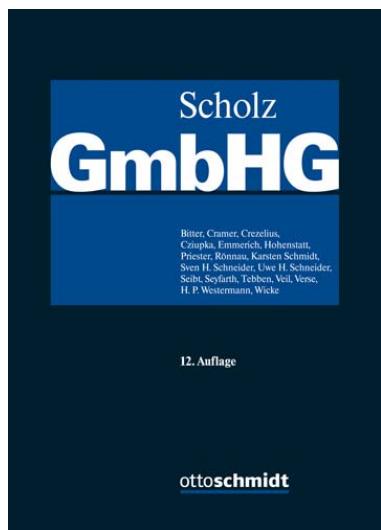


Leseprobe zu



Scholz

GmbH-Gesetz, Bände I-III

Kommentar

12. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2018, ca. 5400 Seiten, 3 Bände, Kommentar

ISBN 978-3-504-32567-1

ca. 570,00 € (Gesamtzahlnahme)

Zweiter Abschnitt

Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter

§ 13

Juristische Person; Handelsgesellschaft

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

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

(3) Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

Text seit 1892 unverändert.

I. Einleitung	1	3. Systematisierung der Durchgriffsfragen	69
II. Rechtspersönlichkeit der GmbH		VII. Zurechnungsdurchgriff	75
1. Juristische Person	3	1. Wissenszurechnung bei arglistiger Täuschung	76
2. Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit	7	2. Gutgläubiger Erwerb	78
a) Die Entstehung der GmbH	8	3. Reichweite eines Wettbewerbsverbots	81
b) Das Erlöschen der GmbH	9	4. Maklerprovision (§ 652 BGB)	84
3. „Keinmann-GmbH“	13	5. Zurechnung von Eigenschaften	85
4. Rechtsschein-GmbH?	14	6. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB)	87
III. Umfang der Rechtsfähigkeit	16	VIII. „Uechter“ Haftungsdurchgriff	90
1. Privatrecht	17	1. Vertragshaftung	91
a) Handeln der GmbH durch ihre Organe	18	a) Bürgschaft	91
b) Haftung der GmbH aus gesetzlichen Schuldverhältnissen	21	b) Schuldbeitritt	93
c) Schutz der GmbH durch das Deliktsrecht	23	2. Vertrauenschaftung	
d) Die GmbH als Inhaberin von (Grundstücks-)Rechten und Besitz	24	a) Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes	94
e) Die GmbH als Gesellschafterin	26	b) Culpa in contrahendo (c.i.c.)	95
f) Die GmbH als Vertreterin	27	3. Delikthaftung	97
g) Die GmbH im Familien- und Erbrecht	28	a) Rechtsgutsverletzung und Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 BGB)	98
2. Öffentliches Recht	30	b) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)	100
3. Strafrecht	33	aa) Sozialwidrige Risikoabwälzung auf Dritte	101
4. Prozessrecht	34	bb) Unterkapitalisierung/Spekulation auf Kosten der Gläubiger	105
5. Insolvenzrecht	41	cc) Vermögensvermischung	109
6. Schiedsgerichte	43		
IV. Handelsgesellschaft	47		
V. Treuepflicht	50		
VI. Haftung der Gesellschafter – Grundlagen		IX. Echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform	
1. Überblick zur Haftungsbeschränkung	55	1. Überblick	110
2. Ökonomische Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung	60	2. Durchgriffstheorien	112

a) Durchgriffsformeln in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 113 b) Dogmatik des Durchgriffs in der Lehre 116 c) Stellungnahme 123 3. Fallgruppen der Durchgriffshaftung 130 a) Vermögensvermischung 131 b) Unterkapitalisierung 138 aa) Definition der Unterkapitalisierung 139 bb) Nominelle und materielle Unterkapitalisierung 140 cc) Durchgriffshaftung bei materieller Unterkapitalisierung 143 c) Beherrschung der Gesellschaft 148 4. Einwendungen und Einreden, insbesondere Verjährung 151a 5. Internationale Zuständigkeit für Durchgriffsklagen 151c	X. Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs 152 1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung 153 2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs 157 3. Tatbestandsvoraussetzungen 161 4. Einzelfälle 166 5. Verschulden 167 6. Haftungsumfang 169 7. Konkurrenzen 172 a) Geschäftsführerhaftung 172 b) Gesellschafterhaftung 175 8. Haftung während der Liquidation 176 9. Verjährung 176a XI. „Gesellschafterfreundlicher Durchgriff“ 177 XII. Umgekehrter Durchgriff 185 XIII. Berechnungsdurchgriff im Arbeitsrecht 188
---	---

I. Einleitung

Die Vorschrift des § 13 leitet den zweiten Abschnitt des Gesetzes, überschrieben mit „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ ein. Das Gesetz regelt hier zunächst die wichtigsten Merkmale der GmbH und versucht sodann, durch eine Fülle unterschiedlicher Vorschriften nach Möglichkeit die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sicherzustellen. Im Mittelpunkt des Interesses stehen dabei die Vorschriften der §§ 30 bis 32. Der an die Spitze dieses Abschnitts gestellte (zwingende) § 13 nennt dagegen die drei in den Augen der Gesetzesverfasser **wichtigsten Merkmale der GmbH**. Nach § 13 Abs. 1 besitzt die GmbH **Rechtsfähigkeit**. § 13 Abs. 2 fügt hinzu, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern **nur das Gesellschaftsvermögen haftet**, dass mit anderen Worten eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (grundsätzlich) ausgeschlossen ist, sofern nicht ein besonderer Rechtsgrund vorliegt. Die Gesellschaft gilt schließlich nach § 13 Abs. 3 ohne Rücksicht auf ihren konkreten Zweck und Gegenstand sowie auf ihre Größe als **Handelsgesellschaft**, so dass auf sie in jedem Fall zusätzlich die für die Handelsgesellschaften, d.h. für Kaufleute geltenden Rechtsvorschriften anwendbar sind (s. § 6 HGB). Mit § 13 nahezu wörtlich übereinstimmende Vorschriften finden sich für die Genossenschaft in § 17 GenG sowie für die österreichische GmbH in § 61 öGmbHG. Ebenso lautete ursprünglich die entsprechende Bestimmung für die AG (§ 213 Abs. 1 HGB a.F.), während jetzt § 1 Abs. 1 AktG ausdrücklich bestimmt, dass die AG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AktG), für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern allein das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG).

§ 13 muss vor allem im **Zusammenhang mit § 11 Abs. 1** gesehen werden. Nach jener Vorschrift besteht die Gesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister „als solche“ nicht. Aus beiden Vorschriften zusammen wird allgemein der Schluss gezogen, dass die GmbH (spätestens) **ab Eintragung** ins Handelsregister eine **juristische Person** darstellt (s. Rdnr. 3 ff.). Aus § 13 folgt ferner das sog. **Trennungsprinzip**¹. Man bezeichnet damit die durch das positi-

¹ Verwendung dieses Begriffs z.B. bei BGH v. 27.9.2016 – II ZR 57/15, ZIP 2016, 2238 = GmbHR 2016, 1263 Rdnr. 20; BGH v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, ZIP 2014, 565 = MDR 2014, 550 Rdnr. 25;

ve Recht begründete Notwendigkeit, zwischen dem Vermögen und den Schulden der Gesellschaft auf der einen Seite und dem Vermögen und den Schulden der Gesellschafter auf der anderen Seite zu unterscheiden. Diese sich aus der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH (§ 13 Abs. 1) ergebende **Trennung der Sphären von Gesellschaft und Gesellschaftern** wird oft ganz selbstverständlich mit der in § 13 Abs. 2 mittelbar zum Ausdruck kommenden fehlenden Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten im Verbindung gebracht², obwohl es sich richtigerweise um zwei zu unterscheidende Dinge handelt³: Auch bei den Personengesellschaften gibt es nämlich die Trennung zwischen dem Verband und den Gesellschaftern, und zwar sowohl in Bezug auf das Vermögen wie auch die Schulden⁴. Selbst der Umstand, dass die Gesellschafter einer GbR, OHG oder KG für die Gesellschaftsschulden akzessorisch mithaften – sei es in direkter oder analoger Anwendung des § 128 HGB unbeschränkt oder gemäß § 171 HGB beschränkt –, macht die Gesellschaftsschuld nicht zur Gesellschafterschuld. Der Gesellschafter haftet vielmehr für eine *fremde Schuld*: jene der Personengesellschaft, wie es seit BGHZ 142, 315⁵ und BGHZ 146, 341⁶ auch für die (Außen-)GbR anerkannt ist (Rdnr. 5)⁷. Insoweit sind das bei allen Kapital- und Personengesellschaften geltende Trennungsprinzip – verstanden im Sinne einer rechtlichen Verselbständigung des Verbands – und die bei den Kapitalgesellschaften (insbesondere AG und GmbH) zusätzlich **fehlende Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten** letztlich zwei verschiedene, in § 13 Abs. 1 und 2 auch gesondert angeordnete Dinge. Der in § 13 Abs. 2 durch die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen mittelbar zum Ausdruck kommende grundsätzliche Ausschluss einer persönlichen Haftung aus §§ 128, 171 HGB schließt allerdings **im Einzelfall** einen „*Durchgriff*“ auf die Gesellschafter nicht aus. Angesichts der gesetzlichen Regelung bedarf ein solcher Durchgriff jedoch in jedem Fall einer besonderen Begründung (s. Rdnr. 90 ff., 110 ff., 152 ff.).

