hofmeister, Jörg Zivilrechtliche Sanktionen bei unrechtmäßig eingetragenen Wirtschaftsvereinen - Durchgriffshaftung und/oder wettbewerbsrechtliche Abmahnung,  
in: ZIP 2009, 161.
- Höhn, Reinhard Pflicht des Aufsichtsrats zur Beratung der GmbH-Geschäftsführer?,  
in: GmbHR 1993, 777.
- Hölder, Eduard Über das Wesen des eintragungsfähigen Vereins,  
in: DJZ 1900, 412.
- von Holt, Thomas/  
Koch, Christian Gemeinnützige GmbH  
3. Auflage  
München 2015.
- Hölters, Wolfgang Freiwillige Gesellschaftsorgane bei der mitbestimmten GmbH und GmbH & Co. KG,  
in: GmbHR 1980, 50.
- Hommelhoff, Peter/  
Priester, Hans-Joachim Bilanzrichtliniengesetz und GmbH-Satzung,  
in: ZGR 1986, 463.
- Hönn, Günther Die konstitutive Wirkung der Löschung von Kapitalgesellschaften,  
in: ZHR 138 (1974), 50.
- Honsell, Heinrich Römisches Recht  
7. Auflage  
Berlin 2010.
- Hopt, Klaus J. Gesellschaftsrecht im Wandel,  
in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1013.

- Hopt, Klaus J./  
Kumpan, Christoph/  
Merkt, Hanno/  
Roth, Markus
- Baumbach/Hopt  
Handelsgesetzbuch  
Kommentar  
36. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Baumbach/Hopt).
- Horn, Hans-Rudolf
- Die Vorgesellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung,  
in: NJW 1964, 86.
- Horn, Norbert
- Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-  
Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit - Inspire Art,  
in: NJW 2004, 893.
- Huber, Ulrich
- Die Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung - de lege ferenda  
betrachtet,  
in: Festschrift Fischer 1979, S. 263.
- Hublé, Jörn R.
- Die statutarische Übertragung der  
Geschäftsführerbestellungsbefugnis auf ein mit Nichtgesellschaftern  
besetztes Organ  
Dissertation, Mainz  
Mainz 1996.
- Hüffer, Uwe
- Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher  
Generalklausel,  
in: Festschrift Steindorff 1990, S. 59.
- ders.
- Das Ende der Rechtspersönlichkeit von Kapitalgesellschaften,  
in: Gedächtnisschrift Schultz 1987, S. 99.
- ders.
- Das Gründungsrecht der GmbH - Grundzüge, Fortschritte und  
Neuerungen,  
in: JuS 1983, 161.
- Hülsmann, Christoph
- Rechtspraktische Probleme beim Austritt von Gesellschaftern aus  
der GmbH,  
in: GmbHR 2003, 198.
- Ipsen, Jörn
- Staatsrecht II  
17. Auflage  
München 2014.
- Jäger, Axel
- Schuldrechtliche Nebenabreden zum Gesellschaftsvertrag der  
GmbH,  
in: DStR 1996, 1935.
- Jagmann, Rainer/  
Rieble, Volker
- Staudinger  
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Buch 2 (§§ 328-345)  
Berlin 2009  
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter).
- Jahn, Joachim
- GmbH-Recht: Jahrhundert-Reform für die Rechtsform des  
Mittelstands - und die „Mini-GmbH“ kommt,  
in: AnwBl 2007, 573.
- Janke, Raimund
- Die Nebenleistungspflichten bei der GmbH  
Dissertation, Stuttgart  
Frankfurt am Main 1996.

- Jarass, Hans D./  
Pieroth, Bodo  
Grundgesetz  
Kommentar  
13. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Jarass/Pieroth).
- Johannsen, Kurt Herbert/  
Kregel, Wilhelm/  
Krüger-Nieland, Gerda/  
Piper, Henning/  
Steffen, Erich  
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der  
Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes  
Band I (§§ 1-240)  
12. Auflage  
Berlin 1982  
(zitiert: RGRK/Bearbeiter).
- John, Uwe  
Eine ganz kleine GmbH-Reform? - Der Entwurf einer Novelle zum  
GmbH-Gesetz,  
in: JA 1979, 621.
- Joost, Detlev  
Unternehmergesellschaft, Unterbilanz und Verlustanzeige,  
in: ZIP 2007, 2242.
- Joost, Detlev/  
Strohn, Lutz  
Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn  
Handelsgesetzbuch  
Kommentar  
Band 1 (§§ 1-342e)  
3. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bearbeiter).
- Jordan, Elmar  
Gläubigerschutz in der kapitallosen Gesellschaft  
Dissertation, Bonn  
Bonn 2010.
- Jula, Rocco  
Der GmbH-Geschäftsführer  
4. Auflage  
Berlin 2012.
- Jung, Peter  
Handelsrecht  
10. Auflage  
München 2014.
- Junker, Abbo  
Sechundsiebzig verweht - Die deutsche Mitbestimmung endet in  
Europa,  
in: NJW 2004, 728.
- Kallmeyer, Harald  
Umwandlungsgesetz  
Kommentar  
5. Auflage  
Köln 2013  
(zitiert: Kallmeyer/Bearbeiter).
- ders.  
Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nach dem MoMiG:  
Änderungen für die GmbH-Beratungspraxis,  
in: DB 2007, 2755.
- ders.  
Vor- und Nachteile der englischen Limited im Vergleich zur GmbH  
oder GmbH & Co. KG,  
in: DB 2004, 636.
- Kappet, Clivia  
Das Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften  
Dissertation, Bonn  
Hamburg 2006.





- Kirchhof, Paul  
Einkommensteuergesetz  
Kommentar  
14. Auflage  
Köln 2015  
(zitiert: Kirchhof/Bearbeiter).
- Kisker, Arnd  
Die Struktur der deutschen GmbH im Vergleich zur Struktur der  
englischen Private Limited Company  
Dissertation, Münster  
Münster 1992.
- Kleffner, Thomas  
Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG  
Dissertation, Münster  
Berlin 1994.
- Klein, Dennis  
Wenn die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) erwachsen  
werden will...,  
in: NZG 2011, 377.
- Klein, Evelyn  
Umsatzsteuerliche Behandlung von Mitgliedsbeiträgen,  
in: DStR 2008, 1016.
- Kleine-Cosack, Michael  
Rechtsdienstleistungsgesetz  
Kommentar  
3. Auflage  
Heidelberg 2014  
(zitiert: Kleine-Cosack).
- Klose, Andreas  
Die Stammkapitalerhöhung bei der Unternehmergesellschaft  
(haftungsbeschränkt),  
in: GmbHR 2009, 294.
- Klosterkemper, Kristian  
Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen  
Bereich der GmbH  
Dissertation, Köln  
Köln 2009.
- Klunzinger, Eugen  
Grundzüge des Gesellschaftsrechts  
16. Auflage  
München 2012.
- Knauth, Klaus-Wilhelm  
Die Rechtsformverfehlung bei eingetragenen Vereinen mit  
wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb  
Dissertation, Köln  
Köln 1976.
- ders.  
Die Ermittlung des Hauptzwecks bei eingetragenen Vereinen,  
in: JZ 1978, 339.
- Knörzer, Patrick,  
Senkung des Mindeststammkapitals für die GmbH in Österreich,  
in: GmbHR 2013, 1031.
- Knütel, Rolf  
Kaser/Knütel  
Römisches Privatrecht  
20. Auflage  
München 2014.
- Kock, Stephan/  
Vater, Nicole/  
Mraz, Andreas  
Die Zulässigkeit einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG  
auch bei Gewinnausschluss zu Lasten der Komplementärin,  
in: BB 2009, 848.



- ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2011),  
in: GmbHR 2011, 692.
- ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2010),  
in: GmbHR 2010, 739.
- ders. Die UG hat die Ltd. überholt,  
in: GmbHR 2010, R-53.
- ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2008,  
in: GmbHR 2009, 25.
- ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2007,  
in: GmbHR 2008, 19.
- ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2006,  
in: GmbHR 2007, 25.
- ders. Bemerkungen zum e. V.,  
in: NJW 2003, 3671.
- Kort, Michael Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH,  
in: ZIP 1996, 109.
- Koza, Axel Haften Vereinsvorstände analog §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG auf Ersatz aller Zahlungen nach Insolvenzreife?,  
in: DZWiR 2008, 98.
- Krafka, Alexander/  
Kühn, Ulrich Handbuch der Rechtspraxis  
Registerrecht  
9. Auflage  
München 2013  
(zitiert: Krafka//Kühn).
- Kraft, Alfons/  
Kreutz, Peter Gesellschaftsrecht  
11. Auflage  
Neuwied 2000.
- Krause, Nils „gGmbH“ als unzulässiger Rechtsformzusatz,  
in: NJW 2007, 2156.
- Krenzler, Michael Rechtsdienstleistungsgesetz  
Kommentar  
Baden-Baden 2010  
(zitiert: Krenzler/Bearbeiter).
- Krüger, Dirk Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform  
Bonn 1979.
- Kübler, Friedrich/  
Assmann, Heinz-Dieter Gesellschaftsrecht  
6. Auflage  
Heidelberg 2006.
- Kunze, Otto Unternehmensverband und Unternehmensrecht,  
in: Festschrift Duden 1977, S. 201.

Küperkoch, Edgar	Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung Dissertation, Münster Köln 2004.
Küpperfahrenheit, Jan	Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand Dissertation, Bayreuth Berlin 2005.
Kusserow, Berthold	Die Einmann-GmbH in Gründung: Gründungs- und Haftungsprobleme Steinbach 1986.
Lange, Frank-Holger	Wenn die UG erwachsen werden soll - „Umwandlung“ in die GmbH, in: NJW 2010, 3686.
Langner, Olaf/ Heydel, Jens	Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen - Sicherstellung einer familieninternen Nachfolge, in: GmbHR 2005, 377.
Lanz, Thomas	Die Wahl der Rechtsform als Entscheidungsproblem Berlin 1978.
Laufs, Adolf	Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren, in: JuS 1968, 311.
Lehmann, Heinrich/ Dietz, Rolf	Gesellschaftsrecht 3. Auflage Berlin 1970.
Leible, Stefan/ Hoffmann, Jochen	Cartesio - fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, in: BB 2009, 58.
Leistikow, Michael	Das neue GmbH-Recht München 2009.
Leonhardt, Peter/ Smid, Stefan/ Zeuner, Mark	Insolvenzordnung Kommentar 3. Auflage Stuttgart 2010 (zitiert: Leonhardt/Smid/Zeuner).
Lettl, Tobias	Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt der Mitgliedschaft beim Ideal-Verein, in: AcP 203 (2003), 149.
ders.	Wirtschaftliche Betätigung und Umstrukturierung von Ideal-Vereinen, in: DB 2000, 1449.
Leuering, Dieter	Die GmbH und der internationale Wettbewerb der Rechtsformen, in: ZRP 2006, 201.
Levis, Otto	Welcher Verein kann durch Eintrag ins Register Rechtsfähigkeit gewinnen?, in: DJZ 1901, 479.

- Leyendecker, Benjamin E. Rechtsökonomische Überlegungen zur Einführung der  
Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt),  
in: GmbHR 2008, 302.
- Lieder, Jan/  
Hoffmann, Thomas Upgrades von Unternehmergesellschaften,  
in: GmbHR 2011, 561.
- Lieder, Jan/  
Kliebisch, René Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit  
der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten?,  
in: BB 2009, 338.
- Limbach, Jutta Theorie und Wirklichkeit der GmbH  
Berlin 1966.
- Lips, Jörg/  
Randel, Thierry/  
Werwigk, Claudius Das neue GmbH-Recht - Ein Überblick,  
in: DStR 2008, 2220.
- Liu, Hanfu Geschichte und Aufgabe der beschränkten Haftung im  
deutschen Recht  
Dissertation, Münster  
Hamburg 1994.
- Lohbeck, Eckhart Die Vereinsordnungen,  
in: MDR 1972, 381.
- van Look, Frank Vereinsstrafen als Vertragsstrafen  
Dissertation, Mainz  
Berlin 1990.
- ders. „Vereinsstrafen“ in der Genossenschaft?,  
in: Festschrift Hadding 2004, S. 539.
- Lorenzetti, Diego/  
Strnad, Oliver Umfassende Reform des GmbH-Rechts in Italien,  
in: GmbHR 2004, 731.
- Luke, Joachim Die U.K. Limited  
Stuttgart 2005.
- Lukes, Rudolf Erstreckung der Vereinsgewalt auf Nichtmitglieder durch  
Rechtsgeschäft,  
in: Festschrift Westermann 1974, S. 325.
- ders. Der Satzungsinhalt beim eingetragenen Verein und die Abgrenzung  
zu sonstigen Vereinsregelungen,  
in: NJW 1972, 121.
- Lutter, Marcus Zur Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt,  
in: GmbHR 2005, 1.
- ders. Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme,  
in: ZHR 162 (1998), 164.
- ders. Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers aus deliktischen  
Schäden im Unternehmen,  
in: ZHR 157 (1993), 464.
- ders. Zur Übergabe der Festschrift „100 Jahre GmbH-Gesetz“,  
in: GmbHR 1992, 419.

- ders. Zur Rechnungslegung und Publizität gemeinnütziger Spenden-Vereine,  
in: BB 1988, 489.
- ders. Zum Informationsrecht des Gesellschafters nach neuem GmbH-Recht,  
in: ZGR 1982, 1.
- ders. Die GmbH-Novelle und ihre Bedeutung für die GmbH, die GmbH & Co. KG und die Aktiengesellschaft,  
in: DB 1980, 1317.
- ders. Theorie der Mitgliedschaft,  
in: AcP 180 (1980), 84.
- Lutter, Marcus/  
Hommelhoff, Peter/  
u. a. GmbH-Gesetz  
Kommentar  
18. Auflage  
Köln 2012  
(zitiert: Lutter/Hommelhoff).
- Machanek, Klaus Der bürgerlichrechtliche Verein mit kirchlichem Zweck  
Dissertation, Tübingen  
Tübingen 1999.
- Manger, Robert Der GmbHR-Kommentar zum Urteil des OLG Stuttgart, GmbHR  
2004, 417,  
in: GmbHR 2004, 421.
- Märkle, Rudi W./  
Alber, Matthias Der Verein im Zivil- und Steuerrecht  
11. Auflage  
Stuttgart 2004.
- Martens, Klaus-Peter Die GmbH und der Minderheitsschutz,  
in: GmbHR 1984, 265.
- Maul, Silja/  
Schmidt, Claudia Inspire Art - Quo vadis Sitztheorie?,  
in: BB 2003, 2297.
- Mäusl, Klaus Rudolf Der Austritt eines GmbH-Gesellschafters auf schadensrechtlicher  
Grundlage  
Dissertation, Berlin  
Berlin 2001.
- Mayer, Dieter Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG,  
in: DNotZ 2008, 403.
- Meincke, Jens Peter Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz  
Kommentar  
16. Auflage  
München 2012  
(zitiert: Meincke).
- Mellert, Christofer Das MindestkapG - Hoffentlich aufgehoben und nicht aufgeschoben,  
in: BB 2005, 1809.
- Mertens, Hans-Joachim Die Handelsgesellschaft KGaA als Gegenstand  
gesellschaftsrechtlicher Diskussion und die Wissenschaft vom  
Gesellschaftsrecht,  
in: Festschrift Ritter 1997, S. 731.

- ders. GmbH & Co. und Gesellschaftsrechtsdogmatik,  
in: GmbHR 1967, 45.
- Metzger, Georg Strukturelle Aspekte zu Unternehmergeellschaften,  
in: GmbHR 2010, R-342.
- Meyer, Justus Handelsrecht  
2. Auflage  
Berlin 2011.
- Meyer, Justus/  
Ludwig, Sören Französische GmbH-Reform 2003/2004:  
Gründungserleichterungen und weitere „Vereinfachung des Rechts“,  
in: GmbHR 2005, 459.
- dies. Französische GmbH-Reform 2003/2004:  
Hintergründe und „Ein-Euro-GmbH“,  
in: GmbHR 2005, 346.
- Michalski, Lutz Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit  
beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)  
Band I (§§ 1-34)  
Band II (§§ 35-85)  
2. Auflage  
München 2010  
(zitiert: Michalski/Bearbeiter).
- Miras, Antonio Die neue Unternehmergeellschaft  
2. Auflage  
München 2011.
- ders. Aktuelle Fragen zur Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt),  
in: NZG 2012, 486.
- Mogk, Stefan Der Vereinsverband und seine rechtlichen Beziehungen zu  
Mitgliedern und Nichtmitgliedern  
Dissertation, Tübingen  
Tübingen 2002.
- Monstein, Urs Wahl der Rechtsform eines Unternehmens unter steuerlichen  
Gesichtspunkten  
Dissertation, St. Gallen  
Bern 1994.
- Monz, Heribert Methodische Entscheidungshilfen der Rechtsformwahlberatung  
Dissertation, Köln  
Bergisch Gladbach 1985.
- Müller, Andreas Die Erhebung von Umlagen,  
in: MDR 1992, 924.
- Müller, Hans-Friedrich/  
Weiß, Stephan Die „private limited company“ aus Gläubigersicht,  
in: AnwBl 2007, 247.
- Müller, Klaus J. Stimmbindungen von GmbH-Gesellschaftern,  
in: GmbHR 2007, 113.
- ders. Die Limited in Deutschland: Ein Überblick über das anzuwendende  
englische Gesellschaftsrecht,  
in: DB 2006, 824.

- Müller, Klaus J./  
Wolff, Reinmar  
Verlagerung von Zuständigkeiten auf den Beirat der GmbH,  
in: GmbHR 2003, 810.
- Müller, Welf/  
Winkeljohann, Norbert  
Beck'sches Handbuch der GmbH  
4. Auflage  
München 2009  
(zitiert: Beck'sches Hdb der GmbH/Bearbeiter).
- Müller, Wolfgang/  
Müller, Sebastian  
Ausländische Gesellschaftsformen -  
eine wirkliche Alternative für deutsche GmbH-Unternehmer?,  
in: GmbHR 2006, 583, 640.
- Müller-Gugenberger, Christian  
Glanz und Elend des GmbH-Strafrechts,  
in: Festschrift Tiedemann 2008, S. 1003.
- Mummenhoff, Winfried  
Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit  
Habilitationsschrift, Bonn  
Köln 1979.
- Mümmeler, Alfred  
Aus der Praxis - für die Praxis,  
in: JurBüro 1988, 289.
- von Münch, Ingo/  
Kunig, Philip  
Grundgesetz  
Kommentar  
Band 1 (Art. 1-69)  
6. Auflage  
München 2012  
(zitiert: von Münch/Kunig/Bearbeiter).
- Nagel, Bernhard  
Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht  
München 2000.
- Nagler, Eberhard  
Die zweckmäßige Nachfolgeregelung im GmbH-Vertrag  
Dissertation, Bielefeld  
Köln 1998.
- Neuling, Jasper  
Deutsche GmbH und englische private company  
Dissertation, Heidelberg  
Köln 1997.
- Neumayer, Jochen/  
Schulz, Andreas  
Die Verschmelzung von rechtsfähigen Vereinen,  
in: DStR 1996, 872.
- Niemeier, Wilhelm  
„Triumph“ und Nachhaltigkeit deutscher Ein-Euro-Gründungen -  
Rechtstatsachen zur Limited und ein Zwischenbericht zur  
Unternehmensgesellschaft,  
in: Festschrift Roth 2011, S. 533.
- ders.  
Die „Mini-GmbH“ (UG) trotz Marktwende bei der Limited?,  
in: ZIP 2007, 1794.
- ders.  
GmbH und Limited im Markt der Unternehmensrechtsträger,  
in: ZIP 2006, 2237.
- Noack, Ulrich  
Gesellschaftsrecht  
Köln 1999.
- ders.  
Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften  
Habilitationsschrift, Tübingen  
Tübingen 1994  
(zitiert: Noack, Gesellschaftervereinbarungen).



- ders. Haftungsmilderung für ehrenamtliche GmbH-Geschäftsführer?,  
in: GmbHR 2010, R-81.
- ders. Der Regierungsentwurf des MoMiG - Die Reform des GmbH-  
Rechts geht in die Endrunde,  
in: DB 2007, 1395.
- Oberbeck, Petra/  
Winheller, Stefan Die gemeinnützige Unternehmergesellschaft,  
in: DStR 2009, 516.
- Oestreich, Arno Der Vorstand und die fakultativen Organe im Verein,  
in: Rpfleger 2002, 67.
- Oppenhoff, Christine Die GmbH-Reform durch das MoMiG - ein Überblick,  
in: BB 2008, 1630.
- Oppermann, Thomas/  
Classen, Claus Dieter/  
Nettesheim, Martin Europarecht  
6. Auflage  
München 2014.
- Paefgen, Walter „Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte,  
in: WM 2009, 529.
- Passarge, Malte Besondere Rechtsformen in der Liquidation,  
in: NZG 2010, 646.
- Paulick, Andreas Das Ende der „gGmbH“ im Gemeinnützigkeitsrecht?,  
in: DNotZ 2008, 167.
- Paura, Jörg Liquidation und Liquidationspflichten  
Dissertation, Hamburg  
Hamburg 1996.
- Petz, Carsten Handelsrechtliche Rechnungslegung der aufgelösten GmbH,  
in: GmbHR 2007, 858.
- Peters, Carsten Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins  
Ausland,  
in: GmbHR 2008, 245.
- Pfister, Bernhard Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf Verbandsmitgliedschaft,  
in: SpuRt 2002, 103.
- Pluskat, Sorika Die Zulässigkeit des Mehrfachsitzes und die Lösung der damit  
verbundenen Probleme,  
in: WM 2004, 601.
- Prahm, Carsten Bericht über die Diskussion,  
in: ZGR 2006, 366.
- Preuss, Nicola Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und  
gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen,  
in: ZGR 2008, 676.
- Priester, Hans-Joachim Eintragung des Unternehmensvertrags im Handelsregister der  
herrschenden GmbH,  
in: GmbHR 2015, 169.
- ders. Kapitalbildung bei der UG (haftungsbeschränkt) - einer GmbH mit  
erst zu nehmenden Sonderregeln,  
in: Festschrift Roth 2011, S. 573.

- ders. Registersperre kraft Richterrechts?,  
in: GmbHR 2007, 296.
- ders. Mindestkapital und Sacheinlageregeln,  
in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1.
- ders. Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“ - brauchen wir eine neue?,  
in: DB 2005, 1315.
- ders. „GmbH light“ - ein Holzweg!,  
in: ZIP 2005, 921.
- ders. Nonprofit-GmbH - Satzungsgestaltung und Satzungsvollzug,  
in: GmbHR 1999, 149.
- ders. Das Gesellschaftsverhältnis im Vorgründungsstadium - Einheit oder  
Dualismus?,  
in: GmbHR 1995, 481.
- ders. Kapitalaufbringung,  
in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 159.
- ders. Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie,  
in: Festschrift Werner 1984, S. 657.
- ders. Die Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der GmbH -  
ein notwendiger Grundsatz?,  
in: ZIP 1982, 1141.
- ders. Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften,  
in: DB 1979, 681.
- Priester, Hans-Joachim/  
Mayer, Dieter Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts  
Band 3  
Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
3. Auflage  
München 2009  
(zitiert: Münch Hdb GesR III/Bearbeiter).
- Prütting, Hanns/  
Gehrlein, Markus ZPO  
Kommentar  
6. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Prütting/Gehrlein/Bearbeiter).
- Prütting, Hanns/  
Wegen, Gerhard/  
Weinreich, Gerd BGB  
Kommentar  
9. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter).
- Raab, Thomas Die Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH im System des  
Gesellschaftsrechts,  
in: WM 1999, 1596.
- Raiser, Thomas Unternehmensrecht als Gegenstand juristischer  
Grundlagenforschung,  
in: Festschrift Potthoff 1989, S. 31.
- ders. Die Zukunft des Unternehmensrechts,  
in: Festschrift Fischer 1979, S. 561.

- Räker, Jan  
Grundrechtliche Beziehungen juristischer Personen im Berufssport  
Dissertation, Köln  
Berlin 2008.
- Recq, Jean-Gabriel/  
Hoffmann, Sven  
Die französische S.A.R.L. als GmbH-Ersatz?,  
in: GmbHR 2004, 1070.
- Rehbinder, Eckard  
Richterlicher Aktivismus im Personengesellschaftsrecht und  
Kautelarjurisprudenz: Ist eine Koexistenz möglich?,  
in: Festschrift Stimpel 1985, S. 47.
- Reichert, Bernhard  
Handbuch Vereins- und Verbandsrecht  
12. Auflage  
Köln 2010.
- Reichold, Klaus/  
Hübtege, Rainer/  
Seiler, Christian  
Thomas/Putzo  
Zivilprozessordnung  
Kommentar  
35. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Thomas/Putzo).
- Reinhardt, Rudolf  
Die Abgrenzung zwischen Vereinigungen mit oder ohne  
„wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“,  
in: Festschrift Paulick 1973, S. 3.
- Reiserer, Kerstin/  
Heß-Emmerich, Ulrike/  
Peters, Oliver  
Der GmbH-Geschäftsführer  
Rechte - Pflichten - Haftung  
3. Auflage  
Frankfurt am Main 2008.
- Reiserer, Kerstin  
Kündigung des Dienstvertrags des GmbH-Geschäftsführers,  
in: DB 2006, 1787.
- Renkl, Günter  
Der Gesellschafterbeschuß  
Stuttgart 1982.
- Reuter, Dieter  
Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen  
Habilitationsschrift, Bielefeld  
Frankfurt am Main 1973.
- ders.  
Die Mitgliedschaft als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB,  
in: Festschrift Lange 1992, S. 707.
- ders.  
Der Beirat der GmbH,  
in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 631.
- ders.  
Der Ausschluß aus dem Verein,  
in: NJW 1987, 2401.
- ders.  
100 Bände BGHZ: Vereins- und Genossenschaftsrecht,  
in: ZHR 151 (1987), 355.
- ders.  
Rechtliche Grenzen ausgegliederter Wirtschaftstätigkeit von  
Idealvereinen,  
in: ZIP 1984, 1052.
- ders.  
Grenzen der Verbandsstrafgewalt,  
in: ZGR 1980, 101.

- ders. Nochmals: Das Kündigungsrecht des GmbH-Gesellschafters,  
in: GmbHR 1977, 77.
- Rid-Niebler, Eva-Maria Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den  
organisierten Kapitalmarkt für die GmbH  
Dissertation, München  
Köln 1989.
- Riegger, Bodo Centros - Überseering - Inspire Art: Folgen für die Praxis,  
in: ZGR 2004, 510.
- Ries, Peter Achtung UG!,  
in: AnwBl 2008, 694.
- ders. Das Ende der Deutschen GmbH?,  
in: AnwBl 2005, 53.
- Rittmeyer, Ralf Der Rechtsschutz gegen fehlerhafte Beschlüsse im privaten  
Verbandsrecht  
Dissertation, Münster  
Münster 2000.
- Rohde, Andreas Der GmbHR-Kommentar zum Beschluss des OLG München,  
GmbHR 2007, 267,  
in: GmbHR 2007, 268.
- Rohleder, Michael Die Übertragbarkeit von Kompetenzen auf GmbH-Beiräte  
Dissertation, Gießen  
Köln 1991.
- Rohrer, Andreas Die Nebenleistungspflichten des GmbH-Gesellschafters  
Dissertation, Mainz  
Freiburg 1991.
- Röhricht, Volker Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung,  
in: ZGR 1999, 445.
- Röhricht, Volker/  
Graf von Westphalen, Friedrich/  
Haas, Ulrich Handelsgesetzbuch  
Kommentar  
4. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/Bearbeiter).
- Römermann, Volker Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht  
3. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Bearbeiter).
- ders. Die Anwalts-Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt),  
in: AnwBl 2009, 131.
- ders. MoMiG nimmt erste Hürde im Bundestag - Rückbesinnungen und  
„last-minute“-Verschärfungen,  
in: GmbHR 2008, R-241.
- ders. Die Limited in Deutschland - eine Alternative zur GmbH?,  
in: NJW 2006, 2065.
- ders. Der Entwurf des „MoMiG“ - die deutsche Antwort auf die Limited,  
in: GmbHR 2006, 673.

- Römermann, Volker/  
Passarge, Malte Die GmbH & Co. KG ist tot - es lebe die UG & Co. KG!,  
in: ZIP 2009, 1497.
- Roth, Günter H. Das Ende der Briefkastengründung? - Vale contra Centros,  
in: ZIP 2012, 1744.
- Roth, Günter H./  
Altmeyen, Holger Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)  
Kommentar  
7. Auflage  
München 2012  
(zitiert: Roth/Altmeyen).
- Roth, Jürgen Reform des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG,  
in: GmbHR 2008, 1184.
- Röver, Nils Die Haftung der Gesellschafter und *directors* der *Limited*  
Dissertation, Hannover  
Frankfurt am Main 2011.
- Rück, Heino W. G. Die Keinmann-Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
Dissertation, Mainz  
Mainz 1994.
- Rudolphi, Ekkehard Inhalt und Auslegung der Satzung der GmbH  
Dissertation, Bonn  
Bonn 2004.
- Rugullis, Sven Die Insolvenzantragspflicht beim Verein - Eine Interpretation des  
§ 42 II BGB,  
in: NZI 2007, 323.
- Rutkowski, Stefan Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmensform  
Schriftenreihe „Wirtschaft und Recht“  
2. Auflage  
Frankfurt am Main 1978.
- Rybak, Frank Das Rechtsverhältnis zwischen dem Lizenzfußballspieler und  
seinem Verein  
Dissertation, Jena  
Frankfurt am Main 1999.
- Sachs, Michael Grundgesetz  
Kommentar  
7. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Sachs/Bearbeiter).
- Sack, Rolf Typusabweichung und Institutsmißbrauch im Gesellschaftsrecht,  
in: DB 1974, 369.
- ders. Der „vollkaufmännische Idealverein“,  
in: ZGR 1974, 179.
- Säcker, Franz Jürgen Probleme der Repräsentation von Großvereinen  
München 1986.

- Säcker, Franz Jürgen/  
Rixecker, Roland
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 1 (§§ 1-240)  
6. Auflage  
München 2012  
(zitiert: MüKo/Bearbeiter).
- Säcker, Franz Jürgen/  
Rixecker, Roland/  
Oetker, Hartmut
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 2 (§§ 241-432)  
6. Auflage  
München 2012  
(zitiert: MüKo/Bearbeiter).
- dies.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
Band 11 (Internationales Privatrecht II, Internationales  
Wirtschaftsrecht, Art. 25-248 EGBGB)  
6. Auflage  
München 2015  
(zitiert: MüKo/Bearbeiter).
- Saenger, Ingo
- Gesellschaftsrecht  
2. Auflage  
München 2013.
- ders.
- Minderheitenschutz und innergesellschaftliche Klagen bei der  
GmbH,  
in: GmbHR 1997, 112.
- ders.
- Die im Handelsregister gelöschte GmbH im Prozeß,  
in: GmbHR 1994, 300.
- Sangiovanni, Valerio
- Die Neuregelung der Geschäftsführung in der italienischen *società a  
responsabilità limitata*,  
in: GmbHR 2006, 1316.
- Schad, Peter
- Eingetragener Verein oder Wirtschaftsverein?,  
in: NJW 1998, 2411.
- Schäfer, Carsten
- Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil  
Dissertation, Heidelberg  
Köln 1997.
- ders.
- Rechtsprobleme bei Gründung und Durchführung einer  
Unternehmergesellschaft,  
in: ZIP 2011, 53.
- Schaffland, Hans-Jürgen/  
Cario, Daniela/  
Schulte, Günther/  
Korte, Otto/  
Lehnhoff, Dirk
- Lang/Weidmüller  
Genossenschaftsgesetz  
Kommentar  
37. Auflage  
Berlin 2011  
(zitiert: Lang/Weidmüller/Bearbeiter).
- Schaible, Jörg
- Der Gesamtverein und seine vereinsmäßig organisierten  
Untergliederungen  
Dissertation, Tübingen  
Baden-Baden 1992.
- Schall, Alexander
- Companies Act  
Kommentar  
München 2014  
(zitiert: Schall CA).

- ders. Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz  
Habilitationsschrift, Hamburg  
München 2009.
- ders. Anspruchsgrundlagen gegen Direktoren und Gesellschafter einer  
Limited nach englischem Recht,  
in: DStR 2006, 1229.
- ders. Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland,  
in: ZIP 2005, 965.
- Schall, Alexander/  
Westhoff, André Die Neuwahlen zum Deutschen Bundestag liegen hinter uns -  
kommt jetzt die „UGG“?,  
in: GmbHR 2005, R-357.
- dies. Warum Deutschland eine neue Kapitalgesellschaftsform braucht,  
in: GmbHR 2004, R-381.
- Schauhoff, Stephan Handbuch der Gemeinnützigkeit  
3. Auflage  
München 2010  
(zitiert: Hdb der Gemeinnützigkeit/Bearbeiter).
- Schilling, Wolfgang Rechtsform und Unternehmen,  
in: Festschrift Duden 1977, S. 537.
- ders. Rechtspolitische Gedanken zur GmbH & Co,  
in: Festschrift Kunze 1969, S. 189.
- Schmahl, Hermannjosef Subsidiäres Insolvenzantragsrecht bei führunglosen juristischen  
Personen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG,  
in: NZI 2008, 6.
- Schmidt, Hubert Zur Vollbeendigung juristischer Personen  
Dissertation, Trier  
Bielefeld 1989.
- Schmidt, Karsten Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
Band 1 (§§ 1-104a)  
3. Auflage  
München 2010  
(zitiert: MüKo HGB/Bearbeiter).
- ders. Gesellschaftsrecht  
4. Auflage  
Köln 2002  
(zitiert: K.Schmidt GesR).
- ders. Handelsrecht  
Unternehmensrecht I  
6. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: K.Schmidt HandelsR).
- ders. Nutzungsüberlassung nach der GmbH-Reform,  
in: DB 2008, 1727.
- ders. Wirtschaftliche Betätigung und Idealverein: Rechtsfolgen einer  
Überschreitung des „Non-Profit“-Privilegs,  
in: ZIP 2007, 605.

- ders. Gesetzliche Formenstrenge bei GmbH-Beschlüssen?,  
in: NJW 2006, 2599.
- ders. Brüderchen und Schwesterchen für die GmbH?,  
in: DB 2006, 1096.
- ders. Rechtsfortbildung im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht durch  
die Rechtsprechung des BGH,  
in: NJW 2000, 2927.
- ders. Entziehung der Rechtsfähigkeit bei unrechtmäßig eingetragenen  
Wirtschaftsvereinen,  
in: NJW 1998, 1124.
- ders. Woher - wohin? ADHGB, HGB und die Besinnung auf den  
Kodifikationsgedanken,  
in: ZHR 161 (1997), 2.
- ders. Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der  
Kommanditgesellschaft auf Aktien?,  
in: ZHR 160 (1996), 265.
- ders. Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von  
Schadensersatzansprüchen,  
in: JZ 1991, 157.
- ders. Löschung und Beendigung der GmbH,  
in: GmbHR 1988, 209.
- ders. Erlöschen eines eingetragenen Vereins durch Fortfall aller  
Mitglieder?,  
in: JZ 1987, 394.
- ders. Zur Löschung unrechtmäßig eingetragener Vereine,  
in: JR 1987, 177.
- ders. Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht?,  
in: JuS 1985, 249.
- ders. Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit,  
in: AcP 182 (1982), 1.
- ders. Grundzüge der GmbH-Novelle,  
in: NJW 1980, 1769.
- ders. Sieben Leitsätze zum Verhältnis zwischen Vereinsrecht und  
Handelsrecht,  
in: ZGR 1975, 477.
- Schmidt, Karsten/  
Ebke, Werner F. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch  
Band 4 (§§ 238-342e)  
3. Auflage  
München 2013  
(zitiert: MüKo HGB/Bearbeiter).
- Schmidt, Karsten/  
Lutter, Marcus Aktiengesetz  
Kommentar  
II. Band (§§ 150-410)  
2. Auflage  
Köln 2010  
(zitiert: K.Schmidt/Lutter/Bearbeiter).



- Schmidt-Leithoff, Christian                      Rowedder/Schmidt-Leithoff  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)  
Kommentar  
5. Auflage  
München 2013  
(zitiert: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter).
- Schmoeckel, Mathias/  
Rückert, Joachim/  
Zimmermann, Reinhard                      Historisch-kritischer Kommentar zum BGB  
Band I (§§ 1-240)  
Tübingen 2003  
(zitiert: HKK/Bearbeiter).
- Schneider, Birgit                                      Schiedsverfahren in GmbH-Beschlußmängelstreitigkeiten,  
in: GmbHR 2005, 86.
- Schnorr, Gerhard                                    Öffentliches Vereinsrecht  
Kommentar zum Vereinsgesetz  
Köln 1965  
(zitiert: Schnorr).
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig                      Geschichte der juristischen Person  
Neudruck der Ausgabe von 1933  
Aalen 1969.
- Scholz, Peter                                         Die Fortsetzung der Liquidations-GmbH,  
in: GmbHR 1982, 228.
- Scholz, Rupert/  
Aulehner, Josef                                    Die „3 + 2“-Regel und die Transferbestimmungen des Fußballsports  
im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts,  
in: SpuRt 1996, 44.
- Schöpflin, Martin                                    Der nichtrechtsfähige Verein  
Habilitationsschrift, Marburg  
Köln 2003.
- ders.    Neuerungen im Vereinsrecht,  
in: Rpfleger 2010, 349.
- Schreiber, Alexander                                Die Unternehmergeellschaft als Rechtsformvariante im Gefüge des  
GmbH-Rechts,  
in: DZWIR 2009, 492.
- Schrödl, Karl-Heinz                                Das Unternehmen und seine Verfassung  
Dissertation, Regensburg  
Regensburg 1984.
- Schubert, Claudia                                    Der außerordentliche Finanzbedarf des eingetragenen Vereins  
- Möglichkeiten und Grenzen seiner Finanzierung,  
in: WM 2008, 1197.
- Schubert, Werner                                    Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über  
Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939  
Heidelberg 1985.
- ders.    Das GmbH-Gesetz von 1892 -„eine Zierde unserer  
Reichsgesetzsammlung“,  
in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1.

- ders. Die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs als Bundesgesetze (1869),  
in: ZHR 144 (1980), 484.
- Schuhmann, Helmut Amtsniederlegung des GmbH-Geschäftsführers,  
in: GmbHR 2007, 305.
- Schulte, Christian/  
Warnke, Ralph Vier Jahre nach der HGB-Reform - Das neue Firmenrecht der GmbH im Handelsregisterverfahren,  
in: GmbHR 2002, 626.
- Schulte, Hans Zu den Gesichtspunkten des Bundesgerichtshofes bei der Fortbildung des Gesellschaftsrechts,  
in: Festschrift Westermann 1974, S. 525.
- Schürnbrand, Jan Organschaft im Recht der privaten Verbände  
Habilitationsschrift, Mainz  
Tübingen 2007.
- Schwarz, Günter Christian Die Mehrheitsvertretung des Vereinsvorstandes und deren Eintragung im Vereinsregister,  
in: Rpfleger 2003, 1.
- Schwerdtfeger, Armin Gesellschaftsrecht  
Kommentar  
3. Auflage  
Köln 2015  
(zitiert: Schwerdtfeger/Bearbeiter).
- Schwerdtner, Peter Das Kündigungsrecht des GmbH-Gesellschafters,  
in: GmbHR 1976, 101.
- Schwierkus, Fredy Der rechtsfähige ideelle und wirtschaftliche Verein (§§ 21, 22 BGB)  
Dissertation, Berlin  
Berlin 1981.
- Schwintowski, Hans-Peter Das Konzept des deutschen Gesellschaftsrechts,  
in: JA 1993, 97.
- Segna, Ulrich Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen - Reformbedarf im deutschen Recht,  
in: DStR 2006, 1568.
- ders. Bundesligavereine und Börse,  
in: ZIP 1997, 1901.
- Seibert, Ulrich Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft,  
in: GmbHR 2007, 673.
- ders. GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG,  
in: ZIP 2006, 1157.
- ders. Die rechtsmissbräuchliche Verwendung der GmbH in der Krise - Stellungnahmen zu einer Umfrage des Bundesministeriums der Justiz,  
in: Festschrift Röhrich 2005, S. 585.

- Seibert, Ulrich/  
Decker, Daniela Die GmbH-Reform kommt!,  
in: ZIP 2008, 1208.
- Seidl, Otto Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht,  
in: ZGR 1988, 296.
- Semler, Johannes/  
Stengel, Arndt Umwandlungsgesetz  
Kommentar  
3. Auflage  
München 2012  
(zitiert: Semler/Stengel/Bearbeiter).
- Sieger, Jürgen J./  
Mertens, Bernd Die Rechtsfolgen der Einziehung von Geschäftsanteilen einer  
GmbH,  
in: ZIP 1996, 1493.
- Sikora, Markus/  
Tiedtke, Werner Grundlegende Änderungen durch das Gerichts- und  
Notarkostengesetz,  
in: NJW 2013, 2310.
- Simon, Jürgen Umstellungen von GmbH-Gesellschaftsverträgen auf die  
Rechtschreibreform als Satzungsänderung,  
in: GmbHR 2003, 892.
- Simsa, Ruth/  
Meyer, Michael/  
Badelt, Christoph Handbuch der Nonprofit Organisation  
5. Auflage  
Stuttgart 2013.
- Söhn, Hartmut/  
Spindler, Wolfgang Hübschmann/Hepp/Spitaler  
Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung  
Kommentar  
Stand März 2015  
(zitiert: Hübschmann/Hepp/Spitaler/Bearbeiter).
- Spindler, Gerald Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht,  
in: JZ 2006, 839.
- Spindler, Gerald/  
Kepper, Katrin Funktionen, rechtliche Rahmenbedingungen und  
Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats (Teil I),  
in: DStR 2005, 1738.
- Spitze, Peter Alexander Der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund  
bei Schweigen der Satzung  
Dissertation, Marburg  
Berlin 1985.
- Sprengel, Henrik Vereinskonzernrecht  
Dissertation, Bayreuth  
Frankfurt am Main 1998.
- Starck, Christian von Mangoldt/Klein/Starck  
Kommentar zum Grundgesetz  
Band 1 (Artikel 1-19)  
6. Auflage  
München 2010  
(zitiert: von Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter).
- Steding, Rolf Gesellschaftsrecht  
Baden-Baden 1997.

- ders. Strategien der Wahl und Anpassung der Rechtsform für Unternehmen im Gesellschaftsrecht, in: JA 2002, 338.
- Stehle, Heinz/  
Stehle, Anselm Die Gesellschaften  
4. Auflage  
Stuttgart 1977.
- Stein, Ursula Das faktische Organ  
Dissertation, Frankfurt am Main  
Köln 1984.
- Steinbeck, Anja Verena Vereinsautonomie und Dritteinfluß  
Habilitationsschrift, Mainz  
Berlin 1999.
- dies. Der Anspruch auf Aufnahme in einen Verein,  
in: WuW 1996, 91.
- Stöber, Kurt/  
Otto, Dirk-Ulrich Handbuch zum Vereinsrecht  
10. Auflage  
Köln 2012.
- Stock, Remmert A. Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich,  
in: NZG 2001, 440.
- Stoller, Antje Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften -  
EuGH, NJW 2002, 3614,  
in: JuS 2003, 846.
- Stolte, Karla Der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit beim rechtsfähigen Verein  
Dissertation, Münster  
Münster 1984.
- Streinz, Rudolf EUV/AEUV  
Kommentar  
2. Auflage  
München 2012  
(zitiert: Streinz/Bearbeiter).
- ders. Europarecht  
9. Auflage  
Heidelberg 2012.
- Strelau, Susanne Wettbewerbsverbote für den GmbH-Geschäftsführer und  
Befreiungsmöglichkeiten  
Dissertation, Marburg  
Marburg 1999.
- Stück, Volker Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Gesellschafts- und  
Arbeitsrecht im Spiegel aktueller Rechtsprechung,  
in: GmbHR 2006, 1009.
- Stürner, Rolf Jauernig  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Kommentar  
15. Auflage  
München 2014  
(zitiert: Jauernig).

- Süß, Rembert/  
Wachter, Thomas Handbuch des internationalen GmbH-Rechts  
2. Auflage  
Bonn 2011  
(zitiert: Süß/Wachter/Bearbeiter betreffendes Land).
- Taeger, Jürgen Gesellschaftsrecht  
Edewecht 2006.
- Teichmann, Arndt Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen  
Habilitationsschrift, Göttingen  
München 1970.
- ders. Zur Reform der GmbH,  
in: JZ 1970, 132.
- Teichmann, Christoph Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht,  
in: NJW 2006, 2444.
- Terner, Paul Abschied vom Europäischen Verein?,  
in: ZEuP 2007, 96.
- ders. Der „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts“,  
in: Rpfleger 2005, 296.
- Tettinger, Peter W. UG (umwandlungsbeschränkt)?,  
in: Der Konzern 2008, 75.
- Thiel, Jochen Die gemeinnützige GmbH  
Wesensmerkmale - Erscheinungsformen - Steuerpflicht,  
in: Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter,  
DStJG Band 20 1997, S. 103  
(zitiert: Thiel, in: DStJG Band 20 1997, S. 103).
- ders. Die gemeinnützige GmbH,  
in: GmbHR 1997, 10.
- Thiessen, Jan Insolvenzeröffnungskapital statt Mindestkapital - ein Vorschlag zur  
GmbH-Reform,  
in: ZIP 2006, 1892.
- Thüsing, Gregor Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische  
Niederlassungsfreiheit,  
in: ZIP 2004, 381.
- Tiefel, Torsten Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH  
Dissertation, Dresden  
Baden-Baden 2005.
- Tiefenbacher, Erhard/  
Dernbach, Jürgen Buchwald/Tiefenbacher/Dernbach  
Die zweckmäßige Gesellschaftsform  
5. Auflage  
Heidelberg 1981  
(zitiert: Buchwald/Tiefenbacher/Dernbach).
- Triebel, Volker/  
von Hase, Karl/  
Melerski, Peter Die Limited in Deutschland  
Frankfurt am Main 2006.

- Triebel, Volker/  
Otte, Sabine Reform des GmbH-Rechts: MoMiG - ein vernünftiger Schritt zur  
Stärkung der GmbH im Wettbewerb oder Kompromiss auf halber  
Strecke?,  
in: ZIP 2006, 1321.
- dies. 20 Vorschläge für eine GmbH-Reform: Welche Lektion kann der  
deutsche Gesetzgeber vom englischen lernen?,  
in: ZIP 2006, 311.
- Turner, George Finanzielle Aspekte bei der Wahl von GmbH oder Genossenschaft,  
in: DB 1993, 363.
- Uhlenbruck, Wilhelm Die Durchsetzung von Gläubigeransprüchen gegen eine  
vermögenslose GmbH und deren Organe nach geltendem und neuem  
Insolvenzrecht,  
in: ZIP 1996, 1641.
- Uhlenbruck, Wilhelm/  
Hirte, Heribert/  
Vallender, Heinz Insolvenzordnung  
Kommentar  
13. Auflage  
München 2010  
(zitiert: Uhlenbruck/Bearbeiter).
- Ullrich, Benjamin D. Gesellschaftsrecht und steuerliche Gemeinnützigkeit  
Dissertation, Bonn  
Köln 2011.
- ders. Die gemeinnützige GmbH nach dem MoMiG,  
in: GmbHR 2009, 750.
- Ullrich, Hanns Formzwang und Gestaltungsgrenzen bei Sonderrechten und  
Nebenleistungspflichten in der GmbH,  
in: ZGR 1985, 235.
- Ulmer, Peter Hachenburg  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)  
Großkommentar  
Erster Band (§§ 1-34)  
Berlin 1992  
Zweiter Band (§§ 35-52)  
Berlin 1997  
Dritter Band (§§ 53-85)  
Berlin 1997  
8. Auflage  
(zitiert: Hachenburg/Bearbeiter).
- ders. Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften,  
in: NJW 2004, 1201.
- ders. Nochmals: Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer  
GmbH?,  
in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297.
- ders. Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht 1975 bis 1999,  
in: ZGR 1999, 751.
- ders. Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit  
inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit  
fiktivem Auslandssitz,  
in: JZ 1999, 662.

- ders. Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 01.03.1993 - II ZR 292/91 -,  
in: ZIP 1993, 769.
- ders. Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?,  
in: Festschrift Werner 1984, S. 911.
- ders. Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der  
GmbH,  
in: ZGR 1981, 593.
- ders. Die Einmanngründung der GmbH - ein Danaergeschenk?,  
in: BB 1980, 1001.
- Ulmer, Peter/  
u. a. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)  
Großkommentar  
Band I (Einleitung; §§ 1-28)  
2. Auflage  
Tübingen 2013  
Band II (§§ 29-52)  
2. Auflage  
Tübingen 2014  
Band III (§§ 53-87)  
Tübingen 2008  
Ergänzungsband MoMiG  
Tübingen 2010  
(zitiert: Ulmer/Bearbeiter).
- Unger, Ulrike Neue Haftungsbegrenzungen für ehrenamtlich tätige Vereins- und  
Stiftungsvorstände,  
in: NJW 2009, 3269.
- Veil, Rüdiger Die Unternehmergeinschaft im System der Kapitalgesellschaften,  
in: ZGR 2009, 623.
- ders. Die Unternehmergeinschaft nach dem Regierungsentwurf des  
MoMiG,  
in: GmbHR 2007, 1080.
- Verspay, Heinz-Peter Neuerungen im Gesellschaftsrecht durch das MoMiG,  
in: MDR 2009, 117.
- Vietz, Nadja Die neue „Blitz-GmbH“ in Spanien,  
in: GmbHR 2003, 26.
- Vieweg, Klaus Zur Inhaltskontrolle von Verbandsnormen,  
in: Festschrift Lukes 1989, S. 809.
- ders. Die gerichtliche Nachprüfung von Vereinsstrafen und  
-entscheidungen,  
in: JZ 1984, 167.
- Vogelbusch, Friedrich Primat des Handelsrechts in der Rechnungslegung von Vereinen? -  
Eine kritische Kommentierung von IDW RS HFA 14,  
in: DB 2006, 1967.
- Vollmer, Lothar Der Europäische Verein,  
in: ZHR 157 (1993), 373.

- Voormann, Volker  
Der Beirat im Gesellschaftsrecht  
2. Auflage  
Köln 1990.
- Vormbaum, Thomas  
Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert  
Dissertation, Münster  
Berlin 1976.
- Vossius, Oliver/  
Wachter, Thomas  
Entwurf eines GmbH-Reformgesetzes,  
in: BB 2005, 2539.
- Wachter, Thomas  
GmbH-Gründungen: Neues Gerichts- und Notarkostenrecht,  
in: GmbHR 2013, R-241.
- ders.  
Änderungen im Firmenrecht der GmbH,  
in: GmbHR 2013, R-145.
- ders.  
Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt),  
in: NJW 2011, 2620.
- ders.  
Kurzkomentar zum Beschluss des OLG München vom 13.12.2006  
- 31 Wx 84/06 - GmbHR 2007, 267,  
in: EWiR 2007, 181.
- ders.  
Wettbewerb des GmbH-Rechts in Europa,  
in: GmbHR 2005, 717.
- Wagner, Herbert  
Unternehmensrecht  
Weinheim 1997.
- Wagner, Jens  
Der Europäische Verein  
Dissertation, Würzburg  
Baden-Baden 2000.
- Waldenberger, Arthur/  
Sieber, Dorothee M.  
Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) jenseits der  
„Existenzgründer“,  
in: GmbHR 2009, 114.
- Waldner, Wolfram  
Sauter/Schweyer/Waldner  
Der eingetragene Verein  
19. Auflage  
München 2010.
- Waldstein, Wolfgang/  
Rainer, J. Michael  
Römische Rechtsgeschichte  
11. Auflage  
München 2014.
- Wank, Rolf  
Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht,  
in: ZGR 1988, 314.
- Wassermann, Rudolf  
Alternativkommentar  
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
Band 1 (Art. 1-37)  
2. Auflage  
Neuwied 1989  
(zitiert: AK/Bearbeiter).
- Weber, Christoph  
Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht  
Habilitationsschrift, Mainz  
Tübingen 2000.



Weber, Jörg-Andreas	Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), in: BB 2009, 842.
Wedemann, Frauke	Das neue GmbH-Recht, in: WM 2008, 1381.
Weidmann, Christina/ Kohlhepp, Ralf	Die gemeinnützige GmbH 3. Auflage Wiesbaden 2014.
Weimar, Robert	Abschied von der Gesellschafter- und Handelndes-Haftung im GmbH-Recht?, in: GmbHR 1988, 289.
Weinbeer, Alexander	Limited und kleine GmbH, in: AnwBl 2008, 368.
Weisbrod, Christian	Europäisches Vereinsrecht Dissertation, Münster Frankfurt am Main 1994.
Weitnauer, Hermann	Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, in: Festschrift Reinhardt 1972, S. 179.
Wenger, Leopold	Sohm/Mitteis/Wenger Institutionen Geschichte und System des Römischen Privatrechts 17. Auflage Berlin 1949.
Wentzel, Ulrich	Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf das Vereinsregister, in: Rpfleger 2001, 334.
Werner, Rüdiger	Möglichkeiten einer privatautonomen Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, in: GmbHR 2014, 792.
ders.	Aktuelle Entwicklungen des Rechts der Unternehmergesellschaft, in: GmbHR 2011, 459.
ders.	Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, in: GmbHR 2009, 191.
ders.	Präsenz anwaltlicher Berater in der Gesellschafterversammlung der GmbH, in: GmbHR 2006, 871.
ders.	Das Beschlussfeststellungsrecht des Versammlungsleiters, in: GmbHR 2006, 127.
ders.	Die Ltd. & Co. KG - eine Alternative zur GmbH & Co. KG?, in: GmbHR 2005, 288.
Westermann, Harm Peter	Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht Bielefeld 1972.

- ders. Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften  
Habilitationsschrift, Köln  
Berlin 1970  
(zitiert: Westermann Vertragsfreiheit).
- ders. Das neue GmbH-Recht (i. d. F. des MoMiG) im Überblick,  
in: DZWIR 2008, 485.
- ders. Die Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht in den Händen des Bundesgerichtshofs,  
in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, 2000, S. 245.
- ders. Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht,  
in: AcP 175 (1975), 375.
- Westermann, Harm Peter/  
Grunewald, Barbara/  
Maier-Reimer, Georg Erman  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Handkommentar  
Band I (§§ 1-758)  
14. Auflage  
Köln 2014  
(zitiert: Erman/Bearbeiter).
- Westhoff, André O. Die Verbreitung der englischen *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland,  
in: GmbHR 2007, 474.
- ders. Die Verbreitung der *limited* mit Sitz in Deutschland,  
in: GmbHR 2006, 525.
- Wicke, Hartmut Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)  
Kommentar  
2. Auflage  
München 2011  
(zitiert: Wicke).
- ders. Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen bei der GmbH - Motive, rechtliche Behandlung, Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag,  
in: DStR 2006, 1137.
- ders. Echte und unechte Bestandteile im Gesellschaftsvertrag der GmbH,  
in: DNotZ 2006, 419.
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht  
Band I  
München 1980.
- ders. Beiratsverfassung in der GmbH,  
in: Festschrift Lutter 2000, S. 801.
- ders. Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrecht,  
in: Festschrift Heinsius 1991, S. 949.
- ders. Verbandssouveränität und Außeneinfluß,  
in: Festschrift Schilling 1973, S. 105.
- ders. Unternehmensrecht und GmbH-Reform,  
in: JZ 1970, 593.





- ders. Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company,  
in: GmbHR 2006, 1.
- ders. 100 Jahre GmbH,  
in: JZ 1992, 381.
- ders. Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen,  
in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85.

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

- Pannier, Dietrich
- Kirchner  
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache  
7. Auflage  
Berlin 2013.

## A. Einleitung

Das Recht stellt denjenigen, die sich zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke zusammenschließen, hierfür verschiedene Rechtsformen zur Verfügung. Hinzu kommt, dass das die Rechtsformen prägende Recht in einem bestimmten Rahmen einer gesellschaftsvertraglichen Ergänzung und Abwandlung zugänglich ist.<sup>1</sup> Die Rechtsform selbst bildet den rechtlichen Anzug, in dem die Beteiligten im Rechtsverkehr auftreten<sup>2</sup>, wobei ein maßgeschneiderter Anzug einen wesentlichen Beitrag zur Zweckerreichung leistet. Das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, ist verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 1 GG verankert. Das Grundrecht gewährt einen umfassenden Freiheitsschutz aller sozialer Gruppen mit einer bestimmten Struktur.<sup>3</sup> Insoweit ist es jedoch verfassungsrechtlich zulässig, dass die Zusammenschlüsse an bestimmte gesetzlich vorgegebene Rechtsformen gebunden sind.<sup>4</sup>

Das Bedürfnis der Beteiligten, die eigenen Ziele in einem Verband zu bündeln, kann auf verschiedensten persönlichen und wirtschaftlichen Gründen beruhen.<sup>5</sup> Die Privatautonomie eröffnet den Beteiligten bei der Auswahl und der näheren Ausgestaltung der im Einzelfall geeigneten Rechtsform einen weiten Spielraum.<sup>6</sup> Diese Freiheit resultiert zum Teil aus dem grundsätzlich fehlenden Formzwang, Personenzusammenschlüsse aufgrund ihrer Art, Größe, Zielsetzung oder sonstiger Merkmale in eine explizit durch das Gesetz vorgeschriebene Rechtsform zu bringen.<sup>7</sup> Durch das breite Angebot an zur Verfügung stehenden Vereinigungsformen wird zwar die Wahlmöglichkeit der Betroffenen erweitert, andererseits erfordert dieser Umstand einen umfangreichen Entscheidungsfindungsprozess, um die im Einzelfall geeignetste Rechtsform gezielt zu finden.<sup>8</sup> Soweit der einsetzende Entscheidungsfindungsprozess zu einem Ergebnis führen soll, welches die aktuellen rechtlichen und sozialen Verhältnisse sowie die individuellen Bedürfnisse der Betroffenen berücksichtigt, darf dieser nicht ausschließlich auf den traditionellen Ansätzen basieren, sondern muss vielmehr die Verhältnisse in der Praxis und die Entwicklungstendenzen einbeziehen.<sup>9</sup> Neben den rechtlichen, wirtschaftlichen, organisatorischen und sozialen Erwägungen beeinflussen auch persönliche Gründe der Beteiligten die Wahl der Vereinigungsform.<sup>10</sup> Hierbei spielen insbesondere der Kreis der Gesellschafter, ihre Mitarbeit und die Bereitschaft, ein Haftungsrisiko zu übernehmen, eine Rolle.<sup>11</sup> Bei der rechtlichen Betrachtung ist die Wahl zudem stark von den Vor- und Nachteilen der Besteuerung geprägt.<sup>12</sup>

Der erste entscheidende Bestimmungsfaktor bei der Wahl einer Rechtsform ist der Zweck der gemeinsamen Betätigung, da bereits dadurch ungeeignete Rechtsformen sowie die gesetzlich nicht einschlägigen Vereinigungsformen ausscheiden.<sup>13</sup> Insgesamt darf indes nicht

---

<sup>1</sup> Rutkowsky S. 3; Buchwald/Tiefenbacher/Dernbach S. 17f; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 9.

<sup>2</sup> Dörner Rn. 1; Beisel S. 30; Steding, in: JA 2002, 338, 339, 342f.

<sup>3</sup> Wiedemann Bd. I S. 665, 673f; Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 38; von Münch/Kunig/Löwer Art. 9 Rn. 35.

<sup>4</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 3; Wiedemann Bd. I S. 669, 678f; Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 14.

<sup>5</sup> Peter/Crezelius A Rn. 1.

<sup>6</sup> Windbichler § 4 Rn. 1; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 9; Wiedemann Bd. I S. 675.

<sup>7</sup> Windbichler § 4 Rn. 1.

<sup>8</sup> Lanz S. 17; Buchwald/Tiefenbacher/Dernbach S. 20.

<sup>9</sup> Lanz S. 17.

<sup>10</sup> M.Berger S. 5; Krüger Vorwort; Stehle/Stehle S. 21; Beisel S. 41; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 4.

<sup>11</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 1; Peter/Crezelius A Rn. 24; Turner, in: DB 1993, 363, 363.

<sup>12</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 1f; K.Schmidt GesR S. 99; Heckschen/Heidinger § 1 Rn. 32; Dörner Rn. 29, 758; Turner, in: DB 1993, 363, 365.

<sup>13</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 5; Dörner Rn. 3; Lanz S. 18; Steding, in: JA 2002, 338, 341.

vernachlässigt werden, dass in vielen Fällen die Rechtsformwahl nicht auf einer detaillierten Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten beruht. Diesem Personenkreis ist durch einen konkreten und einzelfallbezogenen Vergleich der Rechtsformen zumindest unmittelbar nicht gedient. Ein expliziter Vergleich der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten steht daher denjenigen zur Seite, die sich bei der Auswahl der geeigneten Rechtsform nicht auf den Zufall verlassen wollen.

Das Gesellschaftsrecht eröffnet den Rechtsanwendern bei verschiedenen Zielrichtungen eine Wahl zwischen mehreren einschlägigen Vereinigungsformen. Hierbei wird vertreten, dass es ein Patentrezept, wonach alle möglichen Unternehmensziele und Probleme eines Unternehmens nur mit einer bestimmten Rechtsform zu lösen seien, grundsätzlich nicht gebe.<sup>14</sup> Die notwendige Wahl einer Rechtsform bedingt daher einer detaillierten Betrachtung, um eine Rechtsformverfehlung mit den daraus resultierenden schwerwiegenden Folgen zu vermeiden. Zudem stellt sich die Frage nach der zweckmäßigen Vereinigungsform nicht nur im Rahmen der Gründung, sondern bedarf vielmehr einer wiederkehrenden Überprüfung auf Aktualität.

Das BGB stellt für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke im Rahmen eines körperschaftlichen Zusammenschlusses den bürgerlich-rechtlichen Verein zur Verfügung. Weitere zulässige Rechtsformen für die Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks sind außerhalb des BGB geregelt, wobei dies die AG, die KGaA und die GmbH sind. Auch wenn die AG und die KGaA eine entsprechende Zweckoffenheit aufweisen, so sind sie aufgrund ihrer handelsrechtlichen Ausrichtung im Allgemeinen für die Verfolgung von nichtwirtschaftlichen Zwecken wenig geeignet.<sup>15</sup> Desgleichen kann die GmbH gem. § 1 GmbHG für jeden gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden, obschon der historische Gesetzgeber die GmbH primär als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen schuf.<sup>16</sup> Diese Zweckoffenheit sowie das weitgehend dispositive Recht der GmbH führten dazu, dass die GmbH als Allzweckinstrument wahrgenommen und entsprechend eingesetzt wurde.<sup>17</sup> Die GmbH wird daher auch zunehmend als nichtwirtschaftliche, insbesondere gemeinnützige Gesellschaft genutzt.<sup>18</sup> Trotz des Auftretens von nichtwirtschaftlichen GmbHs wird dieser Bereich rechtstatsächlich maßgeblich vom eingetragenen Verein dominiert.<sup>19</sup>

Die Regelungen des eingetragenen Vereins und der GmbH weisen zum Teil identische aber auch voneinander abweichende Strukturen auf. Hierbei fallen insbesondere die unterschiedlichen Finanzverfassungen ins Auge.

Während das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine Vorschriften über die Aufbringung und Sicherung des Eigenkapitals enthält, unterfällt die GmbH strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten, welche dem Erfordernis eines Stammkapitals entspringen. Die GmbH muss ein Stammkapital von mindestens 25.000 € aufweisen, § 5 Abs. 1 GmbHG. Die Unternehmergesellschaft, welche der Reformierung des GmbH-Rechts durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, kurz MoMiG<sup>20</sup>, entsprang, ist als Variante<sup>21</sup> der „regulären“ GmbH in das GmbH-Recht integriert worden, so

---

<sup>14</sup> Beisel S. 32; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 11a; Dörner Rn. 3; Steding, in: JA 2002, 338, 340.

<sup>15</sup> Windbichler § 4 Rn. 3.

<sup>16</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 14; Heckschen/Heidinger § 1 Rn. 16; Priester, in: GmbHR 1999, 149, 150.

<sup>17</sup> Turner, in: DB 1993, 363, 363; Priester, in: GmbHR 1999, 149, 150.

<sup>18</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 22; von Holt/Koch Rn. 3; Priester, in: GmbHR 1999, 149, 149.

<sup>19</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 2, 5; von Holt/Koch Rn. 2.

<sup>20</sup> BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>21</sup> Katschinski/Rawert, in: ZIP 2008, 1993, 1998; Carlé, in: DStZ 2008, 709, 712; Lips/Randel/Werwig, in: DStR 2008, 2220, 2222.

dass sie gleichsam Regelungen zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung unterfällt. Das für die Gesellschaft maßgebliche Recht folgt aus der Sonderregelung des § 5a GmbHG sowie den übrigen Vorschriften des GmbH-Rechts, die dem Grundsatz nach auf die Unternehmergesellschaft anzuwenden sind. Die Gesellschaft kann im Gegensatz zur „regulären“ GmbH bereits mit einem Stammkapital von einem Euro errichtet werden, § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>22</sup> Dadurch unterfällt sie nicht der Hürde des Mindeststammkapitals aus § 5 Abs. 1 GmbHG, welche die Gründer einer „regulären“ GmbH auch im nichtwirtschaftlichen Bereich zunächst nehmen müssen. Demzufolge rückt die Unternehmergesellschaft bezogen auf das notwendige Kapital, welches zur Schaffung einer Körperschaft gesellschaftsrechtlich vorgeschrieben ist, näher an den nichtwirtschaftlichen Verein als die „reguläre“ GmbH.

Eine gezielte Rechtsformwahl setzt indes einen über die Gegenüberstellung der jeweiligen Finanzverfassungen hinausgehenden und umfassenden Vergleich der Körperschaften voraus, durch welchen die Rechtsanwender die Vor- und Nachteile der betreffenden Verbände für den konkreten Einzelfall herausarbeiten und gegeneinander abwägen können, um jene Rechtsform als vorteilhafteste zu bestimmen, bei der die positiven Merkmale im günstigsten Verhältnis zu den negativen Einflüssen stehen.<sup>23</sup> Eine Entscheidung auf Grundlage eines einzigen Vorteils, dies wird in der Praxis oftmals das Steuerrecht betreffen, beinhaltet ohne Berücksichtigung anderer Vor- und Nachteile eine in sich stark erhöhte Gefahr der Wahl einer unzweckmäßigen Vereinigungsform.<sup>24</sup> Des Weiteren darf sich die Wahl einer Rechtsform nicht ausschließlich auf die Abwägung von nominell begründeten Vor- und Nachteilen erstrecken, sondern muss vielmehr die gesellschaftsrechtliche Kautelarjurisprudenz berücksichtigen und ein gewisses Maß an Weitsicht miteinfließen lassen.<sup>25</sup>

Insoweit ist das Ziel dieser Arbeit, anhand einer umfassenden Gegenüberstellung des Rechts der Unternehmergesellschaft und des eingetragenen Vereins die Fähigkeit der Unternehmergesellschaft als Alternative zum eingetragenen Verein in allgemeiner Hinsicht zu beleuchten und zugleich dem Rechtsanwender eine gezielte Rechtsformwahl im konkreten Einzelfall zwischen den beiden Körperschaften zu ermöglichen. Flankiert wird diese Betrachtung von allgemeinen Erwägungen wie etwa die geschichtliche Entwicklung der beiden Rechtsformen sowie von einem abschließenden Aufzeigen gestaltungstechnischer Möglichkeiten, um das Recht der Unternehmergesellschaft bei Bedarf an die Gegebenheiten beim eingetragenen Verein anzugleichen.

---

<sup>22</sup> Dies folgt aus § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Soweit eine Einmanngründung erfolgt, kann als kleinster möglicher Geschäftsanteil und damit als Stammkapital ein Betrag von einem Euro gewählt werden.

<sup>23</sup> M.Berger S. 2; Rutkowsky S. 3; Dörner Rn. 3.

<sup>24</sup> K.Schmidt GesR S. 99; Dörner Rn. 29; Steding, in: JA 2002, 338, 339.

<sup>25</sup> Dörner Rn. 2; Steding, in: JA 2002, 338, 339.



## **B. Grundsätzliches und die Schaffung der Unternehmergesellschaft**

### **I. Allgemeines**

Das deutsche Gesellschaftsrecht ist durch die prinzipielle Zweiteilung der Vereinigungsformen in Personengesellschaften und Körperschaften gekennzeichnet.<sup>26</sup> Diese Unterscheidung basiert indes primär auf der gesetzlichen Ideal- und nicht auf der stets bestehenden Realstruktur.<sup>27</sup> Der Verein und die GmbH sind Körperschaften. Die Unternehmergesellschaft ist eine Variante der „regulären“ GmbH, insofern gilt selbiges auch für diese Vereinigungsform. Die Körperschaften zeichnen sich durch eine grundsätzlich stark ausgeprägte Verselbstständigung aus. Die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht hat indes dazu geführt, dass kapitalistische Personengesellschaften sowie personalisierte Körperschaften gegründet wurden, wodurch der Grad der Verselbstständigung unterschiedlich sein kann.<sup>28</sup> Die Begriffe Verein und Körperschaft weisen eine sachliche Deckung auf, so dass alle privatrechtlichen Vereine Körperschaften und alle privatrechtlichen Körperschaften ihrer Grundstruktur nach Vereine sind.<sup>29</sup> Die wesentlichen Merkmale des Vereins sind die körperliche Verfassung, mithin die Ausgestaltung des Vereins als ein einheitliches Ganzes nach innen und außen sowie die Unabhängigkeit von der Einzelpersonlichkeit.<sup>30</sup> Der Verein ist das Grundmodell für die außerhalb des BGB geregelten Körperschaften, zu denen auch die GmbH zu zählen ist.<sup>31</sup> Beide Rechtsformen sind juristische Personen des Zivilrechts.

Durch den Verein als Prototyp der Körperschaften hat der Gesetzgeber den allgemeinen Rahmen körperschaftlichen Zusammenwirkens mehrerer Personen abgesteckt.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber wollte dabei durch den bürgerlich-rechtlichen Verein keine bestimmte Organisationsstruktur eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses verwirklichen, sondern lediglich einen allgemeinen Rahmen körperlichen Zusammenwirkens vorgeben, dessen Organisation einfach ist und der dennoch dem klassischen Demokratiegebot entspricht.<sup>33</sup> Das Vereinsrecht des BGB bildet in zahlreichen Punkten die Grundlage der in besonderen Gesetzen geregelten wirtschaftlichen Vereine, was daher auch für die GmbH gilt.<sup>34</sup> Art. 9 GG gewährleistet die verfassungsrechtlich garantierte Vereinigungsfreiheit.<sup>35</sup> Dieses Recht garantiert sowohl den Mitgliedern als auch dem Verein die autonome Gestaltung der eigenen Organisation, des Verfahrens der Willensbildung sowie der Führung ihrer Geschäfte.<sup>36</sup>

Bereits dem BGB ist eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Vereinen zu entnehmen. Die Abgrenzung ist darin begründet, dass ein bürgerlich-rechtlicher Verein für wirtschaftliche Erwerbszwecke ungeeignet ist, da er dem Rechtsverkehr mangels detaillierter Kapital- und Haftungsregeln nicht ausreichend

---

<sup>26</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 19; K.Schmidt GesR S. 45ff.

<sup>27</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 21ff; K.Schmidt GesR S. 46f; Kübler/Assmann S. 22.

<sup>28</sup> K.Schmidt GesR S. 47, 655.

<sup>29</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 19.

<sup>30</sup> Märkle/Alber S. 21; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1.

<sup>31</sup> BGH NJW 1991, 1727, 1729; Steding Rn. 295, 331; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 15, 44; K.Schmidt GesR S. 660; Reichert Rn. 30.

<sup>32</sup> Steding Rn. 295; Kraft/Kreutz S. 295.

<sup>33</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 44; Wiedemann Bd. I S. 109.

<sup>34</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 191; Reichert Rn. 30f.

<sup>35</sup> Vertiefend, BVerfG NJW 1975, 1265, 1265; 1990, 37, 38; BGH NJW 1999, 3552, 3553; Wiedemann Bd. I S. 664; Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 20.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 1996, 1203, 1203; Stöber/Otto Rn. 3; Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 1.

Sicherheiten bietet.<sup>37</sup> Nach wohl h. M. dient die Unterscheidung gleichsam dem Schutz der Vereinsmitglieder sowie dem Mitbestimmungsrecht.<sup>38</sup>

## II. Der Verein

### 1. Grundsätzliches

In nahezu allen gesellschaftlichen Bereichen sind privatrechtlich organisierte Vereine anzutreffen, so dass die Vereinstätigkeit die gesamte Breite der sozialen Interessen der Menschen abdeckt sowie wirtschaftliche, gesellschaftspolitische, religiöse, karitative oder freizeitbezogene Bereiche umfasst, wodurch Vereine in der Gesellschaftsordnung eine herausragende Rolle einnehmen.<sup>39</sup> Vereine sind weitverbreitet. Schätzungen zufolge gab es 2005 etwa 600.000 eingetragene<sup>40</sup> Vereine, wobei sie am häufigsten im Sport (ca. 225.000) und in der Freizeitgestaltung (ca. 100.000) anzutreffen sind.<sup>41</sup>

Der bürgerlich-rechtliche Verein wird als eine auf Dauer angelegte Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, welche körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist, definiert.<sup>42</sup> Das Vereinsrecht ist im BGB in den §§ 21ff geregelt. Die oftmals verwendete Bezeichnung „Idealverein“ ist ungenau, da mit dem Verein nicht nur ideelle, sondern jeder erlaubte nichtwirtschaftliche Zweck verfolgt werden kann.<sup>43</sup> Das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht ist darüber hinaus auch mit dem Öffentlichen Recht stark verzahnt, was durch das Vereinsgesetz<sup>44</sup> und das Parteiengesetz<sup>45</sup> deutlich wird, wodurch die Ambivalenz des Vereinsrechts zwischen privater Vereinsfreiheit und staatlicher Vereinsaufsicht hervortritt.<sup>46</sup> Dennoch beruhen die Zweckrichtung, die Verfassung und die Zusammensetzung des Vereins auf privatautonomen Entscheidungen der Mitglieder.<sup>47</sup>

### 2. Arten und Formen des Vereins

Ein Verein kann grundsätzlich zu jedem von der Rechtsordnung nicht ausdrücklich verbotenen (Art. 9 Abs. 2 GG, § 134 BGB) oder als sittenwidrig verpönten Ziel (§ 138 Abs. 2 BGB) gegründet werden.<sup>48</sup> Das Gesetz unterscheidet zwischen einem Verein, der in das Vereinsregister eingetragen wurde (sog. rechtsfähiger Verein) und dem nichteingetragenen

---

<sup>37</sup> BVerwG NJW 1998, 1166, 1166; LG Frankfurt am Main ZIP 1986, 229, 229; Staudinger/Weick § 21 Rn. 1; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 5; Kraft/Kreutz S. 295; Reichert Rn. 118; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 9f; Knauth S. 10ff; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 174f.

<sup>38</sup> Vgl. BGH 1986, 3201, 3202; Reichert Rn. 119; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11f; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 7f; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 13, 17; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 175f; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 39, 55; abweichend: K.Schmidt GesR S. 669; ders., in: AcP 182 (1982), 1, 14ff; vgl. ebenso, Grunewald GesR § 8 Rn. 27.

<sup>39</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 1; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 190.

<sup>40</sup> Daten über die Anzahl nichteingetragener Vereine liegen nicht vor, Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 4.

<sup>41</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 2; vgl. zudem, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1: 2008 soll es ca. 555.000 eingetragene Vereine gegeben haben.

<sup>42</sup> RGZ 143, 212, 213; Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 21; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 191; Steding Rn. 296; Reichert Rn. 2.

<sup>43</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19; K.Schmidt GesR S. 667; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 5.

<sup>44</sup> Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts vom 05.08.1964, BGBl. I S. 593.

<sup>45</sup> Gesetz über die politischen Parteien vom 24.7.1967, BGBl. I S. 773.

<sup>46</sup> Steding Rn. 299; K.Schmidt GesR S. 661.

<sup>47</sup> Kübler/Assmann S. 116.

<sup>48</sup> Kübler/Assmann S. 117; Soergel/Hadding § 21 Rn. 11.

Verein (nichtrechtsfähiger Verein<sup>49</sup>). Der bürgerlich-rechtliche Verein erfährt durch die Eintragung in das Vereinsregister die Rechtsfähigkeit als juristische Person.<sup>50</sup> Während der eingetragene Verein der meist verbreitetste Vereinstyp ist, ist die Bedeutung des nichtrechtsfähigen Vereins nicht unerheblich, zumal politische Parteien und Gewerkschaften<sup>51</sup> oftmals diese Rechtsform wählen.<sup>52</sup>

Daneben kann zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein unterschieden werden.<sup>53</sup> Rechtsfähige Wirtschaftsvereine i. S. v. § 22 BGB sind im Gegensatz zu nichtwirtschaftlichen Vereinen selten.<sup>54</sup>

Des Weiteren kann eine funktionale Unterscheidung herangezogen werden, so dass man nach weltlichem oder religiösem Verein sowie nach Mehrzweckvereinen oder den nur einen Zweck verfolgenden sog. Monoverein differenzieren kann.<sup>55</sup>

Als Verband wird ein Verein bezeichnet, der entweder eine größere Anzahl an Mitgliedern hat (sog. Massenorganisation) oder in dem sich mehrere Vereine, Handelsgesellschaften oder andere Körperschaften zusammengeschlossen haben (sog. Vereinsverband), wobei das BGB für den Verband keine gesonderten Bestimmungen enthält.<sup>56</sup> Vom Vereinsverband werden der sog. Hauptverein<sup>57</sup> sowie der Gesamtverein<sup>58</sup> abgegrenzt.<sup>59</sup>

### **III. Die GmbH und ihre Variante, die Unternehmergesellschaft**

#### **1. Grundsätzliches**

Die GmbH ist mit etwa einer Millionen Gesellschaften die in Deutschland am weitesten verbreitetste Rechtsform, wobei sie sich auch zu einem erfolgreichen Exportartikel des deutschen Rechts entwickelt hat.<sup>60</sup> Durch die bestehende Gestaltungsfreiheit kann die GmbH verschiedenste Formen einnehmen, hingegen eine dem bürgerlich-rechtlichen Verein entsprechende allgemeine Differenzierung der Typen mit Ausnahme von personalistisch und kapitalistisch organisierten Gesellschaften nicht in diesem Umfang und der Bedeutung besteht

---

<sup>49</sup> Die Bezeichnung „nichtrechtsfähiger“ Verein ist ungenau, da diese Rechtsform gleichsam Träger von Rechten und Pflichten sein kann, vgl. Reichert Rn. 32; Münch Hdb GesR V/Gummert § 66 Rn. 1.

<sup>50</sup> In Abgrenzung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Verleihung gem. §§ 22 oder 23 a. F. BGB. § 23 BGB a. F. wurde durch das Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24.09.2009 (BGBl. I S. 3145) mit Wirkung zum 30.09.2009 aufgehoben. Die Norm betraf ausländische Vereine. Die Vorschrift wurde für die deutschen Kolonialgebiete geschaffen und war daher nahezu bedeutungslos, Kübler/Assmann S. 120; K.Schmidt GesR S. 664f; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 6. Vgl. zudem zur Sitzverlegung eines ausländischen Vereins nach Deutschland, OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 219f.

<sup>51</sup> Diese Wahl ist geschichtlich bedingt, da die Gewerkschaften und Parteien diese Rechtsform vorzogen, um den damaligen Restriktionen zu entgehen (Genehmigungsverfahren (§ 61 Abs. 2 BGB a.F.) sowie der Pflicht zur Preisgabe ihrer Mitglieder (§§ 72, 79 BGB a.F.), vertiefend, Kübler/Assmann S. 133.

<sup>52</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 252; Kübler/Assmann S. 134; Märkle/Alber S. 25f; Stöber/Otto Rn. 16ff.

<sup>53</sup> Vgl. C. II.

<sup>54</sup> Kübler/Assmann S. 118; K.Schmidt GesR S. 676.

<sup>55</sup> Vgl. Reichert Rn. 39ff; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 7.

<sup>56</sup> Stöber/Otto Rn. 15.

<sup>57</sup> Ein Verein wird als sog. Hauptverein angesehen, wenn er zunächst als Mutterverein gegründet wurde und dann nachträglich Tochtergesellschaften gebildet hat, Reichert Rn. 44.

<sup>58</sup> Der sog. Gesamtverein wird nicht durch die Basiskörperschaften gebildet. Seine Untergliederung folgt vielmehr aus seiner Satzung. Im Gegensatz zum Vereinsverband folgt aus der Mitgliedschaft in einer Basisgesellschaft stets die Mitgliedschaft im Gesamtverein, Reichert Rn. 51.

<sup>59</sup> Reichert Rn. 44ff. Vgl. zudem, Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 51ff; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 1ff: Beide Erscheinungsformen werden unter den sog. Gesamtverein subsumiert.

<sup>60</sup> MüKo GmbHG/Fleischer Einl. Rn. 198ff, 210; Heckschen/Heidinger § 1 Rn. 1; Goette, in: DStR 2009, 51, 51; Kögel, in: Rpfleger 2008, 605, 605.

und sich eine Differenzierung nach dem Gesellschaftszweck, der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der GmbH sowie dem Gesellschafterkreis vornehmen lässt.<sup>61</sup> Die wesentlichen Merkmale der Gesellschaft zeichnen sich durch die körperschaftliche Organisation sowie die Eigenschaft als Handelsgesellschaft, Kapitalgesellschaft und juristische Person aus.<sup>62</sup> Während das GmbH-Recht seit Bestehen kaum Veränderungen erfahren hat und damit sehr stabil ist, wird es seit längerer Zeit zunehmend von internationalen Faktoren beeinflusst, was insbesondere darin mündete, dass die GmbH seit einigen Jahren hierzulande begünstigt durch die mitgliedstaatliche Niederlassungsfreiheit in einem Wettstreit mit anderen ihr entsprechenden ausländischen Rechtsformen steht.

## 2. Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts

Die Attraktivität vergleichbarer ausländischer Rechtsformen in Deutschland wurde maßgeblich durch die Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in den Fällen *Centros*<sup>63</sup>, *Überseering*<sup>64</sup> und *Inspire Art*<sup>65</sup> geprägt. In diesen Entscheidungen wurde festgestellt, dass ein EU-Mitgliedstaat die Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft, die nach

---

<sup>61</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 30ff; K.Schmidt GesR S. 992f; MüKo GmbHG/Fleischer Einl. Rn. 33ff.

<sup>62</sup> Windbichler § 20 Rn. 1.

<sup>63</sup> EuGH NJW 1999, 2027, 2027ff - Centros: Die *Centros Ltd*, eine in England und Wales eingetragene „private limited company“ wurde durch das dem dänischen Handelsministerium unterstehende *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* (Zentralverwaltung für Handel und Gesellschaft) die beantragte Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark verweigert. Die Zentralverwaltung lehnte die Eintragung u. a. mit der Begründung ab, dass die *Centros Ltd* seit ihrer Errichtung keine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich entfaltet habe und durch die Errichtung der Ltd. beabsichtigt sei, die dänischen Vorschriften für das Mindestgesellschaftskapital (200.000 DRK gem. dem Gesetz Nr. 886 vom 21.12.1991) zu umgehen, so dass in Wirklichkeit keine Zweigniederlassung, sondern der Hauptsitz in Dänemark errichtet werden würde. Gegen den Bescheid legte die Gesellschaft Klage beim *Østre Landsret* ein. Das Gericht folgte jedoch dem Vorbringen der Zentralverwaltung. Gegen dieses Urteil legte die Gesellschaft sodann beim *Højesteret* Rechtsmittel ein. Auf das Vorabentscheidungsersuchen des *Højesteret* hat der EuGH festgestellt, dass die Verweigerung der Eintragung in den Anwendungsbereich des Art. 52, 58 EGV a. F. fällt. Eine missbräuchliche und betrügerische Berufung auf das Gemeinschaftsrecht sei nach Auffassung des EuGH nicht einschlägig, da die Gesellschaft in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet wurde. Es sei dabei unerheblich, dass das Gemeinschaftsrecht in der Gemeinschaft nicht vollharmonisiert sei. Die fehlende Ausübung einer Geschäftstätigkeit im Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, sei insoweit unbeachtlich.

<sup>64</sup> EuGH NJW 2002, 3614, 3614ff - Überseering: Die niederländische Gesellschaft *Überseering*, welche in den Niederlanden (dort gilt die Gründungstheorie) wirksam gegründet wurde, verklagte in Deutschland ein Bauunternehmen auf Beseitigung von Baumängeln. Die Klage wurde abgewiesen, da die Gesellschaft ihren Sitz nach Deutschland verlegt habe und daher nach Ansicht des Gerichts aufgrund der in Deutschland geltenden Sitztheorie weder rechts- noch parteifähig sei. Auf Vorlage des BGH entschied der EuGH, dass hierin ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt.

<sup>65</sup> EuGH NJW 2003, 3331, 3331ff - Inspire Art: Die *Inspire Art Ltd*. ist eine Gesellschaft englischen Rechts. Der einzige Gesellschafter wohnt in den Niederlanden. Die niederländische Handelskammer wollte die niederländische Zweigniederlassung der Gesellschaft u. a. dazu verpflichten, den Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ zu führen, da sie ihre Geschäftstätigkeit nur in den Niederlanden ausübe. Dies basierte auf einer entsprechenden gesetzlichen Regelung (*Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* vom 17.12.1997 - Gesetz über formal ausländische Gesellschaften). Der angerufene EuGH entschied, dass keine über die elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rats vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, hinausgehende Anforderungen gestellt werden dürfen und dass die Niederlassungsfreiheit nicht durch innerstaatliches Recht beschränkbar sei, soweit kein Missbrauch der Freiheit einschlägig ist. Offenlegungspflichten, die nicht in der elften Richtlinie vorgesehen sind, sind unzulässig. Ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Gesellschaft gründen möchte, kann diese in dem Mitgliedsstaat errichten, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm seiner Ansicht nach die größte Freiheit lassen. Daran anschließend steht es ihm frei, in einem anderen Mitgliedstaat Zweigniederlassungen zu gründen. Hierbei übt er lediglich die garantierte Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt aus. Nicht relevant ist, ob die Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, eine Tätigkeit ausübt.

dem geltenden Recht eines anderen Mitgliedstaates wirksam gegründet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, auch dann anerkennen muss, wenn diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlagert.<sup>66</sup> Das einschlägige Gesellschaftsstatut bestimmt sich in diesen Fällen nach den Vorgaben des Gründungsstaates.

## a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

### aa) Allgemeines

Die Niederlassungsfreiheit wird in den Art. 49ff AEUV<sup>67</sup> (Art. 43ff EGV a. F.) näher geregelt, wobei Gegenstand der Vorschriften die Freizügigkeit der unternehmerischen Tätigkeit und die Freiheit der Standortwahl des Unternehmens als unverzichtbarer Bestandteil für die Schaffung eines wirklichen Binnenmarktes zwischen den Mitgliedstaaten ist.<sup>68</sup> Art. 49 Abs. 2 AEUV (Art. 43 Abs. 2 EGV a. F.) umfasst sowohl die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit als auch die Gründung und Leitung von Unternehmen nach den für Inländer geltenden Bestimmungen des Aufnahmestaates. Gem. Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV (Art. 43 Abs. 1 S. 2 EGV a. F.) können neben der Primärniederlassung aus Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV (Art. 43 Abs. 1 S. 1 EGV) ebenso Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaates, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ansässig sind, gegründet werden, sog. sekundäre Niederlassung.<sup>69</sup> Dies gilt indes nur für grenzüberschreitende Vorgänge.<sup>70</sup> Durch Art. 54 AEUV (Art. 48 EGV a. F.) wird die Niederlassungsfreiheit auf die Gesellschaften ausgeweitet, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.<sup>71</sup> Art. 54 AEUV (Art. 48 EGV a. F.) ist hingegen kein Recht zu entnehmen, in einem Mitgliedstaat eine Gesellschaft in der Rechtsform eines anderen Mitgliedstaates zu gründen, da die Einräumung eines solchen Rechts allein in der Disposition der Mitgliedstaaten steht.<sup>72</sup>

Die Niederlassung i. S. v. Art. 49, 54 AEUV (Art. 43, 48 EGV a. F.) wird definiert als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.<sup>73</sup> Der Begriff Niederlassung ist dabei weit zu verstehen und umfasst das gesamte Spektrum wirtschaftlicher Tätigkeit zu Zwecken des Erwerbs.<sup>74</sup> Die Niederlassungsfreiheit kann anhand der Selbstständigkeit, mithin dem Tragen eines unternehmerischen Risikos sowie der Selbstbestimmtheit der Tätigkeit, von der

---

<sup>66</sup> EuGH NJW 2003, 3331, 3333; vgl. Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612.

<sup>67</sup> Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist Teil des Vertrages von Lissabon. Er trat am 01.12.2009 in Kraft. Der AEUV löste dadurch den für die EG geltenden EGV ab.

<sup>68</sup> Herdegen § 16 Rn. 22; Oppermann/Classen/Nettesheim § 28 Rn. 1.

<sup>69</sup> EuGH NJW 1999, 2027, 2028 Rn. 17, 20 - Centros; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 952: Die primäre Niederlassungsfreiheit erfasst die erstmalige Gründung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, den Umzug einer bestehenden Niederlassung von einem Mitgliedstaat in einen anderen sowie explizit für juristische Personen grenzüberschreitende Verschmelzungen mit juristischen Personen anderer Mitgliedstaaten, hingegen die sekundäre Niederlassungsfreiheit die Errichtung einer unselbstständigen Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat schützt, wobei die Aufzählung in Art. 43 Abs. 1 S. 2 EGV (nunmehr Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV) nur beispielhaften Charakter hat. Bei juristischen Personen ist die gesellschaftsrechtliche Beziehung beider Niederlassungen entscheidend, so dass der wirtschaftliche Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit keine Auswirkung hat.

<sup>70</sup> Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 20.

<sup>71</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 948; Fischer Rn. 556.

<sup>72</sup> Streinz/Müller-Graff Art. 54 AEUV Rn. 8; Kindler, in: NJW 2003, 1073, 1078.

<sup>73</sup> EuGH NJW 1999, 579, 580 Rn. 23ff - Gebhard; Fischer Rn. 537; Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 11.

<sup>74</sup> Fischer Rn. 537f; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 950.

Freizügigkeit der Arbeitnehmer abgegrenzt werden.<sup>75</sup> Die Niederlassungsfreiheit grenzt sich zudem von der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56ff AEUV (Art. 49ff EGV a. F.) durch die Dauerhaftigkeit der fraglichen Tätigkeit ab.<sup>76</sup>

Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV (Art. 43 Abs. 1 S. 1 EGV a. F.) verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates nach Maßgabe der ihm nachfolgenden Bestimmungen, wobei das Beschränkungsverbot sowohl Diskriminierungen als auch nach stetiger Rechtsprechung des EuGH<sup>77</sup> sonstige Behinderungen erfasst.<sup>78</sup> Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV a. F.) konkretisiert dabei das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV (Art. 12 Abs. 1 EGV a. F.). Diskriminierungen, gleichgültig ob offener oder verdeckter Art<sup>79</sup>, sind dann einschlägig, wenn Ausländer aufgrund differenzierender Bestimmungen rechtlich oder faktisch schlechter gestellt werden als Inländer.<sup>80</sup> Behinderungen in dem vorgenannten Sinne sind nicht nach der Staatsangehörigkeit diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen, obschon sie dennoch die Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>81</sup> Die Grenzziehung zwischen verdeckter Diskriminierung und diskriminierungsfreier Behinderung ist umstritten.<sup>82</sup> Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV a. F.) ist unmittelbar wirksam, so dass entgegenstehende nationale Vorschriften keine Anwendung finden.<sup>83</sup> Offene Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder im Falle von Gesellschaften der Gründung in einem anderen Mitgliedstaat<sup>84</sup> können nur im Rahmen des Art. 52 AEUV (Art. 46 EGV a. F.) gerechtfertigt sein.<sup>85</sup> Verdeckte Diskriminierungen und Behinderungen können gleichsam eine Rechtfertigung aus sonstigen Gründen des Allgemeinwohls erfahren.<sup>86</sup>

## **bb) Leitentscheidungen**

Die zahlreichen Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit haben die Rechtswirklichkeit maßgeblich mitgestaltet.

---

<sup>75</sup> Fischer Rn. 538; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 10; Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 13f.

<sup>76</sup> Fischer Rn. 538; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 951; Oppermann/Classen/Nettesheim § 28 Rn. 7; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 3.

<sup>77</sup> Vgl. EuGHE 1984, 2971, 2989 Rn. 18 - Klopp; vgl. EuZW 1991, 380, 381 Rn. 16 - Vlassopoulou; EuZW 1993, 322, 324 Rn. 32 - Kraus; EuGH NJW 2003, 3331, 3334 Rn. 133 - Inspire Art; EuZW 2004, 273, 275 Rn. 42f. - Hughes de Lasteyrie du Saillant; vgl. hierzu, Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 32; Hatje, in: Jura 2003, 160, 164.

<sup>78</sup> Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 22ff; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 969ff; Fischer Rn. 542ff; vgl. jedoch Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 57: Ob Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV a. F.) ein weitergehendes Beschränkungsverbot enthält, ist insbesondere im älteren Schrifttum umstritten, wobei die neuere Literatur dies überwiegend bejaht.

<sup>79</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 825, 969ff; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 21; Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 39ff: Die offene Diskriminierung führt ausdrücklich das Merkmal der fremden Staatsangehörigkeit an, während die verdeckte Diskriminierung an andere Kriterien anknüpft, die jedoch regelmäßig von Ausländern nicht erfüllt werden.

<sup>80</sup> Fischer Rn. 543f; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 49 AEUV Rn. 20; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 970ff.

<sup>81</sup> EuGH NJW 1996, 579, 581 Rn. 39 - Gebhard; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 974; Fischer Rn. 545.

<sup>82</sup> Vgl. Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 58f.

<sup>83</sup> Vgl. EuGH NJW 1975, 513, 514 - Reyners; Oppermann/Classen/Nettesheim § 28 Rn. 5; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 948.

<sup>84</sup> Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 41.

<sup>85</sup> Fischer Rn. 549; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 52 AEUV Rn. 1; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 976.

<sup>86</sup> Fischer Rn. 549f; Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 48, 81ff; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 979; vgl. Hatje, in: Jura 2003, 160, 165f.

Im Fall *Daily Mail*<sup>87</sup> stellte der EuGH fest, dass die Niederlassungsfreiheit keinen Schutz vor gesellschaftsrechtlicher Bindung gewährt, mithin die Gesellschaft bei einer Sitzverlegung an das Recht gebunden ist, aus dem die Gründung und rechtliche Existenz folgt, so dass in Wegzugsfällen die Zulässigkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes dem nationalen Recht vorbehalten ist.<sup>88</sup>

Demgegenüber urteilte der EuGH im sog. *Centros-Fall*<sup>89</sup>, dass es zulässig ist, wenn sich die Gründer einer Gesellschaft die unterschiedlichen Standards zur Gründung einer Gesellschaft innerhalb der Gemeinschaft zu ihren Gunsten zunutze machen, mithin eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat mit „leichteren“ Gründungsvoraussetzungen errichten, auch wenn die Gesellschaft dort lediglich einen nominellen Sitz hat und die Gesellschaft über ihre Zweigniederlassung ihre gesamte Gesellschaftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt.<sup>90</sup> Insoweit ist eine faktische Sitzverlegung der Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit gedeckt.<sup>91</sup> Einschränkungen gelten indes bei missbräuchlicher Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit, die indes nicht bereits dadurch gegeben ist, dass die Gründer die unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Standards in den Mitgliedstaaten ausnutzen.<sup>92</sup>

In der Fortentwicklung dieser Rechtsprechung hat der EuGH im Fall *Überseering*<sup>93</sup> festgestellt, dass es gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße, wenn ein Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und die Identität einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates ordnungsgemäß gegründet wurde, nicht anerkennt, auch wenn die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in den Aufnahmestaat verlegt hat und keine vom Recht des Aufnahmestaates vorgesehene Rechtsform inne hat.<sup>94</sup> Entscheidend ist, dass das Recht des Gründungsstaates der Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit zuspreche.<sup>95</sup> In der in Deutschland geltenden Sitztheorie<sup>96</sup>, mithin der Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes, wurde ein Verstoß gegen die mitgliedstaatliche Niederlassungsfreiheit gesehen. Die Anwendung der Sitztheorie in Zuzugsfällen<sup>97</sup> aus einem anderen Mitgliedstaat kann insbesondere nicht auf steuerrechtliche Bedürfnisse oder Verkehrsschutzgedanken gestützt werden.<sup>98</sup> Eine weitere Konkretisierung erfuhr die Niederlassungsfreiheit durch die Entscheidung im Fall *Inspire Art.*<sup>99</sup> Danach unterliegen alle innerstaatlichen Vorschriften, die außerhalb des eng gezogenen Vorbehalts von Art. 46 EGV a. F. (nunmehr Art. 52 AEUV) ergehen und nicht

---

<sup>87</sup> EuGH NJW 1989, 2186, 2186ff - Daily Mail.

<sup>88</sup> Fischer Rn. 559; Herdegen § 16 Rn. 24; Grigoleit/Rieder Rn. 16.

<sup>89</sup> EuGH NJW 1999, 2027, 2027ff - Centros.

<sup>90</sup> Herdegen § 16 Rn. 26; Fischer Rn. 560; Luke S. 18f; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 54 AEUV Rn. 9f.

<sup>91</sup> Herdegen § 16 Rn. 26.

<sup>92</sup> EuGH NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>93</sup> EuGH NJW 2002, 3614, 3614ff - Überseering.

<sup>94</sup> Streinz Rn. 908; Luke S. 19; Stoller, in: JuS 2003, 846, 848.

<sup>95</sup> Streinz Rn. 908; Kindler, in: NJW 2003, 1073, 1075.

<sup>96</sup> Abweichend hierzu gilt in Dänemark die Gründungstheorie, was bis dato bei der Einordnung der *Centros*-Entscheidung berücksichtigt wurde.

<sup>97</sup> Leistikow § 1 Rn. 19f; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 234ff: Im Rahmen der Sitzverlegung einer Gesellschaft wird, obgleich sie einen einheitlichen Vorgang bilden, zwischen dem Wegzug und dem Zuzug unterschieden.

<sup>98</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 963ff; Luke S. 21; Herdegen § 16 Rn. 29; Kallmeyer, in: DB 2004, 636, 636; Horn, in: NJW 2004, 893, 896.

<sup>99</sup> EuGH NJW 2003, 3331, 3331ff - Inspire Art.

durch einen Missbrauchseinwand gedeckt sind, einer strengen Erforderlichkeitsprüfung<sup>100</sup> für Eingriffe in die Marktfreiheiten.<sup>101</sup> Die in der Literatur bis dato noch stark umstrittene<sup>102</sup> kollisionsrechtliche Funktion der Niederlassungsfreiheit wurde durch dieses Urteil weiter konkretisiert.<sup>103</sup> In Fällen des Zuzugs hat der Mitgliedstaat nicht nur die Partei- und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet wurde, anzuerkennen, der Mitgliedstaat hat vielmehr die Gesellschaft grundsätzlich vollumfänglich nach dem Recht des Gründungsstaates anzuerkennen. In den späteren Entscheidungen *Sevic*<sup>104</sup> und *Vale*<sup>105</sup> hat der EuGH zudem die Gleichstellung von Auslands- und Inlandsgesellschaften bei einem Umwandlungsvorgang verlangt.<sup>106</sup> Des Weiteren hat der EuGH jüngst mit der Entscheidung in der Sache *Cartesio*<sup>107</sup> seine Rechtsprechung zu Wegzugsfällen unter Fortführung der in der Entscheidung *Daily Mail* aufgestellten Grundsätze bestätigt.<sup>108</sup> Insofern können die Mitgliedstaaten auch weiterhin den Gesellschaften eigener Rechtsordnung die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat verwehren, wenn die Gesellschaft trotz Sitzverlegung ihre ursprüngliche Rechtsform wahren will.<sup>109</sup> Ohne eine noch fehlende gemeinschaftsrechtliche Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt, bleibt es bei den Anknüpfungen, die das nationale Recht aufstellt.<sup>110</sup> Demgegenüber ist das Gründungsrecht nicht befugt, den Formwechsel gänzlich zu versagen, da den Gesellschaften das Recht zukommt, den Gründungsstaat formwechselnd zu verlassen, wobei sich etwaige Beschränkungen auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses stützen müssen.<sup>111</sup>

## b) Einfluss auf das GmbH-Recht

Die vorstehenden rechtlichen Begebenheiten führten dazu, dass sich die GmbH nunmehr in Deutschland mit Rechtsformen anderer europäischer Mitgliedstaaten messen muss. Nach einer weitverbreiteten Ansicht befand sich die GmbH insoweit gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen in einem Wettbewerbsnachteil.<sup>112</sup> Der Nachteil wurde hauptsächlich darin gesehen, dass andere Mitgliedstaaten geringere Anforderungen an die Gründungsformalitäten und die Aufbringung eines Mindeststammkapitals für ihre

---

<sup>100</sup> Vier-Kriterien-Test: 1. Maßnahmen müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. 2. Sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten sein. 3. Sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein. 4. Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist; EuGH EuZW 1993, 322, 324 Rn. 32 - Kraus; EuGH NJW 1996, 579, 581 Rn. 37 - Gebhard; EuGH NJW 1999, 2027, 2029 Rn. 33 - Centros; Grigoleit/Rieder Rn. 29ff; Ulmer, in: NJW 2004, 1201, 1204; Zimmer, in: NJW 2003, 3585, 3856.

<sup>101</sup> Herdegen § 16 Rn. 29; Horn, in: NJW 2004, 893, 898; Ulmer, in: NJW 2004, 1201, 1203f.

<sup>102</sup> Vgl. Triebel/von Hase/Melerski Rn. 293, 298; Kindler, in: NJW 2003, 1073, 1079; Eidenmüller, in: ZIP 2002, 2233, 2235; Ebke, in: JZ 1999, 656, 660.

<sup>103</sup> Horn, in: NJW 2004, 893, 896; Maul/Schmidt, in: BB 2003, 2297, 2297.

<sup>104</sup> EuGH NJW 2006, 425, 425ff - Sevic.

<sup>105</sup> EuGH ZIP 2012, 1394, 1394ff - Vale. Vgl. zur Frage, ob aus dem Urteil folgt, dass sog. „Briefkastengesellschaften“ sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, Roth, in: ZIP 2012, 1744, 1744f.

<sup>106</sup> EuGH NJW 2006, 425, 426 Rn. 31 - Sevic; Grigoleit/Rieder Rn. 15; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 271; Bayer/Schmidt, in: ZIP 2006, 210, 211.

<sup>107</sup> EuGH NJW 2009, 569, 569ff - Cartesio.

<sup>108</sup> EuGH NJW 2009, 569, 570ff - Cartesio; Grigoleit/Rieder Rn. 16; Werner, in: GmbHR 2009, 191, 194.

<sup>109</sup> Zimmer/Naendrup, in: NJW 2009, 545, 545; Paefgen, in: WM 2009, 529, 529.

<sup>110</sup> EuGH NJW 2009, 569, 571 Rn. 109f - Cartesio; ZIP 2012, 1394, 1395 Rn. 28 - Vale; kritisch, Zimmer/Naendrup, in: NJW 2009, 545, 546; Paefgen, in: NJW 2009, 529, 534; Leible/Hoffmann, in: BB 2009, 58, 58f, 63.

<sup>111</sup> EuGH NJW 2009, 569, 571 Rn. 111ff - Cartesio; Leible/Hoffmann, in: BB 2009, 58, 60ff.

<sup>112</sup> Dervede, in: JR 2008, 47, 48; Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 169; Weber, in: BB 2009, 842, 842; vgl. Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; vgl. Altmeppen, in: NJW 2004, 97, 98.



Kapitalgesellschaften stellen.<sup>113</sup> Zudem wurde angeführt, dass in der Praxis die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Themen wie Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Eigenkapitalersatzrecht kaum handhabbar sei.<sup>114</sup>

Durch die einschlägigen Entscheidungen des EuGH wurde festgestellt, dass sich ausländische Gesellschaften auf deutschem Boden ansiedeln können, so dass dadurch die in Deutschland geltende Sitztheorie<sup>115</sup> hinsichtlich des Zuzugs von Gesellschaften aus Mitgliedstaaten<sup>116</sup> außer Kraft gesetzt worden ist.<sup>117</sup> Zuvor wurde auf Grundlage der Sitztheorie ausländischen Kapitalgesellschaften die Anerkennung als juristische Person u. a. deswegen verweigert, da eine die Rechtsfähigkeit begründende Eintragung in ein nationales Register fehlte, wodurch diese Gesellschaften als Personengesellschaft in Form der OHG oder GbR behandelt wurden, so dass die daraus resultierende unbeschränkte persönliche Haftung die Unternehmer dazu zwang, eine Rechtsform zu errichten, die der Rechtsordnung des Verwaltungssitzes entsprach, um eine Haftungsbeschränkung auf das Kapital der Gesellschaft zu erreichen.<sup>118</sup>

Der EuGH hat festgestellt, dass insbesondere ein Bezug zum Gründungsstaat nicht erforderlich sei, so dass reine Scheinauslandsgesellschaften keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit begründen, wodurch der Zuzug von mitgliedstaatlichen Gesellschaften nach Deutschland zusätzlich gefördert wird. Durch die Möglichkeit der Rechtsanwender, auf mit der GmbH vergleichbare Rechtsformen anderer Mitgliedstaaten zugreifen zu können, stand das GmbH-Recht in Deutschland erstmals in seiner über 100jährigen Geschichte im Wettbewerb mit anderen ausländischen Rechtsformen.<sup>119</sup> Einschlägige Publikationen sowie gezielte Werbung für Gründungen einzelner Rechtsformen führten zu einer beachtlichen Wahrnehmung dieses Umstands.

Es ist daher zulässig, in Mitgliedstaaten eine Gesellschaft nach dem Recht dieses Staates zu gründen und anschließend den tatsächlichen Sitz der Gesellschaft nach Deutschland zu verlegen, um hierzulande über die Gesellschaft tätig zu sein.

---

<sup>113</sup> Darnedde, in: JR 2008, 47, 48; Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 169; Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 583.

<sup>114</sup> Leistikow § 1 Rn. 31.

<sup>115</sup> Nach der Sitztheorie kann eine Gesellschaft nur nach der Rechtsordnung des Staates zur Entstehung gelangen, in dem sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet. Demgegenüber gehört nach der sog. Gründungstheorie eine Gesellschaft der Rechtsordnung an, nach dessen Recht sie gegründet worden ist, ohne dass sie in diesem Staat auch den Sitz ihrer Geschäftsleitung haben muss, vgl. Fischer Rn. 558; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 961.

<sup>116</sup> Bei Gesellschaftsgründungen außerhalb des EU-Raums, mithin außerhalb des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit, hält die Rechtsprechung an der Sitztheorie fest, BGH NJW 2009, 289, 290; vgl. Grigoleit/Rieder Rn. 19. Gleichsam sind die Ausnahmen aufgrund des EWR-Abkommens sowie gegenüber US-amerikanischen Gesellschaften zu beachten.

<sup>117</sup> BGH GmbHR 2009, 138, 139; 2011, 1094, 1095; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 964; Miras Rn. 92; Weber, in: BB 2009, 842, 842; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612; Tettinger, in: Der Konzern 2008, 75, 75; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Ulmer, in: NJW 2004, 1201, 1209; differenzierter: Altmeppen, in: NJW 2004, 97, 104.

<sup>118</sup> Grigoleit/Rieder Rn. 13.

<sup>119</sup> Grigoleit/Rieder Rn. 12; Miras Rn. 89; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247; kritisch zur Bezeichnung „Wettbewerb“, Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 11; Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 170ff.

In Folge dieser Umstände setzte eine Gründungswelle von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in Deutschland ein, wobei die englische<sup>120</sup> *private company limited by shares* (nachfolgend Limited)<sup>121</sup> eine herausragende Rolle in dieser Entwicklung einnahm.<sup>122</sup> Zwar ist die Limited im internationalen Rechtsverkehr keine unbekanntere Rechtsform, dennoch stand durch die einsetzenden Gründungen englischer Limiteds mit dem erklärten Ziel, in Deutschland geschäftlich tätig zu werden, das geltende GmbH-Recht vor der Frage, ob es dieser (vermeintlichen) Attraktivität gewachsen ist.<sup>123</sup> Da die Limited und die GmbH vergleichbare Konstrukte begründen, schien die Limited in einen Wettbewerb mit der GmbH getreten zu sein, wobei ein wesentlicher Wettbewerbsnachteil der GmbH in der Aufbringung des Mindeststammkapitals ausgemacht wurde.<sup>124</sup> Während eine GmbH ein Mindeststammkapital von 25.000,00 € vorsieht, kann eine Limited bereits mit einem Stammkapital von einem Britischen Pfund Sterling<sup>125</sup> gegründet werden, was insbesondere Existenzgründern entgegenkommen kann.<sup>126</sup> Neben diesen Komponenten wurde ferner eine schnellere, weniger komplexe Gründung der Limited angeführt.<sup>127</sup>

## aa) In Deutschland domizilierende Limiteds

### (1) Allgemeines

Die obige rechtliche Entwicklung, die insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt worden ist, führte zu einem großen Zuspruch ausländischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Bereits im Jahr 2006 soll es in Deutschland mehr als 42.000 englische Limiteds gegeben haben.<sup>128</sup> Die Limited, geprägt von Rechtstraditionen und -ordnungen im Vereinigten Königreich, traf in Deutschland auf ein kontinentaleuropäisches und damit ihr fremdes Rechtssystem.<sup>129</sup> Folge dieses Umstandes sind erhebliche Unsicherheiten in der Rechtsanwendung.<sup>130</sup> Sowohl das deutsche als auch das englische Gesellschaftsrecht

---

<sup>120</sup> England, Wales, Schottland und Nordirland bilden das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland. England und Wales sind dabei eine gemeinsame Jurisdiktion. In Schottland und Nordirland gilt der englische *Companies Act 2006 (CA 2006)*, das kodifizierte Kapitalgesellschaftsrecht, ergänzt und modifiziert durch das jeweilige Landesrecht. Für Nordirland gilt der *CA 2006*, während der vormals einschlägige *Companies Act 1985 (CA 1985)* dort nicht galt. Auch wenn daher der Begriff „*britische Limited*“ zutreffender wäre, wird gleichsam die in Deutschland vorherrschende Bezeichnung „*englische Limited*“ verwendet, vgl. Triebel/von Hase/Melerski Rn. 16, 24f; Luke S. 13; Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 70.

<sup>121</sup> Eine Form der *private limited company* ist die *company limited by guarantee*, bei der sich die Gesellschafter für den Fall der Liquidation der Gesellschaft verpflichten, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zu einem festgelegten Betrag zu haften. Diese Rechtsform wird häufig für Unternehmen gewählt, die keine wirtschaftlichen Zwecke verfolgen, Kisker S. 19; Luke S. 16; Heinz § 1 Rn. 7; Fuhrmann S. 102; J. Wagner S. 82f.

<sup>122</sup> Weinbeer, in: AnwBl 2008, 368, 368; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; Schall, in: DStR 2006, 1229, 1229; Jahn, in: AnwBl 2007, 573, 573; Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 933; Happ/Holler, in: DStR 2004, 730, 730.

<sup>123</sup> Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 311, 311.

<sup>124</sup> Dernerde, in: JR 2008, 47, 47f; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53.

<sup>125</sup> Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613; Weber, in: BB 2009, 842, 842: Als Stammkapital genügt die kleinste Einheit einer beliebigen Währung (z. B. 1 Pence), während in der Praxis ein britisches Pfund üblich ist. Vgl. indes, Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2246: Eintragungen werden wohl bei einem Kapital von weniger als 100 Pfund nicht vorgenommen; abweichend, Kisker S. 13, 15. Vgl. ebenso, Müller, in: DB 2006, 824, 824: In der Regel wird ein Kapitalbetrag in Höhe von 100 Britischen Pfund Sterling nicht unterschritten.

<sup>126</sup> Weber, in: BB 2009, 842, 842.

<sup>127</sup> Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1517; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53.

<sup>128</sup> Dernerde, in: JR 2008, 47, 48; vgl. Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247.

<sup>129</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 1; Heinz S. 5; Dernerde, in: JR 2008, 47, 48.

<sup>130</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 285; Dernerde, in: JR 2008, 47, 48; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1518.

verfolgen das Ziel des Minderheiten- und Gläubigerschutzes, obschon sich die dafür verwendeten Mittel in beiden Fällen unterscheiden.<sup>131</sup> Die *private limited company* ist keine gesonderte Rechtsform im englischen Recht; vielmehr handelt es sich bei der *public limited company* und der *private limited company* um weitestgehend identisch strukturierte Typen ein und derselben Gesellschaftsform<sup>132</sup>, wobei die *public limited company* mit der Aktiengesellschaft deutschen Rechts vergleichbar ist und sich die *private* und *public limited company* ähnlicher sind als die GmbH und die AG.<sup>133</sup> Die Limited selbst ist die am häufigsten vorkommende Rechtsform im Vereinigten Königreich.<sup>134</sup>

## **(2) Rechtliche Betrachtung**

### **(a) Grundsätzliches**

Sowohl bei der Limited als auch bei der GmbH ist die Haftung grundsätzlich auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt.<sup>135</sup> Die Limited ist eine juristische Person, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden kann. Sie ist ein Produkt der freien Rechtsschöpfung aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.<sup>136</sup> 1897 wurde die Gesellschaftsform durch die sog. *Salomon-Doktrin*<sup>137</sup> gerichtlich anerkannt.<sup>138</sup> Die erste gesetzliche Umschreibung entsprang dem *Companies Act 1907*, hingegen die erste gesetzliche Normierung einer Haftungsbeschränkung für englische Gesellschaften aus dem *Limited Liability Act* von 1855 folgte.<sup>139</sup> Die maßgeblichen Regelungen des englischen Gesellschaftsrechts finden sich heute im Wesentlichen im *Companies Act 2006* (nachfolgend *CA 2006*)<sup>140</sup>, mit dem das englische Gesellschaftsrecht reformiert wurde, wobei der *CA 2006* den bisher geltenden *Companies Act 1985* (nachfolgend *CA 1985*) nahezu vollständig ersetzte.<sup>141</sup> Zudem wurden mit dem *CA 2006* diverse Bereiche des bisherigen *case law* kodifiziert.<sup>142</sup> Indes ist die Kodifizierung nur Ergänzung des Fallrechts, welches jeweils vorgeht.<sup>143</sup>

### **(b) Geschäftsführung und Vertretung**

Bis zum Inkrafttreten des *CA 2006* musste eine Limited aus mindestens zwei Personen, dem *director* und dem *company secretary*, bestehen (*Sec. 282, 283 CA 1985*), hingegen der *CA 2006* nunmehr die Gründung einer Limited, die lediglich einen *director* hat, ermöglicht, so dass das Vorhandensein eines *secretary* nicht mehr zwingend ist, *Sec. 270 CA 2006*.<sup>144</sup> Der *director* ist mit dem Geschäftsführer einer GmbH vergleichbar, da er Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan ist, wobei ein Gesellschafter der Limited gleichzeitig *director* sein

---

<sup>131</sup> Müller, in: DB 2006, 824, 829; Schall, in: ZIP 2005, 965, 965.

<sup>132</sup> Vgl. Witt, in: ZGR 2009, 872, 887f.

<sup>133</sup> Kisker S. 8f; Heinz § 1 Rn. 3; Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 311, 316.

<sup>134</sup> Luke S. 13, 16; Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 26: Es existieren derzeit ca. 2 Mio. dieser Gesellschaften.

<sup>135</sup> Entgegen dem deutschen Recht folgt der Ausschluss der persönlichen Haftung im englischen Recht nicht aus dem Gesetz (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG), sondern aus der Satzung, *Sec. 3(1) CA 2006*, Luke S. 46; Röver S. 52.

<sup>136</sup> Neuling S. 13; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 14.

<sup>137</sup> *Salomon v. Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (House of Lord)*, dargestellt bei, Kisker S. 18f; Röver S. 50f.

<sup>138</sup> Kisker S. 16f; Neuling S. 14; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 615; Schall, in: ZIP 2005, 965, 966.

<sup>139</sup> Kisker S. 10, 16; Neuling S. 15.

<sup>140</sup> Das Gesetz trat schrittweise im Zeitraum zwischen Januar 2007 und Oktober 2009 in Kraft.

<sup>141</sup> Leistikow § 1 Rn. 34; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 18; Brocker, in: GmbHR 2009, 477, 477.

<sup>142</sup> Vgl. Brocker, in: GmbHR 2009, 477, 477.

<sup>143</sup> Luke S. 15; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 14f; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1521.

<sup>144</sup> Schall CA Sec. 270 Rn. 7; Leistikow § 1 Rn. 35; Erbe S. 24.

kann.<sup>145</sup> Der *director* einer Limited haftet grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Er ist in das Handelsregister und das von der Gesellschaft geführte Register einzutragen, *Sec. 162 CA 2006*. Ihn treffen Loyalitäts- und Treuepflichten (*fiduciary duties*) sowie die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung (*duty of skill, care and diligence*), vgl. *Sec. 170ff CA 2006*.<sup>146</sup>

Hat eine Limited einen *secretary*, kommen ihm verschiedene Aufgaben zu. Er sorgt für das Einhalten der staatlichen Vorgaben und Formalien, was insbesondere die Führung des Gesellschaftsverzeichnisses sowie die Kommunikation mit dem *registrar* betrifft, hingegen die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht durch ihn vorgenommen wird.<sup>147</sup> Der *secretary* unterliegt vielmehr den Weisungen des *directors*.<sup>148</sup> Die Pflichten des *secretary* sind im Companies Act 2006 nicht kodifiziert.<sup>149</sup>

Daneben ist grundsätzlich ein Prüfer (*auditor*) zu bestellen (*Sec. 485 CA 2006*), der nach den gesetzlichen Vorgaben sämtliche Buchführungsunterlagen sowie die Vermögens- und Ertragslage der Limited zu prüfen hat.<sup>150</sup>

Den *director* können verschiedene Haftungen treffen. Ein Schadensersatzanspruch kann sich etwa aus der Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht ergeben, obgleich die Rechtsfolgen noch nicht kodifiziert wurden, *Sec. 178 CA 2006*.<sup>151</sup> Ferner kann er sich einer Insolvenzverschleppungshaftung (*wrongful trading*) gegenübersehen, *Sec. 214 Insolvency Act 1986*.<sup>152</sup> Ebenso kommt eine Haftung des *directors* in Betracht, wenn er betrügerische Handlungen in der Absicht, die Gesellschaftsgläubiger oder andere Dritte zu schaden, vorgenommen hat und sich die Gesellschaft danach im Stadium der Liquidation befindet (*fraudulent trading*), *Sec. 213 Insolvency Act 1986, Sec. 993 CA 2006*.<sup>153</sup> Die beiden zuletzt genannten Ansprüche werden ausschließlich vom *liquidator* persönlich im Rahmen eines Insolvenzverfahrens für die Masse geltend gemacht.<sup>154</sup> Ob die Haftung aus *fraudulent/wrongful trading* insolvenzrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Art ist, ist hierzulande umstritten.<sup>155</sup>

### (c) Gesellschafter

Bei der englischen Limited liegt die oberste Entscheidungsgewalt bei der Gesellschafterversammlung (*members* bzw. *shareholder*).<sup>156</sup> Gesellschafter ist, wer bei der Gründung Anteile übernommen oder später erworben hat und in das *register of members*

---

<sup>145</sup> Leistikow § 1 Rn. 35; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 614.

<sup>146</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 496; Brocker, in: GmbHR 2009, 477, 477.

<sup>147</sup> Schall CA Sec. 270 Rn. 1; Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 524; Leistikow § 1 Rn. 35; Müller, in: DB 2006, 824, 828.

<sup>148</sup> Röver S. 40.

<sup>149</sup> Schall CA Sec. 270 Rn. 2.

<sup>150</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 525ff.

<sup>151</sup> Schall CA Sec. 178 Rn. 1.

<sup>152</sup> Vgl. Leistikow § 1 Rn. 35; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 249; Müller, in: DB 2006, 824, 827f; Schall, in: DStR 2006, 1229, 1229ff. Vgl. zur Entwicklung der Haftung, Jordan S. 32f. Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen, Jordan S. 35ff; Röver S. 115ff. Vgl. zur Abgrenzung gegenüber der bereits im Vorfeld der Insolvenz greifenden *West Mercia*-Doktrin nach der Entscheidung *West Mercia Safetywear Ltd. vs. Dodd*, Jordan S. 74ff.

<sup>153</sup> Vgl. Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 576ff; Leistikow § 1 Rn. 35; Röver S. 124ff; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 249.

<sup>154</sup> Vertiefend, Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 577, 581; Jordan S. 62f.

<sup>155</sup> Für insolvenzrechtlicher Art: KG GmbHR 2010, 99, 101; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 249; Schall, in: ZIP 2005, 965, 972. Für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation: Müller, in: DB 2006, 824, 827.

<sup>156</sup> Luke S. 40; Klosterkemper S. 329; Müller, in: DB 2006, 824, 828.

eingetragen wurde, *Sec. 8 (1b), 112, 113 CA 2006*.<sup>157</sup> Aus der Gesellschafterstellung folgen diverse, mitunter unterschiedlich ausgestaltete Vermögens- und Mitverwaltungsrechte. In der Regel fallen den Gesellschaftern die Bestellung und der Widerruf des *directors* zu, wobei insoweit die Vorgaben in den *Articles* zu beachten sind.<sup>158</sup> Die Entscheidungen werden mittels Beschluss (*resolution*) gefasst und bedürfen i. d. R. einer einfachen Mehrheit (vgl. *Sec. 282f CA 2006*).<sup>159</sup> Die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung ist hierfür nicht zwingend, *Sec. 281 (1), 288ff CA 2006*.<sup>160</sup> Findet dennoch eine Gesellschafterversammlung statt, sind die Maßgaben gem. *Sec. 301-335 CA 2006* zu beachten. Der Anteil des Gesellschafters ist grundsätzlich übertrag- und vererbbar (vgl. *Sec. 544 (1) CA 2006*), wobei eine notarielle Beteiligung hierbei nicht erforderlich ist.<sup>161</sup> Ferner kennt auch das englische Recht eine Durchgriffshaftung (*piercing/lifting the corporate veil*), die etwa dann greift, wenn die Gesellschaft als verschleiernde Fassade missbraucht wird, wobei die Rechtsprechung in diesem Bereich äußerst restriktiv ist.<sup>162</sup>

#### (d) Gründung

Die Gründung einer Limited erfolgt durch Ausstellung des *certificate of incorporation* (*Sec. 15f CA 2006*) durch des *Companies House* in Cardiff<sup>163</sup>, wenn die Gesellschaft in das *registrar of companies* eingetragen wurde.<sup>164</sup> Im Rahmen der Gründung sind beim *registrar of companies* eine Reihe von Unterlagen<sup>165</sup> einzureichen, in die ein Einsichtsrecht besteht, wobei die Dienste und Funktionen des *Companies House* auch auf elektronischem Wege zugänglich sind, *Sec. 9 CA 2006*.<sup>166</sup> Einzureichen ist u. a. der Gesellschaftsvertrag, der sich nach dem *CA 1985* in das *Memorandum of Association* und die *Articles of Association* teilt, wobei das *Memorandum of Association* Bestimmungen mit Bezug auf das Außenverhältnis enthielt, während die *Articles of Association* das Innenverhältnis der Gesellschaft regelten.<sup>167</sup> Nach dem *CA 2006* bildet das *Memorandum of Association* nur noch die Geburtsurkunde mit dem Inhalt der Erklärung der Gründung der Gesellschaft und der Übernahme der Anteile (*Sec. 8 (1) CA 2006*), hingegen sämtliche materiellen Satzungsbestimmungen in den *Articles of Association* zusammengefasst sind, wobei hierfür eine gesetzliche Mustersatzung verwendet werden kann, die ohnehin greift, wenn keine entsprechenden Regelungen getroffen werden, *Sec. 18ff CA 2006*.<sup>168</sup> Die Ausstellung des *certificate of incorporation* stellt eine Art

---

<sup>157</sup> Schall CA Sec. 112 Rn. 2; Müller, in: DB 2006, 824, 828.

<sup>158</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 466.

<sup>159</sup> Schall CA Sec. 282 Rn. 1.

<sup>160</sup> Schall CA Sec. 281 Rn. 1.

<sup>161</sup> Gesetzliche Vorgaben ergeben sich aus dem *Stock Transfer Act 1963*, vgl. Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 373ff; Schall CA Sec. 544 Rn. 1.

<sup>162</sup> Vertiefend, Röver S. 53ff; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 249; Müller, in: DB 2006, 824, 829.

<sup>163</sup> Für Gesellschaften mit Sitz in England und Wales ist das *Companies House* in Cardiff zuständig. Das zuständige *Companies House* für schottische Gesellschaften befindet sich in Edinburgh, während das *Companies House* für nordirische Gesellschaften seinen Sitz in Belfast hat.

<sup>164</sup> Müller, in: DB 2006, 824, 824; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247.

<sup>165</sup> Einzureichen bzw. bekanntzugeben sind das *memorandum of association*, die *articles of association*, das Formblatt (Form IN01), welches mehrere Erklärungen enthält, der Sitzungssitz (*registered office*) sowie als Bestandteil der Form IN01 eine eidesstattliche Versicherung (*declaration of compliance*) eines Rechtsanwalts (*solicitor*) oder eines nunmehr ernannten *directors*, dass die Gründungsvorschriften eingehalten worden sind. Zudem ist die Eintragungsgebühr (*registration fee*) zu entrichten, Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 81ff.

<sup>166</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 260; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612f; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1517; Müller, in: BB 2006, 824, 824.

<sup>167</sup> Vgl. Luke S. 24ff; Heinz, in: AnwBl 2004, 613, 613f; Müller, in: DB 2006, 824, 824; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247.

<sup>168</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 133, 159; Klosterkemper S. 328; Erbe S. 29; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247f.

unwiderlegbare Vermutung (*conclusive evidence*) dar, dass die Gründungsformalitäten gewahrt wurden mit der Folge, dass Fehler in den Gründungsdokumenten nicht zu einer sog. fehlerhaften Gesellschaft führen, hingegen eine generelle Legalisierung der Handlung der Gesellschaft damit nicht eintritt, *Sec. 15 (4) CA 2006*.<sup>169</sup> Grundsätzlich kann jede Firmenbezeichnung verwendet werden, wobei jedoch am Ende der Firma der Zusatz „*Limited*“ bzw. „*Ltd.*“, *Sec. 59 (1) CA 2006*<sup>170</sup> zwingend ist.<sup>171</sup> Der Antrag auf Eintragung wird durch das *Companies House* nur einer knappen formellen Prüfung zugeführt, da die *declaration of compliance* regelmäßig als ausreichender Nachweis akzeptiert wird.<sup>172</sup> Aufgrund des Umstands, dass die Pflicht zur Erbringung der Gesellschafterleistungen nicht aus dem Gesetz folgt, sondern Ausfluss der internen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern ist, stellt die Erfüllung der Einzahlungsverpflichtung keine unabdingbare Gründungsvoraussetzung dar, so dass die Zahlung erst nach Aufforderung des *directors* und nicht automatisch bei bzw. vor der Anmeldung erfolgen muss.<sup>173</sup> Die Gründung bedarf keiner Mitwirkung eines Notars. Zudem kann die Gründung mittlerweile auf elektronischem Wege erfolgen, wodurch die Gründung innerhalb von 24 Stunden möglich ist.<sup>174</sup> Der Eintragungsvorgang dauert derzeit etwa fünf Tage und kostet ca. 20 Britische Pfund Sterling, hingegen eine Eintragung noch am gleichen Tag für etwa 50 Britische Pfund Sterling erfolgt.<sup>175</sup> Insoweit versucht das englische Recht nicht, die wirtschaftlichen Belange des Rechtsverkehrs bereits im Zeitpunkt der Gründung durch einen bestimmten Kapitalzufluss zu schützen.<sup>176</sup>

### **(e) Kapital**

Das Mindestkapital einer englischen *Limited* ist auf einen Penny beschränkt (vgl. *Sec. 1 CA 1985, Sec. 7 (1), 8 (1b) CA 2006*), obschon in der Praxis ein Mindestnennkapital von einem Britischen Pfund Sterling<sup>177</sup> verlangt wird.<sup>178</sup> Das Nennkapital (*nominal share capital*) entspricht dem Stammkapital bei einer GmbH. Anfang der 1990er Jahre wiesen nur etwa 7 % der neugegründeten englischen *Limiteds* ein Nennkapital auf, welches dem Stammkapital bei einer deutschen GmbH entsprach.<sup>179</sup> Jedes bzw. das Gründungsmitglied muss mindestens einen Anteil (*share*) übernehmen, *Sec. 8 (1b) CA 2006*. Die Einlagen können sowohl als Bar- aber auch als Sacheinlagen erbracht werden, während eine Vollwertigkeitskontrolle der Sacheinlagen grundsätzlich nicht stattfindet, *Sec. 582 (1) CA 2006*.<sup>180</sup> Es ist zulässig, Sacheinlagen in Form von Dienstleistungen zu erbringen, *Sec. 582 (1) CA 2006*.<sup>181</sup> Das

<sup>169</sup> Schall CA Sec. 15 Rn. 3; Luke S. 23; Müller, in: DB 2006, 824, 824f.

<sup>170</sup> Für einen lediglich ungekürzten Rechtsformzusatz unter Hinweis auf das Herkunftsland für in Deutschland domizilierende *Limiteds*, Kindler, in: NJW 2003, 1073, 1079; Ulmer, in: JZ 1999, 662, 663; ähnlich, Borges, in: ZIP 2004, 733, 736.

<sup>171</sup> Schall CA Sec. 59 Rn. 1; Luke S. 25; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 444; Heinz § 18 Rn. 41ff.

<sup>172</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 91; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613.

<sup>173</sup> Heinz, in: AnwBl 2005, 612, 613; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 248.

<sup>174</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 95; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613.

<sup>175</sup> Bei einer elektronischen Registrierung entstehen Kosten in Höhe von 15 bzw. bei einer Eintragung am selben Tag Kosten in Höhe von 30 Britischen Pfund Sterling. Die Gebühren ergeben sich derzeit aus *SI 2009/2101, Schedule 1, para 7 (a)*, vgl. Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 122; Leistikow § 1 Rn. 38.

<sup>176</sup> Jordan S. 16; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53.

<sup>177</sup> Es kann auch eine andere Währung gewählt werden, *Sec. 622 CA 2006*, vgl. Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 156.

<sup>178</sup> Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 248; Weber, in: BB 2009, 842, 842.

<sup>179</sup> Kisker S. 125.

<sup>180</sup> Schall CA Sec. 582 Rn. 1; Leistikow § 1 Rn. 36; Jordan S. 19; Luke S. 29; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 248.

<sup>181</sup> Leistikow § 1 Rn. 36; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 613.

englische Recht kennt und regelt zudem die Kapitalerhaltung, -herabsetzung und -erhöhung, *Sec. 617ff, 830 CA 2006*.

Es ist in England üblich, dass die Vornahme der Gründungsformalitäten auf darauf spezialisierte Serviceagenturen übertragen wird.<sup>182</sup>

## (f) Schutzmechanismen

Wie das deutsche Recht berücksichtigt auch das englische Recht den Schutz des Rechtsverkehrs. Dieser Schutz wird dadurch erreicht, dass nach der Gründung die Gesellschaft strenge Vorschriften zu beachten hat, wobei dies vorrangig umfangreiche Publizitätspflichten und Pflichten zur Einsichtsgewährung in bestimmte Unterlagen umfasst (vgl. *Sec. 228, 1068ff CA 2006*).<sup>183</sup> Darüber hinaus bestehen strikte Kapitalerhaltungsvorschriften, die in ihrer Reichweite über die Vorgaben des § 30 GmbHG hinausgehen, vgl. *Sec. 830 CA 2006*.<sup>184</sup> Dieser Schutz wird durch die Haftungsmöglichkeiten des *directors* flankiert.

Die Limited muss für die Aufbewahrung der Buchhaltung und als Zustellungsadresse ein *registered office* haben, *Sec. 86 CA 2006*. Es muss ein Gesellschafterbuch (*register of members, Sec. 113 CA 2006*) und ein lückenloses Register über die *directors* (sog. *register of directors, Sec. 162f CA 2006*) geführt werden. Darüber hinaus ist jährlich ein sog. Statusbericht (sog. *annual return*), aus dem sich allgemeine Informationen über die Gesellschaft<sup>185</sup> ergeben, dem *Companies House* vorzulegen, *Sec. 855ff CA 2006*.<sup>186</sup> Ferner ist eine umfangreiche<sup>187</sup> Bilanzierung erforderlich, wobei der Jahresabschluss (Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung) nach englischem Recht<sup>188</sup> zu erfolgen hat (vgl. *Sec. 386 CA 2006*) und grundsätzlich von einem Wirtschaftsprüfer zu prüfen ist<sup>189</sup> (sog. *annual account*), *Sec. 386ff, 393ff, 475 CA 2006*. Hinsichtlich des Jahresabschlusses ist zu beachten, dass dieser in Deutschland dem Gläubigerschutz dient, während er in England in erster Linie dem Schutz der Anteilseigner zugutekommen soll.<sup>190</sup> Daneben gibt es noch zahlreiche unregelmäßige Offenlegungspflichten wie etwa im Falle der Änderung des Gesellschaftsvertrages, wobei die meisten dieser Tatbestände in *Sec. 1078 CA 2006* verankert sind.<sup>191</sup> Jedermann ist berechtigt, in den *annual return*, den *annual account* und in die übrigen Unterlagen beim *Companies House* einzusehen, da das englische Recht der Doktrin folgt, dass die Gewährung einer beschränkten Haftung als Gegenstück eine ausreichende Unternehmenstransparenz bedingt,

<sup>182</sup> Luke S. 15; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1517.

<sup>183</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 262; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53, 55; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 247; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1518; Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 640, 641; Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 311, 315.

<sup>184</sup> Vertiefend, Schall CA Sec. 830 Rn. 1; Jordan S. 23ff.

<sup>185</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 268.

<sup>186</sup> Vertiefend, Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 268ff; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 181.

<sup>187</sup> Vgl. Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Schärfere Bilanzierungspflicht als in Deutschland.

<sup>188</sup> Heinz § 15 Rn. 8; Luke S. 51. Vgl. zur Rechnungslegung nach deutschem Recht für in Deutschland domizilierende Limiteds, MüKo/Kindler IntGesR Rn. 229ff; Ebert/Levedag, in: GmbHR 2003, 1337, 1339f; abweichend hierzu, Riegger, in: ZGR 2004, 510, 516; Müller, in: DB 2006, 824, 825f.

<sup>189</sup> Einer Limited kommen grundsätzlich Erleichterungen im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses zugute, wenn deren Umsatzerlöse, die Bilanzsumme und die durchschnittliche Anzahl der Beschäftigten einen bestimmten Betrag bzw. eine bestimmte Anzahl nicht übersteigt und sie dadurch als kleine Kapitalgesellschaft (*Sec. 382 (3) CA 2006*) oder als mittlere Kapitalgesellschaft (*Sec. 465 (3) CA 2006*) gilt. Kleine Kapitalgesellschaften sind zudem von der Prüfungspflicht des Jahresabschlusses befreit, *Sec. 477 (1) CA 2006*. Vertiefend, Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 535ff; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 248; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53f.

<sup>190</sup> Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 248.

<sup>191</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 271f.

*Sec. 1085, 1086 CA 2006*.<sup>192</sup> Bestimmte Unterlagen sind zudem zur Einsicht in den Geschäftsräumen der Gesellschaft bereitzuhalten, vgl. *Sec. 114 (1), 162 (3) CA 2006*.<sup>193</sup> Das Recht zur Einsichtnahme wird in der Rechtspraxis häufig genutzt.<sup>194</sup>

Des Weiteren kann der *director* aufgrund weitreichender Disqualifikationsregeln einem zeitlich begrenzten Berufsverbot unterliegen.<sup>195</sup> Dies kann u. a. dann der Fall sein, wenn der *director* die Offenlegungspflichten ständig vernachlässigt.<sup>196</sup> Darüber hinaus unterliegen englische Kapitalgesellschaften einer strengen Staatsaufsicht, wobei zur Ermittlung und Aufklärung von Sachverhalten dem englischen Wirtschaftsministerium (*Department of Trade & Industry*) umfassende Befugnisse zustehen, wobei sich die Rechtsgrundlagen aus dem insoweit weiter anwendbaren *CA 1985* ergeben.<sup>197</sup>

### **(g) Mitgliedstaatlicher Bezug**

Nach der sog. Gründungstheorie sind die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse des Gründungsorts maßgebend, so dass bei einer Limited englisches Recht zur Anwendung kommt, auch wenn die Gesellschaft außerhalb dieses Rechtsraums tätig ist.<sup>198</sup> Bei unerlaubten Handlungen in Deutschland ist indes deutsches Deliktsrecht einschlägig, Art. 40 EGBGB. Des Weiteren greift bei der Zustellung von Schriftstücken innerhalb der EU in Zivil- und Handelssachen die EuZVO.<sup>199</sup> Bei der Vollstreckung deutscher Titel gegen eine englische Limited im Vereinigten Königreich findet die EuGVVO<sup>200</sup> nebst nationaler Ausführungsgesetze Anwendung.<sup>201</sup> Des Weiteren ist gem. Art. 3 EuInsVO i. V. m. Art. 4, 16 EuInsVO<sup>202</sup> das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates maßgebend, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat, wenn ein nationales Gericht das Insolvenzverfahren eröffnet hat.<sup>203</sup> Insofern ist bei einer ausschließlich in Deutschland tätigen Limited deutsches Insolvenzrecht anwendbar, soweit ein deutsches Gericht das Insolvenzverfahren eröffnet.

Ob die Haftung aus *fraudulent/wrongful trading* auf in Deutschland domizilierende Limiteds anwendbar ist, hängt davon ab, ob diese Ansprüche insolvenzrechtlicher oder

---

<sup>192</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 289f; Schall CA Ssec. 1085-1092 Rn. 1; Luke S. 48, 50; Erbe S. 202.

<sup>193</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 295ff; Schall CA Ssec. 113-135 Rn. 2.

<sup>194</sup> Schall CA Ssec. 1085-1092 Rn. 1.

<sup>195</sup> Auflistung der Gründe bei, Treibel/von Hase/Melerski Rn. 92; Erbe S. 120ff; Jordan S. 83, 85ff.

Rechtsgrundlage ist der *Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA)*, vgl.

Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 584ff; vgl. Jordan S. 83ff.

<sup>196</sup> Hierzu, Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 277; Jordan S. 93.

<sup>197</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 114ff; Luke S. 51; Heinz § 11 Rn. 84; Müller/Weiß, in: AnWB 2007, 247, 249.

<sup>198</sup> BGH NJW 2005, 1648, 1648f; Müller/Weiß, in: AnWB 2007, 247, 247.

<sup>199</sup> EuZVO - Europäische Zustellungsverordnung.

<sup>200</sup> EuGVVO - Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung. Vgl. zum Sitz i. S. v. Art. 22 Nr. 2 EuGVVO und damit zur ausschließlichen Zuständigkeit für Klagen, welche die Gültigkeit von Organbeschlüssen zum Gegenstand haben, BGH GmbHR 2011, 1094, 1094ff.

<sup>201</sup> Das deutsche Ausführungsgesetz ist das Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, sog. Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz (AVAG), vom 19.02.2001, BGBl. I 2001, S. 288. Im Vereinigten Königreich ist der sog. *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, geändert durch die *Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001* ergänzt durch *Part 74 Civil Procedure Rules* einschlägig; vertiefend, Müller/Weiß, in: AnWB 2007, 247, 254f.

<sup>202</sup> EuInsVO - Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren.

<sup>203</sup> Vgl. BGH GmbHR 2011, 1087, 1088. Vertiefend, Triebel/von Hase/Melerski Rn. 568ff; Röver S. 156ff; Müller/Weiß, in: AnWB 2007, 247, 255f.



gesellschaftsrechtlicher Art sind<sup>204</sup>, was, wie oben gezeigt, umstritten ist. Mit diesem Streit ist im Übrigen der Streit über die Anwendbarkeit der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung<sup>205</sup> auf in Deutschland domizilierende Limiteds verknüpft. Zudem ist umstritten, ob die Haftung wegen eines existenzgefährdenden Eingriffs Anwendung findet.<sup>206</sup>

Die Anmeldungspflicht einer Zweigniederlassung einer englischen Limited in Deutschland beim örtlich zuständigen Handelsregister folgt aus §§ 13 Abs. 1, 13d Abs. 1, 13e Abs. 2 S. 1 HGB.<sup>207</sup> Schließlich ist anzuführen, dass im Vereinigten Königreich keine rechtlich vorgeschriebene Arbeitnehmermitbestimmung entsprechend der deutschen Unternehmensmitbestimmung existiert, da dort der Arbeitnehmerschutz lediglich durch die Gewerkschaften ausgeübt wird, so dass für die in Deutschland tätigen Unternehmen mit englischer Rechtspersönlichkeit die deutschen organschaftlichen Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer nach h. M.<sup>208</sup> nicht gelten, hingegen das Recht auf Bildung eines Betriebsrats gem. § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG von der Rechtsform des Unternehmens unabhängig ist.<sup>209</sup>

### (3) „Gründungswelle“

Folge der oben angeführten Entscheidungen des EuGH war, dass in Deutschland das Interesse an der Limited als Alternative zur deutschen GmbH stark anstieg, wobei sich jedoch die Limited auch in anderen Mitgliedstaaten als Alternative zu den eigenen Rechtsformen dargetan hat. Im Gegensatz zu den Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten kamen der Limited in Deutschland der „leichtere“ sprachliche Zugang, ein ausgereiftes Regelwerk aber auch eine vergleichsweise „leichte“ gesellschaftsrechtliche Handhabbarkeit zugute.<sup>210</sup>

Den Gesellschaften eines Mitgliedstaates ist es möglich, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland zu verlegen, um dort einer ausschließlichen Tätigkeit nachzugehen. Sofern sie im Rechtsverkehr allein von ihrer deutschen Niederlassung aus agiert, hat sie neben dem Verwaltungssitz auch ihre Hauptniederlassung in Deutschland, obgleich registerrechtlich Hauptniederlassung und Gesellschaftssitz gleichgesetzt werden mit der Folge, dass alle anderen Niederlassungen stets als Zweigniederlassung einzutragen sind, auch wenn sich dort die Geschäftsleitung befindet.<sup>211</sup> Aufgrund des fehlenden Sitzungssitzes einer Limited in Deutschland kann sie daher in Deutschland registerrechtlich nur eine Zweigniederlassung

---

<sup>204</sup> Tendenziell für eine Qualifikation als gesellschaftsrechtlicher Art und damit eine Anwendbarkeit auf in Deutschland domizilierende Limiteds: Müller, in: DB 2006, 824, 827. Dies verneinend: KG GmbHHR 2010, 99, 101; Röver S. 122ff, 126f; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 249; Schall, in: ZIP 2005, 965, 972.

<sup>205</sup> Bejahend: KG GmbHHR 2010, 99, 100f; OLG Brandenburg ZInsO 2009, 1695, 1697; Röver S. 161ff; Röhricht, in: ZIP 2005, 505, 507f; Müller/Weiß, in: AnwBl 2007, 247, 251; Werner, in: GmbHHR 2005, 288, 292; Altmeppen, in: NJW 2004, 97, 100f. Einschränkend: Ulmer, in: NJW 2004, 1201, 1207ff. Verneinend: Müller, in: DB 2006, 824, 827; Schall, in: ZIP 2005, 962, 973ff. Kritisch, Goette, in: ZIP 2006, 541, 545f.

<sup>206</sup> Bejahend: Werner, in: GmbHHR 2005, 288, 292; Altmeppen, in: NJW 2004, 97, 101f; vgl. Forsthoff, in: DB 2003, 979, 981. Einschränkend: Ulmer, in: NJW 2004, 1201, 1207ff. Verneinend: Röver S. 206ff; Schall, in: ZIP 2005, 962, 973ff. Kritisch, Goette, in: ZIP 2006, 541, 545f. Vgl. zur insolvenzrechtlichen Einordnung der §§ 32a, 32b GmbHG a. F., BGH GmbHHR 2011, 1087, 1088ff.

<sup>207</sup> BGH JZ 2005, 848, 849; Erbe S. 53; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 361, 367ff; Happ/Holler, in: DStR 2004, 730, 734; Zöllner, in: GmbHHR 2006, 1, 4; kritisch, Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 617f; Ebert/Levedag, in: GmbHHR 2003, 1337, 1338. Vgl. zur Europäischen Registervernetzung, § 9b HGB n. F.

<sup>208</sup> Miras Rn. 125; Ebke, in: JZ 2003, 927, 931; Eidenmüller, in: ZIP 2002, 2233, 2242; Horn, in: NJW 2004, 893, 900; Binz/Mayer, in: GmbHHR 2003, 249, 257; Junker, in: NJW 2004, 728, 729; Thüsing, in: ZIP 2004, 381, 388; a. A. Altmeppen/Wilhelm, in: DB 2004, 1083, 1089; Großerichter, in: DStR 2003, 159, 169.

<sup>209</sup> Luke S. 44; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 480ff; Heinz § 2 Rn. 32, 36; Miras Rn. 124.

<sup>210</sup> Heinz S. 5.

<sup>211</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 226ff.

besitzen.<sup>212</sup> Nach dem derzeitigen Recht ist eine grenzüberschreitende Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer englischen Limited unter Beibehaltung der Rechtsform nicht möglich, so dass das englische und das deutsche Recht einer Verlegung des *registered office* entgegenstehen.<sup>213</sup>

Die englische Limited wurde wie keine andere Rechtsform in Deutschland massiv beworben.<sup>214</sup> Daraufhin setzte eine Gründungswelle von englischen Limiteds ein. Genau wie bei vielen mit der Limited in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen bestand auch bei den statistischen Erhebungen, den Hochrechnungen und den daraus zu ziehenden Rückschlüssen kein Konsens.<sup>215</sup> Die statistische Bemessung wurde zudem dadurch erschwert, dass nur wenige Unternehmen einer Handelsregistereintragung nachgekommen sind<sup>216</sup> und eine umfassende amtliche statistische Erhebung über die Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland weder hierzulande noch in England geführt wird.<sup>217</sup> Einigkeit besteht jedoch darin, dass die Anzahl der Neugründungen in den Jahren 2003 und 2004 gegenüber den Vorjahren und damit nach den maßgebenden Entscheidungen des EuGH im Rahmen der Niederlassungsfreiheit sprunghaft angestiegen war, auch wenn der genaue Umfang der Neugründungen umstritten ist.<sup>218</sup>

Bis Ende 2005 soll es bereits mehr als 21.000<sup>219</sup> und bis Ende 2006 über 30.000<sup>220</sup> in Deutschland domizilierende Limiteds gegeben haben. Demgegenüber wurden 2003 etwa 64.000, 2004 etwa 60.000, 2005 mehr als 62.000 und 2006 mehr als 66.000 GmbHs gegründet.<sup>221</sup> 2003 sollen etwa 1.600, 2004 etwa 8.500, 2005 etwas weniger als 11.000 und 2006 etwa 12.000 in Deutschland domizilierende Limiteds gegründet worden sein.<sup>222</sup> 2005 wäre demnach fast jede sechste „in Deutschland gegründete“ Kapitalgesellschaft eine englische Limited gewesen.<sup>223</sup>

Es ist erkennbar, dass die GmbH-Gründungen durch das Auftreten der Limited nicht zurückgegangen sind. Auf der anderen Seite sind die gesamten Unternehmensgründungen in den Jahren 2003 bis 2006 rückläufig (2004 ca. 820.000, 2005 ca. 755.000 und 2006 ca. 738.000)<sup>224</sup>. Zieht man nun die Anteile an Unternehmensgründungen heran, die auf die Limited und die GmbH entfallen (2004 6,76 %, 2005 7,95 % und 2006 9,41 %)<sup>225</sup>, so wird deutlich, dass das Auftreten der Limited insgesamt nicht zu wesentlich mehr Unternehmensgründungen geführt hat. Denkbar ist jedoch, dass das Auftreten der Limited

---

<sup>212</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 228; Heinz § 18 Rn. 2, 5; Erbe S. 53; Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 4; Römermann, in: NJW 2006, 2065, 2067.

<sup>213</sup> Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 142, 612; Heinz § 18 Rn. 3.

<sup>214</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 647; Goette Einf. Rn. 35.

<sup>215</sup> Vgl. Triebel/von Hase/Melerski Rn. 647; Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2237; ZIP 2007, 1794, 1794f; Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2007, 414, 414; Kornblum, in: GmbHR 2007, 25, 34.

<sup>216</sup> Kornblum, in: GmbHR 2009, 25, 31: Der handelsregisterliche Bestand betrug zum 01.01.2008 etwa 15.000 Limiteds.

<sup>217</sup> Triebel/von Hase/Melerski Rn. 647; Westhoff, in: GmbHR 2007, 474, 474, 476; Kornblum, in: GmbHR 2007, 25, 34; Bischoff, in: ZInsO 2009, 164, 164.

<sup>218</sup> Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2238; Westhoff, in: GmbHR 2007, 474, 475.

<sup>219</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1794.

<sup>220</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1795; abweichend: Westhoff, in: GmbHR 2007, 474, 474: Ende 2005 soll es 30.300 und Ende 2006 mehr als 46.000 in Deutschland domizilierende Limiteds gegeben haben.

<sup>221</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1795.

<sup>222</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1795; ähnlich, Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 172.

<sup>223</sup> Insoweit können die übrigen Kapitalgesellschaften wie etwa die AG bei dieser Betrachtung aufgrund ihrer im Vergleich geringeren Gründungszahlen vernachlässigt werden, vgl. Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1795; a. A. Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1516; Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 173: Jede vierte.

<sup>224</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1796.

<sup>225</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1796.

zumindest einen noch weiteren Rückgang der Unternehmensgründungen verhindert hat. Bei Zugrundelegung der Daten ist es ebenso unwahrscheinlich, dass die Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland der GmbH einen Bereich streitig gemacht haben.<sup>226</sup> Ob bereits im Laufe des Jahres 2006 eine Stagnierung der Gründungen der Limiteds eingetreten ist, bleibt zweifelhaft.<sup>227</sup> So soll es Ende 2007 40.000 bis 50.000 Limiteds mit Zweigniederlassung in Deutschland gegeben haben.<sup>228</sup>

Bei der Überlebensrate einer Limited sind die Zahlen gravierend. Von den 2005 gegründeten Limiteds überstanden höchstens 52 % das erste Jahr, hingegen von den 2004 gegründeten Limiteds nur 3 % die ersten 24 Monate überlebt haben.<sup>229</sup> Insgesamt betrachtet überlebte bis 2011 allenfalls nur jede zehnte Limited die ersten zwei Jahre.<sup>230</sup> Bei den GmbHs haben 1-2 Jahre nach der Gründung lediglich 2,5 % der Gesellschaften finanzielle Schwierigkeiten.<sup>231</sup> Betrachtet man die GmbH insgesamt, so überleben das zweite Jahr 71 % und das fünfte Jahr noch ca. 50 % aller Gesellschaften.<sup>232</sup>

Die Überlebensraten der Limited und der GmbH fallen daher stark auseinander. Anzumerken ist, dass die in Deutschland domizilierenden Limiteds in den Jahren zwischen 2006 bis 2009 Insolvenzschäden in Höhe von 385 Mio. Euro und zwischen 2003 bis 2009 den Gläubigern einen Gesamtschaden von etwa 500 Mio. Euro verursacht haben.<sup>233</sup>

Anhaltspunkte für das Vordringen der Limited sind jedoch nicht nur den Gründungszahlen entnehmbar, sondern auch Untersuchungen, in denen der Frage nachgegangen wurde, welcher Anteil von Gründern einer Gesellschaft sich bei den eigenen Vorüberlegungen mit der Limited auseinandergesetzt hat.<sup>234</sup> Eine Befragung von Geschäftsführern von zwischen dem 01.01.2005 und dem 01.06.2006 in Thüringen gegründeten GmbHs ergab, dass bei etwa der Hälfte der an der Studie teilnehmenden Personen in den Vorüberlegungen zur Rechtsformwahl die Limited eine Rolle spielte und gleichsam in Erwägung gezogen wurde, die Limited als mögliche Alternative zur GmbH einzusetzen.<sup>235</sup>

#### **(4) Stellungnahme**

Die Limited und die GmbH sind rechtliche Antworten auf wirtschaftliche Bedürfnisse.<sup>236</sup> Beide Gesellschaftsformen sollen dem Anliegen der wirtschaftlichen Betätigung unter gleichzeitigem Haftungsausschluss der Gesellschafter entsprechen. Ihre Unterschiedlichkeit folgt der Divergenz der Rechtssysteme, aus denen sie stammen und denen sie entsprechen. Diese klassische Unterscheidung hat jedoch im Bereich des Gesellschaftsrechts an Schärfe verloren, da im GmbH-Recht die richterliche Rechtsfortbildung an Bedeutung gewonnen hat, während im englischen Kapitalgesellschaftsrecht das richterliche Urteil nicht mehr alleiniger Gegenstand der juristischen Kontrolle ist, auch wenn die Rechtsfindung in beiden Gebieten

---

<sup>226</sup> Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 170ff: Zu einem abweichenden Ergebnis kommt Eidenmüller, der abweichende GmbH-Gründungszahlen (für 2003 48.198; für 2004 45.905 und für 2005 44.342) heranzieht.

<sup>227</sup> Bejahend: Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 536; bezweifelnd: Kornblum, in: GmbHR 2008, 19, 25.

<sup>228</sup> Miras Rn. 98: Ende 2007 waren indes lediglich 14.129 Limiteds registriert.

<sup>229</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1799.

<sup>230</sup> Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 538.

<sup>231</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1799.

<sup>232</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1799; ders., in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 540.

<sup>233</sup> Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 543.

<sup>234</sup> Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2007, 414, 414.

<sup>235</sup> Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2007, 414, 415.

<sup>236</sup> Neuling S. 42.

immer noch unterschiedlichen Regeln folgt.<sup>237</sup> Während das deutsche Recht von abstrakten Normen, die auf den konkreten Fall angewendet werden, geprägt ist, bildet das englische Gesetz kein abstraktes Normgefüge, sondern lediglich ein das *common law* und das *equity law* ergänzendes Normsystem.<sup>238</sup> Der Streit um die „bessere“ Rechtsform zwischen der Limited und der GmbH kann daher auch auf den Grundkonflikt zurückgeführt werden, ob das *common law* oder das kontinentaleuropäische Recht das „Bessere“ ist, auch wenn beide Gesellschaftsrechte dieselben Grundanliegen wie Minderheiten- und Gläubigerschutz verfolgen.<sup>239</sup>

Die Limited wird mehrheitlich mit der GmbH verglichen, auch wenn zu beachten ist, dass die Limited ausgehend von ihrem gesetzlichen Konzept eher der deutschen Aktiengesellschaft gleicht.<sup>240</sup> Demgegenüber nimmt die Limited bei der Entwicklung des GmbH-Rechts keine unbedeutende Rolle ein. Während zahlreiche Stimmen auf die Entwicklung eines deutschen Gegenstückes zur englischen Limited drängten und damit die Schaffung der GmbH forcierten<sup>241</sup>, waren es über einhundert Jahre später wiederum Stimmen in der Literatur, welche die Überarbeitung des Mindestkapitalerfordernisses der GmbH mit Verweis auf die englische Limited und deren Auftreten in Deutschland forderten<sup>242</sup> und somit den Druck zur Überarbeitung des GmbH-Rechts, mithin zur Schaffung der Unternehmergesellschaft, erhöhten.

Beide Gesellschaften sind juristische Personen, wodurch sie für ihre Mitglieder eine Haftungsbeschränkung begründen, obgleich ein wesentlicher Unterschied bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung besteht.

Unabhängig vom genauen Umfang der in Deutschland domizilierenden Limiteds ist erkennbar, dass die Limited, mithin ihr Rechtskonstrukt, auch in Deutschland nachgefragt ist. Dabei ist auch nicht die Anzahl der Limiteds allein entscheidend, da bei der Betrachtung auch zu berücksichtigen ist, wie viele Gründer einer GmbH sich in ihren Vorüberlegungen mit der Limited auseinandergesetzt haben. Das Bestreben nach einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung ist die Suche nach Sicherheit für die Gründer. Das deutsche Recht hält insoweit vornehmlich die Rechtsform der GmbH parat.

Unbestritten dürfte sein, dass die Erbringung des Stammkapitals einer GmbH eine Hürde begründet. Ob diese Hürde erforderlich, zu hoch oder gar unnötig ist, soll an dieser Stelle nicht beleuchtet werden. Die Würdigung dieses Hintergrunds wird zudem von den Gründern weitestgehend ausgeblendet, die mit einem Mindestkapital nicht die eigene Finanzkraft oder eine Außendarstellung hinsichtlich einer Seriositätsvermittlung verbinden.<sup>243</sup> Ferner ist die schnelle Gründung der Limited von Vorteil, auch wenn diese Betrachtung erforderliche

---

<sup>237</sup> Vgl. Neuling S. 4; Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 61.

<sup>238</sup> Neuling S. 4: Während das *common law* das Recht der Königsgerichte ist, entsprang das *equity law* dem Gericht des Kanzlers, welches versuchte, ungerechte Urteile der Königsgerichte auszugleichen, wobei sich dieses Billigkeitsrecht zu einem eigenen Rechtssystem entwickelte. Süß/Wachter/Ebert/Levedag England Rn. 29; Das *common law* und das *equity law* bilden das sog. *case law*.

<sup>239</sup> Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1522; Müller, in: DB 2006, 824, 829.

<sup>240</sup> Erbe S. 3; Triebel/von Hase/Melerski Rn. 36.

<sup>241</sup> Neuling S. 29.

<sup>242</sup> Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 618; Koegel, in: GmbHR 2003, 1225, 1227.

<sup>243</sup> Vgl. Miras Rn. 61; Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2007, 414, 416.

Beratungen und Erkundigungen nicht berücksichtigt.<sup>244</sup> Nicht ohne Grund waren die beiden vorgenannten Aspekte Hauptkriterien in den Anpreisungen der Limited.<sup>245</sup> Demgegenüber wurden die strengen Publizitäts-, Bilanzierungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften bei der Limited in den Anpreisungen zumindest nicht vertieft.<sup>246</sup>

Die Nachfrage nach Limiteds, um ausschließlich in Deutschland tätig zu sein, verdeutlichte, dass es auch in Deutschland einen „Markt“ für Gesellschaftsformen gibt, die eine beschränkte Haftung bei kleinstmöglichem Kapitaleinsatz eröffnen. Dieser Bedarf folgt aus dem allgemeinen Sicherheitsbedürfnis, was grundsätzlich jedem Menschen zu eigen ist. Das Streben, den eigenen Aufwand so gering wie möglich zu halten, ist gleichsam nichts Unnatürliches.

Betrachtet man den Rückgang der Unternehmensgründungen trotz Auftretens der Limited in Deutschland, die gleichbleibende Anzahl der Neugründungen von GmbHs sowie besonders die erhöhte Frühsterblichkeit der Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland unter Bezugnahme der Überlebensrate der GmbHs, so hat der vielfach aufgestellte Standpunkt, dass eine Haftungsbeschränkung bei Fehlen eines Mindestkapitals rechtsökonomisch und volkswirtschaftlich nicht angemessen sei, zumindest ausreichend Nahrung. Demgegenüber stellt sich die Rechtsform der Limited im Vereinigten Königreich als äußerst erfolgreich dar.<sup>247</sup> Ob nun die Frühsterblichkeit der in Deutschland domicilierenden Limiteds auf das Aufeinandertreffen von unterschiedlichen Rechtsordnungen, unseriöser Werbung, unseriöser Gründung und Betreibung, rechtlicher und wirtschaftlicher Unerfahrenheit, Sprachbarrieren, fehlenden Kenntnissen vom Recht der Limited oder gar auf wirtschaftliche Unüberlegtheit zurückzuführen ist, kann hier nicht beantwortet werden.

Entscheidend ist indes, dass auch hierzulande eine Nachfrage nach einer entsprechenden Rechtsform besteht.

## **bb) Weitere Rechtsformen**

Die GmbH muss jedoch nicht nur mit der englischen Limited konkurrieren, obschon diese als wettbewerbsfähigste Alternative ausgemacht wurde<sup>248</sup>, sondern auch mit Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten, wengleich die englische Limited, international betrachtet, die begehrteste Gesellschaftsform zu sein scheint und sich der Wettbewerb insgesamt de facto auf wenige Rechtsformen konzentriert.<sup>249</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass das angelsächsische Recht zum kontinentaleuropäischen Recht erheblich divergiert, so dass der Griff zu anderen kontinentaleuropäischen Gesellschaftsformen, die ebenfalls einer ständigen

---

<sup>244</sup> Vgl. Römermann, in: GmbHR 2006, 673, 674: Im Jahr 2006 wurde die Eintragung einer Limited im Normalfall vier Tage nach der entsprechenden Anmeldung vorgenommen, während die Eintragung einer GmbH ins Handelsregister ca. drei Wochen nach der Beurkundung der Satzung erfolgte. Insofern sei fraglich, ob sich aus diesem zeitlichen Unterschied von etwa 2 ½ Wochen ein tatsächlicher Rechtsformvorteil ergibt. Miras Rn. 104ff: Durch die Einführung des elektronischen Handelsregisters Anfang 2007 kann bei elektronischer Übermittlung der Dokumente eine Eintragung in zwei bis drei Werktagen erfolgen.

<sup>245</sup> Vgl. Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53; Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; Kallmeyer, in: DB 2004, 636, 636; Happ/Holler, in: DStR 2004, 730, 731.

<sup>246</sup> Leistikow § 1 Rn. 63; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 55.

<sup>247</sup> Westhoff, in: GmbHR 2006, 525, 526: Ende November 2005 waren im *Companies House* in Cardiff 1.963.639 Limiteds eingetragen.

<sup>248</sup> Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2237.

<sup>249</sup> Heinz S. 5; Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 583; Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1158; Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 718; Lutter, in: GmbHR 2005, 1, 4; Altmeppen, in: NJW 2005, 1911, 1911; Priester, in: DB 2005, 1315, 1315; Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 2.

Weiterentwicklung unterliegen, für den Rechtsanwender in einzelnen Punkten oder sogar in der Gesamtschau ebenso Vorteile begründen könnte.<sup>250</sup>

Für Gesellschaften aus Staaten, die nicht Mitglied der EU sind, gilt in Deutschland weiterhin die Sitztheorie mit der Folge, dass sich eine Gesellschaft aus einem Drittstaat mit tatsächlichem Geschäftssitz in Deutschland nach deutschem Recht richten muss.<sup>251</sup> Ausnahmen gelten im Rahmen des EWR-Abkommens für Lichtenstein, Norwegen und Island, da die Gesellschaften dieser Rechtsordnungen den Gesellschaften eines Mitgliedstaates gleichstehen.<sup>252</sup> Ebenso sind US-amerikanische Gesellschaften aufgrund Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen Deutschland und den USA in Deutschland anzuerkennen, so dass insbesondere auf Art. VII Abs. 1 des Vertrages verwiesen wird, da in ihm die Niederlassungsfreiheit von US-amerikanischen Gesellschaften in Deutschland geregelt ist.<sup>253</sup> Dem Vertrag entspringt die volle Anwendbarkeit der Gründungstheorie auf US-amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland.<sup>254</sup>

Weitere vergleichbare Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten werden daher nachfolgend beispielhaft und kurz dargestellt. Steuerliche Aspekte werden diesbezüglich nicht beleuchtet.

### **(1) Die niederländische B.V.**

Die *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*, kurz *B.V.*, ist eine niederländische Kapitalgesellschaft, die mit der deutschen GmbH vergleichbar ist, so dass zwischen beiden Rechtsformen zahlreiche Parallelen vorhanden sind.<sup>255</sup> Die Regelungen der *B.V.* unterliegen der kontinentaleuropäischen Rechtstradition<sup>256</sup> und finden sich hauptsächlich im Zweiten Buch des Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (kurz *NBG*).<sup>257</sup>

Das Mindestkapitalerfordernis, welches zum 01.10.2012 aufgehoben wurde, sah vor der Reform<sup>258</sup> einen Betrag in Höhe von 18.000 € vor, *Art. 2:178 Abs. 2 NBG a. F.*<sup>259</sup> Es ist zwischen dem genehmigten, gezeichneten und eingezahlten Kapital zu unterscheiden.<sup>260</sup> Während das genehmigte Kapital den Höchstbetrag darstellt, bis zu welchem die Geschäftsanteile ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages herausgegeben und gezeichnet werden können, ist das gezeichnete Kapital die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile, welche von den Gesellschaftern übernommen wurde.<sup>261</sup> Es können Bar- oder Sacheinlagen erbracht werden, auch wenn Dienstleistungen nicht als Einlage akzeptiert werden.<sup>262</sup> Der Wert einer Sacheinlage war bisher durch einen Wirtschaftsprüfer zu bestätigen (*Art. 2:204a NBG a.*

---

<sup>250</sup> Recq/Hoffmann, in: *GmbHR* 2004, 1070, 1070; Meyer/Ludwig, in: *GmbHR* 2005, 346, 347.

<sup>251</sup> Heinz § 22 Rn. 1; Horn, in: *NJW* 2004, 893, 897; Binge/Thölke, in: *DNotZ* 2004, 21, 28.

<sup>252</sup> Heinz § 22 Rn. 2; Karsten § 1 Rn. 34; Wachter, in: *GmbHR* 2005, 717, 717; Zöllner, in: *GmbHR* 2006, 1, 2.

<sup>253</sup> Gesetz vom 29.10.1954, *BGBI. II* 1956, S. 487; vgl. hierzu, Heinz § 22 Rn. 2.

<sup>254</sup> *BGH NJW* 2003, 1607, 1608; *WM* 2004, 1683, 1684; Horn, in: *NJW* 2004, 893, 897.

<sup>255</sup> Leistikow § 1 Rn. 49; Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 640, 642.

<sup>256</sup> Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 640, 643; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHR* 2004, 880, 890.

<sup>257</sup> *Art 2:175ff NBG*, vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 6.

<sup>258</sup> Das niederländische Gesellschaftsrecht ist in letzter Zeit von zahlreichen Reformen geprägt. U. a. ist dabei die Mindestkapitalregelung im Rahmen einer Reform zum 01.10.2012 aufgehoben worden, vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 14ff.

<sup>259</sup> Leistikow § 1 Rn. 50; Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 640, 642.

<sup>260</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 56.

<sup>261</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 56.

<sup>262</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 85.

F.), wobei nunmehr eine Beschreibung genügt. Dem Recht der *B.V.* sind die Kapitalerhöhung, die Kapitalherabsetzung aber auch die Kapitalerhaltung immanent.

Die Errichtung einer *B.V.* erfordert eine Gründungsurkunde, welche aus drei Teilen besteht, auf Niederländisch zu verfassen ist (*Art. 2:176 NBG*) und von einem niederländischen Notar in den Niederlanden beurkundet werden muss.<sup>263</sup> Zur Gründung einer *B.V.* bedurfte es bisher einer sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung (*verklaring van geen bezwaar*) des niederländischen Justizministeriums, dem ein von den Gründern und Geschäftsführern ausgefüllter Fragebogen vorauszugehen hatte, wobei nicht in den Niederlanden ansässige Gründer u. a. eine Bescheinigung einer angesehenen niederländischen oder ausländischen Bank benötigten, welche gute geschäftliche Kontakte zu den Gründern bestätigte (*bank letter of good standing - bankverklaring*).<sup>264</sup> Das Erfordernis der Unbedenklichkeitsbescheinigung wurde jedoch durch eine gesetzliche Änderung des *NBG* aufgehoben.<sup>265</sup> Die Gesellschaft ist mit der notariellen Beurkundung der Gründungsurkunde errichtet.<sup>266</sup> Die Anmeldung zur deklaratorisch wirkenden Eintragung der Gesellschaft erfolgt bei der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer, die gleichzeitig das Handelsregister führt, *Art. 2:180 NBG*.<sup>267</sup> Die Gründungszeit einer *B.V.* wird derzeit mit zwei bis sechs Monaten bemessen.<sup>268</sup> Die Gesellschaft kann als Einpersonengesellschaft gegründet werden, *Art. 2:175 Abs. 2 NBG*. Bei mehreren Gesellschaftern entscheidet die Gesellschafterversammlung durch Beschluss. Die Geschäftsanteile sind grundsätzlich übertrag- und vererbbar, wobei Beschränkungen der Übertragbarkeit bestehen, vgl. *Art. 2:195 NBG*.<sup>269</sup> Die Vertretung der Gesellschaft (*Art. 2:240 NBG*) und die Leitung der Geschäftsführung (*Art. 2:239 NBG*) erfolgen durch einen oder mehrere Geschäftsführer, wobei auch eine juristische Person zum Geschäftsführer bestellt werden kann.<sup>270</sup> Zwingende Voraussetzungen, die ein Geschäftsführer erfüllen muss, sieht das Gesetz nicht vor, obschon der Gesellschaftsvertrag dergleichen aufstellen kann, vgl. *Art. 2:242 Abs. 2 NBG*.<sup>271</sup> Eine interne aber auch eine externe Haftung der Geschäftsführer kann bei diversen Pflichtverletzungen einschlägig sein.<sup>272</sup> Eine externe Haftung kommt etwa bei der Verminderung der Insolvenzmasse (*Art. 2:248 NBG*), beim Vorliegen unerlaubter Handlungen aber auch bei wirtschaftsrechtlichen Ordnungswidrigkeiten<sup>273</sup> in Betracht.<sup>274</sup> Die *B.V.* ist darüber hinaus zur Erstellung eines Jahresabschlusses verpflichtet (*Art. 2:210, 360ff NBG*), der zudem durch die Einreichung beim Handelsregister zu veröffentlichen ist, *Art. 2:394 Abs. 1 NBG*. Für sog. kleine und mittelgroße Gesellschaften gelten diverse Erleichterungen im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses, vgl. *Art. 2:396f NBG*.<sup>275</sup>

---

<sup>263</sup> Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 22f, 25; Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 640, 642; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 881.

<sup>264</sup> Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 19ff; Leistikow § 1 Rn. 51; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 881; Wachter, in: *GmbHHR* 2005, 717, 721f.

<sup>265</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 21.

<sup>266</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 28.

<sup>267</sup> Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 881.

<sup>268</sup> Leistikow § 1 Rn. 54.

<sup>269</sup> Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 160ff.

<sup>270</sup> Leistikow § 1 Rn. 52; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 883.

<sup>271</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 232.

<sup>272</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 250ff.

<sup>273</sup> Entsprechend dem Gesetz über wirtschaftliche Ordnungswidrigkeiten (*Wet op de Economische Delicten*) vom 22.06.1950.

<sup>274</sup> Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 640, 642; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 885f.

<sup>275</sup> Vgl. zu der Einstufung einer Gesellschaft als klein (*Art. 2:396 NBG*) oder mittelgroß (*Art. 2:397 NBG*), Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 295; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 889.

Die Gründung einer *B.V.* ist als kostspielig anzusehen.<sup>276</sup> Deutliche Vorteile gegenüber der GmbH sind grundsätzlich nicht vorhanden.<sup>277</sup>

## (2) Die französische *S.A.R.L.*

Die französische *Société à Responsabilité limitée*, kurz *S.A.R.L.*<sup>278</sup>, ist eine Handelsgesellschaft, bei der die Haftung der Gesellschafter grundsätzlich auf die übernommenen Einlagen beschränkt ist (*Art. L 223-1 C.com*), wobei die Gesellschaft bereits deswegen eine große Ähnlichkeit zur GmbH aufweist, weil sie 1925 nach deutschem Vorbild geschaffen wurde.<sup>279</sup> Das maßgebliche Recht findet sich im *Code de commerce* (nachfolgend *C.com.*).<sup>280</sup> Mit Gesetz vom 01.08.2003<sup>281</sup> wurde das bis dahin geltende Mindestkapitalerfordernis aufgehoben. Das Gesetz sollte zudem dazu dienen, die Gründungsvoraussetzungen durch ein beschleunigtes Verfahren zu vereinfachen, wobei anzumerken ist, dass die Entscheidungen des EuGH und die daran anknüpfende Entwicklung keinen maßgeblichen Einfluss auf die Reform hatten.<sup>282</sup>

Seit 2003 existiert daher für die *S.A.R.L.* keine ausdrückliche Mindestkapitalpflicht mehr.<sup>283</sup> Das zu erbringende Kapital kann frei durch die Satzung bestimmt werden, soweit es mindestens einen Euro beträgt.<sup>284</sup> Bei der *S.A.R.L.* sind Bar- und Sacheinlagen zulässig. Die Einlagen können auch als Dienstleistungen erbracht werden.<sup>285</sup> Sacheinlagen müssen im Zeitpunkt der Gründung vollständig, Bareinlagen hingegen zu 20% erbracht werden, wobei der Restbetrag innerhalb von 5 Jahren zu leisten ist (*Art. L 223-7 Abs. 1 C.com*); zudem sind die Sacheinlagen durch einen speziellen Prüfer (*commissaire aux apports*) zu bewerten, obgleich die Gesellschafter unter Beachtung von *Art. L 223-9 Abs. 2 C.com* hierauf verzichten können.<sup>286</sup> Zu beachten ist, dass die geschaffenen Geschäftsanteile gleiche Nennwerte aufzuweisen haben, *Art. L 223-2 C.com*. Das Recht der Gesellschaft kennt ferner die Kapitalerhöhung und die Kapitalherabsetzung.

---

<sup>276</sup> Vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 38, 42: Im Durchschnitt betragen die Kosten ca. 5.000,00 €; Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 640, 643.

<sup>277</sup> Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 640, 643; Efferink/Ebert/Levedag, in: *GmbHHR* 2004, 880, 883, 890; vgl. Wachter, in: *GmbHHR* 2005, 717, 723.

<sup>278</sup> Im Falle der Ein-Mann-Gesellschaft kann auch der Rechtsformzusatz *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (kurz *E.U.R.L.*) verwendet werden, Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 23.

<sup>279</sup> Leistikow § 1 Rn. 44; Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 1ff, 84; Recq/Hoffmann, in: *GmbHHR* 2004, 1070, 1071; Meyer/Ludwig, in: *GmbHHR* 2005, 346, 346.

<sup>280</sup> Das Gesetz ist in Artikeln unterteilt, denen die Buchstaben „L“, „R“ oder „D“ voranstehen. Das „L“ zeigt an, dass es sich um ein Gesetz im eigentlichen Sinne (*Loi*) handelt. Demgegenüber weisen das „R“ auf eine vom Staatsrat erlassene Rechtsverordnung (*Réglement*) und das „D“ auf eine Rechtsverordnung der Regierung (*Décret*) hin, vgl. Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 5.

<sup>281</sup> *Loi pour l'initiative économique*, kurz *LIE*. Das Gesetz wurde von weiteren Gesetzen flankiert, welche die Verschlinkung der Verwaltung sowie die Vereinfachung und Modernisierung verschiedenster Regelungen zum Gegenstand hatten. Insoweit sind das *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* vom 02.07.2003 und das *Loi de simplification du droit* vom 09.12.2004 zu nennen; vertiefend, Meyer/Ludwig, in: *GmbHHR* 2005, 459, 461.

<sup>282</sup> Leistikow § 1 Rn. 44; Meyer/Ludwig, in: *GmbHHR* 2005, 346, 347f; 2005, 459, 459; Wachter, in: *GmbHHR* 2005, 717, 719.

<sup>283</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 41. Das vormalige Mindestkapital betrug 1925 10.000 FF, ab 1966 20.000 FF, ab 1994 50.000 FF und bis 2003 7.500 €, Meyer/Ludwig, in: *GmbHHR* 2005, 346, 346.

<sup>284</sup> Leistikow § 1 Rn. 45; Recq/Hoffmann, in: *GmbHHR* 2004, 1070, 1072; Becker, in: *GmbHHR* 2003, 1120, 1120.

<sup>285</sup> Leistikow § 1 Rn. 45; Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 583, 585.

<sup>286</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 32, 43, 46; Wachter, in: *GmbHHR* 2005, 717, 725.



Bei der Gründung besteht grundsätzlich keine Beurkundungs- und Beglaubigungspflicht, sofern keine Immobilie als Sacheinlage erbracht wird.<sup>287</sup> Die Gründer müssen jedoch den in Französisch gefassten schriftlichen Gesellschaftsvertrag abschließen und unterzeichnen sowie der zuständigen Steuerbehörde den Gründungsvorgang mitteilen, die Gründung in einem Anzeiger veröffentlichen und die Eintragung in das Handelsregister nebst Beifügung der Gründungsunterlagen beantragen.<sup>288</sup> Die Anmeldung zum Handelsregister kann auf elektronischem Wege erfolgen.<sup>289</sup> Die Erlangung der Rechtsfähigkeit erfolgt mit der konstitutiven Eintragung in das Handelsregister (*registre du commerce et des sociétés*), Art. L 210-6 Abs. 1 C.com. Zur Gründung kann auch auf die amtliche Mustersatzung für die Ein-Mann-S.A.R.L. zurückgegriffen werden. Die Gründungszeit einer S.A.R.L. wird derzeit mit etwa zwei bis sechs Wochen bemessen.<sup>290</sup>

Hauptorgan der Gesellschaft ist die Gesellschafterversammlung. Gesellschafter können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Die Geschäftsanteile sind dem Grunde nach nicht frei übertragbar, Art. L 223-14 Abs. 1 C.com. Demgegenüber besteht grundsätzlich eine uneingeschränkte Vererbbarkeit, Art. L 223-13 Abs. 1 C.com. Die Anzahl der Gesellschafter kann von einem bis maximal 100 reichen, Art. L 223-1, 223-3 C.com.<sup>291</sup> Ein Register über die Gesellschafter ist gesetzlich nicht vorgeschrieben.<sup>292</sup>

Die Vertretung erfolgt durch einen oder mehrere Geschäftsführer (*gérants*), Art. L 223-18 Abs. 1 C.com. Im Gegensatz zu seinen deutschen Kollegen ist der Geschäftsführer einer S.A.R.L. nicht weisungsgebunden.<sup>293</sup> Die Geschäftsführer können nur natürliche Personen sein. Eine Haftung des Geschäftsführers kommt bei einem Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften, bei einem Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag aber auch bei eigenem Verschulden bei der Geschäftsführung in Betracht, vgl. Art. L 223-22 Abs. 1 C.com.<sup>294</sup> Eine Haftung gegenüber Dritten wird jedoch in der Regel schwierig zu begründen sein.<sup>295</sup>

Die S.A.R.L. ist buchführungspflichtig, wobei dies u. a. die Aufstellung eines Jahresabschlusses umfasst, der ab einer bestimmten Größe der Gesellschaft von einem bestellten Wirtschaftsprüfer geprüft werden muss.<sup>296</sup>

Die Abschaffung des Mindestkapitals bei der S.A.R.L. soll nach umstrittener Auffassung eine Steigerung der Unternehmensgründungen ausgelöst haben.<sup>297</sup> Andere vertreten jedoch die Ansicht, dass die Abschaffung des Mindestkapitals dem Ansehen der S.A.R.L. (weiter) geschadet hat.<sup>298</sup> Das Auftreten von Ein-Euro-S.A.R.L. wird als eher gering bezeichnet.<sup>299</sup>

---

<sup>287</sup> Leistikow § 1 Rn. 45; Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 38; Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 585.

<sup>288</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 36, 70; Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 585; Meyer/Ludwig, in: GmbHR 2005, 459, 460.

<sup>289</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 71.

<sup>290</sup> Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 586; Recq/Hoffmann, in: GmbHR 2004, 1070, 1073.

<sup>291</sup> Müller/Müller, in: GmbHR 2006, 583, 585; Meyer/Ludwig, in: GmbHR 2005, 459, 461.

<sup>292</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 85.

<sup>293</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 127; Recq/Hoffmann, in: GmbHR 2004, 1070, 1074.

<sup>294</sup> Leistikow § 1 Rn. 47; Recq/Hoffmann, in: GmbHR 2004, 1070, 1076.

<sup>295</sup> Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 126.

<sup>296</sup> Vgl. Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 133.

<sup>297</sup> Meyer/Ludwig, in: GmbHR 2005, 459, 464; a. A. Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 719; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539.

<sup>298</sup> So etwa, Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; vgl. Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 719; a. A. Meyer/Ludwig, in: GmbHR 2005, 459, 464.

<sup>299</sup> Vgl. Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 41; vgl. Meyer/Ludwig, in: GmbHR 2005, 459, 464.

### (3) Die spanische S.L. und S.L.N.E.

Die spanische *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, verkürzt als *S.L.* oder *S.R.L.* bezeichnet, ist das spanische Gegenstück zur deutschen GmbH. Die Regelungen der *S.L.* ergeben sich nunmehr im Wesentlichen aus dem Gesetz über Kapitalgesellschaften, dem *Ley de Sociedades de Capital* (nachfolgend *LSC*), vom 01.09.2010.<sup>300</sup> Seit der Gesetzesreform vom 01.04.2003<sup>301</sup> gibt es neben der *S.L.* die *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (kurz *S.L.N.E.*) als weitere Gesellschaftsform für kleinere und mittlere Unternehmen, *Art. 434ff LSC*.<sup>302</sup> Auch die *S.L.N.E.* ist als Unterform der *S.L.* eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei welcher die persönliche Haftung der Gesellschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist, *Art. 1 LSC*.<sup>303</sup> Das Recht der *S.L.N.E.* lehnt sich an das Recht der *S.L.* an, hingegen die Vorschriften vereinfacht und an die Zielgruppe angepasst wurden.<sup>304</sup> Die Gesellschaft soll einer schnelleren Gründung dienen.<sup>305</sup> Die *S.L.N.E.* konnte sich jedoch in der Praxis bisher nicht durchsetzen.<sup>306</sup>

Das Mindestkapital einer *S.L.* (*Art. 4.1 LSC*) und einer *S.L.N.E.* (*Art. 443 LSC*) beträgt 3.000 €. Während für die *S.L.* keine Obergrenze existiert, ist das maximale Stammkapital einer *S.L.N.E.* auf 120.000 € begrenzt, *Art. 443 LSC*. Die Geschäftsanteile können unterschiedliche Nominalwerte aufweisen.<sup>307</sup> Es können Sach- oder Bareinlagen erbracht werden. Bei einer *S.L.N.E.* sind Gründungen im Rahmen einer Erbringung von Sacheinlagen nicht zulässig, *Art. 443 LSC*.<sup>308</sup> Sacheinlagen bedürfen keiner Werthaltigkeitsprüfung, hingegen die Gesellschafter für ihre Wertigkeit haften, *Art. 73 LSC*.<sup>309</sup> Eine Erbringung als Arbeits- oder Dienstleistungseinlage ist bei beiden Gesellschaften nicht möglich, *Art. 58 LSC*.<sup>310</sup> Die Einlagen sind bereits im Zeitpunkt der Gründung vollständig zu leisten, *Art. 78 LSC*.<sup>311</sup> Das spanische Recht kennt gleichsam die Kapitalerhöhung (*Art. 295ff LSC*) und Kapitalherabsetzung (*Art. 317ff LSC*).

Die Gründung der Gesellschaft erfolgt durch notarielle Urkunde, *Art. 20, 22, 62 LSC*. Die Gesellschaft ist in das Handelsregister<sup>312</sup> einzutragen, wodurch sie ihre Rechtspersönlichkeit erfährt, *Art. 33 LSC*. Die notariell beglaubigte Gründungsurkunde (*Escritura pública de constitución*) ist Teil des Gesellschaftsvertrages.<sup>313</sup> Es existiert eine Standartsatzung, bei deren Verwendung das Register nach Eingang des Antrages auf Eintragung innerhalb von 24

---

<sup>300</sup> Das Gesetz löste das spanische GmbH-Gesetz, das *Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada* vom 23.03.1995, ab, vgl. Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 1; vgl. aber auch, Leistikow § 1 Rn. 39; Luke S. 99.

<sup>301</sup> Das bis dato einschlägige *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* erfuhr durch das Gesetz vom 01.04.2003 eine umfassende Reformierung.

<sup>302</sup> Leistikow § 1 Rn. 39; Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 583, 586. Zudem kann eine Freiberufler-GmbH, sog. *Sociedad Limitada Profesional* (kurz *S.L.P.*), gegründet werden, hierzu, Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 11ff.

<sup>303</sup> Luke S. 99; Bascopé/Hering, in: *GmbHR* 2005, 609, 609.

<sup>304</sup> Vietz, in: *GmbHR* 2003, 26, 26; Bascopé/Hering, in: *GmbHR* 2005, 609, 609.

<sup>305</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 41ff; Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 583, 586.

<sup>306</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 3, 41.

<sup>307</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 58.

<sup>308</sup> Müller/Müller, in: *GmbHR* 2006, 583, 586; Bascopé/Hering, in: *GmbHR* 2005, 609, 611.

<sup>309</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 59, 71.

<sup>310</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 68, 72; Leistikow § 1 Rn. 43; Bascopé/Hering, in: *GmbHR* 2005, 609, 610.

<sup>311</sup> Leistikow § 1 Rn. 43; Luke S. 100f; Wachter, in: *GmbHR* 2005, 717, 725.

<sup>312</sup> Der Inhalt des Handelsregisters ist über das Internet zugänglich, vgl. Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 103.

<sup>313</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 47.

Stunden die Eintragung einer *S.L.N.E.* bestätigt.<sup>314</sup> Bei einer elektronischen Gründung gem. dem *Kgl. Dekret 13/2010* vom 03.12.2010 können Gesellschaften innerhalb von 48 Stunden gegründet werden.<sup>315</sup>

Die Gesellschaften werden durch die *administradores* vertreten (*Art. 209f, 233.1 LSC*), welche mit den GmbH-Geschäftsführern vergleichbar sind. Sie führen daher auch die Geschäfte der Gesellschaft. Die *administradores* können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, *Art. 212.1 LSC*.<sup>316</sup> Zudem ist bei der *S.L.* eine Fremddorganschaft zulässig (*Art. 212.2 LSC*), während bei der *S.L.N.E.* die Geschäftsführer zugleich Gesellschafter sein müssen, *Art. 448.1 LSC*.<sup>317</sup> Die *administradores* haften gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern und den Gläubigern für Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Erfüllung der gesetzlichen und vertraglichen Pflichten, *Art. 236ff LSC*.<sup>318</sup>

Das Hauptorgan der Gesellschaft ist indes die Gesellschafterversammlung (*junta general*), *Art. 159f LSC*.<sup>319</sup> Sie entscheidet durch Beschluss. Die Beschlüsse erfordern abhängig vom jeweiligen Gegenstand unterschiedliche Mehrheitsverhältnisse, *Art. 198ff LSC*. Gesellschafter einer *S.L.* können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, während bei der *S.L.N.E.* die Gründungsgesellschafter natürliche Personen sein müssen und abweichend vom Recht der *S.L.* bei einer *S.L.N.E.* die Anzahl der Gründungsmitglieder fünf nicht überschreiten darf, *Art. 444 LSC*.<sup>320</sup> Ebenso ist die Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft (*Sociedad Unipersonal*) möglich, *Art. 12ff LSC*. Die Übertragung der Geschäftsanteile ist eingeschränkt (*Art. 107ff LSC*), während die Vererbbarkeit von Gesetzes wegen frei ist, *Art. 110 LSC*.<sup>321</sup> Die Gesellschafter sind in ein Gesellschafterbuch einzutragen, vgl. *Art. 104 LSC*.<sup>322</sup>

Schließlich besteht eine Pflicht zur Aufstellung eines Jahresabschlusses, welcher ggfs. durch einen Wirtschaftsprüfer zu prüfen ist.

#### (4) Die italienische *s.r.l.*

Das italienische Gegenstück zur deutschen GmbH bildet die *società a responsabilità limitata*, kurz *s.r.l.* Auch das italienische Gesellschaftsrecht wurde umfassend reformiert. Dies geschah zeitgleich mit einer Reform des Steuerrechts zum 01.01.2004.<sup>323</sup> Die Reform sollte der Rechtsform eine größere Flexibilität und Vereinfachung verleihen, wodurch die *s.r.l.* eine Aufwertung erfahren hat.<sup>324</sup> Die einschlägigen Regelungen über die *s.r.l.* finden sich im fünften Buch des italienischen Zivilrechts, dem *codice civile* (nachfolgend *c.c.*).<sup>325</sup> Die *s.r.l.* begründet ebenso wie die GmbH eine Haftungsbegrenzung, wobei sich beide Rechtsformen in vielen Regelungsbereichen ähneln.<sup>326</sup>

<sup>314</sup> Leistikow § 1 Rn. 42; Bascopé/Hering, in: *GmbHHR* 2005, 609, 610; Vietz, in: *GmbHHR* 2003, 26, 26.

<sup>315</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 116.

<sup>316</sup> Vertiefend, Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 211f.

<sup>317</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 213.

<sup>318</sup> Luke S. 102; Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 583, 587.

<sup>319</sup> Luke S. 101; Müller/Müller, in: *GmbHHR* 2006, 583, 586; Bascopé/Hering, in: *GmbHHR* 2005, 609, 611.

<sup>320</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 37, 124.

<sup>321</sup> Vertiefend, Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 138ff, 152ff.

<sup>322</sup> Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 134.

<sup>323</sup> Lorenzetti/Strnad, in: *GmbHHR* 2004, 731, 731. Die Reform basiert auf dem Gesetz vom 03.10.2001 Nr. 366, auf dessen Grundlage die Gesetzesverordnung Nr. 6 zur „Hauptreform des Rechts der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften“ vom 17.01.2003 erging, vertiefend, Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 21ff.

<sup>324</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 23f. Für eine erhebliche Aufwertung: Bader, in: *GmbHHR* 2005, 1474, 1474. Für eine nur teilweise Erreichung der gesteckten Ziele: Buenger, in: *RIW* 2004, 249, 255.

<sup>325</sup> *Art. 2462ff c.c.*

<sup>326</sup> Bader, in: *GmbHHR* 2005, 1474, 1474; Lorenzetti/Strnad, in: *GmbHHR* 2004, 731, 731.

Für natürliche Personen wurde 2012 eine vereinfachte *s.r.l. (società a responsabilità limitata semplificata)* geschaffen, bei der das Stammkapital einen Euro betragen kann und zudem weitere Vereinfachungen einschlägig sind, vgl. *Art. 2463-bis. c.c.* Das Mindestkapital einer *s.r.l.* beträgt weiterhin 10.000 €, *Art. 2463 c.c.* Diese Voraussetzung wurde auch durch die Reform aus dem Jahr 2004 nicht berührt, obschon die Einlageerbringung und das diesbezügliche Verfahren stark vereinfacht wurden.<sup>327</sup> Einlagen können sämtliche Vermögensgegenstände sein, bei denen ein wirtschaftlicher Wert feststellbar ist, so dass sie auch in Form von Dienstleistungen erbracht werden können, *Art. 2464 c.c.*<sup>328</sup> Sacheinlagen bedürfen eines Wertgutachtens, *Art. 2465 c.c.* Bei der Gründung sind mindestens 25% des gezeichneten Kapitals einzuzahlen, wobei Sacheinlagen in voller Höhe zu leisten sind, *Art. 2464 c.c.*<sup>329</sup> Bei einer Ein-Mann-Gesellschaft muss das Mindestkapital im Zeitpunkt der Gründung voll erbracht worden sein, *Art. 2464 c.c.*<sup>330</sup> Die Einzahlung der Einlagen kann durch Erbringung einer Versicherungspolice oder einer Bankbürgschaft ersetzt werden, *Art. 2464 c.c.*<sup>331</sup> Die Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung folgen bestimmten Vorgaben, *Art. 2480ff c.c.*

Die Gründung der Gesellschaft erfolgt durch notarielle Urkunde, obgleich hiervon der Gesellschaftsvertrag (*statuto*) zu unterscheiden ist (*Art. 2247 c.c.*), der aber auch in ihr enthalten sein kann.<sup>332</sup> Es ist sogar möglich, dass alle notwendigen Regelungen (*Art. 2463 c.c.*) in der Gründungsurkunde enthalten sind, wodurch auf den Gesellschaftsvertrag verzichtet werden kann.<sup>333</sup> Die Gesellschaft ist in das Handelsregister<sup>334</sup> einzutragen, womit sie die Rechtspersönlichkeit erlangt, *Art. 2463, 2331 c.c.* Eine Prüfung der Gründungsvoraussetzungen erfolgt, abgesehen von den Formalien, nur noch durch den beurkundenden Notar.<sup>335</sup> Die Anmeldung ist in elektronischer Form vorzunehmen. Eine Eintragung erfolgt nach ordnungsgemäßer Beantragung grundsätzlich in ein bis drei Wochen.<sup>336</sup>

Soweit keine abweichende Regelung vorhanden ist, führen die Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft, *Art. 2475 c.c.*<sup>337</sup> Ist hingegen auf die Bestellung eines Geschäftsführers nicht verzichtet worden, obliegt es dem Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten und deren Geschäfte zu führen, sofern keine abweichende Kompetenzverteilung durch die Gesellschafter erfolgt ist, *Art. 2475-bis c.c.*<sup>338</sup> Die Geschäftsführer (*amministratori*) werden mangels abweichender Regelung von den Gesellschaftern bestellt, *Art. 2479 c.c.* Mehrere Geschäftsführer bilden einen sog. Verwaltungsrat (*consiglio d'amministrazione*), *Art. 2475 c.c.*<sup>339</sup> Bei Pflichtverletzungen kann die Geschäftsführer hieraus eine Haftung treffen, *Art. 2476 c.c.*

---

<sup>327</sup> Bader, in: *GmbHHR* 2005, 1474, 1475.

<sup>328</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 36; Lorenzetti/Strnad, in: *GmbHHR* 2004, 731, 731f.

<sup>329</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 66.

<sup>330</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 139.

<sup>331</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 66.

<sup>332</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 29.

<sup>333</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 29ff.

<sup>334</sup> Die Eintragung erfolgt in italienischer Sprache, wobei in der Region Bozen zusätzlich eine deutsche Eintragung vorgenommen wird, Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 92.

<sup>335</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 43.

<sup>336</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 43.

<sup>337</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 141; Sangiovanni, in: *GmbHHR* 2006, 1316, 1317f; Bader, in: *GmbHHR* 2005, 1474, 1475.

<sup>338</sup> Lorenzetti/Strnad, in: *GmbHHR* 2004, 731, 732; Sangiovanni, in: *GmbHHR* 2006, 1316, 1318ff; Buenger, in: *RIW* 2004, 249, 252.

<sup>339</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 148.

Oberstes Organ der Gesellschaft ist indes die Gesellschafterversammlung (*assemblea dei soci*), Art. 2479-bis c.c. Eine Höchstgrenze für die Anzahl der Gesellschafter ist nicht vorhanden.<sup>340</sup> Die Gründung einer *s.r.l.* als Ein-Personen-Gesellschaft (*s.r.l. unipersonale*) ist seit 1993 möglich, wobei durch die oben angeführte Reform vom 01.01.2004 die bisherige besondere Durchgriffshaftung auf den Alleingesellschafter nunmehr weitestgehend aufgehoben worden ist, obschon immer noch besondere Veröffentlichungspflichten zu beachten sind.<sup>341</sup> Gesellschafter können natürliche und juristische Personen sein.<sup>342</sup> Seit dem 28.01.2009 ist die Führung eines Gesellschafterbuchs nicht mehr vorgesehen.<sup>343</sup> Die Gesellschafter sind demgegenüber in das Handelsregister einzutragen. Die Geschäftsanteile sind, soweit nichts Abweichendes vereinbart wurde, frei übertrag- und vererbbar, Art. 2469 c.c.<sup>344</sup> Die Übertragung bedarf der Mitwirkung eines Notars, Art. 2470 c.c. Neben einer Haftung der Geschäftsführer kommt auch eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter in Betracht, wenn sie vorsätzlich Handlungen zum Schaden der Gesellschaft oder Dritter beschlossen oder gebilligt haben.<sup>345</sup> Die Gesellschaft ist verpflichtet, einen Jahresabschluss aufzustellen, der zum Handelsregister einzureichen ist, Art. 2478-bis c.c. Zudem sind Bücher über die Sitzungen der Gesellschaftsorgane zu führen, Art. 2478 c.c.<sup>346</sup>

### cc) Zwischenergebnis

Die vorstehende Betrachtung verschiedener Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten zeigt, dass die mit der GmbH vergleichbaren Rechtsformen vermehrt Reformen unterworfen worden sind, wobei sich ein Trend zur Erleichterung der Gründung und Führung kleiner und mittlerer Kapitalgesellschaften deutlich abzeichnet.<sup>347</sup> Insoweit ist anzuführen, dass es in Italien, Spanien und Frankreich nur vereinzelt vorkam, dass nicht nationale, sondern ausländische Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Rechtsform verwendet wurden.<sup>348</sup>

Die Betrachtung verdeutlicht einmal mehr, dass die deutsche GmbH mit dem Mindestkapitalerfordernis von 25.000 € über dem europäischen Durchschnitt liegt. Im vorstehenden Vergleich lag nur die niederländische *B. V.* mit dem bis zum 01.10.2012 geltenden Mindestkapital von 18.000 € im Größenbereich der GmbH.<sup>349</sup> Insgesamt wies die deutsche GmbH mit einem Mindestkapital in Höhe von 25.000 € hinter der österreichischen GmbH, wo bis zum 30.06.2013 ein Mindestkapital in Höhe von 35.000 € vorgeschrieben war<sup>350</sup>, das zweithöchste Kapitalerfordernis im mitgliedstaatlichen Vergleich auf.<sup>351</sup> Die

---

<sup>340</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 42.

<sup>341</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 139f; Bader, in: GmbHR 2005, 1474, 1475; Lorenzetti/Strnad, in: GmbHR 2004, 731, 731.

<sup>342</sup> Vertiefend zur Haftung in der Insolvenz nach altem Recht, Bader, in: GmbHR 2005, 1474, 1475.

<sup>343</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 108.

<sup>344</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 111ff.

<sup>345</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 107; Lorenzetti/Strnad, in: GmbHR 2004, 731, 732.

<sup>346</sup> Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 175.

<sup>347</sup> Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1158; Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 718.

<sup>348</sup> Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 719: Die Ursachen hierfür können vielfältig sein und müssen nicht ausschließlich in den vorgenommenen Reformen liegen.

<sup>349</sup> In dieser Größenordnung ist ansonsten nur die belgische Gesellschaft mit beschränkter Haftung angesiedelt, da bei ihr ein Stammkapital von 18.550 € erforderlich ist, wobei dies nicht für die Starter-GmbHs, die mit einem Mindestkapital von 1 € gegründet werden können, gilt, vertiefend, Süß/Wachter/Kocks/Hennes Belgien Rn. 29.

<sup>350</sup> Vgl. zum österreichischem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz (GesRÄG) 2013, Knörzer, in: GmbHR 2013, 1031, 1031f.

<sup>351</sup> Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 724. In dieser Größenordnung ist auch die liechtensteinische GmbH zu finden, welche ein Stammkapital von 30.000 CHF (ca. 23.100 €) oder losgelöst vom Wechselkurs 30.000 € voraussetzt, vertiefend, Süß/Wachter/Wagner/Schwärzler Liechtenstein Rn. 33.

englische Limited sowie die französische *S.A.R.L.* können dagegen bereits mit einem Kapital von einem Britischen Pfund Sterling bzw. einem Euro gegründet werden.

Des Weiteren ist das deutsche Kapitalaufbringungsrecht für viele Gesellschaftsgründer in seiner Breite kaum nachvollziehbar und zudem äußerst streitanfällig.<sup>352</sup> Bei der Limited, der französischen *S.A.R.L.* und der italienischen *s.r.l.* können z. B. Einlagen in Form von Dienstleistungen erbracht werden. Des Weiteren bedarf es in England bei der Gründung einer Limited und in Frankreich im Falle der Bargründung einer *S.A.R.L.* keiner Einschaltung eines Notars.

Darüber hinaus sind die Gründungskosten ein entscheidender Faktor für die Wahl einer Rechtsform, auch wenn sich diese nicht allgemeingültig festlegen lassen, da sie vom Einzelfall abhängig sind.

Betrachtet man die reinen Gründungskosten unter Ausblendung oftmals anfallender Beratungskosten<sup>353</sup> sowie etwaiger Übersetzungskosten, verursacht die Gründung einer Limited im Vergleich zwischen den vorgenannten Gesellschaftsformen die geringsten Gründungskosten.<sup>354</sup>

Neben dem Kostenaspekt ist die Länge der Gründungszeit ein oftmals maßgeblicher Faktor bei der Rechtsformwahl<sup>355</sup>, zumal ein Vergleich zwischen den einzelnen Rechtsformen mit einer detaillierten Abwägung häufig ausbleibt.<sup>356</sup> Insoweit ist anzuführen, dass das englische und spanische Recht die Möglichkeit einer Eintragung der Gesellschaft am selben Tag bzw. binnen 24 Stunden vorsehen.

Trotz der erfolgten Reformen der Gesellschaftsrechte anderer Mitgliedstaaten spielten und spielen deren Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Vergleich zur englischen Limited in Deutschland keine spürbare Rolle.<sup>357</sup> Dies dürfte u. a. in der weiten Verbreitung der englischen Sprache begründet sein.<sup>358</sup> Ebenso verfügt die Limited über eine gewisse internationale Bekanntheit.

Die Möglichkeit der Gründung einer ausländischen Gesellschaft mit dem Ziel, ausschließlich in Deutschland tätig zu sein - auch wenn die Limited hierbei nahezu eine Alleinstellung einnimmt - sowie die einsetzende Reformierung zahlreicher ausländischer Kapitalgesellschaftsrechte führten dazu, dass der GmbH eine verminderte Attraktivität

---

<sup>352</sup> Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 724.

<sup>353</sup> Miras Rn. 107: Die Gesamtkosten für alle erforderlichen Limited-Gründungsdokumente betragen derzeit bei allen Limited-Beratungsunternehmen über 700,00 €.

<sup>354</sup> Die Kosten der Eintragung einer Limited betragen 20 bzw. 50 Britische Pfund Sterling, Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 723. Im Durchschnitt fallen bei der Gründung einer *B.V.* aufgrund der notariellen Einbindung Kosten in Höhe von ca. 5.000,00 € an, vgl. Süß/Wachter/Rademakers/de Vries Niederlande Rn. 38ff; abweichend, Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 723: Eine *B.V.* mit einem Stammkapital von 18.000 € verursacht Gründungskosten in Höhe von ca. 1.120 € zzgl. 0,55 % des ausgegebenen Kapitals als Kapitalsteuer sowie Kosten für die Veröffentlichung. Bei der französischen *S.A.R.L.* fallen, soweit ein Notar im Rahmen der Gründung nicht tätig wird, Gründungskosten inklusive der notwendigen steuerlichen Registrierung in Höhe von ca. 400 € an, Süß/Wachter/Karst Frankreich Rn. 20. Die Gründung einer *S.L.* bei einem Mindestkapital von 3.000 € und einem Standardgesellschaftsvertrag verursacht Kosten in Höhe von ca. 500 €, Süß/Wachter/Löber/Lozano/Steinmetz Spanien Rn. 40. Bei der Gründung einer *s.r.l.* mit einem Stammkapital von 10.000 € fallen bedingt durch die Notargebühren Kosten in Höhe von ca. 3.650 € an, Süß/Wachter/Fasciani Italien Rn. 46. Die Gründung einer deutschen GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € verursacht Kosten in Höhe von ca. 600 € zzgl. Bekanntmachungskosten (vgl. E. VI. 3.), wobei die konkret anfallenden Kosten vom Einzelfall abhängen, vgl. Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 722f.

<sup>355</sup> Leistikow § 1 Rn. 60; Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 718.

<sup>356</sup> Leistikow § 1 Rn. 60; Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 718.

<sup>357</sup> Wachter, in: GmbHR 2005, 717, 718; vgl. Weinbeer, in: AnwBl 2008, 368, 368.

<sup>358</sup> Miras Rn. 96; Priester, in: DB 2005, 1315, 1315; Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 3.

gegenüber den nunmehr auftretenden Konkurrenten bescheinigt wurde.<sup>359</sup> Nicht zuletzt aus diesen Umständen entsprang ein Reformdruck für das Recht der GmbH.

### 3. Auswirkung des Einflusses

Bestrebungen zu einer grundlegenden Reform des seit 1892 nicht wesentlich veränderten GmbHG bestanden bereits vor Auftreten der Limited in Deutschland, wodurch die Reformbewegung nicht ausschließlich der Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit entspringt.<sup>360</sup> Hielt man dem GmbHG das AktG entgegen, konnte der Eindruck entstehen, dass sich bei dem Recht der GmbH ein Reformstau entwickelt hat.<sup>361</sup> Auch eine Betrachtung der gesetzgeberischen Initiativen in anderen Mitgliedstaaten zeigte ein allgemeines Bestreben zur zeitgemäßen Anpassung des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung.<sup>362</sup> Anstöße zur Überarbeitung des GmbH-Rechts erfolgten u. a. durch einen Beschluss der Justizministerkonferenz vom 14.11.2002 mit der Bitte an das Bundesministerium der Justiz, die Reformbedürftigkeit der GmbH vor dem Hintergrund der Insolvenzanfälligkeit zu prüfen.<sup>363</sup> In der 15. Legislaturperiode des deutschen Bundestags richtete sich der Fokus des Gesetzgebers u. a. auf das Mindeststammkapital, so dass mit dem MindestkapG<sup>364</sup>, das am 01.06.2005 als Regierungsentwurf erlassen wurde und das am 01.01.2006 in Kraft treten sollte, das Mindestkapital der GmbH von 25.000 € auf 10.000 € gesenkt werden sollte.<sup>365</sup> Durch die vorgezogenen Bundestageswahlen am 18.09.2005 konnte das Vorhaben jedoch nicht umgesetzt werden.<sup>366</sup> Zudem ist dieses Vorbringen in der Literatur nahezu einhellig als unüberlegter Schnellschuss kritisiert worden.<sup>367</sup> In der 16. Legislaturperiode wurde sodann die Überarbeitung des GmbH-Rechts ausdrücklich in die Koalitionsvereinbarung<sup>368</sup> aufgenommen, wobei man darauf abzielte, Unternehmensgründungen nachhaltig zu erleichtern und zu beschleunigen, die Attraktivität der GmbH als im Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen zu steigern sowie Missbräuche bei Insolvenzen zu bekämpfen, wodurch die angestrebte Novellierung zwei maßgebliche Ziele verfolgt: Zum einen sollten die seit Jahren beklagten Missstände in der Krise und in der Insolvenz der Gesellschaft bekämpft werden, andererseits sollte die Attraktivität der GmbH insgesamt gesteigert werden.<sup>369</sup> Demzufolge wurden sowohl Gläubiger- und Gründerinteressen einbezogen. Die Notwendigkeit einer Überarbeitung des GmbH-Rechts wurde überwiegend bejaht.<sup>370</sup>

---

<sup>359</sup> Vgl. etwa, Leistikow § 1 Rn. 56.

<sup>360</sup> Goette Einf. Rn. 1ff; Karsten, in: GmbHR 2007, 958, 959.

<sup>361</sup> Goette Einf. Rn. 1; Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1157; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1099.

<sup>362</sup> Leistikow § 1 Rn. 32.

<sup>363</sup> Goette Einf. Rn. 2; Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1157.

<sup>364</sup> BR-Drucks. 619/05.

<sup>365</sup> Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1157; Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2237f.

<sup>366</sup> Grigoleit/Rieder Rn. 6; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 5; Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1157.

<sup>367</sup> Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1521; Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 1321, 1321.

<sup>368</sup> Koalitionsvertrag vom 11.11.2005, S. 123.

<sup>369</sup> Koalitionsvertrag vom 11.11.2005, S. 123; Grigoleit/Rieder Rn. 7; Seibert, in: ZIP 2006, 1157, 1157f; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1442.

<sup>370</sup> Seibert, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 585, 588; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539.

Der entscheidende Anstoß für die Reformierung des GmbHG ist jedoch der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit und dem damit ausgelösten „Wettbewerb der Rechtsordnungen“<sup>371</sup> geschuldet.<sup>372</sup>

Vorliegend wird im Rahmen der Reformierung des GmbH-Rechts ausschließlich das Mindeststammkapital beleuchtet, da die hierzu getroffenen Erwägungen letztendlich zur Schaffung der Unternehmergesellschaft führten. Der Missbrauchsschutz, die allgemeinen Gründungserleichterungen und die Deregulierungen betreffen die GmbH insgesamt und sind daher keine Besonderheiten der Unternehmergesellschaft.

### **a) Ansätze in der Rechtswissenschaft**

Die zunehmenden Gründungen von in Deutschland domizilierenden Limiteds und die damit einhergehenden Diskussionen wirkten sich letztlich auch auf das Gesetzgebungsverfahren aus.<sup>373</sup> Die Diskussionen setzten bereits vor Veröffentlichung des Referentenentwurfs zum MoMiG ein.<sup>374</sup> Diesbezüglich wurden vielfältige Ansichten vertreten. Während die einen für die Schaffung einer Limited ähnlichen Gesellschaft als eigenständige oder eingegliederte Rechtsform plädierten<sup>375</sup>, sahen andere die Lösung in einer Absenkung des erforderlichen Mindeststammkapitals<sup>376</sup> und wiederum andere wollten das bestehende Konzept gänzlich unverändert lassen<sup>377</sup>.

#### **aa) Schaffung einer Limited ähnlichen Gesellschaft**

Es wurden verschiedene Modelle vorgebracht, um der GmbH eine Gesellschaft an die Seite zu stellen, die im Vergleich zu ihr ein geringeres Mindeststammkapital aufweisen sollte.<sup>378</sup> Die drei nachfolgend aufgezeigten Modelle waren Gegenstand einer ausgeprägten Diskussion. Neben diesen wurden auch noch weitere Überlegungen vorgetragen, wobei diese nicht eine vergleichbare Aufmerksamkeit erfahren haben.<sup>379</sup>

##### **(1) Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung**

Das Justizministerium Nordrhein-Westfalen schlug die Schaffung einer sog. „Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung“ vor, deren Regelungen eine Mustersatzung sowie eine Beschränkung auf fünf Gesellschafter, die ausschließlich natürliche Personen sein mussten, vorsahen und in den §§ 12a bis 12h GmbHG verankert werden sollten.<sup>380</sup> Das Mindeststammkapital sollte 2.500 € betragen, was in voller Höhe in Geld einzuzahlen wäre.

---

<sup>371</sup> Vgl. Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 612; Vossius/Wachter, in: BB 2005, 2539, 2539; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1085; Teichmann, in: NJW 2006, 2444, 2444; hierzu kritisch, Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 11.

<sup>372</sup> Grigoleit/Rieder Rn. 11; vgl. Goette, in: DRiZ 2007, 313, 313; Teichmann, in: NJW 2006, 2444, 2445; Römermann, in: GmbHR 2006, 673, 673; Leuring, in: ZRP 2006, 201, 201.

<sup>373</sup> Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 674; Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1516; Ries, in: AnwBl 2005, 53, 53ff; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2242.

<sup>374</sup> Leistikow § 1 Rn. 66; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1096; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302.

<sup>375</sup> Vgl. Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 618; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2242f; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1209; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1446, 1451; Schall/Westhoff, in: GmbHR 2004, R-381, R-381f; Leuring, in: ZRP 2006, 201, 203.

<sup>376</sup> Vgl. Darnedde, in: JR 2008, 47, 48; Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1797.

<sup>377</sup> Ries, in: AnwBl 2005, 53, 55; vgl. Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1080.

<sup>378</sup> Leistikow § 1 Rn. 66.

<sup>379</sup> Vgl. Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 9.

<sup>380</sup> Leistikow § 1 Rn. 67; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 9; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1097.



Die Gesellschaft hätte den Namenszusatz „*Basisgesellschaft mbH*“ tragen müssen und sollte durch Erhöhung des Stammkapitals zur GmbH aufsteigen können.<sup>381</sup> Die Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung war als eine Variante der GmbH vorgesehen.

## **(2) Unternehmensgründergesellschaft**

Bei dem Modell der „*Unternehmensgründergesellschaft*“ handelte es sich um einen Vorschlag des RA Dr. Jürgen Gehb, MdB, dessen Modell stark von der Intention geleitet war, Unternehmensgründern eine Alternative zu ausländischen Gesellschaftsformen, insbesondere zur englischen Limited, anzubieten.<sup>382</sup> Auch für die Unternehmensgründergesellschaft war eine Mustersatzung vorgesehen. Die Gründung sollte auf elektronischem Wege beschleunigt werden, wobei das Konzept auf bestimmte Beurkundungs- und Prüfungserfordernisse verzichtete.<sup>383</sup> Der Vorschlag sah zudem eine Reduzierung des Mindeststammkapitals auf einen Euro vor, hingegen dies durch verschärfte Haftungs- und Transparenzvorschriften aufgefangen werden sollte.<sup>384</sup>

## **(3) Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung**

Ein Entwurf des Bayerischen Justizministeriums von 2006 beinhaltete die Schaffung eines „*Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung*“.<sup>385</sup> Sowohl der Kaufmann als auch der nichtkaufmännische Einzelunternehmer sollten durch konstitutive Eintragung im Handelsregister ihre Haftung beschränken können, wobei die Haftungsbeschränkung nur auf bestimmte Vermögensgegenstände hätte erstreckt werden können, wobei das haftende Vermögen inventarisiert werden sollte.<sup>386</sup> Die so erstellte Liste wäre bei der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen gewesen.<sup>387</sup> Aus dem haftenden Vermögen hätten lediglich Gewinne entnommen werden können.<sup>388</sup> Der beschränkt haftende Kaufmann sollte besonderen Publizitätspflichten unterliegen.<sup>389</sup>

## **bb) Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH**

Es wurde ebenso in Erwägung gezogen, das Mindestkapitalerfordernis der GmbH zu verringern. Diesbezüglich wurde angeführt, dass die Höhe des Stammkapitals nicht überschätzt werden sollte und zudem das Mindeststammkapital nicht mit einem Haftungsfond gleichgesetzt werden kann.<sup>390</sup> Daneben wurde ins Feld geführt, dass ein zu hohes Mindeststammkapitalerfordernis eine Hürde darstellt, welche kleinere Existenzgründer allenfalls schwer überwinden können.<sup>391</sup>

Die Reformierung des Rechts sollte jedoch im Rahmen der bestehenden Rechtsformen stattfinden, um eine Erhöhung der Regulierungen sowie der Bürokratie zu vermeiden.<sup>392</sup>

---

<sup>381</sup> Leistikow § 1 Rn. 67; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 9; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1098.

<sup>382</sup> K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1097; Schall/Westhoff, in: GmbHR 2005, R-357, R-357.

<sup>383</sup> Leistikow § 1 Rn. 68; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 11.

<sup>384</sup> Leistikow § 1 Rn. 68f; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1097; Schall/Westhoff, in: GmbHR 2005, R-357, R-357.

<sup>385</sup> Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 10; K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1096.

<sup>386</sup> Leistikow § 1 Rn. 70; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 10.

<sup>387</sup> Leistikow § 1 Rn. 70; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 10.

<sup>388</sup> Leistikow § 1 Rn. 70; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 10.

<sup>389</sup> K.Schmidt, in: DB 2006, 1096, 1096.

<sup>390</sup> Vgl. Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1208.

<sup>391</sup> Vgl. Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1208.

<sup>392</sup> Vgl. Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 676.

Gleichsam könne man dadurch, so die Ansicht, auf gewachsene und funktionsfähige Strukturen zurückgreifen. Als Begründung für die Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH wurden daher die Funktionalität der bestehenden Regelungen<sup>393</sup>, die Altbewährtheit der GmbH<sup>394</sup> und die Wahrung einer wenn auch geminderten Seriositätsschwelle<sup>395</sup> angeführt. Ebenso führte man die wirtschaftlichen Gegebenheiten nach dem Auftreten von in Deutschland domizilierenden Limiteds an, da man eine stark erhöhte Frühsterblichkeit dieser Gesellschaften ausgemacht hatte.<sup>396</sup> Ferner verwies man auf den (vermeintlichen) Rückgang der Neugründungen derartiger Gesellschaften<sup>397</sup> und der de facto nicht vorhandenen Konkurrenz für die deutsche GmbH, da die Limited vielmehr mit den Personengesellschaften konkurrieren würde.<sup>398</sup>

Die Divergenz der Auffassungen, ob das Mindeststammkapital auf einen bestimmten Betrag zu senken ist oder faktisch abgeschafft werden sollte, ist schlichtweg in der unterschiedlichen Gewichtung der vorgenannten Aspekte zu sehen. Insgesamt betrachtet wurde diesem Punkt die größte Aufmerksamkeit in der Literatur gewidmet, so dass eine Absenkung des Mindeststammkapitals die umfassendsten Diskussionen entfachte.<sup>399</sup>

### **(1) Auf einen bestimmten Betrag**

Teilweise wurde vertreten, dass zwar aus rechtsökonomischer und rechtsvergleichender Sicht das Erfordernis, ein bestimmtes Mindestkapital aufzubringen und dieses staatlicherseits zu kontrollieren, sich eigentlich nicht rechtfertigen lasse, hingegen hierzulande das Mindeststammkapital einer in tief verwurzelten gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen behafteten Denkweise entspringt und daher die Absenkung des Mindestkapitals auf einen bestimmten Betrag im Hinblick auf die Wahrung des Rechtsfriedens zwischen den unterschiedlichen Standpunkten sinnvoll erscheint.<sup>400</sup> Andererseits wird in der Beibehaltung eines bestimmten Mindeststammkapitals die Erhaltung einer Seriositätsschwelle<sup>401</sup> gesehen, was wiederum einer Notwendigkeit entspringen soll.<sup>402</sup>

Bei der Absenkung des Mindeststammkapitals auf einen bestimmten Betrag wurde weitestgehend die Absenkung von 25.000 € auf 10.000 €, so wie es bereits der Entwurf zum MindestkapG vorsah, thematisiert. Die Vertreter dieser Auffassung hatten dabei vor allem die verstärkt aufkommenden Dienstleistungsgewerbe im Auge, da sie diesen abweichend zu den vom Gesetzgeber ursprünglich bedachten produzierenden Unternehmen einen regelmäßig geringen Kapitalbedarf bescheinigten.<sup>403</sup> Gleichsam wurde teilweise eingeräumt, dass es keinen empirisch belegten und denklologisch nachweisbaren Betrag gäbe, bis zu welchem eine Absenkung zu erfolgen habe.<sup>404</sup>

---

<sup>393</sup> Vgl. Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1521.

<sup>394</sup> Vgl. Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1521.

<sup>395</sup> Vgl. Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1492.

<sup>396</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1799.

<sup>397</sup> Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1797.

<sup>398</sup> Dierksmeier, in: BB 2005, 1516, 1516; vgl. Mellert, in: BB 2005, 1809, 1810.

<sup>399</sup> Hirte, in: ZInsO 2008, 146, 146; Römermann, in: GmbHR 2006, 673, 675; Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 677.

<sup>400</sup> Hirte, in: ZInsO 2008, 146, 146.

<sup>401</sup> Es ist fraglich, ob allein die Erbringung eines bestimmten Betrages die Seriosität eines Unternehmens begründen kann, vgl. mit prägnantem Beispiel, Hirte, in: ZInsO 2008, 146, 146f.

<sup>402</sup> Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302ff; Dervedde, in: JR 2008, 47, 48.

<sup>403</sup> Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2250.

<sup>404</sup> Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2250.

## **(2) Bestimmungsfreiheit für das Stammkapital**

Wie aufgezeigt sind ebenso Konzepte erörtert worden, die sich mit der gänzlichen Abschaffung des Mindeststammkapitals für die GmbH befassen, wobei insoweit auf das englische und französische Recht, bei denen keine nennenswerten Einbußen im Gläubigerschutz bestehen sollen, verwiesen wurde.<sup>405</sup> Die Reform sollte zudem im Rahmen der GmbH vollzogen werden, um die Vermehrung von Rechtsformen zu verhindern und die dadurch befürchtete Vergrößerung von Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.<sup>406</sup> Durch die Maßnahmen sollte der Wirtschaftsstandort Deutschland und die Rechtsform der GmbH im internationalen Vergleich gestärkt werden.<sup>407</sup> Des Weiteren seien Kleinunternehmer oftmals nicht in der Lage, selbst ein herabgesetztes Mindeststammkapital von 10.000 € zu erbringen, zumal auch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf einen bestimmten Betrag keinen Vorteil gegenüber der Limited begründet, sondern allenfalls den (vermeintlichen) Nachteil minimiert.<sup>408</sup>

Ferner könne auch das Mindeststammkapital keinen ausreichenden Gläubigerschutz begründen, da die Gesellschaft das Kapital nicht hinterlegen muss, so dass deren Erbringung allenfalls eine Momentaufnahme der finanziellen Ausstattung der Gesellschaft darstellt und es für Rechtsunkundige irreführend sein kann.<sup>409</sup> Ein weiterer Pluspunkt in der Abschaffung des Mindeststammkapitals wurde darin gesehen, dass sich die Umgehungsstrategien zur Kapitalaufbringung erübrigen würden.<sup>410</sup> Darüber hinaus wurde angeführt, dass es keiner gesetzlichen Vorgabe eines Mindestbetrages bedürfe, da das Gesellschaftskapital stets an den Erfordernissen des Einzelfalls auszurichten sei, wobei an die Stelle des Mindestkapitalerfordernisses eine effektivere Missbrauchshaftung<sup>411</sup> oder ein etwaiges Insolvenzeröffnungskapital der Gesellschafter<sup>412</sup> treten könne.