II. Rechtspersönlichkeit der GmbH

Schrifttum: *Bachmann*, Vorgesellschaft und Nachgesellschaft – Ein Beitrag zur juristischen Personifikation, in: FS Lindacher, 2017, S. 23; *Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907; *Brecher*, Subjekte und Verband, in: FS A. Hueck, 1959, S. 233; *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963; *O. v. Gierke*, Deutsches Privatrecht Bd. I, 1895/1936; *Grünwald*, Die deliktsrechtliche Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationsdefizite, 1999; *Haff*, Grundlagen einer Körperschaftslehre, 1915; *Henkel*, Zur Theorie der Juristischen Person im 19. Jahrhundert: Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien, Göttingen 1973; *Hölder*, Natürliche und juristische Personen, 1905; *Hölder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, JherJb 53 (1908), 40; *G. Husserl*, Rechtssubjekt und Rechtsperson, AcP

5 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246, 261 = ZIP 2007, 1552, 1557 = GmbHR 2007, 927
Rdnr. 36 – Trihotel; LAG Hamm v. 30.1.2015 – 10 Sa 828/14, ZIP 2015, 1392, 1393 = GmbHR 2015,
931; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 331.

2 Deutlich *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, Rdnr. 1 und Überschrift vor Rdnr. 5; *Boujong*, in: FS Odersky, 1996, S. 739 im Titel: „Das Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG“; ferner *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 2 und insbes. Rdnr. 332 („eng verbunden“); *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 244 (vgl. aber auch S. 249); s. auch *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 51, 61.

3 Tendenziell auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 5 a.E. und Rdnr. 7; ferner *Raiser*, ZGR 2016, 781, 787 f. und 795 und *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und instituioneller Haftungsbeschränkung, 2016, S. 14 f. m.w.N. zur erforderlichen Differenzierung zwischen Rechtsfähigkeit (der juristischen Person) und Haftungsbeschränkung.

4 Tendenziell anders *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 3: unterschiedlicher Grad der rechtlichen Verselbständigung.

5 BGH v. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 = GmbHR 1999, 1134.

6 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = MDR 2001, 459.

7 Zu der sich daraus ergebenden Unmöglichkeit der Abgrenzung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften nach der Frage der eigenen Rechtspersönlichkeit *Bitter/Heim*, GesR, § 1 Rdnr. 15 ff.

127 (1927), 129; *U. John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997; *Kübler*, Rechtsfähigkeit und Verbandsverfassung, 1971; *C. Ott*, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, 1977; *Raiser*, Der Begriff der juristischen Person, AcP 199 (1999), 104; *Raiser*, Gesamthandsgesellschaft und juristische Person, in: FS Zöllner Bd. I, 1998, S. 469; *Raiser*, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person, in: FS Lutter, 2000, S. 637; *Raiser*, Allgemeine Vorschriften über juristische Personen in einem künftigen Bürgerlichen Gesetzbuch, ZGR 2016, 781; *E. Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969; *F. Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973; *Rohde*, Juristische Person und Treuhand, 1932; *C. Schubel*, Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften, 2003; *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 2. Aufl. 1980; *Wieacker*, Zur Theorie der Juristischen Person im Privatrecht, in: FS E. R. Huber, 1973, S. 339; *J. Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981; *H. J. Wolff*, Organisations- und juristische Person, 2 Bde., 1933/1934; weitere Literatur zur Haftung und zum Durchgriff s. vor Rdnr. 55, vor Rdnr. 110, vor Rdnr. 131, vor Rdnr. 138, zur Haftung wegen Existenzvernichtung vor Rdnr. 152.

1. Juristische Person

Die GmbH gilt heute allgemein als **juristische Person** (Rdnr. 2), obwohl das Gesetz dies *nicht* ausdrücklich sagt, sondern sich in § 13 Abs. 1 Halbsatz 1 anders als etwa heute § 1 Abs. 1 AktG auf die Bestimmung beschränkt, dass die Gesellschaft mit beschränkter Haftung „als solche selbständige ihre Rechte und Pflichten“ hat. Zur weiteren Verdeutlichung fügt das Gesetz aus historischen Gründen noch hinzu, dass die Gesellschaft Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben sowie vor Gericht klagen und verklagt werden kann (§ 13 Abs. 1 Halbsatz 2). Dasselbe bestimmte ursprünglich das HGB für die AG in § 213 Abs. 1 a.F. und bestimmt § 17 GenG noch heute für die Genossenschaft (s. schon Rdnr. 1). Von § 124 Abs. 1 HGB unterscheiden sich alle diese Vorschriften (lediglich) durch den (wenig aussagekräftigen) Zusatz „als solche selbständig“. Die Gesetzesverfasser wollten mit dieser Formulierung gleichwohl seinerzeit zum Ausdruck bringen, dass die GmbH **ab Eintragung** ins Handelsregister (s. § 11 Abs. 1) im Gegensatz zur OHG **mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet** ist⁸. Die Gesellschaft ist folglich ein **selbständiges**, d.h. von ihren Gesellschaftern zu unterscheidendes **Zuordnungssubjekt** für Rechte und Pflichten, das in seinem Bestand von den Mitgliedern unabhängig ist (§ 15), das durch eigene Organe handeln kann (§ 35 Abs. 1) und mit einem eigenen, von dem der Gesellschafter getrennten Vermögen ausgestattet ist (§ 13 Abs. 2). Auf der Unabhängigkeit von den Mitgliedern beruht letztlich auch die Möglichkeit von Einpersonengesellschaften, die § 1 ausdrücklich anerkennt (s. § 1 Rdnr. 49 ff.).

Die GmbH ist ebenso wie die AG und die Genossenschaft nach der Systematik des deutschen Gesellschaftsrechts nichts anderes als eine **besondere Erscheinungsform des bürgerlich-rechtlichen Vereins**, wie insbesondere in § 6 Abs. 2 HGB zum Ausdruck kommt. In jener Vorschrift ist nämlich von einem „Verein“ die Rede, „dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt“. Genau dies ist für die GmbH in § 13 Abs. 3 der Fall, so dass die §§ 21 ff. BGB **subsidiär** auf die GmbH **anwendbar** sind⁹. Besondere Bedeutung hat dies bekanntlich für die §§ 31, 33 und 35 BGB¹⁰. Die GmbH zählt damit zusammen mit den genannten anderen Gesellschaften zu den sog. **Körperschaften**, die meistens in einen betonten Gegensatz zu den **Personengesellschaften**, insbesondere also zur GbR, zur OHG und zur KG gerückt werden, die – trotz des § 124

⁸ Vgl. für die AG die Denkschrift zum HGB, S. 118, in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB II, 1987, S. 118; anders noch *Hölder*, Natürliche und juristische Personen, 1905, S. 206 ff.; heute unstr., s. z.B. statt aller *Merk*, in: MünchKomm. GmbH, Rdnr. 3 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 1 ff.; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 2 ff.

⁹ Zust. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 4.

¹⁰ Zu § 31 BGB s. Rdnr. 18 ff.; zu §§ 33, 35 BGB s. 11. Aufl., § 53 Rdnr. 48, 155, 181.

Abs. 1 HGB – nach herkömmlichem Verständnis *keine* juristischen Personen darstellen, sondern „bloße“ Gesamthandsgemeinschaften bilden (§§ 717, 719 BGB)¹¹.