### **cc) Keine Veränderung des Mindeststammkapitals**

Gleichsam vertraten andere die Auffassung, dass das GmbH-Recht bezüglich der Höhe des Mindeststammkapitals unverändert bestehen bleiben sollte. Sie fügten insofern an, dass sich das deutsche GmbH-Recht bewährt hat und zudem eine beschränkte Haftung nur durch Erbringung eines Mindestkapitals zu erlangen ist.<sup>413</sup> Auch wurde in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit einer Seriositätsschwelle angeführt, die durch die Erbringung eines Mindeststammkapitals vermittelt werden soll. Das Erfordernis, 25.000 € Mindeststammkapital zu erbringen, sei angemessen und nicht zu hoch<sup>414</sup>, auch wenn dieses Kapital letztlich nicht den wirtschaftlichen Erfolg garantieren kann und generell die Festlegung eines bestimmten Betrages losgelöst vom tatsächlich benötigten Kapital etwas

---

<sup>405</sup> Heinz, in: AnwBl 2004, 612, 618.

<sup>406</sup> Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 1321, 1327.

<sup>407</sup> Mellert, in: BB 2005, 1809, 1809.

<sup>408</sup> Mellert, in: BB 2005, 1809, 18010; Leuering, in: ZRP 2006, 201, 202.

<sup>409</sup> Grunewald/Noack, in: GmbHR 2005, 189, 189f.

<sup>410</sup> Grunewald/Noack, in: GmbHR 2005, 189, 193.

<sup>411</sup> Barta, in: GmbHR 2005, 657, 662.

<sup>412</sup> Thiessen, in: ZIP 2006, 1892, 1892ff.

<sup>413</sup> Ries, in: AnwBl 2005, 53, 55; AnwBl 2008, 694, 694; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 8; Büchel, in: GmbHR 2007, 1065, 1066; Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2249.

<sup>414</sup> Die 1892 festgesetzten 20.000 Goldmark haben heute einen wirtschaftlichen Wert von über 100.000 €, Altmeppen, in: NJW 2005, 1911, 1912; Triebel/Otte, in: ZIP 2006, 1321, 1322. Trotz dieses Umstands überstieg in den ersten Jahren des GmbHG das Stammkapital der Gesellschaften das Mindestkapital um ein Vielfaches, während nunmehr GmbHs mit einem dem Mindestkapital entsprechenden Stammkapital dominieren, Priester, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 159, 161.

Willkürliches in sich trägt.<sup>415</sup> Auch ein gesetzlich verankertes Mindestkapital habe zurückblickend nicht die zahlreichen Insolvenzen verhindert und beuge gleichsam unterkapitalisierten Unternehmen nicht vor; zumindest diese Situation werde durch die Absenkung des Mindeststammkapitals nicht verbessert.<sup>416</sup> Des Weiteren wurde angeführt, dass die Erbringung eines Mindeststammkapitals auch den Gründern entgegenkommen würde, da sie durch den Kapitaleinsatz einen präventiven Schutz erfahren.<sup>417</sup> Ferner wurde auf die Sicherung des guten Rufs der GmbH verwiesen.<sup>418</sup>

Darüber hinaus sahen einige keine Notwendigkeit zur Schaffung einer Limited ähnlichen Gesellschaft, da die Anzahl der Gründungen englischer Limiteds mit dem Ziel, ausschließlich in Deutschland tätig zu sein, rückgängig ist, die Anzahl der GmbH-Gründungen durch das Auftreten der englischen Limiteds in Deutschland nicht beeinflusst worden sein soll und insgesamt ein volkswirtschaftlicher Nutzen für eine derartige Rechtsform nicht bestehe.<sup>419</sup> Andere sahen in einer bloßen Reform des GmbH-Rechts ausreichend Potential, so dass es keiner Veränderung des Mindeststammkapitals und auch nicht der Schaffung einer neuen Rechtsform bedürfe.<sup>420</sup> Ebenso wurde angeführt, dass das Mindestkapital oftmals allein dazu dient, die Kosten der Gründungsphase aufzufangen.<sup>421</sup> Vielfach wurde vertreten, dass das Mindeststammkapital eigentlich zu erhöhen sei, was jedoch gesellschaftspolitisch nicht umsetzbar wäre.<sup>422</sup> Ebenso sprach sich der 66. Juristentag mit überwiegender Mehrheit dafür aus, dass die Reform des gesellschaftlichen Gläubigerschutzes im Rahmen der bestehenden Gesellschaftsformen stattfinden und zudem das Mindestkapital von 25.000 € nicht reduziert werden sollte.<sup>423</sup>

## **b) Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG<sup>424</sup>**

Die Reformbewegung mündete schließlich im Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), welches am 26.06.2008 in der 2. und 3. Lesung des Bundestages verabschiedet wurde.<sup>425</sup> Es ist am 01.11.2008 in Kraft getreten.

Der endgültigen Fassung des MoMiG ging der zwei Jahre zuvor vorgestellte Referentenentwurf<sup>426</sup> und der ein Jahr später folgende Regierungsentwurf<sup>427</sup> voraus, wobei sich die letztendlich verabschiedete Fassung von den vorgenannten Entwürfen in zahlreichen Punkten unterscheidet.<sup>428</sup>

---

<sup>415</sup> Büchel, in: GmbHR 2007, 1065, 1066; Teichmann, in: NJW 2006, 2444, 2449.

<sup>416</sup> Büchel, in: GmbHR 2007, 1065, 1066; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1445; Altmeppen, in: NJW 2005, 1911, 1912; Römermann, in: GmbHR 2006, 673, 675.

<sup>417</sup> Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 23; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1445.

<sup>418</sup> Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion 2006, S. 1, 24; Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 898.

<sup>419</sup> Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2248, 2250; ZIP 2007, 1794, 1800f.

<sup>420</sup> Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 674f.

<sup>421</sup> Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1445; Altmeppen, in: NJW 2005, 1911, 1912.

<sup>422</sup> Priester, in: DB 2005, 1315, 1317; Römermann, in: GmbHR 2006, 673, 675; Grunewald/Noack, in: GmbHR 2005, 189, 190.

<sup>423</sup> Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1080.

<sup>424</sup> BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>425</sup> Plenarprotokoll 16/172, Vertiefend, Leistikow § 2 Rn. 3, § 3 Rn. 1ff; Goette Einf. Rn. 4.

<sup>426</sup> Abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

<sup>427</sup> BT-Drucks. 16/6140.

<sup>428</sup> Seibert/Deckert, in: ZIP 2008, 1208, 1208; Oppenhoff, in: BB 2008, 1630, 1630; Wedemann, in: WM 2008, 1381, 1381.

Durch das MoMiG hat das 1892 geschaffene GmbHG die größte Reform seit dem Inkrafttreten vor über 100 Jahren erfahren, wobei nicht nur aufgrund dieses Umstandes teilweise von einer Jahrhundertreform gesprochen wird.<sup>429</sup>

## **aa) Gesetzgebungsverfahren**

Der oben angeführte Beschluss der Justizministerkonferenz vom 14.11.2002 führte dazu, dass das Bundesministerium der Justiz die Gelegenheit ergriff, über den konkreten Prüfungsauftrag hinaus die Schwachstellen des GmbH-Rechts umfassend abzufragen, um dadurch den Reformbedarf festzustellen und Vorschläge für eine durchgreifende und nicht bloß den tagesaktuellen Erfordernissen entsprechende Modernisierung zu ermitteln.<sup>430</sup> Das Bundesministerium der Justiz richtete insofern im Mai 2003 an ausgewählte Adressaten ein Rundschreiben, deren Beantwortung ein weites Spektrum an Meinungen hervorbrachte.<sup>431</sup>

### **(1) Referentenentwurf<sup>432</sup>**

Unter Berücksichtigung der Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen erließ das Bundesministerium der Justiz am 29.05.2006 einen Referentenentwurf, welcher die Reformvorstellungen des Ministeriums widerspiegelte und der sodann Gegenstand der Diskussionen des 66. Deutschen Juristentags in Stuttgart war.<sup>433</sup>

Der Referentenentwurf sah eine Verringerung des Mindeststammkapitals der GmbH auf 10.000 € vor. Die Schaffung der Unternehmergesellschaft war in ihm noch nicht enthalten.

### **(2) Regierungsentwurf<sup>434</sup>**

Die Ausführungen der Literatur sowie die Erörterungen und Beschlussempfehlungen des Deutschen Juristentages führten zu einer Überprüfung und anschließenden Überarbeitung des Entwurfs, so dass am 23.05.2007 das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vorstellte, in den die vorgenannten Erörterungen und Empfehlungen zumindest teilweise eingeflossen waren, vor.<sup>435</sup>

Der Regierungsentwurf enthielt abweichend vom Referentenentwurf die Einführung der Unternehmergesellschaft, die als Variante der GmbH von dem Erfordernis der Erbringung des Mindeststammkapitals befreit war, hingegen weiterhin beabsichtigt war, das Mindeststammkapitalerfordernis der „regulären“ GmbH generell von 25.000 € auf 10.000 € zu senken.<sup>436</sup>

### **(3) MoMiG<sup>437</sup>**

Der Regierungsentwurf sowie die hierzu ergangene Stellungnahme des Bundesrats und die diesbezügliche Gegenäußerung der Bundesregierung waren Gegenstand der 1. Lesung im

---

<sup>429</sup> Leistikow § 1 Rn. 2; Wedemann, in: WM 2008, 1381, 1381, 1386; Jahn, in: AnwBl 2007, 573, 573; Verspay, in: MDR 2009, 117, 117.

<sup>430</sup> Goette Einf. Rn. 3; Seibert, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 585, 586.

<sup>431</sup> Goette Einf. Rn. 3; Seibert, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 585, 586.

<sup>432</sup> Abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

<sup>433</sup> Goette Einf. Rn. 4. Vertiefend, Seibert, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 585, 588ff.

<sup>434</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 1ff.

<sup>435</sup> Goette Einf. Rn. 4; Grigoleit/Rieder Rn. 7.

<sup>436</sup> Vertiefend, Leistikow § 3 Rn. 1f; Grigoleit/Rieder Rn. 7.

<sup>437</sup> BGBl. I 2008, S. 2026.

Bundestag am 20.09.2007.<sup>438</sup> Aufgrund einer Beschlussempfehlung vom 24.06.2008 des federführenden Rechtsausschusses<sup>439</sup>, der zuvor eine Anhörung von Sachverständigen durchgeführt hatte, was erneute Änderungen des Regierungsentwurfes mit sich brachte, wurde das Gesetz am 26.06.2008 durch den Bundestag verabschiedet.<sup>440</sup> Das Gesetz enthielt in wichtigen Punkten eine Änderung zum vorangegangenen Regierungsentwurf.<sup>441</sup> Die endgültige Fassung des Gesetzes führte zu keiner Änderung des Mindeststammkapitalerfordernisses und ließ die notariellen Beurkundungspflichten auch bei Verwendung des Musterprotokolls unangetastet. Das Recht der Unternehmergesellschaft erfuhr im Bereich der Rücklagenbildung noch eine abschließende leichte Veränderung. Das MoMiG brachte nicht nur Änderungen des GmbHG mit sich, sondern führte auch zu entsprechenden Änderungen des HGB, des AktG, der InsO und des AnfG.

## **bb) Die Unternehmergesellschaft, § 5a GmbHG**

Der Gesetzgeber hat daher das Mindeststammkapital einer GmbH unverändert gelassen, während er mit der Unternehmergesellschaft einen Kompromiss<sup>442</sup> zwischen den verschiedenen Meinungsströmen zum Mindeststammkapital sowie zu den geforderten gesetzgeberischen Reaktionen auf in Deutschland domicilierende Limiteds bereitstellte.

Die Unternehmergesellschaft, dessen besondere Regeln sich aus § 5a GmbHG ergeben, stellt eine Variante der „regulären“ GmbH dar.<sup>443</sup> Die Gesellschaft kann ein Stammkapital von einem Euro vorsehen, § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>444</sup> Für sie gelten unter Beachtung und Vorrang der Besonderheiten aus § 5a GmbHG grundsätzlich sämtliche Vorschriften des GmbH-Rechts. Die Gesellschaft muss unter der Bezeichnung „*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG (haftungsbeschränkt)*“ firmieren (§ 5a Abs. 1 2. Hs GmbHG) und kann einen oder mehrere Gesellschafter haben. Im Gegensatz zur „regulären“ GmbH sind Sacheinlagen nicht zulässig, § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG. Zudem darf die Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt wurde, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG. Bei der Gründung kann auf das Musterprotokoll zurückgegriffen werden.

Gem. § 5a Abs. 3 GmbHG ist die Gesellschaft verpflichtet, ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung<sup>445</sup> in eine gesetzliche Rücklage einzustellen (sog. Thesaurierung). Die Rücklage unterfällt einem Ausschüttungsverbot und darf nur für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem. § 57c GmbHG, zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages oder zum Ausgleich eines Verlustvortrages aus dem Vorjahr verwendet werden. Für die Pflicht zur Rücklagenbildung besteht keine zeitliche Begrenzung.

---

<sup>438</sup> Goette Einf. Rn. 4.

<sup>439</sup> BT-Drucks. 16/9737.

<sup>440</sup> Goette Einf. Rn. 4; Leistikow § 3 Rn. 3; Grigoleit/Rieder Rn. 8.

<sup>441</sup> Vgl. Grigoleit/Rieder Rn. 8.

<sup>442</sup> Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 934.

<sup>443</sup> Katschinski/Rawert, in: ZIP 2008, 1993, 1998; Carlé, in: DSStZ 2008, 709, 712; Lips/Randel/Werwigk, in: DSStR 2008, 2220, 2222.

<sup>444</sup> Dies folgt aus § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Soweit eine Einmanngründung erfolgt, kann als kleinster möglicher Geschäftsanteil und damit als Stammkapital ein Betrag von einem Euro gewählt werden.

<sup>445</sup> Wicke § 5a Rn. 9.

Droht die Zahlungsunfähigkeit, ist abweichend von § 49 Abs. 3 GmbHG gem. § 5a Abs. 4 GmbHG die Gesellschafterversammlung unverzüglich einzuberufen. Bei Erreichen eines Stammkapitals von 25.000 € entfallen gemäß § 5a Abs. 5 GmbHG die Verpflichtungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG. Zudem sieht § 5a Abs. 5 GmbHG für diesen Fall vor, dass die Gesellschaft eine freiwillige Umfirmierung zu einer GmbH vornehmen kann. Verliert hingegen eine GmbH ihr Kapital, so dass es unter die Grenze des § 5 Abs. 1 GmbHG sinkt, bleibt sie eine GmbH und wird nicht zur Unternehmergesellschaft.<sup>446</sup>

Die noch im Regierungsentwurf enthaltene Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH auf 10.000 € wurde mit Blick auf die neugeschaffene Unternehmergesellschaft und der durch sie vorhandenen Möglichkeit, eine Haftungsbeschränkung mit einem geringen Stammkapital zu erreichen, fallengelassen.<sup>447</sup> Dadurch soll das vorhandene Renommee der bestehenden GmbHs gänzlich unangetastet bleiben.<sup>448</sup>

### cc) Ziele des Gesetzgebers

Das vorrangige Ziel des Gesetzgebers war es, die Gründung einer GmbH grundlegend zu vereinfachen und zu beschleunigen, obschon der Gesetzgeber mit dem MoMiG als Gesamtpaket verschiedene, teilweise sich widersprechende Ziele wie Modernisierung, Deregulierung, Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit auf dem internationalen Markt der Gesellschaftsformen oder die Bekämpfung von Missbräuchen durch die Gesellschafter vor allem im Endstadium der Gesellschaft verfolgte.<sup>449</sup> Die Neuregelungen sollen der GmbH nach eigenen Angaben des Gesetzgebers ein bisher unbekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit verleihen.<sup>450</sup> Durch das Erfordernis der Thesaurierung soll eine Eigenkapitalausstattung erreicht werden, welche eine Überführung in eine „reguläre“ GmbH ermöglicht.<sup>451</sup>

Mit der Unternehmergesellschaft beabsichtigt der Gesetzgeber, eine Lücke zwischen der GmbH und den Personengesellschaften zu schließen, die GmbH international konkurrenzfähiger zu machen und der Gründung in Deutschland domizilierender Limiteds entgegenzuwirken.<sup>452</sup> Die Unternehmergesellschaft bildet dabei das Durchgangsstadium hin zur „regulären“ GmbH.<sup>453</sup> Die Einbettung in das GmbH-Recht soll dazu führen, dass die Unternehmergesellschaft auf bestehende Strukturen aufbauen kann und sich zudem die Vorteile dieser Vorschriften auf sie übertragen. Die Gesellschaft soll vor allem Existenzgründern aber auch den Betreibern von Kleingewerbe den Zugang zur Haftungsbeschränkung eröffnen und zudem die Gründung und Führung des Unternehmens

---

<sup>446</sup> Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 934; kritisch, Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1084: Wenn die Gesellschafter trotz Erreichens einer Rücklage, welche mit dem Stammkapital einen Betrag von 25.000 € ausmacht, frei darüber entscheiden können, ob die Gesellschaft zur „regulären“ GmbH wird, sollte es ihnen auch möglich sein, von der „regulären“ GmbH in eine Unternehmergesellschaft zu wechseln. Vgl. zum Wechsel nach Gründung aber vor Eintragung, OLG Frankfurt am Main GmbHR 2011, 984, 984f; hierzu kritischer Kommentar, Wachter, in: GmbHR 2011, 986, 987.

<sup>447</sup> Oppenhoff, in: BB 2008, 1630, 1630; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1209.

<sup>448</sup> Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1209.

<sup>449</sup> König/Bormann, in: DNotZ 2008, 652, 653; Goette, in: DStR 2009, 51, 51; Kögel, in: Rpfleger 2008, 605, 605.

<sup>450</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

<sup>451</sup> Breitenstein/Meyding, in: BB 2007, 1457, 1457.

<sup>452</sup> Grigoleit/Rieder Rn. 11; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; Dervedde, in: JR 2008, 47, 48; Weinbeer, in: AnwBl 2008, 368, 368.

<sup>453</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 5.

flexibler, schneller und leichter machen.<sup>454</sup> Mit der Unternehmergesellschaft ist ebenso beabsichtigt, den Unternehmensgründern entgegenzukommen, die nur wenig Kapital benötigen, wobei exemplarisch der Dienstleistungsbereich genannt wird.<sup>455</sup>

### **c) Reaktionen auf die Schaffung der Unternehmergesellschaft**

Die Reaktionen auf die Schaffung der Unternehmergesellschaft sind weitestgehend ein Spiegelbild dessen, was in der Literatur bereits vor bzw. während des Gesetzgebungsverfahrens zur Reformierung des GmbH-Rechts und zur Schaffung der Unternehmergesellschaft vertreten wurde.

#### **aa) Befürwortende Stimmen in der Literatur**

In der nicht vorgenommenen Absenkung des Stammkapitals der GmbH wird ein Schritt gesehen, der den Verhältnissen des Marktes entspricht, da sogar in vielen Fällen die betrieblichen Erfordernisse ein Kapital von über 25.000 € erfordern.<sup>456</sup> Zudem sei die Unternehmergesellschaft vor dem Hintergrund der deutschen Rechtskultur ein überzeugender Kompromiss zwischen den rechtsökonomischen Belangen, den Bedürfnissen aufgrund des Auftretens ausländischer Gesellschaften in Deutschland sowie dem erfolgreichen und bewährten Konzept und Renommee der GmbH.<sup>457</sup> Ferner soll das MoMiG das GmbHG in ein zeitgemäßes Gesamtpaket verwandeln.<sup>458</sup> Sie sei ein geeignetes Instrument, um ein Unternehmen mit Haftungsbeschränkung ohne jeden Kapitaleinsatz zu betreiben, wobei Anfangsverluste durch Zuzahlungen der Gesellschafter in die Kapitalrücklage aufgefangen werden können, welche wiederum mit Entstehen von Gewinnen einer Rückzahlung zugänglich wären.<sup>459</sup> Die Pflicht aus § 5a Abs. 4 GmbHG und die Thesaurierung sollen als Instrumente des Gläubigerschutzes das fehlende Mindeststammkapital ausgleichen.<sup>460</sup> Andere sehen in der Schaffung der Unternehmergesellschaft einen maßgeblichen Schritt hin zur Aufgabe eines Mindeststammkapitals, wobei die Abschaffung von den Vertretern dieser Auffassung als insgesamt sachlich geboten angesehen wird.<sup>461</sup> Der Unternehmergesellschaft wurde bescheinigt, dass sie die in Deutschland domizilierenden englischen Limiteds über kurz oder lang verdrängen wird.<sup>462</sup>

#### **bb) Kritische Stimmen in der Literatur**

Andere stehen der Unternehmergesellschaft wesentlich kritischer gegenüber. Dem Gesetzgeber wird insofern vorgeworfen, er habe nicht rechtstatsächlich unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten analysiert, ob überhaupt ein faktisches Bedürfnis für eine Kapitalgesellschaft ohne Mindeststammkapital besteht.<sup>463</sup> Ferner sei das Vorbild, die englische Limited, zu Umgehungszwecken genutzt worden, so dass es nicht nachvollziehbar

---

<sup>454</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 1; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1485; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; Gehb, in: DRiZ 2008, 222, 224.

<sup>455</sup> Dernerde, in: JR 2008, 47, 49; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1208.

<sup>456</sup> Goette Einf. Rn. 10.

<sup>457</sup> Wicke § 5a Rn. 1; Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 936f; Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 677; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1209.

<sup>458</sup> Wedemann, in: WM 2008, 1381, 1386.

<sup>459</sup> Kallmeyer, in: DB 2007, 2755, 2755; vgl. hierzu, Heckschen, in: DStR 2009, 166, 170.

<sup>460</sup> Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 937.

<sup>461</sup> Wilhelm, in: DB 2007, 1510, 1513.

<sup>462</sup> Verspay, in: MDR 2009, 117, 118.

<sup>463</sup> Goette Einf. Rn. 39; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1445; DStR 2009, 166, 169; Niemeier, in: ZIP 2006, 2237, 2238; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694.



sei, warum der Gesetzgeber diesem Gründerkreis eine Rechtsform innerhalb des GmbHG zur Verfügung stellt.<sup>464</sup>

Die Unternehmergesellschaft begründe, so die Ansicht einiger Kritiker, als Gesamtkonzept eine unverhältnismäßige Bevorteilung der Gründer- und Gesellschafterinteressen gegenüber etwaigen Interessen der Gläubiger.<sup>465</sup> Es entspreche zudem dem traditionellen Rechtsverständnis in Deutschland, dass eine beschränkte Haftung eine anfängliche Gegenleistung in Form der Erbringung eines gewissen Kapitals bedingt, was zur ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und zur Beachtung von Mindestregeln zwingt.<sup>466</sup> Insoweit sei eine Art „Eintrittspreis“ erforderlich.<sup>467</sup> Die Haftungsbeschränkung als Antwort auf die hohe Risikoaversion natürlicher Personen zur Förderung der unternehmerischen Risikobereitschaft bedürfe als Gegenpol stets der angemessenen Absicherung des Gläubigerschutzes, auch wenn die Interessen der Gläubiger, Gesellschafter und Geschäftsführer durch das grundsätzlich nicht vorhandene Interesse, Verluste zu machen, gleichlaufen.<sup>468</sup> Die Bekämpfung von Missbräuchen sei zudem gerade nicht durch die Bereitstellung einer Kapitalgesellschaft ohne Mindestkapital erreichbar, da Folge einer solchen Rechtsform vielmehr ist, dass das Risiko des Scheiterns durch den Rechtsverkehr getragen wird.<sup>469</sup>

Ferner sei eine mit einem geringen Stammkapital ausgestattete Unternehmergesellschaft kein sachgerechtes Haftungssubjekt, so dass in zahlreichen Fällen die Gesellschafter ohnehin persönliche Sicherheiten erbringen müssen.<sup>470</sup> Ebenso könne die Gewinnrücklagenregelung durch erhöhte Geschäftsführergehälter umgangen werden, so dass sie aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger ein eher stumpfes Schwert darstellt, zumal die Rücklagenbildung ohnehin erst dann greift, wenn überhaupt Gewinne erzielt werden.<sup>471</sup> Des Weiteren wird vertreten, dass im Bereich von Kleinunternehmen, die es nicht einmal schaffen, die Gründungsvoraussetzungen der GmbH zu erfüllen, sich eine beschränkte Haftung aus ökonomischen Erwägungen nicht begründen lässt und aufgrund eines geringen Stammkapitals die erhöhte Gefahr von Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften bestehe.<sup>472</sup> Trage beispielsweise eine Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von einem Euro den gesamten Gründungsaufwand, liegt die Entstehung einer Insolvenz begründenden Unterbilanz nahe.<sup>473</sup> Punktuell wird kritisiert, dass § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG Sacheinlagen ausschließt.<sup>474</sup> Insgesamt betrachtet solle das Stammkapital stets an den konkreten unternehmerischen Tätigkeiten ausgerichtet werden.<sup>475</sup>

---

<sup>464</sup> Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1446; DStR 2009, 166, 169.

<sup>465</sup> Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 899, 904.

<sup>466</sup> BGH NJW 1999, 3483, 3485; Goette, in: DStR 2009, 51, 51; Teichmann, in: NJW 2006, 2444, 2445.

<sup>467</sup> Goette, in: DStR 2009, 51, 51.

<sup>468</sup> Teichmann, in: NJW 2006, 2444, 2445f.

<sup>469</sup> Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 933.

<sup>470</sup> Goette Einf. Rn. 42; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1491f; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Lips/Randel/Werwigk, in: DStR 2008, 2220, 2222.

<sup>471</sup> Vgl. Wicke § 5a Rn. 11; Goette Einf. Rn. 45; Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1800; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1083; König/Bormann, in: DNotZ 2008, 652, 657f; Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 899; Römermann, in: AnwBl 2009, 131, 131f.

<sup>472</sup> Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 306; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; König/Bormann, in: DNotZ 2008, 652, 657.

<sup>473</sup> König/Bormann, in: DNotZ 2008, 652, 657; Heckschen, in: DStR 2009, 166, 169f; Kindler, in: NJW 2008, 3249, 3250.

<sup>474</sup> Heinze, in: GmbHR 2008, 1065, 1066f; Hirte, in: ZInsO 2008, 146, 148.

<sup>475</sup> Lips/Randel/Werwigk, in: DStR 2008, 2220, 2222.

Obendrein wurde eingewandt, dass die Gesellschaft als Unterform der GmbH von dieser nicht gänzlich abweichend benannt werden sollte.<sup>476</sup> Zudem treffe der Begriff „*Unternehmer*“ nicht die Zweckoffenheit der Gesellschaft. Die besondere Firmierung sowie die Pflicht, das Stammkapital vor der Anmeldung in voller Höhe einzuzahlen, sollen zudem für die Gläubigerinteressen nicht ausreichen.<sup>477</sup> Kritik wird auch dahingehend geäußert, dass kein Zwang besteht, die Unternehmergesellschaft innerhalb eines gesetzlichen Zeitraums in eine „reguläre“ GmbH zu überführen.<sup>478</sup> Ebenfalls kritisiert wird, dass die deutschen Regeln der Unternehmergesellschaft nicht die Wirkung der Schutzmechanismen des angelsächsischen Rechts aufweisen.<sup>479</sup>

Darüber hinaus könnte die Unternehmergesellschaft aufgrund finanzschwacher und sogar kreditunwürdiger Gesellschafter ein schlechtes Image einfahren, was sie im Wettbewerb mit der international bekannten Limited zurückwerfen würde.<sup>480</sup> Ferner wird auf das „mahrende“ Beispiel der französischen *S.A.R.L.* verwiesen, bei der in den Jahren von 2004 bis 2005<sup>481</sup> bei Gesellschaften mit einem Stammkapital von unter 7.500 € die Steuer- und Sozialversicherungsschulden um das 20fache angestiegen sind.<sup>482</sup>

Ebenso wurde darauf hingewiesen, dass durch das Auftreten der englischen Limiteds in Deutschland der Zuwachs an GmbHs keinen Einbruch erlitten hat und zudem ein Großteil dieser Limiteds zwei Jahre nach deren Gründung in einer finanziellen Schieflage war, so dass auch aus diesem Blickwinkel die Schaffung der Unternehmergesellschaft nicht notwendig erscheint, da die in Deutschland domizilierenden englischen Limiteds keinen volkswirtschaftlichen Nutzen hervorgebracht haben, sondern durch die zahlreichen Insolvenzen ohne Masse vielmehr ein volkswirtschaftlicher Schaden verursacht wurde.<sup>483</sup>

#### **d) Rechtstatsachen zur Unternehmergesellschaft seit dem 01.11.2008**

Die Schaffung der Unternehmergesellschaft fand trotz aller Bedenken in der Rechtswissenschaft bei den Gründern eine anhaltende positive Resonanz.<sup>484</sup> So wurden

bis zum 01.01.2009 ca. 1.200,  
bis zum 30.05.2009 ca. 10.500,  
bis zum 01.01.2010 ca. 23.000,  
bis zum 01.05.2010 ca. 30.000,  
bis zum 01.11.2010 ca. 41.000,  
bis zum 01.11.2011 über 59.000,  
bis zum 01.11.2013 ca. 100.000 und  
bis zum 01.01.2015 über 117.500

---

<sup>476</sup> Wilhelm, in: DB 2007, 1510, 1511f; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1082; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1446.

<sup>477</sup> Goette Einf. Rn. 43f.

<sup>478</sup> Goette Einf. Rn. 45; Römermann, in: GmbHR 2008, R-241, R-241.

<sup>479</sup> Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694.

<sup>480</sup> Dervedde, in: JR 2008, 47, 49f.

<sup>481</sup> Die Mindeststammkapitalpflicht wurde für die *S.A.R.L.* zum 01.08.2003 abgeschafft.

<sup>482</sup> Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Heckschen, in: DStR 2007, 1442, 1445; Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 675: Das durchschnittliche Gründungsstammkapital einer *S.A.R.L.* beträgt 3.000 €.

<sup>483</sup> Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 8f; Niemeier, in: ZIP 2007, 1794, 1799ff.

<sup>484</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 4; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 5; Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 544; Miras, in: NZG 2012, 486, 487; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 573: Die Gesellschaft hat sich einen festen Platz im Wirtschaftsleben erobert.

Unternehmergesellschaften gegründet.<sup>485</sup>

Zieht man die zu einer „regulären“ GmbH erwachsenen Gesellschaften genauso wie die gelöschten Gesellschaften ab, so betrug der Bestand an Unternehmergesellschaften zum 01.01.2015 über 105.000 Gesellschaften.<sup>486</sup> Zum 30.09.2010 sollen über 1.500 und zum 01.11.2014 ca. 8.000 Gesellschaften mittels Kapitalerhöhung zur „regulären“ GmbH geworden sein<sup>487</sup>, was einen Anteil von 3,6% (30.09.2010) bzw. ca. 7% (01.11.2014) der gegründeten Gesellschaften ausmacht.<sup>488</sup> Im Gegensatz zur stetig steigenden Anzahl an Gründungen von Unternehmensgesellschaften sind die Zahlen der in Deutschland domizilierenden englischen Limiteds bereits im Jahr 2009 nahezu gleichgeblieben, wobei ab 2010 sogar ein zunehmender Rückgang zu verzeichnen ist.<sup>489</sup> Anhand der Gründungszahlen der GmbH unter Berücksichtigung des Marktes dürften rund drei Viertel der gegründeten Unternehmergesellschaften nicht zu Lasten der „regulären“ GmbH gegangen sein.<sup>490</sup>

Die Höhe des Stammkapitals der Gesellschaften variiert. So wurde in den ersten Jahren in 10% der Fälle ein Stammkapital von 1 €, in 33% der Fälle ein Stammkapital von bis zu 300 € und in 20% der Fälle ein Stammkapital von mehr als 1.000 € gewählt.<sup>491</sup> Vor dem Hintergrund der geübten und vorstehend angeführten Kritik ist gleichsam erwähnenswert, dass ein Drittel der Gründer oder Geschäftsführer vorhergehende Insolvenzen oder Zahlungsschwierigkeiten aufweisen<sup>492</sup> und bis Anfang 2012 nach einer Studie 7,2% aller eingetragenen Gesellschaften bereits wieder gelöscht wurden<sup>493</sup>.

Bei der Verteilung der gegründeten Gesellschaften auf die verschiedenen Branchen entsprachen sich 2009 in etwa die jeweiligen Anteile der GmbH und der Unternehmergesellschaft.<sup>494</sup> Zudem wurden von Anfang an auch gemeinnützige Unternehmergesellschaften gegründet, obschon deren Anzahl im Vergleich zu den Gründungszahlen der Unternehmergesellschaft kaum ins Gewicht fällt.<sup>495</sup> So bestanden zum 01.11.2009 ca. 50 gemeinnützige Unternehmergesellschaften.<sup>496</sup> Von den ca. 1.200 bis zum

---

<sup>485</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 4; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 6 (17. Auflage: Rn. 5); Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2014, R-359, R-360; dies., in: GmbHR 2013, R-358, R-358; dies., in: GmbHR 2012, R-51, R-51; dies., in: GmbHR 2010, R-161, R-161; dies., in: GmbHR 2010, R-369, R-369; Miras, in: NZG 2012, 486, 486f; Kornblum, in: GmbHR 2010, 739, 746; ders., in: GmbHR 2011, 692, 698; Klein, in: NZG 2011, 377, 377.

<sup>486</sup> Kornblum, in: GmbHR 2015, 687, 694.

<sup>487</sup> Vgl. Roth/Altmeppen § 5a Rn. 4; Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 548; Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2014, R-359, R-360. Bis zum 01.11.2009 waren es 229 Gesellschaften, wobei die hierzu führenden Gründe auch Druck von Gesellschaftsgläubigern oder eine Unterkapitalisierung gewesen sein können, Bayer/Hoffmann/Lieder, in: GmbHR 2010, 9, 9, 12; ebenso, Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 548. Vertiefend, Lieder/Hoffmann, in: GmbHR 2011, 561, 561ff: Ca. 90 % der Übergänge sahen eine Kapitalerhöhung auf 25.000 € vor, wobei die Erhöhungen überwiegend durch Einlagen bewirkt wurden. Zudem erfolgte in nahezu allen Fällen des Übergangs zur „regulären“ GmbH eine Veränderung des Rechtsformzusatzes.

<sup>488</sup> Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 548.

<sup>489</sup> Kornblum, in: GmbHR 2010, R-53, R-53; ders., in: GmbHR 2011, 692, 698; ders., in: GmbHR 2013, 693, 703; ders., in: GmbHR 2014, 694, 703; ders., in: GmbHR 2015, 687, 695f; vgl. Wachter, in: NJW 2011, 2620, 2621.

<sup>490</sup> Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 545f.

<sup>491</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 4; vgl. Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 547. Anfang 2010 konnte anhand der vorgefundenen Zahlen noch die These aufgestellt werden, dass sich ein Stammkapital von 1.000 € durchzusetzen scheint, Bayer/Hoffmann/Lieder, in: GmbHR 2010, 9, 11. Hierzu kritisch, Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 547.

<sup>492</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 4; Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 548.

<sup>493</sup> Miras, in: NZG 2012, 486, 487: Es ist zudem von einer hohen Dunkelziffer an Gesellschaften auszugehen, die nur noch als „Karteileichen“ bestehen.

<sup>494</sup> Metzger, in: GmbHR 2010, R-342, R-343.

<sup>495</sup> Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2009, R-102, R-102; dies., in: GmbHR 2010, R-161, R-161.

<sup>496</sup> Bayer/Hoffmann/Lieder, in: GmbHR 2010, 9, 11.

01.01.2009 gegründeten Unternehmergeellschaften verwendeten 77% den Rechtsformzusatz in Kurzform.<sup>497</sup>

Es ist ebenso anzuführen, dass die Betriebsaufgaben der GmbH, bezogen auf die „reguläre“ GmbH und die Unternehmergeellschaft, da eine rechtsformspezifische Aufteilung nicht vorliegt, im Jahr 2009 gegenüber 2008 um 10% gestiegen sind, obschon bis 2008 die Betriebsaufgaben bei der „regulären“ GmbH im Vergleich zum Vorjahr jeweils gesunken waren und die gesamten Betriebsaufgaben von 2008 zu 2009 lediglich einen Anstieg von 5,2% zu verzeichnen hatten<sup>498</sup>, hingegen hier insgesamt die allgemeine Situation der Weltwirtschaft im Jahr 2009 zu berücksichtigen ist.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Unternehmergeellschaft ist eine Mischung aus den vorgeschlagenen Modellen der Basisgesellschaft mit beschränkter Haftung sowie der Unternehmensgründergesellschaft.<sup>499</sup> Sie soll die Lücke schließen, die zwischen der „regulären“ GmbH und den Personengesellschaften ausgemacht worden ist.<sup>500</sup> Die Regelung reiht sich damit in die vorherrschende europäische Entwicklung ein, die dadurch geprägt ist, kleinen und mittelständischen Unternehmen eine Gesellschaftsform zur Verfügung zu stellen, die ohne Mindestkapitalvorschriften und durch einfache Gründungsvoraussetzungen eine beschränkte Haftung ermöglicht.<sup>501</sup> Dabei sind die treibenden Kräfte zur Überarbeitung der eigenen Gesellschaftsrechte in vielen Ländern gleich, da vornehmlich der Internationalisierung der Wirtschaft, dem globalen Wettbewerb, dem Wachstum der Wirtschaft, der Entstehung neuer Wirtschaftszweige sowie der Entwicklung neuer Technologien entsprochen werden soll.<sup>502</sup>

Bei der englischen Limited und der Unternehmergeellschaft muss kein gesetzliches Mindestkapital geleistet werden. Das Haftkapitalsystem der GmbH, welches ein präventives Kapitalschutzsystem begründet, wurde bei der Unternehmergeellschaft dahingehend verändert, dass durch die besonderen in § 5a GmbHG normierten Anforderungen ein primär nachgelagertes Kapitalschutzsystem geschaffen wurde<sup>503</sup>, welches jedoch nicht dem der englischen Limited entspricht.

Wie sich gezeigt hat, brachte die Einführung der Unternehmergeellschaft vielfältige Kritik hervor, die sich im Wesentlichen auf das fehlende Mindeststammkapitalerfordernis konzentriert. Soweit diese Regelung nicht punktuell angegriffen wird, bezieht sich die Kritik auf das hierfür errichtete Gegenstück, das nachgelagerte Kapitalschutzsystem. Insofern ist die Kritik an der Unternehmergeellschaft weitestgehend im Gläubigerschutz verankert.

Die Schwierigkeit der Überarbeitung bzw. der Veränderung des Mindestkapitalerfordernisses, welches fest mit dem deutschen Kapitalgesellschaftsrecht verbunden ist, spiegelt sich im Gesetzgebungsverfahren wider. Diesbezüglich war und ist die Diskussion über die Einführung

---

<sup>497</sup> Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2009, 124, 124. Bei dem Rechtsformzusatz traten in zahlreichen Fällen Fehler auf. So wurde etwa statt *haftungsbeschränkt* der Begriff *haftungsbegrenzt* verwendet, die Gesellschaft als *Unternehmensgesellschaft* bezeichnet oder die notwendige Einfassung des Wortes *haftungsbeschränkt* in der Klammer weggelassen. Es kam gleichsam bis zum 01.11.2010 vor, dass der Begriff *haftungsbeschränkt* in über 170 Fällen orthographische Mängel aufwies. Schließlich wurde in einigen Fällen der Rechtsformzusatz *GmbH UG (haftungsbeschränkt)* gewählt, Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2010, R-369, R-369f.

<sup>498</sup> Niemeier, in: Festschrift Roth 2011, S. 533, 549.

<sup>499</sup> Leistikow § 1 Rn. 71.

<sup>500</sup> Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302.

<sup>501</sup> Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302.

<sup>502</sup> Vgl. Hopt, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1013, 1013.

<sup>503</sup> Vgl. Goette Einf. Rn. 10; Weinbeer, in: AnwBl 2008, 368, 368.

der Unternehmergesellschaft bzw. die Absenkung des Mindeststammkapitals auch von der Perspektive der jeweiligen Kritiker geprägt, die sich vom Großunternehmens- bis hin zum Existenzgründervertreter bewegt.<sup>504</sup> Es kann insgesamt festgehalten werden, dass eine Diskussion über das Erfordernis eines Mindeststammkapitals durch Aufzeigen von Alternativen das Gesellschaftsrecht insgesamt bereichert, da auch das bisherige Mindeststammkapitalrecht nicht frei von Schwächen ist.<sup>505</sup>

Es ist ersichtlich, dass die vorliegenden Streitigkeiten die eigentliche Berechtigung sowie die Funktion des Mindeststammkapitals zum Gegenstand haben. Hieran anknüpfend sind die Ansichten über eine Absenkung bzw. die Aufgabe des Mindestkapitals eine Folge des jeweiligen grundsätzlichen Standpunktes zum Mindeststammkapital, insbesondere zu dessen angemessener Höhe bzw. der diesbezüglichen effizienten Erbringung, Erhaltung und Überwachung. Selbstredend dient das Mindestkapitalerfordernis der finanziellen Ausstattungen der geschaffenen Rechtsform, obgleich es insgesamt betrachtet den Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter begründet, wobei es sowohl ein Arbeitskapital als auch eine Absicherung bildet und durch die Aufbringung von eigenem Kapital die Gesellschafter zu seriösen Geschäftsgebaren anhält, so dass eine grundsätzlich notwendige Parallelisierung der Interessen von Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern verfestigt werden soll.<sup>506</sup> Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass ein Mindeststammkapital wie aber auch eine persönliche Haftung eines Gesellschafters keinen vollständigen Gläubigerschutz bewirken kann. Betrachtet man hingegen die betragsmäßige Entwicklung des Mindeststammkapitals einer GmbH, so wird deutlich, dass im Laufe der Jahre durch die anhaltende Geldentwertung eine Verringerung des eigentlichen Werts erfolgte, so dass die Funktion des Mindeststammkapitals, die der historische Gesetzgeber angedacht hatte, einer stetigen Verringerung unterzogen war.<sup>507</sup> Im Gegenzug wurde jedoch dadurch der Ausschluss von Kleinstunternehmen aus dem Kreis der Kapitalgesellschaften stetig verringert.<sup>508</sup>

Demgegenüber zeigt der Erfolg der Limited<sup>509</sup>, klammert man insoweit die in Deutschland domizilierenden Limiteds und deren hohe Frühsterblichkeit aus, dass ein Unternehmen wirtschaftliche, volkswirtschaftliche und Gläubigerschutz betreffende Aspekte auch bei der Verwendung einer Rechtsform ohne Mindestkapital in Einklang bringen kann.<sup>510</sup> Die englische Limited ist mit etwa zwei Millionen Gesellschaften weitverbreitet. Über eine Million dieser Gesellschaften weisen ein Stammkapital von maximal 100 Britischen Pfund Sterling auf und weitere 900.000 Limiteds verfügen über ein Stammkapital von weniger als

---

<sup>504</sup> Vgl. Priester, in: DB 2005, 1315, 1315.

<sup>505</sup> Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 182; Zöllner, in: GmbHR 2006, 1, 12; Spindler, in: JZ 2006, 839, 842; vgl. Thiessen, in: ZIP 2006, 1892, 1892ff: Einführung eines sog. „Insolvenzeröffnungskapitals“; Burgard/Gundlach, in: ZIP 2006, 1568, 1571: „Insolvenzkosten-Pflichtversicherung“.

<sup>506</sup> MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 11; Wiedemann Bd. I S. 565; Wilhelmi, in: GmbHR 2006, 13, 13f, 24; Priester, in: ZIP 2005, 921, 921.

<sup>507</sup> Mit Schaffung der GmbH wurde 1892 das Mindestkapital auf 20.000 Goldmark festgesetzt. Dieser Betrag blieb auch nach der Umstellung auf DM erhalten, während mit der GmbH-Reform von 1980 eine Erhöhung auf 50.000 DM erfolgte. Mit der Einführung des Euros wurde der Betrag auf 25.000 € umgestellt. Die 1892 festgesetzten 20.000 Goldmark haben heute einen wirtschaftlichen Wert von über 100.000 €, Frank/Wachter, in: GmbHR 2002, 17, 17f; Altmeppen, in: NJW 2005, 1911, 1912.

<sup>508</sup> Von den derzeit bestehenden GmbHs weisen mehr als 70% lediglich ein gesetzliches Mindeststammkapital von 25.000 € auf, Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 29; Wiedemann Bd. I S. 565.

<sup>509</sup> U. a. ist die Insolvenzquote bei der Limited geringer als bei der GmbH, Eidenmüller, in: ZGR 2007, 168, 185.

<sup>510</sup> Dennoch wurde auch im englischen Rechtsgebiet überlegt, für kleine und mittlere Gesellschaften ein Mindeststammkapital einzuführen, was jedoch von einer Sachverständigenkommission abgelehnt wurde, Frank/Wachter, in: GmbHR 2002, 17, 21.

5.000 Britischen Pfund Sterling.<sup>511</sup> Bei der französischen *S.A.R.L.* hat sich nach Verzicht auf ein Mindeststammkapital bei neuen Gesellschaften das Stammkapital zwischen 2.400 € und 3.000 € eingependelt.<sup>512</sup> Bei dieser Betrachtung ist jedoch zu beachten, dass bei der *S.A.R.L.* in den Jahren von 2004 bis 2005<sup>513</sup> bei Gesellschaften mit einem Stammkapital von unter 7.500 € die Steuer- und Sozialversicherungsschulden um das 20fache angestiegen sind.<sup>514</sup> Insofern ist auch dadurch erneut ersichtlich, dass eine Gesellschaftsform ohne Mindeststammkapital nicht in jedem Fall einen vollständigen Erfolg erbringen muss. Des Weiteren darf bei der Betrachtung nicht verkannt werden, dass die Abschaffung des Mindeststammkapitals stets mit anderweitigen Schutzmechanismen zur Rechtfertigung der beschränkten Haftung korrespondieren muss. Daneben gibt es selbstredend auch andere Faktoren, die eine Rechtsform prägen und formen. Insofern ist an die Einbettung in das jeweilige Rechtssystem, an die wirtschaftlichen Verhältnisse, an die Verwender sowie an die Historie und die Akzeptanz der Rechtsform zu denken. Allgemein betrachtet muss jedoch festgehalten werden, dass ein Unternehmen, welches sowohl die eigenen als auch die Gläubigerinteressen angemessen berücksichtigt, stets mit mindestens dem Kapital ausgestattet werden muss, welches es im Einzelfall auch tatsächlich benötigt.

Die Unternehmergesellschaft soll Unternehmensgründungen erleichtern und die Attraktivität ausländischer Rechtsformen für deutsche Rechtsanwender mindern. Insoweit war es gerade der wirtschaftliche Bereich, für den die Reform geschaffen wurde und gleichsam zugeschnitten ist. Dies ergibt sich auch plakativ aus ihrem Namen. Die Einführung der Gesellschaft löste eine umfassende Kritik aus. Streitpunkte sind die Notwendigkeit und der Regelungsgehalt der Unternehmergesellschaft. Aufgrund des Zuschnitts der Gesellschaft für wirtschaftliche Betätigungen wurzelt auch die an der Unternehmergesellschaft haftende Kritik an ihrer Verwendung im wirtschaftlichen Bereich.

Die Unternehmergesellschaft traf bisher auf einen umfassenden Zuspruch in der Rechtswirklichkeit. Die Gesellschaftsform wurde dauerhaft nachgefragt, so dass es derzeit über 100.000 Unternehmergesellschaften gibt. Zudem sind bereits zwei Jahre nach Einführung der Unternehmergesellschaft über 1.500 Gesellschaften mittels Kapitalerhöhung zur „regulären“ GmbH aufgestiegen. Im Gegensatz zur Nachfrage bei der Unternehmergesellschaft hat sich die Anzahl der in Deutschland domizilierenden englischen Limiteds bereits im Jahr 2009 kaum verändert. Beim eingesetzten Stammkapital wurden wie bei der Limited hauptsächlich Beträge im unteren Bereich gewählt, so dass nur ein Fünftel der Gesellschaften ein Stammkapital von mehr als 1.000 € aufweist. Indikatoren für eine erhöhte Frühsterblichkeit sind indes bereits erkennbar.

Die Unternehmergesellschaft kann wie die „reguläre“ GmbH gem. § 1 GmbHG für jeden gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. So wurden von Anfang an auch nichtwirtschaftliche Unternehmergesellschaften gegründet, obschon deren Anteil, nimmt man die Unternehmergesellschaften als Maßstab, die dem Gemeinnützigkeitsrecht gem. §§ 51ff AO unterfallen, eher gering ist. Insoweit ist jedoch fraglich, ob die Kritik an der Unternehmergesellschaft auch in den nichtwirtschaftlichen Bereich übertragbar ist. Das minimal erforderliche Stammkapital sowie die einfache und zügige Gründung kann die Gesellschaft auch in diesem Bereich attraktiv machen, in welchem die „reguläre“ GmbH

---

<sup>511</sup> Luke S. 28; Kisker S. 125: 60 % von maximal 100 Pfund Sterling; Miras Rn. 76: 73 % unter 100 Pfund Sterling.

<sup>512</sup> Miras Rn. 76; Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 675; Prahm, in: ZGR 2006, 366, 369.

<sup>513</sup> Die Mindeststammkapitalpflicht wurde für die *S.A.R.L.* zum 01.08.2003 abgeschafft.

<sup>514</sup> Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Heckschen, in: DSr 2007, 1442, 1445.

bereits als Rechtsform eingesetzt worden ist.<sup>515</sup> Insbesondere die gegenüber der „regulären“ GmbH abweichende Mindestkapitalregelung könnte der Unternehmergesellschaft dabei entgegenkommen. So wurde bereits früher vertreten, dass eine wesentliche Erhöhung des Mindeststammkapitals für die GmbH nicht in Betracht kommt, da diese Rechtsform auch für nichtwirtschaftliche Organisationen benötigt wird, deren Kapitalbedarf die vom Gesetz vorgesehene Summe regelmäßig nicht überschreitet.<sup>516</sup>

Im nichtwirtschaftlichen Bereich hat der bürgerlich-rechtliche Verein einen festen Standpunkt, was sich nicht nur an der Verbreitung, sondern auch an der Verankerung im Bewusstsein der Rechtsanwender bemessen lässt. Da der eingetragene Verein seinerseits ohne jegliches Mindeststammkapital auskommt, erscheint es zumindest zweifelhaft, dass der Streit um die Berechtigung und die Ausformung der Unternehmergesellschaft mit den identischen Argumenten und Standpunkten auch im nichtwirtschaftlichen Bereich in seinem bisherigen Umfang fortgeführt wird. Diesbezüglich beruht gerade die in den §§ 21, 22 BGB angelegte Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Vereinen darauf, dass bei Vereinigungen mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung ein geringerer Verkehrsschutz erforderlich ist.<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> Derzeit gibt es schätzungsweise etwa 20.000 GmbHs im gemeinnützigen Bereich, von Holt/Koch Rn. 3.

<sup>516</sup> Wiedemann Bd. I S. 565.

<sup>517</sup> BGH NJW 1966, 2007, 2007; Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 59.

## **C. Nichtwirtschaftlicher Verein und nichtwirtschaftliche Unternehmergesellschaft**

### **I. Grundsätzliches**

Vor einer Gegenüberstellung der beiden Körperschaften ist vorab zu klären, inwieweit sich die Anwendungsbereiche der beiden Gesellschaften decken. Gem. § 1 GmbHG kann eine Unternehmergesellschaft zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. Aus § 21 BGB folgt, dass ein nichtwirtschaftlicher Verein ein Verein ist, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Bereits dadurch wird deutlich, dass sich die Zweckrichtungen der beiden Körperschaften nicht vollständig gleichen. Allgemein kann indes festgehalten werden, dass die nichtwirtschaftliche Zweckrichtung vom ideellen Zweck zu unterscheiden ist, obschon der nichtwirtschaftliche Zweck in der Regel einen ideellen Zweck begründet und die ideelle Zweckrichtung zumeist mit der steuerlichen Gemeinnützigkeit einhergeht.<sup>518</sup>

### **II. Der eingetragene Verein**

#### **1. Allgemeines**

Die Abgrenzung zwischen einem nichtwirtschaftlichen und einem wirtschaftlichen Verein ist seit Bestehen des BGB eine der umstrittensten Fragen des Vereinsrechts, zumal die Streitfrage nicht unbedeutend ist, da das Gesetz an die Feststellung, ob ein nichtwirtschaftlicher oder ein wirtschaftlicher Verein vorliegt, unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft.<sup>519</sup> Die Abgrenzung trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass ein bürgerlich-rechtlicher Verein für wirtschaftliche Erwerbszwecke ungeeignet ist, da er dem Rechtsverkehr nicht ausreichende Sicherheiten bietet.<sup>520</sup> Zudem dient die Unterscheidung nach wohl überwiegender Auffassung dem Schutz der Vereinsmitglieder sowie dem Mitbestimmungsrecht.<sup>521</sup>

Zur Abgrenzung beider Vereinsarten wurden verschiedenste Ansätze entwickelt.

#### **2. Abgrenzung wirtschaftlicher - nichtwirtschaftlicher Verein**

Der Wortlaut des § 21 BGB wird vielfach als missglückt angesehen, so dass stattdessen formuliert wird, dass nichtwirtschaftliche Vereine solche sind, deren Zweck bestimmungsgemäß nicht mittels eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erreicht werden soll, wodurch die Unterscheidung zwischen der Zielsetzung und dem Mittel, um das Ziel zu erreichen, deutlich wird.<sup>522</sup> Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann nämlich ausgeschlossen werden, dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb seiner selbst willen unterhalten wird.<sup>523</sup> Die Abgrenzung von nichtwirtschaftlichem Zweck zum Geschäftsbetrieb sowie, ob deren Verknüpfung kumulativ oder alternativ erfolgen soll, lässt sich aus dem Wortlaut des § 21

---

<sup>518</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 3; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19.

<sup>519</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 1, 16; Schwierkus S. 1; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 9; Eyles, in: NJW 1996, 1994, 1994; Reuter, in: ZIP 1984, 1052, 1054, 1058f.

<sup>520</sup> BVerwG NJW 1998, 1166, 1166; LG Frankfurt am Main ZIP 1986, 229, 229; Staudinger/Weick § 21 Rn. 1; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 5; Kraft/Kreutz S. 295; Reichert Rn. 118; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 9f; Knauth S. 10ff; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 174f.

<sup>521</sup> Vgl. BGH 1986, 3201, 3202; Reichert Rn. 119; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11f; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 7f; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 13, 17; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 175f; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 39, 55; abweichend: K.Schmidt GesR S. 669; ders., in: AcP 182 (1982), 1, 14ff; vgl. ebenso, Grunewald GesR § 8 Rn. 27.

<sup>522</sup> Vgl. BayObLGZ 1973, 303, 304; Märkle/Alber S. 21; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19; Schwierkus S. 4f; Levis, in: DJZ 1901, 479, 479.

<sup>523</sup> Knauth S. 33; Schwierkus S. 5.



BGB nicht eindeutig entnehmen.<sup>524</sup> Zu beachten ist zudem, dass selbst innerhalb der einzelnen Auffassungen keine innerliche Geschlossenheit festzustellen ist, da zwischen den eigenen Anhängern in verschiedenen Punkten keine Einigkeit besteht und zudem die Abgrenzung der verschiedenen Auffassungen nicht immer trennscharf vorgenommen werden kann. Es ist indes nicht das Ziel dieser Arbeit, den Streit in seiner epischen Breite darzustellen, sondern lediglich aufzuzeigen, welche Hauptströmungen bei der Abgrenzung der Vereinstypen hervorgetreten sind und gleichsam herauszufiltern, welchem Ansatz zu folgen ist, ohne dabei eine bis in die kleinste Verästelung vollständige Darstellung der gesamten Breite des nichtwirtschaftlichen Vereins nach diesem Ansatz leisten zu wollen.

### **a) Subjektive Theorie**

Nach der sog. subjektiven Theorie ist der vom Verein verfolgte Endzweck ausschlaggebend, so dass allein der Endzweck und nicht das Auftreten nach außen maßgebend sind.<sup>525</sup> Dies führt dazu, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit unschädlich bleibt, solange der Vereinszweck nichtwirtschaftlich ist.

### **b) Objektive Theorie**

Im Gegensatz zur subjektiven Theorie stellten andere vielmehr auf objektive Kriterien ab.<sup>526</sup> Danach ist ein wirtschaftlicher Verein immer dann gegeben, wenn die Produktion oder der Umsatz wirtschaftlicher Güter geschäftsmäßig betrieben wird, wobei die Absicht, dadurch Gewinne zu erzielen, nicht entscheidend ist.<sup>527</sup> Diese Theorie wurde aus dem allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens entwickelt.<sup>528</sup> Nach dieser Auffassung würde jeder wirtschaftliche Geschäftsbetrieb unabhängig von seinem Umfang das Bestehen eines wirtschaftlichen Vereins begründen.<sup>529</sup> Ausschlaggebend ist somit das Betreiben eines Geschäftsbetriebs, mithin die Vereinsaktivitäten<sup>530</sup>.

### **c) Gefährlichkeitstheorie**

Nach einer weiteren Ansicht ist für die Unterscheidung der Vereinstypen in erster Linie die objektive Gefährlichkeit für die Gläubiger entscheidend.<sup>531</sup> Wann ein Verein i. d. S. als gefährlich anzusehen ist, soll sich aus der Art der rechtsgeschäftlichen Handlungen, welche der Verein zur Erreichung seines Vereinszwecks aller Voraussicht nach tätigen wird, ergeben, wobei in erster Linie die schutzwürdigen Gläubigerinteressen dann bedroht sind, wenn das Vereinsvermögen nicht genügend Sicherheit bietet.<sup>532</sup> Unter Gleichstellung der Gefährlichkeit mit dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist ein Verein dann wirtschaftlich, wenn dessen Zweck hauptsächlich durch fortlaufenden Abschluss entgeltlicher Rechtsgeschäfte erreicht wird.<sup>533</sup> Damit gleicht diese Auffassung der objektiven Theorie. Anknüpfungspunkt der Ansicht ist daher ebenso die Vereinstätigkeit.

---

<sup>524</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19, Knauth S. 33; Schwierkus S. 5.

<sup>525</sup> OLG Stuttgart OLGZ 1970, 416, 417; vgl. Staudinger/Weick § 21 Rn. 5; Hölder, in: DJZ 1900, 412, 413; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 9.

<sup>526</sup> Levis, in: DJZ 1901, 479, 480; Heinemann, in: JW 1930, 1554, 1555.

<sup>527</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 5; Knauth S. 37.

<sup>528</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 5.

<sup>529</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 20, Knauth S. 37f; Schwierkus S. 6f.

<sup>530</sup> Schwierkus S. 7.

<sup>531</sup> Vgl. Knauth S. 39; Schwierkus S. 18.

<sup>532</sup> Vgl. Knauth S. 39f.

<sup>533</sup> Vgl. Knauth S. 40.

#### **d) Gemischt-subjektiv-objektive Theorie**

Wie so oft in der Rechtswissenschaft kam es zu einer Vermischung der objektiven und subjektiven Strömungen, respektive der die Theorien prägenden Gesichtspunkte. Ausgehend vom Endzweck eines Vereins soll es nach dieser Auffassung nicht ausreichend sein, auf diesen allein abzustellen, da es vielmehr notwendig sei, dass der Endzweck in dem Geschäftsbetrieb einen objektivierten, nach außen gerichteten Niederschlag findet, wobei die genaue Ausgestaltung der nach außen gerichteten geschäftlichen Tätigkeit nicht einheitlich beurteilt wurde und zudem einer zeitlichen Fortentwicklung unterlag.<sup>534</sup> Nach dieser Auffassung ist ein wirtschaftlicher Verein dann gegeben, wenn er objektiv einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb betreibt, welcher wiederum einem wirtschaftlichen Hauptzweck dient.<sup>535</sup> Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb wird als ein planmäßiges und auf Dauer angelegtes Auftreten auf einem äußeren Markt in unternehmerischer Funktion mit einer regelmäßig entgeltlichen Tätigkeit definiert.<sup>536</sup> Später wurde vertreten, dass eine nach außen gerichtete Geschäftstätigkeit nicht das einzige Kriterium für den wirtschaftlichen Charakter eines Vereins ist<sup>537</sup> und zudem eine Entgeltlichkeit nicht erforderlich sei.<sup>538</sup> Nach dieser Theorie sind daher der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb und der Vereinszweck gleichermaßen für die Beurteilung heranzuziehen.

#### **e) Teleologisch-typologische Abgrenzung**

Die voranstehenden Auffassungen führten nicht dazu, die Abgrenzungsschwierigkeiten zu beheben. Die Klassifizierungsbemühungen wiesen daher vermehrt Rechtsunsicherheiten auf. Es wurde angesichts der Vielfalt der Erscheinungsformen und Strukturtypen eines Vereins vertreten, dass es keine einheitlichen Abgrenzungskriterien geben könne.<sup>539</sup> Eine ausschließlich am Wortlaut der Norm vorgenommene Beurteilung genüge nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift.<sup>540</sup>

Die diese Aspekte in Angriff nehmende Auffassung ist zum einen teleologisch, da sie über den Gesetzeswortlaut nach dem Normzweck der §§ 21, 22 BGB, dem Flankenschutz der Normativbestimmungen der Handelsgesellschaften und Genossenschaften unter Beachtung der betroffenen schutzwürdigen Interessen, fragt und zum anderen typologisch, da kein subsumtionsfähiger Einheitstatbestand vorgegeben wird.<sup>541</sup> Dieser Ansatz hat drei Grundtypen des wirtschaftlichen Vereins herausgearbeitet:

Ein Wirtschaftsverein liegt dann vor, wenn er dem Volltypus des unternehmerischen Vereins (1.), ferner einem Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt (2.) oder

---

<sup>534</sup> Vgl. RGZ 83, 231, 233ff; 88, 332, 334; 133, 170, 176f; 154, 343, 350f; BGHZ 45, 395, 398; BayObLGZ 1973, 303, 304f; vgl. Staudinger/Weick § 21 Rn. 5f; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 5.

<sup>535</sup> Vgl. Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 21; Grunewald GesR § 8 Rn. 26; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 17f; Schwierkus S. 7f; Knauth S. 41; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 11.

<sup>536</sup> Reichert Rn. 129; Knauth S. 41; vertiefend, Schwierkus S. 9ff.

<sup>537</sup> Vgl. BGHZ 45, 395, 398; Staudinger/Weick § 21 Rn. 6.

<sup>538</sup> Entgeltlichkeit bejahend: RGZ 83, 231, 235; 154, 343, 351; wohl auch, BGHZ 15, 315, 319. Verneinend: BGHZ 45, 395, 398; BVerwG NJW 1979, 2261, 2262; BayObLGZ 1973, 303, 305. Vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 5; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 18.

<sup>539</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 23; Schwierkus S. 17; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 12ff.

<sup>540</sup> K.Schmidt GesR S. 668; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 23; Staudinger/Weick § 21 Rn. 6.

<sup>541</sup> K.Schmidt GesR S. 668f; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 24; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 6f; Reichert Rn. 130; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 19.

einem Verein mit genossenschaftlicher Kooperation (3) entspricht.<sup>542</sup> Nur wenn ein Verein keiner dieser drei Kategorien zugeordnet werden kann, ist er als ein nichtwirtschaftlicher Verein i. S. v. § 21 BGB anzusehen, so dass auch Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung als nichtwirtschaftliche Vereine eingetragen werden können.<sup>543</sup> Grund hierfür sei, dass der Zweck des Vereins kein taugliches Kriterium darstelle, um die Vereine abzugrenzen, die sich den Normativbestimmungen der GmbH, der AG und der eG unterwerfen sollen, da Kapitalgesellschaften zu jedem Zweck gegründet werden können und § 1 GenG unscharf sei, so dass man nicht nach dem möglichen Anwendungsbereich unterscheiden könne, sondern nach der jeweiligen zwingenden Domäne unter Berücksichtigung des Normzwecks von §§ 21, 22 BGB.<sup>544</sup>

Der Volltypus des unternehmerisch tätigen Vereins (1.) muss planmäßig, dauerhaft und entgeltlich als Anbieter auf einem äußeren Markt tätig sein, wobei es auf eine Gewinnerzielung oder auf eine Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommt.<sup>545</sup> Eine zwingende kaufmännische Tätigkeit ist nicht erforderlich.<sup>546</sup>

Ein Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit an einem inneren Markt (2.) ist dann gegeben, wenn er eine dauerhafte, planmäßige, anbietende und entgeltliche Tätigkeit ausschließlich oder ganz überwiegend seinen Mitgliedern gegenüber vornimmt, wobei die Angebotstätigkeit am Binnenmarkt über die typischen Vorteile jeder Vereinsmitgliedschaft hinausragen muss.<sup>547</sup>

Ein derartiger Verein tritt seinen Mitgliedern dergestalt wie ein Unternehmer gegenüber mit der Folge, dass die Mitglieder wie beliebige anonyme Marktteilnehmer anzusehen sind, die Leistungen erwerben, welche typischerweise auch auf einem äußeren Markt gegen Entgelt zu erlangen sind.<sup>548</sup> Auf eine gesonderte Erhebung des Entgelts für die Leistungen neben einem etwaigen Mitgliedsbeitrag kommt es nicht an.<sup>549</sup>

Bei einem genossenschaftlichen Vereinstypus (3.) handelt es sich um eine typische Form unternehmerischer Kooperation, bei welcher der Verein planmäßig und auf Dauer kooperativer Träger ausgelagerter unternehmerischer Teilaufgaben seiner Mitglieder ist.<sup>550</sup>

Während die Erbringung entgeltlicher Leistungen durch den Verein nicht erforderlich ist, wird jedoch verlangt, dass der Verein die Anbietertätigkeit seiner Mitglieder fördert.<sup>551</sup> Eine derartige Vereinsbetätigung ist als Umgehung der Rechtsform der Genossenschaft anzusehen.<sup>552</sup> Auch hier bestehen im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten und Streitigkeiten über die genaue Ausformung der Voraussetzungen.<sup>553</sup> Da die Gläubigerinteressen hier nicht so stark betroffen sind wie bei einer echten

---

<sup>542</sup> OLG Hamm NJW-RR 2003, 898, 899; KG NJW-RR 2005, 339, 340; DNotZ 2011, 632, 633; DStR 2012, 1195, 1196; OLG Köln FGPrax 2009, 275, 276; OLG Karlsruhe MDR 2012, 173, 173; OLG Schleswig MDR 2010, 1408, 1408; OLG Frankfurt am Main SpuRt 2011, 125, 125f; Staudinger/Weick § 21 Rn. 6; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 24; K.Schmidt GesR S. 669f; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 19; Eyles, in: NJW 1996, 1994, 1995.

<sup>543</sup> K.Schmidt GesR S. 670; Reichert Rn. 131.

<sup>544</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 6; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 6; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 12f.

<sup>545</sup> Vgl. KG DNotZ 2011, 634, 635; OLG Karlsruhe MDR 2012, 173, 174; Reichert Rn. 132; K.Schmidt GesR S. 671; ders., in: AcP 182 (1982), 1, 16.

<sup>546</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 20.

<sup>547</sup> Reichert Rn. 132, 150ff; Märkle/Alber S. 22; K.Schmidt GesR S. 672; ders., in: AcP 182 (1982), 1, 17.

<sup>548</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 28; Märkle/Alber S. 22; Eyles, in: NJW 1996, 1994, 1996.

<sup>549</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 28; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 33; abweichend: Reinhardt, in: Festschrift Paulick 1973, S. 3, 6.

<sup>550</sup> OLG Schleswig MDR 2010, 1408, 1409; K.Schmidt GesR S. 673; Reichert Rn. 132, 157; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 28; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 30.

<sup>551</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 30f; Reichert Rn. 158; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 28.

<sup>552</sup> Reichert Rn. 157.

<sup>553</sup> Vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 35f; Eyles, in: NJW 1996, 1994, 1996f.

Unternehmenstätigkeit, wird die Rechtfertigung dieser Einteilung durch die Vertreter der Auffassung in dem verfassungsrechtlich abgesicherten Rechtsformzwang gesucht.<sup>554</sup>

## f) Stellungnahme

Während die gemischt-subjektiv-objektive Theorie bis in die 1970er Jahre in der Rechtsprechung und Literatur h. M. war, bildet nunmehr der Ansatz der teleologisch-typologischen Auffassung die h. M.<sup>555, 556</sup> Zu beachten ist, dass auch die teleologisch-typologische Auffassung teilweise einer internen inhaltlichen Divergenz ihrer Anhänger unterfällt.

Die Auslegung eines Gesetzes darf nicht beim Wortlaut enden, sondern muss gleichsam auch den Sinn und Zweck der Regelung, mithin den gesetzgeberischen Willen, einschließen. Der historische Gesetzgeber stand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor der Aufgabe, zum einen im wirtschaftlichen Bereich neue Formen für Zusammenschlüsse zu schaffen und zum anderen im allgemeinen Vereinsrecht Regelungen, die der geschaffenen Vereinsfreiheit unter Berücksichtigung des Geistes der Zeit entsprachen, bereitzustellen.<sup>557</sup> Insgesamt ist erkennbar, dass in der Gesetzesinitiative unterschiedliche Strömungen entstanden, die sich in eine ideell orientierte und eine wirtschaftlich ausgerichtete einteilen lassen.<sup>558</sup> Auch das Genossenschaftsrecht wurde vom Vereinsrecht getrennt behandelt, woraus sich ergibt, dass der § 21 BGB derart verstanden werden muss, dass er Vereine betrifft, die nach ihrem Zweck und Tätigkeit nicht dem Erwerbs- und Wirtschaftsleben angehören.<sup>559</sup> Der Gesetzeswortlaut, welcher gegenüber dem Entwurf des Abgeordneten Schulze-Delitzsch von 1869 im Reichstag des Norddeutschen Bundes sowie den Entwürfen von 1871 und 1872 im Deutschen Reichstag<sup>560</sup>, dem Entwurf des Redaktors Gebhard<sup>561</sup> und dem Entwurf II der Reichstagsvorlage<sup>562</sup> lediglich eine verkürzte Definition vorsieht, begründet nichts Abweichendes.<sup>563</sup>

Die subjektive und objektive Theorie werden dem Gesetzgeberwillen durch bloßes Anknüpfen an den Wortlaut nicht gerecht.<sup>564</sup> Anstatt auf beide Merkmale, „Zweck“ und „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“, Bezug zu nehmen, wird lediglich ein Merkmal unter

---

<sup>554</sup> K.Schmidt GesR S. 674; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 36.

<sup>555</sup> Vgl. BVerwG NJW 1998, 1166, 1166f; KG NJW-RR 2005, 339, 340; DSStR 2012, 1195, 1195f; Beschluss vom 23.06.2014, Az: 12 W 66/12; OLG Schleswig MDR 2010, 1408, 1408; FGPrax 2012, 212, 213; OLG Karlsruhe MDR 2012, 173, 173; OLG Frankfurt am Main SpuRt 2011, 125, 125f; LG Frankfurt am Main NJW 1996, 2039, 2040; Eyles, in: NJW 1996, 1994, 1995; K.Schmidt, in: NJW 1998, 1124, 1125; a. A. Schad, in: NJW 1998, 2411, 2411ff.

<sup>556</sup> MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 5f; Häuser/van Look, in: ZIP 1986, 749, 751.

<sup>557</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 2.

<sup>558</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 2.

<sup>559</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 4.

<sup>560</sup> „Vereinigungen, sofern sie nicht zu den im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch aufgeführten Handels- oder Versicherungsgesellschaften, sowie zu den im Gesetz vom 4. Juli 1868 für den Norddeutschen Bund charakterisierten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gehören, und auch sonst nicht auf Erwerb, Gewinn oder einen eigentlichen Geschäftsbetrieb abzielen, ...“, Schwierkus S. 29f.

<sup>561</sup> „Personenvereine, die durch freien Zusammentritt ihrer Mitglieder gebildet werden und nicht auf Erwerb, Gewinn oder einen eigentlichen Geschäftsbetrieb abzielen, ...“, Schwierkus S. 30.

<sup>562</sup> „Vereine zu gemeinnützigen, wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder anderen nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken ...“, Schwierkus S. 31.

<sup>563</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 3; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19; Knauth S. 35; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 10; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 19.

<sup>564</sup> Vgl. Schwierkus S. 29ff; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 19f: Die subjektive Theorie findet entgegen der eigenen Überzeugung im Willen des Gesetzgebers nicht ihre Berechtigung.

nach Gewichtung erfolgter Vernachlässigung des anderen Merkmals zur Abgrenzung herangezogen. Aufgrund der Tatsache, dass der Begriff „Zweck“ mehrdeutig ist, da man unter ihm sowohl einen Endzweck als auch einen dazwischenliegenden Zweck verstehen kann, erscheint der Zweck als alleiniges Abgrenzungskriterium wenig geeignet.<sup>565</sup> Zudem würde eine ideelle Zielsetzung jeden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb mittragen, obschon eine umfängliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr einen wirksameren Gläubigerschutz bedingt, als es der bürgerlich-rechtliche Verein ermöglicht.<sup>566</sup> Da sowohl die GmbH als auch die AG zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden können, stellt der Zweck als alleiniger Anknüpfungspunkt ein untaugliches Abgrenzungsmerkmal dar. Gleichsam führt das Abstellen auf eine wirtschaftliche Betätigung zu keiner tauglichen Unterscheidung, da eine gewisse wirtschaftliche Tätigkeit durch die Vereine oftmals notwendig ist, so dass nach der objektiven Theorie dem nichtwirtschaftlichen Verein ein zu enges Korsett oktroyiert werden würde.<sup>567</sup> Insofern ist zu beachten, dass der Gesetzgeber den nichtwirtschaftlichen Verein für unbedingt förderungswürdig hielt.<sup>568</sup>

Sowohl der subjektiven als auch der objektiven Theorien ist es gemein, dass sie der Vielfalt des Vereinslebens nicht gerecht werden.<sup>569</sup> Die Regelungen der §§ 21, 22 BGB dienen dem Gläubiger- und Mitgliederschutz, was in den vorstehenden Theorien nicht ausreichend zur Geltung kommt, da weder wirtschaftliche Geschäftsbetriebe durch einen ideellen Zweck getragen werden, noch Betätigungen mit einem geringfügigen Geschäftsbetrieb zwingend wirtschaftliche Vereinigungsformen bekleiden müssen.<sup>570</sup>

Bei der Auffassung, welche auf die Gefährlichkeit für die Gläubiger des Vereins abstellt, darf nicht vernachlässigt werden, dass bei einem nichtwirtschaftlichen Verein der Bestand des Vereinsvermögens generell nicht gesichert ist und dadurch an sich jedes Rechtsgeschäft des Vereins „gefährlich“ ist.<sup>571</sup> Da die Auffassung eine faktische Gleichstellung der Gefährlichkeit mit dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb vornimmt<sup>572</sup>, erfolgt auch hier wie bei der objektiven Theorie ein ausschließlicher Bezug auf die Vereinstätigkeit, so dass diese Auffassung ebenso abzulehnen ist.

Auch die gemischt-subjektiv-objektive Theorie vermag trotz des Zusammenspiels zwischen Zweck und Tätigkeit, keine klare Grenzziehung zu bewirken.<sup>573</sup> Dieser Theorie ist vorzuwerfen, dass sich zwar vernünftige Ergebnisse in ihr wiederfinden, sie aber aufgrund der Elastizität ihrer Merkmale, „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ und „wirtschaftlicher Hauptzweck“, nicht geeignet ist, klare Entscheidungskriterien für den Rechtsanwender vorzugeben.<sup>574</sup> Nach dieser Theorie könnten zudem Vereine mit einem nicht unerheblichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bei entsprechendem Hauptzweck als nichtwirtschaftliche Vereine i. S. v. § 21 BGB angesehen werden, was aus Gläubiger- und Mitgliederschutzgesichtspunkten nicht in jedem Fall angemessen wäre.

Für den teleologisch-typologischen Ansatz spricht zunächst, dass die Abgrenzung beider Vereinstypen über den Wortlaut hinaus auch nach Sinn und Zweck der Regelung erfolgt.

---

<sup>565</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 7; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 20.

<sup>566</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 26; Knauth S. 37; Schwierkus S. 6.

<sup>567</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 26; Knauth S. 38.

<sup>568</sup> Knauth S. 38.

<sup>569</sup> K.Schmidt GesR S. 668.

<sup>570</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 20; Grunewald GesR § 8 Rn. 27.

<sup>571</sup> Knauth S. 40.

<sup>572</sup> Knauth S. 40.

<sup>573</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 26; Knauth S. 42.

<sup>574</sup> K.Schmidt GesR S. 668.

Weiterhin positiv wirkt sich aus, dass dieser Ansatz es schafft, mehr Rechtssicherheit zu vermitteln, auch wenn nicht vergessen werden darf, dass einzelne Punkte innerhalb der Auffassung umstritten sind und auch diese Theorie für den Rechtsanwender nicht die Ausräumung sämtlicher Abgrenzungsschwierigkeiten bewirkt. Im Gegensatz zur gemischt-subjektiv-objektiven Theorie können zudem aus ihr heraus zulässige Ergebnisse entwickelt werden. Die vorgegebenen drei Typen dieser Theorie vermögen es, eine klare und praktikable sowie aus Gesichtspunkten des Gläubiger- und Mitgliederschutzes notwendige Abgrenzung zu den Handelsgesellschaften und zur Genossenschaft zu erzeugen.

Es kann festgehalten werden, dass zur Abgrenzung eines wirtschaftlichen Vereins von einem nichtwirtschaftlichen Verein die Regeln der teleologisch-typologischen Auffassung zur Anwendung kommen.

### 3. Nebenzweckprivileg

Zudem muss auch nichtwirtschaftlichen Vereinen eine gewisse wirtschaftliche Aktivität zugestanden werden, soweit diese eine untergeordnete Bedeutung aufweist, was z. B. durch einen Kartenverkauf für Heimspiele eines Sportvereins oder durch das Betreiben eines Verkaufstands bei vereinseigenen Veranstaltungen gegeben sein kann, da derartige Aktivitäten oftmals der Verwirklichung eines ideellen Hauptzwecks dienen.<sup>575</sup> Insoweit greift das sog. Nebenzweckprivileg. Der Nebenzweck tritt dabei, dem Begriff entsprechend, neben den nichtwirtschaftlichen Hauptzweck, obgleich diese Mehrheit von Zwecken vom Grundsatz her problematisch ist, da das Gesetz in den §§ 21, 22 BGB lediglich auf (nur) nichtwirtschaftliche Vereine bzw. (nur) wirtschaftliche Vereine abstellt.<sup>576</sup>

Hat ein Verein einen nichtwirtschaftlichen Hauptzweck, verfolgt er aber dennoch im Rahmen dieser Zielsetzung auch wirtschaftliche Zwecke, welche der Erreichung des Hauptzwecks zu- und untergeordnet sind und wird zudem der erzielte Gewinn für die nichtwirtschaftlichen Zwecke verwendet, so ist dies nach der h. M. in der Literatur<sup>577</sup> und Rechtsprechung<sup>578</sup> unschädlich. Das Nebenzweckprivileg bedeutet streng genommen eine Durchbrechung der oben angeführten Normativbestimmungen der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, so dass es durchaus zu Gefährdungen von erheblichen Gläubigerinteressen kommen kann.<sup>579</sup> Dennoch behält das Nebenzweckprivileg<sup>580</sup>, auch im Rahmen der teleologisch-typologischen Auffassung seine Berechtigung und wird daher von den Vertretern der Ansicht in die Auffassung mit der Folge integriert, dass zunächst zu prüfen ist, ob die Betätigung einer der drei Grundtypen zuzuordnen ist.<sup>581</sup> Daran anschließend wird gefragt, ob die Betätigung eine

---

<sup>575</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 36; Soergel/Hadding § 21, 22 Rn. 33; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 19.

<sup>576</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 10; vgl. zudem, Reuter, in: ZIP 1984, 1052, 1059.

<sup>577</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 27; Kraft/Kreutz S. 297; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 36f; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 8, 19ff; Reichert Rn. 161; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 47; Schwierkus S. 66f; Knauth S. 47; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 19f; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 22; Fuhrmann, in: SpuRt 1995, 12, 12; abweichend: Sack, in: ZGR 1974, 179, 194, 205f: Abstellen auf das Vorliegen eines Handelsgewerbes.

<sup>578</sup> RGZ 83, 231, 237; 133, 170, 176f; 154, 343, 354f; BGHZ 15, 315, 319; 85, 84, 93; BGH NJW 1986, 3201, 3202; BVerwG NJW 1998, 1166, 1166; BayObLGZ 1953, 309, 312; 1989, 124, 130; OLG Hamm NJW-RR 2003, 898, 899; KG DNotZ 2011, 632, 632f; DSr 2012, 1195, 1196; OLG Karlsruhe MDR 2012, 173, 174; OLG Frankfurt am Main SpuRt 2011, 125, 125f.

<sup>579</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 14; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 21; Schwierkus S. 197ff.

<sup>580</sup> Daher ist der Begriff „Nebentätigkeitsprivileg“ an sich treffender, Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 36; Heermann, in: ZHR 170 (2006), 247, 261.

<sup>581</sup> OLG Karlsruhe MDR 2012, 173, 174; Staudinger/Weick § 21 Rn. 14; K.Schmidt GesR S. 670; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 8.

funktional untergeordnete Nebentätigkeit unter bewertender Betrachtung von Mittel und Zweck darstellt.<sup>582</sup> Entscheidend soll sein, ob das wirtschaftliche oder das nichtwirtschaftliche Tätigkeitsfeld dem Verein sein Gepräge gibt.<sup>583</sup>

Insgesamt betrachtet ist es erforderlich, dass die Nebentätigkeiten<sup>584</sup> dem Hauptzweck funktional dienen, zur Erhaltung eines zweckentsprechenden Vereinslebens erforderlich sind oder sonst für die Verfolgung des Hauptzwecks vernünftigerweise als unentbehrlich angesehen werden, wobei die Nebentätigkeit den Hauptzweck nicht vollständig finanzieren darf.<sup>585</sup>

#### **4. Besonderheiten**

##### **a) Berufs- und Fachorganisationen**

Werden die Vermögensinteressen der Mitglieder eines Vereins lediglich dadurch gefördert, dass die aufgrund des Zusammenschlusses entstandene Macht gegenüber anderen bzw. gegenüber staatlichen Stellen geltend gemacht wird, führt dies nicht zur Bejahung eines wirtschaftlichen Charakters, wodurch insbesondere Gewerkschaften keine wirtschaftlichen Vereine sind.<sup>586</sup>

##### **b) Vermögensverwaltung**

Da es auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ankommt, ist die bloße Vermögensverwaltung eines Vereins nicht schädlich, so dass dadurch kein wirtschaftlicher Verein begründet wird.<sup>587</sup> Ist die Vermögensverwaltung jedoch eigentlicher Hauptzweck des Vereins, liegt eine wirtschaftliche Vereinigung vor, wobei umstritten ist, ob der Verein dann innerhalb der Typenlehre einem Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt bzw. einem Verein mit genossenschaftlicher Kooperation zuzurechnen ist.<sup>588</sup> Davon abweichend wird vertreten, dass der sog. Vermögensverwaltungsverein eine eigenständige vierte Fallgruppe der wirtschaftlichen Vereine bildet.<sup>589</sup>

---

<sup>582</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 14; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 33, 35; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 37; Reichert Rn. 161; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 26; Heermann, in: ZHR 170 (2006), 247, 262. Vgl. auch die Versuche, objektive Kriterien zu finden: Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 23ff: Die Nebentätigkeit darf nur einen absolut und objektiv geringfügigen Umfang einnehmen; Schwierkus S. 240ff: Die Nebentätigkeit darf eine summenmäßige Grenze (10.000,00 DM) nicht überschreiten; Knauth, in: JZ 1978, 339, 343; Terner, in: Rpfleger 2005, 296, 299: Entscheidend ist das Verhältnis bei der Einnahmenverwendung respektive das Verhältnis zum Gesamtumsatz. Überlegungen zu quantitativen Abgrenzungsgrößen ablehnend, OLG Frankfurt am Main SpuRt 2011, 125, 126.

<sup>583</sup> MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 8.

<sup>584</sup> Denkbar ist auch, dass der Nebenbetrieb die Voraussetzungen der §§ 1, 2 HGB erfüllt, so dass für ihn die handelsrechtlichen Normen gelten, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 34; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 24; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 47.

<sup>585</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 36; vgl. aber auch, MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 19.

<sup>586</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 9; RGRK/Steffen § 21 Rn. 6; vgl. zudem, RGZ 83, 231, 233f.

<sup>587</sup> K.Schmidt GesR S. 670; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 40; Reichert Rn. 137; Lettl, in: DB 2000, 1449, 1450.

<sup>588</sup> Vgl. Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 40.

<sup>589</sup> MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 40, 42.

### c) Externer Geschäftsbetrieb

Es ist dem Verein möglich, einen Unternehmensvertrag i. S. v. § 291 AktG (sog. Vertragskonzern) zu schließen<sup>590</sup> oder als herrschendes oder unter bestimmten Umständen beherrschtes Unternehmen Teil eines faktischen Konzerns zu sein.<sup>591</sup> Als sog. Holdingvereine werden Vereine bezeichnet, die keinen Eigenbetrieb aufweisen, sondern durch verselbstständigte Wirtschaftseinheiten eine wirtschaftliche Haupttätigkeit entfalten, was etwa dann der Fall ist, wenn ein Verein als Alleingesellschafter einer GmbH fungiert.<sup>592</sup> Die Zulässigkeit von Beteiligungen nichtwirtschaftlicher Vereine an Gesellschaften mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb ist jedoch umstritten<sup>593</sup>, wobei nach wohl überwiegender Auffassung die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung ohne Beherrschungsstellung nicht zu einer insoweit relevanten Zurechnung für den Verein führen soll.<sup>594</sup>

Diejenigen, die eine Zurechnung grundsätzlich verneinen, berufen sich darauf, dass durch die Einhaltung der Normativbestimmungen des Handelsvereinsrechts für das abhängige Unternehmen sowie durch das Konzernrecht der Schutz der Gläubiger ausreichend gesichert ist, so dass das herrschende Unternehmen keinem Formzwang unterliegen muss.<sup>595</sup> Hiergegen wird vorgebracht, dass die Gläubiger des bürgerlich-rechtlichen Vereins darauf vertrauen, dass sich der Verein grundsätzlich nur im Rahmen des Nebenzweckprivilegs wirtschaftlich betätigt.<sup>596</sup> Zudem sei aufgrund der rechtlichen und organisatorischen Verselbstständigung die Gefahr gegeben, dass die Verwaltung und Verwendung des in der externen Rechtsform gebundenen Vereinsvermögens dem Einfluss und der Kontrolle der Mitglieder entzogen wird.<sup>597</sup> Andere sehen die Begründung der Gleichstellung von externer wirtschaftlicher Betätigung mit der durch den Eigenbetrieb erfolgten darin, dass es einem Verein immanent ist, dass die den Verein tragenden natürlichen Personen eine Risikoempfindlichkeit gegenüber zu umfangreichen wirtschaftlichen Tätigkeiten aufweisen, da durch derartige Tätigkeiten eine Gefahr für die vorrangigen nichtwirtschaftlichen Interessen des Vereins besteht und genau diese Risikoempfindlichkeit, die als Pendant zur Risikobeteiligung bei Handelsvereinigungen angesehen wird, durch Ausgliederung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf eine Tochtergesellschaft nicht ausreichend erhalten bleibt.<sup>598</sup> Ferner wird formuliert, dass es faktisch keine Verbesserung des Gläubigerschutzes erbringe, wenn man den Gläubigern anstatt „des fetten Vereins eine magere Tochtergesellschaft als Schuldnerin“ vorsetzt.<sup>599</sup>

---

<sup>590</sup> Sprengel S. 120ff, 308f.

<sup>591</sup> BGH NJW 1983, 569, 571; Sprengel S. 102ff, 129ff; vgl. Fiedler S. 69; vgl. aber auch, Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 51.

<sup>592</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 8; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 41; Reichert Rn. 140.

<sup>593</sup> Bejahend: Staudinger/Weick § 21 Rn. 8; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 41; Reichert Rn. 140; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 37ff; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 42, 48; Heermann, in: ZIP 1998, 1249, 1258; Segna, in: ZIP 1997, 1901, 1907; Lettl, in: DB 2000, 1449, 1450. Verneinend: BGH NJW 1983, 569, 571; Bamberger/Roth/Schöpflin § 21 Rn. 97; Heckelmann, in: AcP 179 (1979), 1, 48, 56; Hemmerich, in: BB 1983, 26, 31.

<sup>594</sup> KG, Beschluss vom 23.06.2014, Az: 12 W 66/12; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 40; RGRK/Steffen § 21 Rn. 6; vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 49; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 45; Segna, in: ZIP 1997, 1901, 1905.

<sup>595</sup> BGH NJW 1983, 569, 571; vgl. Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 41; vgl. Reichert Rn. 139; Bamberger/Roth/Schöpflin § 21 Rn. 97; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 42ff.

<sup>596</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 41; Segna, in: ZIP 1997, 1901, 1906.

<sup>597</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 41; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 44; Segna, in: ZIP 1997, 1901, 1907; Lettl, in: DB 2000, 1449, 1450.

<sup>598</sup> MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 24f, 39; ähnlich, Lettl, in: DB 2000, 1449, 1450; vgl. zudem, Heermann, in: ZHR 170 (2006), 247, 267.

<sup>599</sup> So etwa, K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 29; zustimmend, MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 25.



Zudem soll durch eine derartige Umgehung das Vereinsvermögen einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt sein.<sup>600</sup> Die externe wirtschaftliche Tätigkeit kann jedoch durch das Nebenzweckprivileg gedeckt sein.<sup>601</sup>

Diejenigen, die eine grundsätzliche Zurechnung verlangen bzw. eine Gleichstellung vornehmen, wissen die besseren Argumente auf ihrer Seite, auch wenn sicherlich trefflich darüber gestritten werden kann, ob tatsächlich in jedem bürgerlich-rechtlichen Verein eine ausgeprägte Risikoempfindlichkeit der Mitglieder vorhanden ist, oder ob es sich bei den Vereinen stets „um fette Vereine“ im Vergleich zu ihren Tochtergesellschaften handelt. Der Gläubiger- und Mitgliederschutz, wie er in den §§ 21, 22 BGB verankert ist, könnte jedoch durch bloße Ausgliederung ausgehöhlt werden. Es ist zutreffend, dass die Gläubiger der Tochtergesellschaften bzw. der verbundenen Gesellschaften einen Schutz durch die jeweiligen handelsgesellschaftsrechtlichen Vorschriften erfahren. Demgegenüber ist das Vertrauen der Gläubiger auf den vom historischen Gesetzgeber zugesprochenen Einsatzbereich des Vereins nicht von der Hand zu weisen. Auch die Veränderung der Vereinswirklichkeit vermag eine vollkommene Veränderung dieses Grundsatzes und der darauf basierenden Betrachtung der Vereine nicht zu bewirken. Schließlich ist es nicht anzuerkennen, dass einem nichtwirtschaftlichen Zweck gewidmete Vereinsvermögen dazu genutzt wird, einen internen oder externen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufzubauen.<sup>602</sup> Soweit die Ausgliederung als solche oder das Ausmaß der Beteiligung nicht mehr vom Nebenzweckprivileg gedeckt sind, kann der Zusammenschluss nicht in der Rechtsform des eingetragenen Vereins erfolgen, da der Gläubiger- und Mitgliederschutz insoweit nicht angemessen beachtet wird.

## **5. Zwischenergebnis**

Ein Verein ist daher dann als wirtschaftlicher Verein anzusehen, wenn er unter Verneinung des Nebenzweckprivilegs einer der drei Typen der teleologisch-typologischen Auffassung zugeordnet werden kann, eine zuzurechnende externe wirtschaftliche Betätigung unterhält oder sein Hauptzweck die Vermögensverwaltung ist. Den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprechend weisen bürgerlich-rechtliche Vereine daher im Wesentlichen ideelle Zielsetzungen, mithin „gemeinnützige, wohltätige, gesellige, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke“<sup>603</sup> auf.<sup>604</sup> Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen des Nebenzweckprivilegs ist dabei unschädlich.

## **III. Die Unternehmergesellschaft**

### **1. Allgemeines**

Die GmbH kann gem. § 1 GmbHG zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. Der Zweck der Gesellschaft (§§ 1, 61 Abs. 1 GmbHG) ist vom Unternehmensgegenstand (z. B. §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 75 Abs. 1 GmbHG) zu trennen. Eine Legaldefinition lässt sich dem

---

<sup>600</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 44.

<sup>601</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 43; Schwierkus S. 252; Segna, in: ZIP 1997, 1901, 1907. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 49f: Das Nebentätigkeitsprivileg kann bei Ausgliederungsfällen im Vergleich zu „eigenen“ wirtschaftlichen Aktivitäten weiter gefasst sein. Für eine Begrenzung des Nebentätigkeitsprivilegs in Ausgliederungsfällen, Heermann, in: ZHR 170 (2006), 247, 269.

<sup>602</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 44.

<sup>603</sup> Vgl. Entwurf II der Reichstagsvorlage zum BGB.

<sup>604</sup> Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 44.

Gesetz nicht entnehmen. Während der Gesellschaftszweck nach ganz h. M.<sup>605</sup> das gemeinsame Ziel der Gesellschafter ist, zu dessen Erreichung sie sich zusammenschließen, kennzeichnet der Unternehmensgegenstand nach h. M. das Mittel zur Erreichung dieses Ziels.<sup>606</sup> Der Unternehmensgegenstand umfasst daher die Art sowie den Bereich der Betätigung der Gesellschaft.<sup>607</sup> Der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens als Unternehmensgegenstand kann durchaus mit einem ideellen Zweck zusammentreffen.<sup>608</sup>

## 2. Die Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich

Fraglich ist, ob die Freiheit der Zweckbestimmung aus § 1 GmbHG ohne weiteres auf die Unternehmergesellschaft übertragbar ist. Dies ließe sich damit begründen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers neben den Sonderregeln des § 5a GmbHG die übrigen Normen des GmbH-Rechts auf die Gesellschaft anzuwenden sind. Folglich würde § 1 GmbHG auch bei der Unternehmergesellschaft greifen. Die daraus abzuleitende Feststellung, dass die Unternehmergesellschaft für eine nichtwirtschaftliche Zweckverfolgung verwendet werden kann, wird jedoch teilweise hinterfragt.<sup>609</sup> Anknüpfungspunkt hierfür ist § 5a Abs. 3 GmbHG. Die Thesaurierungspflicht soll die Gesellschafter zur Anhäufung einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung zwingen, wodurch letztlich versucht wird, das fehlende Mindeststammkapitalerfordernis auszugleichen. Die Nutzung der Unternehmergesellschaft für nichtwirtschaftliche Zwecke begründet jedoch die Gefahr, dass von Anfang an aufgrund einer fehlenden Gewinnerzielung die Bildung einer Rücklage absehbar nicht erfolgt.<sup>610</sup>

Entscheidend ist indes, dass die Rücklagenbildung nicht Voraussetzung für das Bestehen einer Unternehmergesellschaft ist, sondern sich lediglich als Rechtsfolge darstellt, und zwar auch nur für den Fall, dass tatsächlich Gewinne erzielt werden.<sup>611</sup> Ein Wille des Gesetzgebers, dass die Gesellschaft zwingend auf eine Gewinnerzielung auszurichten ist, ist nicht erkennbar. Zuzugeben ist, dass § 5a Abs. 3 GmbHG wie die gesamte Unternehmergesellschaft auf eine unternehmerische Tätigkeit zugeschnitten ist. Zieht man indes die Finanzverfassung eines eingetragenen Vereins zum Vergleich heran, so wird deutlich, dass ein Erfordernis zur stets möglichen Thesaurierung, wie es teilweise gesehen wird<sup>612</sup>, jedenfalls auf den nichtwirtschaftlichen Bereich nicht in gleichem Maße übertragbar ist.

Folglich steht die Pflicht zur Rücklagenbildung der Ansiedlung einer Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich nicht entgegen. Gleiches gilt für den notwendigen Rechtsformzusatz, der zwar aufgrund des Begriffs „Unternehmer“ eine

---

<sup>605</sup> BGH NJW 1995, 192, 192; BayObLGZ 1975, 447, 447; Scholz/Emmerich § 1 Rn. 2; vgl. zum Streit, Hachenburg/Ulmer § 1 Rn. 6ff; Scholz/Emmerich § 1 Rn. 2ff.

<sup>606</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 4 Rn. 1; Hachenburg/Ulmer § 1 Rn. 6.

<sup>607</sup> Baumbach/Hueck § 3 Rn. 7.

<sup>608</sup> Scholz/Emmerich § 1 Rn. 2b; Thiel, in: GmbHR 1997, 10, 11.

<sup>609</sup> Vgl. bezüglich einer gemeinnützigen Zweckrichtung, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 87; Miras Rn. 410f.

<sup>610</sup> Dieselbe Problematik stellt sich im Übrigen auch bei der Frage, ob eine Unternehmergesellschaft als Komplementärin einer KG eingesetzt werden kann, mithin ob eine UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG zulässig ist, wenn die Unternehmergesellschaft nicht am Vermögen respektive am Gewinn der KG beteiligt ist. Bejahend: Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 87; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 40; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 40; Miras Rn. 399; Kock/Vater/Mraz, in: BB 2009, 848, 851. Verneinend: Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779. Bedenken äußernd: Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 12 Rn. 7; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Wachter § 4 Rn. 127, 132; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1084; Westermann, in: DZWIR 2008, 485, 488; Weber, in: BB 2009, 842, 847.

<sup>611</sup> Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 39; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 40; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 87; Jordan S. 115; Kock/Vater/Mraz, in: BB 2009, 848, 851; Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2009, R-102, R-102; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1499.

<sup>612</sup> Vgl. Wicke § 5a Rn. 19; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Wachter § 4 Rn. 127, 132.

wirtschaftliche Tätigkeit nahelegt, hingegen dadurch lediglich die besondere Form der GmbH unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber primär angedachten Einsatzbereichs gekennzeichnet wird, so dass damit nicht eine etwaige Eingrenzung der eröffneten Felder für die Rechtsform verbunden ist.

### **3. Zwischenergebnis**

Die Unternehmergesellschaft kann daher zur Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks errichtet werden, wodurch sie von der allgemeinen Zweckrichtung her auch den Einsatzbereich des bürgerlich-rechtlichen Vereins abdecken kann.

## **IV. Allgemeine Gegenüberstellung des eingetragenen Vereins und der Unternehmergesellschaft**

Der weite, aus § 1 GmbHG folgende und sich mit dem des bürgerlich-rechtlichen Vereins deckende Einsatzbereich der Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich kann indes Beschränkungen aufweisen, welche aus einer allgemeinen Gegenüberstellung der beiden Verbände folgen. Es ist daher notwendig, dem Vergleich der beiden Körperschaften eine allgemeine Betrachtung der Geschichte, des Sinn und Zwecks sowie der Systematik der beiden Rechtsformen voranzustellen. Erst eine umfassende Betrachtung eröffnet einen unverhüllten, vollständigen Blick, da sich bereits aus ihr diverse Einschränkungen für die Fähigkeit der Unternehmergesellschaft als Alternative zum eingetragenen Verein ergeben können. Darüber hinaus kann einer solchen Betrachtung auch entnommen werden, ob etwaige Fehlentwicklungen aufgetreten sind.

### **1. Geschichte**

Ohne eine Untersuchung des Ursprungs und der Entwicklung des Rechts bis zur heutigen Zeit erscheint ein Blick in die Gegenwart und darüber hinaus in die Zukunft kaum möglich.<sup>613</sup>

#### **a) Gesellschaftsrecht**

Das Gesellschaftsrecht nach heutigem Verständnis hat sich im Wesentlichen im 19. und 20. Jahrhundert entwickelt, wobei der Bedeutungszuwachs und die starke Ausdifferenzierung dem 20. Jahrhundert geschuldet sind.<sup>614</sup> Die einzelnen Gesellschaftsformen haben ihre Wurzeln teilweise im römischen teilweise im deutschen Recht.<sup>615</sup> Als entscheidender Meilenstein für die Entwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts insgesamt wird die Schaffung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB)<sup>616</sup> von 1861 angesehen.<sup>617</sup> Indes sind das Gesellschaftsrecht und das Handelsrecht keine sich deckenden Begriffe, was nicht nur aus der gesetzlichen Auskoppelung der AG und der KGaA aus dem

---

<sup>613</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 54.

<sup>614</sup> Kübler/Assmann S. 5; K.Schmidt GesR S. 54.

<sup>615</sup> Peter/Crezelius A Rn. 3; Windbichler § 1 Rn. 25; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 18.

<sup>616</sup> Das Gesetz wurde von der Bundesversammlung verabschiedet. Durch die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Deutschen Bundes wurde das Gesetz als Allgemeines Recht von den Einzelstaaten eingeführt, wobei dies in nahezu allen wichtigen Ländern geschah. 1869 übernahm es der Norddeutsche Bund (Gesetz vom 05.06.1869, GS S. 449) und 1871 das Deutsche Reich als eigenes Gesetz (Gesetz vom 16./22.04.1871, RGBl. S. 63, 87), Wiedemann Bd. I S. 26; Canaris HandelsR § 1 Rn. 51f; Baumbach/Hopt Einl v § 1 Rn. 9; Schubert, in: ZHR 144 (1980), 484, 484ff.

<sup>617</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 18; Steding Rn. 19.

HGB im Jahre 1937<sup>618</sup> folgt, sondern auch aus den unterschiedlichen Regelungsgehalten von Gesellschaftsrecht und Handelsrecht, so dass beide Rechtsgebiete vielmehr eine zunehmende Entfernung voneinander aufweisen.<sup>619</sup>

Die Entwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts ist geprägt von der Entwicklung der jeweiligen Gesellschaftsformen, so dass eine umfassende Geschichte des Gesellschaftsrechts nicht vorliegt, woraus ein nach Rechtsformen differenzierter Entwicklungsprozess resultiert.<sup>620</sup> Die Rechtsentwicklung wird dabei von den jeweils vorherrschenden gesellschafts- und sozialpolitischen aber auch von wirtschaftlichen Gegebenheiten geprägt, mithin von dem Bedürfnis nach zeitgemäßen Rechtsformen.<sup>621</sup> Insgesamt betrachtet folgte die Entwicklung des Gesellschaftsrechts den Strömungen und Kanalisierungen des allgemeinen Privatrechts.<sup>622</sup>

## aa) Römisches Recht

Bereits das römische Recht differenzierte zwischen bloßen schuldrechtlichen Bindungen (*societas*) und einer körperlich verfassten Organisationsform.<sup>623</sup> Die körperlich verfassten Organisationen waren rechtsfähig<sup>624</sup>, obschon die Römer in den Verbänden kein von den Mitgliedern gelöstes Rechtssubjekt gesehen haben, sondern eher die Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder.<sup>625</sup> Diese eigenständigen Verbände traf man nicht nur als privatrechtliche Vereine (*collegia, sodalitates*) an, sondern auch öffentliche Einrichtungen wie den Staat oder die Gemeinden (*universitas*<sup>626</sup>, *municipia, coloniae*) waren als solche organisiert.<sup>627</sup> Den Vereinen, die sich jede rechtmäßige Satzung geben konnten, kam in der Antike eine bedeutende Rolle zu; zu ihnen zählten sowohl gesellige und kultische Vereine als auch Handwerkszünfte.<sup>628</sup> Die römischen Vereine und Körperschaften wiesen drei Merkmale auf, die heute noch für eine juristische Person wesentlich sind: (1.) Rechtsfähigkeit, (2.) Unabhängigkeit vom Bestand der Mitglieder und (3.) Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen.<sup>629</sup>

## bb) Deutsches Recht

Die Geschichte des deutschen Gesellschaftsrechts ist eng mit der vergleichsweise spät beseitigten politischen Zersplitterung Deutschlands verknüpft.<sup>630</sup> Der Rechtsbereich des

---

<sup>618</sup> Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.01.1937, RGBI. I 1937, S. 107, 588, 1140. Teile der Reform, die auf dem Entwurf eines selbstständigen Aktiengesetzes von 1930 beruhen, wurden bereits 1931 im Rahmen der Weltwirtschaftskrise durch die Notverordnung des Reichspräsidenten (RGBI. I 1931, S. 493) in Kraft gesetzt, Wiedemann Bd. I S. 29f; Staub/Brüggemann Einl Rn. 23.

<sup>619</sup> Steding Rn. 19; K.Schmidt HandelsR § 1 Rn. 28.

<sup>620</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 54; Steding Rn. 19.

<sup>621</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 54f; Kübler/Assmann S. 5; Steding Rn. 19f.

<sup>622</sup> Wiedemann Bd. I S. 25.

<sup>623</sup> Kübler/Assmann S. 5; Windbichler § 1 Rn. 26; Harke § 9 Rn. 32ff.

<sup>624</sup> Schöpflin S. 24: Das römische Recht kannte den Begriff Rechtsfähigkeit nicht.

<sup>625</sup> Windbichler § 1 Rn. 26; Kaser/Knütel § 17 Rn. 2; Hausmaninger/Selb S. 140. Differenzierend: Reichert Rn. 21; Sohm/Mitteis/Wenger S. 203ff: Eine eigenständige „Rechtsfähigkeit“ des Vereins sah das römische Recht nur für Verbände des Öffentlichen Rechts vor, hingegen bei privaten Verbänden die Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder als Rechtsträger galt, wobei jedoch die Rechtsstellung der privaten Verbände zunehmend wuchs.

<sup>626</sup> Schnorr von Carolsfeld S. 144: Der Begriff „*universitas*“ beschrieb ursprünglich keine Korporationen.

<sup>627</sup> Kübler/Assmann S. 5; Honsell S. 24; Kaser/Knütel § 17 Rn. 8.

<sup>628</sup> Honsell S. 24; Harke § 9 Rn. 39.

<sup>629</sup> Honsell S. 24; Windbichler § 1 Rn. 26; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 5.

<sup>630</sup> Kübler/Assmann S. 7.

Gesellschaftsrechts setzt sich aus mehreren Formen hervorgegangener Rechtsgemeinschaften zusammen, wobei einige die Entwicklung des Rechts nicht überlebten.<sup>631</sup> Die systematische Vielfältigkeit der Rechtsformen lässt sich insgesamt auf zwei Grundtypen zusammenfassen, so dass man insoweit zwischen den deutschrechtlichen Körperschaften und den Gemeinschaften zur gesamten Hand unterscheiden kann.<sup>632</sup>

Personenvereinigungen sind bereits aus ältesten Zeiten bekannt, hingegen erst im Mittelalter rechtsfähige Körperschaften entstanden, die zu verschiedensten Zwecken geschaffen wurden, wobei die Loslösung des Verbands von den Mitgliedern nicht den Umfang des römischen Rechts erreichte.<sup>633</sup> Während die frühmittelalterliche Sozialverfassung im Wesentlichen auf den wenig strukturierten genossenschaftlichen Lebensformen der Sippe und der Dorfgemeinschaft beruhte, entwickelten sich im Mittelalter viel differenziertere Körperschaften, wobei insoweit die Zünfte, die Kaufmannsgilden, die Stadtgemeinschaften aber auch die Deichgenossenschaften zu nennen sind.<sup>634</sup> Zwar kamen diese Körperschaften der juristischen Person nach heutigem Verständnis schon nah, hingegen waren sie nicht derart verselbstständigt, dass in der Beziehung zwischen den Mitgliedern und der Körperschaft eine Beziehung zwischen zwei unterschiedlichen Rechtspersonen gesehen wurde.<sup>635</sup> Darüber hinaus stand die Verfassung der Zünfte und der Genossenschaften nicht zur Disposition der Mitglieder, zumal die Zünfte und Gilden vielmehr als Teil der Stadtverfassung keine Rechtsschöpfungen der Mitglieder waren, sondern kraft ihrer Tradition als vorgegebene Lebensgemeinschaften angesehen wurden, in die man hineingeboren wurde oder einheiratete und deren Regeln schlichtweg schriftlich fixiert waren.<sup>636</sup>

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand, eine Besonderheit des deutschen Rechts, unterscheidet sich von der römischen *societas* in der Weise, dass nicht eine bloße schuldrechtliche Beziehung begründet wird, sondern eine wirkliche Gemeinschaft entsteht, was sich insbesondere am Gesellschaftsvermögen zeigt, da dieses vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennt ist.<sup>637</sup> Seit dem 13. Jahrhundert entstanden in den Städten die ersten kaufmännischen Personengesellschaften, die den Ursprung der heutigen KG und OHG bilden.<sup>638</sup>

Die seit Beginn des 17. Jahrhunderts zur Kolonialisierung eingesetzten Handelskompanien begründen die Anfänge der modernen Kapitalgesellschaften, was jedoch historisch bedingt keine Entwicklung des deutschen Rechts ist.<sup>639</sup> Diese Gesellschaften nahmen neben den wirtschaftlichen Tätigkeiten auch hoheitliche Rechte und Pflichten wahr.<sup>640</sup>

---

<sup>631</sup> Buchda S. 15.

<sup>632</sup> Windbichler § 1 Rn. 27; Buchda S. 15: Rechtsverhältnisse, welche der Gesamthandslehre entsprechen und aus der Hausgemeinschaft hervorgegangen sind, sind z. B. die bäuerlichen Gemeinderschaften, ritterliche Ganerbschaften oder Erbverbrüderungen des hohen Adels.

<sup>633</sup> Windbichler § 1 Rn. 27.

<sup>634</sup> Kübler/Assmann S. 5.

<sup>635</sup> Windbichler § 1 Rn. 27; Kübler/Assmann S. 5.

<sup>636</sup> Kübler/Assmann S. 5f.

<sup>637</sup> Windbichler § 1 Rn. 27.

<sup>638</sup> Vgl. Nagel S. 2; Kübler/Assmann S. 5: Die sog. *comenda* (*societas maris*) bildet den Ursprung der heutigen KG und der stillen Gesellschaft, hingegen die OHG ihren Ursprung in der sog. *compagnia* (*societas fratrum*) findet.

<sup>639</sup> Nagel S. 2; Kübler/Assmann S. 5; Gmür, in: Festschrift Westermann 1974, S. 167, 168f, 171.

<sup>640</sup> Kübler/Assmann S. 5; Neuling S. 25.

Entscheidend für die Entwicklung der historischen Gesellschaftsformen war das in der Zeit der Aufklärung<sup>641</sup> aufkommende Gedankengut.<sup>642</sup> Bis dahin waren die gesellschaftsbezogenen Rechte eingebunden in die damaligen Gesellschaftsordnungen, die zwar Eigentum, Gewerbe und Vereinigungen kannten, hingegen diese Rechte keine bürgerlichen Freiheitsrechte darstellten, da sie vielmehr nur eine zugeeilte Sozialfunktion einnahmen, um die vorgegebene gesellschaftliche Ordnung zu stabilisieren.<sup>643</sup> Die zu diesem Zeitpunkt einsetzende aufgeklärte-administrative Reorganisation des Gemeinwesens, die den Prinzipien der Privatautonomie, des Privateigentums sowie der Gewerbe- und Vereinigungsfreiheit folgte, eröffnete die Möglichkeit zur Schaffung eines Gesellschaftsrechts nach heutigem Verständnis.<sup>644</sup> Während zum einen das ständische Feudalwesen sowie die Zunftzwänge beseitigt wurden, erfolgte zum anderen eine Verringerung der politischen und wirtschaftlichen Restriktionen.<sup>645</sup> Grundsätzlich konnte jeder Bürger seit dieser Zeit seine ökonomischen Anstrengungen in Form einer Gesellschaft betreiben oder aber sich zur Verfolgung ideeller Ziele in zivilrechtlichen Vereinen zusammenschließen.<sup>646</sup> Der technische und wirtschaftliche Aufschwung im 19. Jahrhundert führte zu einer Ökonomisierung weiter gesellschaftlicher Bereiche, die entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen bedingte.<sup>647</sup>

Die erste europäische Kodifikation des Gesellschaftsrechts wies das preußische ALR von 1794 auf, in dem noch das Handelsrecht als Standesrecht betrachtet wurde.<sup>648</sup> Das ALR sah für alle privatrechtlichen Verbände eine prinzipielle Vereinigungsfreiheit<sup>649</sup> vor, auch wenn diese von bestimmten polizeirechtlichen Einschränkungen flankiert war.<sup>650</sup> In der Kodifikationsgeschichte folgte sodann der französische *code de commerce* von 1807, der in den linksrheinischen Gebieten sowie in Baden<sup>651</sup> galt und auch noch nach den Befreiungskriegen bis etwa zur Mitte des 19. Jahrhunderts maßgeblich war.<sup>652</sup>

Dem ALR folgte die erste zusammenfassende Regelung des Gesellschaftsrechts durch das Allgemeine<sup>653</sup> Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, in dem die OHG, KG, AG und KGaA aber auch die stille Gesellschaft und die Gelegenheitsgesellschaft geregelt waren.<sup>654</sup> Bedingt durch die gesellschaftliche, rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung folgten weitere gesetzliche Regelungen. Hier ist die Aktienrechtsnovelle von 1870<sup>655</sup> zu nennen, durch welche die staatliche Konzessionierung der einzelnen Gesellschaften aufgehoben und durch eine Gründungsfreiheit mit Registrierungszwang ersetzt wurde.<sup>656</sup> Weitere maßgebliche Entwicklungen sind die Aktiennovelle von 1884<sup>657</sup> sowie die Schaffung

---

<sup>641</sup> Die Epoche der Aufklärung reichte vom Ende des 17. Jahrhunderts bis ins 19. Jahrhundert.

<sup>642</sup> Windbichler § 1 Rn. 29; Nagel S. 3.

<sup>643</sup> Kübler/Assmann S. 6; Nagel S. 3.

<sup>644</sup> Kübler/Assmann S. 7; Windbichler § 1 Rn. 29.

<sup>645</sup> Kübler/Assmann S. 7; Laufs, in: JuS 1968, 311, 312.

<sup>646</sup> Kübler/Assmann S. 7.

<sup>647</sup> Nagel S. 4: Die stürmische industrielle Entwicklung in Deutschland in den Jahren zwischen 1838 und 1884 wird als sog. Take-off-Phase bezeichnet.

<sup>648</sup> Kindler § 9 Rn. 35; Wiedemann Bd. I S. 25.

<sup>649</sup> Vgl. ALR II 6 § 2.

<sup>650</sup> Kindler § 9 Rn. 35; Wiedemann Bd. I S. 25.

<sup>651</sup> Als Anhang zum Badischen Landrecht, Staub/Oetker Einl Rn. 2.

<sup>652</sup> Jung § 1 Rn. 9; Kindler § 9 Rn. 35; K.Schmidt HandelsR § 2 Rn. 5; Meyer Rn. 6.

<sup>653</sup> Das sog. Allgemeine Recht ist das vor der Herstellung der Rechtseinheit auf Parallelgesetzgebung der Bundesstaaten beruhende Einheitsrecht, K.Schmidt HandelsR § 2 Rn. 6. Das ADHGB wurde bis 1869 von fast allen deutschen Bundesstaaten eingeführt, Vormbaum S. 92.

<sup>654</sup> Kindler § 9 Rn. 36; Kübler/Assmann S. 7.

<sup>655</sup> Gesetz vom 11.06.1870 (GBl. des Norddeutschen Bundes S. 375).

<sup>656</sup> Kindler § 9 Rn. 36; Wiedemann Bd. I S. 26; Neuling S. 27.

<sup>657</sup> Gesetz vom 18.07.1884, RGBl. S. 123.

des GenG von 1889<sup>658</sup> und des GmbHG von 1892<sup>659</sup>. In diesem Zusammenhang sind gleichsam die Kodifizierungen durch das BGB von 1896<sup>660</sup> und durch das HGB von 1897<sup>661</sup>, die beide am 01.01.1900 in Kraft traten, zu erwähnen. Die Grundausrichtung des im HGB und BGB geregelten Gesellschaftsrechts war es, einen sich selbst steuernden Markt gegen obrigkeitliche Eingriffe abzusichern und die Interessen von Unternehmern, Anlegern bzw. Mitgliedern und Gläubigern zu harmonisieren.<sup>662</sup>

Insgesamt betrachtet wurde zwischen 1861 und 1897 das im Wesentlichen noch heute geltende Gesellschaftsrecht geschaffen.<sup>663</sup>

Die gesetzgeberischen Maßnahmen des 20. Jahrhunderts bezogen sich weitestgehend auf das Aktienrecht<sup>664</sup> und das allgemeine Unternehmensrecht.<sup>665</sup> Insgesamt unterlag das Gesellschaftsrecht dem weiteren allgemeinen gesellschaftspolitischen Wandel. Es ist zudem Spiegelbild der jeweiligen wirtschaftlichen und politischen Umstände, die von Gründerjahren, Weltkriegen, Wirtschaftskrisen und erneuten wirtschaftlichen Aufschwüngen gekennzeichnet sind. Des Weiteren ist die Fortschreibung des Gesellschaftsrechts von der politischen Ausrichtung des jeweiligen Gesetzgebers abhängig, so dass stets das Bedürfnis besteht, dass das Gesellschaftsrecht den sozial- und wirtschaftspolitischen Zielen entspricht.<sup>666</sup> Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften unterfallen letztlich einer fortlaufenden Praktikabilitätsprüfung.

Zudem ist das Gesellschaftsrecht nach dem Ende des zweiten Weltkriegs durch „äußere“ Einflüsse geprägt<sup>667</sup>. Hierbei ist insbesondere das Mitbestimmungsgesetz von 1976<sup>668</sup> zu nennen, wodurch die Stellung der Arbeitnehmer in den betroffenen Gesellschaften erhebliches Gewicht gewonnen hat.<sup>669</sup> Schließlich strahlt auch die anhaltende Globalisierung auf das deutsche Gesellschaftsrecht aus. Das Gesellschaftsrecht ist daher in heutiger Zeit von den Bemühungen der EU geprägt, eine Rechtsformvereinheitlichung zu schaffen, wobei auch die Begründung supranationaler Gesellschaftsformen hierzu beitragen soll.<sup>670</sup> Die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarkts bedingt insofern die Herstellung von möglichst einheitlichen Rahmenbedingungen.<sup>671</sup> Die Entwicklung des deutschen Handels- und Gesellschaftsrechts war stets eingebunden in die gesamteuropäische Entwicklung<sup>672</sup>, so dass der Einfluss des Gemeinschaftsrechts in der heutigen Zeit der Entwicklung des Gesellschaftsrechts selbst entspringt und daher dieser immanent ist.

---

<sup>658</sup> Gesetz vom 01.05.1889, RGBL. S. 55.

<sup>659</sup> Gesetz vom 20.04.1892, RGBL. S. 477.

<sup>660</sup> Gesetz vom 18.08.1896, RGBL. S. 195.

<sup>661</sup> Gesetz vom 10.05.1897, RGBL. S. 219. Das ADHGB enthielt eine Vielzahl von Vorschriften, die dogmatisch in das Bürgerliche Recht gehören (z.B. Art. 52 ADHGB - § 164 BGB, Art. 317ff ADHGB - §§ 145ff BGB, Art. 283 ADHGB - §§ 249, 252 BGB). Sie wurden aufgrund der engen Verknüpfung mit dem Handelsrecht und dem Fehlen eines einheitlichen Bürgerlichen Rechts im damaligen Deutschland in das ADHGB aufgenommen. Durch die Schaffung des BGB ergab sich insofern eine notwendige Revision des ADHGB, Canaris § 1 Rn. 52f; vgl. Kindler § 9 Rn. 38; K.Schmidt, in: ZHR 161 (1997), 2, 4.

<sup>662</sup> Kübler/Assmann S. 8.

<sup>663</sup> Wiedemann Bd. I S. 28; Kübler/Assmann S. 9.

<sup>664</sup> Vgl. Aktiengesetz vom 30.01.1937, RGBL. I S. 107, 588, 1140; vom 06.09.1965, BGBl. I S. 1089.

<sup>665</sup> Kindler § 9 Rn. 39.

<sup>666</sup> Kübler/Assmann S. 15, 16.

<sup>667</sup> Wiedemann Bd. I S. 33.

<sup>668</sup> Gesetz vom 04.05.1976, BGBl. I S. 1153.

<sup>669</sup> Vgl. Kübler/Assmann S. 15.

<sup>670</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 19; K.Schmidt GesR S. 36f; Staub/Brüggemann Einl Rn. 24.

<sup>671</sup> Behrens, in: GmbHR 1993, 129, 129; Groß, in: EuZW 1994, 395, 395.

<sup>672</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 6; Eisenhardt, in: Festschrift Raisch 1995, S. 51, 64.

## b) Bürgerlich-rechtlicher Verein

Die Bildung von Vereinen sah bereits das Altertum vor.<sup>673</sup> Das römische Recht erlaubte im 12-Tafelgesetz die Bildung von Vereinen (*collegia, sodalitates*) zu jedem nicht gesetzeswidrigen Zweck, auch wenn diese freie Vereinsbildung später wieder eingeschränkt wurde.<sup>674</sup> Eine gesetzliche Normierung der inneren Angelegenheiten bestand nicht, so dass zum einen die Regeln der Satzung aber auch die herausgebildeten Rechtsgrundsätze maßgebend waren.<sup>675</sup>

In der germanisch-deutschen Zeit kann die Sippe als Vorläufer der heutigen Vereine angesehen werden.<sup>676</sup> In den Städten bildeten sich Berufsgenossenschaften heraus, die als Zünfte (Gilden) bezeichnet wurden.<sup>677</sup> Bis in die Zeit des Absolutismus wirkte der Staat bei der Bildung von Vereinen mit.<sup>678</sup> Erst in den Jahren 1770-1800 kamen vermehrt Gesellschaften mit kultureller, geselliger oder patriotischer Zielsetzung auf, die vereinsähnliche Strukturen nach heutigem Verständnis hatten.<sup>679</sup> Es darf indes nicht verkannt werden, dass bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nicht zwischen öffentlichen und privaten Kooperationen unterschieden wurde.<sup>680</sup>

Das Recht des sog. Idealvereins ist denknotwendig eng verwoben mit der Entwicklung der Vereinigungsfreiheit. Sowohl in der amerikanischen Verfassung von 1787 als auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 fehlt ein Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit, da in einem absolutistischen Staat hinter jeder Vereinigung, die nicht kaufmännischer Art ist, eine politische Opposition befürchtet wurde.<sup>681</sup> Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit setzte sich jedoch als Ergebnis der politischen Bewegung des Liberalismus und des Frühsozialismus ab der Mitte des 19. Jahrhunderts durch, da die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch im Zusammenschluss gesucht wurde.<sup>682</sup> Insofern sah Art. VIII § 162 der Verfassung der Nationalversammlung in Frankfurt vom 28.03.1849 bereits eine Vereinigungsfreiheit vor.<sup>683</sup> Zwar trat die Paulskirchenverfassung nicht in Kraft, dennoch wirkte sie sich auf die in den folgenden Jahren erlassenen Landesverfassungen und Landesgesetze aus.<sup>684</sup> Dass es durch die Schaffung der Vereinigungsfreiheit in ihren Anfängen nicht gelang, einen kooperativen Gesellschaftsaufbau durchzusetzen, ist der Interpretation des Rechts geschuldet, da man lediglich von individuellen Freiheitsrechten ausging, die es zwar dem Einzelnen ermöglichten, seine Meinung einer gemeinsamen Bildung und Äußerung zuzuführen, hingegen die Anerkennung dieser Gemeinschaft als eigenes rechtliches Kollektiv damit nicht einherging.<sup>685</sup>

---

<sup>673</sup> Reichert Rn. 19.

<sup>674</sup> Kaser/Knütel § 17 Rn. 10; Mummenhoff S. 20; Sohm/Mitteis/Wenger S. 205; Waldstein/Rainer § 10 Rn. 10; Reichert Rn. 20.

<sup>675</sup> Reichert Rn. 20; Kaser/Knütel § 17 Rn. 9, 11.

<sup>676</sup> Reichert Rn. 23.

<sup>677</sup> Reichert Rn. 23.

<sup>678</sup> Reichert Rn. 24.

<sup>679</sup> HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 5.

<sup>680</sup> Wiedemann Bd. I S. 661; Mummenhoff S. 60; Kübler/Assmann S. 6.

<sup>681</sup> Kübler/Assmann S. 10; Wiedemann Bd. I S. 661; Vormbaum S. 27; Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 3.

<sup>682</sup> Wiedemann Bd. I S. 662; Mummenhoff S. 34f; AK/Rinken Art. 9 Abs. 1 Rn. 1; Schöpflin S. 21.

<sup>683</sup> Art. VIII § 162: „Die Deutschen haben das Recht, Vereine zu bilden. Dieses Recht soll durch keine vorbeugende Maaßregel beschränkt werden.“

<sup>684</sup> Wiedemann Bd. I S. 663; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 16; vgl. Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 5.

<sup>685</sup> Wiedemann Bd. I S. 664: Diese Interpretation des Rechts änderte sich erst nach dem zweiten Weltkrieg.



Die wirtschaftliche, politische und gesellschaftspolitische Entwicklung brachte nicht nur die Vereinigungsfreiheit als empfundenes Menschenrecht hervor, sondern aus dieser Bewegung heraus wurde auch die Schaffung einer entsprechenden gesellschaftlichen Organisationsform gefordert.<sup>686</sup> Demgegenüber führten die vermehrt aufkommende Arbeiterbewegung und die politischen Gegensätzlichkeiten zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Schaffung eines bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts.<sup>687</sup>

Das ALR von 1794 (ALR II, 6) wies bereits eine dem Zeitgeist entsprechende Vereinigungsfreiheit auf, die auf einem Konzessionsprinzip aufbaute und eine ausgedehnte Staatsaufsicht vorsah, so dass gemeinnützige Vereine zwar eine Förderung erfuhren, andererseits bestand eine weitgehende Eingliederung der Vereine in die Staatsverwaltung.<sup>688</sup> Zudem wurde durch eine Reihe von Spezialgesetzen die Vereinigungsfreiheit wieder eingeschränkt.<sup>689</sup> Während das ADHGB von 1861 lediglich wirtschaftliche Vereinigungen betraf und zudem mit dem GenG von 1889 und dem GmbHG von 1892 zeitgemäße Kodifikationen vorgenommen wurden, stand das Recht der nichtwirtschaftlichen Vereine hierzu in einem erheblichen Kontrast, da es nicht einheitlich geregelt war und dadurch eine vollständige Zersplitterung sowie Unterschiedlichkeit aufwies, wodurch das geltende Recht mit der damaligen Vereinswirklichkeit nicht im Einklang stand.<sup>690</sup>

Die staatlichen Tätigkeiten hinsichtlich des Vereinswesens beschränkten sich bis 1861 darauf, durch eine Vielzahl von Beschlüssen bestimmten Vereinstypen das Dasein zu erschweren, was insbesondere für die politischen Vereine galt.<sup>691</sup> Der allgemeine Bedeutungszuwachs des nichtwirtschaftlichen Vereins konnte jedoch dadurch nicht gestoppt werden.

Die Haltung des damaligen Gesetzgebers ist in der Veränderung der politischen Situation des Bürgertums gegenüber dem Staat erklärbar, da das durch die industrielle Revolution wirtschaftlich aufgestiegene deutsche Bürgertum im Gegensatz zu anderen westeuropäischen Ländern seine wirtschaftliche Herrschaft noch nicht abschließend auch zu einer politischen hatte ausbauen können, wodurch es sich nunmehr durch die aufstrebende Arbeiterbewegung bedroht sah, so dass neben der alten Adelsschicht ein weiterer (vermeintlicher) Gegner für das Bürgertum vorhanden war.<sup>692</sup> Repräsentanten dieser Arbeiterbewegung waren die Arbeiterparteien und die Gewerkschaften.<sup>693</sup> Aus diesen Umständen heraus suchten Teile des Bürgertums die Nähe zum Staat, so dass sich diese politische Situation auch im Vereinsrecht niedergeschlagen hat; während die wirtschaftlichen Vereinigungen, denen das Interesse des Bürgertums galt, bei der Gesetzgebung weitestgehend Berücksichtigung fanden, wurden demgegenüber die nichtwirtschaftlichen Vereinigungen als potentielle Keime der politischen Bedrohung angesehen.<sup>694</sup> Die Rechtsfähigkeit oder gar die Zulässigkeit dieser Vereinigungen wurde als wichtige Voraussetzung für deren politische Betätigung angesehen, die jedoch vermieden werden sollte.<sup>695</sup>

---

<sup>686</sup> Wiedemann Bd. I S. 663.

<sup>687</sup> Mummenhoff S. 39; Schöpflin S. 21; vgl. P.Kögler S. 43; Vormbaum S. 125f.

<sup>688</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 12; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 15.

<sup>689</sup> Vormbaum S. 66f; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 16.

<sup>690</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 15; Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 11f, 14; Schöpflin S. 23; P.Kögler S. 43, 50; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 19.

<sup>691</sup> Vormbaum S. 90.

<sup>692</sup> Vormbaum S. 125f.

<sup>693</sup> Vormbaum S. 125.

<sup>694</sup> Vormbaum S. 125f.

<sup>695</sup> Vgl. Vormbaum S. 126f.

Dennoch wurde bereits 1869 im Norddeutschen Reichstag vom Abgeordneten *Schulze-Delitzsch*<sup>696</sup> ein Gesetzentwurf über die Rechtstellung der Vereine eingebracht, der zwar vom Reichstag angenommen wurde, jedoch im Bundesrat stecken blieb.<sup>697</sup> Auch die neu gestellten Anträge des Abgeordneten im gesamtdeutschen Reichstag von 1871 und 1872 blieben erfolglos.<sup>698</sup> Die Entwürfe scheiterten letztendlich an der vorstehend aufgezeigten politischen Situation, obschon die beabsichtigte Rechtsform vielmehr dem Kleinbürgertum als der Arbeiterbewegung hätten dienen sollen.<sup>699</sup> Bayern hingegen erließ am 31.05.1869 ein dem Entwurf von *Schulze-Delitzsch* entsprechendes Vereinsgesetz<sup>700, 701</sup>. In Sachsen enthielt das Gesetz über die juristischen Personen vom 15.06.1868<sup>702</sup> ebenso Regelungen über den Verein.<sup>703</sup>

Eine einheitliche Kodifikation der nichtwirtschaftlichen Vereine sollte nach Ansicht zahlreicher Stimmen durch das BGB geschaffen werden, obgleich bei der Ausarbeitung des BGB in vereinsrechtlicher Hinsicht zunächst der Streit um das Wesen der juristischen Person<sup>704</sup> im Mittelpunkt stand.<sup>705</sup> Der maßgebliche *Redaktor Gebhard*<sup>706</sup> erarbeitete einen Entwurf, der sich auf grundsätzliche Fragen zu Körperschaften und Stiftungen beschränkte, ohne die inneren Verhältnisse der Vereine zu regeln, da sie nach seiner Ansicht zu verschieden seien, um sie allgemein regeln zu können.<sup>707</sup> Während die erste Kommission diesem Konzept noch grundsätzlich folgte, war es die zweite Kommission, die das Recht des Vereins in das BGB aufnahm, wodurch die Zersplitterung des geltenden Vereinsrechts beendet wurde, so dass die Regelungen des Vereins im BGB daher im Wesentlichen auf die Beschlüsse der zweiten Kommission zurückgehen.<sup>708</sup>

Demgegenüber enthielten die Art. 84, 86 EGBGB a. F. landesrechtliche Vorbehalte, deren Umsetzung in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB einem einheitlichen Vereinsrecht teilweise entgegenstand. Zudem spiegeln sich auch im BGB die Ängste im Kaiserreich vor politischen Parteien und der Arbeiterbewegung in der Behandlung des nichtrechtsfähigen Vereins wider.<sup>709</sup> 1908 folgte sodann ein einheitliches öffentliches Vereinsrecht<sup>710</sup>, während durch die Weimarer Reichsverfassung das Vereins- und Versammlungsrecht erstmals mit Verfassungsrang ausgestattet wurde (Art. 123, 124 WRV), hingegen erst das Grundgesetz für

---

<sup>696</sup> Es handelt sich hierbei um den Richter Hermann Schulze aus Delitzsch (1808-1883) in Sachsen, der 1849 die erste Genossenschaft gründete, um einer Gruppe von Handwerkern den verbilligten Bezug von Rohstoffen zu ermöglichen. Zudem trieb er die Kodifizierung eines Genossenschaftsrechts voran, Kübler/Assmann S. 10; Laufs, in: JuS 1968, 311, 312f.

<sup>697</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 15; Staudinger/Weick § 21 Rn. 3; P.Kögler S. 50; Vormbaum S. 113.

<sup>698</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 15; Schwierkus S. 29f; Vormbaum S. 113f.

<sup>699</sup> Vormbaum S. 127; vgl. Laufs, in: JuS 1968, 311, 312; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 19.

<sup>700</sup> Gesetz, die privatrechtliche Stellung von Vereinen betreffend, GBl. für das Königreich Bayern 1866-69, S. 1197, zitiert nach Vormbaum S. 213.

<sup>701</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 14; Mummenhoff S. 38; Vormbaum S. 111.

<sup>702</sup> Gesetz, die juristischen Personen betreffend, GVBl. für das Königreich Sachsen 1868, S. 315, zitiert nach Vormbaum S. 215.

<sup>703</sup> Vormbaum S. 79.

<sup>704</sup> Vgl. MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 1ff; Staudinger/Weick Einl zu §§ 21ff Rn. 4f, Vorbem zu §§ 21ff Rn. 6ff; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 8ff.

<sup>705</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 16; Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 6.

<sup>706</sup> Albert Gebhard (1832-1907).

<sup>707</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 16; Staudinger/Weick Einl zu §§ 21ff Rn. 2, Vorbem zu §§ 21ff Rn. 15.

<sup>708</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 16; Staudinger/Weick Einl zu §§ 21ff Rn. 2, Vorbem zu §§ 21ff Rn. 16f. Vertiefend, HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 20ff.

<sup>709</sup> Vormbaum S. 198; HKK/Bär §§ 21-79 Rn. 39.

<sup>710</sup> Vereinsgesetz vom 18.04.1908, RGBl. 1908, S. 151.

politische Parteien in Art. 21 GG im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung eine Privilegierung enthielt.<sup>711</sup>

Die weitere Entwicklung des Vereinsrechts folgte dann den gesellschaftsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Begebenheiten des 20. Jahrhunderts. Eine ausgedehnte Staatsaufsicht existiert nicht mehr.

### c) GmbH-Recht

Die Schaffung der GmbH entspringt vornehmlich der Entwicklung der wirtschaftlichen Bedingungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Während 1870 noch etwa die Hälfte aller Erwerbstätigen in der Landwirtschaft tätig war, betrug dieser Anteil 1910 nur noch knapp ein Drittel.<sup>712</sup> Zudem wuchs die Bevölkerung Deutschlands in diesem Zeitraum um mehr als 50 %.<sup>713</sup> Die Reichsgründung 1871, die Annexion Elsass und Lothringens aber auch die französischen Kriegsentschädigungen verliehen der deutschen Wirtschaft bis zum Herbst 1873 einen enormen Aufstieg, dem eine Phase des langsameren Wirtschaftswachstums bis 1895 folgte.<sup>714</sup>

Mit der Schaffung der GmbH betrat man gesetzgeberisches Neuland.<sup>715</sup> Für sie gab es weder im Ausland<sup>716</sup> noch im eigenen Wirtschaftsleben ein ihr entsprechendes reales Vorbild, wobei die Bereitstellung der Rechtsform den Bedürfnissen der mittelständischen Wirtschaft nach einer Kapitalgesellschaft mit weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten folgte.<sup>717</sup>

Entscheidend war, dass die AG als Publikumsgesellschaft konzipiert ist und kleinere Unternehmen daran interessiert waren, wer sich an dem Unternehmen beteiligt.<sup>718</sup> Gleichsam wollten sie für ihre unternehmerische Tätigkeit eine beschränkte Haftung erlangen.<sup>719</sup> Durch die Aktienrechtsnovelle von 1884 wurde die AG indes zu einer komplizierten und teuren Rechtsform.<sup>720</sup>

Die Forderungen<sup>721</sup> nach einer zusätzlichen Gesellschaftsform für mittelständische Unternehmen, die im vorletzten Jahrzehnt des 19. Jahrhundert vorgetragen wurden, teilen sich in zwei Lager: Während die einen eine kleine Kapitalgesellschaft nach dem Vorbild der AG einforderten (*kollektivistische Lösung*), strebten andere nach einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung (*individualistische Lösung*), wobei Grundlage dieser Auffassung der

---

<sup>711</sup> Vormbaum S. 200; Wiedemann Bd. I S. 663.

<sup>712</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 2.

<sup>713</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 2.

<sup>714</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 2.

<sup>715</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 18; Kindler § 9 Rn. 37; Baumbach/Hueck Einl Rn. 18.

<sup>716</sup> Die Geburtsstunde der englischen Limited erfolgte erst 1897 durch die sog. *Salomon-Doktrin*, *Salomon v. Salomon & Co Ltd [1897] AC 22 (House of Lords)*, als die Gesellschaft und die mit ihr verbundene Haftungsbeschränkung gerichtlich bestätigt wurde, vgl. Kisker S. 18f; Röver S. 50f. Demgegenüber gab es bereits zuvor zahlreiche Stimmen, die zur Entwicklung eines deutschen Gegenstücks zur bis dahin noch nicht gerichtlich bestätigten englischen Limited drängten, wodurch die Schaffung einer entsprechenden Gesellschaft begünstigt wurde, Neuling S. 29.

<sup>717</sup> Kindler § 9 Rn. 37; Baumbach/Hueck Einl Rn. 18; Liu S. 11f; Limbach S. 12f.

<sup>718</sup> Wiedemann Bd. I S. 28; Nagel S. 5; Kübler/Assmann S. 11; Neuling S. 28f.

<sup>719</sup> Nagel S. 5; Kübler/Assmann S. 11; Roth/Altmeppen Einleitung Rn. 1; Zitek S. 9.

<sup>720</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Einl. Rn. 2.

<sup>721</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 7ff; vgl. Hachenburg/Ulmer Einl Rn. 3: Die Berliner Kaufmannschaft nimmt dabei eine tragende Rolle ein.

Entwurf des Reichstagsabgeordneten *Oechelhäuser*<sup>722</sup> von 1884<sup>723</sup> war.<sup>724</sup> Die Vertreter der Personengesellschaft mit beschränkter Haftung gingen von einem gesamthänderischen Personenverband mit Selbstorganschaft aus, wobei das Innenverhältnis den Regeln der OHG folgte, während im Außenverhältnis die Handelsregisterpublizität und das Gesellschaftskapital die persönliche Gesellschafterhaftung ersetzen sollten.<sup>725</sup> Die sog. individualistische Lösung wollte den Beteiligten die Freiheit verschaffen, die Gesellschaft nach ihren Bedürfnissen zu gestalten, da die Organisationsvorschriften des AktG und die diesbezügliche Rechtsprechung hierfür deutliche Schranken geschaffen hatten.<sup>726</sup> Hervorzuheben ist, dass der entsprechende Entwurf des Reichstagsabgeordneten *Oechelhäuser* keine Mindesthöhe für die Einlagen vorsah.<sup>727</sup> Demgegenüber suchten die Anhänger der sog. kollektivistischen Lösung vielmehr nach einer Gesellschaftsform, die vor allem für die Kolonialgesellschaften ein variables Kapital ermöglichen sollte.<sup>728</sup>

Am 03.04.1888 verschickte das preußische Ministerium für Handel und Gewerbe eine Anfrage an sämtliche Handelskammern und kaufmännische Kooperationen mit dem Inhalt, ob an einer Rechtsform Bedarf besteht, die zwischen der AG und der OHG einzuordnen wäre.<sup>729</sup> Die Erweiterung der Gesellschaftsformen wurde mehrheitlich befürwortet.<sup>730</sup> Gemeinsamer Tenor war die Schaffung eines möglichst knapp gehaltenen Gesetzes, welches zum Gebrauch auch für nicht juristisch gebildete Geschäftsführer taugt und für praktische Entwicklungsmöglichkeiten offen ist.<sup>731</sup>

Der Gesetzgeber folgte bei der Schaffung des GmbHG weitestgehend der kollektivistischen Lösung, da das Reichsjustizamt die Parallele zur AG betonte und die Abschaffung der unbeschränkten Haftung mit dem Charakter einer Personengesellschaft für unvereinbar gehalten wurde.<sup>732</sup> Das Gesetz geht auf den Entwurf des zuständigen Referenten *Dr. Eduard Hoffmann*<sup>733</sup> zurück, dessen originelle Schöpfung von allen bisherigen Entwürfen erheblich abwich.<sup>734</sup> Bezüglich der Gestaltung des Innenverhältnisses der Gesellschaft wurde den Gesellschaftern ein großer Spielraum gelassen, so dass die Handelskammern und der Deutsche Handelstag mit dem Entwurf weitestgehend konform gingen.<sup>735</sup> Das GmbHG von 1892<sup>736</sup>, welches 1898<sup>737</sup> neu gefasst wurde, beinhaltet eine Gesellschaft, die nach dem

---

<sup>722</sup> Justus Wilhelm Oechelhäuser (1820-1902).

<sup>723</sup> Entwurf nachzulesen bei, Schilling, in: Festschrift Kunze 1969, S. 189, 205ff.

<sup>724</sup> Wiedemann Bd. I S. 28; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 8ff; Hachenburg/Ulmer Einl Rn. 4; Neuling S. 29f.

<sup>725</sup> Hachenburg/Ulmer Einl Rn. 3; Zöllner, in: JZ 1992, 381, 381.

<sup>726</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 9.

<sup>727</sup> Neuling S. 29; Wilhelm, in: DB 2007, 1510, 1513.

<sup>728</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 10; Liu S. 9f; Hadding, in: Festschrift Reichsjustizamt 1977, S. 263, 308.

<sup>729</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 11; Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 9f.

<sup>730</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 12; Liu S. 13; Limbach S. 15; Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 2, 10.

<sup>731</sup> Scholz/H.P. Westermann Einleitung Rn. 41; Lutter, in: DB 1980, 1317, 1317.

<sup>732</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 13; Wiedemann Bd. I S. 28; K.Schmidt GesR S. 987; Ballerstedt, in: GmbHR 1967, 66, 67.

<sup>733</sup> Eduard Hoffmann (1848-1920).

<sup>734</sup> Ulmer/Ulmer Einl. Rn. A 4; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 12f; Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 23; Lutter, in: GmbHR 1992, 419, 419.

<sup>735</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 23; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 13f; Lutter, in: GmbHR 1992, 419, 419.

<sup>736</sup> Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892, RGBl. 1892, S. 477.

<sup>737</sup> Dabei erfolgte eine Anpassung an das BGB und HGB; zudem wurden die §§ 75ff GmbHG eingefügt, Gesetz vom 20.05.1898, RGBl. S. 846.

Vorbild der AG körperschaftlich organisiert, eine juristische Person sowie eine Kapitalgesellschaft ist, obgleich die Geschäftsanteile nicht wie Aktien umlauffähig sind.<sup>738</sup>

Die Rechtsverwirklichung ist indes nicht der kapitalistischen Grundtendenz des Gesetzes gefolgt, da die Rechtsform überwiegend als Grundlage personalistisch strukturierter Zusammenschlüsse verwendet wurde.<sup>739</sup> Der insbesondere im Innenverhältnis weitgehend dispositive Charakter des GmbH-Rechts führt dazu, dass im Rechtsleben zwischen kapitalistischen und personalistischen GmbHs unterschieden werden kann.<sup>740</sup>

Die GmbH konnte seit ihrer Schaffung einen stetigen Bedeutungszuwachs verzeichnen. Während im ersten Jahr des Bestehens des GmbHG lediglich 63 GmbHs gegründet wurden, waren es im zweiten Jahr bereits 183, so dass die Neugründungen von GmbHs 1893 die der AG überstiegen.<sup>741</sup> 1902 bestanden 4745 GmbHs.<sup>742</sup> Die Schaffung der GmbH führte jedoch zu keiner Konkurrenz für die AG, sondern begründete eine Reduzierung der Personengesellschaften und Einzelhandelskaufleute.<sup>743</sup> Zudem wurde das sog. Wirtschaftswunder nach dem zweiten Weltkrieg die Blütezeit der GmbH.<sup>744</sup> In den Anfangsjahren war die Rechtsform für die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke relativ unbedeutend,<sup>745</sup> obschon auch dieser Zweck vom Gesetzgeberwillen umfasst war.<sup>746</sup>

Das GmbHG ist seit seiner Schaffung vielfältig verändert worden<sup>747</sup>, wobei die Grundstruktur erhalten blieb.<sup>748</sup> Zudem hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts und später des Bundesgerichtshofs vor dem Hintergrund reicher literarischer Diskussion eine wesentliche Anpassung an die Rechtswirklichkeit bewirkt.<sup>749</sup> Die erste große Reform, die das GmbHG erfahren sollte, wurde in den 1960er Jahren erarbeitet und mündete 1971 in einem Regierungsentwurf (sog. große GmbH-Reform).<sup>750</sup> Der Entwurf scheiterte, nachdem es aus der Wissenschaft<sup>751</sup> und Praxis erhebliche Kritik gab.<sup>752</sup> In der GmbH-Novelle von 1980 (sog. kleine GmbH-Reform)<sup>753</sup> wurden nur die wichtigsten Missstände beseitigt.<sup>754</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt wurde das GmbHG nur kleineren Änderungen unterworfen.<sup>755</sup> Das GmbHG wurde seitdem durch verschiedene Reformen punktuell verändert.<sup>756</sup>

---

<sup>738</sup> Kübler/Assmann S. 11; Hadding, in: Festschrift Reichsjustizamt 1977, S. 263, 310.

<sup>739</sup> Hachenburg/Ulmer Einl. Rn. 4, 7; Neuling S. 31; Hadding, in: Festschrift Reichsjustizamt 1977, S. 263, 310.

<sup>740</sup> Roth/Altmeppen Einleitung Rn. 2; Michalski/Michalski Syst. Darst. 1 Rn. 2, 7f.

<sup>741</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 30, 36.

<sup>742</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 30.

<sup>743</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 18.

<sup>744</sup> Neuling S. 36; Priester, in: DB 2005, 1315, 1316.

<sup>745</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 18.

<sup>746</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 46.

<sup>747</sup> Vgl. hierzu, Schubert S. 19ff.

<sup>748</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Einl. Rn. 4 (deutlicher in der 4. Auflage); Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 21; Boujong, in: GmbHR 1992, 207, 207.

<sup>749</sup> Neuling S. 35, 37; Lutter, in: DB 1980, 1317, 1317f; vgl. Gessler, in: BB 1969, 589, 589.

<sup>750</sup> ReGE vom 05.11.1971 (BR-Drucks. 595/71).

<sup>751</sup> Vgl. Teichmann, in: JZ 1970, 132, 136; Wiedemann, in: JZ 1970, 593, 594f.

<sup>752</sup> Lutter/Hommelhoff Einleitung Rn. 7f; K.Schmidt GesR S. 989; Neuling S. 36f; vgl. Wiedemann Bd. I S. 33: Der Entwurf scheiterte wegen seiner „perfektionistischen Breite“ und der „sklavischen Anlehnung“ an das Aktienrecht.

<sup>753</sup> GmbH-Novelle vom 04.07.1980, BGBl. I S. 836.

<sup>754</sup> Z. B. Anhebung des Mindeststammkapitals von 20.000 DM auf 50.000 DM (§ 5 Abs. 1), Erhöhung der Mindesteinlageleistung von 5.000 DM auf 25.000 DM (§ 7 Abs. 2), Differenzhaftung der Gründer (§ 9a) und Gründung der GmbH durch eine Person (§ 1), vertiefend, Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 24; John, in: JA 1979, 621, 622ff; Lutter, in: DB 1980, 1317, 1318ff; K.Schmidt, in: NJW 1980, 1769, 1770ff.

<sup>755</sup> Baumbach/Hueck Einl. Rn. 21; Lutter, in: DB 1980, 1317, 1317.

<sup>756</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 25; Baumbach/Hueck Einl. Rn. 22ff.

Auch im GmbH-Recht ist die europäische Rechtsangleichung ein wichtiger Faktor der Entwicklung,<sup>757</sup> da das GmbH-Recht, wie bereits gezeigt, zum einen durch die Rechtsprechung des EuGH<sup>758</sup> als auch durch die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien<sup>759</sup> beeinflusst wird.<sup>760</sup>

Das GmbHG wurde 2008 durch das MoMiG umfassend reformiert, wodurch das GmbH-Recht einfacher, flexibler und weniger missbrauchsanfällig werden soll. Im Rahmen dieser Reform wurde die Unternehmergesellschaft in das GmbHG eingefügt. Entscheidender Unterschied zwischen der Unternehmergesellschaft und der „regulären“ GmbH ist, dass die Unternehmergesellschaft nicht dem Mindeststammkapitalerfordernis des § 5 Abs. 1 GmbHG unterfällt.

Die Herabsetzung des Mindeststammkapitals ist jedoch in der Geschichte des GmbH-Rechts nicht neu. Nach der Verordnung über Goldbilanzen vom 28.12.1923<sup>761</sup> (§§ 10 Abs. 1, 17 Abs. 3) und der zweiten Verordnung zur Durchführung der Verordnung von Goldbilanzen vom 28.03.1924<sup>762</sup> (§§ 42, 43) war für tatsächliche und wirtschaftliche Neugründungen einer GmbH nur noch ein Mindeststammkapital von 5.000 Mark notwendig, während bei einer bereits bestehenden GmbH nach der Umstellung lediglich ein Mindeststammkapital von 500 Mark gefordert wurde.<sup>763</sup> Diese Regelungen lösten heftige Diskussionen mit der Forderung der Erhöhung des Mindeststammkapitals aus. Der Vorschlag des Deutschen Industrie- und Handelstages von 1925 beinhaltete sogar eine Teilung zwischen Erwerbsgesellschaften und Nichterwerbsgesellschaften, da er für die Erwerbsgesellschaften ein Mindeststammkapital von 20.000 Mark und für die Nichterwerbsgesellschaften ein Mindeststammkapital von 10.000 Mark vorsah.<sup>764</sup> Eine betragsmäßige Wiedererhöhung des Mindeststammkapitals auf 20.000 Mark erfolgte sodann mit Gesetz vom 28.06.1926<sup>765</sup>. Eine Differenzierung nach dem Gesellschaftszweck wurde hingegen nicht vorgenommen.

#### **d) Stellungnahme**

Das Konzept des römischen Rechts, die Trennung zwischen Personengesellschaften (*societas*) und Körperschaften (*universitas*), ist das Grundprinzip, auf dem auch das heutige Gesellschaftsrecht beruht.<sup>766</sup> Die Idee der Verselbstständigung von Vermögensmassen ist das Fundament des Gesellschaftsrechts.<sup>767</sup> Die sich an die Verselbstständigung des Vermögens anschließende Haftungsbeschränkung erfuhr ab dem 17. Jahrhundert eine stetige Weiterentwicklung und wurde in dieser Form erstmals 1600 in der englisch-ostindischen und 1602 in der niederländisch-ostindischen Handelskompanie als erste europäische Aktiengesellschaften ansatzweise praktiziert.<sup>768</sup>

---

<sup>757</sup> Scholz/H.P. Westermann Einleitung Rn. 49; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 25, 41; Baumbach/Hueck Einl Rn. 32.

<sup>758</sup> Z. B. EuGH NJW 1999, 2027, 2027ff - Centros; EuGH NJW 2002, 3614, 3614ff - Überseering; EuGH NJW 2003, 3331, 3331ff - Inspire Art. Vgl. B. III. 2.

<sup>759</sup> Vgl. hierzu, Baumbach/Hueck Einl Rn. 34ff.

<sup>760</sup> Vgl. Scholz/H.P. Westermann Einleitung Rn. 49ff; Windbichler § 20 Rn. 16ff.

<sup>761</sup> RGBl. I 1923, S. 1253.

<sup>762</sup> RGBl. I 1924, S. 385.

<sup>763</sup> Vertiefend, Schubert S. 20.

<sup>764</sup> Vgl. hierzu die diesbezügliche Eingabe des Reichsjustizministeriums, in: GmbHR 1926, 147, 147ff; vgl. insgesamt, Schubert S. 20ff.

<sup>765</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. I 1926, S. 315.

<sup>766</sup> Steding Rn. 24; Schwintowski, in: JA 1993, 97, 97.

<sup>767</sup> Steding Rn. 24; Schwintowski, in: JA 1993, 97, 97.

<sup>768</sup> Nagel S. 2f; Schwintowski, in: JA 1993, 97, 97.

Die vier Formen, *universitas*, *societas*, deutschrechtliche Körperschaft und die Gemeinschaft zur gesamten Hand, die sich aus der gesamten Entwicklung des Gesellschaftsrechts seit dem römischen Recht hin zum deutschen Gesellschaftsrecht herausgebildet haben, sind im heutigen Recht die wesentlichen rechtstechnischen Instrumente für Personenvereinigungen.<sup>769</sup> *Universitas* und *societas* bilden diesbezüglich die schärfsten Gegensätze; insoweit befinden sich die deutschrechtliche Körperschaft und die Gemeinschaft zur gesamten Hand in der Mitte dieser beiden Konstrukte.<sup>770</sup>

Die *universitas* manifestiert sich im deutschen Recht modellhaft im eingetragenen Verein.<sup>771</sup> Bei der GmbH tritt der Einheitsgedanke im Sinne der römischen *universitas* ebenso deutlich zum Vorschein, auch wenn der speziell im Innenverhältnis weitestgehend dispositive Charakter des GmbH-Rechts Übergangsformen zu Personengesellschaften ermöglicht.<sup>772</sup> Folglich beruhen der eingetragene Verein und die GmbH auf einem gemeinsamen Grundgedanken<sup>773</sup>, der sich bereits im römischen Recht herausgebildet hat, zumal die Vereine im römischen Recht sowohl im wirtschaftlichen Bereich als auch im nichtwirtschaftlichen Bereich anzutreffen waren.<sup>774</sup> Die GmbH stellt zwar nach einhelliger Meinung eine rechtliche Kunstschöpfung dar, die vor ihrer Schaffung keine langjährige Entwicklung aufweist, jedoch setzte auch die Schaffung der GmbH die Ausbildung der privatrechtlichen Organisationsform der Kapitalgesellschaft, die Entwicklung der juristischen Person und das Bestehen der Vereinigungsfreiheit voraus.<sup>775</sup>

Eine detaillierte Ausformung der verschiedenen Rechtsformen begann in der Zeit der Aufklärung und mündete in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Schaffung von heute noch existierenden Gesellschaftsformen. Zu dieser Zeit stand der Gesetzgeber im Bereich der privaten Organisationen vor zwei Aufgaben: Er hatte zum einen für das Wirtschaftsleben neue Formen der Zusammenschlüsse bereitzustellen, zum anderen mussten im Bereich des allgemeinen Vereinsrechts Regeln entwickelt werden, die dem Vereinigungsanspruch der Bevölkerung entsprachen.<sup>776</sup> Der Verein und die GmbH sind Teil dieser Entwicklung, die durch politische, wirtschaftliche und gesellschaftssoziale Vorgaben in diesem Zeitraum beeinflusst wurde.

Mit der Schaffung der GmbH beabsichtigte der historische Gesetzgeber eine nach Ansicht vieler ausgemachte Lücke zwischen den Personengesellschaften und der AG zu schließen, wodurch letztlich wirtschaftliche Anstrengungen gefördert werden sollten. Als primäre Ausrichtung sollte die GmbH daher wirtschaftlichen Unternehmungen dienen. Insoweit darf jedoch nicht verkannt werden, dass bereits mit Schaffung des GmbHG die GmbH zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden durfte.<sup>777</sup> Dadurch hat der Gesetzgeber keine Eingrenzung auf ein Gebiet des menschlichen Zusammenwirkens vorgenommen. Insoweit konnte die GmbH seit ihrer Schaffung auch für nichtwirtschaftliche Zwecke gegründet

---

<sup>769</sup> Windbichler § 1 Rn. 28; Steding Rn. 25ff.

<sup>770</sup> Windbichler § 1 Rn. 28; Steding Rn. 27.

<sup>771</sup> Steding Rn. 26.

<sup>772</sup> Windbichler § 1 Rn. 28.

<sup>773</sup> Reichert Rn. 28: Die heute bestehenden privatrechtlichen Körperschaften haben als Grundform den Personenverein (BGH NJW 1991, 1727, 1729). Der Personenverein, heute nunmehr Verein genannt, begründete die erste Form des Personenzusammenschlusses auf Basis einer körperschaftlichen Grundlage. Die „Vereine des Handelsrechts“ sind Abspaltungen aus dem Personenverein.

<sup>774</sup> Vgl. Honsell S. 24; Harke § 9 Rn. 39; Reichert Rn. 19.

<sup>775</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 3f.

<sup>776</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 2.

<sup>777</sup> Gesetz vom 20.04.1892, RGBl. S. 477, 477 - § 1GmbHG.

werden.<sup>778</sup> Die in den Anfangsjahren des GmbHG fehlende Bedeutung der Rechtsform für diesen Bereich steht der rechtlichen Möglichkeit nicht entgegen.

Der Verein hingegen entstand unabhängig vom Gesetz und wurde erstmals mit dem BGB, um es dem Recht der wirtschaftlichen Vereinigungen gleichzutun, deutschlandweit einheitlich geregelt.<sup>779</sup>

Die GmbH wurde für eine geringe Gesellschafteranzahl geschaffen, obschon eine entsprechende gesetzliche Verankerung nicht vorgenommen wurde.<sup>780</sup> Die daher allenfalls erhoffte Ausrichtung des historischen Gesetzgebers ist demzufolge unbeachtlich. Mit der GmbH kann sowohl eine Vermögensgemeinschaft als auch eine Tätigkeitsgemeinschaft betrieben werden.<sup>781</sup> Des Weiteren besteht die Möglichkeit, die GmbH kollektivistisch oder individuell auszurichten. Die GmbH kann daher verschiedenste Gestalten annehmen.

Festzuhalten bleibt somit, dass beide Rechtsformen selben geschichtlichen Ursprungs sind, ihre Konkretisierung den wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Vorgängen der Liberalisierung zuzuordnen ist und ihre deutschlandweit einheitliche Kodifizierung, gesamtgeschichtlich betrachtet, fast zeitgleich erfolgte. Beiden Rechtsformen wohnt das gesetzgeberische Ziel inne, private Initiativen anzuregen und zu fördern. Die vorgegebenen Gesellschaftsformen sollen ihrerseits eine angemessene Berücksichtigung aller betroffenen Interessen ermöglichen.<sup>782</sup>

Bei der Schaffung der Unternehmergesellschaft waren die vorstehend aufgezeigten Aspekte hinlänglich bekannt. Auch die Unternehmergesellschaft ist eine Vereinigungsform, die für den wirtschaftlichen Bereich zugeschnitten ist. Die Anwendungsbereiche beider GmbH-Formen decken sich. Der Gesetzgeber des MoMiG hat daher sehenden Auges die Ausrichtung auf den gedachten Anwendungsbereich nicht beschränkt, wodurch für die Unternehmergesellschaft die gleichen historisch gewachsenen Grundsätze wie für die „reguläre“ GmbH gelten.

## 2. Sinn und Zweck

Der eingetragene Verein dient der Interessenwahrung der Staatsbürger aber auch ihrer Freizeitgestaltung.<sup>783</sup> In und durch ihn können freiheitliche Grundrechte wahrgenommen werden. Der Gesetzgeber wollte mit dem Verein einen allgemeinen Rahmen körperlichen Zusammenwirkens vorgeben, dessen Organisation einfach ist und der gleichsam dem klassischen Demokratiegebot entspricht.<sup>784</sup> Der eingetragene Verein ist zudem aufgrund seiner nichtwirtschaftlichen Ausrichtung einfach zu gründen. Die aus den §§ 21, 22 BGB folgende Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein beruht darauf, dass aus Gründen des Gläubigerschutzes, des Mitgliederschutzes sowie des Sozialschutzes Betätigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung nicht in der Rechtsform des nichtwirtschaftlichen Vereins erfolgen können, da die in diesen Fällen vorgenannten Belange einen ausgewogenen Schutz bedürfen, der durch das Vereinsrecht nicht in ausreichender

---

<sup>778</sup> Schubert, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 1, 46.

<sup>779</sup> K.Schmidt GesR S. 986; Steding Rn. 405; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 18.

<sup>780</sup> Zitek S. 10.

<sup>781</sup> Vgl. Neuling S. 31.

<sup>782</sup> Kübler/Assmann S. 15.

<sup>783</sup> Vgl. Wiedemann Bd. I S. 109; K.Schmidt GesR S. 660f.

<sup>784</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 44; Wiedemann Bd. I S. 109.



Weise gewährt wird.<sup>785</sup> Aufgrund dieses Subsidiaritätsprinzips wurde die Aufbringung eines bestimmten Pflichtkapitals als entbehrlich angesehen.

Engagements im nichtwirtschaftlichen Bereich, gleichgültig ob kulturell, sportlich, politisch oder in sonstiger Weise, dienen sowohl dem Einzelnen als auch der Allgemeinheit. Diesen Zusammenschlüssen steht der bürgerlich-rechtliche Verein offen.

Demgegenüber wurde, wie gezeigt, die GmbH als Rechtsform für kleinere und mittlere Unternehmen entwickelt, deren Gesellschafter eine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden ausschließen wollten.<sup>786</sup> Verdeutlicht wird diese wirtschaftliche Grundausrichtung u. a. durch die Regelung des § 13 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 6 Abs. 1 HGB. Hiernach unterfällt die GmbH dem Recht der Kaufleute. Die Anwendung der Vorschriften der Kaufleute ist dabei unabhängig vom Gegenstand des Unternehmens, § 6 Abs. 2 HGB; für den nichtwirtschaftlichen Verein gilt § 6 HGB hingegen nicht.<sup>787</sup>

Es wurde bereits dargelegt, dass das MoMiG der GmbH ein bisher unbekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit verleihen soll.<sup>788</sup> Mit der dieser Reformierung ebenso entspringenden Unternehmergesellschaft beabsichtigt der Gesetzgeber eine Lücke zwischen der GmbH und den Personengesellschaften zu schließen und gleichsam der Gründung in Deutschland domizilierender Limiteds entgegenzuwirken.<sup>789</sup> Die Unternehmergesellschaft bildet dabei eine Art Durchgangsstadium hin zur „regulären“ GmbH.<sup>790</sup> Entscheidend ist, dass die Unternehmergesellschaft vor allem für Kleingewerbetreibende und Existenzgründer geschaffen wurde, um auch ihnen den Zugang zur Haftungsbeschränkung zu eröffnen.<sup>791</sup> Insgesamt ist es das Ziel, solchen Gründern entgegenzukommen, die nur wenig Stammkapital benötigen, was insbesondere für gewisse Bereiche des Dienstleistungssektors zutreffen soll.<sup>792</sup> Die Gesellschaft soll zudem die Gründung und den Betrieb des Unternehmens flexibler, schneller und leichter machen.<sup>793</sup>

Demzufolge hatte das MoMiG die Reformierung des GmbH-Rechts im wirtschaftlichen Bereich zum Gegenstand. In diesem Zusammenhang ist es nicht verwunderlich, dass die Unternehmergesellschaft eine Rechtsform darstellt, die für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipiert und auf diese zugeschnitten ist. Deutlich wird dies insbesondere durch die Thesaurierungspflicht gem. § 5a Abs. 3 GmbHG, die im Gegensatz zu den Regelungen des eingetragenen Vereins die besondere Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs zum Gegenstand hat. Der Schutz des Rechtsverkehrs wird beim bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht insbesondere durch die Bestimmung der einschlägigen Vereinsart gewährleistet, mithin ob der eingetragene Verein im jeweiligen Einzelfall die zulässige Rechtsform bildet.

Dennoch kommt man auch bei der vorliegenden Betrachtung nicht an der Regelung des § 1 GmbHG vorbei. Die in ihr enthaltene Zweckoffenheit der GmbH<sup>794</sup>, welche gleichsam für die Unternehmergesellschaft gilt, kann bei der Betrachtung des Sinn und Zwecks der Rechtsform

---

<sup>785</sup> BGHZ 85, 84, 88f; Kübler/Assmann S. 120; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 5ff.

<sup>786</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 7; Limbach S. 14f.

<sup>787</sup> Vgl. MüKo HGB/K.Schmidt § 6 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 1.

<sup>788</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

<sup>789</sup> Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; Darnedde, in: JR 2008, 47, 48; Weinbeer, in: AnwBl 2008, 368, 368.

<sup>790</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 5.

<sup>791</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 1; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1485; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302.

<sup>792</sup> Darnedde, in: JR 2008, 47, 49; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1208.

<sup>793</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 31; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1485.

<sup>794</sup> Winkler, in: NJW 1970, 449, 450, 453; Thiel, in: DStJG Band 20 1997, S. 103, 104.

nicht ausgespart werden. Dieser Regelung steht auch nicht § 13 Abs. 3 GmbHG entgegen, so dass die Eigenschaft als Handelsgesellschaft die Zulässigkeit der Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke nicht ausräumt.<sup>795</sup> Ein allgemeiner Vorrang des Vereinsrechts gegenüber der GmbH für den nichtwirtschaftlichen Bereich besteht ebenso wenig.<sup>796</sup> Man kann daher auch in Anlehnung an § 21 BGB sagen, dass die Unternehmergesellschaft zu einem Zweck gegründet werden kann, welcher nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Da § 6 Abs. 2 HGB von „Vereinen“ spricht, wird deutlich, dass auch die GmbH eine Unterart des Vereins ist.<sup>797</sup>

Es kann daher festgehalten werden, dass der Sinn und Zweck beider Rechtsformen einer Überschneidung der Anwendungsbereiche nicht entgegensteht, auch wenn die Unternehmergesellschaft als Rechtsform primär für wirtschaftliche Tätigkeiten konzipiert ist.

### **3. Systematik**

#### **a) Allgemeine Erwägungen**

##### **aa) Gesellschaftsrecht**

Das Gesellschaftsrecht ist Teil des Privatrechts.<sup>798</sup> Eine Gesellschaft i. S. d. Gesellschaftsrechts verbindet deren Mitglieder nicht bloß zu einem vorübergehenden Schuldverhältnis; vielmehr sind die Mitglieder bei der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks zu einer Rechtsgemeinschaft zusammengeschlossen, welche ein Dauerschuldverhältnis mit eigener Struktur begründet.<sup>799</sup> Das Konzept des Gesellschaftsrechts lässt sich auf die Verselbstständigung von Vermögensmassen und die Beschränkung von Haftung zurückführen.<sup>800</sup> Das Rechtsgebiet hat aufgrund seiner breitgefächerten Erscheinungsformen große praktische Bedeutung sowohl im wirtschaftlichen als auch im nichtwirtschaftlichen Bereich.<sup>801</sup> Trotz der wichtigen und vielfältigen Anwendungen im kulturellen und sozialen Bereich liegt die Hauptbedeutung im Bereich der Wirtschaft.<sup>802</sup>

Eine einheitliche Definition des Gesellschaftsrechts hat sich bisher nicht durchsetzen können.<sup>803</sup> Insoweit werden verschiedenste Definitionen vertreten, wobei die entscheidenden Ansätze hier kurz angeführt werden.

#### **(1) Privatrechtliches Kooperationsrecht**

Nach einer Ansicht ist das kooperative Handeln in den Vordergrund zu stellen, wodurch unter dem Gesellschaftsrecht *das zweckgerichtete Zusammenwirken auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages* verstanden wird, so dass es als privatrechtliches Kooperationsrecht bezeichnet werden kann.<sup>804</sup>

---

<sup>795</sup> BGH NJW 1974, 514, 514; Hachenburg/Ulmer § 1 Rn. 1, 22; vgl. Grabau, in: DStR 1994, 1032, 1032.

<sup>796</sup> Ulmer/Ulmer/Löbke § 1 Rn. 35.

<sup>797</sup> Staub/Oetker § 6 Rn. 23.

<sup>798</sup> Steding Rn. 8; Windbichler § 1 Rn. 1; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 3.

<sup>799</sup> Steding Rn. 5; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 20.

<sup>800</sup> Schwintowski, in: JA 1993, 97, 98.

<sup>801</sup> Windbichler § 1 Rn. 12.

<sup>802</sup> Kraft/Kreutz S. 26f.

<sup>803</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 3.

<sup>804</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 1; Taeger S. 7; Kraft/Kreutz S. 1; Steding Rn. 2; Kübler/Assmann S. 1; Lehmann/Dietz S. 3; Klunzinger S. 2; K.Schmidt GesR S. 3.

## **(2) Verfassung kooperativer Verbände**

Eine andere Auffassung stellt auf die Verfassung der kooperativen Verbände ab, wodurch das Gesellschaftsrecht als *Recht der privaten Zweckverbände*<sup>805</sup> oder *der privaten Organisationen*<sup>806</sup> definiert wird.

## **(3) Vermittelnde Auffassung**

Nach einer vermittelnden Ansicht ist das Gesellschaftsrecht das Recht der privaten Verbände, welches sowohl Elemente des Personen- und Organisationsrechts als auch des Schuldrechts aufweist, so dass das Gesellschaftsrecht als *Recht der privatrechtlichen Zweckverbände und der kooperativen Vertragsverhältnisse* angesehen wird.<sup>807</sup>

## **(4) Recht der „Gesellschaften“**

Ferner wird die Ansicht vertreten, dass das Gesellschaftsrecht *der Teil des Privatrechts ist, der den seinem Bereich unterfallenden Strukturen die Bezeichnung „Gesellschaft“ zuspricht und die jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen regelt.*<sup>808</sup> Bei konsequenter und wortscharfer Anwendung dieser Begriffsbestimmung würde das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht nicht vom Gesellschaftsrecht erfasst sein.

## **(5) Stellungnahme**

Eine allumfassende, allgemeingültige und dennoch rechtspraxisnahe Definition für ein umfangreiches und komplexes Rechtsgebiet ohne Unschärfe zumindest in den Randbereichen wird schwerlich zu finden sein.<sup>809</sup> Bei der Definierung des Gesellschaftsrechts ist daher insbesondere die Einpersonengesellschaft zu beachten. Diese begründet keine Personengemeinschaft, gehört aber dennoch zum Gesellschaftsrecht, da sie sich der gesellschaftsrechtlichen Organisationsform einer Körperschaft bedient mit der Folge, dass ein gesonderter Interessensträger entsteht.<sup>810</sup> Ob eine Einpersonengesellschaft von den Merkmalen „zweckgerichtetes Zusammenwirken“ oder „Zweckverband“ erfasst sein kann, ist zweifelhaft, hingegen darüber Einigkeit besteht, dass die Einpersonengesellschaften zum Gesellschaftsrecht zu zählen sind<sup>811</sup>, obschon eine wortscharfe Anwendung einiger Definitionsansätze zu einer fehlenden Einbeziehung von Einpersonengesellschaften führt, so dass vielmehr aus traditionellen Gründen an den herausgearbeiteten Definitionen festgehalten wird.<sup>812</sup> Die Definition des Gesellschaftsrechts folgt somit einem methodischen Dilemma, da die juristische Praxis auf der einen Seite feste und klare Begriffe bedingt, um bestehende Ordnungen zusammenzufassen sowie erklären und regeln zu können, sie jedoch auf der anderen Seite gleichsam der Vielfältigkeit des Zuerklärenden sowie komplexer und lebendiger Entwicklungsprozesse unterliegt, deren Grenzen nicht immer durch Sprache und bisherige Rechtsverständnisse bestimmt werden können.<sup>813</sup>

---

<sup>805</sup> Wiedemann Bd. I S. 3.

<sup>806</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 3; vgl. zudem, Kübler/Assmann S. 4.

<sup>807</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 4.

<sup>808</sup> Zitiert nach, K.Schmidt GesR S. 3 Fn. 5.

<sup>809</sup> Windbichler § 1 Rn. 1; Kübler/Assmann S. 4; K.Schmidt GesR S. 3f

<sup>810</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 3; Windbichler § 1 Rn. 1.

<sup>811</sup> Wiedemann Bd. I S. 4f; Windbichler § 1 Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 3; Kübler/Assmann S. 3.

<sup>812</sup> Kraft/Kreutz S. 1; Kübler/Assmann S. 4.

<sup>813</sup> Vgl. Kübler/Assmann S. 4; K.Schmidt GesR S. 3.

Der Gesellschaftsbegriff hat daher ausschließlich wissenschaftlich-systematische Bedeutung, zumal vielmehr entscheidend ist, dass de facto Klarheit darüber herrscht, welche Rechtsformen dem Gesellschaftsrecht zugeordnet werden.<sup>814</sup> Insgesamt betrachtet können den drei erstgenannten Definitionen die charakteristischen Merkmale des Gesellschaftsrechts entnommen werden: Das Gesellschaftsrecht ist zum einen das Recht der privaten Verbände, welches auch kooperative Verträge ohne organisationsrechtliche Merkmale erfasst.<sup>815</sup> Das Gesellschaftsrecht enthält darüber hinaus die Regelungen über die Innen- und Außenbeziehungen der privaten Personenzusammenschlüsse, mithin die rechtliche Beziehung der Mitglieder untereinander, ihre Beziehung zur Gesellschaft sowie die Rechtsstellung der Mitglieder und der Gesellschaft gegenüber Dritten.<sup>816</sup>

Die Definition, die auf die gesetzliche Verwendung des Begriffes „Gesellschaft“ abstellt, rechnet richtigerweise den bürgerlich-rechtlichen Verein zum Gesellschaftsrecht,<sup>817</sup> obschon er nach dem Wortlaut der Definition ausgeschlossen wäre.

Sowohl der Verein als auch die Unternehmersgesellschaft als Form der GmbH basieren auf einem zweckgerichteten Zusammenwirken auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages. Soweit es sich um eine Einpersonen-Unternehmersgesellschaft handelt, fällt diese ebenso in den Bereich des Gesellschaftsrechts. Beide Rechtsformen sind private Zweckverbände bzw. private Organisationen. Auch wenn der Verein nicht den Wortteil „Gesellschaft“ aufweist, ist es einhellige Meinung, dass der Verein und die Unternehmersgesellschaft dem Gesellschaftsrecht zugehörig sind.<sup>818</sup>

## **bb) Unternehmensrecht**

Neben der Begrifflichkeit Gesellschaftsrecht wird immer wieder das sog. Unternehmensrecht angeführt. Dieser Begriff entstand zu Beginn des letzten Jahrhunderts<sup>819</sup> und beruht auf dem Vordringen des Begriffs „Unternehmen“, der wiederum den Bedürfnissen der Wirklichkeit entsprang.<sup>820</sup> Seit den 1950er Jahren steht das Unternehmensrecht für ein vieldiskutiertes rechtspolitisches Programm<sup>821</sup> und entwickelt sich seitdem zu einer eigenen juristischen Kategorie, wobei es sich eher noch<sup>822</sup> um ein Schlagwort als um einen einheitlich abgrenzbaren juristischen Bereich handelt.<sup>823</sup>

Demgegenüber wird teilweise in der Theorie des Unternehmensrechts der Gegenpol zum Gesellschafts- und Handelsrecht gesehen, wobei das Unternehmensrecht die neueren ökonomischen, sozialen und rechtlichen Entwicklungen im Anwendungsbereich nachzeichnen soll.<sup>824</sup> Das Gesellschaftsrecht soll dabei einen Teilbereich des Unternehmensrechts bilden, hingegen auch insoweit keine vollständige Deckungsgleichheit

---

<sup>814</sup> Kraft/Kreutz S. 1.

<sup>815</sup> K.Schmidt GesR S. 4; Kübler/Assmann S. 4.

<sup>816</sup> Windbichler § 1 Rn. 1.

<sup>817</sup> Zitiert nach, K.Schmidt GesR S. 3 Fn. 5.

<sup>818</sup> Vgl. Windbichler § 1 Rn. 4; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 20; Wiedemann Bd. I S. 15; Grunewald GesR Einf. Rn. 1; Steding Rn. 7.

<sup>819</sup> Ballerstedt, in: Festschrift Duden 1977, S. 15, 15; Raiser, in: Festschrift Fischer 1979, S. 561, 561.

<sup>820</sup> Schrödl S. 10.

<sup>821</sup> Vgl. Duden, in: Festschrift Schilling 1973, S. 309, 309ff; Kunze, in: Festschrift Duden 1977, S. 201, 201ff; Schilling, in: Festschrift Duden 1977, S. 537, 551f; Biedenkopf, in: Festschrift Raiser 1974, S. 339, 339ff.

<sup>822</sup> K.Schmidt, in: JuS 1985, 249, 252; Ballerstedt, in: Festschrift Duden 1977, S. 15, 18.

<sup>823</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 2; K.Schmidt HandelsR § 1 Rn. 23.

<sup>824</sup> Raiser, in: Festschrift Potthoff 1989, S. 31, 31; vgl. K.Schmidt HandelsR § 1 Rn. 23ff.

besteht.<sup>825</sup> Der Blickwinkel des Unternehmensrechts ist ein anderer, da der Fokus nicht ausschließlich auf Gesellschaften im weitesten Sinne gerichtet ist, sondern er sich vielmehr auf die Systematisierung der Binnenorganisation und der Außenbeziehung von Unternehmensträgern erstreckt.<sup>826</sup> Daher sind Gesellschaften vom Unternehmensrecht nicht erfasst, die nicht als Unternehmensträger auftreten<sup>827</sup>, wobei die Tragweite davon abhängt, wie weit man den Unternehmensbegriff fasst.<sup>828</sup>

Aus dem Anknüpfungspunkt Unternehmensrecht ergibt sich indes keine unterschiedliche Einordnung bzw. Betrachtung vom bürgerlich-rechtlichen Verein und der Unternehmergesellschaft, da sowohl Vereine ein Unternehmen führen können als auch die als Unternehmensträger geschaffene GmbH für andere Zwecke eingesetzt werden kann.<sup>829</sup> Gegenstand der Arbeit ist ein Vergleich von zwei Rechtsformen, die zur Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks gegründet werden. Aufgrund dieses Gleichlaufs bedarf es vorliegend mangels Relevanz keiner vertiefenden Betrachtung der verschiedenen Auffassungen zum „Unternehmensbegriff“ oder zum „Unternehmensrecht“.

### cc) Numerus Clausus, Typenzwang und Institutionenlehre des Gesellschaftsrechts

Das Gesellschaftsrecht wird durch vorgegebene Gesellschaftsformen praktikabel. Man spricht dabei vom sog. *numerus clausus* des Gesellschaftsrechts. Der Rechtsbereich ist zudem vom sog. Normativbestimmungssystem geprägt, wonach jeder einen Anspruch auf die gewählte Gesellschaftsform hat, soweit deren normative Bestimmungen erfüllt sind; insoweit ist eine freie Wahl zwischen den Gesellschaftsformen eröffnet.<sup>830</sup> Der *numerus clausus* dient sämtlichen betroffenen Personen, mithin den Gesellschaftern, den Gläubigern aber auch der Allgemeinheit.<sup>831</sup> Es kann ausschließlich zwischen den vorgegebenen Gesellschaftsformen<sup>832</sup> gewählt werden, so dass dem Rechtsverkehr kein „*Phantasiegebilde*“ als Rechtssubjekt vorgesetzt werden kann.<sup>833</sup> Diese Einschränkung greift indes nicht auf der Ebene des reinen Schuldrechts.<sup>834</sup>

Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass die Praxis die vorgegebenen Gesellschaftsformen, soweit eine Gestaltungsfreiheit vom Gesetz eröffnet wurde, den eigenen Bedürfnissen entsprechend gestaltet hat, wodurch verschiedenste Varianten einer Gesellschaftsform begründet worden sind, was sich exemplarisch an der GmbH festmachen lässt, da das Gesetz insoweit lediglich eine schemenhaft umrissene Normalverfassung parat hält, die vielfältig geändert werden kann, so dass ein homogenes Gesamtrechtsbild dieser Rechtsform in der Praxis nicht anzufinden ist.<sup>835</sup>

---

<sup>825</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 3; Windbichler § 1 Rn. 1; H.Wagner S. 1.

<sup>826</sup> Windbichler § 1 Rn 1; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 2; K.Schmidt HandelsR § 1 Rn. 23ff.

<sup>827</sup> Kübler/Assmann S. 3; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 2; vgl. Raiser, in: Festschrift Fischer 1979, S. 561, 577: Das Unternehmen wird im Gesellschaftsrecht als Veranstaltung der Eigentümer, im Unternehmensrecht als zur wirtschaftlichen Leistung bestimmte Organisation personeller Kräfte und sachlicher Mittel verstanden.

<sup>828</sup> Vgl. Schrödl S. 14ff.

<sup>829</sup> Kübler/Assmann S. 3.

<sup>830</sup> Schwintowski, in: JA 1993, 97, 98.

<sup>831</sup> Steding Rn. 45; Kraft/Kreutz S. 11; Schwintowski, in: JA 1993, 97, 98.

<sup>832</sup> Zur Diskussion über den Begriff Rechtsformzwang, K.Schmidt GesR S. 101.

<sup>833</sup> K.Schmidt GesR S. 96.

<sup>834</sup> Wiedemann Bd. I S. 43; K.Schmidt GesR S. 96.

<sup>835</sup> K.Schmidt GesR S. 107.

Die grundsätzliche Veränderung der deutschen Gesellschaftsformen unterliegt indes dem Gesetzgeber, obgleich der *numerus clausus* auch der Veränderung durch die richterliche Rechtsfortbildung unterfällt.<sup>836</sup>

Der *numerus clausus* bewirkt insgesamt nur die Vorgabe eines Grundmusters der Gesellschaftsformen.<sup>837</sup> Er steht daher nicht der Anwendung einer Rechtsform auf einen für sie vermeintlich vom Gesetzgeber nicht primär angedachten Bereich entgegen, solange die jeweilige Betätigung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Daraus ist ebenso zu schließen, dass aus der Verweisung auf die vorgegebenen Gesellschaftsformen nicht folgt, dass ein bestimmtes Betätigungsfeld einer Rechtsform allein zugewiesen ist.

Vom *numerus clausus* ist jedoch die sog. Lehre vom Typenzwang zu unterscheiden. Der Typenzwang hat die Frage zum Gegenstand, ob eine gewählte Rechtsform bis an die Grenze des zwingenden Rechts einer beliebigen Veränderung des sie prägenden Rechts unterworfen werden kann, mit anderen Worten, ob auch die dispositiven Normen einer jeden Rechtsform ein zwingendes Korsett aufgrund einer Ordnungs- und Leitbildfunktion bilden.<sup>838</sup> Die Einschlägigkeit sowie der Inhalt und die Begründung eines vermeintlichen Typenzwangs im Gesellschaftsrecht sind umstritten.<sup>839</sup> Hierauf wird unten eingegangen.<sup>840</sup> Da jedoch die zulässige Weite der Veränderbarkeit einer jeden Rechtsform Gegenstand des Typenzwangs ist, steht dieser Rechtsgedanke, wie weit man ihn auch auslegen mag, der Betätigung einer Unternehmersgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich aufgrund der eigenen gesetzlich normierten Zweckoffenheit primär nicht entgegen. Ein zwingender Zusammenhang zwischen dem Typus der GmbH und einer wirtschaftlichen Betätigung ist weder dem Gesetz noch der historischen Entwicklung zu entnehmen.

Ein mit der Typenlehre vergleichbarer Ansatz liegt der sog. Institutionenlehre zu Grunde.<sup>841</sup> Nach dieser Auffassung sind Institutionen tragende Normen eines Lebenszusammenhangs, so dass nach diesem Rechtsdenken geprüft wird, ob eine Gesellschaft in der Art und Weise auch funktional genutzt wird, wie es die das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben prägende Rechtsordnung vorgesehen hat.<sup>842</sup> Auch die Institutionenlehre ist umstritten.<sup>843</sup> Ansatzpunkt dieser Auffassung ist wie beim Typenzwang die zulässige Weite der vertraglichen Veränderung, so dass auch diese Auffassung, sofern man sie überhaupt für einschlägig erachtet, der Ansiedlung einer Unternehmersgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich nicht entgegensteht.

Es kann daher festgehalten werden, dass weder der *numerus clausus* des Gesellschaftsrechts noch die Lehre vom Typenzwang oder gar die sog. Institutionenlehre gegen eine Ansiedlung einer Unternehmersgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich heranzuführen sind.

---

<sup>836</sup> Vgl. Wiedemann Bd. I S. 44; K.Schmidt GesR S. 97f.

<sup>837</sup> Wiedemann Bd. I S. 42.

<sup>838</sup> K.Schmidt GesR S. 111f; Wiedemann Bd. I S. 679; Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 758f.

<sup>839</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 1923, 1924f; K.Schmidt GesR S. 114ff; Kraft/Kreutz S. 11; Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 761.

<sup>840</sup> Vgl. F. IV. 1.

<sup>841</sup> Vgl. hierzu, Wiedemann Bd. I S. 74f; Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 756.

<sup>842</sup> Wiedemann Bd. I S. 74; Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 756.

<sup>843</sup> Vgl. Wiedemann Bd. I S. 75; Fikentscher Bd. I S. 532ff; Kraft/Kreutz S. 12; Mertens, in: GmbHR 1967, 45, 45.

## dd) Systematik des Gesellschaftsrechts

Das Gesellschaftsrecht sieht verschiedenste Rechtsformen vor, welche zur Systematisierung in bestimmte Kategorien eingeordnet werden.

Zum einen lassen sich die Rechtsformen in die Grundtypen Personengesellschaft<sup>844</sup> (Gesellschaften im engeren Sinne<sup>845</sup>) und juristische Person einteilen.<sup>846</sup> Die juristischen Personen weisen im Gegensatz zu den Personengesellschaften eine überindividuelle Verselbstständigung auf.<sup>847</sup> Sowohl die Unternehmergesellschaft als auch der eingetragene Verein sind juristische Personen.

Im wirtschaftlichen Bereich werden die Personengesellschaften von den Kapitalgesellschaften unterschieden. Während die Personengesellschaften im Grundsatz auf der Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter beruht, steht bei der Kapitalgesellschaft die Kapitalbeteiligung im Vordergrund.<sup>848</sup> Eine persönliche Haftung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft besteht grundsätzlich nicht. Im Ergebnis sind Kapitalgesellschaften Körperschaften und damit juristische Personen.<sup>849</sup> Die GmbH und ihre Variante, die Unternehmergesellschaft, gehören zu den Kapitalgesellschaften.<sup>850</sup> Demgegenüber ist der eingetragene Verein in keine der beiden Gruppen einzuordnen. Diese Unterscheidung ist jedoch nur wirtschaftlich von Bedeutung und gibt im rechtlichen Sinne lediglich die Differenzierung zwischen Personengesellschaft und juristischer Person wieder.<sup>851</sup>

Eine weitere Kategorie des Gesellschaftsrechts sind die sog. Handelsgesellschaften. Dies sind Gesellschaften, die notwendig oder regelmäßig ein Handelsgewerbe i. S. d. HGB betreiben und deshalb dem Recht der Kaufleute unterworfen sind.<sup>852</sup> Wie bereits oben aufgezeigt, ist die Unternehmergesellschaft gem. § 13 Abs. 3 GmbHG eine Handelsgesellschaft. Der eingetragene Verein ist hingegen keine Handelsgesellschaft. Da die Einteilung lediglich danach erfolgt, welcher Einsatzbereich der GmbH typischerweise zukommt, steht die Klassifizierung der Unternehmergesellschaft als Handelsgesellschaft ihrem Einsatz im nichtwirtschaftlichen Bereich nicht entgegen.

Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Einteilung der Gesellschaften in bestimmte Kategorien insgesamt der Systematisierung unter Heranziehung einer rechtsgrundsätzlichen Betrachtung dient.<sup>853</sup> Ein Ausschluss für bestimmte Bereiche des Rechtslebens ist damit nicht einhergehend. Solch ein Ausschluss bleibt vielmehr dem Gesetzgeber überlassen.

---

<sup>844</sup> Beuthien, in: JZ 2003, 715, 715: Bis Anfang der 1970er Jahre als Personalgesellschaft bezeichnet.

<sup>845</sup> Steding Rn. 57; Kübler/Assmann S. 22; K.Schmidt GesR S. 45; Wiedemann Bd. I S. 5.

<sup>846</sup> K.Schmidt GesR S. 45f; vgl. jedoch die in Bezug auf diese Einteilung aufgekommene Diskussion, Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 31f.

<sup>847</sup> K.Schmidt GesR S. 46; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 32.

<sup>848</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 32; Windbichler § 2 Rn. 17f.

<sup>849</sup> Windbichler § 2 Rn. 18.

<sup>850</sup> Windbichler § 2 Rn. 19; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 33; Kübler/Assmann S. 25.

<sup>851</sup> Windbichler § 2 Rn. 16.

<sup>852</sup> Windbichler § 2 Rn. 22; Wiedemann Bd. I S. 97.

<sup>853</sup> K.Schmidt GesR S. 45ff; Windbichler § 2 Rn. 1.

## **b) Rechtliche Eingliederung und Rechtsquellen**

### **aa) Allgemeines**

Das Gesellschaftsrecht sieht kein einheitliches Gesetzbuch vor, so dass es vielmehr in verschiedenen Rechtsquellen verankert ist.<sup>854</sup> Einschlägige Normen sind im BGB und HGB zu finden. Zudem gibt es eine Reihe von Gesetzen, die ausschließlich gesellschaftsrechtliche Regelungen enthalten (z. B. AktG und GmbHG).

### **bb) Nationales Recht**

Das nationale Gesellschaftsrecht lässt sich in Rechtsnormen, Vertragsgestaltung und richterliche Rechtsfortbildung<sup>855</sup> einteilen.<sup>856</sup> Diese Bereiche sind eng miteinander verknüpft. Sie haben zudem eine gegenseitige Wechselwirkung. Des Weiteren ist es möglich, dass sich gewohnheitsrechtliche Entwicklungen aus der Prozesspraxis und der Vertragsgestaltung ergeben.<sup>857</sup>

## **(1) Rechtsnormen**

### **(a) Verfassungsrecht**

Im Zentrum der verfassungsrechtlichen Gewährleistung und Absicherung des Gesellschaftsrechts steht das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit für alle Deutschen aus Art. 9 Abs. 1 GG.<sup>858</sup> In Art. 11 EMRK<sup>859</sup> findet sich eine vergleichbare Bestimmung.<sup>860</sup> Das Grundrecht enthält das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung.<sup>861</sup> Für die Parteien ist Art. 21 GG im Allgemeinen *lex specialis*.<sup>862</sup> Das Grundrecht schützt eine elementare Voraussetzung der freien Persönlichkeitsbildung und -entfaltung.<sup>863</sup> Das Recht aus Art. 9 Abs. 1 GG umfasst alle Vereinigungen, so dass es nicht auf die gewählte Rechtsform ankommt, wodurch es unerheblich ist, welche konkrete gesellschaftsrechtliche Struktur die Vereinigung aufweist.<sup>864</sup> Soweit nicht die besonderen Voraussetzungen der Art. 9 Abs. 2 GG und Art. 18 GG einschlägig sind, darf die öffentliche Gewalt die Bildung von Vereinen und Gesellschaften nicht verbieten und vorhandene Vereine und Gesellschaften nicht auflösen.<sup>865</sup> Demgegenüber ist es mit Art. 9 Abs. 1 GG grundsätzlich vereinbar, wenn der Gesetzgeber nur eine bestimmte Anzahl an Vereinigungsformen zur Verfügung stellt. Die Vereine und Gesellschaften werden unter dem Oberbegriff „Vereinigungen“ zusammengefasst, wobei unter einer Vereinigung

---

<sup>854</sup> Im Gegensatz zu den Niederlanden (Art. 7 A: 1655-1688 *Burgerlijk Wetboek* von 1992) und Frankreich (Art. 1-8 L. 24. juillet 1966, Art. 1832ff. *Code Civil*), bei denen die allgemeinen Grundsätze der Gesellschaften einheitlich normiert sind, Windbichler § 1 Rn. 22.

<sup>855</sup> Ob Richterrecht gar als eine eigenständige Rechtsquelle anzusehen ist, ist umstritten, vgl. Wiedemann Bd. I S. 43.

<sup>856</sup> K.Schmidt GesR S. 31ff.

<sup>857</sup> K.Schmidt GesR S. 32; vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Einl. Rn. 65.

<sup>858</sup> Kübler/Assmann S. 13.

<sup>859</sup> Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 07.08.1952, BGBl. II, S. 685.

<sup>860</sup> BVerwGE 52, 313, 333f; Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 13: Die Vorschrift ist Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik. Sie nimmt den Rang eines Bundesgesetzes ein.

<sup>861</sup> BVerfGE 50, 290, 353; 80, 244, 252f; 100, 214, 223; Jarass/Pieroth Art. 9 Rn. 1.

<sup>862</sup> BVerfGE 25, 69, 78; Jarass/Pieroth Art. 21 Rn. 3; Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 43.

<sup>863</sup> Sachs/Höfling Art. 9 Rn. 3; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Kannengießer Art. 9 Rn. 4.

<sup>864</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 2; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Kannengießer Art. 9 Rn. 4, 9.

<sup>865</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 3.



jeder Zusammenschluss zu verstehen ist, zu dem sich eine Mehrheit von natürlichen und juristischen Personen oder Personenvereinigungen für längere Zeit zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks freiwillig zusammenschließt und einer einheitlichen Willensbildung<sup>866</sup> unterwirft.<sup>867</sup> Der Begriff Vereinigung ist daher weit auszulegen.<sup>868</sup> Zudem ist die Art des verfolgten Zwecks unerheblich.<sup>869</sup> Von Art. 9 Abs. 1 GG sind sowohl eingetragene Vereine als auch Kapitalgesellschaften<sup>870</sup> wie die Unternehmergesellschaften erfasst, sofern sie wenigstens zwei Gesellschafter aufweisen.<sup>871</sup>

Da dieses Grundrecht faktisch inhaltslos wäre, wenn die Rechtsordnung keine Organisationsformen zur Verfügung stellen würde, enthält Art. 9 Abs. 1 GG mittelbar eine wenn auch nur minimale Garantie gesellschaftsrechtlicher Strukturen, um eine hinreichende Vielfalt an Rechtsformen und eine zumutbare Auswahl zu gewährleisten.<sup>872</sup> Die Vereinigungsfreiheit bedingt insoweit eine gesetzliche Ausgestaltung, so dass sie Regelungen bedarf, welche die freien Zusammenschlüsse und deren Wirken in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs entsprechend berücksichtigen sowie die Rechte der Mitglieder, Dritter und öffentliche Belange sichern und beachten.<sup>873</sup> Die Grenze zwischen zulässiger Ausgestaltung des Grundrechts und einem Grundrechtseingriff kann mitunter fließend sein.<sup>874</sup> Ferner ist der Gesetzgeber nicht an die überkommenen Rechtsformen und Normenkomplexe des Gesellschafts- oder Vereinsrechts gebunden, so dass keine institutionelle Garantie besteht.<sup>875</sup> Damit ist ebenso kein Anspruch zur Alleinstellung einer bestimmten Rechtsform für einen bestimmten Zweck gegeben.

Die Vereinigungsfreiheit umfasst sowohl die Freiheit der Gründung als auch die Freiheit des Fernbleibens<sup>876</sup> oder des Beitritts.<sup>877</sup> Die Vereinigungsfreiheit wird im Bereich der privaten Lebensgestaltung, bei der politischen Einflussnahme aber auch bei wirtschaftlichen Tätigkeiten benötigt.<sup>878</sup> Eine verfassungsrechtliche Sonderstellung erfahren die Koalitionen und die politischen Parteien (Art. 9 Abs. 3, 21 Abs. 1 GG), hingegen alle anderen Vereinigungen von Art. 9 Abs. 1 GG erfasst sind. Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet insgesamt die durch den Zusammenschluss potenzierte Rechts- und Freiheitswahrnehmung sowie die Entfaltung der Persönlichkeit in der Gruppe.<sup>879</sup>

---

<sup>866</sup> Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 41; von Münch/Kunig/Löwen Art. 9 Rn. 35; Maunz-Dürig/Scholz Art. 9 Rn. 67: Die organisierte Willensbildung bedingt lediglich ein Mindestmaß an organisatorischer Stabilität, wodurch die Vereinigung vornehmlich zur Versammlung abgegrenzt werden soll.

<sup>867</sup> BVerfGE 106, 177, 181; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Kannengießler Art. 9 Rn. 9; Günther/Franz, in: JuS 2006, 788, 789. Vgl. zudem § 2 Abs. 1 VereinsG.

<sup>868</sup> Jarass/Pieroth Art. 9 Rn. 3; Sachs/Höfling Art. 9 Rn. 8.

<sup>869</sup> Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Kannengießler Art. 9 Rn. 9; Sachs/Höfling Art. 9 Rn. 4.

<sup>870</sup> Es ist fraglich, ob große Kapitalgesellschaften dem in der Vereinigungsfreiheit enthaltenen Gedanken der freien Assoziation selbstbestimmender Mitglieder entsprechen, vgl. BVerfGE 50, 290, 355ff; von Mangoldt/Klein/Starck/Kepmer Art. 9 Rn. 19.

<sup>871</sup> Jarass/Pieroth Art. 9 Rn. 3; Sachs/Höfling Art. 9 Rn. 11. Gleichsam ist umstritten, ob die Vereinigung selber Grundrechtsträger sein kann und damit ein eigenes Recht aus Art. 9 GG erfährt (Doppelgrundrecht), oder ob es eines Rückgriffs über Art. 19 Abs. 3 GG bedarf, vgl. Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 34ff; von Münch/Kunig/Löwen Art. 9 Rn. 23f; Maunz-Dürig/Scholz Art. 9 Rn. 23ff.

<sup>872</sup> BVerfGE 50, 290, 355; Kübler/Assmann S. 13; AK/Rinken Art. 9 Abs. 1 Rn. 71.

<sup>873</sup> BVerfGE 50, 290, 354f; 84, 372, 378f.

<sup>874</sup> Vgl. Jarass/Pieroth Art. 9 Rn. 14; vgl. Dreier/Bauer Art. 9 Rn. 51ff; von Münch/Kunig/Löwen Art. 9 Rn. 26.

<sup>875</sup> Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Kannengießler Art. 9 Rn. 12; von Münch/Kunig/Löwen Art. 9 Rn. 30.

<sup>876</sup> Die negative Vereinigungsfreiheit, mithin das Recht, einer Vereinigung fernzubleiben, soll einer Mindermeinung nach aus Art. 2 Abs. 1 GG folgen; Ipsen Rn. 592ff; Friauf, in: Festschrift Reinhardt 1972, S. 389, 389f.

<sup>877</sup> BVerfGE 10, 89, 102; 50, 290, 354; Sachs/Höfling Art. 9 Rn. 17, 22.

<sup>878</sup> Wiedemann Bd. I S. 665.

<sup>879</sup> Wiedemann Bd. I S. 665; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 58.

Zwar nennt Art. 9 Abs. 1 GG „Vereine und Gesellschaften“, wodurch jedoch keine verfassungsrechtlich relevante Gegensätzlichkeit vermittelt werden soll, sondern vielmehr eine Klarstellung, dass unter den Vereinen nicht nur solche des Bürgerlichen Rechts zu verstehen sind.<sup>880</sup> Andere sehen in der Aufzählung die Darstellung der Grundtypen der privaten Zweckverbände, so dass durch die Anführung der personalistisch strukturierten Gesellschaft und der körperschaftlichen Vereinigung ein lückenloser Schutz begründet wird.<sup>881</sup> Beide Ansichten führen daher zum selben Ergebnis. Die Nennung von „Vereinen und Gesellschaften“ erfasst alle Vereinigungsformen. Eine Systematik, insbesondere eine verfassungsrechtlich maßgebliche, ist damit nicht einhergehend.<sup>882</sup> Der einfache Gesetzgeber kann die bestehenden Rechtsformen nicht nur ändern, sondern sie auch gänzlich ersetzen oder zu Lasten bestehender Vereinigungsarten zusätzliche Vereinigungsformen schaffen.<sup>883</sup>

Aus der Verfassung folgt daher kein Anhaltspunkt, welcher der Ansiedlung der Unternehmungsgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich entgegensteht. Ein Rangverhältnis der Rechtsformen ist Art. 9 Abs. 1 GG nicht zu entnehmen. Ebenso ist keine Exklusivität einzelner Vereinigungen für bestimmte Bereiche des gesellschaftlichen Lebens einschlägig. Die fehlende Zulässigkeit für bestimmte Zwecke ergibt sich allenfalls aus der niedergesetzlich eingrenzenden Verwendbarkeit der Rechtsformen. Es steht daher im Ermessen der Mitglieder, welchen Zweck sie unter Beachtung von Art. 9 Abs. 2 GG verfolgen wollen und welche Organisationsform sie dafür wählen. Der Gesetzgeber kann hierfür unter Berücksichtigung der gewandelten wirtschaftlichen und sozialen Vorstellungen zeitgemäße Verbandsformen schaffen. Es entspricht daher vielmehr dem Idealbild der Vereinigungsfreiheit, wenn zur Verfolgung von nichtwirtschaftlichen Zwecken nicht ausschließlich der bürgerlich-rechtliche Verein zur Verfügung steht, sondern den Betroffenen eine weitere Rechtsform als Alternative an die Hand gegeben wird.

## **(b) Bundesrecht**

Das Gesellschaftsrecht ist weder einheitlich noch abschließend kodifiziert. Die verschiedenen Rechtsformen sind in diversen Gesetzen geregelt. Während einige Gesetze ausschließlich eine Gesellschaftsform regeln, sind in anderen Gesetzen mehrere Gesellschaften verankert. Die Vielfältigkeit der Regelungen ist vornehmlich geschichtlich bedingt, zumal die fehlende Einheitlichkeit durch eine unterschiedliche Novellierungs- und Reformierungsintensität der einzelnen Rechtsformen geprägt ist.<sup>884</sup>

Das Gesellschaftsrecht hat sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Grundlagen.

### **(aa) Privatrecht**

Das Gesellschaftsrecht unterliegt verschiedensten Änderungen, wodurch ein zeitgemäßes Recht gewährleistet werden soll. Das maßgebliche Recht ist im BGB, HGB, AktG, GmbHG, GenG und PartGG geregelt. Darüber hinaus finden sich in verschiedensten Gesetzen gesellschaftsrechtliche Vorschriften, ohne dass diese rechtsformspezifisch sind, so dass sie alle oder mehrere Rechtsformen gleichermaßen betreffen.<sup>885</sup>

---

<sup>880</sup> BK-GG Art. 9 Rn. 42; von Mangoldt/Klein/Starck/Kepmer Art. 9 Rn. 12.

<sup>881</sup> Wiedemann Bd. I S. 673f.

<sup>882</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 11.

<sup>883</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 11.

<sup>884</sup> Wiedemann Bd. I S. 37.

<sup>885</sup> Z. B. das Umwandlungsgesetz oder das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, vgl. Wiedemann Bd. I S. 40.

Die Regelungen des eingetragenen Vereins finden sich in den §§ 21ff BGB, hingegen die Grundregeln der Unternehmergesellschaft in § 5a GmbHG i. V. m. §§ 1ff GmbHG verankert sind.

Der Verein ist als juristische Person im Bereich des bürgerlich-rechtlichen Personenrechts geregelt, obschon das Vereinsrecht abgesehen von dem Begriff juristische „Person“ mit dem Personenrecht<sup>886</sup> wenig gemeinsam hat.<sup>887</sup> Der konkrete Standort der Regelungen ist indes historisch bedingt, da das Vereinsrecht erst spät im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens im BGB aufgenommen wurde, da der zuständige *Redaktor Gebhardt* vielmehr an der Schaffung eines allgemeinen Teils für juristische Personen interessiert war.<sup>888</sup>

Die Normen der GmbH finden sich in einem eigenen Gesetz, obgleich im Zeitpunkt des in Krafttretens des GmbHG 1892<sup>889</sup> mit Ausnahme der Genossenschaft<sup>890</sup> alle Rechtsformen im ADHGB deutschlandweit verankert waren. Das GmbHG wurde sodann im Zuge der Einführung des BGB und HGB neu bekanntgemacht.<sup>891</sup>

Die Einordnung in unterschiedliche Gesetze hat ordnende und systematisierende Bewandnis. Sie ist zudem von einem Willen der Vereinfachung geprägt. Auf der anderen Seite erfolgte die Aufnahme der Regelungen des Vereins in das BGB, um eine deutschlandweit einheitliche Regelung der nichtwirtschaftlichen Vereinigungen zu erzielen.<sup>892</sup> Ein Rangverhältnis wurde demgegenüber durch die fehlende einheitliche Kodifizierung nicht geschaffen. Die unterschiedlichen Gesetze besagen nichts über die Stellung und die Weite des Anwendungsbereichs der jeweiligen Rechtsform aus.

Einschränkungen für die Zulässigkeit der Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich ergeben sich daher nicht aus der Systematik des Privatrechts.

## **(bb) Öffentliches Recht**

Obgleich das Gesellschaftsrecht Teil des Privatrechts ist, übt auch das öffentliche Recht einen Einfluss aus. Eine Verbindung zwischen Öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht lässt sich beispielhaft am Vereinsgesetz<sup>893</sup> und dem Parteiengesetz<sup>894</sup> festmachen, da beide Gesetze auch gesellschaftsrechtliche Vorschriften (§13 VereinsG, § 3 PartG) beinhalten. Die einfachgesetzliche Umsetzung des Art. 9 Abs. 2 GG wird durch das Vereinsgesetz geleistet, welches die Voraussetzungen eines Vereinsverbots und dessen Folgen konkretisiert.<sup>895</sup> Ein Vereinsverbot bedarf insoweit gem. Art. 9 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 VereinsG einer ausdrücklichen Verfügung.<sup>896</sup>

Der Vereinsbegriff des VereinsG ist mit dem des BGB nicht identisch, da das VereinsG nicht rechtsformspezifisch ist.<sup>897</sup> Der Anwendungsbereich des VereinsG geht mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 GG über den des bürgerlich-rechtlichen Vereins hinaus, § 2 Abs. 1 VereinsG.<sup>898</sup> Aus

---

<sup>886</sup> Hierzu zählt z. B. das Namensrecht.

<sup>887</sup> Wiedemann Bd. I S. 39.

<sup>888</sup> Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 15. Vgl. C. IV. 1. b).

<sup>889</sup> Gesetz vom 20.04.1892, RGBl. S. 477.

<sup>890</sup> Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 01.05.1889, RGBl. S. 55.

<sup>891</sup> Gleichzeitig wurden die §§ 75ff GmbHG eingefügt, Gesetz vom 20.05.1898, RGBl. S. 846.

<sup>892</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 15; Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 11f, 14, 17.

<sup>893</sup> Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts vom 05.05.1964, BGBI. I S. 593.

<sup>894</sup> Gesetz über die politischen Parteien vom 24.07.1967, BGBI. I S. 773.

<sup>895</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 164; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 81.

<sup>896</sup> Vgl. BVerwGE 4, 188, 188.

<sup>897</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 165.

<sup>898</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 165.

§ 2 Abs. 1 VereinsG folgt, dass eine Einpersonengesellschaft nicht vom VereinsG erfasst ist. § 17 VereinsG enthält für die GmbH Einschränkungen. Sinn des § 17 VereinsG ist indes, dass mögliche Umgehungen des Vereinsverbots durch ein Ausweichen verfassungswidriger Bestrebungen auf die Rechtsformen der Kapitalgesellschaften verhindert werden, da die Vermögensabwicklung gerichtlich aufgelöster Kapitalgesellschaften durch die Gesellschaftsorgane nach privatrechtlichen Grundsätzen erfolgt, wodurch eine getarnte Vermögensverschiebung zu erneuten verfassungswidrigen Zwecken möglich wäre.<sup>899</sup>

Darüber hinaus ist auf der bundesgesetzlichen Ebene im Bereich des Öffentlichen Rechts auf das PartG hinzuweisen. Dieses Gesetz findet jedoch seinen Anwendungsbereich ausschließlich bei den politischen Parteien, § 2 PartG. Das PartG und Art. 21 Abs. 1 GG zwingen den politischen Parteien unmittelbar keine bestimmte Rechtsform auf.<sup>900</sup>

Auch aus dem Öffentlichen Recht folgt daher keine Einschränkung einer Ansiedlung der Unternehmungsgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich.

### **(c) Landesrecht**

Schließlich gibt es einige einschlägige Landesgesetze. Diese erlangen bzw. erhalten ihre Gültigkeit über die Art. 55, 82 EGBGB. Da diese Vorschriften jedoch weder den eingetragenen Verein noch die Unternehmungsgesellschaft in unterscheidender Funktion betreffen, soll dies hier nur eine kurze Erwähnung erfahren.

### **(2) Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten**

Zahlreiche Gesetze enthalten gesellschaftsrechtliche, rechtsformunabhängige Regelungen, welche für verschiedene oder alle Gesellschaften gelten. Da das Gesellschaftsrecht Teil des Privatrechts ist, sind allgemeine zivilrechtliche Instrumentarien anwendbar, insbesondere die des Allgemeinen Teils des BGB sowie die des Allgemeinen Schuldrechts.<sup>901</sup> Darüber hinaus ist das Gesellschaftsrecht rechtstatsächlich eng mit dem Steuerrecht verknüpft.<sup>902</sup> Des Weiteren ist das Gesellschaftsrecht mit dem Kapitalmarktrecht, dem Bilanzrecht, dem Insolvenzrecht sowie dem Kartell- und Wettbewerbsrecht verzahnt.<sup>903</sup> Ein enger Zusammenhang besteht zudem mit dem Handelsrecht. Daneben gibt es zahlreiche weitere Verknüpfungen des Gesellschaftsrechts, von deren Nennung hier abgesehen wird. Aus diesen Verbindungen, die beim bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht und beim GmbH-Recht unterschiedlich ausfallen, lassen sich keine Einschränkungen für die Verwendung der Unternehmungsgesellschaft in systematischer Hinsicht entnehmen.

### **(3) Vertragsgestaltung**

Eine bedeutende Rolle bei der Gestaltung der gesellschaftlichen Wirklichkeit kommt der Vertragsgestaltung zu.<sup>904</sup> Die diesbezüglichen Bezugspunkte sind die Satzungen und Verträge. Die Vertragsgestaltung greift die Möglichkeit, die der Gesetzgeber mit der

---

<sup>899</sup> Schnoor § 17 Rn. 1.

<sup>900</sup> BVerfGE 104, 14, 19; Kersten/Rixen/Wissmann § 2 Rn. 21.

<sup>901</sup> Windbichler § 2 Rn. 24; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 4; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 48.

<sup>902</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 5.

<sup>903</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 5ff; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 51ff; K.Schmidt GesR S. 13ff.

<sup>904</sup> K.Schmidt GesR S. 34; Kübler/Assmann S. 14; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 30.

Schaffung dispositiver Normen geschaffen hat, vielfältig auf. Zwingende Normen sind vor allem im Bereich des Verkehrsschutzes und teilweise auch im Mitgliederschutz angesiedelt.<sup>905</sup> Zu beachten ist jedoch, dass eine Tendenz zur vermehrten Schaffung von zwingendem Recht ausgemacht wird.<sup>906</sup> Die Vertragsgestaltung ist in der Lage, die gesetzlichen Vorschriften zu ergänzen, zu modifizieren oder gar zu verdrängen, wodurch eine Verschiebung der Gesellschaftswirklichkeit vom gesetzlich Gewollten eintreten kann.<sup>907</sup>

Das GmbH-Recht bietet den Gesellschaftern eine weitreichende Gestaltungsfreiheit bei der Schaffung ihres Gesellschaftsvertrages.<sup>908</sup> Die Gesellschaft kann aufgrund der zur Verfügung stehenden Freiheit sowohl dem gesetzlichen Leitbild entsprechend „kapitalistisch“ aber auch „personalistisch“ organisiert sein, so dass in der Rechtswirklichkeit kein einheitlicher GmbH-Typus vorhanden ist.<sup>909</sup>

Auch das BGB enthält für den eingetragenen Verein weitestgehend dispositive Normen parat.<sup>910</sup>

Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Vertragsgestaltung auch eine rechtsfortbildende Funktion zukommt.<sup>911</sup> Die Vertragsgestaltung und die sich daran anschließende Entwicklung des Gesellschaftsrechts führten jedoch nicht zu einem tatsächlichen Gesellschaftsbild, welches die Betätigung einer Unternehmensgesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich beeinflusst. Es entspricht vielmehr dem Willen der Rechtsanwender, dass für die Verfolgung eines bestimmten Ziels mehrere Rechtsformen zur Verfügung stehen.

#### **(4) Richterliche Rechtsfortbildung**

Die richterliche Rechtsfortbildung<sup>912</sup> hat, wenn auch nicht ausschließlich, oftmals ihren Ursprung in den Verträgen, so dass dann der eigentliche Gestaltungsakt im Vertrag zu finden ist.<sup>913</sup> Durch die höchstrichterliche Rechtsfortbildung wird die anerkannte Vertragsgestaltung, die vorher nur für die vertragsschließenden oder satzungsunterworfenen Personen galt, zum objektiven Recht.<sup>914</sup> Der Fortbildung des Rechts durch Praxis und Lehre kommt im Gesellschaftsrecht eine besondere Bedeutung zu, wobei die Gerichte ein wesentlicher Träger der Rechtsfortbildung sind.<sup>915</sup> Es wird dabei vertreten, dass die Rechtsfortbildung nicht so sehr eine Veränderung des Gesellschaftsrechts bewirkt, sondern vielmehr der noch nicht abgeschlossenen Ausformung des Gesellschaftsrechts dient.<sup>916</sup> Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Rechtsfortbildung muss jedoch beachtet werden, dass bei der Mehrzahl der Gesellschaften eine sog. Schiedsgerichtsklausel respektive eine Schiedsgerichtsvereinbarung vorhanden ist, wonach ein nicht unbedeutender Teil der Binnenstreitigkeiten auf die Schiedsgerichtsbarkeit verlagert und somit der Öffentlichkeit

---

<sup>905</sup> K.Schmidt GesR S. 110.

<sup>906</sup> Kübler/Assmann S. 15, 17.

<sup>907</sup> Kübler/Assmann S. 13.

<sup>908</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 31.

<sup>909</sup> Roth/Altmeyen Einleitung Rn. 2; Michalski/Michalski Syst. Darst. 1 Rn. 2, 7f.

<sup>910</sup> Wiedemann Bd. I S. 72.

<sup>911</sup> Rehbinder, in: Festschrift Stimpel 1985, S. 47, 47.

<sup>912</sup> Vgl. zur Zulässigkeit und zum Umfang der richterlichen Rechtsfortbildung, K.Schmidt GesR S. 33; Wiedemann Bd. I S. 44; Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 32; Seidl, in: ZGR 1988, 296, 296ff; Wank, in: ZGR 1988, 314, 319ff.

<sup>913</sup> Rehbinder, in: Festschrift Stimpel 1985, S. 47, 47; vgl. Westermann, in: AcP 175 (1975), 375, 377, 389f; vgl. Ulmer, in: ZGR 1999, 751, 774; vgl. Schulte, in: Festschrift Westermann 1974, S. 525, 525f; Fischer, in: Festschrift Kunze 1969, S. 95, 96.

<sup>914</sup> Wiedemann Bd. I S. 79; vgl. insgesamt, K.Schmidt GesR S. 32f.

<sup>915</sup> K.Schmidt GesR S. 32f; Röhrich, in: ZGR 1999, 445, 446.

<sup>916</sup> K.Schmidt GesR S. 32.

entzogen wird.<sup>917</sup> Die fehlende umfassende Publikationspraxis im Schiedsgerichtswesen steht einem bedeutenden Einfluss der Rechtsfortbildung entgegen.<sup>918</sup>

Dennoch hat der Einfluss der richterlichen Rechtsfortbildung in den letzten Jahrzehnten zugenommen, wobei eine unterschiedliche Intensität zwischen den einzelnen Rechtsformen auszumachen ist, was wiederum mit einer abweichenden Intensität der gesetzgeberischen Tätigkeiten zusammenhängt.<sup>919</sup> Bei der GmbH und den bürgerlich-rechtlichen Vereinen ist eine vielfältige richterliche Rechtsfortbildung festzustellen, obschon beim bürgerlich-rechtlichen Verein diesbezüglich der nichteingetragene Verein im Mittelpunkt stand.<sup>920</sup> Ferner ist zu beachten, dass die Grenzen zwischen Gesetzes- und Vertragsauslegung, Rechtsfortbildung sowie Rechtsneubildung fließend sein können.<sup>921</sup> Im Rahmen der GmbH hat die Rechtsprechung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung vor allem auf verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze bei anderen Rechtsformen zurückgegriffen.<sup>922</sup> Die aus dem bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht entlehene Anwendung der §§ 30, 31 und 35 BGB lässt wiederum die Nähe zwischen der GmbH und dem Verein erkennen.<sup>923</sup> Die Rechtsfortbildung der GmbH ist von dem Gedanken geleitet, dass die GmbH zwar in erster Linie eine Gesellschaftsform für kleinere und mittlere Unternehmen ist, der Gesellschaft aber auch andere Anwendungsbereiche keinesfalls versperrt werden dürfen.<sup>924</sup> Diese Gedanken lassen sich auch auf die Unternehmergesellschaft übertragen, da sie eine Unterart der „regulären“ GmbH ist, die primär den kleinen Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, aber ebenso für andere Anwendungsbereiche offen sein soll. Gleichsam gilt auch für sie die systematische Nähe zum eingetragenen Verein. Aufgrund der Schaffung der Unternehmergesellschaft zum 01.11.2008 hat diese bisher keine umfassende eigene richterliche Rechtsfortbildung erfahren. Bezieht man nunmehr die Rechtsfortbildung zur „regulären“ GmbH in die Betrachtung mit ein, ist aus den oben angeführten Grundzügen, dass der Anwendungsbereich offenzuhalten ist, ersichtlich, dass die richterliche Rechtsfortbildung die Betätigung einer Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich nicht eingeschränkt hat.

### cc) Internationales Recht

Das Internationale Gesellschaftsrecht bestimmt, nach welchem Recht eine Personenvereinigung zu behandeln ist, wenn durch die konkreten Vorgaben des Einzelfalls auch ein anderes als das nationale Recht Anwendung finden könnte.<sup>925</sup> Internationales Gesellschaftsrecht ist Teil des Internationalen Privatrechts, welches seinerseits nationales Recht ist und sog. Kollisionsnormen beinhaltet.<sup>926</sup> Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht ist nicht kodifiziert.<sup>927</sup> Insofern sind die Grundsätze maßgebend, welche

---

<sup>917</sup> K.Schmidt GesR S. 34.

<sup>918</sup> K.Schmidt GesR S. 34.

<sup>919</sup> Kübler/Assmann S. 13f; Wiedemann Bd. I S. 43f.

<sup>920</sup> Kübler/Assmann S. 14; Wiedemann Bd. I S. 44ff; vgl. Michalski/Michalski Syst. Darst. 1 Rn. 146ff; K.Schmidt, in: NJW 2000, 2927, 2932, 2935.

<sup>921</sup> Wiedemann Bd. I S. 48; vgl. Wicke Einl. Rn. 13; vgl. Baumbach/Hueck Einl. Rn. 35; vgl. Wank, in: ZGR 1988, 314, 316ff.

<sup>922</sup> Wicke Einl. Rn. 13.

<sup>923</sup> Wicke Einl. Rn. 13; Michalski/Michalski Syst. Darst. 1 Rn. 147.

<sup>924</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Einl. Rn. 65; Michalski/Michalski Syst. Darst. 1 Rn. 148.

<sup>925</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 15; Windbichler § 1 Rn. 19; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 75 Rn. 1.

<sup>926</sup> Windbichler § 1 Rn. 19.

<sup>927</sup> OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 219; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 75 Rn. 3.

die Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet haben, wobei derartige Grundsätze im Vereinsrecht kaum gebildet worden sind.<sup>928</sup>

Eine maßgebliche Frage ist insoweit, wie sich eine grenzüberschreitende Tätigkeit oder eine entsprechende Niederlassung auf die Gesellschaft auswirken. Innerhalb der EU finden sich die grundlegenden Vorschriften hierzu in dem AEUV. Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV a. F.) gewährleistet in seinem räumlichen Anwendungsbereich eine grenzüberschreitende Niederlassungsfreiheit, wobei die Norm durch Art. 54 AEUV (Art. 48 EGV a. F.) ergänzt wird, wodurch die Niederlassungsfreiheit auch auf Gesellschaften erstreckt wird.<sup>929</sup> Gem. Art. 54 Abs. 2 AEUV (Art. 48 Abs. 2 EGV a. F.) fallen solche Gesellschaften nicht in den Anwendungsbereich, die keinen Erwerbszweck verfolgen.<sup>930</sup> Ausgenommen sind damit Gesellschaften mit rein religiösen, karitativen, kulturellen oder sozialen Zielsetzungen, es sei denn, sie verfolgen gleichsam einen sie mitprägenden Erwerbszweck.<sup>931</sup> Daher fallen bürgerlich-rechtliche Vereine, soweit sie nicht einen durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckten Erwerbszweck aufweisen, nicht unter die Niederlassungsfreiheit des AEUV.<sup>932</sup> Hinsichtlich der genaueren Ausgestaltung der Rechte aus Art. 49, 54 AEUV (Art. 43, 48 EGV a. F.) wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>933</sup> Mit der Gewährung der Niederlassungsfreiheit wird die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes durch Ermöglichung einheitlicher Rahmenbedingungen angestrebt.<sup>934</sup> Die Angleichung der nationalen Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten erfolgt durch Richtlinien.<sup>935</sup> Die das Gesellschaftsrecht betreffenden Richtlinien sind mittlerweile zahlreich.<sup>936</sup>

Parallel zur mitgliedstaatlichen Rechtsangleichung durch Richtlinien verläuft die Entwicklung eines europäischen Gesellschaftsrechts durch die Bereitstellung supranationaler Gesellschaftsformen.<sup>937</sup> Die Schaffung eines europäischen Vereins und einer mit der GmbH vergleichbaren europäischen Gesellschaft stehen im Raum.<sup>938</sup> Europäisches Gesellschaftsrecht kann zudem durch Vertrags-Völkerrecht entstehen.<sup>939</sup> Diesbezüglich ist das Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.02.1968 zu nennen, welches jedoch noch nicht in Kraft getreten ist.<sup>940</sup> Dabei ist zu beachten, dass nach Art. 2 des Abkommens juristische Personen nur dann ohne weiteres anerkannt werden sollen, wenn ihr Gegenstand darin besteht, als Haupt- oder Nebenzweck eine normalerweise entgeltliche, wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben.