- 5 Bei Lichte besehen sind freilich die **Unterschiede** zwischen den Körperschaften und den Personengesellschaften nur **gering**, wie im Grunde bereits aus der Formulierung des § 124 Abs. 1 HGB folgt, angesichts derer die (zumindest partielle) Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften eigentlich niemals ernstlich zweifelhaft sein konnte¹². Selbst der (Außen-)GbR wird deshalb heute wegen ihrer allenfalls graduellen Unterscheidbarkeit von der OHG und der KG allgemein eine (beschränkte) Rechtsfähigkeit beigelegt (s. schon Rdnr. 2)¹³. Die Diskussion über die Unterschiede oder Gemeinsamkeiten der Kapital- und Personengesellschaften¹⁴ wird gleichwohl nicht verstummen, ist jedoch in ihrer Bedeutung erheblich reduziert, nämlich vorrangig auf die eher begriffliche Frage, ob es immer noch sinnvoll ist, zwischen Rechtsfähigkeit und juristischer Person zu unterscheiden oder beides gleichzusetzen ist¹⁵. Im vorliegenden Zusammenhang braucht darauf jedoch nicht weiter eingegangen zu werden, weil, wie immer man im Übrigen den Begriff der juristischen Person fassen mag, für die GmbH feststeht, dass sie **juristische Person** und Körperschaft (Verein) ist, deren Rechtsfähigkeit so weit reicht, wie dies überhaupt bei juristischen Personen (in den Grenzen des Rechts) denkbar ist (§ 13 Abs. 1 GmbHG; § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG; s. im Einzelnen Rdnr. 16 ff.).
- 6 Da die GmbH als juristische Person letztlich ein vom Recht geschaffenes fiktives Gebilde ist, welches – anders als eine natürliche Person – nicht selbst handeln kann, und zwar weder rechtsgeschäftlich noch deliktisch, benötigt sie **Organe**, mittels derer sie im Rechtsverkehr **handlungsfähig** wird (§§ 35, 46 ff.)¹⁶. Die GmbH ist in ihrem **Bestand** von ihren Mitgliedern unabhängig (§ 15) und mit einem eigenen **Vermögen** ausgestattet (Rdnr. 2), das zum Schutz der Gläubiger durch strenge Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften gesichert wird (§§ 13 Abs. 2, 14, 19 ff., 30 ff.). Es sind vor allem diese Merkmale, die man üblicherweise vorrangig im Auge hat, wenn man die GmbH als „**Körperschaft**“ bezeichnet (Rdnr. 4)¹⁷. Dabei bleibt jedoch zu beachten, dass eigene Rechtspersönlichkeit eines Verbandes und eine spezifische körperschaftliche Verfassung nicht korrelieren. Ferner kann auch innerhalb einer körperschaftlichen Struktur mit ihren drei prägenden Merkmalen (Gesamtname, Fremdorganschaft und Unabhängigkeit von der Identität der Mitglieder) die Intensität der institutionellen Trennung zwischen dem Verband und seinen Mitgliedern variieren. Nichts hindert insbesondere den Gesetzgeber, den Gesellschaftern für ihr Innenverhältnis Vertragsfreiheit einzuräumen (s. § 45 GmbHG im Gegensatz zu § 23 AktG und § 18 Satz 2

11 Zur allgemeinen Unterscheidung zwischen Körperschaften und Personengesellschaften vgl. *Bitter/Heim*, GesR, § 1 Rdnr. 9 ff. mit dem Hinweis, dass die Frage der Rechtsfähigkeit (nur) früher der Ausgangspunkt jener Unterteilung war.

12 Auch dazu *Bitter/Heim*, GesR, § 1 Rdnr. 16; ferner *Raiser*, ZGR 2016, 781, 785 f.; deutlich *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 112 f. mit rechtsvergleichendem Blick; früher schon *Emmerich*, in: Heymann, § 124 HGB Rdnr. 4.

13 S. BGH v. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 = GmbHR 1999, 1134 = NJW 1999, 3483; BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; BGH v. 18.2.2002 – II ZR 331/00, NJW 2002, 1207 = NZG 2002, 322 = NZM 2002, 271; dazu *Bitter/Heim*, GesR, § 1 Rdnr. 17, § 5 Rdnr. 30 ff.

14 S. dazu *Flume*, Juristische Person, § 1 (S. 1 ff.); *U. John*, Die organisierte Rechtsperson, 1979; *Klein-dieck*, Deliktshaftung, S. 151 ff.; *C. Ott*, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, 1977; *Raiser*, AcP 199 (1999), 104; *Raiser*, in: FS Zöllner, Bd. I, S. 469; *Raiser*, in: FS Lutter, S. 637; *Karsten Schmidt*, GesR, § 8 (S. 181 ff.).

15 Dazu jüngst *Bachmann*, in: FS Lindacher, 2017, S. 23, 34 ff.; s. aber auch BGH v. 14.12.2016 – VIII ZR 232/15, ZIP 2017, 122 Rdnr. 17 ff. mit – wenig überzeugender – Differenzierung zwischen Person- und Kapitalgesellschaften bei der Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Satz 2 BGB).

16 *Raiser*, ZGR 2016, 781, 788 ff.

17 Zu den Merkmalen der Körperschaften *Bitter/Heim*, GesR, § 1 Rdnr. 15 ff., § 2 Rdnr. 1 ff.; s. auch *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 2.

GenG). Die Gesellschafter können daher auch eine **personalistische Struktur** für ihre Körperschaft GmbH wählen und tun dies in der Praxis häufig¹⁸. Die höhere Intensität der Bindung im Innenverhältnis wirkt sich freilich auch auf die Intensität der Treuebindung aus (Rdnr. 51).

2. Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit

Beginn und Ende des „Lebens“ einer GmbH als eines künstlich geschaffenen Elements rechtlicher Infrastruktur¹⁹ hängen eng mit der Eintragung im Handelsregister zusammen, wobei freilich auch vor der Eintragung und nach der Löschung kein rechtsträgerloser Zustand herrscht:

a) Die Entstehung der GmbH

Die Gesellschaft erlangt, wie sich aus § 13 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 ergibt, die (volle) eigene **Rechtspersönlichkeit erst mit ihrer Eintragung** ins (deutsche) Handelsregister. Dies gilt auch für die verschiedenen Fälle der Umwandlung nach dem UmwG. In der Zeit **vor ihrer Eintragung** ins Handelsregister besteht dagegen die GmbH „als solche“, d.h. als juristische Person GmbH noch nicht (§ 11 Abs. 1). Um dies zu verdeutlichen, wird allgemein die in der Zeit zwischen der Errichtung der Gesellschaft durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages (§ 2) und ihrer Eintragung ins Handelsregister (§ 11 Abs. 1) bereits bestehende Gesellschaft als Vorgesellschaft oder **Vor-GmbH** bezeichnet (s. § 11 Rdnr. 27 ff.)²⁰. Sie wird als Gesellschaft eigener Art (*sui generis*) und als rechtsfähig angesehen²¹. Ob sie deshalb – wie die GmbH – schon als juristische Person bezeichnet werden sollte, hängt von der in Rdnr. 5 angeführten Frage ab, ob zwischen Rechtsfähigkeit und juristischer Person zu unterscheiden oder beides gleichzusetzen ist²².

b) Das Erlöschen der GmbH

Das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit der GmbH ist vom Gesetz nicht geregelt. Aus ihm ergibt sich vielmehr lediglich, dass jedenfalls die **Auflösung** (§§ 60 ff.) **und die Eintragung der Nichtigkeitserklärung** (§§ 75, 77) diese Folge *nicht* haben, sondern die Gesellschaft mit verändertem Zweck (Abwicklung) fortbestehen lassen. Denn die Gesellschaft ist jetzt nach den besonderen Vorschriften über das Liquidationsverfahren abzuwickeln (§§ 66 ff., 77), an deren Stelle im Falle der Insolvenz (§§ 60 Abs. 1 Nr. 4, 66 Abs. 1) die Vorschriften der InsO treten. Da die **Gesellschaft** während des Liquidationsverfahrens (mit verändertem Zweck) **fortbesteht**, können die Gesellschafter auch jederzeit – nach Beseitigung des jeweiligen Auflösungsgrundes – die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (s. 11. Aufl., § 60 Rdnr. 79 ff.). Vor allem hieran wird deutlich, dass sorgfältig zwischen der Auflösung und dem Erlöschen der Gesellschaft unterschieden werden muss (11. Aufl., § 60 Rdnr. 1 ff.).

Im Schrifttum ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft endgültig erlischt, ob insbesondere die Vermögenslosigkeit oder die Löschung im Handelsregister je für sich die entscheidende Zäsur bilden oder beides zusammenkommen muss (s. im Einzelnen 11. Aufl., § 74 Rdnr. 12 ff.). Als herrschend hat sich die in diesem Kommentar seit der 6. Aufl. von **Karsten Schmidt** entwickelte **Lehre vom Doppelatbestand** durchgesetzt (11. Aufl., § 60

18 Dazu **Bitter/Heim**, GesR, § 4 Rdnr. 3 f.; s. auch **Lieder**, in: Michalski u.a., Rdnr. 12 f.

19 So **Bachmann**, in: FS Lindacher, 2017, S. 23, 36.

20 Näher – auch zur Haftung im Gründungsstadium – **Bitter/Heim**, GesR, § 4 Rdnr. 24 ff.

21 **Bitter/Heim**, GesR, § 4 Rdnr. 38.

22 Ausführlich **Bachmann**, in: FS Lindacher, 2017, S. 23 ff., insbes. S. 34 ff.

Rdnr. 56, § 74 Rdnr. 12 ff.)²³. Danach kommt es auf beide Umstände gleichermaßen an: Nur **Vermögenslosigkeit und Eintragung der Löschung** zusammen bewirken das endgültige Erlöschen der Gesellschaft als Rechtsperson (§ 74 Rdnr. 14 ff.)²⁴, während die Gegenansicht in Fällen der Löschung im Handelsregister bei fehlender Vermögenslosigkeit von einer „Nachgesellschaft“ ausgeht, die – in Parallel zur Vorgesellschaft (Rdnr. 8) – zwar als Gesellschaft eigener Art (*sui generis*) rechtsfähig, aber keine juristische Person ist²⁵.

- 11 In der praktischen Anwendung dürften sich beide Lehren kaum unterscheiden. Vielmehr geht es jeweils darum zu begründen, warum ein noch vorhandenes Vermögen, welches sich nach einer Löschung der GmbH im Handelsregister herausstellt, nicht trägerlos ist. Ob man als Rechtsträger jenes Vermögens die bis zur Vermögenslosigkeit fortbestehende GmbH oder stattdessen eine Nachgesellschaft ansieht, dürfte sich in der Praxis nicht auswirken. Begrifflich ergibt sich jedoch die bereits zweifach angesprochene Frage, ob jener Rechtsträger im Hinblick auf seine allseits anerkannte Rechtsfähigkeit als juristische Person einzuordnen oder von ihr zu unterscheiden ist (Rdnr. 5 und 8)²⁶. Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 ist insoweit ohne Eintragung im Handelsregister nicht von einer GmbH „als solcher“ auszugehen.
- 12 Außer durch Vermögenslosigkeit und/oder Löschung im Handelsregister kann es auch durch Umwandlungsmaßnahmen nach dem UmwG zu einem Erlöschen der GmbH als Rechtsträger kommen. Dies gilt zum einen für die **Verschmelzung** durch Aufnahme in einen anderen Rechtsträger oder durch Neugründung, weil damit der übertragende Rechtsträger erlischt (§§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 36 UmwG), zum anderen für den **Formwechsel**, weil damit zwar der Rechtsträger erhalten bleibt, nicht jedoch in seiner Eigenschaft als bisherige GmbH (§ 202 UmwG)²⁷.

3. „Keinmann-GmbH“

- 13 Ein vor allem theoretisch bedeutsamer Grenzfall ist die GmbH *ohne Gesellschafter*, die sog. Keinmann- oder besser: Keinpersonen-GmbH. Sie ergibt sich durch die Vereinigung aller Anteile in der Hand der Gesellschaft, etwa nach Abtretung, Kaduzierung²⁸ oder Erbgang (gesellschafterlose GmbH), zudem beim Wegfall sämtlicher Anteile durch Einziehung (anteillose GmbH)²⁹. Die rechtliche Behandlung der Keinpersonen-GmbH ist umstritten. Richtiger Meinung nach muss man danach unterscheiden, ob der fragliche Zustand kraft Gesetzes (s. §§ 21, 27 Abs. 3 und 33; s. § 33 Rdnr. 44) oder durch rechtsgeschäftlichen Erwerb eintritt, da nichts hindert, zumindest den **rechtsgeschäftlichen Erwerb des letzten Anteils** durch die Gesellschaft als **nichtig** zu behandeln³⁰. In den verbleibenden Fällen mag die **Vereinigung aller Anteile** in der Hand der Gesellschaft zwar gelegentlich unvermeidbar sein; dieser Zustand ist indessen **nicht als Dauerzustand hinnehmbar**, weil es die Gesellschafter andernfalls in der Hand hätten, der Sache nach eine private Anstalt oder Stiftung ohne die dafür mit gutem Grund vorgesehenen Kautelen (§§ 80 ff. BGB) zu schaffen (s. auch § 33 Rdnr. 44)³¹. Um-

23 Nachw. bei *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 16.

24 Ebenso *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 17; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 7.

25 *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 10; ausführlich *Bachmann*, in: FS Lindacher, 2017, S. 23 ff.

26 S. erneut *Bachmann*, in: FS Lindacher, 2017, S. 23 ff., insbes. S. 34 ff.

27 Ebenso *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 18.

28 Vgl. OGH v. 7.10.1998 – 3 Ob 196/98i, SZ Bd. 71 (1998 II) Nr. 163, S. 303, 309 f. = WiBl. 1999, 275, 276 f. = NZG 1999, 444, 445; *Michalski/Schulenburg*, NZI 1999, 431.

29 Zur begrifflichen Unterscheidung *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, § 1 Rdnr. 80; *Steding*, NZG 2003, 57, 58 f.

30 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 33 Rdnr. 19; a.A. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 11 m.w.N.; wohl auch *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 5.

31 Ähnlich *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 11.

stritten ist deshalb nur, ob im Falle der Vereinigung aller Anteile in der Hand der Gesellschaft die **Auflösung sofort eintritt**³² oder erst nach einer kurz bemessenen **Übergangszeit**, vorausgesetzt, dass es den Geschäftsführern nicht gelingt, den eingetretenen Zustand unverzüglich durch die Veräußerung zumindest eines Anteils wieder zu beenden³³. Die besseren Gründe sprechen für die zuerst genannte Auffassung, weil alle Maßstäbe für die von der zweiten Auffassung favorisierte Übergangszeit fehlen (näher 11. Aufl., § 60 Rdnr. 65)³⁴. Nicht hierher gehört jedoch der Fall einer **GmbH & Co. KG**, bei welcher die KG alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist (sog. Einheitsgesellschaft), weil beide Gesellschaften verschiedene Rechtssubjekte sind und die KG mit den Kommanditisten über autonom handelnde Interessenträger verfügt³⁵.

4. Rechtsschein-GmbH?

Im Schrifttum wird die Frage erörtert, ob es auch eine sog. Rechtsschein-GmbH gibt, wobei man offenbar Fälle im Auge hat, in denen Personen unter der unzutreffenden Bezeichnung als *GmbH* am Geschäftsverkehr teilnehmen³⁶. In der Rechtsprechung haben derartige Fälle insbesondere in zwei verschiedenen Konstellationen gelegentlich eine Rolle gespielt: zum einen bei einer UG (haftungsbeschränkt) i.S. von § 5a, welche unzulässig als „GmbH“ im Rechtsverkehr firmierte³⁷, zum anderen bei Gesellschaften aus Drittstaaten, die im Inland wie eine deutsche GmbH aufraten³⁸.

In beiden Fällen führen bereits die Grundsätze über das **unternehmensbezogene Rechtsgeschäft**³⁹ zur Verpflichtung des tatsächlichen Unternehmensträgers, in den Beispielsfällen also der UG (haftungsbeschränkt) bzw. der ausländischen Gesellschaft⁴⁰. Neben deren Haftung kommt jedoch eine Rechtsscheinhaftung der handelnden Personen in Betracht (näher § 4 Rdnr. 79 ff.)⁴¹. Bei der Firmierung als „GmbH“ statt als „UG (haftungsbeschränkt)“ ist diese freilich im Umfang auf die Differenz zwischen dem scheinbar und dem tatsächlich aufgebrachten Kapital begrenzt⁴² und deshalb wie die Außenhaftung eines Kommanditisten ab-

14

15

32 S. 11. Aufl., § 60 Rdnr. 65; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 33 Rdnr. 19; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 33 Rdnr. 27; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 11.