Auch wenn Art. 54 Abs. 2 AEUV (Art. 48 Abs. 2 EGV a. F.) eine Unterscheidung zwischen juristischen Personen mit und ohne Erwerbszweck vornimmt, so ist jedoch dem AEUV keine weitere Differenzierung hinsichtlich der einzelnen Körperschaften zu entnehmen. Es ist daher

---

<sup>928</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 75 Rn. 4; Reichert (10. Auflage, 2005) Rn. 6295.

<sup>929</sup> Streinz/Müller-Graff Art. 49 AEUV Rn. 1f; Calliess/Ruffert/Bröhmer Art. 54 AEUV Rn. 1.

<sup>930</sup> Vgl. EuGH EuZW 1998, 124, 125 - Sodemare; OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 220.

<sup>931</sup> Streinz/Müller-Graff Art. 54 AEUV Rn. 3; Haratsch/Koenig/Pechstein Rn. 950.

<sup>932</sup> OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 219; Streinz/Müller-Graff Art. 54 AEUV Rn. 4.

<sup>933</sup> B. III. 2. a).

<sup>934</sup> Behrens, in: GmbHR 1993, 129, 129.

<sup>935</sup> Behrens, in: GmbHR 1993, 129, 129.

<sup>936</sup> Übersicht hierzu bei, Windbichler § 2 Rn. 28ff; Wiedemann Bd. I S. 51ff; K.Schmidt GesR S. 38f; Behrens, in: GmbHR 1993, 129, 131ff; bezogen auf die GmbH, Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 1 Rn. 42.

<sup>937</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger Einf. u. Grundl. Rn. 19; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 12ff; K.Schmidt GesR S. 36ff.

<sup>938</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 14; K.Schmidt GesR S. 40; vertiefend, Münch Hdb GesR III/Habighorst § 76 Rn. 1ff; Vollmer, in: ZHR 157 (1993), 373, 373ff; Terner, in: ZEuP 2007, 96, 96ff; Baums, in: AG 2007, 57, 63.

<sup>939</sup> K.Schmidt GesR S. 37, 41; vgl. Behrens, in: GmbHR 1993, 129, 131, 134.

<sup>940</sup> BGBl. II 1972, S. 370.

völlig irrelevant, mit welcher Rechtsform ein Zweck verfolgt wird, der keinerlei Erwerbsziele zum Hauptgegenstand hat. Eine konkrete Festlegung, wann die Ausnahme des Art. 54 Abs. 2 AEUV (Art. 48 Abs. 2 EGV a. F.) gilt<sup>941</sup>, ist vorliegend nicht notwendig, da sie gleichermaßen für die Unternehmergesellschaft als auch für den eingetragenen Verein gelten würde. Auch dem Internationalen Gesellschaftsrecht lassen sich daher keine Aspekte entnehmen, die eine Betätigung einer Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich im Vergleich zum eingetragenen Verein einschränken.

### **c) Stellungnahme**

Weder die allgemeinen Erwägungen zur Systematik noch die Betrachtung der rechtlichen Eingliederung sowie der Rechtsquellen des Gesellschaftsrechts begründen eine Einschränkung der Ansiedlung einer Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich.

## **4. Zusammenfassung**

Der allgemeinen Betrachtung der beiden Rechtsformen nach geschichtlichen Ansätzen, Sinn und Zweck sowie Systematik kann daher insgesamt nichts entnommen werden, was einer Betätigung mittels Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich von vornherein entgegensteht. Die Weite des Wortlauts des § 1 GmbHG erfährt insoweit keine Einschränkung aus allgemeinen Erwägungen. Auch wenn die GmbH primär als Rechtsform für Unternehmen geschaffen wurde, können mit ihr uneingeschränkt nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.<sup>942</sup> Es besteht daher kein Vorrang der Rechtsform des eingetragenen Vereins im nichtwirtschaftlichen Bereich. Ebenso scheidet ein entsprechender Alleinanspruch des Vereins zumindest auf Grundlage allgemeiner Erwägungen aus. Insoweit lässt sich unter Bezugnahme allgemeiner Erwägungen festhalten, dass beide Rechtsformen in diesem Bereich nicht nur sich gegenseitig ausschließende Teilgebiete bedienen können, sondern dass die Unternehmergesellschaft vollständig im Bereich des bürgerlich-rechtlichen Vereins angesiedelt werden kann.<sup>943</sup>

Dennoch hat sich gezeigt, dass sich die Grundkonzepte beider Rechtsformen unterscheiden. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Unternehmergesellschaft primär für den wirtschaftlichen Bereich geschaffen wurde. Die Zweckoffenheit der GmbH wurde vom historischen Gesetzgeber bewusst aufgenommen und in der Rechtspraxis insbesondere durch die bisher verwendeten gemeinnützigen GmbHs rechtlich zulässig umgesetzt. Der rechtlich maßgebliche Sinn beider Rechtsformen umfasst daher eine Überschneidung der beiden Anwendungsbereiche.

Unabhängig von der Kritik, welche die Kreierung der Unternehmergesellschaft erfahren hat, ist das Feld des nichtwirtschaftlichen Bereichs für die Gesellschaft offen. Da bereits die GmbH als Rechtsform für nichtwirtschaftliche, insbesondere gemeinnützige Vorhaben gewählt wurde, ist es naheliegend, dass auch die Unternehmergesellschaft im gemeinnützigen, aber auch im gesamten nichtwirtschaftlichen Raum zumindest das Interesse der Rechtsanwender wecken wird. Dies wird dadurch gestützt, dass seit der Schaffung der

---

<sup>941</sup> Vgl. hierzu, BFH BB 2004, 2338, 2341; Helios, in: BB 2002, 1893, 1894f.

<sup>942</sup> Windbichler § 20 Rn. 1, 11; Kübler/Assmann S. 264; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 4 Rn. 3; Hachenburg/Ulmer § 1 Rn. 1; Scholz/Emmerich § 1 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff § 1 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 1 Rn. 12; Thiel, in: GmbHR 1997, 10, 11; Priester, in: GmbHR 1999, 149, 149f; Winkler, in: NJW 1970, 449, 450, 452.

<sup>943</sup> Vgl. zu konkreten gesetzlichen Ausschlüssen für Einzelfälle, F. II.



Gesellschaft und damit von Anfang an gemeinnützige Unternehmergesellschaften gegründet wurden. Aufgrund des Umstands, dass die Unternehmergesellschaft nicht das Mindeststammkapital der „regulären“ GmbH aufweisen muss, könnte sie sogar gegenüber der „regulären“ GmbH vermehrt als Alternative zum eingetragenen Verein wahrgenommen werden. Ob und inwieweit eine derartige Stellung als Alternative entsteht, hängt zunächst von den Vor- und Nachteilen der jeweiligen Rechtsform für die konkreten Einzelfälle ab, aber auch davon, inwieweit diese rechtlichen Gegebenheiten von den Rechtsanwendern wahrgenommen und in ihren Entscheidungsfindungsprozess einbezogen werden.

## **D. Gegenüberstellung von „regulärer“ GmbH und Unternehmergesellschaft**

### **I. Allgemeines**

Da die Unternehmergesellschaft eine Unterform der „regulären“ GmbH ist und bis auf die abweichenden Regeln des § 5a GmbHG die übrigen Vorschriften des GmbH-Rechts auf sie grundsätzlich anzuwenden sind, ist der eigentlichen Gegenüberstellung der Unternehmergesellschaft und des eingetragenen Vereins eine vergleichende Betrachtung zwischen der Unternehmergesellschaft und der „regulären“ GmbH voranzustellen, um aufzuzeigen, welche Sondervorschriften gelten.

Sowohl die „reguläre“ GmbH als auch die Unternehmergesellschaft unterfallen derselben konzeptionellen Identität, die lediglich hinsichtlich des Mindeststammkapitals und den dafür geschaffenen Ausgleichsmechanismen abweichende Regelungen aufweist.<sup>944</sup>

### **II. Gegenüberstellung**

#### **1. Mindeststammkapital**

Durch das MoMiG wurde das Mindeststammkapitalerfordernis der GmbH aus § 5 Abs. 1 GmbHG nicht verändert, so dass die „reguläre“ GmbH weiterhin ein Stammkapital in Höhe von mindestens 25.000 € aufweisen muss. Demgegenüber eröffnet die Unternehmergesellschaft den Rechtsanwendern die Gründung einer Kapitalgesellschaft unterhalb dieses Stammkapitalbetrages. Folglich beträgt das maximale Stammkapital einer Unternehmergesellschaft 24.999 €, während die Gesellschaft bereits mit einem Euro je Gesellschafter gegründet werden kann, § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>945</sup>

#### **2. Einlagen**

Gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG sind Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft ausgeschlossen, da der Gesetzgeber die Eröffnung des Rechts zur Erbringung von Sacheinlagen als nicht erforderlich angesehen hat.<sup>946</sup> Insofern besteht ein Unterschied zum Recht der „regulären“ GmbH, § 5 Abs. 4 GmbHG. Bei einer Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 € sind nach h. M. Sacheinlagen (§ 56 GmbHG) zulässig.<sup>947</sup>

Die Einlagen sind gem. § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG in voller Höhe zu leisten. Die Volleinzahlungspflicht greift jedoch dann nicht mehr, wenn die Kapitalerhöhung auf ein Mindestkapital i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG erfolgt, § 56a GmbHG i.

---

<sup>944</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 151; vgl. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 1ff.

<sup>945</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 6, 16; Karsten § 8 Rn. 38; Wicke § 5a Rn. 5.

<sup>946</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 32.

<sup>947</sup> BGH GmbHR 2011, 699, 700f; OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; Miras Rn. 167; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 24; Roth/Altmeyen § 5a Rn. 18; Wicke § 5a Rn. 7, 14; Klose, in: GmbHR 2009, 294, 295f; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1491; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 119; wohl auch Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 676; a. A. Lutter/Hommelhoff (17. Auflage) § 5a Rn. 12, 24; Weber, in: BB 2009, 842, 844; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 49: Dies findet im Gesetz keine Grundlage. Solange die Unternehmergesellschaft keine „reguläre“ GmbH geworden ist, soll § 5a Abs. 1 S. 2 GmbHG gelten. Das soll selbst dann der Fall sein, wenn ein Kapitalerhebungsbeschluss eine Kapitalerhöhung auf ein Stammkapital von mindestens 25.000 € vorsieht, da die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt immer noch mit dem vorherigen Stammkapital ausgestattet ist. Vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 39: Der Sacheinlagenausschluss kann durch eine Bedienung der Kapitalrücklage mit Sacheinlagen entsprechenden Mitteln und anschließender Kapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln umschifft werden.

V. m. § 7 Abs. 2 GmbHG.<sup>948</sup> Bei einer Erhöhung auf ein Stammkapital unterhalb von 25.000 € ist jedoch § 5a Abs. 2 GmbHG zu beachten<sup>949</sup>. Ein Wechsel von der „regulären“ GmbH zur Unternehmergeinschaft ist nicht möglich.<sup>950</sup>

Der Gesetzestext des § 5a GmbHG und die Systematik des GmbH-Rechts führten dazu, dass bereits diverse rechtliche Aspekte der Unternehmergeinschaft unterschiedlich betrachtet werden.

So ist umstritten, ob aus der Nichtigkeit der Sacheinlagenabrede gem. § 134 BGB grundsätzlich auch die Nichtigkeit der gesamten Satzung folgt.<sup>951</sup> Bei der Sacheinlagenabrede ist daran anschließend umstritten, ob durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister dieser Mangel eine Heilung erfährt.<sup>952</sup> Ebenso umstritten ist, ob bei verdeckten Sacheinlagen § 19 Abs. 4 GmbHG Anwendung findet.<sup>953</sup> Des Weiteren besteht kein Konsens darüber, ob die Regeln des § 19 Abs. 5 GmbHG auf die Unternehmergeinschaft anzuwenden sind.<sup>954</sup>

### 3. Anmeldung - Einlagerbringung

Die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister darf abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt worden ist, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG. Dies führt dazu, dass bei einer Unternehmergeinschaft mit einem Stammkapital von über 12.500 € die Eintragung die Zahlung eines höheren Betrages bedingt,

---

<sup>948</sup> OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; OLG Stuttgart GmbHR 2011, 1275, 1275f; OLG München GmbHR 2011, 1276, 1276 unter Aufgabe der vorherigen eigenen Rechtsauffassung, GmbHR 2010, 1210, 1210ff; Miras Rn. 167; Wicke § 5a Rn. 7; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 16; Klose, in: GmbHR 2009, 294, 295, 297: In den Fällen der Erhöhung auf ein Stammkapital von mindestens 25.000 € ist § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG trotz der fehlenden Verweisung in § 56a GmbHG analog anzuwenden.; a. A. noch OLG München GmbHR 2010, 1210, 1210ff; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 72: Bis zum Erreichen des Stammkapitals i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG gilt § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG gem. § 5a Abs. 5 GmbHG, mithin greift die Regelung auch (noch) bei der Kapitalerhöhung. Vgl. Miras Rn. 168: Das bereits geleistete Stammkapital ist bei der Bemessung der Mindesteinzahlung auch dann zu berücksichtigen, wenn es aufgebraucht ist.

<sup>949</sup> BGH GmbHR 2011, 699, 700; Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 56; Lieder/Hoffmann, in: GmbHR 2011, 561, 565; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 957. Einige wenden bei der nachträglichen Erhöhung des Stammkapitals unterhalb von 25.000 € die Regelungen des § 5a Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG lediglich analog an, da bei enger Auslegung § 5a Abs. 2 GmbHG nur für die Anmeldung der gegründeten Unternehmergeinschaft (Abs. 2 S. 1 „die Anmeldung“) gelten soll, vgl. Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 18. Insofern ist grundsätzlich zu beachten, dass der Verweis in § 5a Abs. 5 GmbHG auf § 5a Abs. 2 GmbHG obsolet wäre, da Abs. 2 seinem Wortlaut nach nur einen einmaligen Anwendungsbereich hätte, Klose, in: GmbHR 2009, 294, 295; abweichend, Hennrichs, in: NZG 2009, 1161, 1162f: Der Regelungsinhalt des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG beschränkt sich auf die Gründung.

<sup>950</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 13; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 78; Wicke § 5a Rn. 4; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1499; kritisch, Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1084. Vgl. zum zulässigen Wechsel im Gründungsstadium und damit vor Eintragung der Gesellschaft, OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20.12.2010, Az: 20 W 388/10.

<sup>951</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff (17. Auflage) § 5a Rn. 12; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1486; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779. Verneinend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 22; Weber, in: BB 2009, 842, 845; vgl. Wicke § 5a Rn. 8: Entscheidend ist die Auslegung des Parteiwillens.

<sup>952</sup> Verneinend: Wicke § 5a Rn. 8; Weber, in: BB 2009, 842, 845. Bejahend: Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779.

<sup>953</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 29; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779; Heinze, in: GmbHR 2008, 1065, 1066f; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1499. Verneinend: Wicke § 5a Rn. 8; Miras Rn. 349ff; Weber, in: BB 2009, 842, 845; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1486; Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 901; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2244. Vgl. E. XIII. 3. b) bb) (2) (a).

<sup>954</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 32; jetzt auch, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 17; Miras Rn. 360ff; Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 9 Rn. 86. Verneinend: Wicke § 5a Rn. 7; Weber, in: BB 2009, 842, 845. Vgl. E. XIII. 3. b) bb) (2) (b).

als bei der Gründung einer „regulären“ GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 €. <sup>955</sup> Zwischen der Errichtung der Gesellschaft und der Eintragung in das Handelsregister besteht eine Vor-Unternehmergesellschaft, auf welche die Regeln über die Vorgesellschaften anzuwenden sind, obschon diese Phase mit Blick auf die ausschließliche Bargründung kurz sein dürfte und ein zwischenzeitliches Tätigwerden im Geschäftsverkehr oftmals nicht notwendig sein wird. <sup>956</sup>

#### 4. Thesaurierungspflicht

Der Rechtsphilosophie der GmbH entsprechend besteht bei der Unternehmergesellschaft die Pflicht zur Bildung einer Rücklage, wodurch eine Vermögensanhäufung zum Aufbau des Mindeststammkapitals gem. § 5 Abs. 1 GmbHG angeordnet wird. <sup>957</sup> Nach der gesetzgeberischen Intention soll eine Kapitalerhöhung auf ein Stammkapital von mindestens 25.000 € angestrebt werden, da in diesem Zeitpunkt die Pflicht zur Rücklagenbildung aus § 5a Abs. 3 GmbHG entfällt, § 5a Abs. 5 GmbHG. § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG schreibt insoweit vor, dass ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen ist. Die Vorschrift weicht daher von § 46 Nr. 1 GmbHG ab. Die Rücklagenbildung, die nicht von der Höhe des Stammkapitals abhängig ist, soll primär den Übergang zur „regulären“ GmbH erleichtern, obgleich die Rücklagenbildung keine betragsmäßige Begrenzung erfährt und der Übergang auch nicht binnen einer bestimmten Zeit zu erfolgen hat. Des Weiteren muss beachtet werden, dass der Rücklagenbildung keine Geldbeträge als liquide Mittel vorbehalten werden müssen, so dass die erforderlichen Mittel ohne Besonderheiten für betriebliche Zwecke eingesetzt werden können, da das Eigenkapital dadurch in bilanzieller Hinsicht unberührt bleibt. <sup>958</sup> Die zu bildende Rücklage darf nur zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57c GmbHG) und zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags sowie eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr verwendet werden, § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die möglichen Ausgleiche nach § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 GmbHG können auch dann primär aus der gesetzlichen Rücklage erfolgen, wenn daneben freie Rücklagen vorhanden sind. <sup>959</sup> Die Zweckbindung aus § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG und § 150 Abs. 4 S. 1 AktG stimmen daher überein. Die Rücklage kann auch zu einer Kapitalerhöhung unter 25.000 € herangezogen werden, wobei in diesem Fall die Gesellschaft eine Unternehmergesellschaft bleibt. Die Bildung der Rücklage kann zudem von der Gesellschaft betragsmäßig erhöht werden.

Das Erreichen eines Rücklagenwerts, durch den unter Hinzurechnung des Stammkapitals der Betrag i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird, führt nicht zum automatischen Übergang in eine „reguläre“ GmbH. Die insoweit notwendige Kapitalerhöhung folgt vielmehr den Regeln der §§ 55ff GmbHG. <sup>960</sup> Die Kapitalerhöhung kann auch auf der Zuführung externen Kapitals basieren.

Ein Verstoß gegen die gesetzliche Rücklagenbildungspflicht führt zur Nichtigkeit des Gewinnfeststellungsbeschlusses (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog) und damit einhergehend

---

<sup>955</sup> Vgl. Karsten § 8 Rn. 39; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 18; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 9.

<sup>956</sup> Windbichler § 21 Rn. 47; vgl. auch Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 24f.

<sup>957</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 151f; Windbichler § 21 Rn. 48; Goette Einf. Rn. 45; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 24; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 25.

<sup>958</sup> Miras Rn. 217; vgl. Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 3.

<sup>959</sup> Wicke § 5a Rn. 10; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 28.

<sup>960</sup> Miras Rn. 160; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 70; vgl. zur Anwendung des § 57d Abs. 2 GmbHG: Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 30.

zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses (§ 253 AktG analog), da § 5a Abs. 3 GmbHG primär gläubigerschützende Wirkung hat.<sup>961</sup> Folge dieses Umstands ist, dass die geleisteten Gewinnausschüttungen zurückzugewähren sind.<sup>962</sup> Umstritten ist, ob neben einem Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB auch ein Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG (analog) einschlägig ist.<sup>963</sup> Daneben ist die Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG zu beachten.

Bei Erreichen oder Überschreiten eines Stammkapitals i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG kann der verbleibende Teil der gesetzlichen Rücklage aufgelöst werden und für eine Ausschüttung an die Gesellschafter zur Verfügung stehen, was im Übrigen auch gilt, wenn die nach § 5a Abs. 3 GmbHG gebildete Rücklage im Rahmen einer Kapitalerhöhung nicht zur Erreichung des Mindeststammkapitals eingesetzt wurde.<sup>964</sup>

## 5. Rechtsformzusatz

Die Unternehmersgesellschaft muss abweichend von § 4 GmbHG die Bezeichnung „*Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG (haftungsbeschränkt)*“ führen, § 5a Abs. 1 GmbHG, wodurch die Sicherung des Gläubigerschutzes durch die Information des Rechtsverkehrs gestärkt werden soll, zumal eine Abkürzung des Zusatzes „*(haftungsbeschränkt)*“ nicht zulässig ist.<sup>965</sup> Wird das Stammkapital erhöht, so dass der Mindestbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht oder überstiegen wird, entfällt die Pflicht, diesen Rechtsformzusatz zu tragen, obgleich es zulässig ist, den bisherigen Rechtsformzusatz gem. § 5a Abs. 1 GmbHG beizubehalten, § 5a Abs. 5 GmbHG. Der Unterschied zwischen der Firma und dem vorgeschriebenen Rechtsformzusatz tritt jedoch in § 5a Abs. 5 GmbHG nicht eindeutig hervor.<sup>966</sup> Da der Rechtsformzusatz Bestandteil der Firma ist, bedingt seine Änderung als notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrages (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) einer Satzungsänderung, die den Gesellschaftern obliegt.<sup>967</sup> Die Unternehmersgesellschaft und die aus ihr mittels Kapitalerhöhung entstandene „reguläre“ GmbH sind personenidentisch, so dass die Vermögenswerte keiner Übertragung bedürfen und auch nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen.<sup>968</sup> Umstritten ist, ob den Geschäftsführer eine Rechtsscheinhaftung trifft, wenn die Unternehmersgesellschaft nicht den Rechtsformzusatz des

---

<sup>961</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 7; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 57; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 26; Weber, in: BB 2009, 842, 845.

<sup>962</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 10. Vgl. zur erschwerten Feststellbarkeit derartiger Ansprüche: Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 26f; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 117.

<sup>963</sup> Bejahend: Miras Rn. 232f; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 29; Wicke § 5a Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 49; Weber, in: BB 2009, 842, 845; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2247; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 780.

Verneinend: Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 118. Kritisch, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 59: § 5a Abs. 3 GmbHG enthält eher eine Ausschüttungssperre, so dass ein Rückgriff auf § 30 GmbHG nicht erforderlich ist, da sich diese Vorschrift auf das gesetzliche Stammkapital und nicht auf die Verwendung der Rücklage stützt.

<sup>964</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 32; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 41; Miras Rn. 224; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 33; Wicke § 5a Rn. 14; Weber, in: BB 2009, 842, 846; kritisch, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 31; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1491: Den Gläubigerinteressen, die sich auf die in der Bilanz ausgewiesene Rücklage beziehen und auf deren Vorhandensein beruhen, wird dabei nicht ausreichend entsprochen.

<sup>965</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 14; Michalski/Miras § 5a Rn. 51; Goette Einf. Rn. 43.

<sup>966</sup> Goette Einf. Rn. 47; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 68; vgl. Roth/Altmeppen § 5a Rn. 36.

<sup>967</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 43; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 61.

<sup>968</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 37; Michalski/Miras § 5a Rn. 116.

§ 5a Abs. 1 GmbHG führt, sondern im Rechtsverkehr als „GmbH“ auftritt.<sup>969</sup> Soweit der Zusatz (haftungsbeschränkt) fehlt, soll jedenfalls daraus nicht schlechthin eine persönliche Haftung desjenigen folgen, der die Firma fehlerhaft wiedergegeben hat.<sup>970</sup>

## 6. Einberufung der Gesellschafterversammlung

Aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Anforderungen an die Finanzausstattung einer Unternehmersgesellschaft, kann diese bereits mit einem sehr geringen Stammkapital gegründet werden, so dass die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ein besonderes Augenmerk erfährt. Gem. § 5a Abs. 4 GmbHG muss abweichend von § 49 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden, während es nach § 49 Abs. 3 GmbHG genügt, dass die unverzügliche Einberufung erfolgt, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. § 5a Abs. 4 GmbHG ist gegenüber § 49 Abs. 3 GmbHG nach h. M. *lex specialis*, wodurch § 49 Abs. 3 GmbHG vollständig verdrängt wird.<sup>971</sup> Auch in den Fällen, in denen das Stammkapital zusammen mit der aufgebauten gesetzlichen Rücklage den Mindestbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht<sup>972</sup> bzw. die Unternehmersgesellschaft, isoliert betrachtet, über ein dem Mindestkapitalbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG angenähertes Stammkapital verfügt<sup>973</sup>, findet § 49 Abs. 3 GmbHG keine Anwendung, da dies weder dem eindeutigen Gesetzeswortlaut noch dem Gesetzgeberwillen<sup>974</sup> entspricht, zumal eine nicht kodifizierte, feste Stammkapitalhöhe, deren Bestehen die analoge Anwendung der Regelungsgedanken des § 49 Abs. 3 GmbHG eröffnen soll, zu Rechtsunsicherheit führt<sup>975</sup> und in solchen Fällen ein derartiger Verlust des Kapitals regelmäßig den Einberufungsgrund nach § 49 Abs. 2 GmbHG erfüllen dürfte<sup>976</sup>, welcher gleichsam bei der Unternehmersgesellschaft einschlägig ist und damit den betroffenen Belangen insgesamt ausreichend Rechnung getragen wird.<sup>977</sup> Der Zweck des § 5a Abs. 4 GmbHG ist, dass eine drohende Insolvenz rechtzeitig erkannt wird, damit die Gesellschafterversammlung mit vereinter Kraft rechtzeitig die geeigneten Gegenmaßnahmen ergreifen kann.<sup>978</sup> Der Geschäftsführer ist wie bei § 49 Abs. 3 GmbHG Adressat der Pflicht, so dass er die Voraussetzungen des Einberufungsgrunds eigenverantwortlich festzustellen.<sup>979</sup>

---

<sup>969</sup> Für eine Haftung der Geschäftsführer bis zur Höhe der Differenz zwischen dem Stammkapital der Unternehmersgesellschaft und dem Mindeststammkapital i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG, Wicke § 5a Rn. 6; Miras Rn. 196; Weber, in: BB 2009, 842, 844. Für eine Rechtsscheinhaftung ohne eine Entscheidung darüber, ob die vorgenannte Begrenzung greift, BGH GmbHR 2012, 953, 954f. Gegen eine Rechtsscheinhaftung, da das Mindeststammkapital einer GmbH auch aufgebraucht sein kann, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 14f; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1082.

<sup>970</sup> LG Düsseldorf GmbHR 2014, 33, 33ff; Beck, in: GmbHR 2014, 402, 402ff.

<sup>971</sup> Michalski/Miras § 5a Rn. 104; Karsten § 8 Rn. 55; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 14; hierzu kritisch, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 33; Wicke § 5a Rn. 13.

<sup>972</sup> So aber, Geißler, in: DZWIR 2010, 98, 100f.

<sup>973</sup> So aber, Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 16; in diese Richtung, Roth/Altmeppen § 5a Rn. 31.

<sup>974</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 75.

<sup>975</sup> Vgl. Geißler, in: DZWIR 2010, 98, 100.

<sup>976</sup> Vgl. Roth/Altmeppen § 5a Rn. 31; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 35; Miras Rn. 250a.

<sup>977</sup> Wicke § 5a Rn. 13; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 31; Karsten § 8 Rn. 56; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2248; Weber, in: BB 2009, 842, 846; Aus § 49 Abs. 2 GmbHG soll regelmäßig eine eher eintretende Einberufungspflicht als aus § 5a Abs. 4 GmbHG folgen. Miras Rn. 253; Der Tatbestand des § 49 Abs. 2 GmbHG liegt nur dann zeitlich später vor, wenn die drohende Zahlungsunfähigkeit unerwartet eintritt.

<sup>978</sup> Michalski/Miras § 5a Rn. 102; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 64ff; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 33.

<sup>979</sup> Michalski/Miras § 5a Rn. 102; vgl. MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 35f.

§ 5a Abs. 4 GmbHG bezieht sich auf die drohende Zahlungsunfähigkeit, die in § 18 Abs. 2 InsO legal definiert ist. Der Schuldner droht danach zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Es ist daher anhand einer Wahrscheinlichkeitsprognose zu ermitteln, ob der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung.<sup>980</sup>

### **III. Gesamtschau**

Die Entscheidung für eine Unternehmergesellschaft geht Hand in Hand mit der Rechtsformwahl zugunsten einer GmbH, wodurch über § 5a GmbHG de facto die Gründung einer GmbH mit lediglich einem Euro Stammkapital möglich ist.<sup>981</sup> Auf die Unternehmergesellschaft findet neben § 5a GmbHG nahezu vollständig das gesamte GmbH-Recht Anwendung. Insofern gelten die allgemeinen Vorschriften, die auch für die „reguläre“ GmbH einschlägig sind, soweit sie nicht durch die Besonderheiten der Unternehmergesellschaft verdrängt werden.<sup>982</sup>

---

<sup>980</sup> Michalski/Miras § 5a Rn. 105; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 65.

<sup>981</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 152.

<sup>982</sup> Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 13; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 50; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 7.

## **E. Gegenüberstellung von Verein und Unternehmergesellschaft**

Die Frage nach der Fähigkeit der Unternehmergesellschaft als Alternative zum eingetragenen Verein verlangt einen umfassenden Vergleich beider Körperschaften.

### **I. Begriff und Zweck**

#### **1. Grundsätzliches**

Das Gesellschaftsrecht erkennt die privatrechtlichen Verbände nur wegen ihres Verbandszwecks an, wodurch der Verbandszweck als überindividueller Zweck als Grundbegriff des Gesellschaftsrechts bezeichnet wird.<sup>983</sup>

#### **2. Eingetragener Verein**

Obleich der bürgerlich-rechtliche Verein weitverbreitet ist, enthält das BGB keine entsprechende Definition. Der bürgerlich-rechtliche Verein wird jedoch im Allgemeinen definiert als eine auf Dauer angelegte Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, welche körperschaftlich organisiert ist, einen Gesamtnamen führt und vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist.<sup>984</sup> Der eingetragene Verein ist eine juristische Person, mithin eine Körperschaft. Gem. § 21 BGB ist der Zweck auf einen nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Ein Verein kann daher im politischen, wohltätigen, kulturellen oder im sportlichen Bereich angesiedelt sein. Der zulässige Umfang der wirtschaftlichen Betätigung wurde bereits oben angeführt.<sup>985</sup>

Es ist ebenso verdeutlicht worden, dass der bürgerlich-rechtliche Verein als Prototyp der Körperschaften den allgemeinen Rahmen körperlichen Zusammenwirkens mehrerer Personen absteckt.<sup>986</sup> Der Gesetzgeber wollte durch ihn keine bestimmte Organisationsstruktur eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses verwirklichen, sondern lediglich einen allgemeinen Rahmen körperlichen Zusammenwirkens vorgeben, dessen Organisation einfach ist und der dennoch dem klassischen Demokratiegebot entspricht.<sup>987</sup> In den Vereinen können sich die Bürger in vielerlei Hinsicht verwirklichen.

#### **3. Unternehmergesellschaft**

##### **a) Grundsätzliches**

Die Unternehmergesellschaft als Variante der „regulären“ GmbH ist eine juristische Person und gleichsam eine Körperschaft. Auch für sie hält das Gesetz keine Definition parat. Zu beachten ist jedoch, dass alle privatrechtlichen Körperschaften vom allgemeinen Vereinsbegriff erfasst sind, da sie auf Dauer angelegte, körperschaftlich organisierte Zusammenschlüsse von Personen zu einem gemeinsamen Zweck sind.<sup>988</sup> Die GmbH und ihre

---

<sup>983</sup> K.Schmidt GesR S. 59, 61.

<sup>984</sup> RGZ 143, 212, 213; Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 21; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 191; Steding Rn. 296; Reichert Rn. 2.

<sup>985</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 194; vgl. C. II. 3.

<sup>986</sup> Steding Rn. 295; Kraft/Kreutz S. 295.

<sup>987</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 44; Wiedemann Bd. I S. 109.

<sup>988</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 9.



Variante, die Unternehmergesellschaft, gehören zu den Kapitalgesellschaften.<sup>989</sup> Sie sind gem. § 13 Abs. 3 GmbHG Handelsgesellschaften.

§ 1 GmbHG ermöglicht es dem Rechtsanwender, eine Unternehmergesellschaft zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck zu gründen. Damit kann mit der Unternehmergesellschaft auch ein nichtwirtschaftlicher Zweck verfolgt werden, wobei die Thesaurierungspflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG dem nicht entgegensteht.<sup>990</sup>

## **b) Dauerhafter Bestand**

Die Gesellschaft soll, so die Intention des Gesetzgebers, vor allem Existenzgründern aber auch den Betreibern von Kleingewerbe den Zugang zur Haftungsbeschränkung eröffnen und zudem die Gründung und Führung des Unternehmens flexibler, schneller und leichter machen.<sup>991</sup> Durch die Unternehmergesellschaft ist beabsichtigt, den Unternehmensgründern entgegenzukommen, die nur wenig Kapital benötigen.<sup>992</sup> Durch das Erfordernis der Thesaurierung soll zudem eine Eigenkapitalausstattung erreicht werden, welche eine Überführung in eine „reguläre“ GmbH ermöglicht.<sup>993</sup> Die Unternehmergesellschaft ist demzufolge als Durchgangsstadium hin zur „regulären“ GmbH gedacht.<sup>994</sup> Insoweit fragt sich, ob losgelöst von diesen Vorgaben eine dauerhafte Existenz in dieser Rechtsform zulässig ist.

Insoweit ist zu beachten, dass sich weder dem Gesetz noch dem Gesetzgeberwillen eine Frist für die Kapitalerhöhung auf einen Betrag von mindestens 25.000 € entnehmen lässt und auch bei der Thesaurierung kein Höchstbetrag verankert wurde. Ebenso fehlt eine automatische Überführung einer Unternehmergesellschaft in eine „reguläre“ GmbH, obschon die Rücklage nicht dieselbe Schutzwirkung begründet, wie es beim Stammkapital der Fall ist.<sup>995</sup> Der Übergang ist daher nicht verpflichtend, so dass es zulässig ist, dass die Gesellschaft dauerhaft in diesem Stadium verbleibt, zumal eine entsprechende Zwangslöschung nicht besteht.<sup>996</sup> Etwaigen Bedenken, dass ein Minderheitsgesellschafter aus der gesetzlichen Treuepflicht einen Anspruch auf Durchführung einer Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 € hat, um der Thesaurierungspflicht zu entgehen<sup>997</sup>, kann bereits im Vorfeld durch entsprechende Regelungen und Vereinbarungen begegnet werden. Zudem ist fraglich, ob derartige Überlegungen, denen die Höhe des Gewinnanspruchs des jeweiligen Gesellschafters zu Grunde liegt, auf eine Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich übertragbar sind. Dies ist insbesondere dann zu verneinen, wenn in Entsprechung der Regeln beim eingetragenen Verein die Gewinnansprüche der Gesellschafter zulässigerweise<sup>998</sup>

---

<sup>989</sup> Windbichler § 2 Rn. 19; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 33; Kübler/Assmann S. 25.

<sup>990</sup> Vgl. C. III. 2.

<sup>991</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 1; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1485; Leyendecker, in: GmbHR 2008, 302, 302; Gehb, in: DRiZ 2008, 222, 224.

<sup>992</sup> Dervedde, in: JR 2008, 47, 49; Ries, in: AnwBl 2008, 694, 694; Seibert/Decker, in: ZIP 2008, 1208, 1208.

<sup>993</sup> Breitenstein/Meyding, in: BB 2007, 1457, 1457.

<sup>994</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 5.

<sup>995</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 28: Bei Verlusten kann die Rücklage abschmelzen, so dass bei späteren Gewinnen eine Ausschüttung unter Beachtung der neuen Rücklagenbildung möglich ist, hingegen bei gleichem Stammkapital zunächst die etwaige Unterbilanz auszugleichen ist.

<sup>996</sup> Vgl. Wicke § 5a Rn. 14; Michalski/Miras § 5a Rn. 68, 110; Roth/Altmeyden § 5a Rn. 24, 33; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 21: Thesaurierungspflicht soll Druck zur Überführung in eine „reguläre“ GmbH begründen; Jordan S. 105; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 954.

<sup>997</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 29; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 582.

<sup>998</sup> Vgl. E. XIII. 3. c) bb). Vgl. zum Ausschluss des Gewinnbezugsrechts, BGHZ 14, 264, 271; Kübler/Assmann S. 281; vgl. Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 122.

ausgeschlossen sind. Ferner ist eine einschlägige Überleitungspflicht gegenüber der Gesellschaft nicht ersichtlich.

#### **4. Zwischenergebnis**

Das Vereinsrecht des BGB bildet in zahlreichen Punkten die Grundlage der in besonderen Gesetzen geregelten wirtschaftlichen Vereinigungen.<sup>999</sup> Die Unternehmergesellschaft und der eingetragene Verein sind juristische Personen. Daher stellen beide Rechtsformen eine Zusammenfassung von Personen oder Sachen zu einer gesetzlich vorgegebenen Organisation dar, welcher die Rechtsordnung eine Rechtspersönlichkeit zuerkennt und die dadurch als Träger von Rechten und Pflichten verselbstständigt ist.<sup>1000</sup> Im Gegensatz zum eingetragenen Verein ist die Unternehmergesellschaft eine Handelsgesellschaft, wobei die Folgen dieses Umstandes in einem nachfolgenden Punkt beleuchtet werden.<sup>1001</sup> Die Einordnung der Unternehmergesellschaft als Kapitalgesellschaft führt zu keinen Besonderheiten.

Die Unternehmergesellschaft kann neben dem eingetragenen Verein für nichtwirtschaftliche Zwecke eingesetzt werden, daher stehen beide Rechtsformen für die Verfolgung derartiger Ziele in körperschaftlichen Zusammenschlüssen zur Verfügung. Bei der Betrachtung beider Vereinigungsformen ist jedoch zu beachten, dass die Unternehmergesellschaft primär eine auf wirtschaftliche Tätigkeit zugeschnittene Organisationsform ist, auch wenn der mit ihr verfolgbare Zweck insgesamt weitreichender ist. Dies hat zur Folge, dass mit der Unternehmergesellschaft jeder Zweck eines eingetragenen Vereins verfolgt werden kann.

Trotz des vom Gesetzgeber beabsichtigten Übergangscharakters der Unternehmergesellschaft kann diese auch als dauerhafte Organisationsform bestehen.

## **II. Name**

### **1. Grundsätzliches**

Es ist Merkmal einer körperschaftlichen Organisation, dass diese einen Namen führt.

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Der Vereinsname ist die Kennzeichnung des Vereins, da er die Bezeichnung darstellt, unter der sich die Mitglieder sammeln und als Verein in der Öffentlichkeit auftreten.<sup>1002</sup> Der Vereinsname begründet zudem ein Unterscheidungsmerkmal. Das Recht der Namenswahl und -führung folgt aus der verfassungsrechtlich geschützten Vereinsbetätigung gem. Art. 9 Abs. 1 bzw. 3 GG.<sup>1003</sup> Die freie Namenswahl ist indes nicht uferlos, da das Erfordernis der Rechtssicherheit Grenzen erzwingt. Jeder Verein kann zudem nur einen Namen führen.<sup>1004</sup>

---

<sup>999</sup> Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 191; Reichert Rn. 30f; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 9.

<sup>1000</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 8.

<sup>1001</sup> Vgl. hierzu, E. XXII.

<sup>1002</sup> BVerfGE 30, 227, 241f; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 122.

<sup>1003</sup> BVerfGE 30, 227, 241; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 3.

<sup>1004</sup> Vgl. jedoch KG JW 1932, 62, 62; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2; Reichert Rn. 524; MüKo/Reuter § 57 Rn. 1: Eine Ausnahme ist dann zulässig, wenn im Rahmen des Nebenzweckprivilegs ein Handelsunternehmen mit dem Recht der Firmenfortführung gem. § 22 HGB erworben wird.

Der Verein hat grundsätzlich das Recht, seinen Namen frei wählen zu dürfen, was sowohl für den Namenskern als auch für die Namenszusätze gilt, wobei der Namenskern keinen Rückschluss auf den Vereinszweck zulassen muss.<sup>1005</sup> Der Namenskern kann auch ein Personennamen<sup>1006</sup>, ein Fantasienamen, eine Abkürzung oder ein Schlagwort sein, hingegen es stets gewährleistet sein muss, dass er unterscheidungskräftig ist und die gewählte Bezeichnung die Wirkung eines Namens hat.<sup>1007</sup> Der Vereinsname muss aus lateinischen Buchstaben gebildet werden.<sup>1008</sup> Eine alleinige Verwendung von Bildzeichen für die Namensbildung ist ausgeschlossen.<sup>1009</sup> Unter Umständen kann sich eine Pflicht ergeben, eine bestimmte Bezeichnung in seinen Namen mitaufzunehmen.<sup>1010</sup> Der Vereinsname ist in dem Zeitpunkt entstanden, sobald die Gründer die Satzung und damit die Wahl eines Namens beschlossen haben und von diesem Gebrauch machen.<sup>1011</sup> Da die Vereinssatzung den Namen des Vereins enthalten muss (§ 57 Abs. 1 BGB), führt eine Namensänderung stets auch zu einer Satzungsänderung. Ohne das Vorhandensein eines Vereinsnamens ist ein Verein nicht eintragungsfähig. Das Recht, den gewählten Vereinsnamen zu führen, entfällt, wenn der Liquidationsverein vermögenslos geworden ist, wenn nach der Auflösung der Fiskus Anfallsberechtigter des Vereinsvermögens wird, bei der Verschmelzung sowie bei einem vollziehbaren Vereinsverbot.<sup>1012</sup>

## **b) Unterscheidungskraft**

§ 57 Abs. 2 BGB bestimmt, dass sich der Name des Vereins von den Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine unterscheiden soll. Soweit diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kann eine Eintragung des Vereins nicht erfolgen, § 57 Abs. 2 BGB i. V. m. § 60 BGB.

Die Unterscheidungskraft bedingt zunächst eine ausreichende Eigenart des Vereinsnamens, die dann vorliegt, wenn der Vereinsname abstrakt geeignet ist, seine Zuordnungsfunktion zu erfüllen.<sup>1013</sup> Bloße Buchstaben- und Zahlenreihen, die lautlich nicht ausgeschrieben sind und kein aussprechbares Wort ergeben, scheiden aus.<sup>1014</sup> Über diese abstrakte Unterscheidungskraft hinausgehend verlangt § 57 Abs. 2 BGB, dass der jeweilige Vereinsname eine konkrete örtliche Unterscheidungskraft besitzt, wobei mit der Gemeinde i. S. dieser Vorschrift die politische Gemeinde gemeint ist, die aus mehreren Orten bestehen kann, so dass für die konkrete Unterscheidungskraft der Sitz des Vereins als maßgebliches Kriterium heranzuziehen ist.<sup>1015</sup> Im Falle der Namenskollision gilt das sog. Prioritätsprinzip, wobei als Anknüpfungspunkt der Zeitpunkt der Eintragung heranzuziehen ist.<sup>1016</sup> Die Namen

---

<sup>1005</sup> Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2; Reichert Rn. 521; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58.

<sup>1006</sup> Reichert Rn. 521: Der Namensträger muss der Verwendung zustimmen, wobei dies u. a. dadurch erfolgen kann, dass er bei der Gründung beteiligt ist. Scheidet dieser Gründer aus, so kann der Name grundsätzlich weitergeführt werden, es sei denn, es wurde etwas Gegenteiliges vereinbart. Abweichend: Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 5: Die Aufnahme eines fremden Namens im Vereinsnamen ist nur zulässig, wenn dadurch kein Drittinteresse beeinträchtigt wird, wobei der namensberechtigte Dritte kein subjektives Alleinbestimmungsrecht zur Namensnennung hat.

<sup>1007</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58; Stöber/Otto Rn. 123f; Reichert Rn. 521; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2.

<sup>1008</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 3; Stöber/Otto Rn. 123; Soergel/Heinrich § 12 Rn. 123.

<sup>1009</sup> BGHZ 14, 155, 159f; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 3.

<sup>1010</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 4; Z. B. Lohnsteuerhilfeverein gem. § 18 StBerG.

<sup>1011</sup> Reichert Rn. 526; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 61.

<sup>1012</sup> Reichert Rn. 528; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 41.

<sup>1013</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 8.

<sup>1014</sup> OLG Celle NJW-RR 1999, 543, 543; OLG München NJW-RR 2007, 187, 187; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 8; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2.

<sup>1015</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 9.

<sup>1016</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58; Reichert Rn. 530; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 10.

unterscheiden sich dann voneinander, wenn nach dem Gesamteindruck unter Berücksichtigung des Wort- und Klangbilds, insbesondere des Namenskerns, jede ernsthafte Gefahr einer Verwechslung zu verneinen ist.<sup>1017</sup> Bei § 57 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine Norm im öffentlichen Interesse, so dass bei verwechslungsfähigen Namen das Einverständnis des anderen Vereins unbeachtlich ist.<sup>1018</sup>

### c) Namenswahrheit

Für den Verein gilt das allgemeine Irreführungsverbot aus § 18 Abs. 2 HGB in entsprechender Anwendung.<sup>1019</sup> Danach ist ein Vereinsname verboten, der ersichtlich (Ersichtlichkeitsschwelle) dazu geeignet ist, über Verhältnisse irrezuführen, welche für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich (Wesentlichkeitsschwelle) sind.<sup>1020</sup> Der Name darf danach weder insgesamt noch in seinen Zusätzen Anlass geben, über Art, Größe, Alter, Bedeutung, Zweck oder sonstige wesentliche Verhältnisse des Vereins zu täuschen.<sup>1021</sup> Es ist ein objektiver Maßstab anzusetzen.<sup>1022</sup> Das Vorliegen einer Täuschungsabsicht wird nicht verlangt. Ersichtlich i. S. v. § 18 Abs. 2 S. 2 HGB ist, was im Verfahren vor dem Registergericht für das Gericht aufgrund eigener Sachkenntnis und verfügbaren Informationsquellen auf den ersten Blick als irreführend eingestuft werden kann.<sup>1023</sup> Durch einen Verstoß gegen § 18 Abs. 2 HGB analog oder gegen § 57 Abs. 2 BGB ist nicht nur der Vereinsname unzulässig, vielmehr ist gem. § 134 BGB die Satzung insgesamt nichtig.<sup>1024</sup> Eine Eintragung des Vereins in das Vereinsregister darf dann nicht erfolgen.<sup>1025</sup> Ist trotz eines Verstoßes gegen § 18 Abs. 2 HGB analog eine Eintragung erfolgt oder ergibt sich der Verstoß erst nach der Eintragung, ist umstritten, ob eine Löschung der Gesamteintragung<sup>1026</sup> oder lediglich eine Löschung des unzulässigen Namens<sup>1027</sup> vorzunehmen ist. Das Firmenmissbrauchsverfahren gem. § 37 HGB findet bei unzulässigen Vereinsnamen keine

---

<sup>1017</sup> OLG Hamm NJW-RR 2008, 350, 352; Reichert Rn. 532; Stöber/Otto Rn. 134; Staudinger/Habermann § 57 Rn. 4.

<sup>1018</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58; Stöber/Otto Rn. 134.

<sup>1019</sup> BayObLGZ 1975, 332, 334; 1982, 278, 280f; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 2002, 176, 177; NZG 2011, 1234, 1234; OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 621, 621; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2; Reichert Rn. 534; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 11, 14ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 59; Stöber/Otto Rn. 126; MüKo/Reuter § 57 Rn. 1; Staudinger/Habermann § 57 Rn. 6.

<sup>1020</sup> OLG Hamm NJW-RR 1999, 1710, 1711; OLG Frankfurt am Main NJW-RR 2002, 176, 177; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 126.

<sup>1021</sup> BayObLG NJW 1992, 2362, 2363; Reichert Rn. 534; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 11, 29ff; Staudinger/Habermann § 57 Rn. 6. Zur im Vereinsnamen angegebenen Jahreszahl, OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 621, 622.

<sup>1022</sup> OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 621, 621; Baumbach/Hopt § 18 Rn. 13; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 59. Einzelfälle bei Reichert Rn. 536; Stöber/Otto Rn. 127ff; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 17ff; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 3f; MüKo/Reuter § 57 Rn. 2f.

<sup>1023</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 16; Baumbach/Hopt § 18 Rn. 20; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries § 18 Rn. 29; MüKo HGB/Heidinger § 18 Rn. 58.

<sup>1024</sup> Reichert Rn. 537.

<sup>1025</sup> BayObLGZ 1982, 278, 280f; BayObLG NJW 1992, 2362, 2363; OLG Hamm NJW-RR 1999, 1710, 1711; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 35, § 18 Rn. 74f: Im Eintragungsverfahren kann durch eine sog. Zwischenverfügung auf eine Änderung des unzulässigen Namens hingewirkt werden.

<sup>1026</sup> Hierfür: OLG Jena Rpfleger 1998, 114, 114; Reichert Rn. 537; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 59; MüKo/Reuter § 57 Rn. 5; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 36: Nur bei einem Verstoß gegen § 18 Abs. 2 HGB analog und nicht bei einem Verstoß gegen § 57 Abs. 2 BGB.

<sup>1027</sup> Hierfür: Vgl. BGH NJW 1984, 668, 668; BayObLG NJW 1972, 957, 958; OLG Hamm OLGZ 1978, 428, 428; OLGZ 1981, 433, 434; OLG Karlsruhe OLGZ 1982, 385, 385; vgl. OLG München Rpfleger 2005, 608, 608; Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 2; Staudinger/Habermann § 57 Rn. 9.

Anwendung, obschon die Amtslöschung zuvor anzukündigen ist, so dass der Verein die Gelegenheit erhält, den Vereinsnamen zu ändern.<sup>1028</sup>

#### **d) Namenszusatz**

Ein eingetragener Verein muss stets den Namenszusatz „*eingetragener Verein*“ oder die abgekürzte Form „*e. V.*“ tragen.<sup>1029</sup> Diesen Zusatz erhält er gem. § 65 BGB mit der Eintragung in das Vereinsregister. Der Namenszusatz muss deutsch sein, auch wenn der Vereinsname selbst einer anderen Sprache entnommen ist.<sup>1030</sup> Es ist üblich, indes nicht zwingend, dass der Zusatz am Namensende aufgenommen wird. Dem Namenszusatz kann der Rechtsverkehr die erfolgte Eintragung entnehmen, so dass sich der Verein von nichteingetragenen Vereinen i. S. v. § 54 BGB unterscheidet. Die Informationspflicht lässt sich dadurch rechtfertigen, dass bei einem eingetragenen Verein die Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB nicht greift. Wird der Namenszusatz nicht geführt, kommt im Falle einer Irreführung des Rechtsverkehrs über die Haftungsverhältnisse eine Handelndenhaftung in Betracht.<sup>1031</sup>

#### **e) Namensschutz**

Ein Namensschutz kann auf verschiedensten Gründen beruhen, wobei zunächst der Schutz durch die sog. Registersperre zu nennen ist. Zwar ist § 57 Abs. 2 BGB lediglich eine Ordnungsvorschrift, der kein allgemeiner Namensschutz zu entnehmen ist, jedoch führt die Eintragung eines Vereinsnamens in das Vereinsregister für einen anderen Verein, der eine Eintragung mit dem gleichen oder einem verwechslungsfähigen Namen anstrebt, zur sog. Registersperre.<sup>1032</sup> Nichteingetragene Vereine und die in das Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Rechtsformen können sich nicht auf eine derartige Sperrung berufen, obgleich eine Verwechslung am selben Ort naheliegend sein kann.<sup>1033</sup> Die Eintragung des Vereins bewirkt nicht den Ausschluss der Rechte des Namensträgers gegen den Verein.<sup>1034</sup> Insofern darf eine Eintragung in das Vereinsregister nicht zurückgewiesen werden, wenn die Führung des Vereinsnamens das Namensrecht Dritter beeinträchtigt<sup>1035</sup>, es sei denn, die Eintragung würde zu einem evident rechtswidrigen Tun des Registergerichts führen.<sup>1036</sup>

Des Weiteren kommt dem Verein der Namensschutz des § 12 BGB in entsprechender Anwendung zu, auch wenn der Vereinsname im Gegensatz zum Familiennamen auf freier Namenswahl beruht, da der Gesetzeszweck aufgrund der vergleichbaren Sachverhalte eine Ausdehnung der Vorschrift erlaubt, obschon die Norm systematisch im Bereich der

---

<sup>1028</sup> BayObLG NJW 1992, 2362, 2363; OLG Hamm OLGZ 1978, 428, 429; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 59; Soergel/Hadding § 57 Rn. 9 Reichert Rn. 537; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 36.

<sup>1029</sup> KG JW 1930, 3777, 3777f; Stöber/Otto Rn. 138; Staudinger/Habermann § 65 Rn. 1; Soergel/Hadding § 65 Rn. 2.

<sup>1030</sup> KG JW 1930, 3777, 3777; Palandt/Ellenberger § 65 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58.

<sup>1031</sup> Vgl. OLG Celle NJW-RR 1999, 1052, 1052; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 38; Palandt/Ellenberger § 65 Rn. 1; MüKo/Reuter § 65 Rn. 2; Staudinger/Habermann § 65 Rn. 1.

<sup>1032</sup> BayObLG NJW-RR 1990, 996, 996; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 42.

<sup>1033</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 42; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 58; abweichend, Stöber/Otto Rn. 133.

<sup>1034</sup> BGH NJW 1953, 577; 578; MüKo/Reuter § 57 Rn. 8; Stöber/Otto Rn. 144.

<sup>1035</sup> Vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 996, 996; OLG Jena NJW-RR 1994, 698, 699.

<sup>1036</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 42; MüKo/Reuter § 57 Rn. 8; Soergel/Hadding § 57 Rn. 12. Abweichend: BayObLG NJW-RR 1993, 184, 185; Staudinger/Habermann § 57 Rn. 5.

natürlichen Personen eingeordnet ist.<sup>1037</sup> Da § 12 BGB auch auf den nichteingetragenen Verein in entsprechender Anwendung übertragbar ist, ist gleichsam der Vorverein vom Schutzbereich des § 12 BGB erfasst.<sup>1038</sup> Geschützt sind der Gesamtname des Vereins, mithin der Namenskern samt aller Namenszusätze, schlagwortartige Namensbestandteile, ggfs. Buchstabenfolgen als Abkürzung des Vereinsnamens<sup>1039</sup> sowie mitunter Vereinssymbole.<sup>1040, 1041</sup> Der Schutzbereich besteht nicht nur in den Grenzen der Gemeinde, wo der Verein seinen Sitz hat; er reicht aber auch nicht so weit, dass er einen anderen Verein trifft, der in einer anderen Region angesiedelt ist, wo jeweils keinerlei Berührungspunkte vorhanden sind.<sup>1042</sup> Der Schutz steht dem Verein vielmehr nur innerhalb seines Funktionsbereichs zu.<sup>1043</sup> Schließlich sind Rechte aus dem MarkenG denkbar.<sup>1044</sup>

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Allgemeines

Die Firma ist der Name der GmbH, § 13 Abs. 3 GmbHG i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 17 Abs. 1 HGB. Sie ist gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Die Wahl der Firma ist grundsätzlich frei. Die Firma wird in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht. Sie besteht aus einem Firmenkern und einem oder mehreren Firmenzusätzen und ist von den Geschäftsbezeichnungen zu trennen.<sup>1045</sup> Der Name einer GmbH dient ihrer sprachlichen Kennzeichnung, wodurch er die Identifikation im Rechtsverkehr sowie die Unterscheidung von anderen fördert und damit die Rechts- und Verkehrssicherheit ermöglicht.<sup>1046</sup> Die GmbH darf keinen anderen Namen als ihre Firma haben.<sup>1047</sup> Es sind Sach-, Personen- sowie Phantasiefirmen oder eine Mischung aus diesen möglich.<sup>1048</sup> Die Firma muss schreibbar, lesbar und aussprechbar sein, um wie ein Name wirken zu können.<sup>1049</sup> Sie muss aus lateinischen Buchstaben oder sonstigen in Deutschland gebräuchlichen Zeichen

---

<sup>1037</sup> RGZ 74, 114, 115; 78, 101, 102; BGH NJW-RR 2002, 1401, 1402; OLG Frankfurt am Main OLGZ 1989, 108, 109; OLG München NJW 2002, 611, 611; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 61; Stöber/Otto Rn. 142; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 43; Palandt/Ellenberger § 12 Rn. 9; MüKo/Reuter § 12 Rn. 21.

<sup>1038</sup> OLG Bremen OLGZ 1984, 359, 361; OLG Frankfurt am Main OLGZ 1989, 108, 109; MüKo/Reuter § 12 Rn. 21; Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 44. Vgl. auch BGH NJW 1970, 1270, 1270.

<sup>1039</sup> Vgl. BGH NJW 1952, 503, 503; 1954, 388, 388; 1965, 859, 860; WM 1976, 122 123.

<sup>1040</sup> Vgl. BGH WRP 1976, 609, 611; NJW 1993, 918, 920; NJW-RR 2002, 1401, 1402; Bayreuther, in: WRP 1997, 820, 820.

<sup>1041</sup> Vgl. insgesamt, Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 45ff; Reichert Rn. 540; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 61; Stöber/Otto Rn. 141, 143.

<sup>1042</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 16 Rn. 50; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 61.

<sup>1043</sup> BGH NJW-RR 1991, 934, 935; Reichert Rn. 544.

<sup>1044</sup> BGH GRUR 2008, 1102, 1103; vgl. hierzu, Soergel/Hadding § 65 Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 62; Bayreuther, in: WRP 1997, 820, 821ff.

<sup>1045</sup> K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 18, 22.

<sup>1046</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 4; K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 6.

<sup>1047</sup> K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 74ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 54; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 5, 61ff: Denkbar ist jedoch, dass ein bestehendes Handelsgeschäft auf die GmbH übergeht und die GmbH die Firma fortführt, § 22 HGB. Es besteht die Möglichkeit, das erworbene Unternehmen mit seiner ursprünglichen Firma als Zweigniederlassung fortzuführen. BGHZ 58, 322, 324. Vgl. zum Streit, ob eine GmbH ihre Firma behalten kann, auch wenn der Name des ausscheidenden Gesellschafters in der Firma enthalten ist, K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 121.

<sup>1048</sup> Soergel/Heinrich § 12 Rn. 142; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 56.

<sup>1049</sup> BayObLG NJW 2001, 2337, 2337; Staub/Burgard § 18 Rn. 8; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 36; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 14.

bestehen.<sup>1050</sup> Allein verwendete Bildzeichen sind nicht aussprechbar.<sup>1051</sup> Die Vorgesellschaft führt den Namen der zukünftigen Gesellschaft, wobei jedoch auf das Gründungsstadium hinzuweisen ist.<sup>1052</sup> Mit Beendigung der Gesellschaft erlischt auch die Firma.<sup>1053</sup> Abgesehen von den Ausnahmen des § 5a Abs. 1, 5 GmbHG gelten für die Unternehmergesellschaft die gleichen firmenrechtlichen Grundsätze wie für die „reguläre“ GmbH.

## b) Unterscheidungskraft

Gem. § 18 Abs. 1 HGB muss die Firma zur Kennzeichnung geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen.<sup>1054</sup> Die bloße Verwendung der Branche oder einer Gattung von Waren und Dienstleistungen ohne weitergehende Individualisierung wird vielfach unzulässig sein, da ein Freihaltebedürfnis<sup>1055</sup> anderer Kaufleute zur Verwendung derselben Begriffe besteht, bzw. keine ausreichende Unterscheidungskraft entsteht.<sup>1056</sup>

Die abstrakte Unterscheidungskraft lässt sich von der konkreten Unterscheidungskraft trennen.<sup>1057</sup> Aus § 30 Abs. 1 HGB folgt, dass sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister oder in das Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muss. Bei der Beurteilung der Unterscheidung ist auch das Klangbild heranzuziehen, während unterschiedliche Rechtsformzusätze grundsätzlich keine maßgebliche Unterscheidung begründen sollen.<sup>1058</sup> Ein Verstoß gegen § 30 HGB wird nicht durch die Zustimmung des Inhabers der gleichen Firma rechtmäßig.<sup>1059</sup>

## c) Firmenwahrheit

Auf die Unternehmergesellschaft findet § 18 Abs. 2 HGB Anwendung.<sup>1060</sup> Die Irreführung kann durch die ganze Firma aber auch durch Teile derselben erfolgen.<sup>1061</sup> Der Begriff der geschäftlichen Verhältnisse i. S. d. § 18 Abs. 2 S. 1 HGB ist weit auszulegen, so dass er primär der Abgrenzung zu privaten Verhältnissen dient.<sup>1062</sup> Die Sachfirma muss nicht dem Unternehmensgegenstand entlehnt sein, hingegen sie den Anforderungen des § 18 Abs. 2 HGB entsprechen muss.<sup>1063</sup> Die Bildung einer Personenfirma ist weitestgehend frei. Des

---

<sup>1050</sup> Vgl. BayObLG NJW 2001, 2337, 2338; OLG Braunschweig OLGR 2001, 31, 32; Staub/Burgard § 18 Rn. 11, Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 15.

<sup>1051</sup> BGH ZIP 2009, 168, 169; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 18.

<sup>1052</sup> BGH NJW 1993, 459, 460; Soergel/Heinrich § 12 Rn. 140; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 17.

<sup>1053</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 79; K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 12.

<sup>1054</sup> Gilt auch für die Unternehmergesellschaft, KG GWR 2012, 245, 245.

<sup>1055</sup> Vgl. jedoch zur Einordnung des Freihaltebedürfnisses im Firmenrecht, Staub/Burgard § 18 Rn. 18; vgl. auch zum Namensrecht aus § 12 BGB, OLG München NJW 2002, 611, 611.

<sup>1056</sup> BayObLG NJW-RR 1998, 40, 40f; Rpfleger 2003, 589, 589; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 57; Staub/Burgard § 18 Rn. 25; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 23.

<sup>1057</sup> Staub/Burgard § 18 Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 27.

<sup>1058</sup> BGHZ 46, 7, 12; vgl. K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 132.

<sup>1059</sup> BGHZ 46, 7, 11; K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 129.

<sup>1060</sup> Vgl. OLG Jena GmbHR 2014, 428, 428.

<sup>1061</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 28.

<sup>1062</sup> Baumbach/Hopt § 18 Rn. 13; Staub/Burgard § 18 Rn. 45.

<sup>1063</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 57; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 54; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries § 18 Rn. 21; Schulte/Warneke, in: GmbHR 2002, 626, 630; a. A. Bokelmann, in: GmbHR 1998, 57, 59; Kögel, in: BB 1998, 1645, 1646.

Weiteren sind außerhalb des § 18 Abs. 2 HGB berufs- und branchenspezifische Verbote zu beachten.<sup>1064</sup>

Der Registerrichter prüft, ob die gewählte Firma die Namensfunktion und die abstrakte Unterscheidbarkeit nach § 18 Abs. 1 HGB besitzt, die konkrete Unterscheidbarkeit nach § 30 HGB erfüllt, den nach § 5a Abs. 1 GmbHG notwendigen Rechtsformzusatz aufweist und mögliche besondere Firmierungsverbote sowie das Irreführungsverbot aus § 18 Abs. 2 HGB nicht verletzt worden sind.<sup>1065</sup> Eine unzulässige Firma soll im Zweifel zur Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages führen.<sup>1066</sup>

#### **d) Rechtsformzusatz**

Der Rechtsformzusatz der „regulären“ GmbH muss § 4 GmbHG entsprechen. In Abweichung hiervon ist es erforderlich, dass eine Unternehmergesellschaft den Rechtsformzusatz aus § 5a Abs. 1 GmbHG führt<sup>1067</sup>, wobei eine Einfügung weiterer Namensbestandteile zwischen „*Unternehmergesellschaft*“ bzw. „*UG*“ und „*(haftungsbeschränkt)*“ unzulässig sein soll.<sup>1068</sup> Damit muss auch eine ansonsten fremdsprachige Firma den vorstehenden Rechtsformzusatz aufweisen. Der Rechtsformzusatz muss nicht zwingend am Ende der Firma stehen; wird er hingegen gänzlich weggelassen, kommt eine Rechtsscheinhaftung in Betracht.<sup>1069</sup>

#### **e) Firmenschutz**

Der Firmenschutz der Unternehmergesellschaft folgt sowohl aus § 12 BGB<sup>1070</sup> als auch aus dem MarkenG<sup>1071</sup>. Zudem greift die Regelung des § 37 HGB.

#### **f) Gemeinnützige Gesellschaft**

Einen entscheidenden Punkt bei der Firmierung einer Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich, mithin im Bereich des bürgerlich-rechtlichen Vereins, bildet die Frage der zulässigen Firmierung einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft. Dabei ist jedoch vorweg klarzustellen, dass nicht jeder nichtwirtschaftliche Zweck einen ideellen Zweck darstellt und nicht jeder ideelle Zweck der Gemeinnützigkeit entspricht, auch wenn mit der ideellen Zweckrichtung zumeist die steuerliche Gemeinnützigkeit einhergeht.<sup>1072</sup>

Die Unternehmergesellschaft kann wie der eingetragene Verein gemeinnützige Zwecke i. S. v. §§ 51ff AO verfolgen, um dadurch gewisse steuerliche Vorteile zu genießen. Gemeinnützigkeit ist ein Status, der nicht an eine bestimmte Körperschaft gebunden ist.<sup>1073</sup> Der Begriff wird § 52 Abs. 1 AO entnommen und als Oberbegriff (Gemeinnützigkeit im

---

<sup>1064</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 51ff.

<sup>1065</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 72.

<sup>1066</sup> Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 34.

<sup>1067</sup> Vgl. zu § 19 Abs. 2 HGB, KG GmbHR 2009, 1281, 1281f.

<sup>1068</sup> OLG Hamburg GmbHR 2011, 657, 657.

<sup>1069</sup> BGH NJW 1981, 2569, 2569; 1996, 2645, 2645; ZIP 2012, 1659, 1660; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 58; K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 101. Vgl. zur Haftung für den Fall der Verwendung des Rechtsformzusatzes „GmbH“, BGH GmbHR 2012, 953, 953ff; Miras, in: NZG 2012, 486, 489f. Vgl. zur Rechtsscheinhaftung insgesamt, Baumbach/Hopt § 5 Rn. 9ff.

<sup>1070</sup> Soergel/Heinrich § 12 Rn. 142; Palandt/Ellenberger § 12 Rn. 9; MüKo/Reuter § 12 Rn. 18f; K.Schmidt HandelsR § 12 Rn. 135; Roth/Altmeppen § 4 Rn. 57.

<sup>1071</sup> Vgl. zum Verhältnis von § 12 BGB und §§ 5, 15 MarkenG, MüKo/Reuter § 12 Rn. 193ff.

<sup>1072</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 3.

<sup>1073</sup> Münch Hdb GesR V/Gollan § 42 Rn. 5; Thiel, in: GmbHR 1997, 10, 10; Wachter, in: EWiR 2007, 181, 181.



weiten Sinne) für die Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke i. S. v. §§ 51ff AO verwendet, wodurch auch mildtätige und kirchliche Zwecke eingeschlossen sind.<sup>1074</sup> Insoweit setzt die Firmierung als gemeinnützige Körperschaft voraus, dass die Anerkennung der Steuerbegünstigung zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister durch die zuständige Steuerbehörde erfolgt ist.<sup>1075</sup>

Soweit die Gemeinnützigkeit für die Körperschaft anerkannt ist, ist es einhellige Meinung, dass die jeweilige Firma das ausgeschriebene Wort „*gemeinnützig*“ beinhalten darf, da dadurch firmenrechtliche Grundsätze nach den §§ 17ff HGB oder nach § 5a Abs. 1 GmbHG nicht tangiert werden.<sup>1076</sup> Es war indes bereits bei der „regulären“ GmbH umstritten, ob der Rechtsformzusatz „*gGmbH*“ zulässig ist.<sup>1077</sup>

Während die Vertreter der Ansicht, dass der Firmenzusatz „*gGmbH*“ unzulässig sei, anführten, dass eine derartige Abkürzung gegen die Firmenwahrheit verstoße, weil die Verkehrskreise damit eine besondere Rechtsform assoziieren können und diese Abkürzung nicht den Erfordernissen des § 4 GmbHG entspreche, fügte die Gegenansicht an, dass selbst wenn in den Verkehrskreisen keine genaue Vorstellung existiert, was „*gGmbH*“ bedeutet, sich daraus kaum eine Irrtumseignung über verkehrswesentliche Eigenschaften ableiten lasse.<sup>1078</sup> Es wurde insofern darauf verwiesen, dass selbst wenn der Zusatz „*g*“ für sich genommen nicht allgemein verständlich sei, so scheidet eine Irreführung aus, da die wesentliche Information - „*GmbH*“ - verständlich bleibt.<sup>1079</sup> Des Weiteren wurde angeführt, dass der Zusatz „*GmbH i. G.*“ seit Jahrzehnten unbeanstandet ist und auch die „*Rechtsanwalts - GmbH*“<sup>1080</sup> zulässig sein soll.<sup>1081</sup>

Diesem Streit ist nunmehr durch gesetzgeberischen Akt der Nährboden entzogen worden.<sup>1082</sup> § 4 S. 2 GmbHG n. F. sieht vor, dass eine Gesellschaft, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51-68 AO verfolgt, unter der Abkürzung „*gGmbH*“ firmieren kann.

Daran anschließend wurde bereits vor Schaffung des § 4 S. 2 GmbHG vertreten, dass auch bei Anerkennung der Firmierung „*gGmbH*“ eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Unternehmergesellschaft nicht vorgenommen werden kann, was aus den voneinander abweichenden gesetzlichen Regelungen über die Rechtsformzusätze innerhalb des GmbH-Rechts folgen sollte: Während § 4 GmbHG für den Begriff „*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*“ eine allgemein verständliche Abkürzung zulässt, sind nach § 5a Abs. 1 GmbHG lediglich die Bezeichnungen „*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG*

---

<sup>1074</sup> Staub/Burgard § 18 Rn. 72; Münch Hdb GesR V/Gollan § 42 Rn. 3.

<sup>1075</sup> Staub/Burgard § 18 Rn. 72; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Zimmer § 18 Rn. 68; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 17f; vgl. jedoch Wachter, in: EWiR 2007, 181, 182.

<sup>1076</sup> Paulick, in: DNotZ 2008, 167, 174; Krause, in: NJW 2007, 2156, 2158; Rohde, in: GmbHR 2007, 268, 268.

<sup>1077</sup> Bejahend: Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 18; Staub/Burgard § 18 Rn. 72; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 46; Ulmer/Heinrich § 4 Rn. 37; Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 26; Krause, in: NJW 2007, 2156, 2159; Wachter, in: EWiR 2007, 181, 181; Ullrich S. 251ff; ders., in: GmbHR 2009, 750, 756.

Verneinend: OLG München ZIP 2007, 771, 771; NZM 2008, 584, 584; Roth/Altmeppen § 1 Rn. 12; Ensthaler/Füller/Schmidt § 4 Rn. 20; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Büsching § 1 Rn. 39a; Rohde, in: GmbHR 2007, 268, 268; Paulick, in: DNotZ 2008, 167, 175. Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, S. 74. Kritisch, Passarge, in: NZG 2010, 646, 650.

<sup>1078</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 18; Wachter, in: EWiR 2007, 181, 182.

<sup>1079</sup> Staub/Burgard § 18 Rn. 72.

<sup>1080</sup> Entsprechendes Urteil des OLG Rostock, NJW 2007, 1473, 1473f.

<sup>1081</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 18; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 46; Krause, in: NJW 2007, 2156, 2159; Rohde, in: GmbHR 2007, 268, 268; Paulick, in: DNotZ 2008, 167, 174.

<sup>1082</sup> Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.03.2013, BGBl. I S 556.

(haftungsbeschränkt)“ erlaubt.<sup>1083</sup> Gleichsam wird diese Auslegung darauf gestützt, dass die Unternehmergeellschaft sich zunächst im Rechtsverkehr etablieren soll.<sup>1084</sup> Auch die Änderung des § 4 GmbHG brachte insoweit keine normative Klarheit. Dies ist darin begründet, dass in § 4 S. 2 GmbHG lediglich von der „gGmbH“ gesprochen wird und § 5a Abs. 1 GmbHG die Firmierung „abweichend von § 4“ regelt, so dass hier ein vollständiger Bezug sowohl auf § 4 S. 1 GmbHG als auch nunmehr auf § 4 S. 2 GmbHG verankert wurde. Das schließt jedoch nicht die Zulässigkeit einer „gUG (haftungsbeschränkt)“ bzw. einer „gUnternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ aus, da sich der Verweis lediglich inhaltlich auf die Bezeichnung „GmbH“ bezieht und nicht auf die Zulässigkeit der normierten Abkürzungsmöglichkeit in § 4 S. 2 GmbHG.<sup>1085</sup>

Der Gesetzgeber betonte bei der Einfügung des § 4 S. 2 GmbHG, dass die Abkürzung „GmbH“ geläufig sei, und durch den Zusatz „g“ die starke Prägung und Eindeutigkeit nicht verloren gehe.<sup>1086</sup> Zuzugeben ist, dass die Abkürzung „gGmbH“ verbreitet und damit eine gewisse Vertrautheit gewonnen hat.<sup>1087</sup> Die Verwendung des „g“ im Rahmen der Firmierung einer Unternehmergeellschaft knüpft insofern an diese Vertrautheit an. Es ist zutreffend, dass es sich bei der Unternehmergeellschaft um eine noch junge Rechtsform handelt, deren Rechtsformzusatz noch nicht breitflächig geläufig sein mag. Dennoch erstreckt sich das Verständnis bzw. die Kenntnis über die inhaltliche Bedeutung des Buchstabens „g“ in der Firma einer „gGmbH“ auch auf eine gemeinnützige Unternehmergeellschaft. Dabei ist es irrelevant, ob die angesprochenen Verkehrskreise die Bedeutung der Abkürzung vollends verstehen, da vielmehr entscheidend ist, dass dadurch keine Änderung des Gesellschafts- und Haftungsregimes vermittelt wird. Es dürfte schon fraglich sein, ob eine Irreführung bereits durch eine Unschlüssigkeit begründet werden kann.<sup>1088</sup> Zudem muss beachtet werden, dass ein Hinweis auf die Gemeinnützigkeit der Körperschaft nicht erforderlich ist<sup>1089</sup>, so dass die Verwendung der Abkürzung in der Firma eher der Eingrenzung der Verhältnisse dient. Auch wenn diese Freiwilligkeit selbstredend keinen Freibrief für die Firmierung bildet, so werden im vorliegenden Fall die Verhältnisse vielmehr eingegrenzt und angezeigt, als dass darüber getäuscht wird. Die Vorgaben des § 5a Abs. 1 GmbHG und § 18 Abs. 2 HGB werden daher auch durch den Firmenzusatz „g“ gewahrt. Schließlich ist auch dem Gesetzgebungsverfahren zu § 4 S. 2 GmbHG kein Ausschluss der Abkürzungsmöglichkeit für die Unternehmergeellschaft zu entnehmen.

Abschließend kann daher festgehalten werden, dass der Firmenzusatz „g“ vor dem Rechtsformzusatz keine unzulässige Firmierung begründet, soweit tatsächlich die Gemeinnützigkeit gegeben ist. Dies gilt sowohl für die „reguläre“ GmbH als auch für die Unternehmergeellschaft.

#### 4. Zwischenergebnis

Auch wenn sich beide Rechtsformen denkbare durch die sie kennzeichnenden Rechtsformzusätze unterscheiden, so verläuft demgegenüber das übrige Namensrecht bzw. Firmenrecht weitestgehend parallel respektive deckungsgleich.

---

<sup>1083</sup> Miras Rn. 212. Bayer/Hoffmann/Lieder, in: GmbHR 2010, 9, 11: Es wird derzeit von einer solchen Firmierung abgeraten.

<sup>1084</sup> Miras Rn. 212; Zehentmeier, in: NWB 2012, 1167, 1171.

<sup>1085</sup> Vgl. Wachter, in: GmbHR 2013, R-145, R-146.

<sup>1086</sup> Ulmer/Heinrich § 4 Rn. 37.

<sup>1087</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 4 Rn. 26; Krause, in: NJW 2007, 2156, 2157.

<sup>1088</sup> So, Ullrich S. 256.

<sup>1089</sup> Wachter, in: EWiR 2007, 181, 182; ders., in: GmbHR 2013, R-145, R-145.

Beide Rechtsformen weisen eine Pflicht zur Tragung eines Namens auf. Der gewählte Name, der aus einem Kern und ggfs. diversen Zusätzen besteht, muss kennzeichnungs- und unterscheidungsfähig sein sowie dem Grundsatz der Namensfreiheit entsprechen. Dieser Grundsatz ergibt sich für beide Rechtsformen aus § 18 Abs. 2 HGB in direkter oder entsprechender Anwendung, obschon die Entscheidungsgrundsätze zum Firmenrecht auf den Vereinsnamen nicht unreflektiert übernommen werden können<sup>1090</sup>, da § 18 Abs. 2 HGB primär geschäftliche Verhältnisse erfasst, bei denen insoweit unterschiedliche Interessen betroffen sind. Das Erfordernis der konkreten Unterscheidungskraft folgt aus § 57 Abs. 2 BGB bzw. § 30 Abs. 1 HGB, wobei hier Deckungsgleichheit festzustellen ist. Beide Vorschriften zielen auf eine Vermeidung von Verwechslungsgefahren. Eine weitestgehende Deckungsgleichheit ergibt sich ebenso bei der Kennzeichnungsfunktion und den damit zusammenhängenden Anforderungen an den Namen. Des Weiteren verfügen beide Rechtsformen über einen Namensschutz, welcher sich bereits auf die Vorgesellschaft bzw. den Vorverein erstreckt. Bei der Verwendung eines unzulässigen Vereinsnamens greift das bei der Unternehmungsgesellschaft einschlägige Verfahren nach § 37 HGB weder direkt noch in entsprechender Anwendung. Bei fehlender Verwendung des notwendigen Rechtsformzusatzes kommt bei beiden Rechtsformen eine Rechtsscheinhaftung in Betracht.

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die Rechtsanwender beider Rechtsformen bei der Namensgebung unter Beachtung der Namenswahrheit, der Unterscheidungskraft, des notwendigen Rechtsformzusatzes sowie der Kennzeichnungsfähigkeit frei sind.

### **III. Sitz**

#### **1. Grundsätzliches**

Neben dem Namen zur Formung seiner Persönlichkeit braucht die juristische Person für ihr Erscheinen im Rechtsverkehr einen Standort innerhalb der Gesellschaft, wobei diese rechtliche Beziehung zu einem Ort als Sitz des Verbands bezeichnet wird.<sup>1091</sup>

#### **2. Eingetragener Verein**

##### **a) Allgemeines**

Dem Sitz kommt insgesamt eine wenn auch nur untergeordnete Individualisierungsfunktion zu.<sup>1092</sup> Darüber hinaus kann er u. U. als äußeres Kennzeichen zur Unterscheidung von anderen Vereinen herangezogen werden.<sup>1093</sup> Als Vereinssitz muss nicht zwingend eine politische Gemeinde bestimmt werden, da es ausreichend ist, wenn eine geografisch bestimmte Ortschaft deren Lage und Zuordnung feststellbar ist, angegeben wird.<sup>1094</sup> Gibt es mehrere Gemeinden mit demselben Namen, kann aus dem Bestimmtheitsgrundsatz folgen, dass eine nähere Bezeichnung des Ortes vorzunehmen ist.<sup>1095</sup> Der Vereinssitz entspricht dem Wohnsitz einer natürlichen Person.<sup>1096</sup> Er wird zudem in das Vereinsregister eingetragen, § 64 BGB.

---

<sup>1090</sup> Ebenso, Soergel/Heinrich § 12 Rn. 124.

<sup>1091</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65.

<sup>1092</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 1; Katschinski, in: ZIP 1997, 620, 622.

<sup>1093</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 1.

<sup>1094</sup> BayObLG Rpfleger 1976, 179, 180; OLG Hamm Rpfleger 1977, 275, 279; Stöber/Otto Rn. 150, mit Beispiel bei Zusammenschluss von Gemeinden.

<sup>1095</sup> OLG Hamm Rpfleger 1977, 275, 278; Stöber/Otto Rn. 151; Reichert Rn. 565.

<sup>1096</sup> Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65.

Der Vereinssitz als wichtigster örtlicher Anknüpfungspunkt für die Rechtsverhältnisse des Vereins ist maßgeblich für die behördliche (§§ 21, 44, 45 Abs. 3, 55 BGB) und gerichtliche (§§ 17 Abs. 1 S. 1, 22, 828 Abs. 2, 899 Abs. 1 ZPO) Zuständigkeit, für den Leistungsort gem. § 269 BGB sowie für die konkrete Unterscheidungskraft aus § 57 Abs. 2 BGB<sup>1097</sup>.<sup>1098</sup> Da dem Verein aus Art. 9 Abs. 1 GG die Organisationsfreiheit garantiert ist, kann der Sitz des Vereins innerhalb Deutschlands grundsätzlich frei gewählt werden, auch wenn er nicht völlig losgelöst von jeder Vereinsaktivität bzw. überzeugenden anderen sachlichen Gründen, mithin willkürlich bzw. fiktiv, gewählt werden kann.<sup>1099</sup> Die Willkürlichkeit, welche eng zu ziehen ist, beurteilt sich für jeden Einzelfall gesondert.<sup>1100</sup> An dem Vereinssitz muss der Verein postalisch erreichbar sein.<sup>1101</sup> Die abstrakte Angabe des Vereinssitzes als Wohnort einer etwaigen Person, ohne diesen Wohnort konkret zu benennen, ist unzulässig, da eine bloße Bestimmbarkeit des Orts nicht ausreichend ist und sich der Sitz unmittelbar aus der Satzung ergeben muss, wodurch eine Herleitung aus Umständen außerhalb der Satzung ausscheidet.<sup>1102</sup> Soweit die Satzung Bestimmungen über den Sitz vermissen lässt, gilt als Sitz der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird, § 24 BGB. Gem. § 57 Abs. 1 BGB i. V. m. § 60 BGB ist jedoch die Anmeldung zur Eintragung des Vereins in das Vereinsregister zurückzuweisen, wenn die Satzung keine Bestimmung des Sitzes enthält, wodurch § 24 BGB nur ein geringer Anwendungsbereich verbleibt.<sup>1103</sup> Das vorübergehende Fehlen eines Sitzes ist möglich.<sup>1104</sup> Die Angabe des Vereinssitzes auf den Geschäftspapieren des Vereins ist nicht zwingend.<sup>1105</sup>

## b) Verwaltungssitz

Vom Vereinssitz kann der Verwaltungssitz unterschieden werden, wobei beide räumlich getrennt sein können.<sup>1106</sup> Der Verwaltungssitz, der in der Satzung nicht angegeben werden muss, bezeichnet den Ort, an dem die Vereinsverwaltung ihren Sitz hat.<sup>1107</sup> Der Verwaltungssitz ist daher an dem Ort, an dem der Verein durch seine Organe überwiegend tätig wird.<sup>1108</sup> Für Rechtsbeziehungen zu Dritten ist der Vereinssitz, in diesem Zusammenhang auch als Rechtssitz oder Satzungssitz bezeichnet, maßgebend.<sup>1109</sup> Der Verwaltungssitz kann frei gewählt werden. Ist ein Rechtssitz nicht vorhanden, wird gem. § 17

---

<sup>1097</sup> Vgl. hierzu, E. II. 2. b).

<sup>1098</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 2, Stöber/Otto Rn. 147.

<sup>1099</sup> LG Berlin NJW-RR 1999, 335, 336; Reichert Rn. 562f; Stöber/Otto Rn. 153f; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 2; Staudinger/Weick § 24 Rn. 3; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 7ff: Grund ist eine effektive Anwendung des § 43 BGB. Wenn die zuständige Kontrollbehörde und der Mittelpunkt des Vereinslebens räumlich kaum Berührungspunkte haben, wird die Rechtsverfolgung der Vereinsgläubiger unzumutbar erschwert, zumal ein Hinweis auf den Vereinssitz auf den Geschäftspapieren nicht zwingend ist; vgl. auch, BayObLGZ 30, 102, 104; vgl. ebenso, MüKo/Reuter § 24 Rn. 3f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65; Soergel/Hadding § 24 Rn. 2; Keilbach, in: DNotZ 2001, 671, 676; vgl. Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 4: Am gewählten Sitz müssen keine Vereinsaktivitäten stattfinden. Die Grenze dieser Wahlfreiheit bildet indes der Rechtsmissbrauch.

<sup>1100</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 7f.

<sup>1101</sup> Vgl. BayObLGZ 1987, 267, 275; vgl. OLG Köln BB 1984, 1065, 1066; Reichert Rn. 565; a. A. Soergel/Hadding § 24 Rn. 2.

<sup>1102</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 66; Stöber/Otto Rn. 152; Reichert Rn. 565; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 12.

<sup>1103</sup> Stöber/Otto Rn. 156; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 5; Soergel/Hadding § 24 Rn. 2; MüKo/Reuter § 24 Rn. 1; vgl. Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 1: Die Norm ist einschlägig, wenn satzungsmäßige Festlegung unwirksam ist.

<sup>1104</sup> BGHZ 33, 195, 204; Erman/H.P. Westermann § 24 Rn. 2.

<sup>1105</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 10.

<sup>1106</sup> Stöber/Otto Rn. 153; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 2; Reichert Rn. 573; Staudinger/Weick § 24 Rn. 3.

<sup>1107</sup> BayObLGZ 30, 102, 104; Stöber/Otto Rn. 153.

<sup>1108</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 4; Soergel/Hadding § 24 Rn. 2.

<sup>1109</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65; Staudinger/Weick § 24 Rn. 2.

Abs. 1 S. 2 ZPO hinsichtlich der gerichtlichen Zuständigkeit auf den Verwaltungssitz zurückgegriffen, wobei insofern der Ort maßgeblich ist, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.<sup>1110</sup> Da eine Eintragung eines Vereins jedoch ausscheidet, soweit die Satzung keine Angaben über den Sitz beinhaltet, ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO auf den eingetragenen Verein sehr begrenzt.<sup>1111</sup>

Nach § 10 AO ist in erster Linie der Ort der Geschäftsleitung bedeutsam, so dass gem. §§ 18 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 AO der Verwaltungssitz Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit des Finanzamtes ist, da der Satzungssitz gem. § 11 AO nur alternative Bedeutung entfaltet.<sup>1112</sup>

### c) Doppelsitz

Nach ganz h. M. darf ein Verein nur einen Sitz haben, auch wenn das im BGB kodifizierte Vereinsrecht hierzu schweigt (sog. Verbot des Doppelsitzes).<sup>1113</sup> Ausgangspunkte einer vertiefenden Diskussion über die Zulässigkeit eines Doppelsitzes entstanden in der unmittelbaren Nachkriegszeit.<sup>1114</sup> Sie entsprangen dem Recht der Kapitalgesellschaften und übertrugen sich sodann auf das Vereinsrecht.<sup>1115</sup> Für den Ausschluss des Doppelsitzes spricht, dass eine mit § 7 Abs. 2 BGB vergleichbare Regelung dem Vereinsrecht fremd ist und die Ermöglichung mehrerer Satzungssitze die Gefahr widersprüchlicher Registereintragungen beinhaltet.<sup>1116</sup> Auch die umstrittene Frage, ob die Verschmelzung zweier Vereine die Führung eines Doppelsitzes rechtfertigen könne, schwappte aus dem Kapitalgesellschaftsrecht in das Vereinsrecht.<sup>1117</sup> Demgegenüber kann ein Verein jedoch mehrere Verwaltungssitze haben.<sup>1118</sup>

### d) Sitzverlegung

Eine grundsätzlich zulässige Sitzverlegung bedingt eine Satzungsänderung, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister bedarf, § 71 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Sitzverlegung stellt daher lediglich einen Rechtsakt dar.<sup>1119</sup> Das registertechnische Verfahren bestimmt sich nach der Vereinsregisterverordnung (VRV)<sup>1120</sup>. Demgegenüber bedingt die Verlegung des Verwaltungssitzes grundsätzlich keine Satzungsänderung, soweit dieser nicht

---

<sup>1110</sup> BGHZ 97, 269, 272; BGH NJW 2009, 1610, 1611; Prütting/Gehrlein/Wern § 17 Rn. 9; Zöller/Vollkommer § 17 Rn. 10.

<sup>1111</sup> Vgl. Stöber/Otto Rn. 156; vgl. Reichert Rn. 571.

<sup>1112</sup> Reichert Rn. 579.

<sup>1113</sup> OLG Hamburg MDR 1972, 417, 417f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65; Stöber/Otto Rn. 149; Reichert Rn. 565; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 14; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 2; Staudinger/Weick § 24 Rn. 10; Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin § 24 Rn. 2; vgl. aber auch Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 6; a. A. Erman/H.P. Westermann § 24 Rn. 2: In Ausnahmefällen ist die Wahl eines zweifachen Satzungssitzes möglich; ebenso, Katschinski, in: ZIP 1997, 620, 622, 626.

<sup>1114</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 13. Zur Zulässigkeit des Doppelsitzes aufgrund der nachkriegsbedingten unterschiedlichen Rechts- und Hoheitsgebiete, vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 13f; Karl, in: AcP 159 (1960), 293, 302ff; König, in: AG 2000, 18, 18ff; Pluskat, in: WM 2004, 601, 601.

<sup>1115</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 13; Soergel/Hadding § 24 Rn. 3.

<sup>1116</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 13; Staudinger/Weick § 24 Rn. 10; Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin § 24 Rn. 2; MüKo/Reuter § 24 Rn. 6f; Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 6.

<sup>1117</sup> Bejahend unter engen Voraussetzungen: Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 15ff; MüKo/Reuter § 24 Rn. 6; Soergel/Hadding § 24 Rn. 3; Katschinski, in: ZIP 1997, 620, 626. Verneinend: Staudinger/Weick § 24 Rn. 10; Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 6. Zweifelnd: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65 a. E.

<sup>1118</sup> Reichert Rn. 573; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 18.

<sup>1119</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 19; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 67.

<sup>1120</sup> Verordnung über das Vereinsregister und andere Fragen des Registerrechts vom 10.02.1999, BGBl. I S. 147.

als echter Bestandteil in der Satzung örtlich benannt ist.<sup>1121</sup> Die Verlegung erfolgt sodann durch bloße Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.<sup>1122</sup>

Bei der Sitzverlegung eines Vereins ins Ausland ist zwischen der Verlegung des Verwaltungssitzes und der des Sitzungssitzes zu unterscheiden. Die Verlegung des Sitzungssitzes eines nach deutschem Recht gegründeten Vereins ins Ausland begründet derzeit die Auflösung des betroffenen Vereins, vgl. § 6 Abs. 3 VRV.<sup>1123</sup> Bei der Verlegung des Verwaltungssitzes hängt die rechtliche Würdigung vom Recht des Zuzugsstaates ab. Wird der Verwaltungssitz in einen Staat verlegt, in welchem die Sitztheorie gilt, nimmt dieser die deutsche Verweisung an (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB), wobei wohl weitestgehend dessen Gründungsvorschriften durch den Verband nicht beachtet sein dürften, so dass in der Regel die Nichtigkeit des Vereins eintritt, während bei einer Verlegung in einen Staat, welcher der Gründungstheorie folgt, aufgrund der Rückverweisung deutsches Recht auf den weggezogenen Verein anwendbar ist, vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB.<sup>1124</sup> Insoweit ist zu prüfen, ob die Übertragung der vom Wegzugsstaat erteilten Rechtsfähigkeit ins Ausland nach dem internen Sachenrecht des Wegzugsstaates zulässig ist.<sup>1125</sup> Da nach der in Deutschland geltenden Sitztheorie das Statut grundsätzlich an den effektiven Verwaltungssitz anknüpft, führt eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland auch in den Fällen, in denen der Wegzugsstaat der Gründungstheorie folgt, zur Auflösung des Vereins, zumal eine vergleichbare Regelung zu § 4a GmbHG n. F. im Vereinsrecht nicht verankert wurde.<sup>1126</sup> Dies gilt selbst bei Einschlägigkeit der AEUV, da für die Konstellation des Wegzugs<sup>1127</sup> in einen Mitgliedsstaat weiterhin die Sitztheorie greift.<sup>1128</sup> Die besonderen Bestimmungen der europäischen Niederlassungsfreiheit sind auf den bürgerlich-rechtlichen Verein, soweit dieser nicht einen durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckten Erwerbszweck aufweist, nicht anzuwenden.<sup>1129</sup> Es kann daher festgehalten werden, dass bei einer Verlegung sowohl des Verwaltungssitzes als auch des Sitzungssitzes eines eingetragenen Vereins ins Ausland grundsätzlich die Auflösung des Vereins als rechtliche Folge eintritt.<sup>1130</sup>

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Allgemeines

§ 4a GmbHG sieht vor, dass der Sitz der Gesellschaft der Ort im Inland ist, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt. Über den Sitz kann eine Gesellschaft identifiziert und ggfs.

---

<sup>1121</sup> Vgl. hierzu, Reichert Rn. 574; Soergel/Hadding § 24 Rn. 4.

<sup>1122</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 19.

<sup>1123</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 2006, 42, 42; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 32; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 3; Soergel/Hadding § 24 Rn. 5; Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin § 24 Rn. 4; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 167; Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 9. Verneinend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 399; Staudinger/Weick § 41 Rn. 8; Stöber/Otto Rn. 161, 1388f: Verlust der Rechtsfähigkeit.

<sup>1124</sup> MüKo/Kindler IntGesR Rn. 506ff, 820ff; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 30.

<sup>1125</sup> MüKo/Kindler IntGesR Rn. 824ff.

<sup>1126</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 61 Rn. 52; vgl. MüKo/Kindler IntGesR Rn. 825f; vgl. Palandt/Thorn Anh zu EGBGB 12 (IPR) Rn. 1ff; vgl. MüKo GmbHG/Mayer § 4a Rn. 67ff.

<sup>1127</sup> Vgl. EuGH NJW 1989, 2186, 2186ff - Daily Mail; EuGH NJW 2009, 569, 569ff - Cartesio.

<sup>1128</sup> Vgl. B. III. 2. a). Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 30f; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 167. Zu beachten ist jedoch, soweit man den Anwendungsbereich des Art. 54 Abs. 2 AEUV (Art. 48 Abs. 2 EGV a. F.) auf einen eingetragenen Verein erstreckt, dass gem. der Entscheidung des EuGH in Sachen „Cartesio“ grenzüberschreitende Formwechsel vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst sind. Einschränkungen bedürfen insofern zwingender Gründe des Allgemeininteresses, EuGH NJW 2009, 569, 571 Rn. 111ff - Cartesio; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 17; Leible/Hoffmann, in: BB 2009, 58, 60ff.

<sup>1129</sup> OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 219; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 3.

<sup>1130</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 53.

von anderen Gesellschaften unterschieden werden. Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag den Sitz der Gesellschaft enthalten. Bei Fehlen einer entsprechenden Bestimmung hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen, § 9c Abs. 2 Nr. 1 GmbH. Eine dennoch erfolgte Eintragung eines unzulässigen Sitzes entfaltet keine präjudizielle Wirkung.<sup>1131</sup> Zudem ist ein Gesellschafterbeschluss, welcher den Sitz der Gesellschaft nachträglich in unzulässiger Weise ändert, gem. § 134 BGB, § 241 Nr. 3 AktG analog unwirksam, so dass die vorhergehende Satzungsregelung fortgilt.<sup>1132</sup> Der Satzungssitz ist für verschiedenste gerichtliche (§ 17 Abs. 1 S. 1 ZPO, §§ 3, 4 InsO) und behördliche (§ 7 Abs. 1 GmbHG) Zuständigkeiten maßgebend. Des Weiteren soll am Sitz der Gesellschaft gem. § 121 Abs. 5 S. 1 AktG analog die Gesellschafterversammlung stattfinden, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt bzw. sämtliche Gesellschafter mit einem anderen Versammlungsort einverstanden sind.<sup>1133</sup>

§ 4a GmbHG nimmt lediglich eine örtliche Eingrenzung des Satzungssitzes für das Inland vor, so dass der Sitz nur in einer politischen Gemeinde in Deutschland sein kann, wobei die zusätzliche Angabe eines Gemeindeteils möglich ist.<sup>1134</sup> Es kann sich dabei auch um einen inzwischen eingemeindeten Ortsteil handeln, soweit dieser Ortsteil für den Rechtsverkehr individualisierbar ist.<sup>1135</sup> Bei Großgemeinden mit mehreren Gerichtsbezirken ist eine Konkretisierung erforderlich.<sup>1136</sup> Hierdurch sollen der Gläubigerschutz, die postalische Erreichbarkeit der Gesellschaft sowie eine effektive Registerführung gesichert werden.<sup>1137</sup> Der Satzungssitz muss sich daher nicht mehr entsprechend der bisherigen Regelung des § 4a Abs. 2 GmbHG a. F. in der Regel an einem Ort befinden, an dem die Gesellschaft einen Betrieb, ihre Geschäftsleitung oder ihre Verwaltung hat, obgleich die freie Wahl des Satzungssitzes immer noch einen sachlichen Anknüpfungspunkt benötigt.<sup>1138</sup>

## b) Verwaltungssitz

Seit dem MoMiG kann sich der Satzungssitz aus § 4a GmbHG vom Verwaltungssitz unterscheiden, wobei dieser jetzt frei im Inland und auch im Ausland gewählt werden kann.<sup>1139</sup> Der Verwaltungssitz, welcher nicht zwingend in dem Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden muss, ist der Sitz, an dem die Gesellschaft tatsächlich geleitet wird.<sup>1140</sup> Der Gesellschaft soll dadurch die Mobilität eingeräumt werden, über die Gesellschaften aus den Staaten verfügen, in denen die Gründungstheorie gilt.<sup>1141</sup>

---

<sup>1131</sup> Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 19.

<sup>1132</sup> Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 19; Scholz/Emmerich § 4a Rn. 19; Baumbach/Hueck § 4a Rn. 7; Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 14.

<sup>1133</sup> BGH WM 1985, 567, 568; Wicke § 4a Rn. 2; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 82.

<sup>1134</sup> BayObLGZ 1987, 267, 274f; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 83.

<sup>1135</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 73; Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 4.

<sup>1136</sup> BayObLG GmbHR 1988, 23, 24; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 5; Baumbach/Hueck § 4a Rn. 3.

<sup>1137</sup> Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 45.

<sup>1138</sup> Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 7; Baumbach/Hueck § 4a Rn. 4; vgl. Roth/Altmeyen § 4a Rn. 7.

<sup>1139</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 83; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 59; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 44. Hierzu vertiefend, Leistikow § 4 Rn. 116f; vgl. Franz/Laeger, in: BB 2008, 678, 683ff; Peters, in: GmbHR 2008, 245, 250; vgl. Kindler, in: NJW 2008, 3249, 3251; Lieder/Kliebisch, in: BB 2009, 338, 343; vgl. Westermann, in: DZWIR 2008, 485, 491.

<sup>1140</sup> Scholz/Emmerich § 4a Rn. 7.

<sup>1141</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 78; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 2 Rn. 59; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 1f; Scholz/Emmerich § 4a Rn. 4f.

### c) Geschäftsanschrift / Zweigniederlassung

Gem. §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG muss jede GmbH seit dem MoMiG eine inländische Geschäftsanschrift im Handelsregister eintragen lassen.<sup>1142</sup> Die Geschäftsanschrift ist sowohl vom Verwaltungssitz als auch vom Sitzungssitz zu unterscheiden. Darüber hinaus kommt auch ein Zustellungsbeauftragter mit inländischer Anschrift in Betracht, § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Die inländische Geschäftsanschrift und der Zustellungsbeauftragte sind jedoch keine Satzungsbestandteile.

Eine Unternehmergesellschaft kann zudem über Zweigniederlassungen verfügen. Eine Zweigniederlassung, welche vom Sitzungssitz abzugrenzen ist, ist ein dauerhaft räumlicher und organisatorisch verselbstständiger Teil des Unternehmens der Gesellschaft, wobei dieser rechtlich unselbstständig ist und keine eigene Rechtspersönlichkeit hat.<sup>1143</sup> Die Errichtung einer Zweigniederlassung ist gem. § 13 Abs. 1 HGB zur Eintragung zum Handelsregister anzumelden.

### d) Doppelsitz

Auch bei der Unternehmergesellschaft stellt sich das Problem des Doppelsitzes. Wie bei der GmbH allgemein anerkannt, kann dieser nur in Ausnahmefällen<sup>1144</sup> begründet werden.<sup>1145</sup>

### e) Sitzverlegung

Die Verlegung des Sitzungssitzes bedarf einer Satzungsänderung sowie der Eintragung in das Handelsregister. Die Sitzverlegung wird demzufolge erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam, § 54 Abs. 3 GmbHG. Das Sitzverlegungsverfahren nach § 13h HGB entspricht dem des Vereinsrechts.<sup>1146</sup>

Entgegen der Regelung für den Verwaltungssitz kann eine Verlegung des Sitzungssitzes ins Ausland nicht ohne Auflösung erfolgen, da Sitzungssitz und Gesellschaftsstatut sowohl nach der Sitz- als auch nach der Gründungstheorie übereinstimmen müssen.<sup>1147</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es zulässig, dass ein Mitgliedstaat für die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften einen tatsächlichen Gesellschaftssitz im Inland fordert<sup>1148, 1149</sup>. Die Folge eines ausländischen Gesellschaftssitzes wäre die Erschwerung der Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts durch deutsche Gerichte und Behörden.<sup>1150</sup> § 4a GmbHG kommt allenfalls ein versteckter<sup>1151</sup> kollisionsrechtlicher Gehalt zu, so dass die Verlegung

<sup>1142</sup> Vgl. zur Zulässigkeit eines „c/o“-Zusatzes in der Geschäftsanschrift, OLG Hamm GmbHR 2015, 938, 938.

<sup>1143</sup> Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 5; Wicke § 4a Rn. 8; Roth/Altmeppen § 4a Rn. 55.

<sup>1144</sup> Für einen allgemeingültigen Ausschluss eines Doppelsitzes, Baumbach/Hueck § 4a Rn. 6; wohl auch: Kögel, in: GmbHR 1998, 1108, 1112.

<sup>1145</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 82; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 6;

Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 4; Wicke § 4a Rn. 3; Roth/Altmeppen § 4a Rn. 10; vgl. auch, Pluskat, in: WM 2004, 601, 609; Katschinski, in: ZIP 1997, 620, 626; König, in: AG 2000, 18, 31.

<sup>1146</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 68; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 20.

<sup>1147</sup> OLG München ZIP 2007, 2124, 2124f; BayObLG GmbHR 2004, 490, 490; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 84; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 44, 46; Wicke § 4a Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 17; Leistikow § 4 Rn. 91. Abweichend: Eidenmüller, in: JZ 2004, 24, 32.

<sup>1148</sup> Zur Gründung einer Gesellschaft mit anfänglichem Verwaltungssitz im Ausland, Scholz/Emmerich § 4a Rn. 7.

<sup>1149</sup> EuGH NJW 2009, 569, 570ff - Cartesio; Zimmer/Naendrup, in: NJW 2009, 545, 545; Paefgen, in: WM 2009, 529, 529.

<sup>1150</sup> BayObLG NJW-RR 2004, 836, 837; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 5.

<sup>1151</sup> Baumbach/Hueck § 4a Rn. 11; Roth/Altmeppen § 4a Rn. 4; Paefgen, in: WM 2009, 529, 531.



eines Verwaltungssitzes ins Ausland zulässig ist.<sup>1152</sup> Ob der Zuzugsstaat indes die deutsche Unternehmersgesellschaft als solche anerkennt, ist von der Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU / des EWR bzw. vom dortigen Kollisionsrecht abhängig.<sup>1153</sup>

Im Zuge der Entscheidung des EuGH in Sachen *Cartesio* muss ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel einer Unternehmersgesellschaft, sofern dies das Recht des Aufnahmestaates zulässt und keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses dem entgegenstehen, als zulässig angesehen werden.<sup>1154</sup> Umstritten ist, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn eine Unternehmersgesellschaft ihren Satzungssitz ins Ausland verlegt.<sup>1155</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Wie bei der Namensgebung besteht auch beim Recht des Sitzes der beiden Rechtsformen weitestgehende Einheitlichkeit. Beide Verbände können voneinander abweichende Satzungs- und Verwaltungssitze haben. Das grundsätzliche Verbot des Doppelsitzes gilt ebenso für beide Körperschaften. Die Verlegung des Satzungssitzes begründet zudem für beide Rechtsformen eine Satzungsänderung. An die Wahl des Satzungssitzes werden identische Anforderungen gestellt. Die diesbezüglichen Freiheiten gleichen sich. Durch die entsprechenden Regelungen der VRV, welche dem § 13h HGB nachgebildet wurden, gleicht sich zudem das registergerichtliche Verfahren bei einer Verlegung des Satzungssitzes.

Die Unternehmersgesellschaft muss eine in das Register eintragungspflichtige inländische Geschäftsanschrift haben. Darüber hinaus kann gleichsam ein in das Register eingetragener Zustellungsbeauftragter vorgesehen sein. Dem Vereinsrecht sind derartige Regelungen fremd, obschon auch hier die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift gegenüber dem Registergericht angezeigt ist.<sup>1156</sup> Unterschiede ergeben sich auch aus dem Umstand, dass gem. § 13 Abs. 1 HGB auch bei einer im nichtwirtschaftlichen Bereich tätigen Unternehmersgesellschaft etwaige Zweigniederlassungen ins Register eingetragen werden müssen.

Die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland ist nur bei der Unternehmersgesellschaft möglich. Ob jedoch der Zuzugsstaat die Gesellschaft als solche anerkennt, ist von der Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU / des EWR bzw. vom dortigen Kollisionsrecht abhängig.<sup>1157</sup> Die Verlegung des Satzungssitzes einer Unternehmersgesellschaft ins Ausland kann nach ganz h. M. nicht ohne Auflösung erfolgen. Nach h. M. gilt dies auch für den eingetragenen Verein.

---

<sup>1152</sup> Vgl. Leistikow § 4 Rn. 116f; Lieder/Kliebisch, in: BB 2009, 338, 343; Brakalova/Barth, in: DB 2009, 213, 216; Franz, in: BB 2009, 1250, 1251; Paefgen, in: WM 2009, 529, 531; Peters, in: GmbHR 2008, 245, 249; a. A. Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 15.

<sup>1153</sup> Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 15; Franz/Laeger, in: BB 2008, 678, 685.

<sup>1154</sup> Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 17; hierzu kritisch, Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 11.

<sup>1155</sup> Beschluss ist als Auflösungsbeschluss anzusehen, OLG Hamm FGPrax 2001, 123, 123. Für eine Nichtigkeit des Beschlusses gem. § 241 Nr. 3 AktG analog, Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 13; Wicke § 4a Rn. 10; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 75 Rn. 55; Kindler, in: AG 2007, 721, 723.

<sup>1156</sup> Vgl. Krafka/Kühn Rn. 2153; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 65.

<sup>1157</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 15; Franz/Laeger, in: BB 2008, 678, 685.

## IV. Rechtsfähigkeit

### 1. Grundsätzliches

Die Rechtsfähigkeit beinhaltet die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.<sup>1158</sup> Durch die Rechtsfähigkeit ähnelt die juristische Person der natürlichen Person, obgleich sie eine völlige Gleichstellung nicht erlangen kann, da Rechte und Pflichten, welche der Natur der Sache nach nur ein Mensch und nicht eine künstlich geschaffene Rechtsperson haben kann, den juristischen Personen verwehrt bleiben.<sup>1159</sup> In privatrechtlicher Hinsicht ist indes eine weitestgehend Gleichstellung erfolgt.

### 2. Eingetragener Verein

#### a) Allgemeines

Die zuerkannte Rechtsfähigkeit als juristische Person führt zu einer Verselbstständigung des eingetragenen Vereins, wodurch dieser als eigenständiges Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten sein kann.<sup>1160</sup> Ob bereits der nichteingetragene Verein gleichsam rechtsfähig ist, ist umstritten.<sup>1161</sup>

Aus der Rechtsfähigkeit folgt u. a. das Recht auf einen Namen, die Grundbuchfähigkeit, die Parteifähigkeit, die Vermögensfähigkeit, die Steuerpflichtigkeit, die Insolvenzfähigkeit, die Erb- und Vermächtnisfähigkeit sowie das Recht, Vormund oder Betreuer (§§ 1900, 1791a BGB)<sup>1162</sup> zu sein.<sup>1163</sup> Der Verein kann zudem Kommanditist einer KG, Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sowie Mitglied einer Genossenschaft sein, obgleich Rechtsstellungen des Familienrechts oder solche, die auf eine persönliche Verantwortung ausgerichtet sind, ihm grundsätzlich verschlossen bleiben.<sup>1164</sup> Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit scheidet grundsätzlich aus, da den Verein ein sozialeschuldlicher Schuldvorwurf nicht treffen kann.<sup>1165</sup> Der eingetragene Verein ist zudem prozessfähig.<sup>1166</sup> Beschränkungen, welche sich aus der Satzung ergeben, grenzen nicht die Rechtsfähigkeit, sondern vielmehr die Vertretungsmacht ein.<sup>1167</sup>

#### b) Erlangung

Durch die Eintragung in das Vereinsregister erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit, § 21 BGB. Insofern wird das Eintragungsverfahren durch den in diesem Zeitpunkt bestehenden Vorverein vorgenommen. Das diesbezügliche Verfahren ist in den §§ 55ff BGB geregelt. Erfüllt ein Verein die materiellen und formellen Voraussetzungen der Eintragung, erwirkt er einen Anspruch auf Eintragung. Der Vorstand hat den Verein zur Eintragung anzumelden, § 59 Abs. 1 BGB. Er muss dem Registergericht die Überzeugung verschaffen, dass die nichtwirtschaftliche Zweckangabe in der eingereichten Satzung mit der beabsichtigten und verfolgten Tätigkeit übereinstimmt.<sup>1168</sup> Für die Eintragung ist daher das Vorliegen einer

---

<sup>1158</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 3; Mummenhoff S. 2, 5; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 8.

<sup>1159</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 3; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 8; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 22.

<sup>1160</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 22; Mummenhoff S. 12.

<sup>1161</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Gummert § 10 Rn. 1ff; Reichert Rn. 5088ff.

<sup>1162</sup> Vgl. hierzu, BayObLG Rpfleger 1993, 403, 403.

<sup>1163</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 3f; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 8f.

<sup>1164</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 4; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 9; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 22.

<sup>1165</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 4; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 33.

<sup>1166</sup> BGHZ 94, 105, 108; 121, 263, 265f; Zöller/Vollkommer § 52 Rn. 2; vgl. Henssler, in: NJW 1999, 241, 243f; a. A. BGHZ 38, 71, 75; Thomas/Putzo § 52 Rn. 4.

<sup>1167</sup> RGZ 145, 311, 314; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 24.

<sup>1168</sup> KG, Beschluss vom 23.06.2014, Az: 12 W 66/12; Reichert Rn. 123.

Gründungsvereinbarung und einer Satzung erforderlich.<sup>1169</sup> Schließlich darf die Eintragung dann nicht vorgenommen werden, wenn der Vereinszweck gesetzeswidrig ist.<sup>1170</sup> Die Eintragung erfolgt sodann bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat, § 55 BGB.

### c) Verlust

Es ist zwischen der Auflösung des Vereins und dem Verlust bzw. der Entziehung der Rechtsfähigkeit zu unterscheiden.

Die Auflösung des Vereins tritt ein, wenn die Mitgliederversammlung dies beschließt (§ 41 S. 1 BGB), durch Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeitdauer oder durch Eintritt sonstiger satzungsmäßiger Umstände mit dem dazugehörigen Beschluss der Mitgliederversammlung<sup>1171</sup>, durch Staatsakt aufgrund des öffentlichen Vereinsrechts (§§ 3 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 2 VereinsG), nach h. M. durch den Wegfall sämtlicher Mitglieder, nach überwiegender Auffassung durch eine Sitzverlegung ins Ausland<sup>1172</sup>, durch die Löschung der Gesamteintragung sowie durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen wird (§ 42 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>1173</sup>

Wenn die Mitgliederzahl eines eingetragenen Vereins unter drei sinkt, scheidet eine dem Verein notwendig innewohnende mehrheitliche Willensbildung aus, so dass der Vorstand beim Amtsgericht die Entziehung der Rechtsfähigkeit zu beantragen hat, § 73 BGB. Des Weiteren kann der Verein auf die Rechtsfähigkeit i. S. d. Eintragung in das Vereinsregister - als Minus zur Auflösung - verzichten, was einen Beschluss der Mitgliederversammlung<sup>1174</sup> nebst Eintragung in das Vereinsregister erfordert, wodurch der Verein dann als nichteingetragener Verein fortbesteht.<sup>1175</sup>

Die Auflösung des Vereins sowie die Entziehung der Rechtsfähigkeit sind in das Vereinsregister einzutragen, § 74 Abs. 1 BGB. Zu beachten ist, dass die Auflösung des Vereins und die Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht das Erlöschen des Vereins beinhalten; es erfolgt vielmehr der „Anfall“ des Vereinsvermögens an die in der Satzung bestimmten Personen, § 45 Abs. 1 BGB.<sup>1176</sup> Soweit das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 46 S. 1 BGB) fällt, muss eine Liquidation stattfinden, sofern nicht über das Vermögen des Vereins das Insolvenzverfahren eröffnet ist, § 47 BGB. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit und die Amtslöschung führen daher grundsätzlich zur

---

<sup>1169</sup> Märkle/Alber S. 30.

<sup>1170</sup> LG Karlsruhe Rpfleger 1974, 221, 221; LG Essen Rpfleger 1983, 158, 158; Märkle/Alber S. 30f.

<sup>1171</sup> Eine Satzungsbestimmung, die eine automatische Auflösung des Vereins unter gewissen Bedingungen vorsieht, soll zulässig sein, LG Bremen Rpfleger 1996, 72, 72f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 393; Staudinger/Weick § 41 Rn. 6. Für eine automatische Auflösung bei Erreichen des statutarisch festgelegten Endtermins, Märkle/Alber S. 92.

<sup>1172</sup> Vgl. E. III. 1. d).

<sup>1173</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 386; Märkle/Alber S. 90; Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 3; Stolte S. 3ff; Staudinger/Weick § 41 Rn. 6f.

<sup>1174</sup> Bedarf als Satzungsänderungsbeschluss der dafür vorgesehenen Mehrheit, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 401; Münch Hdb GesR V/Korte § 64 Rn. 4; Stöber/Otto Rn. 181. Für eine einem Auflösungsbeschluss entsprechende Mehrheit, Reichert Rn. 4093; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 2; Soergel/Hadding Vor § 41 Rn. 8; Kollhosser, in: ZIP 1984, 1434, 1435.

<sup>1175</sup> BayObLGZ 1959, 152, 158f; 1959, 287, 294; Reichert Rn. 4044, 4092ff; Münch Hdb GesR V/Korte § 64 Rn. 1ff; Stolte S. 18; Staudinger/Weick § 41 Rn. 19; Kollhosser, in: ZIP 1984, 1434, 1434.

<sup>1176</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 406.

Liquidation des Vereins.<sup>1177</sup> Bis zur Beendigung der Liquidation gilt der Verein als fortbestehend, soweit es der Liquidationszweck erfordert, § 49 Abs. 2 BGB. Ob darin eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit des Vereins liegt, ist umstritten.<sup>1178</sup> Erst der Abschluss der vereinsrechtlichen Liquidation führt den endgültigen Verlust der Rechtsfähigkeit herbei, hingegen für den Fall, dass der Fiskus Anfallsberechtigter ist, der Verein als Personenverband und als juristische Person ein sofortiges Ende erfährt.<sup>1179</sup>

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Allgemeines

Die Unternehmergesellschaft verfügt als juristische Person wie der eingetragene Verein über eine Rechtsfähigkeit, so dass sie Träger von Rechten und Pflichten sein kann, § 13 Abs. 1 GmbHG. Sie kann zudem Mitglied einer anderen Körperschaft sein.<sup>1180</sup> Rechte, die auf natürliche Personen zugeschnitten sind, kommen ihr nicht zu<sup>1181</sup>, so dass der Gesellschaft insbesondere das Familienrecht im Wesentlichen verschlossen bleibt.<sup>1182</sup> Eine eigene unmittelbare strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmergesellschaft scheidet aus.<sup>1183</sup> Des Weiteren kann die Unternehmergesellschaft nicht Betreuer (§§ 1900 Abs. 1 S. 1, 1908f Abs. 1 BGB) oder Vormund (§ 1791a Abs. 1 S. 1 BGB) sein.

Auch hier ist jedoch wieder anzuführen, dass die Unternehmergesellschaft als GmbH eine besondere Erscheinungsform des bürgerlich-rechtlichen Vereins ist.<sup>1184</sup> Die Rechtsfähigkeit der GmbH reicht damit so weit, wie dies überhaupt bei juristischen Personen denkbar ist.<sup>1185</sup> Zudem ist die Unternehmergesellschaft aufgrund der Regelung des § 52 ZPO prozessfähig.<sup>1186</sup>

#### b) Erlangung

Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht eine Unternehmergesellschaft als solche nicht, § 11 Abs. 1 GmbHG. Die Eintragung wirkt damit rechtsbegründend. Gem. § 7 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Eintragung durch das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Anmeldung muss gem. § 78 GmbHG i. V. m. § 7 Abs. 1 GmbHG durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen. Bis zur Eintragung der Unternehmergesellschaft besteht eine sog. Vorgesellschaft.

---

<sup>1177</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 63 Rn. 36; Soergel/Hadding § 43 Rn. 7; a. A. K.Schmidt, in: JR 1987, 177, 179.

<sup>1178</sup> Bejahend: vgl. BGH ZIP 2001, 889, 891; wohl auch, Erman/H.P. Westermann § 49 Rn. 4;

Palandt/Ellenberger § 49 Rn. 2; Märkle/Alber S. 96. Verneinend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 406; Reichert Rn. 4133; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 55; Bamberger/Roth/Schöpflin § 49 Rn. 5.

<sup>1179</sup> Reichert Rn. 4046; vgl. hierzu, Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 100f, 106ff; vgl. Soergel/Hadding § 43 Rn. 7.

<sup>1180</sup> Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 2; Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 2; vgl. Baumbach/Hueck § 13 Rn. 3; vgl. Ulmer/Raiser § 13 Rn. 15.

<sup>1181</sup> Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 2; Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 3; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 15.

<sup>1182</sup> Wicke § 13 Rn. 2; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 18.

<sup>1183</sup> Wicke § 13 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 3; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 22; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 46.

<sup>1184</sup> Scholz/Emmerich § 13 Rn. 3a; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 2.

<sup>1185</sup> Scholz/Emmerich § 13 Rn. 3a.

<sup>1186</sup> BGHZ 94, 105, 108; 121, 263, 265f; Zöller/Vollkommer § 52 Rn. 2; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 23; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 8; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 34; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 6; a. A. RGZ 63, 371, 372; 66, 240, 243.

### c) Verlust

Auch bei der Unternehmergesellschaft ist zwischen der Auflösung und dem Erlöschen der Gesellschaft zu unterscheiden. Nur das Erlöschen bewirkt die Beendigung der Gesellschaft und damit das Ende der Rechtsfähigkeit. Mit der Auflösung der Unternehmergesellschaft gem. §§ 60ff GmbHG ist die Gesellschaft noch nicht beendet, vielmehr erfolgt eine Umwandlung in eine Liquidationsgesellschaft.<sup>1187</sup> Dies gilt auch für die Eintragung der Nichtigkeitserklärung, §§ 75, 77 GmbHG. Wann die volle Rechtsfähigkeit endet, ist umstritten, wobei hierzu im Wesentlichen vier<sup>1188</sup> Auffassungen vertreten werden: Insofern soll die Gesellschaft nicht mehr existieren, wenn nach Abschluss des Liquidationsverfahrens die Löschung im Handelsregister erfolgt<sup>1189</sup>, die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft eingetreten ist<sup>1190</sup>, kumulativ beide Tatbestandsmerkmale (sog. Lehre vom Doppeltatbestand) zu bejahen sind<sup>1191</sup> oder wiederum kumulativ beide Tatbestandsmerkmale zu bejahen sind und zusätzlich kein weiterer Abwicklungsbedarf mehr besteht (sog. Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand)<sup>1192</sup>.

Soweit eine insolvenzrechtliche Abwicklung einschlägig ist, folgt das Verfahren den Vorgaben des Insolvenzrechts, §§ 60 Abs. 1 Nr. 4, 66 Abs. 1 GmbHG. Die in § 60 Abs. 1 GmbHG genannten Gründe oder die gem. § 60 Abs. 2 GmbHG in der Satzung bestimmten Gründe führen bis auf die Fälle i. S. v. § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG nicht zum Erlöschen der Gesellschaft, sondern nur zu deren Auflösung im Rahmen der Abwicklung im Liquidationsverfahren.<sup>1193</sup> Weitere gesetzliche Auflösungsgründe sind u. a. das Einschreiten des Registergerichts von Amts wegen gem. § 397 S. 2 FamFG (§ 144 Abs. 1 S. 2 FGG a. F.), die Löschung der Eintragung nach § 395 Abs. 1 FamFG (§ 142 Abs. 1 FGG a. F.), nach h. M. die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland<sup>1194</sup> sowie der Erwerb aller Geschäftsanteile durch die Gesellschaft.<sup>1195</sup> Die Auflösung ist gem. § 65 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Dies gilt auch für den Schluss der Liquidation, § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

Das Ableben einer Unternehmergesellschaft lässt sich daher grundsätzlich einteilen in: Auflösung - Abwicklung - Vollbeendigung - Löschung.<sup>1196</sup> Während der Liquidation besteht die Gesellschaft fort, vgl. § 69 GmbHG.<sup>1197</sup>

---

<sup>1187</sup> Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 8; Münch Hdb GesR III/Weibrecht § 62 Rn. 1.

<sup>1188</sup> Vgl. Scholz/Emmerich § 13 Rn. 7 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 9: Im Wesentlichen drei verschiedene Meinungen.

<sup>1189</sup> Vgl. Wicke § 13 Rn. 2; Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 8; Roth/Altmeppen § 65 Rn. 21; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 9.

<sup>1190</sup> Vgl. RGZ 109, 387, 391; 149, 293, 296f; 156, 23, 26; BGHZ 48, 303, 307; BayObLG ZIP 1982, 1205, 1206; Bokelmann, in: NJW 1977, 1130, 1130; Hofmann, in: GmbHR 1976, 258, 267: Die Eintragung hat lediglich deklaratorische Wirkung.

<sup>1191</sup> Vgl. OLG Düsseldorf GmbHR 2004, 572, 574; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 7; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 6; Michalski/Nerlich § 74 Rn. 34; Münch Hdb GesR III/Weibrecht § 63 Rn. 60; K.Schmidt, in: GmbHR 1988, 209, 211; Bork, in: JZ 1991, 841, 844; Uhlenbruck, in: ZIP 1996, 1641, 1647.

<sup>1192</sup> Saenger, in: GmbHR 1994, 300, 302f.

<sup>1193</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 8; Roth/Altmeppen § 75 Rn. 50; Münch Hdb GesR III/Weibrecht § 62 Rn. 16; Heckschen/Heidinger § 18 Rn. 8, 14.

<sup>1194</sup> Vgl. hierzu, E. III. 2. e).

<sup>1195</sup> Münch Hdb GesR III/Weibrecht § 62 Rn. 18; vgl. zu weiteren Gründen, Baumbach/Hueck § 60 Rn. 72ff.

<sup>1196</sup> Münch Hdb GesR III/Weibrecht § 62 Rn. 1.

<sup>1197</sup> Wicke § 69 Rn. 1; Roth/Altmeppen § 69 Rn. 1.

## 4. Zwischenergebnis

Beide Rechtsformen verfügen als juristische Personen über die sog. Rechtsfähigkeit, welche sie uneingeschränkt mit der Eintragung in das jeweilige Register erlangen. Die Eintragung wirkt damit in beiden Fällen rechtsgestaltend. Es besteht zudem ein Anspruch auf die Eintragung, sofern alle formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Umfang der Rechtsfähigkeit für beide Rechtsformen gleicht sich, auch wenn etwa die Unternehmersgesellschaft nicht die Stellung eines Vormunds oder eines Betreuers einnehmen kann. Beide Körperschaften sind zudem nach h. M. prozessfähig.

Zur Beendigung beider Verbände bedarf es grundsätzlich einer Abwicklung, die im Insolvenzverfahren oder im gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren erfolgen kann. Im Liquidationsverfahren weisen beide Körperschaften noch eine Rechtsfähigkeit auf. Die Auflösung des Vereins sowie die Entziehung der Rechtsfähigkeit des Vereins aber auch die Auflösung der Unternehmersgesellschaft begründen daher zunächst nicht die Beendigung der Rechtsform und damit grundsätzlich nicht den sofortigen Untergang der Rechtsfähigkeit. Bei beiden Körperschaften sind indes Tatbestände möglich, die außerhalb eines Liquidationsverfahrens zur Beendigung der Rechtsfähigkeit führen.

## V. Gründung

### 1. Grundsätzliches

#### a) Die Gründung im Allgemeinen

Die materiellen Regeln des Gründungsrechts weisen zwischen den jeweiligen Rechtsformen Unterschiede auf, wobei sich jedoch die Gründung einer jeden Körperschaft stets in mehreren Stufen vollzieht.<sup>1198</sup> Die Unterscheidung der verschiedenen Stufen ergibt sich aus allgemeinen Erwägungen, die berücksichtigen, dass u. U. kostspielige Planungs- und Vorbereitungshandlungen erforderlich sind, bereits im Gründungsstadium Rechtsgeschäfte mit Dritten geschlossen werden, Verbindlichkeiten entstehen und sich Fragen nach der Haftung, den Schuldnern und Gläubigern sowie nach der Einstandspflicht der späteren Körperschaft stellen.<sup>1199</sup>

#### b) Vorgründungsgesellschaft<sup>1200</sup>

Die Vorgründungsgesellschaft<sup>1201</sup> entsteht durch ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, wobei die Gesellschaft selbst jedoch kein notwendiges Vorstadium der Verbandsgründung ist.<sup>1202</sup> Während bloßes Verhandeln zwar die Vorgründerphase einleiten kann, bedingt die Vorgründergesellschaft die Begründung einer Verpflichtung, insbesondere das gegenseitige Versprechen der Teilnahme an der Gründung.<sup>1203</sup> Die Vorgründungsgesellschaft, welche eine GbR bzw. eine OHG sein kann, ist mit der später entstehenden Vor-Gesellschaft und auch mit der werdenden Körperschaft nicht identisch.<sup>1204</sup>

---

<sup>1198</sup> Kraft/Kreutz S. 42; K.Schmidt GesR S. 294.

<sup>1199</sup> Kraft/Kreutz S. 42; K.Schmidt GesR S. 298ff; Flume, in: Festschrift Geßler 1971, S. 3, 6.

<sup>1200</sup> Vgl. zur unterschiedlichen Terminologie, Kappert S. 6ff.

<sup>1201</sup> Vgl. zur Trennung zwischen Innengesellschaft und Außengesellschaft, K.Schmidt GesR S. 292f. Hierzu kritisch, Priester, in: GmbHR 1995, 481, 481ff.

<sup>1202</sup> Kraft/Kreutz S. 42f; K.Schmidt GesR S. 291; Kießling S. 1.

<sup>1203</sup> K.Schmidt GesR S. 291; vertiefend, Kießling S. 12ff.

<sup>1204</sup> BGHZ 91, 148, 151; Kraft/Kreutz S. 43; K.Schmidt GesR S. 291f; a. A. Kießling S. 285ff.

## c) Vor-Gesellschaft

Zwischen Feststellung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das jeweilige Register besteht eine sog. Vor-Gesellschaft.<sup>1205</sup> Bei den Körperschaften sind der Abschluss der Satzung und die Entstehung der Körperschaft voneinander streng zu unterscheiden.<sup>1206</sup> Wie bereits ausgeführt, entstehen der eingetragene Verein und die Unternehmungsgesellschaft erst mit der Eintragung in das jeweilige Register. Die Vor-Gesellschaft ist ein vollwertiger Rechtsträger, auf den bereits das Recht der zu gründenden Körperschaft anzuwenden ist, soweit diese Vorschriften nicht die Eintragung bedingen.<sup>1207</sup> Nach der heute herrschenden Einheitstheorie (Identitätstheorie) sind die Vor-Gesellschaft und die spätere Körperschaft in ihrer Struktur und Existenz identisch, so dass es sich um ein und denselben Personenverband handelt.<sup>1208</sup>

## 2. Eingetragener Verein

### a) Die Gründung im Allgemeinen

Wie bereits gezeigt, entsteht der eingetragene Verein, dem Namen entsprechend, mit der Eintragung in das Vereinsregister, wobei zwischen den ersten Handlungen im Rahmen der Gründung und der Registereintragung eine beträchtliche Zeitspanne liegen kann.<sup>1209</sup> Demgegenüber enthält das BGB nur wenige, die Gründung betreffende Vorschriften.

### b) Vorgründungsgesellschaft

Jeder Gründungsakt beruht auf verschiedensten Vorbesprechungen. Bloße Planungs- und Vorbereitungshandlungen können sodann durch rechtsgeschäftliche Erklärungen verfestigt werden.<sup>1210</sup> Verpflichten sich die Gründer sodann durch rechtsgeschäftliche Erklärung, zur Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks einen Verein zu errichten, entsteht die sog. Vorgründungsgesellschaft.<sup>1211</sup> Dieser Zusammenschluss begründet eine GbR oder im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen eine OHG. Die von diesem Zusammenschluss begründeten Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht automatisch auf den Vor-Verein oder den Verein über, sondern müssen gesondert übertragen werden, da zwischen der Vorgründungsgesellschaft und dem Vor-Verein bzw. dem eingetragenen Verein keine Kontinuität besteht.<sup>1212</sup>

### c) Vor-Verein

Der Bindungswille der Gründer mündet in der Gründerversammlung des Vereins in der Feststellung der Satzung, wobei in der Zeitspanne zwischen der Feststellung der Satzung und

---

<sup>1205</sup> Kraft/Kreutz S. 43; K.Schmidt GesR S. 298; Kießling S. 1.

<sup>1206</sup> K.Schmidt GesR S. 295; Kraft/Kreutz S. 41.

<sup>1207</sup> Kappet S. 2; K.Schmidt GesR S. 298, 301; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 8.

<sup>1208</sup> Kraft/Kreutz S. 47; K.Schmidt GesR S. 301, 306.

<sup>1209</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 1.

<sup>1210</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 1ff.

<sup>1211</sup> Märkle/Alber S. 28; Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 12; Staudinger/Weick § 21 Rn. 17; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 61; Reichert Rn. 64; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 5.

<sup>1212</sup> Vgl. BGHZ 91, 148, 151; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 6, 29; Staudinger/Weick § 21 Rn. 17; vgl. Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 62, 64; Reichert Rn. 67.

der Eintragung des Vereins in das Vereinsregister ein sog. Vor-Verein<sup>1213</sup> existiert.<sup>1214</sup> Insofern begründet die Feststellung der Satzung die Gründung des Vereins.<sup>1215</sup> Die Rechtsbeziehungen der Gründer gestalten sich durch die Entstehung des Vor-Vereins neu.<sup>1216</sup> Der Vor-Verein soll nach überwiegender Auffassung eine Rechtsform *sui generis* darstellen, so dass alle Vorschriften des eingetragenen Vereins auf ihn anwendbar sind, soweit sie dem Zweck entsprechen und nicht eine Eintragung bedingen.<sup>1217</sup> Andere verweisen darauf, dass das Vereinsrecht mit dem nichteingetragenen Verein für die vorliegende Konstellation eine besondere Rechtsform vorhält, so dass es einer Übertragung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zur Vor-Gesellschaft nicht bedarf.<sup>1218</sup> Beide Ansichten führen jedoch aufgrund der zum nichteingetragenen Verein ergangenen Rechtsprechung und der diesbezüglich von der Lehre geteilten Auffassung, dass auf den nichteingetragenen Verein ebenso die Regelungen der §§ 21ff BGB anzuwenden sind, soweit sie keine Eintragung erfordern<sup>1219</sup>, zu einem weitestgehenden Gleichlauf.<sup>1220</sup> Der Vor-Verein ist rechts- und parteifähig.<sup>1221</sup> Er und der später entstehende Verein sind nach h. M. identisch, so dass alle Rechte und Pflichten des Vor-Vereins mit der Eintragung auf den eingetragenen Verein übergehen.<sup>1222</sup>

Die Haftung des Vor-Vereins folgt den allgemeinen Regeln, so dass er für seine Verbindlichkeiten primär und unmittelbar haftet, wobei die spätere Eintragung die Haftung für bereits entstandene Verbindlichkeiten nicht entfallen lässt.<sup>1223</sup> Die Haftung der Gründungsmitglieder ist umstritten. Nach ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum haften die Mitglieder eines Vor-Vereins nur mit ihrem Anteil am Vereinsvermögen, folglich mit den bereits erbrachten und noch fälligen Mitgliedsbeiträgen.<sup>1224</sup> Eine Ausnahme vom Ausschluss der persönlichen Haftung wird dann befürwortet, wenn durch die Aufnahme eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs in der Hauptsache ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird.<sup>1225</sup> Eine persönliche Gründerhaftung kann jedoch aus einem Rechtsgeschäft oder aus dem Verhalten der Gründer folgen, so dass ein selbstständiger Schuldgrund besteht.<sup>1226</sup> Des Weiteren soll nach ganz überwiegender Auffassung die sog. Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB einschlägig sein.<sup>1227</sup> Der Handelnde haftet akzessorisch, unbeschränkt und primär für

---

<sup>1213</sup> Es wird allgemein zwischen dem „echten“ Vor-Verein und dem „unechten“ Vor-Verein unterschieden. Im Gegensatz zum „echten“ wird beim „unechten“ Vor-Verein die Eintragung (zunächst) überhaupt nicht angestrebt, vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 9ff; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 65.

<sup>1214</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 8.

<sup>1215</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 21f.

<sup>1216</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 8.

<sup>1217</sup> K.Schmidt GesR S. 682; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 87; Kraft/Kreutz S. 44, 299.

<sup>1218</sup> BayObLGZ 1972, 29, 32; Märkle/Alber S. 29; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 14; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 64; Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 12; Staudinger/Weick § 21 Rn. 19, 31; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 20; Flume, in: Festschrift Geßler 1971, S. 3, 23; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 101.

<sup>1219</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger § 54 Rn. 1; Staudinger/Weick § 54 Rn. 2.

<sup>1220</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 20.

<sup>1221</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 22f; Reichert Rn. 95.

<sup>1222</sup> K.Schmidt GesR S. 678; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 14; Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 12; Staudinger/Weick § 21 Rn. 31; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 72ff; Kraft/Kreutz S. 300; a. A. Horn, in: NJW 1964, 86, 87ff (sog. Trennungstheorie).

<sup>1223</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 30; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 67; Beuthien, in: ZIP 1996, 305, 308.

<sup>1224</sup> K.Schmidt GesR S. 683; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 14; Reichert Rn. 108; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 67; Staudinger/Weick § 21 Rn. 33; Grunewald GesR § 8 Rn. 31. Abweichend: Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 12; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 85f; Differenzhaftung auch beim bürgerlich-rechtlichen Verein (Rn. 97ff).

<sup>1225</sup> BGH NJW 2001, 748, 750; K.Schmidt GesR S. 683f; Staudinger/Weick § 21 Rn. 34; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 35.

<sup>1226</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 49.

<sup>1227</sup> K.Schmidt GesR S. 683; Reichert Rn. 110; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 68; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 103ff.



die betreffende Verbindlichkeit des Vor-Vereins.<sup>1228</sup> Die Handelndenhaftung beim Vor-Verein stimmt mit der bei der Vor-GmbH überein.<sup>1229</sup>

Die Mitgliedschaft in einem Vor-Verein entspricht der im späteren Verein, obgleich Rechte, welche die Eintragung bzw. die vollendete Gründung bedingen, nicht bestehen.<sup>1230</sup> Die spätere Eintragung des Vereins in das Vereinsregister berührt die Mitgliedschaft als solche nicht.<sup>1231</sup> Auch während der Gründungsphase kann eine Mitgliedschaft erworben werden sowie durch Ausschluss oder Austritt verloren gehen, wodurch keine Änderung des Gründungsvertrages erfolgt.<sup>1232</sup> Der Vor-Verein kann nach denselben Gründen aufgelöst werden wie der eingetragene Verein, zumal nach der Auflösung ein Liquidationsverfahren gem. §§ 47ff BGB stattfindet, sofern Vermögen und oder Verbindlichkeiten vorhanden sind, bzw. nichts Abweichendes in der Satzung geregelt ist.<sup>1233</sup>

Der Vor-Verein verfügt bereits über einen Vorstand (§ 26 BGB i. V. m. § 59 Abs. 1, 2 BGB) und eine Mitgliederversammlung.<sup>1234</sup>

#### **d) Gründungsvoraussetzungen**

##### **aa) Anzahl der Gründer**

An der Gründung des Vereins müssen wenigstens drei Personen<sup>1235</sup>, nach anderer Auffassung zwei Personen<sup>1236</sup> beteiligt sein. Spätestens im Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung muss der Verein sieben Mitglieder aufweisen, § 56 BGB.<sup>1237</sup> § 56 BGB stellt zwar eine Sollvorschrift dar, was jedoch nur bedeutet, dass eine Eintragung trotz eines Verstoßes gegen § 56 BGB aus diesem Grund nicht unwirksam ist und gleichsam hieraus keine Berechtigung zur Amtslöschung folgt, hingegen das Registergericht eine Anmeldung zurückweisen muss, wenn der Verein den Anforderungen des § 56 BGB nicht genügt (§ 60 BGB), deren Feststellbarkeit insofern durch das Erfordernis aus § 59 Abs. 3 BGB gefördert werden soll.<sup>1238</sup> Setzt sich hingegen der Verein aus natürlichen und von diesen beherrschten juristischen Personen zusammen, zählen nur die natürlichen Personen.<sup>1239</sup>

---

<sup>1228</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 51; vgl. zudem, Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 70.

<sup>1229</sup> Reichert Rn. 110; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 52; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 103ff.

<sup>1230</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 68.

<sup>1231</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 60.

<sup>1232</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 61; Staudinger/Habermann § 56 Rn. 7; Reichert Rn. 81, 100. Vgl. jedoch, MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 89; In Anknüpfung an die eigene Auffassung, dass auch beim Übergang vom Vor-Verein zum eingetragenen Verein eine Differenzhaftung der Gründer einschlägig ist (Rn. 84), wird eine stärkere Bindung der Mitglieder gefordert.

<sup>1233</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 82f; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 90.

<sup>1234</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 78.

<sup>1235</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 16.

<sup>1236</sup> Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 11; Staudinger/Habermann § 56 Rn. 2; Soergel/Hadding § 25 Rn. 20; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 8; Friedrich, in: DStR 1994, 61, 63.

<sup>1237</sup> Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1997, 1397, 1397f; Machanek S. 83ff; Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 17; Palandt/Ellenberger § 56 Rn. 1; Bei Vereinen mit religiöser Zwecksetzung soll wegen der verfassungsrechtlichen Stellung gem. Art. 4, 140 GG i. V. m. Art 137 WRV eine Ausnahme von den strengen Anforderungen des § 56 BGB möglich sein. Hierzu kritisch, Staudinger/Habermann § 56 Rn. 4; MüKo/Reuter § 56 Rn. 2; Reichert Rn. 186.

<sup>1238</sup> Palandt/Ellenberger Vorb v § 55 Rn. 2; Staudinger/Habermann § 56 Rn. 1; Soergel/Hadding § 56 Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 677; Märkle/Alber S. 32; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 8; Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 17; MüKo/Reuter § 56 Rn. 1.

<sup>1239</sup> OLG Stuttgart Rpfleger 1983, 318, 319; OLG Köln NJW 1989, 173, 174; Palandt/Ellenberger § 56 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 11; Staudinger/Habermann § 56 Rn. 3; Reichert Rn. 184.

## **bb) Gründerversammlung mit Feststellung der Satzung**

Die Gründung des Vereins erfolgt in seiner ersten Mitgliederversammlung, der sog. Gründerversammlung, in deren Mittelpunkt die Feststellung der Satzung steht, wobei die Feststellung der eigentliche Gründungsakt ist.<sup>1240</sup> Die Satzung muss den inhaltlichen Vorgaben der §§ 57, 58 BGB entsprechen, so dass sich auch aus der Satzung ergeben muss, dass der Verein eingetragen werden soll, hingegen die darüber hinausgehende Gestaltung frei vorgenommen werden kann, obgleich in der Praxis des Öfteren auf vorhandene, jedoch nicht vom Gesetzgeber vorgegebene Mustersatzungen zurückgegriffen wird.<sup>1241</sup> Die Bestellung des Vorstands muss spätestens vor der Anmeldung erfolgen. Es ist üblich, dass über den Hergang der Gründerversammlung ein schriftliches Protokoll erstellt wird, sog. Gründungsprotokoll.<sup>1242</sup>

## **cc) Anmeldung zur Eintragung**

Gem. § 59 Abs. 1 BGB hat der Vorstand den Verein zur Eintragung in das Vereinsregister anzumelden. Die Anmeldung erfolgt gem. § 77 BGB mittels öffentlich beglaubigter Erklärung. Es genügt, wenn die Anmeldung durch ein vertretungsberechtigtes Mitglied des Vorstands vorgenommen wird, was nunmehr durch § 77 BGB n. F.<sup>1243</sup> ausdrücklich gesetzlich normiert ist.<sup>1244</sup> Gem. § 129 Abs. 1 BGB muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. Der Anmeldung sind Abschriften der Satzung und der Urkunden über die Bestellung des Vorstands beizufügen, § 59 Abs. 2 BGB.

In Abweichung von § 9c GmbHG sieht das BGB keine Norm vor, welche die Prüfungskompetenz des Registergerichts näher umschreibt, obgleich nach ganz h. M auch beim Verein eine umfassende, alle gesetzlichen Vorschriften berücksichtigende Prüfungspflicht des Registergerichts besteht, so dass die Prüfungspflicht über den Wortlaut von § 60 BGB hinausragt.<sup>1245</sup>

## **dd) Eintragung des Vereins**

Die Eintragung des Vereins, welche den Verein zur juristischen Person werden lässt, ist ein staatlicher Hoheitsakt und folgt den registerrechtlichen Vorschriften<sup>1246</sup>, die in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen<sup>1247</sup> verankert sind.<sup>1248</sup> Die Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister hat bei dem Amtsgericht zu geschehen, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat, § 55 BGB. Eine Pflicht zur Anmeldung besteht indes nicht und ist zudem nicht durch § 78 BGB erzwingbar.<sup>1249</sup> Der Registerinhalt entfaltet gem. §§ 68, 70 BGB negative Publizitätswirkung, welche den Regelungen des § 15 Abs. 1 und 2 HGB entspricht, hingegen

---

<sup>1240</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 21.

<sup>1241</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 23f.

<sup>1242</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 36.

<sup>1243</sup> Vgl. Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 25.09.2009, BGBI. I S. 3145. Das Gesetz trat am 30.09.2009 in Kraft.

<sup>1244</sup> Palandt/Ellenberger § 77 Rn. 1. Vgl. zum früheren Streit, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 15.

<sup>1245</sup> Vgl. KG NJW-RR 2005, 339, 340; Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 60ff; Palandt/Ellenberger § 60 Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 678; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 17a; Staudinger/Habermann § 60 Rn. 3; Soergel/Hadding § 60 Rn. 2; Reichert Rn. 194, 196ff.

<sup>1246</sup> Vgl. zum Registerrecht, E. XIX. 2.

<sup>1247</sup> Einschlägige Vorschriften finden sich u. a. im BGB, im FamFG, dem VereinsG und der VRV.

<sup>1248</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 1.

<sup>1249</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 50; Soergel/Hadding § 59 Rn. 2.

eine positive Publizitätswirkung i. S. v. § 15 Abs. 3 HGB das Vereinsrecht nicht enthält.<sup>1250</sup> Mit der Eintragung ist der Verein verpflichtet, den Vereinsnamen mit dem Zusatz „eingetragener Verein“ zu führen, wobei die Abkürzung „e. V.“ ebenso zulässig ist, § 65 BGB.<sup>1251</sup> Gem. § 64 BGB sind bei der Eintragung der Name und der Sitz des Vereins, der Tag der Errichtung der Satzung, die Mitglieder des Vorstands und ihre Vertretungsmacht anzugeben.

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Die Gründung im Allgemeinen

Die gesetzlichen Vorschriften für das Gründungsstadium sind auch im GmbH-Recht „dürftig“.<sup>1252</sup>

#### b) Vorgründungsgesellschaft

Der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geht eine Planungs- und Verhandlungsphase voraus, mithin gewisse Vorbereitungshandlungen.<sup>1253</sup> Die Gründer können dabei einen Vorvertrag auf Abschluss eines GmbH-Vertrages schließen, welcher den notwendigen Mindestinhalt des vorgesehenen Gesellschaftsvertrages enthält.<sup>1254</sup> Auch der Vorvertrag benötigt nach ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur zu seiner Wirksamkeit die notarielle Beurkundung gem. § 2 Abs. 1 GmbHG, soweit diese Abreden Satzungsbestandteil werden sollen und aus ihm eine Rechtspflicht zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages folgen soll.<sup>1255</sup> Die in der Praxis regelmäßig vorliegende Nichtbeachtung der Form führt zur Nichtigkeit des Vertrages, § 125 S. 1 BGB.<sup>1256</sup>

Neben dem Vorvertrag steht der sog. Vorgründungsvertrag, dessen Zweck darin besteht, das künftige Unternehmen vorzubereiten.<sup>1257</sup> Sofern in diesem Stadium der Unternehmensgegenstand und die jeweiligen Leistungen der Beteiligten festgelegt werden, geschieht dies nicht ausschließlich für die Gesellschaftsgründung, sondern in erster Linie im Hinblick auf das zukünftige Unternehmen.<sup>1258</sup> Im Gegensatz zum Vorvertrag bedarf der Vorgründungsvertrag keiner besonderen Form.<sup>1259</sup>

---

<sup>1250</sup> Soergel/Hadding § 68 Rn. 5; Palandt/Ellenberger § 68 Rn. 1; Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 88f; Staudinger/Habermann § 68 Rn. 1.

<sup>1251</sup> BayObLGZ 1987, 161, 171; Soergel/Hadding § 65 Rn. 2; Reichert Rn. 276ff.

<sup>1252</sup> Flume, in: Festschrift Geßler 1971, S. 3, 7. Vgl. ebenso, Windbichler § 21 Rn. 15; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 1.

<sup>1253</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 2f.

<sup>1254</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 6ff; Wicke § 2 Rn. 12; Grunewald GesR § 13 Rn. 35; K.Schmidt GesR S. 1011; Baumbach/Hueck § 2 Rn. 34; Roth/Altmeppen § 2 Rn. 63; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 32; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 88.

<sup>1255</sup> RGZ 66, 116, 120; BGH GmbHR 1988, 98, 99; Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 2 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 32; K.Schmidt GesR S. 1011f; Wicke § 2 Rn. 12; Grunewald GesR § 13 Rn. 35; Roth/Altmeppen § 2 Rn. 63; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 91ff; a. A. Kappert S. 42; Kießling S. 18ff.

<sup>1256</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 14.

<sup>1257</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 19.

<sup>1258</sup> Priester, in: GmbHR 1995, 481, 484.

<sup>1259</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 22. Vgl. ebenso, Baumbach/Hueck § 2 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 4.

Mit Abschluss des Vorgründungsvertrages oder eines formgültigen Vorvertrages<sup>1260</sup> entsteht die sog. Vorgründungsgesellschaft, die nach ganz h. M. eine GbR bzw. eine OHG ist, so dass das GmbH-Recht auf diese Gesellschaft keine Anwendung findet.<sup>1261</sup> Das Recht der Gesellschaft folgt daher den Vorschriften der jeweiligen Personengesellschaft, so dass insbesondere keine Haftungsbeschränkung einschlägig ist. Die Haftung endet grundsätzlich nicht mit der Errichtung der Unternehmersgesellschaft.<sup>1262</sup> Die Gesellschafter sind im Rahmen ihrer Förderpflicht zur Mitwirkung bei der Errichtung des geplanten Unternehmens verpflichtet.<sup>1263</sup> Das Stadium einer Vorgründungsgesellschaft muss nicht in jedem Fall bei der Gründung einer Unternehmersgesellschaft durchlaufen werden.

Da die Vorgründungsgesellschaft und die Vor-Gesellschaft bzw. die spätere Unternehmersgesellschaft nicht identisch sind, erfolgt die Übertragung der Aktiva und Passiva der Vorgründungsgesellschaft auf diese Gesellschaft im Wege der Einzelübertragung.<sup>1264</sup> Die Leistungen der Gründer an die Vorgründungsgesellschaft können die Gründer von der Einlagepflicht nur befreien, soweit die Leistungen in das Vermögen der Vor-Gesellschaft gelangen.<sup>1265</sup>

### c) Vor-GmbH

Im Zeitfenster zwischen notariellem Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister besteht die sog. Vor-Gesellschaft (nachfolgend kurz und allgemeingültig: Vor-GmbH), die als Durchgangsstadium konzipiert ist und prinzipiell den Vorschriften des GmbH-Rechts unterfällt, sofern diese nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen.<sup>1266</sup> Die Vor-GmbH ist nach heute h. M. eine Rechtsform *sui generis*, die körperschaftlich strukturiert ist.<sup>1267</sup> Die Vor-GmbH und die spätere Gesellschaft sind identisch, wodurch die Rechte und Pflichten der Vor-GmbH solche der Gesellschaft werden.<sup>1268</sup> Im Gegensatz zur Unternehmersgesellschaft ist die Vor-Gesellschaft kein Formkaufmann.<sup>1269</sup>

---

<sup>1260</sup> Vgl. zur Trennung einer Vorgründungsgesellschaft (Innenverhältnis) und einer sog. „Mitunternehmerschaft“ (Außenverhältnis), Scholz/K.Schmidt § 11 Rn. 15f; Kappert S. 73ff, 179f. Hierzu kritisch, Priester, in: GmbHR 1995, 481, 481ff.

<sup>1261</sup> BGH NJW 1998, 1645, 1645; Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 24, 30; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 2; Wicke § 2 Rn. 12; Grunewald GesR § 13 Rn. 35f; Windbichler § 21 Rn. 17.

<sup>1262</sup> BGHZ 91, 148, 151; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 4; Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 38f, vgl. zur früheren durch die Rechtsprechung eingeräumten Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG, Rn. 40.

<sup>1263</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 31.

<sup>1264</sup> BGH NJW 1998, 1645, 1645; vgl. OLG Karlsruhe GmbHR 1988, 482, 483; OLG Köln DB 2000, 866, 867; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 2, § 5 Rn. 24; Wicke § 11 Rn. 1f; Scholz/K.Schmidt § 11 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 2; a. A. Kiebling S. 285ff.

<sup>1265</sup> OLG Frankfurt am Main DB 2005, 1049, 1050; Münch Hdb GesR III/Priester § 15 Rn. 43; Scholz/Veil § 7 Rn. 27; Wicke § 7 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 7 Rn. 8.

<sup>1266</sup> BGHZ 21, 242, 246; 51, 30, 32; Münch Hdb GesR III/Gummer § 16 Rn. 1, 6; Windbichler § 21 Rn. 14, 18; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 6; K.Schmidt GesR S. 1016f; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 7; vgl. Baumbach/Hueck § 11 Rn. 6; Vorschriften, welche die Eintragung voraussetzen, sind nicht anwendbar.

<sup>1267</sup> BGHZ 21, 242, 246; 45, 338, 347; Windbichler § 21 Rn. 18; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 6; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 5; vgl. Derwisch-Ottenberg S. 26ff; Eckhardt S. 12ff.

<sup>1268</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 13, vgl. Rn. 109; K.Schmidt GesR S. 1028; Wicke § 11 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 5.

<sup>1269</sup> K.Schmidt GesR S. 1028; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 8.

Die Vor-GmbH haftet bei eigenen Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen.<sup>1270</sup> Die Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH ist indes außerordentlich umstritten<sup>1271</sup>, wobei u. a. Unterschiede zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Verbindlichkeiten gesehen werden.<sup>1272</sup>

Es wird insofern vertreten,

- dass die Gesellschafter keine persönliche Außenhaftung trifft<sup>1273</sup>,
- dass die Gesellschafter unmittelbar in Höhe der noch nicht geleisteten Einlagen nach außen haften<sup>1274</sup>,
- dass eine unbeschränkt persönliche Außenhaftung der Gesellschafter besteht<sup>1275</sup>,
- dass eine unbeschränkt persönliche Außenhaftung nur dann in Betracht kommt, wenn die Vor-GmbH ihren Geschäftsbetrieb beginnt oder die Gesellschafter trotz der Aufgabe der Absicht, die Eintragung herbeizuführen, die Tätigkeiten fortsetzen<sup>1276</sup> sowie
- dass eine unbeschränkte Verlustausgleichshaftung im Innenverhältnis zur Gesellschaft besteht<sup>1277, 1278</sup>.

Zudem weisen einige Theorien diverse Ausnahmeregelungen auf. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der zuletzt genannten Auffassung nunmehr angeschlossen hat, haften die Gesellschafter *pro rata* unter Anwendung von § 24 GmbHG unbeschränkt in Form einer Innenhaftung zur Gesellschaft (sog. Verlustdeckungshaftung<sup>1279</sup>), wobei nach der Eintragung die sog. Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung der Gesellschafter im Innenverhältnis zur Gesellschaft greift, die der Differenz zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens entspricht.<sup>1280</sup> In Ausnahmefällen, z. B. bei fehlender Aufgabe der Geschäftstätigkeit trotz Aufgabe der Eintragsabsicht, einer Vermögenslosigkeit oder der Einmann-Gesellschaft, soll auch (bis zur Eintragung) eine unmittelbare Außenhaftung möglich sein.<sup>1281</sup>

---

<sup>1270</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 54.

<sup>1271</sup> Vgl. hierzu, Windbichler § 21 Rn. 25; K.Schmidt GesR S. 1021ff; Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 56ff.

<sup>1272</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 56ff.

<sup>1273</sup> Huber, in: Festschrift Fischer 1979, S. 263, 288; Weimar, in: GmbHR 1988, 289, 292ff; Priester, in: ZIP 1982, 1141, 1151.

<sup>1274</sup> Frühere h. M. in Rspr. und Lehre, BGHZ 65, 378, 382ff; 72, 45, 48ff; 91, 148, 152; Ulmer, in: ZGR 1981, 593, 608ff; Hüffer, in: JuS 1983, 161, 167f.

<sup>1275</sup> BSG DB 1986, 1291, 1292: Bei gesetzlichen Ansprüchen; vgl. OLG Frankfurt am Main GmbHR 1994, 708, 708: Bei gesetzlichen Ansprüchen; K.Schmidt GesR S. 1023; Derwisch-Ottenberg S. 75; Flume, in: Festschrift Geßler 1971, S. 3, 33f; Raab, in: WM 1999, 1596, 1602ff.

<sup>1276</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 59.

<sup>1277</sup> Wiedenmann, in: ZIP 1997, 2029, 2032f; Gehrlein, in: DB 1996, 561, 565f; Kort, in: ZIP 1996, 109, 112ff; vgl. Dauner-Lieb, in: GmbHR 1996, 82, 91.

<sup>1278</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 56ff; Windbichler § 21 Rn. 25; K.Schmidt GesR S. 1021ff

<sup>1279</sup> Vgl. zur Bemessung, Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 29.

<sup>1280</sup> BGH NJW 1997, 1507, 1507ff; 2003, 429, 429; NJW-RR 2006, 254, 255; OLG Frankfurt am Main GmbHR 2011, 984, 985. Zustimmung, Grunewald GesR § 13 Rn. 44ff; Windbichler § 21 Rn. 25. Kritisch, Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 65ff; K.Schmidt GesR S. 1023ff. Abweichend: Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 32ff. Vertiefend, Tiefel S. 28ff. Gilt auch für die Unternehmungsgesellschaft, OLG Karlsruhe GmbHR 2014, 752, 753.

<sup>1281</sup> Vgl. BGH DB 2001, 975, 976; NJW 2003, 429, 429; Wicke § 11 Rn. 10; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 27; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 18; Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 72ff; Wiegand, in: BB 1998, 1065, 1069f. Vgl. jedoch zur Unterbilanzhaftung, BGH NJW-RR 2006, 254, 255.

Gem. § 11 Abs. 2 GmbHG<sup>1282</sup> greift bei der Vor-GmbH darüber hinaus die sog. Handelndenhaftung. Dies folgt trotz der zuvor aufgezeigten Entwicklung im Haftungsrecht der Vor-GmbH aus dem Umstand, dass die Vor-GmbH noch nicht auf Einhaltung der Normativbestimmungen geprüft wurde und der Gesellschafterbestand noch unklar ist, so dass der Rechtsverkehr bei rechtsgeschäftlichem bzw. rechtsgeschäftsähnlichem Handeln einer Sicherung bedarf.<sup>1283</sup> Des Weiteren wird die Auffassung vertreten, dass dadurch der Druck, die Gesellschaft schnellstmöglich eintragen zu lassen, erhöht wird.<sup>1284</sup> Die Handelndenhaftung trifft nur den Geschäftsführer oder denjenigen, der wie ein Geschäftsführer auftritt.<sup>1285</sup> Die Haftung des Handelnden ist akzessorisch zur Haftung der Vor-GmbH, wobei der Handelnde unbeschränkt und primär haftet, obgleich die Handelndenhaftung, soweit sie sich auf Verbindlichkeiten der Vor-GmbH bezieht, mit der Eintragung der Gesellschaft erlischt.<sup>1286</sup> Die aufgrund der Handelndenhaftung in Anspruch genommene Person kann grundsätzlich die Freistellung von der Forderung von der Gesellschaft verlangen.<sup>1287</sup>

Die Finanzverfassung der Unternehmergesellschaft basiert auf den allgemeinen Vorgaben des GmbH-Rechts, mithin der realen Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung, was durch die Gründerhaftung aus § 9a GmbHG flankiert wird.<sup>1288</sup> Die Norm dient dem Schutz der Gesellschaft, während § 9b GmbHG die Norm zum Schutz der Gläubiger erweitert.<sup>1289</sup>

Den Gründern stehen dieselben Rechte aus der Mitgliedschaft zu, wie dies bei der zu gründenden Unternehmergesellschaft der Fall wäre, soweit die Rechte nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen, hingegen die Pflichten durch die Besonderheit der Gründung bestimmt sind.<sup>1290</sup> Die Mitgliedschaft in einer Vor-GmbH wird originär durch Übernahme eines Geschäftsanteils erworben, wobei auch der Beitritt<sup>1291</sup> zur und der Austritt aus der Vor-GmbH sowie die Übertragung und Vererbung der Mitgliedschaft möglich sind.<sup>1292</sup> Die Übertragung der Mitgliedschaft gem. § 15 GmbHG soll jedoch vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht zulässig sein, es sei denn, dass die Abtretung aufschiebend bedingt auf die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgt; ein Gesellschafterwechsel wäre andernfalls in diesem Zeitraum nur durch eine notariell

---

<sup>1282</sup> Kritisch gegenüber der Vorschrift, Grunewald GesR § 13 Rn. 48f. Vgl. zum ursprünglichen Regelungsgehalt und zur historischen Entwicklung, Derwisch-Ottenberg S. 37ff; K.Schmidt GesR S. 1025f; Bergmann, in: GmbHR 2003, 563, 563ff.

<sup>1283</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 92f; K.Schmidt GesR S. 1026; insgesamt kritisch, Weimar, in: GmbHR 1988, 289, 298f.

<sup>1284</sup> So, K.Schmidt GesR S. 1026; kritisch, Grunewald GesR § 13 Rn. 48.

<sup>1285</sup> BGH NJW 1976, 419, 420; 1976, 1685, 1685; 1980, 287, 288; DB 2001, 975, 976; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 47; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 26.

<sup>1286</sup> BGH NJW 1981, 1373, 1376; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 53; Windbichler § 21 Rn. 27, 32; Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 96; 129; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 51; K.Schmidt GesR S. 1029; Wicke § 11 Rn. 14; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 29.

<sup>1287</sup> Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 48; K.Schmidt GesR S. 1028; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 54; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 30.

<sup>1288</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 13 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 9a Rn. 1.

<sup>1289</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 13 Rn. 1; Scholz/Emmerich § 9b Rn. 1; Wicke § 9b Rn. 1; Baumbach/Hueck § 9b Rn. 1.

<sup>1290</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 29; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 8.

<sup>1291</sup> Vgl. zu Mängeln der Beitrittserklärung, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 12 Rn. 24ff.

<sup>1292</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 23ff; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 86.

beurkundete Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich.<sup>1293</sup> Zudem ist ein Ausschluss aus der Gesellschaft zulässig.

Auch die Vor-GmbH weist schon Organe, mithin die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführer, auf.

#### **d) Gründungsvoraussetzungen**

##### **aa) Beurkundung des Gesellschaftsvertrages**

Die Gründung der Unternehmergesellschaft setzt die Errichtung des Gesellschaftsvertrages voraus. Der Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Form<sup>1294</sup>, § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Dies dient der Rechtssicherheit und führt zu einer rechtlichen Beratung der Gründer.<sup>1295</sup> Eine Vertretung bei der Gründung ist unter Beachtung der besonderen Formvorschriften zulässig, § 2 Abs. 2 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag ist zudem durch sämtliche Gründer zu unterzeichnen, § 2 Abs. 1 S. 2 GmbHG.

##### **bb) Leistung der Einlagen**

Abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG darf die Anmeldung einer Unternehmergesellschaft zur Eintragung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die Gesellschafter erfüllen ihre Einlagepflicht, wenn sie die zu erbringenden Leistungen auf die Geschäftsanteile an die Gesellschaft (in diesem Zeitpunkt Vor-Gesellschaft) bewirken und sich die Leistung endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>1296</sup> Die Erbringung kann durch Barzahlung oder Gutschrift auf ein Bank- oder Sparkassenkonto erfolgen.<sup>1297</sup> Die Zahlung auf ein Konto der Vorgründergesellschaft und anschließender Abtretung des Guthabens an die Vor-GmbH birgt die Gefahr, dass dies als Sacheinlage gewertet wird.<sup>1298</sup>

##### **cc) Anmeldung zur Eintragung**

Gem. §§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG wird die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, wobei dies durch sämtliche Geschäftsführer zu erfolgen hat. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, § 7 Abs. 1 GmbHG. Es besteht keine gesetzliche Pflicht, die Gesellschaft zur Eintragung anzumelden. Die Anmeldung bedarf der öffentlich beglaubigten, elektronischen Form, § 12 Abs. 1 S. 1 HGB. Der Inhalt der Anmeldung ergibt sich aus § 8 GmbHG. Dies umfasst beizufügende Anlagen sowie diverse Versicherungen. Als Anlagen sind der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterliste der Anmeldung beizufügen, § 8 Abs. 1 Nr. 1, 3 GmbHG. Etwaige Genehmigungen müssen bei der Anmeldung nicht mehr vorgelegt werden.<sup>1299</sup>

---

<sup>1293</sup> BGH NJW 1957, 19, 20; ZIP 2005, 253, 253; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 5 Rn. 58; Windbichler § 21 Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 87; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 11c; a. A. K.Schmidt GesR S. 1018; Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 24.

<sup>1294</sup> Vgl. zu Mängeln des Gesellschaftsvertrages, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 12 Rn. 1ff; Wicke § 2 Rn. 10.

<sup>1295</sup> Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 15.

<sup>1296</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 7 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 7 Rn. 8, 10.

<sup>1297</sup> OLG Frankfurt am Main GmbHR 1992, 531, 533; 2005, 681, 682; OLG Düsseldorf GmbHR 1998, 235, 236; Scholz/Veil § 7 Rn. 27, 31; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 7 Rn. 5f

<sup>1298</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 7 Rn. 6; Baumbach/Hueck § 7 Rn. 8.

<sup>1299</sup> Übersicht bei, Heckschen/Heidinger § 2 Rn. 91; vgl. Lutter/Hommelhoff § 8 Rn. 7.

Ist die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet oder angemeldet, so hat das Gericht die Eintragung abzulehnen, § 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG. Mit dieser Pflicht zur Prüfung geht das Recht zur Prüfung einher.<sup>1300</sup> Die Prüfung umfasst alle formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen, so dass eine umfassende Prüfung zu erfolgen hat.<sup>1301</sup> Die Prüfung des Gesellschaftsvertrages geht über die in § 9c Abs. 2 GmbHG enthaltenen Ablehnungsgründe hinaus und erstreckt sich auf alle in der Norm enthaltenen Regelungen.<sup>1302</sup>

#### **dd) Eintragung**

Mit der Eintragung entsteht die Unternehmergesellschaft, § 11 Abs. 1 GmbHG. Die Eintragung bewirkt daher die Entstehung als juristische Person. Wie bereits dargetan, besteht bei der Einhaltung der Voraussetzungen ein Anspruch auf Eintragung. Die Eintragung richtet sich nach dem HRV<sup>1303</sup> <sup>1304</sup> Der Inhalt der Eintragung folgt aus § 10 GmbHG. Die Gesellschafter sind der Gesellschafterliste zu entnehmen. Gem. § 10 HGB erfolgt eine Bekanntmachung der Eintragung. Der Publizitätswirkung wird über § 15 HGB Rechnung getragen.

#### **ee) Vereinfachtes Verfahren / Musterprotokoll**

Die Gründer einer Unternehmergesellschaft können die Gründung der Gesellschaft im normalen Verfahren oder im sog. vereinfachten Verfahren (§ 2 Abs. 1a GmbHG) vornehmen. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren, welche im Übrigen den allgemeinen Regeln folgt, ist das gesetzlich vorgegebene Musterprotokoll zu verwenden, § 2 Abs. 1a S. 2 GmbHG. Es besteht ein Musterprotokoll für die Gründung einer Einpersonengesellschaft (Anlage a) zu § 2 GmbHG) und für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft mit bis zu 3 Gesellschaftern (Anlage b) zu § 2 GmbHG). Der gewählte Gründungsweg ist für die spätere Gesellschaft unerheblich. Die Gründung im vereinfachten Verfahren wirkt sich jedoch sowohl auf den Umfang der Gestaltungsmöglichkeiten als auch auf die anfallenden Notarkosten<sup>1305</sup> aus, da nur beim vereinfachten Verfahren die Kostenprivilegierung des § 105 Abs. 6 GNotKG i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 108 Abs. 1, 107 Abs. 1 S. 2 GNotKG greift.<sup>1306</sup> Die Musterprotokolle enthalten neben dem Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsführerbestellung und die Gesellschafterliste. Die Einführung des vereinfachten Gründungsverfahrens ist vor dem Hintergrund der zu verwendenden Musterprotokolle auf umfängliche Kritik gestoßen.<sup>1307</sup>

#### **ff) Sonderfall: Einmanngesellschaft**

Die Unternehmergesellschaft kann auch nur durch eine Person gegründet werden, § 1 GmbHG. Dabei ist nicht kennzeichnend, wie viele Personen bei der Gründung auftreten, sondern dass das gesamte Stammkapital von einer natürlichen oder einer juristischen Person

---

<sup>1300</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 28; Baumbach/Hueck § 9c Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 9c Rn. 3.

<sup>1301</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 29; Scholz/Veil § 9c Rn. 7; K.Schmidt GesR S. 1008; vgl. Heckschen/Heidinger § 2 Rn. 128ff; vgl. Roth/Altmeppen § 9c Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 9c Rn. 3.

<sup>1302</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 29; vgl. Baumbach/Hueck § 9c Rn. 5.

<sup>1303</sup> Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters (Handelsregisterverordnung) vom 12.08.1937, RMBI. S. 515.

<sup>1304</sup> Vgl. zum Registerrecht E. XIX. 3.

<sup>1305</sup> Vgl. E. VI. 3. c) bb).

<sup>1306</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8b Rn. 2; Scholz/Wicke § 2 Rn. 96.

<sup>1307</sup> Vgl. Miras Rn. 278, 291; Wicke § 2 Rn. 15; Bayer/Hoffmann/Schmidt; in: GmbHR 2007, 953, 953ff.



oder einer Gesamthandsgemeinschaft übernommen wird.<sup>1308</sup> Obwohl die rechtliche Ausgestaltung einer Einpersonen-Unternehmergesellschaft grundsätzlich der einer Mehrpersonen-Unternehmergesellschaft entspricht<sup>1309</sup>, treten einige Besonderheiten auf, die hier eine schlichte Erwähnung erfahren sollen.

Der Gesellschaftsvertrag entsteht nicht durch Abschluss eines Vertrages, sondern wird durch die Abgabe einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung festgestellt, welche dem Formerfordernis des § 2 Abs. 1 GmbHG unterfällt.<sup>1310</sup> Bei der Gründung im vereinfachten Verfahren ist die Anlage a) zu § 2 GmbHG zu verwenden. Zu beachten ist, dass die Sonderregelung des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG a. F. durch das MoMiG entfallen ist. Bei der Einpersonengründung kann keine Vorgründungsgesellschaft entstehen. Die Einpersonen-Vor-GmbH soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>1311</sup> keine Rechtsform *sui generis*, mithin kein eigenständiger Rechtsträger, sein, da der einzige Gesellschafter ein organisatorisch verselbstständigtes Sondervermögen bildet, wodurch keine Identität zwischen der Vor-GmbH und der Unternehmergesellschaft bestehen würde mit der Folge, dass die Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die Unternehmergesellschaft zu übertragen wären, hingegen diese Auffassung von einem beachtlichen Teil des Schrifttums abgelehnt wird.<sup>1312</sup>

Darüber hinaus sind §§ 35 Abs. 3, 48 Abs. 3 GmbHG zu beachten. Des Weiteren soll auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Einpersonen-Vor-GmbH abweichend von der Mehrpersonen-Vor-GmbH eine Außenhaftung der Gründer bestehen.<sup>1313</sup> Bei der Aufgabe der Gründungsabsicht muss die Einpersonen-Vor-GmbH nicht liquidiert werden; sie erlischt, wenn die Eintragungsabsicht aufgegeben wird, automatisch, wodurch alle Rechte und Pflichten dem Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zufallen, da insoweit kein Grund mehr zur Vermögenstrennung vorhanden ist.<sup>1314</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Dem Verein und der Unternehmergesellschaft ist es gemein, dass sich ihre Gründung in verschiedenen Phasen vollzieht. Die Gründung ist erst durch die Eintragung in das jeweilige Register abgeschlossen, wodurch sie als juristische Personen entstehen. Bei Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf die Eintragung. Im Laufe der Gründung kann eine sog. Vorgründungsgesellschaft existieren. Ferner geht beiden Körperschaften eine sog. Vor-Gesellschaft voraus.

Die Vorgründungsgesellschaft kann eine GbR bzw. eine OHG sein, soweit deren Voraussetzungen vorliegen, so dass das Recht der jeweiligen Personengesellschaft maßgeblich ist. Zudem ist diese Gesellschaft mit der Vor-Gesellschaft bzw. mit dem späteren Verband nicht identisch.

---

<sup>1308</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 10 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 1 Rn. 49; Scholz/Emmerich § 1 Rn. 26.

<sup>1309</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 10 Rn. 2.

<sup>1310</sup> Baumbach/Hueck § 2 Rn. 7; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 10 Rn. 4; Kraft/Kreutz S. 363; Windbichler § 21 Rn. 37; K.Schmidt GesR S. 1247; Wicke § 2 Rn. 3.

<sup>1311</sup> Vgl. Ulmer, in: BB 1980, 1001, 1002ff.

<sup>1312</sup> Für eine Rechtsform *sui generis* und damit einen Gleichlauf mit der Mehrpersonen-Vor-GmbH, Münch Hdb GesR III/Gummert § 16 Rn. 9; K.Schmidt GesR S. 1247f; wohl auch, Windbichler § 21 Rn. 38; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 81; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 61; vgl. zum früheren Umfang des Streits, Kusserow S. 7ff.

<sup>1313</sup> BGH DB 2001, 975, 976; Kraft/Kreutz S. 370; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 38, 64; vgl. K.Schmidt GesR S. 1249; Baumbach/Hueck § 11 Rn. 44; Wiegand, in: BB 1998, 1065, 1069.

<sup>1314</sup> BGH WM 1999, 686, 688; Heckschen/Heidinger § 3 Rn. 78; K.Schmidt GesR S. 1249f; Wicke § 11 Rn. 16; Lutter/Hommelhoff § 11 Rn. 31; Wiegand, in: BB 1998, 1065, 1069.

Beim bürgerlich-rechtlichen Verein entsteht die Vorgründungsgesellschaft mit dem rechtsgeschäftlich verbindlichen Willen der Gründer, einen Verband zu errichten, wobei der Vertrag keinen besonderen Formvorgaben entsprechen muss. Demgegenüber bedingt der entsprechende Vorvertrag im Rahmen der Gründung einer Unternehmergesellschaft nach ganz h. M. zu seiner Wirksamkeit die notarielle Beurkundung, soweit deren Bestimmungen Teil des Gesellschaftsvertrages werden sollen. Andernfalls führt dies zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 S. 1 BGB. Daneben kann zur Schaffung des Unternehmens bereits der sog. Vorgründungsvertrag bestehen. Dieser Vertrag beinhaltet Regelungen bezüglich des zukünftigen Unternehmens, wobei er im Gegensatz zum Vorvertrag keiner besonderen Form bedarf. Bei der Unternehmergesellschaft entsteht mit Abschluss des Vorgründungsvertrages oder eines formgültigen Vorvertrages<sup>1315</sup> die sog. Vorgründungsgesellschaft.

Die Feststellung des Verbandsstatuts und die Entstehung der Körperschaft als juristische Person sind voneinander zu unterscheiden. Die mit Abschluss der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages entstehende Vor-Gesellschaft stellt ein eigenständiges Konstrukt dar, was bereits Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Mit Ausnahme der Regelungen, welche die Eintragung des Verbands bedingen, findet auf die Vor-Gesellschaft das Recht der zu gründenden Körperschaft Anwendung. Die Vor-Gesellschaften verfügen bereits über Organe und sind mit der späteren Körperschaft personenidentisch.

Der Vor-Verein soll nach überwiegender Auffassung eine Rechtsform *sui generis* darstellen, hingegen andere anführen, dass es sich um einen sog. nichtrechtsfähigen Verein handle. Beide Ansichten weisen jedoch weitestgehend einen Gleichlauf auf.<sup>1316</sup> Die Vor-GmbH wird nach mittlerweile ganz überwiegender Auffassung ebenso als Rechtsform *sui generis* angesehen, so dass insofern eine Einheitlichkeit beider Vor-Gesellschaften besteht. Die Vor-Gesellschaften haften ihren Gläubigern unmittelbar. Die Haftung der Gründungsmitglieder ist in beiden Rechtsformen umstritten. Nach ganz überwiegender Auffassung haften die Mitglieder eines Vor-Vereins unter Ausschluss der persönlichen Haftung lediglich mit ihrem Anteil am Vereinsvermögen. Die Haftung in einer Vor-GmbH bestimmt sich unter Zugrundelegung der durch die Rechtsprechung gesetzten Maßstäbe nach der Verlustdeckungshaftung bzw. der Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung. Die Gesellschafter trifft daher eine Einstandspflicht für die erfolgten Anfangsverluste. Die vorstehend aufgezeigte Diskrepanz der Haftungen in den Vor-Gesellschaften resultiert daraus, dass das Vereinsrecht im Gegensatz zum GmbH-Recht keine Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung kennt.<sup>1317</sup>

Bei der Gründung einer Unternehmergesellschaft ist zudem die Haftung aus §§ 9a, 9b GmbHG zu beachten. Des Weiteren trifft den für den Vor-Verein und den für die Vor-GmbH Handelnden eine Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB bzw. nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Beide Haftungen stimmen inhaltlich überein.<sup>1318</sup>

Die Mitgliedschaft in beiden Vor-Gesellschaften entspricht der im späteren Verband, obgleich sich die Gründungssituation mitunter auf die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten auszuwirken vermag. Die Vereinsmitgliedschaft kann ohne eine diesbezügliche Änderung des

---

<sup>1315</sup> Vgl. zur Trennung einer Vorgründergesellschaft (Innenverhältnis) und einer sog. „Mitunternehmerschaft“ (Außenverhältnis), Scholz/K.Schmidt § 11 Rn. 15f; Kappert S. 73ff, 179f. Hierzu kritisch, Priester, in: GmbHR 1995, 481, 481ff.

<sup>1316</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 20.

<sup>1317</sup> Vgl. Grunewald GesR § 8 Rn. 31; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 70, 74. Zum Gleichlauf der Haftungsmodelle bei den Vorgesellschaften, MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 85, 97ff; dies ablehnend, Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 36ff.

<sup>1318</sup> Reichert Rn. 110; Münch Hdb GesR V/Knof § 13 Rn. 52; vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 103ff. Vgl. jedoch, Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 70: Im Gegensatz zur Handelndenhaftung bei körperschaftlichen Handelsgesellschaften soll die Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB nicht mit Eintragung des Vereins erlöschen.

Gründungsvertrages während der Gründung erworben werden oder durch Ausschluss und Austritt<sup>1319</sup> verloren gehen. Demgegenüber scheidet eine Übertragung eines die Mitgliedschaft vermittelnden Geschäftsanteils vor Eintragung aus, da erst durch Eintragung ein solcher entsteht, so dass ein Gesellschafterwechsel nur durch eine notariell beurkundete Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich ist.

Beide Verbände werden durch die Feststellung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages gegründet. Während beim Verein in der Praxis häufig auf gesetzlich nicht vorgegebene Mustersatzungen zurückgegriffen wird, können bei der Unternehmergesellschaft sog. Musterprotokolle verwendet werden.

An der Gründung des Vereins müssen wenigstens drei Personen, nach anderer Auffassung zwei Personen beteiligt sein. Die Satzung muss jedoch bei der Anmeldung des Vereins gem. § 59 Abs. 3 BGB von mindestens sieben Vereinsmitgliedern unterzeichnet sein. Die Unternehmergesellschaft kann im Gegensatz dazu bereits durch eine Person gegründet werden. Der Gesellschaftsvertrag ist zu beurkunden und durch jeden Gründer zu unterzeichnen. Eine derartige Beurkundungspflicht weist das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht nicht auf.

Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft wird durch den Geschäftsanteil vermittelt, der die Leistung der Einlage bedingt. Bei der Unternehmergesellschaft darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Der Anmeldung des Vereins zur Eintragung in das Register sind Abschriften der Satzung und der Urkunden über die Bestellung des Vorstands beizufügen, § 59 Abs. 2 BGB. Des Weiteren sind die Anmeldungen gem. § 77 BGB mittels öffentlich beglaubigter Erklärung vorzunehmen. Die Anmeldung der Unternehmergesellschaft bedarf gem. § 12 Abs. 1 S. 1 HGB der öffentlich beglaubigten elektronischen Form. Der Inhalt der Anmeldung ergibt sich aus § 8 GmbHG. Dies umfasst beizufügende Anlagen wie den Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafterliste. Zudem sind diverse Versicherungen abzugeben. Gem. §§ 59 Abs. 1, 77 S. 1 BGB meldet der Vorstand den Verein zur Eintragung in das Vereinsregister an, wobei die Anmeldung durch ein vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied ausreicht. Demgegenüber muss die Unternehmergesellschaft gem. §§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG durch sämtliche Geschäftsführer zur Eintragung angemeldet werden.

Die Prüfung des Registergerichts ist in beiden Anmeldefällen umfassend<sup>1320</sup>, wobei sich die Zuständigkeit des jeweiligen Gerichts nach dem Sitz des Verbands bemisst. Der Vereinsregisterinhalt entfaltet zudem gem. §§ 68, 70 BGB negative Publizitätswirkung, welche den Regelungen des § 15 Abs. 1 und 2 HGB entspricht.<sup>1321</sup> Eine positive Publizitätswirkung i. S. v. § 15 Abs. 3 HGB beinhaltet das Vereinsrecht jedoch im Gegensatz zum Recht der Unternehmergesellschaft nicht. Der Inhalt der Eintragungen ergibt sich aus § 64 BGB und § 10 GmbHG, wobei § 10 GmbHG weitergehende Anforderungen aufstellt.<sup>1322</sup> Eine entsprechende Liste der Mitglieder, wie sie bei der Unternehmergesellschaft mit der Gesellschafterliste besteht, ist beim Verein gesetzlich nicht vorgesehen.

---

<sup>1319</sup> Vgl. jedoch, MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 88f.

<sup>1320</sup> Vgl. Reichert Rn. 208.

<sup>1321</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 68 Rn. 5; Staudinger/Habermann § 68 Rn. 1 Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 88.

<sup>1322</sup> Vgl. zur Entwicklung des Eintragungsrechts von eintragungsfähigen aber nicht eintragungspflichtigen Tatsachen in Anlehnung an das Handelsregisterrecht, Reichert Rn. 243.

## **VI. Gründungskosten**

### **1. Grundsätzliches**

Einen wesentlichen Aspekt im Rahmen einer bewussten Rechtsformwahl nehmen die Gründungskosten des jeweiligen Verbands ein. Gem. § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG muss zwar das Stammkapital vor Anmeldung der Unternehmergesellschaft zum Handelsregister voll eingezahlt werden, demgegenüber ist die Aufbringung eines Stammkapitals nicht Teil der originären Gründungskosten. Insofern bleibt die Pflicht zur Erbringung der Einlagen bei der Betrachtung der Gründungskosten außen vor.

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Wie bereits dargetan, hat der Vorstand den Verein zur Eintragung in das Vereinsregister anzumelden, § 59 Abs. 1 BGB. Die Anmeldung zum Register erfolgt mittels öffentlich beglaubigter Erklärung, § 77 S. 1 BGB. Die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung kommt gem. § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO den Notaren zu. Die öffentliche Beglaubigung einer Erklärung bedarf der schriftlichen Abfassung der Erklärung sowie der notariellen Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden, § 129 Abs. 1 S. 1 BGB. Die öffentliche Beglaubigung kann durch die notarielle Beurkundung ersetzt werden, § 129 Abs. 2 BGB. Insoweit ist anzufügen, dass es der gängigen Praxis entspricht, dass der Notar den Text der Anmeldung selbst verfasst.<sup>1323</sup> Des Weiteren kann der Notar auch den Entwurf der Satzung oder das Gründungsprotokoll anfertigen.

#### **b) Registerkosten**

Das Registerverfahren zählt zur freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>1324</sup>, wobei die Kosten für die Tätigkeit des Registergerichts nunmehr aus dem GNotKG<sup>1325</sup> folgen (§ 1 Abs. 1 GNotKG), welches an die Stelle der KostO<sup>1326</sup> getreten ist. Eintragungen in das Vereinsregister sind grundsätzlich kostenpflichtig, KV Nr. 13100, 13101 GNotKG (§ 80 KostO a. F.) und werden für jede Eintragung in das Register gesondert erhoben. Daneben können z. B. Auslagen für bestimmte Postzustellungen (KV Nr. 31002 GNotKG, § 137 Abs. 1 Nr. 2 KostO a. F.) oder für die Veröffentlichung der Ersteintragung (KV Nr. 31004 GNotKG, § 137 Abs. 1 Nr. 4 KostO a. F.) erhoben werden. Während bei der Ersteintragung eines Vereins eine Festgebühr in Höhe von 75 € anfällt, beträgt die Festgebühr für eine spätere Eintragung 50 €.

#### **c) Notarkosten**

##### **aa) Gebührentatbestände**

Die durch die Involvierung eines Notars im Rahmen der Vereinsgründung anfallenden Kosten ergeben sich ebenso aus der GNotKG, § 1 Abs. 1 GNotKG. Die Gebühren richten sich nach dem Wert, den der Gegenstand des Verfahrens oder des Geschäfts hat (sog. Geschäftswert),

---

<sup>1323</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 52.

<sup>1324</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 10, 25.

<sup>1325</sup> Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (Gerichts- und Notarkostengesetz - GNotKG) vom 23.07.2013, BGBl. I S. 2586.

<sup>1326</sup> Verordnung über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 25.11.1935, RGBI. I S. 1371.

§ 3 Abs. 1 GNotKG. Der Geschäftswert ist unproblematisch zu bestimmen, wenn dem Gegenstand ein konkreter Vermögenswert zukommt. Dies ist bei der Eintragung eines Vereins in das Register oftmals nicht der Fall, so dass sich dann der Wert nach § 36 Abs. 2, 3 GNotKG (zuvor: §§ 29 S. 1, 30 Abs. 2 KostO a. F.: in der Regel 3.000€) bestimmt, mithin ist von einem Geschäftswert in Höhe von 5.000 € auszugehen, soweit aufgrund fehlender ausreichender Anhaltspunkte eine auch nur annäherungsweise mögliche Schätzung ausscheidet.<sup>1327</sup> Es ist insoweit auf die Bedeutung des Vereins, seine Vermögenslage, seinen Zweck sowie die Mitgliedsbeiträge abzustellen.<sup>1328</sup>

Bei der Anmeldung des Vereins in Form einer öffentlich beglaubigten Erklärung<sup>1329</sup> ist kostentechnisch zwischen der reinen Beglaubigung und der Beglaubigung nebst Erstellung des Entwurfs zu unterscheiden. Erfolgt nur eine Beglaubigung, entsteht gem. KV Nr. 25100 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,2, mindestens 20 € und höchstens 70 €, während bei einer Beglaubigung nebst Entwurfsverfassung gem. KV Nr. 21201 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,5, mindestens 30 €, entsteht. Daneben muss noch die Umsatzsteuer berücksichtigt werden. Zudem sind etwaige Auslagen zu entrichten.

Der Notar kann darüber hinaus auch die Satzung anfertigen. Hierfür entsteht gem. §§ 119 Abs. 1, 92 Abs. 2 i. V. m. KV Nr. 24100, 21100 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 2,0, mindestens 120 €, zzgl. Umsatzsteuer und etwaigen Auslagen.

## **bb) Gebührenhöhe**

Im Rahmen einer Vereinsgründung mit einem anzusetzenden Geschäftswert von 5.000 € entstehen daher, exklusive Auslagen, Mehrwertsteuer sowie weiterer Tätigkeiten des Notars, folgende Notarkosten<sup>1330</sup>:

- |   |                   |
|---|-------------------|
| - Beurkundung der Anmeldung                             | 20,00 € oder      |
| - Beurkundung der Anmeldung nebst Entwurf der Anmeldung | 30,00 € und ggfs. |
| - Anfertigen der Satzung                                | 120,00 €.         |

## **d) Gebührenbefreiung**

Zu beachten ist, dass Vereine, die gemeinnützige Zwecke im Sinne des Steuerrechts verfolgen, aufgrund landesrechtlicher Vorschriften in einem bestimmten Rahmen von der

---

<sup>1327</sup> Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt § 36 Rn. 46; Sikora/Tiedtke, in: NJW 2013, 2310, 2311; noch zur KostO: Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 29; Stöber/Otto Rn. 1474; Korintenberg/Bormann § 36 Rn. 22.

<sup>1328</sup> Noch zur KostO: OLG München Rpfleger 2006, 287, 288; Korintenberg/Lappe (18. Auflage) § 80 Rn. 12, 19; Assenmacher/Mathias S. 1006; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 614; vgl. Stöber/Otto Rn. 1474.

<sup>1329</sup> Gem. § 63 BeurkG sind die Länder befugt, durch Gesetz die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung von Abschriften oder Unterschriften anderen Personen oder Stellen als den Notaren zu übertragen, wovon Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht haben, vgl. Winkler § 63 Rn. 1.

<sup>1330</sup> Unter der Geltung der KostO entstanden geringere Notarkosten:

Wurde neben der Beglaubigung der Erklärungen die Anmeldung vom Notar entworfen, entstand gem. §§ 141, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO a. F. die Hälfte der vollen Gebühr (5/10), was bei einem Geschäftswert von 5.000 € einen Betrag in Höhe von 21 € ausmachte. Wurden demgegenüber nur die Unterschriften der Erklärenden vom Notar beglaubigt, ohne dass er die Anmeldungserklärung entworfen hat, entstand gem. §§ 141, 45 Abs. 1, 32 Abs. 2 KostO a. F. lediglich ein Viertel der vollen Gebühr (1/4), was bei einem Geschäftswert von 5.000 € einen Betrag von 10,50 € entstehen ließ.

Für den Entwurf der Satzung fiel gem. §§ 141, 145 Abs. 1, 36 Abs. 2 KostO a. F. das Doppelte der vollen Gebühr (20/10) an. Bei einem Geschäftswert von 5.000 € entstand insofern eine Gebühr in Höhe von 84 €.

Zahlung der Gebühren nach dem GNotKG befreit sind.<sup>1331</sup> Bei den Notargebühren enthält § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a. F.) einen Gebührenermäßigungstatbestand.<sup>1332</sup>

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Bei der Bemessung der Gründungskosten erfolgt keine Differenzierung zwischen einer „regulären“ GmbH und einer Unternehmergesellschaft.<sup>1333</sup>

#### **b) Registerkosten**

Es ist für die Bestimmung der Registerkosten unerheblich, ob die Unternehmergesellschaft im vereinfachten oder im normalen Verfahren gegründet wird. Die Höhe der Registerkosten bemisst sich nach der Handelsregistergebührenverordnung (HRegGebV)<sup>1334</sup>, die aufgrund der Ermächtigung in den §§ 79, 79a KostO a. F. (§ 58 GNotKG) ergangen ist. Bei der Ersteintragung einer Unternehmergesellschaft entsteht aufgrund der einschlägigen Bargründung gem. GebVerz. Nr. 2100, 2101 HRegGebV eine Gebühr in Höhe von 150 €. Neben dieser Gebühr werden nur Gebühren für die gleichzeitig angemeldete Eintragung der Errichtung einer Zweigniederlassung oder der Eintragung einer Prokura gesondert erhoben, § 2 Abs. 1 HRegGebV. Folglich fallen bei der Ersteintragung der Unternehmergesellschaft keine weiteren Gebühren gem. GebVerz. Nr. 5002 bzw. 5003 HRegGebV an.

#### **c) Notarkosten**

Im Gegensatz zur Vereinssatzung bedarf der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung, § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Gesellschaft entsteht erst mit Eintragung in das Handelsregister, wozu sie gem. § 7 Abs. 1 GmbHG anzumelden ist. Die Anmeldung hat elektronisch in notariell beglaubigter Form zu erfolgen, § 12 Abs. 1 S. 1 HGB.

#### **aa) Normales Verfahren**

##### **(1) Gebührentatbestände**

Für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages entsteht bei einer Mehrpersonengesellschaft gem. KV Nr. 21100 KV GNotKG eine Gebühr in Höhe von 2,0, mindestens 120 € und bei einer Einpersonengesellschaft eine 1,0 Gebühr, mindestens 60 €, KV Nr. 21200 KV GNotKG. Der Geschäftswert für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages folgt aus §§ 97 Abs. 1, 107 Abs. 1 GNotKG. Als Wert des Rechtsverhältnisses ist dabei nicht nur das Stammkapital erfasst; es ist vielmehr der Gesamtbetrag der Einlagen (Aktivvermögen) ohne Schuldenabzug

---

<sup>1331</sup> Vgl. Rheinland-Pfalz: § 1 Abs. 2 des Landesgesetzes über Gebührenbefreiung im Bereich der Justiz vom 05.10.1990, (Justizgebührenbefreiungsgesetz-JGebBefrG), GVBl. S. 281; Niedersachsen: § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten in der Gerichtsbarkeit vom 10.04.1973, GVBl. S. 111, aufgehoben zum 31.12.2014, nunmehr § 108 Abs. 2 Niedersächsisches Justizgesetz (NJG) vom 16.12.2014, GVBl. S. 436). Übersicht bei, Reichert Rn. 4917.

<sup>1332</sup> Vgl. zur verfassungsmäßig nicht zu beanstandenden Differenzierung zwischen kirchlichen und mildtätigen sowie gemeinnützigen Körperschaften, BGH, Beschluss vom 19.06.2013, Az: V ZB 130/12.

<sup>1333</sup> Vgl. zur statutarischen Tragungspflicht der Gründungskosten durch die Unternehmergesellschaft, OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 458ff. Ausreichend ist, wenn die Höhe des Stammkapitals die Kappungsgrenze der Tragungspflicht der Gesellschaft für die Gründungskosten bildet, KG GmbHR 2015, 1158, 1159.

<sup>1334</sup> Verordnung über Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen vom 30.09.2004, BGBl. I. S. 2562.

(§ 38 GNotKG) zu berücksichtigen.<sup>1335</sup> Anzusetzen ist jedoch mindestens ein Geschäftswert von 30.000 €.

Ist die Geschäftsführerbestellung im Gesellschaftsvertrag und nicht durch gesonderten Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgt, ist dies ein wertneutraler Satzungsbestandteil, so dass sie denselben Gegenstand haben, § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG.<sup>1336</sup> Erfolgt die Bestellung hingegen durch gesonderten Organbeschluss (§§ 46 Nr. 5, 47 GmbHG), so entsteht für die Beurkundung dieses Beschlusses unabhängig von der Anzahl der Beschlussfassenden eine 2,0 Gebühr, § 110 Nr. 1, KV Nr. 21100 GNotKG.<sup>1337</sup> Der Geschäftswert für den Beschluss über die Bestellung der ersten Geschäftsführer folgt aus §§ 108 Abs. 1, 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG. Bei einer Mehrpersonengesellschaft sind gem. § 35 Abs. 1 GNotKG beide Geschäftswerte zusammenzurechnen, so dass der Wert des Beurkundungsverfahrens mit 60.000 € anzusetzen ist, während bei der Einpersonengesellschaft im Rahmen des normalen Verfahrens jeweils ein Geschäftswert von 30.000 € mit der jeweiligen Gebühr anzusetzen ist, da aufgrund der unterschiedlichen Gebührensätze keine Addition erfolgt, sondern gesondert berechnete Gebühren entstehen, soweit die Gebühr nicht höher ist als die nach dem höchsten Gebührensatz berechnete Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Werte, § 94 Abs. 1 GNotKG.<sup>1338</sup>

Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG muss der Anmeldung eine Liste der Gesellschafter beigelegt werden, welche von den Anmeldenden zu unterschreiben ist. Diese Liste kann vom Notar erstellt werden. Unter der Geltung der KostO war für den Fall, dass der Notar auch die Gesellschafterliste anfertigt, umstritten, ob dies die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO a. F. auslöst<sup>1339</sup>, oder ob es sich hierbei um ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. v. § 35 KostO a. F. handelt<sup>1340</sup>. Gem. neuem Gebührenrecht erhält der Notar für die Erstellung der Gesellschafterliste eine sog. Vollzugsgebühr gem. § 112 GNotKG, die sich nach dem Geschäftswert des zu Grunde liegenden Beurkundungsverfahrens bemisst. Als zu Grunde liegendes Beurkundungsverfahren gilt der Gründungsvorgang, mithin die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nebst Beurkundung der Geschäftsführerbestellung, deren Geschäftswerte gem. § 35 Abs. 1 GNotKG zu addieren sind, so dass ein Wert von 60.000 € anzusetzen ist.<sup>1341</sup> Die Vollzugsgebühr beträgt bei einer Einpersonengesellschaft gem. KV Nr. 22110, 22111, 22113 GNotKG 0,3, da die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages das zu Grunde liegende Beurkundungsverfahren als Teil des Gründungsverfahrens ist, was bei einer Einpersonengesellschaft gem. KV Nr. 21200 KV GNotKG keine 2,0 Gebühr, sondern eine 1,0 Gebühr entstehen lässt.<sup>1342</sup> Hingegen bei einer Mehrpersonengesellschaft gem. KV Nr. 22110, 22113 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,5 anzusetzen ist.

---

<sup>1335</sup> Bormann/Diehn/Sommerfeldt § 97 Rn. 12; noch zur KostO: Assenmacher/Mathias S. 466, 482; Mümmler, in: JurBüro 1988, 289, 294.

<sup>1336</sup> Korintenberg/Dien § 109 Rn. 148, § 110 Rn. 18; noch zur KostO: Assenmacher/Mathias S. 467; Mümmler, in: JurBüro 1988, 289, 294. Vgl. zur Beurkundung des Gründungsvertrages und des Beschlusses über die Geschäftsführerbestellung in einer Urkunde, OLG Stuttgart JurBüro 1990, 1633, 1634.

<sup>1337</sup> Korintenberg/Tiedtke Nr. 21100 KV Rn. 13; Bormann/Diehn/Sommerfeldt Nr. 21100KV Rn. 11f. Die Vornahme der Beurkundung entspricht trotz des Fehlens einer entsprechenden gesetzlichen Pflicht der gängigen Praxis.

<sup>1338</sup> Böhringer, in: BWNotZ 2014, 166, 166. Vertiefend, Korintenberg/Bormann § 35 Rn. 5ff: Gilt nur für notarielle Verfahren i. S. v. § 85 GNotKG und nicht für Geschäfte.

<sup>1339</sup> Hierfür: In diese Richtung seit Inkrafttreten des MoMiG, BGH, Beschluss vom 14.02.2012, Az: II ZB 19/10, Rn. 25; OLG Stuttgart JurBüro 1984, 1078, 1078; Korintenberg/Bengel/Tiedtke (18. Auflage) § 147 Rn. 113; Assenmacher/Mathias S. 471.

<sup>1340</sup> Hierfür: OLG Karlsruhe Rpfleger 1977, 228, 228f; OLG Hamm JurBüro 2002, 379, 379: Wenn der Notar auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet und die Anmeldung entworfen hat.

<sup>1341</sup> Bormann/Diehn/Sommerfeldt Vorbem. 2.2.1.1 KV Rn. 42; Wachter, in: GmbHR 2013, R-241, R-241; Böhringer, in: BWNotZ 2014, 166, 169.

<sup>1342</sup> Wachter, in: GmbHR 2013, R-241, R-241f; Böhringer, in: BWNotZ 2014, 166, 169.

Ferner löst der Entwurf der Handelsregisteranmeldung nebst Beglaubigung Notarkosten aus. Der Geschäftswert ergibt sich aus §§ 119 Abs. 1, 92 Abs. 2, 105 Abs. 1, 106 GNotKG und beträgt 30.000 €. Gem. KV Nr. 21201 GNotKG fällt eine Gebühr in Höhe von 0,5, mindestens 30 €, an. Die Gebühr umfasst u. a. die Anmeldung der Gesellschaft, der Geschäftsführer, der Vertretungsberechtigung sowie die Versicherungen der Geschäftsführer gem. § 8 Abs. 2, 3 GmbHG.

Hinzuzurechnen ist ferner eine Gebühr für die Erzeugung von strukturierten Daten (XML-Strukturdaten) in Höhe von 0,3, KV Nr. 22114 GNotKG. Hierbei handelt es sich um die elektronische Aufbereitung der Daten aus der Registeranmeldung zur weiteren automatisierten Verarbeitung. Der Geschäftswert bemisst sich aus §§ 112, 105 Abs. 1 GNotKG, so dass der Geschäftswert der Registeranmeldung zu Grunde zu legen ist, was im Rahmen einer normalen Gründung einer Unternehmergeellschaft zu einem Geschäftswert von 30.000€ führt.<sup>1343</sup>

Schließlich fällt noch die Umsatzsteuer an, KV Nr. 32014 GNotKG. Zudem sind entstandene Auslagen zu entrichten, KV Nr. 32000ff GNotKG. Ferner sind weitere Handlungen durch den Notar denkbar, die wiederum eine Gebührenpflicht auslösen.

## **(2) Gebührenhöhe**

Soweit eine Unternehmergeellschaft im normalen Verfahren gegründet wird, ist es daher für die Notarkosten unerheblich, wie hoch das Stammkapital der Gesellschaft ist.

Bei einer Einpersonengesellschaft entstehen, exklusive Auslagen, Mehrwertsteuer sowie weiterer Tätigkeiten des Notars, folgende Notarkosten:

- |   |             |
|---|-------------|
| - Entwurf und Beurkundung des Gesellschaftsvertrages      | 125,00 €,   |
| - Beurkundung der Geschäftsführerbestellung               | 250,00 €,   |
| - Erstellung der Gesellschafterliste                      | 57,50 €,    |
| - Entwurf der Handelsregisteranmeldung nebst Beglaubigung | 62,50 € und |
| - Erzeugung einer XML-Datei                               | 37,50 €.    |

Die Notarkosten betragen daher insgesamt 532,50 €.

Bei einer Mehrpersonengesellschaft entstehen, exklusive Auslagen, Mehrwertsteuer sowie weiterer Tätigkeiten des Notars, folgende Notarkosten:

- |   |             |
|---|-------------|
| - Entwurf und Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und<br>Beurkundung der Geschäftsführerbestellung | 384,00 €,   |
| - Erstellung der Gesellschafterliste  | 96,00 €,    |
| - Entwurf der Handelsregisteranmeldung nebst Beglaubigung   | 62,50 € und |
| - Erzeugung einer XML-Datei   | 37,50 €.    |

Die Notarkosten betragen daher insgesamt 580,00 €.

---

<sup>1343</sup> Böhringer, in: BWNotZ 2014, 166, 169.



## **bb) Vereinfachtes Verfahren**

### **(1) Gebührentatbestände**

Das GmbH-Rechts sieht die Möglichkeit einer Gründung in einem sog. vereinfachten Verfahren vor. In diesem Fall erfahren sowohl die „reguläre“ GmbH als auch die Unternehmergesellschaft eine Kostenprivilegierung, da nur in diesen Fällen der Geschäftswert unter dem Mindestwert von 30.000 € liegen kann, §§ 105 Abs. 1, 4 und 6, 107 Abs. 1 GNotKG.<sup>1344</sup> Da eine Unternehmergesellschaft über ein geringes Stammkapital verfügen kann, können in diesen Fällen die jeweiligen Mindestbeträge aus dem Kostenverzeichnis bzw. § 34 Abs. 5 GNotKG einschlägig sein. Zudem ist zu beachten, dass Notargebühren für die Geschäftsführerbestellung und für die Anfertigung der Gesellschafterliste entfallen, da das zu verwendende Musterprotokoll bereits die Geschäftsführerbestellung enthält und gem. § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG als Gesellschafterliste gilt.<sup>1345</sup>

### **(2) Gebührenhöhe**

Soweit eine Unternehmergesellschaft mittels Musterprotokoll im vereinfachten Verfahren gem. § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet wird, ist es für die Notarkosten erheblich, wie hoch das Stammkapital der Gesellschaft ist.

Bei einer Einpersonengesellschaft mit einem Stammkapital von 1 € entstehen, exklusive Auslagen, Mehrwertsteuer sowie weiterer Tätigkeiten des Notars, folgende Notarkosten:

- Entwurf und Beurkundung des Gesellschaftsvertrages 60,00 €,
- Entwurf der Handelsregisteranmeldung nebst Beglaubigung 30,00 € und
- Erzeugung einer XML-Datei 15,00 €.

Die Notarkosten betragen daher insgesamt 105,00 €.

Bei einer Mehrpersonengesellschaft mit einem Stammkapital von 2 € entstehen, exklusive Auslagen, Mehrwertsteuer sowie weiterer Tätigkeiten des Notars, folgende Notarkosten:

- Entwurf und Beurkundung des Gesellschaftsvertrages 120,00 €,
- Entwurf der Handelsregisteranmeldung nebst Beglaubigung 30,00 € und
- Erzeugung einer XML-Datei 15,00 €.

Die Notarkosten betragen daher insgesamt 165,00 €.

---

<sup>1344</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund der Ungleichbehandlung zwischen den Registerkosten und den Notarkosten bei der Gründung im vereinfachten Verfahren, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8b Rn. 30.

<sup>1345</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8b Rn. 31; Miras Rn. 259.

Diese Notarkosten entstehen auch, wenn man zur Erzielung einer erhöhten Vergleichbarkeit mit dem eingetragenen Verein eine Unternehmergesellschaft mit einem Geschäftswert von 5.000 € heranzieht.<sup>1346</sup>

#### **d) Gebührenbefreiung**

Bei der Unternehmergesellschaft greift gleichsam die Gebührenermäßigung des § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a. F.).<sup>1347</sup> Auch wenn sich der maßgebende Geschäftswert nicht ausschließlich nach dem Stammkapital, sondern nach dem Gesamtbetrag der Einlagen (Aktivvermögen) ohne Schuldenabzug<sup>1348</sup> bemisst, wird die Ermäßigung nach § 91 Abs. 2 GNotKG aufgrund des Umstandes, dass die Ermäßigungen erst bei einem Geschäftswert von mehr als 25.000 € greifen, bei der Unternehmergesellschaft keine praktische Bedeutung erlangen. Zudem können gemeinnützige Unternehmergesellschaften Gebührenbefreiungen im Rahmen der Registerkosten erfahren.<sup>1349</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

Die Gründung beider Rechtsformen lässt Kosten entstehen. Diese teilen sich in Register- und Notarkosten. Zudem kann man sie in Gebühren und Auslagen kategorisieren. Durch die unterschiedlichen Gründungsvoraussetzungen und die abweichenden Geschäftswerte entstehen auch voneinander abweichende Gründungskosten.

Die Anmeldung zur Eintragung in das Register bedarf in beiden Fällen einer öffentlich-beglaubigten Erklärung, hingegen bei einer Unternehmergesellschaft darüber hinaus der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden muss, § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Des Weiteren weist das Vereinsrecht keine dem GmbH-Recht vergleichbare Möglichkeit einer vereinfachten Gründung mittels Nutzung eines gesetzlich vorgegebenen Musterprotokolls auf.

Vergleicht man unter Vernachlässigung etwaiger Auslagen die entstehenden Notargebühren bei einer Vereinsgründung, bei welcher der Notar auch die Satzung entwirft, mit den Notargebühren im Rahmen der Gründung einer Unternehmergesellschaft mit einem niedrigen Stammkapital in einem vereinfachten Verfahren i. S. v. § 2 Abs. 1a GmbHG, so stellt man fest, dass unabhängig davon, ob es sich um eine Ein- oder Mehrpersonen-

---

<sup>1346</sup> Unter der Geltung der KostO entstanden geringerer Notarkosten:

Eine Einpersonen-Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital in Höhe von 1 € konnte bereits mit Notargebühren in Höhe von 20 € (§§ 141, 36 Abs. 1, 32 KostO a. F.: 10 € + §§ 141, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 32, 33 KostO a. F.: 10 €) gegründet werden.

Bei einer Zweipersonen-Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital in Höhe von 2 € und einer Dreipersonen-Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital in Höhe von 3 € entstanden Notargebühren in Höhe von 30 € (§§ 141, 36 Abs. 2, 32 KostO a. F.: 20 € + §§ 141, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 32, 33 KostO a. F.: 10 €).

Bei einer Einpersonengesellschaft mit einem Stammkapital (Geschäftswert) von 5.000 € fielen Gebühren in Höhe von 63 € an (§§ 141, 36 Abs. 1, 32 KostO a. F.: 42 € + §§ 141, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 32 KostO a. F.: 21 €). Bei einer Mehrpersonengesellschaft mit einem Stammkapital (Geschäftswert) von 5.000 € entstanden Gebühren in Höhe von 105 € (§§ 141, 36 Abs. 2, 32 KostO a. F.: 84 € + §§ 141, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7, 32 KostO a. F.: 21 €).

<sup>1347</sup> Vgl. zur verfassungsmäßig nicht zu beanstandenden Differenzierung zwischen kirchlichen und mildtätigen sowie gemeinnützigen Körperschaften, BGH, Beschluss vom 19.06.2013, Az: V ZB 130/12.

<sup>1348</sup> Assenmacher/Mathias S. 466, 482; Mümmler, in: JurBüro 1988, 289, 294.

<sup>1349</sup> Vgl. Rheinland-Pfalz: § 1 Abs. 2 des Landesgesetzes über Gebührenbefreiung im Bereich der Justiz vom 05.10.1990, (Justizgebührenbefreiungsgesetz-JGebBefrG), GVBl. S. 281; Niedersachsen: § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten in der Gerichtsbarkeit vom 10.04.1973, GVBl. S. 111, aufgehoben zum 31.12.2014, nunmehr § 108 Abs. 2 Niedersächsisches Justizgesetz (NJG) vom 16.12.2014, GVBl. S. 436).

Unternehmergesellschaft handelt, sich die Gründungsgebühren in einer Größenordnung bewegen.

Bei der Gründung einer Unternehmergesellschaft außerhalb des vereinfachten Verfahrens sind Mindestgeschäftswerte maßgebend, so dass die anfallenden Notarkosten die Vereinsgründungskosten im Regelfall um ein Vielfaches übersteigen. Die Ermäßigungsvorschrift des § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a. F.) wird zudem bei beiden Rechtsformen kaum praktische Bedeutung haben.<sup>1350</sup>

Hinsichtlich der Registerkosten ist anzuführen, dass es sich hierbei um Festgebühren handelt, die vom jeweiligen Geschäftswert unabhängig sind. Während die Ersteintragung des Vereins Registerkosten nach dem GNotKG in Höhe von 75 € entstehen lässt, sind diese bei der Unternehmergesellschaft mit 150 € doppelt so hoch.

## VII. Beendigung

### 1. Grundsätzliches

Für die Verbände gibt es verschiedenste Auflösungsgründe, welche in gesetzliche sowie satzungs- und vertragsmäßige Endigungsgründe aufgeteilt werden können.<sup>1351</sup> Die Beendigung eines Verbands erfolgt grundsätzlich in Form einer Abwicklung, dem sog. Liquidationsverfahren<sup>1352</sup> (vgl. § 47 BGB, § 66 GmbHG). Nur dann, wenn ein Abwicklungsverfahren gegenstandslos oder entbehrlich wäre, findet ein solches nicht statt, was z. B. bei einer vermögenslosen Gesellschaft der Fall ist, vgl. § 66 Abs. 5 GmbHG.<sup>1353</sup> Sofern der Verband insolvent aber nicht masselos ist, erfolgt die Liquidation im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, wobei sich die Liquidation in allen anderen Fällen nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen bemisst.<sup>1354</sup> Der aufgelöste Verband erhält Liquidatoren als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane, welche die laufenden Geschäfte zu beenden, die Aktivmasse zu sammeln, das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und das verbleibende Vermögen zu verteilen haben.<sup>1355</sup>

Der aufgelöste Verband lebt bis zu seiner Vollbeendigung fort.<sup>1356</sup> Gleiches gilt nach h. M. für dessen Rechtsfähigkeit.<sup>1357</sup> Ob sich durch die Liquidation der Zweck des Verbands ändert, ist gleichsam umstritten.<sup>1358</sup> Zu beachten ist, dass eine Fortsetzung eines aufgelösten Verbands erfolgen kann, mithin die Gesellschaft in den Stand transformiert wird, welcher vor Eintritt der Auflösung bestand, sofern die entsprechenden Bestimmungen gewahrt werden. Die Vollbeendigung einer juristischen Person tritt mit der Beendigung der Liquidation ein, wobei die Löschung im Register hinzutreten muss.<sup>1359</sup> Die Wirkung der Löschung im Register ist jedoch umstritten. Nach heute h. M. bedingt die Vollbeendigung einer juristischen Person

---

<sup>1350</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 617.

<sup>1351</sup> K.Schmidt GesR S. 308.

<sup>1352</sup> Der Wortursprung des Verbes „liquidieren“ - verflüssigen - weist darauf hin, dass die Verwandlung von Sachwerten in Geld, mithin die Versilberung, begrifflicher Bestandteil der Liquidation ist, Paura S. 8.

<sup>1353</sup> K.Schmidt GesR S. 308.

<sup>1354</sup> K.Schmidt GesR S. 310.

<sup>1355</sup> K.Schmidt GesR S. 311.

<sup>1356</sup> RGZ 92, 77, 84; 155, 75, 80; vgl. BGHZ 48, 303, 307; 53, 264, 266; Paura S. 4; Hüffer, in: Gedächtnisschrift Schultz 1987, S. 99, 99.

<sup>1357</sup> Vgl. RGZ 41, 93, 95; BGHZ 1, 324, 329; OLG Stuttgart ZIP 1986, 647, 648; K.Schmidt GesR S. 312.

<sup>1358</sup> Bejahend: Grunewald GesR § 8 Rn. 97; Hüffer, in: Gedächtnisschrift Schultz 1987, S. 99, 99. Verneinend: K.Schmidt GesR S. 313; Paura S. 78f; Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 2: Der Liquidationszweck überlagert den Verbandszweck.

<sup>1359</sup> K.Schmidt GesR S. 311.

sowohl deren Vermögenslosigkeit als auch deren Registerlöschung (sog. Doppeltatbestand).<sup>1360</sup> Stellt sich nach der Beendigung der Liquidation nachträglich heraus, dass noch verteilbares Aktivvermögen vorhanden ist, besteht ein weiterer Liquidationsbedarf (sog. Nachtragsliquidation).<sup>1361</sup>

## 2. Eingetragener Verein

Das BGB nimmt eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Erlöschen und der Auflösung des eingetragenen Vereins: Während das Erlöschen die rechtliche Existenz des eingetragenen Vereins beendet, endet mit der Auflösung des Vereins lediglich das Dasein als werbender Verband, der dann als Liquidationsverein fortbesteht.<sup>1362</sup> Die einschlägigen Vorschriften zur Beendigung eines Vereins finden sich in den §§ 41 bis 53 BGB.

### a) Auflösung

Die Auflösung eines eingetragenen Vereins kann auf diversen Gründen basieren. Der Verein kann durch Beschluss der Mitgliederversammlung, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, durch satzungsmäßig bestimmten Zeitablauf, durch ein öffentlich-rechtliches Vereinsverbot, durch eine Sitzverlegung ins Ausland und durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst werden.<sup>1363</sup> Die Auflösung ist gem. § 74 Abs. 1 BGB mit deklaratorischer Wirkung in das Vereinsregister einzutragen.

Gem. § 41 S. 1 BGB kann der Verein durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgelöst werden, wobei hierzu eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich ist, soweit die Satzung nichts Abweichendes vorsieht, § 41 S. 2 BGB. Das Recht zur Auflösung selbst steht nicht zur Disposition des Satzungsgebers (§ 41 BGB i. V. m. § 40 BGB), hingegen eine mögliche Modifikation des Rechts zulässig ist, obschon es dann einer satzungsmäßigen Verankerung bedarf.<sup>1364</sup>

Während der in der Satzung vorgesehene Zeitablauf sowie der Eintritt einer auflösenden Bedingung zur automatischen Auflösung des eingetragenen Vereins führen, liegen beim Erreichen des satzungsmäßig bestimmten Vereinszwecks und der Unmöglichkeit der Erreichung keine Fälle der automatischen Vereinsauflösung vor.<sup>1365</sup>

Zudem enthält das öffentliche Vereinsrecht Vorschriften, die es den zuständigen Verwaltungsbehörden beim Vorliegen der Voraussetzungen ermöglichen, die Auflösung eines eingetragenen Vereins zu verfügen. Die Regelungen hierzu finden sich in den §§ 3ff VereinsG<sup>1366</sup>. Die Voraussetzungen sind dann erfüllt, wenn die Tätigkeit oder der Zweck des Vereins den Strafgesetzen zuwiderläuft oder der Verein sich gegen die verfassungsmäßige

---

<sup>1360</sup> Vgl. BAG GmbHR 1988, 388, 388; KG NJW-RR 1991, 933, 933; OLG Stuttgart ZIP 1986, 647, 648; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 6; MüKo/Reuter § 41 Rn. 13f; Paura S. 6f. Dafür, dass der Eintritt der Vermögenslosigkeit ausreicht (früher h. M.), RGZ 92, 77, 84; 109, 387, 391; 134, 91, 94; BGHZ 53, 264, 266. Für die Löschung als alleinige Voraussetzung, Hönn, in: ZHR 138 (1974), 50, 72; Hüffer, in: Gedächtnisschrift Schultz 1987, S. 99, 106. Vgl. insgesamt hierzu, K.Schmidt GesR S. 316.

<sup>1361</sup> RGZ 92, 77, 84; BGHZ 53, 264, 266f; K.Schmidt GesR S. 308, 316f.

<sup>1362</sup> Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 722; Reichert Rn. 4129.

<sup>1363</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 3; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 5f.

<sup>1364</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 9; Stöber/Otto Rn. 1118, 1120; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 387ff; Reichert Rn. 3988, 3994; Staudinger/Weick § 41 Rn. 6.

<sup>1365</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 61 Rn. 62; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 6; Staudinger/Weick § 41 Rn. 6f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 393; Märkle/Alber S. 92; Reichert Rn. 4040.

<sup>1366</sup> Vgl. zu den besonderen Vorschriften für Parteien, §§ 13 Nr. 2, 43ff BVerfGG.

Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet, Art. 9 Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG. In der zu ergehenden Verbotsverfügung wird regelmäßig die Einziehung des Vereinsvermögens und anderer entsprechender Gegenstände ausgesprochen, § 3 Abs. 1 S. 2 VereinsG i. V. m. § 11 Abs. 4 S. 1 VereinsG. Mit Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verbots und der Einziehungsanordnung erwirbt der Einziehungsbegünstigte das Vereinsvermögen, § 11 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 VereinsG i. V. m. § 3 Abs. 2 S. 1 VereinsG. Zudem erlischt der Verein in diesem Zeitpunkt, § 11 Abs. 2 S. 3 VereinsG. Wurde von der Anordnung der Vermögenseinziehung abgesehen, sind die Rechtsverhältnisse nach dem bürgerlich-rechtlichen Liquidationsverfahren abzuwickeln.<sup>1367</sup>

Aus § 42 Abs. 1 BGB folgt, dass auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen worden ist<sup>1368</sup>, die Auflösung des eingetragenen Vereins bewirken. Soweit ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, erfolgt die Abwicklung des Vereins im Rahmen dieses Verfahrens.

Verlegt ein Verein seinen Sitzungssitz ins Ausland, so hat dies die Auflösung des Vereins zur Folge, wobei dies unabhängig davon ist, ob es sich dabei um einen Mitgliedstaat der EU oder einen Drittstaat handelt, vgl. § 6 Abs. 3 VRV.<sup>1369</sup> Demgegenüber bestimmt sich die rechtliche Würdigung der Verlegung des Verwaltungssitzes nach dem Recht des Zuzugsstaates: Bei einer Verlegung in einen Staat, in welchem die Sitztheorie gilt, nimmt dieser die deutsche Verweisung an (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB), wobei weitestgehend dessen Gründungsvorschriften für den Verband nicht beachtet sein dürften, so dass regelmäßig die Nichtigkeit des Verbands eintritt, während bei einer Verlegung in einen Staat, welcher der Gründungstheorie folgt, aufgrund der Rückverweisung deutsches Recht auf den weggezogenen Verein anwendbar ist (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB).<sup>1370</sup> Daran anknüpfend setzt eine erfolgreiche Verlegung des Verwaltungssitzes die Zulässigkeit der Übertragung der vom Wegzugsstaat erteilten Rechtsfähigkeit ins Ausland nach dem internen Sachenrecht des Wegzugsstaates voraus.<sup>1371</sup> Da die in Deutschland geltende Sitztheorie das einschlägige Statut an den Verwaltungssitz knüpft, führt eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland auch in Fällen, in denen der Wegzugsstaat der Gründungstheorie folgt, zur Auflösung des Vereins, zumal eine vergleichbare Regelung zu § 4a GmbHG n. F. im Vereinsrecht nicht verankert wurde.<sup>1372</sup> Dies gilt selbst bei Einschlägigkeit der AEUV, da für die Konstellation des

---

<sup>1367</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 35.

<sup>1368</sup> Dies war vor dem Inkrafttreten (30.09.2009) des Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24.09.2009 (BGBl. I S. 3145) und der diesbezüglichen Ergänzung von § 42 Abs. 1 S. 1 BGB umstritten. Früher verneinend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 400; Stöber (9. Auflage, 2004) Rn. 861; Reichert Rn. 3980. Bereits früher bejahend: MüKo/Reuter § 42 Rn. 1; Wentzel, in: Rpfleger 2001, 334, 335.

<sup>1369</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 2006, 42, 42; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 3; Soergel/Hadding § 24 Rn. 5; Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin § 24 Rn. 4; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 167; Bamberger/Roth/Schöpflin § 24 Rn. 9. Verneinend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 399; Staudinger/Weick § 41 Rn. 8; Stöber/Otto Rn. 161: Verlust der Rechtsfähigkeit.

<sup>1370</sup> MüKo/Kindler IntGesR Rn. 506ff, 820ff; Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 30ff; Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 47ff.

<sup>1371</sup> MüKo/Kindler IntGesR Rn. 824ff; Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 50ff.