33 S. § 33 Rdnr. 44.

34 Anders wohl für die Kaduzierung des einzigen Geschäftsanteils OLG Hamburg v. 16.3.2001 – 11 U 190/00, GmbHR 2001, 972 = BB 2001, 2182; OGH v. 7.10.1998 – 3 Ob 196/98i, SZ Bd. 71 (1998 II) Nr. 163, S. 303, 309 f. = Wibl. 1999, 275, 276 f. = NZG 1999, 444, 445; s. dazu § 21 Rdnr. 29, § 22 Rdnr. 24; *Michalski/Schulenburg*, NZG 1999, 431, 432 f.

35 *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, § 1 Rdnr. 83; ferner *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, § 33 Rdnr. 19 a.E. und 20; a.A. *Gonella*, DB 1965, 1165; *Winkler*, GmbHR 1972, 80.

36 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 7 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 19; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 13.

37 BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659 = GmbHR 2012, 953; dazu *Bitter/Schumacher*, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 17.

38 S. OLG Nürnberg v. 7.6.1984 – 8 U 111/84, WM 1985, 259 f.; LG Karlsruhe v. 31.10.1995 – 12 O 402/95, ZIP 1995, 1818, 1819 f.

39 Dazu allgemein § 4 Rdnr. 6; *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 10 Rdnr. 51 ff.

40 S. zur UG die in BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659 = GmbHR 2012, 953 Rdnr. 6 wie dargegebene und vom BGH bestätigte Ansicht der Vorinstanz; zur Auslandsgesellschaft LG Karlsruhe v. 31.10.1995 – 12 O 402/95, ZIP 1995, 1818, 1819 (französische Société à responsabilité limitée); allgemein *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 8; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 13; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 19.

41 Zur Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes Rdnr. 94.

42 BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, ZIP 2012, 1659 = GmbHR 2012, 953 Rdnr. 14 ff. m.w.N.; dogmatische Kritik in § 4 Rdnr. 84 (*Cziupka*).

zuwickeln (§§ 171, 172 HGB)⁴³. Im Fall des für eine Auslandsgesellschaft mit der Bezeichnung als „GmbH“ Auftretenden tritt neben die Differenz im aufzubringenden Stammkapital hingegen auch das Problem der praktischen Erreichbarkeit der Auslandsgesellschaft, weshalb insoweit an eine unbeschränkte Rechtsscheinhaftung analog § 179 Abs. 1 BGB wegen gänzlichen Fehlens der inländischen Gesellschaft zu denken ist⁴⁴.

III. Umfang der Rechtsfähigkeit

- 16 Die GmbH ist juristische Person (Rdnr. 3). Folglich kann sie grundsätzlich ebenso wie natürliche Personen **am Rechtsverkehr teilnehmen**, Verträge abschließen sowie Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 13 Abs. 1). Eine völlige Gleichstellung juristischer Personen mit natürlichen Personen verbietet sich jedoch aus in der Natur der Sache liegenden Gründen. Das schweizerische ZGB bestimmt deshalb in Art. 53 ausdrücklich, dass die juristischen Personen aller Rechte und Pflichten fähig sind, „die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben“ (vgl. außerdem § 26 Satz 2 öABGB)⁴⁵. Dies gilt sinngemäß auch in Deutschland, so dass es in Zweifelsfällen immer der Prüfung bedarf, ob sich der Anwendungsbereich einer Rechtsvorschrift nach ihrem Sinn und Zweck auf natürliche Personen beschränkt oder alle oder doch bestimmte juristische Personen umfasst⁴⁶. Dieser Frage ist im Folgenden getrennt für das Privatrecht, das öffentliche Recht, das Strafrecht, das Prozessrecht und Insolvenzrecht nachzugehen (Rdnr. 17, 30, 33, 34, 41 ff.). Vorwegzuschicken ist lediglich noch, dass die **ultra-vires-Lehre** des anglo-amerikanischen Rechtskreises dem deutschen Privatrecht **unbekannt** ist, so dass die Rechtsfähigkeit juristischer Personen nicht durch ihren Zweck oder Gegenstand beschränkt wird (s. §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 2)⁴⁷. Verstöße der Geschäftsführer gegen den Zweck oder den Gegenstand der Gesellschaft können nur im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht⁴⁸ Relevanz erlangen (§ 37 Abs. 2)⁴⁹.

1. Privatrecht

- 17 Als juristische Person kann sich die GmbH grundsätzlich im selben Umfang wie natürliche Personen am rechtsgeschäftlichen Verkehr beteiligen, **Verträge abschließen** und sich zu beliebigen Leistungen verpflichten⁵⁰. Darauf beruht insbesondere auch ihre Möglichkeit, **frei-beruflich** tätig zu werden (s. im Einzelnen § 1 Rdnr. 21 ff.)⁵¹. Dagegen kann die GmbH **nicht**

43 Bitter/Schumacher, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 17; entgegen dem BGH für eine Innenhaftung *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 20 m.w.N.

44 LG Karlsruhe v. 31.10.1995 – 12 O 402/95, ZIP 1995, 1818, 1819; partiell kritisch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 11; zur europarechtlichen Zulässigkeit der Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB beim Handeln für ausländische Gesellschaften BGH v. 5.2.2007 – II ZR 84/05, NJW 2007, 1529 = ZIP 2007, 908 Rdnr. 10 f.; allgemein zur Haftung analog § 179 BGB beim Handeln für eine nicht existente Person *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 10 Rdnr. 260 m.N. zur Rspr.; gegen die Heranziehung des § 179 BGB bei tatsächlich existenten Rechtsträgern *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 20 m.w.N.

45 S. dazu auch *Raiser*, ZGR 2016, 781, 784, 786.

46 Zust. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 23.

47 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 24: einhellige Auffassung.

48 Dazu allgemein *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 10 Rdnr. 221 ff.; Bitter/Schumacher, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 6 Rdnr. 29 ff. mit Fall Nr. 18.

49 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 24; s. im Einzelnen 11. Aufl., § 35 Rdnr. 187 ff.

50 *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 15 ff.; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 18 ff.

51 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 49.

Arbeitnehmer und daher auch nicht Handlungsgehilfe oder Lehrling sein (§§ 59 ff. HGB)⁵². Die GmbH ist (als Kaufmann kraft Rechtsform) auch niemals Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, sondern stets **Unternehmer** im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB und des § 310 Abs. 1 BGB.

a) Handeln der GmbH durch ihre Organe

Kommt es auf das **Kennen oder Kennenmüssen** bestimmter Umstände an, so muss sich die Gesellschaft die Kenntnis ihrer Geschäftsführer und sonstigen Repräsentanten zurechnen lassen (§§ 31, 166 BGB; s. 11. Aufl., § 35 Rdnr. 121 ff.)⁵³.

Deliktisches Handeln der Geschäftsführer und sonstiger Repräsentanten wird der GmbH analog § 31 BGB unbedingt zugerechnet, so dass die im Rahmen des § 831 BGB bestehende Möglichkeit der Exkulpation entfällt⁵⁴. Nach der Vorschrift des § 31 BGB, die auch für die GmbH gilt (s. Rdnr. 4), haftet die Gesellschaft nämlich für den Schaden, den der Geschäftsführer oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung während seiner Tätigkeit für die GmbH einem Dritten zufügt.

Soweit es um die **Haftung für die Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten** geht, ist § 31 BGB seinem Zweck nach ebenfalls anzuwenden⁵⁵. Allerdings kommt es für die unbedingte Haftung der GmbH ohne Möglichkeit der Exkulpation auf jene Vorschrift – anders als bei Delikten (Rdnr. 19, 21) – im Ergebnis nicht an, wenn man im Rahmen einer Sonderbeziehung auch für Organmitglieder (und andere verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gesellschaft) die Vorschrift des § 278 BGB anwendet⁵⁶.

b) Haftung der GmbH aus gesetzlichen Schuldverhältnissen

Als notwendige Folge der vollen Rechtsfähigkeit im Privatrechtsverkehr (Rdnr. 17) kann die GmbH (selbstverständlich) auch aus **gesetzlichen Schuldverhältnissen** berechtigt und verpflichtet sein⁵⁷. Sie haftet aus c.i.c., wenn ihre Geschäftsführer (oder Erfüllungsgehilfen) gegen §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und 3 BGB verstoßen, ferner aus den §§ 812 ff. BGB, wenn sie grundlos bereichert ist. Umstritten ist jedoch die **Deliktsfähigkeit** der GmbH als juristische Person⁵⁸. Nicht einheitlich beurteilt wird insoweit, ob aus § 31 BGB (Rdnr. 19) folgt, dass die GmbH **selbst deliktfähig** ist⁵⁹ oder ob eine deliktische Haftung der Gesellschaft immer nur auf dem Weg über eine **Zurechnungsnorm**, d.h. über § 31 BGB oder § 8 Abs. 2 UWG in Betracht kommt⁶⁰. Unbestreitbar ist auf jeden Fall, dass die GmbH selbst **delikti-**

52 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 46, 48.

53 *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 22; eingehend *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 25 ff.

54 Dazu *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 33 f.; *Bitter/Heim*, GesR, § 2 Rdnr. 7; s. auch *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 21.

55 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 30 m.w.N.

56 Dafür *Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 718 BGB Rdnr. 30 (zur GbR); für ein Nebeneinander von § 31 BGB und § 278 BGB *Bitter/Heim*, GesR, Fall 24 (S. 327 ff.) und Fall 31 (S. 350 ff.); gegen die Anwendung des § 278 BGB auf Geschäftsführer aber *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 30.

57 *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 21 ff.

58 S. dazu insbes. *Coing*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 65; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1979, bes. S. 206 ff.; *Lutter*, GmbHHR 1997, 329; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 34 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 32; *Matusche/Beckmann*, Das Organisationsverschulden, 2001; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 21 f.; *Raiser*, AcP 199 (1999), 104, 134 f.; *Karsten Schmidt*, GesR, § 10 IV (S. 273 ff.); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001.

59 Bejahend *Raiser*, AcP 199 (1999), 104, 135; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 22.

60 So die ganz h.M., z.B. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 32 (keine „aktive Deliktsfähigkeit“); *Karsten Schmidt*, GesR, § 10 IV 1 (S. 273 f.).

sche Pflichten treffen können, so dass ihre Haftung bei einer Verletzung dieser Pflichten durch ihre Organe außer Frage steht (§ 31 BGB)⁶¹. Beispiele sind der weite Bereich der **Verkehrs- oder Verkehrssicherungspflichten**, die Pflichten der Gesellschaft aus dem UWG und den gleichstehenden anderen Wettbewerbsgesetzen sowie insbesondere der gesamte Bereich der **Gefährdungshaftung**⁶². Es steht nichts im Wege, die GmbH selbst als Halter eines Kraftfahrzeugs (§ 7 StVG), als Tierhalter (§ 833 Satz 1 BGB), als Hersteller i.S. der §§ 1, 4 Prod-HaftG bzw. als Inhaber oder Betreiber einer Anlage i.S. der § 89 WHG, § 1 UmweltHG zu behandeln⁶³. § 31 BGB ist schließlich entsprechend anzuwenden, wenn die **Gesellschafter** ausnahmsweise wie bei der Bestellung der Geschäftsführer die Gesellschaft vertreten (§ 46 Nr. 5; s. dazu 11. Aufl., § 46 Rdnr. 69 ff., 80) oder wenn sie, etwa über einen schuldlos irrenden Geschäftsführer, eine unerlaubte Handlung gegenüber Dritten begehen (§ 830 BGB)⁶⁴.

- 22 Von der Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen (Rdnr. 21) muss die **Eigenhaftung** der für die Gesellschaft tätig gewordenen Personen, in erster Linie also **der Geschäftsführer** unterschieden werden⁶⁵. In zahlreichen Fällen ist die persönliche Verantwortlichkeit der Geschäftsführer (neben der Gesellschaft, § 31 BGB) ausdrücklich bestimmt und daher unproblematisch. Paradigmata sind § 69 AO und § 34 AO⁶⁶. Die Geschäftsführer haften außerdem dann selbst persönlich, wenn sie in ihrer Person den **Deliktstatbestand erfüllen**, insbesondere fremde Rechtsgüter i.S. des § 823 Abs. 1 BGB verletzen oder gegen Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB verstößen und dadurch Dritte schädigen⁶⁷. Ebenso haftet der Geschäftsführer für unlautere Wettbewerbshandlungen der von ihm vertretenen Gesellschaft persönlich, wenn er daran entweder durch positives Tun beteiligt war oder wenn er die Wettbewerbsverstöße aufgrund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten Garantenstellung hätte verhindern müssen⁶⁸. Eigentlich problematisch sind daher nur diejenigen Fälle, in denen die deliktischen Pflichten in erster Linie die Gesellschaft treffen, wie dies etwa für Verkehrs- oder Verkehrssicherungspflichten zutrifft. Die Praxis tendiert auch in diesen Fällen zu einer Ausdehnung der Haftung auf die für die Gesellschaft tätig werdenden Organe, freilich unter Widerspruch eines erheblichen Teils des Schrifttums (s. im Einzelnen 11. Aufl., § 43 Rdnr. 323 ff.).

c) Schutz der GmbH durch das Deliktsrecht

- 23 Die GmbH genießt (natürlich) den **Schutz des Deliktsrechts**, z.B. gegen die Verletzung ihres Eigentums oder ihres Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB oder gegen die Verbreitung ihren Kredit schädigender unwahrer Tatsachen nach § 824 BGB und § 4 Nr. 2 UWG sowie gegen jede Form der Geschäftsehrverletzung nach § 4 Nr. 1 UWG. Angesichts dessen ist es folgerichtig, die GmbH grundsätzlich auch in den **Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** einzubeziehen⁶⁹. Zwar steht dieses Recht seinem Wesen nach in erster Linie natürlichen Personen zu (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Dadurch wird es indessen nicht ausgeschlossen, die privatrechtlichen Personenverbände in den Schutzbereich zumindest einzelner Ausstrah-

61 *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 36; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 22.

62 S. auch *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 32, 35.

63 *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 37; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 23.

64 Zust. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 33.

65 S. dazu *Grünwald*, Deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationsdefizite, 1999; *Haas*, Geschäftsführung und Gläubigerschutz, 1997; *Haas*, NZG 1999, 373; *Kleindiek*, Deliktshaftung, S. 368 ff.; *Lutter*, GmbHR 1997, 329; *Neusel*, GmbHR 1997, 1129; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 22.

66 S. dazu *Neusel*, GmbHR 1997, 1129.

67 Überblick bei *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1565 ff.

68 BGH v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, BGHZ 201, 344 = ZIP 2014, 1475 = GmbHR 2014, 977 = MDR 2014, 1038.

69 Näher *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 20; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 37.

lungen des Persönlichkeitsrechts einzubeziehen (Art. 19 Abs. 3 GG). Von selbst versteht sich dies zunächst mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung (§ 4 GmbHG; § 12 BGB; §§ 5, 15 MarkenG) für das **Namens- und Zeichenrecht**. Jenseits dieser eindeutigen Fälle ist die Rechtsprechung jedoch bisher bei der **Zubilligung eines Ehrenschutzes** für juristische Personen **zurückhaltend**⁷⁰; insbesondere lehnt sie einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden (§ 253 Abs. 2 BGB) im Grundsatz ab⁷¹. Indessen ist nicht erkennbar, was eigentlich einem umfassenden Ehren- und Ansehensschutz sowie dem Schutz der Geheimsphäre juristischer Personen über § 823 Abs. 1 BGB entgegenstehen sollte⁷². Die Einzelheiten gehören in die Darstellungen des Deliktsrechts und sind daher hier nicht weiter zu vertiefen.

d) Die GmbH als Inhaberin von (Grundstücks-)Rechten und Besitz

Die GmbH kann, wie § 13 Abs. 1 Halbsatz 2 aus historischen Gründen hervorhebt, **Eigentum** und dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksähnlichen Rechten erwerben⁷³, daneben aber selbstverständlich auch an anderen nicht ausdrücklich erwähnten dinglichen Rechten. Den **Besitz** an beweglichen und unbeweglichen Gegenständen übt die Gesellschaft durch ihre Organe aus (sog. Organbesitz)⁷⁴. Die Geschäftsführer sind weder Besitzdiener noch Besitzmittler der Gesellschaft⁷⁵; vielmehr wird die Gesellschaft, die selbst nicht handlungsfähig ist, auch bei der Besitzausübung durch ihre Organe tätig. Nur die Gesellschaft hat deshalb Besitz, nicht auch der (aktive) Geschäftsführer⁷⁶.