<sup>1372</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 61 Rn. 52; vgl. MüKo/Kindler IntGesR Rn. 825f; vgl. Palandt/Thorn Anh zu EGBGB 12 (IPR) Rn. 1ff; vgl. MüKo GmbHG/Mayer § 4a Rn. 67ff.

Wegzugs<sup>1373</sup> in einen Mitgliedstaat weiterhin die Sitztheorie gilt.<sup>1374</sup> Beim bürgerlich-rechtlichen Verein findet indes, soweit dieser nicht einen durch das sog. Nebenzweckprivileg gedeckten Erwerbszweck aufweist, die Niederlassungsfreiheit des AEUV keine Anwendung, so dass insgesamt bei einer Verlegung sowohl des Verwaltungssitzes als auch des Satzungssitzes eines eingetragenen Vereins ins Ausland grundsätzlich die Auflösung des Vereins eintritt.<sup>1375</sup>

## **b) Entziehung der Rechtsfähigkeit**

§ 43 Abs. 1 und 2 BGB a. F. sahen die Möglichkeit der Entziehung der Rechtsfähigkeit für einen eingetragenen Verein vor.<sup>1376</sup> Durch das Gesetz zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen vom 24.09.2009<sup>1377</sup> wurde mit Wirkung zum 30.09.2009 diese Möglichkeit aufgehoben. § 43 BGB n. F. gilt nur noch für konzessionierte Vereine.<sup>1378</sup> Gefährdet ein Verein das Gemeinwohl i. S. d. § 43 Abs. 1 BGB a. F. ist ein Einschreiten auf Grundlage des VereinsG sachgerechter, während beim Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs i. S. v. § 43 Abs. 2 BGB a. F. die Löschung der Eintragung eine wirkungsvollere Sanktion darstellen soll.<sup>1379</sup>

Dem eingetragenen Verein kann jedoch nach § 73 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen werden. Sinkt die Anzahl der Vereinsmitglieder unter drei herab, so hat das Amtsgericht auf Antrag des Vorstands und, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird, von Amts wegen nach Anhörung des Vorstands dem Verein die Rechtsfähigkeit zu entziehen. Daraus folgt, dass ein Herabsinken unter die Mindestmitgliederzahl des § 56 BGB zunächst für die Existenz des Vereins irrelevant ist. Das Amtsgericht kann im Rahmen der Anhörung eine Bescheinigung über die Mitgliederzahl verlangen, § 72 BGB. Die Entziehung ist in das Vereinsregister einzutragen, § 74 Abs. 1 BGB. Auch die Entziehung der Rechtsfähigkeit soll nach h. M. zur Liquidation des Vereins führen.<sup>1380</sup>

## **c) Verzicht auf die Rechtsfähigkeit**

Der Verein kann auch von sich aus auf die Rechtsfähigkeit verzichten, um eine Fortsetzung als nichteingetragener Verein anzustreben, auch wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung hierzu fehlt, hingegen diese Möglichkeit allgemein anerkannt ist.<sup>1381</sup> Ob der

---

<sup>1373</sup> Vgl. EuGH NJW 1989, 2186, 2186ff - Daily Mail; EuGH NJW 2009, 569, 569ff - Cartesio.

<sup>1374</sup> Vgl. B. III. 2. a). Münch Hdb GesR V/Knof § 17 Rn. 30f; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 167. Zu beachten ist jedoch, soweit man den Anwendungsbereich des Art. 54 Abs. 2 AEUV (Art. 48 Abs. 2 EGV a. F.) auf einen eingetragenen Verein erstreckt, dass gem. der Entscheidung des EuGH in Sachen „Cartesio“ grenzüberschreitende Formwechsel vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst sind. Einschränkungen bedürfen insofern zwingender Gründe des Allgemeininteresses, EuGH NJW 2009, 569, 571 Rn. 111ff - Cartesio; Lutter/Hommelhoff § 4a Rn. 17; Leible/Hoffmann, in: BB 2009, 58, 60ff.

<sup>1375</sup> OLG Zweibrücken MDR 2006, 219, 219; Palandt/Ellenberger § 24 Rn. 3; Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 53, 56.

<sup>1376</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR V/Korte § 63 Rn. 1ff; K.Schmidt GesR S. 722ff; Reichert Rn. 4047ff.

<sup>1377</sup> BGBI. I S. 3145.

<sup>1378</sup> Palandt/Ellenberger § 43 Rn. 1; MüKo/Reuter § 43 Rn. 4.

<sup>1379</sup> Palandt/Ellenberger § 43 Rn. 2f; vgl. K.Schmidt GesR S. 723.

<sup>1380</sup> Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 2, § 73 Rn. 1; Soergel/Hadding § 43 Rn. 7; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 406; vgl. Märkle/Alber S. 96; Reichert Rn. 3986; Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 173. Abweichend: MüKo/Reuter § 41 Rn. 3f; Grunewald GesR § 8 Rn. 95; Stöber/Otto Rn. 1434; Reichert Rn. 4064f: Der Verein muss nur liquidiert werden, wenn er nicht fortgesetzt wird.

<sup>1381</sup> BayObLGZ 1959, 152, 158f; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 2; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 401; Reichert Rn. 4092; Staudinger/Weick § 41 Rn. 19; Bayer S. 33; Stolte S. 16ff; Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 171; Kollhossler, in: ZIP 1984, 1434, 1434.

Beschluss den Regeln eines Satzungsänderungsbeschlusses<sup>1382</sup> oder eines Auflösungsbeschlusses<sup>1383</sup> folgt, ist umstritten. Ebenso umstritten ist, ob der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit ein Liquidationsverfahren nach sich zieht.<sup>1384</sup>

## **d) Liquidation**

### **aa) Allgemeines**

Die Liquidation ist der Regelfall für die nach der Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit notwendigen Abwicklung, wobei sie nicht erfolgt, wenn gem. § 47 BGB das Vereinsvermögen an den Fiskus fällt oder das Vereinsvermögen im Zusammenhang mit einem Vereinsverbot im Einziehungsverfahren abgewickelt wird.<sup>1385</sup> Die Rechtsfähigkeit eines Liquidationsvereins ist umstritten.<sup>1386</sup> Der Vereinsname ändert sich durch die Liquidation nicht. In Abweichung von § 68 Abs. 2 GmbHG ist auch kein die Liquidation kennzeichnender Zusatz anzufügen, obschon dies zulässig ist.<sup>1387</sup> Trotz Durchführung der Liquidation gelten die Satzung und die Vereinsnebenordnungen grundsätzlich fort, obgleich jede Regelung insoweit darauf zu überprüfen ist, ob sie mit der nunmehr stattfindenden Liquidation im Einklang steht.<sup>1388</sup>

### **bb) Liquidatoren**

Im Rahmen der Liquidation treten die Liquidatoren an die Stelle des Vorstands, wodurch sie das gesetzliche Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan bilden, § 48 Abs. 2 BGB. Die Mitgliederversammlung bleibt weiterhin das oberste Vereinsorgan. Die Liquidation erfolgt gem. § 48 Abs. 1 S. 1 BGB durch den Vorstand, obschon gem. § 48 Abs. 1 S. 2 BGB eine abweichende Regelung zulässig ist. Dies kann sich aus der Satzung, einem Beschluss der Mitgliederversammlung oder des sonst zur Bestellung berufenen Organs oder durch gerichtliche Bestellung (§ 29 BGB i. V. m. § 48 Abs. 1 S. 2 BGB, sog. Notliquidator) ergeben.<sup>1389</sup> Sind die amtierenden Vorstandsmitglieder als Liquidatoren berufen, besteht für sie Amtskontinuität, so dass es keiner besonderen Bestellung oder Annahme bedarf.<sup>1390</sup> Eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Annahme des Amts besteht nicht.<sup>1391</sup> Das Amt beginnt mit Eintritt des Vereins in das Abwicklungsstadium und endet automatisch grundsätzlich mit der Vollbeendigung des eingetragenen Vereins.<sup>1392</sup> Ferner endet die Amtsstellung auch durch Abberufung, durch jederzeit mögliche Amtsniederlegung<sup>1393</sup> oder durch den Wegfall von erforderlichen persönlichen Voraussetzungen. Die Mitgliederversammlung kann einen

---

<sup>1382</sup> Hierfür: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 401; Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 171.

<sup>1383</sup> Hierfür: Soergel/Hadding Vor § 41 Rn. 8; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 2; Reichert Rn. 4093; Kollhosser, in: ZIP 1984, 1434, 1435f.

<sup>1384</sup> Eine Liquidation in vereinfachter Form bejahend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 401; Staudinger/Weick § 41 Rn. 19. Verneinend: Münch Hdb GesR V/Korte § 64 Rn. 10; Reichert Rn. 4095; Soergel/Hadding Vor § 41 Rn. 8; Stolte S. 102f, 105; Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 173; Kollhosser, in: ZIP 1984, 1434, 1438ff. Differenzierend: K.Schmidt GesR S. 725.

<sup>1385</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 1.

<sup>1386</sup> Für eine unbeschränkte Rechtsfähigkeit: MüKo/Reuter § 49 Rn. 10ff; Soergel/Hadding § 49 Rn. 1, 11; Staudinger/Weick § 49 Rn. 13, 17; Reichert Rn. 4133. Für eine beschränkte Rechtsfähigkeit in den Grenzen des Abwicklungszwecks: BGH ZIP 2001, 889, 891; Palandt/Ellenberger § 49 Rn. 2; Märkle/Alber S. 96.

<sup>1387</sup> Reichert Rn. 4139.

<sup>1388</sup> Reichert Rn. 4137ff.

<sup>1389</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 24ff.

<sup>1390</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 24; Reichert Rn. 4157; Soergel/Hadding § 48 Rn. 1.

<sup>1391</sup> Staudinger/Weick § 48 Rn. 2; Reichert Rn. 4159.

<sup>1392</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 36.

<sup>1393</sup> Dies kann u. U. Haftungen auslösen.

Liquidator jederzeit gem. §§ 27 Abs. 2 S. 1, 48 Abs. 2 BGB durch entsprechenden Beschluss abberufen.<sup>1394</sup> Wie beim Geschäftsführer ist beim Liquidator zwischen der Organstellung und der schuldrechtlichen Beziehung, dem sog. Anstellungsverhältnis, zu unterscheiden.<sup>1395</sup> Der Umfang der Vertretungsmacht sowie die Liquidatoren selbst sind gem. §§ 76f BGB in öffentlich beglaubigter Form zur Eintragung in das Vereinsregister anzumelden. Die Liquidatoren kann ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch aus § 53 BGB treffen.

Umstritten ist der Umfang der Vertretungsmacht der Liquidatoren, wobei sich der Streit aus der unterschiedlichen Auslegung des § 48 Abs. 2 BGB sowie dem divergierenden Verständnis der Rechtsfähigkeit des Liquidationsvereins ergibt; während einige eine Beschränkung der Vertretungsmacht durch den Liquidationszweck bejahen<sup>1396</sup>, sind andere der Auffassung, dass die Vertretungsmacht der Liquidatoren nicht beschränkt ist, so dass vielmehr zwischen dem rechtlichen Können im Außenverhältnis und dem rechtlichen Dürfen im Innenverhältnis zu unterscheiden sei.<sup>1397</sup> Bei der Beschlussfassung ist § 48 Abs. 3 BGB zu beachten, so dass eine gemeinschaftliche Vertretung erfolgt, die sich jedoch nur auf die Aktivvertretung erstreckt, wobei Abweichendes vereinbart werden kann.<sup>1398</sup> Die Liquidatoren haben einen Anspruch auf einen Aufwendungsersatz (§ 670 BGB i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 48 Abs. 2 BGB), hingegen ein Anspruch auf eine Vergütung ohne eine gesonderte Regelung nicht besteht.<sup>1399</sup>

### cc) Liquidationsverfahren

Im Liquidationsverfahren haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und den Überschuss den Anfallberechtigten auszuantworten, § 49 Abs. 1 S. 1 BGB. Dabei können über den Wortlaut von § 49 Abs. 1 S. 2 BGB hinaus auch neue Geschäfte eingegangen werden, die objektiv dem Abwicklungszweck dienen und subjektiv zu diesem Zweck getätigt werden.<sup>1400</sup> Die Auflösung des Vereins bzw. die Entziehung der Rechtsfähigkeit sind in das Vereinsregister einzutragen (§ 74 Abs. 1 BGB) und zudem öffentlich bekannt zu machen, §§ 50 Abs. 1, 50a BGB. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern, § 50 Abs. 1 S. 2 BGB. Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern, § 50 Abs. 2 BGB. Es genügt eine einmalige Bekanntmachung, wobei die Bekanntmachung durch das Registergericht nicht erzwungen werden kann.<sup>1401</sup> Insofern ist jedoch die Schadensersatzpflicht der Liquidatoren aus § 53 BGB zu beachten.

Die in § 49 Abs. 1 BGB enthaltenen Abwicklungsaufgaben der Liquidatoren sind unvollkommen, so dass sie sich im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen, gegebenenfalls konkretisiert durch einschlägige Satzungsregelungen oder Weisungen der Mitgliederversammlung bestimmen.<sup>1402</sup> Die Ausübung der Aufgaben hat grundsätzlich

---

<sup>1394</sup> Soergel/Hadding § 48 Rn. 3; MüKo/Reuter § 48 Rn. 4 (analog § 66 Abs. 2 S. 3 GmbHG); Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 408.

<sup>1395</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 44ff; Reichert Rn. 4174; vgl. Soergel/Hadding § 48 Rn. 1.

<sup>1396</sup> RGZ 146, 376, 377; Palandt/Ellenberger § 48 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 1134.

<sup>1397</sup> Staudinger/Weick § 49 Rn. 13ff; MüKo/Reuter § 49 Rn. 15; Soergel/Hadding § 48 Rn. 5; Reichert Rn. 4188; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 59; K.Schmidt GesR S. 727.

<sup>1398</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 60ff; Stöber/Otto Rn. 1135; Reichert Rn. 4184; Soergel/Hadding § 48 Rn. 6.

<sup>1399</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 46.

<sup>1400</sup> Vgl. RGZ 146, 376, 377f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 413; Soergel/Hadding § 49 Rn. 3; Staudinger/Weick § 49 Rn. 5.

<sup>1401</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 74; Reichert Rn. 4236.

<sup>1402</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 76.



höchstpersönlich zu erfolgen, indes andere Personen hinzugezogen werden können.<sup>1403</sup> Kennzeichnend für die Liquidation ist die Umsetzung des Vereinsvermögens in liquide Mittel, um es an die Gläubiger sowie die Anfallberechtigten auszukehren.<sup>1404</sup> Ob die Umsetzung des Vereinsvermögens durch freihändigen Verkauf oder durch Versteigerung erfolgt, liegt im Ermessen der Liquidatoren, so dass das Vereinsvermögen auch als Ganzes übertragen werden kann.<sup>1405</sup> § 49 Abs. 1 S. 3 BGB ist zu beachten. In der Satzung oder durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung kann vorgesehen werden, dass das Restvermögen des Vereins an die Anfallberechtigten in Natur verteilt wird, wobei im Grundsatz gilt, dass die Auskehrung von Sachwerten in der Überschussverteilung das diesbezügliche Einverständnis der Anfallberechtigten voraussetzt.<sup>1406</sup> Die fälligen und unbestrittenen Forderungen von Gläubigern sind unabhängig davon, ob sie sich gemeldet haben, zu tilgen.<sup>1407</sup> Ein Rangverhältnis unter den Gläubigern besteht grundsätzlich nicht.<sup>1408</sup> Ergibt sich im Liquidationsverfahren, dass das Vereinsvermögen nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht, ist gem. § 42 Abs. 2 BGB die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Meldet sich jemand für eine bekannte, nicht zwingend unstrittige<sup>1409</sup>, aber auch nicht offensichtlich unbegründete Forderung nicht, kann der geschuldete Betrag hinterlegt werden, § 52 Abs. 1 BGB. Nach Sicherung bzw. Befriedigung der Vereinsgläubiger kann der verbleibende Überschuss an die Anfallberechtigten ausgekehrt werden, wobei jedoch das Sperrjahr gem. § 51 BGB i. V. m. § 50 Abs. 1 S. 4 BGB zu beachten ist.<sup>1410</sup> § 51 BGB begründet indes kein Veräußerungsverbot und auch keinen Ausschluss bis dato unbekannt gebliebener Gläubiger, hingegen bei ordnungsgemäßer Vermögensverteilung nach Ablauf des Sperrjahres und durch Vollbeendigung des Vereins eine diesbezügliche Forderung nicht mehr geltend gemacht werden kann.<sup>1411</sup> Die Liquidatoren sind gegenüber der Mitgliederversammlung zur Erteilung einer Schlussrechnung verpflichtet, § 666 BGB i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 48 Abs. 2 BGB.<sup>1412</sup> Die Verwahrung von Büchern und Schriften ist gesetzlich nicht vorgesehen, erscheint jedoch zweckmäßig.<sup>1413</sup> Die Beendigung der Liquidation ist in das Vereinsregister einzutragen, § 76 Abs. 1 S. 2 BGB n. F.<sup>1414</sup>

Die Liquidation ist mit der Schlussverteilung nach Ablauf des Sperrjahres sowie der Durchführung aller notwendigen Abwicklungsmaßnahmen abgeschlossen.<sup>1415</sup> Ergibt sich im Nachhinein, dass noch Vereinsvermögen vorhanden war bzw. noch Abwicklungsbedarf besteht, ist die Liquidation in Wirklichkeit nicht beendet, wobei dies für den Fall, dass bereits scheinbar eine Vollbeendigung festgestellt wurde, eine sog. Nachtragsliquidation erfolgt.<sup>1416</sup>

---

<sup>1403</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 76.

<sup>1404</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 80.

<sup>1405</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 80.

<sup>1406</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 81.

<sup>1407</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 82.

<sup>1408</sup> Vgl. BGHZ 53, 71, 74; Reichert Rn. 4254f.

<sup>1409</sup> Hier kann auch eine negative Feststellungsklage angezeigt sein, Reichert Rn. 4272.

<sup>1410</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 92.

<sup>1411</sup> Stöber/Otto Rn. 1150; Reichert Rn. 4234; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 92ff.

<sup>1412</sup> Erman/H.P. Westermann § 49 Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 418; Reichert Rn. 4313.

<sup>1413</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 100.

<sup>1414</sup> Dies entsprach bereits vor der Einfügung von § 76 BGB der h. M. vgl. hierzu, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 421; K.Schmidt GesR S. 727.

<sup>1415</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 80.

<sup>1416</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 101.

## **dd) Anfall des Vereinsvermögens**

Über den Wortlaut des § 45 Abs. 1 BGB hinaus findet die Vorschrift auf alle Liquidationsverfahren Anwendung, so dass das Vereinsvermögen an die in der Satzung bestimmten Personen fällt.<sup>1417</sup> Das Vereinsvermögen wird insoweit als Gesamtheit aller vermögenswerter Rechte und Pflichten des Vereins bei Eintritt des zur Liquidation führenden Ereignisses verstanden.<sup>1418</sup> Der Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus vollzieht sich gem. § 46 BGB. Hier findet kein Liquidationsverfahren statt. Im Unterschied dazu steht den sonstigen Anfallberechtigten nach Beendigung der Liquidation und Ablauf des Sperrjahres gem. § 51 BGB ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Liquidationsverein auf das nach Abzug der Vereinsschulden verbleibende Vereinsvermögen zu.<sup>1419</sup> Die Bestimmung der Anfallberechtigung kann sich direkt aus der Satzung ergeben, § 45 Abs. 1 BGB. Die Satzung kann aber auch vorschreiben, dass der Anfallberechtigte durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans festgelegt wird, § 45 Abs. 2 S. 1 BGB. Wenn eine solche Bestimmung fehlt, greift § 45 Abs. 2 S. 2 BGB. Bestimmt weder die Satzung noch die Mitgliederversammlung oder ein anderes zuständiges Organ den Anfallberechtigten, ist § 45 Abs. 3 BGB einschlägig. Es muss dann zwischen dem selbstnützigen und dem ganz oder zum Teil fremdnützigen Verein unterschieden werden. Vor Beendigung der Liquidation kann eine abweichende Satzungsregelung getroffen werden.<sup>1420</sup> Die Anfallberechtigten trifft keine Haftung für noch nicht befriedigte Gläubiger<sup>1421</sup>, hingegen bei Verletzung der Gläubigerrechte ein vereinsseitiger Bereicherungsanspruch gegeben ist.<sup>1422</sup>

Auch bei der Liquidation eines Vereins muss eine vorhandene Steuerbegünstigung beachtet werden.<sup>1423</sup>

## **ee) Nachtragsliquidation**

Wie bereits erwähnt, findet im Falle, dass nach Beendigung der Liquidation und Löschung im Register noch verteilbares Vermögen vorhanden ist, eine sog. Nachtragsliquidation statt. Das BGB enthält hierzu keine Regelungen. Das Erfordernis der Nachtragsliquidation ist indes allgemein anerkannt, wobei eine Begründung in den entsprechenden Normen im Gesellschaftsrecht, § 273 Abs. 4 AktG und § 66 Abs. 5 GmbHG, gesucht wird.<sup>1424</sup>

## **ff) Sonderfall: Wegfall sämtlicher Mitglieder und Preisgabe des Vereinszwecks**

Der Verein kann grundsätzlich erst erlöschen, wenn seine rechtlichen Angelegenheiten im Liquidationsverfahren abgewickelt worden sind.<sup>1425</sup> Bei bestimmten Konstellationen wird jedoch das sofortige Erlöschen angenommen. Hierzu zählen u. a. nach umstrittener Auffassung die Preisgabe des Vereinszwecks aufgrund einer Interessenlosigkeit der

---

<sup>1417</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 3; Stöber/Otto Rn. 1125; Palandt/Ellenberger § 45 Rn. 1.

<sup>1418</sup> Soergel/Hadding § 45 Rn. 3; MüKo/Reuter §§ 45-47 Rn. 2.

<sup>1419</sup> Reichert Rn. 4303; Stöber/Otto Rn. 1129; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 406; MüKo/Reuter §§ 45-47 Rn. 4.

<sup>1420</sup> RGZ 169, 65, 82f; Staudinger/Weick § 45 Rn. 8, 14; Soergel/Hadding § 45 Rn. 9; MüKo/Reuter §§ 45-47 Rn. 4.

<sup>1421</sup> RGZ 124, 210, 213ff; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 12; Soergel/Hadding § 45 Rn. 11.

<sup>1422</sup> Vgl. OLG Düsseldorf DB 2004, 924, 924; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 12; vgl. zudem, MüKo/Reuter §§ 45-47 Rn. 5.

<sup>1423</sup> Vgl. Reichert Rn. 4289ff.

<sup>1424</sup> MüKo/Reuter § 49 Rn. 19; Stöber/Otto Rn. 1154; Reichert Rn. 4364; Soergel/Hadding § 49 Rn. 15.

<sup>1425</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 110.

Mitglieder<sup>1426</sup> sowie der Wegfall sämtlicher Mitglieder<sup>1427</sup>.

Ein Verein verfügt über keine Mitglieder mehr, soweit alle vormaligen bestanden Mitgliedschaften erloschen bzw. untergegangen sind. Die tatsächliche Preisgabe des Vereinszwecks wird dem Wegfall sämtlicher Mitglieder gleichgestellt, wobei dies dann regelmäßig der Fall sein soll, wenn eine längere Untätigkeit vorliegt, die als Ausdruck des Mitgliederwillens zu werten ist.<sup>1428</sup> In beiden Fällen soll für eine notwendige Vermögensabwicklung gem. § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen sein, der gleich einem Liquidator die Vermögensangelegenheiten abwickelt.<sup>1429</sup>

### **gg) Erlöschen des Vereins**

Das Liquidationsverfahren endet mit der abschließenden Vermögensverteilung an die Anfallberechtigten, soweit nicht das Vermögen an den Fiskus ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens fällt. Die Vollbeendigung des eingetragenen Vereins tritt nach der oben angeführten Lehre vom Doppeltatbestand erst dann ein, wenn das Vermögen des Vereins verteilt ist und er im Vereinsregister gelöscht wurde.

### **e) Fortsetzung nach Auflösung**

Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Auflösung rückgängig zu machen und die Fortsetzung des Liquidationsvereins in einen werbenden Verein zu beschließen.<sup>1430</sup> Der Beschluss erfolgt durch die Mitgliederversammlung.<sup>1431</sup> Ebenso kann die Fortsetzung als nicht eingetragener Verein beschlossen werden.<sup>1432</sup> Die Fortsetzung bedingt als Voraussetzungen den Wegfall des Auflösungsgrunds<sup>1433</sup> sowie die fehlende Vollbeendigung.<sup>1434</sup> Beim eingetragenen Verein ist es zudem unschädlich, wenn bereits mit einer Verteilung des Vereinsvermögens begonnen wurde.<sup>1435</sup> Die Mitglieder, die sich gegen die Fortsetzung wenden, müssen sich dem Beschluss fügen, zumal dadurch grundsätzlich kein Recht zum außerordentlichen Austritt entstehen soll, sofern keine Unzumutbarkeit des Fortbestands der Mitgliedschaft einschlägig ist.<sup>1436</sup> Es muss eine Eintragung im Vereinsregister und entsprechend § 50 Abs. 1 BGB eine Bekanntmachung vorgenommen werden.

---

<sup>1426</sup> BGHZ 19, 51, 57ff; Staudinger/Weick § 41 Rn. 12.

<sup>1427</sup> BGHZ 19, 51, 64; OLG Köln NJW-RR 1999, 336, 337; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 3; Staudinger/Weick § 41 Rn. 12; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 104; kritisch, Stöber/Otto Rn. 1184f.

<sup>1428</sup> Vgl. Reichert Rn. 4038; vgl. MüKo/Reuter § 41 Rn. 6ff; Märkle/Alber S. 93; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 116ff.

<sup>1429</sup> BGHZ 19, 51, 51f; OLG Köln NJW-RR 1999, 336, 337; Staudinger/Weick § 41 Rn. 12; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 3; Märkle/Alber S. 93; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 398; vgl. Bayer S. 33f; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 104; a. A. MüKo/Reuter § 41 Rn. 5; Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 119ff; K.Schmidt GesR S. 729ff; Reichert Rn. 4032; H.Schmidt S. 32ff; Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 173; K.Schmidt, in: JZ 1987, 394, 399.

<sup>1430</sup> Kübler/Assmann S. 132; Stöber/Otto Rn. 1122; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 394; K.Schmidt GesR S. 727; Palandt/Ellenberger § 41 Rn. 7; Staudinger/Weick § 49 Rn. 21.

<sup>1431</sup> Vgl. zum Streit über die Mehrheitserfordernisse, Münch Hdb GesR V/Korte § 62 Rn. 20.

<sup>1432</sup> Reichert Rn. 4382, 4395; vgl. Böttcher, in: Rpfleger 1988, 169, 173f.

<sup>1433</sup> Was z. B. durch die Aufhebung des Vereinsverbots erfolgen kann.

<sup>1434</sup> K.Schmidt GesR S. 727; Reichert Rn. 4389; Staudinger/Weick § 49 Rn. 21.

<sup>1435</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 62 Rn. 3; MüKo/Reuter § 49 Rn. 17; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 394; vgl. Stöber/Otto Rn. 1122.

<sup>1436</sup> Münch Hdb GesR V/Korte § 62 Rn. 21; MüKo/Reuter § 49 Rn. 16; a. A. Reichert Rn. 4399; Bestehen eines außerordentlichen Austrittsrechts.

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

§ 5a GmbHG enthält keine Regelungen über die Auflösung und Liquidation einer Unternehmergesellschaft. Insofern findet das allgemeine GmbH-Recht Anwendung. Auch bei der GmbH bedeutet die Auflösung nicht das Ende des Verbands. Die Gesellschaft muss vielmehr abgewickelt werden. Erst danach tritt die Vollbeendigung der Gesellschaft ein. Der in der Praxis häufig aufgetreten Umstand, dass eine Gesellschaft nicht ordnungsgemäß aufgelöst und beendet wurde, sondern schlichtweg verschwand (sog. Firmenbestattung), führte zu zahlreichen Ergänzungen des GmbH-Rechts.

Die vereinsrechtliche Möglichkeit, die Rechtsfähigkeit zu entziehen, hat im GmbH-Recht kein entsprechendes Pendant.

#### **b) Auflösung**

Die Auflösungsgründe einer Unternehmergesellschaft ergeben sich aus § 60 Abs. 1 GmbHG. Daneben kann der Gesellschaftsvertrag weitere Gründe vorsehen, § 60 Abs. 2 GmbHG. Zudem ist die Aufzählung in § 60 Abs. 1 GmbHG nicht abschließend.<sup>1437</sup> Die Auflösung ist gem. § 65 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Gem. § 78 GmbHG sind die Liquidatoren zur Anmeldung verpflichtet, sofern der Auflösungsbeschluss keine Satzungsänderung darstellt, da insoweit noch die Geschäftsführer für die Anmeldung zuständig sind.<sup>1438</sup>

##### **aa) Auflösungsgründe gem. § 60 Abs. 1 GmbHG**

Die Gesellschaft wird gem. § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeit aufgelöst. Ausreichend ist, wenn die Auflösung an ein objektiv bestimmbares, künftiges und gewisses Ereignis anknüpft.<sup>1439</sup> Die Bestimmung ist in das Handelsregister einzutragen, § 10 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die Auflösung erfolgt automatisch.

Die Gesellschafter können zudem gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG die Auflösung der Gesellschaft beschließen. Zu beachten ist, dass die Beschlusskompetenz unabdingbar den Gesellschaftern zufällt.<sup>1440</sup> Die für den Beschluss notwendige Mehrheit kann gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG abweichend geregelt werden. Rechtsfolge des Auflösungsbeschlusses ist die automatische Auflösung der Gesellschaft.<sup>1441</sup>

Die Unternehmergesellschaft kann gem. § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG durch Staatsakt aufgelöst werden, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird oder wenn andere, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind. Die Auflösung der Gesellschaft erfolgt durch gerichtliches Gestaltungsurteil, § 61 Abs. 1 GmbHG. Klagebefugt sind nur die Gesellschafter, § 61 Abs. 2 GmbHG. Ein wichtiger Grund

---

<sup>1437</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 4; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 1; Ulmer/Casper § 60 Rn. 25; Scholz/K.Schmidt/Bitter § 60 Rn. 4; Hofmann, in: GmbHR 1975, 217, 217.

<sup>1438</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 28.

<sup>1439</sup> Baumbach/Hueck § 60 Rn. 14; vgl. Wicke § 60 Rn. 3.

<sup>1440</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 7; Wicke § 60 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff § 60 Rn. 6; Hofmann, in: GmbHR 1975, 217, 218.

<sup>1441</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 7; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 7; Ulmer/Casper § 60 Rn. 48; Hofmann, in: GmbHR 1975, 217, 218.

ist dann gegeben, wenn eine nicht nur vorübergehende Unzumutbarkeit des Fortbestands der Gesellschaft, die in den Verhältnissen der Gesellschaft liegt, für den Kläger einschlägig ist.<sup>1442</sup> Dies kann z. B. bei einer dauernden Unrentabilität der Gesellschaft<sup>1443</sup> oder tiefgreifender Zerrüttung zwischen den Gesellschaftern<sup>1444</sup> der Fall sein. Die Auflösungsklage ist subsidiär, mithin das äußerste Mittel.<sup>1445</sup>

Wenn die Gesellschaft das Gemeinwohl gefährdet, kann sie gem. § 62 GmbHG durch die Verwaltungsbehörden aufgelöst werden. Neben § 62 GmbHG bestehen weitere Möglichkeiten, eine Gesellschaft durch Staatsakt aufzulösen. Diese finden sich in den §§ 35, 38 Abs. 1 KWG<sup>1446</sup> und § 17 VereinsG i. V. m. § 3 VereinsG. Wird im letztgenannten Fall die Einziehung des Vermögens der Gesellschaft angeordnet (§ 3 Abs. 1 S. 2 VereinsG), erfolgt die Abwicklung nach den §§ 10ff VereinsG.<sup>1447</sup>

Gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG wird die Gesellschaft *ipso iure* bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst.<sup>1448</sup> Die Auflösung wird von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen, § 65 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG. Die Abwicklung erfolgt dann nach den Vorschriften der InsO.

Die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse führt gem. § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG ebenso zur Auflösung der Gesellschaft. Die Rechtskraft des Beschlusses bewirkt eine automatische Auflösung. Die Auflösung wird von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen, § 65 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG.

Ferner führt die Rechtskraft einer registergerichtlichen Verfügung, welche nach § 399 FamFG einen Mangel des Gesellschaftsvertrages feststellt, gem. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG zur Auflösung der Gesellschaft, wobei auch hier gem. § 65 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG die Auflösung von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen wird. Die Feststellung betrifft bestimmte Satzungsängel im Bereich des § 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 GmbHG, vgl. § 399 Abs. 4 FamFG.

Gem. § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn sie gem. § 394 FamFG wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde. In diesem Fall erübrigt sich eine Liquidation mit der Folge, dass eine liquidationslose Beendigung eintritt. Die Eintragung der Auflösung entfällt, § 65 Abs. 1 S. 4 GmbHG. Soweit Vermögen unerkannt geblieben ist, führt die Löschung der Gesellschaft entsprechend der Lehre vom Doppeltatbestand nicht zur Beendigung der Gesellschaft. Nur in diesem Fall findet eine Liquidation statt, § 66 Abs. 5 GmbHG.

## **bb) Auflösungsgründe gem. § 60 Abs. 2 GmbHG**

Der Gesellschaftsvertrag kann neben den gesetzlich zwingend vorgegebenen Gründen weitere Gründe bestimmen, die ohne Kündigung zur Auflösung führen, wobei eine ausreichende

---

<sup>1442</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 9; Baumbach/Hueck § 61 Rn. 6; Ulmer/Casper § 61 Rn. 10.

<sup>1443</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 13; Baumbach/Hueck § 61 Rn. 10.

<sup>1444</sup> BGHZ 80, 346, 347f; OLG München DB 2005, 820, 820; Baumbach/Hueck § 61 Rn. 11; Grunewald GesR § 13 Rn. 208.

<sup>1445</sup> BGHZ 80, 346, 348f; OLG Naumburg GmbHR 2013, 37, 38; Baumbach/Hueck § 61 Rn. 5; Grunewald GesR § 13 Rn. 208; vgl. Windbichler § 24 Rn. 3; K.Schmidt GesR S. 1198; Hofmann, in: GmbHR 1975, 217, 220.

<sup>1446</sup> Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.09.1998, BGBl. I S. 2776.

<sup>1447</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 12.

<sup>1448</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 13.

Bestimmtheit der Regelung erforderlich ist, um eine Abgrenzung zu Kündigungsklauseln zu erreichen.<sup>1449</sup>

### cc) Weitere Auflösungsgründe

Neben den in § 60 Abs. 1 GmbHG aufgezählten Auflösungsgründen gibt es noch weitere gesetzliche Auflösungsstatbestände. Hierzu zählen das Einschreiten des Registergerichts gem. § 397 FamFG und gem. § 395 FamFG, nach h. M. die Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils gem. § 75 GmbHG<sup>1450</sup> sowie die Verfügung gem. § 38 Abs. 1 S. 1, 2 KWG. Des Weiteren soll der Erwerb aller Geschäftsanteile durch die Gesellschaft die Auflösung bewirken.<sup>1451</sup> Nach umstrittener Auffassung soll trotz des § 4a GmbHG n. F. der Beschluss über die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland, im Gegensatz zur Verlegung des Verwaltungssitzes, einem Auflösungsbeschluss gleichkommen.<sup>1452</sup>

### c) Liquidation

#### aa) Allgemeines

Auch bei der Unternehmergesellschaft ist die Liquidation darauf gerichtet, die Gesellschaft abzuwickeln, mithin bestehende Forderungen zu erfüllen sowie eigene einzuziehen und das verbleibende Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen, § 70 GmbHG. Die einschlägigen Regelungen finden sich in den §§ 66ff GmbHG. Eine Abwicklung bis auf das Stammkapital ist auch ohne Auflösungsbeschluss zulässig (sog. stille Liquidation), wobei dies jedoch einen Gesellschafterbeschluss bedingt, der denselben Voraussetzungen sowie Mehrheitserfordernissen wie ein Auflösungsbeschluss unterfällt.<sup>1453</sup> Die §§ 66ff GmbHG sind zudem nach h. M. auch auf die Liquidation einer echten Vorgesellschaft anzuwenden, soweit die Vorschriften nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen.<sup>1454</sup>

Während der Abwicklung besteht die Gesellschaft fort, obgleich der Zweck des werbenden Verbands durch den Abwicklungszweck überlagert wird.<sup>1455</sup> Zudem bleibt die aufgelöste Gesellschaft eine Handelsgesellschaft. Die Liquidatoren zeichnen mit der Firma zuzüglich des Liquidationszusatzes, § 68 Abs. 2 GmbHG.<sup>1456</sup> Ebenso ist auf den Geschäftsbriefen anzugeben, dass sich die Gesellschaft in der Liquidation befindet, § 71 Abs. 5 GmbHG.

<sup>1449</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 19f.

<sup>1450</sup> Grunewald GesR § 13 Rn. 207; K.Schmidt GesR S. 1196, 1199; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 5, 16; Wicke § 60 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff § 60 Rn. 19; Ulmer/Casper § 60 Rn. 16; Wimmer, in: DStR 1995, 1838, 1840; a. A. Baumbach/Hueck § 75 Rn. 5: Die Nichtigkeit steht nicht der Auflösung gleich.

<sup>1451</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 18; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 81; K.Schmidt GesR S. 1200; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 20; Wicke § 60 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff § 60 Rn. 24; Wimmer, in: DStR 1995, 1838, 1840; a. A. Rück S. 212f; Paulick S. 88ff.

<sup>1452</sup> OLG Hamm FGPrax 2001, 123, 123; Baumbach/Hueck § 4a Rn. 9f (19. Auflage). Für die Nichtigkeit des Beschlusses gem. § 241 Nr. 3 AktG analog, Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 13; Wicke § 4a Rn. 10; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 75 Rn. 55; Ulmer/Casper § 60 Rn. 33; Scholz/K.Schmidt/Bitter § 60 Rn. 13a; Kindler, in: AG 2007, 721, 723.

<sup>1453</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 3; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 48.

<sup>1454</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 1079, 1080; Baumbach/Hueck § 66 Rn. 3; Heckschen/Heidinger § 18 Rn. 6f; Wicke § 66 Rn. 1; a. A. frühere Rspr.: BGHZ 51, 30, 34; 86, 122, 127.

<sup>1455</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 60 Rn. 9; Peetz, in: GmbHR 2007, 858, 859. Abweichend: Windbichler § 24 Rn. 4; K.Schmidt GesR S. 1195; Heckschen/Heidinger § 18 Rn. 9; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 1; Wicke § 60 Rn. 1; Gehrlein, in: DStR 1997, 31, 31: Der Zweck wechselt von einer werbenden Tätigkeit auf die Abwicklung und Beendigung des Verbandes.

<sup>1456</sup> Z. B.: „in Liquidation“ oder „i. L.“.

## bb) Liquidatoren

Die Liquidatoren nehmen in der Liquidation die Position der Geschäftsführer ein, während sich die Stellung der Gesellschafterversammlung unter Berücksichtigung der Liquidation nicht verändert. Die Liquidatoren sind für die ordnungsgemäße Liquidation der Gesellschaft verantwortlich, § 70 GmbHG. Als Liquidatoren sind grundsätzlich die Geschäftsführer berufen, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter andere Personen bestimmt worden sind.<sup>1457</sup> Nur beim Grundfall bedarf es weder einer besonderen Bestellung noch einer Annahme durch die Liquidatoren.<sup>1458</sup> Ausnahmsweise können Liquidatoren auch auf Antrag von Gesellschaftern, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens ein Zehntel des Stammkapitals entsprechen, durch gerichtliche Entscheidung bestimmt werden, § 66 Abs. 2 GmbHG. Eine Bestellung von Notliquidatoren gem. § 29 BGB analog durch das Gericht ist ebenso möglich.<sup>1459</sup> Die Liquidatoren sowie deren Vertretungsbefugnisse sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 67 Abs. 1 GmbHG. Die Anmeldung erfolgt durch die Liquidatoren, sofern der Auflösungsbeschluss nicht erst durch eine zu vollziehende Satzungsänderung wirksam wird.<sup>1460</sup> Die Eintragung hat deklaratorischen Charakter. Der Anmeldung sind bestimmte Urkunden beizufügen, § 67 Abs. 2 GmbHG. Zudem müssen die Liquidatoren eine § 67 Abs. 3 GmbHG entsprechende Versicherung abgeben. Gerichtlich ernannte Liquidatoren werden von Amts wegen eingetragen, § 67 Abs. 4 GmbHG. Das Liquidatorenamt endet mit der Abberufung, der grundsätzlich jederzeit möglichen Amtsniederlegung<sup>1461</sup> oder mit einer gerichtlichen Entscheidung gem. § 66 Abs. 3 S. 1 GmbHG, andernfalls mit Beendigung der Liquidation gem. § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Liquidatoren sind zu entlasten, was in den Aufgabenbereich der Gesellschafter fällt.<sup>1462</sup>

Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft, § 70 S. 1 2. Hs GmbHG. Vorbehaltlich abweichender Regelungen sieht § 68 Abs. 1 S. 2 GmbHG eine Gesamtvertretung vor. Abweichende Regelungen können durch den Gesellschaftsvertrag, durch einen Gesellschafterbeschluss oder bei gerichtlicher Bestellung der Liquidatoren durch das Gericht getroffen werden.<sup>1463</sup> Die Vertretungsmacht ist unbeschränkt, wobei die Liquidatoren im Innenverhältnis an den Gesellschaftsvertrag, den Liquidationszweck sowie an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden sind.<sup>1464</sup> Auch bei den Liquidatoren einer Unternehmersgesellschaft ist zwischen der Organstellung und der schuldrechtlichen Beziehung, dem sog. Anstellungsverhältnis, zu unterscheiden.

## cc) Liquidationsverfahren

Die Auflösung der Gesellschaft ist gem. § 65 Abs. 2 S. 1 GmbHG von den Liquidatoren in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Durch die Bekanntmachung sind zugleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei dieser zu melden, § 65 Abs. 2 S. 2 GmbHG.

---

<sup>1457</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 6f.

<sup>1458</sup> BGH ZIP 2009, 34, 34f; Baumbach/Hueck § 66 Rn. 12; Wicke § 66 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 66 Rn. 2.

<sup>1459</sup> BayObLG BB 1976, 998, 998; K.Schmidt GesR S. 1200; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 32.

<sup>1460</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 9; Wicke § 67 Rn. 2.

<sup>1461</sup> Aus dem Anstellungsvertrag können indes Ansprüche auf Schadensersatz folgen.

<sup>1462</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 44.

<sup>1463</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 12ff; Wicke § 68 Rn. 2, 4. Vgl. zur Übertragung der Vertretungsbefugnisse für die Geschäftsführer auf die Liquidatoren, BGH ZIP 2009, 34, 34ff.

<sup>1464</sup> K.Schmidt GesR S. 1201; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 34; Wicke § 68 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 68 Rn. 5.

Die einmalige Bekanntmachung erfolgt im Bundesanzeiger (Gesellschaftsblatt), § 12 S. 1 GmbHG.

Im Rahmen des Liquidationsverfahrens sind die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen, § 70 S. 1 1. Hs GmbHG. Forderungen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringen, dürfen erst nach Befriedigung der übrigen Forderungen erfüllt werden.<sup>1465</sup> Eine Rangfolge zwischen den Gläubigern besteht indes nicht. Neue Geschäfte können über den Wortlaut des § 70 S. 2 GmbHG hinaus eingegangen werden, soweit sie objektiv dem Abwicklungszweck dienen und subjektiv zu diesem Zweck vorgenommen werden.<sup>1466</sup> Sämtliche Aktiva, die nicht Gegenstand noch schwebender Geschäfte sind, sind, soweit die Gesellschafter nichts Abweichendes vereinbaren, zu Geld zu machen.<sup>1467</sup> Dabei kann das Unternehmen der Gesellschaft als Ganzes veräußert werden.<sup>1468</sup> Die Art und Weise der Verwertung des Gesellschaftsvermögens ist nicht vorgegeben, so dass dies im pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren liegt. Tritt im Laufe des Liquidationsverfahrens eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit ein, haben die Liquidatoren, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, § 15a Abs. 1 S. 1 InsO.

Bekannte Forderungen sind zu begleichen, soweit sie fällig sowie unstreitig sind und der Gläubiger feststeht.<sup>1469</sup> Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, greift § 73 Abs. 2 S. 1 GmbHG. In diesen Fällen ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung gem. §§ 372ff BGB vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen.<sup>1470</sup> Ist eine Forderung nicht fällig oder bestritten, so darf eine Vermögensverteilung nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet wurde, § 73 Abs. 2 S. 2 GmbHG.

Die Liquidation ist beendet, wenn das verwertbare Vermögen nach Ablauf des Sperrjahres verteilt ist und keine Abwicklungsmaßnahmen mehr erforderlich sind.<sup>1471</sup> Nach Beendigung der Liquidation haben die Liquidatoren den Schluss der Liquidation zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Bücher und Schriften der Gesellschaft sind durch einen Gesellschafter oder einen Dritten für die Dauer von zehn Jahren zu verwahren, § 74 Abs. 2 GmbHG.

#### **dd) Verteilung des Liquidationserlöses**

Den Gesellschaftern kommt ein gesetzlicher Anspruch auf Ausschüttung des nach Abwicklung verbleibenden Gesellschaftsvermögens zu.<sup>1472</sup> Soweit dieser Anspruch nicht durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag gemindert wird, bedarf eine spätere Minderung der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters.<sup>1473</sup> Gläubiger sind diejenigen, die im Zeitpunkt der Vermögensverteilung Gesellschafter sind.<sup>1474</sup> Die Verteilung erfolgt

---

<sup>1465</sup> Scholz/K.Schmidt § 70 Rn. 9; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 38; Wicke § 70 Rn. 4.

<sup>1466</sup> Baumbach/Hueck § 70 Rn. 10; Wicke § 70 Rn. 5; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 37; Lutter/Hommelhoff § 70 Rn. 16.

<sup>1467</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 29; K.Schmidt GesR S. 1202; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff § 70 Rn. 13.

<sup>1468</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 29.

<sup>1469</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 51.

<sup>1470</sup> Scholz/K.Schmidt § 73 Rn. 10; vgl. Lutter/Hommelhoff § 73 Rn. 7.

<sup>1471</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 57.

<sup>1472</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 43; Baumbach/Hueck § 72 Rn. 2.

<sup>1473</sup> Baumbach/Hueck § 72 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 72 Rn. 9.

<sup>1474</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 43.



vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, § 72 GmbHG. Maßgeblich ist das Verhältnis der Nennwerte, wobei eigene Anteile der Gesellschaft außer Betracht bleiben.<sup>1475</sup> Inhalt des Anspruchs ist eine Geldleistung, hingegen durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss etwas Abweichendes bestimmt werden kann, so dass daher auch Dritte als Berechtigte benannt werden können oder die Satzung zudem als Begünstigten auch eine gemeinnützige Einrichtung vorsehen kann, was immer dann notwendig ist, wenn eine Gesellschaft als gemeinnützig i. S. d. AO anerkannt werden will, § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO.<sup>1476</sup> Die Vermögensverteilung darf gem. § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG erst erfolgen, wenn bekannte Schulden getilgt oder ihre Erfüllung sichergestellt und das Sperrjahr abgelaufen ist, wobei das Sperrjahr hinsichtlich der Ansprüche Dritter keine Ausschlusswirkung hat.<sup>1477</sup> Meldet sich ein Gläubiger aufgrund einer unbekannt gebliebenen Forderung jedoch erst nach Ablauf der Sperrfrist und Verteilung des Vermögens, geht dies zu seinen Lasten.<sup>1478</sup> Zudem ist während der Abwicklung eine Gewinnausschüttung oder eine Auskehrung von Rücklagen unzulässig.<sup>1479</sup> Bei einem Verstoß gegen § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG hat die Gesellschaft gegen die Gesellschafter einen Rückerstattungsanspruch.<sup>1480</sup> Ebenso hat die Gesellschaft gegen die Liquidatoren einen Anspruch aus § 73 Abs. 3 GmbHG. Nach h. M. werden die Regelungen der §§ 93 Abs. 5, 268 Abs. 2 AktG auf das GmbH-Recht entsprechend angewendet, so dass die Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft selbst geltend machen können, wobei dies nur für die Fälle gilt, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, bzw. die Gesellschaft den Anspruch nicht geltend macht.<sup>1481</sup> Ein eigener Direktanspruch gegen die Liquidatoren steht den Gläubigern nach h. M. aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 73 GmbHG zu, auch wenn dieser Anspruch gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft subsidiär ist.<sup>1482</sup>

## ee) Rechnungslegung

Im Liquidationsstadium muss einer Rechnungslegung nachgekommen werden, vgl. § 71 GmbHG. Daher sind eine Liquidationseröffnungsbilanz und ein erläuternder Bericht sowie für den Schluss eines jeden Jahres ein Jahresabschluss und ein Lagebericht aufzustellen, § 71 Abs. 1 GmbHG. Die Gesellschafterversammlung beschließt über die Feststellung der Eröffnungsbilanz und des Jahresabschlusses sowie über die Entlastung der Liquidatoren, § 71 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Der Eröffnungsbilanz hat zudem eine Schlussbilanz der werbenden Gesellschaft voranzugehen.<sup>1483</sup> Vor der Vermögensverteilung aber nach der Beendigung der Abwicklung haben die Liquidatoren eine Liquidationsschlussbilanz aufzustellen, was aus der Erfüllung der Liquidatorenpflichten folgt.<sup>1484</sup> § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG sieht vor, dass nach

<sup>1475</sup> Wicke § 72 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 72 Rn. 11; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 52.

<sup>1476</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 46; Wicke § 72 Rn. 2; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 51.

<sup>1477</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 48.

<sup>1478</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 52, 56.

<sup>1479</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 48; Wicke § 73 Rn. 1.

<sup>1480</sup> Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, RGZ 109, 387, 391f; OLG Rostock GmbHR 1996, 621, 621. Anspruch aus § 31 GmbHG unter Ausschluss von § 818 Abs. 3 BGB, BGHZ 179, 344, 357f; Baumbach/Hueck § 73 Rn. 17; vgl. K.Schmidt GesR S. 1205; Wicke § 73 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff § 73 Rn. 15; Ulmer/Paura § 73 Rn. 52.

<sup>1481</sup> Scholz/K.Schmidt § 73 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff § 73 Rn. 13; vgl. Wicke § 73 Rn. 6; Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 55.

<sup>1482</sup> Lutter/Hommelhoff § 71 Rn. 14; Scholz/K.Schmidt § 73 Rn. 32; vgl. Wicke § 73 Rn. 6; Baumbach/Hueck § 73 Rn. 22; Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 55; zweifelnd, Roth/Altmeppen § 73 Rn. 22f.

<sup>1483</sup> Scholz/K.Schmidt § 71 Rn. 8f; Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 33.

<sup>1484</sup> Lutter/Hommelhoff § 71 Rn. 12; Baumbach/Hueck § 71 Rn. 28; vgl. Ulmer/Paura § 71 Rn. 30; Scholz/K.Schmidt § 71 Rn. 30; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 70.

der Vermögensverteilung die Liquidatoren eine Schlussrechnung zu legen haben, wobei dies nach h. M. nicht erforderlich ist, da durch die Schlussbilanz ausreichend Rechnung gelegt wurde.<sup>1485</sup>

#### **ff) Nachtragsliquidation**

Auch bei einer Unternehmergeinschaft hat eine sog. Nachtragsliquidation zu erfolgen, soweit die Gesellschaft im Register gelöscht wurde, indes noch Vermögen vorhanden ist, wobei insoweit der Regelung des § 66 Abs. 5 GmbHG nach überwiegender Auffassung als ein gesetzlich geregelter Fall der Nachtragsliquidation angesehen wird.<sup>1486</sup> Der Nachtragsliquidator wird durch das Registergericht bestellt.<sup>1487</sup> Die Gesellschaft wird in das Handelsregister eingetragen, wobei dies durch die Löschung des Lösungsvermerks erfolgt.<sup>1488</sup> Die Nachtragsliquidation führt insoweit die ursprüngliche Liquidation fort.

#### **gg) Sonderfall: Vermögenslosigkeit**

Eine Gesellschaft erlischt ohne Liquidation, wenn sie wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden ist, § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG. Nur wenn sich nachträglich herausstellt, dass doch Vermögen vorhanden ist, findet eine Liquidation statt, § 66 Abs. 5 GmbHG.

#### **d) Fortsetzung der aufgelösten Unternehmergeinschaft**

Die Gesellschafter können grundsätzlich eine Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft beschließen, wobei hierfür erforderlich ist, dass die Gesellschaft noch nicht vollbeendet ist, der Auflösungsgrund nicht mehr besteht und keine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags vorliegt.<sup>1489</sup> Nicht einhellig wird die Frage beantwortet, ob es gleichsam notwendig ist, dass mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht begonnen wurde.<sup>1490</sup> Die Fortsetzung begründet kein Austrittsrecht für den überstimmten Gesellschafter, sofern wiederum kein wichtiger Grund einschlägig ist.<sup>1491</sup> Bei der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG zu beachten.

### **4. Zwischenergebnis**

Es kann festgehalten werden, dass die Auflösungsgründe der beiden Verbände zahlreich sind. Beim Verein und der Unternehmergeinschaft gibt es sowohl gesetzliche als auch

---

<sup>1485</sup> Wicke § 71 Rn. 5; Baumbach/Hueck § 71 Rn. 29; vgl. Lutter/Hommelhoff § 71 Rn. 13; vgl. Ulmer/Paura § 71 Rn. 28; vgl. Scholz/K.Schmidt § 71 Rn. 35; abweichend: Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 71.

<sup>1486</sup> Lutter/Hommelhoff § 74 Rn. 19; Scholz/K.Schmidt § 74 Rn. 26; vgl. Wicke § 60 Rn. 9; a. A. Baumbach/Hueck § 66 Rn. 40: Es handelt sich um eine erstmalige Liquidation.

<sup>1487</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 63.

<sup>1488</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 63 Rn. 63; vgl. Baumbach/Hueck § 60 Rn. 108; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 57.

<sup>1489</sup> Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 30; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 91; K.Schmidt GesR S. 1206; Heckschen/Heidinger § 18 Rn. 25; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff § 60 Rn. 28ff; Wicke § 60 Rn. 12: Soll nicht in den Fällen des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG möglich sein. Vgl. zu den einzelnen Auflösungsgründen, Scholz/K.Schmidt/Bitter § 60 Rn. 92ff; Fichtelmann, in: GmbHR 2003, 67, 69ff.

<sup>1490</sup> Bejahend: Baumbach/Hueck § 60 Rn. 91; Scholz, in: GmbHR 1982, 228, 234. Verneinend: Fichtelmann, in: GmbHR 2003, 67, 68: Irrelevant, solange das Stammkapital nicht gemindert ist; Hennrichs, in: ZHR 159 (1995), 593, 607; vgl. auch, Grunewald GesR § 13 Rn. 210: Das Gesellschaftsvermögen kann in Höhe des Stammkapitals wieder aufgefüllt werden.

<sup>1491</sup> Baumbach/Hueck § 60 Rn. 92; a. A. Münch Hdb GesR III/Weitbrecht § 62 Rn. 31; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Helm § 16 Rn. 31; Gehrlein, in: DStR 1997, 31, 32.

satzungsmäßige bzw. gesellschaftsvertragliche Endigungsgründe. Zur Beendigung eines Verbands bedarf es grundsätzlich einer Abwicklung in einem sog. Liquidationsverfahren<sup>1492</sup>, während bei einem insolventen aber nicht masselosen Verband die Abwicklung im Rahmen des Insolvenzverfahrens erfolgt. Beide Liquidationsverbände erhalten Liquidatoren als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane, welche die laufenden Geschäfte zu beenden, die Aktivmasse zu sammeln, das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen und das verbleibende Vermögen zu verteilen haben.<sup>1493</sup> Der aufgelöste Verband besteht bis zu seiner Vollbeendigung fort. Gleiches gilt nach h. M. für dessen Rechtsfähigkeit. Ob sich durch die Liquidation der Zweck des Verbands in einen Liquidationszweck ändert oder, ob der Liquidationszweck den bisherigen Zweck nur überlagert, ist bei beiden Rechtsformen gleichermaßen umstritten. Die Vollbeendigung tritt nach heute h. M. erst mit der Vermögenslosigkeit des Verbands und dem Löschen im Register (sog. Doppeltatbestand) ein. Wird nach der Löschung des Verbands im jeweiligen Register nachträglich festgestellt, dass noch Vermögen vorhanden ist, erfolgte eine sog. Nachtragsliquidation.

Der Verein wird durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung, durch satzungsmäßig bestimmten Zeitablauf, durch Beschluss der Mitgliederversammlung, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und durch die Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen worden ist, aufgelöst. Für die Unternehmersgesellschaft gelten gem. § 60 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, Abs. 2 GmbHG dieselben Auflösungsgründe. Auch die Möglichkeit der Auflösung durch ein öffentlich-rechtliches Vereinsverbot erstreckt sich auf beide Rechtsformen.<sup>1494</sup> Durch die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland wird ein Verein aufgelöst, wobei dies nach einer weitverbreiteten Auffassung auch für die Unternehmersgesellschaft gelten soll. Während die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland derzeit noch für den Verein zur Auflösung führt, wird ein solcher Beschluss bei der Unternehmersgesellschaft von § 4a GmbHG getragen. In beiden Rechtsformen können sich aus der Satzung weitere Auflösungsgründe ergeben. Das Verfahren nach § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG i. V. m. § 61 GmbHG hat keine Parallele im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht. Die Parallelregelung zu § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG i. V. m. § 62 GmbHG im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht, § 43 Abs. 2 BGB a. F.<sup>1495</sup>, wurde mit Wirkung zum 30.09.2009 aufgehoben. § 43 BGB n. F. gilt nur noch für konzessionierte Vereine. Gefährdet ein Verein das Gemeinwohl i. S. d. § 43 Abs. 1 BGB a. F., erscheint ein Einschreiten auf Grundlage des VereinsG als angemessener. Beim eingetragenen Verein besteht beim Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs i. S. v. § 43 Abs. 2 BGB a. F. die Möglichkeit der Löschung der Eintragung, was für die Unternehmersgesellschaft mit Blick auf § 1 GmbHG nicht in Betracht kommt. § 395 FamFG gilt für beide Rechtsformen. Demgegenüber findet § 397 FamFG bei einem eingetragenen Verein keine Anwendung. Dasselbe gilt für § 399 FamFG (i. V. m. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG). Die im GmbH-Recht mögliche Nichtigkeitsklage oder die Auflösung aufgrund einer Vermögenslosigkeit der Gesellschaft gem. § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG gibt es beim eingetragenen Verein nicht.

Des Weiteren weisen beide Verbände auch andere ihnen eigene Auflösungsstatbestände auf, die, wie sich gezeigt hat, umstritten sind. So soll bei der Unternehmersgesellschaft der Erwerb aller Geschäftsanteile durch die Gesellschaft die Auflösung bewirken, während der eingetragene Verein bei der Preisgabe des Vereinszwecks aufgrund einer Interessenlosigkeit der Mitglieder sowie beim Wegfall sämtlicher Mitglieder liquidationslos erlöschen soll.

---

<sup>1492</sup> Vgl. MüKo/Reuter §§ 45-47 Rn. 11.

<sup>1493</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 49 Rn. 1; Reichert Rn. 4240.

<sup>1494</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Korte § 61 Rn. 22; Wimmer, in: DSrR 1995, 1838, 1841.

<sup>1495</sup> Vgl. MüKo/Reuter §§ 43, 44 Rn. 1.

Entscheidend ist indes, dass sowohl die Erwägungen zum Erwerb aller Geschäftsanteile durch die Unternehmergesellschaft als auch die zum Wegfall sämtlicher Mitglieder des Vereins von der allgemeinen Frage geprägt sind, ob es trotz rechtlicher Verselbstständigung einen mitgliedslosen Verband geben kann.

Der eingetragene Verein kann im Gegensatz zur Unternehmergesellschaft auf seine Rechtsfähigkeit verzichten. Der Verzicht ist zwar gesetzlich nicht geregelt, hingegen diese Möglichkeit allgemein anerkannt ist. Die Rechtsfähigkeit kann auch nur dem eingetragenen Verein entzogen werden.<sup>1496</sup> Die Entzugsmöglichkeit nach § 73 BGB findet schon aufgrund von § 1 GmbHG keine entsprechende Anwendung im GmbH-Recht.

Bei beiden Rechtsformen erfolgt nach der Auflösung grundsätzlich eine Liquidation, wobei diese nach den gleichen Grundprinzipien abläuft. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden, die Gläubiger zu befriedigen, Forderungen einzuziehen, das Vermögen in Geld umzusetzen und nach dem Ablauf des Sperrjahres das verbleibende Verbandsvermögen an die Berechtigten auszukehren. Im Vereinsrecht ist jedoch § 49 Abs. 1 S. 3 BGB zu beachten. Die Auflösung ist bekanntzumachen. Zudem sind die Gläubiger aufzufordern, ihre Forderungen geltend zu machen. Im Rahmen der Liquidation können die Liquidatoren über den jeweiligen Wortlaut der einschlägigen Normen hinaus neue Geschäfte im Rahmen der Abwicklung eingehen. Eine Liquidation findet bei einem Verein nicht statt, wenn der Fiskus anfallberechtigt ist. Bei einer Unternehmergesellschaft erübrigt sich eine Liquidation, wenn die Gesellschaft vermögenslos ist (§ 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG), wobei in Anbetracht dessen vertreten wird, dass bei einem vermögenslosen Verein ebenso eine Liquidation entfallen kann. Während bei einem Verein keine allgemeine Pflicht zur Tragung eines Liquidationszusatzes vorgesehen ist, ergibt sich eine solche Pflicht für die Unternehmergesellschaft aus § 68 Abs. 2 GmbHG. Zudem ist bei der Unternehmergesellschaft auf den Geschäftsbriefen anzugeben, dass sich die Gesellschaft in der Liquidation befindet, § 71 Abs. 5 GmbHG. Ferner bleibt die aufgelöste Gesellschaft eine Handelsgesellschaft. Die Liquidation ändert am Fortbestand der Satzung und den Vereinsnebenordnungen respektive am Bestand des Gesellschaftsvertrages im Grundsatz nichts, obschon das selbst gesetzte Recht dahingehend überprüft werden muss, ob es mit der Liquidation verträglich ist.<sup>1497</sup>

Die Liquidatoren treten an die Stelle der Geschäftsführer bzw. des Vorstands. Die Stellung der Gesellschafterversammlung bzw. der Mitgliederversammlung bleibt unter Berücksichtigung der Liquidation dieselbe wie beim werbenden Verband. Die Liquidatoren sind für die ordnungsgemäße Abwicklung verantwortlich. Sie sind das gesetzliche Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan. Grundsätzlich sind die Geschäftsführer und der Vorstand als Liquidatoren berufen, es sei denn, es wird Abweichendes vereinbart oder ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung. Die gerichtliche Bestellung eines sog. Notliquidators ist bei beiden Verbänden zulässig. Die Möglichkeit der gerichtlichen Bestellung gem. § 66 Abs. 2 GmbHG gibt es beim Verein nicht. Die Liquidatoren sowie deren Vertretungsbefugnisse sind in das jeweilige Register einzutragen. Bei der Unternehmergesellschaft sind die besonderen Anforderungen des § 67 Abs. 2 und 3 GmbHG zu beachten. Das Amt beginnt mit dem Eintritt in das Abwicklungsstadium und endet grundsätzlich automatisch mit der Vollbeendigung des Verbands. Ferner endet die Amtsstellung auch bei Abberufung, durch jederzeit mögliche Amtsniederlegung oder bei der Unternehmergesellschaft durch gerichtlichen Beschluss gem. § 66 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die

---

<sup>1496</sup> Bayer S. 20: Der *numerus clausus* des Handelsgesellschaftsrechts lässt nichtrechtsfähige Korrelate zur GmbH nicht zu. Bei ihnen kommt daher nur die Auflösung in Betracht.

<sup>1497</sup> Vgl. Reichert Rn. 4145.

Vertretungsmacht der Liquidatoren ist nach h. M. unbeschränkt. Vorbehaltlich abweichender Regelungen sieht § 68 Abs. 1 S. 2 GmbHG bzw. § 48 Abs. 3 BGB eine Gesamtvertretungsmacht der Liquidatoren vor.<sup>1498</sup> Die Liquidatoren trifft zudem eine Schadensersatzpflicht aus § 73 Abs. 3 GmbHG bzw. § 53 BGB, wobei ein Direktanspruch der Gläubiger der Unternehmergeellschaft über § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 73 Abs. 3 GmbHG oder §§ 93 Abs. 5, 268 Abs. 2 AktG analog gesucht wird.

Eine besondere Mitteilung für bekannte Gläubiger, wie es § 50 Abs. 2 BGB vorsieht, enthält das GmbH-Recht nicht. Zudem kann der Verein in der Satzung für die Veröffentlichungen ein explizites Blatt bestimmen (§ 50 Abs. 1 S. 3 BGB), was bei der Unternehmergeellschaft nur zusätzlich zur Bekanntmachung im Bundesanzeiger (Gesellschaftsblatt) möglich ist, § 12 GmbHG. Bei beiden Verbänden genügt nunmehr eine einmalige Bekanntmachung. Die Abwicklung selbst hat durch die Liquidatoren nach pflichtgemäßem Ermessen, ggfs. konkretisiert durch einschlägige Satzungsregelungen oder Weisungen der Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlung, zu erfolgen. Durch den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung oder durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung bzw. der Mitgliederversammlung kann vorgesehen werden, dass das Restvermögen des Verbands ohne vorherige Umsetzung in Geld in Natur verteilt wird. Forderungen, die ihre Grundlagen im Gesellschaftsverhältnis haben, dürfen bei der Unternehmergeellschaft erst nach Befriedigung aller anderen Forderungen erfüllt werden. Demgegenüber besteht bei beiden Verbänden grundsätzlich keine Rangfolge bei den Gläubigern. Liegt im Laufe des Liquidationsverfahrens Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit vor, sind die Liquidatoren verpflichtet, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, § 15a Abs. 1 S. 1 InsO bzw. § 42 Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. § 48 Abs. 2 BGB. Bekannte Forderungen sind zu begleichen, soweit sie fällig sowie unstrittig sind und der Gläubiger feststeht. Soweit jemand eine bekannte, nicht zwingend unstrittige aber auch nicht offensichtlich unbegründete Forderung erhebt, greifen die identischen Regelungen, vgl. § 73 Abs. 2 GmbHG, § 52 Abs. 1 und 2 BGB. Nach Sicherung bzw. Befriedigung der Verbandsgläubiger kann der verbleibende Überschuss an die Berechtigten ausgekehrt werden, wobei jedoch das Sperrjahr gem. § 73 Abs. 1 GmbHG bzw. § 51 BGB i. V. m. § 50 Abs. 1 S. 4 BGB zu beachten ist. Die Wirkung des Sperrjahres ist bei beiden Rechtsformen identisch. Die Liquidation endet mit der Schlussverteilung nach Ablauf des Sperrjahres sowie der Durchführung aller sonstigen Maßnahmen im Rahmen der Abwicklung. Die Beendigung der Liquidation ist in das jeweilige Register einzutragen. Eine § 74 Abs. 2 GmbHG entsprechende Vorschrift gibt es im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht nicht.<sup>1499</sup>

Bei der Unternehmergeellschaft wird der verbleibende Liquidationsüberschuss an die Gesellschafter nach Maßgabe der Verhältnisse der Geschäftsanteile ausgekehrt (§ 72 GmbHG), obschon Abweichendes bestimmt werden kann. Beim Verein richtet sich die Berechtigung primär nach den in der Satzung bestimmten Regelungen, § 45 Abs. 1 BGB. Die Bestimmung der Anfallberechtigten kann sich jedoch auch aus einem Beschluss der Mitgliederversammlung oder eines anderen Organs (§ 45 Abs. 2 BGB) oder aus der Art des Vereins (§ 45 Abs. 3 BGB) ergeben. Auch bei der Liquidation eines Verbands muss eine vorhandene Steuerbegünstigung beachtet werden.

Zwar haben die Liquidatoren eines Vereins der Mitgliederversammlung eine Schlussrechnung zu erteilen (§ 666 BGB i. V. m. §§ 27 Abs. 3, 48 Abs. 2 BGB), indes ist bei einer

---

<sup>1498</sup> Vgl. Reichert Rn. 4184.

<sup>1499</sup> Vgl. Reichert Rn. 4379.

Unternehmergesellschaft grundsätzlich<sup>1500</sup> eine umfassendere Rechnungslegung und Bilanzierung vorzunehmen.

Es besteht im Allgemeinen die Möglichkeit, die Auflösung rückgängig zu machen und die Fortsetzung des Liquidationsverbands in einen werbenden Verband zu beschließen.<sup>1501</sup> Die Fortsetzung bedingt indes als Voraussetzung den Wegfall des Auflösungsgrundes sowie die fehlende Vollbeendigung. Beim eingetragenen Verein ist es zudem unschädlich, wenn bereits mit einer Verteilung des Vereinsvermögens begonnen wurde. Diese gilt nach h. M nicht für die Unternehmergesellschaft, da die Grundsätze der Vermögensbindung dem entgegenstehen.<sup>1502</sup>

## VIII. Mitgliedschaft

### 1. Grundsätzliches

Vereine und Gesellschaften haben Mitglieder. Die Mitgliedschaft bezeichnet im Gesellschaftsrecht die auf die Zugehörigkeit zu einem Verband beruhende Rechtsstellung einer Person.<sup>1503</sup> Dabei begreift das Gesellschaftsrecht die Mitgliedschaft als spezifisches privatrechtliches Phänomen.<sup>1504</sup> Auch wenn sich die Mitgliedschaften in den einzelnen Rechtsformen unterscheiden, so ist die Rechtsnatur stets dieselbe, wobei die Mitgliedschaft mehr ist als die Summe der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.<sup>1505</sup>

Aus den früher miteinander streitenden Auffassungen, dass die Mitgliedschaft ein Rechtsverhältnis sei, aus dem sich subjektive Rechte und Pflichten ergeben<sup>1506</sup> sowie, dass die Mitgliedschaft selbst ein subjektives Recht sei<sup>1507</sup>, bildete sich die Auffassung heraus, dass beide Ansichten ihre Richtigkeit haben.<sup>1508</sup> Dies folgt aus dem Umstand, dass die Mitgliedschaft als ein in sich geschlossenes Ganzes die Teilhabe an einer Rechtsform beschreibt und hieraus sowohl das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis resultiert als auch die subjektiv-rechtliche Position des Mitglieds.<sup>1509</sup> Das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis begründet eine Sonderrechtsbeziehung zwischen dem Mitglied und dem Verband sowie den Mitgliedern untereinander.<sup>1510</sup> Aus ihm folgen Loyalitäts- und Rücksichtspflichten.<sup>1511</sup> Die Mitgliedschaft stellt sich daher als „Quelle mehrseitiger Sonderrechtsbeziehungen“ dar.<sup>1512</sup> Unterschiede zwischen den jeweiligen Mitgliedschaften ergeben sich aus dem Recht der Verbände sowie innerhalb einer Rechtsform aus der konkret gewählten Realstruktur.

---

<sup>1500</sup> Vgl. zur entsprechenden Anwendung des § 71 Abs. 1 GmbHG auf den eingetragenen Verein, Münch Hdb GesR V/Korte § 65 Rn. 98; Reichert Rn. 4237ff.

<sup>1501</sup> Vgl. Reichert Rn. 4387; Bayer S. 21.

<sup>1502</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 49 Rn. 17.

<sup>1503</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 1; MüKo/Reuter § 38 Rn. 1; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 86.

<sup>1504</sup> K.Schmidt GesR S. 548; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 88.

<sup>1505</sup> K.Schmidt GesR S. 548, 550; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 1; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 158; Beuthien, in: AG 2002, 266, 267f; vgl. jedoch, MüKo/Reuter § 38 Rn. 5f.

<sup>1506</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 3f; Hadding, in: Festschrift Steindorff 1990, S. 31, 36, 38; vgl. Lutter, in: ZHR 162 (1998), 164, 179.

<sup>1507</sup> Wiedemann Bd. I S. 95; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 101f.

<sup>1508</sup> Reichert Rn. 718; MüKo/Reuter § 38 Rn. 11; K.Schmidt, in: JZ 1991, 157, 158.

<sup>1509</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 11; K.Schmidt GesR S. 549; a. A. Beuthien, in: AG 2002, 266, 268.

<sup>1510</sup> K.Schmidt GesR S. 552; Baumgärtner S. 116f; Hadding, in: Festschrift Steindorff 1990, S. 31, 36f; Lutter, in: ZHR 162 (1998), 164, 177.

<sup>1511</sup> K.Schmidt GesR S. 552; Lutter, in: ZHR 162 (1998), 164, 177.

<sup>1512</sup> K.Schmidt GesR S. 553.

Die mitgliedschaftlichen Rechte können sowohl aus dem Gesetz als auch aus der Satzung folgen. Ist für das mitgliedschaftliche Recht die Satzung der Anknüpfungspunkt, muss hinterfragt werden, ob die jeweilige Regelung echter oder unechter Satzungsbestandteil ist.<sup>1513</sup> Lediglich die zuerst genannten Rechte sind mit der Mitgliedschaft verbunden und genießen darüber hinaus satzungsmäßigen Bestandsschutz.<sup>1514</sup>

Zu den Mitgliedschaftsrechten zählen oftmals Leistungsbefugnisse.<sup>1515</sup> Des Weiteren gehört zu ihnen das Stimmrecht<sup>1516</sup>, wonach das Mitglied die Befugnis zur Teilnahme an der inneren Willensbildung des Verbands erlangt.<sup>1517</sup> Ebenso steht den Mitgliedern ein Informationsrecht zu.<sup>1518</sup> Die Bandbreite der Mitgliedschaftsrechte lässt sich einteilen in Teilhaberechte, Schutzrechte und Vermögensrechte bzw. in Mitverwaltungsrechte und Vermögensrechte bzw. in allgemeine Mitgliedschaftsrechte und Sonderrechte.<sup>1519</sup>

Als oberste Mitgliedschaftspflicht kann die allgemeine Zweckförderungspflicht angesehen werden.<sup>1520</sup> Entscheidende mitgliedschaftliche Pflichten sind daher die Beitrags- und Treuepflicht.<sup>1521</sup> Die allgemeine Loyalitätspflicht kann sich zu konkreten Förderungs- und Interessenwahrungspflichten verdichten, wobei diese Pflichten einen wesentlichen Teil des ungeschriebenen Gesellschaftsrechts ausmachen.<sup>1522</sup> Der Umfang der Treuepflicht hängt von der jeweiligen Rechtsform sowie der konkreten Verbandsstruktur ab.

Darüber hinaus ist die Mitgliedschaft durch Abwehransprüche und Klagerechte gegen rechtswidriges Verhalten der Körperschaft geschützt.<sup>1523</sup> Die Mitgliedschaft begründet ein absolutes Recht. Sie stellt in beiden Verbänden ein sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB dar.<sup>1524</sup>

Grundsätzlich wird die Mitgliedschaft auf drei verschiedenen Wegen erworben. Der Erwerb kann sich durch die Beteiligung am Gründungsvorgang, durch nachträglichen Beitritt (Aufnahme) oder durch eine Rechtsnachfolge vollziehen.<sup>1525</sup> Demgegenüber kann die Mitgliedschaft auf vier unterschiedlichen Wegen verloren gehen, so dass hier die

---

<sup>1513</sup> K.Schmidt GesR S. 557; Priester, in: DB 1979, 681, 681.

<sup>1514</sup> K.Schmidt GesR S. 557; Priester, in: DB 1979, 681, 681.

<sup>1515</sup> K.Schmidt GesR S. 601.

<sup>1516</sup> Hiervon ist die sog. Stimmkraft zu trennen, die Auskunft darüber gibt, wie viel Gewicht der Stimme eines Mitglieds zukommt. Sie kann etwa zwischen den Mitgliedern durch die Berücksichtigung der Vermögensbeteiligung unterschiedlich bemessen sein.

<sup>1517</sup> K.Schmidt GesR S. 604.

<sup>1518</sup> Vgl. Lutter, in: ZGR 1982, 1, 3; Haas/Scholl, in: Festschrift Hadding 2004, S. 365, 365ff; Wilde, in: ZGR 1998, 423, 423f: Man unterscheidet zwischen kollektiven Informationsrechten (Recht der Körperschaft) und den individuellen Informationsrechten (Recht des einzelnen Mitglieds gegen die Körperschaft). Nur das individuelle Informationsrecht wurzelt in der Mitgliedschaft.

<sup>1519</sup> K.Schmidt GesR S. 557f; vgl. Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 86.

<sup>1520</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 557; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 90, 102f.

<sup>1521</sup> K.Schmidt GesR S. 557.

<sup>1522</sup> K.Schmidt GesR S. 588; Baumgärtner S. 1f, 116f; Wiedemann, in: Festschrift Heinsius 1991, S. 949, 949; vgl. Hüffer, in: Festschrift Steindorff 1990, S. 59, 59; Lutter, in: ZHR 162 (1998), 164, 166f; vgl. ders., in: AcP 180 (1980), 84, 103f.

<sup>1523</sup> Vgl. BGHZ 83, 122, 134f. Die Abwehransprüche und Klagerechte des Einzelnen (*actio negatoria*) sind von der Geltendmachung der Rechte des Verbands durch ein Mitglied (*actio pro socio*) zu unterscheiden, K.Schmidt GesR S. 645, 650f. Vgl. K.Schmidt GesR S. 645; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 140ff; kritisch, Wiedemann Bd. I S. 463f; ebenso MüKo/Reuter § 38 Rn. 28f. Vgl. zur *actio pro socio* insgesamt, K.Schmidt GesR S. 629ff; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 23; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 132ff.

<sup>1524</sup> RGZ 100, 274, 278; 158, 248, 255; BGHZ 110, 323, 327; Reichert Rn. 719; Reuter, in: Festschrift Lange 1992, S. 707, 726; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 130; K.Schmidt, in: JZ 1991, 157, 158; a. A. Soergel/Hadding § 38 Rn. 3c; Staudinger/Weick § 35 Rn. 25.

<sup>1525</sup> K.Schmidt GesR S. 551.

Vollbeendigung der Rechtsform, der Austritt, der Ausschluss und die Rechtsnachfolge zu nennen sind.<sup>1526</sup>

Zu beachten ist, dass Mitgliedschaftsrechte nicht von der Mitgliedschaft getrennt werden können, auch wenn dies für einzelne aus der Mitgliedschaft erwachsene Ansprüche möglich ist.<sup>1527</sup>

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Die Vereinsmitglieder sind die sich im Verein zusammengeschlossenen Personen. Bei den Voraussetzungen der Mitgliedschaft muss man zwischen gesetzlichen und satzungsmäßigen Voraussetzungen unterscheiden, wobei die gesetzlichen Voraussetzungen sich nicht aus dem Gesetzestext des BGB ergeben, sondern vielmehr aus der Rechtsdogmatik der Mitgliedschaft.<sup>1528</sup> Die Mitgliedsfähigkeit bedingt die Rechtsfähigkeit des betreffenden Mitglieds<sup>1529</sup>, so dass natürliche Personen, juristische Personen, Gesamthandsgesellschaften oder nichteingetragene Vereine Vereinsmitglieder sein können.<sup>1530</sup> Einschränkungen ergeben sich aus §§ 2 Abs. 1 S. 2, 10 Abs. 1 S. 4 PartG. Den Status eines Vereinsmitglieds können auch Geschäftsunfähige, Minderjährige oder Betreute erlangen.<sup>1531</sup> Der Erwerb mehrerer Mitgliedschaften in einem Verein ist nicht möglich. Die Mitgliedschaften können zudem unterschiedlich ausgestaltet sein.

### b) Inhalt

Wird die Mitgliedschaft des Einzelnen durch einen Dritten beeinträchtigt, können Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB einschlägig sein.<sup>1532</sup> Demgegenüber sollen nach einer weitverbreiteten Auffassung Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Mitgliedschaft gegen den Verein, gegen Vorstandsmitglieder oder andere Mitglieder ausscheiden (Vereinsinnenverhältnis), da das Deliktsrecht das Vereinsorganisations- und Vereinsinnenrecht nicht überlagert.<sup>1533</sup> Für diesen Fall werden jedoch Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB bejaht.<sup>1534</sup>

Maßgeblich für den Umfang der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten sind die Satzung, ggfs. die Vereinsordnungen, etwaige Abreden, Beschlüsse und sonstige Maßnahmen von Vereinsorganen sowie die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften des Vereinsrechts, so dass sich aus dem Zusammenwirken dieser Gesamtheit im Einzelfall die konkrete Rechtslage ermitteln lässt.<sup>1535</sup>

Neben der Mitgliedschaft können auch weitere Rechte bestehen. Diese folgen dann in erster Linie aus Rechtsgeschäften oder gesetzlichen Schuldverhältnissen zwischen dem Verein und dem Mitglied (sog. (Dritt-)Gläubigerrechte), wodurch insoweit die allgemeinen Regeln

---

<sup>1526</sup> K.Schmidt GesR S. 552.

<sup>1527</sup> Vgl. BGHZ 3, 354, 357; BGH NJW 1987, 780, 780; K.Schmidt GesR S. 560ff.

<sup>1528</sup> K.Schmidt GesR S. 702.

<sup>1529</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 5.

<sup>1530</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 23f; Soergel/Hadding § 38 Rn. 5; Stöber/Otto Rn. 195.

<sup>1531</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 6.

<sup>1532</sup> Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 1; MüKo/Reuter § 38 Rn. 17.

<sup>1533</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 4; vgl. Stöber/Otto Rn. 327; vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 24; MüKo/Reuter § 38 Rn. 20f; Staudinger/Weick § 35 Rn. 25; abweichend: BGH NJW 1990, 2877, 2878; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 335a; K.Schmidt, in: JZ 1991, 157, 158ff; Götz/Götz, in: JuS 1995, 106, 109.

<sup>1534</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 4.

<sup>1535</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 15.



gelten, da das Mitglied dem Verein diesbezüglich wie ein Nichtmitglied gegenübersteht.<sup>1536</sup> Die Abgrenzung zur Mitgliedschaft kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.<sup>1537</sup> Daneben können auch sog. mitgliedschaftliche Gläubigerrechte bestehen, die einem mitgliedschaftlichen Tatbestand entspringen.<sup>1538</sup>

Gem. § 38 S. 2 BGB kann ein Vereinsmitglied die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte nicht einem anderen überlassen, hingegen gem. § 40 BGB abweichende Gestaltungen möglich sind.<sup>1539</sup> Soweit nicht aus der Satzung oder dem Vereinszweck etwas Abweichendes folgt, werden die Mitgliedsrechte eines minderjährigen oder geschäftsunfähigen Mitglieds durch dessen gesetzliche Vertreter ausgeübt.<sup>1540</sup> Darüber hinaus ist die Mitgliedschaft nicht teilbar.<sup>1541</sup>

## **aa) Mitgliedschaftsrechte**

### **(1) Vorteilsrechte / Werte- und Benutzungsrechte**

Den Mitgliedern kommt nach Maßgabe der Satzung das Recht zu, die Vereinseinrichtungen zu benutzen, die Dienstleistungen des Vereins in Anspruch zu nehmen und sonstige Leistungen des Vereins zu beziehen.<sup>1542</sup> Bis auf die Normierung der Anfallberechtigung in § 45 BGB sind die Vermögensrechte nicht gesetzlich geregelt. Den Vereinsmitgliedern steht am Vereinsvermögen kein Anteil zu, zumal eine entgegenstehende Regelung in der Satzung mit dinglicher Wirkung nicht zulässig sein soll.<sup>1543</sup> Des Weiteren sieht das Vereinsrecht keinen Anspruch des Mitglieds auf eine Gewinnbeteiligung oder einen Anspruch auf einen Teil des Vereinsvermögens beim Ausscheiden vor. Bestimmte Abfindungsansprüche können hingegen nach h. M. in die Satzung aufgenommen werden, wobei der Rechtsgedanke des § 42 Abs. 2 BGB die Grenze von Abfindungsansprüchen bilden soll und die Abgrenzung von wirtschaftlichen zu nichtwirtschaftlichen Vereinen i. S. v. §§ 21, 22 BGB zu beachten ist.<sup>1544</sup>

### **(2) Mitverwaltungsrechte / Organschafts- und Teilhaberechte**

Das Mitglied hat zudem das Recht auf Teilhabe an den Vereinsangelegenheiten.<sup>1545</sup> Davon umfasst sind die mit der Durchführung der Mitgliederversammlung zusammenhängenden Rechte, mithin das Teilnahmerecht, das Recht auf Einladung, das Rede- und Antragsrecht, das aktive und passive Wahlrecht, das Berufungsrecht der Mitgliederversammlung nach § 37 BGB sowie das Stimmrecht.<sup>1546</sup> Die Satzung kann eine Erweiterung dieser Rechte beinhalten.<sup>1547</sup> Den Mitgliedern des Vereins kommt zudem in der Mitgliederversammlung ein

---

<sup>1536</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 2; Soergel/Hadding § 38 Rn. 26.

<sup>1537</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 3; Reichert Rn. 808.

<sup>1538</sup> Reichert Rn. 809ff.

<sup>1539</sup> Stöber/Otto Rn. 328; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 345; Reichert Rn. 724; K.Schmidt GesR S. 704.

<sup>1540</sup> Der Minderjährige nimmt jedoch am eigentlichen Vereinsleben in der Regel selbst teil.

<sup>1541</sup> Reichert Rn. 720.

<sup>1542</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 5; Reichert Rn. 804f; Stöber/Otto Rn. 343;

Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 340; Staudinger/Weick § 35 Rn. 4.

<sup>1543</sup> OLG Stuttgart OLGZ 1971, 465, 467; Reichert Rn. 805; vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 18a; vgl.

MüKo/Reuter § 38 Rn. 30; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 184f; in extremen Ausnahmefällen einschränkend, Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 8.

<sup>1544</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 9f; K.Schmidt GesR S. 705; MüKo/Reuter § 38 Rn. 31; Soergel/Hadding § 38 Rn. 18a; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 15ff; a. A. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 185ff, 208.

<sup>1545</sup> Reichert Rn. 798; Staudinger/Weick § 35 Rn. 3.

<sup>1546</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 17; Stöber/Otto Rn. 340ff.

<sup>1547</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 17.

Auskunfts- und Informationsrecht gem. § 27 Abs. 3 BGB<sup>1548</sup> bzw. § 131 Abs. 1 AktG analog<sup>1549</sup> zu. Ob dieses Recht ausschließlich auf die Mitgliederversammlung beschränkt ist, ist umstritten.<sup>1550</sup> Die Satzung kann indes ein außerhalb der Mitgliederversammlung bestehendes Informationsrecht begründen.<sup>1551</sup> Das Recht kann jedoch gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 5 AktG analog oder aufgrund von Geheimhaltungsvereinbarungen mit Geschäftspartnern des Vereins begrenzt sein.<sup>1552</sup> Ob die Interessen des Vereins an einer Geheimhaltung überwiegen, ist anhand einer einzelfallabhängigen Interessenabwägung festzustellen.<sup>1553</sup> Das Recht auf Teilnahme an der Mitgliederversammlung sowie das Recht zur Mitwirkung bei der Antragsstellung gem. § 37 BGB sind für sämtliche Vereinsmitglieder unabdingbar.<sup>1554</sup>

### **(3) Schutzrechte**

Zu den mitgliedschaftlichen Schutzrechten im Vereinsrecht gehören das Austrittsrecht gem. § 39 BGB, das Einberufungsrecht der Mitgliederversammlung gem. § 37 BGB, die Treuepflicht des Vereins gegenüber den Mitgliedern sowie der Anspruch auf eine recht- und satzungsmäßige Behandlung.<sup>1555</sup> Des Weiteren ist dem Vereinsrecht auch der Gleichbehandlungsgrundsatz immanent.<sup>1556</sup>

### **(4) Sonderrechte**

Sonderrechte kommen nicht allen Vereinsmitgliedern zu. Sie können im gesamten Bereich der Mitgliedschaftsrechte angesiedelt werden, obgleich maßgebend ist, dass sie auf der Mitgliedschaft beruhen, auch wenn sie über diese allgemeinen Rechte hinausgehen.<sup>1557</sup> Die unterschiedliche Behandlung von verschiedenen Mitgliedergruppen aufgrund einer satzungsmäßigen Vorgabe begründet nicht die Einräumung eines Sonderrechts i. S. v. § 35 BGB.<sup>1558</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass im Vereinsrecht der Grundsatz der Gleichstellung und der Gleichbehandlung aller Vereinsmitglieder gilt, woraus jedoch nicht folgt, dass alles unter allen Umständen gleichbehandelt werden muss, auch wenn demgegenüber eine Schlechterstellung einzelner Mitglieder nicht willkürlich erfolgen darf und gleichsam die Bindung an den Vereinszweck sowie an Treu und Glauben zu beachten ist.<sup>1559</sup> Gem. § 35 BGB ist ein Sonderrecht<sup>1560</sup> ein unentziehbares Recht, welches eine satzungsmäßige

---

<sup>1548</sup> BGH NJW-RR 2003, 830, 830; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 18.

<sup>1549</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 17; MüKo/Reuter § 38 Rn. 37f; K.Schmidt GesR S. 705.

<sup>1550</sup> Bejahend: KG NJW-RR 1999, 1486, 1486; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 18; Soergel/Hadding § 38 Rn. 17; Haas/Scholl, in: Festschrift Hadding 2004, S. 365, 379f. Verneinend: OLG Hamburg NZG 2010, 317, 317; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 336; Reichert Rn. 801. Vermittelnd: MüKo/Reuter § 38 Rn. 38.

<sup>1551</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 18.

<sup>1552</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2003, 830, 830f; ZIP 2010, 2397, 2397; MüKo/Reuter § 38 Rn. 38; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 19. Vgl. zur Einsicht in die Mitgliederliste, BGH ZIP 2010, 2397, 2398; OLG Hamburg NZG 2010, 317, 317ff; LG Köln GWR 2011, 499, 499; NZG 2011, 1193, 1193ff; Stöber/Otto Rn. 342.

<sup>1553</sup> Haas/Scholl, in: Festschrift Hadding 2004, S. 365, 382f; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 19.

<sup>1554</sup> Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 2.

<sup>1555</sup> Vgl. BGHZ 110, 323, 327; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 24; MüKo/Reuter § 38 Rn. 32, 35f; Reichert Rn. 802.

<sup>1556</sup> BGHZ 55, 381, 387; Palandt/Ellenberger § 35 Rn. 3; MüKo/Reuter § 38 Rn. 34; Reichert Rn. 838ff.

<sup>1557</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 34; Palandt/Ellenberger § 35 Rn. 1.

<sup>1558</sup> Staudinger/Weick § 35 Rn. 17.

<sup>1559</sup> BGHZ 55, 381, 387; Stöber/Otto Rn. 336; Reichert Rn. 857; K.Schmidt GesR S. 706; Staudinger/Weick § 35 Rn. 8; Soergel/Hadding § 35 Rn. 7.

<sup>1560</sup> Hiervon sind u. a. Ehrungen oder Aufmerksamkeiten zu trennen. Diese können jedoch mit einem Sonderrecht (z. B. Beitragsfreiheit) verknüpft werden, vgl. Stöber/Otto Rn. 214ff; Reichert Rn. 769ff. Gleichsam sind hiervon die erlangten Erlaubnisse, Lizenzen und sportlichen Qualifikationen zu trennen, Reichert Rn. 858.

Verankerung bedingt.<sup>1561</sup> Werden Sonderrechte durch Beschlüsse oder tatsächliche Handlungen anderer Vereinsorgane beeinträchtigt, greift § 35 BGB, so dass der Schutzbereich über den Wortlaut hinausragt.<sup>1562</sup> Der Begünstigte muss der Erteilung des Sonderrechts zustimmen. Die Zulässigkeit des Entzugs eines Sonderrechts ohne Zustimmung des Berechtigten aus wichtigem Grund ist umstritten.<sup>1563</sup>

## **bb) Mitgliedschaftspflichten**

### **(1) Beitragspflicht / Vermögenspflichten**

Der Beitragspflicht liegt die Förderung des Vereinszwecks zu Grunde. Gem. § 58 Nr. 2 BGB soll die Vereinssatzung Bestimmungen darüber enthalten, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind. Ausreichend ist, wenn die Satzung vorsieht, dass Beiträge erhoben werden und gleichsam in ihr bestimmt wird, welches Organ für die Festsetzung der Beitragshöhe zuständig ist.<sup>1564</sup> Die Verankerung eines Maximalbetrages ist grundsätzlich nicht erforderlich.<sup>1565</sup> Die Vereinsbeiträge<sup>1566</sup> sind regelmäßig wiederkehrende Geldleistungen aber auch alle weiteren Verpflichtungen, welche der Verwirklichung des Vereinszwecks dienen.<sup>1567</sup> Die Satzung kann auch Beiträge in Form von Dienst- oder Arbeitsleistungen vorsehen.<sup>1568</sup> Die Grenze der zulässigen Beitragserhöhung wird im GmbH-Recht in § 53 Abs. 3 GmbHG verankert, wonach das Mitglied nicht mit Pflichten belastet werden darf, die es beim Eintritt in die Gesellschaft nicht vorhersehen konnte.<sup>1569</sup> Im Vereinsrecht kann diese Einschränkung grundsätzlich nicht gelten, da die Mitgliedsbeiträge der Preisentwicklung angepasst werden müssen und die Preiserhöhung solange zulässig bleibt, wie sie sachlich vertretbar und zumutbar ist.<sup>1570</sup> Die Pflicht zur Erbringung der Vereinsbeiträge folgt den Regeln des allgemeinen Schuldrechts.

Neben den Beiträgen sind Umlagen möglich. Hierbei handelt es sich um außerordentliche Beiträge zur Deckung eines außergewöhnlichen Bedarfs.<sup>1571</sup> Des Weiteren sind Eintrittsgelder und Gebühren denkbar.<sup>1572</sup> All diese Pflichten bedürfen einer statutarischen Grundlage.

---

<sup>1561</sup> Palandt/Ellenberger § 35 Rn. 1.

<sup>1562</sup> Reichert Rn. 875; Palandt/Ellenberger § 35 Rn. 5; Stöber/Otto Rn. 212; Soergel/Hadding § 35 Rn. 16.

<sup>1563</sup> Bejahend: Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 38; K.Schmidt GesR S. 706; Staudinger/Weick § 35 Rn. 21. Stark einschränkend: Reichert Rn. 880ff; Soergel/Hadding § 35 Rn. 18; MüKo/Reuter § 35 Rn. 10.

<sup>1564</sup> BGHZ 105, 306, 316; 130, 243, 246f; BGH NJW 2010, 3521, 3521; Reichert Rn. 897f; Stöber/Otto Rn. 352.

<sup>1565</sup> BGH ZIP 2007, 2264, 2265; NJW 2010, 3521, 3522. Missverständlich: BGHZ 105, 306, 316; hierauf eingehend, BGHZ 130, 243, 246f; vgl. auch Soergel/Hadding § 38 Rn. 21.

<sup>1566</sup> Es kann eine Trennung zwischen Beiträgen (jede als Primärpflicht vom Mitglied geschuldete Zweckförderung) und Einlagen (ein zur Eigenkapitalbildung zu leistender Beitrag, der die Haftungsmasse mehrt) vorgenommen werden, vgl. K.Schmidt GesR S. 566ff; vgl. ebenso, Reichert Rn. 888ff: Beiträge im engeren und weiteren Sinne.

<sup>1567</sup> BGHZ 96, 253, 255; Stöber/Otto Rn. 348; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 117; Reichert Rn. 888.

<sup>1568</sup> Vgl. BAG NJW 2003, 161, 162; vgl. Stöber/Otto Rn. 349; Reichert Rn. 893, 955; Soergel/Hadding § 38 Rn. 21.

<sup>1569</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 5; Beuthien, in: BB 1987, 6, 10f.

<sup>1570</sup> BGH WM 2007, 2243, 2244f; NJW 2010, 3521, 3522; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 5; Beuthien, in: BB 1987, 6, 11.

<sup>1571</sup> Vgl. BGH ZIP 2007, 2264, 2265f; OLG München NJW-RR 1998, 966, 966; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 8; Stöber/Otto Rn. 350; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 347; Reichert Rn. 932; Müller, in: MDR 1992, 924, 924.

<sup>1572</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 11.

## (2) Mitverwaltungspflicht / Organschaftspflichten

Die Satzung oder ein hiervon gedeckter Beschluss kann den Mitgliedern Mitverwaltungspflichten innerhalb des Verbands auferlegen, wobei insoweit entscheidend ist, dass diese Pflichten dem Mitglied möglich und zumutbar sind.<sup>1573</sup>

## (3) Treuepflicht

In einem eingetragenen Verein gilt die sog. Treuepflicht, der eine Auffangfunktion zukommt und eine Verpflichtung gegenüber dem Verein beinhaltet, sich loyal zu verhalten, seinen Zweck zu fördern und dem Verein nicht zu schaden.<sup>1574</sup> Die Pflicht ist durch eine gegenseitige grundsätzliche Rücksichtnahme gekennzeichnet, deren Inhalt sich im Einzelfall nach den vorliegenden Umständen unter besonderer Berücksichtigung des Vereinszwecks, der Realstruktur des Vereins und dem Abhängigkeitsgrad des Mitglieds vom Verein bemisst.<sup>1575</sup>

Treuepflichten, die sich in aktive und passive Pflichten unterteilen lassen, dürfen nicht dazu führen, Mitgliedern Pflichten aufzuerlegen, mit welchen sie aufgrund der Satzung oder der Beitragsordnung nicht rechnen müssen.<sup>1576</sup> Als aktive Treuepflichten kommen Pflichten im Bereich der Mitverwaltung, Pflichten zur Teilnahme bzw. zur Abstimmung sowie die Beachtung von schutzwürdigen Minderheitsinteressen in Betracht.<sup>1577</sup> Dem Mitglied kommt zudem die Pflicht zu, alles zu unterlassen, was dem Ansehen des Vereins abträglich ist.<sup>1578</sup> Die Verhaltensweisen des Mitglieds dürfen den Vereinszweck nicht in Frage stellen, wobei eine Abwägung unter Berücksichtigung der realen Vereinsstruktur zu erfolgen hat.<sup>1579</sup> Des Weiteren kann sich aus der Treuepflicht auch ein Wettbewerbsverbot ergeben.<sup>1580</sup> Dabei ist nicht der wirtschaftliche Wettbewerb i. S. des GWB gemeint, sondern das Werben des Vereins um Mitglieder.<sup>1581</sup>

Ferner trifft den Verein eine Treuepflicht gegenüber seinen Mitgliedern, aus der eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die schützenswerten Belange seiner Mitglieder folgt.<sup>1582</sup> Ebenso wird im Vereinsrecht nach h. M. eine Treuepflicht der Mitglieder untereinander angenommen.<sup>1583</sup> Dies wird damit begründet, dass sich die Mitglieder unter einem gemeinsamen Dach des Vereins zusammengeschlossen haben und sie daher nicht wie beliebige Dritte beziehungslos nebeneinander stehen.<sup>1584</sup> Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die Vereinsmitgliedschaft nicht zur Förderung der Interessen anderer Mitglieder, sondern zur Förderung des Vereinszwecks geschlossen wird.<sup>1585</sup>

---

<sup>1573</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 13; Soergel/Hadding § 38 Rn. 22; Reichert Rn. 940f; Stöber/Otto Rn. 347.

<sup>1574</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 15.

<sup>1575</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 14.

<sup>1576</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 23; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 16.

<sup>1577</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 17; Reichert Rn. 968.

<sup>1578</sup> Vgl. BGHZ 110, 323, 330; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 348; Reichert Rn. 962, 974.

<sup>1579</sup> BGH NJW 1971, 35, 36; 1991, 485, 485; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 19.

<sup>1580</sup> Vgl. BGH WM 1977, 1166, 1168; NJW 1991, 485, 486; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 112f.

<sup>1581</sup> Vgl. Stöber/Otto Rn. 345.

<sup>1582</sup> KG MDR 1985, 230, 230; Reichert Rn. 964, 981; Soergel/Hadding § 38 Rn. 19; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 122f.

<sup>1583</sup> Reichert Rn. 721, 965; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 123ff; a. A. Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 26; Es fehlt an durchgreifenden Beweisen für die Notwendigkeit einer Treuepflicht zwischen den Vereinsmitgliedern. Die „Treue“ folgt in zahlreichen Fällen vielmehr aus besonderen Absprachen; ebenso, MüKo/Reuter § 38 Rn. 46.

<sup>1584</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 25.

<sup>1585</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 46.

#### (4) Sonderpflichten

In entsprechender Anwendung des § 35 BGB können Sonderpflichten für einzelne Mitglieder nur mit Zustimmung des Betroffenen begründet werden und bedürfen zudem einer satzungsmäßigen Verankerung.<sup>1586</sup>

#### c) Übertragung

Die Übertragung der Mitgliedschaft und die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch einen anderen sind streng voneinander zu unterscheiden.<sup>1587</sup> Gem. § 38 S. 1 BGB ist die Mitgliedschaft nicht übertragbar und nicht vererblich. Aus der Unübertragbarkeit folgt die Unpfändbarkeit, § 851 Abs. 1 ZPO. Indes kann die Satzung gem. § 40 BGB von § 38 S. 1 BGB abweichende Regelungen beinhalten. Hier fehlt es jedoch in der Praxis der nichtwirtschaftlichen Vereine an einem Bedürfnis, da mit der Mitgliedschaft in der Regel keine Vermögensbeteiligung verbunden ist.<sup>1588</sup> Demgegenüber sind jedoch Gläubigerrechte, deren Recht dem allgemeinen Schuldrecht folgt, grundsätzlich übertrag- und pfändbar. Ist die Mitgliedschaft vererblich und wird das Mitglied von mehreren Erben beerbt<sup>1589</sup>, so werden die Erben in gesamthänderischer Verbundenheit Inhaber der geerbten Mitgliedschaft.<sup>1590</sup>

Wie die Übertragung der Mitgliedschaft zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, da jedoch die Mitgliedschaft eine Gesamtheit von Rechten und Pflichten darstellt, kann sie grundsätzlich nicht durch Abtretung übertragen werden.<sup>1591</sup> Dies folgt aus dem Umstand, dass eine Verfügung nur über einzelne Rechte erfolgen kann und zudem Pflichten zu übernehmen sind.<sup>1592</sup> Sofern die Satzung über die Anforderungen der eingeräumten Übertragbarkeit schweigt, bedarf es eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts zwischen dem Erwerber, dem Veräußerer und dem Verein, wobei das rechtsgeschäftliche Einverständnis des Vereins nicht ohne weiteres in der Einräumung der Übertragbarkeit gesehen werden kann.<sup>1593</sup>

§ 38 S. 1 BGB betrifft ausschließlich die Übertragung der Mitgliedschaft, so dass er damit nicht für die Übertragbarkeit der einzelnen Mitgliedschaftsrechte gilt.<sup>1594</sup> Inwieweit die einzelnen Mitgliedschaftsrechte losgelöst von der Mitgliedschaft übertragbar sind, beurteilt sich nach dem sog. Abspaltungsverbot (vgl. § 717 BGB).<sup>1595</sup> Selbiges gilt für die Mitgliedschaftspflichten, wobei auch hier die Regelungen der §§ 414, 415 BGB zu beachten sind.<sup>1596</sup>

---

<sup>1586</sup> MüKo/Reuter § 35 Rn. 12; Soergel/Hadding § 35 Rn. 21; Reichert Rn. 953; Stöber/Otto Rn. 347; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 347.

<sup>1587</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 20; vgl. hierzu, MüKo/Reuter § 38 Rn. 67f; Reichert Rn. 724.

<sup>1588</sup> K.Schmidt GesR S. 704.

<sup>1589</sup> BGH WM 1980, 1286, 1287f; Staudinger/Weick § 38 Rn. 3: Die Satzung kann dem Erben nur ein Eintrittsrecht einräumen, andernfalls würde der Erbe auch ohne seinen Willen Mitglied des Vereins, was abzulehnen ist. Soergel/Hadding § 38 Rn. 32: Erbe wird mit dem Erbfall Vereinsmitglied.

<sup>1590</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 23; Reichert Rn. 735; abweichend: Soergel/Hadding § 38 Rn. 32: Jeder Miterbe wird in entsprechender Anwendung von § 139 Abs. 1 HGB Vereinsmitglied.

<sup>1591</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 28.

<sup>1592</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 28.

<sup>1593</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 28; Reichert Rn. 732.

<sup>1594</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 29.

<sup>1595</sup> Vgl. OLG Stuttgart Rpfleger 2010, 519, 520; Soergel/Hadding § 38 Rn. 29; MüKo/Reuter § 38 Rn. 63; Staudinger/Weick § 38 Rn. 2.

<sup>1596</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 29; MüKo/Reuter § 38 Rn. 63.

## d) Erwerb

Die Mitgliedschaft entsteht in dem Augenblick, in welchem ein mitgliedschaftliches Verhältnis zum Verein begründet wird.<sup>1597</sup> Dies kann durch Gründungsbeteiligung oder späteren Beitritt erfolgen. Soweit die Satzung die Mitgliedschaft übertragbar und vererbbar stellt, kann ein abgeleiteter Erwerb erfolgen. Das Mitglied unterwirft sich dadurch dem geltenden Verbandsrecht, so dass auch alle vorher gefassten Beschlüsse für das neue Mitglied bindend sind.<sup>1598</sup>

### aa) Gründungsbeteiligung

Jedes Gründungsmitglied des Vereins begründet seine Mitgliedschaft durch die Beteiligung an der Gründung, mithin durch Einigung über die Errichtung und über die Satzung des Vereins.<sup>1599</sup>

### bb) Eintritt in den Verein

Aus § 58 Nr. 1 BGB folgt, dass die Satzung Bestimmungen über den Eintritt der Mitglieder enthalten soll. Damit soll die Satzung auch das Aufnahmeverfahren regeln, wodurch die notwendige Offenheit für den Mitgliederwechsel sichergestellt wird.<sup>1600</sup> Aus der Satzung muss sich ergeben, ob die Mitgliedschaft durch einen Aufnahmevertrag zwischen dem Bewerber und dem Verein<sup>1601</sup>, durch einseitige Beitrittserklärung<sup>1602</sup> oder durch ein besonderes Aufnahmeverfahren erworben wird.<sup>1603</sup> Der Beitritt in einen Verein bedarf stets einer entsprechenden Willenserklärung des Bewerbers.<sup>1604</sup> Ein etwaiger Aufnahmevertrag folgt den Vorgaben der §§ 104ff, 145ff BGB. Die Regeln über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft gelten in entsprechender Anwendung auch im Vereinsrecht.<sup>1605</sup> Der Beitritt ist jedoch bereits dann von vornherein unwirksam, wenn sich die Rechtsordnung gegen die Mitgliedschaft selbst richtet.<sup>1606</sup> Die Aufnahme ist nicht deshalb unwirksam, weil der Bewerber bestimmte, in der Satzung vorgesehene Voraussetzungen nicht erfüllt, da der Verein in seinen Aufnahmeentscheidungen grundsätzlich frei ist.<sup>1607</sup> Die Mitgliedschaft entsteht in dem Zeitpunkt, in welchem sämtliche satzungsmäßigen Erfordernisse des Eintritts erfüllt sind.<sup>1608</sup> Zu beachten ist, dass ein Beitritt nach Auflösung des Vereins nicht mehr

---

<sup>1597</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 25. Vgl. zum rückwirkenden Vereinsbeitritt, BGH, Beschluss vom 03.02.2015, Az: II ZR 242/13.

<sup>1598</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 80; Reichert Rn. 1042.

<sup>1599</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 25; Soergel/Hadding § 38 Rn. 6.

<sup>1600</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 26.

<sup>1601</sup> Zur gleichzeitigen Mitgliedschaft in einem Verband, vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 11; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 79.

<sup>1602</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 7a: Eine einseitige Beitrittserklärung wird zumindest durch schlüssiges Verhalten seitens des Vereins angenommen; ähnlich, Staudinger/Weick § 35 Rn. 26.

<sup>1603</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 26ff; Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 4; Stöber/Otto Rn. 222ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 71.

<sup>1604</sup> BayObLG DB 1973, 2518, 2518; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 70; Reichert Rn. 1007. Abweichungen bei kirchlichen Vereinen, vgl. OLG Köln Rpfleger 1992, 112, 114; OLG Hamm Rpfleger 1995, 24, 25. OLG Hamm NJW-RR 2011, 472, 473: Auch ein stillschweigender Beitritt ist wirksam.

<sup>1605</sup> OLG Hamm NJW-RR 2011, 472, 473; MüKo/Reuter § 38 Rn. 62; Soergel/Hadding § 38 Rn. 10.

<sup>1606</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 46.

<sup>1607</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 9; Stöber/Otto Rn. 242; Reichert Rn. 1041; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 70, 75; Staudinger/Weick § 35 Rn. 26: Die Aufnahmeerklärung kann bei Irrtum, Täuschung oder Drohung mit *ex nunc* Wirkung (a. A. RGRK/Steffen § 38 Rn. 7: *ex tunc*) angefochten werden. Vgl. indes, KG Rpfleger 2004, 497, 501f.

<sup>1608</sup> Stöber/Otto Rn. 240.

möglich ist, da der Verein nur noch zum Zwecke der Liquidation fortbesteht.<sup>1609</sup> Für den Beitritt in einen Verein gibt es keinen gesetzlichen Formzwang.<sup>1610</sup>

### cc) Abgeleiteter Erwerb

Ein abgeleiteter Erwerb der Mitgliedschaft kommt in Betracht, wenn die Satzung die Mitgliedschaft als übertragbar und vererblich konzipiert, § 38 S. 1 BGB i. V. m. § 40 S. 1 BGB.

### dd) Sonderfall: Aufnahmepflicht

Dem Verein kommt aus der Verbandsautonomie die Befugnis zu, seine Struktur und die inneren Verhältnisse selbst zu regeln, so dass aus ihr auch das Recht folgt, Mitglieder aufzunehmen und Bewerber abzulehnen.<sup>1611</sup> Dabei kann es mitunter zu einem allgemeinen Konflikt zwischen der Verbandautonomie und dem Individualschutz kommen.<sup>1612</sup>

Der Kreis der möglichen Mitglieder kann durch die Satzung reglementiert sein. Die Mitgliedschaft kann z. B. auf natürliche Personen oder auf juristische Personen beschränkt werden oder an bestimmte persönliche Eigenschaften geknüpft sein.<sup>1613</sup> Der Verein kann auch bei Erfüllung der Satzungsvoraussetzungen frei über das Aufnahmegesuch entscheiden<sup>1614</sup>, da es grundsätzlich keinen allgemeinen Anspruch auf Aufnahme in einem Verein gibt.<sup>1615</sup> Diesbezüglich müssen jedoch Diskriminierungsverbote berücksichtigt werden, so dass ein Verein unter Umständen einer Aufnahmepflicht unterliegen kann, was etwa dann der Fall ist, wenn durch die Ablehnung der Aufnahme schwerwiegende Interessen des Beitrittswilligen, mithin dessen Grundrechte, beeinträchtigt sind.<sup>1616</sup> Ein Aufnahmeanspruch kann sich aus dem Kartellrecht (§ 20 Abs. 5 GWB), aus dem AGG (§ 18 Abs. 1 und 2 AGG bzw. § 19 Abs. 1, 5 S. 1 AGG) oder aus § 826 BGB<sup>1617</sup> ergeben.<sup>1618</sup> Ein Aufnahmeanspruch kann sich auch aus einer entsprechenden Heranziehung der vorstehenden Vorschriften herleiten lassen, obgleich die materiellen Voraussetzungen insoweit aus Art. 9 Abs. 1 GG herausgearbeitet werden, wobei die beiderseitigen Interessen einer Abwägung zugeführt werden müssen, welche eine mögliche Monopolstellung des Vereins sowie dessen soziale und wirtschaftliche Funktion als Kriterien berücksichtigt.<sup>1619</sup> Der Aufnahmezwang ist einschlägig, wenn die Ablehnung eine unbillige Benachteiligung des Beitrittswilligen darstellt, die keine sachliche Rechtfertigung beinhaltet.<sup>1620</sup> Zudem ist es denkbar, dass eine Aufnahmepflicht aus einer vertraglichen oder satzungsmäßigen Selbstbindung hervorgeht.

---

<sup>1609</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2004, 900, 902; Stöber/Otto Rn. 225; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 75; Reichert Rn. 1015.

<sup>1610</sup> Reichert Rn. 1019.

<sup>1611</sup> K.Schmidt GesR S. 707.

<sup>1612</sup> K.Schmidt GesR S. 707.

<sup>1613</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 5; Stöber/Otto Rn. 196; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 70.

<sup>1614</sup> RGZ 60, 94, 103; BGHZ 101, 193, 200; 140, 74, 77; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 76; MüKo/Reuter § 38 Rn. 62.

<sup>1615</sup> Vgl. RGZ 60, 94, 103; BGHZ 140, 74, 76f; K.Schmidt GesR S. 707; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 76.

<sup>1616</sup> BGH NJW 1999, 1326, 1326; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 12.

<sup>1617</sup> BGH NJW 1999, 1326, 1326; Stöber/Otto Rn. 258; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77.

<sup>1618</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 462, 462; BGHZ 21, 1, 7f; 63, 282, 285; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 12ff; K.Schmidt GesR S. 708f; Reichert Rn. 1056ff; Soergel/Hadding § 38 Rn. 13.

<sup>1619</sup> BGH NJW 1980, 186, 186; 1988, 552, 555; 1999, 1326, 1326ff; K.Schmidt GesR S. 709; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77; Reichert Rn. 1072, 1074; Soergel/Hadding § 38 Rn. 13; Staudinger/Weick § 35 Rn. 30.

<sup>1620</sup> BGHZ 63, 282, 285; BGH NJW 1985, 1216, 1216; 1997, 3368, 3370; K.Schmidt GesR S. 709; Soergel/Hadding § 38 Rn. 13.

## e) Verlust<sup>1621</sup>

Der Verlust der Mitgliedschaft kann auf unterschiedlichen Wegen erfolgen. Das ausscheidende Vereinsmitglied hat keinen Abfindungsanspruch und auch keinen Anspruch auf Erstattung eines etwaigen Aufnahmebetrages.<sup>1622</sup> Abweichendes kann indes durch die Satzung geregelt sein.<sup>1623</sup> Gläubigerrechte erlöschen nicht mit dem Verlust der Mitgliedschaft.

### aa) Austritt

Das Austrittsrecht eines Vereinsmitglieds ist in § 39 Abs. 1 BGB normiert. Gewisse Einschränkungen durch Kündigungsfristen sind gem. § 39 Abs. 2 BGB zulässig. Eine darüber hinausgehende Kündigungsfrist soll sich nach h. M. auf das zulässige Maß reduzieren und damit nicht ersatzlos wegfallen.<sup>1624</sup> Das Recht eines fristlosen Austritts aus wichtigem Grund ist hingegen nicht beschränkbar.<sup>1625</sup> Als wichtiger Grund kommen jedoch nur Umstände in Frage, die eine befristete Fortsetzung der Mitgliedschaft unzumutbar machen.<sup>1626</sup> Die Austrittserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang an ein Vorstandsmitglied (§ 26 Abs. 2 S. 2 BGB) oder an ein in der Satzung bestimmtes Vereinsorgan wirksam wird.<sup>1627</sup> Die Erklärung kann auch konkludent erfolgen, wobei zu beachten ist, dass sie nicht widerruflich ist.<sup>1628</sup> Sachliche Erschwerungen des Austritts sind von § 39 S. 2 BGB nicht gedeckt. Der Austritt beendet die Mitgliedschaft, so dass durch ihn grundsätzlich alle Mitgliedschaftsrechte und -pflichten erlöschen, wobei vorher entstandene vermögensrechtliche Ansprüche bestehen bleiben.<sup>1629</sup> Mit dem Zugang der Austrittserklärung scheidet das Mitglied aus dem Verein aus, so dass es bis zu diesem Zeitpunkt Mitglied mit sämtlichen Rechten und Pflichten bleibt.<sup>1630</sup>

Denkbar ist auch, dass die Beitrittserklärung angefochten wird. Die Anfechtung wirkt indes *ex nunc*, so dass sie einer Austrittserklärung gleicht.<sup>1631</sup> Ebenso kann die Austrittserklärung angefochten werden. Wird sie vor dem Wirksamwerden des Austritts erklärt, bleibt der Anfechtende Mitglied des Vereins, hingegen eine später erfolgte Anfechtung die Mitgliedschaft grundsätzlich nur mit *ex nunc* Wirkung wieder begründet.<sup>1632</sup>

---

<sup>1621</sup> Zur Änderung, Einschränkung und Entziehung von Mitgliedschaftsrechten durch den Verein, vgl. Reichert Rn. 812ff.

<sup>1622</sup> Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 179; vgl. Palandt/Ellenberger § 39 Rn. 4; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 19; Reichert Rn. 1149; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 15. Vgl. jedoch, OLG Braunschweig MDR 2005, 640, 641; LG Stuttgart NJW-RR 1995, 1009, 1010; sowie hierzu, MüKo/Reuter § 39 Rn. 5.

<sup>1623</sup> OLG Braunschweig MDR 2005, 640, 641; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 19; Reichert Rn. 1149; vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 31; Stöber/Otto Rn. 284; Staudinger/Weick § 39 Rn. 11; Soergel/Hadding § 39 Rn. 9; K.Schmidt, in: AcP 182 (1982), 1, 15; abweichend: Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 185ff: Es muss eine sachliche Rechtfertigung durch einen „Abfindungsgrund“ vorliegen.

<sup>1624</sup> MüKo/Reuter § 39 Rn. 7; Palandt/Ellenberger § 39 Rn. 3; Stöber/Otto Rn. 276; Reichert Rn. 1097; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 82; Soergel/Hadding § 39 Rn. 4; a. A. Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 11.

<sup>1625</sup> RGZ 130, 375, 377f; K.Schmidt GesR S. 703; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 13.

<sup>1626</sup> RGZ 130, 375, 378; K.Schmidt GesR S. 703; Stöber/Otto Rn. 279; Reichert Rn. 1110.

<sup>1627</sup> Palandt/Ellenberger § 39 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 272; Reichert Rn. 1088; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 83.

<sup>1628</sup> Palandt/Ellenberger § 39 Rn. 2; Reichert Rn. 1085. Vgl. zur Rücknahme der Austrittserklärung, KG FGPrax 2012, 207, 207f.

<sup>1629</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 18.

<sup>1630</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 18.

<sup>1631</sup> Staudinger/Weick § 35 Rn. 25. Gleiches gilt auch für die Gründer, vgl. Staudinger/Weick § 21 Rn. 19.

<sup>1632</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 7f.



## **bb) Ende durch Tod**

Die Mitgliedschaft erlischt zudem mit dem Tod des Mitglieds.<sup>1633</sup> Ist die Mitgliedschaft entgegen § 38 S. 1 BGB vererblich, geht sie auf die Erben über. Wenn das Mitglied eine juristische Person ist, endet sie mit der Vollbeendigung des Verbands, so dass die Auflösung allein nicht zum Ende der Mitgliedschaft führt.<sup>1634</sup>

## **cc) Erlöschen kraft Satzung**

Knüpft die Satzung für die Mitgliedschaft an bestimmte Eigenschaften und Verhältnisse an, so muss im konkreten Einzelfall hinterfragt werden, ob diese nur Voraussetzung für den Beitritt sind, oder ob sie gleichsam die Dauer der Mitgliedschaft bestimmen sollen, wobei dann zu hinterfragen ist, ob durch den Wegfall der Kriterien die Mitgliedschaft automatisch enden soll.<sup>1635</sup>

## **dd) Ausschluss**

Der Ausschluss ist ein einseitiger Akt, durch den der Verein die Mitgliedschaft beendet, so dass er das Gegenstück zum Austritt bildet.<sup>1636</sup> Die rechtliche Einordnung des Ausschlusses ist umstritten. Zum Teil wird der Ausschluss als Kündigung<sup>1637</sup> eingeordnet, hingegen ihn andere als Vereinsstrafe<sup>1638</sup> ansehen. Zudem gibt es wie so oft in der Rechtswissenschaft eine vermittelnde Auffassung, wonach der Ausschluss sowohl Kündigung als auch Vereinsstrafe sein kann.<sup>1639</sup>

Bei einem Vereinsausschluss aus wichtigem Grund geht es um die Prognose, ob unter Abwägung der beiderseitigen Interessen in Zukunft ein gedeihliches Zusammenwirken zwischen Verein und Mitglied zu erwarten ist, mithin ob der Vereinszweck und die Mitgliedschaft des Auszuschließenden sich noch vereinbaren lassen.<sup>1640</sup> Zu beachten ist, dass der Ausschluss aus wichtigem Grund grundsätzlich<sup>1641</sup> kein Verschulden voraussetzt und auch nicht einer Verankerung in der Satzung bedarf. Ein wichtiger Grund, gleichgültig ob verhaltens- oder personenbedingt, kommt dann in Betracht, wenn ein grober Verstoß gegen die Mitgliedschaftspflichten vorliegt, deren weitere Konkretisierung durch die Satzung möglich ist.<sup>1642</sup> Daneben kann die Satzung nach h. M. dem Verein ein freies Kündigungsrecht auch ohne besonderen Grund an die Hand geben.<sup>1643</sup> Dies steht Vereinen, die einem Aufnahmezwang unterstehen, indes nicht zu. Der Ausschluss wird mit dem Zugang der Erklärung wirksam.

---

<sup>1633</sup> Stöber/Otto Rn. 317; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 22; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 114.

<sup>1634</sup> Reichert Rn. 1141; Stöber/Otto Rn. 318; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 115.

<sup>1635</sup> BGH Rpfleger 1978, 362, 362; NJW 2010, 3521, 3521; K.Schmidt GesR S. 703; MüKo/Reuter § 38 Rn. 63; Soergel/Hadding § 38 Rn. 14; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 21.

<sup>1636</sup> Staudinger/Weick § 35 Rn. 33; Soergel/Hadding § 39 Rn. 10; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 25; Benecke, in: WM 2000, 1173, 1173.

<sup>1637</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 25; Reichert Rn. 2943; Soergel/Hadding § 39 Rn. 10.

<sup>1638</sup> Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 27.

<sup>1639</sup> Stöber/Otto Rn. 298, 301; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 350f; Benecke, in: WM 2000, 1173, 1174; vgl. Reuter, in: NJW 1987, 2401, 2404.

<sup>1640</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 25f; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 91.

<sup>1641</sup> Vgl. Reichert Rn. 2963ff; Soergel/Hadding § 39 Rn. 14.

<sup>1642</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 27ff.

<sup>1643</sup> Vgl. RGZ 88, 193, 196; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 34; Reichert Rn. 1124f; a. A.

Soergel/Hadding § 39 Rn. 11: Satzungsmaßige Ausschließungsgründe, die keinen wichtigen Grund darstellen, müssen sachlich gerechtfertigt sein.

Mangels abweichender statutarischer Regelung liegt die Zuständigkeit für den Ausschluss eines Mitglieds bei der Mitgliederversammlung. Der Betroffene hat einen Anspruch auf rechtliches Gehör.<sup>1644</sup> Durch einen unwirksamen Ausschluss wird die Mitgliedschaft nicht beeinträchtigt.<sup>1645</sup>

#### **ee) Vollbeendigung des Vereins**

Die Vollbeendigung des Vereins führt zu einem Beendigungsgrund für sämtliche Mitgliedschaften, wobei zu beachten ist, dass dies nicht schon für den Zeitpunkt der Auflösung gilt.<sup>1646</sup>

#### **ff) Unwirksamer Eintritt / Übertragung der Mitgliedschaft**

Die Mitgliedschaft endet auch dann, wenn sich nach ihrem Vollzug herausstellt, dass der Eintritt unwirksam war.<sup>1647</sup> Ist die Mitgliedschaft übertragbar, endet diese mit der Übertragung und besteht sodann in der Person des Erwerbers fort.

#### **f) Sonderfall: Ruhen der Mitgliedschaft**

Satzungsbestimmungen, wonach die Mitgliedschaft bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen ruht, sind zulässig.<sup>1648</sup> Hieraus folgt keine auch keine temporäre Beendigung der Mitgliedschaft, sondern vielmehr das Ruhen der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.<sup>1649</sup> Soweit der Grund des Ruhens weggefallen ist, lebt die Mitgliedschaft wieder vollumfänglich auf.<sup>1650</sup>

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Für die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft gelten die gleichen Grundsätze wie in einer „regulären“ GmbH. Die Vermittlung der Mitgliedschaft erfolgt durch einen oder mehrere erworbene Geschäftsanteile. Dem Gesetz kann eine Definition des Geschäftsanteils nicht entnommen werden; er stellt vielmehr eine Sammelbezeichnung für sämtliche Rechte und Pflichten dar, wobei das Verhältnis zwischen dem Nennbetrag und dem Stammkapital der Maßstab für die Beteiligung an den Rechten und Pflichten ist.<sup>1651</sup> Über den Geschäftsanteil wird den jeweiligen Gesellschaftern die Gesamtheit ihrer mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten zugeordnet.<sup>1652</sup> Gesellschafter können natürliche und juristische Personen sowie Personengesellschaften sein. Die Gesellschafter stehen nicht im Handelsregister, § 10 Abs. 1 GmbHG. Sie sind indes in der Gesellschafterliste aufgeführt, §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG. Der Geschäftsanteil selbst besteht mit der Eintragung der Gesellschaft.

---

<sup>1644</sup> BGHZ 29, 352, 354f; 55, 381, 391; Stöber/Otto Rn. 999; Staudinger/Weick § 35 Rn. 48. Zur Vertretung durch einen Rechtsanwalt, BGHZ 55, 381, 390f; 90, 92, 93f; hiervon abweichend, Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 37.

<sup>1645</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 41ff.

<sup>1646</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 63; Stöber/Otto Rn. 324.

<sup>1647</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 14.

<sup>1648</sup> Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 5; Soergel/Hadding § 38 Rn. 14; Stöber/Otto Rn. 302.

<sup>1649</sup> BayObLGZ 1979, 351, 357; Stöber/Otto Rn. 302; Reichert Rn. 1160.

<sup>1650</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 38 Rn. 48; Reichert Rn. 45.

<sup>1651</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 1.

<sup>1652</sup> RGZ 97, 197, 200; BGH BB 1972, 10, 11; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 3; Scholz/Seibt § 14 Rn. 2.

## b) Inhalt

Aus der Mitgliedschaft folgen Rechte und Pflichten, die sich wiederum aus dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Die Mitgliedschaft ist ein subjektives Recht und als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB geschützt, obschon Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Mitgliedschaft nach h. M. gegenüber der Gesellschaft, dem Geschäftsführer und den Mitgesellschaftern nicht in Betracht kommen sollen.<sup>1653</sup> Durch die Mitgliedschaft werden sowohl Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter als auch zwischen den Gesellschaftern untereinander begründet.<sup>1654</sup> Auch bei der Unternehmergesellschaft sind von der Mitgliedschaft Ansprüche zu unterscheiden, die ihre rechtliche Grundlage außerhalb der Gesellschaft haben. Hierbei handelt es sich um Ansprüche aus Drittgeschäften, wobei die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann.<sup>1655</sup> Zudem können sog. Gläubigerrechte einschlägig sein. Innerhalb der Unternehmergesellschaft gilt der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz, wobei jedoch Differenzierungen möglich sind, soweit sie einen sachlichen Grund aufweisen, mithin die Ungleichbehandlung nicht willkürlich ist.<sup>1656</sup>

Dem Gesellschafter steht ein Klagerecht aus einem mitgliedschaftlichen Anspruch zu, sofern er alleiniger Träger des Anspruchs ist, mithin er über die alleinige Sachbefugnis verfügt.<sup>1657</sup> Diese Ansprüche kann er sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen Mitgesellschafter geltend machen. Demgegenüber erkennt die heute h. M. hilfsweise<sup>1658</sup> ein Recht des einzelnen Gesellschafters an, eine Klage im eigenen Namen gegen seine Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben (sog. *actio pro socio*).<sup>1659</sup> Darüber hinaus ist umstritten, ob einem Gesellschafter ein Klagerecht zukommt, mit welchem er bestimmte rechtswidrige Maßnahmen der Geschäftsführung angreifen oder sogar verhindern kann (sog. allgemeine Gesellschafterklage).<sup>1660</sup>

Der Grundsatz der Unteilbarkeit von Geschäftsanteilen wurde mit dem MoMiG aufgehoben. Ein Geschäftsanteil kann geteilt werden, indem er real in mehrere Stücke bezogen auf den Nennbetrag zerlegt wird, wobei erst die dazukommende Veräußerung eines Teil-Geschäftsanteils die selbstständigen Geschäftsanteile entstehen lässt, so dass aus einer Mitgliedschaft mehrere Mitgliedschaften hervorgehen.<sup>1661</sup> Ebenso können bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile übernommen werden, § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Erwirbt ein Gesellschafter weitere Geschäftsanteile, so werden diese nicht automatisch vereinigt, § 15 Abs. 2 GmbHG.<sup>1662</sup>

---

<sup>1653</sup> Hachenburg/Raiser § 14 Rn. 14; Scholz/Seibt § 14 Rn. 9a; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 2; a. A. MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 58; Habersack S. 171ff, 372f; Saenger, in: GmbHR 1997, 112, 119.

<sup>1654</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 1.

<sup>1655</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 14 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 13.

<sup>1656</sup> BGHZ 116, 359, 373; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 32; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 60f; Scholz/Seibt § 14 Rn. 40ff.

<sup>1657</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 21.

<sup>1658</sup> Hilfsweise für den Fall, dass die Gesellschaft die ihr zukommenden Ansprüche nicht oder nicht ordnungsgemäß verfolgt.

<sup>1659</sup> BGH WM 1982, 928, 929; GmbHR 1990, 343, 344; OLG Düsseldorf ZIP 1994, 619, 621; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 36ff; Windbichler § 22 Rn. 37; Kübler/Assmann S. 283; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 15ff; vgl. Kim S. 59ff.

<sup>1660</sup> Bejahend: OLG Koblenz NJW-RR 1991, 487, 488f; Saenger, in: GmbHR 1997, 112, 119f. Kritisch, Wiedemann Bd. I S. 463f. Eingrenzend: Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 26f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 43 Rn. 54f.

<sup>1661</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper § 24 Rn. 7.

<sup>1662</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper § 24 Rn. 222; Scholz/Seibt § 15 Rn. 99; Baumbach/Hueck § 15 Rn. 18.

Die Gesellschaft kann unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG auch eigene Anteile erwerben.

## aa) Mitgliedschaftsrechte

Die jeweiligen Mitgliedschaftsrechte sind vielfältig und gehen nur teilweise aus dem Gesetz hervor. Die konkrete Gestaltung ergibt sich daher regelmäßig aus dem Gesellschaftsvertrag. Wie beim bürgerlich-rechtlichen Verein müssen die Mitgliedschaftsrechte von Ansprüchen aus Drittgeschäften unterschieden werden.

Der Entzug allgemeiner Mitgliedschaftsrechte bedingt einen satzungsändernden Beschluss, wobei es einen Kernbereich absolut unentziehbarer Mitgliedschaftsrechte gibt.<sup>1663</sup> Daneben bestehen relativ unentziehbare Mitgliedschaftsrechte, die nur mit Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können, es sei denn, es ist ein wichtiger Grund für die Einschränkung oder den Entzug einschlägig.<sup>1664</sup>

### (1) Vermögensrechte

Den Gesellschaftern stehen aufgrund ihrer Mitgliedschaft verschiedene Vermögensrechte zu. Dies sind insbesondere der Anspruch auf den Jahresüberschuss (§ 29 Abs. 1 GmbHG), der Anspruch auf den Liquidationserlös (§ 72 GmbHG), das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen auf das erhöhte Stammkapital gem. § 186 AktG analog, soweit wiederum nicht statutarisch eingeschränkt sowie etwaige gesellschaftsvertraglich eingeräumte Vermögensrechte (z. B. Gebrauch gesellschaftseigener Einrichtungen).<sup>1665</sup> Demgegenüber kann eine Gewinnausschüttung auch ganz ausgeschlossen werden.<sup>1666</sup> Darüber hinaus entsteht beim Ausscheiden aus der Gesellschaft ein Abfindungsanspruch.<sup>1667</sup>

### (2) Verwaltungsrechte

Den Gesellschaftern stehen zudem Verwaltungsrechte zu. Hierzu zählen das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung, das Recht einer Minderheit, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen sowie die Ergänzung der Tagesordnung zu verlangen (§ 50 GmbHG), das Stimmrecht, das Informationsrecht, das Anfechtungsrecht, das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund und das Recht auf Erhebung der Gesellschafterklagen.<sup>1668</sup> Das Stimmrecht wird grundsätzlich nach den Geschäftsanteilen bemessen (§ 47 Abs. 2 GmbHG), auch wenn statutarisch Mehrstimmrechte und stimmrechtslose Geschäftsanteile geschaffen werden können.<sup>1669</sup>

---

<sup>1663</sup> Vgl. Scholz/Seibt § 14 Rn. 32; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 14; Roth/Altmeppen § 14 Rn. 16; Wicke § 14 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 33: Absolut unentziehbare Rechte sind das Informationsrecht (§ 51a GmbHG), das Recht auf Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 50 GmbHG), das Recht auf Teilnahme an der Versammlung, das Recht zur Geltendmachung der Nichtigkeit und zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, die *actio pro socio*, das Recht auf Erhebung der Auflösungsklage nach § 61 Abs. 2 GmbHG, das Abandonrecht nach § 27 Abs. 4 GmbHG und das Austrittsrecht aus wichtigem Grund.

<sup>1664</sup> Vgl. Scholz/Seibt § 14 Rn. 35, 38; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 33; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 17: Relativ unentziehbare Rechte sind die Mitgliedschaft als solche, das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht und das Recht auf den Liquidationserlös.

<sup>1665</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 4f.

<sup>1666</sup> BGHZ 14, 264, 271; Kübler/Assmann S. 281.

<sup>1667</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 6.

<sup>1668</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 3; Scholz/Seibt § 14 Rn. 14; K.Schmidt GesR S. 1038; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 13.

<sup>1669</sup> BGHZ 14, 264, 271; Windbichler § 22 Rn. 34; Kübler/Assmann S. 282; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 11.

### **(3) Sonderrechte**

Bei einer Unternehmungsgesellschaft können darüber hinaus auch Sonderrechte bestehen. Diese müssen im Gesellschaftsvertrag verankert sein. Bei der Ausformung der Rechte sind die Gesellschafter frei, obschon das zwingende Recht sowie die unverzichtbaren Rechte anderer Gesellschafter zu beachten sind.<sup>1670</sup> Für den Entzug gilt § 35 BGB entsprechend, so dass diese Rechte grundsätzlich nur mit Zustimmung des Gesellschafters eingeschränkt oder entzogen werden können.<sup>1671</sup> Die Zustimmung des Gesellschafters zur Entziehung des Sonderrechts ist dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der das unveränderte Bestehen auf Dauer unzumutbar macht.<sup>1672</sup>

### **(4) Informationsrecht**

Das mitgliedschaftliche Informationsrecht, welches teilweise auch zu den Verwaltungsrechten zählt, ist in §§ 51a, 51b GmbHG gesetzlich normiert. Das Informationsrecht dient der Wahrnehmung der mitgliedschaftlichen Teilhaberechte aber auch der mitgliedschaftlichen Individualinteressen des Gesellschafters.<sup>1673</sup> Das Bestehen dieses Rechts war bereits vor der gesetzlichen Verankerung durch die GmbH-Novelle von 1980 in gewissen Grenzen anerkannt.<sup>1674</sup> Die Normierung ist trotz seines weitgefassten Wortlauts einigen Beschränkungen unterworfen, so dass die Regelung allgemein als missglückt bezeichnet wird.<sup>1675</sup> Flankiert wird das individuelle Informationsrecht des Gesellschafters durch den kollektiven Informationsanspruch der Gesellschaftergesamtheit gegen die Geschäftsführung.<sup>1676</sup> Gem. § 51a GmbHG bezieht sich das Auskunftsrecht auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft.<sup>1677</sup> Das Informationsrecht umfasst auch das Einsichtsrecht in alle Bücher und Schriften der Gesellschaft, § 51a Abs. 1 GmbHG. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte können nebeneinander geltend gemacht werden. Das Informationsrecht wird durch § 51a Abs. 2 GmbHG, die Treuepflicht, das Verbot einer strafbaren oder ordnungswidrigen Informationserteilung und das Missbrauchsverbot beschränkt.<sup>1678</sup> Das Recht besteht auch außerhalb der Gesellschafterversammlung.

#### **bb) Mitgliedschaftspflichten**

Die mitgliedschaftlichen Pflichten ergeben sich teilweise aus dem Gesetz und können durch den Gesellschaftsvertrag erweitert werden. Mit Ausnahme der Sonderpflichten sind die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Pflichten stets unabdingbar.<sup>1679</sup>

---

<sup>1670</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 12.

<sup>1671</sup> BGH WM 1989, 250, 252; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 19; Kübler/Assmann S. 283; Windbichler § 22 Rn. 36; Staudinger/Weick § 35 Rn. 21; Soergel/Hadding § 35 Rn. 2; Roth/Altmeppen § 14 Rn. 17; Scholz/Seibt § 14 Rn. 18, 26.

<sup>1672</sup> Baumbach/Hueck § 14 Rn. 19; Scholz/Seibt § 14 Rn. 27.

<sup>1673</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 4; Hachenburg/Hüffer § 51a Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 51a Rn. 1f.

<sup>1674</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 1; Hachenburg/Hüffer § 51a Rn. 2f; Wohlleben S. 10; Wischenbart S. 112f; Lutter, in: ZGR 1982, 1, 1.

<sup>1675</sup> Wicke § 51a Rn. 1; Hachenburg/Hüffer § 51a Rn. 4; K.Schmidt GesR S. 1040; Kübler/Assmann S. 282.

<sup>1676</sup> Baumbach/Hueck § 51a Rn. 1; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 4.

<sup>1677</sup> Baumbach/Hueck § 51a Rn. 10f; MüKo GmbHG/Hillmann § 51a Rn. 26.

<sup>1678</sup> BayObLG WM 1988, 1789, 1791; OLG Köln WM 1986, 761, 762; KG ZIP 1988, 714, 716; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 19ff; Wohlleben S. 215; Windbichler § 22 Rn. 35; Kübler/Assmann S. 282; Wicke § 51a Rn. 1; Lutter, in: ZGR 1982, 1, 4f. Weitergehend: Baumbach/Hueck § 51a Rn. 27; K.Schmidt GesR S. 1040f: Der Informationsanspruch des Gesellschafters ist durch sein Informationsinteresse begrenzt.

<sup>1679</sup> Baumbach/Hueck § 14 Rn. 14f; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 7.

## **(1) Vermögenspflichten**

Im GmbHG sind zahlreiche Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten verankert. Der Gesellschafter hat gem. § 19 GmbHG die übernommene Einlage zu leisten, was wiederum nicht abdingbar ist. Diese Pflicht wird durch eine Haftung der Gesellschafter flankiert, vgl. §§ 9a, 31 Abs. 3 GmbHG. Ferner können im Gesellschaftsvertrag weitere Pflichten zur Aufbringung von finanziellen Mitteln wie etwa die Leistung von Nachschüssen gem. § 26 Abs. 1 GmbHG vereinbart werden.<sup>1680</sup>

## **(2) Verhaltenspflichten**

Grundsätzlich ist kein Gesellschafter gesetzlich verpflichtet, besonderen Verhaltenspflichten nachzukommen, obgleich aus der Treuepflicht aktive und passive Verhaltenspflichten folgen können, wobei insoweit beispielhaft die Stimmpflichten und die Wettbewerbsverbote zu nennen sind.<sup>1681</sup> Die mitgliedschaftlichen Pflichten sind von den schuldrechtlichen Pflichten zu trennen.

## **(3) Nebenleistungspflichten**

In der Satzung kann zudem die Pflicht zur Erbringung von Nebenleistungen vorgesehen werden, § 3 Abs. 2 GmbHG. Diese Pflichten können sich als Teil der Mitgliedschaft darstellen. Die Abgrenzung zu den schuldrechtlichen Bestimmungen, die als unechte Satzungsbestandteile im Gesellschaftsvertrag enthalten sind, ist oft problematisch.<sup>1682</sup> Bei einer nachträglichen Begründung ist in beiden Fällen die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter erforderlich. Die Pflicht muss so konkret festgelegt sein, dass deren Ausmaß ohne weiteres überschaubar ist, wobei die Satzung auch vorsehen kann, dass die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen wird.<sup>1683</sup> Der Inhalt der Nebenleistung kann grundsätzlich frei gewählt werden, so dass eine entgeltliche oder unentgeltliche Pflicht möglich ist.<sup>1684</sup>

## **(4) Sonderpflichten**

Die Begründung oder Erweiterung von Sonderpflichten bedarf der Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters, vgl. § 53 Abs. 3 GmbHG. Dies kann auch auf einen Umkehrschluss zu § 35 BGB gestützt werden.

## **(5) Treuepflicht**

Auch innerhalb der Unternehmergesellschaft gilt die Treuepflicht im mitgliedschaftlichen Bereich. Die jeweilige Realstruktur der Gesellschaft wirkt sich auf den Umfang der Treuepflicht aus, auch wenn die Ausformung der Pflicht im GmbH-Recht maßgeblich durch die grundsätzliche wirtschaftliche Ausrichtung der Gesellschaft geprägt ist.<sup>1685</sup> Mitgliedschaftliche Rechte, die dem Gesellschafter eigennützig zugewiesen sind, dürfen

---

<sup>1680</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 2.

<sup>1681</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 3.

<sup>1682</sup> Vgl. Janke S. 47ff; K.Schmidt GesR S. 1035; Roth/Altmeppen § 3 Rn. 27.

<sup>1683</sup> BGH WM 1989, 189, 190; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 7; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 70f; Wicke § 3 Rn. 18; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 37f.

<sup>1684</sup> Kübler/Assmann S. 281; Windbichler § 22 Rn. 44; Roth/Altmeppen § 3 Rn. 29; Wicke § 3 Rn. 17; Janke S. 11.

<sup>1685</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1994, 619, 623; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 22; Windbichler § 22 Rn. 42.

vorrangig im Interesse des Gesellschafters verfolgt werden, obschon die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter nicht völlig unberücksichtigt bleiben dürfen.<sup>1686</sup> Die Treuepflicht kann sich auf die Ausübung des Stimmrechts<sup>1687</sup> und die Ausübung des Mehrheitsprinzips<sup>1688</sup> auswirken. Die Gesellschafter haben sich gegenüber der Gesellschaft loyal zu verhalten, ihren Zweck zu fördern und Schaden von ihr abzuwenden.<sup>1689</sup> Zudem trifft die Gesellschafter untereinander eine Treuepflicht.<sup>1690</sup> Zwischen den Gesellschaftern kann mitunter eine Informations-<sup>1691</sup> oder Aufklärungspflicht<sup>1692</sup> bestehen.

## **(6) Wettbewerbsverbot**

Das Gesetz enthält kein Wettbewerbsverbot für die Gesellschafter, hingegen ein solches im Gesellschaftsvertrag als Nebenleistungspflicht oder Sonderpflicht eingeräumt werden kann.<sup>1693</sup> Zudem kann sich die Treuepflicht zu einem Wettbewerbsverbot verdichten.<sup>1694</sup>

## **c) Übertragung**

Die Übertragung der Mitgliedschaft und die Übertragung einzelner Rechte aus der Mitgliedschaft sowie die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte durch einen Dritten sind auch bei der Unternehmersgesellschaft voneinander zu trennen.

Gem. § 15 Abs. 1 GmbHG sind die Geschäftsanteile veräußerlich und vererblich. Sowohl das zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft bedürfen einer notariellen Beurkundung, § 15 Abs. 3, 4 GmbHG. Die Verfügung über den Geschäftsanteil ist ein Verkehrsgeschäft zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber, was eine spezialgesetzlich geregelte Verfügung über Rechte i. S. v. § 413 BGB darstellt.<sup>1695</sup> Zu beachten ist, dass die Abtretung der Geschäftsanteile durch den Gesellschaftsvertrag an weitere Voraussetzungen geknüpft werden darf, § 15 Abs. 5 GmbHG (sog. vinkulierte Geschäftsanteile). Der Gesellschaftsvertrag kann zudem die Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils ausschließen.<sup>1696</sup> Der Geschäftsanteil kann gem. § 857 ZPO gepfändet werden. Die Einzelrechte des Gesellschafters sind selbstständig pfändbar, soweit sie vom Stammrecht abgelöst werden können.<sup>1697</sup> Ferner ist es grundsätzlich möglich, dass die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erwirbt, § 33 GmbHG.<sup>1698</sup> § 16 Abs. 3 GmbHG enthält zudem Regelungen über den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils.

---

<sup>1686</sup> Vgl. BGHZ 14, 25, 37f; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 18ff; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 27; Scholz/Seibt § 14 Rn. 55.

<sup>1687</sup> Vgl. BGHZ 14, 25, 38; 98, 276, 279f; OLG Hamburg GmbHR 1992, 43, 45; Scholz/Seibt § 14 Rn. 60.

<sup>1688</sup> Vgl. BGHZ 71, 40, 44; 76, 352, 355; 80, 69, 74f; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 24f.

<sup>1689</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 12; K.Schmidt GesR S. 1035; vgl. Roth/Altmeppen § 13 Rn. 31; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 21.

<sup>1690</sup> BGHZ 65, 15, 18f; K.Schmidt GesR S. 1035; Windbichler § 22 Rn. 42; Kübler/Assmann S. 281; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 31, 37f; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 21; Scholz/Seibt § 14 Rn. 52; Worch S. 6.

<sup>1691</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 29.

<sup>1692</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 300, 302; ZIP 2005, 1593, 1595; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 25.

<sup>1693</sup> K.Schmidt GesR S. 1037; vgl. Baumbach/Hueck § 3 Rn. 43; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 34 Rn. 1.

<sup>1694</sup> BGHZ 89, 162, 166; OLG Karlsruhe GmbHR 1999, 539, 539f; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 26; K.Schmidt GesR S. 1037; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 45f; vgl. aber auch, Baumbach/Hueck § 13 Rn. 28.

<sup>1695</sup> K.Schmidt GesR S. 1046; vgl. Jauernig § 413 Rn. 2; Roth/Altmeppen § 15 Rn. 16.

<sup>1696</sup> RGZ 80, 175, 179; Kübler/Assmann S. 280; Roth/Altmeppen § 15 Rn. 107.

<sup>1697</sup> K.Schmidt GesR S. 1049; vgl. Münch Hdb GesR III/Kraus § 26 Rn. 165.

<sup>1698</sup> BGH NJW 1995, 1027, 1028; Windbichler § 22 Rn. 21.

Sofern ein Gesellschafter stirbt, gehört sein Geschäftsanteil zum Nachlass. Der Geschäftsanteil fällt dabei gem. § 2032 Abs. 1 BGB den Erben zur gesamten Hand zu.<sup>1699</sup> Die Mitgliedschaftsrechte können sie nur einheitlich ausüben, § 18 Abs. 1 GmbHG. Ein Ausschluss der Vererblichkeit ist nicht zulässig.<sup>1700</sup> Demgegenüber soll jedoch in diesem Fall die statutarische Eröffnung eines Einziehungsrechts nach § 34 GmbHG möglich sein.<sup>1701</sup>

Die Abspaltung einzelner Verwaltungsrechte von der Mitgliedschaft durch eine gesonderte Übertragung auf einen Dritten oder einen anderen Gesellschafter ist unzulässig (sog. Abspaltungsverbot).<sup>1702</sup> Das Abspaltungsverbot greift grundsätzlich auch bei den Vermögensrechten, wobei dies nur für das mitgliederschaftliche Stammrecht und nicht für die daraus erwachsenen schuldrechtlichen Gläubigerrechte gilt.<sup>1703</sup>

#### **d) Erwerb**

Die Mitgliedschaft wird durch Übernahme eines Geschäftsanteils bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung oder durch nachträgliche Übertragung eines Geschäftsanteils erworben.

##### **aa) Ursprünglicher Erwerb**

Der ursprüngliche Erwerb der Mitgliedschaft tritt zum einen durch die Teilnahme an der Gründung und zum anderen durch die Übernahme eines Geschäftsanteils bei einer Kapitalerhöhung ein. Ein Geschäftsanteil entsteht erst mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, hingegen bereits zu diesem Zeitpunkt eine Mitgliedschaft in der Vor-Gesellschaft besteht, welche mit der späteren Mitgliedschaft in der Unternehmungsgesellschaft identisch ist.<sup>1704</sup> Die aus einer Kapitalerhöhung entsprungenen Geschäftsanteile existieren erst mit der Eintragung im Register, vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG.

##### **bb) Abgeleiteter Erwerb**

Die Mitgliedschaft kann auch auf abgeleitete Weise erworben werden. Dies kann auf einer Erbfolge oder auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden beruhen.

#### **e) Verlust**

Beim Verlust der Mitgliedschaft ist gleichsam zu beachten, dass die Geschäftsanteile den Anknüpfungspunkt bilden.

---

<sup>1699</sup> Palandt/Edenhofer § 2032 Rn. 9; Kübler/Assmann S. 280; Roth/Altmeyen § 15 Rn. 31; Baumbach/Hueck § 15 Rn. 11.

<sup>1700</sup> Kübler/Assmann S. 280; Roth/Altmeyen § 15 Rn. 28; Wicke § 15 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 15 Rn. 9; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 1. Vgl. zur Kollision von Erbrecht und Gesellschaftsrecht sowie zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Nachfolge, K.Schmidt GesR S. 1050ff.

<sup>1701</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 3f; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 11.

<sup>1702</sup> BGHZ 43, 261, 267; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 29; Hachenburg/Raiser § 14 Rn. 32f; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 15f; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 20; Roth/Altmeyen § 14 Rn. 13; Wicke § 14 Rn. 6.

<sup>1703</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 31; Baumbach/Hueck § 14 Rn. 20; Scholz/Seibt § 15 Rn. 20.

<sup>1704</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 3.



## aa) Austritt

Die Gesellschafter haben bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Recht auf Austritt aus der Gesellschaft.<sup>1705</sup> Im Gesellschaftsvertrag kann indes eine Erweiterung des Austrittsrechts verankert werden.<sup>1706</sup> Zudem ist ein Ausscheiden im Einvernehmen mit den Mitgesellschaftern möglich.<sup>1707</sup> Ein wichtiger Grund zum Austritt ist dann gegeben, wenn die Fortsetzung der Mitgliedschaft für den Gesellschafter unzumutbar ist.<sup>1708</sup> Die Gründe können in der Person des Gesellschafters, in den Verhältnissen der Gesellschaft oder im Verhalten der Mitgesellschafter liegen.<sup>1709</sup> Der Austritt bedingt eine Austrittserklärung, mithin eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und ist das äußerste Mittel, welches nur dann eingreift, wenn andere Möglichkeiten, etwa die Veräußerung des Geschäftsanteils auch zu ungünstigen Bedingungen, versagen.<sup>1710</sup> Zu beachten ist, dass der Austritt solange unzulässig ist, solange die Einlagen nicht vollständig erbracht worden sind.<sup>1711</sup> Der Austretende erhält grundsätzlich einen Abfindungsanspruch in Höhe des vollen Werts seines Geschäftsanteils, obschon statutarische Beschränkungen zulässig sind und keine Zahlungen zu Lasten des Stammkapitals vorgenommen werden dürfen (§ 30 Abs. 1 GmbHG).<sup>1712</sup> Im äußersten Fall kommt eine Kapitalherabsetzung in Betracht.<sup>1713</sup>

## bb) Ausschluss

Dem Ausschlussrecht fehlt eine Normierung im GmbHG, hingegen nach allgemeiner Meinung jedoch die Möglichkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund besteht, wobei das Recht nach überwiegender Auffassung aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften § 737 BGB und § 140 HGB hergeleitet wird.<sup>1714</sup> Der Ausschluss bedarf keiner Regelung im Gesellschaftsvertrag. Er bedingt das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der dazu führt, dass den Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Betroffenen nicht mehr zumutbar ist, mithin seine weitere Mitgliedschaft den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich macht oder ernstlich gefährdet.<sup>1715</sup> Der wichtige Grund muss im Gegensatz zum Austrittsrecht ausschließlich in der Person des Betroffenen oder in seinem Verhalten festzumachen sein.<sup>1716</sup> Das Vorliegen eines Verschuldens ist nicht erforderlich. Zu beachten ist, dass der Ausschluss die äußerste Maßnahme ist und er nur dann eine Zulässigkeit erfährt, wenn der Missstand nicht anderweitig behoben werden kann.<sup>1717</sup>

Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch auch weitere Ausschließungsgründe vorsehen und das einschlägige Verfahren hierzu regeln. Im Allgemeinen sind dies dann Einziehungsklauseln, auch wenn echte Ausschließungsklauseln möglich sind.<sup>1718</sup> Der Ausschluss muss stets

---

<sup>1705</sup> BGHZ 116, 359, 369; OLG München WM 1990, 556, 558; Kübler/Assmann S. 284.

<sup>1706</sup> Baumbach/Hueck § 34 Anh Rn. 21; Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 3; K.Schmidt GesR S. 1064; Mäusl S. 38; Schwerdtner, in: GmbHR 1976, 101, 104f, 107; Martens, in: GmbHR 1984, 265, 272; Heckschen, in: GmbHR 2006, 1254, 1254; Hülsmann, in: GmbHR 2003, 198, 198; a. A. Reuter, in: GmbHR 1977, 77, 77ff.

<sup>1707</sup> OLG Köln NJW-RR 1997, 356, 357.

<sup>1708</sup> BGHZ 116, 359, 369; Windbichler § 22 Rn. 28; K.Schmidt GesR S. 1065; Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 7ff.

<sup>1709</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 7.

<sup>1710</sup> Windbichler § 22 Rn. 28; K.Schmidt GesR S. 1065; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 16.

<sup>1711</sup> Kübler/Assmann S. 284; Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 46.

<sup>1712</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 23ff.

<sup>1713</sup> Windbichler § 22 Rn. 27f; vgl. insgesamt, K.Schmidt GesR S. 1063f.

<sup>1714</sup> RGZ 169, 330, 334; BGHZ 9, 157, 159, 161; 16, 317, 322; 80, 346, 352; Kübler/Assmann S. 284; vgl.

Cöster S. 22. Vgl. jedoch zur Rechtsgrundlage, Spitze S. 30ff.

<sup>1715</sup> BGHZ 80, 346, 349f; Windbichler § 22 Rn. 26; K.Schmidt GesR S. 1061; Grunewald S. 61; Küperkoch S. 8.

<sup>1716</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 33ff

<sup>1717</sup> RGZ 169, 330, 334; BGHZ 16, 317, 322; Kübler/Assmann S. 283; Baumbach/Hueck § 34 Anh Rn. 6.

<sup>1718</sup> BGHZ 9, 157, 160; 32, 17, 22; K.Schmidt GesR S. 1060.

sachlich gerechtfertigt sein.<sup>1719</sup> Der Geschäftsanteil kann nach Wahl der Gesellschaft eingezogen oder an die Gesellschaft, einen Mitgesellschafter oder einen Dritten übertragen werden.<sup>1720</sup> Dem ausgeschlossenen Gesellschafter steht grundsätzlich ein Abfindungsanspruch zu, für den Ähnliches gilt wie beim Austritt. Zum Ausschluss ist eine auf Erlass eines Gestaltungsurteils gerichtete Klage erforderlich, deren Erhebung einen Gesellschafterbeschluss bedingt, wobei bei vertraglichen Ausschließungsgründen auf eine Klage verzichtet werden kann.<sup>1721</sup>

### **cc) Vollbeendigung der Gesellschaft und Kapitalherabsetzung**

Mit Vollbeendigung der Gesellschaft geht die Mitgliedschaft unter.<sup>1722</sup> Der Geschäftsanteil kann zudem auch im Rahmen einer Kapitalherabsetzung beseitigt werden.<sup>1723</sup>

### **dd) Einziehung (Amortisation) des Geschäftsanteils, § 34 GmbHG**

Die Einziehung unterscheidet sich vom Ausschluss des Gesellschafters, da sich die Einziehung gegen den Geschäftsanteil richtet und nicht gegen den Gesellschafter.<sup>1724</sup> Die Abgrenzung kann problematisch sein.

Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist, § 34 Abs. 1 GmbHG. Sie kommt nur in Betracht, wenn die Einlage auf den einzuziehenden Geschäftsanteil voll eingezahlt wurde. Es ist zwischen der zwangsweisen und der freiwilligen Einziehung zu unterscheiden, wobei die zwangsweise nur erfolgen darf, wenn sie bereits vor dem Erwerb des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag festgesetzt war, § 34 Abs. 2 GmbHG. Die nachträgliche Einfügung in den Gesellschaftsvertrag bedingt die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter.<sup>1725</sup> Die freiwillige Entziehung erfordert die Zustimmung des Gesellschafters.<sup>1726</sup>

Die Einziehung kann an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden. Durch sie geht der Geschäftsanteil unter, wodurch die von ihm vermittelte Mitgliedschaft endet, so dass die entsprechenden Mitgliedschaftsrechte den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zufallen.<sup>1727</sup> Der Betroffene erwirbt dafür grundsätzlich einen Abfindungsanspruch, der aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen gekürzt werden kann, hingegen eine vollständige Aufhebung nicht beliebig möglich sein soll<sup>1728</sup>, so dass eine Einziehung ohne Entgelt nur ausnahmsweise zulässig ist.<sup>1729</sup> Die Auszahlung an den Betroffenen darf nicht zu Lasten des Stammkapitals erfolgen, § 34 Abs. 3 GmbHG i. V. m.

---

<sup>1719</sup> BGHZ 112, 103, 108; K.Schmidt GesR S. 1060.

<sup>1720</sup> Windbichler § 22 Rn. 27; Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 50; Cöster S. 91.

<sup>1721</sup> BGHZ 9, 157, 164ff; 16, 317, 322; vgl. K.Schmidt GesR S. 1062; Münch Hdb GesR III/Kort § 29 Rn. 43; Heidinger/Blath, in: GmbHR 2007, 1184, 1185.

<sup>1722</sup> Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 11; Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 3b; Mäusl S. 49; Balz S. 25.

<sup>1723</sup> Lutter/Hommelhoff § 14 Rn. 3b, § 58 Rn. 11; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 11; Küperkoch S. 7.

<sup>1724</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 34 Rn. 2; Heidinger/Blath, in: GmbHR 2007, 1184, 1185; vgl. jedoch, Grunewald S. 45.

<sup>1725</sup> BGHZ 116, 359, 372; Windbichler § 22 Rn. 25; K.Schmidt GesR S. 1055f.

<sup>1726</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 5; Mäusl S. 44; Gehrlein S. 4; ders., in: ZIP 1996, 1157, 1157; Heidinger/Blath, in: GmbHR 2007, 1184, 1188; Fingerhut/Schröder, in: BB 1997, 1805, 1805.

<sup>1727</sup> Kübler/Assmann S. 283; Scholz/H.P. Westermann § 34 Rn. 66.

<sup>1728</sup> Kübler/Assmann S. 283f; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 21ff; Fingerhut/Schröder, in: BB 1997, 1805, 1805.

<sup>1729</sup> K.Schmidt GesR S. 1056; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 36; vgl. Habersack, in: ZIP 1990, 625, 625ff.

§ 30 Abs. 1 GmbHG. Die Vernichtung des Geschäftsanteils führt nach h. M., falls nicht gleichzeitig das Kapital herabgesetzt wurde, zu einer dem Kapitalgesellschaftsrecht an sich fremden Divergenz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Nennwerte der verbleibenden Geschäftsanteile.<sup>1730</sup> Demgegenüber können die Gesellschafter nach h. M. durch einfachen Beschluss die Nennwerte der verbleibenden Geschäftsanteile verhältnismäßig aufstocken<sup>1731</sup> oder an Stelle des weggefallenen Anteils einen eigenen Anteil der Gesellschaft oder eines neuen Gesellschafters bilden<sup>1732</sup>, während nach einer anderen Ansicht die Aufstockung automatisch erfolgen soll<sup>1733, 1734</sup>.

#### **ee) Kaduzierung, § 21 GmbHG**

Die §§ 21 bis 24 GmbHG regeln das sog. unabdingbare Kaduzierungsverfahren, wonach ein zwangsweiser Ausschluss eines Gesellschafters erfolgen kann, wenn er seiner Einlage- oder beschränkten<sup>1735</sup> Nachschussverpflichtung trotz Fälligkeit nicht nachkommt.<sup>1736</sup> Im Falle der Kaduzierung geht der Geschäftsanteil nicht unter, sondern wird vielmehr zur Befriedigung der Forderung der Gesellschaft veräußert.

#### **ff) Abandon, § 27 GmbHG**

Zudem geht die Mitgliedschaft durch die Preisgabe (Abandon) unter. Diese Möglichkeit steht wiederum im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung und bezieht sich auf die unbeschränkte Nachschusspflicht. Ein Gesellschafter, der seine Einlage voll erbracht hat, kann sich von der Nachschusspflicht dadurch befreien, dass er der Gesellschaft seinen Geschäftsanteil zur Befriedigung aus derselben zur Verfügung stellt, § 27 Abs. 1 GmbHG. Diese darf den Geschäftsanteil im Wege der öffentlichen Versteigerung oder notfalls durch andere Verfügungen auf eigene Rechnung verwerten, § 27 Abs. 2, 3 GmbHG.

#### **gg) Veräußerung des Geschäftsanteils und Tod des Gesellschafters**

Durch die Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile verliert der jeweilige Gesellschafter die Mitgliedschaft. Gleiches gilt selbstredend für den Tod des Gesellschafters. Zudem kann im Falle des gutgläubigen Erwerbs der wahre Inhaber seinen Geschäftsanteil verlieren.<sup>1737</sup>

### **4. Zwischenergebnis**

Die Mitgliedschaften in beiden Rechtsformen ähneln sich nicht nur, sie weisen vielmehr aufgrund der körperschaftlichen Struktur der Verbände zahlreiche Gemeinsamkeiten auf. Die Mitgliedschaft begründet für das Mitglied Rechte und Pflichten. Die Mitglieder verfügen insofern über Vermögensrechte, Verwaltungsrechte und mitunter über Sonderrechte. Ihnen

---

<sup>1730</sup> K.Schmidt GesR S. 1057; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 42; Fromm, in: GmbHR 2005, 1477, 1478; Fingerhut/Schröder, in: BB 1997, 1805, 1805; Gehrlein, in: ZIP 1996, 1157, 1158.

<sup>1731</sup> BGH NJW 1989, 168, 169; BayObLG DB 1991, 2537, 2537; Wicke § 34 Rn. 3; Fromm, in: GmbHR 2005, 1477, 1478.

<sup>1732</sup> BayObLG DB 1991, 2537, 2537; Sieger/Mertens, in: ZIP 1996, 1493, 1498f; Fingerhut/Schröder, in: BB 1997, 1805, 1805.

<sup>1733</sup> Lutter/Hommelhoff § 34 Rn. 3; kritisch, K.Schmidt GesR S. 1058; Wicke § 34 Rn. 3.

<sup>1734</sup> Vgl. insgesamt, K.Schmidt GesR S. 1057f; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 42ff.

<sup>1735</sup> Im Gegensatz zu einer unbeschränkten Nachschusspflicht enthält der Gesellschaftsvertrag bei einer beschränkten Nachschusspflicht einen Höchstbetrag, der nicht überschritten werden darf, vgl. Windbichler § 23 Rn. 4f; Kübler/Assmann S. 280f.

<sup>1736</sup> Wicke § 21 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 21 Rn. 1; Mäusl S. 41; Gehrlein S. 5; Balz S. 17.

<sup>1737</sup> Windbichler § 22 Rn. 24.

kommt ein gewisses Informationsrecht<sup>1738</sup> und das Recht auf Gleichbehandlung<sup>1739</sup> zu. Demgegenüber haben die Mitglieder Vermögenspflichten sowie etwaige zusätzliche Pflichten bzw. Sonderpflichten zu erfüllen. In beiden Körperschaften greift die sog. Treuepflicht.<sup>1740</sup> Die Mitgliedschaft kann bereits bei Gründung oder zeitlich später erworben werden. Zudem geht die Mitgliedschaft durch Austritt, Ausschluss oder bei Vollbeendigung der Körperschaft unter. Die gesetzliche Mitgliedsfähigkeit im bürgerlich-rechtlichen Verein unterscheidet sich nicht von der in der Unternehmungsgesellschaft.<sup>1741</sup> Allgemein kann festgehalten werden, dass die Rechtsnatur stets dieselbe ist.<sup>1742</sup>

Dennoch ist eine erhebliche Divergenz beider Mitgliedschaften unverkennbar.

Die Mitgliedschaft in einem eingetragenen Verein ist auf einen nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet, während die Mitgliedschaft in einer Unternehmungsgesellschaft den Anforderungen einer Kapitalgesellschaft gerecht werden muss. Die Wertrechte erreichen in der Regel eine unterschiedliche Intensität, wobei dies abhängig davon ist, ob es sich um einen Verein des Handelsrechts oder um einen bürgerlich-rechtlichen Verein handelt.<sup>1743</sup> Aus den unterschiedlichen Finanzverfassungen beider Rechtsformen folgen unterschiedliche Vermögenspflichten. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass bei den handelsrechtlichen Vereinen das Gesetz für eine Verknüpfung der wirtschaftlichen Eigeninteressen des Mitglieds mit dem Schicksal der jeweiligen Rechtsform sorgt.<sup>1744</sup> Die Pflicht zur Einlagenerbringung korrespondiert mit der Ausgestaltung der Mitgliedschaft als verwertbares Vermögensrecht. Bei der Unternehmungsgesellschaft wird der Wert des Gesellschaftsvermögens gewissermaßen in die Rechtssphäre des einzelnen Mitglieds hineinvermittelt.<sup>1745</sup> Im bürgerlich-rechtlichen Verein hingegen bestehen die Wertrechte grundsätzlich nur in der Teilhabe bei der Nutzung des Vereinsvermögens.

Selbstredend kann in einem Verein eine Aufnahmegebühr erhoben werden, welche die Höhe einer zu erbringenden Einlage bei einer Unternehmungsgesellschaft erreicht. Indes ist zu beachten, dass allein durch die Erbringung dieser Aufnahmegebühr nicht ein dem GmbH-Recht entsprechender Geschäftsanteil geschaffen wird. Demgegenüber ist es nach h. M. denkbar, dass die Mitgliedschaft in einem Verein kraft Satzung in eine derartige vermögensrechtliche Position gebracht wird, dass sie einer handelsrechtlichen Mitgliedschaft entspricht.<sup>1746</sup> Eine dahingehende Umgestaltung muss sich jedoch an den Abgrenzungskriterien der §§ 21, 22 BGB messen lassen. Entscheidend ist, dass eine solche Umgestaltung, der Begriff gibt insofern bereits die Antwort vor, nicht dem vom Gesetz vorgesehenen Grundfall entspricht. Die Mitgliedschaft in einem Verein erstreckt sich unmittelbar auf die Person, während dies im GmbH-Recht erst über die Vermittlung durch den Geschäftsanteil erfolgt. Aufgrund der kapitalisierten Ausrichtung im GmbH-Recht bedurfte es einer entsprechenden Einräumung von Rechten und Pflichten für die Mitglieder

---

<sup>1738</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 1041: Allgemeines Institut des Gesellschaftsrechts. Vgl. ebenso, MüKo/Reuter § 38 Rn. 37.

<sup>1739</sup> Vgl. Staudinger/Weick § 35 Rn. 13: Das Recht auf Gleichbehandlung stellt einen allgemeingültigen Grundsatz des Körperschaftsrechts dar.

<sup>1740</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 12: Die Treuepflicht ist heute ein allgemeines, rechtsformübergreifendes Institut.

<sup>1741</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 24.

<sup>1742</sup> K.Schmidt GesR S. 548, 550; Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 158; vgl. jedoch, MüKo/Reuter § 38 Rn. 5f; Beuthien, in: AG 2002, 266, 267f.

<sup>1743</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 30; vgl. Beuthien, in: BB 1987, 6, 10f.

<sup>1744</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 30.

<sup>1745</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 30; vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11.

<sup>1746</sup> Soergel/Hadding § 38 Rn. 18a; vertiefend, Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 15ff.

sowie gegenüber dem Verein erweiterten Möglichkeiten zur Auflösung der Mitgliedschaft. Abfindungsansprüche spielen demgemäß in der Unternehmergesellschaft grundsätzlich eine entscheidendere Rolle als beim Verein.

Die Übertragung und Vererbung der Mitgliedschaft ist in beiden Rechtsformen möglich, wobei die Vereinsmitglieder insoweit eine satzungsmäßige Ausnahmeregelung benötigen, § 38 S. 1 BGB i. V. m. § 40 S. 1 BGB. Die vermögensrechtliche Komponente der Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft bedingt genau den entgegengesetzten Fall, mithin dass gem. § 15 Abs. 1 GmbHG die Mitgliedschaft vererblich und grundsätzlich (§ 15 Abs. 5 GmbHG) übertragbar ist. Hier verdeutlicht sich ein scharfer Gegensatz zwischen dem Verein und den Kapitalgesellschaften.

Die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten sind nicht nur aufgrund der Verbandsform unterschiedlich, sie weisen zudem Unterschiede durch die jeweils gewählte Realstruktur der Körperschaft auf. Ebenso verhält es sich mit der Treuepflicht, deren Umfang von den Vorgaben des Einzelfalls abhängig ist. Gemeinsamkeiten ergeben sich daraus, dass die h. M. annimmt, dass im Verbandsinnenrecht deliktische Ansprüche durch das Verbandssinnenrecht bzw. das Verbandsorganisationsrecht überlagert werden. Bei beiden Rechtsformen können den Mitgliedern neben ihren mitgliedschaftlichen Rechten sog. Gläubigerrechte und mitgliedschaftliche Gläubigerrechte zustehen. Zudem findet auf die vorhandenen Sonderrechte die Regelung des § 35 BGB direkte bzw. entsprechende Anwendung.

Der Unterschied zwischen der vereinsrechtlichen Mitgliedschaft und der vermögensrechtlich geprägten Mitgliedschaft in der Unternehmergesellschaft wird in dem etwaig bestehenden Wettbewerbsverbot deutlich, da das aus der Treuepflicht folgende vereinsrechtliche Wettbewerbsverbot vom Grundsatz her lediglich das Konkurrieren um Mitglieder erfasst. Darüber hinaus ist das Informationsrecht des Vereinsmitglieds enger. Der Unterschied der Finanzverfassungen macht sich primär bei den Vermögenspflichten bemerkbar. Während die Gesellschafter mindestens einer Einlagenpflicht nachkommen müssen, erstreckt sich die Vermögenspflicht des Vereinsmitglieds von Gesetzes wegen auf eine Beitragszahlung. Dem vermögensrechtlichen Charakter der Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft entsprechend kann der die Mitgliedschaft vermittelnde Geschäftsanteil geteilt werden, während diese Möglichkeit für eine Vereinsmitgliedschaft ausscheidet. Aufgrund der voneinander abweichenden Vermittlung der Mitgliedschaft unterscheidet sich auch deren Übertragung. In einer Unternehmergesellschaft geht sie mit der Abtretung des Geschäftsanteils über, hingegen eine Vereinsmitgliedschaft aufgrund der Vielzahl von Rechten und Pflichten nicht i. S. v. §§ 398ff BGB abgetreten werden kann. Zudem ist im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs eines Geschäftsanteils die notarielle Beurkundung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts erforderlich, § 15 Abs. 2, 3 GmbHG.

Infolge der möglichen unterschiedlichen Beteiligung an einer Unternehmergesellschaft besteht vom Grundsatz her auch in diesen Umständen entsprechende unterschiedliche Gewichtung des Stimmrechts (§ 47 Abs. 2 GmbHG), so dass daraus ein unterschiedlicher Einfluss auf die innere Willensbildung folgt. Der Unternehmergesellschaft ist es zudem möglich, eigene Anteile zu halten. Des Weiteren ist eine Gesellschafterliste zu führen. Ein späterer, nicht abgeleiteter Eintritt in die Unternehmergesellschaft bedarf einer Kapitalerhöhung. Der wirtschaftliche Charakter der Gesellschafterstellung wird erneut durch die Einziehung des Geschäftsanteils, die Kaduzierung, dem Abandon sowie dem möglichen Verlust der Mitgliedschaft durch eine Kapitalherabsetzung deutlich. Gleiches gilt für die im Vordergrund stehenden Abfindungsregelungen der GmbH-Praxis sowie die zahlreichen gesetzlich normierten Haftungspflichten der Gesellschafter.

Insgesamt zeigt sich, dass die Mitgliedschaft in einem Verein von der gesetzlichen Ausgestaltung „lockerer“ ist als die in einer Unternehmungsgesellschaft. Der vermögensrechtliche Charakter des Geschäftsanteils tritt unverhüllt hervor.

## **IX. Mitglieder- und Gesellschafterversammlung**

### **1. Grundsätzliches**

Sämtliche Rechtssubjekte müssen in zurechenbarer Weise am Rechtsverkehr teilnehmen, rechtsrelevantes Wissen und Wollen an den Tag legen sowie gleichsam in der Lage sein, Verantwortung zu tragen.<sup>1747</sup> Ein Verband bedient sich hierzu seiner Organe, deren Funktion sich in die Willensbildung, die Leitung und die Aufsicht einteilen lässt.<sup>1748</sup> Die jeweiligen Organe weisen daher unterschiedliche Funktionen auf. In einem Verband herrscht zudem zwischen den einzelnen Organen eine Gewaltenteilung, wobei diese Teilung einer sinnvollen Verflechtung und Kontrolle der Organtätigkeit dienen soll.<sup>1749</sup> Die Verbandsorgane entstehen aufgrund der Verbandsverfassung, so dass die Mitgliederversammlung als Organ auch dann besteht, wenn sie nicht einberufen ist.<sup>1750</sup> Das Recht, Teil der Mitgliederversammlung zu sein, folgt aus der Mitgliedschaft selbst. Die grundlegenden Entscheidungen in einem Verband werden i. d. R. durch die Mitgliederversammlung gefällt. Die Organe entscheiden durch Beschluss, der dem Verband zugerechnet wird.<sup>1751</sup> Dabei kann die Willensbildung vom Einstimmigkeits- oder vom Mehrheitsprinzip geleitet sein, wobei im Vereins- und Kapitalgesellschaftsrecht im Grundsatz das Mehrheitsprinzip gilt, so dass insofern auch zwischen einfacher, absoluter und qualifizierter Mehrheit unterschieden werden kann.<sup>1752</sup> Die Mehrheitsherrschaft ist eine pflichtgebundene Herrschaft, die durch das zwingende Recht, die guten Sitten, den Gleichbehandlungsgrundsatz, die Treuepflicht und die mehrheitsfesten Minderheitsrechte Einschränkungen erfährt.<sup>1753</sup> Die Minderheitsrechte weisen dabei unterschiedliche Schutzintensitäten auf und lassen sich in Rechte, die nicht durch die Satzung genommen werden können, in Rechte, die zwar durch die Satzung abgedungen aber nicht ohne den Willen des Mitglieds genommen werden können und in Rechte, die dem Mitglied nicht ohne seine Mitwirkung genommen werden können, einteilen.<sup>1754</sup>

Wie bereits gezeigt, stehen den Mitgliedern Stimm- und Informationsrechte zu. Das Stimmrecht vermittelt die Teilhabe an der Willensbildung. Hiervon zu unterscheiden ist die Stimmkraft, wodurch das jeweilige Gewicht der Stimme umschrieben ist. Während sich die Stimmkraft der Vereinsmitglieder gleicht, kommt es bei der Unternehmungsgesellschaft auf die Beteiligung am Kapital an (§ 47 Abs. 2 GmbHG), obschon statutarische Veränderungen zulässig sind. Für beide Rechtsformen gilt, dass eine Befangenheit in der Sache einen diesbezüglichen Ausschluss des Stimmrechts nach sich zieht.<sup>1755</sup> Dieser Ausschluss ist von zwei Grundgedanken geprägt: zum einen vom Inschlaggeschäft und zum anderen vom Verbot, Richter in eigener Sache zu sein.<sup>1756</sup> Die Freiheit der Stimmrechtsausübung kann durch das

---

<sup>1747</sup> K.Schmidt GesR S. 247; vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 1.

<sup>1748</sup> K.Schmidt GesR S. 248.

<sup>1749</sup> K.Schmidt GesR S. 421.

<sup>1750</sup> K.Schmidt GesR S. 415.

<sup>1751</sup> Wiedemann Bd. I S. 176; K.Schmidt GesR S. 435, zur Rechtsnatur des Beschlusses, S. 436ff, zu fehlerhaften Beschlüssen, S. 440ff.

<sup>1752</sup> K.Schmidt GesR S. 451f.

<sup>1753</sup> Vgl. BGHZ 116, 359, 372ff; K.Schmidt GesR S. 460ff; Wiedemann Bd. I S. 412f, 424ff.

<sup>1754</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 470; Hermanns, in: ZGR 1996, 103, 108ff.

<sup>1755</sup> Vgl. BGHZ 9, 157, 178; 65, 93, 98; 68, 107, 109; 97, 28, 33.

<sup>1756</sup> BGHZ 97, 28, 33; MüKo/Reuter § 34 Rn. 3.

zwingende Recht, die guten Sitten, den Verbandszweck, den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Treuepflicht im konkreten Fall eingeschränkt sein.<sup>1757</sup>

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Die Mitgliederversammlung ist ein notwendiges Organ des Vereins. In ihr bildet sich durch die Stimmabgabe der Mitglieder der Gesamtwille des Vereins.<sup>1758</sup> Die Versammlung der Mitglieder stellt eine gezielte Zusammenkunft dar, die von der Gesamtheit der Mitglieder zu unterscheiden ist.<sup>1759</sup> Das Gesetz trennt dabei nicht zwischen einer Versammlung, die nach einem in der Satzung festgelegten Turnus zu Stande kommt (sog. ordentliche Mitgliederversammlung) und einer Versammlung, die nicht von vornherein periodisch festgelegt ist, mithin aufgrund eines besonderen Anlasses einberufen wird (sog. außerordentliche Mitgliederversammlung), hingegen sich mögliche Unterschiede aus der Satzung ergeben können.<sup>1760</sup> Bei Großvereinen ist es oftmals die Delegiertenversammlung<sup>1761</sup>, die an die Stelle der Mitgliederversammlung tritt. Des Weiteren kann die Satzung Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der sog. Präsenzversammlung vorsehen.<sup>1762</sup> Es ist zulässig, dass durch die Satzung die Abhaltung einer virtuellen (Online-)Versammlung eingeräumt wird.<sup>1763</sup>

### b) Zuständigkeit

Gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB werden sämtliche Angelegenheiten des Vereins, soweit sie nicht vom Vorstand oder einem anderen Vereinsorgan zu besorgen sind, durch Beschlussfassung der Mitgliederversammlung geregelt. Die Satzung kann den Zuständigkeitsbereich der Mitgliederversammlung eingrenzen, auch wenn ein gänzlicher Ausschluss von maßgeblichen Kompetenzen nicht zulässig ist.<sup>1764</sup> Vielmehr muss die Letztzuständigkeit für alle grundlegenden Vereinsangelegenheiten bei der Mitgliederversammlung verbleiben.<sup>1765</sup> Sie ist daher grundsätzlich das oberste Willensorgan des Vereins, obschon ihre Kompetenzen in den vorstehenden Grenzen auf andere Vereinsorgane übertragen werden können, was wiederum eine Satzungsänderung erfordert.<sup>1766</sup> Die Versammlung der Mitglieder ist auch bei verbandsinternen Angelegenheiten anzuhören.<sup>1767</sup> Ihr fällt zudem in der Regel die Beaufsichtigung und Entlastung der übrigen Vereinsorgane zu, was auch umfasst, dass der Vorstand der Mitgliederversammlung gegenüber zur Auskunft über die Geschäftsführung verpflichtet ist.<sup>1768</sup> Vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Satzung bestellt die Mitgliederversammlung gem. § 27 Abs. 1 BGB den Vorstand. Gleichsam kann sie dem

---

<sup>1757</sup> Vgl. BGHZ 14, 25, 37f; K.Schmidt GesR S. 615.

<sup>1758</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 155.

<sup>1759</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 3.

<sup>1760</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 155; Stöber/Otto Rn. 635; Reichert Rn. 1255f; vgl. MüKo/Reuter § 36 Rn. 9.

<sup>1761</sup> Hierzu, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 216ff; Stöber/Otto Rn. 766ff; MüKo/Reuter § 32 Rn. 2ff; Soergel/Hadding § 32 Rn. 3.

<sup>1762</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 210; Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 39.

<sup>1763</sup> OLG Hamm MDR 2012, 420, 420f; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 1.

<sup>1764</sup> OLG Celle NJW-RR 1995, 1273, 1273; vgl. Soergel/Hadding § 32 Rn. 4; Stöber/Otto Rn. 633.

<sup>1765</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 6; vgl. zudem, MüKo/Reuter § 32 Rn. 11.

<sup>1766</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 633; Reichert Rn. 1199.

<sup>1767</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 6; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 156; vgl. Reichert Rn. 1211; Soergel/Hadding § 32 Rn. 5.

<sup>1768</sup> Soergel/Hadding § 32 Rn. 5; Reichert Rn. 1461ff.

Vorstand Weisungen erteilen. Zudem obliegt ihr die Entscheidung über die Auflösung des Vereins, § 41 BGB.

### c) Einberufung

Soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, ist der Vorstand für die Einberufung der Mitgliederversammlung zuständig. Gem. § 36 BGB ist die Versammlung in den durch die Satzung bestimmten Fällen sowie dann einzuberufen, wenn das Interesse des Vereins es erfordert. Dies soll auch dann gelten, wenn die Angelegenheit für den Verein zwar von besonders großer Bedeutung ist, die Mitgliederversammlung nach der Satzung aber über diesen Gegenstand letztlich nicht zu entscheiden hat.<sup>1769</sup> Entgegen den Regelungen des GmbH-Rechts schreibt das Vereinsrecht kein Formerfordernis für die Einberufung vor, hingegen die Satzung gem. § 58 Nr. 4 BGB Bestimmungen über die Form der Berufung enthalten soll. Die Bestimmungen müssen im Satzungstext selbst getroffen werden.<sup>1770</sup> Sie und die aus ihr folgende Berufung müssen den Anforderungen an Bestimmtheit, Genauigkeit und Zumutbarkeit genügen.<sup>1771</sup>

Eine gesetzlich vorgegebene Frist, die zwischen der Einladung und der Versammlung liegen soll, existiert für den Verein nicht.<sup>1772</sup> Eine solche Frist kann aber die Satzung enthalten. Fehlt eine entsprechende Vorgabe, ist die Frist derart zu veranschlagen, dass es jedem Mitglied möglich ist, sich auf die Versammlung vorzubereiten und an dieser teilzunehmen.<sup>1773</sup> Des Weiteren bestehen keine gesetzlichen Vorgaben, wo die Versammlung abzuhalten ist. Auch hier kann sich Abweichendes aus der Satzung ergeben. Die Bestimmung kann ebenso einem Vereinsorgan überlassen sein. Liegt weder eine satzungsmäßige Regelung noch ein einschlägiger Beschluss der Mitgliederversammlung vor, ist es Sache des Vorstands oder des satzungsmäßigen Einberufungsorgans, den Versammlungsort zu bestimmen.<sup>1774</sup> Die Wahl sollte jedoch grundsätzlich auf den Ort fallen, indem der Verein seinen Verwaltungssitz hat.<sup>1775</sup> Es sind stets alle Vereinsmitglieder einzuladen, sofern nicht eine allgemeine Einladung etwa durch eine bestimmte Zeitung erfolgt.

Soweit die Satzung nichts Abweichendes vorsieht, ist es erforderlich, dass der Gegenstand der Versammlung, der sog. Tagesordnungspunkt, bei der Berufung bezeichnet wird, § 32 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies soll den Mitgliedern ermöglichen, sich auf die Versammlung vorzubereiten und zu entscheiden, ob sie daran teilnehmen wollen.<sup>1776</sup> Die Tagesordnung dient dazu, die Mitglieder allgemein zu unterrichten, auch wenn sie nicht zu unbestimmt gefasst sein darf.<sup>1777</sup>

---

<sup>1769</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 11.

<sup>1770</sup> Stöber/Otto Rn. 674; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 3; Staudinger/Weick § 32 Rn. 11; Soergel/Hadding § 32 Rn. 9; MüKo/Reuter § 58 Rn. 5.

<sup>1771</sup> Vgl. OLG Hamm DNotZ 2011, 446, 447; OLG Celle MDR 2012, 294, 294f; vgl. zur Zulässigkeit der Bestimmung: „in Textform“, OLG Schleswig FGPrax 2012, 79, 79f. Eine Einladung mittels E-Mail soll auch dann zulässig sein, wenn die Satzung ein Schriftformerfordernis vorsieht, vgl. OLG Zweibrücken, Urteil vom 04.03.2013, Az: 3 W 149/12; OLG Hamburg, Beschluss vom 06.05.2013, Az: 2 W 35/13; OLG Hamm, Beschluss vom 24.09.2015, Az: 27 W 104/15.

<sup>1772</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 20.

<sup>1773</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 20.

<sup>1774</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 21.

<sup>1775</sup> Soergel/Hadding § 32 Rn. 11; K.Schmidt GesR S. 694; Reichert Rn. 1344ff.

<sup>1776</sup> RGZ 147, 11, 12; BGHZ 99, 119, 122f; OLG Zweibrücken Rpfleger 2002, 315, 315; OLG Bremen NJW-RR 2011, 1487, 1488; Stöber/Otto Rn. 698; Reichert Rn. 1382; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 4; MüKo/Reuter § 32 Rn. 18.

<sup>1777</sup> Vgl. BGH NJW 1975, 1559, 1560; KG OLGZ 1974, 399, 400f; OLG Schleswig NJW-RR 2002, 760, 760; Stöber/Otto Rn. 701; Reichert Rn. 1398; Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 26.



Die gesetzlichen Regelungen zur Bezeichnung des Tagesordnungspunkts können durch die Satzung aufgehoben, abgemildert sowie verschärft werden.<sup>1778</sup>

Gem. § 37 Abs. 1 BGB ist die Mitgliederversammlung zu berufen, wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder die Berufung schriftlich<sup>1779</sup> unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangt. Es ist umstritten, ob in einer statutarischen Verankerung eine höhere Anzahl an notwendigen Mitgliedern festgelegt werden kann, solange weiterhin ein sog. Minderheitenrecht eingeräumt wird.<sup>1780</sup> Wird dem Verlangen nicht entsprochen, kann das Amtsgericht auf Antrag die Mitglieder, die das begründete Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen, § 37 Abs. 2 S. 1 BGB. Die entstandenen Kosten sind den Betroffenen zu ersetzen. Die Befugnis aus § 37 Abs. 1 BGB schließt das Recht ein, die Ergänzung der Tagesordnung einer bereits berufenen Versammlung zu verlangen.<sup>1781</sup>

Sind sämtliche Mitglieder anwesend (sog. Vollversammlung) und widersprechen sie sodann trotz Kenntnis der Einberufungsmängel nicht der Durchführung der Versammlung, erfahren die Mängel eine Heilung.<sup>1782</sup>

#### **d) Teilnahme**

An der Mitgliederversammlung kann jedes Vereinsmitglied teilnehmen. Eine Teilnahmepflicht besteht jedoch nur in Ausnahmefällen. Auch Mitglieder ohne Stimmrecht können der Versammlung beiwohnen.<sup>1783</sup> Personen mit organschaftlicher Stellung ohne gleichsam Mitglied zu sein, haben kein Teilnahmerecht.<sup>1784</sup> Selbstredend können Dritte zur Versammlung eingeladen werden. Das Recht eines Mitglieds zur Hinzuziehung einer fachkundigen Person soll ohne eine entsprechende Einräumung in der Satzung grundsätzlich nicht bestehen.<sup>1785</sup>

#### **e) Leitung der Versammlung**

Wer die Leitung der Versammlung vornimmt, bestimmt in erster Linie die Satzung, wobei im Falle eines Fehlens einer solchen Bestimmung, diese Aufgabe dem Vorstand zufällt, so dass bei einem mehrgliedrigen Vorstand der Vorsitzende zur Leitung der Versammlung berufen ist.<sup>1786</sup> Fehlt eine entsprechende Satzungsregelung kann die Mitgliederversammlung gleichsam den Versammlungsleiter bestimmen.<sup>1787</sup> Der Versammlungsleiter hat alle Befugnisse, die er benötigt, um einen ordnungsgemäßen Ablauf der Mitgliederversammlung

---

<sup>1778</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 29, vgl. zur Ergänzung der Tagesordnung aus dem Kreis der Mitglieder sowie Dringlichkeitsanträge, Rn. 30.

<sup>1779</sup> Nach einer Auffassung soll auch das Telegramm oder ein Telefax ausreichend sein, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 161. A. A. Soergel/Hadding § 37 Rn. 7; MüKo/Reuter § 37 Rn. 5.

<sup>1780</sup> Bejahend: BayObLG NJW-RR 2001, 1479, 1479f; vgl. Stöber/Otto Rn. 655; Reichert Rn. 1267; Palandt/Ellenberger § 37 Rn. 1; Staudinger/Weick § 37 Rn. 3. Verneinend: Soergel/Hadding § 37 Rn. 5; MüKo/Reuter § 37 Rn. 3.

<sup>1781</sup> Stöber/Otto Rn. 658; vgl. Reichert Rn. 1391; Staudinger/Weick § 32 Rn. 13, § 37 Rn. 17.

<sup>1782</sup> Vgl. BGHZ 100, 264, 269f, zur GmbH; BayObLG NJW-RR 1993, 612, 613; Staudinger/Weick § 32 Rn. 16; Soergel/Hadding § 32 Rn. 16; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 102.

<sup>1783</sup> Vgl. BGH WM 1985, 567, 568, zur GmbH; Stöber/Otto Rn. 712; Reichert Rn. 1412, 1432.

<sup>1784</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 51; differenzierend, Reichert Rn. 1439.

<sup>1785</sup> Stöber/Otto Rn. 715; Reichert Rn. 1652ff; Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 54.

<sup>1786</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 32.

<sup>1787</sup> MüKo/Reuter § 32 Rn. 19; Stöber/Otto Rn. 723; Soergel/Hadding § 32 Rn. 19; abweichend, Staudinger/Weick § 32 Rn. 13.

herbeizuführen.<sup>1788</sup> Zudem ist er zur Überwachung der Protokollführung verpflichtet. § 37 Abs. 2. S. 1 BGB ist zu beachten.<sup>1789</sup>

## f) Verlauf der Versammlung

Die Mitgliederversammlung wird durch den Versammlungsleiter förmlich eröffnet, wobei dies pünktlich zum angekündigten Zeitpunkt zu geschehen hat.<sup>1790</sup> Die Führung einer Anwesenheitsliste ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, jedoch ist dies ebenso empfehlenswert wie die Feststellung der ordnungsgemäßen Einberufung sowie der jeweiligen Beschlussfähigkeit.<sup>1791</sup> Sofern die Bekanntgabe der Tagesordnungspunkte in der Einladung nicht erfolgen musste, ist dies nunmehr nachzuholen.<sup>1792</sup> Bei ordentlichen Mitgliederversammlungen schließt sich hieran in der Regel ein Bericht des Vorstands an.<sup>1793</sup> Danach erfolgt die Abarbeitung der Tagesordnungspunkte. Jedes Mitglied hat das Recht auf Wortmeldung und Antragsstellung. Denkbar ist jedoch, dass die Redezeit der Mitglieder begrenzt wird, um einen zeitlich angemessenen Rahmen der Versammlung zu wahren, wobei auch die Entziehung des Wortes<sup>1794</sup> sowie der Ausschluss aus der Versammlung in Verbindung mit einem Verweis aus dem Versammlungsraum<sup>1795</sup> unter bestimmten Voraussetzungen möglich sind. Ohne den Willen der Mitglieder kann der Versammlungsleiter die Beendigung der Debatte über einen Tagesordnungspunkt nicht vornehmen, sofern sich dieses Recht nicht aus der Satzung oder einer von der Mitgliederversammlung beschlossenen Geschäftsordnung ergibt.<sup>1796</sup> Des Weiteren sind eine Unterbrechung und sogar eine Vertagung der Versammlung möglich. Das Ergebnis der Beschlüsse ist bekanntzugeben, auch wenn dies keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Beschlusses ist.<sup>1797</sup> Die Mitgliederversammlung endet mit der förmlichen Schließung. Die Satzung kann nach freiem Belieben darüber entscheiden, ob Beschlüsse der Mitgliederversammlung zu beurkunden sind und in welcher Art und Weise dies zu erfolgen hat, vgl. § 58 Nr. 4 BGB.<sup>1798</sup>

## g) Willensbildung

Jedem Mitglied kommt bei Beschlüssen grundsätzlich nur eine Stimme zu.<sup>1799</sup> Abweichendes kann sich jedoch aus der Satzung ergeben. Mehrere eigene Stimmrechte kann ein Mitglied nur einheitlich abgeben.<sup>1800</sup> Vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Satzung kann das Stimmrecht des Mitglieds nur durch dieses persönlich ausgeübt werden, § 38 S. 2 BGB i. V.

---

<sup>1788</sup> Vgl. BGHZ 44, 245, 248, zur AG; Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 33; Stöber/Otto Rn. 727; Reichert Rn. 1611, 1615ff.

<sup>1789</sup> Vgl. zur Online-Versammlung, Erdmann, in: MMR 2000, 526, 526ff.

<sup>1790</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 34.

<sup>1791</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 34.

<sup>1792</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 36.

<sup>1793</sup> Vgl. hierzu, Reichert Rn. 1667ff.

<sup>1794</sup> Stöber/Otto Rn. 732, 735; vgl. Reichert Rn. 1721ff; MüKo/Reuter § 32 Rn. 20.

<sup>1795</sup> Vgl. BGHZ 44, 245, 248, zur AG; Stöber/Otto Rn. 735; vgl. Reichert Rn. 1729ff; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 5.

<sup>1796</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 44.

<sup>1797</sup> Vgl. BGHZ 148, 335, 345; Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 47; vgl. Stöber/Otto Rn. 761; Reichert Rn. 1842; Staudinger/Weick § 32 Rn. 14.

<sup>1798</sup> Palandt/Ellenberger § 58 Rn. 4; Staudinger/Habermann § 58 Rn. 8; Soergel/Hadding § 58 Rn. 7. Einschränkend: MüKo/Reuter § 58 Rn. 6; nunmehr auch, Stöber/Otto Rn. 882. Beurkundungsfreiheit verneinend: Reichert Rn. 1910.

<sup>1799</sup> Stöber/Otto Rn. 801; K.Schmidt GesR S. 695; Reichert Rn. 1494.

<sup>1800</sup> Staudinger/Weick § 32 Rn. 20; Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 27; Stöber/Otto Rn. 801, 861; K.Schmidt GesR S. 695; Reichert Rn. 1536; wohl auch, MüKo/Reuter § 32 Rn. 39; Soergel/Hadding § 32 Rn. 24; a. A. Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 8; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 103.

m. § 40 BGB. Das Stimmrecht kann jedoch eingeschränkt oder bei bestimmten Bereichen ausgeschlossen sein.<sup>1801</sup> Die einschlägige Ausschlussnorm ist § 34 BGB, auch wenn die Vorschrift nur einen der beiden Grundgedanken - Insihgeschäft - dem Wortlaut nach enthält und der andere Grundgedanke - Verbot, Richter in eigener Sache zu sein - sich nicht aus ihr ergibt, soll dieser Ausschluss nach jedoch umstrittener Auffassung auch im Vereinsrecht greifen.<sup>1802</sup> Vom Ausschluss des Stimmrechts ist indes das stets bestehende Recht zur Teilnahme an der Versammlung zu unterscheiden.

Die Stimmabgabe eines Mitglieds stellt eine Willenserklärung dar.<sup>1803</sup> Die Mitgliederversammlung entscheidet durch Beschluss. Das Gesetz gibt für die Beschlussfähigkeit keinen bestimmten Anteil der Mitglieder vor. Auch hier kann sich jedoch Abweichendes (sog. Quorum) aus der Satzung ergeben. Gem. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB entscheidet bei der Beschlussfassung die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und zwar die Mehrheit der abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen, so dass Enthaltungen und ungültige Stimmabgaben nicht mitzuzählen sind.<sup>1804</sup> Die Satzung kann wiederum andere Regelungen aufstellen. Bei einem Satzungsänderungsbeschluss ist eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich, § 33 Abs. 1 S. 1 BGB. Zur Änderung des Vereinszwecks<sup>1805</sup> ist die Zustimmung aller Mitglieder notwendig, § 33 Abs. 1 S. 2 BGB. In der Satzung kann indes von den Vorgaben des § 33 BGB abgewichen werden, § 40 S. 1 BGB.<sup>1806</sup> Soll der Verein aufgelöst werden, ist ein Beschluss mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich, wenn nicht die Satzung ein anderes bestimmt, § 41 S. 2 BGB. Bei Aufhebung oder Schmälerung von Sonderrechten ist § 35 BGB zu beachten. Die Art und Weise der Abstimmung kann sich mangels gesetzlicher Vorgaben aus der Satzung ergeben, zumal beim Fehlen solcher Regelungen der Versammlungsleiter diese vorgibt.<sup>1807</sup> Ferner ist gem. § 32 Abs. 2 BGB eine Beschlussfassung auch ohne Versammlung möglich.

## **h) Fehlerhafte Beschlüsse**

Es ist nicht im Bereich des Unwahrscheinlichen angesiedelt, wenn man behauptet, dass mitunter Beschlüsse der Mitgliederversammlung durch ihren Inhalt oder die Art und Weise des Zustandekommens gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen Bestimmungen der Satzung verstoßen können. Eine gesetzliche Regelung über die Folgen solcher Beschlüsse lässt das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht vermissen. Im Aktienrecht erfolgt eine Unterscheidung danach, ob die Schwere des Mangels den Beschluss entweder nichtig oder anfechtbar macht. Die Rechtsprechung überträgt diese Grundsätze auf den bürgerlich-rechtlichen Verein nicht, was damit begründet wird, dass nach Ansicht des historischen Gesetzgebers die aktienrechtlichen Regelungen für das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht zu kompliziert

---

<sup>1801</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 32 Rn. 31.

<sup>1802</sup> K.Schmidt GesR S. 610f, 695f; Reichert Rn. 1574ff; Soergel/Hadding § 34 Rn. 2, 7; MüKo/Reuter § 34 Rn. 6f, 16; Staudinger/Weick § 34 Rn. 7, 15f; abweichend, KG OLG R 2005, 590, 591; Beschluss vom 03.03.2014, Az: 12 W 73/13; Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 7; Palandt/Ellenberger § 34 Rn. 3; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 103.

<sup>1803</sup> BGHZ 14, 264, 267; 48, 163, 173; Stöber/Otto Rn. 792; Reichert Rn. 1790; MüKo/Reuter § 32 Rn. 40.

<sup>1804</sup> BGHZ 83, 35, 36; OLG München NJW-RR 2008, 993, 994; Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 15; K.Schmidt GesR S. 695; Reichert Rn. 1795; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 7. Zum früheren Streit aufgrund des Gesetzeswortlauts „Mehrheit der erschienenen Mitglieder“, Stöber/Otto Rn. 807ff.

<sup>1805</sup> Hierzu, OLG München FGPrax 2011, 310, 310: Dies ist der „oberste Leitsatz“ für die Vereinstätigkeit, mithin der maßgebende Charakter des Vereins.

<sup>1806</sup> Vgl. zur Änderung der Mehrheit bei § 33 Abs. 1 BGB, OLG München Rpfleger 2011, 613, 613f.

<sup>1807</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 20f.

sein.<sup>1808</sup> Insofern soll es entweder gültige oder ungültige Beschlüsse geben.<sup>1809</sup> Dies durchbrechend wird dem Verein der Nachweis ermöglicht, dass der Beschluss nicht auf dem Mangel beruht<sup>1810</sup> bzw. dieser nicht relevant war<sup>1811</sup>. Gleichsam soll nicht jeder Mangel per se die Nichtigkeit zur Folge haben, so dass bei nichtschwerwiegenden Verletzungen von mitgliederschützenden Normen das betroffene Mitglied den Beschluss rügen muss (Widerspruch), wenn dieser nicht wirksam werden soll.<sup>1812</sup> Im Vereinsrecht sollen Beschlüsse daher nur dann schlechthin ungültig bzw. nichtig sein, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), gegen unabdingbare vereinsrechtliche Vorschriften, gegen zwingendes öffentliches Vereinsrecht oder gegen das gemeinschaftliche Interesse an einer ordnungsgemäßen Willensbildung verstoßen.<sup>1813</sup> Maßgeblich ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Vereinsrecht stets das tatsächliche Abstimmungsergebnis und nicht das hiervon abweichende durch den Versammlungsleiter festgestellte und verkündete Ergebnis.<sup>1814</sup> In der Literatur wird jedoch zunehmend die Auffassung vertreten, dass die Grundsätze des Aktienrechts (sowie des Genossenschaftsrechts und des Rechts der Wohnungseigentümergeinschaft) über den fehlerhaften Beschluss auf das Vereinsrecht zu übertragen seien.<sup>1815</sup>

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Allgemeines

Auch wenn jedem Gesellschafter aus seinem Geschäftsanteil eigene und unabhängige Rechte erwachsen, so ist die Bildung des Willens der Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter nicht eigen, sondern obliegt dem gesellschaftlichen Willensbildungsorgan.<sup>1816</sup> Anders als beim Verein ist die Frage nach dem entsprechenden Organ im GmbH-Recht umstritten. Während die h. M. der Gesellschafterversammlung die Organqualität zuspricht (§§ 48ff GmbHG)<sup>1817</sup>, meinen andere, der Gesamtheit der Gesellschafter käme diese Stellung zu<sup>1818</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass diese Differenzierung allenfalls terminologischer Art ist, da sie in der Sache keine Bedeutung für die einzelnen Rechtsfragen hat.<sup>1819</sup> Unabhängig davon, wem man nun die Organeigenschaft zubilligt, dieses Organ ist das oberste Organ der Gesellschaft.

#### b) Zuständigkeit

Die Zuständigkeit ist grundsätzlich allumfassend und ergibt sich in erster Linie aus dem Gesellschaftsvertrag. Regelt der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes, greifen die

---

<sup>1808</sup> Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2013, Az: 8 U 20/13; Staudinger/Weick § 32 Rn. 23.

<sup>1809</sup> Vgl. BGHZ 59, 369, 374; BGH NJW 1975, 2101, 2101; vgl. Stöber/Otto Rn. 862ff.

<sup>1810</sup> So, BGHZ 59, 369, 374f; OLG Köln Rpfleger 1983, 158, 159; Münch Hdb GesR V/Waldner § 31 Rn. 53.

<sup>1811</sup> So, BGH NJW 2008, 69, 73; OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2013, Az: 8 U 20/13; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 10; Soergel/Hadding § 32 Rn. 37a.

<sup>1812</sup> Soergel/Hadding § 32 Rn. 18; Reichert Rn. 1974, 1998ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213ff.

<sup>1813</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213f; Stöber/Otto Rn. 864ff; Soergel/Hadding § 32 Rn. 15.

<sup>1814</sup> BGH NJW 1975, 2101, 2101; OLG München NJW-RR 2008, 993, 994; Reichert Rn. 1843; Staudinger/Weick § 32 Rn. 14; Soergel/Hadding § 32 Rn. 34; einschränkend, Stöber/Otto Rn. 835; a. A. K.Schmidt GesR S. 696; MüKo/Reuter § 32 Rn. 50: Das festgestellte Ergebnis ist maßgebend, soweit entsprechende Regelungen der Satzung dies bestimmen.

<sup>1815</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213; K.Schmidt GesR S. 696ff; vgl. MüKo/Reuter § 32 Rn. 56ff; Rittmeyer S. 135ff; vgl. W.Kögler S. 156.

<sup>1816</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 36 Rn. 1; vgl. Baumbach/Hueck § 45 Rn. 4.

<sup>1817</sup> RGZ 169, 65, 80f; Baumbach/Hueck § 45 Rn. 4; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 45 Rn. 6f; Renkl S. 78.

<sup>1818</sup> Lutter/Hommelhoff § 45 Rn. 2; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 728; Klunzinger S. 268; Kübler/Assmann S. 288f; K.Schmidt GesR S. 1094; ders., in: NJW 2006, 2599, 2601.

<sup>1819</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 36 Rn. 2.

Vorschriften der §§ 46 bis 51 GmbHG, § 45 Abs. 2 GmbHG. Darüber hinaus gibt es noch weitere gesetzliche und ungeschriebene Zuständigkeitszuweisungen.<sup>1820</sup> Im Falle des Eingreifens der Unternehmensmitbestimmung verschiebt sich die Zuständigkeitsordnung<sup>1821</sup>, wobei im Rahmen dieser Arbeit auf diesen Umstand mangels primärer Erheblichkeit nicht eingegangen wird. Die Zuständigkeit der Gesellschafter ergibt sich maßgeblich aus § 46 GmbHG.

Die Gesellschafter beschließen:

- unabdingbar<sup>1822</sup> über die Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 53 Abs. 1 GmbHG),
- unabdingbar<sup>1823</sup> über die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG),
- nach h. M.<sup>1824</sup> über den Abschluss des Übernahmevertrages bei einer Kapitalerhöhung (§ 55 GmbHG),
- über die Erhebung der Ausschlussklage durch den Geschäftsführer<sup>1825</sup>,
- über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses (§ 46 Nr. 1 GmbHG),
- über die Entscheidung und Billigung i. S. v. § 46 Nr. 1a und 1b GmbHG,
- über die Einforderung von Einlagen (§ 46 Nr. 2 GmbHG), wobei jedoch bei der Unternehmersgesellschaft § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG zu beachten ist,
- unabdingbar über die Einforderung von Nachschüssen (§ 26 Abs. 1 GmbHG),
- über die Rückzahlung von Nachschüssen (§ 46 Nr. 3 GmbHG),
- über die Teilung, Zusammenlegung sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 46 Nr. 4 GmbHG),
- über die Bestellung, Abberufung, Entlastung und Anstellung<sup>1826</sup> der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 GmbHG),
- über das Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern (§ 37 Abs. 1 GmbHG),
- über die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung i. S. v. § 46 Nr. 6 GmbHG,
- über die Bestellungen i. S. v. § 46 Nr. 7 GmbHG,
- über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen i. S. v. § 46 Nr. 8 1. Fall GmbHG,
- über die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat (§ 46 Nr. 8 2. Fall GmbHG),
- über die Auskunfts- und Einsichtsverweigerung gem. § 51a Abs. 2 S. 2 GmbHG,
- über die Bestellung, Abberufung und Entlastung der Mitglieder eines freiwilligen Aufsichtsrats (§ 52 Abs. 1 GmbHG),
- über die Angelegenheiten bezüglich der Liquidatoren,
- über die Befreiung der Geschäftsführer von § 181 BGB,
- über die Feststellung der Liquidationsbilanzen (§ 71 Abs. 2 S. 1 GmbHG) sowie

---

<sup>1820</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 1.

<sup>1821</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 1.

<sup>1822</sup> RGZ 137, 305, 308; BGHZ 43, 261, 264; Windbichler § 22 Rn. 16; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 729; K.Schmidt GesR S. 1095.

<sup>1823</sup> Baumbach/Hueck § 60 Rn. 17; Scholz/K.Schmidt § 60 Rn. 12; Windbichler § 22 Rn. 16; Eisenhardt/Wackerbarth Rn. 729.

<sup>1824</sup> BGHZ 49, 117, 119f; Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 45; a. A. Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 10.

<sup>1825</sup> BGHZ 9, 157, 177; 153, 285, 288f.

<sup>1826</sup> Annexkompetenz: BGHZ 89, 48, 54; BGH GmbHR 1997, 547, 548.

- nach h. M.<sup>1827</sup> über die vorzunehmenden Handlungen bei ungewöhnlichen Maßnahmen.<sup>1828</sup>

Die aufgezeigten Zuständigkeiten können eingeschränkt oder einem anderen Organ übertragen werden, soweit sie nicht ausnahmsweise zwingend den Gesellschaftern zustehen, wobei die h. M. bei den Gesellschaftern als Organ eine zu verbleibende Mindestzuständigkeit sieht, so dass das Organ selbst nicht in der Bedeutungslosigkeit verschwinden darf.<sup>1829</sup> Eine Zuständigkeitsverlagerung und deren Ausübungsverlagerung können punktuell auf einem Gesellschafterbeschluss basieren.<sup>1830</sup>

### c) Einberufung

Es ist grundsätzlich erforderlich, dass jede Gesellschafterversammlung förmlich einberufen wird. Zweck ist es, den Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, anwesend zu sein, sich vorzubereiten und mitwirken zu können.<sup>1831</sup> Sind sämtliche Gesellschafter anwesend (sog. Vollversammlung), ist eine nicht ordnungsgemäße Einberufung unbeachtlich (§ 51 Abs. 3 GmbHG), sofern kein Gesellschafter der Durchführung der Versammlung widerspricht.<sup>1832</sup>

Gem. § 49 Abs. 1 GmbHG wird die Versammlung mangels abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag durch die Geschäftsführer einberufen, wobei jeder Geschäftsführer hierzu allein berechtigt ist.<sup>1833</sup> Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, sind berechtigt, unter Angabe des Zwecks (Tagesordnungspunkte) und der Gründe die Berufung der Versammlung zu verlangen, § 50 Abs. 1 GmbHG. Die Norm gibt indes hierfür keine bestimmte Form vor. Wird dem Verlangen nicht entsprochen, können die Gesellschafter gem. § 50 Abs. 3 GmbHG die Berufung oder die Ankündigung selbst bewirken. Dasselbe gilt, wenn der Einberufungsberechtigte fehlt. Die Versammlung beschließt, ob die entstandenen Kosten durch die Gesellschaft zu tragen sind, § 50 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die Gesellschafter sind bei dem Beschluss an die Treuepflicht gebunden.<sup>1834</sup> Die Minderheitenrechte des § 50 GmbHG sind nach h. M. unabdingbar, so dass nur eine Erweiterung der Rechte möglich ist.<sup>1835</sup>

Die Versammlung ist in den ausdrücklich bestimmten Fällen (§§ 5a Abs. 4, 50 Abs. 1 GmbHG) und in dem Fall, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, einzuberufen, § 49 Abs. 2 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag kann weitere Einberufungsgründe vorsehen und nach h. M. die Vorgaben des § 49 Abs. 2 2. Fall GmbHG einschränken oder ausschließen.<sup>1836</sup>

---

<sup>1827</sup> Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 10f; Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 58ff.

<sup>1828</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 2ff; MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 12ff, 293ff.

<sup>1829</sup> Baumbach/Hueck § 45 Rn. 7; vgl. Lutter/Hommelhoff § 45 Rn. 10; Scholz/K.Schmidt § 45 Rn. 10; vgl. Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 129ff; abweichend, Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 71.

<sup>1830</sup> Vgl. BGHZ 49, 117, 120; Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 73.

<sup>1831</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 11; MüKo GmbHG/Liebscher § 51 Rn. 2.

<sup>1832</sup> RGZ 92, 409, 410f; BGHZ 100, 264, 269f; vgl. Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 21; Wicke § 51 Rn. 9; Roth/Altmeppen § 51 Rn. 16.

<sup>1833</sup> OLG Frankfurt am Main GmbHR 1976, 110, 110f; Baumbach/Hueck § 49 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 49 Rn. 2; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 2; Wicke § 49 Rn. 2; Roth/Altmeppen § 49 Rn. 2.

<sup>1834</sup> Baumbach/Hueck § 50 Rn. 22; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 50 Rn. 31; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 20; Wicke § 50 Rn. 8; abweichend, Roth/Altmeppen § 50 Rn. 16: Die Versammlungskosten trägt in jedem Fall die Gesellschaft.

<sup>1835</sup> Baumbach/Hueck § 50 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 50 Rn. 4; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 50 Rn. 38; Roth/Altmeppen § 50 Rn. 4; a. A. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 33.

<sup>1836</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 32; MüKo GmbHG/Liebscher § 49 Rn. 68ff.

Gem. § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfolgt die Einberufung der Versammlung durch die Einladung aller Gesellschafter mittels eingeschriebener Briefe<sup>1837</sup>, soweit wiederum der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt. Die Berufung ist mit einer Frist von mindestens einer Woche zu bewirken, § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Die Einladung muss die Einberufung der Gesellschafterversammlung, deren Ort und Zeit, die Person des Einberufenden sowie die betroffene Gesellschaft wiedergeben.<sup>1838</sup> Gem. § 51 Abs. 2 GmbHG soll der Zweck der Versammlung jederzeit bei der Berufung angekündigt werden. Die Ankündigung des Zwecks kann jedoch noch bis drei Tage vor der Versammlung erfolgen, § 51 Abs. 4 GmbHG. Die konkrete Art der Ankündigung der Tagesordnungspunkte muss eine sinnvolle Vorbereitung ermöglichen. Der Minderheit kommt das Recht aus § 50 Abs. 2 GmbHG zu. Von den Vorschriften des § 51 GmbHG kann gem. § 45 Abs. 2 GmbHG gesellschaftsvertraglich abgewichen werden, hingegen eine Verkürzung der Ladungsfrist nach h. M. nicht zulässig sein soll.<sup>1839</sup> Des Weiteren kann die Versammlung abberufen oder vertagt werden.

Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Festlegung für den Ort der Versammlung, soll sie entsprechend § 121 Abs. 5 S. 1 AktG am Sitz der Gesellschaft stattfinden.<sup>1840</sup>

#### **d) Teilnahme**

Teilnahmeberechtigt sind sämtliche Gesellschafter, die in der Gesellschafterliste aufgenommen sind, so dass auch Gesellschafter ohne Stimmrecht ein Recht auf Teilnahme an der Versammlung haben.<sup>1841</sup> Eine Teilnahmepflicht besteht demgegenüber grundsätzlich nicht. Das Teilnahmerecht umfasst das Recht auf Anwesenheit und das Recht auf aktive Beteiligung durch Wortmeldung und Antragsstellung.<sup>1842</sup> Durch den Gesellschaftsvertrag kann Dritten ein Teilnahmerecht eingeräumt werden. Geschäftsführer und Mitglieder eines freiwilligen Aufsichtsrats, die nicht gleichzeitig Gesellschafter sind, haben kein Teilnahmerecht, obschon der Gesellschaftsvertrag sogar eine Teilnahmepflicht begründen kann.<sup>1843</sup> Ein Rechtsbeistand muss grundsätzlich nicht zugelassen werden.<sup>1844</sup>

#### **e) Leitung der Versammlung**

Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Angaben über den Versammlungsleiter, können ihn die Gesellschafter bestimmen. Der Versammlungsleiter ist mit den Befugnissen ausgestattet, die erforderlich sind, um eine ordnungsgemäße Versammlung zu gewährleisten.

---

<sup>1837</sup> Bedingt eine persönliche Übergabe und ist unabhängig davon, wie das zustellende Unternehmen diesen Vorgangstyp bezeichnet, Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 43; a. A. Scholz/Seibt § 51 Rn. 12.

<sup>1838</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 41; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 51 Rn. 17; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 32f; vgl. Wicke § 51 Rn. 3.

<sup>1839</sup> Baumbach/Hueck § 51 Rn. 39; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 35; Wicke § 51 Rn. 10; a. A. OLG Hamm GmbHR 1992, 466, 468.

<sup>1840</sup> BGH WM 1985, 567, 568; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1535, 1535f; Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 55; Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 18.

<sup>1841</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 60; MüKo GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 11.

<sup>1842</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 59; MüKo GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 9.

<sup>1843</sup> Lutter/Hommelhoff § 48 Rn. 5; Scholz/Seibt § 48 Rn. 20.

<sup>1844</sup> Vgl. OLG Hamburg NJW-RR 2002, 460, 461; Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 70;

Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 28; vertiefend, Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 49; Werner, in: GmbHR 2006, 871, 871ff.

## f) Verlauf der Versammlung

Die Versammlung wird vom Versammlungsleiter eröffnet. Ihm obliegt zudem die Feststellung der Anwesenheit, der Teilnahmeberechtigung und ggfs. der notwendigen Beschlussfähigkeit sowie die Festlegung der Reihenfolge der Beratung, der Abstimmung und der Stimmabgabe, wobei er das Recht zu Redezeitbeschränkungen, Wortentziehungen und Saalverweisungen hat.<sup>1845</sup> Das jeweilige Beschlussergebnis wird von ihm festgestellt. Die Versammlung wird schließlich durch den Leiter für beendet erklärt. Jeder Gesellschafter hat ein Antrags-, ein Informations- und ein Äußerungsrecht.<sup>1846</sup>

Eine förmliche Beschlussfeststellung ist nur bei statutarischer Verankerung erforderlich.<sup>1847</sup> Nach h. M. wird der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt wirksam.<sup>1848</sup> Ein allgemeines Formerfordernis für die Beschlüsse besteht nicht, auch wenn gewisse Beschlüsse zu ihrer Wirksamkeit einer notariellen Beurkundung bedürfen. Eine Protokollierung des Versammlungsverlaufs ist gesetzlich nicht zwingend aber sinnvoll. Bei einer Einpersonengesellschaft ist die gesetzliche Besonderheit des § 48 Abs. 3 GmbHG zu beachten.

Zudem ist eine Beschlussfassung außerhalb der Versammlung möglich, § 48 Abs. 2 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag kann hiervon Abweichendes regeln, § 45 Abs. 2 GmbHG.

## g) Willensbildung

Die von den Gesellschaftern zu treffenden Bestimmungen erfolgen durch Beschlussfassung, § 47 Abs. 1 GmbHG. Jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme, § 47 Abs. 2 GmbHG. Träger des Stimmrechts ist der Gesellschafter, wobei die Ausübung Dritten überlassen werden kann.<sup>1849</sup> Hierbei ist indes § 47 Abs. 3 GmbHG zu beachten. Das Stimmrecht selbst wird von der Treuepflicht und dem Missbrauchsverbot geprägt. Es kann gem. § 47 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen sein.<sup>1850</sup> In dieser Vorschrift treten dabei beide Grundgedanken (Insichgeschäft und Richter in eigener Sache) des typischerweise gegenläufigen Eigeninteresses für die Begründung eines Stimmverbots hervor.<sup>1851</sup> Derjenige, der einem Stimmverbot unterfällt, kann jedoch an der Gesellschafterversammlung teilnehmen.<sup>1852</sup> Von den Regelungen des § 47 GmbHG kann gesellschaftsvertraglich abgewichen werden (§ 45 Abs. 2 GmbHG), so dass auch die Schaffung von stimmrechtslosen Anteilen zulässig sein kann.<sup>1853</sup> Nach h. M. soll eine Befreiung von den Stimmrechtsverboten nach § 47 Abs. 4 GmbHG nicht möglich sein, soweit sie die Entlastung, die Befreiung von einer Verbindlichkeit, die Einleitung eines Schadensersatzprozesses oder Maßnahmen aus

---

<sup>1845</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 72.

<sup>1846</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 78ff.

<sup>1847</sup> BGHZ 76, 154, 156; 104, 66, 69; Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 70f; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 55; MüKo/Reuter § 32 Rn. 49.

<sup>1848</sup> BGHZ 104, 66, 69; K.Schmidt GesR S. 1098; vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 81ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 66; vertiefend, Werner, in: GmbHR 2006, 127, 127ff.

<sup>1849</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 1; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 84ff.

<sup>1850</sup> Für eine teleologische Reduktion bei einer Einpersonengesellschaft, BGHZ 105, 324, 333; Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 52f; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 94; vertiefend, Grohmann, in: GmbHR 2008, 1255, 1255.

<sup>1851</sup> Vgl. BGHZ 97, 28, 33; K.Schmidt GesR S. 608, 610; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 93; Lutter/Hommelhoff § 47 Rn. 28f.

<sup>1852</sup> BGH WM 1985, 567, 568; Lutter/Hommelhoff § 47 Rn. 47.

<sup>1853</sup> Vgl. BGHZ 14, 264, 269; Wicke § 47 Rn. 6; Roth/Altmeppen § 47 Rn. 17; vertiefend, Schäfer S. 1ff.



wichtigem Grund betreffen.<sup>1854</sup> Das Stimmrecht selbst kann nach ganz h. M nicht von der Mitgliedschaft getrennt werden.<sup>1855</sup>

Soweit sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes ergibt, können die Stimmen aus einem Geschäftsanteil nur einheitlich<sup>1856</sup> abgegeben werden.<sup>1857</sup> Demgegenüber ist bei mehreren Geschäftsanteilen eine diesbezügliche uneinheitliche Stimmabgabe möglich, vgl. § 15 Abs. 2 GmbHG.<sup>1858</sup> Hält die Gesellschaft selbst einen Geschäftsanteil, ruht das entsprechende Stimmrecht, § 71b AktG analog. Unter bestimmten Umständen kann sich die Freiheit der Stimmabgabe zu einer Stimmpflicht verdichten.<sup>1859</sup> Zudem wird die Freiheit des Stimmrechts durch die gesetzlichen Verbote (§ 134 BGB), die guten Sitten (§ 138 BGB), den Minderheitenschutz, den Gleichbehandlungsgrundsatz, die gesellschaftsvertragliche Bindung sowie die Treuepflicht eingegrenzt.<sup>1860</sup>

Der Beschluss ist grundsätzlich in der Gesellschafterversammlung zu fassen, obgleich eine Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung im Einverständnis aller Gesellschafter zulässig ist, § 48 Abs. 1, 2 GmbHG. Für die Einpersonengesellschaft gilt § 48 Abs. 3 GmbHG.

Der Beschluss ist mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, § 47 Abs. 1 GmbHG, so dass eine Berücksichtigung der Stimmenthaltungen und der ungültigen Stimmen nicht erfolgt. Die Stimmabgaben sind Willenserklärungen. Für die Änderungen des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft fordert das Gesetz eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, §§ 53 Abs. 2 S. 1, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Der Gesellschaftsvertrag kann die Mehrheitsverhältnisse grundsätzlich verändern, auch wenn eine Herabsetzung der notwendigen Mehrheit aus § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht zulässig ist.<sup>1861</sup> Hierauf kann aber durch die Veränderung der Stimmkraft Einfluss genommen werden.

## **h) Fehlerhafte Beschlüsse**

Auch bei der Unternehmergesellschaft ist es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit naheliegend, dass nicht sämtliche Beschlüsse ordnungsgemäß sein werden. Das GmbHG enthält jedoch keine Regelungen über die Behandlung von fehlerhaften Beschlüssen. Insofern werden die entsprechenden aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 241ff AktG) auf das GmbH-Recht übertragen, so dass zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden ist.<sup>1862</sup>

---

<sup>1854</sup> Vgl. BGHZ 108, 21, 27; BGH BB 1980, 750, 751f; OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050, 1053; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 106; a. A. OLG Stuttgart BB 2001, 794, 796; Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 68; vertiefend, Bacher, in: GmbHR 2001, 133, 135ff.

<sup>1855</sup> BGHZ 43, 261, 267; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 40; Lutter/Hommelhoff § 47 Rn. 4; a. A. Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 5ff.

<sup>1856</sup> BGH GmbHR 1965, 32, 32; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 69; Lutter/Hommelhoff § 47 Rn. 9; Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 51; Wicke § 47 Rn. 8; Roth/Altmeppen § 47 Rn. 29; a. A. Armbrüster, in: GmbHR 2001, 1021, 1024.

<sup>1857</sup> Vertiefend, RGZ 137, 305, 313; Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 31; Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 51.

<sup>1858</sup> Kritisch, Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 52.

<sup>1859</sup> Vgl. BGHZ 98, 276, 279; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 47 Rn. 20; Grunewald GesR § 13 Rn. 102; Wicke § 47 Rn. 11.

<sup>1860</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Wolff § 38 Rn. 74.

<sup>1861</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 39 Rn. 9; MüKo GmbHG/Liebscher § 47 Rn. 49ff.

<sup>1862</sup> RGZ 85, 311, 313; 166, 129, 131; BGHZ 11, 231, 235; OLG Stuttgart GmbHR 2011, 1277, 1277: Gilt auch für die Unternehmergesellschaft; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 47 Rn. 1, 3; Windbichler § 22 Rn. 17; Klunzinger S. 270; K.Schmidt GesR S. 1100; Beck'sches Hdb der GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 164; Roth/Altmeppen § 47 Rn. 91; Rittmeyer S. 60ff; Zeilinger, in: GmbHR 2001, 541, 545f; a. A. W.Kögler S. 146.

Beschlüsse mit besonders schwerwiegenden Fehlern sind nichtig. Weniger schwerwiegende Fehler führen zur Anfechtbarkeit, die fristgebunden durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden muss, so dass der Beschluss vorläufig wirksam ist.<sup>1863</sup> Die Nichtigkeit bedarf zu ihrem Eintritt keiner gerichtlichen Geltendmachung, obschon eine auf Feststellung gerichtete Nichtigkeitsklage zulässig ist. Nach neuerer Auffassung soll bei Gründen, die keine Nichtigkeit hervorrufen, bereits ein Widerspruch oder eine Anfechtungserklärung gegenüber der Gesellschaft ausreichend sein, so dass eine Anfechtungsklage nicht zwingend wäre.<sup>1864</sup>

Die Nichtigkeit ergibt sich aus dem *numerus clausus* des § 241 AktG analog, der §§ 250, 253, 256 AktG in entsprechender Anwendung sowie aus §§ 57j S. 2, 57n Abs. 2 S. 4, 58e Abs. 3 S. 1, 58f Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die Heilungsmöglichkeit nach § 242 AktG ist zu beachten. Die Anfechtbarkeit als Auffangtatbestand ist zur Wirksamkeit abzugrenzen.<sup>1865</sup> § 243 Abs. 1 AktG findet entsprechende Anwendung. Bei formellen Fehlern soll es auf die Erheblichkeit (Relevanz) des Verstoßes für die Beschlussfassung ankommen.<sup>1866</sup> Die Vorschriften der §§ 251 Abs. 1, 255 Abs. 2 AktG sind auf das GmbH-Recht übertragbar.<sup>1867</sup> Die Beschlussmängel können durch eine Genehmigung oder durch Bestätigung gem. § 244 AktG analog geheilt werden.

Die Nichtigkeit kann von jedem geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen des § 256 ZPO erfüllt sind, wobei dann nur eine *inter partes* Wirkung eintritt. Die Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG können nur Gesellschafter und klagebefugte Organmitglieder erheben, wobei deren Wirkung nicht auf die Prozessparteien beschränkt ist. Anfechtbare Beschlüsse müssen durch eine fristgebundene<sup>1868</sup> Anfechtungsklage (§ 246 AktG analog) beseitigt werden. Jeder Gesellschafter ist aktivlegitimiert. Das stattgebende Urteil wirkt gegenüber jedermann (*inter omnes*), § 248 AktG analog. Bei nicht festgestellten Beschlüssen soll die richtige Klageart die (Beschluss-)Feststellungsklage sein.<sup>1869</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Beide Verbände können durch ihre Organe am Rechtsverkehr teilnehmen. Die insoweit notwendige körperschaftliche Willensbildung erfolgt in der Versammlung der Mitglieder, die vom Gesetz als oberstes Organ des Verbands konzipiert ist. Im GmbH-Recht wird vertreten, dass nicht der Mitgliederversammlung, sondern der Gesamtheit der Mitglieder die Organeigenschaft zukommt. Der Streit hat jedoch keine praktische Relevanz. Die Willensbildung des Verbands erfährt gegenüber der Willensbildung der einzelnen Mitglieder eine Verselbstständigung. Das Teilnahmerecht sowie das Stimmrecht in der Mitgliederversammlung und der Gesellschafterversammlung folgen aus der Stellung als Mitglied des jeweiligen Verbands. Die Leitungsmacht in beiden Körperschaften geht von den Mitgliedern aus, wobei diese wiederum durch die Mitglieder- bzw. die Gesellschafterversammlung ausgeübt wird. Beide Organe entscheiden durch Beschluss. Beim bürgerlich-rechtlichen Verein und der Unternehmergesellschaft gilt vom gesetzlichen

---

<sup>1863</sup> Vgl. zum Ganzen, Münch Hdb GesR III/Wolff § 40 Rn. 1ff; Grunewald GesR § 13 Rn. 107ff; K.Schmidt GesR S. 1101ff.

<sup>1864</sup> Vgl. Baumbach/Hueck Anh § 47 Rn. 1ff; Münch Hdb GesR III/Wolff § 40 Rn. 5f; a. A. K.Schmidt GesR S. 1100f.

<sup>1865</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 40 Rn. 36.

<sup>1866</sup> BGHZ 149, 158, 164f; BGHZ 153, 32, 37; 160, 385, 391f; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 111.

<sup>1867</sup> Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 141f, 145; Münch Hdb GesR III/Wolff § 40 Rn. 47.

<sup>1868</sup> Vgl. zum Streit über die Anfechtungsfrist bei der GmbH, Münch Hdb GesR III/Wolff § 40 Rn. 71ff; K.Schmidt GesR S. 1102f; Grunewald GesR § 13 Rn. 113.

<sup>1869</sup> Lutter/Hommelhoff Anh. § 47 Rn. 39; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 279; Grunewald GesR § 13 Rn. 115; Heckschen/Heidinger § 8 Rn. 76, 147f.

Grundsatz her das Mehrheitsprinzip. Beiden Verbänden ist es zudem gemein, dass die Belange von Mitgliedsminoritäten eine Berücksichtigung erfahren. Den Mitgliedern kommen Stimmrechte zu. Bei der Unternehmergesellschaft wird diesbezüglich die Relevanz der finanziellen Beteiligung der Gesellschafter deutlich, da die Stimmkraft von Gesetzes wegen von der Höhe des Geschäftsanteils abhängig ist. Die Stimmrechtsausübung ist grundsätzlich frei, auch wenn sich unter bestimmten Umständen diese Freiheit zu einer konkreten Stimmpflicht verdichten kann. Darüber hinaus ist es möglich, dass in bestimmten Fällen das Stimmrecht ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluss ist von zwei Grundgedanken geprägt: zum einen vom Inselfgeschäft und zum anderen vom Verbot, Richter in eigener Sache zu sein.<sup>1870</sup> Während beide Grundgedanken in § 47 Abs. 4 GmbHG normiert sind, enthält die einschlägige Regelung im Vereinsrecht (§ 34 BGB) dem Wortlaut nach nur den ersten der beiden Gründe, hingegen der zweite Grundgedanke nach umstrittener Auffassung auch im Vereinsrecht greift, so dass insoweit ein Gleichlauf beider Körperschaften gegeben ist.<sup>1871</sup>

Bei der Betrachtung der Versammlung der Mitglieder bzw. der Gesellschafter muss stets beachtet werden, dass die regelnden Vorschriften weitestgehend dispositiv sind, wodurch eine Anpassung an die konkreten Verhältnisse möglich ist.<sup>1872</sup>

Die Versammlungen sind ein unentbehrliches Organ des Verbands, deren Zuständigkeit grundsätzlich allumfassend ist. Die Zuständigkeit kann sowohl durch die Satzung als auch durch den Gesellschaftsvertrag erweitert sowie eingeschränkt und zugleich auf ein anderes Organ übertragen werden. Eine Verlagerung oder eine Einschränkung der Kompetenzen darf jedoch nicht so weit führen, dass die Versammlung als Organ in der Bedeutungslosigkeit verschwindet.<sup>1873</sup> Die entscheidenden Angelegenheiten des Verbands unterfallen daher stets der Zuständigkeit der Versammlung der Mitglieder bzw. der Gesellschafter. Die Vertretungsorgane der Verbände werden durch die Versammlungen bestellt, abberufen und entlastet. Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ist gesetzlich aufgrund der finanziellen Beteiligung der Gesellschafter ausdifferenzierter.

Beide Versammlungen sind nach bestimmten Voraussetzungen einzuberufen, wobei dies gewährleistet soll, dass die Mitglieder bzw. die Gesellschafter die Möglichkeit haben, sich auf die Versammlung vorzubereiten; gleichsam soll gewährleistet werden, dass sie daran mitwirken und darüber entscheiden können, ob sie überhaupt an der Versammlung teilnehmen wollen.<sup>1874</sup> Sind sämtliche Mitglieder bzw. Gesellschafter anwesend (sog. Vollversammlung), ist eine nicht ordnungsgemäße Einberufung ohne rechtliche Folgen, sofern keines der Mitglieder sich auf die fehlende Ordnungsgemäßheit beruft. Für die Unternehmergesellschaft folgt dies bereits aus § 51 Abs. 3 GmbHG. Soweit die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regeln, wird die Versammlung durch das Vertretungsorgan, mithin den Vorstand bzw. die Geschäftsführer, einberufen, vgl. § 49 Abs. 1 GmbHG. Die Einberufungsgründe aus § 36 BGB und § 49 Abs. 2 GmbHG sind identisch. Eine besondere Einberufungspflicht ergibt sich für die Unternehmergesellschaft ausdrücklich aus § 5a Abs. 4 GmbHG. Im Gegensatz zu den Regelungen des GmbH-Rechts (§ 51 GmbHG) enthält das Vereinsrecht für die Einberufung keine Formvorgaben, hingegen gem. § 58 Nr. 4 BGB die Satzung Bestimmungen über die Form der Berufung enthalten soll. Das GmbH-Recht sieht abweichend vom Vereinsrecht eine Frist für die Einberufung vor (§ 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG),

---

<sup>1870</sup> Vgl. BGHZ 97, 28, 33; MüKo/Reuter § 34 Rn. 3.

<sup>1871</sup> Vgl. Grunewald GesR § 13 Rn. 99; Soergel/Hadding § 34 Rn. 7; MüKo/Reuter § 34 Rn. 3.

<sup>1872</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 32 Rn. 13.

<sup>1873</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 32 Rn. 10.

<sup>1874</sup> So zum Verein, Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 20.

obgleich im Vereinsrecht zwischen Ladung und Versammlung ebenso ein angemessener Zeitraum liegen muss. Fehlt bei einer Unternehmergesellschaft eine gesellschaftsvertragliche Festlegung für den Ort der Versammlung, soll sie entsprechend § 121 Abs. 5 S. 1 AktG am Sitz der Gesellschaft stattfinden. Demgegenüber kann bei einem Verein beim Fehlen einer satzungsmäßigen Regelung oder eines einschlägigen Beschlusses der Mitgliederversammlung das Einberufungsorgan den Versammlungsort nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmen. Im Vereinsrecht sind die Tagesordnungspunkte in der Ladung mitzuteilen, § 32 Abs. 1 S. 2 BGB. Demgegenüber enthält das GmbH-Recht in § 51 Abs. 2 und 4 GmbHG eine Erleichterung, auch wenn eine vorherige Mitteilung in Bezug auf die Versammlung erforderlich ist. Die Minderheitenrechte werden durch die Vorschriften § 37 BGB und § 50 GmbHG gewahrt, wobei sich die Rechte aus § 37 Abs. 1 BGB und § 50 Abs. 1 GmbHG ähneln<sup>1875</sup>, obschon im weiteren Verlauf § 50 Abs. 3 GmbHG ein eigenständiges Einberufungsrecht einräumt, während die Minderheit im Vereinsrecht zunächst die amtsgerichtliche Ermächtigung gem. § 37 Abs. 2 BGB erwirken muss. Die insoweit entstandenen Kosten hat grundsätzlich der Verband zu tragen, auch wenn dies im GmbH-Recht erst aus der Treuebindung beim Beschluss gem. § 50 Abs. 3 S. 2 GmbHG folgt. Das Recht, eine Ergänzung der Tagesordnung einer bereits berufenen Versammlung zu verlangen, ist bei beiden Verbänden gegeben.

An der Versammlung sind sämtliche Mitglieder und Gesellschafter teilnahmeberechtigt. Mitglieder anderer Organe des Verbands, ohne dass diese gleichsam Mitglieder bzw. Gesellschafter sind, haben grundsätzlich kein Teilnahmerecht. Die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag können indes Abweichendes regeln. Die Versammlung wird durch den Versammlungsleiter geleitet, wobei er alle notwendigen Befugnisse hat, um eine ordnungsgemäße Versammlung zu gewährleisten. Der Versammlungsverlauf in beiden Verbänden deckt sich weitestgehend. Eine Pflicht zur förmlichen Beschlussfeststellung sieht sowohl das Vereinsrecht als auch das GmbH-Recht<sup>1876</sup> nicht vor. Eine Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung ist möglich (§ 32 Abs. 2 BGB, § 48 Abs. 2 GmbHG), wobei § 48 Abs. 2 GmbHG eine einfachere Beschlussfassung einräumt.

Die Willensbildung erfolgt durch Beschlüsse, wobei die Stimmabgabe selbst eine Willenserklärung ist. Das Gesetz sieht für beide Verbände kein notwendiges Quorum vor. Jedes Mitglied hat grundsätzlich eine Stimme, wobei von Gesetzes wegen die Stimmkraft der Gesellschafter von der Höhe des Geschäftsanteils abhängig ist. Während ein Vereinsmitglied, welches abweichend vom Grundsatz über mehrere eigene Stimmen verfügt, diese nur einstimmig abgeben kann, ist es einem Gesellschafter beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsanteile möglich, unterschiedlich abzustimmen. Das Stimmrecht selbst soll nach ganz h. M. nicht von der Mitgliedschaft getrennt werden können. Das GmbH-Recht lässt eine Stimmrechtsausübung durch einen Dritten zu (§ 47 Abs. 3 GmbHG), während das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht abdingbar die Überlassung verbietet (§ 38 S. 2 BGB).<sup>1877</sup> Bei Beschlüssen entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 32 Abs. 1 S. 3 BGB, § 47 Abs. 1 GmbHG. Die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse bei der Änderung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages sowie der Auflösung des Verbands sind mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen gleich.

Unterschiede bestehen nach h. M. bei den Rechtsfolgen von fehlerhaften Beschlüssen. Sowohl das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht als auch das GmbH-Recht enthalten hierfür keine eigenständigen Regelungen. Während die h. M. die diesbezüglichen aktienrechtlichen

---

<sup>1875</sup> Vgl. Reichert Rn. 1263.

<sup>1876</sup> Ausnahme für die Einpersonengesellschaft, § 48 Abs. 3 GmbHG.

<sup>1877</sup> Vgl. Reichert Rn. 1516f.

Vorschriften auf das GmbH-Recht in analoger Anwendung überträgt, wird diese Vorgehensweise beim bürgerlich-rechtlichen Verein vielfach abgelehnt. Insofern wird bei der Unternehmersgesellschaft zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen unterschieden, während im Vereinsrecht ein Beschluss entweder nichtig oder gültig sein soll. Zudem ist im Vereinsrecht das tatsächliche Abstimmungsergebnis entscheidend, während im GmbH-Recht der festgestellte Beschluss der Anknüpfungspunkt ist. Durch die Obliegenheit eines Vereinsmitglieds, einen Beschluss zu rügen, welcher unter der Verletzung von mitgliederschützenden Normen zustande gekommen ist, sind die Vorgehensweisen in beiden Verbänden einander angenähert.<sup>1878</sup>

## **X. Vorstand und Geschäftsführer**

### **1. Grundsätzliches**

Einem Verband muss es möglich sein, verantwortlich tätig zu werden, wobei er sich hierfür seiner Organe bedient.<sup>1879</sup> Jeder Verband verfügt daher über ein unverzichtbares Handlungsorgan. Dies ist beim bürgerlich-rechtlichen Verein der Vorstand, während bei der Unternehmersgesellschaft diese Position den Geschäftsführern zukommt. Beide Organe sind das sog. Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan.<sup>1880</sup> Sie handeln dabei nicht anstelle des Verbands, sondern aus ihm heraus.<sup>1881</sup> Mitglied des Handlungsorgans kann ein Vereinsmitglied bzw. ein Gesellschafter oder gar ein außenstehender Dritter sein. Das Organ besteht aus einem oder mehreren Organmitgliedern. Bei den Organmitgliedern erfolgt nach ganz h. M. eine Differenzierung zwischen der körperschaftlichen Organstellung und der schuldrechtlichen Anstellung.

Beide Handlungsorgane trifft das Verbot aus § 181 BGB.<sup>1882</sup> Zudem vermitteln sie dem Verband den Besitz an Gegenständen, ohne selbst Besitzer dieser Gegenstände zu sein.<sup>1883</sup> Des Weiteren wird ihr Handeln dem Verband zugerechnet, vgl. § 31 BGB. Die Vorschrift gibt insofern einen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundgedanken wieder, wodurch sie nicht nur für den bürgerlich-rechtlichen Verein, sondern auch für die Unternehmersgesellschaft entsprechend gilt.<sup>1884</sup> Darüber hinaus ist nach ganz h. M. das Wissen des Handlungsorgans dem Verband zuzurechnen.<sup>1885</sup> Die dogmatische Grundlage der Eigenzurechnung im Verbandsrecht ist indes seit jeher umstritten.<sup>1886</sup>

---

<sup>1878</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 697.

<sup>1879</sup> K.Schmidt GesR S. 248; vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 1, 55.

<sup>1880</sup> K.Schmidt GesR S. 248; Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 2.

<sup>1881</sup> K.Schmidt GesR S. 255; vgl. Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 2; Staudinger/Weick § 26 Rn. 8; Friedrich, in: DSStR 1994, 100, 100.

<sup>1882</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 18; Stöber/Otto Rn. 449; Reichert Rn. 2493; Soergel/Hadding § 26 Rn. 22; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 29.

<sup>1883</sup> BGHZ 56, 73, 77; Staudinger/Weick § 26 Rn. 22; Soergel/Hadding § 26 Rn. 12; MüKo/Reuter § 26 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 66.

<sup>1884</sup> Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 3; K.Schmidt GesR S. 273f.

<sup>1885</sup> RGZ 53, 227, 230f; BGHZ 20, 149, 152f; 41, 282, 287; Reichert Rn. 2474ff; Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 8; Staudinger/Weick § 26 Rn. 22, § 28 Rn. 14; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 39; vgl. Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 58ff.

<sup>1886</sup> Vgl. zum dogmatischen Streit zwischen Organtheorie und Vertretertheorie, K.Schmidt GesR S. 250ff; Soergel/Hadding § 26 Rn. 2.

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Der Vorstand, oftmals auch als Präsidium bezeichnet, ist gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BGB ein notwendiges Organ des Vereins. Er hat die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters, § 26 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB. Der Verein wird durch ihn außergerichtlich und gerichtlich vertreten, § 26 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB. Gem. § 58 Nr. 3 BGB soll die Satzung Bestimmungen über die Bildung des Vorstands enthalten. Eine gesetzliche Vorgabe, mit wie viel Personen der Vorstand besetzt sein muss, existiert nicht. Die Anzahl kann sich aus der Satzung ergeben oder die Satzung überlässt die Bestimmung der Mitgliederversammlung.<sup>1887</sup> Unter Vorstand i. S. d. Gesetzes versteht man die vertretungsberechtigten Personen, obgleich der Begriff „Vorstand“ in der Vereinspraxis auch Personen ohne diese Funktion zugesprochen wird (sog. erweiterter Vorstand). Bleibt ein Vorstandsamt bei klar abgegrenzten Vereinsämtern unbesetzt, kann eine Zusammenlegung von Vorstandsämtern in der Person eines Vorstandsmitgliedes nicht durch Beschluss des Vorstands oder der Mitgliederversammlung erfolgen; es bedarf vielmehr einer Satzungsänderung bzw. einer Regelung in der Satzung.<sup>1888</sup> Der Vorstand steht zum Verein gem. § 27 Abs. 3 BGB in einem Rechtsverhältnis, auf das die Regelungen des Auftrags (§§ 664 bis 670 BGB) entsprechende Anwendung finden, wenn nicht die Satzung etwas Abweichendes regelt, § 40 BGB. Den Vorstand trifft zudem eine Treuepflicht gegenüber dem Verein.

Auch Dritten gegenüber kann abweichend von § 27 Abs. 3 BGB die Geschäftsführung übertragen werden, dadurch werden sie jedoch nicht zu Vorstandsmitgliedern.

### b) Vertretungsmacht

Gem. § 26 Abs. 1 S. 2 BGB vertritt der Vorstand<sup>1889</sup> den Verein außergerichtlich und gerichtlich. Die Vertretungsmacht erstreckt sich auch auf den Verbandsinnenbereich, soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt. Sie ist vom Grundsatz her unbeschränkt, obgleich der Vertretungsumfang durch die Satzung mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden kann, § 26 Abs. 1 S. 3 BGB. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so wird der Verein durch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder vertreten (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB), hingegen bei der Entgegennahme einer Willenserklärung<sup>1890</sup> die Abgabe gegenüber einem vertretungsberechtigten Vorstandsmitglied ausreicht, § 26 Abs. 2 S. 2 BGB. Von § 26 Abs. 2 S. 1 BGB kann die Satzung abweichen, § 40 S. 1 BGB. Ein gänzlicher Ausschluss einzelner Vorstandsmitglieder von der Vertretung kann indes in der Satzung nicht wirksam verankert werden.<sup>1891</sup> Der Vorstand kann einzelnen Vorstandsmitgliedern oder Dritten sachlich beschränkte Vollmachten zur Vertretung des Vereins erteilen, insofern es sich nicht um unzulässige Generalvollmachten handelt.<sup>1892</sup> Trotz Beschränkung der Vertretungsmacht muss der Verein immer handlungsfähig sein.<sup>1893</sup> Die wirksame Beschränkung bedarf neben der satzungsmäßigen Fixierung der Eintragung ins Vereinsregister, wobei insoweit § 68 BGB i. V. m. § 70 BGB zu beachten ist. Es ist stets zu prüfen, ob der Umfang der Vertretungsmacht

<sup>1887</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 57; Stöber/Otto Rn. 381; abweichend, Reichert Rn. 2063.

<sup>1888</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 59; vgl. Soergel/Hadding § 26 Rn. 9; Stöber/Otto Rn. 442; vgl. aber auch, OLG Hamm NJW-RR 2011, 471, 472.

<sup>1889</sup> Vgl. zum faktischen Vorstand, Reichert Rn. 2228ff; MüKo/Reuter § 27 Rn. 51.

<sup>1890</sup> Ebenso bei rechtsgeschäftsähnlichen Erklärungen, Reichert Rn. 2470; MüKo/Reuter § 26 Rn. 19.

<sup>1891</sup> Reichert Rn. 2451; Soergel/Hadding § 26 Rn. 7.

<sup>1892</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2002, 1325, 1326; Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 9; Staudinger/Weick § 26 Rn. 14; Soergel/Hadding § 26 Rn. 18f; MüKo/Reuter § 26 Rn. 17.

<sup>1893</sup> K.Schmidt GesR S. 689.

gegenüber Dritten oder lediglich im Innenverhältnis beschränkt ist. Eine vollständige Entmachtung des Vorstands ist nicht möglich. Für eine wirksame Vertretungshandlung kommt es nicht auf die interne Beschlussfassung an.<sup>1894</sup> Zudem darf das vorgenommene Rechtsgeschäft nicht erkennbar außerhalb des Vereinszwecks liegen.<sup>1895</sup> Die Mitglieder des Vorstands und ihre Vertretungsmacht sind in das Vereinsregister einzutragen, § 64 BGB.

### c) Geschäftsführungsbefugnis

Die Geschäftsführung erfolgt durch den Vorstand, soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt. Der Verweis in § 27 Abs. 3 BGB auf die §§ 664 bis 670 BGB hat zur Folge, dass im Zweifel der Vorstand die Geschäfte persönlich zu führen hat, § 664 Abs. 1 S. 1.<sup>1896</sup> Im Gegensatz zur Vertretung kann die Geschäftsführung gänzlich einem anderen Organ übertragen werden.<sup>1897</sup> Die Geschäftsführung ist jede im Dienst des Vereins stehende tatsächliche oder rechtliche Tätigkeit, so dass jede Vertretungshandlung nach außen zugleich einen Akt der Geschäftsführung darstellt, zumal sich mangels abweichender Regelungen der Umfang der Vertretungsmacht und der Umfang der Geschäftsführung entsprechen.<sup>1898</sup> Indes obliegen Entscheidungen zu Grundlagengeschäften sowie ungewöhnliche Maßnahmen, mithin Entscheidungen außerhalb der festgelegten Vereinspolitik oder mit bedeutendem Ausnahmecharakter, nicht dem Vorstand.<sup>1899</sup> Gem. § 30 BGB kann die Satzung bestimmen, dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Zur Erledigung der Geschäfte kann der Vorstand auf Hilfspersonen zurückgreifen, obschon er immer die Leitung des Vereins in der Hand haben muss.<sup>1900</sup>

Der Vorstand, der einer Verschwiegenheitspflicht unterfällt, ist zur Buchführung und zur Erhaltung des Vereinsvermögens verpflichtet.<sup>1901</sup> Des Weiteren muss er die im Gesetz vorgeschriebenen Anmeldungen zum Vereinsregister vornehmen. Ihn trifft die Insolvenzantragspflicht aus § 42 Abs. 2 S. 1 BGB und die Einberufungspflicht der Mitgliederversammlung. Er ist gegenüber der Mitgliederversammlung grundsätzlich weisungsgebunden (§ 27 Abs. 3 BGB i. V. m. § 665 BGB) sowie benachrichtigungs-, auskunfts- und rechenschaftspflichtig, vgl. § 27 Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 666, 259 BGB. Dabei ist zu beachten, dass der Rechenschafts- und Geschäftsbericht das wesentliche Mittel ist, die Vereinsmitglieder über die Lage des Vereins zu unterrichten; in ihm müssen alle wichtigen Vereinsereignisse, die Ausgaben und Einnahmen sowie der Zu- und Abgang von Mitgliedern erwähnt sein.<sup>1902</sup> Ferner muss der Vorstand den Jahresabschluss erläutern. Ebenso trifft ihn die Erfüllung der steuerlichen Pflichten, § 34 Abs. 1 AO. Der Vorstand muss bei der Ausführung von Beschlüssen der Mitgliederversammlung die Rechtmäßigkeit des Beschlusses überprüfen. Als Recht des Vorstands ist sein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu erwähnen, § 27 Abs. 3 BGB i. V. m. § 670 BGB.

---

<sup>1894</sup> Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 7; Staudinger/Weick § 28 Rn. 11; Soergel/Hadding § 26 Rn. 16, § 28 Rn. 9; Schwarz, in: Rpfleger 2003, 1, 4ff.

<sup>1895</sup> Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 6; Staudinger/Weick § 26 Rn. 9; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 100; a. A. Soergel/Hadding § 26 Rn. 20.

<sup>1896</sup> Staudinger/Weick § 27 Rn. 26; Soergel/Hadding § 27 Rn. 22.

<sup>1897</sup> Palandt/Ellenberger § 27 Rn. 4; Soergel/Hadding § 26 Rn. 4; vgl. aber auch, MüKo/Reuter § 27 Rn. 44; Wolff S. 206.

<sup>1898</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 1; Soergel/Hadding § 26 Rn. 10; Reichert Rn. 2602ff.

<sup>1899</sup> Reichert Rn. 2603; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann. § 44 Rn. 55.

<sup>1900</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 5.

<sup>1901</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 279; Stöber/Otto Rn. 472; vgl. Reichert Rn. 2637ff.

<sup>1902</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 283; Stöber/Otto Rn. 483; MüKo/Reuter § 27 Rn. 42.

Insgesamt gilt der allgemeine Grundsatz, dass in Anlehnung an § 93 Abs. 1 S. 1 AktG jedes Vorstandsmitglied bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat.<sup>1903</sup>

Beim Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder gilt das Mehrheitsprinzip, soweit die Satzung keine abweichenden Regelungen trifft. Die Geschäftsführung kann eine Ressortaufteilung vorsehen, wodurch die Vorstandsmitglieder bestimmte Sachgebiete eigenverantwortlich zu führen haben. Diese Anordnung kann in der Satzung bzw. in einer sog. Geschäftsordnung erfolgen, wobei sie auch durch Beschluss der Mitglieder angeordnet werden kann, wenn wiederum die Satzung hierzu ermächtigt.<sup>1904</sup> Jedes Vorstandsmitglied ist trotz ordnungsgemäßer Ressortaufteilung zur Überwachung der anderen Vorstandsmitglieder verpflichtet.<sup>1905</sup>

#### **d) Entlastung**

Darüber hinaus kann den Vorstandsmitgliedern eine sog. Entlastung erteilt werden. Die Entlastung<sup>1906</sup> des Vorstands durch das dafür zuständige Organ<sup>1907</sup> enthält dabei die Erklärung, dass die Geschäftsführung im „großen und ganzen“ als satzungs- und gesetzmäßig gebilligt wird und der Verein auf Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche sowie auf Kündigungsgründe verzichtet, soweit die Gründe bekannt sind oder bei sorgfältiger Prüfung bekannt sein konnten.<sup>1908</sup> Die Berichte des Vorstands bilden die Grundlage dieser Entscheidung, wobei der Zeitpunkt der Entlastungserklärung sich primär nach der Satzung richtet.<sup>1909</sup> Im Falle des Schweigens der Satzung kann die Entlastung jederzeit beantragt werden, obschon es der Vereinspraxis entspricht, dass sie im Anschluss an den Rechenschaftsbericht erfolgt, sofern sie zudem in der Tagesordnung aufgenommen wurde.<sup>1910</sup> Eine Klage auf Erteilung der Entlastung wird nunmehr als unzulässig angesehen, soweit ein solcher Anspruch nicht durch die Satzung eingeräumt worden ist.<sup>1911</sup> Die Ansprüche aus § 42 Abs. 2 S. 2 BGB werden jedoch durch eine erteilte Entlastung nicht erfasst. Von der Entlastung ist ein etwaiger Erlassvertrag zu unterscheiden.

#### **e) Bestellung, Anstellung und Amtsdauer**

Wer für die Bestellung der Vorstandsmitglieder zuständig ist, ergibt sich regelmäßig aus der Satzung. Die Zuständigkeit wird grundsätzlich der Mitgliederversammlung zugesprochen, die ohnehin gem. § 27 Abs. 1 BGB das zuständige Bestellungsorgan wäre. Soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, entscheidet bei der Vorstandswahl die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 32 Abs. 1 S. 3 BGB. Ob die Vorstandsbestellung einem Dritten überlassen

---

<sup>1903</sup> Stöber/Otto Rn. 469; Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 7.

<sup>1904</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 9, § 21 Rn. 21; einschränkend, Reichert Rn. 2610.

<sup>1905</sup> BGHZ 133, 370, 376ff, zur GmbH; Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 10; Stöber/Otto Rn. 467; Reichert Rn. 2618; MüKo/Reuter § 27 Rn. 44.

<sup>1906</sup> Es finden sich auch Bezeichnungen wie „Billigung der Geschäftsführung“ oder „Vertrauen aussprechen“.

<sup>1907</sup> Soweit die Satzung nichts Abweichendes vorsieht, erfolgt dies durch die Mitgliederversammlung.

<sup>1908</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1988, 745, 748; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 289; Stöber/Otto Rn. 493; Palandt/Ellenberger § 27 Rn. 8; Staudinger/Weick § 27 Rn. 27; Soergel/Hadding § 27 Rn. 24.

<sup>1909</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 289.

<sup>1910</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 289.

<sup>1911</sup> Vgl. BGHZ 94, 324, 328, zur GmbH; OLG Köln NJW-RR 1997, 483, 483; Stöber/Otto Rn. 495; vgl. Reichert Rn. 2716ff; K.Schmidt GesR S. 691; Palandt/Ellenberger § 27 Rn. 8; Staudinger/Weick § 27 Rn. 27; Soergel/Hadding § 27 Rn. 25; MüKo/Reuter § 27 Rn. 48; Barner S. 133ff; a. A. RGZ 89, 396, 396f; 114, 396, 398.



werden kann, ist umstritten.<sup>1912</sup> Dem Vorstand kann zudem durch die Satzung das Recht eingeräumt werden, sich selbst ergänzen zu dürfen (sog. Kooptation).<sup>1913</sup> Neben der Bestellung erfolgt der Abschluss eines gesonderten Anstellungsvertrages, wenn die Satzung hierzu ermächtigt und nicht das vom Gesetz vorgegebene Auftragsrecht (§ 27 Abs. 3 BGB) einschlägig sein soll.<sup>1914</sup> Das Anstellungs- und das Bestellungsorgan müssen nicht identisch sein, obschon im Zweifel beide Rechte einem Organ zufallen.<sup>1915</sup> Die Vorstandsmitglieder sind keine Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne.<sup>1916</sup> Gem. § 27 Abs. 3 S. 2 BGB n. F. sind sie, soweit die Satzung nichts Abweichendes vorsieht, unentgeltlich tätig. Soweit eine Vergütung stattfindet, ist bei ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern § 22 Abs. 3 MiLoG<sup>1917</sup> zu beachten. Anstellung und Bestellung können miteinander verknüpft werden, auch wenn sie rechtlich voneinander unabhängig sind.<sup>1918</sup> Die Bestellung bedarf der Annahme durch den Gewählten. Nach h. M. kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person Vorstandsmitglied sein<sup>1919</sup>, obschon die Satzung die Vorstandsfähigkeit an diverse Voraussetzungen knüpfen darf.

Das Gesetz enthält keine Regelung, wie lang die Amtsdauer der Vorstandsmitglieder ist. Gleiches muss sich auch nicht aus der Satzung ergeben.<sup>1920</sup> Eine in der Satzung vorgesehene Amtsdauer ist jedoch für das Bestellungsorgan bindend. Enthält die Satzung keine zeitlichen Vorgaben, kann die Amtszeit vom Bestellungsorgan festgelegt werden. Die Amtszeit beginnt mit der Annahme bzw. mit dem in der Satzung bestimmten Termin. Sie endet mit Ablauf der vorgesehenen Zeit<sup>1921</sup> oder mit dem gem. § 27 Abs. 2 S. 1 BGB jederzeitig möglichen Widerruf (sog. Abberufung). Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf einen wichtigen Grund beschränkt werden, § 27 Abs. 2 S. 2 BGB. Die Regelung des § 27 Abs. 2 BGB ist zwingendes Recht, vgl. § 40 S. 1 BGB. Die Satzung kann demgegenüber auch eine Erweiterung der Widerrufsgründe vorgeben. Als milderer Mittel ist die vorläufige Amtsenthebung (sog. Suspendierung) möglich.<sup>1922</sup> Vom Widerruf der Bestellung ist die Beendigung des Anstellungsvertrages zu unterscheiden, insbesondere deswegen, weil die Widerrufsgründe nicht zwingend auf das Anstellungsverhältnis durchschlagen.<sup>1923</sup> Eine Beendigung des Vorstandsamtes kann auch durch Amtsniederlegung<sup>1924</sup>, Aufhebungsvertrag oder Wegfall der persönlichen Voraussetzungen eintreten. Die Amtsniederlegung kann nach

---

<sup>1912</sup> Vgl. insgesamt, F. IV. 2. c) aa), bb) (6) (b) und (d) (dd).

<sup>1913</sup> OLG Hamm NJW-RR 2008, 350, 352; Reichert Rn. 2084; Palandt/Ellenberger § 27 Rn. 1; Staudinger/Weick § 27 Rn. 3; Soergel/Hadding § 27 Rn. 7.

<sup>1914</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 3ff.

<sup>1915</sup> BGH NJW 1991, 1727, 1728; Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 7; vgl. jedoch, MüKo/Reuter § 27 Rn. 9.

<sup>1916</sup> BAG NZA 1997, 674, 675; Reichert Rn. 2129; Soergel/Hadding § 27 Rn. 13.

<sup>1917</sup> Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz - MiLoG) vom 11.08.2014, BGBl. I S. 1348.

<sup>1918</sup> Vgl. BAG NZA 1997, 674, 675; Soergel/Hadding § 27 Rn. 13.

<sup>1919</sup> Stöber/Otto Rn. 405; Reichert Rn. 2072; Palandt/Ellenberger § 26 Rn. 5; Staudinger/Weick § 27 Rn. 8; Soergel/Hadding § 27 Rn. 5.

<sup>1920</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 7.

<sup>1921</sup> Vgl. KG, Beschluss vom 30.01.2012, Az: 25 W 78/11.

<sup>1922</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 30; Soergel/Hadding § 27 Rn. 18; Reichert Rn. 2308ff.

<sup>1923</sup> Vgl. BAG NZA 1997, 674, 675; Stöber/Otto Rn. 499; Reichert Rn. 2148ff; Palandt/Ellenberger § 27 Rn. 2; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 101; a. A. MüKo/Reuter § 27 Rn. 13. Wichtige Gründe, welche den Widerruf der Bestellung begründen, bilden insoweit Ausnahmen, vgl. jedoch, Stöber/Otto Rn. 499; Reichert Rn. 2256; Staudinger/Weick § 27 Rn. 14; Soergel/Hadding § 27 Rn. 20.

<sup>1924</sup> Vgl. zum Ausschluss der Amtsniederlegung, OLG München FGPrax 2010, 205, 205f.

h. M. gegenüber einem anderen Vorstandsmitglied oder dem Bestellungsorgan erklärt werden.<sup>1925</sup>

## f) Willensbildung

Es muss zunächst zwischen der Willensbildung und der Willensausführung unterschieden werden.<sup>1926</sup> Die Willensbildung in einem mehrgliedrigen Vorstand erfolgt mittels Beschlussfassung. Gem. § 28 BGB finden auf diese Beschlussfassung die Regelungen der §§ 32 und 34 BGB entsprechende Anwendung. Insofern kann gem. § 28 BGB i. V. m. § 32 Abs. 1 BGB ein Vorstandsbeschluss grundsätzlich nur in einer Versammlung des Vorstands (sog. Vorstandssitzung) gefasst werden, obschon § 32 Abs. 2 BGB eine Ausnahme parat hält. Die Anforderungen an die Einberufung einer Vorstandssitzung und einer Mitgliederversammlung gleichen sich.<sup>1927</sup> Zur Vorstandssitzung müssen demzufolge alle Mitglieder des Vorstands unter Angabe von Zeit, Ort und Tagesordnung geladen werden.<sup>1928</sup> Ein Formerfordernis enthält das Gesetz nicht, zumal derartige auch im Gegensatz zu § 58 Nr. 4 BGB nicht in der Satzung enthalten sein muss.<sup>1929</sup> Soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, ist für die Anberaumung der Vorstandsvorsitzende zuständig, hingegen bei einem gleichberechtigten Vorstand die Mehrheit der Vorstandsmitglieder einberufungsberechtigt ist, sofern wiederum die Satzung nichts Abweichendes regelt.<sup>1930</sup> Auch die Beschlüsse des Vorstands erfahren bei etwaigen Einberufungsmängeln eine Heilung, wenn in einer Vollversammlung die Mängel nicht gerügt werden. Die Führung eines Sitzungsprotokolls sowie eine förmliche Beschlussfeststellung schreibt das Gesetz nicht vor, auch wenn eine solche Handhabe empfehlenswert ist.<sup>1931</sup> Die Vorstandssitzungen sind grundsätzlich nicht öffentlich.<sup>1932</sup> Für die Vorstandsmitglieder besteht eine Teilnahmepflicht. Die Satzung kann von den Regelungen des § 28 BGB abweichen (§ 40 S. 1 BGB), hingegen § 34 BGB auch für den Vorstand zwingend ist, § 40 S. 2 BGB. Haben mehrere Mitglieder eine Einzelvertretungsbefugnis, kommt § 28 BGB nicht zur Anwendung.<sup>1933</sup> Bei einem Geschäftsverteilungsplan, der einem Vorstandsmitglied einen eigenen Aufgabenkreis zuteilt, kann dieser die gewöhnlichen Aufgaben seines Ressorts allein wahrnehmen.<sup>1934</sup>

Sofern die Satzung nichts Abweichendes regelt, werden die Beschlüsse des Vorstands mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, § 28 BGB i. V. m. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB. Die Vertretung eines Mitglieds durch ein Nichtmitglied ist nur zulässig, wenn dies die Satzung erlaubt. Nach umstrittener Auffassung ist auch ein nicht vollständig besetzter Vorstand beschlussfähig, sofern dies die Satzung nicht versagt.<sup>1935</sup> Zudem kann statutarisch ein bestimmtes Quorum vorgegeben sein.

---

<sup>1925</sup> OLG München FGPrax 2010, 205, 205; Soergel/Hadding § 27 Rn. 16; Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 44; Stöber/Otto Rn. 435; Staudinger/Weick § 27 Rn. 19; MüKo/Reuter § 27 Rn. 36.

<sup>1926</sup> K.Schmidt GesR S. 439.

<sup>1927</sup> Vgl. E. IX. 2. c).

<sup>1928</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 245b; Reichert Rn. 2559.

<sup>1929</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 245c.

<sup>1930</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 245d; Reichert Rn. 2558.

<sup>1931</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 248.

<sup>1932</sup> Reichert Rn. 2571.

<sup>1933</sup> BGHZ 119, 379, 382; Reichert Rn. 2554.

<sup>1934</sup> Reichert Rn. 2592.

<sup>1935</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 34f; a. A. BayObLGZ 1985, 24, 29; 1988, 170, 174.

## **g) Notbestellung**

Gem. § 29 BGB kann das Amtsgericht in dringenden Fällen die erforderlichen Vorstandsmitglieder bestellen, soweit diese fehlen. Ein dringender Fall ist nur gegeben, wenn ein sofortiges Handeln erforderlich ist, um Schäden zu vermeiden und der Verein selbst nicht in der Lage ist, einen Vorstand rechtzeitig zu bestellen.<sup>1936</sup> § 121 Abs. 2 S. 2 AktG findet indes entsprechende Anwendung.<sup>1937</sup> Erforderlich ist die Antragsstellung eines Beteiligten. Nur in Ausnahmefällen darf die Bestellung von Amts wegen erfolgen.<sup>1938</sup> Beteiligter i. S. v. § 29 BGB ist jedes Vereinsmitglied, jedes Vorstandsmitglied, jeder Gläubiger, jeder, gegen den der Verein eine Klage erhoben hat und jeder, der gegen den Verein ein Recht verfolgt.<sup>1939</sup> Das Gericht muss sich um eine geeignete Person bemühen, wobei es nicht an die Angebote des Antragsstellers gebunden ist.<sup>1940</sup> Es bedarf der Amtsannahme durch den Bestellten. Er hat gegen den Verein einen Vergütungsanspruch nach § 612 BGB, wenn die Tätigkeit den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.<sup>1941</sup> Die Bestellten werden von Amts wegen in das Register eingetragen, § 67 Abs. 2 BGB. Sie erlangen alle Befugnisse des fehlenden Vorstands bzw. des Vorstandsmitglieds, für die sie berufen worden sind, obgleich Beschränkungen möglich sind.<sup>1942</sup>

## **h) Eintragung ins Register**

Die Bestellung des Vorstands ist bereits mit der Wahl und der Annahme wirksam, so dass die Eintragung ins Vereinsregister keine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt. Die Eintragung ist insofern deklaratorisch, auch wenn der Vertrauensschutz des Vereinsregisters gem. § 68 BGB zu beachten ist. Gem. § 64 BGB sind die Mitglieder des Vorstands und ihre Vertretungsmacht bei der Eintragung anzugeben. Nach § 67 Abs. 1 S. 1 BGB ist jede Änderung des Vorstands zur Eintragung anzumelden. Ergibt sich die Amtsdauer nur aus dem Bestellungsbeschluss, soll nach h. M. keine Pflicht bestehen, sie einzutragen zu lassen.<sup>1943</sup> Eine Wiederwahl ist grundsätzlich nicht in das Vereinsregister einzutragen.<sup>1944</sup>

## **3. Unternehmergesellschaft**

### **a) Allgemeines**

#### **aa) Grundsätzliches**

Auch die Unternehmergesellschaft verfügt mindestens über zwei Organe. Neben der Gesellschafterversammlung bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter kommt den Geschäftsführern eine Organstellung zu. Die Geschäftsführer sind daher ein notwendiges Organ der Gesellschaft. Die Geschäftsführer haben die Gesellschaft zu vertreten und ihre

---

<sup>1936</sup> Reichert Rn. 2169; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 293.

<sup>1937</sup> Staudinger/Weick § 29 Rn. 7; Palandt/Ellenberger § 29 Rn. 3; Soergel/Hadding § 29 Rn. 7; MüKo/Reuter § 29 Rn. 12.

<sup>1938</sup> BayObLGZ 1988, 410, 413; Reichert Rn. 2178; Soergel/Hadding § 29 Rn. 9; MüKo/Reuter § 29 Rn. 14.

<sup>1939</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 04.07.2013, Az: 3 W 50/13; Palandt/Ellenberger § 29 Rn. 4; Stöber/Otto Rn. 528; Reichert Rn. 2162.

<sup>1940</sup> Vgl. OLG Köln Rpfleger 2002, 569, 571; Stöber/Otto Rn. 532; Reichert Rn. 2179; Grunwald S. 118.

<sup>1941</sup> Vgl. BGH WM 1959, 598, 600; BayObLG Rpfleger 1975, 354, 354f, zur GmbH; Palandt/Ellenberger § 29 Rn. 9; Stöber/Otto Rn. 541; Soergel/Hadding § 29 Rn. 14.

<sup>1942</sup> Reichert Rn. 2201; Palandt/Ellenberger § 29 Rn. 7; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 297.

<sup>1943</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 47; a. A. Staudinger/Weick § 27 Rn. 13.

<sup>1944</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 50; Reichert Rn. 2351, 2375.

Geschäfte zu führen, auch wenn eine Modifikation durch den Gesellschaftsvertrag möglich ist.<sup>1945</sup>

Unter mehreren Geschäftsführern kann einer zum Vorsitzenden der Geschäftsführung bestimmt werden, wodurch er dann, je nach Gestaltung im Einzelfall, nicht nur Koordinations- und Repräsentationsaufgaben, sondern auch Alleingeschäftsführungsbefugnisse erhält.<sup>1946</sup> Der Vorsitzende kann durch den Gesellschaftsvertrag, eine Geschäftsordnung, einen besonderen Gesellschafterbeschluss oder, sofern nichts Gegenteiliges geregelt ist, durch die Geschäftsführer selbst bestimmt werden, wobei die Stellung als Vorsitzender jederzeit widerrufbar ist, obgleich dadurch nicht die Organfunktion berührt wird.<sup>1947</sup> Zudem kann ein stellvertretender Geschäftsführer bestellt werden, vgl. § 44 GmbHG. Der stellvertretende Geschäftsführer hat im Außenverhältnis dieselbe Position wie ein ordentlicher Geschäftsführer, hingegen im Innenverhältnis seine Befugnisse eingeschränkt werden können, so dass er nur dann zur Führung von Geschäften befugt sein kann, wenn ein anderer ordentlicher Geschäftsführer verhindert ist.<sup>1948</sup> Bei der Bezeichnung als „stellvertretender Geschäftsführer“ ist zu prüfen, ob es sich dabei im Einzelfall möglicherweise nur um eine Titelabstufung handelt mit der Folge, dass er auch im Innenverhältnis zur Führung von Geschäften berechtigt ist.<sup>1949</sup> Die stellvertretenden Geschäftsführer haben grundsätzlich die gleichen gesetzlichen Handlungspflichten wie die ordentlichen Geschäftsführer zu erfüllen. Bei mitbestimmten Gesellschaften ist gem. § 52 Abs. 2 GmbHG n. F.<sup>1950</sup> ein Frauenanteil unter den Geschäftsführern als Zielgröße festzulegen.

## **bb) Eignungsvoraussetzungen**

Zu Geschäftsführern können Gesellschafter<sup>1951</sup> oder außenstehende Dritte<sup>1952</sup> bestellt werden, § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Gem. § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person Geschäftsführer sein. Weitere Ausschlüsse sieht § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 GmbHG vor. § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist zu beachten. Daneben kann der Gesellschaftsvertrag bestimmte Eignungsvoraussetzungen für die Geschäftsführer aufstellen. Ferner können Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich nicht gleichsam Geschäftsführer der Gesellschaft sein, vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 105 Abs. 1 AktG. Bei der Überlassung der Geschäftsführerposition an eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, kann ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter gem. § 6 Abs. 5 GmbHG einschlägig sein.

## **cc) Anzahl der Geschäftsführer**

Die Anzahl der Geschäftsführer kann grundsätzlich frei bestimmt werden.<sup>1953</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann eine bestimmte Anzahl, eine Mindestzahl oder eine Höchstzahl

---

<sup>1945</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 41 Rn. 1.

<sup>1946</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 41 Rn. 18; vgl. Bedkowski S. 80.

<sup>1947</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 41 Rn. 19ff.

<sup>1948</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 41 Rn. 26f; Wicke § 44 Rn. 1f; Baumbach/Hueck § 44 Rn. 3f; Scholz/Schneider § 44 Rn. 8.

<sup>1949</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 41 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff § 44 Rn. 1f.

<sup>1950</sup> BGBI. I 2015, S. 660.

<sup>1951</sup> Diese werden dann als sog. „geschäftsführende Gesellschafter“ bezeichnet.

<sup>1952</sup> Nichtgesellschafter, welche zu Geschäftsführern berufen sind, werden u. a. auch als „Fremdgeschäftsführer“ bezeichnet.

<sup>1953</sup> Vgl. zum Erfordernis eines Arbeitsdirektors für mitbestimmte Gesellschaften, § 33 Abs. 1 MitbestG und § 13 Abs. 1 MontanMitbestG.

vorgeben.<sup>1954</sup> Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Vorgaben, kann die Anzahl mit einfacher Mehrheit in der Gesellschafterversammlung festgelegt werden, vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG.<sup>1955</sup> Die Festlegung kann auch auf ein anderes Organ übertragen werden. Der stellvertretende Geschäftsführer ist im Zweifel in die Berechnung der gesellschaftsvertraglich vorgegebenen Höchstzahl einzubeziehen.<sup>1956</sup>

#### **dd) Bezeichnung**

Die Bezeichnung als „Geschäftsführer“ ist lediglich bei der Anmeldung zum Handelsregister, in der Eintragung und auf den Geschäftsbriefen der Gesellschaft zwingend, so dass im Übrigen auch eine andere Bezeichnung verwendet werden kann<sup>1957</sup>, wobei z. B. nach jedoch umstrittener Auffassung die Bezeichnung als „Vorstand“ zulässig sein soll<sup>1958</sup>.

#### **b) Vertretungsmacht**

Die Geschäftsführer vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Vertretungsmacht ist jedoch beschränkbar, § 37 GmbHG. Es ist indes unabdingbar, dass die Geschäftsführer die Vertretung nach außen wahrnehmen (§ 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG), auch wenn einzelne Willenserklärungen wegen ihrer Bedeutung intern an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden werden können.<sup>1959</sup> Diese Vertretungsmacht darf auch nicht durch eine Generalvollmacht ausgehöhlt werden.<sup>1960</sup> Sie darf gleichsam nicht auf einen bestimmten Geschäftsbereich beschränkt sein.<sup>1961</sup> Die Vertretungsmacht des stellvertretenden Geschäftsführers (§ 44 GmbHG) unterscheidet sich nicht von der eines ordentlichen Geschäftsführers, so dass bei einer Gesamtvertretung auch dieser mitwirken muss.<sup>1962</sup> Die außergerichtliche Vertretung umfasst die Abgabe sowie die Entgegennahme von Willenserklärungen aber auch die Abgabe und Entgegennahme von geschäftsähnlichen Handlungen.<sup>1963</sup> Das Recht zur Satzungsänderung fällt den Geschäftsführern hingegen nicht zu.<sup>1964</sup> Die gerichtliche Vertretung umfasst zudem die Vornahme aller Prozesshandlungen gegenüber den Gerichten im Namen der Gesellschaft.<sup>1965</sup>

Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt, sind beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer diese nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt, § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Sieht der Gesellschaftsvertrag mehrere gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer zwingend vor, muss daher beim Wegfall eines Geschäftsführers ein neuer

---

<sup>1954</sup> Baumbach/Hueck § 6 Rn. 5; Wicke § 6 Rn. 2.

<sup>1955</sup> OLG Stuttgart GmbHR 1999, 537, 538; Baumbach/Hueck § 6 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 6 Rn. 6.

<sup>1956</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 44 Rn. 13; Scholz/Schneider § 44 Rn. 2.

<sup>1957</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 41 Rn. 13; Baumbach/Hueck § 35 Rn. 2; Wicke § 6 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 6 Rn. 4.

<sup>1958</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 41 Rn. 13; a. A. Baumbach/Hueck § 35 Rn. 2;

Scholz/Schneider/Schneider § 6 Rn. 6. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff § 6 Rn. 4.

<sup>1959</sup> BGH WM 1976, 1246, 1246; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 41 Rn. 2;

Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 26; Wicke § 35 Rn. 1.

<sup>1960</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 1; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 32; Wicke § 35 Rn. 3; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 155; Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 2.

<sup>1961</sup> Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 26.

<sup>1962</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 41 Rn. 29; Baumbach/Hueck § 44 Rn. 7.

<sup>1963</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 9;

Baumbach/Hueck § 35 Rn. 79; Wicke § 35 Rn. 2.

<sup>1964</sup> Roth/Altmeppen § 35 Rn. 17; Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 45ff; vgl. Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 19.

<sup>1965</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 8.

bestimmt oder der Gesellschaftsvertrag geändert werden.<sup>1966</sup> Ein Geschäftsführer darf nicht gänzlich von der Vertretung ausgeschlossen werden. Zulässig ist jedoch die statutarische Anordnung der Einzelvertretung. Bei der Abgabe einer Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft genügt die Abgabe gegenüber einem Geschäftsführer, § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Die Vorschrift ist zwingend.<sup>1967</sup> Gegenüber einem Prokuristen abgegebene Erklärungen sind ebenso wirksam.<sup>1968</sup> Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu beachten. Die Vertretungsmacht kann durch den Geschäftsführer missbraucht werden, wobei im Falle des bewussten Zusammenwirkens des Vertragspartners und des Geschäftsführers zum Nachteil der Gesellschaft (*Kollusion*) und im Falle, dass sich der Rechtsmissbrauch dem anderen Teil aufdrängen musste (*objektive Evidenz*), die Erklärungen des Geschäftsführers gem. §§ 177ff BGB schwebend unwirksam sind.<sup>1969</sup>

Hat eine Gesellschaft keinen Geschäftsführer (sog. Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Gesellschafter vertreten, § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Die Geschäfte können zudem vorübergehend durch Angestellte fortgeführt werden, während die Gesellschaft durch Prokuristen vertreten wird, hingegen unverzüglich neue Geschäftsführer zu bestellen sind.<sup>1970</sup>

### c) Geschäftsführungsbefugnis

#### aa) Grundsätzliches

Das GmbHG regelt die Geschäftsführungsbefugnis nur indirekt; sie ergibt sich jedoch bei entsprechender Betrachtung des antiquierten Wortlauts aus § 37 Abs. 1 GmbHG.<sup>1971</sup> Die Geschäftsführung obliegt den Geschäftsführern, obschon sie statutarisch einem anderen Organ zugewiesen sein kann. Die Geschäftsführungsbefugnis umfasst allgemein alle zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen gewöhnlichen Maßnahmen<sup>1972</sup>, hingegen Grundlagenentscheidungen von den Gesellschaftern getroffen werden.<sup>1973</sup> Auf das Außenverhältnis hat die Geschäftsführungsbefugnis grundsätzlich keinen Einfluss.<sup>1974</sup> Die Geschäftsführung beinhaltet, das Tagesgeschäft zu leiten und die Entscheidungen der Gesellschafter umzusetzen, hingegen sich Einschränkungen aus dem den Gesellschaftern zugewiesenen Aufgabenbereich (§ 46 GmbHG) ergeben, wobei hierunter auch alle ungewöhnlichen Maßnahmen fallen (vgl. §§ 5a Abs. 4, 49 Abs. 2 GmbHG).<sup>1975</sup> Die Verhältnisse in der Gesellschaft können so ausgestaltet sein, dass der Geschäftsführer lediglich ein Exekutivorgan ist, auch wenn ihm die gesetzlich zwingend zugewiesenen Aufgaben (z. B. Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, Aufstellung des Jahresabschlusses) nach h. M. nicht entzogen werden können.<sup>1976</sup> Demgegenüber können die

---

<sup>1966</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 13; Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 178.

<sup>1967</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 16; Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 103.

<sup>1968</sup> Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 27; Scholz/Schneider/Schneider § 35 Rn. 60.

<sup>1969</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 46ff; Wicke § 35 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff § 35 Rn. 22ff.

<sup>1970</sup> Baumbach/Hueck § 6 Rn. 6.

<sup>1971</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 131; vgl. Wicke § 37 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 37 Rn. 1.

<sup>1972</sup> Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 3; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 132.

<sup>1973</sup> MüKo GmbHG/Stephan/Tieves § 37 Rn. 61.

<sup>1974</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 51; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 1.

<sup>1975</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 1461, 1462; Scholz/Schneider/Schneider § 37 Rn. 15f; Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 10f; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 52ff; a. A. Baumbach/Hueck § 37 Rn. 7.

<sup>1976</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 44 Rn. 60; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 7; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 1, 12; Wicke § 37 Rn. 4; a. A. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 37 Rn. 22.

Befugnisse des Geschäftsführers auch erweitert werden. Den Gesellschaftern kommt zudem ein weitreichendes Weisungsrecht zu, wobei dies generell oder konkret erfolgen kann. Insoweit hat der Geschäftsführer jedoch ein eigenes Prüfungsrecht, wobei im Falle von etwaigen Mängeln danach zu unterscheiden ist, ob die Weisung nichtig oder anfechtbar ist.<sup>1977</sup>

Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, steht die Geschäftsführung, soweit wiederum nichts Abweichendes geregelt ist, den Geschäftsführern nur gemeinsam zu (vgl. § 77 Abs. 1 S. 1 AktG analog), so dass insoweit Einstimmigkeit zu erzielen ist.<sup>1978</sup> Eine Zuteilung von Ressorts auf einzelne Geschäftsführer ist zulässig und in der Praxis häufig. Sämtliche Geschäftsführer trifft jedoch weiterhin die Gesamtverantwortung, so dass jeder Geschäftsführer die anderen zu überwachen hat.<sup>1979</sup> Zudem müssen grundlegende Entscheidungen stets gemeinsam getroffen werden, wobei dies auch für Aufgaben gilt, die von Gesetzes wegen allen Geschäftsführern vorbehalten sind.<sup>1980</sup> Einzelheiten der Geschäftsführungsbefugnis können sowohl im Gesellschaftsvertrag, durch Gesellschafterbeschluss als auch in einer Geschäftsordnung der Gesellschaft oder der Geschäftsführer geregelt sein.<sup>1981</sup>

## **bb) Organpflichten**

Sowohl aus dem Anstellungsvertrag als auch aus der organrechtlichen Stellung ergeben sich für den Geschäftsführer Pflichten. Die organrechtlichen Pflichten folgen im Wesentlichen aus dem Gesetz und schließen damit öffentlich-rechtliche Pflichten ein.<sup>1982</sup> Der Geschäftsführer hat, soweit nicht abweichend geregelt, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Man kann ihn als „Hüter des Kapitals“<sup>1983</sup> bezeichnen. Er hat dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden, § 43 Abs. 1 GmbHG. Er muss die Gesellschafterbeschlüsse umsetzen. Ihn treffen die Pflichten aus § 5a Abs. 4 GmbHG bzw. § 49 Abs. 2 GmbHG sowie die Insolvenzantragspflicht, § 15a Abs. 1 InsO. Der Geschäftsführer hat gegenüber der Gesellschaft eine Treuepflicht. Er unterliegt daher während seiner Amtszeit einem Wettbewerbsverbot<sup>1984</sup>, hingegen er statutarisch vom Wettbewerbsverbot befreit werden kann.<sup>1985</sup> Des Weiteren unterliegt er einer Verschwiegenheitspflicht. Die Erfüllung der Buchführungspflicht fällt dem Geschäftsführer zu (§ 41 GmbHG), obgleich sie nicht persönlich erfolgen muss. Zudem obliegen die steuerlichen Pflichten und Verantwortlichkeiten zwingend dem Geschäftsführer, § 34 Abs. 1 AO.<sup>1986</sup>

Ferner hat er den Gesellschaftern durch die Vorlage des Jahresabschlusses nebst Lagebericht (§ 42a GmbHG) und der Erteilung von Auskünften sowie durch die Gewährung von

---

<sup>1977</sup> Vgl. BGHZ 31, 258, 278; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 143f; Wicke § 37 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 22.

<sup>1978</sup> Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 28; Baumbach/Hueck § 37 Rn. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 37 Rn. 16f; Wicke § 37 Rn. 8; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 75.

<sup>1979</sup> BGH WM 1994, 1030, 1032; OLG Koblenz GmbHR 2008, 37, 38; K.Schmidt GesR S. 1071; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 7.

<sup>1980</sup> Vgl. BGH BB 1990, 1856, 1859; Lutter/Hommelhoff § 37 Rn. 31; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 77.

<sup>1981</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 44 Rn. 83; Scholz/Schneider/Schneider § 37 Rn. 76.

<sup>1982</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 45 Rn. 1.

<sup>1983</sup> Vgl. Jula S. 69.

<sup>1984</sup> Vgl. BGH WM 1979, 1328, 1330; Scholz/Schneider § 43 Rn. 153; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 20ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 172; Kübler/Assmann S. 286.

<sup>1985</sup> Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 23; Baumbach/Hueck § 35 Rn. 43; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 173.

<sup>1986</sup> Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 47 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 89; Jula S. 139.

Einsichten in die Geschäftsunterlagen<sup>1987</sup> (§ 51a GmbHG) Bericht zu erstatten.<sup>1988</sup> Eine etwaige Berichterstattungspflicht gegenüber einem bestehenden Aufsichtsrat gem. § 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 90 Abs. 3, 4, 5 S. 1 und 2 AktG analog ist zu beachten.

Den Geschäftsführer treffen darüber hinaus zahlreiche formelle Pflichten, wie die Anmeldepflichten aus §§ 7 Abs. 1, 39 Abs. 1, 54 Abs. 1, 57 Abs. 1, 58 Abs. 1, 65 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 78 GmbHG, die Einreichungspflichten aus § 40 Abs. 1 GmbHG und nach § 325 Abs. 1, 2 HGB sowie die Einberufungspflicht der Gesellschafterversammlung gem. § 49 Abs. 1 GmbHG. Ferner veranlasst der Geschäftsführer, dass bestimmte Angaben auf den Geschäftsbriefen vorzufinden sind.<sup>1989</sup>

#### **d) Entlastung**

Gem. § 46 Nr. 5 GmbHG sind die Gesellschafter für die Entlastung der Geschäftsführer zuständig. Die Zuständigkeit kann einem anderen Organ übertragen werden, § 45 Abs. 2 GmbHG. Die Entlastung hat dieselbe Wirkung wie beim Verein. Sofern ein Anspruch auf Entlastung weder aus dem Anstellungs- noch dem Gesellschaftsvertrag folgt, soll sich nach h. M. ein solcher nicht aus den allgemeinen Regeln des GmbH-Rechts ergeben.<sup>1990</sup>

#### **e) Bestellung, Anstellung und Amtsdauer**

Auch bei der Unternehmergesellschaft sind die Bestellung und die Anstellung voneinander zu trennen.

##### **aa) Bestellung**

Die Bestellung eines Geschäftsführers kann im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die Regelung des § 6 Abs. 4 GmbHG ist zu beachten. Die Bestellung kann auch dem Aufsichtsrat, einem anderen Organ oder einem sonstigen gesellschaftsinternen Gremium zugewiesen sein (vgl. §§ 45 Abs. 2, § 46 Nr. 5 GmbHG).<sup>1991</sup> Ob ein Nichtgesellschafter die Geschäftsführer bestellen darf, ist umstritten.<sup>1992</sup> Die Gesellschafter haben ein unverbindliches Vorschlagsrecht, indes kann ihnen auch ein Benennungs-<sup>1993</sup> oder gar ein Präsentationsrecht<sup>1994</sup> zukommen.<sup>1995</sup> Ein Geschäftsführer kann zeitlich unbeschränkt oder befristet bestellt werden. Eine Bestellung unter einer auflösenden

---

<sup>1987</sup> Hierbei handelt es sich nicht um eine Organpflicht der Geschäftsführer, sondern um eine Pflicht der Gesellschaft, die durch die Geschäftsführer zu erfüllen ist, Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 45 Rn. 31.

<sup>1988</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 45 Rn. 1.

<sup>1989</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 190.

<sup>1990</sup> BGHZ 94, 324, 326; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn. 28; Scholz/K.Schmidt § 46 Rn. 101; Kübler/Assmann S. 285; Barner S. 133ff; a. A. Baumbach/Hueck § 46 Rn. 46; Ulmer/Hüffer/Schürmbrand § 46 Rn. 80; Buchner, in: GmbHR 1988, 9, 14.

<sup>1991</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 27.

<sup>1992</sup> Vertiefend, F. IV. 2. c) aa), bb) (6) (b) und (d) (dd).

<sup>1993</sup> Verpflichtet die Gesellschafter, für den Benannten zu stimmen, sofern kein sachlicher Grund entgegensteht, Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 24.

<sup>1994</sup> Verpflichtet die Gesellschafter, für den Benannten zu stimmen, sofern kein wichtiger Grund entgegensteht, Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 24.

<sup>1995</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 24.



Bedingung soll nach der Rechtsprechung des BGH<sup>1996</sup> entgegen einem Teil der Lehre<sup>1997</sup> zulässig sein.

Die Bestellung durch die Gesellschafterversammlung erfolgt mittels Beschluss. Für den Beschluss gelten die §§ 47ff GmbHG, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes geregelt ist, § 45 Abs. 2 GmbHG. Insofern ist die einfache Mehrheit maßgebend. Mit der notwendigen Annahme wird der Bestellte Geschäftsführer. Die Eintragung ins Handelsregister hat daher lediglich deklaratorischen Charakter.

## **bb) Abberufung**

Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt, ist die Bestellung jederzeit widerrufbar, § 38 Abs. 1 GmbHG. Ein Widerruf aus wichtigem Grund kann indes nicht ausgeschlossen werden, § 38 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Ein wichtiger Grund ist immer dann einschlägig, wenn der Verbleib des Geschäftsführers in seiner Position für die Gesellschaft unzumutbar ist.<sup>1998</sup> Das Gesetz nennt hierfür in § 38 Abs. 2 S. 2 GmbHG zwei Beispiele. Für die Abberufung ist in der Regel das Bestellungsorgan zuständig. Analog zur Frage der Zulässigkeit der Übertragung der Bestellungsbefugnis auf einen Nichtgesellschafter ist umstritten, ob einem Nichtgesellschafter ein Abberufungsrecht für einen Geschäftsführer zukommen kann.<sup>1999</sup> Hat ein Gesellschafter ein Benennungs- oder ein Präsentationsrecht, so ist eine Abberufung des betreffenden Geschäftsführers ohne wichtigen Grund grundsätzlich nur mit seiner Zustimmung möglich.<sup>2000</sup> Die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers muss jedenfalls bei einer entsprechenden statutarischen Regelung auf einem sachlichen Grund basieren, dessen Anforderungen jedoch nicht an die eines wichtigen Grundes heranreichen müssen.<sup>2001</sup>

Die vorläufige Amtsenthebung (Suspendierung) eines Geschäftsführers durch die Gesellschafter soll nicht zulässig sein, obschon hiervon entsprechende Weisungen und vertragliche Vereinbarungen nicht betroffen sind, soweit diese nicht die zwingenden Pflichten des Geschäftsführers betreffen.<sup>2002</sup>

## **cc) Sonstiges Ende der Bestellung**

Neben der Abberufung gibt es zahlreiche Gründe, welche die Bestellung gleichsam enden lassen. Knüpft der Gesellschaftsvertrag an die Geschäftsführerposition bestimmte Voraussetzungen und fallen diese weg, so soll ein wichtiger Grund für die Abberufung des Geschäftsführers gegeben sein.<sup>2003</sup> Tritt hingegen ein gesetzlicher Ausschlussgrund ein, endet die Stellung als Geschäftsführer automatisch im Zeitpunkt des Eintritts.<sup>2004</sup> Die Bestellung endet ferner mit dem Ablauf der befristeten Amtszeit, mit dem Tod des Geschäftsführers oder

---

<sup>1996</sup> BGH GmbHR 2006, 46, 47f.

<sup>1997</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 39; a. A. Baumbach/Hueck § 6 Rn. 25; Manger, in: GmbHR 2004, 421, 421f.

<sup>1998</sup> Lutter/Hommelhoff § 38 Rn. 20; Baumbach/Hueck § 38 Rn. 12; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 100.

<sup>1999</sup> Vertiefend, F. IV. 2. c) bb) (6) (b) und (d) (dd).

<sup>2000</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 51; Baumbach/Hueck § 38 Rn. 11.

<sup>2001</sup> Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 108; Wicke § 38 Rn. 7.

<sup>2002</sup> Lutter/Hommelhoff § 38 Rn. 39; Scholz/Schneider/Schneider § 38 Rn. 95.

<sup>2003</sup> Baumbach/Hueck § 35 Rn. 25; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 101.

<sup>2004</sup> BGH JZ 1992, 152, 153; Scholz/Schneider/Schneider § 6 Rn. 38; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 16; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 16; Wicke § 6 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff § 6 Rn. 12; Baumbach/Hueck § 6 Rn. 17.

mit der jederzeit<sup>2005</sup> möglichen Amtsniederlegung. Die Amtsniederlegung kann gegenüber dem Bestellungsorgan oder gegenüber einem Gesellschafter erklärt werden<sup>2006</sup>, hingegen eine Erklärung gegenüber einem anderen Geschäftsführer keine Wirkung entfaltet.<sup>2007</sup>

### **dd) Anstellungsverhältnis**

Neben der Bestellung werden die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer meist in einem Vertrag geregelt, wobei dieser bei einer unentgeltlichen Tätigkeit einen Auftrag und bei einer entgeltlichen Tätigkeit einen Geschäftsbesorgungsvertrag begründet, zumal auf den entgeltlichen Vertrag die Regeln des Dienstvertrages anwendbar sind.<sup>2008</sup> Die Geschäftsführer sind trotz eines entgeltlichen Geschäftsführervertrages keine Arbeitnehmer, sondern Dienstleister i. S. v. §§ 611ff BGB.<sup>2009</sup> Der Anstellungsvertrag beinhaltet die Regelungen, die sich nicht aus dem Organverhältnis ergeben.<sup>2010</sup> Er enthält daher Bestimmungen über die Vergütung, den Urlaubsanspruch, die Altersvorsorge oder über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Statutarische Regelungen gehen denen aus dem Anstellungsverhältnis vor. Der Vertragsschluss erfolgt grundsätzlich mit dem Bestellungsorgan.<sup>2011</sup> Das für den Abschluss zuständige Organ ist auch für Änderungen sowie die Kündigung des Vertrages zuständig.<sup>2012</sup>

Auch bei der Unternehmersgesellschaft muss zwischen dem Ende der Bestellung und der Auflösung des Anstellungsverhältnisses unterschieden werden, hingegen das Ende des Anstellungsvertrages an das Ende der Organstellung gekoppelt werden kann.<sup>2013</sup> Die Kündigung durch den Geschäftsführer kann gegenüber einem Mitgeschäftsführer, gegenüber einem Gesellschafter oder falls zuständig gegenüber dem fakultativen Aufsichtsrat, dieser vertreten durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, erklärt werden.<sup>2014</sup> Soweit nichts Abweichendes vereinbart ist, soll sich die ordentliche Kündigungsfrist für beide Seiten stets nach § 622 Abs. 1 BGB analog richten<sup>2015</sup>, während andere eingrenzend vertreten, dass dies nur für einen Fremdgeschäftsführer oder einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer gilt.<sup>2016</sup>

---

<sup>2005</sup> Vgl. zur rechtsmissbräuchlichen Amtsniederlegung, OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.11.2014, Az: 20 W 317/11.

<sup>2006</sup> BGHZ 149, 28, 30f; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 97; Lutter/Hommelhoff § 38 Rn. 47; abweichend, Scholz/Schneider/Schneider § 38 Rn. 91: Gilt nur bei Gesellschaften mit überschaubarer Gesellschafteranzahl.

<sup>2007</sup> OLG Düsseldorf ZIP 2005, 1741, 1741; Wicke § 38 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff § 38 Rn. 47; Schuhmann, in: GmbHR 2007, 305, 306.

<sup>2008</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43Rn. 1; Baumbach/Hueck § 35 Rn. 163; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 2f; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 25; Wicke Anhang § 6 Rn. 4; Stück, in: GmbHR 2006, 1009, 1012.

<sup>2009</sup> Vgl. BGHZ 12, 1, 8, zur AG; BGH NJW-RR 2007, 1632, 1633; Hachenburg/Stein § 35 Rn. 160, 170; K.Schmidt GesR S. 1073; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 26; Windbichler § 22 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 3; Bedkowski S. 81; Reiserer S. 24ff. Differenzierend: Strelau S. 30ff; Stück, in: GmbHR 2006, 1009, 1012.

<sup>2010</sup> Baumbach/Hueck § 35 Rn. 171; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43 Rn. 3.

<sup>2011</sup> Vgl. BGH GmbHR 1997, 547, 548; NJW 2000, 2983, 2983; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 12; Windbichler § 22 Rn. 6.

<sup>2012</sup> Vgl. BGH GmbHR 1993, 734, 735f; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 8; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 104.

<sup>2013</sup> Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 44; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 42 Rn. 75, § 43 Rn. 78; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 110; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 107.

<sup>2014</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43 Rn. 95; Wicke Anhang § 6 Rn. 16.

<sup>2015</sup> So, BGHZ 91, 217, 219ff; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 53.

<sup>2016</sup> So, Palandt/Weidenkaff § 622 Rn. 4; vgl. Baumbach/Hueck § 35 Rn. 243; Reiserer, in: DB 2006, 1787, 1788: Für den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer soll § 621 BGB greifen.

## **(1) Rechte aus dem Anstellungsverhältnis**

Der Geschäftsführer hat aus dem Anstellungsverhältnis einen Anspruch auf Beschäftigung, auf die vereinbarte oder eine angemessene Vergütung<sup>2017</sup>, auf Zahlungen im Krankheitsfall<sup>2018</sup>, auf Zahlung eines Ruhegeldes, soweit dies vereinbart oder üblich ist<sup>2019</sup>, auf Ersatz von Auslagen, auf Urlaub in einem angemessenen Umfang sowie auf Erteilung eines Zeugnisses.<sup>2020</sup> Bei der Vergütung von ehrenamtlich tätigen Vorständen ist die rechtsformübergreifende Vorschrift des § 22 Abs. 3 MiLoG einschlägig.

## **(2) Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis**

Im Anstellungsvertrag können gleichsam Pflichten vereinbart werden. Insofern kommen z. B. ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot<sup>2021</sup>, eine umfassende Schweigepflicht oder ein Zustimmungsvorbehalt für Nebentätigkeiten in Betracht.<sup>2022</sup>

## **f) Willensbildung**

Sofern ein Vorsitzender bestimmt und nichts Abweichendes geregelt ist, hat er die Sitzung der Geschäftsführung einzuberufen und zu leiten, wobei sich die Abstimmung an die einschlägige Geschäftsordnung zu halten hat.<sup>2023</sup> Die Willensbildung bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer vollzieht sich durch Beschluss. Die Willensbildung erfolgt grundsätzlich einstimmig, hingegen die Einführung von Mehrheitsentscheidungen möglich ist. Sofern nicht abweichend geregelt, bedarf die Beschlussfassung keiner Form.<sup>2024</sup> Ein Stimmverbot ist gesetzlich in den in § 47 Abs. 4 GmbHG geregelten Fällen gegeben, wobei sich der Regelungsinhalt von § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG und § 34 BGB entsprechen, während sich der Regelungsinhalt von § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG im Wege der analogen Anwendung von § 34 BGB auch auf das Vereinsrecht erstreckt.<sup>2025</sup>

## **g) Notbestellung**

Ein Notgeschäftsführer kann in dringenden Fällen durch das Gericht bestellt werden. § 29 BGB ist in entsprechender Anwendung heranzuziehen.<sup>2026</sup> Die Bestellung erfolgt auf Antrag. Auch hier muss der Bestimmte das Amt annehmen. Ein dringender Fall ist dann gegeben, wenn die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr hat oder die Geschäftsführer aus

---

<sup>2017</sup> Vgl. hierzu, Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 34ff, 83ff; Wicke Anhang § 6 Rn. 11; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 31ff.

<sup>2018</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber § 35 Rn. 92; Jula S. 204; vgl. hierzu ausführlich, Haase, in: GmbHR 2005, 1260, 1260ff.

<sup>2019</sup> Vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 63ff; Wicke Anhang § 6 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 36ff; vertiefend, Heubeck/Heitmann S. 1ff.

<sup>2020</sup> Vgl. insgesamt, Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 34ff; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43 Rn. 21ff.

<sup>2021</sup> Vgl. hierzu, Lutter/Hommelhoff Anh zu § 6 Rn. 25ff; Baumbach/Hueck § 35 Rn. 195ff; Strelau S. 53f.

<sup>2022</sup> Vgl. insgesamt, Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 43 Rn. 59ff.

<sup>2023</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 41 Rn. 18.

<sup>2024</sup> Scholz/Schneider/Schneider § 37 Rn. 27; MüKo GmbHG/Stephan/Tieves § 37 Rn. 104.

<sup>2025</sup> K.Schmidt GesR S. 610f, 695f; Reichert Rn. 1574ff; Soergel/Hadding § 34 Rn. 2, 7; MüKo/Reuter § 34 Rn. 6f, 16; Staudinger/Weick § 34 Rn. 7, 15f; abweichend, KG OLGR 2005, 590, 591; Beschluss vom 03.03.2014, Az: 12 W 73/13; Münch Hdb GesR V/Waldner § 29 Rn. 7; Palandt/Ellenberger § 34 Rn. 3; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 103.

<sup>2026</sup> OLG Frankfurt am Main GmbHR 2011, 1151, 1152; OLG Zweibrücken NZG 2012, 424, 424; K.Schmidt GesR S. 1071; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 20; Wicke § 6 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff Vor § 35 Rn. 13; Baumbach/Hueck § 6 Rn. 32; vertiefend, Bauer S. 13ff.

rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verhindert sind, die Bestellung durch das zuständige Organ nicht rechtzeitig erfolgen kann und die Einsetzung eines Notgeschäftsführers zur Abwendung eines Schadens erforderlich ist.<sup>2027</sup> Der Bestellte hat gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Vergütung aus einem Geschäftsbesorgungsverhältnis.<sup>2028</sup>

## **h) Eintragung ins Register**

Jede Änderung in der Person der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 39 Abs. 1 GmbHG. Während die §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2, 10 Abs. 1 S. 1, 2 GmbHG die Anmeldeanforderungen im Gründungsstadium betreffen, ordnet § 39 GmbHG entsprechende Maßnahmen für den Fall der nachträglichen Änderung an.<sup>2029</sup> Die Anforderungen der § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG und § 39 Abs. 2, 3 GmbHG sind zu beachten. Über den engen Wortlaut des § 39 Abs. 1 GmbHG hinaus ist auch jede Änderung in der Art der Vertretung zur Eintragung ins Register anzumelden.<sup>2030</sup> Die kontinuierlichwährende Wiederwahl muss demgegenüber nicht eingetragen werden.<sup>2031</sup> Sofern nicht gleichzeitig eine Satzungsänderung vorliegt, haben die Eintragungen keine konstitutive Wirkung.<sup>2032</sup> Umstritten ist, ob der stellvertretende Geschäftsführer als „Stellvertreter“<sup>2033</sup> oder als „Geschäftsführer“<sup>2034</sup> in das Handelsregister einzutragen ist, da seine Vertretungsmacht der eines ordentlichen Geschäftsführers entspricht. Die Anmeldungen werden durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl vorgenommen, § 78 GmbHG.

Bereits durch einen Blick in den beim Handelsregister hinterlegten Gesellschaftsvertrag müssen sich in die Gesellschaft eintretende Dritte einen zuverlässigen Einblick in die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers verschaffen können.<sup>2035</sup> Bei der Anmeldung zur Eintragung zum Handelsregister muss die abstrakte Vertretungsmacht ausdrücklich, vollständig und generell formuliert sein, auch wenn keine vom Gesetz abweichenden Regelungen getroffen wurden und daher die Vertretungsmacht aus dem Gesetz ableitbar ist.<sup>2036</sup>

## **4. Zwischenergebnis**

Auch bei den Handlungs- und Vertretungsorganen beider Rechtsformen ist ein verbandsbedingter weitreichender Gleichlauf festzustellen. Die Regelungen beider Rechtsformen bauen auf den gleichen Grundgedanken auf. Dennoch wird nicht verkannt, dass auch erhebliche Abweichungen vorhanden sind, die in den divergierenden Grundkonzepten und der dadurch unterschiedlichen Intensität der betroffenen Rechte ihre Ursachen finden.

---

<sup>2027</sup> OLG München GmbHR 2007, 1271, 1272; OLG Frankfurt am Main GmbHR 2011, 1151, 1152; Scholz/Schneider/Schneider § 6 Rn. 97; Wicke § 6 Rn. 17; vertiefend, Bauer S. 138ff.

<sup>2028</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 36; Wicke § 6 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff Vor § 35 Rn. 24; Baumbach/Hueck § 6 Rn. 32; vertiefend, Bauer S. 198ff.

<sup>2029</sup> Wicke § 39 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 39 Rn. 1.

<sup>2030</sup> Lutter/Hommelhoff § 39 Rn. 1; Roth/Altmeyden § 39 Rn. 4.

<sup>2031</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 43 Rn. 78.

<sup>2032</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 81; Baumbach/Hueck § 39 Rn. 24;

Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 20; Wicke § 39 Rn. 1.

<sup>2033</sup> Hierfür: OLG Düsseldorf NJW 1969, 1259, 1259.

<sup>2034</sup> Hierfür: BGH NJW 1998, 1071, 1072; Wicke § 44 Rn. 1; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 25; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff § 44 Rn. 1; Scholz/Schneider § 44 Rn. 14.

<sup>2035</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 19; vgl. Lutter/Hommelhoff § 39 Rn. 4.

<sup>2036</sup> Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 31.

Sowohl der Vorstand als auch die Geschäftsführer sind notwendige Organe beider Verbände. Sie sind das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan. Deren Mitglieder müssen nicht gleichsam Mitglieder des Verbands sein. Bei der Rechtsstellung der Organmitglieder ist zwischen der körperschaftlichen Organstellung und der schuldrechtlichen Anstellung zu unterscheiden. Die Handlungsorgane müssen die von Gesetzes wegen geltenden Schranken des § 181 BGB beachten, zudem vermitteln sie dem Verband Besitz und Wissen. Sie führen und leiten den Verband eigenverantwortlich, auch wenn sie dem Weisungsrecht der Mitgliederversammlung bzw. der Gesellschafter unterworfen sind. Gesetzliche Vorgaben über die Anzahl der Organmitglieder sind nicht vorhanden. Entsprechende Bestimmungen können sich jedoch aus der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag ergeben.<sup>2037</sup> Eine solche Regelung kann auch aus einem Beschluss der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung oder eines hierzu ermächtigten Organs folgen. Gem. § 58 Nr. 3 BGB soll jedoch die Satzung Bestimmungen über die Bildung des Vorstands enthalten. Im Gegensatz zum Vereinsrecht sieht das GmbH-Recht für die Geschäftsführer bestimmte zwingende Voraussetzungen vor, § 6 Abs. 2 GmbHG. Demgegenüber können (weitere) Voraussetzungen in der Satzung und dem Gesellschaftsvertrag verankert werden. Beim Verein können auch juristische<sup>2038</sup> oder beschränkt geschäftsfähige Personen dem Organ angehören, hingegen dies bei der Unternehmersgesellschaft nicht zulässig ist. Die Bezeichnung als Vorstand oder als Geschäftsführer ist im allgemeinen Rechtsverkehr<sup>2039</sup> nicht zwingend. So wird im GmbH-Recht vertreten, dass sich das Handlungsorgan auch als Vorstand bezeichnen kann, wodurch eine Annäherung zum Verein - wenn auch nur durch die bloße Bezeichnung - erfolgen könnte. In beiden Verbänden ist es zudem möglich, einen Vorsitzenden zu bestimmen. Des Weiteren kann die Unternehmersgesellschaft über einen sog. „stellvertretenden Geschäftsführer“ gem. § 44 GmbHG verfügen. Dies ist beim Verein nicht zulässig.<sup>2040</sup> Er kann jedoch einen sog. „erweiterten Vorstand“ aufweisen. Beim Verein sieht zudem bereits das Gesetz die Bestellmöglichkeit eines besonderen Vertreters vor, § 30 BGB.

Beide Verbände werden durch ihre Organe gerichtlich und außergerichtlich vertreten, § 26 Abs. 1 S. 2 BGB, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Vertretung erfolgt sowohl aktiv als auch passiv. Im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorgaben für die Vorstandsmitglieder kann die Vertretungsmacht der Geschäftsführer mit Wirkung gegenüber Dritten nicht eingeschränkt werden (§ 26 Abs. 1 S. 3 BGB, § 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG), wobei dies aus dem unterschiedlichen Gewicht der grundsätzlich beteiligten Verkehrskreise folgt.<sup>2041</sup> Der Vereinsvorstand darf jedoch nicht umfassend entmachtet werden. Ist das Handlungsorgan mit mehreren Personen besetzt, sieht das Gesetz beim Verein das Mehrheitsprinzip (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB)<sup>2042</sup> und bei der Unternehmersgesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG) vor. Abweichendes kann jedoch in beiden Fällen vereinbart werden. Bei der Entgegennahme von Willenserklärungen genügt unabdingbar die Abgabe gegenüber einem vertretungsberechtigten Mitglied, § 26 Abs. 2 S. 2 BGB, § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Bei der Unternehmersgesellschaft ist die Sonderregelung des § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu beachten. Ein Mitglied des Organs darf in beiden Fällen nicht gänzlich von der Vertretung ausgeschlossen werden.<sup>2043</sup> Zudem schlägt sich eine Beschränkung im Innenverhältnis

---

<sup>2037</sup> Vgl. hierzu, Stöber/Otto Rn. 389.

<sup>2038</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 27 Rn. 5: Der Unterschied ist in der rechtstatsächlichen, erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung der GmbH begründet.

<sup>2039</sup> Hiervon ausgenommen sind das formelle Registerrecht (z.B. Eintragung im jeweiligen Register) sowie die Bezeichnung auf den Geschäftsbriefen der Unternehmersgesellschaft.

<sup>2040</sup> Vgl. Reichert Rn. 2096.

<sup>2041</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 26 Rn. 13; Staudinger/Weick § 26 Rn. 11; Münch Hdb GesR V/Waldner § 44 Rn. 9.

<sup>2042</sup> Vgl. zum alten Streit, Reichert Rn. 2446f.

<sup>2043</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 25 Rn. 56.

grundsätzlich nicht auf die Vertretungsmacht durch, es sei denn, es handelt sich um einen Fall der objektiven Evidenz.

Beiden Organen kommt darüber hinaus per Gesetz die Geschäftsführungsbefugnis zu, vgl. § 27 Abs. 3 BGB, § 37 Abs. 1 GmbHG. Ihnen kann indes die Geschäftsführung entzogen werden.<sup>2044</sup> Die den Organmitgliedern gesetzlich zwingend zugewiesenen Pflichten verbleiben jedoch stets bei ihnen. Die Geschäftsführung ist jede im Dienst des Verbands stehende tatsächliche oder rechtliche Tätigkeit<sup>2045</sup>, hingegen Grundlagengeschäfte und ungewöhnliche Maßnahmen in beiden Fällen nicht dazu gehören. Zudem grenzen die umfangreicheren Kompetenzen der Gesellschafter (§ 46 GmbHG) die Befugnisse der Geschäftsführer ein. Der Mitgliederversammlung und den Gesellschaftern kommt ein weitreichendes Weisungsrecht zu, wobei der Vorstand und die Geschäftsführer eine diesbezügliche Prüfungspflicht haben.

Gehören mehrere Personen dem Organ an, gilt beim Verein auch für die Geschäftsführung das Mehrheitsprinzip, während bei der Unternehmergesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip<sup>2046</sup> greift. Abweichendes kann jedoch vereinbart werden. Insofern ist auch eine Aufteilung nach Ressorts möglich. Grundlegende Entscheidungen müssen hingegen bei der Unternehmergesellschaft stets gemeinsam getroffen werden. Dies gilt auch für Aufgaben, die von Gesetzes wegen alle Geschäftsführer wahrzunehmen haben (vgl. z. B. § 78 GmbHG). Jedes Organmitglied hat bei einer Ressortverteilung eine Pflicht zur Überwachung der übrigen Mitglieder. Die Bestimmungsmöglichkeiten über die Art und Weise der Geschäftsführung sind in beiden Fällen identisch.<sup>2047</sup>

Die Pflichten des Vorstands und der Geschäftsführer decken sich zum Großteil, so dass eine Schweigepflicht, eine Vermögenssorgepflicht, eine Ausführungspflicht der Beschlüsse der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung, eine Insolvenzantragspflicht (§ 42 Abs. 2 S. 1 BGB, § 15 Abs. 1 InsO), die Einberufungspflicht der Mitglieder- bzw. Gesellschafterversammlung (§ 36 BGB, § 49 Abs. 2 GmbHG) und die Erfüllung der steuerlichen Pflichten (§ 34 Abs. 1 AO) in beiden Fällen einschlägig sind. Des Weiteren sind beide Organe zur Buchführung verpflichtet, obgleich diese bei der Unternehmergesellschaft umfassender ist. Auch die Registeranmeldepflichten sind bei der Unternehmergesellschaft zahlreicher. Beide Organe sind zudem gegenüber der Mitgliederversammlung bzw. den Gesellschaftern informations-, auskunfts- und rechenschaftspflichtig. Darüber hinaus ist bei der Unternehmergesellschaft die explizite Regelung des § 5a Abs. 4 GmbHG zu beachten. Die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer haben bei der Geschäftsführung insgesamt die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG analog, § 43 Abs. 1 GmbHG. Die Geschäftsführer unterliegen während ihrer Amtszeit zudem einem umfangreichen Wettbewerbsverbot. Von dieser gesetzlichen Ausgangslage kann jedoch aufgrund der weitestgehenden Abdingbarkeit vielfach abgewichen werden, auch wenn die Möglichkeit der Pflichtenreduzierung im Vereinsrecht umfangreicher sein dürfte.<sup>2048</sup>

Mitglieder beider Organe können grundsätzlich durch die Mitglieder- bzw. die Gesellschafterversammlung entlastet werden. Die Entlastung hat in beiden Fällen dieselbe

---

<sup>2044</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 26 Rn. 4.

<sup>2045</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 28 Rn. 1; Soergel/Hadding § 26 Rn. 10.

<sup>2046</sup> Für das Innenverhältnis fehlt es an einer dem § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG entsprechenden Regelung.

<sup>2047</sup> Vgl. jedoch, Reichert Rn. 2610f.

<sup>2048</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 27 Rn. 39f.

Wirkung.<sup>2049</sup> Die Entlastung basiert auf den Berichten des Organs. Ein Anspruch auf die Entlastung soll, soweit er nicht im Statut vorgesehen ist, nicht bestehen.<sup>2050</sup>

Bei beiden Organen ist zwischen der Bestellung und der Anstellung zu unterscheiden. Die Mitgliederversammlung bzw. die Gesellschafter sind von Gesetzes wegen das zuständige Bestellungsorgan, § 27 Abs. 1 BGB, § 46 Nr. 5 GmbHG. Statutarisch kann die Zuständigkeit verschoben werden. Die Bestellung erfolgt mit einfacher Mehrheit, § 32 Abs. 1 S. 3 BGB, § 47 Abs. 1 GmbHG. Modifikationen sind in beiden Fällen möglich. Es bedarf stets der Annahme des Gewählten. Eine zeitliche Beschränkung wird durch das Vereins- und GmbH-Recht nicht vorgegeben.

Die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Verband und dem Organmitglied begründen bei einer unentgeltlichen Tätigkeit einen Auftrag und bei einer entgeltlichen Tätigkeit einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Das Vereinsrecht geht von einer unentgeltlichen Tätigkeit aus, § 27 Abs. 3 BGB. Das Bestellungsorgan ist im Zweifel auch für die Anstellung zuständig.<sup>2051</sup> Nach ganz h. M. werden die Organmitglieder keine Arbeitnehmer. In dem Anstellungsvertrag wird all dies geregelt, was sich nicht aus dem Organverhältnis ergibt. Aus ihm folgen Rechte und Pflichten, die vom Umfang der Tätigkeit und von der Eigenart der konkreten Rechtsform abhängen.

Ferner muss zwischen dem Ende der Bestellung und der Auflösung des Anstellungsverhältnisses unterschieden werden. Die Abberufungsregelungen<sup>2052</sup> entsprechen sich, vgl. § 27 Abs. 2 BGB, § 38 GmbHG. In beiden Fällen endet die Bestellung durch die jederzeit<sup>2053</sup> mögliche Amtsniederlegung, einen Aufhebungsvertrag, den Ablauf der Amtszeit oder den Wegfall der persönlichen Eigenschaften und Voraussetzungen. Wem gegenüber die Amtsniederlegung zu erklären ist, ist beim Verein umstritten.<sup>2054</sup> Eine Suspendierung soll bei der Unternehmergesellschaft im Gegensatz zum Verein nicht möglich sein.

Darüber hinaus muss zwischen der Willensbildung und der Ausführung der beschlossenen Geschäftsführungsmaßnahmen unterschieden werden. Die Willensbildung in einem mehrgliedrigen Organ erfolgt mittels Beschlussfassung. Für den Verein ergibt sich aus § 28 BGB, dass auf die Beschlussfassung im mehrgliedrigen Vorstand die Regelungen der §§ 32 und 34 BGB entsprechende Anwendung finden. Eine diesbezügliche Parallelvorschrift enthält das GmbH-Recht nicht. Die Vereinsatzung kann von den Regelungen des § 28 BGB abweichen, § 40 BGB. § 34 BGB ist jedoch auch für den Vorstand zwingend, § 40 S. 2 BGB. Die Abstimmung der Geschäftsführer folgt den Vorgaben einer etwaigen Geschäftsordnung, soweit die Geschäftsführung nicht einzelnen Geschäftsführern zugewiesen ist.

Auf den Verein findet § 29 BGB direkte, auf die Unternehmergesellschaft entsprechende Anwendung, so dass bei beiden Rechtsformen in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten durch das Amtsgericht Notvorstandsmitglieder bzw. -geschäftsführer bestellt werden können.

---

<sup>2049</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 27 Rn. 47.

<sup>2050</sup> Vgl. Reichert Rn. 2717f.

<sup>2051</sup> Vgl. jedoch, Reichert Rn. 2118; MüKo/Reuter § 27 Rn. 9.

<sup>2052</sup> Vgl. zum Abberufungsbeschluss im Verein und in der Unternehmergesellschaft, Reichert Rn. 2286.

<sup>2053</sup> Vgl. zum Rechtsmissbrauch, Reichert Rn. 2318.

<sup>2054</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 27 Rn. 44; Stöber/Otto Rn. 435: Eine Erklärung gegenüber einem Vereinsmitglied soll nicht ausreichen, auch wenn im GmbH-Recht eine Erklärung gegenüber einem Gesellschafter genügt, da ein Vereinsmitglied anders als ein Gesellschafter keine vertretungstypische Vertrauensstellung einnimmt.

Die Mitglieder des Organs und ihre Vertretungsmacht sind in das jeweilige Register einzutragen, § 64 BGB, § 10 Abs. 1 GmbHG. Die Eintragung ist in beiden Fällen deklaratorisch. Jede Änderung des Organs<sup>2055</sup> ist zur Eintragung anzumelden, § 67 Abs. 1 BGB, § 39 Abs. 1 GmbHG. Eine bestätigende Wiederwahl muss nicht eingetragen werden. Die Anforderungen an die Anmeldung unterscheiden sich, vgl. § 67 Abs. 1 S. 2, 77 BGB und §§ 8 Abs. 2, 39 Abs. 2, 3, 78 GmbHG i. V. m. § 12 HGB. Zudem hat der Vertrauensschutz der beiden Register eine voneinander abweichende Weite, vgl. §§ 68, 70 BGB, § 15 HGB.

## **XI. Sonstige Organe**

### **1. Grundsätzliches**

Die vorstehend behandelten und zwingend vorgesehenen Organe können im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch atypische Organe ergänzt werden.<sup>2056</sup> Diese Organe können dann verschiedene Aufgabenbereiche wie Aufsicht, Beratung, Repräsentation oder eine korrespondierende Leistungstätigkeit wahrnehmen, wodurch sie dann insgesamt dazu dienen, die Binnenstruktur des Verbands auszutarieren.<sup>2057</sup> Bei der Einräumung bzw. Verschiebung von Rechten muss jedoch stets beachtet werden, dass die zwingenden Rechte und Pflichten der gesetzlichen Organe bei ihnen verbleiben. Von der Erweiterung der Verbandsorgane ist indes der Fall des sog. faktischen Organs zu unterscheiden. Das faktische Organ tritt zwar wie ein Verbandsorgan auf oder soll deswegen zur Verantwortung gezogen werden, hingegen eine solche Organstellung nicht besteht.<sup>2058</sup> Welche Voraussetzungen zur Begründung eines Organs führen, ist nicht abschließend geklärt. Verallgemeinernd wird festgehalten, dass sie Kompetenzträger sind, die zur Erfüllung gesellschaftsnützlicher Aufgaben berufen und hierfür mit innergesellschaftlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind.<sup>2059</sup> Freiwillige Organe können daher nur durch die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag errichtet werden, wobei sich auch ihre Kompetenzen aus der Verbandsverfassung ergeben müssen.<sup>2060</sup>

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Es ist dem Verein aufgrund der bestehenden Satzungsautonomie eröffnet, neben der Mitgliederversammlung und dem Vorstand weitere Organe zu kreieren. Diese Organe können mit den verschiedensten Kompetenzen ausgestattet sein. Aus der Satzung müssen sich die Grundlagen des Organs und dessen Aufgabenbereiche genauestens ergeben, wobei insofern Ausführungen zur Zusammensetzung, Bestellung und Beschlussfassung zu treffen sind.<sup>2061</sup> Für die Beschlussfassung gelten mangels abweichender Regelungen die §§ 32, 34 BGB.<sup>2062</sup> Bei der Bezeichnung des Organs besteht unter der Vermeidung einer Verwechslungsgefahr

---

<sup>2055</sup> Reichert Rn. 2352: Auch die Änderung der Vertretungsmacht, die keine Satzungsänderung darstellt (§ 71 Abs. 1 S. 1 BGB), muss eingetragen werden. Bei der Unternehmergesellschaft wird § 39 Abs. 1 GmbHG ohnehin so gelesen, dass auch die Änderung der Vertretungsmacht zur Eintragung anzumelden ist.

<sup>2056</sup> K.Schmidt GesR S. 418; Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 65; Schürnbrand S. 30.

<sup>2057</sup> K.Schmidt GesR S. 418.

<sup>2058</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 419f; Stein S. 33ff; Reichert Rn. 1189f.

<sup>2059</sup> So, Baumbach/Hueck § 45 Rn. 17; vgl. zudem, Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 65; Reuter, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 631, 633f; vertiefend, Schürnbrand S. 1ff, 30ff.

<sup>2060</sup> Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 66; Schürnbrand S. 435.

<sup>2061</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 553; Reichert Rn. 1177; Oestreich, in: Rpfleger 2002, 67, 68.

<sup>2062</sup> Stöber/Otto Rn. 558; Soergel/Hadding § 32 Rn. 1; Reichert Rn. 2865.



weitestgehende Gestaltungsfreiheit.<sup>2063</sup> § 27 Abs. 3 BGB findet auf die fakultativen Organe entsprechende Anwendung, soweit wiederum nichts Abweichendes vereinbart wurde.<sup>2064</sup> Ferner müssen die Mitglieder der Organe keine Vereinsmitglieder sein.<sup>2065</sup>

## **b) Fakultative Vereinsorgane**

Die fakultativen Vereinsorgane können dazu bestimmt sein, den Vorstand zu beraten, anzuweisen, zu unterstützen<sup>2066</sup> oder zu kontrollieren<sup>2067</sup>.<sup>2068</sup> Diesen Organen kann sogar die gesamte Geschäftsführung zugewiesen werden. Zudem können sie auch Aufgaben der Mitgliederversammlung übernehmen. Daher ist es zulässig, dass sie für die Ausübung und die Durchsetzung der Ordnungsgewalt zuständig sind.<sup>2069</sup> Des Weiteren können dem Organ bestimmte Zustimmungsvorbehalte eingeräumt werden.<sup>2070</sup> Im Falle der Errichtung eines Kontrollorgans sind die Vorschriften der §§ 95ff AktG weder in direkter noch in entsprechender Weise anwendbar, obgleich sich Abweichendes aus der Satzung ergeben kann und die Schaffung eines solchen Organs auch bei Großvereinen nicht zwingend ist, hingegen auch beim bürgerlich-rechtlichen Verein Mitglieder des Vorstands nicht gleichsam dem Kontrollorgan angehören dürfen.<sup>2071</sup> Die Kreierung von Organen zur Prüfung der Geschäftsführung ist ebenso wenig verpflichtend.<sup>2072</sup>

## **c) Obligatorischer Aufsichtsrat**

Für einen Verein gibt es derzeit keine gesetzlichen Vorgaben, die zur Bildung eines Aufsichtsrats zwingen.<sup>2073</sup>

## **d) Besondere Vertreter gem. § 30 BGB**

Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind, § 30 S. 1 BGB. Der besondere Vertreter wird mangels abweichender Regelung in der Satzung von der Mitgliederversammlung bestellt.<sup>2074</sup> Die Vertretungsmacht erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihnen zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt, § 30 S. 2 BGB. Die Vertretungsmacht kann aber auch beschränkt oder sogar ausgeschlossen<sup>2075</sup> werden.<sup>2076</sup> Eine Bestellung für sämtliche Vorstandsgeschäfte soll unzulässig sein, auch wenn die Vertreter

---

<sup>2063</sup> Vgl. hierzu, Oestreich, in: Rpfleger 2002, 67, 67f.

<sup>2064</sup> BGH NJW-RR 1988, 745, 747.

<sup>2065</sup> Stöber/Otto Rn. 555; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 310. Vertiefend zur Unternehmungsgesellschaft, F. IV. 2. c) bb) (6) (d).

<sup>2066</sup> Werden meist als erweiterter Vorstand, Präsidium, Ausschuss oder Gesamtvorstand bezeichnet, vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 6.

<sup>2067</sup> Werden meist als Aufsichtsrat, Beirat oder Verwaltungsrat bezeichnet, vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 8.

<sup>2068</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 6ff; Reichert Rn. 2865ff.

<sup>2069</sup> Werden meist als Ehrenrat, Ältestenrat, Spruchausschuss oder Vereinsgericht bezeichnet, vgl. Reichert Rn. 2881.

<sup>2070</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 7; Stöber/Otto Rn. 549.

<sup>2071</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 8; Reichert Rn. 2870.

<sup>2072</sup> Werden meist als Revisoren, Kassenprüfer oder Rechnungsprüfer bezeichnet, vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 13ff.

<sup>2073</sup> Das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, welches 1989 aufgehoben wurde, sah vor, dass ein Wohnungsbauverein ein sog. Aufsichtsorgan haben muss. Vertiefend, Reichert Rn. 2868.

<sup>2074</sup> Reichert Rn. 2840; Stöber/Otto Rn. 576.

<sup>2075</sup> A. A. Reichert Rn. 2845.

<sup>2076</sup> Palandt/Ellenberger § 30 Rn. 6; Stöber/Otto Rn. 575; Staudinger/Weick § 30 Rn. 8.

innerhalb ihres Wirkungskreises dieselbe Stellung wie der Vorstand haben.<sup>2077</sup> Der besondere Vertreter soll zudem nach umstrittener Auffassung in das Register einzutragen sein.<sup>2078</sup> Die Bestellung und die Abberufung bestimmen sich nach der Satzung.<sup>2079</sup> Auch bei einem besonderen Vertreter ist zwischen der organschaftlichen Bestellung und der Anstellung zu unterscheiden.

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Den Gesellschaftern kommt eine weitreichende Gestaltungsfreiheit für das Verbandsinnenrecht zu, so dass insoweit eine Anpassung an die Vorgaben des Einzelfalls möglich ist. Die Satzungsautonomie umfasst auch das Recht zur Errichtung weiterer Gesellschaftsorgane.<sup>2080</sup> Mit der Schaffung dieser Organe kann eine starke Abweichung vom gesetzlichen Leitbild einhergehen. Von der gesellschaftsvertraglichen Bestellung eines Organs ist die schuldrechtliche Kreierung eines entsprechenden Gremiums zu unterscheiden, da diesem Gremium keine Organstellung zukommt. Die Mitglieder der weiteren Organe müssen nicht zwingend Gesellschafter sein.<sup>2081</sup>

#### **b) Aufsichtsrat**

##### **aa) Grundsätzliches**

Aus dem GmbHG folgt keine Pflicht, die GmbH mit einem zusätzlichen Organ zu versehen. Die Gesellschafter können jedoch mit Blick auf § 52 GmbHG einen Aufsichtsrat statutarisch vorsehen (sog. fakultativer Aufsichtsrat). Demgegenüber sehen zahlreiche Vorschriften außerhalb des GmbHG bei Erfüllung des vorgegebenen Tatbestandes die verpflichtende Bildung eines Aufsichtsrats vor (sog. obligatorischer Aufsichtsrat). Die Bezeichnung als Aufsichtsrat ist in beiden Fällen nicht zwingend.<sup>2082</sup> Der Aufsichtsrat selbst muss von anderen Gremien mittels der jeweiligen Kompetenzen abgegrenzt werden. Wichtigster Aufgabenbereich eines Aufsichtsrats i. S. v. § 52 GmbHG ist die Überwachung der Geschäftsführung, was gem. § 46 Nr. 6 GmbHG vom gesetzlichen Ausgangspunkt an sich den Gesellschaftern obliegen würde, wobei die Überwachung gleichsam auch die Beratung umfasst.<sup>2083</sup> Zudem muss der Aufsichtsrat seine Funktion von allen Gesellschaftern ableiten.<sup>2084</sup> Es ist zulässig, dass neben dem Aufsichtsrat weitere Organe bestehen. Der Aufsichtsrat selbst steht grundsätzlich als Innenorgan zwischen den übergeordneten

---

<sup>2077</sup> BayObLG Rpfleger 1981, 310, 310; OLG Hamm OLGZ 1978, 21, 24; Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 9f; Stöber/Otto Rn. 574; Palandt/Ellenberger § 30 Rn. 6; Soergel/Hadding § 30 Rn. 9.

<sup>2078</sup> Bejahend: BayObLG Rpfleger 1981, 310, 310; Palandt/Ellenberger § 30 Rn. 6; Reichert Rn. 2845, 2857; Staudinger/Weick § 30 Rn. 9; MüKo/Reuter § 30 Rn. 14; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 101. Verneinend: Stöber/Otto Rn. 577ff. Differenzierend: Soergel/Hadding § 30 Rn. 14.

<sup>2079</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 26 Rn. 11.

<sup>2080</sup> Baumbach/Hueck § 45 Rn. 17; Schürnbrand S. 435; Scholz/Schneider § 52 Rn. 53; a. A. Reuter, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 631, 633: Es bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung zur Schaffung von Organen.

<sup>2081</sup> Vertiefend, F. IV. 2. c) bb) (6) (d).

<sup>2082</sup> In der Praxis finden sich häufig die Begriffe „Beirat“ oder „Verwaltungsrat“, vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 1, 3; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 5; Scholz/Schneider § 52 Rn. 4.

<sup>2083</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 3; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 5; Baumbach/Hueck § 52 Rn. 101; Scholz/Schneider § 52 Rn. 3, 52; Großfeld/Brondics, in: AG 1987, 293, 295; Spindler/Kepper, in: DStR 2005, 1738, 1741; a. A. Höhn, in: GmbHR 1993, 777, 778.

<sup>2084</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 5.

Gesellschaftern und den untergeordneten Geschäftsführern.<sup>2085</sup> Die Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats muss zum Handelsregister eingereicht werden, § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Sofern der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden hat, ist dieser auf den Geschäftsbriefen der Gesellschaft anzugeben, § 35a Abs. 1 S. 1 GmbHG. Das Amt beginnt mit der Annahme bzw. dem vorgesehenen Zeitpunkt und endet mit, sofern vorhanden, dem Ablauf der Amtszeit, der Abberufung, dem Verlust der vorgeschriebenen Voraussetzungen oder der Amtsniederlegung.

### **bb) Fakultativer Aufsichtsrat**

Soweit nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen ist<sup>2086</sup>, sind gem. § 52 Abs. 1 GmbHG diverse aktienrechtliche Aufsichtsratsvorschriften entsprechend anwendbar. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch abweichende Regelungen treffen, § 52 Abs. 1 GmbHG. Die Vorschriften des § 52 Abs. 3 und 4 GmbHG sind demgegenüber zwingend. Die Aufgaben des Aufsichtsrats ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag und Gesetz. Das Organ hat in erster Linie die Geschäftsführung auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu überwachen.<sup>2087</sup> Im Falle der Führung der Geschäfte durch die Gesellschafter kommt ihm insoweit keine Überwachungspflicht zu.<sup>2088</sup> Mindestbefugnisse müssen dem fakultativen Aufsichtsrat losgelöst von seiner eigenen Stellung als Aufsichtsorgan nicht zukommen.<sup>2089</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann dem Aufsichtsrat umfassendere Aufgaben verleihen, so dass er in seltenen Fällen sogar zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, hingegen die gesamte Geschäftsführung nicht in seinen Händen liegen darf.<sup>2090</sup> Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden mangels abweichender Regelungen durch die Gesellschafter bestellt, § 101 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG. Die Größe des Aufsichtsrats kann frei bestimmt werden, andernfalls gilt § 95 S. 1 AktG, wodurch das Organ aus drei Mitgliedern bestehen muss, die natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Personen sind, welche die Wahl oder die Entsendung angenommen haben.<sup>2091</sup> Wie beim Verein kann ein Mitglied des Handlungsorgans, mithin ein Geschäftsführer, nicht gleichsam dem Aufsichtsrat angehören.<sup>2092</sup> Das Innenrecht des Organs kann durch eine Geschäftsordnung bestimmt sein. Gem. §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 52 Abs. 1 GmbHG haben die Aufsichtsratsmitglieder bei ihrer Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

### **cc) Obligatorischer Aufsichtsrat**

Wie bereits dargelegt, gibt es zahlreiche Vorschriften, welche die Bildung eines Aufsichtsrats

---

<sup>2085</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 8, 10.

<sup>2086</sup> Ausreichend ist, wenn der Gesellschaftsvertrag die Bildung eines Aufsichtsrats zulässt, K.Schmidt GesR S. 1108.

<sup>2087</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn 47; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 49.

<sup>2088</sup> Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 13; Scholz/Schneider § 52 Rn. 88.

<sup>2089</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 7; vgl. Baumbach/Hueck § 52 Rn. 28.

<sup>2090</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 51, 60; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 13; Baumbach/Hueck § 52 Rn. 26.

<sup>2091</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 18, 21; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 5, 11; a. A. Baumbach/Hueck § 52 Rn. 32, 34.

<sup>2092</sup> Vgl. OLG Frankfurt am Main DB 1987, 85, 85; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 52 Rn. 28, 39; a. A. Scholz/Schneider § 52 Rn. 256.

bei der Erfüllung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen zwingend vorschreiben. Diese sind: §§ 1, 3 MontanMitbestG<sup>2093</sup>, § 1 Abs. 1 MitbestG i. V. m. § 6 Abs. 1 MitbestG<sup>2094</sup>, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG<sup>2095</sup> und § 18 Abs. 2 KAGB<sup>2096</sup>. Die drei zuerst genannten Vorschriften haben die Arbeitnehmermitbestimmung zum Gegenstand, was sich wiederum in der Besetzung des Aufsichtsrats sowie dessen Zuständigkeiten widerspiegelt. Beim mitbestimmten Aufsichtsrat ist § 52 Abs. 2 GmbHG n. F. zu beachten; aus der Norm folgt die Pflicht, dass ein Frauenanteil im Aufsichtsrat als Zielgröße festzulegen ist.<sup>2097</sup> Der obligatorische Aufsichtsrat findet im Rahmen dieser Arbeit nur eine Erwähnung.

### c) Sonstige Organe

Die sonstigen Organe, die neben dem Aufsichtsrat geschaffen werden können und von diesem abzugrenzen sind, werden oftmals als Beirat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss oder auch als Schiedsausschuss bezeichnet.<sup>2098</sup> Als Kompetenzen kommen Beratung, Mitwirkung bei Grundlagenentscheidungen, Repräsentation, Anordnung von Rahmenentscheidungen, schiedsrichterliche Aufgaben, Weisungsrechte, Zustimmungsvorbehalte, bestimmte Entscheidungskompetenzen aber auch die Pflege von Geschäftsbeziehungen in Betracht.<sup>2099</sup> Die Schaffung eines solchen Organs bedarf einer statutarischen Grundlage. Soweit nähere Regelungen über das Organ weder einer Geschäftsordnung noch dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen sind, sind die allgemeinen Grundsätze des Körperschaftsrechts heranzuziehen.<sup>2100</sup> § 52 Abs. 3 GmbHG findet keine entsprechende Anwendung. Die Gesellschafterversammlung soll bei fehlenden abweichenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag das zusätzliche Organ überstimmen können.<sup>2101</sup>

### d) Besondere Vertreter gem. § 30 BGB analog

Die auf körperschaftliche Organisationen zugeschnittene Regelung des § 30 BGB ist in entsprechender Anwendung auch auf die Unternehmergesellschaft übertragbar.<sup>2102</sup> Die Gesellschaft kann daher besondere Vertreter i. S. v. § 30 BGB aufweisen.

---

<sup>2093</sup> Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.05.1951, BGBl. I S. 347. Die Gesellschaft muss in der Regel mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigen. Zudem ist erforderlich, dass der überwiegende Betriebszweck im Montanbereich (Kohle, Eisen und Stahl) liegt, vgl. § 1 MontanMitbestG.

<sup>2094</sup> Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG) vom 04.05.1976, BGBl. I S. 1153. Die Gesellschaft muss in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Das MitbestG ist nicht anzuwenden, wenn bereits die Vorschriften über die Montanbestimmung eine Mitbestimmung begründen, § 1 Abs. 1, 2 MitbestG. Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 4 MitbestG ist zu beachten.

<sup>2095</sup> Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG) vom 18.05.2004, BGBl. I S. 974. Die Gesellschaft muss in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, die nicht bereits aus dem MitbestG oder aus der Montanmitbestimmung ein Mitbestimmungsrecht erfahren, § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 DrittelbG. Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 S. 2 DrittelbG ist zu beachten.

<sup>2096</sup> Gilt für Kapitalverwaltungsgesellschaften i. S. v. § 17 KAGB.

<sup>2097</sup> BGBl. I 2015, S. 660.

<sup>2098</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 49 Rn. 1; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 19.

<sup>2099</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 49 Rn. 13ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 19.

<sup>2100</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 49 Rn. 6; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 22; Hachenburg/Raiser § 52 Rn. 316; §§ 95ff AktG, §§ 46ff GmbHG und §§ 32ff BGB.

<sup>2101</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 49 Rn. 18; abweichend, Hachenburg/Hüffer § 45 Rn. 19f.

<sup>2102</sup> Palandt/Ellenberger § 30 Rn. 2; Staudinger/Weick § 30 Rn. 10; Soergel/Hadding § 30 Rn. 2; MüKo/Reuter § 30 Rn. 16.

#### 4. Zwischenergebnis

Die gesetzlich vorgesehenen Organe des eingetragenen Vereins und der Unternehmergesellschaft können im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch weitere Organe ergänzt werden.<sup>2103</sup> Organe sind Kompetenzträger, die zur Erfüllung gesellschaftsnütziger Aufgaben berufen und hierfür mit innergesellschaftlichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind.<sup>2104</sup> Den zusätzlichen Organen können verschiedene Aufgabenbereiche zugeteilt werden, wodurch die jeweilige Verbandsinnenstruktur an die konkreten Anforderungen angepasst werden kann. Die Bandbreite der möglichen Aufgaben deckt sich in beiden Verbänden. Den zusätzlichen Organen können Zuständigkeiten der gesetzlich vorgegebenen Organe übertragen werden. Bei der Einräumung bzw. Verschiebung von Kompetenzen muss jedoch bei beiden Verbänden beachtet werden, dass die zwingenden Rechte und Pflichten der gesetzlichen Organe bei ihnen verbleiben, mithin nicht übertragen werden können. Von den zusätzlichen Organen sind das faktische Organ und die bloßen schuldrechtlichen Gremien zu unterscheiden. Freiwillige Organe bedingen eine statutarische Verankerung. Die Gründe für die Bildung fakultativer Organe im Vereinsrecht und im GmbH-Recht entsprechen sich; die Verteilung von Zuständigkeiten auf mehrere Organe gewährleistet die Ordnungsgemäßheit der Verwaltung und sichert eine höhere Anzahl an richtigen Entscheidungen.<sup>2105</sup> Bei gemeinnützigen GmbHs soll z. B. der geschaffene Beirat die Verfolgung der besonderen Ziele sicherstellen.<sup>2106</sup> Es ist zudem weitestgehend unüblich, dass Aufsichtsratsmitglieder in steuerbegünstigten Organisationen eine Vergütung erhalten.<sup>2107</sup> Die Mitglieder der zusätzlichen Organe müssen nicht zwingend Mitglieder des Verbands sein. Bei der Bezeichnung der Organe besteht eine Gestaltungsfreiheit, obgleich Verwechselungen ausgeschlossen sein müssen. Durch die Kreierung zusätzlicher Organe kann insoweit eine starke Abweichung vom gesetzlichen Grundbild der Unternehmergesellschaft entstehen.

Sowohl das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht als auch das GmbH-Recht sehen keine Pflicht zur Schaffung von weiteren Organen vor. Das GmbHG enthält in § 52 eine besondere Regelung für ein fakultatives Kontrollorgan. Die Norm ist auf wirtschaftliche Belange zugeschnitten. Dennoch gilt § 52 GmbHG auch für eine Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich. Bei kleineren Gesellschaften, die meist einen personellen Charakter haben, erfolgt die Schaffung eines Aufsichtsrats eher selten.<sup>2108</sup> In § 52 Abs. 1 GmbHG werden verschiedene aktienrechtliche Aufsichtsratsvorschriften für entsprechend anwendbar erklärt, hingegen aufgrund des erheblichen Gestaltungsspielraums abweichende Regelungen getroffen werden können. Eine entsprechende Anwendung dieser Normen auf Kontrollorgane des eingetragenen Vereins scheidet beim Fehlen einer diesbezüglichen Regelung in der Satzung aus. Das Kontrollorgan, welches nicht zwingend als Aufsichtsrat bezeichnet sein muss, kann daher kraft Satzungsautonomie unter Beachtung zwingenden Rechts in beiden Verbänden frei gestaltet werden. Bei beiden Körperschaften dürfen zudem nach ganz h. M. die Mitglieder des Vertretungsorgans nicht dem Kontrollorgan angehören. Demgegenüber enthält das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG und § 35a Abs. 1 S. 1 GmbHG entsprechende Regelungen für das Kontrollorgan. Das Amt im Kontrollorgan beginnt in beiden Fällen mit der Annahme bzw. dem vorgesehenen Zeitpunkt

---

<sup>2103</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 418.

<sup>2104</sup> So, Baumbach/Hueck § 45 Rn. 17; vgl. zudem, Münch Hdb GesR III/Wolff § 37 Rn. 65; Reuter, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 631, 633f; vertiefend, Schürnbrand S. 1ff, 30ff.

<sup>2105</sup> Vgl. Voormann S. 27.

<sup>2106</sup> Vgl. Scholz/Schneider § 52 Rn. 10.

<sup>2107</sup> Von Holt/Koch Rn. 118c.

<sup>2108</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 52 Rn. 1; Hachenburg/Raiser § 52 Rn. 4.

und endet mit dem Ablauf einer bestehenden Amtszeit, der Abberufung, dem Verlust der vorgeschriebenen Voraussetzungen oder der Amtsniederlegung. Im GmbH-Recht wird die Auffassung vertreten, dass die Mitglieder des Kontrollorgans natürliche und unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein müssen. Derartige Ansichten finden sich im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht nicht. Im Gegensatz zur Unternehmergesellschaft darf beim eingetragenen Verein die Geschäftsführung einem zusätzlichen Organ vollständig übertragen werden.

In beiden Verbänden müssen zusätzliche Organe nicht zwingend eine Kontrollfunktion einnehmen. Es können allein oder neben einem Kontrollorgan auch weitere Organe errichtet werden. Die ihnen zuweisbaren Aufgaben sind vielfältig und nicht gesetzlich verankert. Des Weiteren kann bei einem eingetragenen Verein die Satzung bestimmen, dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte ein besonderer Vertreter zu bestellen ist, § 30 BGB. Die Vorschrift findet bei der Unternehmergesellschaft entsprechende Anwendung.

## **XII. Verbandsstrafgewalt und Verbandsgerichtsbarkeit**

### **1. Grundsätzliches**

Schließen sich mehrere Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Ziels zusammen, ist es nicht immer gegeben, dass sämtliche Handlungen dem Verbandsinteresse vollends entsprechen. In der Zuspitzung dieses Umstandes besteht daher die Gefahr, dass einzelne Verbandsmitglieder ein nicht hinnehmbares sowie nicht verbandskonformes Verhalten an den Tag legen. Zur Sicherung seiner Interessen muss es dem Verband somit möglich sein, derartiges Verhalten zu ahnden. Mit anderen Worten muss man einem Verband eine gewisse Machtgarantie gegen die Mitglieder zusprechen bzw. eine solche Einräumung billigen.<sup>2109</sup> Genau wie der Staat nicht auf die disziplinierende Wirkung der Strafe verzichten kann, ist es gleichsam auch für eine juristische Person erforderlich, dass sie im Wege der Strafe zu Sühne- und Präventionszwecken unvereinbare Verhaltensweisen ahndet.<sup>2110</sup> Demgegenüber bedürfen die Verbandsmitglieder eines Schutzes vor willkürlichen, nicht verhältnismäßigen bzw. nicht rechtmäßigen Sanktionen des Verbands. Das Verhältnis von Verbandsautonomie auf der einen Seite und den individuellen Rechten der Mitglieder auf der anderen Seite ist daher stets zu beachten.

Dieser Themenkomplex erfährt innerhalb des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts seine umfassendste Betrachtung.<sup>2111</sup>

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Mit der Vereins- bzw. der Satzungsautonomie geht die Vereinsstrafgewalt einher, so dass die Mitglieder ein kooperatives Unterworfensein trifft.<sup>2112</sup> Daraus folgt auch das Recht zur Schaffung von angemessenen und grundrechtsmäßigen Sanktionen, um ein vereinskonformes

---

<sup>2109</sup> K.Schmidt GesR S. 713; MüKo/Reuter § 25 Rn. 34ff.

<sup>2110</sup> MüKo/Reuter § 25 Rn. 35, ders., in: ZGR 1980, 101, 104.

<sup>2111</sup> Reuter, in: ZHR 151 (1987), 355, 386: Die Vereinsstrafe ist das meistdiskutierte Thema des Vereinsrechts.

<sup>2112</sup> BGHZ 21, 370, 375; 29, 352, 355; K.Schmidt GesR S. 713ff; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 13; a. A. Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 140.

Verhalten durchzusetzen.<sup>2113</sup> Die Vereinssatzung kann insoweit für Verstöße Sanktionen vorsehen.<sup>2114</sup> Gleichsam ist es zulässig, dass Vereinsgerichte eingesetzt werden.

## **b) Sanktionen**

Sanktionen sind Vereinsstrafen oder Ordnungsmittel des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern, wobei die Mitglieder dadurch angehalten werden sollen, ihren mitgliedschaftlichen Pflichten nachzukommen, zumal in den Sanktionen die Missbilligung des sanktionierten Verhaltens zum Ausdruck kommt.<sup>2115</sup> Die Sanktion wird überwiegend als eigenständiges verbandsrechtliches Institut qualifiziert, da sie nicht auf Vertrag, sondern auf der Unterwerfung der Mitglieder unter die Satzung beruht.<sup>2116</sup>

### **aa) Voraussetzungen**

Die Sanktion bedingt eine satzungsmäßige Grundlage und trifft nur die Mitglieder des Vereins.<sup>2117</sup> Zudem muss der dort umschriebene Tatbestand, der einen genügenden Vereinsbezug aufweist, erfüllt worden sein, so dass eine hinreichende Bestimmtheit zu fordern ist.<sup>2118</sup> Die staatliche Ahndung hat keinen Einfluss auf die vereinsrechtliche Sanktion.<sup>2119</sup> Darüber hinaus sollen sich Dritte aufgrund vertraglicher Unterwerfungserklärung der Strafgewalt des Vereins unterstellen können.<sup>2120</sup> Mit Ausnahme bei kleineren Vereinsstrafen bedarf es grundsätzlich eines Verschuldens, obschon Abweichendes in der Satzung verankert werden kann.<sup>2121</sup> Zudem muss das in der Satzung bestimmte Organ die Sanktion aussprechen; schweigt diese, ist die Mitgliederversammlung zuständig.

### **bb) Mittel**

Es gibt eine Vielzahl von denkbaren Strafen. Hierunter fallen u. a. die Verwarnung, die Sperre, der Verweis, die Geldbuße, die Streichung oder die Reduzierung von Mitteln, der Lizenzentzug sowie die Suspendierung, hingegen Eingriffe in die körperliche Integrität oder Freiheitsstrafen nicht zulässig sind.<sup>2122</sup> Die Strafen müssen grundrechtskonform sein und die gesetzlichen Verbote sowie Treu und Glauben beachten, so dass stets auch die Verhältnismäßigkeit zwischen Verhalten und Sanktion gewahrt sein muss.<sup>2123</sup> Ob der Vereinsausschluss eine Vereinsstrafe darstellt, ist umstritten.<sup>2124</sup>

---

<sup>2113</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 1f; K.Schmidt GesR S. 713ff; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 13; kritisch, Soergel/Hadding § 25 Rn. 38.

<sup>2114</sup> Vgl. BGHZ 29, 352, 355; vgl. Reichert Rn. 2885; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 350; einschränkend, Staudinger/Weick § 35 Rn. 34.

<sup>2115</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 1; Stöber/Otto Rn. 967; Reichert Rn. 2908; RGRK/Steffen § 25 Rn. 13; Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 101.

<sup>2116</sup> Vgl. BGHZ 21, 370, 373; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 3; Reichert Rn. 2911; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 13; RGRK/Steffen § 25 Rn. 13; a. A. Soergel/Hadding § 25 Rn. 38; Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 141; vgl. van Look S. 19: Sie ist eine Vertragsstrafe gem. §§ 339ff BGB.

<sup>2117</sup> BGHZ 28, 131, 133; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 350; K.Schmidt GesR S. 714; Reichert Rn. 2887.

<sup>2118</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 6; Reichert Rn. 2887, 2889.

<sup>2119</sup> Vgl. jedoch zur Bemessung einer Geldstrafe, Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 17.

<sup>2120</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 583, 585; Stöber/Otto Rn. 976; Staudinger/Weick § 35 Rn. 43.

<sup>2121</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 13; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 369; Reichert Rn. 2928f; abweichend, Stöber/Otto Rn. 986.

<sup>2122</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 2, 16; Stöber/Otto Rn. 990.

<sup>2123</sup> Stöber/Otto Rn. 980; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 16; K.Schmidt GesR S. 715; Soergel/Hadding § 25 Rn. 52; Staudinger/Weick § 25 Rn. 19.

<sup>2124</sup> Vgl. E. VIII. 2. e) dd).

## cc) Verfahren

Das Verfahren muss nicht zwingend in der Satzung geregelt sein. Es kann sich auch aus einer entsprechenden Verfahrensordnung ergeben.<sup>2125</sup> Das zuständige Organ ist befugt, sich solch eine Ordnung selbst zu geben.<sup>2126</sup> Voraussetzungen für Rechtsnachteile müssen jedoch stets in der Satzung verankert sein.<sup>2127</sup> Die allgemeinen Verfahrensgrundsätze wie das Recht auf rechtliches Gehör, die Verhältnismäßigkeit und *ne bis in idem* gelten auch im vereinsrechtlichen Verfahren.<sup>2128</sup> Sofern die Satzung nicht zwingend eine Sanktionierung vorsieht, steht es grundsätzlich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Treuepflicht im Ermessen des Organs, ob die vorgesehene Vereinsstrafe verhängt wird.<sup>2129</sup> Es kann zudem durch die Satzung ein Rechtsmittelzug geschaffen werden. Die Satzung kann daran anknüpfend vorsehen, dass bei Nichtbeschreiten dieses Weges eine Anrufung der staatlichen Gerichte unzulässig ist, woran der Betroffene grundsätzlich gebunden wäre.<sup>2130</sup>

## dd) Rechtsschutz

### (1) Staatliche Gerichte

Die Vereinsautonomie begründet keinen rechtsfreien und auch keinen vor der staatlichen Gerichtsbarkeit freien Raum, so dass auch Vereinsstrafen der grundsätzlichen Überprüfbarkeit durch staatliche Gerichte unterliegen.<sup>2131</sup> Gegen die Vereinsstrafe ist daher eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Strafe zulässig, obgleich der Umfang der Überprüfbarkeit umstritten ist. Während ein Teil der Literatur<sup>2132</sup> eine vollständige Nachprüfung als zulässig ansieht, gehen die Rechtsprechung und andere in der Literatur<sup>2133</sup> von einer eingegrenzten Überprüfbarkeit der vereinsrechtlichen Sanktionen<sup>2134</sup> aus. Kann eine zur Hauptsache ergehende Entscheidung wegen der zeitlichen Überholung dem Betroffenen nicht zu seinem Anspruch verhelfen, ist zudem ein einstweiliger Rechtsschutz möglich.<sup>2135</sup>

### (2) Schiedsgericht

Des Weiteren kann ein Rechtsschutz durch Schiedsgerichte gewährt werden, wobei ein Schiedsgericht i. S. v. §§ 1025ff ZPO an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit tritt, so dass in diesem Fall eine Klage vor den ordentlichen Gerichten unzulässig wäre, § 1032 Abs. 1 ZPO.<sup>2136</sup> Ein Schiedsspruch unterliegt einer eingegrenzten Aufhebungsmöglichkeit, § 1059 ZPO. Die Zuständigkeit kann in der Satzung (sog. Schiedsklausel) oder in einer

---

<sup>2125</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 46; Staudinger/Weick § 25 Rn. 3. Bedenken äußernd, Reichert Rn. 3038.

<sup>2126</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 4.

<sup>2127</sup> Vgl. BGHZ 47, 172, 175, 178; Soergel/Hadding § 25 Rn. 49.

<sup>2128</sup> Vgl. BGHZ 132, 84, 90, zur eG; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 8, 17; K.Schmidt GesR S. 715; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 362; Stöber/Otto Rn. 997ff; Reichert Rn. 3084; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 18.

<sup>2129</sup> BGHZ 47, 381, 386; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 15; vgl. Reichert Rn. 3081ff.

<sup>2130</sup> BGHZ 47, 172, 174f; OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1271, 1272; Reichert Rn. 3144; Stöber/Otto Rn. 1021.

<sup>2131</sup> BGHZ 29, 352, 354; OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1271, 1272; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 19.

<sup>2132</sup> Diese Auffassung entspringt gleichsam der Ansicht, dass die Sanktion eine Vertragsstrafe sei; vgl. Soergel/Hadding § 25 Rn. 38, 61 Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 41; vgl. K.Schmidt GesR S. 716f; Weitnauer, in: Festschrift Reinhardt 1972, S. 179, 195.

<sup>2133</sup> Rechtsentwicklung ersichtlich in, RGZ 49, 150, 154f; 80, 189, 191; BGHZ 47, 381, 384; 87, 337, 343f; 128, 93, 110; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 375ff.

<sup>2134</sup> Vgl. zur gerichtlichen Überprüfung von nichtdisziplinären Ordnungsmaßnahmen, Reichert Rn. 3384ff.

<sup>2135</sup> Vgl. OLG Koblenz NJW 1986, 1692, 1693, zur GmbH; Reichert Rn. 3417.

<sup>2136</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 36 Rn. 34; Reichert Rn. 3450.



Schiedsvereinbarung verankert werden, wobei die Entscheidung stets einer unabhängigen und unparteilichen Instanz (echtes Schiedsgericht) obliegen muss.<sup>2137</sup> Der einstweilige Rechtsschutz durch ordentliche Gerichte bleibt zulässig, § 1033 ZPO. Zudem ist auch ein einstweiliger Rechtsschutz durch ein Schiedsgericht möglich, § 1041 Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Verfahrensregeln ergeben sich aus der Satzung oder zweckmäßiger aus einer zum Satzungsbestandteil erklärten und zum Vereinsregister eingereichten Schiedsgerichtsordnung, wobei daneben die §§ 1025ff ZPO gelten.<sup>2138</sup> Es kann ein Rechtsmittelzug eingerichtet werden. Das Schiedsgericht ist kein Vereinsorgan, sondern ist als neutrale Instanz lediglich eine Einrichtung des Vereins.<sup>2139</sup> Von dem Schiedsgericht sind daher Vereinsorgane zu unterscheiden, welche die Vereinsstrafgewalt ausüben.<sup>2140</sup> Dem Schiedsgericht soll es insoweit nur obliegen, die von einem Vereinsorgan festgesetzte Sanktion auf Rechtmäßigkeit zu überprüfen, so dass keine erstmalige Verhängungskompetenz von Sanktionen dem Gericht eröffnet wäre.<sup>2141</sup> Die Schiedsklausel kann dem Gericht jedoch auch Rechtsgestaltungsbefugnisse einräumen.<sup>2142</sup> Es wird empfohlen, dass schiedsrichterliche Verfahren nur bei großen Vereinen einzuführen.<sup>2143</sup> Die Schiedsklausel trifft nur Vereins- und Organmitglieder.

### c) Organstreitigkeiten

Es können auch Streitigkeiten zwischen den Vereinsorganen oder den Mitgliedern desselben Organs entstehen, wobei diese Streitigkeiten einem Vereinsgericht zugewiesen werden können.<sup>2144</sup> Bei einem Streit zwischen Organmitgliedern oder zwischen verschiedenen Organen des Vereins ist zunächst grundsätzlich die Mitgliederversammlung anzurufen.<sup>2145</sup>

## 3. Unternehmergesellschaft

### a) Allgemeines

Während die Vereinsstrafgewalt beim eingetragenen Verein nahezu einhellig anerkannt wird, soll den wirtschaftlichen Vereinigungen eine derartige Disziplinarstrafgewalt nicht zukommen, so dass sie insofern allenfalls auf das Institut der Ausschließung des betreffenden Mitglieds verwiesen werden.<sup>2146</sup> Demgegenüber ist es jedoch möglich, im Gesellschaftsvertrag „Vertragsstrafen“ vorzusehen, auch wenn diese keine Disziplinarstrafen in Ausübung einer Vereinsstrafgewalt darstellen.<sup>2147</sup> Sie sollen vielmehr Vertragsstrafen i. S. v. §§ 339ff BGB begründen, so dass in ihnen kein entsprechendes Unwerturteil enthalten ist.<sup>2148</sup> Daraus folgt zudem, dass die Sanktionen als Vertragsstrafen im vollen Umfang einer

---

<sup>2137</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 2226, 2227; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 21; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 36.

<sup>2138</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 37 Rn. 38f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 317.

<sup>2139</sup> Stöber/Otto Rn. 1048; Reichert Rn. 3148, 5285; vgl. Soergel/Hadding § 25 Rn. 56; Kölbl S. 19.

<sup>2140</sup> Stöber/Otto Rn. 1048.

<sup>2141</sup> Reichert Rn. 5290; a. A. Haas/Gedeon, in: SpuRt 2000, 228, 231.

<sup>2142</sup> Vgl. BGH NJW 1959, 1493, 1494; Reichert Rn. 5329.

<sup>2143</sup> Stöber/Otto Rn. 1059.

<sup>2144</sup> Reichert Rn. 3028.

<sup>2145</sup> BGH NJW 1968, 1131, 1131; Reichert Rn. 3318f.

<sup>2146</sup> BGHZ 13, 5, 10f; vgl. MüKo/Reuter § 25 Rn. 43; Soergel/Hadding § 25 Rn. 37; Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 102.

<sup>2147</sup> Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 103; vgl. ebenso, van Look S. 19.

<sup>2148</sup> Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 103; vgl. ebenso, Soergel/Hadding § 25 Rn. 37; abweichend, H.P. Westermann S. 41.

gerichtlichen Überprüfung unterliegen, da sie nicht aus einem Disziplinar- sondern einem Rechtsverhältnis folgen.<sup>2149</sup>

Diese Unterscheidung zwischen dem eingetragenen Verein und den Verbänden mit wirtschaftlicher Zielsetzung wird auf dogmatische Erwägungen gegründet, da die Verfassung einer Rechtsform des Wirtschaftsrechts lediglich die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder koordiniert und gegeneinander abgrenzt und sie daher im Kern nicht mehr als die Moral erfordert, die das staatliche Recht im Wirtschaftsleben vorsieht, so dass keine Zwecke verfolgt werden, die eine vom staatlichen Recht abweichende Sozialmoral beinhalten können.<sup>2150</sup> Der Verein bedürfe demgegenüber Strafen, um die Unverträglichkeit des Verhaltens mit den Grundlagen der sozialetischen Gemeinschaftsanforderungen zum Ausdruck zu bringen, denn die gesellschaftliche Wertevorstellung muss nicht zwingend der speziellen Gemeinschaftsmoral entsprechen.<sup>2151</sup>

Es fragt sich jedoch, ob die Versagung einer Verbandsgewalt auch auf eine Unternehmergeinschaft übertragbar ist, die im nichtwirtschaftlichen Bereich angesiedelt ist, da der Zweck dieser Vereinigung sich dann nicht „in der Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder“<sup>2152</sup> erschöpft. Man könnte insofern daran denken, dass die Rechtfertigung einer Strafgewalt im ideellen Zweck zu finden ist, der die Mitglieder verbindet und dessen Verletzung oder Gefährdung in den Augen der Mitglieder verwerflich und strafwürdig ist, hingegen nicht zwingend am Ende jeder gemeinsamen Verfolgung ideeller Zwecke das Recht zur Ahndung von Fehlverhalten stehen muss.<sup>2153</sup> Die Frage nach der Anwendbarkeit der Verbandsstrafgewalt auf die Unternehmergeinschaft führt daher unweigerlich zu dem Problem der Legitimation dieses Rechtsinstituts sowie der rechtlichen Einordnung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages<sup>2154</sup>, was im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft werden soll.

Es wird jedoch insgesamt vertreten, dass die Einlage- und Nebenleistungspflichten, welche auch bei der Unternehmergeinschaft mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung vorhanden sind, durch Vertragsstrafen ausreichend gesichert werden können.<sup>2155</sup>

## **b) Vertragsstrafen**

Zwar fehlt im GmbHG eine entsprechende Vorschrift zur Zulässigkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung, gleichwohl ist ein derartiges Recht allgemein anerkannt.<sup>2156</sup> Die Vertragsstrafe kann über § 20 GmbHG hinaus sämtliche Fälle von nicht entsprechender Erfüllung der sonstigen Pflichten betreffen.<sup>2157</sup> Insofern gelten die §§ 339ff BGB sowie unter Umständen § 348 HGB.<sup>2158</sup> Die Vertragsstrafe bedarf einer Verankerung im Gesellschaftsvertrag. Analog zur Vereinsstrafe ist auch hier der Gleichbehandlungsgrundsatz

---

<sup>2149</sup> Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 103; van Look, in: Festschrift Hadding 2004, S. 539, 559f.

<sup>2150</sup> Reuter, in: ZGR 1980, 101, 103f, 108f; vgl. Vieweg, in: JZ 1984, 167, 169. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof für die eingetragene Genossenschaft eine Verbandsstrafgewalt bejaht, BGH ZIP 2003, 343, 343ff; hierzu kritisch, van Look, in: Festschrift Hadding 2004, S. 539, 539ff.

<sup>2151</sup> Reuter, in: ZGR 1980, 101, 104.

<sup>2152</sup> Reuter, in: ZGR 1980, 101, 103.

<sup>2153</sup> Vgl. H.P. Westermann S. 40; van Look, in: Festschrift Hadding 2004, S. 539, 559.

<sup>2154</sup> Vgl. beispielhaft, H.P. Westermann S. 1ff; Reuter, in: ZGR 1980, 101, 101ff; Bötticher, in: ZfA 1970, 3, 3ff.

<sup>2155</sup> Vgl. van Look, in: Festschrift Hadding 2004, S. 539, 559.

<sup>2156</sup> Hachenburg/Müller § 20 Rn. 43; Scholz/H.P. Westermann § 20 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 20 Rn. 9; Roth/Altmeppen § 20 Rn. 12f.

<sup>2157</sup> Hachenburg/Müller § 20 Rn. 43; Scholz/H.P. Westermann § 20 Rn. 24.

<sup>2158</sup> Hachenburg/Müller § 20 Rn. 43; Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 7.

zu beachten.<sup>2159</sup> Die Vertragsstrafen können die Zahlung von Geldbeträgen aber auch den Verlust oder das Ruhen von Rechten beinhalten.<sup>2160</sup> Die Einordnung als Vertragsstrafe i. S. v. §§ 339ff BGB wirkt sich vor allem auf den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung aus.<sup>2161</sup> Zudem ist das Ermäßigungsrecht nach § 343 BGB zu beachten. Neben der Vertragsstrafe können Zinsansprüche und Schadensersatzansprüche bestehen, vgl. §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2, 342 BGB.

### c) Schiedsgerichte

Auch bei der Unternehmersgesellschaft können sowohl echte als auch unechte Schiedsgerichte geschaffen werden, so dass der Gesellschaftsvertrag körperschaftliche Streitigkeiten einem echten Schiedsgericht zuweisen kann.<sup>2162</sup> Unechte Schiedsstellen sind fakultative Gesellschaftsorgane, die Entscheidungsaufgaben wahrnehmen, welche sonst regelmäßig der Gesellschafterversammlung obliegen.<sup>2163</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Wie sich gezeigt hat, ist das Institut der Verbandsstrafgewalt umstritten. Der Streit reicht von der rechtlichen Grundlage über die rechtliche Einordnung bis hin zum Umfang der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis. Die Streitpunkte greifen ineinander, sind miteinander verwoben und begründen einander. Unabhängig von der Einordnung der Vereinsstrafgewalt und der Frage nach der Zulässigkeit bei der Unternehmersgesellschaft muss zunächst festgehalten werden, dass der Ausschluss aus dem Verband ein allgemeines gesellschaftliches Institut ist.<sup>2164</sup> Demgegenüber soll die sog. Verbandsstrafgewalt nur dem bürgerlich-rechtlichen Verein zukommen, wodurch er sich diesbezüglich von der Unternehmersgesellschaft unterscheidet, obschon der Verein das Grundmodell für die GmbH bildet.<sup>2165</sup> Bei der Unternehmersgesellschaft soll es insofern nur möglich sein, die innere Ordnung über die Schaffung von Vertragsstrafen abzusichern. Einige Stimmen in der Literatur sehen die Vereinsstrafen ebenso als reine Vertragsstrafen i. S. v. §§ 339ff BGB an. Es wird zudem vertreten, dass beim bürgerlich-rechtlichen Verein die Einordnung der Vereinsstrafe als Vertragsstrafe der Systematik des Gesellschaftsrechts, mithin dem Gleichlauf der Grundsätze der Rechtsformen, entsprechen würde.<sup>2166</sup> Losgelöst von der speziellen Strafbefugnis des Vereins verfügen beide Rechtsformen über dieselben Mittel zur Ordnung ihrer Verhältnisse.<sup>2167</sup>

Der Hauptunterschied zwischen der vereinsrechtlichen Sanktion basierend auf der Vereinsstrafgewalt und der Ahndung von entsprechendem Fehlverhalten bei der Unternehmersgesellschaft mittels Vertragsstrafe besteht nach h. M. im Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit, da die Vertragsstrafe vollumfänglich, die Vereinsstrafe hingegen nach h. M. nur eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt.

---

<sup>2159</sup> Hachenburg/Müller § 20 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 7.

<sup>2160</sup> Hachenburg/Müller § 20 Rn. 47; Scholz/H.P. Westermann § 20 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 20 Rn. 9.

<sup>2161</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 37.

<sup>2162</sup> Vgl. Reichert Rn. 5287; Roth/Altmeppen § 3 Rn. 42f; vgl. Schneider, in: GmbHR 2005, 86, 87.

<sup>2163</sup> Hachenburg/Hüffer § 45 Rn. 24; Scholz/K.Schmidt § 45 Rn. 14.

<sup>2164</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 714; vgl. MüKo/Reuter § 25 Rn. 43.

<sup>2165</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 25 Rn. 37.

<sup>2166</sup> Vgl. van Look S. 19.

<sup>2167</sup> Vgl. Reuter, in: ZHR 151(1987), 355, 389.

Beiden Sanktionsmitteln ist es indes gemein, dass sie einer statutarischen Verankerung bedürfen. Die Bandbreite der Sanktionsmittel und der zu ahndenden Handlungen deckt sich. Das Verfahren kann unter Beachtung bestimmter rechtsstaatlicher Grundsätze eigenständig geregelt werden. Es ist dabei der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Zudem kann ein Instanzenzug eingerichtet werden. Bei einer Vertragsstrafe ist das Ermäßigungsrecht aus § 343 BGB zu beachten.

In beiden Rechtsformen kann zudem vorgesehen werden, dass bei verbandsinternen Streitigkeiten ein echtes Schiedsgericht anzurufen ist. Die Verfahren können abweichend von §§ 1025ff ZPO geregelt werden. Das echte Schiedsgericht setzt eine Unabhängigkeit voraus und ist gleichsam kein Verbandsorgan.

### **XIII. Finanzverfassung**

#### **1. Grundsätzliches**

Für den Rechtsanwender ist die Finanzverfassung des jeweiligen Verbands neben der Haftungsverfassung grundsätzlich ein wesentliches Kriterium für die Wahl einer Rechtsform, sofern eine an sich notwendige umfängliche Bewertung der in Betracht kommenden Rechtsformen durch ihn überhaupt vorgenommen wird, so dass sich dann Fragen nach der Trennung zwischen Verbandsvermögen und Vermögen der einzelnen Mitglieder stellen.<sup>2168</sup> Das Eigenkapital hat eine wesentliche Haftungsaufgabe und dient gleichsam zur Unternehmenserhaltung.<sup>2169</sup> Die gesetzliche Eigenkapitalsicherung ist bei der Unternehmersgesellschaft in § 30 GmbHG verankert, während das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine Eigenkapitalsicherung kennt, da der Verein nicht auf unternehmerische Tätigkeiten zugeschnitten ist und das Gesetz keine Vermögens- und Gewinnbeteiligung vorsieht.<sup>2170</sup>

Die Einlagen, die von den Mitgliedern eines Verbands erbracht werden, dienen zur Eigenkapitalbildung und mehren dadurch die Haftungsmasse.<sup>2171</sup> Als Einlagen kommen Bar- und Sacheinlagen in Betracht. Sacheinlagen sind dabei fassbare Vermögenswerte, die unter Aussonderung aus dem Vermögen der Einleger dem Verband zur freien Verfügung übertragen und gleichsam unter Beachtung einer entsprechenden Vereinbarung auf die Einlageschuld geleistet werden.<sup>2172</sup> Die Regelung des § 320 BGB ist bei der Erbringung von Einlagen nicht anwendbar.<sup>2173</sup> Ist eine Sacheinlage uneinbringlich, tritt bei der „regulären“ GmbH eine entsprechende Geldeinlagepflicht an deren Stelle, wobei eine gleichartige Regelung auch beim Verein dem Willen der Beteiligten entsprechen kann.<sup>2174</sup> Liegt der Wert der Sacheinlage bei der „regulären“ GmbH unter dem Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils, ist der Fehlbetrag in Geld zu leisten (§ 9 Abs. 1 GmbHG, sog. Differenzhaftung des Sacheinlegers), hingegen bei einem bürgerlich-rechtlichen Verein eine entsprechende Garantie nur gelten soll, wenn sie dem Satzungsinhalt entspricht.<sup>2175</sup>

---

<sup>2168</sup> K.Schmidt GesR S. 514; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 6.

<sup>2169</sup> K.Schmidt GesR S. 517.

<sup>2170</sup> K.Schmidt GesR S. 518f; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 14.

<sup>2171</sup> K.Schmidt GesR S. 567.

<sup>2172</sup> K.Schmidt GesR S. 572ff.

<sup>2173</sup> Vgl. RGZ 100, 1, 2f, zum Verein; vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 21a; Reichert Rn. 928.

<sup>2174</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 48; K.Schmidt GesR S. 583.

<sup>2175</sup> MüKo/Reuter § 38 Rn. 48; K.Schmidt GesR S. 584f.

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Der eingetragene Verein ist als juristische Person Träger von Rechten und Pflichten, wobei das Vorhandensein eines Vereinsvermögens nicht zu den konstituierenden Elementen des Vereins gehört.<sup>2176</sup> Die materielle Ausstattung des Vereins erfolgt grundsätzlich durch regelmäßig zu erbringende Mitgliedsbeiträge, wobei die Satzung Bestimmungen darüber enthalten soll, ob und welche Beiträge<sup>2177</sup> von den Mitgliedern zu leisten sind, § 58 Nr. 2 BGB. Sofern die Satzung keine Beitragspflicht vorsieht<sup>2178</sup> und die Mitglieder auch keine freiwilligen Leistungen erbringen, entsteht kein Vereinsvermögen, so dass sich in diesem Fall die Vereinsmitglieder insoweit darüber einig sein können, dass sie die Verbindlichkeiten des Vereins (z. B. Gründungskosten) persönlich tragen, ohne dabei einen Ersatz zu verlangen.<sup>2179</sup> In der Praxis entspricht es jedoch der Regel, dass ein Verein ein eigenes Vermögen bildet, wobei sich dieses dann neben den Beiträgen aus erworbenen Gegenständen und Forderungen zusammensetzen kann.<sup>2180</sup>

### b) Kapitalaufbringung

Wie bereits gezeigt, sieht das Gesetz keine Verpflichtung der Mitglieder, ein Vereinsvermögen aufzubringen, vor. Demgegenüber ist dem Verein jedoch die Möglichkeit eröffnet, durch die Erhebung von Mitgliedsbeiträgen als kooperationsrechtliche Pflicht zur Förderung des Vereinszwecks ein Eigenkapital anzuhäufen.<sup>2181</sup> Ein sonstiger Finanzbedarf kann durch sog. Umlagen gedeckt werden.<sup>2182</sup> Während Beiträge Geld-, Sach- oder Dienstleistungen beinhalten können, die einmalig oder wiederkehrend zu erbringen sind<sup>2183</sup>, werden Umlagen als Leistungen zur Deckung eines außergewöhnlichen vereinsbedingten Finanzbedarfs, der nicht vorab vorhersehbar ist, definiert.<sup>2184</sup> Des Weiteren ist die Entrichtung von Eintrittsgeldern und etwaigen Gebühren möglich. Darüber hinaus kann ein Sonderbeitrag in Form eines zinslosen Darlehens erhoben werden.<sup>2185</sup> Eine Erhöhung der Beiträge ist zulässig, sofern sie beim Vereinsbeitritt überschaubar war.<sup>2186</sup> Ferner können gem. § 35 BGB Mitglieder oder Mitgliedsgruppen von der Beitragspflicht ganz oder teilweise befreit werden, zumal es auch zulässig ist, dass die Beitragspflicht unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes nur eine bestimmte Gruppe der Mitglieder trifft.<sup>2187</sup>

---

<sup>2176</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 1; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 1; Schubert, in: WM 2008, 1197, 1199.

<sup>2177</sup> Es kann eine Trennung zwischen Beiträgen (jede als Primärpflicht vom Mitglied geschuldete Zweckförderung) und Einlagen (ein zur Eigenkapitalbildung zu leistender Beitrag, der die Haftungsmasse mehrt) vorgenommen werden, vgl. K.Schmidt GesR S. 566ff; vgl. ebenso, Reichert Rn. 886ff: Beiträge im engeren und weiteren Sinne.

<sup>2178</sup> Ob es einer ausdrücklichen Regelung der Beitragsfreiheit bedarf, ist umstritten. Bejahend: Müller, in: MDR 1992, 924, 924. Verneinend: Soergel/Hadding § 38 Rn. 21a; Stöber/Otto Rn. 349; Staudinger/Weick § 58 Rn. 3; Reichert Rn. 895.

<sup>2179</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 1.

<sup>2180</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 2.

<sup>2181</sup> Reichert Rn. 886; Stöber/Otto Rn. 348.

<sup>2182</sup> Reichert Rn. 932; Stöber/Otto Rn. 350.

<sup>2183</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 117.

<sup>2184</sup> Vgl. hierzu, Müller, in: MDR 1992, 924, 924f; Schubert, in: WM 2008, 1197, 1197ff; vgl. ebenso, Reichert Rn. 932ff.

<sup>2185</sup> Vgl. BGH ZIP 2008, 1423, 1424f; Reichert Rn. 905.

<sup>2186</sup> Reichert Rn. 913.

<sup>2187</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 9.

Gem. § 58 Nr. 2 BGB soll die Satzung Bestimmungen enthalten, ob und welche Beiträge zu leisten sind. Sämtliche Beiträge müssen insofern ihre Legitimation in der Satzung finden.<sup>2188</sup> Es ist dabei ausreichend, wenn die Festsetzung der Beitragshöhe einem benannten Organ überlassen ist.<sup>2189</sup> Die Festlegung eines Höchstbetrages der Beiträge ist grundsätzlich nicht erforderlich<sup>2190</sup>, da, wie bereits gezeigt, die in § 53 Abs. 3 GmbHG zum Ausdruck kommende Maßgabe der Vorhersehbarkeit der Beitragserhöhung nicht gleichermaßen im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht gilt.<sup>2191</sup> Grundsätzlich begründet eine ordnungsgemäße Beitragserhöhung keinen wichtigen Grund zum Austritt aus dem Verein.<sup>2192</sup> Darüber hinaus kann die Satzung bei Leistungsstörungen im Rahmen der Beitragspflicht gewisse Sanktionen vorsehen, hingegen eine satzungsmäßige Verpflichtung der Mitglieder, für die Schulden des Vereins zu haften, unwirksam ist.<sup>2193</sup>

Neben den Beiträgen mehren etwaige Gewinne des Vereins das Vereinsvermögen. Über die Verwendung des erwirtschafteten Vereinsvermögens entscheidet das hierzu ermächtigte Organ, mithin regelmäßig der Vorstand.<sup>2194</sup>

### c) Kapitalerhaltung

Das Vereinsvermögen steht dem Verein als juristische Person zu.<sup>2195</sup> Es kommt daher den Mitgliedern nur mittelbar über die Mitgliedschaft als Nutzungsrecht zugute, wobei eine Beteiligung am Vereinsvermögen selbst damit nicht einhergeht, so dass ein Ein- und Austritt aus dem Verein die Vermögenszuordnung nicht berührt, mithin ein Anteil am Vereinsvermögen oder an den dazugehörenden Gegenständen nicht besteht.<sup>2196</sup> Abweichendes soll auch nicht durch die Satzung mit dinglicher Wirkung geregelt werden können.<sup>2197</sup> Das Gesetz sieht zudem keinen Anspruch des Mitglieds auf eine Gewinnbeteiligung oder ein Auseinandersetzungsguthaben beim Ausscheiden vor, hingegen Abfindungsansprüche nach h. M. in die Satzung in einem gewissen Rahmen aufgenommen werden können, wobei der Rechtsgedanke des § 42 Abs. 2 BGB die Grenze der Abfindungsansprüche bilden soll und die Grundgedanken zur Einteilung von nichtwirtschaftlichen und wirtschaftlichen Vereinen i. S. v. §§ 21, 22 BGB zu beachten sind.<sup>2198</sup> Eine Satzungsregelung, die Gewinnausschüttungen an die Mitglieder vorsieht, ist unzulässig.<sup>2199</sup> In gesetzlicher Hinsicht kommt lediglich die

<sup>2188</sup> Vgl. BGH ZIP 2007, 2264, 2265; Stöber/Otto Rn. 352; Reichert Rn. 895; Müller, in: MDR 1992, 924, 925; Beuthien, in: BB 1987, 6, 12; abweichend, Palandt/Ellenberger § 58 Rn. 2: Die Beitragspflicht kann sich ausnahmsweise bereits aus dem Vereinszweck ergeben; Soergel/Hadding § 38 Rn. 21a.

<sup>2189</sup> BGHZ 105, 306, 316; 130, 243, 246f; Reichert Rn. 897f; Stöber/Otto Rn. 352.

<sup>2190</sup> BGH ZIP 2007, 2264, 2265; NJW 2010, 3521, 3521; missverständlich, BGHZ 105, 306, 316; hierauf eingehend, BGHZ 130, 243, 246f; Beuthien, in: BB 1987, 6, 10; vgl. jedoch auch, Soergel/Hadding § 38 Rn. 21a; Reichert Rn. 897f.

<sup>2191</sup> Vgl. E. VIII. 2. b) bb) (1). Vgl. zudem, Beuthien, in: BB 1987, 6, 10f.

<sup>2192</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 35 Rn. 7; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 120.

<sup>2193</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 12, 14; Reichert Rn. 939; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 123.

<sup>2194</sup> Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 207.

<sup>2195</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 14; K.Schmidt GesR S. 514.

<sup>2196</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 14f; Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 1a; Staudinger/Weick § 39 Rn. 11; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 4; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 179ff.

<sup>2197</sup> Vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1971, 465, 467; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 7; vgl.

Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 333; Reichert Rn. 805: Denkbar sind Rückerstattungen von geleisteten Beiträgen oder von bestimmten Gegenständen; vgl. Soergel/Hadding § 38 Rn. 18a; vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 31; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 183; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 9f; in extremen Ausnahmefällen einschränkend, Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 8.

<sup>2198</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 9f; K.Schmidt GesR S. 705; MüKo/Reuter § 38 Rn. 31; Soergel/Hadding § 38 Rn. 18a; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 15ff; einschränkend, Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 185ff, 208.

<sup>2199</sup> Vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1971, 465, 466f; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 184f.

Vermögensteilhabe durch das Anfallsrecht gem. § 45 BGB in Betracht.<sup>2200</sup> Bei Abfindungsansprüchen in einem gemeinnützigen Verein ist § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO zu beachten.<sup>2201</sup>

Wie bereits gezeigt, kennt das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine Eigenkapitalsicherung, obgleich der Vorstand notwendigerweise gegenüber dem Verein verpflichtet ist, das Vereinsvermögen zu erhalten und ordnungsgemäß zu verwalten, so dass etwa ausstehende Beiträge zu erheben sind.<sup>2202</sup> Ob der Vorstand das Vereinsvermögen zu vermehren hat oder zeitnah eine dem Vereinszweck bedingte Verwendung geboten ist, beurteilt sich nach den Vorgaben des Einzelfalls, indes stets zu beachten ist, dass kein Vermögen an Mitglieder ausgekehrt wird, solange noch Verbindlichkeiten des Vereins bestehen und das Vermögen zur Befriedigung dieser Forderungen benötigt wird.<sup>2203</sup> Es kann zudem ein Haushaltsplan oder eine Finanzordnung aufgestellt werden.<sup>2204</sup>

Die Vollübertragung des gesamten Vereinsvermögens auf einen Dritten auf Grundlage des Umwandlungsgesetzes ist ausgeschlossen, § 175 UmwG. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Umwandlungsgesetzes kann die Vertretungsmacht des Vorstands dahingehend eingeschränkt werden, dass sich diese nicht auf eine Übertragung des gesamten Vereinsvermögens erstreckt.<sup>2205</sup> Eine § 179a Abs. 1 AktG entsprechende Vorschrift, die auf die GmbH nach h. M.<sup>2206</sup> analog anwendbar ist, fehlt im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht. Eine analoge Anwendung der Norm scheidet jedoch aus, so dass insoweit ein geringerer Schutz der Vereinsmitglieder gegenüber den Gesellschaftern einer Unternehmungsgesellschaft besteht, da zwar auch hier ein Mitgliederbeschluss notwendig ist, welcher jedoch nicht die entsprechende Mehrheit i. S. v. § 179a Abs. 1 S. 2 AktG erfordert.<sup>2207</sup> Bei der ausgliedernden Umstrukturierung auf Grundlage des Umwandlungsgesetzes sind die Mitglieder eines bürgerlich-rechtlichen Vereins wie die Gesellschafter einer Unternehmungsgesellschaft dadurch geschützt, dass die Entscheidungszuständigkeit bei der Mitgliederversammlung liegt und eine entsprechende Beschlussmehrheit erforderlich ist, zumal ein Gleichlauf auch bei strukturverändernden Übertragungen von wesentlichen Teilen des Vereinsvermögens außerhalb des UmwG besteht, da insoweit ein Beschluss der Mitgliederversammlung mit qualifizierter Mehrheit Voraussetzung ist.<sup>2208</sup>

#### **d) Kapitalersatzrecht**

Gewährt ein Mitglied trotz schwieriger wirtschaftlicher Lage des Vereins diesem eine Kapitalzuführung in Form eines Darlehens, wurde auf Grundlage des vor dem MoMiG geltenden Kapitalersatzrechts vertreten, dass unter bestimmten Umständen die Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG a. F. auf das Vereinsrecht analog anwendbar sind.<sup>2209</sup> Die Übertragbarkeit bedingte eine freiwillige Erbringung der Mittel mit der Maßgabe der Fortführung des Verbands.<sup>2210</sup> Das Kapitalersatzrecht sollte insgesamt verhindern, dass das Mitglied die mit einer unzureichenden Krisenfremdfinanzierung verbundenen negativen

---

<sup>2200</sup> Reichert Rn. 805.

<sup>2201</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 15; vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 169.

<sup>2202</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 1.

<sup>2203</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 1; Reuter, in: ZHR 151 (1987), 355, 376.

<sup>2204</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 2ff.

<sup>2205</sup> Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 199.

<sup>2206</sup> Vgl. K.Schmidt/Lutter/Seibt § 179a Rn. 4; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 929.

<sup>2207</sup> Vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 199f.

<sup>2208</sup> Vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 200ff, 209.

<sup>2209</sup> Schubert, in: WM 2008, 1197, 1199; vgl. Haas/Prokop, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 1149, 1166ff.

<sup>2210</sup> Schubert, in: WM 2008, 1197, 1199.

Folgen auf die Gläubigergesamtheit abwälzen konnte (sog. Finanzierungsfolgenverantwortung).<sup>2211</sup>

Durch das MoMiG wurden die Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben. Ein dementsprechendes Eigenkapitalersatzrecht gibt es nicht mehr; es wurde indes ein Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Finanzierungen geschaffen, was zur Änderung und Ergänzung des Insolvenzrechts führte, wobei sich die maßgeblichen Regelungen nunmehr in § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, 5 InsO finden.<sup>2212</sup> Umstritten ist jedoch, ob diese Normen auf den eingetragenen Verein Anwendung finden.<sup>2213</sup> Zwar sind bei einem Verein keine vermögensmäßigen Beteiligungen der Mitglieder vorhanden, dennoch kann auch bei ihm das Risiko einer Insolvenzverschleppung bestehen.<sup>2214</sup> Gegen eine Übertragbarkeit spricht auch nicht die Regelung des § 39 Abs. 5 InsO, da er nicht allgemeingültig voraussetzt, dass überhaupt unterschiedliche Beteiligungen am Verband vorhanden sein müssen. Insofern kann auch gesagt werden, dass es auf eine unterschiedliche Beteiligung nur dann ankommen soll, wenn eine solche Beteiligung am Haftkapital überhaupt möglich bzw. vorgenommen worden ist. Es ist zudem kein Anknüpfungspunkt ersichtlich, warum die rechtsformneutral gehaltenen neuen Regelungen nicht auf den eingetragenen Verein anzuwenden sind, während die zuvor einschlägigen Normen (§§ 32a, 32b GmbHG a. F.) auf den Verein entsprechend übertragen wurden. Insofern gelten die neuen Regelungen auch für den eingetragenen Verein. Die inhaltliche Neugestaltung steht dem nicht entgegen.

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Die Unternehmergesellschaft bedarf wie der eingetragene Verein zunächst finanzieller Leistungen seiner Mitglieder. Neben der Pflicht, das Stammkapital aufzubringen, kann ein Finanzbedarf auch durch sonstige Leistungen gedeckt werden. Im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Verein ist die Finanzverfassung der Unternehmergesellschaft umfänglicher geregelt. Die Strenge der Kapitalvorschriften ist diesbezüglich dem Umstand geschuldet, dass den Gläubigern der Gesellschaft im Regelfall nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht, vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG.<sup>2215</sup> Gleichsam sind auch die Mitgliederinteressen in Einklang zu bringen. Die Finanzverfassung im GmbH-Recht ist vom Grundsatz der realen Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung bestimmt.<sup>2216</sup>

#### **b) Kapitalaufbringung**

##### **aa) Stammkapital**

Die Unternehmergesellschaft ermöglicht es, die Vorgaben des § 5 Abs. 1 GmbHG zu unterschreiten, § 5a Abs. 1 GmbHG. Insofern beträgt das Stammkapital einer

---

<sup>2211</sup> BGHZ 90, 381, 388f; Haas/Prokop, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 1149, 1159f.

<sup>2212</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 6; K.Schmidt, in: DB 2008, 1727, 1728.

<sup>2213</sup> Bejahend: Uhlenbruck/Hirte § 39 Rn. 58; ders., in: WM 2008, 1429, 1432. Verneinend: Graf-Schlicker/Neußner § 39 Rn. 20; Habersack, in: ZIP 2007, 2145, 2147f. Einschränkend: Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 117.

<sup>2214</sup> Uhlenbruck/Hirte § 39 Rn. 58; ders., in: WM 2008, 1429, 1432.

<sup>2215</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 6; K.Schmidt GesR S. 1112.

<sup>2216</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 51ff; Windbichler § 23 Rn. 1; vgl. K.Schmidt GesR S. 994; Heckschen/Heidinger § 11 Rn. 2.



Unternehmergesellschaft mindestens 1 € und maximal 24.999 €, § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>2217</sup>

## **bb) Einlagen der Gesellschafter**

### **(1) Grundsätzliches**

Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft wird durch den Geschäftsanteil vermittelt.<sup>2218</sup> Aus der Mitgliedschaft folgt die Pflicht, die Einlage zu erbringen. Der Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital übernimmt, müssen im Gesellschaftsvertrag enthalten sein, § 3 Abs. 1 Nr. 3, 4 GmbHG. Sollen die Gesellschafter außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft treffen, bedürfen diese gleichsam der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag (§ 3 Abs. 2 GmbHG), sofern eine körperschaftliche Regelung zu Grunde liegt. Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten, § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft kann bereits mit einem Geschäftsanteil von einem Euro erlangt werden, § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die Anmeldung zum Handelsregister darf abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt worden ist, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG. Von der Verpflichtung zur Leistung der Einlage können die Gesellschafter nicht befreit werden, § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Zudem ist die Regelung des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu beachten, die als Ausfluss des Prinzips der realen Kapitalaufbringung dem Gläubigerschutz dient, da eine vollwertige Kapitalaufbringung angestrebt wird und Umgehungen entgegengewirkt werden soll, wobei § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG aufgrund seiner Stellung ein Grundpfeiler des Prinzips der realen Kapitalaufbringung ist und daher eine weite, auch über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehende Anwendung erfährt.<sup>2219</sup> Gem. § 19 Abs. 2 S. 3 GmbHG kann der Schuldner gegenüber der Einlagenforderung sowohl bei Sach- als auch in entsprechender Anwendung bei Bareinlagen ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen.<sup>2220</sup> Die Einlage ist zur freien Verfügung der Geschäftsführer zu leisten.<sup>2221</sup>

Ist vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung entspricht, kann unter den in § 19 Abs. 5 GmbHG genannten Umständen bei der „regulären“ GmbH dennoch eine Befreiung von der Einlageverpflichtung eintreten. Darüber hinaus sind bei der „regulären“ GmbH die Regelungen des § 19 Abs. 4 GmbHG über die sog. verdeckte Sacheinlage zu beachten, wonach die entsprechenden Verträge und Rechtshandlungen gem. § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG nicht unwirksam sind, obschon diese Leistung den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit, § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG. Dennoch kann nach dieser Vorschrift eine Anrechnung der Leistung auf die Einlagepflicht erfolgen, § 19 Abs. 4 S. 3 und 4 GmbHG.

### **(2) Leistung der Einlage**

Gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG sind Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft ausgeschlossen, da eine Erforderlichkeit der Erbringung von Sacheinlagen vom Gesetzgeber

---

<sup>2217</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 10; Karsten § 8 Rn. 38; Wicke § 5a Rn. 5.

<sup>2218</sup> K.Schmidt GesR S. 1034.

<sup>2219</sup> BGHZ 113, 335, 340; Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 106, 110; vgl. Baumbach/Hueck § 19 Rn. 30; Roth/Altmeppen § 19 Rn. 30; Lutter/Hommelhoff § 19 Rn. 24ff.

<sup>2220</sup> Vgl. RGZ 83, 266, 268; Baumbach/Hueck § 19 Rn. 41; Wicke § 19 Rn. 15.

<sup>2221</sup> Wicke § 7 Rn. 9; Baumbach/Hueck § 7 Rn. 10.

ausdrücklich verneint wurde.<sup>2222</sup> Außerhalb der Einlagenpflicht können Gegenstände indes auf die Gesellschaft übertragen oder zur Nutzung überlassen werden. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG weicht insoweit von § 5 Abs. 4 GmbHG ab. Die Einlagen müssen vor der Anmeldung in voller Höhe eingezahlt werden, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Es ist, wie bereits gezeigt wurde, umstritten, ob aus der fehlenden Wirksamkeit einer Sacheinlagenabrede gem. § 134 BGB dem Grundsatz nach auch die Nichtigkeit der gesamten Satzung folgt.<sup>2223</sup> Bei der Sacheinlagenabrede ist daran anknüpfend umstritten, ob der Mangel dieser Vereinbarung durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eine Heilung erfahren kann.<sup>2224</sup>

Es ist zudem umstritten, ob bei der Unternehmergesellschaft bei verdeckten Sacheinlagen § 19 Abs. 4 GmbHG Anwendung findet.<sup>2225</sup> Des Weiteren wird die Frage, ob die Regelungen des § 19 Abs. 5 GmbHG bei der Unternehmergesellschaft greifen, nicht einheitlich beantwortet.<sup>2226</sup>

### **(a) Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG**

Zutreffend erscheint die Auffassung, wonach auf die Unternehmergesellschaft § 19 Abs. 4 GmbHG nicht anwendbar ist, da der doppelte Verstoß gegen § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG und § 5 Abs. 4 GmbHG nicht privilegiert werden darf.<sup>2227</sup> Es stellt zudem einen Bruch dar, wenn einerseits Sacheinlagen verboten sind und andererseits verdeckte Sacheinlagen zulässig sein sollen. Zudem ist zu beachten, dass bei einem gesetzlich zulässigen Minimum an Kapitalaufbringung, dieses dem Gläubigerschutz nur genügen kann, wenn es in liquiden Mittel erbracht wird.<sup>2228</sup> Diesem Schutzgut würde es zuwiderlaufen, wenn ein Vorgang, der auf legale und formal korrekte Weise zur Unzulässigkeit führt, dadurch eine Relativierung erfährt, dass er heimlich und unter Verstoß gegen die Formvorschriften vorgenommen wird, auch wenn der Gesetzgeber mit dem MoMiG die bisherigen Folgen der verdeckten Sacheinlage beseitigen wollte.<sup>2229</sup> Dem kann auch nicht maßgeblich entgegengehalten werden, dass dadurch der Gesellschafter der Gefahr einer Doppelbezahlung ausgesetzt ist, weil keine Anrechnung des Wertes des eingebrachten Gegenstands erfolgt<sup>2230</sup>, da ein Gesetzesverstoß nicht privilegiert werden darf, mithin der rechtmäßig Handelnde nicht schlechter gestellt werden darf als derjenige, der bewusst oder unbewusst § 5a Abs. 2 S. 2

---

<sup>2222</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 32, 71.

<sup>2223</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff (17. Auflage) § 5a Rn. 12; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1486; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779. Verneinend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 22; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 18; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 21; Wicke § 5a Rn. 8; Weber, in: BB 2009, 842, 845.

<sup>2224</sup> Verneinend: Wicke § 5a Rn. 8; Weber, in: BB 2009, 842, 845. Bejahend: Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779.

<sup>2225</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 29; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 21; Jordan S. 103f; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779; Heinze, in: GmbHR 2008, 1065, 1066f. Verneinend: MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 21; Wicke § 5a Rn. 8; Miras Rn. 349ff; Weber, in: BB 2009, 842, 845; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1486; Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 901; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2244; Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 57f; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 577.

<sup>2226</sup> Bejahend: Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 32; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 22; Miras Rn. 360ff; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 12; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 17; Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 9 Rn. 86; Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 57; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578. Verneinend: Wicke § 5a Rn. 7; Weber, in: BB 2009, 842, 845. Vgl. zur praktischen Relevanz, Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

<sup>2227</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 9 Rn. 86; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 52.

<sup>2228</sup> Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

<sup>2229</sup> Vgl. Ulmer/Paura § 5a Rn. 40; Michalski/Miras § 5a Rn. 43; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 577.

<sup>2230</sup> So, Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 28ff, (17. Auflage) Rn. 13; Jordan S. 103; Heinze, in: GmbHR 2008, 1065, 1066; vgl. MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 22f.

GmbHG missachtet hat.<sup>2231</sup> Der Nichtanwendung steht ferner nicht entgegen, dass bei § 19 Abs. 4 GmbHG in erster Linie an § 5 Abs. 4 GmbHG<sup>2232</sup> gedacht worden ist, da vorliegend nicht die Folgen eines Formverstößes geregelt werden müssen, sondern die materielle Vorschrift des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG Umgehungsschutz erfährt.<sup>2233</sup> Schließlich steht der fehlenden Anwendung auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber die Unternehmergesellschaft so konstruiert hat, dass mit Ausnahme der in § 5a GmbHG enthaltenen Regelungen alle Vorschriften des GmbHG, mithin auch § 19 Abs. 4 GmbHG dem ersten Anschein nach, auf die Unternehmergesellschaft anzuwenden sind, da demgegenüber ein ausdrücklicher und explizit konkreter Wille des Gesetzgebers zur Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG auf die Unternehmergesellschaft ebenso wenig zu erkennen ist.<sup>2234</sup> Die allgemeine Übertragbarkeit der übrigen Vorschriften auf die Unternehmergesellschaft stellt davon losgelöst ein schwaches Argument dar, welches die für den Ausschluss der Anwendbarkeit konkret sprechenden Punkte nicht zu erschüttern vermag. Des Weiteren verdienen die Gründer einer Unternehmergesellschaft auch keinen besonderen Schutz auf Grund des Umstandes, dass mit der Unternehmergesellschaft Existenzgründer angesprochen werden, die möglicherweise nicht über fundierte Kenntnisse im GmbH-Recht verfügen<sup>2235</sup>, zumal dann zwei Gesetzesgründe, Förderung von Existenzgründungen durch die Schaffung der Unternehmergesellschaft sowie einfache und komplikationsfreie Gründung durch Ausschluss von Sacheinlagen unbeabsichtigt gegeneinander streiten würden. Zudem wäre über eine Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG auf die Unternehmergesellschaft die Regelung des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG vielfach wirkungslos.<sup>2236</sup> Eine verdeckte Sacheinlagenvereinbarung ist daher gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG i. V. m. § 134 BGB nichtig, wodurch § 19 Abs. 4 GmbHG nicht zur Anwendung kommt.

#### **(b) Anwendbarkeit von § 19 Abs. 5 GmbHG**

§ 19 Abs. 5 GmbHG beinhaltet keine Vorschriften des Sacheinlagerechts, so dass eine Anwendung auf die Unternehmergesellschaft als systematisch zutreffend und damit zulässig erscheint.<sup>2237</sup> Es wird dabei nicht verkannt, dass der Gesetzgeber bei der Unternehmergesellschaft eine einfache Gründung mit vollständiger Aufbringung von Bareinlagen im Auge hatte. Das Sacheinlageverbot aus § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG steht jedoch der Anwendbarkeit von § 19 Abs. 5 GmbHG nicht entgegen. § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG enthält zudem weder eine Regelung, dass die Gesellschaft über eine Mindestliquidität verfügen muss, noch dass ein werthaltiger Anspruch gegen den Inferenten kein Äquivalent für die effektive Einzahlung darstellt.<sup>2238</sup> § 19 Abs. 5 GmbHG begründet vielmehr einen allgemeingültigen Fall des Bareinlagevorgangs.<sup>2239</sup> Des Weiteren folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Gesellschafter die Höhe des Stammkapitals frei bestimmen können, dass es ihnen deswegen zugemutet werden kann, diese Einlagen effektiv einzuzahlen; mithin kommt es für § 19 Abs.

---

<sup>2231</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 9 Rn. 86; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 52.

<sup>2232</sup> Vgl. Roth/Altmeppen § 5a Rn. 21; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 20.

<sup>2233</sup> Vgl. Michalski/Miras § 5a Rn. 43; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 577.

<sup>2234</sup> Für eine teleologische Reduktion, Michalski/Miras § 5a Rn. 42, 45; a. A. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 29; § 19 Abs. 4 GmbHG enthält keine Differenzierung, ob eine offene Sacheinlage zulässig oder unzulässig ist; ebenso Roth/Altmeppen § 5a Rn. 21.

<sup>2235</sup> Vgl. Heinze, in: GmbHR 2008, 1065, 1066.

<sup>2236</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 12; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 577.

<sup>2237</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 24; Michalski/Miras § 5a Rn. 50.

<sup>2238</sup> Diesen Aspekt anführend, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 17; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

<sup>2239</sup> Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

5 GmbHG nicht auf die Höhe des Stammkapitals an.<sup>2240</sup> Im Übrigen wären bei solch einer Unterscheidung die Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von über 12.500 € schlechter gestellt, als die Gesellschafter einer „regulären“ GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 €. Die Gesellschafter der Unternehmergesellschaft müssten in diesem Fall nicht nur höhere Zahlungen vor Anmeldung der Gesellschaft erbringen, sie könnten sich auch nicht auf die Erfüllungswirkung i. S. v. § 19 Abs. 5 GmbHG berufen, obschon der Rechtsverkehr durch den Rechtsformzusatz und der Pflicht zur Rücklagenbildung zusätzlich geschützt ist. Eine Rechtfertigung solch einer Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich.<sup>2241</sup> Dieses Ergebnis ist auch mit § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG vereinbar, da insoweit nur eine Abweichung von der Teileinzahlungsvorschrift des § 7 Abs. 2 GmbHG erfolgt.<sup>2242</sup> Mit der Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG wird den Gesellschaftern trotz eines Hin- und Herzahlens unter bestimmten Voraussetzungen eine Befreiung von der Einlageverpflichtung gewährt, so dass die Anwendbarkeit von § 19 Abs. 5 GmbHG mit § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG vereinbar ist. Die Volleinzahlung und das Hin- und Herzahlen sind insoweit regeltechnisch voneinander zu trennen. Schließlich zwingt die fehlende Übertragbarkeit von § 19 Abs. 4 GmbHG auf die Unternehmergesellschaft nicht zu einer Versagung der Anwendbarkeit von § 19 Abs. 5 GmbHG, da § 19 Abs. 5 GmbHG die Befreiungswirkung von Einlageverpflichtungen zum Gegenstand hat, während § 19 Abs. 4 GmbHG verdeckte Sacheinlagen betrifft und Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht zulässig sind.<sup>2243</sup> Insofern ist die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG auf die Unternehmergesellschaft anzuwenden.

### **(3) Nichterfüllung der Einlageforderung**

In den §§ 9a, 9b, 20-24 GmbHG sind die Folgen der Nichterfüllung der Einlagepflicht geregelt. Über den Wortlaut von § 25 GmbHG hinaus soll nach h. M. neben den §§ 21-24 GmbHG auch § 20 GmbHG zwingend sein.<sup>2244</sup>

Zahlt ein Gesellschafter die Einlage nicht zur rechten Zeit, ist er zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet, § 20 GmbHG. Daneben können die allgemeinen Regeln der §§ 286ff BGB einschlägig sein, wobei eine Kumulation von Fälligkeits- und Verzugszinsen ausscheidet.<sup>2245</sup>

Gem. § 21 GmbHG besteht unter den dort genannten Bedingungen die nicht verpflichtende Möglichkeit, den Gesellschafter mittels Kaduzierung aus der Gesellschaft auszuschließen.<sup>2246</sup> Der Geschäftsanteil bleibt dabei erhalten und kann gem. § 23 GmbHG verwertet werden. Die Kaduzierung führt zum Verlust sämtlicher Verwaltungs- und Vermögensrechte sowie dem Untergang der Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis, wobei der Gesellschafter auch sämtliche Ansprüche hinsichtlich der von ihm bereits erbrachten Teilleistungen verliert (§ 21 Abs. 2 S. 1 GmbHG), hingegen entstandene Gläubigerrechte oder fällige Mitgliedspflichten bestehen bleiben.<sup>2247</sup> Die Haftung des betroffenen Gesellschafters aus § 21 Abs. 3 GmbHG ist

---

<sup>2240</sup> Diesen Aspekt anführend, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 17; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

<sup>2241</sup> Vgl. Ulmer/Paura § 5a Rn. 47; Michalski/Miras § 5a Rn. 50.

<sup>2242</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 24; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 22; Michalski/Miras § 5a Rn. 50.

<sup>2243</sup> Vgl. Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 578.

<sup>2244</sup> Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 5; Roth/Altmeppen § 20 Rn. 11; Wicke § 20 Rn. 6; a. A. wohl Baumbach/Hueck § 20 Rn. 1 (ausdrücklich in 19. Auflage).

<sup>2245</sup> Lutter/Hommelhoff § 20 Rn. 6; MüKo GmbHG/Schwandtner § 20 Rn. 2.

<sup>2246</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 157ff; Lutter/Hommelhoff § 21 Rn. 1.

<sup>2247</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 167; MüKo GmbHG/Schütz § 21 Rn. 88.

zu beachten. Sie greift dann, wenn eine vollständige Befriedigung der Gesellschaft weder durch die haftenden Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen gem. § 22 GmbHG noch durch eine Verwertung des Geschäftsanteils nach § 23 GmbHG zu erlangen ist. Der in Anspruch genommene Rechtsvorgänger erwirbt gegen Zahlung des rückständigen Betrages den Geschäftsanteil, § 22 Abs. 4 GmbHG. Ist die Zahlung von sämtlichen Rechtsvorgängern nicht zu erlangen, kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil im Wege der öffentlichen Versteigerung verkaufen lassen, § 23 S. 1 GmbHG. Es ist jedoch auch eine andere Art des Verkaufs mit Zustimmung des ausgeschlossenen Gesellschafters zulässig, § 23 S. 2 GmbHG. Der Erwerber des Geschäftsanteils tritt in alle Rechte und Pflichten ein, obschon er nicht für die Einlageverpflichtungen einzustehen hat, die zur Kaduzierung und Verwertung führten.<sup>2248</sup> Des Weiteren müssen die übrigen Gesellschafter subsidiär für den Fehlbetrag aufkommen, § 24 GmbHG.

### cc) Kapitalerhöhung

Bei einer Unternehmersgesellschaft kann eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden. Mit dieser können unterschiedliche Zwecke verfolgt werden, mithin kann sie der Zuführung von weiteren Betriebsmitteln, der Verbesserung der Kreditwürdigkeit, der Vorbereitung von Einbringungs- und Verschmelzungsvorgängen, dem Ausgleich von Verlusten aber auch der Überführung der Unternehmersgesellschaft in die „reguläre“ GmbH dienen.<sup>2249</sup> Die Erhöhung des Kapitals ist im Rahmen der ordentlichen (effektiven) Kapitalerhöhung gem. §§ 55 bis 57a GmbHG oder durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln (nominelle Kapitalerhöhung) gem. §§ 57c bis 57o GmbHG möglich. Bei der ordentlichen Kapitalerhöhung wird der Gesellschaft neues Eigenkapital in Form von Stammkapital zugeführt, während bei der nominellen Kapitalerhöhung Eigenkapital in Form von Rücklagen in Stammkapital umgewidmet wird.<sup>2250</sup> Die Kapitalerhöhung bedarf der Übernahme der neugeschaffenen Geschäftsanteile durch die bisherigen Gesellschafter oder Dritte, § 55 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die bereits vorhandenen Geschäftsanteile können jedoch auch im Nennwert aufgestockt werden.<sup>2251</sup> Die Veränderung des Stammkapitals bedingt eine Satzungsänderung.

Die ordentliche Kapitalerhöhung ist grundsätzlich abschließend in den §§ 53 bis 57a GmbHG geregelt.<sup>2252</sup> Sie erfordert zunächst einen Kapitalerhebungsbeschluss der Gesellschafter, vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Nach umstrittener Auffassung soll zudem ein Zulassungsbeschluss gefasst werden, in welchem diejenigen genannt werden, die zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassen werden, wobei auch die Höhe der Geschäftsanteile benannt werden muss.<sup>2253</sup> Den Gesellschaftern kommt bei der Kapitalerhöhung entsprechend ihrer Beteiligungsquote ein Bezugsrecht zu,<sup>2254</sup> auch wenn sie nicht dazu verpflichtet sind, dieses

---

<sup>2248</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 180; Wicke § 22 Rn. 6.

<sup>2249</sup> Baumbach/Hueck § 55 Rn. 3; Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 1; Heckschen/Heidinger § 10 Rn. 3.

<sup>2250</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 1; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 12, 14; Heckschen/Heidinger § 10 Rn. 4.

<sup>2251</sup> Baumbach/Hueck § 55 Rn. 46f; Windbichler § 23 Rn. 24; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 26; Heckschen/Heidinger § 10 Rn. 196.

<sup>2252</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 2.

<sup>2253</sup> Stets erforderlich, Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 2; Hachenburg/Ulmer § 55 Rn. 33. Entbehrlich, wenn nur die bisherigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligungen zugelassen werden, Scholz/Priester § 55 Rn. 41; Roth/Altmeyen § 55 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff § 55 Rn. 27; Baumbach/Hueck § 55 Rn. 8; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 28.

<sup>2254</sup> Baumbach/Hueck § 55 Rn. 20; Scholz/Priester § 55 Rn. 45; vgl. Windbichler § 23 Rn. 24; K.Schmidt GesR S. 1174f.

Recht auszuüben.<sup>2255</sup> Ferner bedarf es einer Übernahmevereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer, die unter der Bedingung steht, dass die Erhöhung in das Handelsregister eingetragen wird und den Übernehmer einseitig verpflichtet, die Einlage zu erbringen.<sup>2256</sup> Das entsprechende Kapital muss daher aufgebracht werden. Bei einer Erhöhung auf ein Stammkapital unterhalb von 25.000 € ist § 5a Abs. 2 GmbHG<sup>2257</sup> zu beachten. Die beschlossene Erhöhung des Stammkapitals ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, nachdem das erhöhte Kapital durch Übernahme von Geschäftsanteilen gedeckt ist, § 57 Abs. 1 GmbHG. Zudem müssen analog zur Gründung diverse Versicherungen abgegeben werden, § 57 Abs. 2 GmbHG. Schließlich ist die Kapitalerhöhung in das Handelsregister einzutragen und gleichsam bekanntzumachen.

Durch eine nominelle Kapitalerhöhung wird das vorhandene und gleichsam betroffene Vermögen den Kapitalerhaltungsvorschriften unterworfen.<sup>2258</sup> § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GmbHG sieht eine entsprechende Verwendung der gesetzlich zu bildenden Rücklage vor, obgleich auch andere Rücklagen hierfür zur Verfügung stehen können. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG greift insoweit nicht, zumal der Kapitalaufbringungsschutz insbesondere durch die §§ 57e, 57f GmbHG gewährleistet wird.<sup>2259</sup> Bei dieser Erhöhung können neue Geschäftsanteile entstehen oder bereits bestehende aufgestockt werden. Hierzu bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses und der Eintragung in das Handelsregister. Die neuen Geschäftsanteile stehen den Gesellschaftern im Wege ihrer bisherigen Geschäftsanteile zu, § 57j S. 1 GmbHG.

Durch das MoMiG wurde zudem das bereits im Aktienrecht verankerte Rechtsinstitut des genehmigten Kapitals in das GmbH-Recht eingefügt. Die entsprechenden Regelungen findet sich in § 55a GmbHG. Genehmigtes Kapital bedeutet, dass der Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag berechtigt ist, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen, § 55a Abs. 1 S. 1 GmbHG. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen, § 55a Abs. 1 S. 2 GmbHG. Die Geschäftsführung entscheidet ohne Beschränkung und Ermächtigung im Rahmen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages über die Stückelung des Erhöhungsbetrages.<sup>2260</sup> Auch hier muss den Altgesellschaftern in Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Übernahme neuer Geschäftsanteile ihrer bisherigen Beteiligungsquote folgend angeboten werden, soweit nichts Abweichendes geregelt ist.<sup>2261</sup> Die Fünf-Jahresfrist des § 55a Abs. 2 GmbHG ist zu beachten.

---

<sup>2255</sup> Lutter/Hommelhoff § 55 Rn. 19. Vgl. zur teilweisen Ausübung, Baumbach/Hueck § 55 Rn. 21; abweichend, Scholz/Priester § 55 Rn. 48.

<sup>2256</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 24; Baumbach/Hueck § 55 Rn. 33.

<sup>2257</sup> Für eine lediglich analoge Anwendung in diesen Fällen aufgrund des Wortlauts (Abs. 2 S. 1 „bei Anmeldung“), Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 18.

<sup>2258</sup> Windbichler § 23 Rn. 25; MüKo GmbHG/Lieder § 57c Rn. 1.

<sup>2259</sup> Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 580f.

<sup>2260</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 126; Baumbach/Hueck § 55a Rn. 15; Roth/Altmeppen § 55a Rn. 26.

<sup>2261</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 134; Scholz/Priester § 55a Rn. 33; Lutter/Hommelhoff § 55a Rn. 20.

Für die Unternehmergesellschaft ist im Rahmen der Kapitalerhöhung Folgendes festzuhalten: Die Erhöhung des Stammkapitals auf das Mindestkapital der „regulären“ GmbH kann durch Sacheinlagen erfolgen.<sup>2262</sup> Darüber hinaus muss bei einer Kapitalerhöhung mit Barmitteln auf ein Mindestkapital i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG keine Volleinzahlung erfolgen, § 56a GmbHG i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>2263</sup> Dies ist den Maßgaben geschuldet, dass der Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG von „erhöht“, mithin von einem nicht abgeschlossenen Vorgang spricht, sowie dass der Gesetzgeber den Übergang zur „regulären“ GmbH als Ziel vorsieht und damit nicht einen im Vergleich zur originären Gründung einer „regulären“ GmbH nachteiligen Aufwand verlangt.<sup>2264</sup> Bei der Erhöhung ist indes über § 56a GmbHG i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG hinaus der Halbeinzahlungsgrundsatz des § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG für das Mindeststammkapital von 25.000 € zu beachten.<sup>2265</sup>

#### **dd) Nachschüsse und sonstige Leistungen**

Neben der Leistung von Einlagen können die Gesellschafter noch weitere statutarische Pflichten zur Erbringung des Gesellschaftskapitals treffen.

Insofern kann im Gesellschaftsvertrag eine sog. Nachschusspflicht (§§ 26ff GmbHG) verankert werden. Nachschüsse bilden ein flexibles Kapital, welches zwingend in Geldleistungen besteht, hingegen nicht den strengen Regelungen des Stammkapitals unterfällt, auch wenn für die Rückzahlung von Nachschüssen § 30 Abs. 2 GmbHG zu beachten ist.<sup>2266</sup>

Daneben kann die Erbringung von weiteren einmaligen, wiederkehrenden, entgeltlichen oder unentgeltlichen Leistungen vereinbart werden, die gesellschaftsvertraglichen oder schuldrechtlichen Charakter haben können. Statutarische Pflichten sind Teil der Mitgliedschaft.

---

<sup>2262</sup> BGH GmbHR 2011, 699, 700f; OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 23f; Miras Rn. 162ff; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 16; Wicke § 5a Rn. 14; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 42; Jordan S. 105; Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1491; Klose, in: GmbHR 2009, 294, 295f; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 119; Lange, in: NJW 2010, 3686, 3690; wohl auch, Seibert, in: GmbHR 2007, 673, 676; a. A. Lutter/Hommelhoff (17. Auflage) § 5a Rn. 12, 24; Weber, in: BB 2009, 842, 844; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 49: Dies findet im Gesetz keine Grundlage. Solange die Unternehmergesellschaft keine „reguläre“ GmbH geworden ist, gilt § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG. Das sei selbst dann der Fall, wenn ein Kapitalerhebungsbeschluss eine Kapitalerhöhung auf ein Stammkapital von mindestens 25.000 € vorsieht, da die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt immer noch mit dem vorherigen Stammkapital ausgestattet ist. Vgl. indes, Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 39: Der Sacheinlagenausschluss kann durch eine Bedienung der Kapitalrücklage mit Sacheinlagen entsprechenden Mitteln und anschließender Kapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln umschifft werden.

<sup>2263</sup> OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; OLG Stuttgart GmbHR 2011, 1275, 1275f; OLG München GmbHR 2011, 1276, 1276, unter Aufgabe der vorherigen eigenen Rechtsauffassung in, GmbHR 2010, 1210, 1210ff; Miras Rn. 165ff; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 40; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 16; Wicke § 5a Rn. 7; Lange, in: NJW 2010, 3686, 3688; vgl. Klose, in: GmbHR 2009, 294, 295, 297: In den Fällen der Erhöhung auf ein Stammkapital von mindestens 25.000 € ist § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG trotz der fehlenden Verweisung in § 56a GmbHG analog anzuwenden. A. A. noch, OLG München GmbHR 2010, 1210, 1210ff; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 72. Differenzierend, Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 575f.

<sup>2264</sup> Vgl. BGH GmbHR 2011, 699, 700f; OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; OLG Stuttgart GmbHR 2011, 1275, 1275f; OLG München GmbHR 2011, 1276, 1276; Lieder/Hoffmann, in: GmbHR 2011, 561, 564; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 957f.

<sup>2265</sup> OLG Hamm GmbHR 2011, 655, 656; Lieder/Hoffmann, in: GmbHR 2011, 561, 564f; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 955; Miras, in: NZG 2012, 486, 491; kritisch, Wachter, in: NJW 2011, 2620, 2623.

<sup>2266</sup> Münch Hdb GesR III/Mayer § 20 Rn. 15f; Baumbach/Hueck § 26 Rn. 2, § 30 Rn. 71; Wicke § 26 Rn. 1; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 80; Janke S. 46.

## ee) Eigene Anteile der Gesellschaft

Die Unternehmergesellschaft kann eigene Geschäftsanteile erwerben. § 33 GmbHG dient sowohl der Kapitalaufbringung als auch der Kapitalerhaltung.<sup>2267</sup> Die Gesellschaft kann eigene Anteile nicht erwerben, wenn auf die Einlagen noch nicht vollständig geleistet worden ist, § 33 Abs. 1 GmbHG. Eine Einlageerbringung durch die Gesellschaft selbst ist nicht möglich.<sup>2268</sup> Erwirbt die Gesellschaft eigene Anteile, ruhen die Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil.<sup>2269</sup>

## c) Kapitalerhaltung

### aa) Ausschüttungsverbot

Das GmbH-Recht ist nicht nur vom Prinzip der realen Kapitalaufbringung geprägt, sondern auch von der diesen Gedanken ergänzenden Kapitalerhaltung, wobei die Kapitalerhaltung in den §§ 30, 31 GmbHG normiert ist und im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger den Teil des Reinvermögens schützt, der rechnerisch dem satzungsmäßigen Stammkapital entspricht.<sup>2270</sup> § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG schützt insoweit das Vermögen, welches zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist und greift beim Entstehen oder Verstärken einer sog. Unterbilanz.<sup>2271</sup> Die Sicherung einer dem Geschäftsvolumen angemessenen Eigenkapitalausstattung ist damit jedoch nicht einhergehend, zumal § 30 GmbHG lediglich Entnahmen der Gesellschafter betrifft und nicht etwa schlechte Geschäftsleitungen oder fehlerhafte wirtschaftliche Entscheidungen zum Gegenstand hat.<sup>2272</sup> § 30 GmbHG erfasst indes alle Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschaft, die das Gesellschaftsvermögen beeinträchtigen oder verringern und die nicht von § 30 Abs. 1 S. 2 und 3 GmbHG gedeckt sind.<sup>2273</sup> Die Auszahlung muss an die Gesellschafter erfolgen. Zahlungen, welche den Vorgaben des § 30 GmbHG nicht entsprechen, müssen der Gesellschaft erstattet werden, § 31 Abs. 1 GmbHG. Dem Empfänger der Leistung kann im Hinblick auf den Umfang der zu erbringenden Rückerstattung ein guter Glaube hilfreich sein, § 31 Abs. 2 GmbHG. Des Weiteren ist eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter möglich (§ 31 Abs. 3 GmbHG), wobei diesen wiederum ein Regress gegen die Geschäftsführer zusteht, soweit den Geschäftsführern bei der geleisteten Zahlung ein Verschulden zur Last fällt, § 31 Abs. 6 GmbHG.

In diesem Zusammenhang ist auch § 30 Abs. 2 GmbHG anzuführen, der ein besonderes Rückzahlungsverbot für Nachschüsse enthält, wobei die Vorschrift nur für echte Nachschüsse i. S. v. §§ 26ff GmbHG gelten soll.<sup>2274</sup>

Ergänzt wird § 30 GmbHG durch die Regelung des § 43a GmbHG, hingegen diese Vorschrift von § 30 GmbHG insoweit maßgeblich abweicht, als dass bei einer verbotenen Kreditgewährung gem. § 43a GmbHG ein größerer Personenkreis betroffen ist und es zudem unerheblich ist, ob eine angemessene Gegenleistung gewährt wird, obschon auch hier

---

<sup>2267</sup> Baumbach/Hueck § 33 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 33 Rn. 1f; vgl. Windbichler § 23 Rn. 22.

<sup>2268</sup> Münch Hdb GesR III/Kort § 27 Rn. 1.

<sup>2269</sup> BGH NJW 1995, 1027, 1028; Lutter/Hommelhoff § 33 Rn. 39; Roth/Altmeyen § 33 Rn. 30.

<sup>2270</sup> Münch Hdb GesR III/Fronhöfer § 51 Rn. 1; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 1; Wicke § 30 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 30 Rn. 1; Kleffner S. 27.

<sup>2271</sup> Münch Hdb GesR III/Fronhöfer § 51 Rn. 17; vertiefend, Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 10ff; K.Schmidt GesR S. 1134f; Kleffner S. 89.

<sup>2272</sup> Münch Hdb GesR III/Fronhöfer § 51 Rn. 1; Windbichler § 23 Rn. 17; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 2; Heckschen/Heidinger § 16 Rn. 1.

<sup>2273</sup> Windbichler § 23 Rn. 18f; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 6.

<sup>2274</sup> Vgl. Scholz/Verse § 30 Rn. 138; Baumbach/Hueck § 30 Rn. 71; Lutter/Hommelhoff § 30 Rn. 66.



entscheidend ist, dass in das zum Erhalt des Stammkapitals erforderliche Vermögen eingegriffen wurde.<sup>2275</sup>

Zudem ist die Regelung des § 33 Abs. 2 GmbHG Teil der Kapitalerhaltung, nach der die Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen eigene Anteile erwerben kann.

## **bb) Gewinnverwendung**

Der Geschäftsanteil vermittelt dem Gesellschafter ein Vermögensrecht, mithin ein Teilhaberecht am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft. Für Verluste der Gesellschaft hat er indes nicht einzustehen, auch wenn sich solche Verluste auf den Wert des Geschäftsanteils und den Umfang der Gewinnausschüttung auswirken können. Den Gesellschaftern einer Unternehmersgesellschaft kommt zudem regelmäßig kein Nutzungsrecht am Gesellschaftsvermögen zu, da dieses ausschließlich zur Verfolgung des meist erwerbswirtschaftlichen Zwecks eingesetzt werden muss und die Einräumung eines Nutzungsrechts eine verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2276</sup> darstellt.<sup>2277</sup>

Die erzielten Gewinne können unmittelbar an die Gesellschafter ausgekehrt werden oder im Vermögen der Gesellschaft verbleiben, wodurch der Wert des Geschäftsanteils steigt, vgl. § 29 GmbHG.<sup>2278</sup> Die Gesellschafter haben insoweit das Entscheidungsrecht, ob und in welcher Höhe Gewinne an sie auszuzahlen sind.<sup>2279</sup> Aus § 29 GmbHG wird deutlich, dass ein Auszahlungsanspruch gegenüber einer (gesetzlich nicht zwingenden) Thesaurierung vorrangig ist.<sup>2280</sup> Die Gewinnverwendung bedarf zunächst der Feststellung eines Jahresabschlusses. Sie gehört zu den Aufgaben der Gesellschafter, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt, § 46 Nr. 1 GmbHG. Die Geschäftsführer verschaffen den Gesellschaftern die insoweit notwendigen Informationen, was primär durch den aufgestellten Jahresabschluss und Lagebericht erfolgt, § 42a Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Feststellung des Jahresabschlusses durch den Gesellschafter ist fristgebunden, § 42a Abs. 2 GmbHG. Neben der Feststellung des Jahresabschlusses ist dann ein Verwendungsbeschluss zu fällen (§ 46 Nr. 1 GmbHG), in welchem die Verwendung des Ergebnisses geregelt ist. Die Verteilung des Gewinns erfolgt mangels abweichender Regelungen nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile, § 29 Abs. 3 GmbHG. Eine Ausschüttung selbst muss jedoch nicht zwingend erfolgen. Es können auch Gewinnrücklagen oder Gewinnvorträge beschlossen werden, § 29 Abs. 2 GmbHG. Nach ganz h. M. sind Vorabauschüttungen, mithin Zahlungen auf den erwarteten Gewinn vor Feststellung des Jahresabschlusses, im GmbH-Recht zulässig.<sup>2281</sup> Zudem kann den Gesellschaftern statutarisch ein Entnahmerecht eingeräumt werden, welches jedoch unter der Beachtung von § 30 GmbHG und des Gleichbehandlungsgrundsatzes steht.<sup>2282</sup> Hinsichtlich der Rückzahlung von Gewinnanteilen wird auf § 32 GmbHG verwiesen.

Ein Anspruch auf einen Gewinnanteil kann entsprechend eines nichtwirtschaftlichen Zwecks der Gesellschaft gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG für alle Gesellschafter ausgeschlossen sein, da

---

<sup>2275</sup> Münch Hdb GesR III/Fronhöfer § 51 Rn. 89; Wicke § 43a Rn. 1.

<sup>2276</sup> Vgl. hierzu, Beck'sches Hdb der GmbH/Siemers § 10 Rn. 179ff.

<sup>2277</sup> Vgl. BGHZ 31, 258, 275f; vgl. Baumbach/Hueck § 29 Rn. 68; Lettl, in AcP 203 (2003), 149, 178.

<sup>2278</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 57 Rn. 1.

<sup>2279</sup> Lutter/Hommelhoff § 29 Rn. 19f, § 46 Rn. 6; vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 207.

<sup>2280</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 57 Rn. 22.

<sup>2281</sup> RGZ 85, 43, 44; 92, 77, 82; Münch Hdb GesR III/Priester § 57 Rn. 58; K.Schmidt GesR S. 1186; Heckschen/Heidinger § 7 Rn. 19; Beck'sches Hdb der GmbH/Siemers § 10 Rn. 101ff; vgl. aber auch, OLG Hamburg MDR 1969, 848, 848: Das ist unzulässig, wenn dadurch das Stammkapital angegriffen wird.

<sup>2282</sup> Baumbach/Hueck § 29 Rn. 64; Beck'sches Hdb der GmbH/Siemers § 10 Rn. 98.

der Gewinn voll zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks verwendet werden soll.<sup>2283</sup> Eine etwaige Steuerbegünstigung schließt eine Gewinnausschüttung nicht aus, soweit nur an steuerbegünstigte Gesellschafter ausgeschüttet wird und die Gesellschaft nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist.<sup>2284</sup> Mittelabflüsse an Dritte aufgrund der Fremdnützigkeit stellen einen gewinnschmälernden Aufwand und keine Gewinnverwendung dar.<sup>2285</sup>

### cc) Thesaurierung gem. § 5a Abs. 3 GmbHG

Die Pflicht zur Rücklagenbildung dient sowohl der Kapitalaufbringung als auch der Kapitalerhaltung.

Durch die Pflicht zur Bildung einer Rücklage wird per Gesetz der Aufbau eines Eigenkapitals angeordnet, um zur Erhöhung des Mindeststammkapitals zu motivieren (vgl. § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Abs. 5 GmbHG), auch wenn eine entsprechende Stammkapitalerhöhung nicht zwingend ist.<sup>2286</sup> § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG sieht vor, dass ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen ist. Die Rücklagenbildung hängt nicht von der Höhe des Stammkapitals ab. Sie soll letztendlich den Übergang zur „regulären“ GmbH erleichtern, obgleich die Rücklagenbildung von sich aus keine Begrenzung in zeitlicher oder betragsmäßiger Sicht erfährt. Der Rücklagenbildung selbst müssen keine Geldbeträge als liquide Mittel vorbehalten werden, so dass die erforderlichen Mittel ohne Besonderheiten für betriebliche Zwecke eingesetzt werden können, da das Eigenkapital dadurch in bilanzieller Hinsicht unberührt bleibt.<sup>2287</sup> Die zu bildende Rücklage darf gem. § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG nur zur Erhöhung des Stammkapitals (§ 57c GmbHG), zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages sowie zum Ausgleich eines Verlustvortrages aus dem Vorjahr verwendet werden. Die möglichen Ausgleichs nach § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 GmbHG sind beim Vorhandensein zusätzlicher freier Rücklagen auch zuerst aus der gesetzlichen Rücklage zulässig.<sup>2288</sup> Die Rücklage kann zudem zu einer Kapitalerhöhung auf ein Stammkapital von unter 25.000 € verwendet werden. In diesem Fall bleibt die Gesellschaft jedoch eine Unternehmergesellschaft mit der insofern weiterhin greifenden Thesaurierungspflicht. Da eine Umwidmung der Rücklage in Stammkapital notwendig ist, ist es unbeachtlich, wenn die Rücklage und das Stammkapital zusammen einen Wert von 25.000 € erreichen. Die notwendige Kapitalerhöhung folgt vielmehr den Regeln der §§ 55ff GmbHG.<sup>2289</sup> Die Anteil der zur bildenden Rücklage kann durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Gesellschafter erhöht werden.

Ein Verstoß gegen die Pflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG führt zur Nichtigkeit des Gewinnfeststellungsbeschlusses (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog) und damit einhergehend zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses, § 253 Abs. 1 AktG analog.<sup>2290</sup> Folge dieses Umstandes ist, dass die Gewinnausschüttung zurückzugewähren ist.<sup>2291</sup>

---

<sup>2283</sup> BGHZ 14, 264, 271; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 29 Rn. 124; Ulmer/Müller § 29 Rn. 78.

<sup>2284</sup> Von Holt/Koch Rn. 95.

<sup>2285</sup> MüKo GmbHG/Ekkenga § 29 Rn. 71.

<sup>2286</sup> Windbichler § 21 Rn. 48; Goette Einf. Rn. 45; Roth/Altmeyen § 5a Rn. 24; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 25.

<sup>2287</sup> Miras Rn. 217.

<sup>2288</sup> Wicke § 5a Rn. 10; vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 25; Roth/Altmeyen § 5a Rn. 28.

<sup>2289</sup> Miras Rn. 160; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 70; vgl. zur Anwendbarkeit des § 57d Abs. 2 GmbHG, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 30.

<sup>2290</sup> Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 57; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 26; Weber, in: BB 2009, 842, 845.

<sup>2291</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 10. Vgl. zur erschwerten Feststellbarkeit derartiger Ansprüche, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 26f; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 117.

Umstritten ist indes, ob die gesetzliche Rücklage unter die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG fällt. Trotz des Umstandes, dass bei einer Unternehmergesellschaft keine Bindung an einen formellen Gewinnausweis besteht und der Wortlaut des § 30 Abs. 1 GmbHG sich nur auf das Stammkapital bezieht, fällt die gesetzliche Rücklage unter den Schutzbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG in (zumindest) entsprechender Anwendung, da diese Rücklage strikt zweckgebunden ist und bilanziell durch Aktivvermögen gedeckt sein muss.<sup>2292</sup> Das Ziel der Gewinnthesaurierung könnte unterlaufen werden, wenn es den Gesellschaftern freistünde, entgegen dem Gebot der Rücklagenbildung das hierfür erforderliche, aus Gewinnen stammende Vermögen durch Auskehrung an sich unter Missachtung von § 30 Abs. 1 GmbHG der Gesellschaft zu entziehen.<sup>2293</sup> Zudem würde das gesetzgeberische Ziel zur Anhäufung eines Eigenkapitals auf diese Weise leicht umgangen werden können. Das in der gesetzlichen Rücklage gebundene Kapital kann daher als „schwebendes Kapital“ bezeichnet werden.<sup>2294</sup> Bei einer Unternehmergesellschaft ist eine verdeckte Gewinnausschüttung stets unzulässig, da sie der Thesaurierungspflicht und den §§ 30, 31 GmbHG analog zuwiderläuft.<sup>2295</sup> Der anwendbare § 31 Abs. 1 GmbHG hat gegenüber dem Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB den Vorteil der längeren Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 5 GmbHG) sowie der größeren Anzahl an Anspruchsgegnern (§ 31 Abs. 3 GmbHG).

#### **dd) Kapitalherabsetzung**

Des Weiteren ist es möglich, das Kapital einer „regulären“ GmbH herabzusetzen. Auch hier muss zwischen einer ordentlichen und einer nominellen Kapitalherabsetzung unterschieden werden. Während die nominelle Kapitalherabsetzung (§§ 58a bis f GmbHG) der Anpassung des Stammkapitals nach eingetretenen Verlusten dient, wird die ordentliche Kapitalherabsetzung (§ 58 GmbHG) durchgeführt, um Rückzahlungen zu ermöglichen, die andernfalls gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG verstoßen würden oder um Einlageforderungen zu erlassen, was ansonsten § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG zuwiderlaufen würde.<sup>2296</sup> Bei der Herabsetzung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Es ist ein entsprechender Beschluss der Gesellschafter erforderlich, §§ 58 Abs. 1 Nr. 1, 58a Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die ordentliche Kapitalherabsetzung bedingt ferner einer Bekanntmachung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses sowie einer diesbezüglichen Aufforderung an die Gläubiger, sich bei der Gesellschaft zu melden (§ 58 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG), einer Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, welche der Herabsetzung nicht zustimmen (§ 58 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), ein Abwarten des Sperrjahres (§ 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) und der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister (§ 58 Abs. 1 Nr. 3, 4 GmbHG). Eine Kapitalherabsetzung, die dazu dient, Wertminderungen auszugleichen oder sonstige Verluste zu decken, kann als nominelle (vereinfachte) Kapitalherabsetzung vorgenommen werden, § 58a Abs. 1 GmbHG. Für das Verfahren sind die Vorgaben des § 58a Abs. 2 GmbHG zu beachten. Die Verwendung des erzielten Buchgewinns ist vorgeschrieben, vgl.

---

<sup>2292</sup> Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 49; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 22; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 15; Miras Rn. 232; Jordan S. 107f; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2247; Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 58. Abweichend, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 59; ebenso, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 28; wohl auch, MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 30; vgl. ebenso, Noack, in: DB 2007, 1395, 1396.

<sup>2293</sup> Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2247.

<sup>2294</sup> So, Miras Rn. 232; zustimmend, Jordan S. 110f.

<sup>2295</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 31ff; vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 22; Miras Rn. 236f.

<sup>2296</sup> Münch Hdb GesR III/ Wegmann § 54 Rn. 1; Windbichler § 23 Rn. 26; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 111, 115; Heckschen/Heidinger § 10 Rn. 211.

§ 58b Abs. 1 und 2 GmbHG.<sup>2297</sup> Zudem greift eine Gewinnausschüttungssperre, § 58d GmbHG. Ebenso ist eine Eintragung in das Handelsregister notwendig.

Eine „Zurückstufung“ der „regulären“ GmbH zu einer Unternehmergesellschaft ist nicht möglich, was durch § 58 Abs. 2 S. 1 GmbHG deutlich wird.<sup>2298</sup>

Darüber hinaus ist eine Kapitalherabsetzung bei der Unternehmergesellschaft selbst nicht möglich.<sup>2299</sup> Dies wird damit begründet, dass § 58 Abs. 2 S. 1 GmbHG auch für die Unternehmergesellschaft gilt und die Regelung zwingend vorsieht, dass der Mindestbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG unberührt bleibt<sup>2300</sup>, mithin eine Kapitalherabsetzung unter 25.000 € ausgeschlossen ist.<sup>2301</sup> § 58a Abs. 4 S. 1 GmbHG enthält für die vereinfachte Kapitalherabsetzung eine vergleichbare Regelung. Selbst wenn man in diesen Regelungen etwa ein Redaktionsversehen sehen will, so muss beachtet werden, dass die Unternehmergesellschaft den Weg in die „reguläre“ GmbH erleichtern soll. Es ist dabei unbeachtlich, dass die Thesaurierungspflicht zeitlich und betragsmäßig unbegrenzt ist sowie keine Gewinnerzielungspflicht besteht, da es dem Grundgedanken der Gesellschaft zuwiderlaufen würde, wenn bei einer Unternehmergesellschaft eine Kapitalherabsetzung zulässig wäre.<sup>2302</sup>

#### **d) Kapitalersatzrecht**

Durch das MoMiG ist das bis dato geltende Kapitalersatzrecht aufgehoben und insgesamt neu geregelt worden.<sup>2303</sup> Insofern wurden die bislang maßgeblichen Vorschriften, mithin die §§ 32a, 32b GmbHG a. F. und § 135 InsO a. F., im Wesentlichen aufgehoben bzw. geändert, so dass ein Eigenkapitalersatzrecht entsprechend den bisherigen Bestimmungen nicht mehr existent ist, hingegen ein Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Finanzierungen geschaffen wurde, was zur Änderung und Ergänzung des Insolvenzrechts führte.<sup>2304</sup> Die maßgeblichen Regelungen finden sich nunmehr in § 39 Abs. 4, 5 InsO.

Die Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft, welche der Gesellschaft ein Darlehen oder einem solchen Darlehen entsprechende Leistungen zur Verfügung gestellt haben, müssen für Ansprüche aus diesen Rechtsverhältnissen im Insolvenzverfahren einen Rangrücktritt hinnehmen, § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO. Soweit die Gesellschaft auf die genannten Ansprüche im letzten Jahr vor der Stellung des Insolvenzantrags oder danach geleistet hat, ist diese Rechtshandlung anfechtbar, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n. F. Im Übrigen ist die Gesellschaft jedoch nicht gehindert, auf Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Finanzierungsverträge mit den Gesellschaftern zu zahlen, § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG.<sup>2305</sup> § 39 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 InsO sowie außerhalb der Insolvenz § 6 AnfG sind

---

<sup>2297</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 54 Rn. 42; Roth/Altmeppen § 58b Rn. 8; Wicke § 58b Rn. 1.

<sup>2298</sup> Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 78; Wicke § 5a Rn. 4; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 959; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1499; kritisch, Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1084. Vgl. zum Wechsel im Gründungsstadium, OLG Frankfurt am Main GmbHR 2011, 984, 984f; hierzu kritischer Kommentar, Wachter, in: GmbHR 2011, 986, 987.

<sup>2299</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 17; Miras Rn. 172a.

<sup>2300</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 17; Miras Rn. 172a; Ulmer/Paura § 5a Rn. 68.

<sup>2301</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 54 Rn. 2; Michalski/Rieder § 58 Rn. 1; MüKo GmbHG/Vetter § 58 Rn. 7f.

<sup>2302</sup> So auch, Schreiber, in: DZWiR 2009, 492, 497.

<sup>2303</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 1; Baumbach/Hueck § 30 Anh Rn. 5.

<sup>2304</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 6; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 196; Baumbach/Hueck § 30 Anh Rn. 5; Braun/Bäuerle § 39 Rn. 18ff; Roth, in: GmbHR 2008, 1184, 1184.

<sup>2305</sup> Baumbach/Hueck § 30 Rn. 47, § 30 Anh Rn. 71; Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 6; vgl. Lutter/Hommelhoff § 30 Rn. 50; Hirte, in: WM 2008, 1429, 1430.

zu beachten. Bei der Feststellung der Überschuldung ist § 19 Abs. 2 S. 2 InsO n. F.<sup>2306</sup> zu berücksichtigen. Eine Rangrücktrittsvereinbarung steht einer Zurückzahlung des Gesellschafterdarlehens außerhalb eines Insolvenzverfahrens nicht entgegen.<sup>2307</sup> Bei der Überlassung von Gegenständen durch einen Gesellschafter ist § 135 Abs. 3 InsO anwendbar.

Das Kapitalersatzrecht fand auch dann Anwendung, wenn die GmbH zur Verfolgung ideeller Zwecke geschaffen wurde.<sup>2308</sup> Abweichendes ist im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit der neuen Regelungen auf eine „reguläre“ GmbH oder eine Unternehmergesellschaft mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung nicht erkennbar.

#### 4. Zwischenergebnis

Wie sich gezeigt hat, weisen die Finanzverfassungen beider Verbände unterschiedliche Regelungen aber auch unterschiedliche Regelungsdichten auf. Die Finanzvorschriften innerhalb einer Kapitalgesellschaft sind naturgemäß umfassender, da aufgrund der bestehenden Rechte der Mitglieder als auch der in der Regel größeren Betroffenheit des Rechtsverkehrs ein abgestimmtes Regelwerk erforderlich ist, um das Verhältnis von Haftung und Kapitalsicherung zu harmonisieren, was letztlich dazu führt, dass auch die Wertrechte innerhalb eines eingetragenen Vereins und einer Unternehmergesellschaft eine unterschiedliche Intensität erreichen.<sup>2309</sup> Maßgeblich ist, dass die Eigeninteressen der Mitglieder eines wirtschaftlichen Verbands durch die Einlagepflicht sowie die Vermögensrechte mit dem wirtschaftlichen Schicksal des Verbands verknüpft werden, so dass durch die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft der Wert des Verbandsvermögens in die Rechtssphäre des einzelnen Gesellschafters hineinvermittelt wird.<sup>2310</sup> Während die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft durch die Übernahme eines Geschäftsanteils gegen eine Einlage erworben wird, setzt der Erwerb der Mitgliedschaft in einem eingetragenen Verein von Gesetzes wegen keine vermögensspezifischen Aufwendungen voraus.