Der GmbH fehlt zwar die Fähigkeit, Erfinder oder Urheber zu sein; sie kann jedoch **gewerbliche Schutzrechte** wie Patent- oder Gebrauchsmusterrechte von Dritten erwerben⁷⁷. An Urheberrechten kann sie außerdem Nutzungsrechte erlangen; kraft Erbfolge (Rdnr. 29) kann sie sogar Inhaberin des Urheberrechts werden (s. §§ 7, 28 f. UrhG).

e) Die GmbH als Gesellschafterin

Die GmbH kann sich **an jeder** anderen in- und ausländischen **Gesellschaft beteiligen**, mag es sich dabei um eine Personen- oder um eine Kapitalgesellschaft handeln⁷⁸. Ein bekanntes Beispiel ist die GmbH & Co. KG, in welcher die GmbH die Komplementärstelle und damit zu-

70 S. BGH v. 8.7.1980 – VI ZR 177/78, BGHZ 78, 24, 25 f. = NJW 1980, 2807 = MDR 1980, 41 – Das Medizin-Syndikat I; BGH v. 3.6.1986 – VI ZR 102/85, BGHZ 98, 94, 97 ff. = NJW 1986, 2951 – BMW-Bums mal wieder; den Ausnahmeharakter betonend auch BGH v. 8.2.1994 – VI ZR 286/93, NJW 1994, 1281, 1282; weniger deutlich insoweit BGH v. 19.1.2016 – VI ZR 302/15, GRUR-RR 2016, 476 Rdnr. 11 f. – Nerzquälerei.

71 BGH v. 8.7.1980 – VI ZR 177/78, BGHZ 78, 24, 25 f. = NJW 1980, 2807 – Das Medizin-Syndikat I (Leitsatz 3); OLG Frankfurt v. 9.3.2000 – 16 U 119/99, AfP 2000, 576; anders BGH v. 25.9.1980 – III ZR 74/78, BGHZ 78, 274, 280 = NJW 1981, 675, 676 juris-Rdnr. 27 für einen religiösen Verein.

72 Ehmann, JuS 1997, 193, 201 f.; Klippel, JZ 1988, 625; Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 37 ff.; Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 32; Raiser, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 17.

73 Für den Nießbrauch s. die Sonderbestimmungen der §§ 1059a ff. BGB; für ausländische juristische Personen s. Art. 86 EGBGB.

74 BGH v. 31.3.1971 – VIII ZR 256/69, BGHZ 56, 73, 77 = NJW 1971, 1358 juris-Rdnr. 19; BGH v. 27.10.1971 – VIII ZR 48/70, BGHZ 57, 166, 167 = NJW 1972, 43 juris-Rdnr. 5; BGH v. 16.10.2003 – IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310, 316 = ZIP 2003, 2247, 2250 juris-Rdnr. 26; BGH v. 21.4.2016 – IX ZR 72/14, MDR 2016, 1047 Rdnr. 11; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 4; Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 20; Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 26 f.

75 Karsten Schmidt, GesR, § 10 III 1/2 (S. 266 ff.); Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 20; ferner Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 4 mit zusätzlichem Hinweis auf Ausnahmefälle.

76 BGH V. 16.10.2003 – IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310, 316 = ZIP 2003, 2247, 2250 juris-Rdnr. 26 mit Abgrenzung zum ehemaligen Geschäftsführer.

77 Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 50 m.w.N.

78 Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 44 m.w.N.

24

25

26

gleich die Funktion als geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Gesellschafter übernimmt⁷⁹. Die GmbH kann außerdem bei Handelsgesellschaften **Liquidator** sein⁸⁰. **Ausgeschlossen** ist sie dagegen von dem Amt eines **Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds** sowie vom Amt des **Geschäftsführers** bei einer anderen Kapitalgesellschaft (§ 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG; §§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 9 Abs. 2 GenG).

f) Die GmbH als Vertreterin

- 27 Der GmbH kann einfache **Vollmacht** (§ 167 BGB) und Handlungsvollmacht (§ 54 HGB), jedoch nicht Prokura i.S. von § 48 HGB erteilt werden⁸¹, weil dafür nach h.M. nur natürliche Personen in Betracht kommen⁸². Außerdem kann sie **Handelsvertreter**, und zwar gleichermaßen Abschluss- wie Vermittlungsvertreter sein (§ 84 HGB).

g) Die GmbH im Familien- und Erbrecht

- 28 Das **Familienrecht** bleibt der GmbH im Wesentlichen verschlossen⁸³. Aus den §§ 1779 Abs. 2, 1897 Abs. 1 und 1915 Abs. 1 BGB folgt außerdem, dass eine GmbH *nicht Vormund*, Betreuer oder Pfleger sein kann, weil diese Ämter im Grundsatz natürlichen Personen vorbehalten sind. Die in §§ 1791a, 1908f BGB i.V.m. § 54 SGB VIII vorgesehene Ausnahme für juristische Personen ist auf besonders zugelassene Vormundschafts- bzw. Betreuungsvereine (§ 21 BGB) beschränkt⁸⁴, gilt also nicht für die GmbH.
- 29 Anders steht es im **Erbrecht**. Die GmbH kann zwar nichts vererben, sie kann aber, wie sich aus §§ 2044 Abs. 2 Satz 3, 2109 Abs. 2 und 2163 Abs. 2 BGB ergibt, sehr wohl **erben** oder mit einem Vermächtnis bedacht werden. In der Position des Bedachten kann sie außerdem einen **Erbvertrag** abschließen (§§ 2274, 2275 BGB). Aus den §§ 2210 Satz 3 und 2163 Abs. 2 BGB ergibt sich ferner, dass der GmbH das Amt des **Testamentsvollstreckers** offen steht⁸⁵. Folgerichtig sollte man die GmbH auch als Nachlasspfleger zulassen (§§ 1960 f. BGB), da es hier nicht um eine persönliche Pflegschaft, sondern um die Sicherung einer Vermögensmasse geht⁸⁶. Die Nachlassverwaltung (§§ 1975, 1981 BGB) hingegen rückt in die Nähe der Insolvenzverwaltung (dazu Rdnr. 42) und ist deshalb – mit Blick auf die Rechtsprechung zu § 56 InsO – jedenfalls inländischen juristischen Personen verwehrt⁸⁷.

2. Öffentliches Recht

- 30 Die GmbH ist im öffentlichen Recht ebenso wie im Privatrecht als selbständiges Rechtssubjekt anerkannt. Sie kann sich daher auch an **Verwaltungsverfahren** beteiligen (§ 11 Nr. 1

79 Dazu *Bitter/Heim*, GesR, § 7 Rdnr. 49 ff.

80 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 45; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 16.

81 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 31, 46.

82 *Bitter/Schumacher*, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 6 Rdnr. 7 (§ 48 HGB) und Rdnr. 43 (§ 54 HGB).

83 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 42; s. auch Art. 53 Schweizerisches ZGB.

84 Dazu *Götz*, in: Palandt, 76. Aufl. 2017, § 1791a BGB Rdnr. 2, § 1908f BGB Rdnr. 2; *Tillmanns*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2017, § 54 SGB VIII Rdnr. 1 ff.; *Spickhoff*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2017, § 1791a BGB Rdnr. 4; *Schwab*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2017, § 1908f BGB Rdnr. 11.

85 *Lange*, Erbrecht, 2011, § 31 Rdnr. 45; *Muscheler*, Erbrecht, 2010, § 40 Rdnr. 2747; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 4.430; *Zimmermann*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2017, § 2210 BGB Rdnr. 7.

86 *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 42; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 4; a.A. *Lange*, Erbrecht, 2011, § 48 Rdnr. 16; *Leipold*, in: MünchKomm. BGB, 7. Aufl. 2017, § 1960 BGB Rdnr. 44.

87 *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 15; *Wicke*, § 13 Rdnr. 2; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 42; a.A. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 4.