Die Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft haben ein Gewinnbezugsrecht. Ein festgestellter Gewinn kann an sie ausgekehrt werden. Demgegenüber weist das Gesetz den Mitgliedern eines bürgerlich-rechtlichen Vereins keine Gewinnansprüche zu. Dem Geschäftsanteil an einer Unternehmergesellschaft wohnt ein Wert inne, so dass die Gesellschafter ihn entgeltlich veräußern können bzw. sie durch Abfindungsansprüche geschützt werden, während das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht derartige Ansprüche nicht vorsieht. Den Vereinsmitgliedern kommt allenfalls ein Anfallsrecht gem. § 45 BGB zu, obgleich sie ein Recht zur Nutzung der Vereinseinrichtungen haben, mithin ein Recht auf die Benutzung des Vereinsvermögens, was wiederum den Mitgliedern einer Kapitalgesellschaft regelmäßig nicht zustehen soll, da das Gesellschaftsvermögen ausschließlich zur Verfolgung des meist erwerbswirtschaftlichen Zwecks eingesetzt werden muss und die Einräumung eines Nutzungsrechts eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt.<sup>2311</sup> Es kann daher festgehalten werden, dass soweit das Vereinsrecht überhaupt vermögensrechtliche Regelungen der Mitglieder vorrätig hält, erhebliche Abweichungen zum GmbH-Recht vorhanden sind. Die

---

<sup>2306</sup> Art. 4 des Gesetzes zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz - FMStErgG) vom 07.04.2009, BGBl. I S. 725.

<sup>2307</sup> Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 31. Vgl. zum Umfang der Rangrücktrittsvereinbarung, Haas, in: DStR 2009, 326, 326f.

<sup>2308</sup> Haas/Prokop, in: Festschrift Röhrich 2005, S. 1149, 1171f.

<sup>2309</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 541; MüKo/Reuter § 38 Rn. 30.

<sup>2310</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 30.

<sup>2311</sup> Vgl. BGHZ 31, 258, 275f; vgl. Baumbach/Hueck § 29 Rn. 68; Lettl, in AcP 203 (2003), 149, 178.

unterschiedliche Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen basiert auf der Einordnung der beiden Verbände; während der eingetragene Verein eine nichtwirtschaftliche Ausrichtung hat, kommt der GmbH im Allgemeinen eine erwerbs- und bedarfswirtschaftliche Zielsetzung zu.<sup>2312</sup> Die wenigen Vorschriften des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts zur Finanzverfassung sind geschichtlich bedingt, da das Regelungsbild des historischen Gesetzgebers bei der Verankerung des Vereinsrechts im BGB kleine Vereine mit einem grundsätzlich ideellen Zweck vorsah, so dass man davon ausgegangen ist, dass Mitglieder- und Gläubigeraspekte nicht im gleichen Maße wie bei den bereits bekannten Kapitalgesellschaften betroffen sind, wodurch die entsprechenden etwaigen Risiken insoweit als hinnehmbar angesehen wurden.<sup>2313</sup>

### **a) Kapitalaufbringung**

Beide Verbände sind juristische Personen und damit Träger von Rechten und Pflichten. Sie verfügen über ein eigenes Vermögen, obgleich der Verein nicht zwingend ein Vereinsvermögen bilden muss, da ihn keine Kapitalaufbringungspflicht trifft. Der Finanzbedarf des Vereins wird regelmäßig durch die Mitgliedsbeiträge gedeckt. Demgegenüber ist die Kapitalaufbringung bei der Unternehmersgesellschaft durch die primäre Einlagenleistung spezifischer. Darüber hinaus können in beiden Verbänden weitere Finanzierungspflichten kreiert werden, wodurch es insoweit zulässig ist, Verpflichtungen zur Erbringung von weiteren einmaligen oder wiederkehrenden Leistungen aufzustellen. Ein Vereinsbeitrag kann aus Geld-, Sach- oder Dienstleistungen bestehen. Solche Leistungen können bzw. müssen auch von den Gesellschaftern erbracht werden, soweit dies im Gesellschaftsvertrag oder anderweitig vertraglich vorgesehen ist, hingegen Sacheinlagen auf das Stammkapital ausgeschlossen sind, § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG.

Die Finanzverfassung im GmbH-Recht ist vom Grundsatz der realen Kapitalaufbringung geprägt. Einen solchen Grundsatz kennt das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht nicht. Der Verein hat zudem kein Stammkapital i. S. d. GmbH-Rechts. Die Gesellschafter müssen im Gegensatz zu den Vereinsmitgliedern durch die Einlage stets ein Verbandskapital aufbringen, auch wenn dies bei einer Unternehmersgesellschaft gem. § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG sehr niedrig sein kann. Während der Gesellschafter mit der Einlage eine einmalige Leistung erbringt, ist das Vereinsmitglied in der Regel zur Erbringung wiederkehrender Leistungen verpflichtet, obschon die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder schuldrechtlich ebenso verpflichtet werden können, eine dem Vereinsbeitrag entsprechende finanzielle Leistung wiederkehrend zu erbringen. Die besonderen Vorschriften für Nachschüsse gem. §§ 26ff, 30 Abs. 2 GmbHG gelten nicht für den bürgerlich-rechtlichen Verein.

Das Stammkapital muss vor Anmeldung zum Handelsregister in voller Höhe eingezahlt werden, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG. Des Weiteren sind die die Aufbringung des Stammkapitals betreffenden Vorschriften aus §§ 5a Abs. 2 S. 2, 9a, 9b, 19 Abs. 2, 5, 6, 20-24 GmbHG dem Vereinsrecht fremd. Ein Vereinsmitglied kann bei Nichterfüllung der Finanzierungspflichten ausgeschlossen werden, auch wenn dies nichts mit einer Kaduzierung i. S. v. § 21 GmbHG zu tun hat. Das GmbH-Recht ist daher hinsichtlich der Kapitalaufbringung wesentlich strenger.

Da das Vereinsrecht kein Stammkapital kennt, enthält es keine Regelungen über eine dem GmbH-Recht entsprechende Kapitalerhöhung. Auch ein genehmigtes Kapital ist dem

---

<sup>2312</sup> Vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 155.

<sup>2313</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 15f, 32; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 156f.

Vereinsrecht fremd. Selbstredend kann ein Verein sein Kapital durch Zuführung von außen ebenso erhöhen, jedoch sind hierfür nicht die strengen Voraussetzungen der §§ 55 bis 57a GmbHG für ein besonders gebundenes Kapital zu beachten. Einer nominellen Kapitalerhöhung bedarf es beim Verein nicht. Die Vereinsmitglieder können insgesamt auch nicht mehrere Mitgliedschaften in einem Verein erwerben. Dem Verein ist es ferner nicht möglich, einen eigenen Anteil zu halten.

## **b) Kapitalerhaltung**

Auch die Divergenz in den Kapitalerhaltungsregeln ist dadurch geprägt, dass das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht kein Stammkapital aufweist. Da der Verein nicht für eine wirtschaftliche Tätigkeit konzipiert ist und aus dem Gesetz auch keine Vermögens- und Gewinnbeteiligung folgt, sieht das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine Eigenkapitalsicherung vor. Zu beachten ist jedoch, dass die in §§ 30, 31 GmbHG verankerten und für die Unternehmergesellschaft anzuwendenden Regelungen lediglich Entnahmen der Gesellschafter und nicht etwa schlechte Geschäftsleitung oder fehlerhafte wirtschaftliche Entscheidungen betreffen.<sup>2314</sup> Eine den Vorgaben des konkreten Einzelfalls entsprechende Eigenkapitalausstattungspflicht ist damit insgesamt nicht einhergehend. Ebenso ist dem Vereinsrecht eine Regelung entsprechend § 43a GmbHG fremd. Der Vereinsvorstand ist jedoch gegenüber dem Verein verpflichtet, das Vereinsvermögen zu erhalten und ordnungsgemäß zu verwalten mit der Folge, dass ausstehende Beitragspflichten zu erheben sind.<sup>2315</sup> Zudem ist es eine Frage des Einzelfalls, ob der Vorstand das Vereinsvermögen zu vermehren hat oder zeitnah eine dem Vereinszweck bedingte Verwendung geboten ist, hingegen ein weiterer Schutzmechanismus darin besteht, dass kein Vermögen an Mitglieder ausgekehrt werden darf, solange noch Verbindlichkeiten des Vereins bestehen und das Vermögen zur Befriedigung der Verbindlichkeiten benötigt wird.<sup>2316</sup>

Das Vereinsvermögen steht dem Verein zu. Es kommt den Mitgliedern nur mittelbar über die Mitgliedschaft als Nutzungsrecht zugute, wobei damit eine Beteiligung am Vereinsvermögen nicht einhergeht und ein Ein- und Austritt aus dem Verein insofern nicht die Vermögenszuordnung berührt, mithin ein Anspruch auf einen Anteil am Vereinsvermögen oder an den dazugehörenden Gegenständen sowie ein Anspruch auf laufende Gewinnausschüttungen nicht besteht.<sup>2317</sup> Indes kann dem Mitglied durch die Satzung nach h. M. ein Abfindungsanspruch bei seinem Ausscheiden aus dem Verein unter Berücksichtigung gewisser Umstände eingeräumt werden. Das Gesetz selbst sieht allenfalls das Anfallsrecht gem. § 45 BGB vor.

Dagegen nimmt der Gesellschafter durch seinen Geschäftsanteil am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft teil. Ein Nutzungsrecht am Gesellschaftsvermögen scheidet demgegenüber regelmäßig aus. Der erzielte Gewinn kann im Gesellschaftsvermögen verbleiben oder ausgekehrt werden. Es können Gewinnrücklagen oder Gewinnvorträge geschaffen werden, § 29 Abs. 2 GmbHG. Ebenso können Vorabausschüttungen erfolgen oder Entnahmerechte eingeräumt sein. Der Anspruch auf einen Gewinnanteil kann ausgeschlossen werden. Dies erfolgt meist dann, wenn die Gesellschaft einen nichtwirtschaftlichen Zweck verfolgt.

---

<sup>2314</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Fronhöfer § 51 Rn. 1; Windbichler § 23 Rn. 17; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 2; Heckschen/Heidinger § 16 Rn. 1.

<sup>2315</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 1.

<sup>2316</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 1; Reuter, in: ZHR 151 (1987), 355, 376.

<sup>2317</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 14f; Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 1a; Staudinger/Weick § 39 Rn. 11; Ballerstedt, in: Festschrift Knur 1972, S. 1, 4; Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 179ff.

Eine Pflicht zur Rücklagenbildung ist dem bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht fremd. Die entsprechende gesetzliche Pflicht im GmbH-Recht ist eine Besonderheit der Unternehmergesellschaft. Zudem steht der Unternehmergesellschaft die Möglichkeit, das Stammkapital herabzusetzen, nicht zu. Insofern ist zu beachten, dass das Vereinsrecht aufgrund des Fehlens eines Stammkapitals ohnehin keine Kapitalherabsetzung kennt.

Des Weiteren sind die Mitglieder eines eingetragenen Vereins gegen die Übertragung des ganzen Vermögens der Körperschaft auf Dritte nicht in gleicher Weise geschützt wie die Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft, hingegen bei der Gründung von Tochtergesellschaften und der Übertragung von wesentlichen Teilen des Vermögens auf diese ein solcher sich entsprechender Schutz vorhanden ist.<sup>2318</sup>

### **c) Kapitalersatzrecht**

Im Zuge des MoMiG wurde das bisherige Kapitalersatzrecht abgeschafft. Es erfolgte eine entsprechende Neuregelung, so dass nunmehr ein Sonderrecht für Gesellschafterdarlehen und vergleichbare Finanzierungen geschaffen wurde, deren Regelungen sich im Insolvenzrecht finden.<sup>2319</sup> Wie das alte Kapitalersatzrecht sind auch die neuen Vorschriften auf Gesellschaften mit nichtwirtschaftlicher Zwecksetzung anwendbar.

Zum alten Kapitalersatzrecht wurde ferner vertreten, dass eine entsprechende Anwendung auf den eingetragenen Verein zulässig sei. Nach umstrittener Auffassung sind die neuen Regelungen gleichsam auf den Verein übertragbar, da auch bei ihm die Gefahr einer Insolvenzverschleppung besteht und die Normen rechtsformneutral gehalten sind.

## **XIV. Haftung des Verbands**

### **1. Grundsätzliches**

Der eingetragene Verein und die Unternehmergesellschaft sind als juristische Personen Träger von Rechten und Pflichten. Die Teilnahme am Rechtsverkehr kann dazu führen, dass sie einer Haftung ausgesetzt sind. Für Verbindlichkeiten der Unternehmergesellschaft haftet den Gläubigern grundsätzlich nur das Verbandsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG. Entsprechendes gilt für den eingetragenen Verein.<sup>2320</sup> Dieses Prinzip wird beim bürgerlich-rechtlichen Verein durch seinen nichtwirtschaftlichen Zweck gerechtfertigt, während sich die Gesellschafter der Unternehmergesellschaft dieses Privileg durch strenge Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln verdienen müssen.<sup>2321</sup> Haftung und Kapitalsicherung bedingen daher einander, so dass jede Haftungsbeschränkung einer Legitimation bedarf.<sup>2322</sup>

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Der Verein nimmt durch seine Organe am Rechtsverkehr teil, so dass er durch sie berechtigt und verpflichtet wird.<sup>2323</sup> Für die Verbindlichkeiten, gleichgültig ob vertraglicher oder gesetzlicher Natur, haftet grundsätzlich nur das Vereinsvermögen. Es gibt indes Situationen,

---

<sup>2318</sup> Vgl. Lettl, in: AcP 203 (2003), 149, 209.

<sup>2319</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Gummert § 52 Rn. 6.

<sup>2320</sup> BGHZ 96, 253, 256; Reichert Rn. 3859; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 35.

<sup>2321</sup> K.Schmidt GesR S. 539f.

<sup>2322</sup> K.Schmidt GesR S. 541.

<sup>2323</sup> Stöber/Otto Rn. 590.



in denen auf die hinter der Rechtsform stehenden und an sich durch den Schleier der Haftungsbeschränkung geschützten Mitglieder zugegriffen werden kann (sog. Durchgriffshaftung), obgleich hier vieles umstritten ist.<sup>2324</sup>

## **b) Organhaftung gem. § 31 BGB**

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt, § 31 BGB. Der Verein haftet dabei mit seinem gesamten Vermögen unmittelbar gegenüber dem geschädigten Dritten, da der Verein als juristische Person nur durch seine Organe am Rechtsverkehr teilnehmen kann und daher auch für deren Handlungen einzustehen hat.<sup>2325</sup> Ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i. S. v. § 31 BGB (analog) ist jede Person, die durch allgemeine Betriebsregelungen und Handhabungen bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Vereins zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen bekommen hat.<sup>2326</sup> Soweit sich keine Haftung über § 31 BGB ergibt, kann den Verein eine Haftung aus § 831 BGB oder über § 278 BGB treffen. Umstritten ist, ob sich § 31 BGB auch auf Handlungen der Mitgliederversammlung oder eines Aufsichtsrats erstreckt.<sup>2327</sup>

Ein Schadensersatzanspruch i. S. v. § 31 BGB bedingt als haftungszuweisende Norm eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung der betreffenden Person.<sup>2328</sup> Die Organhaftung erfasst alle Handlungen des Vertreters, die nicht so sehr außerhalb eines sachlichen Wirkungskreises liegen, dass der innere Zusammenhang zwischen ihnen und dem allgemeinen Rahmen der den Vertreter treffenden Obliegenheit nicht mehr erkennbar ist, mithin sind solche Handlungen nicht erfasst, die bloß einen zufälligen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang begründen.<sup>2329</sup> Die Handlung muss zudem nicht durch die Vertretungsmacht des Organs gedeckt sein, hingegen sich das Organ nicht so weit von seinem Aufgabenbereich entfernt haben darf, dass für einen außenstehenden Dritten erkennbar eine Handlung außerhalb dieses Aufgabenbereichs vorliegt.<sup>2330</sup> Die Haftung bedingt, ausgenommen der Fälle der Gefährdungshaftung, ein Verschulden des Handelnden.<sup>2331</sup> Unerheblich ist, ob nur eins von mehreren Mitgliedern eines gesamtvertretungsberechtigten Vertretungsorgans gehandelt

---

<sup>2324</sup> Reichert Rn. 3862; K.Schmidt GesR S. 217ff.

<sup>2325</sup> Stöber/Otto Rn. 593; Reichert Rn. 3482; Heermann/Götze S. 50; MüKo/Reuter § 31 Rn. 2.

<sup>2326</sup> BGHZ 49, 19, 21; BGH NJW 1998, 1854, 1856; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 6; Stöber/Otto Rn. 596f; Münch Hdb GesR V/Waldner § 45 Rn. 8f: Hierunter können daher leitende Angestellte, ehrenamtliche Vereinsfunktionäre, Abteilungsleiter und Geschäftsstellenleiter fallen. MüKo/Reuter § 31 Rn. 3; Staudinger/Weick § 31 Rn. 33: Die Organhaftung hat sich durch die Ausweitung des Begriffs zu einer Repräsentantenhaftung entwickelt.

<sup>2327</sup> Bejahend: Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 5; Soergel/Hadding § 31 Rn. 11; Staudinger/Weick § 31 Rn. 38; Friedrich, in: DStR 1994, 100, 101. Verneinend: Küpperfahnenberg S. 36; Münch Hdb GesR V/Waldner § 45 Rn. 9. Einschränkung: vgl. Heermann/Götze S. 51; MüKo/Reuter § 31 Rn. 24.

<sup>2328</sup> Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 592.

<sup>2329</sup> RGZ 162, 129, 169; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 10; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 290; MüKo/Reuter § 31 Rn. 33.

<sup>2330</sup> Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 10; Reichert Rn. 3503ff. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 290; Soergel/Hadding § 31 Rn. 23ff; Heermann/Götze S. 53f: Differenzierend danach, ob ein Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt worden ist.

<sup>2331</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 45 Rn. 1.

hat.<sup>2332</sup> Anspruchsinhaber kann ein außenstehender Dritter aber auch ein Vereinsmitglied<sup>2333</sup> sein.<sup>2334</sup>

§ 31 BGB begründet selbst keinen Haftungstatbestand, sondern führt nur dazu, dass der aus einer anderen Norm folgende Haftungsanspruch dem Verein zugerechnet wird.<sup>2335</sup> Die Haftung des Vereins verdrängt nicht die Haftung des Repräsentanten. Im Innenverhältnis kann für den Verein eine Haftungsfreistellung verankert werden<sup>2336</sup>, was durch individuelle Vereinbarung geschehen kann<sup>2337</sup>. Umstritten ist, ob die Haftung des Vereins gegenüber den Mitgliedern auch durch die Satzung beschränkbar ist.<sup>2338</sup>

### c) Organisationshaftung

Der Verein ist grundsätzlich dahingehend frei, seine Organisation nach eigenem Belieben zu gestalten.<sup>2339</sup> Jede juristische Person muss jedoch einer sog. Organisationspflicht genügen, mithin eine Pflicht, für bestimmte wichtige Aufgabengebiete, bei denen die Überwachung und Leitung einer besonderen Verantwortung bedarf, entweder ein Mitglied des Vorstands oder einen „besonderen Vertreter“ hierfür zu bestellen.<sup>2340</sup> Von einem körperschaftlichen Organisationsmangel kann ein betrieblicher Organisationsmangel unterschieden werden. Zum Letzteren gehören z. B. die unzureichende Bereitstellung von sachlichen Mitteln, fehlerhafte Auswahl von Mitarbeitern oder fehlende Überwachung dieser Personen.<sup>2341</sup> Bei Verletzung der Pflichten kann eine Haftung einschlägig sein. Ob neben der Haftung des Vereins eine Haftung des Handelnden besteht, ist umstritten.<sup>2342</sup>

## 3. Unternehmersgesellschaft

### a) Allgemeines

Wie der Verein bedarf die Unternehmersgesellschaft zur Teilnahme am Rechtsverkehr ihrer Organe, durch welche sie Rechte erwerben und Pflichten eingehen kann. Sie verfügt über ein eigenes Vermögen. Die Gesellschaft hat eine eigene Rechtspersönlichkeit (§ 13 Abs. 1 GmbHG), deren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsmasse zur Verfügung steht, § 13 Abs. 2 GmbHG. Sofern nicht vertraglich vereinbart, haften die Gesellschafter nicht für die Schulden der Gesellschaft. Gleichsam haftet die Gesellschaft nicht für Schulden der Gesellschafter.

---

<sup>2332</sup> Vgl. BGHZ 98, 148, 155; Soergel/Hadding § 31 Rn. 9; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 290.

<sup>2333</sup> Vgl. zur Haftungsbeschränkung des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 292d; Reichert Rn. 3540ff. Vgl. zum Streit über deliktische Ansprüche im Vereinsinnenrecht, E. VIII. 2. b).

<sup>2334</sup> BGHZ 110, 323, 327f; Soergel/Hadding § 31 Rn. 26; Staudinger/Weick § 31 Rn. 12; Reichert Rn. 3803; Heermann/Götze S. 54.

<sup>2335</sup> Stöber/Otto Rn. 592; Soergel/Hadding § 31 Rn. 1; Münch Hdb GesR V/Waldner § 45 Rn. 3.

<sup>2336</sup> Heermann/Götze S. 49; Küpperfahnenberg S. 89ff. Vgl. zum Freistellungsanspruch, BGH NJW 2005, 981, 981f. Vgl. zur formularmäßigen Haftungsbeschränkung, Küpperfahnenberg S. 95ff.

<sup>2337</sup> Reichert Rn. 3849ff; Heermann/Götze S. 59.

<sup>2338</sup> Bejahend: LG Karlsruhe VersR 1987, 1023, 1024. Verneinend: Küpperfahnenberg S. 81ff.

<sup>2339</sup> Reichert Rn. 3553.

<sup>2340</sup> Vgl. BGHZ 24, 200, 213; 39, 124, 129f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 291; Reichert Rn. 3555; Heermann/Götze S. 55; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 7. Kritisch zur Begründung einer Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel außerhalb des § 31 BGB, MüKo/Reuter § 31 Rn. 6ff; Soergel/Hadding § 31 Rn. 18; Küpperfahnenberg S. 60f.

<sup>2341</sup> Reichert Rn. 3556; Küpperfahnenberg S. 59.

<sup>2342</sup> Bejahend: Vgl. BGHZ 109, 297, 302ff, zur GmbH. Verneinend: Küpperfahnenberg S. 169.

## **b) Organhaftung**

§ 31 BGB beinhaltet einen allgemeinen Grundsatz und ist daher auch auf die Unternehmergesellschaft entsprechend anwendbar.<sup>2343</sup> Insoweit wird erneut deutlich, dass die GmbH eine Sonderform des eingetragenen Vereins ist. Auch hier erfährt die Norm eine weite Anwendung, so dass bereits teilweise von einer Repräsentantenhaftung gesprochen wird.<sup>2344</sup>

## **c) Organisationshaftung**

Die Organisationshaftung greift bei allen juristischen Personen<sup>2345</sup>, mithin auch bei der Unternehmergesellschaft. Bei ihr sind daher dieselben Pflichten zu erfüllen, wie sie bereits beim eingetragenen Verein dargestellt worden sind.

## **4. Zwischenergebnis**

Sowohl der Verein als auch die Unternehmergesellschaft können als juristische Personen Träger von Rechten und Pflichten sein. Beiden Verbänden ist es daher möglich, wie natürliche Personen am Rechtsverkehr teilzunehmen, mithin Verträge im eigenen Namen zu schließen, obgleich auf sie gewisse Vorschriften aufgrund des Sinn und Zwecks der Norm nicht anzuwenden sind.<sup>2346</sup> Für Verbindlichkeiten der Verbände haftet grundsätzlich nur das Verbandsvermögen.

Der eingetragene Verein und die Unternehmergesellschaft handeln durch ihre Organe, so dass sie auch für deren Handlungen einzustehen haben. Beide Verbände sind daher unmittelbar für den Schaden verantwortlich, den ein Repräsentant i. S. v. § 31 BGB (analog) durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Die Handlung des Repräsentanten wird im Rahmen des § 31 BGB dem Verband in direkter oder entsprechender Anwendung zugerechnet. Greift § 31 BGB nicht, so kann sich ein Anspruch aus § 831 BGB oder über § 278 BGB ergeben. Ferner kann ein Organisationsmangel bei beiden Verbänden zu einer Haftung führen, so dass insgesamt festzuhalten ist, dass sich die Haftung des Vereins und der Unternehmergesellschaft deckt.

## **XV. Haftung der Mitglieder**

### **1. Grundsätzliches**

Die Haftung der Verbandsmitglieder stellt in der Regel ein wesentliches Kriterium bei der Rechtsformwahl dar. Die Vereinsmitglieder und die Gesellschafter haften grundsätzlich nicht gegenüber den Verbandsgläubigern.

---

<sup>2343</sup> RGZ 91, 72, 75; vgl. BGHZ 109, 297, 303; Reichert Rn. 3485; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 3; MüKo/Reuter § 31 Rn. 11; Soergel/Hadding § 31 Rn. 6; Staudinger/Weick § 31 Rn. 42; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 18; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 19; MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 34.

<sup>2344</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 34. Vgl. zum Streit über deliktische Ansprüche im Verbandsinnenrecht, E. VIII. 3. b).

<sup>2345</sup> Heermann/Götze S. 54; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 7; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 22.

<sup>2346</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 14f; Wicke § 13 Rn. 1

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Für Verbindlichkeiten des eingetragenen Vereins haftet allein das Vereinsvermögen.<sup>2347</sup> Die Satzung kann daher weder die Vereinshaftung auf Teile des Vereinsvermögens rechtswirksam beschränken, noch eine unmittelbare Haftung der Mitglieder gegenüber den Vereinsgläubigern ganz oder teilweise begründen.<sup>2348</sup> Demgegenüber kann sich jedoch eine Haftung des Mitglieds aus Vertrag oder Delikt ergeben.

### b) Haftung gegenüber dem Verein

Jedes Mitglied haftet dem Verein gegenüber für die Erfüllung der eigenen Mitgliedschaftspflichten. Eine Haftung kann sich zudem aus Vertrag oder unerlaubter Handlung ergeben.<sup>2349</sup> Seit dem 01.01.2013<sup>2350</sup> kommt den Vereinsmitgliedern, die unentgeltlich für den Verein tätig sind oder hierfür eine maximale Vergütung von 720 € pro Jahr erhalten, eine Haftungsmilderung in der Form zu, dass sie dem Verein gegenüber bei Schäden, die sie bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen satzungsmäßigen Vereinsaufgaben verursachen, nur bei Vorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften, § 31b Abs. 1 BGB. Hierdurch wurde ein Einklang mit dem für Organmitglieder geltenden § 31a BGB geschaffen. Satzungsmäßige Vereinsaufgaben sind dabei alle dem Vereinszweck entspringenden Verrichtungen, welche dem Verein obliegen.<sup>2351</sup> Die zwingende Vorschrift zielt auf längerfristige, vom Verein beauftragte Tätigkeiten des Mitglieds ab.<sup>2352</sup>

### c) Haftung gegenüber anderen Mitgliedern

Eine Haftung des Vereinsmitglieds gegenüber anderen Vereinsmitgliedern kann sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ergeben. Hierbei kommen insbesondere vertragliche und deliktische<sup>2353</sup> Ansprüche, welche außerhalb des Verbandsinnenrechts stehen, in Betracht. Ob hingegen ein Vereinsmitglied einen deliktischen Anspruch gegen ein anderes Vereinsmitglied wegen der Verletzung seiner Mitgliedschaft hat, ist umstritten.<sup>2354</sup> Demgegenüber gilt die Treuepflicht auch zwischen den Mitgliedern, wobei deren konkreter Inhalt und Umfang sich aus den Umständen des konkreten Einzelfalls ergibt.<sup>2355</sup> Eine Verletzung dieser Pflicht kann Schadensersatzansprüche begründen.<sup>2356</sup> Ein Vereinsmitglied hat aus § 31b Abs. 2 BGB einen zwingenden Freistellungsanspruch gegen den Verein, wenn es einem anderen, mithin einem anderen Vereinsmitglied oder einem Dritten, für einen Schaden haftet, der bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen satzungsmäßigen

---

<sup>2347</sup> BGHZ 96, 253, 256; BGH WM 2007, 1522, 1522; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 12; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 35; Heermann/Götze S. 69; Hofmeister, in: ZIP 2009, 161, 162.

<sup>2348</sup> Reichert Rn. 939, 3859; Stöber/Otto Rn. 351; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 123.

<sup>2349</sup> Vgl. zur Haftungsprivilegierung bei unentgeltlicher Tätigkeit, BGH NJW-RR 2012, 280, 280f.

<sup>2350</sup> Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.03.2013, BGBl. I S 556.

<sup>2351</sup> Palandt/Ellenberger § 31b Rn. 2.

<sup>2352</sup> Palandt/Ellenberger § 31b Rn. 2f; Erman/H.P. Westermann § 31b Rn. 2, 4.

<sup>2353</sup> Vgl. zur Haftung der Vereinsmitglieder bei Schädigungen anderer Sportler im Rahmen der Sportausübung, Reichert Rn. 5808ff; Heermann/Götze S. 77ff; Praxishdb SportR/Fritzweiler S. 406ff.

<sup>2354</sup> Vgl. E. VIII. 2. b).

<sup>2355</sup> Reichert Rn. 966; Stöber/Otto Rn. 346.

<sup>2356</sup> Stöber/Otto Rn. 346; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 4: Anspruchsgrundlage wäre § 280 Abs. 1 BGB.

Vereinsaufgaben verursacht wurde und die Verursachung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht.

### **c) Sonderfall: Durchgriffshaftung**

#### **aa) Grundsätzliches**

Der Grundsatz der fehlenden Haftung des Mitglieds erfährt indes Einschränkungen, soweit dies angebracht ist. Ein solcher Zugriff auf die hinter dem Verein stehenden Personen (sog. Durchgriffshaftung<sup>2357</sup>) ist jedoch nur ausnahmsweise zulässig, wenn eine ausschließliche Haftung des Vereins bei objektiver Betrachtung im Einzelfall einen Rechtsmissbrauch darstellen würde.<sup>2358</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Verein personalistisch strukturiert oder als Publikumsverein konzipiert ist.<sup>2359</sup> Zunächst ist indes zu prüfen, ob eine Haftung des Mitglieds nicht bereits nach allgemeinen Regeln in Betracht kommt. Erfüllt ein Mitglied die Verbindlichkeiten des Vereins, hat es gegen den Verein grundsätzlich einen Erstattungsanspruch<sup>2360</sup>, wobei dies auch gelten soll, wenn das Mitglied im Wege der Durchgriffshaftung in Anspruch genommen wird.<sup>2361</sup>

Es lassen sich eine Reihe von verschiedenen Durchgriffskonstellationen bilden, auch wenn sich eine Systematisierung als schwierig erweist, da mit dem Begriff „Durchgriff“ verschiedene normative Überlegungen verbunden sind.<sup>2362</sup> Ob es überhaupt ein eigenständiges Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung gibt, welches dem Trennungsprinzip entgegengesetzt werden kann, ist zweifelhaft, da eine Korrektur auch nach den Grundsätzen des allgemeinen Deliktsrecht denkbar ist.<sup>2363</sup>

#### **bb) Überschreitung des Nebenzweckprivilegs**

Wird das Nebenzweckprivileg (besser Nebentätigkeitsprivileg) missachtet und eine Tätigkeit ausgeübt, die nicht mehr von diesem Prinzip gedeckt ist, so wird gleichsam der Grundgedanke der §§ 21, 22 BGB verletzt, wonach für wirtschaftliche Betätigungen die besonderen Vereine des Handelsrechts zur Verfügung stehen. Wie bereits gezeigt, stehen bei einem Verein, in welchem das Nebentätigkeitsprivileg missachtet wird, die Gläubigerinteressen und die vereinsrechtlichen Schutzmechanismen nicht in einem angemessenen Verhältnis. Ein solcher Verein ist von Amts wegen zu löschen. Für eine weitere Sanktion, mithin für eine Durchgriffshaftung auf die Mitglieder wegen Duldung oder Nichtverhinderung der Überschreitung des Nebentätigkeitsprivilegs, soll, insbesondere wegen Fehlens einer

---

<sup>2357</sup> K.Schmidt GesR S. 220: Die Durchgriffsproblematik darf dabei nicht als reines Haftungsproblem missverstanden werden. Allgemein wird zwischen dem „Haftungsdurchgriff“ und dem „Zurechnungsdurchgriff“ unterschieden.

<sup>2358</sup> Vgl. BGHZ 68, 312, 314f, zur GmbH; 175, 12, 18; K.Schmidt GesR S. 217ff; Reichert Rn. 3862; Stöber/Otto Rn. 591; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; Bamberger/Roth/Schöpflin § 21 Rn. 18; Hofmeister, in: ZIP 2009, 161, 162; kritisch, Wilhelm S. 11ff, 285ff.

<sup>2359</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 55.

<sup>2360</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 981, 981.

<sup>2361</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 69.

<sup>2362</sup> Vgl. Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 35; Erman/H.P. Westermann Vor § 21 Rn. 3ff; K.Schmidt GesR S. 219; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 10.

<sup>2363</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 2f.

regelungsbedürftigen Gesetzeslücke, kein Raum sein.<sup>2364</sup>

### **cc) Vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger**

Im Vereinsrecht ist es anerkannt, dass eine Haftung dann einschlägig ist, wenn eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger nach § 826 BGB vorliegt, was bei treuwidrig verschleierten, bereits anfänglichen Bonitätsproblemen, bei vorsätzlicher Kapitalvernichtung aber auch bei unzulässiger Kapitalentnahme der Fall ist.<sup>2365</sup>

### **dd) Existenzgefährdender Eingriff**

Entziehen Gesellschafter einer Gesellschaft mittels eines kompensationslosen Eingriffs Vermögen, welches zur Erfüllung von Verbindlichkeiten benötigt wird, müssen sie für die insoweit entstandenen Nachteile der Gesellschaftsgläubiger einstehen.<sup>2366</sup> Die Gesellschaft wird durch derartige Handlungen entgegen einem Mindestmaß an ordentlichem kaufmännischen Verhalten aufs Spiel gesetzt.<sup>2367</sup> Die Judikatur zum existenzvernichtenden Eingriff hat die Rechtsprechung zum sog. faktischen Konzern abgelöst, wobei nunmehr die Haftung als besondere Fallgruppe des § 826 BGB angesehen wird.<sup>2368</sup>

Die Haftung wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs entspringt dem GmbH-Recht, die dort die Kapitalerhaltungsregelungen ergänzt, so dass vertreten wird, dass aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen der GmbH und dem eingetragenen Verein diese Grundsätze nicht auf den Verein übertragbar sind<sup>2369</sup>, hingegen sich eine gegenläufige Ansicht darauf stützt, dass der vorliegende Haftungsgrund nicht ausschließlich auf dem Schutz eines festen Kapitals beruht<sup>2370</sup>. Die zuerst genannte Auffassung ist vorzugswürdig. Ein Vereinsgläubiger kann zwar nicht auf ein festes Vereinsvermögen vertrauen, obgleich auch ein Vereinsvermögen nicht ohne Schranken abgezogen werden darf, indes dieser Aspekt die schweren Folgen einer Mitgliederhaftung der oftmals handelnden Laien nicht rechtfertigen lässt.<sup>2371</sup> Im Übrigen kann ohnehin bei einer vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung der Gläubiger ein Anspruch aus § 826 BGB bestehen.

### **ee) Vermögensvermischung**

Wenn ein Gesellschafter aufgrund des von ihm wahrgenommenen Einflusses für eine Vermögensvermischung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen verantwortlich ist, soll eine Haftung greifen.<sup>2372</sup> Ob diese Haftung auch beim eingetragenen Verein zur Anwendung

---

<sup>2364</sup> Vgl. BGHZ 175, 12, 17ff; Reichert Rn. 3865; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 13; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 12; Grunewald GesR § 8 Rn. 67f; K.Schmidt, in: ZIP 2007, 605, 608f; abweichend, OLG Dresden ZIP 2005, 1680, 1680ff, aufgehoben durch den Bundesgerichtshof, BGHZ 175, 12, 12ff.

<sup>2365</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; weitergehend, Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13: Unlauteres Verhalten soll auch dann eine Durchgriffshaftung begründen, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB nicht erfüllt sind.

<sup>2366</sup> BGHZ 150, 61, 67; 151, 181, 186; Reichert Rn. 3866.

<sup>2367</sup> Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 105.

<sup>2368</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 2; Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 105.

<sup>2369</sup> Vgl. BGHZ 175, 12, 22; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13.

<sup>2370</sup> Vgl. Bamberger/Roth/Schöpflin § 21 Rn. 24; Calise S. 111ff; Grunewald GesR § 8 Rn. 66; dies., in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 105f; Hofmeister, in: ZIP 2009, 161, 163.

<sup>2371</sup> Vgl. Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 105f.

<sup>2372</sup> Grunewald GesR § 13 Rn. 162; Reichert Rn. 3967.

kommt, hat der Bundesgerichtshof jüngst offen gelassen.<sup>2373</sup> Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht steht der Anwendung auf den Verein indes nichts entgegen.<sup>2374</sup> Die Übertragung auf das Vereinsrecht erscheint gleichsam sachgerecht, da die Vermischung der entsprechenden Vermögensmassen kein spezifisches Problem der Kapitalgesellschaften ist und auch beim Verein einigen Mitgliedern ein vergleichbarer Einfluss zukommen kann.

#### **ff) Sphärenvermischung**

Eine Einstandspflicht ist ebenso gegeben, wenn ein Gesellschafter im Rechtsverkehr mit Dritten nicht in ausreichender Weise zwischen den von ihm repräsentierten bzw. vertretenen Rechtssubjekten trennt.<sup>2375</sup> Es handelt sich dabei jedoch streng genommen nicht um ein Problem der Durchgriffshaftung, sondern um eine sog. Rechtsscheinhaftung, so dass ein „Durchgriffsanspruch“ besteht, wenn das Mitglied den Rechtsschein einer persönlichen Haftung hervorgerufen hat.<sup>2376</sup>

#### **gg) Unterkapitalisierung**

Nimmt ein Verein mit einem unzureichenden Eigenkapital am Rechtsverkehr teil, stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Haftung.<sup>2377</sup> Eine Unterkapitalisierung rechtfertigt jedoch grundsätzlich keine Durchgriffshaftung, da eine Haftung vielmehr nur dann einschlägig sein soll, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt sind.<sup>2378</sup> Insofern ist zu berücksichtigen, dass zum einen eine nachträgliche Betrachtung stets eine unzureichende Finanzausstattung nahelegt und zum anderen die Vertragsgläubiger Kenntnis darüber hatten, dass ihr Vertragspartner ein eingetragener Verein ist, den keine Kapitalaufbringungspflichten treffen.<sup>2379</sup> Eine Haftung soll daher nur bei erkennbarer, absolut unzureichender Finanzausstattung gegeben sein.<sup>2380</sup> Umstritten ist, ob die Haftung nur gegenüber dem Verein<sup>2381</sup> oder gegenüber den Gläubigern<sup>2382</sup> besteht.

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Für die Verbindlichkeiten der Unternehmergesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG. Die Gesellschafter haften daher nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Haftung eines Gesellschafters kann sich indes aus Rechtsgeschäft, Rechtsschein oder Delikt ergeben.<sup>2383</sup> Sofern ein Gesellschafter gegen § 15a

---

<sup>2373</sup> BGHZ 175, 12, 21.

<sup>2374</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 66; Heermann/Götze S. 69.

<sup>2375</sup> Baumbach/Hueck § 13 Rn. 46; vgl. Reichert Rn. 3868: Teilweise wird die Sphärenvermischung als Teil der Vermögensvermischung verstanden.

<sup>2376</sup> BGHZ 22, 226, 230, zur GmbH; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 46; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13; vgl. Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 107.

<sup>2377</sup> Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 103f.

<sup>2378</sup> Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 36; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 40ff; vgl. zudem, BGHZ 54, 222, 224ff.

<sup>2379</sup> Vgl. Grunewald GesR § 8 Rn. 63; dies., in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 104.

<sup>2380</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 64; kritisch, Heermann/Götze S. 70: Es liegt in solchen Konstellationen näher, die Haftung mit dem Missbrauch des Rechtsinstituts der juristischen Person zu rechtfertigen.

<sup>2381</sup> Grunewald GesR § 8 Rn. 64.

<sup>2382</sup> Vgl. BGHZ 54, 222, 224.

<sup>2383</sup> MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 335ff; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 68ff; Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 7; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 22, 119ff; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 90ff.

Abs. 3 InsO verstößt, kann ihn eine Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 3 InsO treffen.

## **b) Haftung gegenüber der Gesellschaft**

### **aa) Vertragliche oder deliktische Haftung**

Die Haftung eines Gesellschafters kann sich aus allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften ergeben, so dass sich der Gesellschafter auch dazu verpflichten kann, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen.

### **bb) Mitgliedschaftliche Pflichten**

Die Gesellschafter sind gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, die sie treffenden Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen. Überlassen die Gesellschafter die Führung der Geschäfte einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, haften die Gesellschafter solidarisch für den daraus entstehenden Schaden, § 6 Abs. 5 GmbHG.

Aus den Kapitalvorschriften des GmbH-Rechts folgen zahlreiche Haftungen, in deren Mittelpunkt die Aufbringung und der Erhalt des Stammkapitals stehen. So trifft die Gesellschafter gem. § 9a GmbHG eine Gründerhaftung, wenn sie zum Zwecke der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht haben (Abs. 1) oder wenn die Gesellschaft durch Einlagen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschädigt wird (Abs. 2). Des Weiteren haftet der mittels Kaduzierung ausgeschlossene Gesellschafter weiterhin für ausstehende Einlagen, § 21 Abs. 3 GmbHG. Aus § 22 GmbHG folgt eine weitere Haftungsmöglichkeit der (ehemaligen) Gesellschafter. Im Zuge der Kaduzierung kann auch eine Inanspruchnahme der Mitgesellschafter gem. § 24 GmbHG begründet werden. Die Gesellschafter haften hilfsweise für den Ausfall der anderen Mitgesellschafter, so dass jeden Gesellschafter die Gefahr trifft, das gesamte Stammkapital aufbringen zu müssen.<sup>2384</sup>

Die unter Verstoß von § 30 GmbHG getätigten Leistungen müssen der Gesellschaft erstattet werden, § 31 Abs. 1 GmbHG. Ist die Erstattung vom Empfänger nicht zu erlangen, haften die übrigen Gesellschafter nach ihren Anteilen, soweit eine Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, § 31 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die Haftung kann sich durch einen Ausfall der Mitgesellschafter erhöhen, § 31 Abs. 3 S. 2 GmbHG.

### **cc) Verstoß gegen die Thesaurierungspflicht**

Ein Verstoß gegen die gesetzliche Rücklagenpflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG führt gem. § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog zur Nichtigkeit des Gewinnfeststellungsbeschlusses und damit gem. § 253 Abs. 1 S. 1 AktG analog zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses.<sup>2385</sup> Die erhaltenen Gewinnausschüttungen sind zurückzugewähren.<sup>2386</sup> Umstritten ist, ob neben einem Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB auch ein Anspruch aus §§ 30, 31

---

<sup>2384</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 1143f; MüKo GmbHG/Schütz § 24 Rn. 68; kritisch zur Weite der gesetzlichen Regelung, Münch Hdb GesR III/Gummert § 50 Rn. 185.

<sup>2385</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 7; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 57; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 26; Weber, in: BB 2009, 842, 845.

<sup>2386</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider § 8c Rn. 10; Vgl. zur erschwerten Feststellbarkeit derartiger Ansprüche, Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 26f; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 117.



GmbHG (analog) einschlägig ist.<sup>2387</sup> Wie bereits oben angeführt<sup>2388</sup>, ist ein solcher Anspruch zu bejahen, was insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Ausfallhaftung der Gesellschafter gem. § 31 Abs. 3 GmbHG entscheidend ist.

#### **dd) Haftungseinschränkung gem. § 31b BGB analog**

Ausgehend vom Umstand, dass der eingetragene Verein die Grundform aller außerhalb des BGB geregelten juristischen Personen darstellt, ist es denkbar, die neugeschaffene Regelung des § 31b BGB auch auf andere juristische Personen, insbesondere solche mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung, analog zu übertragen. Vergleichbare Überlegungen waren dem Gesetzgeber bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des mehr als drei Jahre zuvor erlassenen § 31a BGB bekannt; dennoch wurde weder eine § 31a BGB noch eine § 31b BGB entsprechende Norm für Körperschaften außerhalb des BGB geschaffen. Es ist zwar naheliegend, dass sich die Konstellation für ein Vereinsmitglied und einen Gesellschafter einer nichtwirtschaftlich tätigen Unternehmungsgesellschaft nach außen ähneln, indes sind die jeweiligen Stellungen zum Verband nicht in der Weise gleichzusetzen, dass eine Übertragung angemessen wäre, da der Gläubigerschutz durch die strengeren Kapitalvorschriften im GmbH-Recht einen erhöhten Schutz bedarf.<sup>2389</sup> Eine entsprechende Anwendung von § 31b BGB auf die Unternehmungsgesellschaft scheidet daher aus.

#### **c) Haftung gegenüber anderen Gesellschaftern**

Auch bei den Gesellschaftern kann sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen eine Haftung gegenüber Mitgesellschaftern ergeben, wobei insbesondere vertragliche oder deliktische Ansprüche, welche außerhalb des Verbandsinnenrechts stehen, in Betracht kommen. Gleichsam ist umstritten, ob ein Gesellschafter einen deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen einen anderen Gesellschafter wegen einer Verletzung seiner Mitgliedschaft hat.<sup>2390</sup> Dennoch können sich aus der Verletzung der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander, deren konkreter Inhalt und Umfang sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ergibt<sup>2391</sup>, Schadensersatzansprüche ergeben, sofern ein individueller Schaden des Gesellschafters vorliegt.<sup>2392</sup>

Da die Gesellschafter gem. § 24 S. 2 GmbHG hilfsweise für den Ausfall der anderen Mitgesellschafter haften, steht den zahlenden Gesellschaftern gegen den nichtzahlenden Mitgesellschafter insoweit ein Ausgleichsanspruch zu.<sup>2393</sup> Ein interner Ausgleich steht auch den Gesellschaftern zu, die im Rahmen der Ausfallhaftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG in Anspruch genommen wurden, wenngleich das Gesetz in § 31 Abs. 6 GmbHG den haftenden Gesellschaftern zusätzlich einen Rückgriff auf die schuldhaft handelnden Geschäftsführer

---

<sup>2387</sup> Bejahend: Baumbach/Hueck § 5a Rn. 26; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 30; Miras Rn. 232f; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 29; Wicke § 5a Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 49; Weber, in: BB 2009, 842, 845; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2247; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 780. Verneinend: Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114 118. Kritisch, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 59.

<sup>2388</sup> Vgl. E. XIII. 3. c) cc).

<sup>2389</sup> So zu § 31a BGB, Schöpflin, in: Rpfleger 2010, 349, 354. Vgl. Burgard, in: ZIP 2010, 358, 362: § 31a BGB ist eine nicht analogiefähige Spezialregelung.

<sup>2390</sup> Vgl. E. VIII. 3. b).

<sup>2391</sup> MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 88ff; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 36; Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 145ff.

<sup>2392</sup> MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 204; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 50; Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 180; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 42.

<sup>2393</sup> MüKo GmbHG/Schütz § 24 Rn. 91; Scholz/Emmerich § 24 Rn. 24; Michalski/Ebbing § 24 Rn. 93; Ulmer/Müller § 24 Rn. 63. Die Mitgesellschafter können den kaduzierten Gesellschafter für die von ihnen gezahlten Haftungsanteile gem. § 24 GmbHG in Regress nehmen, vgl. MüKo GmbHG/Schütz § 24 Rn. 90.

zuspricht.<sup>2394</sup> Interne Regressansprüche können sich im Nachgang aus der gesamtschuldnerischen Haftung des § 6 Abs. 5 GmbHG ergeben.

#### **d) Sonderfall: Durchgriffshaftung**

##### **aa) Grundsätzliches**

Die Gesellschafter haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Dennoch wird unter bestimmten Umständen wie beim Verein ein Durchgriff auf die Verbandsmitglieder zugelassen. Sonderbestimmungen für die Einmann-Unternehmergesellschaft bestehen nicht. Die Voraussetzungen des Durchgriffs und deren Legitimation sind umstritten, zumal auch durch das MoMiG keine Normierung erfolgte.

##### **bb) Vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger**

Wie beim Verein besteht dann eine Haftung, wenn eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger nach § 826 BGB vorliegt, was bei treuwidrig verschleierte, bereits anfänglichen Bonitätsproblemen, bei vorsätzlicher Kapitalvernichtung oder bei unzulässiger Kapitalentnahme gegeben sein kann.<sup>2395</sup>

##### **cc) Existenzgefährdender Eingriff**

Wie bereits erwähnt, hat die Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs die Haftung nach dem sog. faktischen Konzern abgelöst.<sup>2396</sup> Der existenzvernichtende Eingriff war zunächst als eigenständiges gesellschaftsrechtliches Rechtsinstitut ausgestaltet und wurde vom Bundesgerichtshof in der sog. *Trihotel-Entscheidung*<sup>2397</sup> im Jahr 2007 aufgehoben, da der Bundesgerichtshof in dem Urteil festhielt, dass der existenzvernichtende Eingriff keine eigenständige Haftungsfigur sei, sondern es sich dabei um eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung i. S. v. § 826 BGB handele.<sup>2398</sup> Die Literatur stimmte der rechtlichen Einordnung durch den Bundesgerichtshof weitestgehend zu.<sup>2399</sup> Ein Eingriff in das Vermögen oder in die Interessen der Gesellschaft i. d. S. ist dann als sittenwidrig anzusehen, wenn dieser dazu dient, den Zugriff der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen zu verhindern bzw. wenn die voraussehbaren Folgen des Eingriffs zu einer faktischen und dauerhaften Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, führen und der eingreifende Gesellschafter dies billigend in Kauf genommen hat.<sup>2400</sup> Der Gesellschafter, der einen beherrschenden Einfluss auf die

---

<sup>2394</sup> MüKo GmbHG/Ekkenga § 31 Rn. 66, 84; Scholz/Verse § 31 Rn. 67; Michalski/Heidinger § 31 Rn. 74.

<sup>2395</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 8ff; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 3, 50; vgl. zudem, Baumbach/Hueck § 13 Rn. 51, 53; a. A. Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13: Unlauteres Verhalten soll auch dann eine Durchgriffshaftung begründen, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB nicht erfüllt sind. Für eine Gesellschafterhaftung wegen gröblich schuldhafter Pflichtverletzung zu Lasten des der Gläubigerbefriedigung gewidmeten Gesellschaftsvermögens auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 826 BGB, Roth/Altmeyen § 13 Rn. 118ff.

<sup>2396</sup> BGHZ 122, 123; 130f; Grunewald, in: Festschrift Raiser 2005, S. 99, 105; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1Rn. 18. Vertiefend zur Entwicklung der Rechtsprechung, Roth/Altmeyen Anh § 13 Rn. 145ff; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 153ff; Schall S. 216ff.

<sup>2397</sup> BGHZ 173, 246, 251f, 255f. Hieran anknüpfend, BGHZ 176, 204, 209f („*Gamma*“-Entscheidung).

<sup>2398</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 2; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 9ff.

<sup>2399</sup> Vgl. Grunewald GesR § 13 Rn. 166f; Roth/Altmeyen § 13 Rn. 79. Kritisch zur Innenhaftung, Schall S. 222ff; Dauner-Lieb, in: ZGR 2008, 34, 40ff.

<sup>2400</sup> BGHZ 173, 246, 252ff; 176, 204, 210; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 29.

Gesellschaft ausüben kann, muss gem. § 826 BGB vorsätzlich gehandelt haben, wobei die Insolvenz die Folge der Handlung sein muss, so dass die Existenzvernichtungshaftung die insolvenzverursachende oder -vertiefende Selbstbedienung der Gesellschafter vor den Gläubigern der Gesellschaft ausgleicht.<sup>2401</sup>

#### **dd) Vermögensvermischung**

Eine Gesellschafterhaftung soll ferner dann bestehen, wenn der Gesellschafter dafür verantwortlich ist, dass eine Vermischung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen, etwa durch eine mangelnde oder undurchsichtige Buchführung, erfolgt ist und dadurch insbesondere die Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften unkontrollierbar wird.<sup>2402</sup> Für eine Haftung soll es jedoch nicht ausreichen, wenn lediglich Unklarheiten über einzelne Vermögensgegenstände oder einzelne (nicht) buchmäßig erfasste Privatentnahmen bestehen.<sup>2403</sup> Daneben ist auch eine Haftung aus § 826 BGB möglich.<sup>2404</sup> Die Verantwortlichkeit soll nach der Rechtsprechung bei einem Gesellschafter nur zu bejahen sein, wenn dieser einen beherrschenden Einfluss ausübt.<sup>2405</sup> An sich handelt es sich bei der Haftung wegen einer Vermögensvermischung um eine Beweislastumkehr zu Lasten der Gesellschafter.<sup>2406</sup>

#### **ee) Sphärenvermischung**

Eine Haftung des Gesellschafters kann ebenso bestehen, wenn dieser im Rechtsverkehr mit Dritten nicht ausreichend zwischen den von ihm repräsentierten bzw. vertretenen Rechtssubjekten und seiner eigenen Person trennt.<sup>2407</sup> Hierbei handelt es sich jedoch eher um ein Problem der Haftung aus Rechtsschein als um eine sog. Durchgriffshaftung.<sup>2408</sup>

#### **ff) Unterkapitalisierung**

Es ist nicht außerhalb jedweder Wahrscheinlichkeit, dass eine „reguläre“ GmbH trotz des Vorhandenseins eines Mindeststammkapitals im Einzelfall für den konkreten Zweck kein ausreichendes Kapital aufweist. Da bei einer Unternehmergesellschaft gem. § 5a Abs. 1 GmbHG das Mindeststammkapitalerfordernis des § 5 Abs. 1 GmbHG nicht greift, ist die Wahrscheinlichkeit einer Unterkapitalisierung bei dieser Gesellschaft gegenüber der „regulären“ GmbH erhöht. In der Literatur wird teilweise eine Haftung der Gesellschafter gefordert, wenn eine GmbH unterkapitalisiert ist<sup>2409</sup>, was dann vorliegt, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft eindeutig unzureichend bemessen wurde, so dass ein Misserfolg mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>2410</sup> Eine derartige Haftung wegen einer

---

<sup>2401</sup> Vgl. BGHZ 173, 246, 252; 176, 204, 211; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 28f, 36; Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 32ff.

<sup>2402</sup> BGHZ 95, 330, 333f; 125, 366, 368; 173, 246, 257; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 45; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 133; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 132; Grunewald GesR § 13 Rn. 162; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 3.

<sup>2403</sup> Baumbach/Hueck § 13 Rn. 45; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 6; Grigoleit S. 229.

<sup>2404</sup> Baumbach/Hueck § 13 Rn. 45.

<sup>2405</sup> BGHZ 125, 366, 368f; 165, 85, 93. Zustimmung, Ulmer/Raiser § 13 Rn. 133; Grunewald GesR § 13 Rn. 162; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 3; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 6.

<sup>2406</sup> Vgl. Roth/Altmeppen § 13 Rn. 134, 136f; Altmeppen, in: ZIP 2002, 1553, 1558f, 1563.

<sup>2407</sup> Baumbach/Hueck § 13 Rn. 46; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 24; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 135.

<sup>2408</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 46; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 135; Grigoleit S. 230.

<sup>2409</sup> Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 20ff; vgl. Ulmer/Raiser § 13 Rn. 140ff; a. A. Schall S. 243.

<sup>2410</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 35 Rn. 4; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 5.

Unterkapitalisierung soll jedoch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 826 BGB keinen Raum haben, da die fehlenden abstrakten Normativbedingungen über das betriebswirtschaftlich notwendige Eigenkapital zu einem zu unbestimmten Haftungstatbestand führen würden.<sup>2411</sup>

Die Unternehmergesellschaft trifft abgesehen von den Vorgaben des § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG für die Nennbeträge der Geschäftsanteile kein gesetzliches Mindestkapitalerfordernis, so dass sich die Frage stellt, ob die Ablehnung der Unterkapitalisierungshaftung auch auf die Unternehmergesellschaft übertragen werden kann. Vor dem Hintergrund der größeren Freiheit in Bezug auf die Bestimmung des Stammkapitals könnte eine abweichende Beurteilung einschlägig sein. Ein materieller Unterkapitalisierungstatbestand wurde jedoch trotz diesbezüglicher Forderung des Bundesrats<sup>2412</sup> bewusst nicht in das Gesetz aufgenommen.<sup>2413</sup> Dies würde die Rechtsprechung indes nicht hindern, im Wege der Rechtsfortbildung auf die neue Rechtslage zu reagieren.<sup>2414</sup>

Die Diskussion über die Unterkapitalisierungshaftung bei der „regulären“ GmbH ist davon geprägt, dass man den Gesellschaftern kaum einen haftungsrelevanten Vorwurf machen kann, wenn diese sich an die gesetzlich festgelegten Mindestvorgaben halten.<sup>2415</sup> Dieser Aspekt greift auch bei der Unternehmergesellschaft, da hier auch ein noch so geringes Stammkapital den Anforderungen des § 5a Abs. 1 GmbHG entspricht, auch wenn dies gegenüber der Erfüllung der Voraussetzungen von § 5 Abs. 1 GmbHG ein wohl eher schwaches Argument darstellt. Dennoch muss auch hier beachtet werden, dass die fehlenden abstrakten Normativbedingungen über das betriebswirtschaftlich notwendige Eigenkapital zu einem zu unbestimmten Haftungstatbestand<sup>2416</sup> führen würden. Einer Abweichung gegenüber der bei der „regulären“ GmbH geltenden Haltung zur Haftung wegen einer etwaigen Unterkapitalisierung bedarf es daher bei der Unternehmergesellschaft nach umstrittener Auffassung nicht; auch nicht aus dem Grund, dass die Wahrscheinlichkeit einer Unterkapitalisierung bei einer Unternehmergesellschaft höher ist als bei einer „regulären“ GmbH.<sup>2417</sup> Zu beachten ist, dass die Befürworter einer Unterkapitalisierungshaftung bei einer Unternehmergesellschaft eine solche per se ausschließen, wenn diese als Alternative zum eingetragenen Verein auftritt.<sup>2418</sup> Ein Sonderrecht für die Unternehmergesellschaft ist insgesamt nicht erforderlich, da die Vorgaben des § 826 BGB die Interessen der Beteiligten ausreichend berücksichtigen.

#### 4. Zwischenergebnis

Eine Mitgliederhaftung gegenüber den Gläubigern der Körperschaft besteht sowohl bei einem eingetragenen Verein als auch bei einer Unternehmergesellschaft grundsätzlich nicht. Die Mitglieder haften daher grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten des Verbands. Für diese Verbindlichkeiten haftet vielmehr das Verbandsvermögen. Für die Unternehmergesellschaft ergibt sich dies unmittelbar aus § 13 Abs. 2 GmbHG, während es beim eingetragenen Verein allgemein anerkannt ist. Demgegenüber kann sich eine Haftung eines Mitglieds gegenüber

---

<sup>2411</sup> BGHZ 176, 204, 212ff; vgl. Grunewald GesR § 13 Rn. 161; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 8; abweichend, K.Schmidt GesR S. 1150f.

<sup>2412</sup> BR-Drucks. 354/07, S. 8.

<sup>2413</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 30.

<sup>2414</sup> Vgl. Miras Rn. 69; kritisch, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 42; Goette, in: DStR 2009, 51, 54.

<sup>2415</sup> Vgl. Miras Rn. 67; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2244.

<sup>2416</sup> Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 8; vgl. Veil, in: ZGR 2009, 623, 640.

<sup>2417</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 29; Roth/Altmeyen § 5a Rn. 23; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 47f; Gehrlein, in: Der Konzern 2007, 771, 779; Goette, in: DStR 2009, 51, 54; Veil, in: ZGR 2009, 623, 639f; a. A. Miras Rn. 71; Joost, in: ZIP 2007, 2242, 2244.

<sup>2418</sup> Miras Rn. 410.

dem Verband, einem anderen Mitglied oder gegenüber einem außenstehenden Dritten aus Rechtsgeschäft, Rechtsschein oder Delikt ergeben. Eine Haftung gegenüber dem Verband kann insbesondere aus der Verletzung der mitgliedschaftlichen Pflichten folgen. Daneben bestehen bei der Unternehmergesellschaft zahlreiche Haftungsmöglichkeiten, welche dem Prinzip der realen Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung entspringen. Diese finden sich in den §§ 9a Abs. 1 und 2, 21 Abs. 3, 22 Abs. 1, 24, 31 Abs. 3 GmbHG. Das GmbH-Recht zieht in gesamtschuldnerischer Weise sämtliche Gesellschafter zur Aufbringung und zum Erhalt des Stammkapitals heran. Ferner kann die Gesellschafter eine Haftung aus § 6 Abs. 5 GmbHG treffen. Des Weiteren greift bei einer Verletzung der Thesaurierungspflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG nach umstrittener Auffassung u. a. ein Anspruch aus § 31 Abs. 3 GmbHG analog. Ferner kann insoweit eine Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 3 InsO einschlägig sein.

Die Haftungstrennung zwischen dem Verband und dem dahinterstehenden Verbandsmitglied ist nicht ausnahmslos, so dass die Mitglieder des Vereins und die Gesellschafter der Unternehmergesellschaft einer Reihe von persönlichen Haftungsrisiken ausgesetzt sind. Ein solcher Zugriff auf die hinter dem Verband stehenden Personen ist jedoch nur ausnahmsweise zulässig. Die Haftung hängt nicht von der Anzahl der Mitglieder ab, so dass es keine Sonderbestimmungen für die Einmann-Unternehmergesellschaft gibt. Das Rechtsinstitut der Durchgriffshaftung ist sowohl hinsichtlich der eigenen Legitimation als auch bezüglich der konkreten Voraussetzungen sowie der Systematik umstritten und hat bis dato keine gesetzliche Verankerung erfahren. Mit dem Begriff „Durchgriff“ sind zudem verschiedene normative Überlegungen verbunden.<sup>2419</sup>

Eine Haftung der Verbandsmitglieder greift dann, wenn die Mitglieder eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung der Gläubiger gem. § 826 BGB begehen, hingegen die Missachtung des Nebentätigkeitsprivilegs nach h. M keine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder begründet.

Die Gesellschafter kann eine Haftung wegen eines sog. existenzvernichtenden Eingriffs treffen, wobei dies nunmehr nach h. M. kein eigenständiges Institut der Durchgriffshaftung darstellt, sondern einen Fall der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung i. S. v. § 826 BGB. Ein Eingriff in diesem Sinne soll dann vorliegen, wenn dieser dazu dient, den Zugriff der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen zu verhindern bzw. wenn die voraussehbaren Folgen des Eingriffs zu einer faktischen und dauerhaften Beeinträchtigung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, führen und der eingreifende Gesellschafter dies billigend in Kauf genommen hat.<sup>2420</sup> Aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen der Unternehmergesellschaft und dem eingetragenen Verein sollen diese Grundsätze nach umstrittener Auffassung nicht auf den Verein übertragen werden.<sup>2421</sup> Eine Haftung kann sich jedoch beim Vorliegen der Voraussetzungen aus § 826 BGB ergeben.

Daneben gibt es Konstellationen, die sowohl Vereinsmitglieder als auch Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft verwirklichen können.

Eine Haftung kann etwa bei einer Vermischung von Verbands- und Privatvermögen einschlägig sein (sog. Vermögensvermischung). Auch wenn der Bundesgerichtshof die Übertragung dieser Grundsätze auf den eingetragenen Verein offengelassen hat, ist mit der

---

<sup>2419</sup> Vgl. Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 35; Erman/H.P. Westermann Vor § 21 Rn. 3ff; K.Schmidt GesR S. 219; Baumbach/Hueck § 13 Rn. 10.

<sup>2420</sup> Vgl. BGHZ 173, 246, 252ff; 176, 204, 210; Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 29.

<sup>2421</sup> Vgl. BGHZ 175, 12, 22; Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 53; Palandt/Ellenberger Einf v § 21 Rn. 13.

Literatur eine Übertragbarkeit zu bejahen, da die Vermischung der entsprechenden Vermögensmassen kein spezifisches Problem der Kapitalgesellschaften ist und auch beim Verein einigen Mitgliedern ein vergleichbarer Einfluss zukommen kann. Liegt keine ausreichende Trennung zwischen der eigenen und der repräsentierten Person vor, kommt eine Haftung wegen einer sog. Sphärenvermischung in Betracht, welche indes als ein allgemeines Problem des Rechtsscheins zu begreifen ist.

Ferner stellt sich die Frage nach einer Haftung im Falle einer unterkapitalisierten Körperschaft. Sowohl die GmbH als auch der eingetragene Verein können im konkreten Einzelfall unterkapitalisiert sein. Eine Haftung wegen einer Unterkapitalisierung wird von Teilen der Literatur als besondere Durchgriffshaftung gefordert, während die Rechtsprechung und andere Teile der Literatur zutreffend eine solche Haftung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 826 BGB als nicht erforderlich erachten, zumal die fehlenden abstrakten Normativbedingungen über das betriebswirtschaftlich notwendige Eigenkapital zu einem zu unbestimmten Haftungstatbestand führen würden.<sup>2422</sup> Für die Unternehmungsgesellschaft kann nichts anderes gelten, auch wenn sie selbst nicht einmal den Bestimmungen des § 5 Abs. 1 GmbHG unterfällt. Darüber hinaus wurde eine Haftung wegen einer etwaigen Unterkapitalisierung bewusst nicht in das Gesetz aufgenommen. Diese Grundsätze sind auf den eingetragenen Verein übertragbar, so dass auch hier außerhalb des § 826 BGB keine Haftung wegen einer etwaigen Unterkapitalisierung in Betracht kommt.

Darüber hinaus kann ein Verbandsmitglied gegen die jeweilige Treuepflicht verstoßen und dadurch einem anderen Verbandsmitglied zum Schadensersatz verpflichtet sein. Ob ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB im Verhältnis der Verbandsmitglieder untereinander aufgrund einer Verletzung der Mitgliedschaft besteht, ist in beiden Körperschaften umstritten. Darüber hinaus sieht das GmbHG in den §§ 6 Abs. 5, 24 und 31 Abs. 3 GmbHG eine Solidar- bzw. Ausfallhaftung vor, welche zu internen Regressansprüchen führen kann.

Schließlich können ehrenamtlich tätige Vereinsmitglieder im Gegensatz zu Gesellschaftern eine Haftungsmilderung durch § 31b BGB erfahren.

## **XVI. Haftung des Vertretungsorgans**

### **1. Grundsätzliches**

Im Rahmen des Haftungsvergleichs wird abschließend die Haftung der Vertreter des Verbands betrachtet.

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Der Verein wird durch seinen Vorstand vertreten, der mangels abweichender Regelungen auch die Geschäfte des Vereins führt. Gem. § 31 BGB haftet der Verein für das Verhalten seiner Vorstandsmitglieder und der verfassungsmäßig berufenen Vertreter.

---

<sup>2422</sup> Vgl. BGHZ 176, 204, 212ff; vgl. Grunewald GesR § 13 Rn. 161; Heckschen/Heidinger § 17 Rn. 8.

## b) Vorstandshaftung

Bei der Haftung der Vorstandsmitglieder kann zwischen der Haftung gegenüber dem Verein, gegenüber den Vereinsmitgliedern und gegenüber Dritten unterschieden werden.

### aa) Haftung gegenüber Dritten

Eine direkte Haftung des Vorstandsmitglieds, welche neben einem Anspruch gegen den Verein bestehen kann, kommt aufgrund eines Vertrages, Rechtsscheins oder aus Delikt in Betracht.

Die persönliche Haftung von Organmitgliedern für Verletzungen von Verkehrspflichten der juristischen Person ist umstritten, mithin ist fraglich, ob das Mitglied die Erfüllung der Pflicht nicht nur dem Verein, sondern auch einem Dritten schuldet.<sup>2423</sup> Die Vorstandsmitglieder sind jedoch Akteure eines fremden Risikobereichs und nicht eines eigenen, so dass eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf das Vertretungsorgan nicht mit der gesellschaftlichen Risikoverteilung vereinbar ist, da durch die Annahme einer umfassenden deliktischen Haftung diese faktisch zum Ausfallbürgen für deliktische Schäden werden.<sup>2424</sup>

Die Vorstandsmitglieder kann indes eine Haftung aus *culpa in contrahendo* treffen, die nunmehr in § 311 Abs. 2, 3 BGB gesetzlich verankert ist, wobei die konkreten, zur Haftung führenden Voraussetzungen umstritten sind.<sup>2425</sup>

Verletzt der Vorstand schuldhaft seine Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags, haftet er den Gläubigern des Vereins für den daraus entstandenen Schaden.<sup>2426</sup> Die Geltendmachung des sog. Quotenschadens der Altgläubiger fällt gem. § 92 S. 1 InsO in die Zuständigkeit des Insolvenzverwalters.<sup>2427</sup> Demgegenüber können die Neugläubiger verlangen, so gestellt zu werden, als hätten sie nicht mit dem überschuldeten Verein kontrahiert, soweit sie wiederum nicht von der Situation des Vereins Kenntnis hatten.<sup>2428</sup> Ob der Anspruch direkt aus § 42 Abs. 2 BGB<sup>2429</sup> folgt oder erst i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB<sup>2430</sup> besteht, ist umstritten. Ein verspäteter Insolvenzantrag stellt zudem eine Pflichtverletzung gegenüber dem Verein dar.

Sämtliche Pflichten, die das bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Steuerrecht oder sonstiges öffentliches Recht primär dem Verein auferlegt, sind Pflichten des mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Vorstands.<sup>2431</sup> So sind z. B. §§ 34 Abs. 1, 69 AO zu beachten. Die Vorstandsmitglieder haften zudem für die Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 266a, 14 StGB.<sup>2432</sup> Die Pflichten der Vorstandsmitglieder

---

<sup>2423</sup> Vertiefend, Küpperfahrenheitberg S. 166ff. Bejahend: BGH NJW 1990, 976, 978; 1996, 1535, 1537. Einschränkend: Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 13; Grunewald, in: ZHR 157 (1993), 451, 456ff; Lutter, in: ZHR 157 (1993), 464, 474ff.

<sup>2424</sup> Küpperfahrenheitberg S. 169; Lutter, in: ZHR 157 (1993), 464, 474.

<sup>2425</sup> Vgl. Küpperfahrenheitberg S. 209; Scholz/Schneider § 43 Rn. 313ff; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 73ff; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 69f; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 62ff; K.Schmidt GesR S. 1086ff; Wimmer, in: NJW 1996, 2546, 2550.

<sup>2426</sup> Soergel/Hadding § 42 Rn. 12; Reichert Rn. 3728ff.

<sup>2427</sup> MüKo/Reuter § 42 Rn. 16; Reichert Rn. 3735.

<sup>2428</sup> BGH NJW 2005, 3137, 3140; Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 4; Soergel/Hadding § 42 Rn. 12; a. A. Staudinger/Weick § 42 Rn. 14, MüKo/Reuter § 42 Rn. 16: Auch den Neugläubigern sei aus (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m.) § 42 Abs. 2 BGB nur ein Quotenschaden zu ersetzen.

<sup>2429</sup> Hierfür: Staudinger/Weick § 42 Rn. 13, 17.

<sup>2430</sup> Hierfür: MüKo/Reuter § 42 Rn. 16; Soergel/Hadding § 42 Rn. 12; Reichert Rn. 3731; Küpperfahrenheitberg S. 175; Wischemeyer, in: DZWIR 2005, 230, 231; vgl. Koza, in: DZWIR 2008, 98, 98.

<sup>2431</sup> Reichert Rn. 3692.

<sup>2432</sup> BGH DStR 2012, 2451, 2451; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 14.

können indes durch eine Ressortverteilung verändert werden, auch wenn bei jedem Vorstandsmitglied insoweit eine Überwachungspflicht verbleibt.<sup>2433</sup> Im Gegensatz zu individualvertraglichen Regelungen scheidet ein satzungsmäßiger Haftungsausschluss gegenüber Dritten aus, obgleich unter gewissen Umständen ein Freistellungsanspruch nach § 31a Abs. 2 BGB greifen kann.<sup>2434</sup>

## **bb) Haftung gegenüber dem Verein**

Der Vorstand haftet dem Verein gegenüber auf Schadensersatz bei schuldhafter Pflichtverletzung aus dem Organ- und Anstellungsverhältnis, da das Innenverhältnis zwischen dem Verein und dem Vorstand eine Sonderrechtsbeziehung ist, für deren Schlechterfüllung der Vorstand dem Verein gegenüber einzustehen hat.<sup>2435</sup> Die Haftung beginnt bereits mit der tatsächlichen Annahme des Organamtes.<sup>2436</sup> Eine Einstandspflicht des Vorstandsmitglieds kann sich ebenso aus Vertrag oder Delikt ergeben. Jedes Vorstandsmitglied hat die Sorgfalt i. S. v. § 276 BGB walten zu lassen, die eine gewissenhafte und ihren Aufgaben gewachsene Person anzuwenden pflegt, wobei für das Maß der Sorgfalt die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art und Größe des Vereins, der Umfang der Vereinstätigkeit sowie der Vereinszweck, eine wesentliche Rolle spielen.<sup>2437</sup> Wird der Verein von einem Dritten über § 31 BGB in Anspruch genommen, kann ein Regress im Innenverhältnis zum betreffenden Organmitglied bestehen. Mehrere verantwortliche Vorstandsmitglieder haften als Gesamtschuldner, obgleich ein Verschulden eines Vorstandsmitglieds einem anderen Vorstandsmitglied nicht zugerechnet wird.<sup>2438</sup> Bei einer Ressortverteilung verbleibt es bei einer Überwachungspflicht. Wenn der Verein ein Organmitglied zur Haftung heranzieht, gilt die Darlegungs- und Beweiserleichterung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in entsprechender Anwendung.<sup>2439</sup>

Soweit der Verein neben seinen Vorstandsmitgliedern haftet, bilden sie Gesamtschuldner. Die Pflichtverletzung aus § 42 Abs. 2 S. 1 BGB kann zu Ansprüchen des Vereins führen.

### **(1) Haftungsbegrenzung gegenüber dem Verein**

Beruhet die Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds auf einer rechtmäßigen Weisung der Mitgliederversammlung, entfällt eine Haftung gegenüber dem Verein, wobei dies auch gilt, wenn eine Zustimmung nachträglich erteilt wird.<sup>2440</sup> Die Haftung des Vorstands gegenüber dem Verein kann zudem durch die Satzung, durch eine Vereinsordnung, im Anstellungsvertrag<sup>2441</sup> oder durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung beschränkt werden, was durch Verringerung des Pflichtenumfangs oder des Haftungsmaßstabs sowie durch einen summenmäßigen Höchstbetrag geschehen kann.<sup>2442</sup> Es kann darüber hinaus ein Freistellungsanspruch begründet werden, wenn ein Vorstandsmitglied von einem Dritten in

---

<sup>2433</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 130, 132; Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 14; Reichert Rn. 3708; abweichend, Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 277a.

<sup>2434</sup> Küpperfahrendberg S. 188f.

<sup>2435</sup> K. Schmidt GesR S. 691; Münch Hdb GesR V/Waldner § 30 Rn. 1; Soergel/Hadding § 27 Rn. 23; MüKo/Reuter § 27 Rn. 45; Reichert Rn. 3672.

<sup>2436</sup> BGH NJW-RR 1986, 1293, 1293, zur GmbH; Reichert Rn. 3674; Küpperfahrendberg S. 196.

<sup>2437</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 278; Küpperfahrendberg S. 201; vgl. jedoch auch, Reichert Rn. 3676ff.

<sup>2438</sup> Küpperfahrendberg S. 176.

<sup>2439</sup> Reichert Rn. 3716f.

<sup>2440</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 29; Reichert Rn. 3711ff; Heermann/Götze S. 68; Küpperfahrendberg S. 199; vgl. Eisele S. 174ff; Unger, in: NJW 2009, 3269, 3272; Grunewald, in: ZHR 157 (1993), 451, 462.

<sup>2441</sup> Zur Frage, wie sich dieser Ausschluss auf die Haftung aus dem Organverhältnis auswirkt, Küpperfahrendberg S. 231ff.

<sup>2442</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 29; Küpperfahrendberg S. 229ff.



Anspruch genommen wird. Ein Freistellungsanspruch steht dem Vorstandsmitglied bei Zufallsschäden über §§ 27 Abs. 3, 670 BGB zu.<sup>2443</sup> Eine Pflichtverletzung des Vorstands scheidet dann aus, wenn er gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog (*business judgement rule*) bei einer unternehmerischen Entscheidung in vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle des Verbands zu handeln.<sup>2444</sup> Darüber hinaus scheidet eine Haftung des Vorstands wegen bekannter oder erkennbarer Ansprüche gegenüber dem Verein aus, wenn er entlastet wurde.<sup>2445</sup> Der Verein und das betreffende Organmitglied können zudem hinsichtlich der Ersatzansprüche einen Verzichtsvertrag oder einen Vergleich schließen, die auch gegenüber den Vereinsgläubigern wirken.<sup>2446</sup>

## (2) Ehrenamtlicher Vorstand

Mit dem persönlichen Engagement der verantwortlichen Vereinsvorstände geht daher ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko einher, welches mit dem Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen<sup>2447</sup>, das am 03.10.2009 in Kraft getreten ist, für die betreffenden Vereinsvorstände teilweise reduziert wurde.<sup>2448</sup> Die entsprechende Vorschrift, welche durch das Ehrenamtstärkungsgesetz mit Wirkung zum 01.01.2013 erweitert wurde<sup>2449</sup>, findet sich in § 31a BGB, die zugunsten von ehrenamtlichen Organmitgliedern und besonderen Vertretern von den Vorgaben des § 276 BGB abweicht. Die Schaffung des § 31a BGB soll die Unsicherheit beseitigen, die aufgrund der umstrittenen Frage<sup>2450</sup> bestand, ob die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung auf einen ehrenamtlich<sup>2451</sup> tätigen Vereinsvorstand anzuwenden sind und der Vereinsvorstand damit im Falle einer Inanspruchnahme durch einen Dritten einen Anspruch auf Freistellung bzw. Ersatz gegen den Verein hat.<sup>2452</sup>

§ 31 BGB und § 31a BGB haben denselben Regelungsinhalt.<sup>2453</sup> Gem. § 31a Abs. 1 BGB haften Organmitglieder dem Verein oder Vereinsmitgliedern<sup>2454</sup> gegenüber für einen bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten verursachten Schaden nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, wenn sie unentgeltlich tätig sind oder für ihre Tätigkeit eine Vergütung von maximal 720 € pro Jahr erhalten. Die Wertgrenze entspricht dem Steuerfreibetrag für nebenberufliche Tätigkeiten gem. § 3 Nr. 26a EStG n. F. Zu beachten ist, dass eine Aufwandsentschädigung keine Entgeltlichkeit entstehen lässt.<sup>2455</sup> Die Haftungseingrenzung wirkt nicht gegenüber Dritten, obschon den betroffenen Vorstandsmitgliedern insoweit ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein zukommen kann, § 31a Abs. 2 BGB.

<sup>2443</sup> Küpperfahrendberg S. 221f; Eisele S. 80ff.

<sup>2444</sup> Vgl. Küpperfahrendberg S. 207f; Unger, in: NJW 2009, 3269, 3272.

<sup>2445</sup> Soergel/Hadding § 27 Rn. 24; Münch Hdb GesR V/Waldner § 30 Rn. 7; Unger, in: NJW 2009, 3269, 3272.

<sup>2446</sup> Reichert Rn. 3722.

<sup>2447</sup> BGBl. I S. 3161.

<sup>2448</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/10120, S. 1; vgl. K.Schmidt GesR S. 691f; Unger, in: NJW 2009, 3269, 3270.

<sup>2449</sup> Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21.03.2013, BGBl. I S. 556.

<sup>2450</sup> Bejahend: Soergel/Hadding § 27 Rn. 23; K.Schmidt GesR S. 426. Verneinend: Küpperfahrendberg S. 214ff; Eisele S. 124ff. Einschränkend: Palandt/Ellenberger § 31a Rn. 1; Münch Hdb GesR V/Waldner § 30 Rn. 6; Staudinger/Weick § 26 Rn. 25; Reichert Rn. 3845ff.

<sup>2451</sup> Eine generelle Übertragung scheidet bereits daran, dass der Vorstand selbstständig und eigenverantwortlich handelt und trotz der Weisungsgebundenheit gegenüber der Mitgliederversammlung keine vergleichbare Interessenlage i. S. einer entsprechenden Anwendung einschlägig ist, vertiefend, Küpperfahrendberg S. 214ff.

<sup>2452</sup> Unger, in: NJW 2009, 3269, 3270.

<sup>2453</sup> Palandt/Ellenberger § 31a Rn. 3; Erman/H.P. Westermann § 31a Rn. 2; vgl. MüKo/Reuter § 31a Rn. 7.

<sup>2454</sup> Hierzu kritisch, Burgard, in: ZIP 2010, 358, 363; Schöpflin, in: Rpfleger 2010, 349, 355; vgl. zudem, Stöber/Otto Rn. 624. Vgl. zum Problem des Schadens beim Mitglied, Grunewald, in: ZIP 1989, 962, 965.

<sup>2455</sup> Palandt/Ellenberger § 31a Rn. 2; Stöber/Otto Rn. 622; Prütting/Wegen/Weinreich/Schöpflin § 31a Rn. 1; Unger, in: NJW 2009, 3269, 3271.

Statutarisch kann der maßgebliche Vergütungshöchstbetrag aus § 31a Abs. 1 BGB erhöht werden.

### **(3) Haftung gem. § 64 GmbHG**

Fraglich ist, ob § 64 GmbHG auf das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht übertragen werden kann. § 64 GmbHG beinhaltet den Ersatz von Masseschmälerungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung sowie die Ersatzpflicht der Geschäftsführer für Zahlungen an die Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Eine Übertragung ist umstritten.<sup>2456</sup> Es sprechen die besseren Gründe für eine Verneinung einer entsprechenden Anwendbarkeit der Haftung aus § 64 GmbHG auf den eingetragenen Verein, obschon Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit auch beim eingetragenen Verein zur Stellung eines Insolvenzantrages führen und auch die Vereinsgläubiger einen notwendigen Schutz bedürfen.<sup>2457</sup> Entscheidend ist jedoch, dass der Gläubigerschutz beider Rechtsformen unterschiedlich ausgestaltet ist. Der Gläubigerschutz beim eingetragenen Verein ist aufgrund der nichtwirtschaftlichen Ausrichtung weniger streng, als dies bei der GmbH der Fall ist.<sup>2458</sup> Eine Übertragung der Grundsätze des § 64 GmbHG auf den eingetragenen Verein würde insgesamt eine rechtsfortbildende Gläubigerschutzweiterung beinhalten, die nicht indiziert ist, da eine planwidrige Regelungslücke nicht besteht.<sup>2459</sup> Insofern greift die Haftung des § 64 GmbHG, die über die aus § 42 Abs. 2 BGB hinausgeht, nicht beim bürgerlich-rechtlichen Verein.

### **(4) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO**

Ferner war fraglich, ob die Vorstandsmitglieder eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO treffen kann. Hierfür wäre zunächst Voraussetzung, dass § 15a Abs. 1 InsO auf den eingetragenen Verein Anwendung findet. Dafür könnte sprechen, dass die Norm rechtsformneutral ausgestaltet ist und allgemein die „juristischen Personen“ als Tatbestandsmerkmal anführt. Der Gesetzgeber hat indes nunmehr durch § 15a Abs. 6 InsO ausdrücklich geregelt, dass § 15a Abs. 1 bis 5 InsO nicht auf Vereine anzuwenden ist.<sup>2460</sup> Indes schied auch bereits vor Inkrafttreten von § 15a Abs. 6 InsO eine Anwendung von § 15a Abs. 1 InsO auf den Verein aus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber trotz der Schaffung einer einheitlichen Insolvenzantragspflicht in § 15a Abs. 1 InsO und gleichzeitiger Aufhebung der einschlägigen rechtsformspezifischen Vorschriften die Regelung des § 42 Abs. 2 BGB aufrechterhalten hat.<sup>2461</sup> Zudem ging auch der Gesetzgeber von Anfang an von einem Vorrang des § 42 Abs. 2 BGB gegenüber § 15a Abs. 1 S. 1 InsO aus.<sup>2462</sup> Dem stand auch nicht entgegen, dass in § 15a Abs. 1 S. 1 InsO von „juristischen Personen“ die Rede ist, während § 15a Abs. 3 InsO eine Einschränkung durch explizite Benennung der GmbH, AG und eG vorsieht, da ein zwingender Schluss, dass § 15a Abs. 1 S. 1 InsO den eingetragenen Verein miterfasst, damit nicht einherging.

---

<sup>2456</sup> Bejahend: Wischemeyer, in: DZWiR 2005, 230, 233f. Nunmehr kritisch, MüKo/Reuter § 42 Rn. 17. Verneinend: BGH NJW-RR 2010, 978, 978f; NJW-RR 2010, 1047, 1047f; OLG Hamburg ZIP 2009, 757, 758f; Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 4; Roth/Altmeyen § 64 Rn. 5; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 280; Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2346; Koza, in: DZWiR 2008, 98, 98f.

<sup>2457</sup> Vgl. Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2346.

<sup>2458</sup> Vgl. Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2346.

<sup>2459</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 4; Koza, in: DZWiR 2008, 98, 100; Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2346.

<sup>2460</sup> BGBl. I 2013, S. 2379.

<sup>2461</sup> Vertiefend, Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2344ff.

<sup>2462</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 55. Zustimmend, Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2344.

### **cc) Haftung gegenüber Vereinsmitgliedern**

Der Vorstand steht lediglich gegenüber dem Verein in einem Rechtsverhältnis, so dass bei einer Pflichtverletzung im Rahmen der Geschäftsführung einzelne Vereinsmitglieder nicht schadensersatzberechtigt sind.<sup>2463</sup> Eine Haftung kann indes aus dem allgemeinen Delikts- oder Vertragsrecht folgen. Umstritten ist jedoch, ob dem Vereinsmitglied ein Anspruch wegen eines Eingriffs in die Mitgliedschaft zukommt, mithin ob eine deliktische Haftung im Verbandsinnenrecht greift.<sup>2464</sup> Im Gegensatz zu individualvertraglichen Regelungen scheidet ein satzungsmäßiger Haftungsausschluss gegenüber Vereinsmitgliedern aus.<sup>2465</sup> § 31a Abs. 1 S. 2 BGB ist, soweit statutarisch nicht ausgeschlossen, zu beachten.

### **dd) Versicherung**

Wie gezeigt, trifft die Vorstandsmitglieder ein umfassendes persönliches Haftungsrisiko, was sich auf ihr gesamtes Privatvermögen erstreckt, so dass sich die Frage nach einer Versicherbarkeit dieses Risikos stellt.<sup>2466</sup> Hierfür kann eine Vermögensschäden abdeckende Versicherung (sog. D&O-Versicherung<sup>2467</sup>) abgeschlossen werden, da diese Versicherung mittlerweile auch für Vorstände bürgerlich-rechtlicher Vereine verfügbar ist. Wird hingegen ein Personen- oder Sachschaden verursacht, hilft diese Versicherung nicht weiter, wobei auch ein Schutz durch die private Haftpflichtversicherung in der Regel ausscheidet, da eine verantwortliche Betätigung in Vereinen regelmäßig nicht mitversichert ist, so dass sich ein Versicherungsschutz bei Schädigungen Dritter allenfalls aus der Haftpflichtversicherung des Vereins ergeben kann.<sup>2468</sup> Für kleinere Vereine werden teilweise besondere Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen angeboten.<sup>2469</sup>

### **c) Zusätzliche Organe**

Ein Verein kann zusätzliche Organe bestellen. Für die Mitglieder dieser Organe gelten die gleichen Haftungsgrundsätze wie für die Mitglieder des Vorstands.<sup>2470</sup> Seit dem 01.01.2013 erstreckt sich die Haftungsmilderung des § 31a BGB auf alle Organmitglieder eines Vereins.

## **3. Unternehmergesellschaft**

### **a) Allgemeines**

Auch die Geschäftsführer haften weder Dritten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, noch haben sie der Gesellschaft die Verluste, die durch sie während ihrer Zeit als Organ entstanden sind, auszugleichen, obgleich die Geschäftsführer einer Vielzahl von Haftungsgefahren ausgesetzt sind.<sup>2471</sup> Es gilt indes der Grundsatz, dass die Haftung des Vertretungsorgans die Haftungsbeschränkung der Körperschaft nicht untergraben darf.<sup>2472</sup>

---

<sup>2463</sup> LG Frankfurt am Main NJW-RR 1998, 396, 397f; Münch Hdb GesR V/Waldner § 30 Rn. 3; Soergel/Hadding § 27 Rn. 23; Reichert Rn. 3705; vgl. Küpperfahenberg S. 164.

<sup>2464</sup> Bejahend: BGHZ 110, 323, 327f; Götz/Götz, in: JuS 1995, 106, 109. Verneinend: Vgl. Scholz/Schneider § 43 Rn. 305f; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 65; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 49; Ulmer/Paefgen § 43 Rn. 316.

<sup>2465</sup> Küpperfahenberg S. 188f.

<sup>2466</sup> Vertiefend, Küpperfahenberg S. 247ff.

<sup>2467</sup> Directors´ & Officers´ Liability Insurance.

<sup>2468</sup> Vgl. hierzu, Küpperfahenberg S. 247ff.

<sup>2469</sup> Küpperfahenberg S. 270f.

<sup>2470</sup> Reichert Rn. 2873, 3308.

<sup>2471</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 8; vgl. Baumbach/Hueck § 13 Rn. 7.

<sup>2472</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 12.

## b) Geschäftsführerhaftung

Man kann zwischen der Haftung gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern und gegenüber Dritten unterscheiden.

### aa) Haftung gegenüber Dritten

Eine direkte Haftung des Geschäftsführers, welche neben einem Anspruch gegen die Gesellschaft bestehen kann, kommt aufgrund eines Vertrages, Rechtsscheins oder aus Delikt in Betracht.

Soweit ein Geschäftsführer seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung verletzt, folgt für einen Dritten allein daraus kein Anspruch gegen ihn.<sup>2473</sup> Denkbar ist jedoch eine Inanspruchnahme wegen *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs. 2, 3 BGB), wobei die konkreten, zur Haftung führenden Voraussetzungen umstritten sind.<sup>2474</sup> Ferner kann eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz folgen. Während § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG<sup>2475</sup> ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB ist, soll dies bei § 30 GmbHG<sup>2476</sup>, § 41 GmbHG<sup>2477</sup>, § 43 GmbHG<sup>2478</sup> und § 51a GmbHG<sup>2479</sup> nicht der Fall sein. Des Weiteren kann einen Geschäftsführer, welcher die ihm obliegenden Pflichten nach § 40 Abs. 1 GmbHG verletzt, eine Schadensersatzpflicht gem. § 40 Abs. 3 GmbHG treffen. Ob ein Organmitglied im Falle der Verletzung einer Verkehrspflicht der juristischen Person haftet, ist eine rechtsformübergreifende Frage, so dass auch im GmbH-Recht umstritten ist, ob der Geschäftsführer die Erfüllung der Pflicht nicht nur der Gesellschaft, sondern auch einem Dritten schuldet.<sup>2480</sup>

Die Gesellschaft hat eine Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Regelungen zu erfüllen, wobei insofern die steuerrechtlichen Pflichten<sup>2481</sup>, die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge<sup>2482</sup>, wettbewerbsrechtliche Pflichten oder datenschutzrechtliche Pflichten zu nennen sind.<sup>2483</sup> Die den Geschäftsführer treffenden Pflichten sind teilweise durch ihn persönlich zu erfüllen. Ist eine Übertragung auf Dritte zulässig, sind diese entsprechend auszuwählen, einzuweisen und zu überwachen.

Wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet wird, haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach deren Eintritt, einen Insolvenzantrag zu stellen, § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht kann ein

<sup>2473</sup> BGHZ 31, 258, 278; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 228; Scholz/Schneider § 43 Rn. 307.

<sup>2474</sup> Vgl. Scholz/Schneider § 43 Rn. 313ff; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 73ff; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 69f; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 62ff; K.Schmidt GesR S. 1086ff; Wimmer, in: NJW 1996, 2546, 2550.

<sup>2475</sup> Hachenburg/Ulmer § 64 Rn. 61; Ulmer/Paefgen § 43 Rn. 321; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 157b; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 68.

<sup>2476</sup> BGHZ 110, 342, 359f; Ulmer/Habersack § 30 Rn. 22; Beck'sches Hdb der GmbH/Jung/Otto § 8 Rn. 88.

<sup>2477</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 1801, 1804; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 65; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 68.

<sup>2478</sup> BGHZ 110, 342, 359f; 125, 366, 375; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 79; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 57; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 48; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 68; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 224; Kübler/Assmann S. 287.

<sup>2479</sup> Baumbach/Hueck § 51a Rn. 51; Lutter/Hommelhoff § 51a Rn. 37; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 45 Rn. 33; a. A. Roth/Altmeppen § 51a Rn. 37.

<sup>2480</sup> Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 82ff; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 76ff; vgl. Roth/Altmeppen § 43 Rn. 59ff. Dies nur unter besonderen Voraussetzungen bejahend, OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267, 267f.

<sup>2481</sup> Vgl. E. XXV.

<sup>2482</sup> Vgl. insoweit zur Strafbarkeit, § 266a StGB.

<sup>2483</sup> Vertiefend, Scholz/Schneider § 43 Rn. 357ff; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 72ff.

Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO bestehen.<sup>2484</sup> Dies gilt ohne Einschränkung auch für die Geschäftsführer einer Unternehmergesellschaft. Zu ersetzen ist der durch die Normverletzung herbeigeführte Schaden, obgleich im Einzelnen vieles umstritten ist.<sup>2485</sup> Während den Altgläubigern ein sog. Quotenschaden, mithin der Betrag um den die tatsächlich erzielte Quote von der ursprünglich erzielbaren Quote bei rechtzeitiger Verfahrenseröffnung abweicht, zukommt, wobei der Schaden durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen ist, können die Neugläubiger den ihnen zustehenden Vertrauensschaden ersetzt verlangen.<sup>2486</sup> Teilweise wird vertreten, dass der Anspruch in entsprechender Anwendung von §§ 64 S. 4, 43 Abs. 4 GmbHG in fünf Jahren verjährt.<sup>2487</sup> Dies ist zu verneinen, da § 64 S. 1 GmbHG wie § 43 Abs. 2 GmbHG eine interne Ausgleichspflicht gegenüber der Gesellschaft beinhaltet und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO den einzelnen Gläubigern einen Schadensersatzanspruch zuspricht, zumal die Geltendmachung des Quotenschadens durch den Insolvenzverwalter keine Abweichung begründet, da sie nicht die Forderungsinhaberschaft betrifft.<sup>2488</sup> Die Verjährung folgt daher den allgemeinen Regeln der §§ 195, 199 BGB. Ein Verstoß gegen § 15a Abs. 1 InsO stellt zudem eine Pflichtverletzung i. S. d. § 43 GmbHG dar.<sup>2489</sup> Des Weiteren ist § 26 Abs. 3 InsO zu beachten.

In diesem Rahmen ist noch zu erwähnen, dass nach wohl h. M. ein Verfolgungsrecht der Gläubiger für Ansprüche der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 5 AktG analog einschlägig sein soll.<sup>2490</sup>

## **bb) Haftung gegenüber der Gesellschaft**

### **(1) Grundsätzliches**

Ein Geschäftsführer ist der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, wenn er eine ihm obliegende Pflicht gegenüber der Gesellschaft schuldhaft verletzt hat.<sup>2491</sup> Der Schadensersatzanspruch kann wie beim Verein aus der Verletzung von Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis oder aus dem organschaftlichen Rechtsverhältnis folgen. Eine Haftung kann sich ebenso aus Vertrag oder Delikt ergeben. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder der Geschäftsführung gegen die Geschäftsführer zustehen, erfordert mangels abweichender Regelungen im

---

<sup>2484</sup> Vgl. BGHZ 100, 19, 21; 126, 181, 190; 138, 211, 214, noch zu § 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG a. F.; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 64 Rn. 64; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 176; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 229. A. A. Roth/Altmeppen § 43 Rn. 54, 62, § 64 Rn. 26ff. In der Begründung abweichend, Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 175, 186ff: Das den Neugläubigern zuerkannte negative Interesse folgt nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO, sondern aus §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB.

<sup>2485</sup> Vgl. Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 180ff; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 64 Rn. 72ff; Roth/Altmeppen Vor § 64 Rn. 123ff.

<sup>2486</sup> Vgl. BGHZ 126, 181, 190ff; 138, 211, 214; BGH ZIP 2007, 676, 677f; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 64 Rn. 72ff; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 183ff; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barnert/Diekmann § 46 Rn. 69; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 72; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 229; abweichend in der Rechtsgrundlage, K.Schmidt GesR S. 1085; a. A. frühere Rspr., BGHZ 29, 100, 104ff; Ulmer, in: ZIP 1993, 769, 772: Auch den Neugläubigern soll nur ein Quotenschaden zustehen.

<sup>2487</sup> Lutter/Hommelhoff Anh zu § 64 Rn. 85. Für eine Verjährung gem. §§ 195, 199 BGB: BGH NJW 2011, 2427, 2427f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff/Baumert § 64 Rn. 54; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 195. Differenzierend nach Quoten- und Vertrauensschaden, Baumbach/Hueck § 64 Rn. 145.

<sup>2488</sup> MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 195.

<sup>2489</sup> Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 220; Lutter/Hommelhoff Anh zu § 64 Rn. 62; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 196.

<sup>2490</sup> Roth/Altmeppen § 43 Rn. 94ff; vgl. Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 6; eingrenzend, Baumbach/Hueck § 43 Rn. 31; a. A. Scholz/Schneider § 43 Rn. 291.

<sup>2491</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 29; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 210.

Gesellschaftsvertrag einen Gesellschafterbeschluss, § 46 Nr. 8 GmbHG. Ersatzansprüche sind dabei alle vertraglichen oder gesetzlichen Ansprüche, welche aus schädigenden Handlungen oder Unterlassungen resultieren.<sup>2492</sup>

Das GmbHG enthält konkrete Haftungstatbestände der Geschäftsführer.

## **(2) Haftung nach § 43 GmbHG**

### **(a) Grundsätzliches**

§ 43 GmbHG begründet einen organisationsrechtlichen Haftungstatbestand, obgleich die Norm insgesamt die Pflichten, die Verantwortung und die Haftung gegenüber der Gesellschaft beinhaltet, mithin die Verhaltenspflichten nur im Verhältnis zur Gesellschaft gelten, so dass durch § 43 GmbHG ausschließlich der bei der Gesellschaft entstandene Schaden ausgeglichen werden soll.<sup>2493</sup> Ob die Ansprüche aus § 43 GmbHG neben Ansprüchen aus der Verletzung von Pflichten aus dem Anstellungsverhältnis bestehen, ist umstritten.<sup>2494</sup> Unabhängig davon können neben einem Anspruch aus § 43 GmbHG Ansprüche aus Vertrag oder unerlaubter Handlung<sup>2495</sup> einschlägig sein. Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG für die Ansprüche aus Abs. 2 und 3 ist zu beachten. Haben mehrere Geschäftsführer die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, sind sie Gesamtschuldner, wobei jedem Geschäftsführer ein Verschulden zufallen muss, da ihm ein Verschulden eines anderen nicht zugerechnet wird. Bei einer Ressortverteilung obliegt den übrigen Geschäftsführern indes eine Überwachungspflicht.

### **(b) Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG**

§ 43 GmbHG greift losgelöst von der Eintragung des Geschäftsführers in das Handelsregister bereits mit der Annahme des Amtes.<sup>2496</sup> Er muss eine ihm obliegende, organschaftliche Pflicht<sup>2497</sup> verletzt haben. Die konkreten Pflichten der Geschäftsführung ergeben sich aus dem Gesetz, dem Gesellschaftsvertrag, einer Geschäftsordnung sowie durch Einzelweisungen.<sup>2498</sup> Für die Unternehmergesellschaft sind insbesondere § 5a Abs. 3 und 4 GmbHG zu beachten. Die Geschäftsführer haben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden, § 43 Abs. 1 GmbHG. Für den jeweiligen Sorgfaltsmaßstab können Art und Größe des Unternehmens von Bedeutung sein.<sup>2499</sup> Verfolgt die Gesellschaft hingegen einen nichtwirtschaftlichen Zweck, sind an den Sorgfaltsmaßstab keine geringeren Anforderungen zu stellen, auch wenn für ehrenamtliche Geschäftsführer der Sorgfaltsmaßstab nicht zu hoch

---

<sup>2492</sup> Vgl. BGHZ 97, 382, 390; Scholz/K.Schmidt § 46 Rn. 147.

<sup>2493</sup> Vgl. BGH GmbHR 1992, 303, 303; Scholz/Schneider § 43 Rn. 1ff.

<sup>2494</sup> Für eine Anspruchskonkurrenz, Scholz/Schneider § 43 Rn. 18; K.Schmidt GesR S. 1077f. Für eine Mitaufnahme durch § 43 GmbHG, BGH ZIP 1989, 1390, 1392; 1997, 199, 200; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 6; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 2; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 57; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 55; Windbichler § 22 Rn. 12.

<sup>2495</sup> Es besteht dann eine Anspruchskonkurrenz, Scholz/Schneider § 43 Rn. 286.

<sup>2496</sup> Roth/Altmeppen § 43 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 2; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 2.

<sup>2497</sup> Z. B. Pflicht zur Unternehmensleitung, Loyalitätspflicht, Scholz/Schneider § 43 Rn. 29; Wicke § 43 Rn. 8.

<sup>2498</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 50; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 17.

<sup>2499</sup> Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 10; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 3; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 11; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 63; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 211.

anzusetzen ist.<sup>2500</sup> Ein Haftungsanspruch scheidet aus, wenn die Geschäftsführer gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (*business judgement rule*).<sup>2501</sup>

Ferner ist eine Kausalität zwischen Schaden und pflichtwidrigem Handeln erforderlich. Die Frage, die zu stellen ist, lautet unter Beachtung von § 43 Abs. 1 GmbHG, ob der vermögenswerte Nachteil auch eingetreten wäre, wenn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt worden wäre, wobei § 43 Abs. 1 GmbHG einen objektiven Mindestmaßstab bildet, der durch besondere individuelle Fähigkeiten erhöht werden kann.<sup>2502</sup> Bei der Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG greift die Darlegungs- und Beweiserleichterung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in entsprechender Anwendung.<sup>2503</sup>

### **(c) Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG**

Nach h. M. handelt es sich hierbei um einen in der Rechtsfolge verschärften Schadensersatzanspruch, der zwei Tatbestandsvoraussetzungen enthält; zum einen eine Zahlung entgegen § 30 GmbHG und zum anderen einen Erwerb von Geschäftsanteilen entgegen § 33 GmbHG.<sup>2504</sup> Den Geschäftsführer muss ein Verschulden treffen. Bei dem Anspruch aus § 43 Abs. 3 GmbHG bleiben die Ansprüche der Gesellschaft auf Rückzahlung der rechtswidrig gezahlten Mittel unberücksichtigt.<sup>2505</sup> Der Anspruch kann den Betrag der Leistungen übersteigen. § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG sind zu beachten.

### **(d) Haftungseinschränkung**

Eine Übernahme der Haftungsmaßstäbe für Arbeitnehmer auf die Geschäftsführerhaftung soll aufgrund des weiten Ermessensspielraums der Geschäftsführer nicht einschlägig sein, so dass sie auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen haben, wenn die Pflichtverletzung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Unternehmensführung erfolgt.<sup>2506</sup> Die Haftung der Geschäftsführer kann außerhalb des § 43 Abs. 3 GmbHG nach jedoch umstrittener Auffassung weitestgehend gemindert werden.<sup>2507</sup> Insofern wird vertreten, dass eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs, eine Verkürzung der Verjährungsfrist oder eine Begrenzung der Haftung in der Höhe zulässig sind.<sup>2508</sup> Möglich ist insoweit auch ein Verzicht auf oder ein Vergleich über die Schadensersatzansprüche. Auf Ansprüche aus § 43 Abs. 2 GmbHG soll § 93 Abs. 4 S. 3 AktG keine entsprechende Anwendung finden, so dass ein

---

<sup>2500</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 9; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 46 Rn. 12; zweifelnd, Hachenburg/Mertens § 43 Rn. 16.

<sup>2501</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 50ff; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 8ff; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 23ff; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 22ff; vgl. Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 61; Kübler/Assmann S. 287; eingrenzend, K.Schmidt GesR S. 1079.

<sup>2502</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 232; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 103.

<sup>2503</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 52; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 110.

<sup>2504</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 48; Ulmer/Paefgen § 43 Rn. 254; Scholz/Schneider § 43 Rn. 268.

<sup>2505</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 275; Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rn. 219.

<sup>2506</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 6; Scholz/Schneider § 43 Rn. 256f; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 39; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 46 Rn. 12; Eisele S. 126; K.Schmidt GesR S. 1079; Wimmer, in: NJW 1996, 2546, 2550.

<sup>2507</sup> Vgl. BGH GmbHR 2002, 1197, 1198; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 46 Rn. 4; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 65; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 215; eingrenzend, Lutter/Hommelhoff § 42 Rn. 65; Scholz/Schneider § 43 Rn. 261: Bei allen Ansprüchen außerhalb von gläubigerschützenden Pflichten; vgl. auch, Roth/Altmeppen § 43 Rn. 127ff: Bei allen Ansprüchen, denen kein gröblicher Sorgfaltsverstoß zu Grunde liegt.

<sup>2508</sup> Vgl. BGH GmbHR 2002, 1197, 1198; vgl. Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 60.

Verzicht auf Ersatzansprüche oder ein Vergleich hierüber nicht den dortigen Anforderungen unterworfen ist.<sup>2509</sup> Der Umfang der Einschränkungsmöglichkeiten der Geschäftsführerhaftung unterliegt indes einem erheblichen Streit.<sup>2510</sup> Im Rahmen eines Anspruchs aus § 43 Abs. 3 GmbHG ist § 43 Abs. 3 S. 2 GmbHG zu beachten. Erteilen die Gesellschafter oder ein hierzu im Gesellschaftsvertrag berufenes Organ den Geschäftsführern eine zulässige Weisung, tritt die Ersatzpflicht nur für einen Fehler bei der Ausführung ein, wobei eine Haftung gegenüber Dritten hiervon unberührt bleibt.<sup>2511</sup> Insoweit wird auf die besondere Regelung des § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG verwiesen.<sup>2512</sup> Im Falle einer Entlastung der Geschäftsführer scheidet eine Haftung wegen bekannter oder erkennbarer Ansprüche gegenüber der Gesellschaft aus.

### **(3) Haftung nach § 64 GmbHG**

Die früher in § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. verankerte Insolvenzantragspflicht ist durch das MoMiG rechtformübergreifend in § 15a InsO verlegt worden. Nach h. M. soll § 64 GmbHG n. F. ein von der Insolvenzantragspflicht zu unterscheidendes Zahlungsverbot beinhalten.<sup>2513</sup> Daran anknüpfend bestehen hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen sowie auf der Rechtsfolgenseite diverse voneinander abweichende Auffassungen, die hier nicht weiter vertieft werden. Allgemein kann jedoch gesagt werden, dass § 64 GmbHG die Gläubiger vor einer verschuldensabhängigen Schmälerung der Insolvenzmasse schützen soll.<sup>2514</sup> Gem. § 64 S. 2 GmbHG n. F. scheidet eine Haftung bei erlaubten Zahlungen aus, mithin bei Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Nach Erfüllung seiner Erstattungspflicht tritt der Geschäftsführer in Rang und Höhe an die Stelle des befriedigten Gesellschaftsgläubigers, die dieser im Insolvenzverfahren erhalten hätte.<sup>2515</sup>

Gem. § 64 S. 3 GmbHG n. F.<sup>2516</sup> haften die Geschäftsführer gleichsam bei Zahlungen an die Gesellschafter<sup>2517</sup>, soweit diese erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Dies gilt indes nur, soweit es sich nicht um erlaubte Zahlungen i. S. v. § 64 S. 2 GmbHG n. F. handelt. § 64 S. 3 GmbHG ergänzt daher die Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG, obgleich sie im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 GmbHG nicht auf eine Herbeiführung oder Verschärfung einer Unterbilanz, sondern auf insolvenzverursachende Zahlungen abstellt.<sup>2518</sup> Der Anspruch gegen den Geschäftsführer geht analog zu § 64 S. 1

---

<sup>2509</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 264; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 38; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 47.

<sup>2510</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 62ff; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 46f.

<sup>2511</sup> BGHZ 31, 258, 278; Scholz/Schneider § 43 Rn. 119ff; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 120; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 40ff; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 62; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 214; Kübler/Assmann S. 286. Zur Problematik von anfechtbaren Beschlüssen, Roth/Altmeppen § 43 Rn. 123; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 35.

<sup>2512</sup> Vertiefend, Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rn. 220ff; MüKo GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 275ff, 297.

<sup>2513</sup> Vgl. BGHZ 126, 181, 196; 146, 264, 278, zu § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.; vgl. Roth/Altmeppen § 64 Rn. 1; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 2; a. A. Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 8ff. Vgl. zur Anwendbarkeit auf in Deutschland domizilierende Limiteds, BGH, Beschluss vom 02.12.2014, Az: II ZR 119/14.

<sup>2514</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 47; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 1.

<sup>2515</sup> BGHZ 146, 264, 279; BGH ZIP 2005, 1550, 1551f; Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 19.

<sup>2516</sup> Hierzu kritisch, Roth/Altmeppen § 64 Rn. 1, 72ff.

<sup>2517</sup> Gilt auch bei Zahlungen an Dritte, die einem Gesellschafter gleichstehen, Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 26; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 101; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 164.

<sup>2518</sup> Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 85; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 155; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 2; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 53.



GmbHG auf Rückerstattung der Zahlungen.<sup>2519</sup> Wie bei § 64 S. 1 GmbHG kann der Geschäftsführer die Abtretung der Ansprüche gegen die Zahlungsempfänger Zug um Zug gegen die geschuldete Erstattung verlangen.<sup>2520</sup>

Bei Weisung der Gesellschafter, Verzicht, Vergleich sowie der Bemessung der Verjährungsfrist ist § 64 S. 4 GmbHG zu beachten. Die Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO und § 64 GmbHG stehen nach h. M. nebeneinander.<sup>2521</sup>

#### **(4) Weitere Haftung**

Die Gesellschaft kann ferner gegen den Geschäftsführer einen Anspruch aus § 9a Abs. 1 GmbHG haben, wenn zum Zwecke der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht wurden. §§ 9a Abs. 3, 9b GmbHG sind zu beachten. Gem. § 57 Abs. 4 GmbHG greift die Haftung auch bei Kapitalerhöhungen.

#### **(5) Haftungseinschränkung gem. § 31a BGB analog**

Fraglich ist, ob die neugeschaffene Regelung des § 31a BGB auch auf andere juristische Personen, insbesondere solche mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung, analog übertragen werden kann. Hierfür würde sprechen, dass der bürgerlich-rechtliche Verein die Grundform aller außerhalb des BGB geregelten juristischen Personen bildet, eine analoge Anwendung von § 31 BGB auf diese ebenfalls bejaht wird und die Norm im Allgemeinen Teil des BGB im Abschnitt über die juristischen Personen steht. Im Gegensatz zur Außenhaftung der GmbH, wo mangels einschlägiger Vorschriften im GmbHG auf die allgemeine Regelung des § 31 BGB zurückgegriffen werden kann, sieht das GmbHG in § 43 jedoch eine Normierung der Innenhaftung der Geschäftsführer vor.<sup>2522</sup> Insofern stellt sich die Frage, ob überhaupt eine planwidrige Regelungslücke vorhanden ist. Angesichts der umfassenden Regelung des § 43 GmbHG ist eine solche Lücke nicht einschlägig, zumal § 43 Abs. 2 GmbHG weitestgehend dispositiv ist, so dass ein Gleichlauf mit § 31a BGB durch vertragliche Regelung erzeugt werden kann.<sup>2523</sup>

#### **cc) Haftung gegenüber den Gesellschaftern**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern nicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung organschaftlich verpflichtet sind.<sup>2524</sup> § 43 GmbHG ist kein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschafter i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>2525</sup> Dennoch hat der Geschäftsführer auch gegenüber den Gesellschaftern diverse organschaftliche Pflichten zu erfüllen.<sup>2526</sup> Diesbezügliche Pflichtverletzungen können zu Ersatzansprüchen führen. Ein

---

<sup>2519</sup> Wicke § 64 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 20; vgl. Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 108f; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 54.

<sup>2520</sup> Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 108.

<sup>2521</sup> Vgl. zum Streit, Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 3; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 110; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 176ff.

<sup>2522</sup> Noack, in: GmbHR 2010, R-81, R-81; Schöpflin, in: Rpfleger 2010, 349, 354.

<sup>2523</sup> So auch, Noack, in: GmbHR 2010, R-81, R-81; Schöpflin, in: Rpfleger 2010, 349, 354. Burgard, in: ZIP 2010, 358, 362: § 31a BGB ist eine nicht analogiefähige Spezialregelung.

<sup>2524</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 64; Scholz/Schneider § 43 Rn. 300; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 58; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 224.

<sup>2525</sup> BGHZ 110, 342, 359f; 125, 366, 375; OLG Stuttgart GmbHR 2006, 759, 761; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 64; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 48.

<sup>2526</sup> Z. B. Ermöglichung der Einlageerbringung, Auskunftspflicht, Rechnungslegungspflicht oder Treuepflicht, Scholz/Schneider § 43 Rn. 301; abweichend, Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 58.

solcher Anspruch ist in § 31 Abs. 6 GmbHG für die gem. § 31 Abs. 3 GmbHG in Anspruch genommenen Gesellschafter normiert. Daneben können auch Ansprüche aus Vertrag oder Delikt bestehen. Ob hingegen ein Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen eines Eingriffs in die Mitgliedschaft des Gesellschafters, mithin ein deliktischer Anspruch im Verbandsinnenrecht, besteht, ist umstritten.<sup>2527</sup>

Nach § 40 Abs. 3 GmbHG haften die Geschäftsführer, die ihre Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 1 GmbHG schuldhaft<sup>2528</sup> verletzt haben, sowohl den Gesellschaftern, deren Beteiligung sich geändert hat, als auch den Gläubigern der Gesellschaft für den aus der Verletzung entstandenen Schaden. Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB kommt zudem bei der Verletzung der Regelungen aus §§ 9a, 82 GmbHG in Betracht.<sup>2529</sup>

## **dd) Versicherung**

Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Geschäftsführer (D&O-Versicherung) findet lediglich in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG eine Erwähnung, hingegen die Zulässigkeit für die GmbH allgemein anerkannt ist.<sup>2530</sup> Seit 1995 kann eine solche Versicherung bei deutschen Versicherern abgeschlossen werden, wobei sich der Gegenstand und der Umfang des Versicherungsschutzes aus dem Versicherungsvertrag ergeben.<sup>2531</sup> Zwar bestehen seit 1997 unverbindliche Musterbedingungen<sup>2532</sup>, die 2005 überarbeitet wurden, dennoch existieren erhebliche Unterschiede zwischen den angebotenen Leistungen.<sup>2533</sup> Es können sowohl Haftungen im Außen- als auch im Innenverhältnis erfasst sein, wobei jedoch zu beachten ist, dass Vermögensschäden nicht sämtliche denkbaren Ansprüche umfassen.

## **c) Zusätzliche Organe**

Die Unternehmergesellschaft kann neben der Gesamtheit der Gesellschafter und den Geschäftsführern weitere Organe aufweisen.

Nach ganz h. M. ist das zusätzliche Organ nur ein Wirkungselement der Körperschaft und damit weder rechts- noch vermögensfähig, so dass eine eigenständige Haftung ausscheidet.<sup>2534</sup> Demgegenüber kann ein Organmitglied jedoch persönlich haften. § 52 Abs. 1 GmbHG verweist auf den organisationsrechtlichen Haftungstatbestand des Aufsichtsrats einer AG gegenüber der Gesellschaft gem. § 116 AktG i. V. m. § 93 Abs. 1, 2 S. 1, 2 AktG.<sup>2535</sup> Die Aufsichtsratsmitglieder trifft eine Haftung, sofern sie die ihnen obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt haben, mithin der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters zuwidergehandelt haben und dies kausal für die Entstehung des

---

<sup>2527</sup> Bejahend: BGHZ 110, 323, 327, zum Verein; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 58; Götz/Götz, in: JuS 1995, 106, 109. Verneinend: Scholz/Schneider § 43 Rn. 305f; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 65; Lutter/Hommelhoff § 43 Rn. 49; Ulmer/Paefgen § 43 Rn. 316.

<sup>2528</sup> Scholz/Seibt § 40 Rn. 96; Roth/Altmeppen § 40 Rn. 24; Baumbach/Hueck § 40 Rn. 44; Lutter/Hommelhoff § 40 Rn. 35.

<sup>2529</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekman § 46 Rn. 60; Baumbach/Hueck § 43 Rn. 64.

<sup>2530</sup> MüKo GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 374. Vgl. zum fehlenden Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses für den Abschluss der Versicherung durch die Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft, Küpperfahrendberg S. 257ff.

<sup>2531</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 435; Roth/Altmeppen § 43 Rn. 174; Küpperfahrendberg S. 250.

<sup>2532</sup> Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG).

<sup>2533</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 435; Küpperfahrendberg S. 250.

<sup>2534</sup> Scholz/Schneider § 52 Rn. 461; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 33.

<sup>2535</sup> Scholz/Schneider § 52 Rn. 462; Vertiefend zum Sorgfaltsmaßstab, Baumbach/Hueck § 52 Rn. 70ff; Hachenburg/Raiser § 52 Rn. 245ff, 296.

Schadens war.<sup>2536</sup> Eine Pflichtverletzung kann gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (*business judgement rule*) ausgeschlossen sein. Gehören mehrere Personen dem Organ an, gilt der Grundsatz der Gesamtverantwortung. Die Haftung kann statutarisch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden.<sup>2537</sup> Den Mitgliedern des Organs können vertragliche Haftungsmilderungen, eine D&O-Versicherung, eine rechtmäßige Weisung der Gesellschafter, ein Verzicht oder eine Entlastung zugutekommen. Die zwingende Verjährungsregelung des § 52 Abs. 4 GmbHG ist zu beachten. Da Aufsichtsratsmitglieder die Überwachungs- und Beratungspflicht nur der Gesellschaft gegenüber schulden, können Gesellschafter oder Dritte aus einer diesbezüglichen Verletzung keinen Anspruch herleiten; dennoch ist es möglich, dass Dritte oder Gesellschafter unter bestimmten Umständen entsprechend der diesbezüglichen Haftung der Geschäftsführer einen eigenen Schadensersatzanspruch erlangen.<sup>2538</sup> Schließlich sind auch Ansprüche aus Vertrag oder unerlaubter Handlung denkbar.

Verletzt ein Beiratsmitglied die ihn treffenden Pflichten, führt dies zu einer Schadensersatzhaftung. Die Haftungsregeln entsprechen nach umstrittener Auffassung denen der Aufsichtsratsmitglieder.<sup>2539</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Bei beiden Körperschaften werden die Vertretung und Geschäftsführung durch die dafür zuständigen Organe vorgenommen. Diese Aufgaben kommen von Gesetzes wegen dem Vorstand und den Geschäftsführern zu. Im Falle eines schuldhaften Verhaltens dieser Organe haften beide Verbände gem. § 31 BGB in direkter oder entsprechender Anwendung. Daneben steht die Haftung des jeweiligen Organmitglieds, obschon sie weder verpflichtet sind, für Verbindlichkeiten des Verbands einzustehen, noch Verluste des Verbands, die durch sie während ihrer Zeit als Organ entstanden sind, auszugleichen.<sup>2540</sup> Die Haftung selbst lässt sich dabei in eine Haftung gegenüber Dritten, gegenüber dem Verband und gegenüber den Verbandsmitgliedern kanalisieren. Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich sowohl die Vorstandsmitglieder als auch die Geschäftsführer einem umfangreichen Haftungsrisiko im Innen- und Außenverhältnis gegenübersehen.

Ein außenstehender Dritter kann gegen ein Vorstandsmitglied oder einen Geschäftsführer einen Haftungsanspruch haben. Bei beiden Verbänden kann sich dies aus einem Vertrag, Rechtsschein oder Delikt ergeben. Der Anspruch gegen den Verband gem. § 31 BGB steht dem nicht entgegen. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung besteht ausschließlich gegenüber dem Verband, so dass ein Dritter allein hieraus keinen Ersatzanspruch herleiten kann. In beiden Verbänden ist gleichermaßen umstritten, wie weit die persönliche Haftung von Organmitgliedern für Verkehrspflichten der juristischen Personen geht. Dieses Problemfeld hat keinen spezifischen Rechtsformbezug, so dass sich vorliegend keine Unterschiede zwischen beiden Körperschaften ergeben. Die den Verband

---

<sup>2536</sup> Scholz/Schneider § 52 Rn. 463, 466, 471; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 88; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 66; vgl. Zieglmeier, in: ZGR 2007, 144, 144.

<sup>2537</sup> Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 32; Baumbach/Hueck § 52 Rn. 72; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 89; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 69.

<sup>2538</sup> Vgl. Scholz/Schneider § 52 Rn. 535ff; Hachenburg/Raiser § 52 Rn. 144; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 34; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 90.

<sup>2539</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 49 Rn. 27f; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 123; Roth/Altmeppen § 52 Rn. 82f; Hachenburg/Raiser § 52 Rn. 356ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Müller § 6 Rn. 66.

<sup>2540</sup> Vgl. Scholz/Schneider § 43 Rn. 8.

treffenden öffentlich-rechtlichen Pflichten sind durch das Vertretungsorgan vorzunehmen. Insofern sind hier steuerrechtliche Pflichten<sup>2541</sup>, die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge sowie wettbewerbsrechtliche oder datenschutzrechtliche Pflichten beispielhaft zu nennen. Eine Verletzung der Pflichten kann in beiden Verbänden zu einer Haftung führen. Die Haftung eines Vertretungsorgans bedingt eine schuldhafte Pflichtverletzung. Die Pflichtenfülle kann durch eine Ressortverteilung auf die zuständigen Organmitglieder verschoben werden, auch wenn bei den anderen Mitgliedern insoweit eine Überwachungspflicht verbleibt. Die Pflicht aus § 40 Abs. 1 GmbHG kann nicht auf das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht übertragen werden, so dass nur die Geschäftsführer nach § 40 Abs. 3 GmbHG haften. Gleiches gilt für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG, obschon insoweit zu prüfen wäre, ob das entsprechende Verhalten eines Vorstandsmitglieds nicht einen Anspruch nach den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts auslöst. Beiden Organen kommt die Pflicht zu, die Finanzen des Verbands zu überwachen. Sowohl die Vorstandsmitglieder als auch die Gesellschafter sind im Anschluss daran bei schuldhafter Versäumung der rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet, den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen. Beim Verein folgt die Pflicht aus § 42 Abs. 2 BGB bzw. i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, hingegen sich der Anspruch bei der Unternehmersgesellschaft aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO ergibt. Die Rechtsfolgen sind jedoch identisch. Die Verjährung beider Ansprüche folgt den allgemeinen Regeln der §§ 195, 199 BGB. Des Weiteren ist die Haftung nach § 26 Abs. 3 InsO zu beachten. Schließlich soll den Gläubigern einer Unternehmersgesellschaft nach wohl h. M. für Ansprüche der Gesellschaft ein Verfolgungsrecht gem. § 93 Abs. 5 AktG analog zustehen.

Sowohl Vorstandsmitglieder als auch Geschäftsführer haften dem Verband gegenüber für die schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten aus dem Organ- und Anstellungsverhältnis. Das Gesetz enthält dabei für die Geschäftsführer umfangreichere Pflichten. Daneben kann eine Haftung aus Delikt oder Vertrag bestehen. Wird der Verband von einem Dritten in Anspruch genommen, kann er sich mitunter beim Vertretungsorgan schadlos halten. Sowohl unter den Vorstandsmitgliedern als auch unter den Geschäftsführern gilt der Grundsatz der Gesamtverantwortung. Das Verschulden des einen wird einem anderen nicht zugerechnet.<sup>2542</sup> Die Haftung beginnt in dem Zeitpunkt, in welchem die tatsächliche Annahme des Organamts erfolgt. Im Gegensatz zum Vereinsrecht enthält das GmbH-Recht umfangreiche und explizite Haftungsnormen für die Vertretungsorgane. Einen § 43 GmbHG entsprechenden, speziellen Haftungstatbestand sieht das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht insofern nicht vor. Daraus folgt jedoch nicht, dass es eine persönliche Innenhaftung nicht gibt. Vielmehr kommen bei der Haftung der Vorstandsmitglieder allgemeine schuldrechtliche Grundsätze zur Anwendung. Daraus ergeben sich indes Abweichungen. Während Ansprüche der Gesellschaft aus § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG gem. § 43 Abs. 4 GmbHG in fünf Jahren verjähren, gilt für die Ansprüche des Vereins das allgemeine Verjährungsrecht aus §§ 195, 199 BGB. Zum anderen fordert § 43 Abs. 1 GmbHG von den Geschäftsführern die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, während für die Vorstandsmitglieder die allgemeine Regelung des § 276 BGB greift. Beide Normen beinhalten einen objektivierten Maßstab, auch wenn § 43 Abs. 1 GmbHG strengere Anforderungen als § 276 Abs. 2 BGB aufstellt. Insofern spielen im Vereinsrecht die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art und Größe des Vereins, der Umfang der Vereinstätigkeit und der Vereinszweck eine wesentliche Rolle<sup>2543</sup>, hingegen im Recht der Unternehmersgesellschaft lediglich die Art und Größe des Unternehmens von Bedeutung sind und bei einem nichtwirtschaftlichen Zweck an den Sorgfalsmaßstab keine

---

<sup>2541</sup> Vgl. Reichert Rn. 3534, 3782.

<sup>2542</sup> Vgl. Küpperfahrendberg S. 209.

<sup>2543</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 278; Küpperfahrendberg S. 201; vgl. jedoch auch, Reichert Rn. 3676ff.

geringeren Anforderungen zu stellen sind<sup>2544</sup>. Die Gründe der strengeren, spezialgesetzlichen Maßstäbe des § 43 Abs. 1 GmbHG gegenüber denen, die § 276 Abs. 2 BGB aufstellt, sind in der vom Gesetzgeber bedachten, primären wirtschaftlichen Ausrichtung der GmbH zu suchen. Ein Anspruch des Verbands scheidet bei beiden Körperschaften aus, wenn das Mitglied des Vertretungsorgans gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (*business judgement rule*) bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle des Verbands zu handeln. Haben mehrere Organmitglieder eine sie treffende Pflicht schuldhaft verletzt, haften sie als Gesamtschuldner. Die konkreten Pflichten der Vorstandsmitglieder und der Geschäftsführer ergeben sich aus dem Gesetz, der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag, einer Geschäftsordnung sowie aus Einzelweisungen.<sup>2545</sup> Zudem muss die Pflichtverletzung für den Schaden kausal gewesen sein. Des Weiteren greift bei der organbezogenen Haftung die Darlegungs- und Beweiserleichterung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in entsprechender Anwendung.<sup>2546</sup> Der Verein hat aufgrund der abweichenden Grundstruktur keinen Ersatzanspruch gem. § 43 Abs. 3 GmbHG. Ferner trifft im vorliegenden Vergleich nur die Geschäftsführer eine Haftung nach §§ 9a Abs. 1, 57 Abs. 4 GmbHG.

Die Übernahme der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung wird für die Vorstandsmitglieder und die Geschäftsführer gleichermaßen durch die h. M. verneint. Bei beiden Körperschaften kann die Haftung gegenüber dem Verband indes eingeschränkt werden. Dies gilt für den Anspruch aus § 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG jedoch gem. § 43 Abs. 3 S. 2 und 3 GmbHG nur eingeschränkt. Losgelöst von § 43 Abs. 3 GmbHG soll nach umstrittener Auffassung die Haftung der Geschäftsführer eine weitreichende Minderung erfahren können. Diese kann sich auf den Sorgfaltsmaßstab<sup>2547</sup>, die Verjährungsfrist oder die Haftungssumme beziehen. Darüber hinaus können in beiden Verbänden den betroffenen Organmitgliedern ein Verzicht, ein Vergleich oder eine Entlastung zugutekommen. Wird eine zulässige Weisung erteilt, tritt die Ersatzpflicht nach einem allgemeinen Grundsatz des Körperschaftsrechts nur für einen Fehler bei der Ausführung ein, wobei eine Haftung gegenüber Dritten hiervon unberührt bleibt.<sup>2548</sup> Insgesamt ist jedoch zu beachten, dass der Umfang der zulässigen Einschränkungen der Geschäftsführerhaftung einem erheblichen Streit unterliegt.

Die Geschäftsführer einer Unternehmersgesellschaft haften gem. § 64 S. 1 und 3 GmbHG, sofern sie gegen die dortigen Zahlungsverbote schuldhaft verstoßen. Die konkreten Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen sind indes umstritten. § 64 S. 1 GmbHG n. F. bezweckt unter Beachtung von § 64 S. 2 GmbHG den Erhalt der Insolvenzmasse. Gem. § 64 S. 3 GmbHG n. F. haften die Geschäftsführer gleichsam bei Zahlungen an die Gesellschafter, soweit diese erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Auch hier sind indes Zahlungen i. S. v. § 64 S. 2 GmbHG n. F. zulässig. Eine Anwendung des § 64 GmbHG auf den bürgerlich-rechtlichen Verein wird zwar vereinzelt befürwortet, ist jedoch mit der h. M. abzulehnen. Durch die Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 42 Abs. 2 BGB bzw. direkt aus § 42 Abs. 2 BGB wird dieser Umstand nicht vollständig aufgefangen.

Das BGB enthält nunmehr eine Sonderregelung für sog. ehrenamtliche Organmitglieder. Soweit sie unentgeltlich tätig sind oder sie für ihre Tätigkeit ein Honorar von maximal 720 € pro Jahr erhalten, kann im Falle einer Pflichtverletzung gegenüber dem Verein oder seinen

---

<sup>2544</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 11f..

<sup>2545</sup> Vgl. Scholz/Schneider § 43 Rn. 50.

<sup>2546</sup> Vgl. Reichert Rn. 3716f.

<sup>2547</sup> Vgl. Küpperfahrendberg S. 240.

<sup>2548</sup> Scholz/Schneider § 43 Rn. 119ff; vgl. Reichert Rn. 3710ff; Heermann/Götze S. 68.

Mitgliedern eine Haftungsmilderung begründet sein. Dies gilt nicht bei einer Haftung gegenüber Dritten, obschon die betroffenen Personen dann einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein haben, § 31a Abs. 2 BGB. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Geschäftsführer einer Unternehmergesellschaft ist mangels planwidriger Regelungslücke nicht zulässig.

Des Weiteren kommt eine Haftung von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Verbandsmitgliedern in Betracht, obschon ein Anspruch des Verbandsmitglieds aus unerlaubter Handlung wegen eines Eingriffs in die Mitgliedschaft umstritten ist. Die aus dem Rechtsverhältnis zum Verband herrührenden Geschäftsführungspflichten begründen bei deren Verletzung grundsätzlich keinen Anspruch eines Verbandsmitglieds. Eine Haftung kann sich indes nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts, des Rechtsscheins oder aus Delikt ergeben. Eine Haftung des Geschäftsführers kann ferner aus § 31 Abs. 6 GmbHG sowie aus § 40 Abs. 3 GmbHG folgen. Schließlich kommt eine Haftung der Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 9a GmbHG bzw. § 82 GmbHG<sup>2549</sup> in Betracht.

Das umfassende Haftungsrisiko kann teilweise durch eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung (sog. D&O-Versicherung) aufgefangen werden. Diese Versicherungen, welche gesetzlich nicht geregelt sind, sind mittlerweile auch für Vorstände nichtwirtschaftlicher Vereine verfügbar. Personen- oder Sachschäden sind von ihnen nicht erfasst. Ein entsprechender Versicherungsschutz für Schädigungen Dritter kann sich indes aus der Haftpflichtversicherung des Verbands ergeben. Der jeweilige Versicherungsschutz folgt aus den konkreten Vorgaben des Versicherungsvertrages.

Wie bereits gezeigt, kann der Verein oder die Unternehmergesellschaft weitere Organe haben, wobei die diesen Organen angehörenden Personen ebenso einem Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Die weiteren Organe nehmen vornehmlich Überwachungs- und Beratungspflichten wahr. Dies sind Pflichten gegenüber dem Verband, so dass bei einer etwaigen Pflichtverletzung Dritten kein Anspruch zukommt. Die Organmitglieder haften wie die Mitglieder des Vertretungsorgans dem Verband gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung. Insofern kommen auch hier diverse Haftungsmilderungen in Betracht. So kann statutarisch die Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden.

Seit dem 01.01.2013 profitieren zudem nunmehr sämtliche Organmitglieder eines Vereins von der Haftungsmilderung des § 31a BGB. Zudem ist der Abschluss einer D&O-Versicherung denkbar. Dritte oder Verbandsmitglieder können unter bestimmten Umständen entsprechend der diesbezüglichen Haftung der Vorstandsmitglieder bzw. der Geschäftsführer einen eigenen Schadensersatzanspruch erlangen. Für eine Unternehmergesellschaft folgt die organbezogene Haftung des Aufsichtsrats aus § 52 GmbHG i. V. m. § 116 AktG i. V. m. § 93 Abs. 1, 2 S. 1, 2 AktG. Die Aufsichtsratsmitglieder einer Unternehmergesellschaft haben daher die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers und Beraters anzuwenden. Für die Unternehmergesellschaft ist die zwingende Verjährungsregelung des § 52 Abs. 4 GmbHG zu beachten. Die Haftungsregeln eines Beiratsmitglieds entsprechen nach umstrittener Auffassung denen der Aufsichtsratsmitglieder.

---

<sup>2549</sup> Andere Gesellschaften werden von § 82 GmbHG nicht erfasst, MüKo GmbHG/Wißmann § 82 Rn. 26; Michalski/Dannecker § 82 Rn. 35.

## **XVII. Satzung und Gesellschaftsvertrag**

### **1. Grundsätzliches**

Sowohl beim eingetragenen Verein als auch bei der Unternehmergesellschaft greift die sog. Vereinsautonomie als Konkretisierung der allgemeinen Privatautonomie. Unter der Vereinsautonomie wird das Recht verstanden, die eigenen Angelegenheiten selbst zu regeln, während die sog. Satzungsautonomie die Befugnis der Verbände darstellt, die Rechte und Pflichten seiner Mitglieder mit Verbindlichkeit für sie zu regeln, wobei indes zwingende gesetzliche Regelungen zu beachten sind.<sup>2550</sup> Die Verfassung der Verbände besteht daher sowohl aus den gesetzlichen als auch den satzungsmäßigen Regelungen, so dass die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag<sup>2551</sup> Teil der Verbandsverfassung sind. Der Gesetzgeber hat für die jeweiligen Gesellschaften zwingende und nichtzwingende Vorschriften aufgestellt, wobei nicht nur die zwingenden Vorschriften die Gestaltungsfreiheit einschränken, da diese Freiheit auch dort ihre Grenze findet, wo sie gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt.<sup>2552</sup>

Die Rechtsnatur der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages ist umstritten. Nach h. M. (sog. modifizierte Normentheorie) ist die Errichtung selbst ein rechtsgeschäftlicher Akt, während die dadurch geschaffene Verfassung wie objektives Recht zu behandeln ist.<sup>2553</sup> Die Satzung und der Gesellschaftsvertrag haben zwei maßgebliche Aussagen: Sie bringen zunächst den Willen der Gründer zum Ausdruck, die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag als objektiven Teil der Verbandsverfassung durch Errichtung des Verbands in Kraft zu setzen; zum anderen ist der Wille der Gründer darauf gerichtet, sich dieser Verfassung durch Übernahme der Mitgliedschaft zu unterwerfen.<sup>2554</sup>

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Die Satzung ist das prägende Element der Vereinsverfassung. Die Satzungsautonomie gewährt eine diesbezügliche weitreichende Gestaltungsfreiheit. Neben den aus §§ 134, 138 BGB folgenden Grenzen und den allgemeinen Regelungen des Gesellschaftsrechts sind jedoch die zwingenden Vorschriften des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts, mithin die §§ 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2, 27 Abs. 2, 28 i. V. m. 34<sup>2555</sup>, 29, 31, 31a Abs. 1 S. 1, 31a Abs. 2, 31b, 34<sup>2556</sup>, 35, 36, 37<sup>2557</sup>, 39 Abs. 1, 41 S. 1, 42, 47 bis 53 BGB für ihn maßgebend. Andererseits ergeben sich auch aus den in § 40 BGB genannten Vorschriften gewisse Grenzen

---

<sup>2550</sup> Reichert Rn. 394, 396; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 22.

<sup>2551</sup> Vgl. zur materiellen Terminierung, K.Schmidt GesR S. 80ff.

<sup>2552</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 23; K.Schmidt GesR S. 109f.

<sup>2553</sup> Vgl. zum Verein, RGZ 165, 140, 143f; BGHZ 47, 172, 179f; BayObLGZ 1977, 6, 9f; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 36; Stöber/Otto Rn. 55; Reichert Rn. 86f; vertiefend zum Streit, Soergel/Hadding § 25 Rn. 11ff. Vgl. zur GmbH: Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 2; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 8f.

<sup>2554</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 27; vgl. MüKo/Reuter § 25 Rn. 1; vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 1; vgl. Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 12.

<sup>2555</sup> Die Nennung des § 28 BGB einschließlich des Verweises auf § 34 BGB beruhte auf einem Redaktionsversehen. Eine Klarstellung ist nun in § 40 S. 2 BGB erfolgt, MüKo/Reuter § 28 Rn. 2; Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 23.

<sup>2556</sup> Der Umfang der Stimmverbote kann indes erweitert werden, Soergel/Hadding § 34 Rn. 10; Reichert Rn. 424.

<sup>2557</sup> Dispositiv ist allerdings - in gewissen Grenzen - das notwendige Quorum, Palandt/Ellenberger § 37 Rn. 1; Reichert Rn. 424.

für eine inhaltliche Abweichung.<sup>2558</sup> Die Satzung entfaltet grundsätzlich nur für die Mitglieder und Organpersonen Bindungswirkung.<sup>2559</sup> Jedes Vereinsmitglied hat einen Anspruch darauf, dass der Verein nur in den Grenzen der Satzung und des Gesetzes tätig wird.<sup>2560</sup> Die Satzung selbst ist kein Statut i. S. v. § 293 ZPO.<sup>2561</sup>

## **b) Form und Unterzeichnung**

Das Gesetz enthält für die Satzung kein Formerfordernis, obgleich der Anmeldung zur Eintragung Abschriften der Satzung beizufügen sind, § 59 Abs. 2 BGB. Gleichsam soll die Satzung von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet sein und die Angabe des Tages der Errichtung enthalten, § 59 Abs. 3 BGB. Es ist nicht erforderlich, dass ausschließlich eine einheitliche Satzungsurkunde vorhanden ist, so dass vielmehr eine Hauptsatzung und hiervon räumlich getrennte Nebensatzungen existieren können, sofern die Hauptsatzung diese Regelungen als Satzungsbestandteil erklärt, wobei sich aus einer Einsicht in das Register der gesamte materielle Satzungsinhalt ergeben muss.<sup>2562</sup> Die Satzung muss dem Registergericht zumindest in einer deutschen Version vorgelegt werden.<sup>2563</sup>

## **c) Inhalt**

Die Satzung muss alle das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen enthalten.<sup>2564</sup>

### **aa) Echte Satzungsbestandteile**

Die §§ 57, 58 und 60 BGB sehen gewisse Zwänge für die Abfassung der Satzung vor.

#### **(1) Mussvorschriften**

Die Mindestanforderungen ergeben sich aus § 57 Abs. 1 BGB. Danach muss die Satzung den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthalten. Zudem muss sich aus ihr ergeben, dass der Verein eingetragen werden soll. Welche Mindestangaben für den Zweck zu tätigen sind, ist umstritten. Während die einen den obersten Leitsatz der Vereinstätigkeit genügen lassen<sup>2565</sup>, verlangen andere darüber hinaus Angaben zum Vorhaben des Vereins, aus der sich die wesentliche Vereinstätigkeit ergibt<sup>2566</sup>. Die bloße Angabe, dass der Zweck auf einen nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, genügt keiner der beiden Ansichten. Neben dem Vereinsnamen muss trotz der Regelung des § 24 BGB auch der Vereinssitz in der Satzung enthalten sein. Einen bestimmten Satzungswortlaut für die Wiedergabe des Willens der Gründer, dass der Verein eingetragen werden soll, bedarf es nicht, hingegen es zweifelhaft

---

<sup>2558</sup> Staudinger/Weick § 40 Rn. 1; Soergel/Hadding § 40 Rn. 1.

<sup>2559</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 33ff; Staudinger/Weick § 25 Rn. 9f; MüKo/Reuter § 25 Rn. 28f.

<sup>2560</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 17.

<sup>2561</sup> BayObLGZ 1977, 6, 10f; Stöber/Otto Rn. 55; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 39; Reichert Rn. 428.

<sup>2562</sup> Stöber/Otto Rn. 50; Reichert Rn. 464.

<sup>2563</sup> Vgl. zu den Besonderheiten von Satzungen in Sorbisch, Palandt/Ellenberger § 57 Rn. 1; Soergel/Hadding § 57 Rn. 4.

<sup>2564</sup> BGHZ 47, 172, 177; 88, 314, 316; 105, 306, 313f; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 1; Stöber/Otto Rn. 47; vgl. Märkle/Alber S. 37f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 32; vgl. Reichert Rn. 401ff; vgl. zudem, Lohbeck, in: MDR 1972, 381, 381.

<sup>2565</sup> Stöber/Otto Rn. 61; Märkle/Alber S. 42; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 42.

<sup>2566</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 989, 990; Reichert Rn. 586; MüKo/Reuter § 57 Rn. 1. Nur für den Fall, dass sich aus der Angabe des Zwecks keine Abgrenzung i. S. v. §§ 21, 22 BGB ergibt, Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 2.



ist, ob es insoweit ausreichend ist, wenn der Vereinsname in der Satzung lediglich den Zusatz „e. V.“ aufweist.<sup>2567</sup>

Wird der Verein trotz des Fehlens einer der vorstehenden Angaben eingetragen, ist in der Regel die Eintragung von Amts wegen zu löschen, § 385 FamFG.

## (2) Sollvorschriften

Darüber hinaus soll die Satzung gem. § 58 BGB weitere Bestimmungen enthalten, um das Vereinsleben zu ordnen.

Gem. § 58 Nr. 1 BGB sollen Bestimmungen über den Eintritt und den Austritt der Mitglieder in der Satzung enthalten sein. Aus der Satzung muss sich ergeben, ob die Mitgliedschaft durch einseitige Beitrittserklärung, durch eine zusätzlich erforderliche ausdrückliche Annahmeerklärung oder durch ein besonderes Aufnahmeverfahren erworben wird.<sup>2568</sup>

Hinsichtlich des Austritts sind nur Bestimmungen über den freiwilligen Austritt notwendig, wobei § 39 Abs. 2 BGB zu beachten ist.<sup>2569</sup>

Des Weiteren soll sich aus der Satzung ergeben, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind, § 58 Nr. 2 BGB. Es ist daher eine klare Aussage im positiven oder negativen Sinne erforderlich.<sup>2570</sup> Die genaue Höhe der Beiträge muss sich nicht aus der Satzung ergeben.<sup>2571</sup> Des Weiteren bedarf die Erhebung von Umlagen einer statutarischen Grundlage. Im Gegensatz zum Beitrag ist bei der Umlage die Festsetzung einer statutarischen Obergrenze grundsätzlich erforderlich.<sup>2572</sup>

Gem. § 58 Nr. 3 BGB soll die Satzung ferner Bestimmungen über die Bildung des Vorstands enthalten, wobei damit die Zusammensetzung des Vorstands gemeint ist.<sup>2573</sup> Insofern soll dargelegt werden, ob der Vorstand aus einer Person oder aus mehreren, ggfs. aus wie vielen Personen besteht und wer für die Ernennung zuständig ist.<sup>2574</sup>

Darüber hinaus soll die Satzung Bestimmungen über die Voraussetzungen enthalten, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist sowie über die Form der Berufung, § 58 Nr. 4 BGB. Es sind daher über die Regelungen der §§ 36, 37 Abs. 1 BGB hinausgehende Vorschriften notwendig, welche die konkreten Verhältnisse des Vereins berücksichtigen, wobei insoweit ein weiter Spielraum eingeräumt wird.<sup>2575</sup> Die Satzung kann daher verschiedenste Einberufungsformen wie etwa per Brief, Telefax, E-Mail, Telefon oder durch Ankündigung in einer konkret zu bezeichnenden Zeitschrift vorsehen.<sup>2576</sup>

Schließlich soll die Satzung Bestimmungen über die Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung enthalten, § 58 Nr. 4 BGB. Die Beurkundung ist mangels ausdrücklicher Satzungsregelung keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern dient vielmehr der Beweissicherung.

Des Weiteren soll die Satzung den Tag der Errichtung und die Unterschriften von mindestens sieben Mitgliedern enthalten, § 59 Abs. 3 BGB.

---

<sup>2567</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 9; Stöber/Otto Rn. 166. Bejahend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 69.

<sup>2568</sup> Palandt/Ellenberger § 38 Rn. 4; Stöber/Otto Rn. 226; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 71.

<sup>2569</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 90; Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 11.

<sup>2570</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 117.

<sup>2571</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1724, 1726; Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 24; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 119; Palandt/Ellenberger § 58 Rn. 2; Soergel/Hadding § 58 Rn. 3; Staudinger/Habermann § 58 Rn. 3.

<sup>2572</sup> BGH NJW-RR 2008, 194, 195; Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 24; Märkle/Alber S. 46; Palandt/Ellenberger § 58 Rn. 2.

<sup>2573</sup> BayObLGZ 1969, 33, 36; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 124.

<sup>2574</sup> BayObLGZ 1969, 33, 36; Palandt/Ellenberger § 58 Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 124; Soergel/Hadding § 58 Rn. 4. Vgl. auch, Beschluss des OLG Celle vom 01.07.2010, Az: 20 W 10/10.

<sup>2575</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 24 Rn. 8; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 125.

<sup>2576</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 34; Stöber/Otto Rn. 674.

Genügt die Satzung nicht den Vorgaben des § 58 BGB, ist die Anmeldung des Vereins von Amts wegen zurückzuweisen, § 60 BGB. Sofern die Satzung mindestens einer dieser Vorschriften nicht genügt und der Verein dennoch eingetragen wurde, kann dem Verein lediglich nahegelegt werden, den Verstoß durch eine Satzungsänderung zu beheben.<sup>2577</sup>

### **(3) Weitere Grundentscheidungen**

In die Satzung sind alle weiteren, das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen aufzunehmen, soweit sie sich nicht bereits aus dem Gesetz ergeben.<sup>2578</sup> Das Verständnis über den Umfang der Grundentscheidungen weist indes in den Randbereichen unterschiedliche Wertungen auf.<sup>2579</sup> Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass Abweichungen von dispositiven vereinsrechtlichen Gesetzesvorschriften nur in der Satzung wirksam geregelt werden können.<sup>2580</sup> Darüber hinaus ist es erforderlich, dass Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder, die Vereinsstrafgewalt, die Schaffung und die Zuständigkeit zusätzlicher Vereinsorgane, der Ausschluss von Vereinsmitgliedern, ausgenommen aus wichtigem Grund, die Verhängung von Vereinsstrafen, die Errichtung einer Vereinsgerichtsbarkeit sowie der Verweis auf das schiedsgerichtliche Verfahren und deren Grundlagen in der Satzung verankert sind.<sup>2581</sup> Bei Belastungen von Mitgliedern sind die betreffenden Grundentscheidungen, die zu dieser Belastung führen, stets in die Satzung aufzunehmen.<sup>2582</sup>

### **(4) Weitere körperschaftliche Regelungsgegenstände**

Schließlich kann die Satzung darüber hinaus Regelungen enthalten, die keiner der vorgenannten Gruppen zuzuordnen sind, obschon sie gleichsam körperschaftlicher Natur sind, auch wenn sie nicht die Vereinsverfassung als solche betreffen, sondern sie vielmehr ergänzen.<sup>2583</sup> Es besteht insoweit eine Wahlmöglichkeit, ob diese Regelungen in die Satzung oder etwa in einer nachrangigen Vereinsordnung aufgenommen werden sollen (z. B. Zeitpunkt und Ort der Vorstandssitzung, Einberufung und Vorbereitung der Vorstandssitzung, Form und Frist der Einberufung des Vorstands, Ablauf der Sitzung, Amtszeit eines Organmitglieds, Verfahrensregelungen für Vereinsstrafen oder Bildung von Ausschüssen).<sup>2584</sup> Zweck dieser Regelungen ist die nähere Ausgestaltung und die geschäftsmäßige Durchführung der das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen.<sup>2585</sup> Werden diese Regelungen in der Satzung verankert, begründen sie echte Satzungsbestandteile mit den sich daran anschließenden Folgen.

#### **bb) Unechte Satzungsbestandteile**

Nicht alle Satzungsregelungen müssen echte Satzungsbestandteile sein. Unechte Satzungsbestandteile sind solche, die zwar in der Satzung stehen, jedoch nicht Teil des

---

<sup>2577</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 20 Rn. 31; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 41.

<sup>2578</sup> BGHZ 47, 172, 177; 88, 314, 316; 105, 306, 313f; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 2; Soergel/Hadding § 25 Rn. 1; Märkle/Alber S. 41; Stöber/Otto Rn. 47; Reichert Rn. 404; Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 1.

<sup>2579</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 25 Rn. 4f; Lukes, in: NJW 1972, 121, 126ff; Grunewald, in: ZHR 152 (1988), 242, 246.

<sup>2580</sup> K.Schmidt GesR S. 684f; Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 1; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 130; MüKo/Reuter § 40 Rn. 2.

<sup>2581</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 1, 65ff; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 350a; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 2; Soergel/Hadding § 25 Rn. 1; Staudinger/Weick § 25 Rn. 3.

<sup>2582</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 3.

<sup>2583</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 22 Rn. 1.

<sup>2584</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 22 Rn. 1, 6ff.

<sup>2585</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 8; vgl. Märkle/Alber S. 51.

verbandsrechtlichen Organisationsstatuts sind, so dass sie in der Regel nur als gewöhnliche schuldrechtliche Abreden zu behandeln sind.<sup>2586</sup> Denkbar sind auch bloße deklaratorische Ausführungen. Die Abgrenzung zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen kann Schwierigkeiten bereiten. Die Änderung unechter Satzungsbestandteile unterfällt nicht den Vorgaben der Satzungsänderung.<sup>2587</sup>

#### d) Satzungsänderung

Gem. § 33 Abs. 1 S. 1 BGB ist für eine Änderung der Satzung eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich, hingegen für die Änderung des Vereinszwecks die Zustimmung aller Vereinsmitglieder gefordert wird, § 33 Abs. 1 S. 2 BGB. Es ist zulässig, dass die Satzung hiervon abweicht (§ 40 BGB), wobei sie die Anforderungen verschärfen oder mildern kann.<sup>2588</sup> Eine Satzungsänderung ist jede Änderung des Wortlauts der Satzung, mithin ist sie dann gegeben, wenn eine inhaltliche Veränderung der Rechtsverhältnisse oder eine rein redaktionelle Änderung des Satzungstextes vorliegt.<sup>2589</sup> Die Satzungsänderung betrifft lediglich echte Satzungsbestandteile.<sup>2590</sup>

Vor einer wesentlichen Pflichtenmehrung durch eine Satzungsänderung ist ein Mitglied grundsätzlich geschützt.<sup>2591</sup> Des Weiteren muss das betreffende Mitglied einer nachträglichen Einführung einer Schiedsklausel zustimmen, soweit diese für ihn bindend sein soll.<sup>2592</sup> Eine rückwirkende Satzungsänderung, welche die bestehenden Vorschriften verschärft, ist grundsätzlich nicht zulässig.<sup>2593</sup> Jede Satzungsklausel unterliegt auch bei entgegenstehender Satzungsbestimmung einer Änderungsfähigkeit.<sup>2594</sup> Führt die Mehrheit eine unwirksame Zweckänderung gegen den Willen der Minderheit faktisch durch, kommt es nach nunmehr h. M. aufgrund der Anerkennung der mitgliedschaftlichen Unterlassungs- und Wiederherstellungsklage nicht zur automatischen Abspaltung der satzungswidrig handelnden Mehrheit.<sup>2595</sup> Ebenso umstritten ist, ob eine Satzungsänderung von der Zustimmung eines vereinsfremden Dritten abhängig gemacht werden kann.<sup>2596</sup> Schließlich ist eine Satzungsdurchbrechung, d. h., eine Abweichung von einer Satzungsbestimmung in einem konkreten Fall, aufgrund der zwingenden Regelung des § 71 Abs. 1 S. 1 BGB unzulässig.<sup>2597</sup>

---

<sup>2586</sup> Reichert Rn. 435; K.Schmidt GesR S. 78.

<sup>2587</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 34, 133; Reichert Rn. 439.

<sup>2588</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 33 Rn. 15ff; Palandt/Ellenberger § 33 Rn. 2; Reichert Rn. 439, 618; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 133; vgl. aber auch, K.Schmidt GesR S. 84f.

<sup>2589</sup> OLG München FGPrax 2011, 310, 311; Palandt/Ellenberger § 33 Rn. 1; Stöber/Otto Rn. 905; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 34, 133.

<sup>2590</sup> Reichert Rn. 594; Soergel/Hadding § 33 Rn. 3; a. A. Staudinger/Weick § 33 Rn. 14.

<sup>2591</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 23 Rn. 10; vgl. Soergel/Hadding § 25 Rn. 26a.

<sup>2592</sup> BGHZ 144, 146, 148ff, ohne allgemeingültigen Aussagegehalt; Münch Hdb GesR V/Wagner § 23 Rn. 12.

<sup>2593</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 23 Rn. 14; vgl. Stöber/Otto Rn. 939; MüKo/Reuter § 71 Rn. 4; Soergel/Hadding § 33 Rn. 13; vgl. aber auch, Reichert Rn. 632.

<sup>2594</sup> Soergel/Hadding § 33 Rn. 7; Staudinger/Weick § 33 Rn. 6; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 137; Märkle/Alber S. 40; für die Gründungssatzung abweichend, Reichert Rn. 591.

<sup>2595</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 33 Rn. 13; Soergel/Hadding § 33 Rn. 15; Staudinger/Weick § 33 Rn. 19.

<sup>2596</sup> Bejahend: Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 136; Palandt/Ellenberger § 33 Rn. 2. Stark eingrenzend: OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.06.2013, Az: 3 W 19/13; Soergel/Hadding § 33 Rn. 7; Staudinger/Weick § 33 Rn. 8f; Reichert Rn. 627; vgl. aber auch, Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 475f. Verneinend: Steinbeck S. 92ff. Vgl. zur Unternehmergesellschaft, F. IV. 2. c) bb) (1).

<sup>2597</sup> Vgl. OLG Oldenburg OLGR 2009, 612, 615, zur Abweichung aufgrund ständiger Übung; Staudinger/Weick § 33 Rn. 11; Palandt/Ellenberger § 33 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 134; a. A. MüKo/Reuter § 33 Rn. 10.

Die Änderung der Satzung bedarf der Eintragung in das Vereinsregister, wodurch sie wirksam wird, § 71 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Änderung ist vom Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl zur Eintragung anzumelden, §§ 71 Abs. 1 S. 2, 77 S. 1 BGB. Der Anmeldung sind eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses und der Wortlaut der Satzung beizufügen, § 71 Abs. 1 S. 3 BGB.<sup>2598</sup> Gem. § 71 Abs. 1 S. 4 BGB muss „die Satzungshistorie“<sup>2599</sup> korrekt sein. Die Anmeldungen zum Register sind mittels öffentlich beglaubigter Erklärungen abzugeben, § 77 S. 1 BGB.

### e) Auslegung

Die Auslegung von Satzungsbestimmungen ist umstritten. Die h. M. unterscheidet zwischen der Auslegung von echten und unechten Satzungsbestandteilen. Während die echten Satzungsbestandteile lediglich objektiv auszulegen sind, sollen bei den unechten Satzungsbestandteilen die allgemeinen Regeln für die Vertragsauslegung greifen.<sup>2600</sup> Ist eine Satzungsbestimmung nicht mehr durchführbar, tritt an deren Stelle grundsätzlich die gesetzliche Bestimmung.<sup>2601</sup>

### f) Fehlerhafte Satzung oder Satzungsänderung

Denkbar ist, dass die Gründungssatzung oder eine Satzungsänderung fehlerhaft ist. Die Fehlerhaftigkeit kann dabei aus Verfahrensfehlern, aus inhaltlichen Fehlern oder aus Willensmängeln der Beteiligten folgen.<sup>2602</sup>

Inhaltsmängel der Gründungssatzung oder Mängel hinsichtlich der Willensbildung und Willensäußerung der Gründungsmitglieder bei Feststellung der Satzung lassen die Wirksamkeit der Satzung *in toto* grundsätzlich unberührt, solange zwei<sup>2603</sup> bzw. drei<sup>2604</sup> wirksame Beitrittserklärungen vorliegen, da die Satzung mit Entstehung des Vereins nach der h. M. ein unabhängiges rechtliches Eigenleben als körperschaftliche Verfassung erfährt, so dass § 139 BGB auf die Satzung nicht anwendbar ist.<sup>2605</sup> Ob hingegen bei nichtigen Satzungsregelungen die Satzung insgesamt dennoch keinen Bestand hat, beurteilt sich danach, ob der verbleibende Teil für den Vereinszweck und die Mitgliederbelange noch eine sinnvolle Regelung des Vereinslebens begründet.<sup>2606</sup> Verstößt die Satzung insgesamt gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten oder sind erhebliche Teile von ihr unwirksam, führt dies zur Nichtigkeit der Satzung insgesamt.

---

<sup>2598</sup> Vgl. KG, Beschluss vom 31.07.2015, Az: 22 W.

<sup>2599</sup> Vgl. OLG Hamm Rpfleger 2011, 88, 88; DNotZ 2011, 390, 390f; OLG München FGPrax 2011, 310, 310; Palandt/Ellenberger § 71 Rn. 2.

<sup>2600</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 53ff; Soergel/Hadding § 25 Rn. 32; Reichert Rn. 438, 450; vgl. auch, K.Schmidt GesR S. 90f: Auf das subjektive Verständnis kann es ankommen, wenn die Beteiligten „noch unter sich“ sind. A. A. Grunewald, in: ZGR 1995, 68, 82.

<sup>2601</sup> Reichert Rn. 462.

<sup>2602</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 24 Rn. 1ff; Soergel/Hadding § 25 Rn. 27.

<sup>2603</sup> Palandt/Ellenberger § 21 Rn. 11; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 8; Reichert Rn. 88.

<sup>2604</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 16.

<sup>2605</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 42; K.Schmidt GesR S. 137; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 12; Soergel/Hadding § 25 Rn. 29; vgl. Stöber/Otto Rn. 27, 55.

<sup>2606</sup> BGHZ 47, 172, 180; OLG Stuttgart Rpfleger 2010, 519, 520; Staudinger/Weick § 25 Rn. 19; Reichert Rn. 455; MüKo/Reuter § 25 Rn. 25; Stöber/Otto Rn. 58; Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 42; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 36; abweichend hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 139 BGB, Soergel/Hadding § 25 Rn. 28.

Bei Mängeln im Rahmen der Satzungsänderung wird, wie bereits gezeigt, im Aktienrecht danach unterschieden, ob der jeweilige Mangel dazu führt, dass der Beschluss entweder nichtig oder anfechtbar ist. Die Rechtsprechung zum Vereinsrecht überträgt diese Grundsätze nicht auf den bürgerlich-rechtlichen Verein, wobei diese Haltung u. a. damit begründet wird, dass nach Ansicht des historischen Gesetzgebers die Anwendung dieser aktienrechtlichen Regelungen auf das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht zu kompliziert sei.<sup>2607</sup> Insofern soll es entweder gültige oder ungültige Beschlüsse geben.<sup>2608</sup> Im Vereinsrecht sind Beschlüsse danach absolut nichtig, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), gegen unabdingbare vereinsrechtliche Vorschriften, gegen zwingendes öffentliches Vereinsrecht oder gegen das gemeinschaftliche Interesse an einer ordnungs- und rechtmäßigen Willensbildung verstoßen, wobei die Nichtigkeit bereits von Gesetzes wegen eintritt.<sup>2609</sup> Daran anknüpfend wird vertreten, dass bei nichtschwerwiegenden Verfahrensfehlern, welche mitgliederschützende Normen verletzen, diese durch das betroffene Mitglied gerügt werden müssen (Widerspruch), wenn der Beschluss nicht wirksam werden soll.<sup>2610</sup> Zudem wird dem Verein das Recht gewährt, nachzuweisen, dass der Beschluss nicht auf dem Mangel beruht<sup>2611</sup> bzw. nach neuerer Rechtsprechung der Mangel nicht relevant war.<sup>2612</sup> Unwirksame und undurchführbare Satzungsteile werden durch das dispositive Vereinsrecht ersetzt, während dem Gericht eine geltungserhaltende Reduktion verwehrt bleibt.<sup>2613</sup>

In der Literatur wird indes zunehmend die Auffassung vertreten, dass die Grundsätze der §§ 241ff AktG auch auf das Vereinsrecht entsprechend zu übertragen sind.<sup>2614</sup>

Durch die Eintragung der fehlerhaften Satzungsregeln in das Vereinsregister werden die Mängel nach h. M. nicht geheilt.<sup>2615</sup> Wendet man hingegen die in der Literatur aufkommende Auffassung an, so greift § 242 Abs. 2 AktG in entsprechender Anwendung mit der Folge, dass nach Ablauf einer Frist von drei Jahren nach Eintragung in das Vereinsregister die Nichtigkeit von Privaten nicht mehr geltend gemacht werden kann, obschon es bei der Möglichkeit der Amtslöschung verbleibt.<sup>2616</sup> Insgesamt kann festgehalten werden, dass bereits durch die Rügeobliegenheit die vereinsrechtlichen Regeln denen der §§ 241ff AktG angenähert sind.<sup>2617</sup>

## **g) Gerichtliche Kontrolle**

### **aa) Registergerichtliche Kontrolle**

Durch das Registergericht wird sowohl die Satzung bei der Anmeldung als auch jede Satzungsänderung überprüft, wobei eine über § 60 BGB hinausgehende Kontrolle erfolgt, so

---

<sup>2607</sup> Vgl. Staudinger/Weick § 32 Rn. 23.

<sup>2608</sup> Vgl. BGHZ 59, 369, 371f, 374; BGH NJW 1975, 2101, 2101; OLG Düsseldorf RNotZ 2010, 273, 274; vgl. Stöber/Otto Rn. 862.

<sup>2609</sup> Vgl. BGHZ 59, 369, 372f; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213; Stöber/Otto Rn. 864ff; Soergel/Hadding § 32 Rn. 15; Reichert Rn. 1977ff.

<sup>2610</sup> Soergel/Hadding § 32 Rn. 18; Reichert Rn. 1974, 1998ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213ff.

<sup>2611</sup> Vgl. BGHZ 59, 369, 374; OLG Köln Rpfleger 1983, 158, 159.

<sup>2612</sup> BGH NJW 2008, 69, 73; Palandt/Ellenberger § 32 Rn. 10; Soergel/Hadding § 32 Rn. 37a; Reichert Rn. 2019ff.

<sup>2613</sup> OLG Brandenburg MDR 2005, 640, 641; Münch Hdb GesR V/Wagner § 24 Rn. 11; Reichert Rn. 456; abweichend, K.Schmidt GesR S. 137f.

<sup>2614</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213; K.Schmidt GesR S. 696ff; vgl. MüKo/Reuter § 32 Rn. 56ff; Rittmeyer S. 135ff; vgl. W.Kögler S. 156.

<sup>2615</sup> Vgl. Reichert Rn. 689.

<sup>2616</sup> MüKo/Reuter § 32 Rn. 65.

<sup>2617</sup> Vgl. zur Unterscheidung von rechtswidrigen und nichtigen Beschlüssen, MüKo/Reuter § 32 Rn. 57.

dass das Registergericht sowohl eine Vollständigkeits- als auch eine eingeschränkte Rechtmäßigkeitskontrolle vornimmt.<sup>2618</sup> Die Regelung des § 9c Abs. 2 GmbHG ist bei der Gründung des Vereins in entsprechender Anwendung heranzuziehen.<sup>2619</sup> Eine Zweckmäßigkeitskontrolle findet indes nicht statt.<sup>2620</sup>

## **bb) Richterliche Inhaltskontrolle**

Die Zulässigkeit und der Umfang einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle sind umstritten, wobei man unter der richterlichen Inhaltskontrolle die Überprüfbarkeit der körperschaftlichen Regelungen auf Angemessenheit und Ausgewogenheit versteht.<sup>2621</sup> Während eine solche bei der registergerichtlichen Prüfung überwiegend abgelehnt wird<sup>2622</sup>, wird diese Frage bei Streitigkeiten zwischen dem Verein und den Mitgliedern uneinheitlich beantwortet<sup>2623</sup>. Auch wenn die §§ 305ff BGB keine Anwendung finden, soll eine an §§ 138, 242 BGB ausgerichtete Inhaltskontrolle nach h. M. unter bestimmten Umständen möglich sein.<sup>2624</sup>

## **h) Regelungen außerhalb der Satzung**

Außerhalb der Satzung können in sog. Vereins- oder Geschäftsordnungen weitergehende Regelungen verankert sein. Soweit diese Regelungen eine Veränderung erfahren sollen, sind die Anforderungen an eine Satzungsänderung nicht zu beachten.

### **aa) Vereinsordnungen**

Wie oben gezeigt, erfordern zahlreiche Bestimmungen, um wirksam zu sein, eine Aufnahme in der Satzung. Bei einigen Regelungen, die nicht als Muss- oder Sollvorschriften bzw. als weitere Grundentscheidungen in die Satzung aufzunehmen sind, besteht ein Wahlrecht, ob diese Regelungen in die Satzung oder in eine nachrangige Vereinsordnung aufgenommen werden sollen.<sup>2625</sup> Der Zweck dieser Regelungen ist, wie bereits gezeigt, die Erläuterung, die nähere Ausgestaltung und die geschäftsmäßige Durchführung der das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen und Leitprinzipien.<sup>2626</sup> Der Verein kann daher satzungsnachrangige Vereinsordnungen schaffen, so dass die Regelungen der Satzung diesen Normen vorgehen; für die jeweils betroffenen Mitglieder sind diese Bestimmungen gleichsam

---

<sup>2618</sup> OLG Köln NJW 1992, 1048, 1048; FGPrax 2009, 275, 277; OLG Düsseldorf RNotZ 2010, 273, 274; Beschluss vom 28.05.2013, Az: I-3 Wx 43/13; OLG Karlsruhe FGPrax 2012, 210, 210; OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.09.2014; Az: 7 W 68/14; OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.09.2014, Az: 12 W 2015/14; Palandt/Ellenberger § 60 Rn. 1; Soergel/Hadding § 60 Rn. 2f; Staudinger/Habermann § 60 Rn. 3; MüKo/Reuter § 60 Rn. 2; Märkle/Alber S. 45; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 35ff; Reichert Rn. 657.

<sup>2619</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 38.

<sup>2620</sup> OLG Köln NJW 1992, 1048, 1048; OLG Hamm NJW-RR 2011, 39, 39f; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.10.2013, Az: 11 Wx 39/13; MüKo/Reuter § 60 Rn. 2; Märkle/Alber S. 32; K.Schmidt GesR S. 121f; Reichert Rn. 659.

<sup>2621</sup> Wiedemann Bd. I S. 172; Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 96ff.

<sup>2622</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 37; Fleck, in: Rpfleger 2009, 58, 58ff; a. A. wohl, Soergel/Hadding § 25 Rn. 25a.

<sup>2623</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 47ff; K.Schmidt GesR S. 124; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 17a; Wiedemann Bd. I S. 172f.

<sup>2624</sup> Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 9; Soergel/Hadding § 25 Rn. 25a; Staudinger/Weick § 25 Rn. 20; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 47, 50; Stöber/Otto Rn. 56; Reichert Rn. 447f; K.Schmidt GesR S. 122.

<sup>2625</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 22 Rn. 1.

<sup>2626</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 151; Soergel/Hadding § 25 Rn. 8; vgl. Märkle/Alber S. 51; Reichert Rn. 470.

bindend.<sup>2627</sup> Pflichtenbegründende oder Mitgliedschaftsrechte beschränkende Vereinsordnungen bedingen einer satzungsmäßigen Ermächtigung, die Zweck, Struktur und Reichweite der Vereinsordnung vorgibt.<sup>2628</sup> Soweit das Gesetz oder die Satzung nichts Abweichendes vorsehen, ist für deren Erlass die Mitgliederversammlung zuständig, vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB. Vereinsordnungen setzen zu ihrer Wirksamkeit eine Bekanntmachung voraus.

## **bb) Geschäftsordnungen**

Des Weiteren können sog. Geschäftsordnungen bestehen, welche die Organisation und das entsprechende Verfahren innerhalb eines Organs regeln, wobei den jeweiligen Organen dabei auch ohne satzungsmäßige Ermächtigung das Recht zukommt, die eigenen Geschäftsordnungen selbst zu erlassen, obgleich die Mitgliederversammlung jedem Organ eine solchen Bestimmungen vorgehende Ordnung geben kann, soweit dies die Satzung wiederum nicht ausschließt.<sup>2629</sup> Eine Geschäftsordnung der Mitgliederversammlung, welche die Mitverwaltungsrechte der Mitglieder wesentlich erschwert, bedarf einer satzungsmäßigen Ermächtigung.<sup>2630</sup> Insgesamt muss sich aus der Satzung hinreichend konkret ergeben, inwieweit Regelungen zulässig sind, die von dispositiven, vereinsrechtlichen Regelungen abweichen.<sup>2631</sup>

## **3. Unternehmergesellschaft**

### **a) Allgemeines**

Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der Verfassung der Gesellschaft.<sup>2632</sup> Beim Gesellschaftsvertrag spricht man in einem körperschaftlichen Verständnis von der Satzung der Unternehmergesellschaft.<sup>2633</sup> Auch wenn hier zur Unterscheidung der Begriff Gesellschaftsvertrag verwendet wird, ist ein sachlicher Unterschied damit nicht einhergehend.<sup>2634</sup> Die Gründung einer Ein-Personen-Unternehmergesellschaft ist in materieller Hinsicht ein einseitiges Rechtsgeschäft, wobei der Gesetzgeber aus Gründen der Einfachheit auch hier den Begriff Gesellschaftsvertrag verwendet.<sup>2635</sup> Den Gesellschaftern kommt eine weitreichende Satzungsautonomie zu, auch wenn das GmbH-Recht in § 3 Abs. 1 GmbHG einen Mindestinhalt vorschreibt. Das GmbH-Recht enthält zudem wenige zwingende Vorschriften. Man kann dabei zwischen solchen Normen unterscheiden, welche das Gesetz als zwingend bezeichnet (vgl. § 51a Abs. 3 GmbHG) und solchen, die zwar nicht ausdrücklich als zwingend dargestellt sind, jedoch gleichsam unverzichtbare Rechte enthalten (vgl. § 5a

---

<sup>2627</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 6; Staudinger/Weick § 25 Rn. 4; Reichert Rn. 470; Lohbeck, in: MDR 1972, 381, 384.

<sup>2628</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 8; MüKo/Reuter § 25 Rn. 10; Reichert Rn. 472; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 151; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 7.

<sup>2629</sup> BGHZ 47, 172, 177; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 9; Palandt/Ellenberger § 25 Rn. 6; Soergel/Hadding § 25 Rn. 8a; MüKo/Reuter § 25 Rn. 11; Stöber/Otto Rn. 959; kritisch zur Erlasskompetenz der Organe, Reichert Rn. 489.

<sup>2630</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 10; vgl. Reichert Rn. 487.

<sup>2631</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 21 Rn. 2.

<sup>2632</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 1.

<sup>2633</sup> Vgl. Windbichler § 21 Rn. 3, § 22 Rn. 45; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 101; K.Schmidt GesR S. 82.

<sup>2634</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 101; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 2: Beide Begriffe sind gleichbedeutend; vgl. auch, K.Schmidt GesR S. 80ff.

<sup>2635</sup> MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 11; K.Schmidt GesR S. 80f.

Abs. 4 GmbHG).<sup>2636</sup> Soweit Vorschriften zwingend sind, betreffen sie zumeist das „Außenverhältnis“ (§§ 30-32 und 37 GmbHG) und nur ganz selten das „Innenverhältnis“ (z. B. § 51a Abs. 3 GmbHG).<sup>2637</sup> Darüber hinaus findet die Gestaltungsfreiheit ihre Grenzen in den Vorgaben der §§ 134, 138 BGB sowie in den unverzichtbaren körperschaftlichen Rechtsgrundsätzen.<sup>2638</sup> Der weite Spielraum der Gesellschafter wird damit begründet, dass es als Ausdruck der Selbstbestimmung grundsätzlich Aufgabe der Gesellschafter sei, beim Vertragsschluss und bei späteren Änderungen ihre Rechtsposition genügend abzusichern.<sup>2639</sup> Die Rechte der Gesellschafter bestimmen sich, soweit gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, aus dem Gesellschaftsvertrag (vgl. § 45 Abs. 1 GmbHG), wobei im Falle des Fehlens entsprechender Vorschriften die Regelungen der §§ 46 bis 51 GmbHG (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG) sowie die übrigen Regelungen des GmbH-Rechts einschlägig sind.<sup>2640</sup> Insofern kann festgehalten werden, dass die Verfassung der Gesellschaft aus den zwingenden Vorschriften des GmbH-Rechts, den Regelungen des Gesellschaftsvertrages und den dispositiven Vorschriften des GmbH-Rechts besteht.

## **b) Form und Unterzeichnung**

Der Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Form und ist von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen, § 2 Abs. 1 GmbHG. Bei einer Vertretung ist § 2 Abs. 2 GmbHG zu beachten. Der Gesellschaftsvertrag muss in einer Urkunde enthalten sein.<sup>2641</sup> Er kann in einer fremden Sprache festgestellt und beurkundet werden, obschon in diesen Fällen der Anmeldung zum Handelsregister eine beglaubigte Übersetzung beizufügen ist.<sup>2642</sup>

## **c) Inhalt**

Es kann eine Unterteilung in echte und unechte Bestandteile des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werden.

### **aa) Echte Bestandteile**

#### **(1) Mindestinhalt**

§ 3 Abs. 1 GmbHG betrifft den Mindestinhalt eines jeden Gesellschaftsvertrages.<sup>2643</sup> Danach muss der Gesellschaftsvertrag die Firma und den Sitz der Gesellschaft (Nr. 1), den Gegenstand des Unternehmens (Nr. 2), den Betrag des Stammkapitals (Nr. 3) sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das

---

<sup>2636</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 11; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 10.

<sup>2637</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 11; vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 10; Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 88.

<sup>2638</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 12ff; Baumbach/Hueck § 45 Rn. 7; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 10; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 151f.

<sup>2639</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 6; vgl. Baumbach/Hueck § 53 Rn. 3; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 148.

<sup>2640</sup> Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 11; vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 10.

<sup>2641</sup> OLG Frankfurt am Main BB 1981, 694, 694f; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 21; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 28; Baumbach/Hueck § 8 Rn. 4; vgl. Roth/Altmeppen § 2 Rn. 21: Einheitliches Vertragswerk.

<sup>2642</sup> LG Düsseldorf GmbHR 1999, 609, 610; Baumbach/Hueck § 2 Rn. 9; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 25; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 15.

<sup>2643</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 1; vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 7.



Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt (Nr. 4), enthalten. Die Angaben nach § 3 Abs. 1 GmbHG sind für die Eintragung zwingend, § 9c Abs. 2 Nr. 1 GmbHG.

Zu beachten ist, dass der Gegenstand des Unternehmens gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG nicht gleichbedeutend mit dem Zweck i. S. v. § 1 GmbHG ist, da er vielmehr nur das Mittel zur Erreichung des Zwecks darstellt.<sup>2644</sup> Grundsätzlich ist der Unternehmensgegenstand daher der engere Begriff.<sup>2645</sup> Eine zusätzliche Aufnahme des Zwecks ist grundsätzlich nicht notwendig, hingegen dies nicht für eine Gesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich gilt.<sup>2646</sup> Zudem sind bei einer gemeinnützigen Gesellschaft die Vorschriften der §§ 59, 60 AO zu beachten. Das Stammkapital der Gesellschaft muss als fester Betrag in Euro angegeben sein, so dass es nicht ausreichend ist, lediglich die einzelnen Nennbeträge der Geschäftsanteile ohne ihre Summe zu benennen.<sup>2647</sup> Darüber hinaus ist es erforderlich, dass sich die Anzahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile<sup>2648</sup> von Nebenleistungen i. S. v. § 3 Abs. 2 GmbHG sowie von schuldrechtlichen Abreden abgrenzen.<sup>2649</sup>

## (2) Formpflichtige fakultative Bestandteile

Der Gesellschaftsvertrag muss zudem die fakultativen Vereinbarungen enthalten, welche nach dem GmbHG nur gültig sind, soweit sie in ihm geregelt werden (vgl. §§ 12, 15 Abs. 5, 26 Abs. 1, 28, 29, 34 Abs. 1, 2<sup>2650</sup>, 35 Abs. 2, 37 Abs. 1, 38 Abs. 2, 45 Abs. 2, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 S. 2, 55a, 60 Abs. 1 Nr. 2, 60 Abs. 2, 66 Abs. 1, 72 GmbHG). 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 bedürfen auch diese Bestimmungen der Aufnahme im Gesellschaftsvertrag, § 3 Abs. 2 GmbHG. Nach h. M. besteht indes ein Wahlrecht, die Nebenleistungspflicht i. S. v. § 3 Abs. 2 GmbHG als mitgliedschaftliche Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen oder sie als nichtkörperschaftliche, rein schuldrechtliche Vorschrift außerhalb des Statuts zu regeln.<sup>2651</sup> Des Weiteren sind solche Bestimmungen, welche die Grundlage der Gesellschaft, ihre Beziehung zu den Gesellschaftern sowie die Rechtsstellung ihrer Organe in Abweichung oder Ergänzung zum gesetzlich vorgegebenen Normalstatut mit unmittelbarer Wirkung für die Gesellschaft, die Gesellschafter und ggfs. außenstehende Dritte gestalten, im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.<sup>2652</sup> Demgegenüber sind nach h. M. jedoch nicht sämtliche, den Verband bestimmende Grundentscheidungen zwingend in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.<sup>2653</sup> Schiedsklauseln für gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten bedürfen indes

<sup>2644</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 86; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 9; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 7; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 47f.

<sup>2645</sup> Baumbach/Hueck § 3 Rn. 7; Roth/Altmeyen § 3 Rn. 5; Windbichler § 21 Rn. 4.

<sup>2646</sup> Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 5; Roth/Altmeyen § 3 Rn. 5; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 9; in diese Richtung, Scholz/Emmerich § 3 Rn. 11.

<sup>2647</sup> Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 93; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 39; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 49; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 55; abweichend, Baumbach/Hueck § 3 Rn. 15.

<sup>2648</sup> Vgl. zur Geltung bei späteren Änderungen, OLG München BB 2010, 2009, 2010; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 18; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 44; Roth/Altmeyen § 3 Rn. 18f; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 55f.

<sup>2649</sup> Baumbach/Hueck § 3 Rn. 16; Münch Hdb GesR III/Heinrich/Heidinger § 19 Rn. 95.

<sup>2650</sup> Für eine Zwangseinziehung müssen deren Voraussetzungen bereits beim Beitritt des Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag vorgegeben sein, Münch Hdb GesR III/Mayer § 20 Rn. 72.

<sup>2651</sup> MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 12; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 57; Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 13; Noack, Gesellschaftervereinbarungen S. 129ff; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 5 Rn. 14; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434f; abweichend, C.Berger S. 50ff; Ullrich, in: ZGR 1985, 235, 252ff.

<sup>2652</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 5 Rn. 11ff, 23; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 51; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 10; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 427; Priester, in: DB 1979, 681, 682.

<sup>2653</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 13; Noack, Gesellschaftervereinbarungen S. 129ff; a. A. C.Berger S. 50ff.

der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.<sup>2654</sup> Sofern die Gesellschaft die Gründungskosten übernehmen soll, muss dies ebenso im Gesellschaftsvertrag verankert sein.<sup>2655</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht in jedem Fall eine Abrede über die vorgenannten Punkte in einer schuldrechtlichen Vereinbarung unwirksam wäre, obgleich die Abrede dann lediglich schuldrechtliche Wirkung hat.<sup>2656</sup>

### **(3) Weitere körperschaftliche Regelungsgegenstände**

Zudem gibt es auch Regelungsgegenstände, die nicht zwingend im Gesellschaftsvertrag verankert sein müssen. Sofern sie gleichsam auch nicht zu den zwingenden nichtkörperschaftlichen Bestandteilen zu rechnen sind, besteht ein Wahlrecht der Gesellschafter hinsichtlich der Einordnung der Bestimmungen, wodurch sie als echte Bestandteile in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können.<sup>2657</sup> Für welche konkreten Regelungen ein solcher Entscheidungsrahmen eröffnet ist, ist umstritten, wobei die h. M. drei Bereiche aufstellt, in denen sie eine solche Wahl zulässt: Es handelt sich dabei um die Nebenpflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft<sup>2658</sup>, um Verpflichtungen, die von den Gesellschaftern untereinander begründet werden<sup>2659</sup> sowie um innergesellschaftliche Fragen, die üblicherweise durch einfachen Gesellschafterbeschluss geregelt werden und nach dem Willen der Beteiligten ausnahmsweise den weitergehenden Regeln der Satzung unterliegen sollen<sup>2660</sup>. Die bloße Aufnahme einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag führt indes nicht automatisch zur Begründung eines echten Satzungsbestandteils.

#### **bb) Unechte Bestandteile**

Der Gesellschaftsvertrag kann auch sog. unechte Bestandteile aufweisen, die zwischen den jeweiligen Beteiligten gelten und auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages gefasst werden können.<sup>2661</sup> Es kann sich hierbei um rein schuldrechtliche Regelungen mit individualrechtlicher Bindungswirkung, einfache Gesellschafterbeschlüsse oder bloße Verlautbarungen handeln.<sup>2662</sup> Hierzu zählen z. B. die Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer ohne die damit verbundene Einräumung eines Sonderrechts<sup>2663</sup> sowie die Beziehung der Gesellschaft zu außenstehenden Dritten.<sup>2664</sup> Die Abgrenzung zwischen

<sup>2654</sup> Roth/Altmeppen § 3 Rn. 42; vgl. Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 367; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 429.

<sup>2655</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 349; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 78; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 8; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 429. Vgl. zudem OLG Celle, Beschluss vom 11.02.2016, Az: 9 W 10/16.

<sup>2656</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 119.

<sup>2657</sup> MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 55; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 14; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 3; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434; Priester, in: DB 1979, 681, 682.

<sup>2658</sup> Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434ff; vgl. auch, Münch Hdb GesR III/Mayer § 20 Rn. 16;

Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 14; vgl. indes, Ullrich, in: ZGR 1985, 235, 254f: Nebenleistungspflichten, welche der Stellung einer Einlage des Gesellschafters gleichkommen, sind satzungspflichtig.

<sup>2659</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 14; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434ff; a. A. Ganssmüller, in: GmbHR 1963, 85, 86.

<sup>2660</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 14; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434ff.

<sup>2661</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 2; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 4; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 15.

<sup>2662</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 8; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 83ff; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 17; Priester, in: DB 1979, 681, 681; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 420.

<sup>2663</sup> Vertiefend, Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 436.

<sup>2664</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 10; vgl. Heckschen/Heidinger § 9 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 10; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 15; Priester, in: DB 1979, 681, 682; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 430f.

körperschaftlichen Regelungen und unechten Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages kann Schwierigkeiten bereiten.

#### **d) Musterprotokoll**

Das GmbH-Recht enthält im Gegensatz zum Vereinsrecht ein gesetzlich vorgegebenes Musterprotokoll. Dieses beinhaltet lediglich sieben Paragraphen. Die Einführung des Musterprotokolls hat eine umfassende Kritik erfahren, da weitere, vom Gesetz nicht vorgesehene Regelungen, die in der Praxis üblicherweise erforderlich sind, nicht getroffen werden können, wenn man die Kostenprivilegierung gem. § 105 Abs. 6 GNotKG i. V. m §§ 97 Abs. 1, 108 Abs. 1, 107 Abs. 1 S. 2 GNotKG erhalten will.<sup>2665</sup> Gestaltungsspielraum besteht daher lediglich im Rahmen der Firma, des Sitzes, des Unternehmensgegenstandes sowie der Höhe und der Übernahme des Stammkapitals. Die Gesellschafter können bei einer Gründung im vereinfachten Verfahren nur einen Geschäftsanteil übernehmen. Die Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB<sup>2666</sup> sowie die vorgegebene Beteiligung der Gesellschaft an den Gründungskosten<sup>2667</sup> sind insoweit zwingend. In dem Musterprotokoll werden der Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsführerbestellung und die Gesellschafterliste zusammengefasst.<sup>2668</sup> Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren lediglich dann gegründet werden, wenn die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat (§ 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG), wobei nach der Handelsregistereintragung hiervon abgewichen werden kann. Unbedeutende Abwandlungen bei der Zeichensetzung, der Wortwahl oder der Stellung der Sätze, welche keine Auswirkungen auf den Inhalt haben, sind zulässig.<sup>2669</sup> Die Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag stellt keinen körperschaftlichen Bestandteil dar.<sup>2670</sup> Nach Eintragung der Gesellschaft gelten für die Änderung des Gesellschaftsvertrages die allgemeinen Regeln der §§ 53ff GmbHG, § 2 Abs. 1a S. 5 GmbHG. Die Formvorschriften des § 2 Abs. 1 GmbHG sind auch im Rahmen der vereinfachten Gründung zu beachten.

#### **e) Änderung des Gesellschaftsvertrages**

Eine stets zulässige<sup>2671</sup> Änderung des Gesellschaftsvertrages ist bei jeder Änderung oder Ergänzung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen gegeben, wobei dies nach h. M aus

---

<sup>2665</sup> Vgl. Windbichler § 21 Rn. 3; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 20a; vgl. zudem, Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 54; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 252ff; Scholz/Wicke § 2 Rn. 121ff; Katschinski/Rawert, in: ZIP 2008, 1993, 1994; Bayer/Hoffmann/Schmidt, in: GmbHR 2007, 953, 954; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 463; Miras, in: NZG 2012, 486, 489.

<sup>2666</sup> Vgl. zum Regelungsinhalt und zur umstrittenen Frage der Fortgeltung bei Veränderungen der Geschäftsführer, OLG Stuttgart GmbHR 2009, 827, 828f; OLG Hamm GmbHR 2009, 1334, 1335; RNotZ 2011, 193, 194f; OLG Rostock DNotZ 2011, 308, 309; OLG Düsseldorf DStR 2011, 2106, 2107: Das Musterprotokoll enthält nur die besonderen Vertretungsbefugnisse des bei der Gründung bestellten Geschäftsführers; vgl. Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 55.

<sup>2667</sup> Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 55. Zur Anwendbarkeit von § 26 Abs. 2 und 4 AktG analog auf die Regelung Nr. 5 des Musterprotokolls, OLG München GmbHR 2010, 1263, 1263f.

<sup>2668</sup> OLG München GmbHR 2010, 40, 40; 2010, 755, 755; OLG Rostock DNotZ 2011, 308, 309; OLG Bremen DNotZ 2010, 73, 73; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 226; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 20a.

<sup>2669</sup> OLG München DNotZ 2011, 69, 69; Miras, in: NZG 2012, 486, 488. Vgl. zur redaktionellen Anpassung bei späteren Satzungsänderungen, OLG München BB 2010, 2009, 2010.

<sup>2670</sup> OLG Rostock DNotZ 2011, 308, 309; OLG Bremen DNotZ 2010, 73, 74; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 246; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 47; Scholz/Wicke § 2 Rn. 100; Schäfer, in: ZIP 2011, 53, 55.

<sup>2671</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 53 Rn. 3; Roth/Altmeppen § 53 Rn. 25; Scholz/Priester § 53 Rn. 39.

Gründen der Rechtssicherheit bereits bei jeder Veränderung des Textes zu bejahen ist.<sup>2672</sup> Es finden die §§ 53 bis 58f GmbHG Anwendung. Diese Vorschriften gelten jedoch nur für Veränderungen echter Bestandteile des Gesellschaftsvertrages.<sup>2673</sup> Die besonderen Regelungen der §§ 55 bis 58f GmbHG greifen bei einer Veränderung des Stammkapitals. Das Recht zur Satzungsänderung fällt in die ausschließliche Kompetenz der Gesellschafter<sup>2674</sup>, so dass nach h. M. auch eine entsprechende Anwendung von § 179 Abs. 1 S. 2 AktG ausscheidet.<sup>2675</sup> Daran anknüpfend ist umstritten, ob die Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrages zwingend in einer Versammlung zu erfolgen hat.<sup>2676</sup>

Gem. § 53 Abs. 1 GmbHG kann eine Änderung des Gesellschaftsvertrages nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen, wobei der Beschluss gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden muss und einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf. Änderungen, die zur Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen führen, erfordern die Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter, § 53 Abs. 3 GmbHG. Gem. § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG kann der Gesellschaftsvertrag noch andere Erfordernisse aufstellen. Die Leistungspflicht i. S. v. § 53 Abs. 3 GmbHG ist weit auszulegen, so dass z. B. die Einführung zusätzlicher Vertragsstrafen oder die Begründung von Nebenleistungspflichten hierunter fallen.<sup>2677</sup> Zudem besteht auch dort ein Zustimmungsvorbehalt, wo in den Kernbereich der Mitgliedschaft (z. B. Stimmrecht, Geschäftsanteile) eingegriffen wird.<sup>2678</sup> Der Änderung des Gesellschaftszwecks müssen alle Gesellschafter zustimmen, während die Änderung des Unternehmensgegenstandes lediglich eine satzungsändernde Mehrheit bedingt.<sup>2679</sup> Ob Dritten ein Zustimmungsvorbehalt zu Satzungsänderungen eingeräumt werden kann, ist umstritten.<sup>2680</sup> Eine inhaltliche Rückwirkung der Änderung ist für das Außenverhältnis nicht zulässig, während dies für das Innenverhältnis grundsätzlich nur bei allseitigem Einverständnis möglich sein soll.<sup>2681</sup>

Nach umstrittener Auffassung sind Satzungsdurchbrechungen, mithin Gesellschafterbeschlüsse, die gegen die materielle Satzung verstoßen, ohne sie abstrakt

---

<sup>2672</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 2; Scholz/Priester § 53 Rn. 18; vgl. Heckschen/Heidinger § 9 Rn. 3ff; Roth/Altmeppen § 53 Rn. 5; Michalski/Hoffmann § 53 Rn. 23ff; Simon, in: GmbHR 2003, 892, 893; abweichend, Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 35; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 33.

<sup>2673</sup> Vgl. zur Änderung der im Musterprotokoll enthaltenen gesellschaftsvertraglichen Regelungen, OLG München GmbHR 2010, 40, 40; OLG Düsseldorf DStR 2011, 2106, 2107.

<sup>2674</sup> Roth/Altmeppen § 45 Rn. 2; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 7; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 55. Vgl. zum Einflussrecht außenstehender Dritter, F. IV. 2. c) bb) (1).

<sup>2675</sup> Baumbach/Hueck § 53 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 35; Simon, in: GmbHR 2003, 892, 894; a. A. MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 33, 56; vgl. auch, Roth/Altmeppen § 53 Rn. 5.

<sup>2676</sup> Bejahend: BGHZ 15, 324, 328; vgl. Roth/Altmeppen § 53 Rn. 17. Verneinend: Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 19; Windbichler § 22 Rn. 45; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 12; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 61; Scholz/Priester § 53 Rn. 65f.

<sup>2677</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 33; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 32; vgl. MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 134.

<sup>2678</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 34; Roth/Altmeppen § 53 Rn. 39f; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 100.

<sup>2679</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 35; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 29f; Roth/Altmeppen § 53 Rn. 42; unter Verwendung des Begriffs "Gesellschaftsziel" anstatt des hier verwendeten Begriffs "Gesellschaftszweck", MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 188.

<sup>2680</sup> MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 57; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 79; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 7; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 431; a. A. Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 477. Vertiefend, F. IV. 2. c) bb) (1).

<sup>2681</sup> Baumbach/Hueck § 53 Rn. 60; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 43; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 174ff; Scholz/Priester § 53 Rn. 187.

generell zu ändern<sup>2682</sup>, trotz der fehlenden Einhaltung der formellen Voraussetzungen für die Satzungsänderung wirksam, gleichsam anfechtbar, wenn sie nicht dauerhaft oder zustandsbegründend sind, sondern einzelfallbezogen bzw. auf vorübergehende Wirkung abzielen.<sup>2683</sup>

Die Änderung des Gesellschaftsvertrages ist zur Eintragung in das Register anzumelden, § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Sie wird mit der Eintragung wirksam, § 54 Abs. 3 GmbHG. Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages beizufügen, § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG.<sup>2684</sup> Sie muss durch die Geschäftsführer (§ 78 GmbHG) und in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB) erfolgen. Ferner bedarf es der Beifügung einer notariellen Bescheinigung i. S. v. § 54 Abs. 1 S. 2 2. Hs GmbHG. Sofern keine nach § 10 GmbHG eintragungspflichtige Angabe betroffen ist, genügt bei der Eintragung die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Dokumente über die Abänderung, § 54 Abs. 2 GmbHG. Es erfolgt zudem eine Bekanntmachung durch das Gericht, § 12 GmbHG, § 10 HGB. Die §§ 53, 54 GmbHG beinhalten zwingendes Recht, so dass eine Minimierung der Anforderungen ausgeschlossen ist.<sup>2685</sup> Umstritten ist, ob eine Änderung von unechten Bestandteilen eingetragen werden kann<sup>2686</sup>, eingetragen werden muss<sup>2687</sup> oder sogar gänzlich eintragungsunfähig ist<sup>2688</sup>.

## f) Auslegung

Bei der Auslegung von Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ist wie beim eingetragenen Verein nach h. M. zwischen echten und unechten Bestandteilen zu unterscheiden.<sup>2689</sup> Während echte Bestimmungen nur anhand allgemein zugänglicher, sie betreffender und beim Handelsregister eingereichter Unterlagen objektiv auszulegen sind, erfolgt bei unechten Regelungen des Gesellschaftsvertrages die Auslegung anhand allgemeiner vertraglicher Grundsätze.<sup>2690</sup>

---

<sup>2682</sup> Heckschen/Heidinger § 9 Rn. 9; Michalski/Hoffmann § 53 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 27; vertiefend, Zöllner, in: Festschrift Priester 2007, S. 879, 880ff.

<sup>2683</sup> Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 28ff; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 48ff; Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 72ff; K.Schmidt GesR S. 1189: Soll rechtmäßig sein, wenn alle Gesellschafter zustimmen; Michalski/Hoffmann § 53 Rn. 40; Windbichler § 22 Rn. 45; abweichend, Zöllner, in: Festschrift Priester 2007, S. 879, 888f: Es bedarf keiner Unterscheidung zwischen punktuellen und zustandsbegründenden Maßnahmen.

<sup>2684</sup> Gilt auch bei Änderungen der Bestimmungen des im Musterprotokoll enthaltenen Gesellschaftsvertrages, OLG München GmbHR 2010, 40, 40.

<sup>2685</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 8; Windbichler § 22 Rn. 45; Roth/Altmeppen § 53 Rn. 27; abweichend, Baumbach/Hueck § 53 Rn. 33. Roth/Altmeppen § 53 Rn. 18; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 13; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 79: Eine Änderung des Stimmgewichts aufgrund des dispositiven § 47 Abs. 2 GmbHG bleibt möglich.

<sup>2686</sup> Vgl. LG Dortmund GmbHR 1978, 235, 235.

<sup>2687</sup> MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 31; wohl auch, Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 35ff.

<sup>2688</sup> Vgl. Hachenburg/Ulmer § 53 Rn. 27.

<sup>2689</sup> Vgl. BGHZ 116, 359, 366; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 20ff; Baumbach/Hueck § 2 Rn. 29; Windbichler § 21 Rn. 7; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 420f; a. A. Grunewald, in: ZGR 1995, 68, 86ff. Vgl. zum Streitstand insgesamt, MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 152ff.

<sup>2690</sup> Baumbach/Hueck § 2 Rn. 29, 31f; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 13f; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 21f; vgl. Windbichler § 21 Rn. 7; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 18f; vgl. Roth/Altmeppen § 2 Rn. 16f; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 420f; abweichend, Rudolphi S. 9ff, 90, 140ff.

### **g) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag oder fehlerhafte Änderung des Gesellschaftsvertrages**

Es wurde bereits dargetan, dass die aktienrechtlichen Vorgaben über die Anfechtung oder die Nichtigkeit eines mangelhaften Gesellschafterbeschlusses (§§ 241ff AktG) auf das GmbH-Recht in entsprechender Anwendung zu übertragen sind. Die Heilungsvorschrift des § 242 Abs. 2 AktG findet insofern im GmbH-Recht auf Bestimmungen des Ursprungsgesellschaftsvertrages sowie auf spätere Änderungen des Vertrages entsprechende Anwendung.<sup>2691</sup> Das gleiche gilt für die Regelung des § 242 Abs. 1 AktG.<sup>2692</sup>

Bei der Betrachtung von Mängeln im Rahmen der Gründung einer Unternehmergesellschaft sind die verschiedenen Stadien der Gründung, mithin das Gründungsstadium, das Vollzugsstadium sowie das Stadium nach Eintragung der Gesellschaft, zu unterscheiden, wobei die etwaigen Mängel insoweit auf Verstößen gegen Formvorschriften, auf fehlerhafte Beitrittserklärungen oder fehlerhafte Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beruhen können.<sup>2693</sup> Wie die Gesellschafter Mängel des Gesellschaftsvertrages nach Eintritt des Vollzugsstadiums aber vor Eintragung geltend machen können, ist umstritten.<sup>2694</sup> Durch die Eintragung der Gesellschaft erfahren die meisten Mängel eine Heilung, hingegen bei schwerwiegenden Mängeln die abschließende Regelung des § 75 GmbHG zu beachten ist.<sup>2695</sup> Die Inhaltsmängel bewirken daher im Umkehrschluss zu § 75 GmbHG grundsätzlich nicht die Nichtigkeit des Gesamtvertrages, da auch hier § 139 BGB keine (uneingeschränkte) Anwendung findet, obgleich diese Inhaltsmängel gleichsam nicht unbeachtlich sind, so dass ausgehend von der Relevanz des Mangels auch eine Auflösung der Gesellschaft in Betracht kommen kann.<sup>2696</sup>

Ein Mangel kann sich, wie erwähnt, ebenso auf eine Beitrittserklärung beziehen. Ist auch nur eine Beitrittserklärung unwirksam, führt dies im Gründungsstadium noch zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, hingegen durch die Eintragung die entsprechenden Willensmängel geheilt werden und die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages nicht mehr berühren, soweit die betreffende Beitrittserklärung nicht einen zu beachtenden schweren Mangel aufweist.<sup>2697</sup> Beitrittserklärungen, die derartige schwerwiegende Mängel aufweisen, sind unwirksam.<sup>2698</sup> Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn sämtliche Beitrittserklärungen unwirksam sind, ist ebenso umstritten.<sup>2699</sup> Verstöße gegen die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG führen im Gründungsstadium gem. § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, wobei durch die Eintragung eine Heilung eintritt.<sup>2700</sup>

---

<sup>2691</sup> BGH MDR 2000, 1199, 1200; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 18 Rn. 18; Baumbach/Hueck Anh § 47 Rn. 73, 75.

<sup>2692</sup> Ulmer/Ulmer § 53 Rn. 103; Baumbach/Hueck Anh § 47 Rn. 73f.

<sup>2693</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 12 Rn. 2ff; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 174ff.

<sup>2694</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 12 Rn. 3; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 176; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 70.

<sup>2695</sup> OLG Frankfurt am Main NJW-RR 2002, 605, 605; Baumbach/Hueck § 75 Rn. 1; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 63, 177ff; Lutter/Hommelhoff § 75 Rn. 3f.

<sup>2696</sup> Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 12 Rn. 13ff; Roth/Altmeppen § 2 Rn. 37; vgl. Dörr S. 116.

<sup>2697</sup> Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 12 Rn. 25ff; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 181, 185ff; Baumbach/Hueck § 2 Rn. 44f.

<sup>2698</sup> MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 185ff; Roth/Altmeppen § 2 Rn. 37ff; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 28ff.

<sup>2699</sup> Vgl. KG ZIP 2000, 2253, 2253ff; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 195ff; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 31; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 77.

<sup>2700</sup> MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 61ff; Lutter/Hommelhoff § 2 Rn. 25; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 19f; Münch Hdb GesR III/Freitag/Riemenschneider § 12 Rn. 30ff; abweichend, Dörr S. 118ff, 268ff.

## **h) Gerichtliche Kontrolle**

Durch die Vorgaben des § 9c GmbHG enthält das GmbH-Recht eine über § 60 BGB hinausgehende gerichtliche Prüfungskompetenz.

### **aa) Registergerichtliche Kontrolle**

Das Registergericht überprüft den Gesellschaftsvertrag auf formelle und materielle Ordnungsgemäßheit im Rahmen der Gründung als auch bei jeder Änderung des Gesellschaftsvertrages, wobei die Beschränkung des § 9c Abs. 2 GmbHG nicht für Änderungen des Gesellschaftsvertrages gilt.<sup>2701</sup> Leiden die Beschlüsse an Mängeln, die zur Anfechtbarkeit führen, darf nach h. M. keine Eintragung erfolgen.<sup>2702</sup> Eine Zweckmäßigkeitkontrolle ist ausgeschlossen.<sup>2703</sup> Umstritten ist, ob § 9c Abs. 2 GmbHG den Umfang der Prüfung durch das Registergericht regelt<sup>2704</sup> oder nur die Ablehnungsgründe abschließend aufzählt<sup>2705</sup>.

### **bb) Richterliche Inhaltskontrolle**

Auch im GmbH-Recht sind die Zulässigkeit und der Umfang einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle, mithin die Überprüfbarkeit der körperschaftlichen Regelungen auf Angemessenheit und Ausgewogenheit, umstritten.<sup>2706</sup> Ein solches Prüfungsrecht wird überwiegend und grundsätzlich abgelehnt.<sup>2707</sup> Im Recht der GmbH findet jedoch keine derart ausführliche Diskussion über die Zulässigkeit der richterlichen Inhaltskontrolle statt, wie es beispielsweise im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht der Fall ist.

## **i) Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages**

### **aa) Geschäftsordnungen**

Wie beim bürgerlich-rechtlichen Verein kann für die Organe der Unternehmergesellschaft eine Geschäftsordnung erlassen werden. Diese Regelungen unterfallen nicht der Satzungsstrenge. Soweit sich nichts Gegenteiliges aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, können sich die Geschäftsführer selbst eine Geschäftsordnung geben.<sup>2708</sup> Dies gilt auch für die Mitglieder eines Aufsichts- oder Beirats für das jeweilige Organ.<sup>2709</sup> Gleichsam steht es den Gesellschaftern zu, diesen Organen Geschäftsordnungen vorzugeben.<sup>2710</sup>

---

<sup>2701</sup> Roth/Altmeppen § 9c Rn. 1; Scholz/Veil § 9c Rn. 2f, 7f.

<sup>2702</sup> Münch Hdb GesR III/Marquardt § 22 Rn. 54; vgl. Baumbach/Hueck § 54 Rn. 25; a. A. Heckschen/Heidinger § 9 Rn. 38. Vgl. zum registerrechtlichen Beanstandungsrecht von als rechtswidrig eingestuft, unveränderter Bestandteile des bisherigen Gesellschaftsvertrages, Priester, in: GmbHR 2007, 296, 296ff.

<sup>2703</sup> Scholz/Veil § 9c Rn. 11; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Strehle § 3 Rn. 130; Priester, in: GmbHR 2007, 296, 298.

<sup>2704</sup> So, Baumbach/Hueck § 9c Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 9c Rn. 5; vgl. Roth/Altmeppen § 9c Rn. 14.

<sup>2705</sup> So, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 29, 38.

<sup>2706</sup> Vgl. Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 96, 102ff; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 421f.

<sup>2707</sup> Vgl. Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 102ff; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 421f. In Grenzen bejahend: K.Schmidt GesR S. 124f; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 18; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 12. Bejahend: Roth/Altmeppen § 2 Rn. 15.

<sup>2708</sup> Baumbach/Hueck § 37 Rn. 29; Scholz/Schneider/Schneider § 37 Rn. 69.

<sup>2709</sup> Baumbach/Hueck § 52 Rn. 84; Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 320.

<sup>2710</sup> OLG Stuttgart GmbHR 1992, 48, 48; Baumbach/Hueck § 37 Rn. 29, § 52 Rn. 84; abweichend, Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 321: Gilt nur im Falle einer statutarischen Ermächtigung.

## bb) Nebenabreden

Als Nebenabreden oder Nebenvereinbarungen werden Regelungen zwischen den Gesellschaftern verstanden, welche sich auf das gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnis beziehen, jedoch nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sind.<sup>2711</sup> Die Nebenabreden können zwischen allen<sup>2712</sup> oder nur einzelnen Gesellschaftern getroffen werden. Eine Bindungswirkung besteht lediglich zwischen den Vertragsschließenden. Bei Nebenabreden greift keine gesetzliche Publizitätspflicht.<sup>2713</sup> Ihr Inhalt kann grundsätzlich frei gestaltet werden, auch wenn notwendige Bestandteile des Gesellschaftsvertrages nicht in einer Nebenabrede vereinbart werden können.<sup>2714</sup>

## k) Gesellschafterliste

Schließlich ist eine sog. Liste der Gesellschafter zu führen. Diese soll idealerweise jede Veränderung im Gesellschafterbestand widerspiegeln.<sup>2715</sup> Die Gesellschafterliste ist die alleinige Legitimationsgrundlage für die Ausübung der Rechte der Gesellschafter, wobei sie ebenso die Grundlage für den Rechtsscheinerwerb bildet.<sup>2716</sup> Die entsprechenden Regelungen finden sich in §§ 40, 16, 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Da die Gesellschafter nicht in das Handelsregister eingetragen werden, kommt der Gesellschafterliste eine besondere Bedeutung zu. Ein neu eingetretener Gesellschafter hat einen Anspruch auf Eintragung in die Liste sowie die Einreichung derselben zum Handelsregister.<sup>2717</sup> Die Gesellschafterliste ist nach § 12 Abs. 2 S. 1 HGB in elektronischer Form beim Handelsregister einzureichen. Sie ist gem. § 9 Abs. 1 S. 1 HGB einsehbar.

Gegenüber der Gesellschaft gilt derjenige als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist, § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Gesellschafterliste muss mindestens folgenden Inhalt aufweisen: Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der übernommenen Geschäftsanteile, § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Die Geschäftsführer haben eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, § 40 Abs. 1 GmbHG. Hat ein Notar an Veränderungen i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG mitgewirkt, hat er die Liste zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen, § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Insoweit ist § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu beachten.<sup>2718</sup> Von § 40 GmbHG sind Namensänderungen oder Wohnortwechsel sowie insbesondere jede Veränderung mit materiell-rechtlicher Wirkung erfasst, wobei die rechtliche Grundlage der Veränderung unbeachtlich ist.<sup>2719</sup>

---

<sup>2711</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 1; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 11; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 56; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 128; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 114; C.Berger S. 1.

<sup>2712</sup> Sog. omnilaterale Gesellschaftervereinbarungen, Scholz/Emmerich § 3 Rn. 115.

<sup>2713</sup> MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 29; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 83; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 11; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 130; C.Berger S. 3f.

<sup>2714</sup> Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 10; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 57; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 114; Wicke, in: DStR 2006, 1137, 1138; vgl. Jäger, in: DStR 1996, 1935, 1935.

<sup>2715</sup> Roth/Altmeppen § 40 Rn. 1; Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 249.

<sup>2716</sup> Baumbach/Hueck § 40 Rn. 1; Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 249; Preuss, in: ZGR 2008, 676, 677; Katschinski/Rawert, in: ZIP 2008, 1993, 2000; Mayer, in: DNotZ 2008, 403, 404f.

<sup>2717</sup> Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 266; Lutter/Hommelhoff § 40 Rn. 18; vgl. Roth/Altmeppen § 40 Rn. 12.

<sup>2718</sup> Vgl. hierzu, OLG München GmbHR 2009, 825, 826f.

<sup>2719</sup> Roth/Altmeppen § 40 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff § 40 Rn. 6ff; Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 276; vgl. Mayer, in: DNotZ 2008, 403, 407.



## **4. Zwischenergebnis**

Vorab ist zunächst festzuhalten, dass eine verbandspezifische Zielerreichung umso wahrscheinlicher wird, umso konkreter das Verbandsstatut auf die Vorgaben des Einzelfalls zugeschnitten ist.

### **a) Allgemeines**

Die Begriffe „Satzung“ und „Gesellschaftsvertrag“ dienen lediglich der Unterscheidung, ohne dass damit eine sachliche Differenzierung verbunden ist. Ihre Grundstrukturen entsprechen sich. Die Satzungsautonomie räumt den Mitgliedern beider Körperschaften in Verbindung mit dem weitestgehend dispositiven Recht einen großen Gestaltungsspielraum ein. Stellt man die zwingenden Vorschriften des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts und des GmbH-Rechts gegenüber, so stellt man fest, dass das GmbH-Recht eine größere Freiheit parat hält. Die Gestaltungsfreiheit findet in beiden Fällen in den gesetzlichen Verboten (§ 134 BGB) bzw. den Vorgaben der guten Sitten (§ 138 BGB) ihre Grenze. Die Vereinssatzung und der Gesellschaftsvertrag sind maßgeblich für die Verbandsverfassung, die sich aus diesen und den gesetzlichen Vorgaben zusammensetzt.

### **b) Form und Unterzeichnung**

Während § 59 Abs. 2 und 3 BGB lediglich vorsieht, dass der Anmeldung zur Eintragung Abschriften der Satzung beizufügen sind und die Gründungssatzung von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet sein soll, schreibt § 2 Abs. 1 GmbHG die notarielle Form des Gesellschaftsvertrages vor und verlangt zudem die Unterzeichnung durch sämtliche Gesellschafter. Im Gegensatz zur Vereinssatzung muss der Gesellschaftsvertrag in einer Urkunde zusammengefasst sein.

### **c) Inhalt**

Sowohl die Vereinssatzung als auch der Gesellschaftsvertrag können sog. echte und unechte Bestandteile enthalten. Des Weiteren kann in beiden Fällen innerhalb der echten Bestandteile zwischen zwingenden und fakultativen Regelungen unterschieden werden.

Der Mindestinhalt der Vereinssatzung folgt aus § 57 Abs. 1 BGB, der für den Gesellschaftsvertrag aus § 3 Abs. 1 GmbHG. In beiden Fällen sind der Name und der Sitz des Verbands aufzunehmen. Während der Zweck in der Vereinssatzung zwingend enthalten sein muss, ergibt sich eine entsprechende Pflicht für die Unternehmergesellschaft nur, wenn die Gesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich tätig sein soll. Die Anforderungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GmbHG sind der Kapitalaufbringung geschuldet. Die Pflicht zur Aufnahme, dass der Verein eingetragen werden soll, folgt aus der notwendigen Abgrenzung zum nichteingetragenen Verein. Diverse statutarische Bestandteile haben daher ihre Ursache in den Besonderheiten des jeweiligen Verbands. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG verpflichtet zur Aufnahme des Unternehmensgegenstandes. Zu beachten ist, dass wenn man für die Mindestangaben bezüglich des Vereinszwecks entsprechend einer hierzu vertretenen Auffassung auch Angaben zum Vorhaben des Vereins verlangt, aus denen die maßgebliche Vereinstätigkeit folgt, dann kommt eine solche Handhabung einer Benennung des Unternehmensgegenstandes nahe.

Daneben gibt es für beide Verbände Bestimmungen, die nur dann wirksam sind, wenn sie in die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurden, obgleich die Einzelheiten

umstritten sind. Die Vereinssatzung muss insofern alle das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen enthalten. Demgegenüber sind nach h. M. solche Bestimmungen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, welche die Grundlage der Gesellschaft, ihre Beziehungen zu den Gesellschaftern sowie die Rechtsstellung ihrer Organe in Abweichung oder Ergänzung zum gesetzlich vorgegebenen Normalstatut mit unmittelbarer Wirkung für die Gesellschaft, die Gesellschafter und ggfs. außenstehende Dritte beinhalten<sup>2720</sup>, wobei jedoch nicht alle den Verband prägenden Grundentscheidungen zwingend in dem Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind. Insofern ist die Pflicht zur Aufnahme in das jeweilige Statut beim Verein umfassender als bei der Unternehmergesellschaft.<sup>2721</sup> Abweichungen von dispositiven gesetzlichen Regelungen bedürfen in beiden Fällen einer statutarischen Verankerung. Soweit Vereinsmitglieder belastet werden, sind die entsprechenden Grundlagen in der Satzung zu regeln. Dies ist auch bei Nebenleistungspflichten der Gesellschafter der Fall, sofern sie eine körperschaftliche Wirkung entfalten sollen. Soll der Verband auf eine gewisse Zeit beschränkt sein, so bedarf es in beiden Fällen einer diesbezüglichen Aufnahme in das Statut.

Gem. § 58 BGB soll die Satzung die dortigen Bestimmungen enthalten. Eine vergleichbare Sollvorschrift enthält das GmbH-Recht nicht. Welche Vereinbarungen die Gesellschafter treffen, steht unter Beachtung der zwingenden Vorschriften in deren Ermessen, hingegen in zahlreichen Fällen diese Bestimmungen eine Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedingen. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass das GmbH-Recht eine höhere Regelungsdichte aufweist, so dass geringere Anforderungen an den zwingenden Inhalt des Gesellschaftsvertrages zu stellen sind. Die Vorgaben des § 58 Nr. 1, 2 und 4 BGB sind daher im Fehlen der diesbezüglichen Regelungen im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht (vgl. z. B. § 51 GmbHG) begründet. Diese Divergenz wurzelt aber auch in den unterschiedlichen Grundstrukturen. Schließlich fehlt eine § 58 Nr. 3 BGB entsprechende Vorschrift im GmbH-Recht, obschon in materieller Hinsicht bei der Bestellung des jeweiligen Vertretungsorgans ein gesetzlicher Gleichlauf besteht.

Darüber hinaus ist in beiden Verbänden bei diversen Regelungen die Möglichkeit vorhanden, durch Wahl zu entscheiden, ob diese als echte oder unechte Bestandteile in die Satzung bzw. den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollen. Dies gilt beim Verein für Regelungen, die der näheren Ausgestaltung und der geschäftsmäßigen Durchführung der das Vereinsleben bestimmenden Grundentscheidungen dienen<sup>2722</sup>. Bei der Unternehmergesellschaft soll dieses Wahlrecht nach h. M. für drei Bereiche gelten: Es handelt sich dabei um die Nebenpflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, um Verpflichtungen, die von den Gesellschaftern untereinander begründet werden sowie um innergesellschaftliche Fragen, die üblicherweise durch einfachen Gesellschafterbeschluss geregelt werden und nach dem Willen der Beteiligten ausnahmsweise der weitgehenden Regeln der Satzung unterliegen sollen.<sup>2723</sup> Das GmbH-Recht räumt daher auch hier eine größere Freiheit ein.

Schließlich können in einer Satzung oder einem Gesellschaftsvertrag auch sog. unechte Bestandteile enthalten sein. Hierbei kann es sich um rein schuldrechtliche Regelungen mit individualrechtlicher Bindungswirkung, einfache Beschlüsse oder bloße Verlautbarungen

---

<sup>2720</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 5 Rn. 11ff, 23; MüKo GmbHG/Harbarth § 53 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 51; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 10; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 427; Priester, in: DB 1979, 681, 682.

<sup>2721</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Priester § 21 Rn. 13.

<sup>2722</sup> Soergel/Hadding § 25 Rn. 8; vgl. Märkle/Alber S. 51.

<sup>2723</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 14; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 434ff.

handeln.<sup>2724</sup> Sie gelten nur zwischen den jeweiligen Beteiligten. Die Abgrenzung zu den körperschaftlichen Regelungen kann in beiden Fällen Schwierigkeiten bereiten.

#### **d) Änderung**

Bestimmungen der Vereinssatzung bzw. des Gesellschaftsvertrages können geändert werden. Die besonderen gesetzlichen Regelungen gelten indes nur für echte Bestandteile, während die unechten nach allgemeinen Regeln abänderbar sind. Eine Änderung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages ist nach h. M. in beiden Verbänden aus Gründen der Rechtssicherheit bereits bei jeder Veränderung des Textes gegeben. Die Änderung bedarf in beiden Fällen einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 33 Abs. 1 S. 1 BGB, § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG), hingegen die Änderung des Zwecks der Zustimmung aller Mitglieder bedarf, § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)<sup>2725</sup>, wobei indes zu beachten ist, dass nur beim Verein die notwendige Mehrheit für die Satzungsänderung herabgesetzt werden kann. Bei der Unternehmersgesellschaft fällt die Zuständigkeit für die Änderung des Gesellschaftsvertrages zwingend den Gesellschaftern zu, während eine entsprechende Verschiebung beim bürgerlich-rechtlichen Verein in einem gewissen Rahmen verbandsintern grundsätzlich zulässig ist. Die diesbezügliche Divergenz resultiert aus der unterschiedlichen vermögensrechtlichen Verbindung der Mitglieder zum jeweiligen Verband, wobei auch die Leichtigkeit des Austritts und die damit zusammenhängende „Marktkontrolle“ als Begründungsansatz herangezogen werden.<sup>2726</sup> Für die Veränderung des Stammkapitals der Gesellschaft gelten besondere Regelungen.

Während die Vereinsmitglieder grundsätzlich nur vor einer wesentlichen Pflichtenmehrung durch eine Satzungsänderung geschützt sind, bedarf bei einer Unternehmersgesellschaft jede Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen der Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter, § 53 Abs. 3 GmbHG.<sup>2727</sup> Eine rückwirkende Änderung, die zu einer Verschärfung der geltenden Bestimmungen führt, ist grundsätzlich nicht zulässig. Schließlich ist eine Satzungsdurchbrechung, mithin eine konkrete Abweichung von einer Bestimmung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages, beim Verein unzulässig, während bei der Unternehmersgesellschaft eine solche nach h. M. lediglich anfechtbar sein soll.

In beiden Fällen bedürfen die Änderungen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das jeweilige Register, § 71 Abs. 1 S. 1 BGB, § 54 Abs. 3 GmbHG. Insgesamt sind jedoch die Anforderungen an die Änderung des Gesellschaftsvertrages höher. So sind etwa beim Verein die Anmeldungen zum Register mittels öffentlich beglaubigter Erklärung abzugeben (§ 77 S. 1 BGB), hingegen es bei der Unternehmersgesellschaft neben der Anmeldung in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 S. 1 HGB) erforderlich ist, dass bereits der Änderungsbeschluss notariell beurkundet wird (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Darüber hinaus ist die Anmeldung mit einer notariellen Bescheinigung i. S. v. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu versehen.

#### **e) Auslegung**

Die Auslegung von Bestimmungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages ist gleichsam umstritten. Die h. M. unterscheidet zwischen der Auslegung von echten und unechten Bestandteilen. Während die echten Bestandteile lediglich objektiv auszulegen sind, sollen bei

---

<sup>2724</sup> Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 8; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Seibt § 2 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 83; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 17; Priester, in: DB 1979, 681, 681; Wicke, in: DNotZ 2006, 419, 420.

<sup>2725</sup> Vgl. Soergel/Hadding § 33 Rn. 2; Lutter/Hommelhoff § 53 Rn. 23.

<sup>2726</sup> Vgl. zum diesbezüglichen Vergleich von Verein und GmbH, MüKo/Reuter § 33 Rn. 20ff.

<sup>2727</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 41.

den unechten Bestandteilen die allgemeinen Regeln für die Vertragsauslegung anzuwenden sein. Zwischen dem Verein und der Unternehmergesellschaft ergeben sich bei der Grundfrage der Auslegung keine Abweichungen, da es sich um ein allgemeines verbandsrechtliches Problem handelt, auch wenn im GmbH-Recht in Erweiterung zum bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht vertreten wird, dass ausnahmsweise im Rahmen der Auslegung ein Zugriff auf Vorgänge zulässig sein soll, die zwar außerhalb des Textes des Gesellschaftsvertrages liegen, jedoch sich gleichsam aus den zum Handelsregister eingereichten und damit allgemein zugänglichen Unterlagen ergeben.<sup>2728</sup>

#### **f) Fehlerhafte Bestimmung oder fehlerhafte Änderung**

Sowohl die Gründungssatzung als auch der entsprechende Gesellschaftsvertrag können wie auch spätere Änderungen eine Fehlerhaftigkeit aufweisen. Unterschiede in der rechtlichen Behandlung derartiger Mängel ergeben sich daraus, dass die im Aktienrecht einschlägige Unterscheidung, ob der jeweilige Mangel den Beschluss entweder nichtig oder anfechtbar macht, auf das GmbH-Recht entsprechend übertragen wird (§§ 241ff AktG analog), so dass auch die analoge Anwendbarkeit der Heilungsvorschriften des § 242 Abs. 1 und 2 AktG im GmbH-Recht bejaht wird, während eine solche Übertragung auf den bürgerlich-rechtlichen Verein nahezu vollständig verneint wird<sup>2729</sup>, so dass Beschlüsse lediglich gültig oder ungültig sind, auch wenn bei nicht gravierenden Mängeln, bei denen mitgliederschützende Normen missachtet wurden, eine Rügeobliegenheit besteht.

In beiden Verbänden lassen Inhaltsmängel der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages sowie Mängel hinsichtlich der Willensbildung und Willensäußerung der Gründungsmitglieder die Wirksamkeit der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich unberührt<sup>2730</sup>, hingegen beim Verein zwei bzw. drei wirksame Beitrittserklärungen weiterhin vorliegen müssen und bei der Unternehmergesellschaft umstritten ist, ob das Bestehen mindestens einer bestandskräftigen Beitrittserklärung erforderlich sein soll. Die Eintragung in das Vereinsregister heilt nach h. M. nicht die fehlerhaften Satzungsbestimmungen, während durch die Eintragung der Unternehmergesellschaft die meisten Inhaltsmängel eine Heilung erfahren. Bei einigen schwerwiegenden Mängeln ist indes § 75 GmbHG zu beachten. Die übrigen Inhaltsmängel können u. U. gleichsam eine Auflösung der Gesellschaft bewirken. Wird die Unternehmergesellschaft in das Register eingetragen, folgt hieraus grundsätzlich die Heilung der entsprechenden Willensmängel der Beitrittserklärungen, soweit kein gravierender Mangel vorliegt. Darüber hinaus werden auch Verstöße gegen die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG durch die Eintragung geheilt, so dass insgesamt festgehalten werden kann, dass das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht insofern eine höhere Strenge als das GmbH-Recht aufweist.

#### **g) Gerichtliche Kontrolle**

Das Registergericht nimmt sowohl bei der Anmeldung des Verbands als auch bei späteren Änderungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages eine Prüfung vor, wobei jedoch keine Zweckmäßigkeitkontrolle erfolgt. Die Prüfung des Registergerichts zielt auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit ab, wobei beim Verein eine über § 60 BGB

---

<sup>2728</sup> Vgl. Reichert Rn. 450; vgl. zum Gleichlauf mit jedoch abweichender Schlussfolgerung gegenüber der h. M., Grunewald, in: ZGR 1995, 68, 80ff, 92.

<sup>2729</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Wagner § 24 Rn. 10; Reichert Rn. 689.

<sup>2730</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 15 Rn. 42; K.Schmidt GesR S. 137.

hinausgehende Prüfung erfolgt, welche sich sogar an der des § 9c Abs. 2 GmbHG anlehnt, so dass ein diesbezüglicher Gleichlauf eintritt, zumal bei der Unternehmergesellschaft nach h. M. auch lediglich anfechtbare Beschlüsse nicht eingetragen werden dürfen.

Die Zulässigkeit und der Umfang einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle sind in beiden Verbänden umstritten. Während im Vereinsrecht eine solche bei körperschaftlichen Streitigkeiten von der h. M. grundsätzlich bejaht wird, soll sie nach h. M. im GmbH-Recht ausscheiden. Sieht man jedoch die Angemessenheitsprüfung zutreffend als allgemeines Problem des Verbandsrechts an, müssen für beide Verbände die gleichen Maßstäbe zur Begründung der richterlichen Inhaltskontrolle angeführt werden, so dass keine unterschiedliche Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte möglich ist.<sup>2731</sup>

#### **h) Regelungen außerhalb des Verbandsstatuts**

In beiden Verbänden können zudem Regelungen außerhalb des jeweiligen Verbandsstatuts vorhanden sein. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um nachrangiges Recht. Insofern können die Organe sog. Geschäftsordnungen aufweisen, um die Organisation und das organinterne Verfahren zu regeln. Eine Geschäftsordnung kann sich jedes Organ selber geben, wobei der Mitgliederversammlung bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter ein entsprechendes Vorgaberecht zukommt. Darüber hinaus ist die Vereinbarung von sog. Nebenabreden zulässig, welche lediglich zwischen den Beteiligten gelten.<sup>2732</sup> Im Vereinsrecht finden sich häufig sog. Vereinsordnungen, welche die statutarischen Bestimmungen erläutern oder konkretisieren und mangels abweichender Regelungen durch die Mitgliederversammlung erlassen werden. Sie bedürfen zur Wirksamkeit einer Bekanntmachung.

#### **i) Musterprotokoll**

Das seit dem MoMiG bestehende gesetzliche Musterprotokoll beinhaltet einen engen Gestaltungsspielraum. Bei der Gründung im vereinfachten Verfahren greift die Kostenprivilegierung des § 105 Abs. 6 GNotKG. Das Protokoll beinhaltet in zusammenfassender Weise den Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsführerbestellung und die Gesellschafterliste. Nach Eintragung der Gesellschaft gelten für die Änderung des Gesellschaftsvertrages die allgemeinen Regeln der §§ 53ff GmbHG, § 2 Abs. 1a S. 5 GmbHG. Auch im Rahmen der vereinfachten Gründung sind insbesondere die Formvorschriften des § 2 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Im Gegensatz dazu sind die in der Praxis vorhandenen Mustersatzungen für bürgerlich-rechtliche Vereine zum einen nicht gesetzlich vorgegeben, zum anderen lösen sie auch keine gesetzliche Kostenprivilegierung aus.

#### **k) Gesellschafterliste**

Schließlich muss bei der Unternehmergesellschaft im Gegensatz zum eingetragenen Verein noch eine Mitgliederliste geführt werden. Diese Liste dient der Wiedergabe des Gesellschafterbestandes, wodurch ihr die Funktion als Legitimationsgrundlage und Rechtsscheingrundlage zukommt. Die Gesellschafterliste ist in das Handelsregister aufzunehmen.

---

<sup>2731</sup> Vgl. insoweit zum Gleichlauf bei den Körperschaften, K.Schmidt GesR S. 125f; Roth/Altmeppen § 2 Rn. 15; Scholz/Emmerich § 2 Rn. 12; MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 18; so wohl auch, Balser S. 76, 164.

<sup>2732</sup> Vgl. zum diesbezüglichen Gleichlauf von Verein und GmbH, Ehrlicke S. 77f.

## XVIII. Insolvenzrecht

### 1. Grundsätzliches

Sowohl der eingetragene Verein als auch die Unternehmergesellschaft sind als juristische Personen insolvenzrechtsfähig (§ 11 Abs. 1 S. 1 InsO bzw. § 4 InsO i. V. m. § 50 ZPO), mithin sind sie ein taugliches Subjekt eines Insolvenzverfahrens.<sup>2733</sup> Dies gilt auch für den Vor-Verein und die Vor-Gesellschaft.<sup>2734</sup> Gleichsam sind der Vorgründungsverein und die Vorgründungsgesellschaft insolvenzfähig, sofern es sich nicht um reine Innengesellschaften handelt.<sup>2735</sup> Einer aufgelösten, aber noch nicht erloschenen juristischen Person kommt ebenso die Insolvenzfähigkeit zu, § 11 Abs. 3 InsO.

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt einen Eröffnungsgrund voraus, § 16 InsO. Eröffnungsgründe sind die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO), die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 1 InsO) sowie bei juristischen Personen die Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO). Die Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 Abs. 2 S. 1 InsO legal definiert. Sie liegt dann vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Zahlungsunfähigkeit ist gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO in der Regel dann anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.<sup>2736</sup> Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, genügt auch die drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 Abs. 1, 3 InsO. Die Legaldefinition der Überschuldung findet sich in § 19 Abs. 2 InsO.<sup>2737</sup> Ist der Verband zahlungsunfähig oder überschuldet, haben beim Verein der Vorstand und bei der Unternehmergesellschaft die Geschäftsführer einen Insolvenzantrag zu stellen.

Gem. § 26 Abs. 1 InsO hängt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Vorhandensein einer bestimmten Vermögensmasse bzw. eines ausreichenden Vorschusses ab. Reicht das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht aus, um die Kosten des Verfahrens zu decken (sog. Masselosigkeit), steht dies der Eröffnung des Verfahrens entgegen, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO. Mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen wird, wird sowohl der Verein (§ 42 Abs. 1 S. 1 BGB) als auch die Unternehmergesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG) aufgelöst. Die Abwicklung erfolgt dann in einem gesellschaftsrechtlichen Liquidationsverfahren, welches den Vorgaben der jeweiligen Rechtsform folgt. Die Auflösung ist in das Register einzutragen, § 75 Abs. 1 S. 1 BGB, § 65 Abs. 1 GmbHG.

Wird demgegenüber ein Insolvenzverfahren eröffnet, hat auch dies zur Folge, dass der Verein (§ 42 Abs. 1 S. 1 BGB) und die Unternehmergesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) aufgelöst werden. Beim Insolvenzverfahren handelt es sich um ein staatlich geordnetes Verfahren und nicht um ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren, wobei der Zweck nicht bloß in der Vermögensverwertung und Gläubigerbefriedigung besteht, sondern auch für den Fall des Scheiterns einer Sanierung die Vollabwicklung des Rechtsträgers umfasst.<sup>2738</sup> Das Insolvenzverfahren betrifft dabei das gesamte Vermögen, welches dem Schuldner zur

---

<sup>2733</sup> K.Schmidt HandelsR § 4 Rn. 47; vgl. Reichert Rn. 3870; Noack Rn. 679; Staudinger/Weick § 42 Rn. 2.

<sup>2734</sup> MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 6; Scholz/Bitter Vor § 64 Rn. 4; vertiefend, Münch Hdb GesR V/Haas/Goetsch § 60 Rn. 7.

<sup>2735</sup> MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 6; Braun/Bußhardt § 11 Rn. 11; vgl. Scholz/Bitter Vor § 64 Rn. 4; Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 552.

<sup>2736</sup> Vgl. BGH GmbHR 2013, 1202, 1202ff.

<sup>2737</sup> Vgl. zur vormals befristeten Regelung gem. Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. I S. 1982; Braun/Bußhardt § 19 Rn. 3f; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 43ff; Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 26ff.

<sup>2738</sup> K.Schmidt GesR S. 324f; vgl. Pfister, in: SpuRt 2002, 103, 104.

Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, sog. Insolvenzmasse, § 35 Abs. 1 InsO. Dies gilt gem. § 36 Abs. 1 InsO nicht für Vermögensbestandteile, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, wobei indes umstritten ist, ob diese Regelung auch für juristische Personen gilt.<sup>2739</sup> Ob die konkreten korporationsrechtlichen Beitragspflichten auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllen sind, ist für beide Verbände nach den gleichen Grundsätzen zu beantworten.<sup>2740</sup> Durch das Insolvenzgericht wird ein Insolvenzverwalter bestellt, sofern keine Eigenverwaltung (§§ 270ff InsO) angeordnet wird, § 27 Abs. 1 S. 1 InsO. Mit der Eröffnung des Verfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über, § 80 Abs. 1 InsO. Umstritten ist, ob der Insolvenzverwalter ein das Vermögen des Schuldners verwaltender und im eigenen Namen handelnder Amtstreuhand<sup>2741</sup> oder schlicht ein Organ des Verbands<sup>2742</sup> ist. Das Insolvenzverfahren kann bei beiden Verbänden in einem sog. Insolvenzplanverfahren gem. §§ 217ff InsO erfolgen.<sup>2743</sup>

## **2. Eingetragener Verein**

### **a) Allgemeines**

Dem Insolvenzrecht des eingetragenen Vereins wurde bisher in der Lehre wenig Beachtung geschenkt, was insbesondere für § 42 Abs. 2 S. 1 BGB gilt.<sup>2744</sup> Ob dies u. a. daran liegt, dass die Vereinsinsolvenzen bei den jährlichen Gesamtinsolvenzen lediglich einen Anteil von unter 1% einnehmen, kann nur gemutmaßt werden.<sup>2745</sup> In diesem Zusammenhang ist ebenso zu berücksichtigen, dass das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht im Gegensatz zum übrigen Gesellschaftsrecht keine Vorschriften zur „Insolvenzprophylaxe“ enthält.<sup>2746</sup>

### **b) Insolvenzeröffnung**

#### **aa) Insolvenzeröffnungsgründe**

Die Eröffnungsgründe sind, wie bereits gezeigt, die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit<sup>2747</sup> sowie die Überschuldung. Im Einzelnen ist vieles umstritten, worauf hier indes nicht eingegangen werden muss, da die rechtsformneutralen Streitpunkte beide Verbände gleichermaßen betreffen. Für den Beurteilungsspielraum des Vereinsvorstands bezüglich der Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung gelten die gleichen Grundsätze wie beim GmbH-Geschäftsführer.<sup>2748</sup>

---

<sup>2739</sup> Bejahend: Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 91. Verneinend: MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 98; MüKo InsO/Peters § 36 Rn. 6.

<sup>2740</sup> Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 178 i. V. m. Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 325ff.

<sup>2741</sup> Hierfür: BGHZ 35, 13, 17; Staudinger/Weick § 42 Rn. 7; MüKo/Reuter § 42 Rn. 8, 13.

<sup>2742</sup> Hierfür: K.Schmidt GesR S. 326ff.

<sup>2743</sup> Der Insolvenzplan ist das einzige Instrument, mit welchem innerhalb des Verfahrens unter Nutzung und Fortführung desselben Unternehmensträgers die Insolvenz behoben werden kann. Die weitgehende Gestaltungsmöglichkeit soll den Beteiligten ermöglichen, die im Einzelfall günstigste Art der Insolvenzbewältigung zu wählen, Braun/Braun/Frank vor §§ 217-269 Rn. 1.

<sup>2744</sup> Vgl. Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2343; vgl. zudem, Noack Rn. 675.

<sup>2745</sup> 2006: 0,5%, 2007: 0,7%, Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 1. 2009: 0,6%, Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 147.

<sup>2746</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 3.

<sup>2747</sup> Vgl. hierzu, Staudinger/Weick § 42 Rn. 3; Bamberger/Roth/Schöpflin § 42 Rn. 2; Noack Rn. 681; Rugullis, in: NZI 2007, 323, 323f.

<sup>2748</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 16; vgl. Reichert Rn. 3879; vgl. König/de Vries, in: SpuRt 2006, 96, 97.

## bb) Antragsrecht und -pflicht

Zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist ein Antrag erforderlich (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO), zu dessen Stellung sowohl die Gläubiger (§ 14 Abs. 1 InsO) als auch der Schuldner berechtigt sind, § 13 Abs. 1 S. 2 InsO. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ist für den Verein jedes Vorstandsmitglied hierzu befugt, § 15 Abs. 1 InsO.<sup>2749</sup> Bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ist der freiwillige Antrag von den Vorstandsmitgliedern in vertretungsberechtigter Zahl vorzunehmen, § 18 Abs. 3 InsO.<sup>2750</sup> § 15 Abs. 2 InsO ist zu beachten. Durch § 15a InsO wurde im Rahmen des MoMiG eine allgemeine Insolvenzantragspflicht für juristische Personen eingefügt. Die Regelung des § 42 Abs. 2 BGB blieb dennoch erhalten. Wie bereits oben angeführt, geht § 42 Abs. 2 BGB der Pflicht aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO vor, mithin findet § 15a Abs. 1 auf den Verein keine Anwendung, § 15a Abs. 6 InsO. Die Antragspflicht kann nicht abgedungen werden.

## cc) Antragsfrist

Abweichend von § 15a Abs. 1 S. 1 InsO enthält § 42 Abs. 2 BGB keine Höchstfrist von drei Wochen zur Stellung des Insolvenzantrages. Hieraus entstand ein Streit über den spätesten Zeitpunkt der Antragsstellung. Insofern wird vertreten, dass keine Antragsfrist bestehe<sup>2751</sup>, der Antrag sofort bei Eintritt des Insolvenzgrundes zu stellen sei<sup>2752</sup>, der Antrag unverzüglich gestellt werden müsse<sup>2753</sup> oder der Antrag unverzüglich spätestens aber in Anlehnung an § 15a Abs. 1 S. 1 InsO drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes zu stellen sei<sup>2754</sup>.

Die besseren Gründe sprechen für die zuletzt genannte Ansicht. Der Vorstand ist mit Blick auf den Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens nicht verpflichtet, den Antrag sofort zu stellen, da andernfalls der Vorstand bei Sanierungsverhandlungen sich der Haftung des § 42 Abs. 2 S. 2 BGB aussetzen würde.<sup>2755</sup> Auf der anderen Seite darf dem Vorstand auch nicht eine zu lange Überlegungsfrist eingeräumt werden. In Anlehnung an § 15a Abs. 1 S. 1 InsO ist daher eine Höchstfrist von drei Wochen zu gewähren, da die Frist auf allgemeinen Erwägungen basiert, welche auch auf den bürgerlich-rechtlichen Verein übertragbar sind, obgleich die Antragspflicht selbst nicht aus § 15a Abs. 1 S. 1 InsO folgt. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung des § 15a InsO eine derartige Frist nicht ausdrücklich in § 42 Abs. 2 BGB verankert hat und § 15a Abs. 6 InsO eine direkte Anwendung von § 15a Abs. 1 InsO auf den Verein allgemeingültig verneint. Es ist jedoch zu beachten, dass es sich bei der Frist nicht um eine Bedenkfrist handelt, die in jedem Fall ausgeschöpft werden darf, sondern um eine Höchstfrist, welche nur zur Verfügung steht, wenn berechnete Sanierungschancen bestehen.<sup>2756</sup>

<sup>2749</sup> AG Göttingen ZInsO 2011, 1114, 1114.

<sup>2750</sup> Reichert Rn. 3885; Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 56.

<sup>2751</sup> Vgl. Jaeger/Müller § 15 Rn. 88.

<sup>2752</sup> Noack Rn. 686.

<sup>2753</sup> Rugullis, in: NZI 2007, 323, 325ff, sowie zum Streit insgesamt; Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2344.

<sup>2754</sup> Soergel/Hadding § 42 Rn. 12.

<sup>2755</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 37; vgl. insoweit, BGH NJW 1979, 1823, 1826f.

<sup>2756</sup> BGH NJW 1979, 1823, 1827; Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 37; vgl. Haas, in: Spurt 1999, 1, 3.



## c) Insolvenzverfahren

### aa) Eröffnung und Rechtsfolgen

Soweit das Insolvenzgericht einen Eröffnungsgrund feststellt und eine Abweisung mangels Masse ausscheidet, eröffnet es das Verfahren durch den sog. Eröffnungsbeschluss, § 27 InsO. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird der Verein aufgelöst, § 42 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden von Amts wegen in das Vereinsregister eingetragen, § 75 Abs. 1 S. 1 BGB. Gem. § 42 Abs. 1 S. 3 BGB kann durch die Satzung bestimmt werden, dass der Verein im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als nichtrechtsfähiger Verein fortbesteht. Es ist jedoch umstritten, ob die Vorschrift so zu verstehen ist, dass der Verein mit Eröffnung des Verfahrens entsteht (gleichzeitige Existenz eines rechtsfähigen Insolvenzvereins und eines nichtrechtsfähigen werbenden Vereins)<sup>2757</sup> oder erst nach Abschluss des Verfahrens der Verein als nichtrechtsfähiger Verein weitergeführt wird<sup>2758</sup>. Der Insolvenzverwalter hat das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen nach den Vorgaben der InsO zu verwalten und über dieses zu verfügen, § 80 Abs. 1 InsO. Dennoch kommt dem Insolvenzverwalter ein Teilnahmerecht an der Mitgliederversammlung grundsätzlich nicht zu, auch wenn sich ein solches Recht aus dem Gegenstand der Beratung und Beschlussfassung ergeben kann.<sup>2759</sup> Die Organstellung des Vorstands und der Mitgliederversammlung werden nicht berührt, hingegen die vorhandenen Rechte auf den insolvenzfremden Bereich beschränkt sind.<sup>2760</sup> Der aufgelöste Verein ist weiterhin rechtsfähig. Wie bereits gezeigt, ist die Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nach jedoch umstrittener Auffassung auf den Verein entsprechend anwendbar.<sup>2761</sup>

### bb) Insolvenzmasse

Das Vermögen der Vereinsmitglieder gehört nicht zur Insolvenzmasse. Sofern die Satzung nichts Abweichendes vorsieht, endet die Beitragspflicht der Vereinsmitglieder mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>2762</sup>

### cc) Beendigung des Verfahrens

Stellt sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens heraus, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken (Massearmut) und wird kein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen, so stellt das Insolvenzgericht das Verfahren ein, § 207 Abs. 1 InsO. Die Liquidation erfolgt dann nach den Vorgaben des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts. Sind hingegen die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt, reicht jedoch die Insolvenzmasse nicht aus, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, so hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen, dass Masseunzulänglichkeit vorliegt, § 208 Abs. 1 S. 1 InsO. Gleiches gilt, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die bestehenden sonstigen Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen, § 208 Abs. 1 S. 2 InsO. Die Befriedigung der Massegläubiger erfolgt sodann nach den Vorgaben des § 209 InsO. Ist dies geschehen, stellt

---

<sup>2757</sup> Hierfür: Staudinger/Weick § 42 Rn. 8; wohl auch, Bamberger/Roth/Schöpflin § 42 Rn. 6.

<sup>2758</sup> Hierfür: MüKo/Reuter § 42 Rn. 5f; Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 61, sowie zum Streit insgesamt.

<sup>2759</sup> Reichert Rn. 1447, 3938.

<sup>2760</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 72f; Reichert Rn. 3940f.

<sup>2761</sup> Vgl. E. XIII. 2. d).

<sup>2762</sup> BGHZ 96, 253, 255; K.Schmidt GesR S. 728; Stöber/Otto Rn. 370; Reichert Rn. 3918; Noack Rn. 690; Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 1; Staudinger/Weick § 42 Rn. 6; abweichend, Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 177.

das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren ein, § 211 Abs. 1 InsO. Wenn die Masse restlos verteilt und kein Vereinsvermögen mehr vorhanden ist, erfolgt die Löschung des Vereins.<sup>2763</sup> Das Insolvenzverfahren kann ferner bei Wegfall des Insolvenzgrundes auf Antrag des Schuldners (§ 212 InsO) oder mit Zustimmung der Insolvenzgläubiger (§ 213 InsO) eingestellt werden.

Für den Fall, dass keine Massearmut oder Masseunzulänglichkeit vorliegt, wird nach vollzogener Schlussverteilung das Insolvenzverfahren aufgehoben, § 200 Abs. 1 InsO, wobei für einen eventuellen Überschuss § 199 S. 2 InsO mit der Orientierung am Verteilungsmaßstab des § 45 BGB gilt.<sup>2764</sup> Bei erfolgreichem Abschluss eines Insolvenzplanverfahrens beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Verfahrens, sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist, § 258 Abs. 1 InsO. Im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens ist § 75 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 BGB zu beachten. Die Aufhebung und Einstellung des Verfahrens werden stets von Amts wegen in das Register eingetragen, § 75 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BGB.

#### **dd) Fortsetzung des Vereins**

In den Fällen der §§ 212, 213 InsO kann die Mitgliederversammlung die Fortsetzung des Vereins beschließen, § 42 Abs. 1 S. 2 BGB. Gleiches gilt, wenn das Insolvenzverfahren nach Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand des Vereins vorsieht, aufgehoben wird. Der Verein besteht in diesen Fällen als identischer rechtsfähiger Verein fort.<sup>2765</sup> Umstritten ist indes die notwendige Mehrheit des Fortsetzungsbeschlusses. So wird vertreten, dass eine Drei-Viertel-Mehrheit der Mitglieder erforderlich ist.<sup>2766</sup> Andere hingegen vertreten die Ansicht, dass eine einfache Mehrheit i. S. v. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB genügt, soweit die Satzung nichts Abweichendes vorsieht.<sup>2767</sup> Die Fortsetzung des Vereins ist zur Eintragung anzumelden, § 75 Abs. 2 BGB.

Der Verein kann indes, wie bereits gezeigt, bei entsprechenden statutarischen Bestimmungen auch als nichtrechtsfähiger Verein fortbestehen, § 42 Abs. 1 S. 3 BGB. Eine solche Fortsetzung ist auch in den Fällen der §§ 200, 207, 211 InsO möglich, obschon dann eine Herausgabe nach § 199 S. 2 InsO unterbleibt, da dieses Vermögen dem nichtrechtsfähigen Verein anfällt.<sup>2768</sup> Die nichtbefriedigten Gläubiger haben sodann einen Anspruch gegen den nichtrechtsfähigen Verein.<sup>2769</sup> § 42 Abs. 1 S. 3 2. Hs. BGB ist zu beachten.

#### **ee) Exkurs: Folgen der Insolvenz eines Vereinsmitglieds**

Die Insolvenz eines Vereinsmitglieds tangiert nicht den Bestand des Vereins. Die Mitgliedschaft fällt zudem nicht in die Insolvenzmasse, wenn diese mangels abweichender Satzungsbestimmungen nicht übertragbar oder vererbbar ist (§§ 38 S. 1, 40 S. 1 BGB).<sup>2770</sup> Soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, behält auch ein insolventes Mitglied seine

---

<sup>2763</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 123; Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 195.

<sup>2764</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 124; Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 196.

<sup>2765</sup> Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 199; Noack Rn. 694; Soergel/Hadding Vor § 41 Rn. 4.

<sup>2766</sup> K.Schmidt GesR S. 315.

<sup>2767</sup> Soergel/Hadding § 42 Rn. 10b; Stöber/Otto Rn. 1169; Reichert Rn. 4400; Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 2; Bamberger/Roth/Schöpflin § 42 Rn. 5; vgl. Erman/H.P. Westermann § 42 Rn. 3.

<sup>2768</sup> Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 129; Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 201.

<sup>2769</sup> Palandt/Ellenberger § 42 Rn. 3; Staudinger/Weick § 42 Rn. 8; Erman/H.P. Westermann § 42 Rn. 3;

MüKo/Reuter § 42 Rn. 9.

<sup>2770</sup> Vgl. BGHZ 50, 325, 329, zum nichtrechtsfähigen Verein; Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 181; Reichert Rn. 3919.

Mitgliedsfähigkeit. Der Rechtsgedanke des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB ist auf den Verein nicht übertragbar.

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Da die Unternehmergesellschaft nicht verpflichtet ist, ein Mindeststammkapital i. S. v. § 5 Abs. 1 GmbHG aufzubringen, werden wirtschaftliche Betätigungen in dieser Rechtsform kritisch betrachtet, wobei insbesondere eine hohe Insolvenzquote prognostiziert wird, was zu einer erhöhten Gefährdung des Rechtsverkehrs führen würde.<sup>2771</sup> Ob derartige Befürchtungen indes zutreffend oder übertrieben sind, kann derzeit noch nicht abschließend beantwortet werden. Daran anschließend stellt sich indes die Frage, ob solche Befürchtungen auch vor dem Hintergrund einer Betätigung der Gesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich gleichermaßen bestehen. Entscheidend ist jedoch, dass einer Körperschaft stets die finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen sind, die tatsächlich benötigt werden. 2008 waren 37,3 % und 2009 40,1 % aller Unternehmensinsolvenzen in der Rechtsform der GmbH organisiert, wodurch sie die insolvenzanfälligste Gesellschaftsform ist.<sup>2772</sup>

#### **b) Insolvenzeröffnung**

##### **aa) Insolvenzeröffnungsgründe**

Die Eröffnungsgründe sind auch hier die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO), die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 1 InsO) und die Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO).

##### **bb) Antragsrecht und -pflicht**

Die Antragsberechtigung ist rechtsformneutral gestaltet, so dass keine Unterschiede zwischen beiden Verbänden bestehen. Ausnahmen bilden hingegen das Recht aus § 15 Abs. 1 S. 2 InsO und die Pflicht aus § 15a Abs. 3 InsO hinsichtlich einer Führungslosigkeit der Körperschaft<sup>2773</sup>, da diese nur für die Gesellschafter einer GmbH und nicht für Vereinsmitglieder einschlägig sind.<sup>2774</sup> Die Insolvenzantragspflicht für die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung folgt aus § 15a Abs. 1 InsO. Gleiches gilt für die Liquidatoren. Auch hier löst die drohende Zahlungsunfähigkeit keine Antragspflicht aus. Demgegenüber ist in diesen Fällen die Versammlung der Gesellschafter unverzüglich einzuberufen, § 5a Abs. 4 GmbHG. Die Antragspflicht ist nicht abdingbar.

##### **cc) Antragsfrist**

Der Antrag ist gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes, zu stellen. Die Frist ist eine Höchstfrist, so dass der Antrag bereits vor Ablauf zu stellen ist, wenn keine Sanierungschancen bestehen.<sup>2775</sup>

---

<sup>2771</sup> Vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 110, § 18 Rn. 49; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 3.

<sup>2772</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 2; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 3.

<sup>2773</sup> Vgl. zur Prozessfähigkeit einer führungslosen GmbH, Baumbach/Hueck § 60 Rn. 38a, § 64 Rn. 166.

<sup>2774</sup> Vgl. Braun/Bußhardt § 15 Rn. 12f, 15a Rn. 24; wohl auch, Leonhardt/Smid/Zeuner § 15a Rn. 5;

Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 156; Schmahl, in: NZI 2008, 6, 7f.

<sup>2775</sup> Braun/Bußhardt § 15a Rn. 16; Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 72.

## c) Insolvenzverfahren

### aa) Eröffnung und Rechtsfolgen

Auch hier gilt, soweit das Insolvenzgericht einen Eröffnungsgrund feststellt und eine Abweisung mangels Masse ausscheidet, eröffnet es das Verfahren durch den sog. Eröffnungsbeschluss, § 27 InsO. Die Verfahrenseröffnung und die damit verbundene Auflösung der Gesellschaft sind von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen, § 32 Abs. 1 S. 1 HGB, § 65 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG. Es wird, abgesehen von den Fällen der Eigenverwaltung gem. §§ 270ff InsO, ein Insolvenzverwalter bestellt, so dass § 80 Abs. 1 InsO greift. Ob der Insolvenzverwalter die §§ 9b Abs. 1, 43 Abs. 3 S. 2, 64 S. 4 GmbHG sowie § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu beachten hat, ist umstritten.<sup>2776</sup> Die besseren Gründe sprechen insoweit für eine entsprechende Verneinung, da der gesellschaftsrechtliche Schutz durch den insolvenzrechtlichen ersetzt wird, wodurch der Verwalter mehr Freiraum erfährt.<sup>2777</sup> Den Gesellschaftsorganen verbleiben ihre Kompetenzen, die nunmehr auf den die Insolvenzmasse nicht betreffenden Bereich beschränkt sind.<sup>2778</sup> Die aufgelöste Unternehmergesellschaft ist rechtsfähig und weiterhin Kaufmann.<sup>2779</sup> § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist zu beachten.

### bb) Insolvenzmasse

Durch das Insolvenzverfahren wird die Regelung des § 13 Abs. 2 GmbHG nicht berührt. Die Insolvenzmasse umfasst lediglich das Gesellschaftsvermögen, nicht jedoch die Geschäftsanteile der Gesellschafter.<sup>2780</sup> Es gelten die Bestimmungen der §§ 35, 36 InsO. Ausstehende Einlagen auf die Geschäftsanteile sind zu erbringen.

### cc) Beendigung des Verfahrens

Das Insolvenzverfahren endet entweder durch einen Aufhebungs- oder durch einen Einstellungsbeschluss, wobei die Aufhebung nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans gem. § 258 Abs. 1 InsO oder nach Vollzug der Schlussverteilung gem. § 200 Abs. 1 InsO erfolgt, während eine Einstellung in den Fällen der §§ 207 Abs. 1 S. 1, 211 Abs. 1, 212, 213 InsO eintritt.<sup>2781</sup> An die Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO schließt sich, sofern Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren gem. §§ 66ff GmbHG an.<sup>2782</sup> Für die Verteilung eines eventuellen Überschusses gem. § 199 S. 2 InsO gilt der Verteilungsmaßstab des § 72 GmbHG. Die Einstellung und die Aufhebung des Verfahrens sind von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen, § 32 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 HGB. Ist mit der Verfahrensbeendigung kein Vermögen der Gesellschaft mehr vorhanden, so tritt die Vollbeendigung der Gesellschaft mit der von Amts wegen erfolgten Löschung im Register (§ 394 Abs. 1 S. 2 FamFG) ein.<sup>2783</sup>

---

<sup>2776</sup> Bejahend: Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 99f. Verneinend: Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 320, 335, 343, 481; Uhlenbruck/Hirte § 35 Rn. 308. Differenzierend: MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 103, 106; Bejahend für § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG, verneinend für §§ 9b Abs. 1, 43 Abs. 3 S. 2, 64 S. 4 GmbHG.

<sup>2777</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 320.

<sup>2778</sup> OLG München ZIP 2012, 796, 796.

<sup>2779</sup> OLG München ZIP 2012, 796, 796.

<sup>2780</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 309; Baumbach/Hueck § 60 Rn. 54; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 100.

<sup>2781</sup> Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 161.

<sup>2782</sup> Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 163.

<sup>2783</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 548.

#### **dd) Fortsetzung der Unternehmergeellschaft**

Wird das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand des Vereins vorsieht, aufgehoben, können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, § 60 Abs. 1 Nr. 4 2. Hs GmbHG. Umstritten ist, welche Mehrheitserfordernisse hierfür notwendig sind. Während die mittlerweile ganz h. M. bei fehlenden abweichenden Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag eine Drei-Viertel-Mehrheit fordert<sup>2784</sup>, sehen andere eine einfache Mehrheit als ausreichend an<sup>2785</sup>. Nach h. M. stellt § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG eine abschließende Aufzählung der Fortsetzungsmöglichkeiten dar.<sup>2786</sup> Der Fortsetzungsbeschluss ist in das Handelsregister einzutragen.<sup>2787</sup> Durch die Fortsetzung wird keine neue Gesellschaft gegründet.<sup>2788</sup>

#### **ee) Exkurs: Folgen der Insolvenz eines Gesellschafters**

Mangels abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag wirkt sich die Insolvenz eines Gesellschafters nicht auf seine Mitgliedsfähigkeit aus. Der Insolvenzverwalter kann indes den betreffenden Geschäftsanteil verwerten.<sup>2789</sup> § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB gilt nicht für die Unternehmergeellschaft. Denkbar ist jedoch, dass der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters einen Auflösungsgrund der Gesellschaft (§ 60 Abs. 2 GmbHG), eine Ausschließung des Gesellschafters oder die Einziehung des Geschäftsanteils vorsieht, soweit der Verlust der Mitgliedschaft durch ein vollwertiges Entgelt ausgeglichen wird.<sup>2790</sup>

### **4. Zwischenergebnis**

Das rechtsformneutrale Insolvenzrecht führt zu einem weitestgehenden Gleichlauf beider Verbände im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. Die Eröffnungsgründe, die Antragsrechte, das Verfahren und die Beendigung stimmen überein. Für den Fall des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung haben beim Verein der Vorstand und bei der Unternehmergeellschaft die Geschäftsführer einen Insolvenzantrag zu stellen, auch wenn die Antragspflicht selbst aus unterschiedlichen Vorschriften folgt, § 42 Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO. Sowohl der Vereinsvorstand als auch die Geschäftsführer haben daher einer dauerhaften Beobachtung der Finanzsituation der Körperschaft nachzukommen. Der Beurteilungsspielraum des Vereinsvorstands bezüglich der Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung folgt den gleichen Grundsätzen wie der des Geschäftsführers einer Unternehmergeellschaft.<sup>2791</sup> Für das Insolvenzverfahren wird, außer bei Anordnung einer Eigenverwaltung, ein Insolvenzverwalter bestellt, § 27 Abs. 1 InsO. Dieser hat die Befugnis, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu

---

<sup>2784</sup> Hierfür: K.Schmidt GesR S. 1206; Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 263, 549; Lutter/Hommelhoff § 60 Rn. 29; MüKo GmbHG/Berner § 60 Rn. 254f; Scholz/K.Schmidt/Bitter § 60 Rn. 88; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gesell § 60 Rn. 70.

<sup>2785</sup> Hierfür: P.Scholz, in: GmbHR 1982, 228, 232.

<sup>2786</sup> Vgl. BGH GmbHR 2015, 814, 815; OLG Köln ZInsO 2010, 682, 683f; Münch Hdb GesR III/Wellensiek/Oberle § 65 Rn. 166; MüKo GmbHG/Berner § 60 Rn. 272ff; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gesell § 60 Rn. 77; a. A. LG Berlin BB 1971, 759, 760; Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 259ff; Scholz/K.Schmidt/Bitter § 60 Rn. 97.

<sup>2787</sup> Vgl. zum Streit über eine fehlende Anmeldepflicht bei fehlender Eintragung der Auflösung, MüKo GmbHG/Limpert § 65 Rn. 53; Scholz/K.Schmidt § 65 Rn. 5; Baumbach/Hueck § 65 Rn. 20.

<sup>2788</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 550; MüKo GmbHG/Berner § 60 Rn. 236.

<sup>2789</sup> MüKo GmbHG/Berner § 60 Rn. 110.

<sup>2790</sup> Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 532; MüKo GmbHG/Berner § 60 Rn. 110.

<sup>2791</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Haas/Gotsch § 60 Rn. 16.

verfügen, § 80 Abs. 1 InsO. Das Insolvenzverfahren kann zudem in einem sog. Insolvenzplanverfahren gem. §§ 217ff InsO erfolgen.

Besonderheiten ergeben sich aus § 15 Abs. 1 S. 2 InsO sowie aus § 15a Abs. 3, 6 InsO, da nur die Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft und nicht die Vereinsmitglieder hiervon betroffen sind. Des Weiteren enthält das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht keine dem § 5a Abs. 4 GmbHG entsprechende Vorschrift. Ebenso weist § 42 Abs. 2 BGB keine Höchstfrist i. S. v. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO auf, obgleich nach umstrittener Auffassung eine solche Frist auch dem Vereinsvorstand einzuräumen ist.

Soweit das Insolvenzgericht einen Eröffnungsgrund feststellt und eine Abweisung mangels Masse ausscheidet, eröffnet es das Verfahren durch den sog. Eröffnungsbeschluss, § 27 InsO. Dadurch werden beide Verbände aufgelöst, § 42 Abs. 1 S. 1 BGB, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Eine Auflösung erfolgt gleichsam bei rechtskräftiger Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse, § 42 Abs. 1 S. 1 BGB, § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG. Die Rechtsstellung der Organe ist durch das Insolvenzverfahren nicht betroffen. Die bestehenden Befugnisse beschränken sich jedoch auf den von der Insolvenz nicht betroffenen Bereich. Die aufgelösten Verbände sind weiterhin rechtsfähig. Die Unternehmergesellschaft bleibt zudem Formkaufmann. Des Weiteren ist nach indes umstrittener Auffassung der Insolvenzverwalter nicht an die einschränkenden Bestimmungen der §§ 9b Abs. 1, 43 Abs. 3 S. 2, 64 S. 4, 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG gebunden.

Die Mitglieder haften auch bei einer Insolvenz des Verbands nicht. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO findet nach umstrittener Auffassung auch auf den Verein Anwendung. Sofern statutarisch nicht abweichend geregelt, führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Beendigung der vereinsrechtlichen Beitragspflicht. Bereits fällige Vereinsbeiträge sind wie die noch ausstehenden Einlagen auf den Geschäftsanteil zu erbringen. Ob hingegen etwaige daneben bestehende korporationsrechtliche Beitragspflichten auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllen sind, bestimmt sich in beiden Verbänden nach denselben Grundsätzen.<sup>2792</sup>

Das Insolvenzverfahren endet durch einen Aufhebungs- oder einen Einstellungsbeschluss. Im Anschluss an die Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO erfolgt bei vorhandenem Verbandsvermögen ein vereins- bzw. gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren. Der Verteilungsmaßstab für einen etwaigen Überschuss gem. § 199 S. 2 InsO ergibt sich für den Verein aus § 45 BGB und für die Unternehmergesellschaft aus § 72 GmbHG. Dieser Unterschied ist den abweichenden Grundstrukturen beider Rechtsformen geschuldet.

Beide Verbände können nach der Verfahrenseinstellung auf Antrag der Insolvenzschuldner oder nach Aufhebung des Verfahrens durch Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand des Verbands vorsieht, durch Beschluss der eigenen Mitglieder fortgesetzt werden, § 42 Abs. 1 S. 2 BGB, § 60 Abs. 1 Nr. 4 2. Hs GmbHG. Umstritten ist indes, welcher Mehrheit der Fortsetzungsbeschluss bedarf. Während die h. M. bei der Unternehmergesellschaft eine Drei-Viertel-Mehrheit der Mitglieder verlangt, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes vorsieht, lässt die h. M. beim Verein eine einfache Mehrheit genügen, sofern wiederum die Satzung nichts Abweichendes regelt. Die Fortsetzung erfolgt in Form des unveränderten Rechtsträgers. Demgegenüber enthält das GmbH-Recht keine § 42 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechende Regelung. Der Verein kann daher als nichtrechtsfähiger Verein fortbestehen, während eine Fortsetzung der Unternehmergesellschaft außerhalb der Fälle von § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ausscheidet.

---

<sup>2792</sup> Vgl. Gottwald/Haas/Mock § 93 Rn. 178 i. V. m. Gottwald/Haas/Hossfeld § 92 Rn. 325ff.

Die Insolvenz eines Vereinsmitglieds oder eines Gesellschafters berührt von Gesetzes wegen nicht die Mitgliedschaft. Abweichendes kann sich jedoch aus der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag ergeben, wobei der Verlust der Gesellschafterstellung einen entsprechenden Ausgleich erfordert. Eine nicht übertragbare Vereinsmitgliedschaft gehört nicht zur Insolvenzmasse.

Hinsichtlich der erforderlichen Eintragungen enthalten die § 75 Abs. 1 S. 2 BGB und § 32 Abs. 1 S. 2 HGB identische Regelungen. Die Fortsetzung des Verbands ist ebenso zur Eintragung anzumelden, wobei sich dies für den Verein direkt aus § 75 Abs. 2 S. 1 BGB ergibt. Die Löschung der Unternehmergeellschaft wegen Vermögenslosigkeit ergibt sich unmittelbar aus § 394 Abs. 1 S. 1 FamFG.

## **XIX. Registerrecht**

### **1. Grundsätzliches**

Sowohl beim Verein als auch bei der Unternehmergeellschaft müssen diverse registerrechtliche Vorgaben beachtet werden.

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Der bürgerlich-rechtliche Verein ist in das Vereinsregister einzutragen. Das diesbezügliche Verfahren wird in den §§ 55ff BGB und weiteren Gesetzen und Verordnungen geregelt. Dabei ist insbesondere die sog. Vereinsregisterverordnung (VRV)<sup>2793</sup> zu erwähnen. Registersachen sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 23a Abs. 2 Nr. 3 GVG), so dass insoweit auch das FamFG<sup>2794</sup> Anwendung findet, § 1 FamFG. Zudem sind für die Erledigung der Geschäfte des Registerrechts grundsätzlich die Rechtspfleger zuständig (§ 1 Abs. 4 VRV i. V. m. §§ 3 Nr. 1a, 17 RPflG), so dass ebenso die Vorschriften des Rechtspflegergesetzes (RPflG)<sup>2795</sup> zu beachten sind.

#### **b) Vereinsregister**

Die Eintragung eines Vereins hat beim Amtsgericht zu geschehen, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat, § 55 BGB. Jedes Amtsgericht führt daher für seinen Bezirk ein Vereinsregister, soweit nicht durch die jeweilige Landesjustizverwaltung einem Amtsgericht die Führung mehrerer Amtsgerichtsbezirke zugewiesen wurde, § 23d GVG, § 1 Abs. 1 VRV.<sup>2796</sup> Das Vereinsregister selbst wird in Karteiform geführt (§ 2 Abs. 1 S. 1 VRV) und enthält für jeden einzutragenden Verein ein Registerblatt (§ 2 Abs. 1 S. 2 VRV), wobei wiederum für jedes Registerblatt eine Registerakte geführt wird, § 7 Abs. 1 S. 1 VRV. Die Gestaltung und Benutzung des Registerblatts ergibt sich aus § 3 VRV. Die zum Register eingereichten Dokumente werden zu der Registerakten genommen, vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 VRV, § 66 Abs. 2 BGB. Das Vereinsregister kann zudem in elektronischer Form geführt werden

---

<sup>2793</sup> Verordnung über das Vereinsregister und andere Fragen des Registerrechts (VRV) vom 10.02.1999, BGBl. I S. 147.

<sup>2794</sup> Das Gesetz ersetzte u. a. das bis dato geltende Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) vom 17.05.1898, RGBl. S. 189.

<sup>2795</sup> Rechtspflegergesetz vom 05.11.1969, BGBl. I S. 2065.

<sup>2796</sup> Hiervon machten bisher Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, das Saarland und Thüringen keinen Gebrauch, Krafka/Kühn Rn. 2101.

(§ 55a Abs. 1 S. 1 BGB), was weitestgehend der Fall ist<sup>2797</sup>, wobei dann die Vorschriften der §§ 1-17 VRV entsprechend anzuwenden sind, § 18 VRV. Darüber hinaus besteht ein alphabetisches Namensverzeichnis, §§ 1 Abs. 2, 8 VRV.

## **c) Anmeldungen**

### **aa) Anmeldepflichtige Tatsachen**

Das Verfahren zur Eintragung in das Vereinsregister ist als Antragsverfahren ausgestaltet, so dass eine Eintragung grundsätzlich nur aufgrund einer Anmeldung erfolgt, wobei Folgendes anzumelden ist:

- die Ersteintragung gem. §§ 59 Abs. 1, 64 BGB,
- die Änderung des Vorstands gem. § 67 Abs. 1 S. 1 BGB,
- die Änderung der Satzung gem. § 71 Abs. 1 BGB,
- die Auflösung des Vereins nach § 74 Abs. 2 BGB,
- die Fortsetzung nach § 42 Abs. 1 S. 2 BGB gem. § 75 Abs. 2 S. 1 BGB,
- die Fortsetzung des Vereins in den übrigen Fällen nach Auflösung, vgl. § 3 S. 3 Nr. 4b dd) VRV<sup>2798</sup>,
- der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit als satzungsändernder Beschluss, vgl. § 3 S. 3 Nr. 4b bb) VRV<sup>2799</sup>,
- die Liquidatoren und ihre Vertretungsmacht sowie diesbezügliche Änderungen gem. § 76 Abs. 2 BGB und
- schließlich die Beendigung des Vereins nach der Liquidation gem. § 76 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 3 BGB<sup>2800, 2801</sup>.

Gegenstand der Anmeldung ist die konkrete Tatsache und nicht der zu Grunde liegende Beschluss.<sup>2802</sup>

### **bb) Anmeldeberechtigung**

Die Anmeldungen sind von den Mitgliedern des Vorstands sowie von den Liquidatoren, die insoweit zur Vertretung des Vereins berechtigt sind, abzugeben, § 77 S. 1 BGB. Es genügt die Anmeldung in vertretungsberechtigter Anzahl.<sup>2803</sup>

### **cc) Ausnahmen**

In Ausnahmefällen erfolgt die Eintragung von Amts wegen. Solche Ausnahmen sind

- bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. dessen Abweisung mangels Masse, § 75 Abs. 1 S. 1 BGB,
- bei der daran anknüpfenden Auflösung des Vereins, § 75 Abs. 1 S. 1 BGB,
- in den Punkten des § 75 Abs. 1 S. 2 BGB,
- bei der Entziehung der Rechtsfähigkeit gem. § 73 BGB, § 74 BGB,

---

<sup>2797</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 7; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 424.

<sup>2798</sup> Krafska/Kühn Rn. 2212.

<sup>2799</sup> Krafska/Kühn Rn. 2213.

<sup>2800</sup> Vgl. auch, § 4 Abs. 2 S. 3 VRV.

<sup>2801</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 10; vgl. Palandt/Ellenberger Vorb v § 55 Rn. 1.

<sup>2802</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 13.

<sup>2803</sup> Palandt/Ellenberger Vorb v § 55 Rn. 1, § 77 Rn. 1; Krafska/Kühn Rn. 2150; vgl. zum früheren Streit, Staudinger/Habermann § 59 Rn. 10.



- bei der Auflösung gem. § 7 Abs. 2 VereinsG,
- im Rahmen der Auflösung gem. § 395 FamFG sowie
- bei gerichtlich bestellten Vorstandsmitgliedern (§ 67 Abs. 2 BGB) und Liquidatoren (§ 76 Abs. 3 BGB)

gegeben.<sup>2804</sup> Im Rahmen einer Nachtragsliquidation ist die bereits eingetragene Beendigung von Amts wegen zu löschen.<sup>2805</sup>

#### **dd) Form und Inhalt der Anmeldung**

Die Anmeldungen zum Vereinsregister sind mittels öffentlich beglaubigter Erklärung abzugeben, § 77 S. 1 BGB. Sofern eine Vertretung erfolgt, muss die Vollmacht gleichsam beglaubigt sein.<sup>2806</sup> Der Erstanmeldung des Vereins sind Abschriften der Satzung und der Urkunden über die Bestellung des Vorstands beizufügen, § 59 Abs. 2 BGB. Zudem ist § 59 Abs. 3 BGB zu beachten. In den Fällen der §§ 67 Abs. 1 S. 2, 71 Abs. 1 S. 3, 74 Abs. 2 S. 2, 75 Abs. 2 S. 2, 76 Abs. 2 S. 4 BGB sind die betreffenden Abschriften miteinzureichen. Angaben, die den Inhalt des § 64 BGB betreffen, müssen in der Anmeldung schlagwortartig hervorgehoben sein.<sup>2807</sup>

#### **ee) Registerzwang**

Die Prüfung des Registergerichts ist im Allgemeinen auf die abgegebenen Erklärungen und Unterlagen beschränkt.<sup>2808</sup> Demgegenüber kann das Registergericht die Mitglieder des Vorstands oder die Liquidatoren zur Befolgung der in § 78 BGB abschließend aufgezählten Vorschriften durch Festsetzung eines Zwangsgeldes anhalten.<sup>2809</sup> Das entsprechende Verfahren ist in den §§ 388-391 FamFG geregelt. Darüber hinaus ermöglicht § 72 BGB eine gewisse gerichtliche Kontrolle.

#### **d) Eintragungen**

##### **aa) Einzutragende Tatsachen**

Gem. § 64 BGB sind der Name und der Sitz des Vereins, der Tag der Errichtung der Satzung, die Mitglieder des Vorstands und ihre Vertretungsmacht einzutragen. Sowohl die von Amts wegen einzutragenden Tatsachen als auch die anmeldepflichtigen Tatsachen werden, sofern eine Anmeldung vorliegt, eingetragen, hingegen eine Eintragung der Vereinsmitglieder nicht erfolgt. Die einzureichende Satzung wird lediglich zur Registerakte genommen.<sup>2810</sup> Daneben wird die Auffassung vertreten, dass Tatsachen und Rechtsverhältnisse auch ohne besondere Ermächtigung eine Eintragungsfähigkeit besitzen, soweit dies zur Sicherung der Transparenz der Rechtsverhältnisse für den Rechtsverkehr erforderlich ist.<sup>2811</sup>

<sup>2804</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 14; Krafka/Kühn Rn. 2253ff.

<sup>2805</sup> Krafka/Kühn Rn. 2209.

<sup>2806</sup> MüKo/Reuter § 59 Rn. 4; Palandt/Ellenberger § 59 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 432; Stöber/Otto Rn. 1238; Staudinger/Habermann § 77 Rn. 2; Soergel/Hadding § 77 Rn. 1.

<sup>2807</sup> OLG Nürnberg NJW-RR 2012, 1183, 1184; Beschluss vom 26.09.2014, Az: 12 W 2015/14; Reichert Rn. 650.

<sup>2808</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 424; vgl. Stöber/Otto Rn. 1246, 1259f.

<sup>2809</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 93; MüKo/Reuter § 78 Rn. 2; Soergel/Hadding § 78 Rn. 3.

<sup>2810</sup> MüKo/Reuter § 64 Rn. 4; Soergel/Hadding § 64 Rn. 4; Staudinger/Habermann § 59 Rn. 5.

<sup>2811</sup> BGH NJW 1992, 1452, 1453f, zum Handelsregister; vgl. MüKo/Reuter § 64 Rn. 6; vgl. aber auch, Soergel/Hadding § 64 Rn. 3; Staudinger/Habermann § 65 Rn. 11f.

## **bb) Registerblatt**

In das Registerblatt sind gem. § 3 VRV folgende Eintragungen vorzunehmen:

- die laufende Nummer der Eintragung,
- der Vereinsname,
- der Vereinssitz,
- die allgemeinen Vertretungsregeln,
- besondere Vertretungsbefugnisse,
- die Vertretungsberechtigten,
- soweit zweckmäßig auch die Stellung im Vorstand,
- Angaben zur Satzung, mithin die Rechtsform, das Datum der Errichtung der Satzung und ihre Änderungen,
- Angaben zur Rechtsfähigkeit (Verzicht oder Entziehung),
- die Auflösung und Fortsetzung des Vereins,
- Angaben zu einem Insolvenzverfahren,
- die Beendigung des Vereins nach der Liquidation und
- das Erlöschen sowie das Datum der Eintragung.

## **cc) Bekanntmachung**

Gem. § 66 Abs. 1 BGB, § 14 VRV wird die Eintragung des Vereins durch das Amtsgericht bekanntgemacht, wobei dies durch Veröffentlichung in dem von der Landesjustizverwaltung bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem erfolgt. Es werden lediglich der Name, Sitz, Tag der Eintragung und die Registernummer angegeben.<sup>2812</sup> Die Sonderregelungen der §§ 3 Abs. 4, 7 Abs. 1 VereinsG sind zu beachten. Die Eintragung wird den Beteiligten mitgeteilt, § 383 Abs. 1 FamFG, § 13 VRV.

## **e) Wirkung der Eintragung**

### **aa) Konstitutive und deklaratorische Wirkung**

Durch die Eintragung des Vereins in das Vereinsregister erlangt dieser die Rechtsfähigkeit, § 21 BGB. Darüber hinaus bedürfen Satzungsänderungen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Register, § 71 Abs. 1 S. 1 BGB. Die übrigen Eintragungen wirken deklaratorisch. Des Weiteren ist § 65 BGB zu beachten.

### **bb) Publizitätswirkung**

Der Inhalt des Registers entfaltet gem. §§ 68, 70 BGB eine negative Publizitätswirkung, nach der Dritte mit Tatsachen, die trotz entsprechender Pflicht nicht eingetragen sind, nicht zu rechnen brauchen, wobei sich die Regelung auf die Zusammensetzung des Vorstands, auf den Umfang der Vertretungsmacht sowie auf die Beschlussfassungen des Vorstands in Abweichung von § 26 Abs. 2 S. 1 BGB bezieht.<sup>2813</sup> Einem Dritten können Änderungen des Vorstands nur entgegengehalten werden, wenn diese eingetragen oder dem Dritten zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts bekannt sind, § 68 S. 1 BGB. Eintragungen muss der

---

<sup>2812</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 28; Staudinger/Habermann § 66 Rn. 1.

<sup>2813</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 88; MüKo/Reuter § 68 Rn. 1f; Palandt/Ellenberger § 68 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 429; Stöber/Otto Rn. 1285f.

Dritte nicht gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht kennt und seine Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht, § 68 S. 2 BGB.<sup>2814</sup> Sieht der Dritte das Register vor der Rechtshandlung nicht ein bzw. lässt dies nicht einsehen, fällt ihm regelmäßig eine Fahrlässigkeit zur Last.<sup>2815</sup> § 68 BGB begründet keine positive Publizitätswirkung.<sup>2816</sup> Wird eine Satzungsänderung nicht eingetragen, fehlt ihr ohnehin gem. § 71 Abs. 1 S. 1 BGB die Wirksamkeit.

## **f) Einsicht**

Die Einsicht in das Vereinsregister, in die vom Verein eingereichten Dokumente sowie in das Namensverzeichnis ist jedem gestattet, § 79 Abs. 1 S. 1 BGB, § 16 VRV. Ein berechtigtes oder rechtliches Interesse muss nicht nachgewiesen werden.<sup>2817</sup> Es kann eine Abschrift bzw. ein Ausdruck gefordert werden, § 79 Abs. 1 S. 2, 3 BGB. Zudem kann ein sog. Positivattest gem. § 69 BGB geführt werden, bzw. ein sog. Negativattest gem. § 386 FamFG erfolgen.

## **g) Amtslöschung**

Eintragungen, die wegen eines Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig sind, können nach § 395 FamFG gelöscht werden. Demgegenüber sind die Regelungen der §§ 394, 397 FamFG auf den Verein nicht anwendbar.<sup>2818</sup>

## **h) Eintragung ins Handelsregister**

Ein Verein kann mit seinem im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs geführten Gewerbes ins Handelsregister eingetragen werden, §§ 1, 33 HGB.<sup>2819</sup> Zulässig ist insoweit auch eine freiwillige Eintragung gem. §§ 1 Abs. 2, 2 S. 1, 2 HGB. Die Bestimmungen des Handelsregisters sind anzuwenden, wobei dann im Gegensatz zur GmbH die §§ 33, 34 HGB einschlägig sind.<sup>2820</sup> Für den Vertrauensschutz gilt sodann § 15 HGB.

## **i) Kosten**

### **aa) Anmeldung und Eintragung**

Die Anmeldungen zum Register in Form einer öffentlich beglaubigten Erklärung verursachen Notarkosten. Der maßgebliche Geschäftswert bemisst sich nach § 36 GNotKG. Da i. d. R. den Anmeldungen zum Vereinsregister kein konkreter Vermögenswert zukommt und oftmals keine ausreichenden Anhaltspunkte eine auch nur annäherungsweise fundierte Schätzung erlauben, ist regelmäßig von einem Geschäftswert von 5.000 € auszugehen.<sup>2821</sup> Bei den Tätigkeiten des Notars ist zwischen der reinen Beglaubigung und der Beglaubigung nebst Erstellung des Entwurfs zu unterscheiden. Nimmt der Notar lediglich die Beglaubigung vor,

---

<sup>2814</sup> Palandt/Ellenberger § 68 Rn. 1: Fehlende Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn die Eintragung unmittelbar vor Abschluss des Rechtsgeschäfts erfolgt ist oder dem Dritten ein diese Änderung nicht enthaltender und nicht zu alter Registerauszug vorgelegt wurde.

<sup>2815</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 429; Stöber/Otto Rn. 1287.

<sup>2816</sup> Vgl. zu einer Rechtsscheinhafung, Stöber/Otto Rn. 1293.

<sup>2817</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 15; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 426; Krafka/Kühn Rn. 2117; vgl. Palandt/Ellenberger § 79 Rn. 1; Soergel/Hadding § 79 Rn. 2f.

<sup>2818</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 446; vgl. Krafka/Kühn Rn. 2253.

<sup>2819</sup> Reichert Rn. 4867ff.

<sup>2820</sup> Baumbach/Hopt § 33 Rn. 1; Staub/Burgard § 33 Rn. 4, 8.

<sup>2821</sup> Vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt § 36 Rn. 46; Sikora/Tiedtke, in: NJW 2013, 2310, 2311; noch zur KostO: Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 29; Stöber/Otto Rn. 1474; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Lappe § 80 Rn. 11f.

entsteht gem. KV Nr. 25100 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,2, mindestens 20 € und höchstens 70 €, hingegen bei einer Beglaubigung nebst Entwurfsverfassung gem. KV Nr. 21201 (24102) GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,5, mindestens 30 €, anfällt. Weitere Kosten verursachen die Umsatzsteuer sowie etwaige Auslagen.

Des Weiteren fallen für die Eintragung in das Register Gebühren an. Eintragungen in das Vereinsregister sind, wie bereits oben angeführt<sup>2822</sup>, grundsätzlich kostenpflichtig. Daneben können diverse Auslagen erhoben werden, KV Nr. 31000ff GNotKG. Während bei der Ersteintragung eines Vereins eine Festgebühr in Höhe von 75 € anfällt, beträgt die Festgebühr über eine spätere Eintragung 50 €, KV Nr. 13100, 13101 GNotKG. Die Gebühr wird bei mehreren Eintragungen nur einmal erhoben, wenn die Anmeldungen am selben Tag beim Registergericht eingegangen sind, KV Nr. 13101 Abs. 2 GNotKG.

Bei gemeinnützigen Vereinen gem. §§ 51ff AO kann aufgrund landesrechtlicher Vorschriften in einem bestimmten Rahmen eine Gebührenbefreiung greifen.<sup>2823</sup> Bei den Notargebühren enthält § 91 Abs. 2 GNotKG (144 Abs. 2 KostO a. F.) einen Gebührenermäßigungstatbestand.

### **bb) Einsicht**

Für die Einsicht in das Register werden keine Gebühren erhoben. Die Gebührenhöhe für Ausdrucke und Fertigungen von Kopien aus dem Register folgt aus KV Nr. 17000ff GNotKG. Die Gebührenhöhe für eine Online-Auskunft ergibt sich aus der Justizverwaltungskostenordnung.

## **3. Unternehmergesellschaft**

### **a) Allgemeines**

Die Unternehmergesellschaft ist wie der rechtsfähige Verein in das Register einzutragen, § 11 Abs. 1 GmbHG. Die Eintragung der Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3 GmbHG) erfolgt im Handelsregister. Auch hier finden die Vorschriften des RPfIG und des FamFG Anwendung. Darüber hinaus gilt die Handelsregisterverordnung (HRV)<sup>2824</sup>. Im Gegensatz zum eingetragenen Verein sind gewisse Handlungen gem. § 17 RPfIG einem Richter vorbehalten.

### **b) Handelsregister**

Die Gesellschaft ist beim Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung anzumelden, § 7 Abs. 1 GmbHG, § 377 Abs. 1 FamFG. Zuständig sind die Amtsgerichte, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, wobei sich die Zuständigkeit dadurch auf den Bezirk des Landgerichts erstreckt, §§ 374 Nr. 1, 376 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 23a Abs. 2 Nr. 3 GVG, § 1 HRV. Die Zuständigkeit kann verschoben werden, § 376 Abs. 2 FamFG, § 23d GVG.<sup>2825</sup> Die Gesellschaft wird in Abteilung B des elektronisch geführten Handelsregisters eingetragen, § 8 Abs. 1 HGB, § 3 Abs. 3 HRV. Sie erhält ein eigenes Registerblatt (§ 13 Abs. 1 HRV), einen Registerordner (§ 9 HRV) und eine Registerakte (§ 8 HRV). Des Weiteren

---

<sup>2822</sup> Vgl. E. VI. 2. b).

<sup>2823</sup> Vgl. Übersicht bei, Reichert Rn. 4917.

<sup>2824</sup> Einrichtung und Führung des Handelsregisters vom 12.08.1937, Deutsche Justiz S. 1251.

<sup>2825</sup> Hiervon haben die einzelnen Bundesländer unterschiedlich Gebrauch gemacht. Übersicht bei, Krafka/Kühn Rn. 13.

existiert ein sog. Unternehmensregister (§ 8b HGB), was als zentrale Zugangsstelle fungiert.<sup>2826</sup>

## c) Anmeldungen

### aa) Anmeldepflichtige Tatsachen

Anzumelden sind:

- die Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 GmbHG),
- eine inländische Geschäftsanschrift (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG)<sup>2827</sup> sowie deren Änderung (§ 31 Abs. 1 HGB),
- die Art und der Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer (§ 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG),
- jede Änderung der Geschäftsführer sowie ihrer Vertretungsbefugnis (§ 39 Abs. 1 GmbHG),
- die Bestellung eines Aufsichtsrats (§ 52 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 37 Abs. 4 Nr. 3 AktG)<sup>2828</sup>,
- die Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG),
- die Erhöhung des Stammkapitals (§§ 57 Abs. 1, 57i Abs. 1 GmbHG),
- die Herabsetzung des Stammkapitals (§ 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG),
- die Auflösung der Gesellschaft gem. § 60 Abs. 1 Nr. 1-3, Abs. 2 GmbHG (§ 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG),
- die Liquidatoren und ihre Vertretungsbefugnis sowie diesbezügliche Änderungen (§ 67 Abs. 1 GmbHG),
- der Schluss der Liquidation (§ 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG),
- eine Zweigniederlassung (§ 13 Abs. 1 HGB),
- Unternehmensverträge bei der beherrschten Gesellschaft<sup>2829</sup> und schließlich
- die Fortsetzung der Gesellschaft<sup>2830</sup>.

### bb) Anmeldeberechtigung

Die Anmeldung der Gesellschaft ist durch sämtliche Geschäftsführer, wozu auch die stellvertretenden Geschäftsführer gem. § 44 GmbHG zählen, zu bewirken, § 78 GmbHG i. V. m. § 7 Abs. 1 GmbHG. Dies gilt gem. § 78 GmbHG auch für die Anmeldungen nach §§ 57 Abs. 1, 57i Abs. 1 und 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Bei den übrigen Anmeldungen genügt eine vertretungsberechtigte Zahl. Nach h. M. soll die Anmeldung der Gesellschaft nur durch die Geschäftsführer persönlich erfolgen können.<sup>2831</sup> Dies soll auch bei §§ 57 Abs. 1, 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG der Fall sein.<sup>2832</sup>

---

<sup>2826</sup> Baumbach/Hopt § 8b Rn. 1; Staub/Koch § 8b Rn. 1.

<sup>2827</sup> Vgl. zu einer „c/o Anschrift“, OLG Naumburg GmbHR 2009, 832, 833.

<sup>2828</sup> Lutter/Hommelhoff § 8 Rn. 8; vgl. MüKo GmbHG/Herrler § 8 Rn. 38; Baumbach/Hueck § 8 Rn. 10.

<sup>2829</sup> BGHZ 105, 324, 342ff; Krafska/Kühn Rn. 1111f; Staub/Koch § 8 Rn. 65.

<sup>2830</sup> Krafska/Kühn Rn. 1158.

<sup>2831</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 4; Baumbach/Hueck § 7 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 7 Rn. 1; abweichend, Krafska/Kühn Rn. 942, MüKo GmbHG/Herrler § 7 Rn. 18ff.

<sup>2832</sup> Baumbach/Hueck § 78 Rn. 4; Staub/Koch § 12 Rn. 42. Vgl. MüKo GmbHG/Schaub § 78 Rn. 48ff; Lutter/Hommelhoff § 78 Rn. 2: Hierzu ist auch § 57i Abs. 1 GmbHG zu zählen.

## cc) Ausnahmen

Von Amts wegen einzutragen sind:

- die Auflösung der Gesellschaft bei Insolvenzbezug gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GmbHG (§ 65 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG),
- die Auflösung der Gesellschaft in den Fällen des § 32 Abs. 1 S. 2 HGB,
- die gerichtliche Feststellung eines Mangels des Gesellschaftsvertrages gem. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (§ 65 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG, § 32 Abs. 1 S. 1 HGB),
- die Auflösung nach § 7 Abs. 2 VereinsG i. V. m. § 2 Abs. 1 VereinsG,
- die Löschungen nach §§ 395 Abs. 1, 397 FamFG,
- die einzutragende Nachtragsliquidation<sup>2833</sup> sowie
- die gerichtlich bestellten Geschäftsführer oder Liquidatoren, vgl. § 67 Abs. 4 GmbHG.

## dd) Form und Inhalt der Anmeldung

Die Anmeldung ist in öffentlich beglaubigter, elektronischer Form einzureichen, § 12 Abs. 1 S. 1 HGB. Dies gilt auch für etwaige Vollmachten (§ 12 Abs. 1 S. 2, 3 HGB) und abzugebende Versicherungen (vgl. §§ 8 Abs. 2<sup>2834</sup>, 3, 39 Abs. 3, 57 Abs. 2, 57i Abs. 1 S. 2, 58 Abs. 1 Nr. 4, 67 Abs. 3 GmbHG)<sup>2835</sup>. Dokumente sind ebenso elektronisch einzureichen, § 12 Abs. 2 S. 1 HGB. Für die konkrete Form der einzureichenden Dokumente (vgl. §§ 8 Abs. 1, 39 Abs. 2, 40 Abs. 1, 52 Abs. 3 S. 2, 54 Abs. 1 S. 2, 57 Abs. 3, 57i Abs. 1, 58 Abs. 1 Nr. 4, 67 Abs. 2 GmbHG sowie § 75 Abs. 2 GmbHG i. V. m. § 248 Abs. 1 S. 2 AktG) ist § 12 Abs. 2 S. 2 HGB maßgebend. Der Anmeldung der Gesellschaft müssen gem. § 8 Abs. 1 GmbHG der Gesellschaftsvertrag, ggfs. die Legitimation der Geschäftsführer und die Gesellschafterliste beigefügt sein. Nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG ist darüber hinaus eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben.<sup>2836</sup> Der Anmeldung ist bei Bestehen eines Aufsichtsrats eine Urkunde über dessen Bestellung sowie eine Liste der Aufsichtsratsmitglieder beizufügen, § 52 Abs. 3 S. 1 GmbHG i. V. m. § 37 Abs. 4 Nr. 3 und 3a AktG. Bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages sind die in § 10 GmbHG enthaltenen Angaben, sofern sie einer Veränderung unterliegen, schlagwortartig anzugeben, § 54 Abs. 2 GmbHG.<sup>2837</sup> Der aktuelle Stand des Gesellschaftsvertrages muss sich aus einem einzigen Dokument ergeben.<sup>2838</sup>

## ee) Registerzwang

Das Gericht darf zusätzliche Informationen oder Nachweise nur dann verlangen, wenn hierzu ein berechtigtes Interesse besteht.<sup>2839</sup> In diesem Zusammenhang ist § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu beachten. Soweit die Geschäftsführer oder die Liquidatoren die notwendigen Angaben auf den Geschäftsbriefen gem. §§ 35a, 71 Abs. 5 GmbHG nicht befolgen, kann das Registergericht sie durch Festsetzung von Zwangsgeldern hierzu anhalten, § 79 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Ein Zwangsgeld kann in den Fällen einer fehlenden Anmeldung oder Einreichung von Dokumenten nur erfolgen, wenn die Eintragung keine konstitutive Wirkung hat und nicht

<sup>2833</sup> MüKo GmbHG/Limpert § 65 Rn. 30; Baumbach/Hueck § 65 Rn. 4.

<sup>2834</sup> Bei der Unternehmergesellschaft ist die Volleinzahlung zu versichern, Baumbach/Hueck § 8 Rn. 12.

<sup>2835</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 10; vgl. Staub/Koch § 12 Rn. 43.

<sup>2836</sup> Vgl. hierzu, § 24 Abs. 2 S. 2 HRV.

<sup>2837</sup> BGH NJW 1987, 3191, 3191f; Krafka/Kühn Rn. 1019; MüKo GmbHG/Schaub § 10 Rn. 9 (1. Auflage); Baumbach/Hueck § 54 Rn. 6.

<sup>2838</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 54 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff § 54 Rn. 4; MüKo GmbHG/Harbath § 54 Rn. 43.

<sup>2839</sup> Vgl. BGHZ 113, 335, 351f; Krafka/Kühn Rn. 981.

im Belieben der Gesellschaft steht, vgl. § 79 Abs. 2 GmbHG.<sup>2840</sup> Das Festsetzungsverfahren ergibt sich aus §§ 388ff FamFG.

## **d) Eintragungen**

### **aa) Einzutragende Tatsachen**

Eintragungsfähig sind lediglich die Tatsachen, die vom Gesetz zur Eintragung bestimmt und zugelassen sind, bzw. wenn dies dem Sinn und Zweck des Handelsregisters entspricht, auch wenn eine gesetzliche Regelung fehlt.<sup>2841</sup> Der Inhalt der Eintragung folgt aus § 10 GmbHG bzw. § 43 HRV, wodurch die Eintragungen auf Grundinformationen über die Gesellschaft beschränkt sind.<sup>2842</sup> Die Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder werden nicht eingetragen. Die entsprechenden Listen werden indes zum Registerordner genommen.

### **bb) Registerblatt**

Die Eintragungen erfolgen in Abschnitt B des Handelsregisters, § 3 Abs. 3 HRV. Die Aufteilung des betreffenden Registerblatts ergibt sich dabei aus § 43 HRV.

### **cc) Bekanntmachung**

Das Registergericht macht die Eintragungen in das Handelsregister in dem von der Landesjustizverwaltung bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem bekannt, § 10 S. 1 HGB. Bekanntgemacht wird dabei der ganze Inhalt der Eintragung (§ 10 S. 2 HGB)<sup>2843</sup>, wobei die Anforderungen der §§ 33, 34 HRV zu beachten sind. Zudem wird die Eintragung den Anmeldenden mitgeteilt, § 383 Abs. 1 FamFG. Des Weiteren wird eine Mitteilung an andere Stellen wie etwa an die Industrie- und Handelskammer gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 HRV vorgenommen. Die Einreichung der Liste der Aufsichtsratsmitglieder wird ebenso bekanntgemacht, § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die Eintragungen bezüglich des Insolvenzverfahrens gem. § 32 Abs. 1 HGB werden nicht bekanntgemacht, § 32 Abs. 2 S. 1 HGB.

## **e) Wirkung der Eintragung**

### **aa) Konstitutive und deklaratorische Wirkung**

Die Eintragung der Gesellschaft hat konstitutive Wirkung, § 11 Abs. 1 GmbHG. Dies gilt auch für Änderungen der echten Bestandteile des Gesellschaftsvertrages, § 54 Abs. 3 GmbHG. Ein Unternehmensvertrag (§§ 291f AktG) entfaltet erst mit Eintragung in das Handelsregister Wirkung, vgl. § 294 Abs. 2 AktG.<sup>2844</sup> Die übrigen Eintragungen wirken lediglich deklaratorisch.

---

<sup>2840</sup> Baumbach/Hueck § 79 Rn. 7; MüKo GmbHG/Schaub § 78 Rn. 19ff. Vgl. jedoch auch, Staub/Koch § 14 Rn. 9.

<sup>2841</sup> BGH NJW 1992, 1452, 1453f; BayObLGZ 2000, 213, 215; Krafska/Kühn Rn. 85, 88; Baumbach/Hopt § 8 Rn. 5; Staub/Koch § 8 Rn. 45ff.

<sup>2842</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8 Rn. 48; Baumbach/Hueck § 10 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 10 Rn. 4.

<sup>2843</sup> Krafska/Kühn Rn. 1039: Bekanntgemacht wird der Inhalt der Spalten 2 bis 6.

<sup>2844</sup> BGHZ 116, 37, 39; Krafska/Kühn Rn. 1111, 1116: Eine Eintragung im Register des herrschenden Verbands ist nicht vorgesehen. Bei einer Änderung oder Aufhebung des Vertrags ist die Eintragung im Register der beherrschten Gesellschaft deklaratorisch. Vgl. hierzu, Priester, in: GmbHR 2015, 169, 169ff.

## bb) Publizitätswirkung

§ 15 HGB regelt die Wirkung des Registerinhalts und der Registerbekanntmachungen für und gegen Dritte.<sup>2845</sup> Ist eine Tatsache eingetragen und bekanntgemacht, muss ein Dritter sie gegen sich gelten lassen (§ 15 Abs. 2 S. 1 HGB), soweit die Ausnahme des § 15 Abs. 2 S. 2 HGB nicht greift. Der gutgläubige Rechtsverkehr erfährt durch § 15 Abs. 1 und 3 HGB einen Rechtsschutz. Nach § 15 Abs. 1 HGB können einzutragende Tatsachen, welche nicht eingetragen und bekanntgemacht wurden, Dritten nicht entgegen gehalten werden, es sei denn, dass sie diese kannten, so dass das Vertrauen auf die Vollständigkeit des Registers geschützt wird, sog. negative Publizität.<sup>2846</sup> Demgegenüber regelt § 15 Abs. 3 HGB die sog. positive Publizität, nach der das Vertrauen Dritter auch dann geschützt ist, wenn eine erfolgte Verlautbarung fehlerhaft ist und der Dritte hiervon keine Kenntnis hat.<sup>2847</sup> Auf § 32 Abs. 2 S. 2 HGB wird verwiesen.

Darüber hinaus ist § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu beachten, welcher die Registerpublizität auf die nicht verpflichtende Eintragung der empfangsberechtigten Person erweitert.<sup>2848</sup> Des Weiteren sieht § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG eine unwiderlegbare Vermutung vor, dass derjenige, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist, unabhängig von der materiellen Rechtslage gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter gilt.<sup>2849</sup> Hinsichtlich einer vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Handlung ist § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG zu beachten. Zudem ist gem. § 16 Abs. 3 GmbHG ein gutgläubiger Erwerb möglich.

## f) Einsicht

Die Einsicht in das Handelsregister sowie in die zum Handelsregister eingereichten Dokumente ist jedem zu Informationszwecken<sup>2850</sup> gestattet, § 9 Abs. 1 S. 1 HGB. Es bedarf daher kein besonderes öffentliches Interesse. Die Einsicht erfolgt über ein Datensichtgerät oder durch Einsicht in einen aktuellen oder chronologischen Ausdruck, § 10 Abs. 2 S. 1 HRV. Die Dateneinsichtnahme wird regelmäßig durch automatischen Datenabruf vorgenommen, vgl. § 9 Abs. 1 HGB, § 52 HRV.<sup>2851</sup> Es können darüber hinaus Ausdrücke und Abschriften gefordert werden, § 9 Abs. 4 HGB, §§ 30, 30a HRV. Auch die Einsicht in das Unternehmensregister bedarf kein besonderes öffentliches Interesse, § 9 Abs. 6 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 HGB. Bei der Einsicht in die Registerakte greift hingegen § 13 Abs. 2 FamFG, so dass bei einem Dritten ein berechtigtes Interesse vorhanden sein muss.<sup>2852</sup> Es kann ein Negativattest gem. § 9 Abs. 5 HGB geführt werden, welcher § 386 FamFG entspricht. Demgegenüber besteht kein Zeugnisanspruch i. S. v. § 69 BGB.

---

<sup>2845</sup> Baumbach/Hopt § 15 Rn. 1. Vgl. zur Rechtsscheinhaftung, Baumbach/Hopt § 15 Rn. 3, 16f; Staub/Koch § 15 Rn. 18, 90ff, 117f. Vgl. zum Vorrang von § 4 GmbHG gegenüber § 15 Abs. 2 HGB, BGH ZIP 2012, 1659, 1660.

<sup>2846</sup> Baumbach/Hopt § 15 Rn. 2; Staub/Koch § 15 Rn. 2, 8.

<sup>2847</sup> Baumbach/Hopt § 15 Rn. 2; Staub/Koch § 15 Rn. 2, 8.

<sup>2848</sup> Wicke § 10 Rn. 5; MüKo GmbHG/Herrler § 10 Rn. 29.

<sup>2849</sup> Wicke § 16 Rn. 3; MüKo GmbHG/Heidinger § 16 Rn. 2.

<sup>2850</sup> Dadurch soll lediglich die missbräuchliche Einsichtnahme ausgeschlossen werden, Staub/Koch § 9 Rn. 17; Baumbach/Hopt § 9 Rn. 2f.

<sup>2851</sup> Krafka/Kühn Rn. 48.

<sup>2852</sup> Krafka/Kühn Rn. 51; Staub/Koch § 9 Rn. 7f.



## **g) Amtslöschung**

Eine Unternehmergesellschaft kann bei Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht werden (§ 394 Abs. 1 FamFG), wodurch die Gesellschaft aufgelöst wird, § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG. Des Weiteren kann eine Löschung unzulässiger Einträge von Amts wegen gem. § 395 Abs. 1 FamFG erfolgen. Nichtige Gesellschaften können gem. § 397 FamFG gelöscht werden. Daneben besteht die Möglichkeit der Löschung nichtiger Gesellschafterbeschlüsse gem. § 398 FamFG. Schließlich kann die Gesellschaft von Amts wegen aufgrund bestimmter Mängel der Satzung aufgelöst werden, § 399 Abs. 4 FamFG i. V. m. § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG. Die vorzunehmenden Registereintragungen erfolgen gem. §§ 44f HRV.

## **h) Gesellschafterliste und Liste der Aufsichtsratsmitglieder**

Wie bereits gezeigt, muss bei der Unternehmergesellschaft im Gegensatz zum eingetragenen Verein eine Mitgliederliste geführt werden, §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG. Bei jeder Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ist eine entsprechende aktuelle Liste zum Handelsregister einzureichen, § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Gesellschafterliste ist in den Registerordner des Handelsregisters aufzunehmen, vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 HRV.

Verfügt die Gesellschaft über einen Aufsichtsrat, ist eine Liste der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister einzureichen, § 52 Abs. 3 S. 1 GmbHG i. V. m. § 37 Abs. 4 Nr. 3a AktG. Die Liste ist stets zu aktualisieren, § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG.

## **i) Kosten**

### **aa) Anmeldung und Eintragung**

Die Anmeldungen zum Handelsregister müssen elektronisch in beglaubigter Form erfolgen. Die Kosten für die Ersteintragung wurden bereits oben beleuchtet.<sup>2853</sup> Der Notar erhält wie beim eingetragenen Verein für die Beglaubigung der Unterschriften gem. KV Nr. 25100 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,2, mindestens 20 € und höchstens 70 €. Soweit der Notar neben der Beglaubigung die Anmeldung entwirft, entsteht gem. KV Nr. 21201 GNotKG eine Gebühr in Höhe von 0,5, mindestens 30 €. Der Geschäftswert ergibt sich aus §§ 119 Abs. 1, 92 Abs. 2, 105 Abs. 1, 2 und 4, 106 GNotKG und beträgt daher mindestens 30.000 €. Ist die Anmeldung lediglich aufgrund einer Änderung der Anschrift erforderlich oder ist sie ohne wirtschaftliche Bedeutung für die Gesellschaft, beträgt der Geschäftswert 5.000 €, § 105 Abs. 5 GNotKG.

Im Gegensatz zur Vereinssatzung ist für jede Änderung des Gesellschaftsvertrages ein notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss erforderlich, § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Gebührenrechtlich ist zwischen der Mehrpersonen- und der Einpersonengesellschaft zu unterscheiden. Während bei einer Mehrpersonengesellschaft für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages gem. KV Nr. 21100 KV GNotKG eine Gebühr in Höhe von 2,0, mindestens 120 €, entsteht, fällt bei einer Einpersonengesellschaft eine 1,0 Gebühr, mindestens 60 € an, KV Nr. 21200 KV GNotKG. Der Geschäftswert bemisst sich dabei im Gegensatz zum Verein nach §§ 97 Abs. 1, 107 Abs. 1 GNotKG und beträgt damit mindestens 30.000 €. Besonderheiten bestehen gem. § 105 Abs. 6 S. 1 Nr. 2, S. 2 GNotKG für Gesellschaften, die im vereinfachten Verfahren gegründet wurden und die auch mit dem nunmehr geänderten Vertrag im vereinfachten Verfahren hätten gegründet werden können.

---

<sup>2853</sup> Vgl. E. VI. 3.

Neben die Notargebühren treten schließlich die Umsatzsteuer (KV Nr. 32014 GNotKG) sowie etwaige Auslagen (KV Nr. 32000ff GNotKG).

Die Registerkosten bemessen sich nach der Handelsregistergebührenverordnung (HRegGebV). Sie geht auf die Verordnungsermächtigung in §§ 79, 79a KostO a. F. (§ 58 GNotKG) zurück. Grundsätzlich entstehen Gebühren in Höhe von 30 € bis 70 €, vgl. Nr. 2500ff, 5002f HRegGebV. Zudem sind etwaige Auslagen wie die für die öffentliche Bekanntmachung (§ 10 HGB) gem. KV Nr. 31004 GNotKG zu entrichten, KV Nr. 31000ff GNotKG.

Auch hier kann eine Gebührenermäßigung nach § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a. F.) in Betracht kommen. Da eine Ermäßigung jedoch erst bei einem Geschäftswert von 25.000 € greift, wird § 91 Abs. 2 GNotKG wohl bei der Unternehmergesellschaft keine praktische Bedeutung erlangen. Schließlich können gemeinnützige Unternehmergesellschaften Gebührenbefreiungen im Rahmen der Registerkosten erfahren.<sup>2854</sup>

#### **bb) Einsicht**

Für die Einsicht in das Register werden keine Gebühren erhoben. Die Gebührenhöhe für Ausdrucke und Fertigungen von Kopien aus dem Register folgt aus KV Nr. 17000ff GNotKG. Im Übrigen wird wie beim Verein auf die Justizverwaltungskostenverordnung (JVKostO) verwiesen.

#### **4. Zwischenergebnis**

Es ist Aufgabe des Registers, bestimmte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse des Verbands, welche für den Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung sind, für den Verband verlässlich darzustellen und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.<sup>2855</sup> Für den eingetragenen Verein ist dabei das Vereinsregister, für die Unternehmergesellschaft das Handelsregister maßgebend. Daraus resultiert auch eine voneinander abweichende Verankerung der einschlägigen Normen, wobei rechtsformneutrale Vorschriften aus dem RPfIG oder dem FamFG für beide Verbände gleichsam anzuwenden sind. Trotz der unterschiedlichen Verankerung der registerrechtlichen Normen gleichen sich die Grundprinzipien und das diesbezügliche Verfahren.

Das Register wird von den Amtsgerichten geführt. Die gesetzlich vorgegebenen örtlichen Grundzuständigkeiten weichen voneinander ab. Darüber hinaus wurde die Zuständigkeit mittels Rechtsverordnung verschoben. Das Handelsregister wird zwingend, das Vereinsregister weitestgehend in elektronischer Form geführt. Zudem gleicht sich der Aufbau der Register. Jeder Verband erhält ein eigenes Registerblatt, wobei sich der Aufbau der Registerblätter unterscheidet (§ 3 VRV, § 43 HRV). Eingereichte Dokumente werden in beiden Fällen zum Register genommen. Während im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht ein sog. Namensverzeichnis geführt wird, besteht im Handelsrecht ein zentrales Unternehmensregister.

---

<sup>2854</sup> Vgl. Rheinland-Pfalz: § 1 Abs. 2 des Landesgesetzes über Gebührenbefreiung im Bereich der Justiz vom 05.10.1990, (Justizgebührenbefreiungsgesetz-JGebBefrG), GVBl. S. 281; Niedersachsen: § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten in der Gerichtsbarkeit vom 10.04.1973, GVBl. S. 111, aufgehoben zum 31.12.2014, nunmehr § 108 Abs. 2 Niedersächsisches Justizgesetz (NJG) vom 16.12.2014, GVBl. S. 436).

<sup>2855</sup> Krafska/Kühn Rn. 2292; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 1; Baumbach/Hopt § 8 Rn. 1.

Beide Verbände müssen registerrechtliche Pflichten erfüllen. Die entsprechenden Verfahren werden weitestgehend auf Antrag eingeleitet. Anzumelden sind insofern: die Eintragung der Verbände zur Erlangung der Rechtsfähigkeit, die Eintragung der Personen des Vertretungsorgans sowie deren Vertretungsmacht, die Änderungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages, die Auflösung, die Liquidation, die Liquidatoren und ihre Vertretungsmacht, die Beendigung der Liquidation sowie die Fortsetzung des Verbands. Daneben bestehen für jeden Verband resultierend aus dem unterschiedlichen Grundkonzept abweichende Anmeldepflichten bzw. Anmelderechte. Für den Verein ist insoweit der Verzicht auf die Rechtsfähigkeit zu nennen, hingegen bei der Unternehmersgesellschaft die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift<sup>2856</sup>, die Bestellung des Aufsichtsrats, die Veränderung des Stammkapitals oder die Zweigniederlassung<sup>2857</sup> anzuführen sind.

Die Anmeldungen sind durch den Vereinsvorstand, bzw. die Geschäftsführer vorzunehmen. Während beim Verein eine Anmeldung in vertretungsberechtigter Zahl ausreicht, müssen gem. § 78 Abs. 1 GmbHG diverse Anmeldungen, u. a. die Anmeldung der Gesellschaft selbst, durch sämtliche Geschäftsführer vorgenommen werden. In diesen Fällen soll bei der Unternehmersgesellschaft nach h. M. eine Vertretung ausscheiden. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowie die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die damit zusammenhängende Auflösung des Verbands (vgl. § 75 Abs. 1 BGB, § 65 Abs. 1 GmbHG, § 32 Abs. 1 HGB) werden wie die gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer oder Liquidatoren von Amts wegen eingetragen.

Die Anmeldungen zum Register müssen in beiden Fällen mittels öffentlich beglaubigter Erklärungen erfolgen (§ 77 S. 1 BGB, § 12 Abs. 1 S. 1 HGB), wobei die Anmeldungen zum Handelsregister zwingend in elektronischer Form einzureichen sind. Das GmbH-Recht sieht bereits für die Anmeldung der Gesellschaft umfangreichere Pflichten vor (§ 8 GmbHG), als dies beim bürgerlich-rechtlichen Verein der Fall ist (§ 59 BGB). Zudem müssen bei der Unternehmersgesellschaft eingereichte Dokumente den Vorgaben des § 12 Abs. 2 HGB entsprechen. Ferner sind in zahlreichen Fällen diverse Versicherungen durch die Geschäftsführer bzw. der Liquidatoren abzugeben. Bei Änderungen des Statuts müssen Angaben, die den Inhalt des § 64 BGB bzw. des § 10 GmbHG betreffen, in der Anmeldung schlagwortartig angegeben sein.

Die Registergerichte müssen sich für ihre Prüfung grundsätzlich mit den eingereichten Informationen begnügen. Sie können in beiden Fällen durch Festsetzung eines Zwangsgelds die Vertretungsorgane zur Einhaltung der Registerpflichten anhalten, obgleich sich diese Kompetenz beim Verein nur auf die Anmeldung der Satzungsänderung erstreckt. Bei der Unternehmersgesellschaft ist zudem § 79 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu beachten.

Beide Verbände werden in das jeweilige Register eingetragen. Daneben werden sowohl die von Amts wegen einzutragenden Tatsachen als auch die anmeldepflichtigen Tatsachen, sofern eine Anmeldung vorliegt, eingetragen. § 10 GmbHG enthält ein über § 64 BGB hinausgehenden Katalog. Die voneinander abweichenden Eintragungen (§ 43 Nr. 2 c), 3, 5, 6 b) aa), bb), cc), gg), hh) HRV) sind den divergierenden Kapitalregelungen sowie dem Umstand geschuldet, dass die Unternehmersgesellschaft eine Handelsgesellschaft ist. Zudem werden sowohl die Vereinssatzung als auch der Gesellschaftsvertrag zum Register genommen, auch wenn sie wie die Verbandsmitglieder nicht eingetragen werden.

---

<sup>2856</sup> Vgl. Krafka/Kühn Rn. 2153.

<sup>2857</sup> Vgl. Krafka/Kühn Rn. 2175.

Während das Registergericht alle<sup>2858</sup> Eintragungen in das Handelsregister bekanntmacht, erfolgt beim Verein nur die Bekanntmachung der Eintragung des Vereins. In beiden Fällen wird jedoch die Bekanntmachung in dem von der Landesjustizverwaltung bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem vorgenommen, § 66 Abs. 1 BGB, § 10 S. 1 HGB. Die Eintragung ist zudem den Beteiligten mitzuteilen, § 383 Abs. 1 FamFG. Während die Eintragung der Verbände (§ 21 BGB, § 11 Abs. 1 GmbHG) und der Änderungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages (§ 71 Abs. 1 S. 1 BGB, § 54 Abs. 3 GmbHG) konstitutive Wirkung haben, wirken die übrigen Eintragungen lediglich deklaratorisch. Beide Register entfalten eine Publizitätswirkung; sowohl hinsichtlich der betroffenen Eintragungen als auch bezüglich der jeweiligen Wirkung ist die Publizität des Handelsregisters umfanglicher.<sup>2859</sup> Zudem ist bei der Gesellschafterliste § 16 Abs. 1, 3 GmbHG zu beachten.

Beide Register und die zum Register eingereichten Dokumente können eingesehen werden. Ein besonderes öffentliches Interesse muss hierfür nicht vorhanden sein. Das gilt auch für die Einsicht in das Namensverzeichnis (§ 16 S. 1 VRV) und in das Unternehmensregister (§ 9 Abs. 6 S. 1 HGB). Es können Abschriften und Ausdrücke erstellt werden.<sup>2860</sup> Darüber hinaus kann ein sog. Negativattest geführt werden, § 386 FamFG, § 9 Abs. 5 HGB. Demgegenüber besteht nur beim Verein ein Zeugnisanspruch i. S. v. § 69 BGB.<sup>2861</sup>

Die Möglichkeiten von Amtslöschungen der Registereintragungen sind bei der Unternehmungsgesellschaft vielfältiger als beim eingetragenen Verein. Auch muss beim Verein im Gegensatz zur Unternehmungsgesellschaft keine Mitgliederliste bzw. bei Bestehen eines Aufsichtsrats eine Liste über die Aufsichtsratsmitglieder geführt werden. Ein Verein kann indes mit seinem Gewerbe, welches im Einklang mit dem Nebentätigkeitsprivileg geführt wird, in das Handelsregister einzutragen sein. In diesem Fall finden im Gegensatz zur Unternehmungsgesellschaft die §§ 33 und 34 HGB Anwendung.

Die Anmeldungen zum Register verursachen wegen der Notwendigkeit einer öffentlich beglaubigten Erklärung Notargebühren. Diese bemessen sich in beiden Fällen nach KV Nr. 25100 GNotKG und umfassen eine Gebühr in Höhe von 0,2, mindestens 20 € und höchstens 70 €. Beurkundet der Notar die Anmeldung, so steht ihm bei beiden Verbänden eine Gebühr in Höhe von 0,5, mindestens 30 € zu, KV Nr. 21201 GNotKG. Im Gegensatz zum Vereinsrecht bedarf zudem jede Änderung des Gesellschaftsvertrages einen notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss, wobei bei einer Mehrpersonengesellschaft gem. KV Nr. 21100 KV GNotKG eine Gebühr in Höhe von 2,0, mindestens 120 €, entsteht, während bei einer Einpersonengesellschaft eine 1,0 Gebühr, mindestens 60 €, anfällt, KV Nr. 21200 KV GNotKG. Auch bei Gleichlauf der Gebührentatbestände sind aufgrund der grundsätzlich höheren Geschäftswerte bei der Unternehmungsgesellschaft, basierend auf den Mindestgeschäftswerten, die anfallenden Gebühren in der Regel höher, hingegen § 105 Abs. 6 S. 1 Nr. 2, S. 2 GNotKG zu beachten ist. Demgegenüber liegen die Registergebühren bei der Unternehmungsgesellschaft und dem Verein in etwa gleich. Die Auslagen für die stets vorzunehmende öffentliche Bekanntmachung nach § 10 HGB gem. KV Nr. 31004 GNotKG erhöhen die Kosten, obgleich der Unterschied gering ausfällt. Bei beiden Verbänden kann zudem § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a.F.) greifen. Schließlich können beide

---

<sup>2858</sup> Vgl. jedoch § 32 Abs. 2 S. 1 HGB. Die Bekanntmachung erfolgt durch das Insolvenzgericht, vgl. Staub/Burgard § 32 Rn. 10.

<sup>2859</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 18 Rn. 88f.

<sup>2860</sup> Die Einsichtnahmen in das Vereinsregister und in das Handelsregister sind vergleichbar, Krafka/Kühn Rn. 2119; MüKo/Reuter § 79 Rn. 5.

<sup>2861</sup> Ein solcher Zeugnisanspruch ist beim elektronischen Handelsregister nicht notwendig, da die Behörde durch die Einsicht die Tatsachen selbst klären kann, Baumbach/Hopt § 9 Rn. 10; Staub/Koch § 9 Rn. 42.

Verbände durch landesrechtliche Vorschriften eine etwaige Gebührenbefreiung erfahren. Für die Registerinsicht werden keine Gebühren erhoben. Zudem sind die Kosten für Abschriften oder Ausdrucke identisch. Die Höhe der Gebühr für eine Online-Registerauskunft bemisst sich nach der Justizverwaltungskostenverordnung (JVKostO).

## **XX. Rechnungslegung**

### **1. Grundsätzliches**

Die Rechnungslegung erfüllt die Bedürfnisse der Verbandsmitglieder, der Kapitalgeber, von außenstehenden Dritten oder sogar insgesamt der Allgemeinheit nach Kontrolle und Information.<sup>2862</sup> Unter der Rechnungslegung i. d. S. versteht man die Zusammenstellung und Ordnung von Informationen durch das geschäftsführende Organ, wodurch die vorgenannten Kreise über das Ergebnis des Wirtschaftens des Verbands unterrichtet werden.<sup>2863</sup>

### **2. Eingetragener Verein**

#### **a) Allgemeines**

Zunächst ist festzuhalten, dass für die Rechnungslegung von Vereinen kein Sonderrecht besteht.<sup>2864</sup> Für die interne Rechenschaftspflicht sind die §§ 27 Abs. 3, 666 BGB i. V. m. §§ 259, 260 BGB maßgebend, hingegen sie nicht auf die externe Rechnungslegung ausgerichtet sind und insgesamt lediglich rudimentäre Vorschriften der Rechnungslegung darstellen.<sup>2865</sup> Zudem kann die Satzung sogar abweichende Regelungen vorsehen, § 40 BGB. Die Pflicht zur Rechnungslegung trifft den Vereinsvorstand. Eine Ausführung durch Dritte ist indes zulässig. Die handelsrechtlichen Pflichten sind auf den nichtwirtschaftlichen Verein grundsätzlich nicht übertragbar.<sup>2866</sup> Insgesamt ist jedoch zu beachten, dass das gesetzliche Vereinsrecht nicht vollumfänglich der gelebten Vereinspraxis entspricht und daher oftmals eine umfänglichere Rechnungslegung erfolgt.<sup>2867</sup>

#### **b) Interne Rechenschaftspflicht**

Die Rechenschaftspflicht beinhaltet die ordentliche Aufzeichnung der Einnahmen und Ausgaben sowie das Vorhandensein entsprechender Belege (§ 259 Abs. 1 BGB); sie beinhaltet aber auch, dass in gewissen Abständen bzw. bei Anfragen ein Vermögensverzeichnis vorzulegen ist, § 260 Abs. 1 BGB.<sup>2868</sup> Die interne Rechenschaftspflicht wird grundsätzlich durch die sog. Rechenschafts- und Geschäftsberichte erfüllt, wobei der Geschäftsbericht vor allem die Aufgabe hat, den Verlauf des Geschäftsjahres und die Lage des Vereins darzustellen sowie den buchmäßigen Jahresabschluss zu erläutern.<sup>2869</sup> Ein Geschäftsbericht ist jedoch nur dann zu erstatten, wenn eine dahingehende satzungsmäßige Anordnung oder eine ständige Übung besteht.<sup>2870</sup> Aus

---

<sup>2862</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 1.

<sup>2863</sup> Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 1; vgl. Lutter, in: BB 1988, 489, 492.

<sup>2864</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 2; Galli, in: DStR 1998, 263, 268.

<sup>2865</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 4; vgl. Vogelbusch, in: DB 2006, 1967, 1968; Segna, in: DStR 2006, 1568, 1568f; Lutter, in: BB 1988, 489, 490.

<sup>2866</sup> Vgl. Vogelbusch, in: DB 2006, 1967, 1968; Segna, in: DStR 2006, 1568, 1568ff.

<sup>2867</sup> Segna, in: DStR 2006, 1568, 1569.

<sup>2868</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 6; Galli, in: DStR 1998, 263, 264; Lutter, in: BB 1988, 489, 490f.

<sup>2869</sup> Reichert Rn. 1674; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 282f; Lutter, in: BB 1988, 489, 491.

<sup>2870</sup> Reichert Rn. 1674; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 281.

dem Gesetz ergibt sich daher nicht, dass ein umfassender Geschäftsbericht über die Lage des Vereins im Berichtszeitraum, eine Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen sind.<sup>2871</sup> Die Rechnungslegung des Vereins hat sich insbesondere an der jährlichen Mittelaufbringung und Mittelverwendung zu orientieren, so dass lediglich eine Einnahmen-/Ausgabenrechnung erfolgen muss.<sup>2872</sup> Die Rechnungslegung beim Verein muss im Gegensatz zu der bei den Kapitalgesellschaften nicht einen getreuen und zuverlässigen Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (vgl. § 264 Abs. 2 HGB) gewähren, sondern kann sich mit einem klaren Einblick in die Einnahmen und Ausgaben begnügen, wobei auch keine bestimmte Form oder Gliederung vorgeschrieben ist.<sup>2873</sup>

Der Vorstand unterfällt in der Regel einer periodischen Rechenschaftspflicht.<sup>2874</sup> Konkrete Regelungen können sich aus der Satzung ergeben. Die Pflicht zur Buchführung wird meist ein Gebot der ordnungsgemäßen Geschäftsführung sein.<sup>2875</sup> Mangels abweichender Regelungen in der Satzung entspricht das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr, wobei bei einer satzungsmäßigen Regelung der Zeitraum nicht länger als zwölf Monate sein darf.<sup>2876</sup>

### c) Externe Rechnungslegung

Die Erstellung einer nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufgestellten Bilanz, einer Gewinn- und Verlustrechnung oder eines Geschäftsberichts über die Lage des Vereins ist dem bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht fremd, so dass das es im Vergleich zum Handelsrecht weniger einfordert.<sup>2877</sup> Eine entsprechende Pflicht kann sich indes aus der Satzung oder Spezialgesetzen bzw. entsprechenden Verordnungen<sup>2878</sup> ergeben. Zudem sind die handelsrechtlichen Vorschriften einschlägig, soweit der Verein ein Handelsgewerbe im Rahmen des Nebenzweckprivilegs betreibt.

Die Buchführungs- und Aufzeichnungspflicht ist auch für die Besteuerung zu erfüllen, § 140 AO. Auf die Regelungen der §§ 141ff AO wird verwiesen. Bei gemeinnützigen Vereinen i. S. d. Steuerrechts ist zudem § 63 Abs. 3 AO zu beachten. Diese Pflichten dienen der Besteuerung, so dass eine Informationspflicht Dritter damit nicht verbunden ist.

### d) Prüfung und Publizität

Das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht sieht keine Pflichtprüfung oder eine Pflichtpublizität vor.<sup>2879</sup> Einzig die Pflicht zur Feststellbarkeit einer Zahlungsunfähigkeit und einer Überschuldung kann dem BGB entnommen werden (§ 42 Abs. 2 S. 1 BGB).<sup>2880</sup> Eingetragene Vereine fallen nicht in den Anwendungsbereich des Publizitätsgesetzes (PublG)<sup>2881</sup>, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3, 5 PublG. Außerhalb des PublG besteht keine gesetzliche Pflicht zur

---

<sup>2871</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 7; Reichert Rn. 1679; Galli, in: DStR 1998, 263, 263.

<sup>2872</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 18; Reichert Rn. 1679.

<sup>2873</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 29; Lutter, in: BB 1988, 489, 495.

<sup>2874</sup> Reichert Rn. 1679; Segna, in: DStR 2006, 1568, 1569; Galli, in: DStR 1998, 263, 263; Lutter, in: BB 1988, 489, 491.

<sup>2875</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 40 Rn. 5; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 279.

<sup>2876</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 131.

<sup>2877</sup> Reichert Rn. 1679; Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 7; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 592; Galli, in: DStR 1998, 263, 263. Für Parteien sind die besonderen Vorschriften aus §§ 23ff PartG zu beachten.

<sup>2878</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 597; Vogelbusch, in: DB 2006, 1967, 1968.

<sup>2879</sup> Reichert Rn. 2654; Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 2; Segna, in: DStR 2006, 1568, 1569; Galli, in: DStR 1998, 263, 263.

<sup>2880</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 41 Rn. 3; Galli, in: DStR 1998, 263, 263.

<sup>2881</sup> Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz) vom 15.08.1969, BGBl. I S. 1189.

Veröffentlichung des Jahresabschlusses. Abweichendes kann statutarisch verankert werden. Daneben kann sich aus der Satzung eine Pflicht zur Prüfung ergeben, wobei eine externe oder eine interne Prüfung bestimmt werden kann.<sup>2882</sup>

### **3. Unternehmergesellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Verein unterfällt die Unternehmergesellschaft als Handelsgesellschaft einer Vielzahl von Rechnungslegungspflichten.

#### **b) Rechnungslegung**

Die Geschäftsführer sind verpflichtet, für die ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen, § 41 GmbHG. Durch sie legen sie Rechenschaft über das abgelaufene Geschäftsjahr ab und informieren über dessen Verlauf sowie über das erzielte Ergebnis, so dass die Rechnungslegung gleichsam der Bemessung der Zahlungen an die Gesellschafter dient, wobei sich die einschlägigen Regelungen aus dem Gesetz, spezialgesetzlichen Vorschriften, Richtlinien<sup>2883</sup>, dem Gesellschaftsvertrag sowie aus Gesellschafterbeschlüssen ergeben.<sup>2884</sup> Für die Unternehmergesellschaft als Formkaufmann sind die Vorschriften der §§ 238-263 HGB und als Kapitalgesellschaft die Regelungen der §§ 264-335b HGB maßgebend. Zudem erfolgt eine Ergänzung durch die §§ 42, 42a, 71 Abs. 1 bis 3 GmbHG. Hinsichtlich des Pflichtenumfanges wird jedoch vielfach eine Differenzierung nach der Größe des Unternehmens (§ 267 HGB) vorgenommen. Eine Unternehmergesellschaft wird i. d. R. eine kleine Kapitalgesellschaft i. S. v. § 267 Abs. 1 HGB und daran anknüpfend in den meisten Fällen eine Kleinstkapitalgesellschaft i. S. v. 267a HGB n. F. sein.

Die Rechnungslegung bzw. die Buchführungspflicht im weiten Sinne umfasst

- die Aufzeichnung aller Geschäftsvorfälle,
- die Aufstellung der Eröffnungsbilanz,
- die Erstellung des Jahresabschlusses
- die Aufstellung des Lageberichts,
- die Errichtung von Inventaren sowie
- die Aufbewahrung aller damit zusammenhängender Unterlagen.<sup>2885</sup>

#### **aa) Buchführung**

Die Unternehmergesellschaft ist zur Buchführung verpflichtet, § 13 Abs. 3 GmbHG i. V. m. §§ 238 Abs. 1, 6 Abs. 1 HGB. Als Buchführung im engeren Sinne und damit Teilstück der Rechnungslegung wird die nach handelsrechtlichen Normen erfolgte Buchhaltung verstanden,

---

<sup>2882</sup> Lutter, in: BB 1988, 489, 491. Gesetzliche Pflichtprüfungen finden sich für bestimmte Vereine in § 22 StBerG und § 23 Abs. 2 PartG.

<sup>2883</sup> Z. B. die Deutschen Rechnungslegungs Standards (DRS) verabschiedet durch den Deutschen Standardisierungsrat (DSR) als zentrales Gremium des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC). Ebenso zu erwähnen sind die durch das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) erfolgten Verlautbarungen wie etwa die Prüfungsstandards (PS) oder die Rechnungslegungsstandards (RS), Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 7ff.

<sup>2884</sup> Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 1ff; vgl. K.Schmidt HandelsR § 15 Rn. 3; Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 59.

<sup>2885</sup> K.Schmidt HandelsR § 15 Rn. 1, 24; Baumbach/Hueck § 41 Rn. 9; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Hamminger § 16 Rn. 27.

was die chronologische und geordnete Erfassung und Abbildung des in Geldeinheiten ausdrückbaren Betriebsgeschehens beinhaltet, so dass in ihr die laufenden Geschäftsvorfälle aufzuzeichnen und die generierten Unterlagen aufzubewahren sind.<sup>2886</sup> Die Buchführungspflicht liegt bei den Geschäftsführern. Sie ist nicht zwingend höchstpersönlich zu erfüllen. Bei Pflichtverletzungen greift § 43 Abs. 2 GmbHG. Gem. § 140 AO sind die handelsrechtlichen Pflichten auch für die Besteuerung zu erfüllen. Daneben bestehen weitergehende Buchführungspflichten nach dem Steuerrecht.<sup>2887</sup>

## **bb) Eröffnungsbilanz und Jahresabschluss**

Zu Beginn des Handelsgewerbes ist eine sog. Eröffnungsbilanz aufzustellen, § 242 Abs. 1 S. 1 HGB. Gleiches gilt für den Schluss eines jeden Geschäftsjahrs, sog. Bilanz. Der Jahresabschluss umfasst die Bilanz (§ 242 Abs. 1 S. 1 HGB) nebst Gewinn- und Verlustrechnung (§ 242 Abs. 2 HGB), § 242 Abs. 3 HGB. Der Jahresabschluss ist um einen Anhang zu erweitern, der mit der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung eine Einheit bildet, § 264 Abs. 1 S. 1 HGB. Der Anhang dient der Information, Entlastung, Erläuterung und Ergänzung.<sup>2888</sup> Der Jahresabschluss ist nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Buchführung aufzustellen, § 243 Abs. 1 HGB. Die wichtigsten Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung sind in den §§ 238-263 HGB normiert.<sup>2889</sup> Gem. § 264 Abs. 2 S. 1 HGB hat der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu vermitteln. Die Gliederung der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung ergibt sich aus §§ 266, 275 HGB. Zudem sind die Regelungen des § 42 GmbHG zu beachten. Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Abs. 1 HGB) und Kleinstkapitalgesellschaften (§ 267a Abs. 1, 2 HGB) brauchen gem. § 266 Abs. 1 S. 3 und 4 HGB nur eine verkürzte Bilanz aufzustellen.<sup>2890</sup> Darüber hinaus sind u. a. die Erleichterungen der §§ 264 Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 4 und 5, 275 Abs. 5, 276, 288 Abs. 1 HGB zu beachten. Sofern das Geschäftsjahr nicht mit dem Kalenderjahr deckungsgleich sein soll, ist eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag erforderlich, wobei das Geschäftsjahr die Dauer von zwölf Monaten nicht überschreiten darf, § 240 Abs. 2 S. 2 HGB.<sup>2891</sup>

## **cc) Lagebericht**

Zudem ist ein sog. Lagebericht aufzustellen, § 264 Abs. 1 S. 1 HGB i. V. m. § 289 HGB. Der Lagebericht ist nicht Teil des Jahresabschlusses. In ihm müssen der Geschäftsverlauf einschließlich des Geschäftsergebnisses und die Lage der Gesellschaft dargestellt werden. Der Lagebericht dient der Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes. In ihm sind die voraussichtliche Entwicklung mit ihren wesentlichen Chancen und Risiken zu beurteilen und zu erläutern, § 289 Abs. 1 S. 4 HGB. Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Abs. 1 HGB) und Kleinstkapitalgesellschaften (§ 267a Abs. 1, 2 HGB) müssen keinen Lagebericht aufstellen, § 264 Abs. 1 S. 4 HGB.

---

<sup>2886</sup> Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 19, 24; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 4.

<sup>2887</sup> Vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Hamminger § 16 Rn. 65ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 23.

<sup>2888</sup> Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Kanitz § 16 Rn. 374; Baumbach/Hopt § 264 Rn. 4.

<sup>2889</sup> Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 5; vgl. Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Kanitz § 16 Rn. 123ff.

<sup>2890</sup> Zu den Erleichterungen für Unternahmergesellschaften in Form einer Kleinstkapitalgesellschaft in Bezug auf die zu buchende gesetzliche Rücklage (§ 266 Abs. 3 A III Nr. 1 HGB) kritisch, Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 36.

<sup>2891</sup> In steuerrechtlicher Hinsicht sind für die Umstellung des Wirtschaftsjahres auf ein vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum § 7 Abs. 4 S. 3 KStG und § 8 Abs. 1 S. 1 KStG i. V. m. § 4a Abs. 1 Nr. 2 EStG zu beachten.



## **dd) Inventar**

Gem. § 240 HGB hat jeder Kaufmann zu Beginn seines Handelsgewerbes (Abs. 1) und für den Schluss eines jeden Geschäftsjahrs (Abs. 2) ein sog. Inventar aufzustellen. Dieses Verzeichnis, welches aus dem Vermögen und den Schulden besteht, bildet eine wesentliche Grundlage für die Erstellung des Jahresabschlusses.<sup>2892</sup> Die Erleichterungen der §§ 240 Abs. 3, 4, 241 HGB sind zu beachten.

## **c) Interne Rechenschaftspflicht**

Die Geschäftsführer haben jedem Gesellschafter auf Verlangen Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht in die Bücher und Schriften zu gestatten, § 51a Abs. 1 GmbHG. Als Bücher gelten die Handelsbücher i. S. v. § 238 HGB, hingegen Schriften i. d. S. die in § 257 Abs. 1 HGB aufgeführten Unterlagen sowie alle sonstigen Unterlagen und Aufzeichnungen sind.<sup>2893</sup> Die Informationspflicht umfasst auch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft.<sup>2894</sup> Eine Rechenschaftslegung und Information erfolgt zudem durch den Jahresabschluss.<sup>2895</sup>

Die Aufstellung des Jahresabschlusses, die Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschluss über die Ergebnisverwendung sind voneinander unterscheiden, vgl. § 42a Abs. 1, 2 GmbHG. Die Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschluss über die Verwendung der Ergebnisse obliegen mangels abweichender statutarischer Regelungen den Gesellschaftern, § 46 Nr. 1 GmbHG. Die entsprechenden Beschlüsse erfolgen auf Grundlage des Jahresabschlusses nebst Lagebericht sowie eines etwaigen Prüfungsberichts eines Abschlussprüfers, § 42a Abs. 1 GmbHG. Durch die Feststellung des Jahresabschlusses wird dieser für die Gesellschaft verbindlich. Bei einer gemeinnützigen Gesellschaft scheidet eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter aus, §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 59 AO. Zudem ist § 5a Abs. 3 GmbHG zu beachten.

## **d) Externe Rechnungslegung**

Der Jahresabschluss nebst Anhang und Lagebericht begründet gleichsam eine externe Rechnungslegung.

## **e) Prüfung**

Der Jahresabschluss und der Lagebericht einer Kapitalgesellschaft, die keine kleine Gesellschaft i. S. v. § 267 Abs. 1 HGB ist, sind durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, § 316 Abs. 1 S. 1 HGB. Mit der Prüfung werden eine höhere Verlässlichkeit der enthaltenen Informationen und damit die Steigerung der Glaubwürdigkeit bezweckt.<sup>2896</sup> Der Gegenstand und Umfang der Prüfung ergeben sich aus § 317 HGB. Die weiteren Regelungen sind in den §§ 318ff HGB verankert. Hat keine Prüfung stattgefunden, kann der Jahresabschluss nicht festgestellt werden, § 316 Abs. 1 S. 2 HGB. Ist dennoch eine Feststellung erfolgt, führt dies zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses.<sup>2897</sup> Die Geschäftsführer haben den Jahresabschluss zusammen mit dem Lagebericht und dem Prüfungsbericht den Gesellschaftern vorzulegen,

---

<sup>2892</sup> Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 36; Baumbach/Hopt § 240 Rn. 6.

<sup>2893</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 13; Baumbach/Hueck § 51a Rn. 20f.

<sup>2894</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 33 Rn. 10; Baumbach/Hueck § 51a Rn. 11.

<sup>2895</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 59.

<sup>2896</sup> Vgl. § 317 Abs. 1 S. 2, 3 HGB. Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 91; vgl.

Staub/Habersack/Schürnbrand Vor § 316 Rn. 1.

<sup>2897</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 191; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Kanitz § 16 Rn. 425.

§ 42a Abs. 1 S. 1, 2 GmbHG. Auf Verlangen eines Gesellschafters hat der Abschlussprüfer an der Verhandlung über die Feststellung des Jahresabschlusses teilzunehmen, § 42a Abs. 3 GmbHG.

Eine Unternehmergesellschaft wird i. d. R. die Voraussetzungen des § 267 Abs. 2, 3 HGB nicht erfüllen, so dass sie von der Prüfungspflicht befreit ist, obgleich eine freiwillige Abschlussprüfung erfolgen kann.<sup>2898</sup>

#### **f) Publizität**

Bei der Unternehmergesellschaft ist die Rechnungslegung offenzulegen.<sup>2899</sup> Der Jahresabschluss ist beim Betreiber des Bundesanzeigers in einer Form einzureichen, die ihre Bekanntmachung ermöglicht, § 325 Abs. 1 S. 1, 2 HGB. Gleiches gilt, soweit vorhanden, für den Lagebericht und den Bestätigungsvermerk, § 325 Abs. 1 HGB. Zudem erfolgt eine Bekanntmachung durch die Geschäftsführer, § 325 Abs. 2 HGB. Zusätzliche Pflichten können sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben, § 325 Abs. 5 HGB. Kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Abs. 1 HGB) und Kleinstgesellschaften (§ 267a Abs. 1 HGB), mithin regelmäßig Unternehmergesellschaften, erfahren gem. § 326 HGB Erleichterungen.<sup>2900</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

Bürgerlich-rechtliche Vereine unterliegen nur sehr eingeschränkten Buchführungs-, Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten, wodurch die Gläubigerinteressen aufgrund der geringeren Transparenz weniger geschützt sind als bei einer Kapitalgesellschaft, da der Verein gesetzlich nur zu einer geordneten Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben verpflichtet ist.<sup>2901</sup> Die handelsrechtlichen Vorgaben der Buchführung und Bilanzierung greifen für einen Verein grundsätzlich nicht.<sup>2902</sup> Für die Unternehmergesellschaft als Formkaufmann sind hingegen die Vorschriften der §§ 238-263 HGB und als Kapitalgesellschaft die Regelungen der §§ 264-335b HGB maßgebend. Die Rechnungslegung erfolgt bei beiden Verbänden durch das Vertretungsorgan.

Die externe Rechnungslegung bei einem Verein wird weitestgehend durch steuerrechtliche Anforderungen bestimmt, während für die interne Rechenschaftspflicht die §§ 27 Abs. 3, 666 BGB i. V. m. §§ 259, 260 BGB einschlägig sind. Im Gegensatz zur Unternehmergesellschaft bestehen beim bürgerlich-rechtlichen Verein lediglich wenige gesetzliche Vorgaben für die Rechnungslegung, hingegen in der Vereinspraxis grundsätzlich eine umfassendere Rechnungslegung gelebt wird.<sup>2903</sup> Soweit ein Verein ein Handelsgewerbe betreibt, spezielle Vorschriften einschlägig sind oder die Satzung dies vorgibt, können die Bestimmungen des Handelsrechts zur Anwendung kommen. Darüber hinaus ist bei gemeinnützigen Vereinen i. S. d. Steuerrechts § 63 Abs. 3 AO zu beachten.

Die Rechnungslegung bzw. die Buchführungspflicht im weiten Sinne umfasst bei der Unternehmergesellschaft die Aufzeichnung aller Geschäftsvorfälle, die Aufstellung der

---

<sup>2898</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Langseder § 9 Rn. 192; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Kanitz § 16 Rn. 403.

<sup>2899</sup> OLG Köln, Beschluss vom 06.10.2015, Az: 28 Wx 11/15 sowie Beschluss vom 03.11.2015, Az: 28 Wx 12/15.

<sup>2900</sup> Vgl. zu den Ausnahmeregelungen für Kleinstunternehmen (*micro entities*), Lutter/Hommelhoff Vor § 41 Rn. 26. Vgl. zudem zum Umfang der Daten, die über das Unternehmensregister zugänglich sind, § 8b Abs. 3 S. 1 HGB i. V. m. § 326 Abs. 2 HGB.

<sup>2901</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10.

<sup>2902</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10.

<sup>2903</sup> Vgl. Segna, in: DStR 2006, 1568, 1569.

Eröffnungsbilanz, des Jahresabschlusses und des Lageberichts, die Errichtung von Inventaren sowie die Aufbewahrung aller relevanten Unterlagen.<sup>2904</sup> Für die Unternehmergesellschaft, die i. d. R. eine kleine Kapitalgesellschaft (§ 267 Abs. 1 HGB) bzw. eine Kleinstkapitalgesellschaft (§ 267a Abs. 1 HGB) sein wird, sind dabei zahlreiche Erleichterungen vorgesehen. Bei einer gemeinnützigen Gesellschaft darf keine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter erfolgen, §§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 59 AO. Darüber hinaus ist § 5a Abs. 3 GmbHG zu beachten.

Die Rechenschafts- und Geschäftsberichte dienen der internen Rechenschaftspflicht beim bürgerlich-rechtlichen Verein. Der Geschäftsbericht hat den Zweck, den Verlauf des Geschäftsjahres und die Lage des Vereins darzustellen sowie den buchmäßigen Jahresabschluss zu erläutern.<sup>2905</sup> Gesetzliche Vorgaben für die Form oder die Gliederung bestehen nicht. Der Geschäftsbericht, der nur bei satzungsmäßiger Anordnung oder einer ständigen Übung zu erstellen ist, ähnelt einem Lagebericht i. S. v. § 289 HGB.<sup>2906</sup> Vertiefende Informationspflichten bestehen nicht. Bei der Unternehmergesellschaft vermittelt der aufzustellende Jahresabschluss nebst Anhang und Lagebericht ein umfassenderes Bild. Der Jahresabschluss ermöglicht eine weitreichendere Information und Kontrolle, da keine Beschränkung auf eine Gegenüberstellung von Einnahmen und Ausgaben erfolgt. Des Weiteren ist zu beachten, dass der Jahresabschluss zunächst aufzustellen und sodann festzustellen ist. Daran schließt sich der Beschluss über die Ergebnisverwendung an. Das Geschäftsjahr entspricht bei beiden Verbänden dem Kalenderjahr, sofern keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.

Für den bürgerlich-rechtlichen Verein bestehen keine gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich einer Pflichtprüfung oder einer Pflichtpublizität. Eine Pflicht kann sich jedoch aus der Satzung ergeben. Demgegenüber sind bei mittelgroßen und großen GmbHs der Jahresabschluss und der Lagebericht durch einen Abschlussprüfer zu prüfen. Eine Unternehmergesellschaft wird indes i. d. R. keine mittelgroße oder große Kapitalgesellschaft i. S. v. § 267 Abs. 2, 3 HGB sein, hingegen auch hier eine freiwillige Abschlussprüfung erfolgen kann. Des Weiteren ist die Unternehmergesellschaft zur Offenlegung von Teilen der Rechnungslegung verpflichtet, auch wenn kleine Kapitalgesellschaften bzw. Kleinstkapitalgesellschaften durch § 326 HGB eine Erleichterung erfahren.

Die geringeren gesetzlichen Rechnungs- und Publizitätspflichten des bürgerlich-rechtlichen Vereins bedeuten zwar auf der einen Seite einen Vorteil für diejenigen, deren Bestreben auf eine möglichst niedrige Transparenz gerichtet ist, hingegen potentielle Anleger, Sponsoren, Mitglieder oder die interessierte Allgemeinheit i. d. R. ein Vertrauen in die Seriosität und die Finanzlage des Verbands bedürfen, was durch eine umfangreiche Rechnungslegung und Veröffentlichung gefördert wird.

## **XXI. Vereinsverbands-/Gesamtvereins- und Konzernrecht sowie Zweigniederlassungen**

### **1. Grundsätzliches**

Das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht sowie das GmbH-Recht beinhalten lediglich das Recht der jeweiligen Körperschaft, ohne Bestimmungen über den Zusammenschluss mehrerer

---

<sup>2904</sup> Vgl. K.Schmidt HandelsR § 15 Rn. 1, 24; Baumbach/Hueck § 41 Rn. 9; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Hamminger § 16 Rn. 27.

<sup>2905</sup> Vgl. Reichert Rn. 1674; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 282f; Lutter, in: BB 1988, 489, 491.

<sup>2906</sup> Vgl. Reichert Rn. 1674.

Körperschaften zu enthalten. Dennoch können beide Verbände mit anderen Körperschaften gesellschaftsrechtliche Verbindungen eingehen. Im Zentrum des Rechts der verbundenen Rechtsträger stehen zumeist die Fragen nach Legitimation, Zurechnung, Finanzierung und Haftung.<sup>2907</sup>

## 2. Eingetragener Verein

### a) Allgemeines

Dem Verein steht es grundsätzlich frei, eine Organisation zu wählen, die den eigenen Anforderungen entspricht. Diese freie Selbstbestimmung kann auch darin münden, dass sich der Verein in hierarchisch organisierte Strukturen einbindet.<sup>2908</sup> Mangels gesetzlicher Vorgabe haben sich unterschiedliche Formen herausgebildet. Insofern lassen sich der Vereinsverband auf der einen Seite und der Gesamtverein<sup>2909</sup> auf der anderen Seite nennen. Während sich der Vereinsverband im Wesentlichen aus ihrerseits selbstständigen Vereinen zusammensetzt, sind Gesamtvereine dadurch geprägt, dass diese zwar selbstständige Untergliederungen haben können, hingegen seine Mitglieder natürliche Personen sind.<sup>2910</sup> Darüber hinaus sind auch Mischformen aus beiden Grundprinzipien anzutreffen.<sup>2911</sup>

### b) Vereinsverband

Neben dem Zusammenschluss mehrerer Vereine wird unter einem vereinsrechtlichen Verband auch der Zusammenschluss von einer großen Anzahl an Mitgliedern verstanden<sup>2912</sup>, wobei Letzteres hier nicht thematisiert wird. Der Zusammenschluss aus mehreren rechtlich selbstständigen Vereinen, sonstigen Körperschaften oder Personengesellschaften vollzieht sich horizontal, so dass die zusammenschließenden Vereine und Gesellschaften all diejenigen Kompetenzen behalten, die sie nicht auf den übergeordneten Verein übertragen haben.<sup>2913</sup> Insofern sind natürliche Personen in der Regel nicht Mitglieder des Vereinsverbands. Näheres ergibt sich aus der Satzung des Vereinsverbands.

Die Gründung des Vereinsverbands bedingt einen Vertrag zwischen den Gründungsmitgliedern und folgt den allgemeinen Regeln der Vereinsgründung, so dass insbesondere nach ganz h. M. auch hier sieben Gründungsmitglieder (§ 56 BGB) vorhanden sein müssen, wobei die Mitglieder der Gründungsvereine nicht auch nicht mittelbar zu berücksichtigen sind.<sup>2914</sup> Soweit die erstrebte Mitgliedschaft in einem Vereinsverband nicht in der Satzung verankert ist, fällt die Entscheidung über den Eintritt in den Verband in die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung des zukünftigen Mitgliedvereins.<sup>2915</sup> Im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln des Vereinsrechts, was daher auch für den Beitritt und Austritt aus einem Vereinsverband gilt.

---

<sup>2907</sup> K.Schmidt GesR S. 493f.

<sup>2908</sup> Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 28.

<sup>2909</sup> Teilweise auch als Hauptverein bezeichnet, vgl. Reichert Rn. 44.

<sup>2910</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 128; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 54; Reichert Rn. 45, 51; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 328; Mogk S. 11ff; Schaible S. 17f.

<sup>2911</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 128; vgl. Reichert Rn. 51.

<sup>2912</sup> Staudinger/Weick § 21 Rn. 36; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 3; Reichert Rn. 5669.

<sup>2913</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 5, 9; vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 323; Mogk S. 7ff.

<sup>2914</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 9; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 54; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 323; Reichert Rn. 5730; Mogk S. 29ff; a. A. LG Mainz MDR 1978, 312, 312.

<sup>2915</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 54; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 129; vgl. Mogk S. 90ff.

Mangels abweichender statutarischer Regelungen nehmen die Mitgliedsvereine durch ihre Vorstände an der Mitgliederversammlung des Vereinsverbands teil. Demgegenüber kann auch eine sog. Delegiertenversammlung vorgesehen sein. Durch die alleinige Mitgliedschaft im Vereinsverband bindet der Mitgliedsverein nur sich selbst und nicht seine Mitglieder, so dass ein „Durchgriff“ des Vereinsverbands auf die Mitglieder der Mitgliedsvereine nicht ohne weiteres<sup>2916</sup> möglich ist.<sup>2917</sup>

### c) Gesamtverein

Der Gesamtverein ist im Gegensatz zum Vereinsverband durch eine vertikale Gliederung gekennzeichnet, wobei den Untergliederungen nur die Kompetenzen zukommen, welche ihnen vom Gesamtverein übertragen worden sind.<sup>2918</sup> Die Untergliederungen dienen in der Regel einer wirksameren Erreichung des gemeinsamen Ziels, einer größeren Sachnähe sowie der Entlastung von Vereinsorganen und können eingetragene oder nicht eingetragene Vereine aber auch rechtlich unselbstständige Verwaltungsstellen sein.<sup>2919</sup> Denkbar sind verschiedene Ebenen von Untergliederungen. Ein Gesamtverein kann entweder aus einem Zusammenschluss mehrerer Vereine oder aus einer Umstrukturierung eines bereits bestehenden Vereins hervorgehen.<sup>2920</sup> Die Untergliederungen sind im Allgemeinen nicht Mitglied des Gesamtvereins, so dass bei einer selbstständigen Untergliederung dessen Satzung vorsehen muss, inwieweit dem Gesamtverein Eingriffe und Weisungen ihm gegenüber zustehen.<sup>2921</sup> Die einzelnen natürlichen Personen sind Mitglieder im Gesamtverein und in der selbstständigen Untergliederung (Doppelmitgliedschaft) mit der Folge, dass den Mitgliedern auf jeder Ebene mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zukommen.<sup>2922</sup> Die Mitgliederversammlung des Gesamtvereins wird regelmäßig durch eine sog. Delegiertenversammlung ersetzt, wodurch das einzelne Mitglied umso weiter von der Entscheidungsfindung in der Vereinsspitze entfernt ist, umso mehrstufiger der Vereinsaufbau ist.<sup>2923</sup>

Umstritten ist, ob ein Gesamtverein einer selbstständigen Untergliederung die Satzung vorgeben kann<sup>2924</sup>, ihm ein Zustimmungsvorbehalt für Änderungen der Satzung der Untergliederung eingeräumt werden darf<sup>2925</sup>, oder ob der Gesamtverein befugt ist, den Vorstand der Untergliederung zu bestellen<sup>2926</sup>. Daneben ist eine satzungsmäßige Regelung zulässig, nach der eine Weitergabe des Vermögens der Untergliederung an den Gesamtverein

---

<sup>2916</sup> Vgl. zur Inkorporation der Satzung des Vereinsverbands in die Satzung des Mitgliedsvereins durch sog. Doppelverankerung mit statischer oder dynamischer Verweisung, Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 39ff; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 131f; Blum/Ebeling, in: Sportler, Arbeit und Statuten 2000, S. 85, 109ff; vgl. auch, Reichert Rn. 502f.

<sup>2917</sup> MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 132; Staudinger/Weick § 25 Rn. 12; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 38; Lukes, in: Festschrift Westermann 1974, S. 325, 330ff.

<sup>2918</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 5; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 328, 330.

<sup>2919</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 51; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 328, 330; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 1f; Reichert Rn. 51. Vgl. zur Abgrenzung, BGH NJW 2008, 69, 73f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 331; Schaible S. 23ff.

<sup>2920</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 4.

<sup>2921</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 329f; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 45.

<sup>2922</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 329a; Reichert Rn. 51; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 47, 51.

<sup>2923</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 51.

<sup>2924</sup> Bejahend: Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 53. Ablehnend: MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 147; Reichert Rn. 5705.

<sup>2925</sup> Bejahend: OLG Karlsruhe FGPrax 2012, 210, 211; MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 149. Ablehnend: Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 24f.

<sup>2926</sup> Bejahend: Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 27ff. Schwankend: Reichert Rn. 5683. Ablehnend: MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 151; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 329.

zu erfolgen hat.<sup>2927</sup> Ferner kann eine Untergliederung gleichzeitig ein selbstständiger Verein und eine unselbstständige Verwaltungsstelle des Gesamtvereins sein.<sup>2928</sup>

#### **d) Vereinskonzern**

Es ist Folge der zunehmenden wirtschaftlichen Tätigkeiten der eingetragenen Vereine, dass es Fälle gibt, in denen Vereine auf einer fortgeschrittenen Stufe zur Konzernbildung stehen; dies geschieht zumeist durch Ausgliederungen bestimmter Aktivitäten auf eine Kapitalgesellschaft als Tochtergesellschaft, wodurch der Verein zum konzernleitenden Unternehmen wird.<sup>2929</sup>

Ferner kann ein sog. Hauptverein durch Ausgliederungen als Mutterverein und die ausgegliederten Abteilungen als Tochtervereine angesehen werden, wobei eine Verbindung dadurch möglich ist, dass die Tochtervereine Mitglieder beim Mutterverein sind.<sup>2930</sup>

Demgegenüber fehlen jedoch gesetzliche Regelungen zum Konzernrecht der Vereine, so dass zwar die allgemeinen konzernrechtlichen Bestimmungen der §§ 15ff AktG entsprechende Anwendung finden, was jedoch aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen der Aktiengesellschaft und dem bürgerlich-rechtlichen Verein nicht ohne weiteres für die §§ 291ff AktG gilt, wenn der Verein beherrscht wird.<sup>2931</sup> Zudem sind die Vorschriften der Konzernrechnungslegung (§§ 290ff HGB) auf den bürgerlich-rechtlichen Verein nicht anwendbar.<sup>2932</sup> Es ist dem Verein indes möglich, einen Unternehmensvertrag i. S. v. § 291 AktG zu schließen<sup>2933</sup> oder als herrschendes oder unter bestimmten Umständen beherrschtes Unternehmen Teil eines faktischen Konzerns zu sein.<sup>2934</sup> Wie im GmbH-Recht bedarf der Abschluss eines Unternehmensvertrages der Zustimmung der Mitglieder, mithin der Zustimmung der Mitgliederversammlung.<sup>2935</sup> Darüber hinaus ist der Unternehmensvertrag in das Vereinsregister einzutragen, § 294 AktG analog.<sup>2936</sup> Das Vereinskonzernrecht weist wegen der fehlenden gesetzlichen Bestimmungen viele Streitigkeiten auf.<sup>2937</sup>

### **3. Unternehmergeellschaft**

#### **a) Allgemeines**

Das GmbHG enthält keine konzernrechtlichen Regelungen. Die Terminologie und die Tradition des Konzernrechts, mithin die organisatorische Verflechtung von selbstständigen Unternehmen, stehen daher für die GmbH bis heute unter dem Einfluss des Aktienrechts.<sup>2938</sup> Dennoch verbietet sich aufgrund der Strukturunterschiede zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH eine generelle Übernahme der Vorschriften des Aktienkonzernrechts,

---

<sup>2927</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 35.

<sup>2928</sup> Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5a Rn. 41; abweichend, MüKo/Reuter Vor § 21 Rn. 162.

<sup>2929</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 42; vgl. Fiedler S. 11ff, 69; Sprengel S. 23.

<sup>2930</sup> Reichert Rn. 44.

<sup>2931</sup> Sprengel S. 85ff, 306; vgl. Fiedler S. 29ff.

<sup>2932</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10.

<sup>2933</sup> Sprengel S. 120ff, 308f.

<sup>2934</sup> BGH NJW 1983, 569, 571; Sprengel S. 102ff, 129ff; vgl. Fiedler S. 69; vgl. aber auch, Staudinger/Weick Vorbem zu §§ 21ff Rn. 51.

<sup>2935</sup> Sprengel S. 224ff.

<sup>2936</sup> Sprengel S. 224ff.

<sup>2937</sup> Vgl. zur konzernrechtlichen Behandlung eines bürgerlich-rechtlichen Vereins, Fiedler S. 11ff; Sprengel S. 23ff.

<sup>2938</sup> K.Schmidt GesR S. 499; vgl. Assmann, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 657, 660ff.

hingegen die Definitionen der §§ 15-19 AktG als Allgemeiner Teil des Konzernrechts gelten und somit auch auf den GmbH-Konzern anwendbar sind.<sup>2939</sup>

Einschlägige Unternehmensverbindungen sind in den §§ 16-19, 291, 292 AktG geregelt. Die konzernrechtliche Verbundenheit führt zu beherrschten und herrschenden Unternehmen. Im Allgemeinen wird zwischen einem „Vertragskonzern“ und dem „faktischen Konzern“ unterschieden.<sup>2940</sup> Daneben kann eine Unterscheidung zwischen einem Unterordnungskonzern, bei dem ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis zwischen den Unternehmen unter einer einheitlichen Konzernleitung besteht (vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie einem Gleichordnungskonzern, bei dem mehrere Unternehmen gleichrangig, ohne eine Abhängigkeit unter einer einheitlichen Leitung nebeneinander stehen (vgl. § 18 Abs. 2 AktG), erfolgen.<sup>2941</sup>

Die Rechnungslegung einer Unternehmersgesellschaft als Muttergesellschaft bestimmt sich nach den §§ 290ff HGB. Gem. § 290 Abs. 1 S. 1 HGB ist ein Konzern insoweit gegeben, wenn ein Unternehmen auf ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Auch eine im nichtwirtschaftlichen Bereich angesiedelte Unternehmersgesellschaft kann Teil eines Konzerns sein.<sup>2942</sup>

## **b) Faktischer Konzern**

Weit verbreitet sind vertragslose Konzernverbindungen unter Beteiligung von abhängigen GmbHs, sog. faktische Konzerne.<sup>2943</sup> Die einheitliche Leitung wird dabei durch den Einsatz von faktischen Herrschaftsinstrumenten hergestellt, welche durch die Beteiligung am abhängigen Unternehmen begründet werden.<sup>2944</sup> Das beherrschende Unternehmen kann ein bereits anderweitig unternehmerisch tätiger Mehrheitsgesellschafter der abhängigen GmbH sein, der dadurch auch ohne das Bestehen eines Beherrschungsvertrages den Geschäftsführern Weisungen (§ 37 Abs. 1 GmbHG) erteilen kann.<sup>2945</sup> Die Vorschriften des Aktienrechts zum faktischen AG-Konzern gem. §§ 311ff AktG sollen nach h. M. keine Anwendung finden<sup>2946</sup>, so dass das zentrale Element des GmbH-Konzernrechts die Treuepflicht ist, wonach die Mehrheitsgesellschafter auf die Belange der Minderheitsgesellschafter Rücksicht zu nehmen haben.<sup>2947</sup> Um die Interessen der Minderheitsgesellschafter der abhängigen und herrschenden Gesellschaft zu schützen, haben die Rechtsprechung und Lehre verschiedene Schutzmechanismen herausgearbeitet, welche jedoch in ihrem Anwendungsbereich, den eigenen Voraussetzungen und den Rechtsfolgen umstritten sind.<sup>2948</sup>

---

<sup>2939</sup> Vgl. BGHZ 95, 330, 340; 117, 8, 13; Saenger Rn. 929; Kübler/Assmann S. 417f, 435; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 1, 10; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 2.

<sup>2940</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 67 Rn. 10ff; vgl. jedoch zur Einteilung, K.Schmidt GesR S. 499, 1214f.

<sup>2941</sup> K.Schmidt GesR S. 499f; Münch Hdb GesR V/Decher § 67 Rn. 20; Saenger Rn. 943; Kübler/Assmann S. 423; vgl. jedoch zur Einteilung, K.Schmidt GesR S. 1241.

<sup>2942</sup> Vgl. von Holt/Koch Rn. 58ff; Fiedler S. 56ff.

<sup>2943</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 68 Rn. 1; Kübler/Assmann S. 449.

<sup>2944</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 271.

<sup>2945</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 68 Rn. 1f; Kübler/Assmann S. 443; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 103; Assmann, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 657, 680.

<sup>2946</sup> BGHZ 95, 330, 340; Saenger Rn. 958; Kübler/Assmann S. 450; vgl. K.Schmidt GesR S. 1214; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 134; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 1, 307; Fiedler S. 48.

<sup>2947</sup> Saenger Rn. 959; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 134; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 308; vgl. K.Schmidt GesR S. 1220; Fiedler S. 49ff; vgl. Assmann, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 657, 681.

<sup>2948</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Decher § 68 Rn. 3ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 308ff

## c) Vertragskonzern

### aa) Grundsätzliches

Bei den sog. Vertragskonzernen wird die Verbindung durch einen Unternehmensvertrag begründet. Die diesbezüglichen Regelungen der §§ 291ff AktG betreffen unmittelbar nur den Fall der sich unterwerfenden AG und KGaA, hingegen die GmbH nach dem gesetzlichen Wortlaut lediglich als herrschendes Unternehmen erfasst ist, so dass für die sich unterwerfende GmbH nur einzelne Rechtsgedanken der §§ 291ff AktG herangezogen werden können, was jedoch wiederum im Einzelnen umstritten ist.<sup>2949</sup>

Der Unternehmensvertrag kann ein Beherrschungsvertrag, ein Gewinnabführungsvertrag, eine Kombination aus beiden, ein Betriebsführungsvertrag oder ein Betriebsüberlassungsvertrag sein, vgl. § 292 Abs. 1 AktG.<sup>2950</sup>

Durch den Beherrschungsvertrag ist es dem herrschenden Unternehmen möglich, die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft anzuweisen, ohne dass es eines Gesellschafterbeschlusses bedarf, so dass dadurch gleichsam eine Legitimierung gegenüber den Minderheitsgesellschaftern eintritt.<sup>2951</sup> Das abhängige Unternehmen unterfällt daher einer weitreichenden Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens, welchem ein Weisungsrecht zukommt, das den gesamten Bereich der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft umfasst, § 308 AktG analog.<sup>2952</sup>

Der Gewinnabführungsvertrag beinhaltet die Pflicht der abhängigen Gesellschaft zur Abführung der Erträge und in umgekehrter Richtung bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages die Übernahme der Jahresfehlbeträge durch das herrschende Unternehmen, § 302 AktG analog.<sup>2953</sup> Auf § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG wird verwiesen. Ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag ist kein schuldrechtlicher Vertrag, sondern ein sog. gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, welcher den rechtlichen Status der abhängigen GmbH mit satzungsgleicher Wirkung betrifft, wodurch der Abschluss einen Beschluss der Gesellschafterversammlung der abhängigen Gesellschaft bedarf, der notariell zu beurkunden ist, § 53 Abs. 2 GmbHG analog; der schriftlich zu fassende Vertrag ist beim abhängigen Unternehmen in das Handelsregister einzutragen, § 54 Abs. 1 GmbHG analog.<sup>2954</sup> Darüber hinaus ist eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung der beherrschenden Gesellschaft notwendig.<sup>2955</sup> Das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages ist für die Begründung einer steuerlichen Organschaft relevant.<sup>2956</sup>

Der Unternehmensvertrag endet mit der Ausübung des vertraglichen Kündigungsrechts, mit einer Kündigung aus wichtigem Grund, mit Zeitablauf, mit einer einvernehmlichen

---

<sup>2949</sup> Vgl. BGHZ 149, 10, 16; Saenger Rn. 977; K.Schmidt GesR S. 1214. Für eine insoweit uneingeschränkte analoge Anwendung, Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 31. Gegen eine direkte und analoge Anwendung, Korff, in: GmbHR 2009, 243,243ff.

<sup>2950</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 1, 42; Heckschen/Heidinger § 15 Rn. 1; kritisch zur Zulässigkeit von Unternehmensverträgen im GmbH-Recht, Korff, in: GmbHR 2009, 243, 244ff.

<sup>2951</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 1; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 41.

<sup>2952</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 17; vgl. K.Schmidt GesR S. 1217f.

<sup>2953</sup> BGHZ 103, 1, 5; Heckschen/Heidinger § 15 Rn. 14; Kübler/Assmann S. 436; K.Schmidt GesR S. 1217; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 123; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 61.

<sup>2954</sup> BGHZ 103, 1, 4f; 105, 324, 331f; Saenger Rn. 978; vgl. Kübler/Assmann S. 427ff, 436; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 29, 38ff, 50; Heckschen/Heidinger § 15 Rn. 2; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 25; Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 5, 9; Kerkhoff, in: GmbHR 1999, 226, 226.

<sup>2955</sup> BGHZ 105, 324, 333; Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 10.

<sup>2956</sup> Vgl. Saenger Rn. 977; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 27, 61ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 77ff.



Vertragsauflösung oder mit der Auflösung eines Vertragspartners.<sup>2957</sup> § 303 AktG findet entsprechende Anwendung.<sup>2958</sup>

## **bb) Besonderheiten bei der Unternehmergesellschaft**

Die Unternehmergesellschaft kann die Obergesellschaft eines Vertragskonzerns aber auch eines faktischen Konzerns sein<sup>2959</sup>, hingegen es fraglich ist, ob sie sich als abhängiges Unternehmen eignet, da die Thesaurierungspflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG einem Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages entgegenstehen könnte, weil § 291 Abs. 1 S. 1 AktG vorsieht, dass der ganze Gewinn des Unternehmens abzuführen ist und eine mit § 300 AktG vergleichbare Regelung fehlt.<sup>2960</sup> Denkbarer Ausweg könnte insofern der Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages gem. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG sein, was jedoch einer steuerlichen Organschaft entgegenstehen würde.<sup>2961</sup> Entscheidend ist indes, dass auch Aktiengesellschaften gem. § 150 AktG einer Rücklagenbildung nachkommen müssen und sie dennoch unbestritten einen Gewinnabführungsvertrag schließen können.<sup>2962</sup> Eine insofern vorzunehmende Differenzierung zwischen der Aktiengesellschaft und der Unternehmergesellschaft ist nicht indiziert, zumal sich § 5a Abs. 3 GmbHG und § 150 AktG in der Struktur ähneln<sup>2963</sup>, die Unternehmergesellschaft nicht verpflichtet ist, überhaupt Gewinne zu erzielen<sup>2964</sup>, die Regelung des § 300 AktG in entsprechender Anwendung auf die Unternehmergesellschaft herangezogen werden kann<sup>2965</sup> und auch sonstige Gründe für eine Differenzierung nicht ersichtlich sind. Die Rücklagenbildung ist insoweit vorrangig.<sup>2966</sup> Eine Unternehmergesellschaft kann daher einen Gewinnabführungsvertrag eingehen.

## **d) Zweigniederlassung**

Die Unternehmergesellschaft kann wie der bürgerlich-rechtliche Verein eine eigene Untergliederung aufweisen. Sofern eine Untergliederung von der Hauptniederlassung eine räumliche Trennung aufweist, die nicht nur einen vorübergehenden Zweck hat, gleichsam mit einer gewissen organisatorischen und sachlichen Selbstständigkeit ausgestattet ist sowie nach außen eigene Geschäfte tätigt, spricht man von einer sog. Zweigniederlassung.<sup>2967</sup> Auch die Zweigniederlassung besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit.<sup>2968</sup> Die Errichtung einer Zweigniederlassung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 13 Abs. 1 S. 1 HGB. Umstritten ist, ob zur Errichtung ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich ist.<sup>2969</sup>

---

<sup>2957</sup> Kübler/Assmann S. 432; Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 32ff; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 88ff; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 213ff.

<sup>2958</sup> Münch Hdb GesR III/Decher § 70 Rn. 41; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 17 Rn. 248; Fiedler S. 47.

<sup>2959</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 56; vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 37.

<sup>2960</sup> So, Miras Rn. 402; Veil, in: GmbHR 2007, 1080, 1084; Weber, in: BB 2009, 842, 847.

<sup>2961</sup> Jordan S. 114; Miras Rn. 402a; Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 119.

<sup>2962</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 37; vgl. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 37, 41; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 22; Jordan S. 115; Hirte, in: ZInsO 2008, 933, 935.

<sup>2963</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 37; vgl. Miras Rn. 216.

<sup>2964</sup> Jordan S. 115.

<sup>2965</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 41; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 37; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 56; Jordan S. 116; Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 584.

<sup>2966</sup> MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 56; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 22; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 63; vgl. auch, Waldenberger/Sieber, in: GmbHR 2009, 114, 119f.

<sup>2967</sup> MüKo GmbHG/Mayer § 4a Rn. 83; Roth/Altmeppen § 4a Rn. 55; Baumbach/Hopt § 13 Rn. 3f; Staub/Koch § 13 Rn. 23ff.

<sup>2968</sup> MüKo GmbHG/Mayer § 4a Rn. 84; Ensthaler/Füller/Schmidt § 4a Rn. 5; Baumbach/Hopt § 13 Rn. 4.

<sup>2969</sup> Bejahend: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz § 13 Rn. 33; MüKo GmbHG/Mayer § 4a Rn. 85; Roth/Altmeppen § 4a Rn. 56. Verneinend: Staub/Koch § 13 Rn. 58.

## e) Sonderfall: Aufnahmefähigkeit einer Unternehmergesellschaft in einem Verbandsverein oder Gesamtverein am Beispiel der Sportverbände

### aa) Grundsätzliches

Fraglich ist, ob eine Unternehmergesellschaft als Rechtsform im Bereich des Sports überhaupt eine Aufnahme in die jeweiligen die Sportart prägenden Verbände finden kann. Bei Mannschaftssportarten werden im Bereich des Profisports vor Beginn einer Wettkampfsaison sog. Lizenzen erteilt, welche in der Regel bis zum Ende der Wettkampfsaison befristet sind und daher für jede Saison neu erteilt werden müssen.<sup>2970</sup> Des Weiteren muss regelmäßig die entsprechende sportliche Qualifikation hinzukommen. Im Bereich des Profisports werden solche Lizenzen nicht nur an einen Verein, sondern auch an Kapitalgesellschaften vergeben, hinter denen wiederum grundsätzlich ein eingetragener Mutterverein steht.<sup>2971</sup> Ob sich eine Unternehmergesellschaft hierfür überhaupt als Rechtsform unter Beachtung der jeweils geforderten finanziellen Voraussetzungen eignet, soll hier nicht vertieft werden, da es sich bei Kapitalgesellschaften, die eine sog. Profi-Mannschaft unterhalten, regelmäßig um Wirtschaftsunternehmen mit Jahresetats in Millionenhöhe handelt.<sup>2972</sup>

Das Lizenzierungsverfahren dient u. a. dazu, den Spielbetrieb zu sichern, die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit zu erhalten sowie die Belange aller Beteiligten abzusichern.<sup>2973</sup> Einen solchen Schutz bedarf es im Amateurbereich zwar auch, jedoch nicht in dieser Intensität, so dass dort kein Lizenzverfahren stattfindet, sondern vielmehr ein Beitritt der Körperschaften zum jeweiligen Landesverband erfolgt. Hierbei sehen jedoch die betreffenden Verbandsstatuten vor, dass die Aufnahmefähigkeit lediglich einem Verein zukommt, so dass dem Wortlaut nach die Unternehmergesellschaft keine Mitgliedsfähigkeit bzw. Teilnahmeberechtigung hat.<sup>2974</sup> Eine Vereinsatzung ist indes, wenn auch nur in engen Grenzen, bei mehrdeutigen oder unklaren Bestimmungen einer Auslegung zugänglich.<sup>2975</sup> Eine weite Auslegung, dass unter dem vom Wortlaut her eindeutigen Begriff „Verein“ auch

---

<sup>2970</sup> Reichert Rn. 5940.

<sup>2971</sup> Vgl. beim Fußball der Männer: 1. und 2. Bundesliga, Präambel und § 4 der Lizenzierungsordnung des Liga-Fußballverbandes (die Deutsche Fußball Liga GmbH führt das operative Geschäft für den Liga-Fußballverband, der Alleingesellschafter ist), §§ 7f der Satzung des Liga-Fußballverbandes (Zusammenschluss der Clubs aus der 1. und 2. Bundesliga) und § 16c der Satzung des DFB. 3. Liga, §§ 2, 6, 9 Statut 3. Liga des DFB. Regionalliga und Oberliga, Z. B. § 3 Nr. 1, 2 der Spielordnung des Nordostdeutschen Fußballverbandes.

Vgl. beim Handball der Männer: 1. und 2. Bundesliga, § 4 Nr. 1a i. V. m. §§ 7f der Satzung der Handball-Bundesliga (Ligaverband).

Vgl. beim Basketball der Männer: 1. Bundesliga, §§ 1 Nr. 1, 5 Nr. 1, 7 Nr. 1 des Lizenzstatuts der Beko Basketball Bundesliga GmbH (Gesellschafter sind der Deutsche Basketball Bund sowie die Arbeitsgemeinschaft Basketball Bundesliga, deren Mitglieder wiederum die Clubs der 1. Bundesliga sind) i. V. m. § 2 Nr. 1 der Spielordnung der Beko Basketball Bundesliga GmbH. 2. Bundesliga, § 1 Nr. 1, 4 des Lizenzstatuts der 2. Basketball-Bundesliga, die junge Liga GmbH (Gesellschafter sind der Deutsche Basketball Bund sowie die Arbeitsgemeinschaft der 2. Basketball Bundesliga Herren, deren Mitglieder wiederum die Clubs der 2. Bundesliga sind) i. V. m. § 6 Nr. 1 der Spielordnung der 2. Basketball-Bundesliga, die junge Liga GmbH i. V. m. § 5 der Satzung der Arbeitsgemeinschaft der 2. Basketball Bundesliga.

<sup>2972</sup> Vgl. Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 76.

<sup>2973</sup> Reichert Rn. 5970; Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 76f.

<sup>2974</sup> Vgl. beim Fußball, § 10 der Satzung des Landesfußballverbandes Mecklenburg-Vorpommern i. V. m. § 2 Nr. 1 der entsprechenden Spielordnung, § 9 Nr. 1 der Satzung des Fußballverbandes Sachsen-Anhalt i. V. m. §§ 2 Nr. 1, 4 der entsprechenden Spielordnung.

Vgl. beim Handball, §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 der Spielordnung des Deutschen Handballverbandes, vgl. § 6 Abs. 2 der Satzung des Handballverbandes Mecklenburg-Vorpommern.

Vgl. beim Basketball, §§ 1 Nr. 1, 3 Nr. 1 der Spielordnung des Deutschen Basketball Bundes, vgl. §§ 2, 6 Nr. 4 der Satzung des Basketballverbandes Mecklenburg-Vorpommern.

<sup>2975</sup> Vgl. Reichert Rn. 449; Münch Hdb GesR V/Wagner § 19 Rn. 53.

eine Unternehmergeellschaft zu verstehen ist, verbietet sich jedoch, da gerade in den Lizenzordnungen der obersten Bundesverbände eine Unterscheidung zwischen Verein und Kapitalgesellschaft erfolgt und sich dieses Trennungsbewusstsein auch auf die nachgeordneten Regelungen der eingegliederten Verbände erstreckt.<sup>2976</sup> Darüber hinaus spricht für einen fehlenden Einbezug der Unternehmergeellschaft, dass der Sportbereich ursprünglich bis in die obersten Ligen durch die Rechtsform des bürgerlich-rechtlichen Vereins geprägt war, so dass ein gänzlich Aufweichen dieses Verständnisses bzw. dieser ständigen Übung eine explizite Benennung in der jeweiligen Satzung voraussetzt.

## **bb) Aufnahmezwang trotz entgegenstehender Satzungsregelungen**

Es fragt sich daher, ob trotz der entgegenstehenden Satzungsregelungen eine Körperschaft in der Form einer Unternehmergeellschaft dennoch einen Aufnahmeanspruch in den jeweiligen Verband hat.

Die Verbandsautonomie führt dazu, dass ein Verband frei über die Aufnahme von Mitgliedern entscheiden kann. Im Verbandssport greift das sog. monopolbildende Ein-Platz-Prinzip, wonach für jedes Bundesland nur ein Landessportbund und für jede Sportart nur ein Spitzenverband in den Deutschen Olympischen Sportbund (DOSB) aufgenommen wird, wobei sich dieses Prinzip auch in den Statuten des IOC und der internationalen Sportverbände findet, so dass nur ein nationaler Fachverband Mitglied im internationalen Fachverband werden kann.<sup>2977</sup> Folge der Bedeutung der Mitgliedschaft in den nationalen Verbänden ist, dass ein erheblicher Druck besteht, sich diesen Regelungen zu unterwerfen, wodurch eine Monopolstellung dieser Sportverbände abgesichert wird.<sup>2978</sup> Körperschaften, die nicht in diese Verbände eingegliedert sind, werden daher erhebliche Probleme haben, Mitglieder zu gewinnen und Wettkämpfe zu bestreiten, so dass das Recht, eine Körperschaft außerhalb dieser Strukturen zu gründen, faktisch vielfach ins Leere läuft.<sup>2979</sup>

Es gibt indes Ausnahmen von der Aufnahmefreiheit, die sich sogar zum Aufnahmezwang verdichten können, wobei sich ein möglicher Aufnahmeanspruch aus der kartellrechtlichen Vorschrift des § 20 Abs. 5 GWB<sup>2980</sup> oder aus § 826 BGB ergeben kann.<sup>2981</sup> Diesen Ansprüchen ist losgelöst von weiteren Voraussetzungen gemein, dass die Ablehnung der Aufnahme eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und eine unbillige Benachteiligung darstellt, so dass es einer Abwägung zwischen Vereinsinteressen und Bewerberinteressen bedarf.<sup>2982</sup> Insoweit ist anzuführen, dass ein Aufnahmezwang grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn der Bewerber die satzungsmäßigen Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt, wobei dies vor allem dann gilt, wenn er diese in zumutbarer Weise ohne größere Schwierigkeiten erfüllen kann.<sup>2983</sup>

---

<sup>2976</sup> Die Zulassung von Kapitalgesellschaften zum Spielbetrieb der Lizenzligen erfolgte 1998, Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 77; vgl. Eggerstedt S. 22f.

<sup>2977</sup> BGH NJW 1999, 1326, 1327; Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 108f; Bahnners S. 87ff; vgl. zur Verfassungsgemäßheit, Rärer S. 110ff.

<sup>2978</sup> Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 108f.

<sup>2979</sup> Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 109; vgl. Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 93.

<sup>2980</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005, BGBl. I S. 2114.

<sup>2981</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 12; Praxishdb SportR/Summerer 2. Teil Rn. 109; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77.

<sup>2982</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 12ff; Reichert Rn. 1056ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77; vgl. Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 98.

<sup>2983</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 316, 317f; 1999, 1326, 1326; Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 32 Rn. 16; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77; Bahnners S. 50.

Sofern der Bewerber die statutarischen Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Ablehnung nicht zwingend rechtswidrig<sup>2984</sup>, soweit die satzungsmäßigen Bestimmungen kein sittenwidriges oder diskriminierendes Verhalten darstellen.<sup>2985</sup> Dabei ist stets der materielle Grund der Nichtaufnahme bzw. der betreffenden Satzungsbestimmungen maßgebend, wobei zwischen objektiven und subjektiven Aufnahmevoraussetzungen unterschieden werden kann.<sup>2986</sup> Objektive Aufnahmevoraussetzungen, mithin Umstände, auf die der Bewerber keinen Einfluss hat, bzw. er sich diesen nicht anpassen kann, bedingen als Gegenstück strenge Schutzwerte des Verbands, wie etwa das Interesse des Verbands, die Erreichung seines Zwecks sowie die Sicherung und Gewährleistung seiner inneren Ordnung.<sup>2987</sup> Demgegenüber sind subjektive Aufnahmevoraussetzungen dadurch gekennzeichnet, dass sie im Einflussbereich des Bewerbers liegen, wodurch ihnen eine geringere Rechtfertigungsschwelle seitens des Verbands, wie etwa die Wahrung des eigenen Rufs oder des eigenen Erscheinungsbildes, zukommt.<sup>2988</sup> Für den Bewerber ist daher zunächst zu untersuchen, ob die Anpassung möglich und zumutbar ist.<sup>2989</sup>

Für die Rechtmäßigkeit einer Satzung, die nur die Aufnahme von Vereinen vorsieht, spricht, dass eine ausschließliche Mitgliedschaft von Vereinen eine durchgängige Rechtsformverwendung innerhalb des Verbands darstellt. Die Mitglieder eines Vereins sind zudem im Gegensatz zu den Gesellschaftern der Unternehmergeellschaft nicht über einen Geschäftsanteil vermögensrechtlich mit der Körperschaft verbunden. Ferner hat ein Ausschluss aus dem Verein im Gegensatz zum Ausschluss eines Gesellschafters grundsätzlich keine finanziellen Ausgleichsansprüche zur Folge. Auch wenn eine vertragliche Angleichung der Unternehmergeellschaft an den Verein möglich ist und die Unternehmergeellschaft sogar als gemeinnützige Gesellschaft eingesetzt werden kann, so verbleibt es doch dabei, dass deren Mitglieder Anteile an der Gesellschaft halten.

Dieser Abwägung steht auch nicht entgegen, dass es keine scharfe Trennung zwischen dem Amateursport mit nichtwirtschaftlichen Zwecken und dem Profisport mit kommerziellen Zwecken gibt, auch wenn ein ideeller Zweck für die Körperschaften im Bereich des Amateursports im Vordergrund steht. Des Weiteren ist den Sportverbänden gemein, dass sie über ihre Mitgliedsvereine der Allgemeinheit zugänglich sind, was bei der Unternehmergeellschaft nicht ohne weiteres der Fall ist. Ebenso können die Vereinsmitglieder grundsätzlich die Einrichtungen des Vereins nutzen, hingegen die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sich dabei im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung bewegen können. Insgesamt kann festgehalten werden, dass umso weiter der Verbandszweck von der Förderung wirtschaftlicher und wettbewerblicher Interessen entfernt ist, desto gewichtiger ist das Verbandsinteresse mit der Folge, dass das Interesse des Bewerbers an der Mitgliedschaft zurückzutreten hat.<sup>2990</sup>

Die Unternehmergeellschaft entspricht folglich nach ihrer äußeren Erscheinung (derzeit) nicht dem Mitgliedsbild eines Sportverbands, der sich ausschließlich aus bürgerlich-rechtlichen Vereinen (und deren Mitgliedern) zusammensetzt, so dass man bereits fragen kann, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung durch den Ausschluss anderer Körperschaften vorliegt.<sup>2991</sup> Im Übrigen steht dem Aufnahmeanspruch entgegen, dass die Interessenten durch

---

<sup>2984</sup> BGH NJW 1969, 316, 317; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 77.

<sup>2985</sup> BGH NJW 1969, 316, 317f; Bahnners S. 57; Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 98f.

<sup>2986</sup> Bahnners S. 54; Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 99.

<sup>2987</sup> Bahnners S. 54ff; Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 99.

<sup>2988</sup> Bahnners S. 60ff; Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 99.

<sup>2989</sup> Steinbeck, in: WuW 1996, 91, 99f.

<sup>2990</sup> Bahnners S. 143.

<sup>2991</sup> Bahnners S. 50.

einen Rechtsformwechsel eine Aufnahme erzielen können, auch wenn der Wechsel mehr Aufwand erfordert als eine etwaige Namensänderung<sup>2992</sup>.

Es kann daher festgehalten werden, dass eine Unternehmergeellschaft grundsätzlich keinen Aufnahmeanspruch in einen Sportverband hat, soweit dies die Verbandssatzung nicht vorsieht, da zumindest die unterschiedlichen Strukturen der beiden Körperschaften sowie das einheitliche Erscheinungsbild des Verbands dem in berechtigter Weise entgegenstehen. Ob ein Verband eine in seinem Bereich angesiedelte Unternehmergeellschaft dennoch aufnimmt, bzw. die satzungsmäßigen Aufnahmevoraussetzungen anpassen wird, kann hier nicht beurteilt werden.

#### **4. Zwischenergebnis**

Das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht sowie das GmbH-Recht beinhalten lediglich das Recht der jeweiligen Körperschaft. Die fehlenden gesetzlichen Vorgaben und die unterschiedliche Intensität der entsprechenden Übertragung aktienrechtlicher Vorschriften führten zu verschiedenen Arten der Verflechtung bei beiden Rechtsformen.

Die Unternehmergeellschaft kann so strukturiert werden, dass das Gesamtgebilde denen eines Vereinsverbands oder eines Gesamtvereins gleicht. Beide Körperschaften können Unternehmensverträge abschließen oder Teil eines faktischen Konzerns sein, wobei insoweit jedoch die strukturellen Unterschiede beider Körperschaften zu berücksichtigen sind. Im Gegensatz zur Unternehmergeellschaft findet die Konzernrechnungslegung (§§ 290ff HGB) auf den Verein keine Anwendung. Beim Verein lassen sich als Grobeinteilung der Vereinsverband und der Gesamtverein und bei der GmbH der faktische Konzern und der Vertragskonzern nennen, auch wenn nicht verkannt werden darf, dass es auch Mischformen gibt. Eine im nichtwirtschaftlichen Bereich angesiedelte Unternehmergeellschaft kann ebenso einen Konzernbezug aufweisen. Sowohl der Verein in Form des Gesamtvereins als auch die Unternehmergeellschaft können unselbstständige Untergliederungen schaffen, wobei bei einer Unternehmergeellschaft die Untergliederung unter bestimmten Voraussetzungen eine Zweigniederlassung im handelsrechtlichen Sinne darstellen kann.

Indes findet die Unternehmergeellschaft als Rechtsform im Bereich des Sports, abgesehen von den Profiligen mit ihren Lizenzverträgen, (derzeit) keine Aufnahme in die jeweiligen die Sportart prägenden Verbände, soweit die für die Aufnahme neuer Mitglieder zuständigen Verbände die Mitgliedschaft statutarisch lediglich den bürgerlich-rechtlichen Vereinen einräumen. Ein diesen Umstand durchbrechender Aufnahmezwang besteht nicht. Den interessierten Rechtsanwendern ist es dadurch zwar nicht genommen, die Rechtsform der Unternehmergeellschaft für die Verfolgung ihrer sportlichen Zwecke zu wählen, dennoch gestalten sich die Gewinnung von Mitspielern und die Wettkampfteilnahme schwerer als bei einer Einbindung in den die jeweilige Sportart prägenden Verband.

---

<sup>2992</sup> Vgl. hierzu, Bahners S 50f.

## XXII. Handelsrecht

### 1. Grundsätzliches

#### a) Anwendbarkeit

Die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften des HGB finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung, § 6 Abs. 1 HGB.<sup>2993</sup> Dies gilt ohne Rücksicht auf den Unternehmensgegenstand, § 6 Abs. 2 HGB. Gem. § 13 Abs. 3 GmbHG ist die Unternehmersgesellschaft eine Handelsgesellschaft. Demgegenüber ist ein eingetragener Verein weder eine Handelsgesellschaft noch ein sog. Formkaufmann. Eingetragene Vereine sind nur dann Kaufleute, wenn sie im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs ein vollkaufmännisches Unternehmen i. S. v. § 1 HGB unterhalten.<sup>2994</sup> Sie sind dann gem. § 33 HGB in das Handelsregister einzutragen. Betreibt der Verein kein Handelsgewerbe i. S. v. § 1 HGB, kann dennoch eine freiwillige Eintragung in das Handelsregister erfolgen, § 2 HGB. Die Regelung des § 3 HGB ist zu beachten. Nur in den vorstehend genannten Fällen ist der Verein nicht nur den vereinsrechtlichen Vorschriften, sondern auch den Bestimmungen der Kaufleute unterworfen, wobei bei einer Normenkonkurrenz die handelsrechtlichen Vorschriften die vereinsrechtlichen verdrängen.<sup>2995</sup>

#### b) Handelsrechtliche Vorschriften

Die Regelungen des ersten, dritten und vierten Buches des HGB finden Anwendung, soweit die Vorschriften der Kaufleute einschlägig sind. Das Handelsrecht gewährleistet eine erweiterte Privatautonomie und ist von der einfachen und schnellen Abwicklung von Geschäften geprägt, so dass insgesamt eine erweiterte Selbstständigkeit und Eigenverantwortung verlangt wird.<sup>2996</sup> Das HGB als zentrale Kodifizierung enthält dabei eine Vielzahl von Vorschriften, welche die Regelungen des BGB ergänzen oder verdrängen, vgl. Art. 2 Abs. 1 EGHGB.<sup>2997</sup> Insofern ist etwa die Rügeobliegenheit beim Handelskauf gem. § 377 HGB zu nennen. Zudem enthalten die §§ 48ff HGB ein Sonderrecht zu den §§ 167ff BGB.<sup>2998</sup> Exemplarisch können ferner die §§ 348ff, 373 HGB angeführt werden.

### 2. Eingetragener Verein

Nur dann, wenn ein Verein unter den besonderen Voraussetzungen ein kaufmännisches Gewerbe betreibt, finden die handelsrechtlichen Vorschriften im Rahmen des Gewerbebetriebs auf ihn Anwendung, so dass dann insoweit die Vorschriften über die Firma, das Handelsregister, die Prokura, die Handlungsvollmachten oder die Handelsgeschäfte greifen.<sup>2999</sup> Wird eine Prokura erteilt, so ist derjenige gleichsam besonderer Vertreter i. S. v.

---

<sup>2993</sup> MüKo HGB/K.Schmidt § 6 Rn. 1; Handelsgesellschaften sind Kaufleute. Staub/Oetker § 6 Rn. 5: Handelsgesellschaften sind keine Kaufleute; die Vorschriften finden entsprechend des Wortlauts von § 6 Abs. 1 HGB lediglich auf sie Anwendung.

<sup>2994</sup> MüKo HGB/Krafka § 33 Rn. 2; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 24; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 34; Reichert Rn. 4867; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 456; K.Schmidt, in: ZGR 1975, 477, 485; kritisch, Sack, in: ZGR 1974, 179, 183ff.

<sup>2995</sup> Reichert Rn. 4868.

<sup>2996</sup> Baumbach/Hopt Einl v § 1 Rn. 4f; Staub/Oetker Einl Rn. 15ff; Kindler § 1 Rn. 13ff; vgl. K.Schmidt HandelsR § 1 Rn. 72ff.

<sup>2997</sup> Vgl. Baumbach/Hopt Einl v § 1 Rn. 3; Staub/Oetker Einl Rn. 32ff; Kindler § 1 Rn. 6f.

<sup>2998</sup> Kindler § 1 Rn. 8.

<sup>2999</sup> Vgl. MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 24.

§ 30 BGB, obschon im Handelsverkehr ausschließlich die für die Prokura geltenden Regelungen anzuwenden sind.<sup>3000</sup>

### 3. Unternehmergesellschaft

Die Vorschriften für Kaufleute finden auch dann auf die Unternehmergesellschaft Anwendung, wenn sie rein ideelle Zwecke verfolgen, vgl. § 6 Abs. 2 HGB.<sup>3001</sup> Eine abweichende Regelung ist nicht zulässig.<sup>3002</sup> Des Weiteren sind alle Geschäfte der Gesellschaft Handelsgeschäfte i. S. v. § 343 HGB.<sup>3003</sup> Ferner kann die Gesellschaft Prokura und Handlungsvollmachten erteilen. Aufgrund der Verweisung des § 13 Abs. 3 GmbHG erfolgt lediglich eine Erklärung über die Anwendbarkeit des HGB, so dass es eine Frage des Einzelfalls bleibt, ob kaufmännische oder handelsrechtliche Vorschriften außerhalb des HGB gleichsam anzuwenden sind.<sup>3004</sup> Die Gesellschafter und die Geschäftsführer werden allein aufgrund ihrer Stellung in der Gesellschaft keine Kaufleute.<sup>3005</sup>

### 4. Zwischenergebnis

Während die kaufmännischen Vorschriften des HGB auf die Unternehmergesellschaft stets anzuwenden sind, ist dies beim bürgerlich-rechtlichen Verein nur dann der Fall, wenn er im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs ein Handelsgewerbe betreibt oder eine freiwillige Eintragung in das Handelsregister vorgenommen wurde. Folge dieses Umstandes ist, dass den Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Regel eine weitreichendere Eigenverantwortung zukommt.

## XXIII. Strafrecht

### 1. Grundsätzliches

Beide Körperschaften besitzen selbst keine Handlungsfähigkeit in einem strafrechtlichen Sinne, da sie kein sog. sozialetischer Schuldvorwurf treffen kann, so dass nur die hinter den Rechtsformen stehenden natürlichen Personen Adressaten von Strafdrohungen sind.<sup>3006</sup> Demgegenüber kann im Ordnungswidrigkeitsrecht eine Geldbuße gegen eine juristische Person festgesetzt werden, § 30 Abs. 1 OWiG.

Die Straftatbestände selbst sind weitestgehend rechtsformneutral ausgestaltet, so dass ihre Tatbestände sowohl von Vereinsmitgliedern und Gesellschaftern als auch von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern verwirklicht werden können.

---

<sup>3000</sup> Reichert Rn. 4868.

<sup>3001</sup> BGH NJW 1976, 514, 514; Lutter/Hommelhoff § 13 Rn. 1; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 1, 33; Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 300; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 49; Roth/Altmeppen § 13 Rn. 12; Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 15; MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 80; Ulrich S. 260f: Diese Gesellschaften sind auch Unternehmer i. S. v. § 14 Abs. 1 BGB.

<sup>3002</sup> Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 300; MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 2.

<sup>3003</sup> Scholz/Emmerich § 13 Rn. 34; Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 301; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 49; Ensthaler/Füller/Schmidt § 13 Rn. 15; Baumbach/Hopt § 6 Rn. 4.

<sup>3004</sup> Scholz/Emmerich § 13 Rn. 35; MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 82; Baumbach/Hopt § 6 Rn. 5.

<sup>3005</sup> BGH NJW-RR 1987, 42, 43; Michalski/Michalski/Funke § 13 Rn. 302; MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 83.

<sup>3006</sup> Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 33; Staudinger/Weick Einl zu §§ 21ff Rn. 57; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 4; Ulmer/Raiser § 13 Rn. 46; Scholz/Emmerich § 13 Rn. 22; MüKo GmbHG/Joecks Vor § 82 Rn. 10; vertiefend, K.Schmidt GesR S. 281f.

## 2. Eingetragener Verein

Besondere Straftatbestände, die lediglich von Vereins- oder Vorstandsmitgliedern begangen werden können, sieht das Gesetz nicht vor.

Fraglich war jedoch, ob die Vorstandsmitglieder die Tatbestände des § 15a Abs. 4, 5 InsO erfüllen können. Dies käme dann in Betracht, wenn ein Verstoß gegen § 42 Abs. 2 S. 1 BGB ihren Tatbestand verwirklicht. § 15a Abs. 6 InsO stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass § 15a Abs. 4, 5 InsO nicht auf den Verein und damit nicht auf die Vorstandsmitglieder anwendbar ist.<sup>3007</sup>

Indes schied auch bereits vor Inkrafttreten von § 15a Abs. 6 InsO eine Anwendung von § 15a Abs. 4, 5 InsO auf die Vorstandsmitglieder aus. Die Straftatbestände des § 15a Abs. 4, 5 InsO ahnden nämlich dem Wortlaut nach lediglich einen Verstoß gegen § 15a Abs. 1 bis 3 InsO und nicht einen gegen § 42 Abs. 2 BGB, der im Zuge der Normierung einer einheitlichen Insolvenzantragspflicht nicht in § 15a Abs. 1 InsO aufging, so dass der Anwendbarkeit des § 15a Abs. 4, 5 InsO auf den Vereinsvorstand bereits Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstand, wobei für die fehlende Anwendbarkeit gleichsam sprach, dass im Gegensatz zu den vorherigen Regelungen bei anderen Körperschaften auch vor dem MoMiG ein nicht ordnungsgemäßer Insolvenzantrag keine Strafbarkeit des Vereinsvorstands hervorgerufen hat und der Gesetzgeber durch die Zusammenfassung der Regelungen in einer Vorschrift keine diesbezügliche Änderung vornehmen wollte.<sup>3008</sup>

## 3. Unternehmergesellschaft

Das Gesetz sieht für Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschafter einer Unternehmergesellschaft spezielle Straftatbestände vor, die zum einen rechtsformspezifisch sind, zum anderen aufgrund der Eigenart der Gesellschaft einschlägig sein können.<sup>3009</sup>

Insofern sind die Strafvorschriften der § 15a Abs. 4, 5 InsO, § 331 HGB, §§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 6 und 7, 283b StGB sowie die §§ 82, 85 GmbHG zu nennen. Während die in § 331 HGB enthaltenen Straftatbestände die fehlende Richtigkeit und Vollständigkeit der zu erstellenden Abschlüsse sanktionieren<sup>3010</sup>, stellen § 82 GmbHG diverse Falschangaben und § 85 GmbHG die Verletzung der Geheimhaltungspflicht unter Strafe. Demgegenüber ist § 84 GmbHG, der eine Verletzung der Pflicht aus § 49 Abs. 3 GmbHG ahndet, nicht auf die Unternehmergesellschaft anwendbar, da hier gem. § 5a Abs. 4 GmbHG die Versammlung abweichend von § 49 Abs. 3 GmbHG bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einzuberufen ist.<sup>3011</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Gesellschafter, Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder einer Unternehmergesellschaft mit mehr Straftatbeständen konfrontiert sind als ihre Pendanten beim eingetragenen Verein. Dieser Umstand resultiert daraus, dass bei der Unternehmergesellschaft gesetzliche Pflichten zur Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie umfassendere Pflichten zur Rechnungslegung und Publizität bestehen, die ihrerseits in der grundsätzlich höheren Betroffenheit von Gläubigerrechten begründet sind. Zur Einhaltung bzw. Durchsetzung der

---

<sup>3007</sup> BGBl. I 2013, 2379.

<sup>3008</sup> Vgl. Brand/Reschke, in: NJW 2009, 2343, 2344ff; ebenso, Müller-Gugenberger, in: Festschrift Tiedemann 2008, S. 1003, 1017.

<sup>3009</sup> Vertiefend, MüKo GmbHG/Joeks Vor § 82 Rn. 1ff.

<sup>3010</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 248; MüKo HGB/Quedenfeld § 331 Rn. 1.

<sup>3011</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 27, § 84 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 84 Rn. 3; MüKo GmbHG/Wißmann § 84 Rn. 44.



Pflichten soll daher auch die strafrechtliche Sanktionierung von entsprechenden Verstößen beitragen.

Da die Grenze zwischen geschäftstüchtigem und schon strafbarem Verhalten in vielen Fällen fließend sein kann<sup>3012</sup>, besteht auch faktisch für die Gesellschafter, Geschäftsführer aber auch für die Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Betätigung in einer Unternehmergeellschaft eine höhere Gefahr einer strafrechtlichen Ahndung als bei einer Betätigung in einem eingetragenen Verein.

## **XXIV. Umwandlungsrecht**

### **1. Grundsätzliches**

#### **a) Allgemeines**

Die Umwandlungsmöglichkeiten eröffnen den Rechtsanwendern eine gewisse Flexibilität. Die steuerrechtliche Komponente der Umwandlung wird dabei vorliegend nicht beleuchtet.

#### **b) Umwandlung**

Die Umwandlung von Rechtsträgern bestimmt sich nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG)<sup>3013</sup>. Eine Umwandlung kann nach dem UmwG durch Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung), Vermögensübertragung sowie durch Formwechsel erfolgen, § 1 Abs. 1 UmwG. Die Vermögensübertragung kommt für den bürgerlich-rechtlichen Verein nicht in Betracht.<sup>3014</sup> Da die Vermögensübertragung für die GmbH als übertragender Rechtsträger nur in den Fällen des § 175 Nr. 1 UmwG möglich ist, bedarf es hier keiner weiteren diesbezüglichen Vertiefung. Die in § 1 Abs. 1 UmwG aufgeführten Umwandlungsarten sind abschließend.<sup>3015</sup> Daneben besteht weiterhin die Möglichkeit des Vermögensübergangs im Wege einer Einzelübertragung, § 1 Abs. 2 UmwG.<sup>3016</sup> Das Umwandlungsgesetz enthält für jede Umwandlungsart allgemeine (§§ 2-38, 123-137, 190-213 UmwG) und rechtsformspezifische Vorschriften (Verein: §§ 99-104a, 149, 272-290 UmwG, Unternehmergeellschaft: §§ 46-59, 138-140, 226-257 UmwG).

#### **aa) Verschmelzung**

Die Arten der Verschmelzung ergeben sich aus § 2 UmwG, wonach eine Verschmelzung im Wege der Aufnahme oder der Neugründung möglich ist. Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers erhalten Anteile oder Mitgliedsrechte an dem übernehmenden oder neuen Rechtsträger, § 2 UmwG. Die Verschmelzung basiert auf einem Verschmelzungsvertrag (§ 4 UmwG), einem Verschmelzungsbericht<sup>3017</sup> (§ 8 UmwG), ggfs. einer sachverständigen Prüfung des Verschmelzungsvertrages (§ 9 UmwG i. V. m. §§ 48, 100 UmwG), notariell beurkundeten Verschmelzungsbeschlüssen, welche in einer Versammlung der Anteilsinhaber bzw. in einer Mitgliederversammlung gefasst wurden (§ 13 UmwG) sowie auf den Eintragungen in die jeweiligen Register nebst Bekanntmachungen (§§ 16, 19

---

<sup>3012</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Joeks Vor § 82 Rn. 1.

<sup>3013</sup> Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994, BGBl. I S. 3210.

<sup>3014</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 52 Rn. 8; vgl. MüKo/Reuter § 41 Rn. 15.

<sup>3015</sup> Kallmeyer/Kallmeyer § 1 Rn. 16, 22; Semler/Stengel/Semler § 1 Rn. 43.

<sup>3016</sup> K.Schmidt GesR S. 366; vgl. Stöber/Otto Rn. 1112; Lettl, in: DB 2000, 1449, 1452f; Neumayer/Schulz, in: DStR 1996, 872, 872.

<sup>3017</sup> Vgl. hierzu, OLG Bamberg FGPrax 2012, 209, 209.

UmwG).<sup>3018</sup> Den Anteilshabern, welche gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch erhoben haben, ist nach den Vorgaben der §§ 29ff UmwG eine angemessene Barabfindung anzubieten. Mit der Eintragung der Verschmelzung geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über und der übertragende Rechtsträger erlischt, § 20 UmwG. Die weiteren Folgen ergeben sich aus §§ 20ff UmwG. Bei der Verschmelzung durch Neugründung sind die §§ 36-38 UmwG zu beachten.

## **bb) Spaltung**

Die Spaltung bietet die Möglichkeit, einen bestehenden Rechtsträger im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge in mehrere rechtlich selbstständige Teile aufzugliedern.<sup>3019</sup> Hierzu hält das Gesetz die Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG), die Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) sowie die Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) bereit. Es besteht die Möglichkeit der Spaltung zur Aufnahme oder zur Neugründung, wobei für die Spaltung zur Neugründung die §§ 135-137 UmwG Sonderregelungen enthalten.

Eine Aufspaltung ist bei gleichzeitiger Übertragung der Vermögensteile auf andere Rechtsträger unter Auflösung des übertragenden Rechtsträgers gegeben. Eine Abspaltung liegt vor, wenn der übertragende Rechtsträger einen Teil oder mehrere Teile seines Vermögens auf einen oder mehrere Rechtsträger überträgt. Der dritte Fall, die sog. Ausgliederung, ist gegeben, wenn der übertragende Rechtsträger aus seinem Vermögen einen Teil oder mehrere Teile ausgliedert und diese auf einen oder mehrere Rechtsträger überträgt. Der Unterschied zur Abspaltung besteht darin, dass die Anteile oder Mitgliedschaften an den übernehmenden Rechtsträgern dem übertragenden Rechtsträger gewährt werden. Bei einer Spaltung kann lediglich ein übertragender Rechtsträger beteiligt sein.<sup>3020</sup>

Der Ablauf einer Spaltung entspricht dem einer Verschmelzung, so dass der Spaltung ein Spaltungs- und Übernahmevertrag (§ 126 UmwG) bzw. ein Spaltungsplan (§ 136 UmwG), ein Spaltungsbericht (§ 127 UmwG), bei einer Aufspaltung und Abspaltung eine sachverständige Prüfung des Spaltungsvertrages (§ 125 S. 1, 2 UmwG i. V. m. §§ 9-12 UmwG i. V. m. §§ 48, 100 UmwG), notariell beurkundete Zustimmungsbeschlüsse resultierend aus einer Anteilshaber- oder einer Mitgliederversammlung (§ 125 S. 1 UmwG i. V. m. § 13 UmwG) und die Eintragungen in die jeweiligen Register nebst Bekanntmachungen (§§ 129f, 125 S. 1 UmwG i. V. m. §§ 16, 19 Abs. 3 UmwG) zu Grunde liegen.<sup>3021</sup> Die Wirkung der Spaltung ergibt sich aus § 131 UmwG. Das betroffene Vermögen des übertragenden Rechtsträgers geht im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf den oder die übernehmenden Rechtsträger über. Nur im Falle der Aufspaltung erlischt der übertragende Rechtsträger. Im Rahmen der Auf- und Abspaltung werden die Anteilshaber oder Mitglieder des übertragenden Rechtsträgers Anteilshaber oder Mitglieder der beteiligten Rechtsträger.

## **cc) Formwechsel**

Ein Rechtsträger kann durch einen Formwechsel eine andere Rechtsform erhalten, § 190 Abs. 1 UmwG. Bei einem Formwechsel kommt es unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers

---

<sup>3018</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR V/Pathe § 53 Rn. 6ff; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 12ff.

<sup>3019</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 55 Rn. 1; vgl. MüKo/Reuter § 41 Rn. 15; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 60c; K.Schmidt GesR S. 396.

<sup>3020</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 55 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 502.

<sup>3021</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR V/Pathe § 56 Rn. 1ff; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 326ff.

zu keiner Vermögensübertragung.<sup>3022</sup> Gem. § 191 Abs. 1 Nr. 2 und 4 UmwG können die Unternehmersgesellschaft und der eingetragene Verein formwechselnde Rechtsträger sein. Demgegenüber ist der eingetragene Verein keine Zielrechtsform, § 191 Abs. 2 UmwG. Dem Formwechsel liegen ein Umwandlungsbericht (§ 192 UmwG), ein Umwandlungsbeschluss aus einer Anteilsinhaber- oder Mitgliederversammlung (§ 193 UmwG), ggfs. ein Barabfindungsangebot (§§ 207, 208, 30 UmwG) und die Eintragung nebst Bekanntmachung (§§ 198, 199, 201 UmwG) zu Grunde.<sup>3023</sup> Zudem sind auf den Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden, soweit sich nicht aus dem fünften Buch des UmwG etwas anderes ergibt, § 197 S. 1 UmwG.

## 2. Eingetragener Verein

Das UmwG eröffnet dem eingetragenen Verein nicht jede Form der Umwandlung in uneingeschränkter Art und Weise, zudem bestehen außerhalb des UmwG keine vereinsbezogenen Sonderregelungen für Umwandlungen.<sup>3024</sup> Bei einer Verschmelzung und einer Spaltung auf einen eingetragenen Verein ist nur ein eingetragener Verein als übertragender Rechtsträger zulässig, §§ 99 Abs. 2, 149 Abs. 2 UmwG. Ein Formwechsel auf einen eingetragenen Verein scheidet aus, § 191 Abs. 2 UmwG. Demgegenüber kann der Verein im Wege der Verschmelzung und Spaltung auf eine AG, KGaA, GmbH, Personenhandelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, eG und einen eingetragenen Verein (§§ 3 Abs. 1, 2, 105, 109, 124 Abs. 1, 3 Abs. 1, 150f UmwG) sowie im Wege des Formwechsels auf eine AG, KGaA, GmbH und eine eG (§ 272 Abs. 1 UmwG) umgewandelt werden.

### a) Verschmelzung

Die §§ 99-104a UmwG enthalten besondere Vorschriften für eine Verschmelzung unter Beteiligung eines eingetragenen Vereins. Eingetragene Vereine können übertragende, übernehmende und neue Rechtsträger i. S. einer Verschmelzung sein, auch wenn § 99 Abs. 1 und 2 UmwG Einschränkungen enthält.<sup>3025</sup> Eine Prüfung der Verschmelzung ist nur erforderlich, wenn mindestens 10% der Mitglieder dies schriftlich verlangen, § 100 S. 2 UmwG. Gem. § 104a UmwG sind die §§ 29-34 UmwG bei der Verschmelzung eines gemeinnützigen Vereins auf eine gemeinnützige Körperschaft nicht anzuwenden.<sup>3026</sup> Für die erforderliche Mitgliederversammlung zur Fassung des Verschmelzungsbeschlusses sehen die §§ 101-103 UmwG besondere Regelungen vor. Der Verschmelzungsbeschluss bedarf daher einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen<sup>3027</sup>, soweit die Satzung keine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse bestimmt, § 103 UmwG. Zudem sind den Mitgliedern bestimmte Unterlagen zugänglich zu machen, § 101 UmwG. Ist ein Mitglied des übernehmenden Vereins auch Mitglied des übertragenden Vereins, so entsteht keine doppelte Mitgliedschaft.<sup>3028</sup> Eine Mindestzahl an Gründern ist für eine Verschmelzung durch

---

<sup>3022</sup> Semler/Stengel/Stengel § 190 Rn. 1; Kallmeyer/Meister/Klöcker § 190 Rn. 6; MüKo/Reuter § 41 Rn. 15; Soergel/Hadding Vor § 21 Rn. 60d; K.Schmidt GesR S. 368.

<sup>3023</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR V/Pathe § 57 Rn. 1ff; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 517ff.

<sup>3024</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Pathe § 52 Rn. 7, 9.

<sup>3025</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 53 Rn. 11; Semler/Stengel/Katschinski § 99 Rn. 28.

<sup>3026</sup> Semler/Stengel/Katschinski § 104a Rn. 3.

<sup>3027</sup> Vgl. für den Fall, dass mit der Verschmelzung eine Zweckänderung verbunden ist, Stöber/Otto Rn. 1078; Neumayer/Schulz, in: DStR 1996, 872, 873.

<sup>3028</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 397; Stöber/Otto Rn. 1081; Neumayer/Schulz, in: DStR 1996, 872, 874.

Neugründung nicht erforderlich (§ 36 Abs. 2 S. 2, 3 UmwG), auch wenn für den übernehmenden Verein die Vorgaben des § 73 BGB maßgeblich sind.<sup>3029</sup>

## **b) Spaltung**

§ 149 UmwG enthält besondere Regelungen für die Spaltung unter Beteiligung eines eingetragenen Vereins. Insofern kann sich ein Verein an einer Spaltung nur beteiligen, wenn die Satzung oder Vorschriften des Landesrechts dem nicht entgegenstehen, § 149 Abs. 1 UmwG. Ein solches landesrechtliches Verbot ist derzeit nicht ersichtlich.<sup>3030</sup> Weitere besondere Bestimmungen außerhalb von § 149 UmwG bestehen nicht, so dass die Spaltung von Vereinen sich ausschließlich nach den allgemeinen Vorgaben der §§ 125-137 UmwG bemisst. Eine Prüfung der Auf- und Abspaltung muss auch hier nur dann stattfinden, wenn mindestens 10% der Mitglieder dies schriftlich verlangen, § 125 S. 1, 2 UmwG i. V. m. § 100 S. 2 UmwG. Darüber hinaus sind die besonderen Regelungen der §§ 101-103 UmwG gem. § 125 S. 1 UmwG anwendbar. Eine Mindestzahl an Gründern ist für eine Spaltung zur Neugründung nicht erforderlich, § 135 Abs. 2 S. 2, 3 UmwG. Da dennoch § 73 BGB zu beachten ist, kommt eine Ausgliederung zur Neugründung eines Vereins nicht in Betracht, da der übertragende Rechtsträger, mithin ein eingetragener Verein, einziges Mitglied des Vereins wäre.<sup>3031</sup>

## **c) Formwechsel**

Einem eingetragenen Verein, der nur formwechselnder Rechtsträger sein kann, ist es möglich, im Rahmen eines Formwechsels die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer eG zu erlangen, § 272 Abs. 1 UmwG. Dies gilt nur, wenn die Satzung oder landesrechtliche Vorschriften dem nicht entgegenstehen, § 272 Abs. 2 UmwG. Bei einem Formwechsel sind der Wechsel in eine Kapitalgesellschaft (§§ 273-282 UmwG) und der in eine eG (§§ 283-290 UmwG) zu unterscheiden. Durch den Formwechsel werden die Vereinsmitgliedschaften zu Anteilen an der Kapitalgesellschaft (§ 280 S. 1 UmwG) oder der eG (§ 288 Abs. 1 S. 1 UmwG).

### **aa) Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft**

Ein Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft bedingt die Beteiligung der Vereinsmitglieder am neuen Rechtsträger, § 273 UmwG. Die Gründungsvorschriften der neuen Rechtsform finden Anwendung, § 197 UmwG. Der Kapitalschutz wird zusätzlich durch §§ 277, 264 UmwG bestimmt. Die Vorbereitung und Durchführung der Mitgliederversammlung ergibt sich aus § 274 UmwG. Der Umwandlungsbeschluss bedarf grundsätzlich einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, sofern kein qualifizierter Widerspruch i. S. v. § 275 Abs. 2 S. 2 UmwG erhoben wurde, § 275 Abs. 2 UmwG. Im Falle der Zweckänderung müssen alle Mitglieder zustimmen, § 275 Abs. 1 UmwG. Ein Barabfindungsangebot ist bei einem gemeinnützigen Verein ausgeschlossen, § 282 Abs. 2 UmwG.

### **bb) Formwechsel in eine eingetragene Genossenschaft**

Die besonderen Vorschriften für einen Formwechsel in eine eG entsprechen im Wesentlichen denen über einen Wechsel in eine Kapitalgesellschaft. Ergänzungen bzw. Abweichungen

---

<sup>3029</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 54 Rn. 114.

<sup>3030</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 55 Rn. 10; vgl. Semler/Stengel/Katschinski § 149 Rn. 7.

<sup>3031</sup> Münch Hdb GesR V/Pathe § 56 Rn. 79.

finden sich z. B. in § 284 S. 1 UmwG für die Zustimmungserfordernisse des Umwandlungsbeschlusses, in § 285 Abs. 1 UmwG für den Inhalt des Umwandlungsbeschlusses oder in § 286 UmwG für die Anmeldung.

### **3. Unternehmergesellschaft**

Auch die Unternehmergesellschaft als Variante der „regulären“ GmbH kann sich an Umwandlungsvorgängen beteiligen, obschon sie aufgrund des Verbots von Sacheinlagen (§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG) diversen Einschränkungen unterliegt.<sup>3032</sup>

#### **a) Umwandlung unter Beteiligung einer GmbH**

Eine GmbH kann als übernehmender oder übertragender Rechtsträger mit einer AG, KGaA, GmbH, eG, Personenhandelsgesellschaft und einer Partnerschaftsgesellschaft verschmolzen werden, § 3 UmwG. Sie kann auch übernehmender Rechtsträger eines Vereins sein, hingegen ein eingetragener Verein im Wege der Verschmelzung eine GmbH nicht aufnehmen darf, §§ 3, 99 Abs. 2 UmwG. Zudem kann die GmbH auf eine natürliche Person als ihren Alleingesellschafter verschmolzen werden, § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG.

Eine GmbH kann ihr Vermögen ferner als übertragender Rechtsträger im Wege der Spaltung auf eine Personenhandelsgesellschaft, AG, KGaA, GmbH, eG und eine Partnerschaftsgesellschaft übertragen, §§ 124 Abs. 1, 149 Abs. 2, 151 UmwG. Zudem können auf eine GmbH als übernehmender Rechtsträger durch Ausgliederung Vermögensteile einer Personenhandelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, AG, KGaA, GmbH, eG, Stiftung, Gebietskörperschaft sowie eines eingetragenen oder wirtschaftlichen Vereins, eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit und eines Einzelkaufmanns übertragen werden, § 124 Abs. 1 UmwG. Im Rahmen der Auf- und Abspaltung können Personenhandelsgesellschaften, AG, KGaA, GmbHs, eG, eingetragene Vereine, wirtschaftliche Vereine und Partnerschaftsgesellschaften Vermögensteile auf eine GmbH als übernehmender Rechtsträger übertragen, § 124 Abs.1 UmwG.

Schließlich ist ein Formwechsel von einer GmbH in eine AG, KGaA, Personenhandelsgesellschaft, GbR, eG sowie in eine Partnerschaftsgesellschaft zulässig, §§ 191 Abs. 2, 226 UmwG. Demgegenüber kann ein Formwechsel von einer AG, KGaA, Personenhandelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, eG, Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts sowie von einem eingetragenen oder wirtschaftlichen Verein in eine GmbH erfolgen, § 191 Abs. 1 UmwG.

#### **b) Verschmelzung**

##### **aa) Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH**

Zusätzlich zu den Erfordernissen des § 5 UmwG hat der Verschmelzungsvertrag für jeden Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers den Nennbetrag des Geschäftsanteils zu bestimmen, den die übernehmende GmbH ihm zu gewähren hat, § 46 Abs. 1 S. 1 UmwG.

---

<sup>3032</sup> OLG Frankfurt am Main GmbHR 2010, 920, 920; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 49; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 69; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 5; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 50, 91f; Miras Rn. 18f; a. A. Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1491: Aufnehmender oder neu zu gründender Rechtsträger soll eine Unternehmergesellschaft nicht sein können, da sie einen „transitorischen“ Charakter hat.

Zudem ist § 46 Abs. 2 und 3 UmwG zu beachten. Den Gesellschaftern ist der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf und der Verschmelzungsbericht zu übersenden, § 47 UmwG. Eine Prüfung hat in den Fällen der §§ 30 Abs. 2 S. 1, 48 UmwG zu erfolgen. Die Geschäftsführer haben die Gesellschafterversammlung vorzubereiten, wobei diverse Unterlagen von der Einberufung an auszulegen sind, § 49 Abs. 2 UmwG. Darüber hinaus erweitert § 49 Abs. 3 UmwG das Auskunftsrecht des § 51a GmbHG.<sup>3033</sup> Der Verschmelzungsbeschluss bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, wenn der Gesellschaftsvertrag keine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse bestimmt, § 50 Abs. 1 UmwG. Bei Beeinträchtigung bestimmter Gesellschafterrechte ist die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter erforderlich, § 50 Abs. 2 UmwG. In Sonderfällen ist zudem die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig, § 51 UmwG. Die Verschmelzung kann mit oder ohne Kapitalerhöhung erfolgen (§§ 54, 55 UmwG), wobei die Erhöhung des Kapitals der übernehmenden GmbH regelmäßig erfolgt, um für die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers Geschäftsanteile zu schaffen.<sup>3034</sup> Bei einer Verschmelzung mit anderen Rechtsformen sind deren Verschmelzungsvorschriften zu beachten. Im Falle der Verschmelzung zur Neugründung sind die §§ 56-59 UmwG einschlägig, obgleich gem. § 56 Abs. 1 UmwG grundsätzlich die Vorschriften der §§ 46-55 UmwG entsprechend anzuwenden sind.

## **bb) Besonderheiten bei der Unternehmergesellschaft**

Eine Verschmelzung zur Neugründung scheidet bei einer Unternehmergesellschaft aus, soweit sie übernehmender Rechtsträger sein soll, da es sich um eine Sachgründung handelt, die gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG ausgeschlossen ist.<sup>3035</sup> Ebenso unzulässig ist eine Verschmelzung durch Aufnahme auf eine Unternehmergesellschaft, wenn die gem. § 55 UmwG durchgeführte Kapitalerhöhung zu einem Stammkapital von weniger als 25.000 € führt, da auch in diesem Fall die einschlägige Sacheinlage mit § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht vereinbar ist.<sup>3036</sup> Wird demgegenüber eine Verschmelzung auf eine Unternehmergesellschaft ohne Kapitalerhöhung (§ 54 UmwG) durchgeführt, steht dem § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht entgegen.<sup>3037</sup> Im Übrigen bestehen keine Einschränkungen für die Verschmelzungsfähigkeit einer Unternehmergesellschaft als übertragender Rechtsträger.

---

<sup>3033</sup> Kallmeyer/Kallmeyer/Kocher § 49 Rn. 7; Semler/Stengel/Reichert § 49 Rn. 2, 13.

<sup>3034</sup> Kallmeyer/Kallmeyer/Kocher § 55 Rn. 1; Semler/Stengel/Reichert § 55 Rn. 2.

<sup>3035</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 17; Wicke § 5a Rn. 16; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 102; Krafska/Kühn Rn. 1185; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 5; Miras Rn. 20; Tettinger, in: Der Konzern 2008, 75, 76; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1500; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 463.

<sup>3036</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 38; Wicke § 5a Rn. 16; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 17; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 69; Krafska/Kühn Rn. 1174, 1185; Miras Rn. 25; Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 68; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 463; a. A. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 33 (17. Auflage); Weber, in: BB 2009, 842, 848.

<sup>3037</sup> Wicke § 5a Rn. 16; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 5; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 17; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 51; Scholz/H.P. Westermann § 5a Rn. 36; Miras Rn. 26; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 104f; Tettinger, in: Der Konzern 2008, 75, 77; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1500; vgl. Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 68f; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 463. Vgl. zu der damit offenbar zulässigen Kettenverschmelzung in Form eines mehrstöckigen *down-stream mergers* und der damit gegebenen Möglichkeit des Entzugs von Stammkapital, Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 961.

## c) Spaltung

### aa) Spaltung unter Beteiligung einer GmbH

Die §§ 138-140 UmwG enthalten besondere Vorschriften für die Spaltung unter Beteiligung einer GmbH. Bei einer übertragenden GmbH kann insoweit die Kapitalherabsetzung in einer vereinfachten Form erfolgen, § 139 UmwG. Des Weiteren besteht eine erweiterte Erklärungspflicht der Geschäftsführer, § 140 UmwG. Schließlich ist stets ein Sachgründungsbericht erforderlich, § 138 UmwG. Zudem gelten über § 125 UmwG zahlreiche Verschmelzungsvorschriften in entsprechender Anwendung, so dass für die Erforderlichkeit einer Prüfung bei einer Auf- und Abspaltung § 48 UmwG entsprechend heranzuziehen ist, § 125 S. 1, 2 UmwG. Die notwendigen Mehrheiten für den Spaltungsbeschluss ergeben sich aus §§ 125, 50, 51 UmwG. Die Anteilsgewährung kann bei einer GmbH als übernehmender Rechtsträger durch eine Kapitalerhöhung oder durch bereits vorhandene Geschäftsanteile ermöglicht werden, wobei in der Regel bei der Spaltung zur Aufnahme die zu gewährenden Anteile durch Kapitalerhöhung geschaffen werden.<sup>3038</sup>

### bb) Besonderheiten bei der Unternehmergesellschaft

Bei der Unternehmergesellschaft ist eine Spaltung zur Neugründung wegen § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG ausgeschlossen.<sup>3039</sup> Eine Spaltung ist nur auf eine bereits bestehende Unternehmergesellschaft, bei der das Stammkapital spaltungsbedingt nicht erhöht wird (§§ 125 S. 1, 54 UmwG)<sup>3040</sup>, möglich, da andernfalls das Sacheinlageverbot gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG missachtet werden würde.<sup>3041</sup> Die Gesellschaft kann indes übertragender Rechtsträger sein. Sind hingegen keine Rücklagen vorhanden, welche den durch die Übertragung der Wirtschaftsgüter entstehenden Verlust bilanziell ausgleichen, steht in der Regel § 139 UmwG einer Abspaltung und Ausgliederung entgegen.<sup>3042</sup>

## d) Formwechsel

### aa) Formwechsel unter Beteiligung einer GmbH

Neben den allgemeinen Vorschriften aus §§ 190-213 UmwG finden bei einem Formwechsel einer GmbH die §§ 226-257 UmwG Anwendung. Dabei kann zwischen einem Formwechsel in eine Personengesellschaft (§§ 228-237 UmwG), in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform (§§ 238-250 UmwG) und in eine eG (§§ 251-257 UmwG) unterschieden werden. Bei einem Formwechsel in eine GmbH sind die betreffenden Vorschriften der formwechselnden Rechtsform zu beachten. Der Zustimmungsbeschluss muss je nach konkretem Wechsel mal mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen sowie etwaigen Zustimmungen bestimmter Anteilsinhaber und mal von allen Anteilsinhabern getroffen werden, vgl. §§ 193, 217, 225c, 233, 240, 252 UmwG.

---

<sup>3038</sup> Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 578.

<sup>3039</sup> BGH GmbHR 2011, 701, 702f; OLG Frankfurt am Main GmbHR 2010, 920, 920; Wicke § 5a Rn. 17; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 51; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 106; Krafka/Kühn Rn. 1189; Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 69; Tettinger, in: Der Konzern 2008, 75, 77; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1500.

<sup>3040</sup> Auch hier gilt erneut die Ausnahme, wenn eine Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 € durchgeführt wird.

<sup>3041</sup> Wicke § 5a Rn. 17; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 507; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 69; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 464; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 962; a. A. Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 33 (17. Auflage).

<sup>3042</sup> Wicke § 5a Rn. 17; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 18; Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 507; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 96; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1500.

## bb) Besonderheiten bei der Unternehmergesellschaft

Der Formwechsel ist nach den Vorgaben des Gesetzgebers (vgl. §§ 220 Abs. 2, 245 Abs. 4 UmwG) wie eine Sachgründung zu behandeln.<sup>3043</sup> Daher kann eine Unternehmergesellschaft ausgehend vom Sacheinlagenverbot (§ 197 S. 1 UmwG i. V. m. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG) keine Zielrechtsform eines Formwechsels sein.<sup>3044</sup> Ein Formwechsel einer AG oder einer KGaA in eine Unternehmergesellschaft scheidet bereits an § 247 Abs. 1 UmwG. Unzulässig sind zudem ein Formwechsel einer „regulären“ GmbH in eine Unternehmergesellschaft sowie ein Formwechsel in umgedrehter Richtung.<sup>3045</sup> Die „reguläre“ GmbH ist gegenüber der Unternehmergesellschaft kein Rechtsträger anderer Rechtsform i. S. v. § 190 Abs. 1 UmwG, so dass der Übergang von einer Unternehmergesellschaft in eine „reguläre“ GmbH mittels Kapitalerhöhung keinen Formwechsel i. S. d. UmwG darstellt.<sup>3046</sup> Für einen Formwechsel in andere Rechtsträger bestehen keine Besonderheiten zur „regulären“ GmbH. Zu beachten ist indes, dass gem. §§ 190 Abs. 2, 197 UmwG die Gründungsvoraussetzungen der neuen Rechtsform zu beachten sind, so dass etwa der Weg von einer Unternehmergesellschaft in eine AG oder in eine KGaA aufgrund des notwendigen Mindestkapitals über die Zwischengründung einer „regulären“ GmbH erfolgt.<sup>3047</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass der eingetragene Verein und die Unternehmergesellschaft im Rahmen der Umwandlung dem gleichen Grundprinzip folgen, auch wenn diverse Besonderheiten in den konkreten Voraussetzungen vorhanden sind. Die einzelnen Umwandlungsarten stehen jedoch beiden Rechtsträgern nicht deckungsgleich zur Verfügung. Die Einschränkungen ergeben sich sowohl aus dem UmwG als auch aus der Eigenart der Rechtsform, was sich beispielhaft im Verbot von Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft gem. § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG manifestiert. Während eine Verschmelzung und eine Spaltung einen Verein nur als übernehmenden Rechtsträger vorsehen kann, wenn der übertragende Rechtsträger ebenso ein eingetragener Verein ist und ein Formwechsel in einen eingetragenen Verein generell ausscheidet, ist bei einer Unternehmergesellschaft die Verschmelzung und die Spaltung zur Neugründung ausgeschlossen, die Verschmelzung und die Spaltung zur Aufnahme in der Regel nicht einschlägig und ein Formwechsel in die Unternehmergesellschaft nicht möglich. Demgegenüber können beide Rechtsträger bei einem Formwechsel Ausgangsrechtsträger sein, obschon der Unternehmergesellschaft eine größere Anzahl an Zielrechtsträgern zur Verfügung steht. Ebenso steht beiden Rechtsträgern eine Verschmelzung als übertragender Rechtsträger offen. Zudem ist es beiden Rechtsträgern möglich, Teile ihres Vermögens im Wege der Spaltung auf andere Rechtsträger zu übertragen, hingegen bei der Unternehmergesellschaft § 139 UmwG einer Abspaltung und Ausgliederung entgegenstehen

---

<sup>3043</sup> Münch Hdb GesR III/Mayer § 73 Rn. 435; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 48; vgl. Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 66; Werner, in: GmbHR 2011, 459, 463.

<sup>3044</sup> Wicke § 5a Rn. 18; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 33; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 17; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 48; Krafska/Kühn Rn. 1201; Miras Rn. 22; vgl. Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 99; Bormann, in: GmbHR 2007, 897, 899.

<sup>3045</sup> Wicke § 5a Rn. 15; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 5; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 20; Baumbach/Hueck § 5a Rn. 17; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 97f; Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 67.

<sup>3046</sup> Roth/Altmeppen § 5a Rn. 5; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 97; Beck'sches Hdb der GmbH/Orth § 14 Rn. 14a; Krafska/Kühn Rn. 1201; Weber, in: BB 2009, 842, 847; Tettinger, in: Der Konzern 2008, 75, 76; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1499; Berninger, in: GmbHR 2011, 953, 958; a. A. Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1490f.

<sup>3047</sup> Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 19; Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 100; Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 12; Berninger, in: GmbHR 2010, 63, 67; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1501; vgl. Priester, in: Festschrift Roth 2011, S. 573, 580.



kann. Bei einer Aufspaltung und Verschmelzung stellt sich dieses Problem nicht, da dort der übertragende Rechtsträger durch die Umwandlung erlischt.

Die Unternehmergesellschaft kommt damit insgesamt fast ausschließlich als übertragender Rechtsträger in Betracht. Dies kann man gleichsam von dem eingetragenen Verein behaupten, auch wenn dort eine Umwandlung im Wege der Verschmelzung und Spaltung auf einen eingetragenen Verein von einem eingetragenen Verein möglich ist. Vermögensverschiebungen können indes auch durch Maßnahmen außerhalb des UmwG erfolgen.

Betrachtet man die Umwandlung beider Rechtsträger nach dem UmwG, kann man unter Zugrundelegung eines groben Musters einen Gleichlauf erkennen, der zugegebenermaßen Abweichungen aufweist, aber dennoch eine ähnliche umwandlungstechnische „Flexibilität“ beider Verbände vermittelt.

## **XXV. Allgemeines Steuerrecht**

### **1. Grundsätzliches**

#### **a) Allgemeines**

Das Steuerrecht beeinflusst die Wahl einer Rechtsform, wobei es eine pauschale Empfehlung für eine bestimmte Rechtsform anhand steuerrechtlicher Gründe nicht gibt.<sup>3048</sup>

#### **b) Steuerrecht**

Sowohl der eingetragene Verein als auch die Unternehmergesellschaft sind steuerpflichtig. Für beide Körperschaften gelten dem Grunde nach dieselben Steuergesetze.

##### **aa) Körperschaftsteuer**

Der eingetragene Verein und die Unternehmergesellschaft sind unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, § 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 KStG. Die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht erstreckt sich auf sämtliche Einkünfte, § 1 Abs. 2 KStG. Eine Befreiung von der Körperschaftsteuer kann sich jedoch aus § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG ergeben. Die Körperschaftsteuer bemisst sich bezogen auf ein Kalenderjahr nach dem zu versteuernden Einkommen, wobei das Einkommen nach den Vorschriften des EStG und des KStG ermittelt, wird §§ 7 Abs. 1, 3, 8 Abs. 1 S. 1 KStG. Bei einer Unternehmergesellschaft sind alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln, hingegen dies für eingetragene Vereine nicht gilt, so dass Vereine Einkünfte i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 EStG beziehen können, § 8 Abs. 2 KStG.<sup>3049</sup> Soweit daher Einkünfte des Vereins keiner der Einkunftsarten aus § 2 Abs. 1 S. 1 EStG zugeordnet werden können, sind diese Einkünfte körperschaftsteuerfrei.<sup>3050</sup> Die Ermittlung des Gewinns aus betrieblichen Einkünften erfolgt durch einen Betriebsvermögensvergleich, hingegen Vereine, die nicht zur Buchführung verpflichtet sind, als Gewinn den Überschuss der Betriebseinnahmen über den Betriebsausgaben ansetzen können, § 4 Abs. 1, 3 S. 1 EStG i. V. m. § 11 EStG.<sup>3051</sup> Bei der Unternehmergesellschaft

<sup>3048</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 3 Rn. 3; Monstein S. 13f.

<sup>3049</sup> Frotscher Rn. 138ff; Erle/Sauter/Schulte § 8 Rn. 65; Märkle/Alber S. 330.

<sup>3050</sup> Münch Hdb GesR V/Gollan § 42 Rn. 26; Erle/Sauter/Schulte § 8 Rn. 66; kritisch, Frotscher Rn. 140.

<sup>3051</sup> Münch Hdb GesR V/Gollan § 42 Rn. 26, 29.

bildet deren Handelsbilanz den Ausgangspunkt und die Grundlage für die vorzunehmende Ermittlung des Einkommens.<sup>3052</sup> Für sie sind zudem die §§ 11, 27f KStG zu beachten. Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG sind Zuwendungen (Spenden und Mitgliedsbeiträge) zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke i. S. v. §§ 52-54 AO in einer gewissen Höhe abzugsfähig. Die Körperschaftsteuer beträgt 15 % des zu versteuernden Einkommens, wobei vom Einkommen ein Freibetrag von maximal 5.000 € abzuziehen ist, §§ 23 Abs. 1, 24 S. 1 KStG. Schließlich ist der sog. Solidaritätszuschlag gem. §§ 1 Abs. 1, § 2 Nr. 3, 3f SolzG zu beachten.<sup>3053</sup>

## **bb) Umsatzsteuer**

Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmen (§ 2 UStG) im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, sind steuerbar und unterliegen damit der Umsatzsteuer, § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG i. V. m. § 3 UStG. Daneben bestehen zahlreiche Steuerbefreiungen, § 4 UStG. Die jeweiligen Steuerschuldner ergeben sich aus § 13a UStG. Die Rechtsform des Unternehmens ist insoweit unbeachtlich. Für die Besteuerung ist der Umsatz maßgeblich, der sich seinerseits bei Lieferungen und sonstigen Leistungen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG) nach dem Entgelt bemisst, § 10 Abs. 1 UStG. Der Regelsteuersatz beträgt derzeit 19%, wobei für diverse Umsätze ein Steuersatz von 7 % gilt, § 12 UStG. Der Unternehmer selbst ist vorsteuerabzugsberechtigt, § 15 UStG. Des Weiteren kann für Kleinunternehmer eine Befreiung von der Umsatzsteuer greifen, § 19 UStG. Auch gemeinnützige Körperschaften können ein Unternehmer i. S. d. UStG sein.<sup>3054</sup> Es besteht jedoch für gemeinnützige Körperschaften die Möglichkeit einer Steuervergütung, § 4a UStG. Zudem kann ein gemeinnütziger Verein, der nicht buchführungspflichtig ist, bei entsprechendem steuerpflichtigen Vorjahresumsatz die Vorsteuer pauschal mit einem Durchschnittssatz von 7% berechnen, § 23a Abs. 1, 2 UStG.<sup>3055</sup> Des Weiteren ist bei gemeinnützigen Körperschaften § 12 Abs. 2 Nr. 8a UStG zu beachten.

## **cc) Gewerbesteuer**

Darüber hinaus können beide Körperschaften als Unternehmer eines Gewerbebetriebs gewerbesteuerpflichtig sein, §§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 1 GewStG.<sup>3056</sup> Bei einer Unternehmergeinschaft gilt stets der volle Umfang der Tätigkeit als Gewerbebetrieb, § 2 Abs. 2 GewStG. Demgegenüber gelten die Tätigkeiten von Vereinen als Gewerbebetrieb, soweit sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, § 2 Abs. 3 GewStG. Die Gewerbesteuerpflicht erstreckt sich damit lediglich auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die Besteuerungsgrundlage ist der Gewerbeertrag, mithin der Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, der nach den Vorschriften des KStG und des EStG zu ermitteln ist, §§ 6, 7 Abs. 1 S. 1 GewStG. Die Ermittlung dieses Betrages erfolgt durch Hinzurechnungen und Kürzungen gem. §§ 8, 9 GewStG. Bei der Berechnung der Gewerbesteuer ist von einem Steuermessbetrag auszugehen, wobei dieser durch Anwendung eines Prozentsatzes (sog. Steuermesszahl) auf den Gewerbeertrag ermittelt wird, § 11 Abs. 1 S. 1, 2 GewStG. Bei Vereinen sowie bei gemeinnützigen Körperschaften ist vom Gewerbeertrag ein Freibetrag in Höhe von maximal 5.000 € abzuziehen, § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GewStG. Die Steuermesszahl beträgt 3,5%, § 11 Abs. 2 GewStG. Sodann wird die Steuer auf Grund des

<sup>3052</sup> Gosch/Roser § 8 Rn. 27; Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 59 Rn. 4.

<sup>3053</sup> Vgl. zur Verfassungsgemäßheit des Solidaritätszuschlages für den Veranlagungszeitraum 2007, Urteil des BFH vom 21.06.2011, Az: II R 52/10.

<sup>3054</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 43 Rn. 3; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 512; Märkle/Alber S. 384.

<sup>3055</sup> Münch Hdb GesR V/Enderlein § 43 Rn. 65f.

<sup>3056</sup> Zur Unternehmergeinschaft, VG Düsseldorf, Urteil vom 13.05.2015, Az: 20 K 4304/14.

Steuermessbetrages mit einem Prozentsatz (Hebesatz) festgesetzt und erhoben, der von der heheberechtigten Gemeinde zu bestimmen ist, § 16 Abs. 1 GewStG. Zu beachten ist, dass der Hebesatz für alle in der Gemeinde vorhandenen Unternehmen der gleiche sein muss, § 16 Abs. 4 S. 1 GewStG. Wenn die Gemeinde keinen höheren Satz bestimmt, beträgt er 200%, § 16 Abs. 4 S. 2 GewStG. Gemeinnützige Körperschaften sind indes von der Gewerbesteuer befreit und werden dadurch nur mit ihrem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb versteuert, § 3 Nr. 6 GewStG.

#### **dd) Weitere Steuern**

Soweit eine Körperschaft etwas unentgeltlich erwirbt, ist sie erbschaft- und schenkungsteuerpflichtig, § 1 ErbStG. Hierbei sind der Erwerb von Todes wegen (§ 3 ErbStG) und die Schenkung unter Lebenden (§ 7 ErbStG) voneinander zu unterscheiden. Dem Steuerpflichtigen können Steuerbefreiungen (§§ 13ff ErbStG) und Freibeträge (§ 16 ErbStG) zugutekommen. Zuwendungen an eine Körperschaft gehören in die Steuerklasse III, § 15 Abs. 1 ErbStG. Die Steuersätze für Körperschaften liegen daher bei 30% bzw. 50%, § 19 Abs. 1 ErbStG. Gemeinnützige Körperschaften erfahren über § 13 Abs. 1 Nr. 16b, 17 ErbStG eine Befreiung von der Erbschaft- und Schenkungssteuer.

Der Erwerb von Eigentum an Grundstücken unterfällt der Grunderwerbsteuer, § 1 Abs. 1 GrEStG. Die Steuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung (§§ 8 Abs. 1, 9 GrEStG) und beträgt vorbehaltlich abweichender Landesregelungen 3,5%, § 11 Abs. 1 GrEStG. Steuerschuldner sind die an dem Erwerbsvorgang als Vertragsteile beteiligten Personen, § 13 Nr. 1 GrEStG. In anderen Fällen bestimmt § 13 Nr. 2-7 GrEStG die Steuerschuldner. Eine gemeinnützige Körperschaft erhält keine Befreiung von der Grunderwerbsteuer.<sup>3057</sup>

Ferner kann eine Grundsteuer anfallen, deren Steuergegenstand der Grundbesitz ist, § 2 GrStG. Steuerschuldner ist derjenige, dem der Steuergegenstand zugerechnet wird, § 10 Abs. 1 GrStG. Gemeinnützige Körperschaften sind von der Grundsteuer befreit, wenn der Steuergegenstand für gemeinnützige oder mildtätige Zwecke benutzt wird, § 3 Abs. 1 Nr. 3b GrStG.

Ist die Körperschaft Arbeitgeber, kann Lohnsteuer anfallen. Die Lohnsteuer wird auf Grundlage der §§ 38ff EStG erhoben.

#### **ee) Steuerrechtliche Behandlung der Mitgliedschaften**

##### **(1) Vereinsmitgliedschaft**

„Echte“ Mitgliedsbeiträge gehören im Rahmen der Körperschaftsteuer nicht zu dem versteuernden Einkommen, wobei dies nicht für Beiträge gilt, die pauschalisierte Entgelte für Leistungen des Vereins darstellen, vgl. § 8 Abs. 5 KStG.<sup>3058</sup> Des Weiteren können Mitgliedsbeiträge eines Vereinsmitglieds im Rahmen der eigenen Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer als Sonderausgaben (§ 10b Abs. 1 EStG) oder als Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 EStG) abzugsfähig sein.<sup>3059</sup> Ferner sind Mitgliedsbeiträge in Höhe von bis zu 300 € pro Jahr gem.

---

<sup>3057</sup> Reichert Rn. 6858; Märkle/Alber S. 469.

<sup>3058</sup> Stöber/Otto Rn. 1585; Reichert Rn. 907; Märkle/Alber S. 365f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 505; Frotscher Rn. 173.

<sup>3059</sup> Stöber/Otto Rn. 1588.

§ 18 ErbStG steuerfrei, soweit nicht schon § 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG greift.

## (2) Geschäftsanteil

Die Einlagen der Gesellschafter führen für die Gesellschaft zu keinem steuerpflichtigen Ertrag, § 8 Abs. 1 S. 1 KStG i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 1, 8 EStG.<sup>3060</sup> Darüber hinaus löst der Erwerb von Geschäftsanteilen nicht die Umsatzsteuer aus, § 4 Nr. 8f UStG. Wird ein Geschäftsanteil veräußert, der zum Privatvermögen gehört und der ab dem 01.01.2009 erworben wurde, so unterfällt ein etwaiger Veräußerungsgewinn den Einkünften aus Kapitalvermögen und unterliegt damit der Abgeltungsteuer in Höhe von 25%, §§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 32d Abs. 1 S. 1 EStG.<sup>3061</sup> Lagen hingegen Beteiligungen von 1% und mehr innerhalb der letzten fünf Jahre vor, greift § 17 EStG, so dass keine Abgeltungsteuer erhoben wird, sondern es erfolgt eine Versteuerung des Veräußerungsgewinns nach dem Teileinkünfteverfahren.<sup>3062</sup> Gehört der veräußerte Geschäftsanteil demgegenüber zum Betriebsvermögen, ist danach zu unterscheiden, ob das Steuersubjekt einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtig ist.<sup>3063</sup> Liegt der Übertragung der Geschäftsanteile eine Schenkung oder eine Erbfolge zu Grunde, unterfällt dies der Schenkung- und Erbschaftsteuer, wobei die Vorschriften der §§ 13a, 13b ErbStG<sup>3064</sup> zu beachten sind.

## ff) Organschaft

Rechtlich selbstständige Gesellschaften können mittels der steuerlichen Organschaft in einem bestimmten Maß steuerrechtlich als Einheit bewertet werden, wobei sich die Organschaft auf die Körperschaft-, die Umsatz- und die Gewerbesteuer auswirkt.<sup>3065</sup> Für die körperschaft- und gewerbesteuerliche Organschaft ist neben der finanziellen Eingliederung das Bestehen eines Ergebnis- bzw. Gewinnabführungsvertrages notwendig, hingegen es für die umsatzsteuerliche Organschaft auf eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung ankommt.<sup>3066</sup> Insoweit sind die Regelungen der §§ 14ff KStG, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG maßgebend. Die Organschaft führt im Rahmen der Körperschaftsteuer dazu, dass das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zuzurechnen ist, § 14 Abs. 1 S. 1 KStG. Für die Gewerbesteuer hat die Organschaft zur Folge, dass die Organgesellschaft als Betriebsstätte des Organträgers gilt, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG. Für die Umsatzsteuer bedeutet die Organschaft, dass die beteiligten Unternehmen als ein Unternehmen behandelt werden, wodurch die Umsätze zwischen ihnen reine, nicht umsatzsteuerbare Innenumsätze sind, § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 UStG. Die Umsätze der Organgesellschaft werden dem Organträger zugerechnet, § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 UStG.

---

<sup>3060</sup> Dörner Steuern S. 53; Erle/Sauter/Schulte § 8 Rn. 324, 339.

<sup>3061</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 89f; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Mühlhäuser § 17 Rn. 207 Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 30 Rn. 18a.

<sup>3062</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 89f; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Mühlhäuser § 17 Rn. 208f; Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 30 Rn. 18a; kritisch zur Ungleichbehandlung, Kirchhof/von Beckerath § 20 Rn. 21.

<sup>3063</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 30 Rn. 19ff; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Mühlhäuser § 17 Rn. 213f; Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 125ff.

<sup>3064</sup> Vgl. zur Unvereinbarkeit der Vorschriften nebst Übergangsregelung, Urteil des BVerfG vom 17.12.2014, Az: 1 BvL 21/12.

<sup>3065</sup> Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 61; Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 72 Rn. 1.

<sup>3066</sup> Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann § 20 Rn. 63; Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 72 Rn. 5ff; Erle/Sauter/Erle/Heurung Vor §§ 14 bis 19 Rn. 1ff; Frotzcher Rn. 277ff.

Während als Organträger sowohl eine GmbH als auch ein eingetragener Verein in Betracht kommen (§ 14 Abs. 1 KStG), kann eine Organgesellschaft nur eine GmbH sein, § 17 S. 1 KStG i. V. m. § 14 Abs. 1 KStG.<sup>3067</sup>

## 2. Eingetragener Verein

Jedes vertretungsberechtigte Vorstandsmitglied ist für die Erfüllung der steuerlichen Pflichten des Vereins verantwortlich, § 34 Abs. 1 S. 1 AO.<sup>3068</sup> Es kann indes eine Verschiebung durch eine Ressortaufteilung erfolgen, hingegen dann die übrigen Vorstandsmitglieder die Pflichterfüllung zu überwachen haben. Zu den steuerlichen Pflichten gehören etwa die Führung von Büchern und Aufzeichnungen (§§ 140-148 AO), die Abgabe der Steuererklärung (vgl. § 149 AO), die Entrichtung der Steuern (§ 34 Abs. 1 S. 2 AO) und die Auskunftserteilung (§ 93 Abs. 1 S. 1 AO).<sup>3069</sup>

## 3. Unternehmergesellschaft

Für die Unternehmergesellschaft gelten die gleichen steuerlichen Bestimmungen wie für die „reguläre“ GmbH.<sup>3070</sup> Sämtliche Geschäftsführer haben die steuerlichen Pflichten der Gesellschaft zu erfüllen, § 34 Abs. 1 S. 1 AO. Auch hier kann eine Ressortaufteilung dazu führen, dass die übrigen Mitglieder lediglich die Pflichterfüllung zu überwachen haben. Wie beim Verein sind als steuerliche Pflichten die Buchführungspflicht, die Aufzeichnungspflicht, die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung, die Pflicht zur Entrichtung der Steuern sowie die Auskunftserteilungspflicht zu nennen.<sup>3071</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Wie sich aus der Gegenüberstellung beider Körperschaften im steuerlichen Bereich ergibt, sind für beide Verbände grundsätzlich die gleichen Steuerarten einschlägig. Eine Aussage, welche Rechtsform steuerrechtlich vorzugswürdig ist, lässt sich allgemeingültig nicht treffen. Es bedarf vielmehr einer konkreten Einzelfallbetrachtung.

Es kann insofern festgehalten werden, dass beide Körperschaften grundsätzlich der Körperschaft-, der Umsatz- und ggfs. der Gewerbesteuer unterfallen. Zudem sind Tatbestände möglich, bei denen Erbschaft- und Schenkungsteuer, Grundsteuer oder Grunderwerbsteuer anfallen können. Die Ermittlung und Berechnung der jeweiligen Steuer folgen demselben Schema. Dennoch wird nicht verkannt, dass die voneinander abweichenden Verbandsstrukturen zu diversen steuerlichen Unterschieden führen.

Bei einer Unternehmergesellschaft sind alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln, §§ 8 Abs. 2, 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. Dies gilt nicht für eingetragene Vereine. Sie können daher Einkünfte i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 EStG beziehen. Soweit daher Einkünfte nicht in den Katalog des § 2 Abs. 1 S. 1 EStG eingeordnet werden können, fällt bei einem Verein keine Körperschaftsteuer an. Zudem wird der Gewinn einer Unternehmergesellschaft durch einen sog. Betriebsvermögensvergleich ermittelt, während Vereine, die nicht zur Buchführung verpflichtet sind, als Gewinn den Überschuss der Betriebseinnahmen über den

<sup>3067</sup> Gosch/Neumann § 14 Rn. 45, 95; Erle/Sauter/Erle/Heurung Vor §§ 14 bis 19 Rn. 13, 22; Frotscher Rn. 269, 274.

<sup>3068</sup> BFH DStR 2003, 1022, 1024f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 601; Reichert Rn. 3772.

<sup>3069</sup> Vertiefend, Reichert Rn. 3761ff.

<sup>3070</sup> Freitag/Riemenschneider, in: ZIP 2007, 1485, 1485.

<sup>3071</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Busch/Wrede § 58 Rn. 15ff.

Betriebsausgaben ansetzen können, § 4 Abs. 1, 3 S. 1 EStG i. V. m. § 11 EStG. Im Rahmen der Gewerbesteuer gilt bei einer Unternehmersgesellschaft stets der volle Umfang der Tätigkeit unabhängig von der tatsächlichen Tätigkeit als Gewerbebetrieb, hingegen bei einem eingetragenen Verein lediglich der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb der Gewerbesteuer unterliegt, § 2 Abs. 2, 3 GewStG. Bei Vereinen ist der Gewerbeertrag zudem um einen Maximalbetrag von 5.000 € zu kürzen, § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GewStG.

Insofern zeigt sich, dass zwar einzelne Unterschiede bestehen, indes ein weitestgehender steuerlicher Gleichlauf beider Verbände angenommen werden kann, obschon nicht verkannt werden darf, dass im Einzelfall unterschiedliche Steuerlasten auftreten können.

Beide Körperschaften können im Rahmen einer steuerlichen Organschaft Organträger sein, während die Unternehmersgesellschaft im Gegensatz zum Verein auch eine Organgesellschaft bilden kann.

Darüber hinaus folgt aus der unterschiedlichen Struktur der Mitgliedschaft eine divergierende steuerliche Behandlung. Die Erfüllung der Mitgliedsleistungen führt indes bei beiden Körperschaften nicht zu einem zu versteuernden Einkommen. Gleichsam fällt insoweit keine Umsatzsteuer an. Dies gilt für Vereinsbeiträge indes nur, wenn es sich um sog. „echte“ Mitgliedsbeiträge handelt und nicht solche, die ein Entgelt für Leistungen des Vereins darstellen. Im Gegensatz zur Vereinsmitgliedschaft ist ein Geschäftsanteil vom Gesetz als übertragbar ausgestaltet worden. Bei seiner Veräußerung können Gewinne erzielt werden. Die Besteuerung ist komplex und richtet sich danach, wann der Anteil erworben wurde, wie hoch der Anteil an der Gesellschaft ist und ob er im Privat- oder Betriebsvermögen gehalten wird. Bei Vereinsmitgliedsbeiträgen ist zudem § 18 ErbStG zu beachten.

Bei der Erfüllung der steuerlichen Pflichten werden insgesamt die Vereinsvorstände den gleichen Anforderungen unterworfen, wie sie für die Geschäftsführer gelten.<sup>3072</sup>

## **XXVI. Besonderes Steuerrecht - Gemeinnützigkeitsrecht**

### **1. Grundsätzliches**

#### **a) Allgemeines**

Den Körperschaften stehen im Falle der Gemeinnützigkeit i. S. v. §§ 51ff AO verschiedene Steuererleichterungen zu.

#### **b) Gemeinnützigkeitsrecht**

##### **aa) Grundsätzliches**

Die §§ 51ff AO beziehen sich rechtsformneutral auf Körperschaften, so dass insoweit vom Grundsatz her zwischen dem eingetragenen Verein und der Unternehmersgesellschaft keine Unterschiede bestehen, vgl. § 51 Abs. 1 S. 2 AO.

##### **bb) Gemeinnützigkeit im weiten Sinne**

Die Gemeinnützigkeit im weiten Sinne ist gegeben, wenn eine Körperschaft ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt, § 51 Abs. 1 S. 1 AO.

---

<sup>3072</sup> Vgl. BFH DStR 2003, 1022, 1025; Reichert Rn. 3772, 3782.

Die gemeinnützigen Zwecke im engeren Sinne sind gegeben, wenn die Tätigkeit der Körperschaft darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern, § 52 Abs. 1 S. 1 AO. § 52 Abs. 2 S. 1 AO enthält einen entsprechenden, nicht abschließenden Katalog von anerkannten Förderungen in diesem Sinne. Sofern die Tätigkeiten den Mitgliedern des Vereins zugutekommen, darf dieser Kreis nicht durch zu hohe Beiträge und Aufnahmegebühren kleingehalten werden.<sup>3073</sup>

Eine Körperschaft verfolgt demgegenüber mildtätige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, bestimmte Personen selbstlos zu unterstützen, § 53 AO.

Kirchliche Zwecke sind dann einschlägig, wenn die Tätigkeit der Körperschaft darauf gerichtet ist, eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, selbstlos zu fördern, § 54 Abs. 1 AO.

Wann die in den §§ 52-54 AO angeführte Selbstlosigkeit vorliegt, ergibt sich aus § 55 AO. Es kommt insofern darauf an, dass nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Daneben ist entscheidend, dass die Mittel der Körperschaft nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 AO), die Mitglieder beim Ausscheiden oder bei der Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Kapitalanteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlagen zurückerhalten (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 AO), bei der Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks das Vermögen der Körperschaft, soweit es die eingezahlten Kapitalanteile der Mitglieder oder den gemeinen Wert der von den Mitgliedern geleisteten Sacheinlagen übersteigt, nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 AO) und die Mittel der Körperschaft grundsätzlich zeitnah für ihre steuerbegünstigten satzungsgemäßen Zwecke verwendet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO). Daneben sind die Sonderregelungen des § 58 AO zu beachten.

### **cc) Anforderungen an die Satzung und den Gesellschaftsvertrag**

Aus der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag muss sich ergeben, welchen Zweck die Körperschaft verfolgt, dass dieser den Anforderungen der §§ 53-55 AO entspricht und dass er ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird, § 59 AO i. V. m. § 60a AO n. F. Zwingend ist zudem, dass auch die Geschäftsführung diesen Bestimmungen entspricht, § 63 Abs. 1 AO. Detaillierte Vorschriften für die Satzung und den Gesellschaftsvertrag ergeben sich aus §§ 60, 61 AO; so müssen u. a. der Satzungszweck und die Art der Verwirklichung in ihnen genau bestimmt sein, § 60 Abs. 1 S. 1 AO. Insofern sind über die Vorgaben der § 57 Abs. 1 BGB bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG hinausgehende Pflichten zu erfüllen. Die Gründung einer gemeinnützigen Gesellschaft im vereinfachten Verfahren ist daher aufgrund der notwendigen Abweichungen vom Musterprotokoll nicht möglich. Die AO enthält vielmehr eine eigene Mustersatzung, wobei die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag die in ihr bezeichneten Festlegungen enthalten müssen, § 60 Abs. 1 S. 2 AO.

### **dd) Tätigkeitsbereiche**

Bei den Tätigkeitsbereichen einer gemeinnützigen Körperschaft werden vier Bereiche unterschieden: der ideelle Bereich, die Vermögensverwaltung (§ 14 S. 3 AO), der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb (§§ 14, 64 AO) und der steuerbegünstigte wirtschaftliche

---

<sup>3073</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 462; vgl. Reichert Rn. 1027, 6992; Märkle/Alber S. 125f; vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler/Leisner-Egensperger § 51 AO Rn. 73ff; Brete/Thomsen, in: SpuRt 2008, 11, 12.

Geschäftsbetrieb (sog. Zweckbetrieb gem. § 65 AO).<sup>3074</sup> Dabei sind der ideelle Bereich, in welchem die steuerbegünstigten Zwecke verwirklicht werden und bei dem keine Einnahmenerzielungsabsicht besteht, der Bereich der Vermögensverwaltung, in welchem das Vermögen der Körperschaft langfristig verwaltet und genutzt wird und der Zweckbetrieb, bei welchem die Körperschaft zwar Einkünfte erzielt, der indes in einem engen Zusammenhang mit dem steuerbegünstigten Zweck steht, dem steuerfreien Bereich zuzuordnen.<sup>3075</sup> Zweckbetriebe sind u. a. die in §§ 66ff AO aufgeführten Tätigkeiten.

## **ee) Folgen**

Die Gemeinnützigkeit im weiten Sinne führt zu diversen steuerlichen Vorteilen. Bereits aus § 64 Abs. 3 AO folgt, dass Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, die nicht 35.000 € im Jahr übersteigen, weder der Gewerbe- noch der Körperschaftsteuer unterliegen.<sup>3076</sup>

### **(1) Körperschaftsteuer**

Gemeinnützige Körperschaften sind von der Körperschaftsteuer befreit, § 5 Abs. 1 Nr. 9 S. 1 KStG. Dies gilt nicht für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der Körperschaft (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 S. 2 KStG), für den § 64 Abs. 3 AO maßgeblich ist. Insofern greift die Steuerbefreiung nur für den ideellen Bereich, die Vermögensverwaltung und den Zweckbetrieb.

### **(2) Umsatzsteuer**

Gem. § 12 Abs. 2 Nr. 8a UStG beträgt bei Leistungen einer gemeinnützigen Körperschaft, mit Ausnahme der eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs, die Umsatzsteuer 7%. Für Leistungen, die im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ausgeführt werden, kann sich jedoch eine Steuerermäßigung aus einem anderen Tatbestand des § 12 Abs. 2 UStG ergeben. Bei Leistungen im Rahmen des Zweckbetriebs ist § 12 Abs. 2 Nr. 8a S. 3 UStG zu beachten. Zudem besteht für gemeinnützige Körperschaften unter den Voraussetzungen des § 4a UStG die Möglichkeit einer Steuervergütung. Für gemeinnützige Vereine, die nicht buchführungspflichtig sind, ist § 23a UStG zu beachten.

### **(3) Gewerbesteuer**

Des Weiteren sind gemeinnützige Körperschaften von der Gewerbesteuer befreit, wobei dies nicht für den unterhaltenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gilt, § 3 Nr. 6 GewStG. Im Rahmen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs greift der Freibetrag des § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GewStG. Gleichsam ist § 64 Abs. 3 AO zu beachten.

### **(4) Erbschaft- und Schenkungsteuer**

Zuwendungen an eine gemeinnützige Körperschaft sind von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit, § 13 Abs. 1 Nr. 16b ErbStG. Von dieser Befreiung sind jedoch

---

<sup>3074</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 489; Reichert Rn. 7157ff; Märkle/Alber S. 333; Gosch/Heger § 5 Rn. 231ff; Brete/Thomsen, in: SpuRt 2008, 11, 14f; Grabau, in: DStR 1994, 1032, 1035. Für Besonderheiten bei der gemeinnützigen GmbH, Glanegger/Güroff § 3 Rn. 223; Thiel, in: GmbHR 1997, 10, 13f.

<sup>3075</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 489f; Reichert Rn. 7158ff.

<sup>3076</sup> Die Einnahmenhöhe bestimmt sich nach den Grundsätzen der jeweiligen steuerlichen Gewinnermittlung, Hübschmann/Hepp/Spitaler/Fischer § 64 Rn. 105; vgl. zudem AEAO Nr. 14 zu § 64 Abs. 3.



Zuwendungen ausgenommen, wenn sie in den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb fallen.<sup>3077</sup>

## **(5) Grundsteuer**

Darüber hinaus ist Grundbesitz einer gemeinnützigen Körperschaft, der für gemeinnützige Zwecke im engeren Sinne oder mildtätige Zwecke genutzt wird, von der Grundsteuer befreit (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3b GrStG), wobei das Grundstück für den steuerbegünstigten Zweck unmittelbar genutzt werden muss, § 7 GrStG.

## **(6) Zuwendungen und nebenberufliche Tätigkeiten**

Sofern Dritte einer Körperschaft Zuwendungen zukommen lassen, können sie steuerlich von deren Gemeinnützigkeit profitieren. Zuwendungen an gemeinnützige Körperschaften können gem. § 10b EStG als Sonderausgaben abgezogen werden. Gleichsam wird auf § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG und § 9 Nr. 5 GewStG verwiesen. Als materielle Voraussetzung für den Spendenabzug ist eine sog. Zuwendungsbestätigung zu erteilen.<sup>3078</sup> Insoweit sind die Vorgaben des § 50 EStDV zu beachten.

Werden aus nebenberuflichen Tätigkeiten für eine gemeinnützige Körperschaft Einkünfte erzielt, greifen im Rahmen der Einkommensteuerbemessung gewisse Freibeträge, § 3 Nr. 26, 26a EStG.

## **(7) Registerkosten und Notargebühren**

Diverse landesrechtliche Regelungen sehen Gebührenbefreiungen für gemeinnützige Körperschaften im Rahmen der anfallenden Registerkosten vor.<sup>3079</sup> Für Körperschaften, die mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgen, enthält § 91 Abs. 2 GNotKG (§ 144 Abs. 2 KostO a.F.) für Notargebühren eine Gebührenermäßigung. Daneben ist zu beachten, dass die Kostenprivilegierung des § 105 Abs. 6 GNotKG (§ 41d KostO a. F.) bei einer gemeinnützigen Gesellschaft nicht greift, da ein vereinfachtes Verfahren nicht durchgeführt werden kann.

## **(8) Weitere Rechtsfolgen**

Darüber hinaus ist die Gemeinnützigkeit oftmals Voraussetzung für die Mitgliedschaft in diversen Dachverbänden, für die Zuteilung von Zuschüssen öffentlicher Art sowie für die Befreiung von bestimmten staatlichen Gebühren.<sup>3080</sup>

## **2. Eingetragener Verein**

Der gemeinnützige eingetragene Verein wird als Grundtyp der gemeinnützigen Körperschaften angesehen.<sup>3081</sup>

---

<sup>3077</sup> Meincke § 13 Rn. 61; Märkle/Alber S. 472; Münch Hdb GesR V/Gollan § 42 Rn. 100; Thiel, in: DStJG Band 20 1997, S. 103, 132.

<sup>3078</sup> Vertiefend, Reichert Rn. 7437ff; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 536ff; Hdb der Gemeinnützigkeit/Schauhoff § 11 Rn. 41ff.

<sup>3079</sup> Vgl. Rheinland-Pfalz, § 1 Abs. 2 des Landesgesetzes über Gebührenbefreiung im Bereich der Justiz vom 05.10.1990, (Justizgebührenbefreiungsgesetz-JGebBefrG), GVBl. S. 281; Niedersachsen, § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten in der Gerichtsbarkeit vom 10.04.1973, GVBl. S. 111. Übersicht bei, Reichert Rn. 4917.

<sup>3080</sup> Reichert Rn. 6860; vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 17.

<sup>3081</sup> Reichert Rn. 6862.

### 3. Unternehmergesellschaft

#### a) Zulässigkeit

Es ist zunächst zu untersuchen, ob die Unternehmergesellschaft wie die „reguläre“ GmbH eine gemeinnützige Körperschaft sein kann. Hierfür spricht, dass sie lediglich eine Variante der GmbH ist. Darüber hinaus ist es auch bei ihr zulässig, den Anspruch der Gesellschafter auf den Jahresüberschuss auszuschließen, § 29 Abs. 1 S. 1 GmbH. Dadurch ist ein Einklang mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO möglich. Fraglich ist jedoch, ob die Thesaurierungspflicht aus § 5a Abs. 3 GmbHG mit der Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung aus § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO vereinbar ist, mithin ob die Rechtsanwender zwei gegenläufige Pflichten zu erfüllen haben.

Es erscheint indes bereits zweifelhaft, dass der Gesetzgeber der Unternehmergesellschaft eine gemeinnützige Betätigung vorenthalten wollte, so dass er wohl eine denkbare Pflichtenkollusion schlicht übersehen hat.<sup>3082</sup> Losgelöst davon bestehen zunächst diverse Möglichkeiten, die beiden Pflichten in Einklang zu bringen, hingegen dies mit einem hohen Verwaltungs- und Kontrollaufwand verbunden wäre, so dass dies keine dauerhafte Lösung begründet.<sup>3083</sup>

Es muss daher gefragt werden, ob die Thesaurierungspflicht überhaupt der Pflicht zur zeitnahen Mittelverwendung entgegensteht. Dagegen spricht zunächst, dass kein zwingender Grund einschlägig ist, die Unternehmergesellschaft und die „reguläre“ GmbH im Bereich des Gemeinnützigkeitsrechts unterschiedlich zu behandeln, zumal die gebildete Rücklage der Verfolgung der gemeinnützigen Ziele nicht gänzlich vorenthalten wird.<sup>3084</sup> Für einen Einklang zwischen beiden Pflichten wird darüber hinaus auch eine weite Auslegung des § 62 Abs. 1 Nr. 1 AO n. F. (§ 58 Nr. 6 AO a. F.) herangezogen, so dass § 62 Abs. 1 Nr. 1 AO n. F. nicht nur die Zulässigkeit der Rücklagenbildung für unmittelbare Zweckverwirklichungsmaßnahmen begründet, sondern dem Wortlaut folgend auch Rücklagenbildungen zulässt, die nicht zweckgebunden, aber dennoch erforderlich sind, damit die Körperschaft generell ihre gemeinnützigen Zwecke nachhaltig erfüllen kann.<sup>3085</sup> Die Rücklagenbildung aus § 5a Abs. 3 GmbHG ist als gesetzliche Pflicht stets notwendig, um die Ziele der Gesellschaft zu erreichen, so dass die Regelung des § 5a Abs. 3 GmbHG durch eine weite Auslegung von § 62 Abs. 1 Nr. 1 AO n. F. mit den Voraussetzungen der §§ 51ff AO harmonisiert, wodurch die Unternehmergesellschaft zu den möglichen Körperschaften i. S. v. §§ 51ff AO zu zählen ist.<sup>3086</sup> Dies vertritt zudem auch die Finanzverwaltung, da nach ihrer Auffassung Mittel, die von Gesetzes wegen in die zur Erhöhung des Stammkapitals gedachte Rücklage eingestellt werden müssen und daher bereits anderweitig gesetzlich gebunden sind, dem Stammkapital insoweit gleichgestellt sind, wodurch sie nicht der zeitnahen Mittelverwendungspflicht unterliegen.<sup>3087</sup> Selbiges wurde im Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) in Nr. 21 zu § 55 AO durch das Bundesministerium der Finanzen festgehalten.<sup>3088</sup>

---

<sup>3082</sup> Oberbeck/Winheller, in: DStR 2009, 516, 517.

<sup>3083</sup> Vgl. Ullrich S. 270f; ders., in: GmbHR 2009, 750, 753f, 756; vgl. Oberbeck/Winheller, in: DStR 2009, 516, 517f.

<sup>3084</sup> Oberbeck/Winheller, in: DStR 2009, 516, 518.

<sup>3085</sup> Vgl. Ensthaler/Füller/Schmidt § 5a Rn. 12; Miras Rn. 411; Oberbeck/Winheller, in: DStR 2009, 516, 518f; vgl. Zehentmeier, in: NWB 2012, 1167, 1171; kritisch, von Holt/Koch Rn. 98; a. A. Ullrich, in: GmbHR 2009, 750, 753.

<sup>3086</sup> Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 4 Rn. 24; Miras Rn. 411; Wicke § 5a Rn. 11a; Oberbeck/Winheller, in: DStR 2009, 516, 519; Bayer/Hoffmann, in: GmbHR 2009, R-102, R-102f. Bejahung ohne eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Rücklagenbildung, Heckschen/Heidinger § 5 Rn. 87; Beck'sches Hdb der GmbH/Vogt § 18 Rn. 12; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1504.

<sup>3087</sup> BayLfSt, Verfügung vom 31.03.2009, abgedruckt in: DStR 2009, 1150, 1150.

<sup>3088</sup> Änderung zum 17.01.2012, BStBl. I S. 83.

## b) Firma

Verfolgt eine Unternehmergeellschaft gemeinnützige Zwecke und erfüllt sie gleichsam die Voraussetzungen der §§ 51ff AO, kann sie mit dem Rechtsformzusatz „gemeinnützige Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „gemeinnützige UG (haftungsbeschränkt)“ firmieren. Obgleich es im ersten Anschein einen Widerspruch darstellt, wenn man Begriffe wie „Unternehmergeellschaft“ und „gemeinnützig“ miteinander in einem Rechtsformzusatz verbindet, so ist diese Bezeichnung dennoch zulässig, da weder über die Rechtsform selbst noch über deren Haftungsbeschränkung getäuscht wird.<sup>3089</sup> Ebenso zulässig ist, wie bereits oben gezeigt, die Firmierung als „gUnternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ bzw. „gUG (haftungsbeschränkt)“, was nunmehr in § 4 S. 2 GmbHG eine indirekte gesetzliche Verankerung gefunden hat.<sup>3090</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass das Gemeinnützigkeitsrecht für die Unternehmergeellschaft im Vergleich zum eingetragenen Verein keine Besonderheiten aufweist.<sup>3091</sup> Dies folgt aus dem Umstand, dass die §§ 51ff AO rechtsformneutral an die Körperschaft anknüpfen. Aus der Gemeinnützigkeit selbst folgt eine Vielzahl von Steuerbegünstigungen. Die Kehrseite dieser Begünstigungen sind indes die Bindung der Mittelverwendung, die diesbezügliche Satzungsstränge sowie der Beachtungszwang im Rahmen der Geschäftsführung.<sup>3092</sup> Sofern beide Verbände daher den sie gleichermaßen treffenden Anforderungen der §§ 51ff AO genügen, ist insoweit ein Gleichlauf vorhanden. Eine gemeinnützige Unternehmergeellschaft weist indes zum eigenen gesetzlich indizierten Grundtypus diverse Abweichungen auf.

## XXVII. Zusammenfassung

Die Gegenüberstellung hat gezeigt, dass beide Körperschaften zahlreiche Gemeinsamkeiten aufweisen. Daneben bestehen jedoch auch etliche Unterschiede. Diese Unterschiede sind oftmals darin begründet, dass der eingetragene Verein eine Rechtsform darstellt, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist<sup>3093</sup>, während die Unternehmergeellschaft für jeden gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden darf und sie primär als Rechtsform für wirtschaftliche Tätigkeiten angelegt ist. Daraus folgt auch ein voneinander abweichendes Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs, so dass die Aspekte der Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung, Rechnungslegung, Publizität, Mitgliedsrechte, Mitgliedspflichten, Gewinnbeteiligung sowie die Einschlägigkeit von handelsrechtlichen Vorschriften unterschiedlich geregelt werden mussten.

Beide Körperschaften können zur Verfolgung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks eingesetzt werden. Sie erlangen mit der Eintragung in das jeweilige Register die Rechtsfähigkeit. Die Regelungen des Verbandssitzes und des Verbandnamens entsprechen sich grundsätzlich. Beide Verbände sind juristische Personen und eröffnen daher in der Regel einen ihren Bestand nicht betreffenden Mitgliederwechsel. Die Willensbildung erfolgt durch die

---

<sup>3089</sup> Miras Rn. 211; vgl. Wicke § 5a Rn. 6; Römermann/Passarge, in: ZIP 2009, 1497, 1504.

<sup>3090</sup> Vgl. E. II. 3. f).

<sup>3091</sup> So auch, von Holt/Koch Rn. 90; vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler/Leisner-Egensperger § 51 AO Rn. 20.

<sup>3092</sup> Vgl. Reichert Rn. 6856; Thiel, in: GmbHR 1997, 10, 11f.

<sup>3093</sup> Die Formulierung des § 21 BGB ist missverständlich, da nicht der Zweck auf einen nichtwirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, sondern der Geschäftsbetrieb als Mittel die Art und Weise der Zweckverfolgung betrifft, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19.

Mitglieder, welche im Wege der Mehrheitsentscheidung gefällt wird. Die Mitglieder selbst sind einer Verbandsgewalt unterworfen, auch wenn diese unterschiedlich ausgestaltet ist.

Die Gründung beider Rechtsformen vollzieht sich in einem umfassenden Gleichlauf, obschon die Gründer einer Unternehmergeellschaft umfangreicheren Haftungsgefahren ausgesetzt sind und der Gesellschaftsvertrag zwingend zu beurkunden ist. Ein Unterschied besteht darüber hinaus darin, dass die Unternehmergeellschaft nur durch eine Person gegründet werden kann, während beim Verein mindestens zwei bzw. drei Personen beteiligt sein müssen und der Verein im Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung mindestens sieben Mitglieder aufweisen muss. Demgegenüber sind die Gründungskosten bei einem Verein in der Regel niedriger als bei einer Unternehmergeellschaft. Des Weiteren müssen die Einlagen auf das Stammkapital vor Anmeldung der Eintragung durch die Gesellschafter erbracht werden. Der Verein ist insgesamt einfacher, günstiger und flexibler zu gründen<sup>3094</sup>, auch wenn man grundsätzlich festhalten kann, dass der Gründungsumfang der Unternehmergeellschaft nicht aufwändiger ist<sup>3095</sup>.

Zudem entspricht sich der Verfassungsaufbau. Die unterschiedliche Terminologie „Satzung“ und „Gesellschaftsvertrag“ führt zu keiner inhaltlichen Differenzierung. Die Satzungsautonomie räumt den Mitgliedern beider Körperschaften in Verbindung mit dem weitestgehend dispositiven Recht einen großen Gestaltungsspielraum ein, auch wenn das GmbH-Recht ausgehend von der Häufigkeit von dispositiven Vorschriften den Rechtsanwendern eine größere Gestaltungsfreiheit eröffnet.

Die Finanzverfassungen beider Verbände weisen die erheblichsten Unterschiede hinsichtlich der Regelungen aber auch der Regelungsichte auf, da die Unternehmergeellschaft über ein Stammkapital verfügen muss, welches Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften unterliegt. Zudem steht den Gesellschaftern ein gesetzliches Gewinnbeteiligungsrecht zu. Die fehlende Beteiligung der Mitglieder am Vereinsvermögen sowie der fehlende Abfindungsanspruch bei Verlust der Mitgliedschaft sind demgegenüber bei nichtwirtschaftlichen Vereinen hinzunehmen.<sup>3096</sup>

Die Mitgliedschaften unterscheiden sich, da diese bei der Unternehmergeellschaft auf dem Geschäftsanteil beruht, wodurch der Wert des Gesellschaftsvermögens gewissermaßen in die Rechtssphäre des einzelnen Mitglieds hineinvermittelt wird, während beim eingetragenen Verein die Wertrechte grundsätzlich nur in der Teilhabe bei der Nutzung des Vereinsvermögens bestehen.<sup>3097</sup> Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergeellschaft erfordert durch die Pflicht zur Erbringung von Einlagen eine Vermögensaufbringung, obschon die Beträge angesichts von § 5a Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG gering sein können. Die Geschäftsanteile sind von Gesetzes wegen veräußerlich und vererbbar, wodurch sie verkehrsfähig sind. Die umfassend gestaltbare Mitgliedschaft in einem Verein unterfällt demgegenüber einem einfacheren Erwerb<sup>3098</sup>, da keine gesetzlichen Formvorgaben zu beachten sind.

Aus der Gesellschafterstellung resultieren indes mehr Haftungsgefahren.

---

<sup>3094</sup> So auch, Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 2 Rn. 10.

<sup>3095</sup> Vgl. Miras Rn. 404.

<sup>3096</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11.

<sup>3097</sup> Vgl. MüKo/Reuter § 38 Rn. 30.

<sup>3098</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 24; vgl. Miras Rn. 407.

Darüber hinaus decken sich die Pflichten des Vorstands und der Geschäftsführer zu einem Großteil, wobei jedoch ein Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden hat und seine Haftung umfassender ist. Ferner kommt § 31a BGB nur dem Vereinsvorstand zugute. Zudem sind die gesetzlich vorgegebenen Eignungsvoraussetzungen für einen Geschäftsführer strenger. In beiden Verbänden ist es zudem möglich, zusätzliche Organe zu schaffen.

Des Weiteren hat die Unternehmergesellschaft umfassendere registerrechtliche Pflichten sowie Bekanntmachungspflichten zu erfüllen. Auch müssen beim Verein keine registerrechtlich relevante Mitgliederliste oder eine entsprechende Liste der Aufsichtsratsmitglieder geführt werden. Als dann unterliegen bürgerlich-rechtliche Vereine im Gegensatz zu den Unternehmergesellschaften, die gleichsam Handels- und Kapitalgesellschaften sind, nur sehr eingeschränkten Buchführungs-, Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten.<sup>3099</sup> Zudem steht den Gesellschaftern im Vergleich zu den Vereinsmitgliedern ein umfangreicheres Informationsrecht zu. Diese umfassenderen Pflichten führen zu einer stärkeren Berücksichtigung legitimer Informationsinteressen, so dass den betroffenen Rechtskreisen eine höhere Transparenz gewährt wird.<sup>3100</sup> Schließlich entsprechen sich in der Regel die jeweiligen Registergebühren, hingegen die insoweit anfallenden Notarkosten bei der Unternehmergesellschaft grundsätzlich höher sind.

Beide Verbände können mit anderen Körperschaften eine Verflechtung aufweisen, wobei sich insoweit entwicklungsbedingt unterschiedliche Verbindungsformen herausgebildet haben. Insoweit ist anzuführen, dass die Unternehmergesellschaft als Rechtsform im Bereich des Sports, abgesehen von den Profiligen mit ihren Lizenzverträgen, (derzeit) keine Aufnahme in die jeweiligen die Sportart prägenden Verbände findet, soweit die entsprechende Verbandssatzung dem entgegensteht.

Auf die Unternehmergesellschaft als Formkaufmann sind die kaufmännischen Vorschriften des HGB anzuwenden.

Des Weiteren ist auch steuerrechtlich - mit einzelnen Ausnahmen - ein Gleichlauf festzustellen, so dass innerhalb des mitunter im Rahmen der Rechtsformwahl entscheidenden Aspekts des Steuerrechts keine grundsätzlichen Unterschiede vorhanden sind, auch wenn im Einzelfall die voneinander abweichende Bemessung der Einkünfte bei der Körperschaftsteuer sowie der zu beurteilende Umfang des Gewerbebetriebs im Rahmen der Gewerbesteuer zu erheblichen Unterschieden in der steuerlichen Belastung führen können.

Ebenso können beide Verbände gemeinnützige Körperschaften i. S. v. §§ 51ff AO sein. Die Voraussetzungen des Gemeinnützigkeitsrechts führen zu einer Angleichung der beiden Rechtsformen. Bei der Unternehmergesellschaft ist damit eine Abweichung vom gesetzlich vorgegebenen Grundtypus einhergehend.

Ferner decken sich die Prinzipien und die Möglichkeiten der Umwandlung. Zudem erfolgt die Beendigung der beiden Verbände nach dem gleichen Grundprinzip, wobei dies auch für das stattfindende Liquidationsverfahren sowie für das ggfs. durchzuführende Insolvenzverfahren gilt.

---

<sup>3099</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11.

<sup>3100</sup> Vgl. Segna, in: DStR 2006, 1568, 1570f.

## **F. Verbreitung des Vereins, objektiv maßgebliche Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten**

### **I. Verbreitung des eingetragenen Vereins**

Nach der Gegenüberstellung beider Rechtsformen ist nunmehr zu schauen, wo der eingetragene Verein bisher eingesetzt wurde, bzw. wo er sich dauerhaft etabliert hat, um in rechtstatsächlicher Hinsicht feststellen zu können, in welchem Bereich überhaupt ein Alternativverhältnis bestehen kann.

In Deutschland gibt es derzeit ca. 600.000 eingetragene Vereine, wodurch der eingetragene Verein hinter der „regulären“ GmbH, von denen zurzeit ca. 1.000.000 bestehen, die bundesweit zweithäufigste Rechtsform darstellt.<sup>3101</sup> Die Vereine verteilen sich dabei nahezu in allen gesellschaftlichen Bereichen, so dass Vereine z. B. als wirtschafts- und gesellschaftspolitische, wissenschaftliche, bildungsfördernde, kulturelle, religiöse, sozial-karitative, geistige sowie sportbezogene oder sonstige freizeitbezogene Zusammenschlüsse anzutreffen sind.<sup>3102</sup> Die Bandbreite der Vereinszwecke ist vielfältig, so dass in der Rechtsform des eingetragenen Vereins Parteien, Gewerkschaften, Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen, technische Überwachungsvereine, Wirtschaftsverbände, Verbraucherverbände, Privatschulen, Feuerwehren, Automobilclubs, Volkshochschulen, Forschungsinstitute, Rettungsvereine, Haus- und Grundeigentümergeinschaften, andere Interessenverbände, genossenschaftliche Prüfungsverbände, berufsständige Interessenvertretungen, Wohltätigkeitsvereine, Kulturvereine, religiöse Vereinigungen, Sportvereine und Vereinigungen zur Verfolgung gemeinsamer Ziele im Rahmen der Kultur, der Kunst, der Forschung, der Förderung von Beziehungen, der Brauchtums- und Heimatpflege, des Umwelt-, Landschafts- und Tierschutzes, der Geselligkeit sowie in allen anderen Freizeitbereichen organisiert sein können.<sup>3103</sup>

Es ist daher nicht nur eine ideelle Zwecksetzung, sondern jegliche nichtwirtschaftliche Zwecksetzung anzutreffen, so dass die verbreitete Bezeichnung „Idealverein“ im Grunde zu ungenau ist.<sup>3104</sup> Der häufigste Vereinszweck ist der des Sports (ca. 38 %), gefolgt von der Freizeit (ca. 18 %), dem Wohlfahrtswesen (ca. 13 %) und der Kultur (ca. 11,5 %).<sup>3105</sup> Vereine können wenige oder tausende von Mitgliedern aufweisen, von nationaler Bedeutung sein und als sog. Vereinsverband oder Gesamtverein bestehen. Die erhebliche Bedeutung des Vereins, die vorhandene Akzeptanz der Rechtsform sowie der Wille, sich zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke in Vereinen zusammenzuschließen, hat dazu geführt, dass 1997 ca. 41 Millionen Menschen in Deutschland in Vereinen organisiert waren.<sup>3106</sup> Die heutige Vereinswirklichkeit weicht daher erheblich von dem ab, was der historische Gesetzgeber sich als Regelungsgegenstand vorgestellt hat.<sup>3107</sup>

---

<sup>3101</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 2f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1; vgl. Küpperfahenberg S. 20; Kornblum, in: NJW 2003, 3671, 3673; 2003 gab es ca. 515.000 eingetragene Vereine.

<sup>3102</sup> Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 1; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 44; Küpperfahenberg S. 21. Vgl. Auflistungen bei Reichert Rn. 52, 125f; K.Schmidt GesR S. 660f.

<sup>3103</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Beuthien § 1 Rn. 1; K.Schmidt GesR S. 660f; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 44f; Staudinger/Weick § 21 Rn. 16; Reichert Rn. 125f; Küpperfahenberg S. 21.

<sup>3104</sup> K.Schmidt GesR S. 667; Reichert Rn. 122; Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 19; Küpperfahenberg S. 19f.

<sup>3105</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 2; vgl. Küpperfahenberg S. 20f.

<sup>3106</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1.

<sup>3107</sup> Vgl. Reichert Rn. 41.

Die Gestaltungsfreiheit, mithin die Möglichkeit der Anpassung an die jeweiligen Bedürfnisse, begünstigte, dass die konkrete Ausgestaltung des Vereins entsprechend seiner gesellschaftlichen Verbreitung vielfältig ist.<sup>3108</sup>

Zudem ist den eingetragenen Vereinen, wie gezeigt<sup>3109</sup>, eine wirtschaftliche Betätigung in einem gewissen Rahmen nicht verwehrt.<sup>3110</sup> Die Abgrenzung zwischen nichtwirtschaftlichem und wirtschaftlichem Verein erfolgt dabei nach der sog. teleologisch-typologischen Methode.<sup>3111</sup> Insofern sind Vereine, die einer der drei Fallgruppen, mithin dem Volltypus des unternehmerischen Vereins (1.)<sup>3112</sup>, dem Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt (2.)<sup>3113</sup> sowie dem Verein mit genossenschaftlicher Kooperation (3.)<sup>3114</sup>, zuzuordnen sind, keine nichtwirtschaftlichen Vereine i. S. v. § 21 BGB.

Es kann daher festgehalten werden, dass der eingetragene Verein über sein gesamtes ihm eröffnetes Anwendungsgebiet verteilt ist.

## II. Ausschluss per Gesetz

Die Unternehmergeellschaft kann nur dort eine Alternative zum eingetragenen Verein sein, wo sie als Rechtsform zulässig ist. Insofern scheiden die Bereiche aus, die dem eingetragenen Verein vorbehalten, bzw. welche der Rechtsform der Unternehmergeellschaft verwehrt sind. Gem. §§ 2 S. 1, 14 Abs. 1 S. 1 StBerG sind Lohnsteuerhilfevereine nur als rechtsfähige Vereine zulässig.<sup>3115</sup> Darüber hinaus sieht § 63b Abs. 1 GenG vor, dass genossenschaftliche Prüfverbände die Rechtsform des bürgerlich-rechtlichen Vereins haben sollen. Eine andere Rechtsform soll nur dann zulässig sein, wenn sachliche Gründe dies gebieten.<sup>3116</sup> Zudem kann nur ein rechtsfähiger Verein gem. § 1791a Abs. 1 BGB zum Vormund bestellt werden. Schließlich kann nur ein rechtsfähiger Verein als Betreuungsverein anerkannt werden, § 1908f BGB.<sup>3117</sup> Demgegenüber ist umstritten, ob neben dem eingetragenen Verein auch die GmbH unter eine Vereinigung i. S. v. § 7 Abs. 1 RDG fällt.<sup>3118</sup>

Es zeigt sich, dass Vorschriften, welche für konkrete Zwecke lediglich die Rechtsform des eingetragenen Vereins zulassen, selten sind.

---

<sup>3108</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 1.

<sup>3109</sup> Vgl. C. II.

<sup>3110</sup> Beispiele für eine zulässige wirtschaftliche Betätigung bei, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 37.

<sup>3111</sup> Vgl. C. II. 2.

<sup>3112</sup> Hierunter fallen z. B. freie Sparkassen oder ein Verein zum Betrieb von Skiliften mit Gewinnausschüttung an die Mitglieder; weitere Beispiele bei, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 27; Staudinger/Weick § 21 Rn. 16; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 44f; Reichert Rn. 148.

<sup>3113</sup> Hierunter fallen z. B. Konsumvereine, Vereine, die Kreditgeschäfte betreiben, Versicherungs- und Versicherungsvermittlungsvereine, oder sog. Car-Sharing- bzw. Time-Sharing-Vereine; weitere Beispiele bei, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 29; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 46; Reichert Rn. 154ff.

<sup>3114</sup> Hierunter fallen z. B. Funktaxi-Zentralen, Werbegemeinschaften oder Rabattsparvereine; weitere Beispiele bei, Soergel/Hadding §§ 21, 22 Rn. 31f; Staudinger/Weick § 21 Rn. 16; MüKo/Reuter §§ 21, 22 Rn. 47; Reichert Rn. 159.

<sup>3115</sup> Vgl. Schleswig-Holsteinisches FG DStRE 2010, 447, 447.

<sup>3116</sup> Hillebrand/Keßler § 63b Rn. 1; vgl. Lang/Weidmüller/Korte § 63b Rn. 1; weitergehend, Beuthien GenG § 63b Rn. 1.

<sup>3117</sup> Vgl. zur Fähigkeit einer Unternehmergeellschaft als Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft, BGH ZIP 2012, 1764, 1764ff.

<sup>3118</sup> Bejahend: LG Kleve NJW 1991, 756, 757, zu Art. 1 § 7 RBerG; Grunewald/Römermann/Müller § 7 RDG Rn. 6; Kleine-Cosack § 7 RDG Rn. 10. Zweifelnd: Krenzler/Schmidt § 7 RDG Rn. 18ff. Verneinend: OLG München NJW-RR 1996, 378, 379, zu Art. 1 § 7 RBerG.

### III. Rechtsformwahl und objektiv maßgebliche Unterschiede

#### 1. Rechtsformwahl

Die Stellung der Unternehmergesellschaft zum eingetragenen Verein aus dem Blickwinkel der Rechtsanwender hängt im Rahmen der Rechtsformwahl davon ab, wie sie das Recht der Unternehmergesellschaft im Vergleich zum Recht des Vereins unter Berücksichtigung des Einzelfalls konkret bewerten. Kann ein Ziel mit mehreren Rechtsformen verfolgt werden, steht den Rechtsanwendern eine entsprechende Wahl offen. Die Rechtsformwahl stellt insgesamt eine wesentliche strukturbestimmende Entscheidung dar, so dass ihr eine maßgebliche Weichenstellung zukommt.<sup>3119</sup> Die gezielte Wahl umfasst eine umfassende Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung vielfältiger Umstände.<sup>3120</sup> Die Wahl setzt eine Gegenüberstellung und eine anschließende Abwägung der Vor- und Nachteile der Rechtsformen unter Betrachtung der konkreten Vorgaben und Umstände des Einzelfalls voraus. Die gezielte Rechtsformwahl wird nicht nur im Rahmen der Gründung relevant; die getroffene Entscheidung sollte vielmehr wiederkehrend überprüft werden, um die ursprünglichen Entscheidungsgrundsätze mit der aktuellen Lage abzugleichen.

Eine in jedem Fall greifende Vorzugswürdigkeit einer Rechtsform gegenüber einer oder mehrerer anderer Rechtsformen scheitert an der Vielfältigkeit des Lebens und der Gestaltungsmöglichkeiten einer jeden Rechtsform, zumal die Rechtsanwender die einzelnen Aspekte unterschiedlich gewichten können. Die verschiedenen und für die Wahl entscheidenden Aspekte lassen sich in gesellschaftsrechtliche, wirtschaftliche und persönliche Gründe einteilen, auch wenn es keine überschneidungsfreie und allgemeingültige Systematik der Rechtsformwahl gibt.<sup>3121</sup> Dem Grunde nach kann jedoch festgehalten werden, dass

- die Haftung,
- die Finanzverfassung,
- die Mitgliedschaft,
- der Mitgliederwechsel,
- das Steuerrecht,
- die Gestaltungsfreiheit,
- die Leitung und Überwachung,
- die Herrschaftsverhältnisse,
- die Rechnungslegung und Publizität,
- die Gründung,
- die Kosten der Rechtsform und
- die Sicht des Rechtsverkehrs

entscheidende Faktoren bilden.<sup>3122</sup> Insofern wird deutlich, dass zahlreiche Faktoren die gezielte Wahl bestimmen können. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass auch andere

---

<sup>3119</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 1; vgl. König/Maßbaum/Sureth S. 1; Dörner Rn. 1406; Steding, in: JA 2002, 338, 338.

<sup>3120</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 1; vgl. König/Maßbaum/Sureth S. 5; M.Berger S. 2.

<sup>3121</sup> Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 4, 6ff; Monz S. 71; Lanz S. 41. Vgl. M.Berger S. 5: Steuerrechtliche Gründe bilden eine eigene Kategorie.

<sup>3122</sup> Vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 4, 9f; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 4; vgl. K.Schmidt GesR S. 99; Hofmann S. 104; König/Maßbaum/Sureth S. 1, 6ff; vgl. Wirner S. 237; vgl. Monz S. 68; vgl. Lanz S. 52ff; Dörner Rn. 28; Steding, in: JA 2002, 338, 341; Stock, in: NZG 2001, 440, 446.



rechtliche Eigenschaften im konkreten Einzelfall eine gewichtige Position einnehmen können.<sup>3123</sup>

Im nichtwirtschaftlichen Bereich sollen etwa

- die Ausgestaltung der Leitung und Kontrolle,
- die Publizität,
- der Gründungsaufwand,
- die Gestaltungsmöglichkeiten sowie
- die Haftung

eine entscheidende Rolle spielen.<sup>3124</sup>

Den jeweiligen Faktoren kommt ausgehend vom konkreten Willen der Rechtsanwender eine unterschiedliche Gewichtung zu. Die Gestaltungsfreiheit führt zudem dazu, dass nicht nur die Grundstruktur, sondern die jeweils zulässige Gestaltung in die Gegenüberstellung einzubeziehen ist. Der Entscheidungsprozess wird dadurch gleichsam komplexer. Zudem kann eine Kategorisierung von Aspekten nicht vorgegeben werden, da ihnen eine allgemeingültige Wertigkeit und Messbarkeit nicht zukommt, wodurch eine Einordnung in eindeutig abgrenzbare Entscheidungsalternativen kaum möglich ist.<sup>3125</sup> Folge dieses Umstandes ist, dass nur eine auf allen Unterschieden basierende Entscheidungsfindung die Gefahr einer fehlerhaften Wahl zu minimieren vermag.

Bei mehreren sich zusammenschließenden Personen kann der Entscheidungsfindungsprozess dadurch komplexer werden, dass die Rechtsformaspekte innerhalb der Gruppe unterschiedlich gewertet<sup>3126</sup> und gewichtet werden.<sup>3127</sup> Nur bei einer stark ausgeprägten Präferenz für einen übereinstimmenden Aspekt ist in solchen Fällen eine unproblematische Entscheidungsfindung naheliegend.<sup>3128</sup>

Es ist insgesamt festzuhalten, dass eine gleichzeitige Untersuchung der in Betracht kommenden Rechtsformen sowie aller entscheidenden Aspekte unter Berücksichtigung des dispositiven Gestaltungsspielraums nur schwer durchführbar ist.<sup>3129</sup> Des Weiteren kann eine Zielvorgabe auch mehrere Teilziele zum Gegenstand haben, wobei es sogar denkbar ist, dass die verschiedenen Ziele zueinander in einem Konfliktverhältnis stehen.<sup>3130</sup> Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Merkmale einer Rechtsform miteinander verbunden sind, so dass ein Merkmal (z. B. Haftungsbeschränkung) ein anderes Merkmal (z. B. Kapitalaufbringung) bedingen kann, aber beide Aspekte durch die Rechtsanwender unterschiedlich bewertet werden.

Die Entscheidungsfindung muss nicht nur die Gegenwart, sondern auch die Entwicklungsplanung zum Gegenstand haben, so dass zukünftig noch ausreichend statutarischer Gestaltungsraum besteht, hingegen es unerheblich ist, wie weit die gewählte Rechtsform in der konkreten Ausgestaltung vom gesetzlich vorgegebenen Grundtypus

---

<sup>3123</sup> Monz S. 69f.

<sup>3124</sup> Stock, in: NZG 2001, 440, 446.

<sup>3125</sup> Monz S. 112f.

<sup>3126</sup> Vgl. König/Maßbaum/Sureth S. 5.

<sup>3127</sup> Z. B. kann die Pflichtpublizität und die damit einhergehende Transparenz als vorteilhaft oder nachteilig empfunden werden. Vgl. zudem, Monz S. 112.

<sup>3128</sup> Vgl. König/Maßbaum/Sureth S. 6.

<sup>3129</sup> Wirner S. 230; vgl. Monz S. 14; vgl. Lanz S. 17.

<sup>3130</sup> M.Berger S. 6f; Dörner Rn. 1412.

abweicht<sup>3131</sup>, da es ausschließlich darauf ankommt, dass der vorhandene Spielraum den Anforderungen der Rechtsanwender entspricht.

Für die systematische Entscheidungsfindung wurden im betriebswirtschaftlichen Bereich Entscheidungsmodelle entwickelt, bei denen die konkreten Faktoren bewertet werden, wodurch eine Rangfolge der in Betracht kommenden Rechtsformen gebildet wird.<sup>3132</sup> Es ist indes zweifelhaft, ob ausschließlich auf Grundlage dieser Modelle stets eine zutreffende Wahl erfolgen kann, so dass derartige Modelle daher allenfalls die Entscheidungsfindung unterstützen.<sup>3133</sup>

Eine generelle Kategorisierung der Aspekte lässt sich nicht erbringen, da der nichtwirtschaftliche Bereich wie viele andere Bereiche der Vielfältigkeit des Lebens folgt und in ihm daher die unterschiedlichsten Zusammenschlüsse, Bestrebungen oder Kapitalbedürfnisse anzutreffend sind. Gleichsam können sich persönliche Gründe wie Alter der Rechtsanwender, Art der gewünschten Beteiligungen oder die eigene Risikobereitschaft auf die Wahl einer Rechtsform auswirken.<sup>3134</sup> Schließlich ist anzuführen, dass zahlreiche Kriterien insgesamt keiner Messbarkeit unterliegen. Es ist daher zu beachten, dass allgemeingültige Entscheidungshilfen dahingehend überprüft werden müssen, ob sie den Vorgaben des Einzelfalls gerecht werden, denn sog. Tendenzaussagen oder „Daumenregeln“, denen eine stark vereinfachte, allgemeine Betrachtung zu Grunde liegt, sind zwar geeignet, zutreffende Entscheidungen zu erbringen, indes darf nicht verkannt werden, dass bei ihnen einzelfallspezifische Betrachtungen in der Regel außen vor bleiben.<sup>3135</sup> Den vereinfachten Betrachtungsmethoden sind daher dem Begriff entsprechend allenfalls tendenzielle Aussagen zu entnehmen. Es muss somit beachtet werden, dass mit zunehmender Festlegung der Ziele der Differenzierungsgrad zwischen den in Betracht kommenden Rechtsformen steigt.<sup>3136</sup> Eine Entscheidung für eine Rechtsform bleibt daher ausschließlich einer detaillierten und einzelfallspezifischen Betrachtung vorbehalten<sup>3137</sup>, nach der im Grundsatz die Rechtsform als am zweckmäßigsten erscheint, welche im konkreten Einzelfall die wenigsten Nachteile mit sich bringt.<sup>3138</sup>

Für eine optimale Rechtsformwahl ist es daher entscheidend, dass die Rechtsanwender allein oder entsprechend beraten die eigenen Zielvorstellungen herausarbeiten und diese sodann mangels allgemeingültiger Bewertungen entsprechend der Vorgaben des Einzelfalls einer Gewichtung zuführen.<sup>3139</sup>

Insofern kann festgehalten werden, dass eine grundsätzliche Aussage, welche der beiden hier zum Vergleich stehenden Körperschaften vorzugswürdig ist, den konkreten Kriterien des Einzelfalls vorbehalten bleibt.

---

<sup>3131</sup> So aber für den unternehmerischen Bereich, Wirner S. 60.

<sup>3132</sup> Vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Erle/Berberich § 1 Rn. 7; Zieren S. 113ff; Monz S. 132ff. Wirner S. 109f: Die steuerlichen Aspekte sind im Bereich der Rechtsformwahl auch deswegen dominant, weil sie errechenbar sind, während die meisten übrigen Aspekte lediglich in Tendenzen und persönlichen Wertungen erfasst werden können. Die Steuerbelastung bietet daher eine „solide Kalkulationsbasis“. Ebenso Lanz S. 161. Vgl. zudem, M.Berger S. 3.

<sup>3133</sup> Vgl. Monz S. 245: Die Rechtsformwahl ist durch ein analytisches Modell nicht lösbar. Ebenso, Lanz S. 18, 37f.

<sup>3134</sup> Vgl. Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 1; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 8; Zieren S. 245f.

<sup>3135</sup> Monz S. 128f; Wirner S. 391ff.

<sup>3136</sup> Lanz S. 157.

<sup>3137</sup> Wirner S. 393; Lanz S. 40; Münch Hdb GesR III/Grziwotz § 2 Rn. 8; Dörner Rn. 3; vgl. Steding, in: JA 2002, 338, 340.

<sup>3138</sup> Dörner Rn. 3.

<sup>3139</sup> Wirner S. 264ff.

## 2. Objektiv maßgebliche Unterschiede

Trotz der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung gibt es, wie aufgezeigt, diverse grundsätzlich entscheidende Faktoren für die Rechtsformwahl. Maßgebliche Unterschiede der Unternehmergesellschaft zum eingetragenen Verein sind nach alldem:

- der Rechtsformzusatz der Unternehmergesellschaft,
- die Vermittlung der Mitgliedschaft durch einen Geschäftsanteil,
- die Schaffung neuer Geschäftsanteile mittels Kapitalerhöhung, sofern keine Teilung bestehender Geschäftsanteile erfolgt,
- die Gewinnansprüche der Gesellschafter,
- die Entschädigungsansprüche der Gesellschafter bei Austritt oder Ausschluss,
- die Übertrag- und Vererbbarkeit des Geschäftsanteils,
- die Einlagepflichten der Gesellschafter,
- die gesetzlich nicht indizierten, wiederkehrenden Beitragspflichten,
- die mit dem Stammkapital einhergehenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten,
- die notarielle Form des Gesellschaftsvertrages sowie die Pflicht zur notariellen Beurkundung des Beschlusses über die Änderung des Gesellschaftsvertrages,
- der höhere Minderheitenschutz der Gesellschafter im Rahmen der Einberufung der Gesellschafterversammlung,
- die Pflicht zur gemeinschaftlichen Vertretung im Fall mehrerer Geschäftsführer,
- die Thesaurierungspflicht,
- die Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Publizitätspflichten<sup>3140</sup>,
- die Eigenschaft der Unternehmergesellschaft als Formkaufmann,
- das i. d. R. fehlende Nutzungsrecht des Gesellschaftsvermögens,
- die unterschiedliche Stimmkraft der Gesellschafter,
- die fehlende Einschlägigkeit von §§ 31a, 31b BGB,
- das umfangreichere Auskunfts- und Einsichtsrecht der Mitglieder,
- die höhere Haftungsgefahr der Gesellschafter und Geschäftsführer und
- die umfangreicheren Bekanntmachungspflichten.

### a) Zwingendes Recht

Von den vorgenannten Aspekten sind nachfolgende zwingendes Recht:

- der Rechtsformzusatz der Unternehmergesellschaft,<sup>3141</sup>
- die Vermittlung der Mitgliedschaft durch einen Geschäftsanteil,
- die Schaffung neuer Geschäftsanteile mittels Kapitalerhöhung, sofern keine Teilung bestehender Geschäftsanteile erfolgt,
- die Einlagepflichten der Gesellschafter, §§ 14 S. 1, 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG,<sup>3142</sup>

---

<sup>3140</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10: Dies ist ein gewichtiges Argument.

<sup>3141</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 9; Roth/Altmeppen § 5a Rn. 10.

<sup>3142</sup> MüKo GmbHG/Schwandtner § 19 Rn. 46; Roth/Altmeppen § 19 Rn. 26.

- die Vererbbarkeit des Geschäftsanteils,<sup>3143</sup>
- die mit dem Stammkapital einhergehenden Kapitalaufbringungs-<sup>3144</sup> und Kapitalerhaltungspflichten,<sup>3145</sup>
- die Thesaurierungspflicht,<sup>3146</sup>
- die Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- sowie Publizitätspflichten,<sup>3147</sup>
- die Eigenschaft der Unternehmergesellschaft als Formkaufmann,<sup>3148</sup>
- das umfangreichere Auskunfts- und Einsichtsrecht der Mitglieder, § 51a Abs. 3 GmbHG,
- grundsätzlich die Gesellschafterhaftung nach § 6 Abs. 5 GmbHG,<sup>3149</sup>
- in den Grenzen des § 9b GmbHG die Haftung gem. § 9a GmbHG,<sup>3150</sup>
- gem. § 25 GmbHG die Haftung nach §§ 21 Abs. 3, 22, 24 GmbHG,
- die Gesellschafterhaftung gem. § 31 GmbHG,<sup>3151</sup>
- die Geschäftsführerhaftung gem. § 31 Abs. 6 GmbHG,<sup>3152</sup>
- die Geschäftsführerhaftung gem. § 43 Abs. 3 GmbHG,<sup>3153</sup>
- die Geschäftsführerhaftung gem. § 40 Abs. 3 GmbHG,<sup>3154</sup>
- in den Grenzen des § 9b GmbHG die Geschäftsführerhaftung gem. § 57 Abs. 4 GmbHG,<sup>3155</sup>
- in den Grenzen des § 43 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 9b GmbHG die Geschäftsführerhaftung gem. § 64 GmbHG<sup>3156</sup>,
- die umfangreicheren Bekanntmachungspflichten<sup>3157</sup>,
- die notarielle Form des Gesellschaftsvertrages sowie des entsprechenden Änderungsbeschlusses<sup>3158</sup> und
- das Minderheitsrecht aus § 50 Abs. 3 GmbHG<sup>3159</sup>.

<sup>3143</sup> Kübler/Assmann S. 280; Roth/Altmeppen § 15 Rn. 28; Wicke § 15 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 15 Rn. 9; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 1.

<sup>3144</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Schwandtner § 19 Rn. 46; Roth/Altmeppen § 19 Rn. 26.

<sup>3145</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Ekkenga § 30 Rn. 9; Baumbach/Hueck § 30 Rn. 1 (19. Auflage), § 31 Rn. 1.

<sup>3146</sup> Baumbach/Hueck § 5a Rn. 21; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 38.

<sup>3147</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10; Münch Hdb GesR III/Hüttche § 56 Rn. 17: Eine Suspendierung des gesetzlich vorgegebenen Rahmens ist nicht möglich. Vgl. zudem, Hommelhoff/Priester, in: ZGR 1986, 463, 472. Indes können der Vorlageempfänger im Rahmen des § 42a Abs. 1 GmbHG und die Beschlusskompetenz im Rahmen des § 42a Abs. 2 GmbHG vom Gesetz abweichend bestimmt werden.

<sup>3148</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Merkt § 13 Rn. 2, 80; vgl. Roth/Altmeppen § 13 Rn. 12.

<sup>3149</sup> Baumbach/Hueck § 6 Rn. 24; vgl. Lutter/Hommelhoff § 6 Rn. 58.

<sup>3150</sup> Scholz/Veil § 9a Rn. 7; Ulmer/Ulmer/Habersack § 9a Rn. 4.

<sup>3151</sup> Baumbach/Hueck § 31 Rn. 1; Ulmer/Habersack § 31 Rn. 3.

<sup>3152</sup> Vgl. Baumbach/Hueck § 31 Rn. 1; Ulmer/Habersack § 31 Rn. 3.

<sup>3153</sup> Baumbach/Hueck § 43 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 4; Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 215.

<sup>3154</sup> Lutter/Hommelhoff § 40 Rn. 1.

<sup>3155</sup> Ulmer/Ulmer § 57 Rn. 34; vgl. Scholz/Priester § 57 Rn. 40.

<sup>3156</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 6 Rn. 55, § 64 Rn. 41; MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 152; Baumbach/Hueck § 64 Rn. 15; Ensthaler/Füller/Schmidt § 64 Rn. 17; Scholz/K.Schmidt § 64 Rn. 74.

<sup>3157</sup> MüKo HGB/Krafka § 10 Rn. 1; Staub/Koch § 10 Rn. 17.

<sup>3158</sup> Baumbach/Hueck § 53 Rn. 1.

<sup>3159</sup> Baumbach/Hueck § 50 Rn. 2.

## b) Nicht zwingendes Recht

Demgegenüber sind die übrigen, nachfolgend aufgelisteten Unterschiede nicht durch das Recht zwingend vorgegeben:

- die Gewinnansprüche der Gesellschafter,<sup>3160</sup>
- das fehlende Nutzungsrecht des Gesellschaftsvermögens, sofern § 30 GmbHG und § 5a Abs. 3 GmbHG beachtet werden,<sup>3161</sup>
- die Übertragbarkeit des Geschäftsanteils,<sup>3162</sup>
- die Entschädigungsansprüche der Gesellschafter bei Austritt oder Ausschluss aus der Gesellschaft, auch wenn ein vollständiger Ausschluss der Ansprüche unter Beachtung von §§ 138, 242 BGB grundsätzlich nicht möglich sein soll,<sup>3163</sup> hingegen ein vollständiger Ausschluss dann bejaht wird, wenn die Gesellschaft ideelle Zwecke verfolgt,<sup>3164</sup>
- die fehlende Einschlägigkeit von §§ 31a, 31b BGB, die durch eine entsprechende Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs umgangen werden kann<sup>3165</sup>, wobei hinsichtlich § 31a BGB die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG zwar gemindert werden kann, hingegen der Umfang der Minderungsmöglichkeiten umstritten ist,<sup>3166</sup>
- die Stimmkraftverteilung, da auch eine Verteilung nach Köpfen zulässig ist<sup>3167</sup>,
- die gesetzlich nicht indizierten, wiederkehrenden Beitragspflichten<sup>3168</sup> und
- die Vertretungsregeln im Falle mehrerer Geschäftsführer, die entsprechend den Mehrheitserfordernissen im Vereinsrecht (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB) angepasst werden können, § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

## c) Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass einige Unterschiede der Unternehmergesellschaft zum eingetragenen Verein nicht abgedungen werden können.

Die Unterschiede basieren zum einen auf den strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts. Dies manifestiert sich in der Vermittlung der Mitgliedschaft durch die Geschäftsanteile sowie dem Umstand, dass die Gewährung der

---

<sup>3160</sup> BGHZ 14, 264, 271; Kübler/Assmann S. 281; vgl. Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 122.

<sup>3161</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 13. Das entsprechende Recht im bürgerlich-rechtlichen Verein folgt ebenso nicht aus dem Gesetz.

<sup>3162</sup> RGZ 80, 175, 179; Kübler/Assmann S. 280; Roth/Altmeppen § 15 Rn. 107.

<sup>3163</sup> Kübler/Assmann S. 283f; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 21ff.

<sup>3164</sup> BGH NJW 1997, 2592, 2593, zur GbR; Münch Hdb GesR III/Kort § 28 Rn. 36; Wicke Anhang § 34 Rn. 19; Grunewald S. 177.

<sup>3165</sup> Vgl. Werner, in: GmbHR 2014, 792, 797.

<sup>3166</sup> Die Geschäftsführerhaftung kann mit Ausnahme von § 43 Abs. 3 GmbHG nach jedoch umstrittener Auffassung gemindert werden, vgl. BGH ZIP 2008, 736, 738; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 46 Rn. 4; Heckschen/Heidinger § 6 Rn. 65; vgl. Beck'sches Hdb der GmbH/Axhausen § 5 Rn. 215. Eingrenzend: Baumbach/Hueck § 43 Rn. 5; Scholz/Schneider § 43 Rn. 261: Gilt bei allen Ansprüchen außerhalb von gläubigerschützenden Pflichten; vgl. auch, Roth/Altmeppen § 43 Rn. 124ff: Gilt bei allen Ansprüchen, denen kein gröblicher Sorgfaltsverstoß i. S. v. § 93 Abs. 5 S. 2 AktG zu Grunde liegt.

<sup>3167</sup> Roth/Altmeppen § 47 Rn. 24; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 67.

<sup>3168</sup> Münch Hdb GesR III/Schiessl § 32 Rn. 8; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 74; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 50.

Haftungsbeschränkung ein Stammkapital bedingt<sup>3169</sup>. Bei der Unternehmergesellschaft wird die Kapitalaufbringung zudem durch die Thesaurierungspflicht modifiziert.<sup>3170</sup> Das Stammkapital ist daher die wesentliche Grundlage der Gesellschaft.<sup>3171</sup> Diesem Pflichtenkreis entspringen auch die Haftungsmöglichkeiten der Gesellschafter und Geschäftsführer (§§ 9a, 21 Abs. 3, 22, 24, 31, 43 Abs. 3, 57 Abs. 4 GmbHG).

Demgegenüber werden die Gesellschafter als Kapitalaufbringer durch die Vererbbarkeit der Geschäftsanteile, durch umfangreiche Auskunfts- und Einsichtsrechte sowie u. a. durch die Geschäftsführerhaftung gem. § 40 Abs. 3 GmbHG<sup>3172</sup> geschützt.

Zum anderen basiert die Unterscheidung darauf, dass das GmbH-Recht einen umfassenderen Gläubigerschutz vorschreibt. Insoweit dienen insbesondere die Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten sowie die umfangreichere Bekanntmachungspflicht gem. § 10 HGB diesen Vorgaben.<sup>3173</sup> In diesen Schutzbereich fallen auch die Pflicht zur Führung des Rechtsformzusatzes<sup>3174</sup>, die Geschäftsführerhaftung gem. § 6 Abs. 5 GmbH<sup>3175</sup> und § 64 GmbHG<sup>3176</sup>. Zudem sollen die §§ 6 Abs. 5, 64 GmbHG gleichsam die Kapitalerhaltung stärken.<sup>3177</sup>

## IV. Angleichungsmöglichkeiten

### 1. Typenzwang

Denkbar ist, dass durch entsprechende Gestaltung des Rechts der Unternehmergesellschaft diese an die Rechtsverhältnisse des eingetragenen Vereins angepasst werden kann, sofern dies im Einzelfall für erforderlich erachtet wird. Wie weit ein solches Anpassungsrecht geht, hängt davon ab, wie weit Änderungen des gesetzlich vorgegebenen Verbandsstatuts zulässig sind. Es ist daher zu untersuchen, ob Änderungen der gesetzlichen Regelungen nicht nur durch die zwingenden Vorschriften des GmbH-Rechts, die gesetzlichen Verbote, die guten Sitten sowie Treu und Glauben, sondern auch durch eine etwaige Ordnungs- und Leitbildfunktion des dispositiven Rechts, mithin einem sog. Typenzwang, eine Begrenzung erfahren.<sup>3178</sup> Folge dessen wäre, dass auch das dispositive Recht zwingende Grundstrukturen begründet.<sup>3179</sup> Die Lehre des Typenzwangs, welche die Gestaltungsfreiheit eingrenzt, ist indes umstritten.

---

<sup>3169</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff § 5 Rn. 1, § 5a Rn. 34f; Ensthaler/Füller/Schmidt § 5 Rn. 1; Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 16.

<sup>3170</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 31; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 26; vgl. Roth/Altmeppen § 5a Rn. 27; Lutter/Hommelhoff § 5a Rn. 34; Die Prämisse des § 5 Abs. 1 GmbHG wird lediglich für die Gründung und damit nicht vollständig aufgegeben. Es erfolgt vielmehr eine zeitliche Streckung. Wicke § 5a Rn. 9; Die Pflicht dient der Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, um die Unternehmergesellschaft in eine „reguläre“ GmbH zu überführen.

<sup>3171</sup> Baumbach/Hueck § 5 Rn. 1.

<sup>3172</sup> Wicke § 40 Rn. 18; Baumbach/Hueck § 40 Rn. 44, 47; Lutter/Hommelhoff § 40 Rn. 35.

<sup>3173</sup> Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 10.

<sup>3174</sup> KG GmbHR 2009, 1281, 1281; MüKo GmbHG/Rieder § 5a Rn. 14; Wicke § 5a Rn. 6; vgl. Baumbach/Hueck § 5a Rn. 9.

<sup>3175</sup> Baumbach/Hueck § 6 Rn. 11; Enthält gleichsam eine Schutzfunktion auch zu Gunsten gutgläubiger Mitgesellschafter; vgl. MüKo GmbHG/Goette § 6 Rn. 24f.

<sup>3176</sup> MüKo GmbHG/Müller § 64 Rn. 1; vgl. Baumbach/Hueck § 64 Rn. 1ff; Wicke § 64 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff § 64 Rn. 2, 21.

<sup>3177</sup> Vgl. zu § 6 Abs. 5 GmbHG, Ensthaler/Füller/Schmidt § 6 Rn. 24. Vgl. zu § 64 GmbHG, Ensthaler/Füller/Schmidt § 64 Rn. 1.

<sup>3178</sup> K.Schmidt GesR S. 109ff.

<sup>3179</sup> Wiedemann Bd. I S. 74; K.Schmidt GesR S. 111.

## a) Teichmann

*Teichmann* ist der Ansicht, dass die Gestaltungsfreiheit durch eine sog. Institutionalisierung begrenzt wird.<sup>3180</sup> Ein hiervon zu trennender Typenzwang vermag eine solche Begrenzung aufgrund seiner Unschärfe nicht zu leisten.<sup>3181</sup> Die Rechtsinstitute durchlaufen vielmehr eine sog. Institutionalisierung, in Folge dessen sie eine verbindliche Gestalt erhalten, welche die Vertragsfreiheit eingrenzt, wodurch sie dem Anliegen des Typenzwangs entsprechen.<sup>3182</sup> Institutionen i. d. S. sind tragende Normen eines Lebenszusammenhangs, die von der gesellschaftlichen Ordnung nicht hinterfragt werden und deshalb von der Verfassung anerkannt werden, so dass eine Prüfung dahingehend zu erfolgen hat, ob ein Rechtsinstitut so gebraucht wird, wie es die das gesellschaftliche oder wirtschaftliche Leben prägende Rechtsordnung geplant hat, mithin ob eine Übereinstimmung mit dem allgemeinen Ordnungsplan der Verfassung und der Gesetze vorliegt.<sup>3183</sup>

## b) Reuter

Nach *Reuter* ist eine erhebliche Einschränkung der Gestaltungsfreiheit zulässig, soweit ein auf dauerhaften Bestand angelegter Zusammenschluss institutionelle Züge annimmt.<sup>3184</sup> Die Verfassung eines solchen Zusammenschlusses bedarf aufgrund ihres weitreichenden Geltungsanspruchs gegenüber sonstigen Einzelfallregelungen einer strengeren sozialen Kontrolle.<sup>3185</sup> Die Richtigkeitsgarantie einer Satzung unterscheidet sich nach dieser Auffassung von der eines Vertrages, da der Vertrag praktisch „keine gemeinwohlschädliche Sozialgestaltung befürchten lässt“. <sup>3186</sup> *Reuter* unterscheidet daher zwischen einer Vertrags- und einer Satzungsgesellschaft, die beide auch in der Rechtsform einer GmbH bestehen können, wobei nur die Satzungsgesellschaften einer umfassenden Eingrenzung der Gestaltungsfreiheit unterfallen sollen, weil in der Vertragsgesellschaft die um „ihren individuellen Vorteil ringenden Beteiligten tendenziell richtige Regelungen erwarten“ lassen.<sup>3187</sup> Die Eingrenzung der Gestaltungsfreiheit soll in den Erfordernissen der Wettbewerbswirtschaft begründet sein.<sup>3188</sup>

## c) Großfeld

*Großfeld* ordnet dem Rechtsgedanken des Typenzwangs zwar eine schwierige praktische Umsetzung zu, obgleich er ihm im Kern zustimmt.<sup>3189</sup> Er sieht die Begründung eines Typenzwangs darin, dass die Privatautonomie durch Vermeidung von Übersteigerungen vor sich selbst zu schützen ist, um nicht unglaubwürdig zu werden.<sup>3190</sup> Beim Gesellschaftsrecht folgt aus der Steigerung der Anzahl der Beteiligten eine Erhöhung des sozialen Gewichts, wodurch insoweit eine besondere Betrachtung der Privatautonomie geboten sein soll.<sup>3191</sup>

---

<sup>3180</sup> Teichmann S. 138, vgl. K.Schmidt GesR S. 117.

<sup>3181</sup> Teichmann S. 138, 140.

<sup>3182</sup> Teichmann S. 43ff, 140, 250; vgl. K.Schmidt GesR S. 117.

<sup>3183</sup> Vgl. Wiedemann Bd. I S. 74; Teichmann S. 51, 250.

<sup>3184</sup> Reuter S. 56, 62f; vgl. K.Schmidt GesR S. 116; Wiedemann Bd. I S. 75.

<sup>3185</sup> Reuter S. 57f.

<sup>3186</sup> Reuter S. 59.

<sup>3187</sup> Reuter S. 62, 73. Hierzu kritisch mit Zustimmung zu den leitenden Bedenken, Westermann, in: AcP 175 (1975), 375, 412ff.

<sup>3188</sup> Reuter S. 67ff; vgl. Wiedemann Bd. I S. 75.

<sup>3189</sup> Großfeld S. 47.

<sup>3190</sup> Großfeld S. 47.

<sup>3191</sup> Großfeld S. 47f.

#### **d) Harm Peter Westermann**

*Harm Peter Westermann* macht deutlich, dass das nachgiebige Recht die Vorstellung des Gesetzgebers von einer gerechten und zweckmäßigen Bewertung der gewöhnlichen Interessenlage wiedergibt, wodurch gleichsam die als normaltypisch anzuschauende Interessenkonstellation verdeutlicht wird.<sup>3192</sup> Daraus folgt, dass diese Normen Maßstab für die Feststellung von Missbräuchen sind, ohne jedoch die freie Ausgestaltung individualvertraglicher Verträge zu hemmen.<sup>3193</sup> Nach dieser Auffassung sind abweichende Strukturtypen, mithin atypische Formen, grundsätzlich zulässig, so dass kein allgemeingültiger Typenzwang hinsichtlich der Ausgestaltung der gesetzlich zugelassenen Rechtsformen besteht.<sup>3194</sup> Es sei vielmehr veranlasst, gesellschaftsrechtliche Gestaltungen nicht abstrakt-generell, sondern die vertraglich ausbedingenen Rechte im konkreten Einzelfall einer Richtigkeitskontrolle zu unterwerfen.<sup>3195</sup>

#### **e) Karsten Schmidt**

*Karsten Schmidt* vertritt die Ansicht, dass ein der Vertragsfreiheit übergeordneter Typenzwang nicht besteht, so dass selbst atypische Strukturen zulässig sein können, die dann mitunter anderen Regeln unterliegen.<sup>3196</sup> Jede Beschränkung der Vertragsfreiheit muss demzufolge als Bestandteil des geltenden Rechts überzeugend begründet werden.<sup>3197</sup> Es ist daher primär zu fragen, welches Recht auf die konkrete Gestaltung anzuwenden ist, als einer atypischen Gestaltung generell die Zulässigkeit zu verweigern.<sup>3198</sup> Die Lehre des Typenzwangs soll vielmehr aus „der Ideologie und Phantasie einer beengendem Ordnungsdenken verhafteten Generation erwachsen“ sein.<sup>3199</sup>

#### **f) Wiedemann**

Nach *Wiedemann* ist der Streit um den Typenzwang als ausgetragen anzusehen, wobei ein solcher Zwang zu verneinen ist; ein Typenzwang lässt sich der Rechtsordnung nicht entnehmen.<sup>3200</sup>

#### **g) Weick**

*Weick* vertritt ebenso die Auffassung, dass eine Lehre vom Typenzwang abzulehnen ist. Es bedürfe vielmehr eines auf klaren Ordnungsvorstellungen basierenden Eingriffs des Gesetzgebers.<sup>3201</sup>

---

<sup>3192</sup> Westermann Vertragsfreiheit S. 44ff, 56. Zustimmung, Sack, in: DB 1974, 369, 372. Vgl. Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 759.

<sup>3193</sup> Westermann Vertragsfreiheit S. 56.

<sup>3194</sup> Westermann Vertragsfreiheit S. 118, 122; vgl. ders., in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, 2000, S. 245, 253f. Zustimmung, Sack, in: DB 1974, 369, 372.

<sup>3195</sup> Westermann, in: AcP 175 (1975), 375, 414.

<sup>3196</sup> K.Schmidt GesR S. 107f, 120.

<sup>3197</sup> K.Schmidt GesR S. 120.

<sup>3198</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 108.

<sup>3199</sup> K.Schmidt, in: ZHR 160 (1996), 265, 271. Dort zur Typenlehre leicht missverständlich, vgl. Mertens, in: Festschrift Ritter 1997, S. 731, 735ff.

<sup>3200</sup> Wiedemann Bd. I S. 73.

<sup>3201</sup> Staudinger/Weick Einl zu §§ 21ff Rn. 15.



## **h) Stellungnahme**

Die besseren Argumente sprechen dafür, dass eine generelle Eingrenzung der Gestaltungsfreiheit sich weder aus Institutionen noch aus dem Typus einer Rechtsform ergibt. Die Prüfung von vom Gesetz abweichenden Gestaltungen folgt vielmehr den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Insofern ist anzumerken, dass Freiheit und Gerechtigkeit nicht immer im Einklang stehen müssen.<sup>3202</sup> Es ist zunächst zu beachten, dass die gesetzlich vorgegebenen Rechtsformen selbst aus Typen der Rechtswirklichkeit hervorgegangen sind<sup>3203</sup> und ein starrer Typenzwang einer den Umständen der Wirklichkeit entsprechenden und notwendigen Rechtsfortbildung und Handhabung abträglich wäre.<sup>3204</sup> Gleichsam ist zu berücksichtigen, dass sich die bestehenden Rechtsformen von den Lebensbildern entfernt haben, die vormals zu deren Kodifizierung führten.<sup>3205</sup> Zudem scheitern für eine Typenbildung notwendige Verallgemeinerungen oftmals bereits daran, dass die jeweiligen Rechtsformen in der Rechtswirklichkeit verschiedene Strukturen aufweisen. Die Herausstellung eines Idealtyps hätte zudem stets die latente Gefahr in sich, dass dieses rechtliche Konstrukt den wirklichen Lebenssachverhalt nicht erfassen kann.<sup>3206</sup> Ferner darf eine wenn auch notwendige Rechtssicherheit nicht als Bedingung haben, die Lebendigkeit eines Rechtsgebiets über Gebühr einzugrenzen. Die Einschlägigkeit eines Typenzwangs hätte seinerseits die Rechtsunsicherheit zur Folge, wann eine unzulässige Typusabweichung selbst gegeben wäre.<sup>3207</sup> Es ist insofern Sache des Gesetzgebers, bestimmte Gestaltungen durch zwingende Normen zu verankern.<sup>3208</sup> Diesen Bedürfnissen ist der Gesetzgeber bei den jeweiligen Rechtsformen auch in unterschiedlichem Umfang nachgekommen. Ein darüber hinausgehender Wille, dass dispositive Regelungen einzeln oder in ihrer Gesamtheit einen zwingenden Kern enthalten, ist nicht ersichtlich. Durch dispositive Regelungen wird zwar die Vorstellung des Gesetzgebers von einer gerechten und zweckmäßigen Bewertung der gewöhnlichen Interessenlage wiedergegeben, indes geht ein allgemeingültiger Typenzwang damit nicht einher.<sup>3209</sup> Der Lehre vom Typenzwang fehlt insofern eine Daseinsberechtigung, da die gesetzgeberischen Wertungen durch die guten Sitten sowie durch Treu und Glauben ausreichend berücksichtigt werden.<sup>3210</sup> Soweit man indes den Typenzwang auf wirtschaftlich- und sozialpolitische Grundgedanken zurückführt, birgt dies die Gefahr des politisch abhängigen Gesellschaftsrechts, ohne dass diese Ziele sich im Gesetz wiederfinden.<sup>3211</sup> Die Gestaltung einer Rechtsform, welche zu einer Divergenz zum gesetzlichen Regeltypus führt, ist daher nach alldem nicht schlechthin verboten.<sup>3212</sup>

## **2. Möglichkeiten zur Anpassung**

Ein etwaiger Typenzwang steht insofern einer Angleichung der Rechtsverhältnisse der Unternehmersgesellschaft an die des eingetragenen Vereins nicht entgegen. Ob und inwieweit eine solche Anpassung erfolgt, beurteilt sich stets anhand der Vorgaben des Einzelfalls. Eine

---

<sup>3202</sup> Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 771.

<sup>3203</sup> K.Schmidt GesR S. 109; vgl. Kübler/Assmann S. 335.

<sup>3204</sup> BGH NJW 1997, 1923, 1925; Sack, in: DB 1974, 369, 372; Westermann, in: AcP 175 (1975), 375, 415; Claussen, in: GmbHR 1996, 73, 77.

<sup>3205</sup> Wiedemann Bd. I S. 74; Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 751f.

<sup>3206</sup> Röhricht, in: ZGR 1999, 445, 450.

<sup>3207</sup> Vgl. BGHZ 45, 204, 206; vgl. Sack, in: DB 1974, 369, 372.

<sup>3208</sup> So, BGHZ 45, 204, 206; vgl. Sack, in: DB 1974, 369, 372.

<sup>3209</sup> Westermann Vertragsfreiheit S. 44ff, 56. Zustimmung, Sack, in: DB 1974, 369, 372. Vgl. Wüst, in: Festschrift Duden 1977, S. 749, 759.

<sup>3210</sup> Sack, in: DB 1974, 369, 372f.

<sup>3211</sup> So, K.Schmidt GesR S. 114ff.

<sup>3212</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 1923, 1924.

Anpassung kommt dann zum Tragen, wenn es der Zielvorgabe der Rechtsanwender entspricht, mithin eine Angleichung der Verhältnisse der Unternehmergeellschaft an die des eingetragenen Vereins punktuell bzw. teilweise als vorteilhaft bewertet wird. Durch diese Gestaltung kann die Bandbreite des Einsatzbereichs und damit die Stellung der Unternehmergeellschaft als Alternative zum eingetragenen Verein in absoluter Hinsicht erhöht werden.

#### **a) Allgemeines**

Es wurde angeführt, dass diverse Unterschiede keiner Abdingbarkeit unterliegen. Dennoch besteht insoweit die Möglichkeit, das Recht der Unternehmergeellschaft an die Regelungen des eingetragenen Vereins anzugleichen. Die nachfolgende Darstellung erhebt indes keinen Anspruch auf Vollständigkeit aller denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten. Es wird vielmehr gezeigt, wie trotz der Notwendigkeit von Geschäftsanteilen sowie dem Bestehen von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten eine Anpassung an den eingetragenen Verein erfolgen kann.

#### **b) Gesellschafterebene**

Zunächst kann eine Angleichung an den eingetragenen Verein über die Veränderung der Mitgliedsrechte und -pflichten erfolgen. Darüber hinaus sind Erleichterungen im Rahmen des Mitgliedserwerbs möglich.

##### **aa) Nebenleistungspflichten**

Wie gezeigt, erfolgt die materielle Ausstattung des Vereins grundsätzlich durch regelmäßig zu erbringende Mitgliedsbeiträge. Da eine derartige Beitragspflicht nicht zwingend ist, kann statutarisch<sup>3213</sup> auch geregelt sein, dass die Vereinsmitglieder keine Beiträge zu leisten haben. Zu erbringende Beiträge können Geld-, Sach- oder Dienstleistungen beinhalten, die einmalig oder wiederkehrend zu erfüllen sind und als kooperationsrechtliche Pflicht der Förderung des Vereinszwecks dienen.<sup>3214</sup> Es ist zulässig, dass Mitglieder oder Mitgliedsgruppen von der Beitragspflicht ganz oder teilweise befreit werden, bzw. dass die Beitragspflicht unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes nur eine bestimmte Gruppe der Mitglieder trifft.<sup>3215</sup>

Nach dem Gesetz muss der Gesellschafter einer Unternehmergeellschaft lediglich seine Einlage auf den Geschäftsanteil erbringen, § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Die Einlage muss dabei voll und in bar erbracht werden, § 5a Abs. 2 GmbHG. Insofern enthält das GmbH-Recht in Bezug auf das gesondert gebundene Stammkapital einer Unternehmergeellschaft keine Möglichkeit der Erbringung von wiederkehrenden Leistungen oder anderen Leistungen wie etwa Sacheinlagen.

Diesem Umstand kann man indes dadurch begegnen, dass man die entsprechenden Pflichten, die im Verein als Beitragspflichten statuiert worden wären, als sog. Nebenleistungspflichten i. S. v. § 3 Abs. 2 GmbHG verbindlich regelt. Die Nebenleistungspflichten sind von der Pflicht zur Erbringung des Stammkapitals zu unterscheiden, wodurch sie nicht den strengen Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung unterfallen. Die Nebenleistungen sind zudem

---

<sup>3213</sup> Ob es einer ausdrücklichen Regelung der Beitragsfreiheit bedarf, ist umstritten. Bejahend: Müller, in: MDR 1992, 924, 924. Verneinend: Soergel/Hadding § 38 Rn. 21a; Stöber/Otto Rn. 349; Staudinger/Weick § 58 Rn. 3; Reichert Rn. 895.

<sup>3214</sup> Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 117; Reichert Rn. 886; Stöber/Otto Rn. 348.

<sup>3215</sup> Münch Hdb GesR V/Waldner § 39 Rn. 9.

von etwaigen Nachschusspflichten (§ 26 Abs. 1 GmbHG) zu trennen. Bei der konkreten Ausformung der Nebenleistungspflichten besteht eine umfassende Freiheit, so dass all das Gegenstand der Pflicht sein kann, was auch schuldvertraglich geregelt werden könnte.<sup>3216</sup> Insofern sind Sachleistungen, Geldleistungen sowie Handlungen in einmaliger oder wiederkehrender Form taugliche Gegenstände der Nebenleistungspflicht.<sup>3217</sup> Zudem ist es nicht erforderlich, dass die Pflichten alle Mitglieder gleichermaßen treffen.<sup>3218</sup> Ferner steht es den Gesellschaftern frei, diese Pflichten nicht als mitgliedschaftliche, sondern als schuldrechtliche<sup>3219</sup> Pflichten auszugestalten.<sup>3220</sup> Die Nebenleistungspflichten können sogar in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung die Pflicht zur Erbringung der Einlagen verdrängen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass unentgeltliche Nebenleistungspflichten nicht das steuerliche Einkommen und den Gewerbeertrag erhöhen<sup>3221</sup> und damit insoweit eine steuerrechtliche Parallele zu den echten Mitgliedsbeiträgen<sup>3222</sup> besteht.

## **bb) Nutzung der Einrichtungen und Gegenstände der Gesellschaft**

Die Vereinsmitglieder haben unter Berücksichtigung statutarischer und anderer Vereinsbestimmungen das Recht, die Vereinseinrichtungen zu benutzen, die Dienstleistungen des Vereins in Anspruch zu nehmen und sonstige Leistungen des Vereins zu beziehen.<sup>3223</sup> Diese Rechte, sog. Vorteilsrechte bzw. Werte- und Benutzungsrechte, entspringen keiner gesetzlichen Pflicht, obgleich sie regelmäßig eingeräumt gewährt.

Auch das GmbHG enthält keine Regelungen über die Nutzung der Einrichtungen der Gesellschaft durch die Gesellschafter, hingegen derartige Rechte durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden können<sup>3224</sup>, auch wenn die Schaffung der Rechte nicht der gefühlten Selbstverständlichkeit wie im Vereinsrecht entspricht. Die konkrete Gestaltung kann grundsätzlich frei gewählt werden, obgleich stets die Bindung des Stammkapitals sowie § 5a Abs. 3 GmbHG zu beachten sind, da der Rechtsposition ein Vermögenswert zukommt.<sup>3225</sup> Die Rechte können einzelnen Gesellschaftern durch den Gesellschaftsvertrag als Sonderrechte gewährt werden.<sup>3226</sup> Sie können ebenso als sog. Sondervorteile eingeräumt werden.<sup>3227</sup> Die Sondervorteile sind als persönliche Rechtsposition nicht mit dem Geschäftsanteil verbunden, bedürfen aber als Wirksamkeitsvoraussetzung der

---

<sup>3216</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 74; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 39; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 69; Ulmer/Ulmer/Löbke § 3 Rn. 69; Rohrer S. 34; Janke S. 11.

<sup>3217</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 74; Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 50; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 32, 36; Roth/Altmeyen § 3 Rn. 29; Ensthaler/Füller/Schmidt § 3 Rn. 25; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 112.

<sup>3218</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 74; Roth/Altmeyen § 3 Rn. 31a.

<sup>3219</sup> Sog. Nebenabreden.

<sup>3220</sup> Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 50; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 57.

<sup>3221</sup> Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 119; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 73; Ulmer/Ulmer/Löbke § 3 Rn. 65; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 78: Bei unentgeltlichen Nebenleistungen handelt es sich nicht um eine Schenkung.

<sup>3222</sup> Stöber/Otto Rn. 1585; Reichert Rn. 907; Märkle/Alber S. 365f; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 505; Frottscher Rn. 173.

<sup>3223</sup> Münch Hdb GesR V/Schöpflin § 34 Rn. 5, Reichert Rn. 804f; Stöber/Otto Rn. 343; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 340; Staudinger/Weick § 35 Rn. 4.

<sup>3224</sup> Baumbach/Hueck § 3 Rn. 46; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 98; vgl. Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 54 (17. Auflage); Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 13.

<sup>3225</sup> Baumbach/Hueck § 3 Rn. 45; Aker S. 133.

<sup>3226</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 98; Ensthaler/Füller/Schmidt § 45 Rn. 7; Scholz/Seibt § 14 Rn. 22; Aker S. 133.

<sup>3227</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 99; Ensthaler/Füller/Schmidt § 3 Rn. 31.

Aufnahme im Gesellschaftsvertrag, obschon die Begründung des Sondervorteils mittels schuldrechtlichen Vertrages erfolgt.<sup>3228</sup>

Den Gesellschaftern kann daher das Recht eingeräumt werden, bewegliche oder unbewegliche Sachen der Gesellschaft zu nutzen, so dass insofern Grundstücke, Wohnungen, Fahrzeuge und Freizeiteinrichtungen in Betracht kommen, wobei die Nutzung entgeltlich oder unentgeltlich gewährt werden kann.<sup>3229</sup> Die weitere Ausführung nebst entsprechenden Nutzungsbedingungen kann in einem schuldrechtlichen Vertrag geregelt werden.<sup>3230</sup>

### cc) Übertragung und Vererbbarkeit des Geschäftsanteils

Die Vereinsmitgliedschaft ist gem. § 38 S. 1 BGB nicht übertragbar und nicht vererblich. Hiervon kann die Satzung gem. § 40 S. 1 BGB abweichende Regelungen treffen, auch wenn es in der Praxis der nichtwirtschaftlichen Vereine in der Regel an einem entsprechenden Bedürfnis fehlen dürfte, da mit der Mitgliedschaft grundsätzlich keine Vermögensbeteiligung verbunden sein wird.<sup>3231</sup> Insofern kann festgehalten werden, dass es nicht nur dem gesetzlichen Ausgangspunkt, sondern auch der weitestgehend gelebten Vereinspraxis entspricht, dass die Mitgliedschaft weder übertragbar noch vererbbar ist.

Im Gegensatz dazu sieht § 15 Abs. 1 GmbHG vor, dass der Geschäftsanteil veräußerlich und vererbbar ist. Während, wie bereits gezeigt, der Gesellschaftsvertrag die Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils ausschließen kann<sup>3232</sup>, ist ein Ausschluss der Vererbbarkeit nicht zulässig<sup>3233</sup>.

Dem nicht zulässigen Ausschluss der Vererbbarkeit kann indes durch vertragliche Gestaltung begegnet werden.

Der Geschäftsanteil kann mit dem Tod des Erblassers nicht automatisch eingezogen werden.<sup>3234</sup> Als zulässig wird jedoch angesehen, im Gesellschaftsvertrag für diese Fälle ein Einziehungsrechts nach § 34 GmbHG zu verankern.<sup>3235</sup> Folge dessen ist, dass im Anschluss an den Erbfall der auf die Erben übergegangene Geschäftsanteil eingezogen wird. Die Einziehung bewirkt dabei nach ganz h. M. den Untergang des Geschäftsanteils.<sup>3236</sup> Eine Begrenzung oder gar ein Ausschluss des zu zahlenden Entgeltes ist zulässig, auch wenn dadurch erbrechtliche Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten und Nachlassgläubigern gegen die beschenkten Gesellschafter bestehen können.<sup>3237</sup>

---

<sup>3228</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 99; Münch Hdb GesR III/Schiessl § 31 Rn. 10f; Aker S. 84.

<sup>3229</sup> Aker S. 133.

<sup>3230</sup> Aker S. 133f.

<sup>3231</sup> K.Schmidt GesR S. 704.

<sup>3232</sup> RGZ 80, 175, 179; Roth/Altmeyen § 15 Rn. 107; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 3f; Kübler/Assmann S. 280.

<sup>3233</sup> Roth/Altmeyen § 15 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 11; Wicke § 15 Rn. 7; Baumbach/Hueck § 15 Rn. 9; Kübler/Assmann S. 280; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 438; K.Schmidt GesR S. 1050; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann/Passarge § 14 Rn. 36; Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 210; a. A. noch, RGZ 80, 175, 179.

<sup>3234</sup> Vgl. hierzu, Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 3; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 11; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 11f; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 441; a. A. Haegele, in: GmbHR 1972, 219, 221.

<sup>3235</sup> Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 11; K.Schmidt GesR S. 1050; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Römermann/Passarge § 14 Rn. 36; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 17; Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 210; vertiefend, Nagler S. 51ff.

<sup>3236</sup> Baumbach/Hueck § 34 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff § 34 Rn. 2; Roth/Altmeyen § 34 Rn. 76; Ensthaler/Füller/Schmidt § 34 Rn. 1; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 17; Langner/Heydel, in: GmbHR 2005, 377, 379.

<sup>3237</sup> BGH BB 1977, 563, 564; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 17; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 19f; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 461f; Beck'sches Hdb der GmbH/Schacht § 12 Rn. 217.

Anstatt der Einziehung ist auch eine für diese Fälle vorgesehene gesellschaftsvertragliche Kaduzierung des Geschäftsanteils zulässig.<sup>3238</sup> Darüber hinaus besteht die Möglichkeit von gesellschaftsvertraglichen Abtretungspflichten<sup>3239</sup> oder sog. Nachfolgeklauseln<sup>3240</sup>, wodurch eine Bestimmung der Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters möglich ist. Denkbar ist auch eine Verknüpfung der aufgezeigten Regelungen miteinander.

Im praktischen Ergebnis ist daher neben der Übertragbarkeit auch eine umfängliche Einschränkung der freien Vererbbarkeit zulässig. Die Kehrseite der Einziehung, der Abtretung und der Kaduzierung sind indes, sofern nicht ausgeschlossen, die Abfindungsansprüche und soweit diese ausgeschlossen sind, die möglichen erbrechtlichen Ansprüche. Zudem wirkt sich die Einziehung auf das Verhältnis von Stammkapital und Nennbeträgen aus.

#### **dd) Erwerb der Mitgliedschaft**

Der Eintritt in einen Verein ist grundsätzlich einfach und unkompliziert<sup>3241</sup>, sofern die Satzung keine umfangreichen Erschwerungen vorsieht. Die Mitgliedschaft wird durch Gründungsbeteiligung oder späteren Beitritt erworben. Soweit die Satzung die Mitgliedschaft übertragbar und vererbbar stellt, kommt ein abgeleiteter Erwerb in Betracht. Gem. § 58 Nr. 1 BGB soll die Satzung Bestimmungen über den Eintritt der Mitglieder enthalten. Weitergehende Anforderungen sieht das bürgerlich-rechtliche Vereinsrecht nicht vor.

Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft wird durch Übernahme eines Geschäftsanteils bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung oder durch nachträgliche Übertragung eines Geschäftsanteils erworben. Ein späterer Erwerb bedingt die Übernahme eines durch eine Kapitalerhöhung geschaffenen oder der Übernahme eines schon bestehenden Geschäftsanteils. Sofern daher kein bereits bestehender Geschäftsanteil übernommen wird und auch keine Teilung von Geschäftsanteilen zuvor erfolgt, muss der jeweilige Geschäftsanteil erst im Wege einer Stammkapitalerhöhung geschaffen werden. Die Erhöhung des Kapitals ist im Rahmen der ordentlichen Kapitalerhöhung gem. §§ 55 bis 57a GmbHG oder durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln gem. §§ 57c bis 57o GmbHG möglich. Beide Varianten unterliegen einer Reihe von Voraussetzungen.<sup>3242</sup> Sie bedingen u. a. Beschlüsse, der Einbindung von Notaren sowie der Eintragungen in das Register nebst Bekanntmachung. Im Falle der ordentlichen Kapitalerhöhung muss das Kapital aufgebracht werden, während bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln die neu entstehenden Geschäftsanteile den bisherigen Gesellschaftern zufallen, indes im Nachgang übertragen werden können.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass selbst der Erwerb eines bestehenden Geschäftsanteils an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, da gem. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG die entsprechenden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte der notariellen Form bedürfen. Der neue Gesellschafter ist sodann in die Gesellschafterliste einzutragen, § 40 GmbHG.

---

<sup>3238</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 27f; Ensthaler/Füller/Schmidt § 15 Rn. 9; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 457f; Nagler S. 173ff.

<sup>3239</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 12ff; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 15ff; Scholz/Seibt § 15 Rn. 32f; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 452ff; Nagler S. 108ff; Langner/Heydel, in: GmbHR 2005, 377, 378.

<sup>3240</sup> Vertiefend, Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 25 Rn. 8ff; Lutter/Hommelhoff § 15 Rn. 14; Ulmer/Löbbe § 15 Rn. 13, 15.

<sup>3241</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 24.

<sup>3242</sup> Vgl. E. XIII. 3. b) cc).

Es zeigt sich, dass der Erwerb der Mitgliedschaft in einer Unternehmergeellschaft im Vergleich zum eingetragenen Verein wesentlich erschwert ist.<sup>3243</sup> Dies führt zu einer gewissen Starre in Bezug auf die Möglichkeit, neue Mitglieder für die Gesellschaft zu gewinnen. Entweder müssen bereits vorhandene Geschäftsanteile veräußert werden oder es bedarf einer konkreten Schaffung eines Geschäftsanteils durch eine ordentliche Kapitalerhöhung respektive durch eine nominelle Kapitalerhöhung mit anschließendem Erwerb des geschaffenen Geschäftsanteils durch den neuen Gesellschafter.

Diesem Umstand kann durch die nachfolgenden Maßnahmen ein wenig mehr Flexibilität verliehen werden, auch wenn dadurch der gesamte komplexe Erwerbsmechanismus nicht aufgehoben werden kann.

### **(1) Festsetzung eines Höchstbetrages bei einer Kapitalerhöhung**

Der im Kapitalerhebungsbeschluss notwendig enthaltene Erhöhungsbetrag kann nicht nur durch einen sog. Fixbetrag, sondern auch durch einen Höchstbetrag festgelegt werden.<sup>3244</sup> Dies bedeutet, dass bis zu diesem Betrag innerhalb einer Frist, die nach h. M. sechs Monate nicht überschreiten darf, ein bestimmter Betrag gezeichnet werden kann, wobei der in das Handelsregister eingetragene Betrag sodann als beschlossener Erhöhungsbetrag gilt.<sup>3245</sup>

### **(2) Genehmigtes Kapital**

Durch das MoMiG wurde die Möglichkeit der Erhöhung des Stammkapitals in Form des genehmigten Kapitals geschaffen, § 55a GmbHG. Dadurch werden bestimmte Zuständigkeiten im Rahmen der Kapitalerhöhung von den Gesellschaftern auf die Geschäftsführer verschoben. Der Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführer insoweit ermächtigen, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlage zu erhöhen, § 55a Abs. 1 S. 1 GmbHG. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf indes lediglich maximal die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, betragen, § 55a Abs. 1 S. 2 GmbHG. Darüber hinaus ist die Ermächtigung zeitlich auf fünf Jahre begrenzt, § 55a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG. Das genehmigte Kapital ist in das Handelsregister einzutragen und darf nur zu einer ordentlichen Kapitalerhöhung ermächtigen.<sup>3246</sup> Es ist zulässig, Einschränkungen durch Bezugsregeln, Vorgabe der Nennwerte der Geschäftsanteile sowie durch konkrete Zweckbestimmungen vorzunehmen.<sup>3247</sup> Ansonsten entscheidet die Geschäftsführung ohne Beschränkung im Rahmen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages über die Stückelung des Erhöhungsbetrages sowie über den Zeitpunkt der Ausgabe.<sup>3248</sup> Auch hier ist es möglich, das

---

<sup>3243</sup> So auch, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 24; Miras Rn. 407.

<sup>3244</sup> MüKo GmbHG/Lieder § 55 Rn. 34, 36; Ulmer/Ulmer § 55 Rn. 17; Scholz/Priester § 55 Rn. 19; Baumbach/Hueck § 55 Rn. 11; Wicke § 55 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 5. Die Zulässigkeit eines Höchstbetrages wurde durch die Schaffung von § 55a GmbHG im Rahmen des MoMiG nicht beseitigt, MüKo GmbHG/Lieder § 55 Rn. 37; Scholz/Priester § 55 Rn. 19.

<sup>3245</sup> MüKo GmbHG/Lieder § 55 Rn. 36ff; Ulmer/Ulmer § 55 Rn. 17; Scholz/Priester § 55 Rn. 19; a. A. Baumbach/Hueck § 55 Rn. 11; Wicke § 55 Rn. 5; Die Durchführung ist unverzüglich zu betreiben.

<sup>3246</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 121; MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 11, 18.

<sup>3247</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 125f, 129; Baumbach/Hueck § 55a Rn. 7; Roth/Altmeppen § 55a Rn. 18; Scholz/Priester § 55a Rn. 18.

<sup>3248</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 126f; Baumbach/Hueck § 55a Rn. 15; Roth/Altmeppen § 55a Rn. 4; vgl. Lutter/Hommelhoff § 55a Rn. 13; Scholz/Priester § 55a Rn. 24; MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 29.

Bezugsrecht der Gesellschafter auszuschließen.<sup>3249</sup> Der Wert der Altanteile kann durch ein zusätzliches Aufgeld gewahrt werden.

Die Erhöhung des Stammkapitals im Wege des genehmigten Kapitals folgt im Übrigen den Vorgaben der ordentlichen Kapitalerhöhung, so dass grundsätzlich die dortigen allgemeinen Regeln gelten.<sup>3250</sup> Die Geschäftsführer sind gleichsam berechtigt, die redaktionelle Anpassung der satzungsmäßigen Bestimmungen über das Stammkapital ohne weiteren Gesellschafterbeschluss vorzunehmen.<sup>3251</sup> Sinn des genehmigten Kapitals ist es, die Ausführungskompetenz zur Kapitalerhöhung teilweise an die Geschäftsführer zu übertragen, wodurch die Kapitalerhöhung mehr Flexibilität erlangen kann.<sup>3252</sup>

Trotz dieser Erleichterung darf nicht außer Acht bleiben, dass die notwendigen notariellen Beurkundungen sowie die Eintragungen in das Handelsregister Kosten mit sich bringen. So verursachen allein die Eintragung der Ermächtigung wie auch die Eintragung der Kapitalerhöhung Registerkosten in Form einer Aufwandsgebühr in Höhe von jeweils 270,00 €, § 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 GNotKG i. V. m. Nr. 2400 HRegGebV.<sup>3253</sup>

### **(3) Teilung von Anteilen**

Des Weiteren kann ein bereits bestehender Geschäftsanteil geteilt werden. Im Anschluss daran kann dann ein aus der Teilung hervorgehender Geschäftsanteil zum Erwerb bereitstehen. Soweit nichts Abweichendes vereinbart ist, fällt die Teilung von Geschäftsanteilen in den Aufgabenkreis der Gesellschafter, § 46 Nr. 4 GmbHG. Insofern kann die Zuständigkeit den Geschäftsführern übertragen werden, § 45 Abs. 2 GmbHG. Gleichsam ist die Zustimmung der von der Teilung betroffenen Gesellschafter nicht erforderlich, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes vorsieht.<sup>3254</sup> Geschäftsanteile können ohne Einschränkung und damit auch vorratsweise geteilt werden, solange der Nennbetrag der Geschäftsanteile auf volle Euro lautet, § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG.<sup>3255</sup> Es ist zudem zulässig, dass die Gesellschafter bereits bei der Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen, § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Teilbare Rechte und Pflichten gehen proportional auf die neuen Geschäftsanteile über.<sup>3256</sup> Die gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG erforderlichen Angaben müssen nach einmal erfolgter Anmeldung und Eintragung bei eintretenden Änderungen nicht angepasst werden.<sup>3257</sup>

---

<sup>3249</sup> Scholz/Priester § 55a Rn. 35ff; MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 62; vgl. Ensthaler/Füller/Schmidt § 55a Rn. 12.

<sup>3250</sup> Wicke § 55 Rn. 14; MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 46.

<sup>3251</sup> Münch Hdb GesR III/Wegmann § 53 Rn. 128; Heckschen/Heidinger § 10 Rn. 83; vgl. Baumbach/Hueck § 55a Rn. 21. Lutter/Hommelhoff § 55a Rn. 33ff: Das Formerfordernis des § 53 Abs. 1 und 2 GmbHG gilt dann nicht für den Beschluss der Geschäftsführer. Scholz/Priester § 55a Rn. 32: Den Geschäftsführern kommt die Befugnis als Annexkompetenz zur Erhöhungsermächtigung zu. Es empfiehlt sich jedoch, eine entsprechende Befugnis im Ermächtigungsbeschluss explizit zu erklären. Zum Streitstand insgesamt, MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 40ff.

<sup>3252</sup> Baumbach/Hueck § 55a Rn. 12; Lutter/Hommelhoff § 55a Rn. 8f; Roth/Altmeppen § 55a Rn. 1a.

<sup>3253</sup> Enthält die Gründungssatzung bereits ein genehmigtes Kapital, fallen neben den Kosten der Ersteintragung keine weiteren Kosten an, MüKo GmbHG/Lieder § 55a Rn. 89.

<sup>3254</sup> Ensthaler/Füller/Schmidt § 46 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn. 18; Baumbach/Hueck § 46 Rn. 31a; a. A. Scholz/Emmerich § 3 Rn. 51.

<sup>3255</sup> Heckschen/Heidinger § 13 Rn. 163; Münch Hdb GesR III/Jasper § 24 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn. 17.

<sup>3256</sup> Lutter/Hommelhoff § 46 Rn. 17; Roth/Altmeppen § 46 Rn. 17a.

<sup>3257</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 55; Baumbach/Hueck § 3 Rn. 18, § 46 Rn. 31a: Die Teilung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht den Anforderungen der Satzungsänderung unterfallen.

Die Übertragung der Anteile muss jedoch auch hier den Anforderungen des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG genügen. Zudem ist nach der Übertragung eine aktualisierte Gesellschafterliste zu erstellen, § 40 GmbHG. Des Weiteren kann den neuen Gesellschafter die Haftung aus § 16 Abs. 2 GmbHG treffen.<sup>3258</sup> Schließlich verlieren die bisherigen Gesellschafter durch die Teilungen nebst Übertragungen einen Teil ihrer Rechtsposition.

#### **(4) Mitberechtigung**

Darüber hinaus ist es denkbar, dass nicht nur ein neugeschaffener oder bereits bestehender Geschäftsanteil erworben wird, sondern auch, dass an einem bestehenden Geschäftsanteil, ohne ihn zu teilen, eine Mitberechtigung in der Form eingeräumt wird, dass er in dinglicher Hinsicht mehreren Personen zusteht, wodurch nach h. M. jeder Mitberechtigte Gesellschafter wird, sofern die Gemeinschaft, der er im Rahmen der Mitberechtigung angehört, nicht ein selbstständiges Rechtssubjekt bildet.<sup>3259</sup> Die Mitberechtigten selbst bilden dann eine Gemeinschaft, die eine sog. Bruchteils-<sup>3260</sup> oder Gesamthandsgemeinschaft sein kann<sup>3261</sup>, so dass deren besondere Vorschriften neben denen aus § 18 GmbHG zu beachten sind.

Wird nunmehr ein Anteil am Geschäftsanteil veräußert, finden bei der Bruchteilsgemeinschaft die Vorschriften des § 15 Abs. 3 bis 5 GmbHG Anwendung, während bei einer Übertragung des Anteils an einer Gesamthandsgemeinschaft, zu deren Vermögen der Geschäftsanteil zählt, § 15 GmbHG nicht gelten soll.<sup>3262</sup> Zudem ist bei jeder Veränderung der Mitberechtigten eine Aktualisierung der Gesellschafterliste vorzunehmen.<sup>3263</sup>

#### **ee) Rechtsformzusatz**

Die Unternehmergesellschaft muss gem. § 5a Abs. 1 GmbHG den Rechtsformzusatz *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* oder *UG (haftungsbeschränkt)* führen. Da die Unternehmergesellschaft erst seit dem 01.11.2008 gegründet werden kann, ist eine abschließende Etablierung im Rechtsleben bisher nicht erfolgt, auch wenn bereits über 100.000 Gesellschaften bestehen.<sup>3264</sup> Die fehlende Etablierung dürfte insbesondere für das Auftreten im nichtwirtschaftlichen Bereich gelten.

Insofern ist zu beachten, dass die Verwendung des Rechtsformzusatzes *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* beim Auftreten im nichtwirtschaftlichen Bereich, insbesondere bei gemeinnützigen Gesellschaften, für Irritationen Dritter sorgen könnte, da die Begriffe *Unternehmer* und *gemeinnützig* mit voneinander abweichenden Vorstellungen verbunden sind. Dies beruht darauf, dass ihnen - isoliert betrachtet - unterschiedliche Bedeutungen zukommen. Es besteht daher die Gefahr einer Zurückweisung

---

<sup>3258</sup> Vgl. zum Umfang der Haftung aufgrund der Veränderung des Wortlauts in § 16 Abs. 2 GmbHG gegenüber der bisherigen Regelung aus § 16 Abs. 3 GmbHG a. F., Baumbach/Hueck § 16 Rn. 23; MüKo GmbHG/Heidinger § 16 Rn. 21, 188ff.

<sup>3259</sup> Vgl. Ulmer/Löbbe § 18 Rn. 9; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 18 Rn. 7, 18, 42f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 18 Rn. 5.

<sup>3260</sup> Ist eine Interessengemeinschaft ohne Zweckgemeinschaft, Palandt/Sprau § 741 Rn. 1; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 18 Rn. 14: Für die Bruchteilsgemeinschaft gelten die §§ 741ff BGB.

<sup>3261</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich des § 18 GmbHG, Michalski/Ebbing § 18 Rn. 9ff; Lutter/Hommelhoff § 18 Rn. 2.

<sup>3262</sup> Roth/Altmeppen § 18 Rn. 8f; Ulmer/Löbbe § 18 Rn. 4; MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 18 Rn. 15; Scholz/Seibt § 18 Rn. 5, 9. Michalski/Ebbing § 15 Rn. 66f: Im Falle der Gesamthandsgemeinschaften darf jedoch die konkrete Gestaltung keine Umgehung von § 15 Abs. 4 GmbHG bezwecken.

<sup>3263</sup> Roth/Altmeppen § 18 Rn. 10; vgl. MüKo GmbHG/Reichert/Weller § 18 Rn. 7, 15; Scholz/Seibt § 18 Rn. 5; vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 18 Rn. 5; Michalski/Ebbing § 18 Rn. 35.

<sup>3264</sup> Michalski/Miras § 5a Rn. 53.



durch den Rechtsverkehr, da für ihn ein vermeintlicher Dissens zwischen Unternehmensgegenstand und Firma bestehen könnte. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn in der Firma die Begriffe *Unternehmergesellschaft* und *gemeinnützig* verwendet werden.

Zur Vermeidung dieser Gefahr empfiehlt es sich, zumindest in den nächsten Jahren, bei einer nichtwirtschaftlichen Gesellschaft den Rechtsformzusatz *UG (haftungsbeschränkt)* zu verwenden<sup>3265</sup>, was selbstredend auch noch in den Folgejahren gelten dürfte, wenn sich diese Variante des Rechtsformzusatzes im Rechtsleben etabliert hat.

### **c) Einräumung von Rechten für Nichtgesellschafter**

Es hat sich gezeigt, dass der Erwerb der Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft im Vergleich zur Erlangung einer Vereinsmitgliedschaft mit höheren Hürden verbunden ist. Sofern ein Geschäftsanteil nicht mehreren zustehen soll, bedarf es stets der Übertragung des Geschäftsanteils unter Beachtung von § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG sowie der anschließenden Eintragung in die Liste der Gesellschafter. Selbst der Erwerb einer Mitberechtigung bedingt die Beachtung von bestimmten Vorschriften. Besteht der zu übertragende Geschäftsanteil nicht, muss dieser zuvor durch Kapitalerhöhung oder Teilung geschaffen werden. Die unkomplizierteren Ein- und Austrittsmöglichkeiten beim Verein führen daher dazu, dass dieser gegenüber der Unternehmergesellschaft im Vorteil ist, wenn ein wechselnder Mitgliederstamm respektive weitere Eintritte in den Verband zulässig sein sollen.<sup>3266</sup>

Dieses Problemfeld kann dann eine Verminderung erfahren, wenn eine gesellschafterähnliche Rechtsposition auch außenstehenden Dritten eingeräumt werden kann, ohne dass es zu einer Übernahme eines Geschäftsanteils kommt. Betrachtet werden somit allein die rechtlichen und nicht die faktischen Möglichkeiten des Drittbezugs.

#### **aa) Rechtsgestaltung**

##### **(1) Einräumung durch den Gesellschaftsvertrag**

Denkbar ist zunächst, dass außenstehenden Dritten durch den Gesellschaftsvertrag korporative Rechte eingeräumt werden. Derartiges hätte gegenüber der vertraglichen Fixierung den Vorteil der umfassenderen Bindungswirkung. Zudem kann eine Änderung der Grundordnung der Gesellschaft nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgen.<sup>3267</sup>

Es ist indes umstritten, ob außenstehenden Dritten durch den Gesellschaftsvertrag eigenständige Rechte in der Form echter Vertragsbestandteile eingeräumt werden können.<sup>3268</sup> Für einen generellen Ausschluss wird angeführt, dass der Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag auf die Verbandsbinnenstruktur beschränkt ist und daher nicht unmittelbare Rechte von Nichtgesellschaftern regeln kann.<sup>3269</sup> Zudem wird vertreten, dass die

---

<sup>3265</sup> Ebenso, Miras Rn. 409.

<sup>3266</sup> Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 24; Miras Rn. 407. MüKo GmbHG/Mayer § 2 Rn. 80: Die formbedürftige Anteilsveräußerung hält die Praxis trotz einer fehlenden Höchstzahl an Gesellschaftern von „Publikums-GmbHs“ ab.

<sup>3267</sup> Klosterkemper S. 28.

<sup>3268</sup> Bejahend: Roth/Altmeppen § 3 Rn. 46; Klosterkemper S. 343. Verneinend: Lutter/Hommelhoff § 3 Rn. 98; Michalski/Michalski § 3 Rn. 85; Ulmer/Ulmer/Löbbe § 3 Rn. 48; Ulmer/Hüffer/Schürmbrand § 47 Rn. 34; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 120f; MüKo GmbHG/Liebscher § 45 Rn. 48; Baumbach/Hueck § 53 Rn. 11; vgl. K.Schmidt GesR S. 87.

<sup>3269</sup> MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 120; Staudinger/Jagmann § 328 Rn. 181; Ulmer/Ulmer § 3 Rn. 46; ders., in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 923f.

Regelung des § 26 Abs. 1 AktG kein gegenteiliges Ergebnis zu erzeugen vermag, da die Vorschrift zwar vorsieht, dass diverse Rechte Dritter in die Satzung aufgenommen werden müssen, jedoch die Norm nicht gleichsam festlegt, dass diese Rechte echte Vertragsbestandteile werden.<sup>3270</sup>

Demgegenüber wird von denen, die eine Einräumung grundsätzlich als zulässig ansehen, ins Feld geführt, dass die Schaffung solcher Rechtspositionen gerade der Satzungsautonomie folgt.<sup>3271</sup> Es sei zudem nicht entscheidend, ob der Gesellschaftsvertrag begrifflich als Organisationsvertrag anzusehen ist, da der Ausschluss vielmehr auf materiellen Erwägungen zu begründen sei.<sup>3272</sup> Des Weiteren wird vertreten, dass § 53 Abs. 1 GmbHG eine „besondere Bestimmung“ i. S. v. § 328 Abs. 2 BGB darstellt, so dass die Schaffung von Rechten, welche den Dritten ohne deren Zustimmung wieder entzogen werden können, mit der Regelung im Einklang steht, so dass es entgegen einer anders lautenden Auffassung<sup>3273</sup> daher unerheblich sein soll, dass dem Dritten kein Recht in der Form eingeräumt werden kann, dass die Aufhebung des statutarischen Rechts von seiner expliziten Zustimmung abhängt.<sup>3274</sup>

Die besseren Gründe sprechen indes dafür, dass Dritten keine korporativen Rechte eingeräumt werden können. Die Gegenauffassung kann sich insofern nicht auf den Regelungsinhalt des § 328 BGB berufen. Es kann insoweit dahinstehen, ob das für § 328 BGB bindende Rechtsgeschäft durch Vertrag oder durch Beschluss zustande kommt, da § 328 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch beinhaltet und Rechte Dritter aus korporativen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrages dem nicht unterfallen, insbesondere dann nicht, wenn sie mit Pflichten verbunden sind.<sup>3275</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass der Regelungsgegenstand echter Vertragsbestandteile eng begrenzt ist, da sie ausschließlich das Verbandsinnenrecht betreffen und Nichtgesellschafter bereits per Begrifflichkeit in diesen Bereich nicht einbezogen sind. Insofern scheidet die Zulässigkeit nicht an der begrifflichen Vorgabe des Organisationsvertrages, sondern an der dahinterstehenden Eigenschaft. Der Gesellschaftsvertrag ist im Ergebnis kein Vertrag im schuldrechtlichen Sinne, welcher konkrete Personen berechtigt und verpflichtet, sondern er bildet in seinem vorgegebenen Rahmen die Grundlage der Gesellschaft.<sup>3276</sup>

## **(2) Einräumung in schuldrechtlichen Abreden**

Demgegenüber können Nichtgesellschafter mit der Gesellschaft oder mit den Gesellschaftern schuldrechtliche Verträge schließen. Diese folgen den allgemeinen Regeln. Die daraus erwachsenen Rechte können dann im Gesellschaftsvertrag als unechte Bestandteile verankert werden. Dies ist allgemein anerkannt. Die eingeräumten Rechte können zudem ohne entsprechenden Vorbehalt nicht einseitig verändert oder aufgehoben werden. Durch die vertraglichen Beziehungen werden indes nur die Vertragsparteien gebunden. Schuldrechtliche Verträge vermögen daher keine weitergehende Bindungswirkung zu erzeugen, noch können sie die Grundordnung der Gesellschaft ändern.<sup>3277</sup>

---

<sup>3270</sup> Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 926f.

<sup>3271</sup> Klosterkemper S. 344; vgl. Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 474.

<sup>3272</sup> Klosterkemper S. 42; Weber S. 167; vgl. Wolff S. 167.

<sup>3273</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 120; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 924.

<sup>3274</sup> Klosterkemper S. 46f; Wolff S. 168f.

<sup>3275</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1314f.

<sup>3276</sup> Vgl. zur Vereinssatzung, MüKo/Reuter § 25 Rn. 33.

<sup>3277</sup> Klosterkemper S. 79ff.

Die Zulässigkeit von schuldrechtlichen Rechten Dritter ist indes beschränkt, wobei die Begründung und die Weite der Einschränkung umstritten sind.<sup>3278</sup> Die Darlegung der zahlreichen Gestaltungsmöglichkeiten sowie der dazu vertretenen Auffassungen würden den Rahmen dieser Arbeit übersteigen, so dass hier lediglich grundlegende Erwägungen wiedergegeben werden. Die Rechtmäßigkeit der Gestaltung ist jedoch für jeden Einzelfall konkret zu untersuchen.<sup>3279</sup> Als Grundsatz wird insofern angeführt, dass es nicht zulässig sein soll, den Fremdeinfluss auf einen Verband so zu gestalten, dass er sein „Wesen“<sup>3280</sup> verliert, mithin nicht mehr von seinen Mitgliedern getragen wird.<sup>3281</sup> Der Einfluss Dritter findet daher dort seine Grenzen, wo das Schicksal der Gesellschaft in die Hände von Außenstehenden gelegt wird.<sup>3282</sup>

## **bb) Rechte und Pflichten**

### **(1) Mitwirkungsrechte bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages**

Das größte Augenmerk in der Diskussion über die Einräumung von Drittrechten erfährt die Frage, ob es zulässig ist, Nichtgesellschaftern Mitwirkungsrechte bei der Satzungsänderung zu gewähren.<sup>3283</sup> Dieses Problemfeld ist von der ebenso umstrittenen, oben angeführten und hier verneinten Frage, ob außenstehenden Dritten statutarische Rechte eingeräumt werden können, zu unterscheiden.<sup>3284</sup>

Einem Nichtgesellschafter kann wegen der mitgliedschaftlichen Natur bzw. wegen des fehlenden Bezugs zur Gesellschafterversammlung ein unmittelbares eigenes Stimmrecht im Rahmen der Gesellschafterbeschlüsse nicht eingeräumt werden.<sup>3285</sup> Erst recht kann einem Nichtgesellschafter nicht die Befugnis zugesprochen werden, den Gesellschaftsvertrag zu ändern.<sup>3286</sup>

Umstritten ist indes, ob außenstehenden Dritten Mitwirkungsrechte in der Form von Zustimmungsvorbehalten zur Änderung des Gesellschaftsvertrages eingeräumt werden können<sup>3287</sup>, oder ob dem die Autonomie der Gesellschafter entgegensteht<sup>3288</sup>. Die zuletzt genannte Auffassung ist h. M. im Recht der GmbH. Demgegenüber finden sich im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht mehr Stimmen, die einen entsprechenden Außeneinfluss von Vereinsfremden zulassen.<sup>3289</sup> Dies beruht auf den Umständen, dass die Autonomie des bürgerlich-rechtlichen Vereins aufgrund seiner vermehrten Einordnung in übergeordnete Verbände einen anderen Stellenwert einnimmt und zudem die allgemeinen Maßstäbe durch die Betrachtung von kirchlich-religiösen Vereinen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben verschoben werden.<sup>3290</sup> Problematisch ist zudem, dass

---

<sup>3278</sup> Vgl. Klosterkemper S. 212ff.

<sup>3279</sup> Vgl. Klosterkemper S. 232.

<sup>3280</sup> Vgl. kritisch zu einer Begründung basierend auf dem „Wesen“ einer Gesellschaft, Klosterkemper S. 233f; Weber S. 151f; Wolff S. 114f.

<sup>3281</sup> Vgl. KG OLGZ 1974, 385, 389f, zum Verein.

<sup>3282</sup> Klosterkemper S. 222; Weber S. 211ff; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 474f.

<sup>3283</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 918.

<sup>3284</sup> Vgl. K.Schmidt GesR S. 87; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 34f.

<sup>3285</sup> Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 20; Klosterkemper S. 49; MüKo/Gottwald § 328 Rn. 71; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 919; a. A. Weber S. 331ff.

<sup>3286</sup> Weber S. 329.

<sup>3287</sup> Vgl. Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 12; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 34f. Für eine statutarische Zulässigkeit, Baier S. 55ff; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 477.

<sup>3288</sup> Vgl. RGZ 169, 65, 80f; MüKo/Gottwald § 328 Rn. 71; Roth/Altmeppen § 3 Rn. 46; Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 85, 119; Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1316f.

<sup>3289</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger § 33 Rn. 2; Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 136; eingrenzender, Reichert Rn. 627.

<sup>3290</sup> Vgl. Weber S. 128; Staudinger/Weick § 33 Rn. 8f; K.Schmidt GesR S. 85f.

dieser Streitpunkt oftmals nicht trennscharf von der Frage der Zulässigkeit statutarischer Rechte Dritter getrennt wird.<sup>3291</sup> Da eine statutarische Einräumung abzulehnen ist, kann sich vorliegend nur die Frage stellen, ob eine schuldrechtliche Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts zulässig ist.

Ein solches Zustimmungserfordernis beeinflusst aufgrund der eigenen schuldrechtlichen Basis nicht die Wirksamkeit des Beschlusses, so dass eine entsprechende Einräumung grundsätzlich zulässig sein soll.<sup>3292</sup> Es wird jedoch gleichsam vertreten, dass bei Satzungsänderungen dann insoweit in den Kernbereich der autonomen Gestaltung eingegriffen wird und daher die Verbandsautonomie entsprechenden Regelungen entgegensteht.<sup>3293</sup> Dies beruht auf dem Umstand, dass durch den Zustimmungsvorbehalt für Dritte die Gesellschafter die autonome Willensbildung zu einem nicht unerheblichen Maß verlieren, obgleich bei schuldrechtlichen Zustimmungserfordernissen keine dingliche Wirkung vorliegt, hingegen durch die drohenden Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche dennoch ein dem entsprechender Zwang indiziert sein kann.<sup>3294</sup> Das ist zwar bei jeglichen Entscheidungen, denen ein Zustimmungsvorbehalt zu Grunde liegt, der Fall, hingegen dies im Rahmen der Verbandsautonomie, mithin im Rahmen der Satzungsautonomie, nicht hinnehmbar ist. Ein schuldrechtlicher Zustimmungsvorbehalt für außenstehende Dritte ist daher im Bereich der Satzungsänderung nach zutreffender Auffassung nicht zulässig.

Indes kann ein Gesellschafter nach h. M. mit außenstehenden Dritten einen Stimmbindungsvertrag schließen.<sup>3295</sup> Diese Rechtsposition stellt keinen korporativen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages dar. Die Stimmbindung kann sich zudem wie der schuldrechtliche Zustimmungsvorbehalt grundsätzlich auf keine Satzungsänderungen beziehen, da hier das ausschließlich den Gesellschaftern zukommende Recht über Gebühr eingeschränkt wäre<sup>3296</sup>, obgleich ein Verstoß gegen die Stimmbindung nicht zu einem unwirksamen Abstimmungsergebnis führt<sup>3297</sup>, indes durch die drohenden zivilrechtlichen Folgen ein nicht hinnehmbarer Druck ausgeübt wird, der die Verbandsautonomie beeinflusst und mangels Rechtfertigung nicht hinnehmbar ist.<sup>3298</sup>

---

<sup>3291</sup> Vgl. etwa, Baumbach/Hueck § 47 Rn. 30; Roth/Altmeppen § 3 Rn. 46; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 477.

<sup>3292</sup> Vgl. Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 35; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 12.

<sup>3293</sup> Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 35. Für eine generelle Unzulässigkeit, Michalski/Römermann § 47 Rn. 621.

<sup>3294</sup> Vgl. mit einem abweichenden Ergebnis, Michalski/Römermann § 47 Rn. 621. Vgl. zu der Möglichkeit, Erfüllungsklage zu erheben, BGHZ 48, 163, 169ff; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 119; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 55ff.

<sup>3295</sup> BGHZ 48, 163, 166ff; MüKo GmbHG/Wicke § 3 Rn. 133; MüKo GmbHG/Drescher § 47 Rn. 241; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 113; Michalski/Römermann § 47 Rn. 506; Klosterkemper S. 110ff; Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1302f; einschränkend, MüKo/Reuter § 32 Rn. 38; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 42; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 80, 82. Vgl. zum Streitstand, Michalski/Römermann § 47 Rn. 500ff.

<sup>3296</sup> Lutter/Hommelhoff § 47 Rn. 16; Priester, in: Festschrift Werner 1984, S. 657, 671f; Müller, in: GmbHR 2007, 113, 115f; Habersack, in: ZHR 164 (2000), 1, 12; einschränkend, Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 42; a. A. Michalski/Römermann § 47 Rn. 504; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 113.

<sup>3297</sup> Vgl. Michalski/Römermann § 47 Rn. 504; Baumbach/Hueck § 47 Rn. 117; K.Schmidt GesR S. 620f.

<sup>3298</sup> Vgl. Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 80; Priester, in: Festschrift Werner 1984, S. 657, 671f; Habersack, in: ZHR 164 (2000), 1, 12. Michalski/Römermann § 47 Rn. 621: Dieser Aspekt führt auch nach der dortigen Auffassung zum Ausschluss der Zulässigkeit des Zustimmungsvorbehalts Dritter bei Satzungsänderungen. Demgegenüber werden derartige Überlegungen im Rahmen der Stimmbindung nicht angestellt, da die Verbandsautonomie lediglich vor unmittelbarer Einflussnahme durch Dritte auf die Gesellschaft und nicht vor einer über die Gesellschafter vermittelten Einflussnahme schützen soll.

Es hat sich daher gezeigt, dass außenstehenden Dritten keine unmittelbare Möglichkeit zusteht, auf die Gestaltung der Satzung einzuwirken. Es bleibt dem Dritten indes unbenommen, durch anderweitige Gestaltung mittelbaren Einfluss zu nehmen.<sup>3299</sup>

## (2) Genussrechte

Genussrechte können Gesellschaftern und außenstehenden Dritten zukommen.<sup>3300</sup> Diesbezügliche Regelungen sieht das GmbH-Recht nicht vor. Dennoch ist ihre Zulässigkeit unbestritten.<sup>3301</sup> Geschaffen werden die Rechte durch einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Erwerber.<sup>3302</sup> Sie begründen keine Mitgliedschaftsrechte, sondern Ansprüche gegen die Gesellschaft mit einem vermögensrechtlichen Inhalt.<sup>3303</sup> Sie sind mitgliedschaftsähnliche Vermögensrechte, wobei durch sie eine auf schuldrechtlicher Basis bestehende Annäherung an eine Gesellschafterstellung in vermögensrechtlicher Hinsicht möglich ist<sup>3304</sup>, so dass sie auf den vermögensrechtlichen Teil der Mitgliedschaft Einfluss haben.<sup>3305</sup> Der Vertragsinhalt kann vielfältig gestaltet werden.<sup>3306</sup> Zugunsten des Genussrechtinhabers sind z. B. das Rechte zur passiven Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, sofern dies der Gesellschaftsvertrag einräumt, Informationsrechte oder das Recht zur Nutzung der Einrichtungen der Gesellschaft denkbar.<sup>3307</sup> Es ist nicht entscheidend, dass diese Rechte den Gesellschaftern eingeräumt wurden, sondern dass es sich um potentielle Mitgliedsrechte handelt.<sup>3308</sup> Ein Genussrecht führt indes nicht zu Mitverwaltungsrechten wie die der Gesellschafter.<sup>3309</sup> Zu beachten ist insofern, dass Genussrechte begrifflich erst dann vorliegen sollen, wenn sie an ergebnisorientierte Parameter geknüpft sind.<sup>3310</sup> Insgesamt ist eine Gewinnbeteiligung jedoch nicht zwingend.<sup>3311</sup> Soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist, sind Genussrechte veräußerlich und vererblich.<sup>3312</sup>

Als Gegenleistung für die Einräumung der Rechte durch die Gesellschaft kann der Vertrag eine Kapitaleinzahlung vorsehen<sup>3313</sup>, so dass eine den üblichen Vereinsbeiträgen entsprechende Zahlungsmodalität begründet werden kann. Das Genussrechtskapital unterfällt

---

<sup>3299</sup> K.Schmidt GesR S. 87.

<sup>3300</sup> Soweit die Genussrechte verbrieft sind, ist die Bezeichnung Genussscheine üblich, Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 223.

<sup>3301</sup> Vgl. Scholz/Seibt § 14 Rn. 67; Baumbach/Hueck § 29 Rn. 88; Michalski/Fleischer Syst. Darst. 5 Rn. 113; Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 1; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 5.

<sup>3302</sup> Scholz/Seibt § 14 Rn. 68; K.Schmidt GesR S. 521. Die Gestaltung der Verbindung zwischen der Gesellschaft und dem Genussrechtinhaber kann zu einer Innengesellschaft führen, vgl. Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 5.

<sup>3303</sup> Scholz/Seibt § 14 Rn. 67; Münch Hdb GesR III/Jasper/Wollbrink § 23 Rn. 5; Göhrum S. 38ff. Vgl. zum Schutz bei Vertragsverletzungen sowie bei Kapitalveränderungen, Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 13ff. Vgl. zur Inhaltskontrolle, Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 33.

<sup>3304</sup> Baumbach/Hueck § 29 Rn. 88, 90; Michalski/Fleischer Syst. Darst. 5 Rn. 113; Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 2; Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Mühlhäuser § 17 Rn. 130; vgl. K.Schmidt GesR S. 521.

<sup>3305</sup> Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 2.

<sup>3306</sup> Scholz/Seibt § 14 Rn. 68; Baumbach/Hueck § 29 Rn. 89; Claussen, in: Festschrift Werner 1984, S. 81, 86.

<sup>3307</sup> Scholz/Seibt § 14 Rn. 74; Baumbach/Hueck § 29 Rn. 89; Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 2, 11; K.Schmidt GesR S. 521; Beck'sches Hdb der GmbH/Schwaiger § 7 Rn. 221; Claussen, in: Festschrift Werner 1984, S. 81, 81; Ziebe, in: DStR 1991, 1594, 1594.

<sup>3308</sup> Vgl. zur AG, K.Schmidt/Lutter/Merkt § 221 Rn. 70; MüKo AktG/Habersack § 221 Rn. 118.

<sup>3309</sup> Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 3; Baumbach/Hueck § 29 Rn. 89.

<sup>3310</sup> Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 2, vgl. zum Problem der Abgrenzung zu anderen Rechten aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Definition, Rn. 6; vgl. Göhrum S. 16ff.

<sup>3311</sup> Göhrum S. 48; Zempel S. 32.

<sup>3312</sup> Scholz/Seibt § 14 Rn. 81; Baumbach/Hueck § 29 Rn. 92; Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 10.

<sup>3313</sup> Baumbach/Hueck § 29 Rn. 90; Michalski/Fleischer Syst. Darst. 5 Rn. 113.

nach h. M. nicht der Kapitalerhaltungspflicht aus § 30 Abs. 1 GmbHG, sofern eine derartige Bindung zusätzlich zum Stammkapital nicht vereinbart wurde, wobei die Vereinbarung gleichsam nur schuldrechtlich wirkt und bindet.<sup>3314</sup> Schließlich kann die Rückzahlung der getätigten Einlagen ausgeschlossen werden.

### **(3) Lizenzverträge**

Viele Bereiche des Wettkampfsports, insbesondere des sog. Profisports, sind heute durch umfassende Lizenzierungsverfahren gekennzeichnet, bei denen der ausrichtende Verband den jeweils teilnehmenden Vereinen oder Gesellschaften sog. Lizenzen (sog. Vereins- oder Clublizenz) erteilt, wobei auch die für die Vereine und Gesellschaften auftretenden Sportler oder Trainer durch Lizenzverträge (sog. Spielerlizenz bzw. Trainerlizenz) an den Verband und den jeweiligen Verein bzw. die jeweilige Gesellschaft gebunden werden.<sup>3315</sup> Die Lizenzspieler müssen nicht zwingend dem Verein oder der Gesellschaft angehören. Demgegenüber sehen etwa die einschlägigen Regelungen des Deutschen Fußball-Bundes vor, dass Vertragsamateure und Amateurspieler stets eine Mitgliedschaft in ihrem Verein aufweisen müssen.<sup>3316</sup>

Die rechtlichen Vorgaben für die Lizenzen finden sich oftmals in Verbandsnebenordnungen, welche zu korporativen Bestandteilen erklärt werden können.<sup>3317</sup> Die lizenzierten Verbände (sog. Lizenznehmer) erlangen das Recht aber auch die Pflicht, an den vom lizenzgebenden Verband (sog. Lizenzgeber) veranstalteten Wettkämpfen teilzunehmen, wobei sie sich auch dessen Ordnungsgewalt unterwerfen.<sup>3318</sup> Das Lizenzverfahren ist im Profisport weitverbreitet und soll dort den Spielbetrieb, die Konkurrenzfähigkeit und die Verlässlichkeit sichern.<sup>3319</sup> Damit ist jedoch keine Exklusivität derartiger Konstruktionen für den Sport oder den Profibereich<sup>3320</sup> einhergehend.

Die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen bleibt den jeweiligen Parteien vorbehalten, soweit wiederum eine bindende Lizenzordnung keine Vorgaben enthält. Durch die Lizenzverträge kann daher eine dem jeweiligen Mitglied gleichstehende Pflichtenfülle geschaffen werden.<sup>3321</sup>

Insoweit zeigt sich, dass durch schuldrechtliche Verträge außenstehende Dritte und die Gesellschaft in ein Gegenseitigkeitsverhältnis treten können, welches der Beziehung Verein - Mitglied entspricht. Durch die Verträge können Nichtmitgliedern übliche mitgliedschaftliche Pflichten auferlegt werden, wobei diese dadurch keine korporative Stellung erfahren. Das Lizenzierungsverfahren im Spitzensport verdeutlicht insoweit, dass Nichtgesellschafter in vielfältiger, schuldrechtlicher Weise an die Gesellschaft gebunden werden können.

### **(4) Sonstige Rechte und schuldrechtliche Verträge**

Es ist vorab zu erwähnen, dass der Gesellschaftszweck auch auf die Interessen außenstehender Dritter ausgerichtet werden kann.<sup>3322</sup> Mangels Zulässigkeit, Dritten

---

<sup>3314</sup> Ulmer/Müller Anh. § 29 Rn. 24; Rid-Niebler S. 22ff. Vgl. zur steuerlichen Sicht, Münch Anw Hdb GmbH-Recht/Mühlhäuser § 17 Rn. 130ff.

<sup>3315</sup> Reichert Rn. 5940f.

<sup>3316</sup> Vgl. § 8 Spielordnung des Deutschen Fußball-Bundes.

<sup>3317</sup> Reichert Rn. 5942f.

<sup>3318</sup> Reichert Rn. 5946, 5948; vgl. Rybak S. 34.

<sup>3319</sup> Reichert Rn. 5970.

<sup>3320</sup> Professioneller Fußball, mithin eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Sicherung der Lebensgrundlage, ist ohnehin nicht ausschließlich den oberen Spielklassen vorbehalten, Rybak S. 31.

<sup>3321</sup> Rybak S. 45.

<sup>3322</sup> Klosterkemper S. 51; vgl. Fleck, in: ZHR 149 (1985), 387, 394.

korporative Rechte einzuräumen, besteht ausschließlich die Möglichkeit, eine Rechtsbeziehung auf schuldrechtlicher Ebene zu bewirken. Die entsprechenden Regelungen können dann als unechte Bestandteile in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Die eingeräumten Rechte können den Rechten der Gesellschafter nachgebildet sein oder sich aus allgemeinen schuldrechtlichen Verträgen ergeben, wie sie der Nichtgesellschafter auch mit jedem Dritten schließen kann. Insofern ist auch eine Kombination aus beiden Varianten möglich. Bei den Rechten, welche den Gesellschafterrechten nachgebildet sind bzw. diesen ähneln, ist der Ausschluss im Rahmen der Mitbestimmung zu beachten. Demgegenüber ist ein Informations-, Einsichts- und Kontrollrecht zulässig.<sup>3323</sup> Die Inhalte und Gegenstände der schuldrechtlichen Verträge sind vielfältig, obgleich eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht mangels Gesellschafterstellung nicht begründet wird.<sup>3324</sup>

## **(5) Unterwerfung unter den Gesellschaftsvertrag nebst Vertragsstrafen**

Sofern außenstehenden Dritten Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden, bedarf es hierfür einer vertraglichen Regelung, da der Gesellschaftsvertrag Dritten nicht einseitig Pflichten diktieren kann.

Im bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht wird diskutiert, ob sich ein außenstehender Dritter der Strafgewalt des Vereins unterwerfen kann.<sup>3325</sup> Es wurde bereits gezeigt, dass eine Verbandsstrafgewalt den wirtschaftlichen Vereinigungen im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Verein nicht zukommen soll.<sup>3326</sup> Entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelungen sollen vielmehr Vertragsstrafen i. S. v. §§ 339ff BGB begründen, so dass in ihnen kein entsprechendes Unwerturteil enthalten ist.<sup>3327</sup> Da der Unternehmergesellschaft somit ohnehin nur das Mittel der Vertragsstrafe zukommt, kann die Gesellschaft auch mit Nichtgesellschaftern schuldrechtlich vereinbaren, dass diese sich neben der Erfüllung einer bestimmten Pflicht gleichsam einer Vertragsstrafenregelung unterwerfen<sup>3328</sup>. Korporative Wirkung kann dadurch nicht erzeugt werden. Beim Verweis auf die geltenden Sanktionen kann eine statische oder eine dynamische Verweisung<sup>3329</sup> gewählt werden.

## **(6) Organbezogene Rechte**

### **(a) Allgemeines**

Außenstehende Dritte können der Gesellschafterversammlung respektive der Gesamtheit der Gesellschafter nicht angehören.<sup>3330</sup> Demgegenüber wird indes vielfach diskutiert, inwieweit ihnen Rechte bezüglich der übrigen Gesellschaftsorgane eingeräumt werden können.<sup>3331</sup>

---

<sup>3323</sup> Michalski/Michalski § 3 Rn. 85; MüKo/Gottwald § 328 Rn. 71; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 930.

<sup>3324</sup> Edenfeld S. 58.

<sup>3325</sup> Vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 369a; Märkle/Alber S. 48; Reichert Rn. 2912: Stellt eine Vereinbarung über eine Vertragsstrafe dar; Edenfeld S. 183ff; Vertrag sui generis; van Look S. 208ff; Münch Hdb GesR V/Steinbeck § 5 Rn. 85; Staudinger/Weick § 25 Rn. 11; Lukes, in: Festschrift Westermann 1974, S. 325, 325ff.

<sup>3326</sup> Vgl. E. XII. 3. a).

<sup>3327</sup> Flume, in: Festschrift Bötticher 1969, S. 101, 103; vgl. ebenso, Soergel/Hadding § 25 Rn. 37; abweichend, H.P. Westermann S. 41.

<sup>3328</sup> Trotz des in diesem Zusammenhang häufig anzutreffenden Begriffs „Unterwerfung“ bedarf es stets auch einer entsprechenden Willenserklärung des Nichtgesellschafters, Edenfeld S. 199.

<sup>3329</sup> Vgl. Edenfeld S. 212ff: Bei der Vereinsstrafgewalt ist die dynamische Verweisung als Fall des § 315 BGB anzusehen.

<sup>3330</sup> Klosterkemper S. 31.

<sup>3331</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 919ff.

Während korporative, eigenständige Rechte für Nichtgesellschafter nicht zulässig sind, ist es jedoch möglich, Organe mit Nichtgesellschaftern zu besetzen und diese Organe dann mit diversen Kompetenzen auszustatten.<sup>3332</sup>

Im Einzelnen ist jedoch vieles umstritten, wobei dies u. a. mit der oben angeführten Streitfrage der Zulässigkeit von korporativen Rechten für Nichtgesellschafter zusammenhängt. Der Streit wird zudem durch ein unterschiedliches Verständnis des Begriffs „Organ“ geprägt.<sup>3333</sup>

### **(b) Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern**

Fraglich ist zunächst, ob Nichtgesellschaftern das Recht zur Bestellung oder zur Abberufung der Geschäftsführer eingeräumt werden kann. Die Einräumung solcher eigenständiger korporativer Rechte ist nach zutreffender Auffassung aus den bereits oben angeführten Gründen nicht möglich.<sup>3334</sup>

Selbst wenn man ein statutarisches Bestellungsrecht eines Nichtgesellschafters nicht bereits deswegen scheitern lassen will, weil es der Gesellschaftsvertrag generell nicht vermag, außenstehenden Dritten eigene korporative Rechte einzuräumen oder weil deren Einräumung bewirkt, dass dies insoweit als automatische Schaffung von Gesellschaftsorganen zu verstehen sei<sup>3335</sup>, so scheitert eine Übertragung derart wesentlicher Kompetenzen auf außenstehende Dritte jedenfalls daran, dass sie nicht im Einklang mit der Selbstbestimmung der Gesellschaft steht.<sup>3336</sup>

Denkbar wäre insoweit nur ein sog. schuldrechtliches Entsendungsrecht.<sup>3337</sup> Indes stellt sich dann erneut das Problem, welche Auswirkungen die bei Missachtung der Abrede drohenden zivilrechtlichen Ansprüche haben. Um den Ansprüchen zu entgehen, wäre eine Entsprechung des Willens Dritter notwendig. Auch hier würde dies zu einer mangels Rechtfertigung nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung der Selbstbestimmung führen.<sup>3338</sup>

In jedem Fall zulässig ist jedoch ein unverbindliches Vorschlagsrecht auf schuldrechtlicher Basis.<sup>3339</sup>

### **(c) Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des fakultativen Aufsichtsrats**

Im Gegensatz zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern räumt die h. M.

---

<sup>3332</sup> Michalski/Michalski § 3 Rn. 85; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 34; Ulmer/Ulmer/Löbbe § 3 Rn. 45, 48.

<sup>3333</sup> Vgl. zum Streitstand, Klosterkemper S. 33f: Es werden ein sog. funktionaler Organbegriff, wonach die Wahrnehmung einer ursprünglichen Gesellschaftskompetenz die Begründung eines Organs herbeiführt und ein sog. materieller Organbegriff, nachdem die Schaffung eines Organs die Erfüllung bestimmter materieller Voraussetzungen bedingt, als divergierende Auffassungen vertreten.

<sup>3334</sup> Bestellung: Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn. 86; Scholz/K.Schmidt § 46 Rn. 72; MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 180; Lutter/Hommelhoff § 46 Rn. 23, vgl. aber auch, Rn. 25; a. A. Roth/Altmeppen § 6 Rn. 59; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 58. Abberufung: Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn. 87; Scholz/Schneider/Schneider § 38 Rn. 25; MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 183; Lutter/Hommelhoff § 38 Rn. 3, § 46 Rn. 23; Michalski/Terlau § 38 Rn. 17; a. A. Roth/Altmeppen § 38 Rn. 12.

<sup>3335</sup> So etwa, Hublé S. 110. Dem widersprechend, Scholz/K.Schmidt § 46 Rn. 72.

<sup>3336</sup> Michalski/Terlau § 38 Rn. 17; MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 180.

<sup>3337</sup> Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn. 86.

<sup>3338</sup> MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 180; zweifelnd, Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 46 Rn. 86; abweichend, Scholz/K.Schmidt § 46 Rn. 72; Michalski/Terlau § 38 Rn. 17.

<sup>3339</sup> MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 181; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 42 Rn. 25.



Nichtgesellschaftern das Recht ein, Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen und abuberufen.<sup>3340</sup> Dies wird damit begründet, dass § 52 Abs. 1 GmbHG nicht auf die einschränkende aktienrechtliche Norm, welche die Bestellung des Aufsichtsrats betrifft (§ 101 Abs. 2 S. 1 AktG), verweist.<sup>3341</sup>

Es ist erneut zu beachten, dass eine Einräumung eines eigenen korporativen Entsenderechts ausscheidet, obschon dies in der vorgefundenen Diskussion oftmals nicht ausreichend beachtet wird.<sup>3342</sup> Demgegenüber sehen einige die Einräumung eines derartigen Rechts als Errichtung eines eigenständigen Organs<sup>3343</sup> bzw. als organschaftliches Rechtsverhältnis<sup>3344</sup> an. Eine vertiefende Betrachtung des durch Unschärfe geprägten Begriffs „Organ“ kann im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.<sup>3345</sup> Unbestrittene Voraussetzung für die Organstellung ist indes, dass Organrechte für Nichtgesellschafter nicht eigennützig sein dürfen, sondern vielmehr der Verfolgung der Verbandsinteressen dienen müssen.<sup>3346</sup> Ob diese Voraussetzung bei jeder Einräumung von Rechten für Nichtgesellschafter gegeben ist, ist jedoch zweifelhaft. Dass eine Zulässigkeit des Bestellungsrechts vielfach befürwortet wird, liegt wohl auch darin begründet, dass sich nach allgemeinen Erwägungen festhalten lässt, dass umso geringer sich der Einfluss Dritter auf die Willensbildung und die Rechtsstellung der Gesellschafter darstellt, desto geringer sind die Bedenken, welche gegen korporative Rechte Dritter erhoben werden.<sup>3347</sup>

Es stellt sich daher lediglich die Frage nach der Zulässigkeit einer entsprechenden schuldrechtlichen Rechtsstellung. Hierbei ist erneut zu untersuchen, inwieweit ein derartiges Recht mit der inhaltlich bestehenden aber konkretisierungsbedürftigen Verbandsautonomie vereinbar ist.<sup>3348</sup> Eine Missachtung der schuldrechtlichen Bindung ist für die Beschlüsse unbeachtlich. Insoweit ist zu beleuchten, ob die dann drohenden zivilrechtlichen Folgen im Einklang mit der Verbandsautonomie stehen.

Das Gesetz hält für die Verbandsautonomie keine Legaldefinition parat. Da es sich um ein Strukturprinzip handelt, wird die Grenzziehung, mithin die Eingrenzung der Weite der Gestaltungsfreiheit, nicht immer einheitlich bestimmt.<sup>3349</sup> Inhaltlich besagt die Verbandsautonomie jedoch im Kern, dass das Schicksal der Gesellschaft nicht in den Händen von außenstehenden Dritten liegen darf, so dass daraus folgt, dass nicht jeglicher Einfluss Dritter unzulässig ist.<sup>3350</sup> Eine konkrete Festlegung soll jedem Einzelfall vorbehalten sein. Als weitere Eingrenzung der Kernaussage der Verbandsautonomie wird angeführt, dass ein Einfluss Dritter nicht nur bei Satzungsänderungen oder bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern unzulässig ist, sondern auch bei maßgeblichen

---

<sup>3340</sup> Zum Aufsichtsrat: MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 129f; Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 92; Scholz/Schneider § 52 Rn. 223ff; Ulmer/Heermann § 52 Rn. 43; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 6; Ensthaler/Füller/Schmidt § 52 Rn. 22; Wicke § 52 Rn. 5; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 29; a. A. Baumbach/Hueck § 52 Rn. 43; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 927f, 930. Zum Beirat: Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 409; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 113; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 49 Rn. 9.

<sup>3341</sup> MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 129; Scholz/Schneider § 52 Rn. 223; a. A. Baumbach/Hueck § 52 Rn. 43; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 921.

<sup>3342</sup> Vgl. etwa, Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 93.

<sup>3343</sup> So, Scholz/Schneider § 52 Rn. 223; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 157 (1993), 483, 486; kritisch, MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 129; ablehnend, Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 923.

<sup>3344</sup> So, Ulmer/Heermann § 52 Rn. 43.

<sup>3345</sup> Vgl. jedoch zum Bestellungsrecht als Organmitglied, F. IV. 2. c) bb) (6) (d) (ee).

<sup>3346</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1304f; vgl. Hammen, in: WM 1994, 765, 767.

<sup>3347</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 922.

<sup>3348</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1320.

<sup>3349</sup> Klosterkemper S. 221, 226: Die Verbandsautonomie wird vielfach auch dort angeführt, wenn sich ein gewünschtes Ergebnis nicht anders begründen lässt.

<sup>3350</sup> Klosterkemper S. 222; Hofbauer S. 181; Wiedemann, in: Festschrift Schilling 1973, S. 105, 111.

Strukturentscheidungen.<sup>3351</sup> Im Rahmen der Betrachtung der Zulässigkeit von Entsendungsrechten Dritter für die Geschäftsführer wird teilweise angeführt, dass die Bestellung leitender und geschäftsführender Organe Teil der Selbstbestimmung ist.<sup>3352</sup>

Wie bereits dargelegt, ergeben sich die Aufgaben des Aufsichtsrats primär aus dem Gesellschaftsvertrag, wobei er in erster Linie die Geschäftsführung auf Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu überwachen hat.<sup>3353</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann indes dem Aufsichtsrat umfassendere Aufgaben zukommen lassen, auch wenn die gesamte Geschäftsführung nicht in seinen Händen liegen darf.<sup>3354</sup> Zulässig jedoch selten ist, dass der Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft berufen wird.

Ausgehend von der Maßgabe, dass der Aufsichtsrat eine Überwachung der Geschäftsführung vorzunehmen hat, verstößt ein schuldrechtliches Entsenderecht von Nichtgesellschaftern für Aufsichtsratsmitglieder nicht gegen die Verbandsautonomie. Dies kann darauf gestützt werden, dass ein Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats nicht den Kernbereich der gesellschaftlichen Autonomie betrifft. Ein derartiger Aufsichtsrat stellt kein leitendes Organ im vorgenannten Sinne dar, da leitend und überwachend voneinander zu trennen sind, zumal eine gestaltende Beteiligung an der Willensbildung des Verbands mit einer überwachenden Tätigkeit nicht unmittelbar einhergeht.<sup>3355</sup> Einem solchen Aufsichtsrat obliegt daher keine sog. Schlüsselkompetenz<sup>3356</sup>.

Ob ein Entsenderecht Dritter auch dann noch zulässig ist, wenn der Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag umfassendere Aufgaben, insbesondere Bereiche der Geschäftsführung und Vertretung, übertragen bekommen hat, ist eine Frage des Einzelfalls, so dass dies hier nicht allumfassend beantwortet werden kann. Insgesamt ist daher der h. M. zuzustimmen, dass Nichtgesellschafter grundsätzlich ein Entsenderecht für Mitglieder des Aufsichtsrats haben, obschon ein solches lediglich schuldrechtlicher Natur sein kann.<sup>3357</sup>

#### **(d) Besetzung eines Organs mit Nichtgesellschaftern**

##### **(aa) Grundsätzliches**

Nichtgesellschafter können Geschäftsführer<sup>3358</sup>, Mitglieder des Aufsichtsrats sowie Mitglieder eines anderen fakultativen Organs<sup>3359</sup> sein. Diese Stellung bedeutet indes nicht, dass sie zur Verfolgung eigener Rechte missbraucht werden kann.<sup>3360</sup> In formeller Hinsicht ist zu erwähnen, dass bei fakultativen Organen, welche keine Überwachungsaufgaben übertragen

---

<sup>3351</sup> Ulmer/Hüffer/Schürmbrand § 47 Rn. 35; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 12; vgl. Priester, in: Festschrift Werner 1984, S. 657, 672.

<sup>3352</sup> MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 180.

<sup>3353</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 49; MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 236.

<sup>3354</sup> Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 48 Rn. 51; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 13;

Baumbach/Hueck § 52 Rn. 26.

<sup>3355</sup> Vgl. Hofbauer S. 182.

<sup>3356</sup> Vgl. MüKo GmbHG/Liebscher § 45 Rn. 49.

<sup>3357</sup> Ein Teil der h. M. vertritt insoweit die Auffassung, dass es sich bei entsprechenden Regelungen in der Mehrzahl der Fälle um schuldrechtliche Vereinbarungen handele, die als unechte Vertragsbestandteile Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag gefunden haben, Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 93; vgl. Roth/Altmeppen § 52 Rn. 13.

<sup>3358</sup> § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG.

<sup>3359</sup> Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 405; MüKo GmbHG/Liebscher § 45 Rn. 45; K.Schmidt GesR S. 87; Münch Hdb GesR III/Marsch-Barner/Diekmann § 49 Rn. 9; Klosterkemper S. 31; Voormann S. 111; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 923; Wiedemann, in: Festschrift Lutter 2000, S. 801, 812; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 157 (1993), 483, 493.

<sup>3360</sup> Klosterkemper S. 30; vgl. Rohleder S. 88; Hofbauer S. 179.

bekommen haben, § 52 Abs. 3 GmbHG nicht greift, so dass deren Mitglieder nicht in eine entsprechende Liste einzutragen sind.<sup>3361</sup> Mit Ausnahme der Gesellschafterversammlung können Nichtgesellschafter Mitglied eines Geschäftsorgans sein, so dass sie über diese Organstellung Einfluss auf die Gesellschaft gewinnen.

Es indes umstritten, mit welchen Rechten derartige Organe ausgestattet werden können, da zwar die Nichtgesellschafter durch die Organmitgliedschaft in den Verband einbezogen werden, indes sie dadurch nicht zum Gesellschafter werden und wie diese das über den Geschäftsanteil vermittelte wirtschaftliche Risiko tragen.<sup>3362</sup> Der Streit hat wiederum seinen Ursprung in den unscharfen Konturen der Verbandsautonomie<sup>3363</sup>, so dass die Frage nach der Vereinbarkeit von Kompetenzübertragungen und Selbstbestimmung umstritten ist.<sup>3364</sup> Daran anschließend stellt sich die Frage, ob eine Konstellation dann anders zu bewerten ist, wenn sich das Mitgliedsverhältnis zwischen Nichtgesellschaftern und Gesellschaftern innerhalb eines Organs zu Gunsten der Gesellschafter verschiebt bzw. ab welchem Verhältnis ein etwaiger Verstoß zu verneinen wäre.

### **(bb) Kompetenzübertragung aus dem Kernbereich der Verbandsautonomie**

Die Besetzung von Organen mit Nichtgesellschaftern darf nicht dazu führen, dass über diesen Weg die Nichtgesellschafter in die Verbandsautonomie eingreifen können. Obgleich in solchen Situationen die Nichtgesellschafter über ihre Organzugehörigkeit in den Verband einbezogen werden und sie daher nicht mehr einem außenstehenden Dritten vollständig gleichzusetzen sind, scheidet dennoch eine Kompetenzzuweisung aus dem Kernbereich aus.

Insofern ist zu beachten, dass die Kompetenz zur Satzungsänderung sowie die Beschlüsse über Strukturänderungen zwingend den Gesellschaftern vorbehalten sind.<sup>3365</sup> Daran anknüpfend darf den Nichtgesellschaftern auch über eine Organzugehörigkeit im Bereich der Satzungsänderungen<sup>3366</sup> oder bei maßgeblichen Strukturentscheidungen<sup>3367</sup> kein unumgänglicher Zustimmungsvorbehalt eingeräumt werden.<sup>3368</sup> Da die Verbandsautonomie ein umfassendes Strukturprinzip darstellt, entspricht dies den Grenzen der Zulässigkeit

---

<sup>3361</sup> Scholz/Schneider § 52 Rn. 549; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 113.

<sup>3362</sup> Vgl. Fleischer S. 104; Hofbauer S. 177.

<sup>3363</sup> Es ist zu beachten, dass bei Organen, die mit Nichtgesellschaftern besetzt sind, der Einfluss aus dem Verbandsinneren kommt, so dass es vielmehr um die Souveränität des Verbands als Vereinigung der Verbandsmitglieder geht, Rohleder S. 77. Die Schutzwirkung der Verbandsautonomie erstreckt sich nicht nur auf den Außenbereich, sondern auch auf den Innenbereich der Gesellschaft, Müller/Wolff, in: GmbHR 2003, 810, 816.

<sup>3364</sup> Vgl. Rohleder S. 74ff; Klosterkemper S. 226f; Voormann S. 114; Hofbauer S. 171ff; Müller/Wolff, in: GmbHR 2003, 810, 816.

<sup>3365</sup> Roth/Altmeppen § 52 Rn. 69, 75; Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 418; Voormann S. 103; Bürkle S. 129f; Spindler/Kepper, in: DStR 2005, 1738, 1742; vgl. Wiedemann, in: Festschrift Schilling 1973, S. 105, 112.

<sup>3366</sup> MüKo GmbHG/Liebscher § 45 Rn. 49; vgl. Scholz/K.Schmidt § 45 Rn. 15; wohl auch, Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 418; vgl. Müller/Wolff, in: GmbHR 2003, 810, 816f; a. A. Weber S. 330f; Bürkle S. 131ff; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 477.

<sup>3367</sup> Voormann S. 122f; wohl auch, Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 418; einschränkend, Bürkle S. 135ff, 176.

<sup>3368</sup> Derartige Eingrenzungen aufgrund der Verbandsautonomie ablehnend, Klosterkemper S. 232f. Erst wenn die Fremdsteuerungsgefahr nicht durch andere Regulative (z. B. Verbot von Haftungserleichterungen oder Einschränkung der Bestelldauer) derart eingegrenzt werden kann, dass das Handeln an die Interessen der Verbandsmitglieder gekoppelt wird (Rückkoppelung), soll eine generelle Bestellung von Nichtgesellschaftern unzulässig sein, Rohleder S. 172f, 188. Es soll ausschließlich die Autonomie der Gesellschafter und nicht der Gesellschaft tangiert sein, Hölter, in: GmbHR 1980, 50, 52. Da die Kernkompetenzen ohnehin bei den Gesellschaftern verbleiben und aus der Stellung als Organmitglied eine Treupflicht zur Gesellschaft folgt, besteht kein Verbot für die Besetzung fakultativer Organe mit Nichtgesellschaftern, Spindler/Kepper, in: DStR 2005, 1738, 1742.

bezüglich der Einräumung von schuldrechtlichen Zustimmungswerten für außenstehende Dritte.<sup>3369</sup>

Hinsichtlich der Zusammensetzung der Organe wird vertreten, dass nur ausschließlich mit Gesellschaftern besetzte Organe Kompetenzen im Kernbereich der Verbandsautonomie wahrnehmen dürfen.<sup>3370</sup> Ob auch eine niedrige Beteiligungsquote von Nichtgesellschaftern ausreicht, um einen entsprechenden fehlenden Einklang mit der Verbandsautonomie hervorzurufen, wobei der fehlende Einklang bereits bei einer sog. „Herrschaft“ oder einer „Dominanz“ gegeben sein könnte, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden, da eine allgemeingültige Quote den Umständen jedes Einzelfalls nicht gerecht werden würde, so dass eine praktikable einheitlich starre Grenze der Praxis nicht an die Hand gegeben werden kann.<sup>3371</sup>

### **(cc) Geschäftsführungsbefugnisse**

Einem mit Nichtgesellschaftern besetztes fakultatives Organ können indes Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden, wobei die Befugnisse, welche zwingend bei den Geschäftsführern zu verbleiben haben<sup>3372</sup>, ihnen nicht zukommen können.<sup>3373</sup> Für die Zulässigkeit der Übertragung spricht, dass selbst die Geschäftsführer nicht zwingend Gesellschafter sein müssen, § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Die Stellung des Beirats als fakultatives und damit nicht zwingendes Organ führt insoweit zu keinem abweichenden Ergebnis.<sup>3374</sup> Als Minus kann dem Organ gleichsam ein diesbezüglicher Zustimmungsvorbehalt eingeräumt werden, so dass Nichtgesellschaftern über die Mitgliedschaft in Organen, die mit einer solchen Kompetenz ausgestattet sind, ein weitreichender Einfluss auf die Gesellschaft zukommen kann.

### **(dd) Bestellung von Geschäftsführern**

Ob einem Organ, welches mit Nichtgesellschaftern besetzt ist, das Recht zugesprochen werden kann, die Geschäftsführer zu berufen bzw. abzusetzen, ist umstritten.<sup>3375</sup> Hierfür spricht zunächst, dass in einer Aktiengesellschaft und einer mitbestimmten GmbH gem. § 84 Abs. 1, 3 AktG bzw. § 31 Abs. 1 MitbestG die Bestellung der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat vorgeschrieben ist und auch diese Organe nicht zwingend mit Verbandsmitgliedern zu besetzen sind, so dass es aus dieser Warte nicht einleuchtend erscheint, warum entsprechende Maßstäbe nicht für einen fakultativen Aufsichtsrat oder ein anderes fakultatives Organ gelten sollen.<sup>3376</sup>

---

<sup>3369</sup> Vgl. F. IV. 2. c) bb) (1).

<sup>3370</sup> MüKo GmbHG/Liebscher § 45 Rn. 49.

<sup>3371</sup> Vgl. Rohleder S. 98ff; vgl. Voormann S. 115.

<sup>3372</sup> Z. B. die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO, die organschaftliche Vertretung (§ 37 Abs. 2 GmbHG) und die Buchführungspflicht gem. § 41 GmbHG, vgl. Michalski/Giedinghagen § 52 Rn. 419; MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 670; Wiedemann, in: Festschrift Lutter 2000, S. 801, 811f.

<sup>3373</sup> MüKo GmbHG/Spindler § 52 Rn. 660, 687; Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 112; Scholz/Schneider § 52 Rn. 58; Ulmer/Heermann § 52 Rn. 329; Hofbauer S. 182ff; Rohleder S. 126ff; Voormann S. 117; Wiedemann, in: Festschrift Lutter 2000, S. 801, 812.

<sup>3374</sup> Vgl. Hofbauer S. 183.

<sup>3375</sup> Bejahend: Rohleder S. 121ff; Bürkle S. 147f; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 157 (1993), 483, 493.

Einschränkend: Scholz/K.Schmidt § 45 Rn. 13, 15; Voormann S. 123; Hublé S. 81ff. Verneinend: MüKo GmbHG/Liebscher § 46 Rn. 181; vgl. Wiedemann, in: Festschrift Schilling 1973, S. 105, 119f. Die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren durch ein mit Nichtgesellschaftern besetztes Organ scheidet bereits an § 66 Abs. 1, 3 S. 2 GmbHG.

<sup>3376</sup> Voormann S. 123; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 157 (1993), 483, 493.

Zu beachten ist jedoch, dass insoweit die Möglichkeit einer maßgeblichen Steuerung der Gesellschaft durch Nichtgesellschafter besteht, wobei diese Gefahr auch dann nicht vollständig gebannt wird, wenn den Gesellschaftern ein Recht zur Abberufung der auf diesem Weg bestellten Geschäftsführer aus wichtigem Grund verbleibt oder ihnen ein Recht zur Entziehung der dem fakultativen Organ zukommenden Kompetenz zusteht, da ein solches Recht gegebenenfalls nur repressiv wirken kann.<sup>3377</sup> Darüber hinaus ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Gesellschafter von der Geltendmachung der vorgenannten Rechte absehen, da andernfalls eine Gefahr von wirtschaftlichen Sanktionen durch die betreffenden Nichtgesellschafter besteht.<sup>3378</sup> Bereits dieser mittelbar wirkende Druck führt auch in den oben angeführten Konstellationen zum Ausschluss der Zulässigkeit bestimmter schuldrechtlicher Einflüsse Dritter.<sup>3379</sup> Insoweit kann daher für die hier vorliegende Konstellation an sich nichts anderes gelten.

Entscheidend für eine zulässige Kompetenzübertragung hinsichtlich der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern ist indes, dass in dieser Konstellation im Gegensatz zu außenstehenden Dritten der Nichtgesellschafter über die Organmitgliedschaft in den Verband eingebunden wird, wobei es zusätzlich notwendig ist, dass genau diese Mitgliedschaft auf den Interessen der Gesellschaft und nicht auf außerhalb der Gesellschaft liegenden Interessen, wie etwa Sicherungsintentionen oder wirtschaftliche Abhängigkeiten, beruht.<sup>3380</sup> Ist ein derartiges Interesse zu bejahen, steht einer Übertragung der Kompetenz auf ein mit Nichtgesellschaftern besetztes fakultatives Organ nichts entgegen. Als Minus zu einem Bestimmungsrecht ist auch ein Zustimmungsvorbehalt zulässig.

#### **(ee) Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern**

Einem fakultativen Organ, welches mit Nichtgesellschaftern besetzt ist, kann gleichsam unter Berücksichtigung und entsprechender Übertragung des Vorstehenden ein Recht eingeräumt werden, Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen. Wenn es insofern zulässig ist, die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern auf ein solches Organ zu übertragen, dann muss dies erst recht für Organe gelten, die überwachende Aufgaben wahrnehmen. Dies wird zudem dadurch gestützt, dass auch ein schuldrechtliches Bestellungsrecht zulässig ist.<sup>3381</sup>

#### **(ff) Zwischenergebnis**

Abschließend kann gesagt werden, dass nicht jeder Nichtgesellschafter, der Mitglied eines Organs der Gesellschaft ist, einen Widerspruch mit der Verbandsautonomie begründet. Insofern ist es zulässig, verschiedene Gesellschaftsorgane mit Nichtgesellschaftern zu besetzen, so dass diese Personen in den Verband einbezogen werden, ohne dass sie

---

<sup>3377</sup> Voormann S. 123; Hublé S. 81.

<sup>3378</sup> Voormann S. 123; Hublé S. 81f.

<sup>3379</sup> Vgl. F. IV. 2. c) bb) (1).

<sup>3380</sup> Scholz/K.Schmidt § 45 Rn. 13, 15; Voormann S. 123f; Hublé S. 82f, 110f.

<sup>3381</sup> Vgl. F. IV. 2. c) bb) (6) (c).

Gesellschafter werden und die entsprechenden Erwerbsvoraussetzungen zu beachten sind.<sup>3382</sup> Diesen Organen können u. a. überwachende oder geschäftsführende Kompetenzen zukommen. Es ist abschließend festzuhalten, dass ein zu rigoroser Schutz vor einer vermeintlichen Fremdbestimmung der Gesellschaft im Einzelfall deren Funktionsfähigkeit beeinträchtigen kann.<sup>3383</sup>

## V. Gesellschaftssoziologische Betrachtung

Die Entscheidungsfindung bei einer Rechtsformwahl wird von zahlreichen Aspekten, die von den Rechtsanwendern unterschiedlich gewichtet werden und damit schwer zu bemessen sind, bestimmt. Des Weiteren führt die Gestaltungsfreiheit dazu, dass nicht nur die Grundstruktur, sondern die jeweils zulässige Gestaltung in die Gegenüberstellung einzubeziehen ist, so dass sich die Entscheidungsfindung nochmals erschwert. Schließen sind auch subjektive Bewertungen zu berücksichtigen. Daneben beeinflussen gleichsam soziologische Einflüsse eine Rechtsformwahl<sup>3384</sup>, so dass es für die Wahl einer Unternehmergesellschaft als Alternative zum eingetragenen Verein in faktischer Hinsicht auch auf die entsprechende Akzeptanz bei den Rechtsanwendern ankommt.

Oftmals decken sich subjektive Vorstellungen nicht mit der Rechtswirklichkeit. Ausgehend von der Assoziation der Rechtsanwender hinsichtlich eines Verbands bezogen auf eine abstrakte Betrachtung ohne Zugrundelegung eines detaillierten Rechtsformvergleichs wird der eingetragene Verein vielfach positiver wahrgenommen als eine mit gleicher Zwecksetzung tätige GmbH.<sup>3385</sup> Ob dies darin begründet ist, dass eine GmbH losgelöst von der Zweckrichtung zunächst mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit in Verbindung gebracht wird<sup>3386</sup>, da trotz ihrer Zweckoffenheit die GmbH in diesem Bereich ihre größte Verbreitung findet, kann allenfalls gemutmaßt werden und bedarf hier mangels Erheblichkeit keiner Klärung. Demgegenüber tragen die Verbreitung und die Akzeptanz des bürgerlich-rechtlichen Vereins dazu bei, dass es eher einer automatisierten Selbstverständlichkeit entspringt, für nichtwirtschaftliche Zwecke auf das Etablierte zurückzugreifen. Der eingetragene Verein als Rechtsform für nichtwirtschaftliche Ziele ist tief im Bewusstsein der Bevölkerung verankert<sup>3387</sup>, was sich im Umkehrschluss auf die Akzeptanz anderer Rechtsformen in diesem Bereich auswirkt.

Dennoch hat die gemeinnützige GmbH in den letzten Jahren einen erheblichen Zuwachs erfahren, auch wenn sie bei weitem nicht die Anzahl der bestehenden Vereine erreicht, wobei der Anstieg durch die zunehmende Ökonomisierung im Bereich der nichtwirtschaftlichen

---

<sup>3382</sup> Vergleichbare Gestaltungen zur Umgehung formeller Anforderungen finden sich im belgischen Recht. Dort besteht mit der *association sans but lucratif (a.s.b.l.)* eine dem bürgerlich-rechtlichen Verein entsprechende Rechtsform. Für die *a.s.b.l.* gilt u. a. das Gesetz vom 27.06.1921 (*loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique*). Gem. Art. 2 Abs. 1 N° 4 dieses Gesetzes ist die *a.s.b.l.* verpflichtet, ihre Satzung unter Angabe sämtlicher Mitglieder zu veröffentlichen, wenn die Rechtsfähigkeit erlangt werden soll. Bei einer hohen Mitgliederzahl führt dies zu faktischen Schwierigkeiten, die dadurch umgangen werden, dass mit dem *membre effectif* und dem *membre adhérent* unterschiedliche Mitgliedschaften geschaffen werden, wobei sich die entsprechende Einteilung nicht aus dem Gesetz ergibt. Während die *membre effectif* Vollmitglieder sind, kommt den *membre adhérent* die Stellung als untergeordnete Mitglieder zu, welche nur einige Rechte der Vollmitglieder haben, indes nicht der Formvorschrift des Art. 2 Abs. 1 N° 4 unterfallen, so dass die Zweiteilung der Mitgliedschaft auch darin ihre Ursache findet, vgl. Weisbrod S. 126; J. Wagner S. 73.

<sup>3383</sup> So, Voormann S. 118.

<sup>3384</sup> Lanz S. 39.

<sup>3385</sup> Vgl. Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 5; vgl. Weidmann/Kohlhepp S. 11.

<sup>3386</sup> Vgl. Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 5.

<sup>3387</sup> Vgl. Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 6; Simsa/Meyer/Badelt S. 184.

Verbände begünstigt wird.<sup>3388</sup> Dies führt dazu, dass die Akzeptanz der GmbH im nichtwirtschaftlichen Bereich in der Breite der Gesellschaft steigt, obschon letztendlich nicht von einer dem Verein entsprechenden Vertrautheit die Rede sein kann. Die ansteigende Akzeptanz der nichtwirtschaftlichen Zwecke verfolgenden „regulären“ GmbH geht daher mit deren wachsenden Verbreitung einher<sup>3389</sup>, zumal maßgebliche und über den Einzelfall hinausgehende negative Erfahrungen bzw. Erwartungen des Rechtsverkehrs nicht bekannt sind. Insoweit kann die Unternehmergesellschaft von der steigenden Anzahl nichtwirtschaftlicher, insbesondere gemeinnütziger GmbHs profitieren, da deren Etablierung im besagten Bereich<sup>3390</sup> sich auch auf sie auswirkt, was aber zunächst voraussetzt, dass die Unternehmergesellschaft sich als Variante der „regulären“ GmbH generell etabliert. Mithin findet (zunächst) eine Rückkoppelung an die Verbreitung im wirtschaftlichen Bereich statt. Hier hat die Unternehmergesellschaft seit ihrem Bestehen erhebliche Zuwächse erfahren. Zum 01.01.2011, mithin genau 38 Monate seit Inkrafttreten des MoMiG, gab es bereits ca. 45.000 Unternehmergesellschaften.<sup>3391</sup> Weitere vier Jahre später, mithin zum 01.01.2015, bestanden über 105.000 Unternehmergesellschaften.<sup>3392</sup> Man kann daher sagen, dass die Unternehmergesellschaft sich zumindest auf dem Weg befindet, sich als Rechtsform zu etablieren, wovon die Akzeptanz der Gesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich profitiert.

Es kann daher festgehalten werden, dass der objektive Entscheidungsfindungsprozess vielfach durch subjektive Erwägungen hinsichtlich der Akzeptanz der Rechtsform überlagert wird, hingegen die verfestigte Auffassung, für jegliche Zusammenschlüsse mit nichtwirtschaftlichen Zielen einen bürgerlich-rechtlichen Verein zu wählen, durch die eingetretene Entwicklung zumindest leichte Risse erfahren hat, auch wenn von einer Überwindung derartiger Selbstverständlichkeiten bei der breiten Bevölkerung nicht gesprochen werden kann. Entsprechende fehlerhafte Vorstellungen können durch eine im Rahmen der Gründung vorgenommene (Rechts-)Beratung behoben werden. Die Akzeptanz<sup>3393</sup> des Rechtsverkehrs kann dadurch jedoch nur mittelbar und allenfalls langfristig beeinflusst werden, zumal die Akzeptanz der Rechtsform durch den Rechtsverkehr gleichsam ein maßgebliches Merkmal der Rechtsformwahl selbst darstellt.

Es wurde bereits angeführt, dass es sich bei nichtwirtschaftlich tätigen Unternehmergesellschaften anbietet, als *UG (haftungsbeschränkt)* zu firmieren<sup>3394</sup>, da eine Firmierung als *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* zu einer erhöhten Erklärungsbedürftigkeit für den Rechtsverkehr führen dürfte.<sup>3395</sup>

---

<sup>3388</sup> Vgl. von Holt/Koch Rn. 3f. Der Gemeinnützigkeitssektor wird von den Vereinen dominiert. 2014 soll es demgegenüber deutschlandweit ca. 20.000 gemeinnützige GmbHs gegeben haben, von Holt/Koch Rn. 2f. Es ist zudem zu beachten, dass nicht sämtliche Gesellschaften mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung gleichsam gemeinnützig i. S. v. §§ 51ff AO sind. Zum 01.11.2009 hat es fast 50 gemeinnützige Unternehmergesellschaften gegeben, Bayer/Hoffmann/Lieder, in: GmbHR 2010, 9, 11.

<sup>3389</sup> Vgl. von Holt/Koch Rn. 4.

<sup>3390</sup> Vgl. von Holt/Koch Rn. 3f.

<sup>3391</sup> Kornblum, in: GmbHR 2011, 692, 698. Ende Februar 2011 waren es 47.605 Unternehmergesellschaften, Lieder/Hoffmann, in: GmbHR 2011, 561, 561. Zum 01.01.2009 gab es 1.200 Gesellschaften und zum 01.01.2010 waren 23.369 Unternehmergesellschaften vorhanden, Kornblum, in: GmbHR 2010, 739, 746.

<sup>3392</sup> Kornblum, in: GmbHR 2015, 687, 694.

<sup>3393</sup> Bei dieser Betrachtung werden solche Personen nicht mitberücksichtigt, die sich ohnehin keine Gedanken über die jeweilige Rechtsform des nichtwirtschaftlichen Verbands machen.

<sup>3394</sup> Vgl. F. IV. 2. b) ee).

<sup>3395</sup> Vgl. Miras Rn. 409.

## VI. Zwischenergebnis

### 1. Grundsätzliches

Vereine sind in nahezu allen Bereichen des Lebens anzutreffen, wobei sie die vielfältigsten Formen und Mitgliederstrukturen aufweisen. Da die Bereiche, die lediglich dem eingetragenen Verein vorbehalten sind, selten sind, kann die Unternehmergesellschaft mit dem Verein grundsätzlich in jedem gesellschaftlichen Bereich um die Gunst der Rechtsanwender konkurrieren.

Eine allgemeingültige Entscheidung, dass der Verein im nichtwirtschaftlichen Bereich den Vorzug verdient, gibt es nicht. Die Wahl einer Rechtsform bedingt vielmehr einer Abwägung der Vor- und Nachteile der jeweiligen in Betracht kommenden Verbände unter Beachtung der konkreten Vorgaben und Umstände des Einzelfalls. Welche Eigenschaften einer Rechtsform die Wahl beeinflussen, lässt sich nicht für jeden konkreten Einzelfall allgemeingültig festhalten, da die zu Grunde liegenden konkreten Anforderungen vielschichtig sein können. Einige Merkmale sind hingegen von einer objektiven Relevanz, so dass sie regelmäßig von den jeweiligen Entscheidungsträgern als maßgebliche Aspekte im Rahmen der Rechtsformwahl eingestuft werden. Im nichtwirtschaftlichen Bereich sollen in der Regel etwa die Ausgestaltung der Leitung und Kontrolle, die Publizität, der Gründungsaufwand, die Gestaltungsmöglichkeiten sowie die Haftung eine entscheidende Rolle spielen.<sup>3396</sup> Indes unterliegen die Faktoren i. d. R. aufgrund subjektiver Bewertung einer unterschiedlichen Gewichtung. Schließlich ist es nicht entscheidend, wie weit die jeweilige Gestaltung vom gesetzlichen Leitbild abweicht, da es primär darauf ankommt, dass die vorhandene Flexibilität und Elastizität den Planungen der Rechtsanwender entsprechen.

Bestimmten Abweichungen der Unternehmergesellschaft zum eingetragenen Verein kann man durch vertragliche Gestaltung begegnen, so dass eine Annäherung möglich ist, soweit dies im konkreten Einzelfall für erforderlich erachtet wird. Grenzen der Gestaltungsfreiheit finden sich indes in den zwingenden Vorschriften des GmbH-Rechts. Zwingend sind insofern die Vermittlung der Mitgliedschaft über die Geschäftsanteile sowie das Erfordernis eines Stammkapitals und die damit zusammenhängenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten. Bei der Unternehmergesellschaft ist insbesondere die Thesaurierungspflicht zwingend. Ebenso sind die Buchführungs-, Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Publizitätspflichten sowie die umfangreichere Bekanntmachungspflicht gem. § 10 HGB nicht abdingbar. Gleiches gilt für den Rechtsformzusatz, die Vererbbarkeit des Geschäftsanteils, die umfassenderen Auskunfts- und Einsichtsrechte für die Gesellschafter, die umfangreichere Haftungsgefahr für die Gesellschafter und Geschäftsführer sowie die verpflichtende Einbindung eines Notars beim Erwerb eines Geschäftsanteils. Zum anderen begründet die Verbandsautonomie als übergeordnetes Strukturprinzip Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit, obgleich dem Gesellschaftsrecht eine Eingrenzung durch eine sog. Typenlehre nach umstrittener aber zutreffender Auffassung nicht immanent ist. Ferner sind die gesetzlichen Verbote, die guten Sitten sowie Treu und Glauben zu beachten. Insgesamt kann zutreffend gesagt werden, dass das GmbH-Recht lediglich eine „schemenhaft umrissene Normalverfassung“<sup>3397</sup> vorgibt.

---

<sup>3396</sup> Stock, in: NZG 2001, 440, 446.

<sup>3397</sup> So, K.Schmidt GesR S. 107.



Ob die Unternehmergesellschaft jedoch aufgrund ihres Rechts als Alternative zum eingetragenen Verein in Betracht kommt, hängt nicht nur von den rechtlichen Gegebenheiten ab, sondern auch davon, ob sie als solche überhaupt wahrgenommen wird, da sich oftmals subjektive Wertevorstellungen nicht mit der Rechtswirklichkeit decken. So wird etwa der eingetragene Verein vielfach positiver wahrgenommen als eine mit gleicher Zwecksetzung tätige GmbH, da eingetragene Vereine als Rechtsform für nichtwirtschaftliche Ziele tief im Bewusstsein der Bevölkerung verankert sind.<sup>3398</sup> Die Etablierung der Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich bedingt daher die Etablierung der Unternehmergesellschaft insgesamt.

## 2. Angleichungsmöglichkeiten

Insoweit sind verschiedene Regelungen und Konstellationen denkbar, wie das Recht der Unternehmergesellschaft an das Vereinsrecht angenähert werden kann. Die umfangreiche Satzungsautonomie erlaubt insoweit eine vielfältige Modellierung des Verbandsinnenrechts.

### a) Gesellschafterebene

Eine Annäherung kann dadurch erfolgen, dass die Mitgliedsrechte und -pflichten modifiziert werden. Insoweit ist es zulässig, Nebenleistungspflichten in der Form vorzusehen, dass periodisch oder einmalig Arbeits-, Sach- oder Geldleistungen durch die Gesellschafter erbracht werden müssen, wodurch eine Entsprechung mit den üblichen, gesetzlich aber nicht zwingend vorgesehenen Beitragsleistungen von Vereinsmitgliedern möglich ist. Die Nebenleistungspflichten, gleichgültig ob statutarisch oder schuldrechtlich geregelt, treten neben die Pflicht zur Erbringung der Einlage. Diese Pflichten können sogar derart ausgestaltet sein, dass die Einlagenpflicht in finanzieller Hinsicht in den Hintergrund tritt.

Das Vereinsmitgliedern oftmals zukommende, sich aus der Satzung ergebende Recht, die Einrichtungen des Verbands zu nutzen, kann auch den Gesellschaftern einer Unternehmergesellschaft eingeräumt werden, obschon die Bindung des Stammkapitals sowie § 5a Abs. 3 GmbHG zu beachten sind. Dieses Nutzungsrecht kann gleichsam durch sog. Sondervorteile gewährt werden.

Während eine Vereinsmitgliedschaft, sofern die Satzung nichts Abweichendes vorsieht (§ 40 S. 1 BGB), nicht vererbbar ist (§ 38 S. 1 BGB), ist der Geschäftsanteil stets vererbbar. Indes kann dem nicht zulässigen Ausschluss der Vererbbarkeit durch vertragliche Gestaltung begegnet werden, da in diesen Fällen die satzungsmäßige Eröffnung eines Einziehungsrechts nach § 34 GmbHG, eine Kaduzierung, eine Abtretungsverpflichtung oder eine sog. Nachfolgeklausel möglich sind. Im praktischen Ergebnis führt dies zu einer umfangreichen Einschränkung des Eintritts der Erben in die Gesellschafterstellung.

Ferner ist zu beachten, dass die Verwendung des Rechtsformzusatzes *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* beim Auftreten im nichtwirtschaftlichen Bereich, insbesondere bei gemeinnützigen Gesellschaften, für Irritationen des Rechtsverkehrs sorgen könnte, da die Begriffe *Unternehmer* und *gemeinnützig* mit voneinander abweichenden Vorstellungen verbunden sind, so dass es sich (derzeit noch) als vorteilhaft darstellt, den Rechtsformzusatz *UG (haftungsbeschränkt)* zu verwenden.

---

<sup>3398</sup> Vgl. Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 5; vgl. Weidmann/Kohlhepp S. 11.

Ebenso kann der Erwerb der Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft modifiziert werden, auch wenn hierbei allenfalls Erleichterungen möglich sind.

Die Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft wird durch den Erwerb eines Geschäftsanteils, der bereits existiert oder hierfür geschaffen wird, erworben. Die Schaffung neuer Geschäftsanteile, sofern keine Teilung vorgenommen wird, kann im Wege der ordentlichen oder der nominellen Kapitalerhöhung erfolgen, so dass deren Voraussetzungen zu beachten sind. Bei der nominellen Kapitalerhöhung können die geschaffenen Geschäftsanteile nachfolgend übertragen werden. Die Kapitalerhöhung stellt daher eine zusätzliche Hürde bei der Aufnahme neuer Mitglieder dar, zumal durch die notwendige Einbindung eines Notars und die registerrechtlichen Erfordernisse gleichsam Kosten entstehen. Aber auch der Erwerb eines Geschäftsanteils ist an besondere Voraussetzungen geknüpft, da gem. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG die entsprechenden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte einer notariellen Beurkundung bedürfen. Zudem ist der neue Gesellschafter in die zu führende und beim Register einzureichende Gesellschafterliste einzutragen, § 40 GmbHG.

Der Prozess des Erwerbs der Mitgliedschaft in einer Unternehmergesellschaft ist daher im Vergleich zum eingetragenen Verein an eine Reihe von formellen Voraussetzungen geknüpft, so dass es nicht von der Hand zu weisen ist, dass dies zu einer gewissen Starre in Bezug auf die Möglichkeit führt, neue Mitglieder für die Gesellschaft zu gewinnen.

Diese Starre kann durch verschiedene Maßnahmen flexibler gestaltet werden. Insofern kann der Kapitalerhebungsbeschluss anstatt eines Fix- einen Höchstbetrag vorsehen oder die Kapitalerhöhung kann in der Form des genehmigten Kapitals (§ 55a GmbHG) erfolgen, wodurch die Geschäftsführer bei der Stückelung und der Ausgabe der Anteile mehr Freiheit erfahren, obgleich insgesamt der komplexe Erwerbsmechanismus dadurch allenfalls etwas vereinfacht und nicht aufgehoben werden kann.

Ferner kann ein Mitgliedserwerb auch insoweit ermöglicht werden, dass ein bereits bestehender Geschäftsanteil geteilt und anschließend ein dadurch entstandener Teil erworben wird. Die Zuständigkeit für die Teilung kann den Geschäftsführern übertragen werden. Auch wenn eine vorratsweise Teilung von Geschäftsanteilen zulässig ist, ist ein solches Prozedere nur solange möglich, solange der Nennbetrag der einzelnen Teile auf volle Euro lautet. Ebenso ist es denkbar, dass Gesellschafter bereits bei der Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen, welche der späteren Übertragung auf neue Gesellschafter dienen. Auch hier sind indes die Voraussetzungen der §§ 40, 15 Abs. 3, 4 GmbHG sowie die Haftung aus § 16 Abs. 2 GmbHG zu beachten. Zudem verlieren bei einer Teilung nebst Übertragung die betroffenen Gesellschafter einen Teil ihrer bis dahin bestehenden Rechtsposition in der Gesellschaft.

Schließlich ist eine Mitberechtigung in Form einer dinglichen Berechtigung mehrerer Personen an einem Geschäftsanteil zulässig. Nach h. M. wird jeder Mitberechtigte (§ 18 GmbHG) zum Gesellschafter. Die Vorschriften des § 15 Abs. 3 bis 5 GmbHG sind gleichsam zu beachten, soweit es sich um eine Bruchteilsgemeinschaft handelt, während § 15 GmbHG dann nicht greift, wenn eine Gesamthandsgemeinschaft vorliegt. Auch hier ist die Gesellschafterliste bei jeder Veränderung zu aktualisieren.

## **b) Einräumung von Rechten für Nichtgesellschafter**

Es wurde insofern deutlich, dass die Voraussetzungen für den Erwerb einer Mitgliedschaft in der Unternehmergesellschaft im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Vereinsrecht umfänglicher sind, was für einen wechselnden oder wachsenden Mitgliederstamm nicht unbedingt förderlich ist. Um diese Anforderungen zu umgehen, ist die Einräumung von

mitgliedsähnlichen Rechten für Nichtgesellschafter denkbar, obschon eine solche Einräumung nur in einem begrenzten Rahmen möglich ist.

Nach umstrittener aber zutreffender Auffassung kann Nichtgesellschaftern durch den Gesellschaftsvertrag kein eigenes statutarisches Recht eingeräumt werden. Es ist indes zulässig, außerhalb des Statuts schuldrechtliche Rechte für Nichtgesellschafter zu begründen, die als unechte Bestandteile Teil des Gesellschaftsvertrages sein können. Vertragspartner können sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter sein. Derartige Verbindungen binden ausschließlich die Vertragsparteien; sie unterfallen zudem den allgemeinen Regeln. Zu beachten ist indes, dass die Verbandsautonomie die Übertragung von Rechten auf Nichtgesellschafter eingrenzt, so dass der Einfluss Dritter dort seine Grenzen findet, wo „*das Schicksal der Gesellschaft in den Händen von Außenstehenden liegt*“<sup>3399</sup>.

Ein Nichtgesellschafter kann daher nicht Inhaber eines eigenen unmittelbaren Stimmrechts bei Gesellschafterbeschlüssen, insbesondere bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages, sein. Es ist darüber hinaus nach umstrittener jedoch zutreffender Auffassung nicht zulässig, dass ein Nichtgesellschafter durch einen Stimmbindungsvertrag oder ein Zustimmungsvorbehalt Einfluss auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages nimmt, da die bei Missachtung derartiger schuldrechtlicher Bindungen drohenden zivilrechtlichen Folgen vor dem Hintergrund der Verbandsautonomie keine ausreichende Rechtfertigung erfahren. Es ist folglich festzuhalten, dass außenstehenden Dritten keine unmittelbare Möglichkeit zusteht, auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages einzuwirken.

Demgegenüber können Nichtgesellschaftern sog. Genussrechte eingeräumt werden, die keine Mitgliedschaftsrechte darstellen. Sie begründen vielmehr schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschaft. Durch sie kann in vielfältiger Weise eine auf schuldrechtlicher Grundlage basierende Angleichung an eine Gesellschafterstellung in vermögensrechtlicher Hinsicht geschaffen werden. Als Gegenleistung für die Einräumung kann eine den üblichen Vereinsbeiträgen entsprechende Pflicht begründet werden.

Daneben können die Gesellschafter und die Gesellschaft mit Nichtgesellschaftern verschiedene weitere schuldrechtliche Bindungen eingehen. Die eingeräumten Rechte können den Rechten der Gesellschafter nachgebildet sein. In diesen Fällen greift jedoch eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nicht ein, auch wenn Informations-, Einsichts- und Kontrollrechte<sup>3400</sup> eingeräumt werden können.

Insgesamt bedingen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft einer vertraglichen Regelung, so dass der Gesellschaftsvertrag Dritten nicht einseitig Pflichten diktieren kann. Der Unternehmergesellschaft steht keine Verbandsstrafgewalt i. S. d. bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts zu, so dass die Gesellschaft mit Nichtgesellschaftern allenfalls schuldrechtlich eine Vertragsstrafenregelung treffen kann.

Inwieweit Nichtgesellschaftern Rechte bezüglich der Gesellschaftsorgane eingeräumt werden können, ist umstritten, wobei der Streit u. a. aus dem umstrittenen Begriff „Organ“, dem Streit über die Weite der Verbandsautonomie sowie dem Streit über die Zulässigkeit von statutarischen Rechten Dritter herrührt.

---

<sup>3399</sup> Klosterkemper S. 222; Weber S. 211ff; Beuthien/Gätsch, in: ZHR 156 (1992), 459, 474f.

<sup>3400</sup> Michalski/Michalski § 3 Rn. 85; MüKo/Gottwald § 328 Rn. 71; Ulmer, in: Festschrift Werner 1984, S. 911, 930.

Nichtgesellschaftern kann kein Bestellungsrecht von Geschäftsführern eingeräumt werden. Dieses Befugnis ist weder als statutarisches noch als schuldrechtliches Recht zulässig. Ebenso kommt außenstehenden Dritten kein statutarisches Bestellungsrecht für Mitglieder des Aufsichtsrats zu, hingegen sich eine derart grundsätzliche Aussage für ein entsprechendes schuldrechtliches Bestellungsrecht nicht treffen lässt. Beschränkungen eines solchen schuldrechtlichen Rechts folgen insoweit aus der Verbandsautonomie. Der umstrittene und konkretisierungsbedürftige Begriff<sup>3401</sup> besagt im Kern, dass das Schicksal der Gesellschaft nicht in den Händen von außenstehenden Dritten liegen darf.<sup>3402</sup> Insofern ist nicht jeglicher Einfluss Dritter unzulässig. Wann genau jedoch eine Unzulässigkeit vorliegt, ist für jeden Einzelfall konkret nach den dem Organ zukommenden Kompetenzen zu beurteilen. Ein Einfluss Dritter ist insoweit bei Satzungsänderungen, bei der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern aber auch bei maßgeblichen Strukturentscheidungen unzulässig.<sup>3403</sup> Sofern einem Aufsichtsrat lediglich die gesetzlich zugeschriebene Überwachung als Kompetenz zukommt, verstößt ein schuldrechtliches Entsenderecht für diese Organ von Nichtgesellschaftern nicht gegen die Verbandsautonomie, da ein Einfluss auf die Besetzung eines solchen Organs, welches keine leitenden Aufgaben wahrnimmt, nicht den Kernbereich der Autonomie betrifft. Demgegenüber kann der Gesellschaftsvertrag dem Aufsichtsrat umfassendere Aufgaben zukommen lassen. Die Frage, ob ein Entsenderecht Dritter auch dann noch zulässig ist, wenn der Aufsichtsrat durch den Gesellschaftsvertrag umfassendere Kompetenzen, insbesondere Bereiche der Geschäftsführung und Vertretung, übertragen bekommen hat, hängt vom konkreten Einzelfall ab und kann hier nicht allgemeingültig beantwortet werden.

Nichtgesellschafter können nicht Teil der Gesellschafterversammlung sein. Indes ist es zulässig, dass sie Geschäftsführer oder Mitglied eines fakultativen Organs werden, wodurch ihnen als Organmitglied Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zukommen kann, auch wenn die Stellung nicht zur Verfolgung eigener Rechte missbraucht werden darf.<sup>3404</sup> Durch die Mitgliedschaft in einem Gesellschaftsorgan wird ein Nichtgesellschafter in die Gesellschaft einbezogen. Für Mitglieder fakultativer Organe, deren Pflicht nicht in der Überwachung besteht, greift § 52 Abs. 3 S. 2 GmbHG nicht, so dass sie nicht in eine entsprechende Liste einzutragen sind. Welche Rechte einem mit Nichtgesellschaftern besetzten Organ eingeräumt werden können, ist umstritten, wobei auch hier der Streit aus der Unschärfe der Verbandsautonomie folgt.

Eine Kompetenzzuweisung aus dem Kernbereich ist stets unzulässig. Das Recht zu Satzungsänderungen sowie die Beschlüsse über Strukturänderungen fallen ausschließlich den Gesellschaftern zu. Zudem kann den Nichtgesellschaftern nach zutreffender Auffassung auch über ihre Organzugehörigkeit bei Satzungsänderungen oder bei maßgeblichen Strukturentscheidungen kein zwingender Zustimmungsvorbehalt eingeräumt werden. Dies entspricht insoweit den Grenzen der Zulässigkeit von schuldrechtlichen Zustimmungsrechten außenstehender Dritter. Ab welcher Quote von Nichtgesellschaftern zu Gesellschaftern innerhalb eines Organs unterhalb der alleinigen Besetzung mit Nichtgesellschaftern eine Abweichung vom vorstehenden Ergebnis anzunehmen ist, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden und bleibt daher der konkreten Prüfung eines jeden Einzelfalls vorbehalten.

Ein mit Nichtgesellschaftern besetztes fakultatives Organ kann indes, mit Ausnahme der Kompetenzen, die zwingend den Geschäftsführern zukommen, Geschäftsführungsbefugnisse

---

<sup>3401</sup> Vgl. Ulmer, in: Festschrift Wiedemann 2002, S. 1297, 1320.

<sup>3402</sup> Klosterkemper S. 222; Hofbauer S. 181; Wiedemann, in: Festschrift Schilling 1973, S. 105, 111.

<sup>3403</sup> Ulmer/Hüffer/Schürmbrand § 47 Rn. 35; Scholz/K.Schmidt § 47 Rn. 12; vgl. Priester, in: Festschrift Werner 1984, S. 657, 672.

<sup>3404</sup> Klosterkemper S. 30; vgl. Rohleder S. 88; Hofbauer S. 179.

zugesprochen bekommen. Darüber hinaus kann dem mit Nichtgesellschaftern besetzten fakultativen Organ nach zutreffender Auffassung auch das Recht zugesprochen werden, die Geschäftsführer zu berufen bzw. abzusetzen, soweit die Mitgliedschaft des Nichtgesellschafter im Organ den Interessen der Gesellschaft folgt. Ein Gesellschaftsorgan, welches mit Nichtgesellschaftern besetzt ist, hat gleichsam das Recht, die Mitglieder des Aufsichtsrats zu bestellen und abuberufen. Dadurch ist derartigen mit Nichtgesellschaftern besetzten Organen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft möglich.

Insgesamt kann resümierend festgehalten werden, dass nicht jeder Nichtgesellschafter, der Mitglied eines Organs der Gesellschaft ist, eine Gefährdung der Verbandsautonomie darstellt. Ein Nichtgesellschafter kann indes weder statutarisch, noch schuldrechtlich und auch nicht als Mitglied eines mit Nichtgesellschaftern besetzten Organs Einflussrechte auf die Satzungsänderung oder auf Beschlüsse über Strukturänderungen zugesprochen bekommen. Insofern können Nichtgesellschafter in vielfältiger Weise in eine enge Beziehung zur Unternehmergeellschaft eintreten bzw. an die Gesellschaft gebunden werden, auch wenn das Einflussrecht nicht denen der Gesellschafter entspricht.

## G. Schlussbetrachtung

### I. Grundsätzliches

Die Unternehmergesellschaft, welche mit dem MoMiG zum 01.11.2008 als Variante der „regulären“ GmbH geschaffen wurde, vermochte es, bis zum heutigen Tag ein nicht unbeachtliches Interesse der Rechtsanwender auf sich zu ziehen. Die Gesellschaft, die bisher vornehmlich als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmungen gewählt wurde, kann aufgrund ihrer Zweckoffenheit gleichsam für nichtwirtschaftliche Zwecke genutzt werden. Obgleich es gesetzgeberisches Ziel war, mit der Unternehmergesellschaft Existenzgründern und Tätigkeiten mit einem geringen Kapitalbedarf eine Rechtsform anzubieten, die eine beschränkte Haftung vorsieht und zudem den Weg in die GmbH erleichtert, kann die Gesellschaft als dauerhafte Organisationsform eingesetzt werden. Seit ihrer Einführung ging die Gründung von in Deutschland domizilierenden ausländischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung merklich zurück.

Durch die Möglichkeit, die Unternehmergesellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich anzusiedeln, tritt die Gesellschaft auch als Alternative zum dort beheimateten bürgerlich-rechtlichen Verein in Erscheinung. Die Unternehmergesellschaft kann von Gesetzes wegen insofern nahezu im gesamten Anwendungsbereich des bürgerlich-rechtlichen Vereins eingesetzt werden. Den Rechtsanwendern ist daher eine Rechtsformwahl eröffnet, um die Rechtsform zu finden und schließlich auch zu wählen, welche den Begebenheiten des Einzelfalls am besten gerecht wird. Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass der Verein im nichtwirtschaftlichen Bereich eine weitreichende Akzeptanz besitzt und er damit im Bewusstsein der Bevölkerung tief verankert ist, so dass es die objektiv rechtlichen Erwägungen nicht immer vermögen, subjektive Prägungen zu überlagern. Insoweit ist es erforderlich, dass die Unternehmergesellschaft die Akzeptanz des Rechtsverkehrs insgesamt und im Besonderen im nichtwirtschaftlichen Bereich dauerhaft erfährt.

Die Grundstrukturen beider Rechtsformen ausgehend von ihrer Eigenschaft als juristische Personen des Zivilrechts entsprechen sich, da sie Ausdruck einer einheitlichen Idee sind, nämlich der rechtlich organisierten Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks durch grundsätzlich mehrere Personen<sup>3405</sup>. Zudem weisen diverse Rechtsbereiche Gemeinsamkeiten mit einer indes unterschiedlichen Dichte auf. Demgegenüber ist das Recht der beiden Körperschaften nicht gänzlich deckungsgleich. Dies resultiert vor allem daraus, dass bei der Unternehmergesellschaft die Mitgliedschaft über einen Geschäftsanteil vermittelt wird und sie ein wenn auch u. U. geringes Stammkapital besitzt, welches zu entsprechenden Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten zwingt, hingegen den Erwägungen des historischen Gesetzgebers entsprechend der bürgerlich-rechtliche Verein aufgrund seiner nichtwirtschaftlichen Ausrichtung keine derart umfangreichen gesetzlichen Kapitalbedingungen zu erfüllen hat.

Die voneinander abweichenden Grundaussrichtungen der beiden Verbände führen dazu, dass die Mitgliedschaften im jeweiligen Verband einen unterschiedlichen vermögensrechtlichen Gehalt haben. Während über den Geschäftsanteil das Vermögen der Unternehmergesellschaft in die Sphäre der Gesellschafter „hineinvermittelt“<sup>3406</sup> wird, stellt die Vereinsmitgliedschaft mit Ausnahme von § 45 Abs. 3 BGB kein Vermögen dar. Aus diesen Grundaussrichtungen folgen auch unterschiedliche Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten.

---

<sup>3405</sup> Vgl. Lutter, in: AcP 180 (1980), 84, 106.

<sup>3406</sup> So, MüKo/Reuter § 38 Rn. 30; vgl. Münch Hdb GesR V/Schwarz van Berk § 3 Rn. 11.

Das Gesetz sieht für den Erwerb der Mitgliedschaft im bürgerlich-rechtlichen Verein keine Vorgaben vor. Bei der Unternehmergesellschaft hingegen muss ein bestehender oder noch zu schaffender Geschäftsanteil übernommen werden, wobei der Übertragungsakt der Mitwirkung eines Notars und der anschließenden Veränderung der Gesellschafterliste bedarf. Sofern eine Vielzahl von Mitgliedern oder ein wechselnder Mitgliederstamm beabsichtigt sind, erweist sich daher der bürgerlich-rechtliche Verein insoweit als vorteilhaft<sup>3407</sup>, hingegen eine Bezeichnung der Unternehmergesellschaft als für diese Fälle ungeeignete<sup>3408</sup> Rechtsform in dieser Allgemeinheit zu weit geht.

Diese Diskrepanz kann indes teilweise dadurch aufgefangen werden, dass man mit den betreffenden Personen lediglich schuldrechtliche Beziehungen eingeht. Denkbar ist aber auch, Nichtgesellschafter durch Aufnahme in entsprechende Gesellschaftsorgane in den Verband zu integrieren. Beide Möglichkeiten bestehen indes nicht uferlos, da die Gestaltungsfreiheit über die Verbandsautonomie Grenzen erfährt. Dennoch zeigt sich, dass auf diese Weise Personen an den Verband gebunden werden können, ohne dass sie Gesellschafter werden müssen. Wie weit derartige Regelungen indes mit dem Integrations-, Bindungs- und Mitentscheidungsinteresse des jeweiligen Rechtsanwenders vereinbar sind, ist eine Frage des Einzelfalls.<sup>3409</sup>

Schließlich ist jedoch zu beachten, dass die Unternehmergesellschaft als Rechtsform im Bereich des Sports, abgesehen von den Profiligen mit ihren Lizenzsystemen, (derzeit) keine Aufnahme in die jeweiligen die Sportart prägenden Verbände findet, soweit die für die Aufnahme neuer Mitglieder zuständigen Verbände die Mitgliedschaften lediglich den bürgerlich-rechtlichen Vereinen einräumen. Daher bleibt ihr zurzeit allein aus diesem Grund ein nicht unbeachtlicher Anwendungsbereich faktisch verwehrt.

## II. Ausblick

Mangels einschlägiger allgemeingültiger Vorzugswürdigkeit einer Rechtsform gegenüber einer anderen, muss stets eine Einzelfallbetrachtung erfolgen, welche vom konkreten Willen der Rechtsanwender und damit von der jeweiligen Gewichtung der mitunter schwer quantitativ messbaren Aspekte abhängig ist. Ferner erschwert die Gestaltungsfreiheit vor dem Hintergrund des weitestgehend dispositiven Charakters des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts sowie des GmbH-Rechts die gezielte Rechtsformwahl<sup>3410</sup> und führt dazu, dass aufgrund der freien Gestaltung die Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsformen sehr gering sein können.<sup>3411</sup> Die Wahl der idealen Rechtsform bleibt daher ausschließlich einer detaillierten und einzelfallspezifischen Betrachtung vorbehalten.

Dennoch gibt es Bereiche, welche der Unternehmergesellschaft aufgrund gesetzlicher Regelungen vorbehalten sind, bzw. für welche die Gesellschaft aufgrund ihrer Verfassung allgemein hin (ebenso) geeignet ist. Dabei kommen neben den Bereichen, in welchen bereits die „reguläre“ GmbH eine Alternative zum eingetragenen Verein bildet, auch Bereiche in Betracht, in welchen eine „reguläre“ GmbH nicht gewählt wurde, da die Hürde des Mindeststammkapitals von 25.000 € nicht genommen werden konnte, bzw. wegen dieser

---

<sup>3407</sup> So auch, Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 10, 12.

<sup>3408</sup> Vgl. Miras Rn. 407; ähnlich, Münch Hdb GesR III/Riemenschneider/Freitag § 8a Rn. 24.

<sup>3409</sup> Die Identifikation mit dem Verband und die Bereitschaft, sich zu engagieren, sinkt proportional zur Größe des Verbands, Säcker, S. 7.

<sup>3410</sup> Vgl. Wirner S. 315: Die Gestaltungsvarianten bei der jeweiligen Rechtsform können dazu führen, dass man im Rahmen der Rechtsformwahl an die Grenzen der menschlichen Verarbeitungskapazität stößt, da die Handlungsalternativen zahlreich sind, so dass es unüberschaubar wird.

<sup>3411</sup> Vgl. von Holt/Koch Rn. 123.

Kapitalaufbringungspflicht von der Verwendung der GmbH abgesehen wurde. Der objektive Entscheidungsfindungsprozess mit dem Resultat der Wahl einer Unternehmergeellschaft im nichtwirtschaftlichen Bereich bedeutet daher nicht nur eine abwägende Wahl gegenüber dem eingetragenen Verein, sondern auch gegenüber der „regulären“ GmbH. Die Unternehmergeellschaft wird gegenüber der „regulären“ GmbH dann den Vorzug erhalten, wenn im konkreten Einzelfall die Aufbringung des Mindeststammkapitals bzw. deren teilweise Erbringung im Rahmen der Gründung aus finanziellen Gründen nicht erfolgen kann, bzw. für die Verfolgung des Zwecks nicht notwendiger Weise erfolgen muss und das Recht der Unternehmergeellschaft, insbesondere die Rücklagenbildung aus § 5a Abs. 3 GmbHG, aus Sicht der Rechtsanwender für den konkreten Einzelfall nicht nachteilig ist.

### **1. Personenvereinigungen unter drei bzw. sieben Personen**

Der eingetragene Verein muss im Zeitpunkt der Eintragung mindestens sieben Mitglieder aufweisen (§ 59 Abs. 3 BGB) und verliert durch Entscheidung des Amtsgerichts seine Rechtsfähigkeit, wenn die Zahl der Vereinsmitglieder unter drei sinkt, § 73 BGB. Demgegenüber kann die Unternehmergeellschaft bereits durch eine einzige Person gegründet und dauerhaft betrieben werden. Sofern ein Verband bei der Gründung daher weniger als sieben Mitglieder aufweist, oder er dauerhaft weniger als drei Mitglieder haben wird, steht den Rechtsanwendern der eingetragene Verein im Gegensatz zur Unternehmergeellschaft als Rechtsform nicht zur Verfügung.

### **2. Mäzenatentum, Führungsgruppe oder Einbindung von Geldgebern**

Während beim Verein jedem Mitglied grundsätzlich nur eine gleichstarke Stimme im Rahmen der Mitgliederbeschlüsse zufällt, hängt das Stimmgewicht eines Gesellschafters grundsätzlich von seiner Kapitalbeteiligung ab, wodurch ein unterschiedlich stark ausgeprägter Einfluss der Mitglieder begründet werden kann. Sofern daher ein dauerhafter Einfluss einer oder einzelner Personen gewollt ist, bietet sich die Unternehmergeellschaft als geeignete Rechtsform an. Diese Personen haben durch ihre Gesellschafterstellung maßgeblichen Einfluss auf den Verband. Personen, die darüber hinaus für die Zweckerreichung erforderlich sind oder deren Mitwirken gewünscht ist, können über schuldrechtliche Verträge oder durch die Aufnahme in ein Gesellschaftsorgan wie einem fakultativen Aufsichtsrat oder einem Beirat an den Verband gebunden werden. Die Gesellschafter müssten sich in diesen Fällen nicht der Willensbildung, wie sie einer vereinsrechtlichen Mitgliederversammlung entspringen würde, unterwerfen. Wie weit eine derartige Konstellation mit dem Willen der an den Verband gebundenen Personen auf persönliches Engagement und Einflussnahme vereinbar ist, bleibt dem konkreten Einzelfall zur Beantwortung vorbehalten. Zudem ist es durch die Gesellschaftsstruktur denkbar, dass Geldgeber durch den Erwerb einer Mitgliedschaft einflussreich in die Geschicke der Gesellschaft eingebunden werden.

### **3. Fester Personenkreis**

Die Unternehmergeellschaft bietet sich dann als Alternative zum eingetragenen Verein an, wenn ein fester Personenkreis vorhanden ist, bei welchem nur selten ein oder gar kein Mitgliederwechsel beabsichtigt ist.<sup>3412</sup> In diesen Fällen kommt die Problematik des umfangreicheren und formgebundenen Mitgliedschaftserwerbs nicht entscheidend zum Tragen.

---

<sup>3412</sup> So auch, Miras Rn. 408; Hdb der Gemeinnützigkeit/van Randenborgh § 1 Rn. 12; von Holt/Koch Rn. 124; vgl. Stock, in: NZG 2001, 440, 447.



Zudem ist die Bindung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern aufgrund der vermögensrechtlichen Ausprägung des Geschäftsanteils in der Regel enger, was insbesondere bei Zusammenschlüssen vorteilhaft ist, deren Zielsetzung auf die Erbringung von Kapital angewiesen ist. Mit der Einbringung von eigenem Kapital steigen grundsätzlich die Erwartungen jedes Gesellschafters an die übrigen Mitstreiter sowie die eigene Bereitschaft, sich zu engagieren. Es ist indes aufgrund des fehlenden Mindeststammkapitalerfordernisses und der damit möglichen sehr geringen Nennbeträge der Geschäftsanteile nicht zwingend, dass bereits aus dem Gesellschaftsstammkapital stets eine stark ausgeprägte Bindung zur Unternehmersgesellschaft gegeben ist. Insoweit vermögen jedoch die zahlreichen Gefahren der Gesellschafterhaftung eine stärkere Bindung an den Verband zu erzeugen, als es von der gesetzlichen Ausgangslage beim eingetragenen Verein der Fall ist.

#### **4. Grenzbereich zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein**

Es wurde gezeigt, dass die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein umstritten ist, obschon die h. M. in zutreffender Weise insoweit einen teleologisch-typologischen Ansatz verfolgt. Dieser Ansatz schafft es zwar, mehr Rechtssicherheit zu vermitteln, hingegen einzelne Punkte innerhalb der Auffassung umstritten sind und diese Methode für den Rechtsanwender nicht die Ausräumung sämtlicher Abgrenzungsschwierigkeiten bewirkt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Registergericht im Zeitpunkt der Eintragung des Vereins eine umfassende Betrachtung der späteren Vereinstätigkeit nicht immer eröffnet ist. Gleichsam ist das Nebenzweckprivileg, welches in einem gewissen Rahmen wirtschaftliche Tätigkeiten erlaubt, nicht frei von Meinungsstreitigkeiten, zumal die Feststellung, ob das wirtschaftliche oder das ideelle Tätigkeitsfeld den Verein prägt, in Grenzbereichen mitunter etwaige Schwierigkeiten bereiten kann.

Die Feststellung, ob ein nichtwirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt, ist daher mitunter schwierig, so dass in strittigen Fällen zur Umgehung des Problems die Unternehmersgesellschaft bei der Rechtsformwahl weiter in den Fokus rückt. Ob indes in diesen Fällen die Wahl auf die Unternehmersgesellschaft fällt, hängt davon ab, wie die Rechtsanwender die übrigen Merkmale der beiden Verbände bewerten.

#### **5. Publizierungsbedürftigkeit**

Bei der Rechtsformwahl können auch Aspekte der Bilanzierung und Publizität<sup>3413</sup> sowie die Einsichts- und Auskunftsrechte der Mitglieder maßgebliche Faktoren bilden. Da eine umfängliche, bereits gesetzlich vorgeschriebene Rechnungslegung und Publizität auch den Verbandsmitgliedern dient, kann die Wahl einer Unternehmersgesellschaft den Mitgliedern entgegenkommen, die Kapital in den Verband eingebracht haben. Darüber hinaus sind Transparenz und Offenheit bei der Rechnungslegung geeignet, das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Verband zu stärken.<sup>3414</sup>

#### **6. Nicht unerheblicher betriebswirtschaftlicher Einfluss**

Sofern die Erreichung bzw. Verwirklichung eines nichtwirtschaftlichen Zwecks eine Vielzahl von betriebswirtschaftlichen Entscheidungen bedingt und zudem grundsätzlich ein entsprechender betriebswirtschaftlicher Einfluss gegeben ist, ist die Unternehmersgesellschaft

---

<sup>3413</sup> Vgl. Münch Hdb GesR V/Knof § 12 Rn. 6; von Holt/Koch Vorwort S. VI.

<sup>3414</sup> So auch, von Holt/Koch Vorwort S. VI.

aufgrund der aus dem Gesetz folgenden unternehmerischen Ausrichtung eine ernsthafte Alternative zum eingetragenen Verein.

## **7. Verflechtungen**

Die „reguläre“ GmbH und die Unternehmersgesellschaft sind geeignete Rechtsformen für eine Verflechtung mit einem anderen Verband. Die Bindung der beiden Verbände kann etwa durch die Gesellschafterstellung des anderen Verbands in der Unternehmersgesellschaft bewirkt werden. Vorteilhaft für die Unternehmersgesellschaft im Vergleich zum eingetragenen Verein ist auch hier, dass sie lediglich ein einziges Mitglied vorsehen muss.