VwVfG), wobei sie durch ihre Geschäftsführer vertreten wird (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG). Entsprechendes gilt für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (§§ 61 Nr. 1, 62 Abs. 3 VwGO) und vor dem BVerfG (§ 90 BVerfGG).

Die GmbH kann öffentlich-rechtliche **Rechte und Pflichten** haben. Paradigma sind die steuerlichen Pflichten, die die GmbH als juristische Person nach Maßgabe der einzelnen Steuergesetze treffen (§§ 33, 64 AO), wobei insbesondere an das KStG, das UStG und das GewStG zu denken ist. Bei den sonstigen öffentlich-rechtlichen Pflichten kommt es vor allem darauf an, ob die einschlägige Rechtsnorm nach ihrem Sinngehalt überhaupt auf die GmbH (und nicht nur auf natürliche Personen) anwendbar ist. Soweit solche Vorschriften an menschliche Eigenschaften wie z.B. die Zuverlässigkeit anknüpfen, wird meistens auf die Person der Geschäftsführer abgestellt.

Eine inländische GmbH ist ferner **grundrechtsfähig**, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind (Art. 19 Abs. 3 GG)⁸⁸. Außer Streit ist dies vor allem für die zentralen wirtschaftlichen Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 GG. Die Verfahrensgrundrechte sind gleichfalls unbedenklich auf die GmbH anzuwenden (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG).

3. Strafrecht

Eine Strafbarkeit juristischer Personen ist dem geltenden deutschen Recht fremd⁸⁹. Nach § 30 OWiG kann jedoch gegen die GmbH eine Geldbuße als Nebenfolge zu einer von ihren Geschäftsführern im inneren Zusammenhang mit ihrer Organstellung begangenen Straftat oder Ordnungswidrigkeit festgesetzt werden, wenn durch diese Tat entweder Pflichten, die die Gesellschaft treffen, verletzt worden sind oder die Gesellschaft bereichert werden sollte⁹⁰. Als eine Pflicht i.S. der ersten Alternative des § 30 OWiG ist namentlich die **Aufsichtspflicht** in Betrieben und Unternehmen anzusehen (§ 130 OWiG). **Steuerstrafen** können in diesem Rahmen ebenfalls gegen die GmbH ausgesprochen werden (§§ 33, 377 AO; zu § 890 ZPO s. Rdnr. 40).

4. Prozessrecht

Die in § 13 Abs. 1 angeordnete Rechtsfähigkeit der GmbH als juristische Person erstreckt sich nach dem Wortlaut der Norm ausdrücklich auch auf die Fähigkeit, „vor Gericht [zu] klagen und verklagt [zu] werden“, mithin auf das Prozessrecht⁹¹.

Die GmbH ist **parteifähig** (§ 13 Abs. 1 GmbHG; § 50 Abs. 1 ZPO) und bleibt dies auch nach ihrer Auflösung⁹². Selbst die Löschung der Gesellschaft im laufenden Prozess schadet nicht, soweit sie nicht mit der Vollbeendigung (Rdnr. 9 ff.) verbunden ist; erst dadurch verliert die Gesellschaft die Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden (Details in der 11. Aufl., § 60

⁸⁸ Ausführlich *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 87 ff.; *Merkт*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 77 f.; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 42 ff.

⁸⁹ Karsten Schmidt, GesR, § 10 IV 5 (S. 281 ff.); *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 99 f.; *Merkт*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 79.

⁹⁰ *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 103.

⁹¹ S. zum Folgenden ausführlich *Merkт*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 45 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 52 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 24 ff.

⁹² BGH v. 28.3.1996 – IX ZR 77/95, ZIP 1996, 842 juris-Rdnr. 7; BGH v. 23.10.2006 – II ZR 162/05, BGHZ 169, 270 = NJW 2007, 589 Rdnr. 7 (zur Vor-GmbH); OLG Stuttgart v. 28.2.1986 – 2 U 148/85, ZIP 1986, 647 = GmbHR 1986, 269 = NJW-RR 1986, 836 juris-Rdnr. 28.

Rdnr. 62)⁹³. Die GmbH ist auch **prozessfähig**⁹⁴, wobei sich diese Aussage in der Rechtsprechung nur beiläufig findet⁹⁵. Die Gegenansicht⁹⁶ lässt sich mit § 52 ZPO, wonach eine Person insoweit prozessfähig ist, als sie sich durch Verträge verpflichten kann, nicht vereinbaren⁹⁷. Praktische Bedeutung entfaltet der Meinungsstreit nicht, denn die Organe juristischer Personen übernehmen im Prozess jedenfalls die Stellung von gesetzlichen Vertretern Prozessunfähiger (§ 51 Abs. 1 ZPO)⁹⁸.

- 36 Die GmbH wird im Prozess im Regelfall **durch die Geschäftsführer oder Liquidatoren vertreten** (§§ 35 Abs. 1 Satz 1, 70 Satz 1, s. 11. Aufl., § 35 Rdnr. 202 ff.), im Ausnahmefall der Führungslosigkeit zumindest passiv zum Zwecke der Zustellung durch die Gesellschafter (§ 35 Abs. 1 Satz 2). Die Namen und Anschriften der gesetzlichen Vertreter sollen in der Klageschrift angegeben werden (§ 130 Nr. 1 ZPO). Auch wenn Gesamtvertretung besteht (§ 35 Abs. 2 Satz 1), können Zustellungen und Ladungen immer an einen von ihnen bewirkt werden (§ 170 Abs. 3 ZPO). Sind keine Geschäftsführer vorhanden, so kann die Regelung in § 57 ZPO zum Prozesspfleger (zumindest entsprechend) angewandt werden⁹⁹.
- 37 Der Geschäftsführer ist, solange er im Amt ist¹⁰⁰, **als Partei zu vernehmen** (§§ 445 ff., 455 ZPO)¹⁰¹, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er unmittelbar am Prozess mitwirkt (s. 11. Aufl., § 35 Rdnr. 212). **Zeuge** können dagegen nur die Gesellschafter sein¹⁰², und zwar auch der Alleingesellschafter, wenn er nicht zugleich Geschäftsführer ist.
- 38 Der allgemeine **Gerichtsstand** der GmbH bestimmt sich nach ihrem satzungsmäßigen Sitz (§ 17 Abs. 1 Satz 1 ZPO; s. § 4a Rdnr. 8 ff.); der Gesellschaftsvertrag kann daneben noch einen besonderen Gerichtsstand vorsehen (§ 17 Abs. 3 ZPO). Dieser Gerichtsstand ist auch maßgebend für Klagen der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen ihre Mitglieder sowie für Rechtsstreitigkeiten unter den Mitgliedern (§ 22 ZPO)¹⁰³. **Prozesskostenhilfe** kann die GmbH nach Maßgabe der §§ 114, 116 Nr. 2 ZPO erhalten¹⁰⁴. Ein **Urteil** im Rechts-

93 S. auch *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 53.

94 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 8; *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 46; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Rdnr. 34; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 52; wohl auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Rdnr. 6.

95 BGH v. 20.3.1985 – VIII ZR 342/83, BGHZ 94, 105, 108 = NJW 1985, 1836 juris-Rdnr. 12: „partei- und damit prozeßfähig“; BGH v. 8.2.1993 – II ZR 62/92, BGHZ 121, 263, 266 = NJW 1993, 1654, 1655 juris-Rdnr. 11: „eine juristische Person ... prozeßunfähig wird“; BGH v. 25.10.2010 – II ZR 115/09, ZIP 2010, 2444 = NJW-RR 2011, 115 Rdnr. 12: „nicht mehr prozessfähig i.S. des § 52 ZPO“; zu einer Stiftung niederländischen Rechts BGH v. 30.6.1965 – VIII ZR 71/64, NJW 1965, 1666, 1667 juris-Rdnr. 13: „Als juristische Person war sie auch prozeßfähig.“.

96 Nachw. zur älteren Rspr. in der 11. Aufl., Rdnr. 23 sowie bei *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 46; heute noch *Bendtsen*, in: Saenger, 7. Aufl. 2017, § 52 ZPO Rdnr. 3; *Hüftge*, in: Thomas/Putzo, 38. Aufl. 2017, § 51 ZPO Rdnr. 3 i.V.m. Rdnr. 6, § 52 ZPO Rdnr. 4.

97 *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 46.

98 *Gehrlein*, in: Prütting/Gehrlein, § 51 ZPO Rdnr. 6; *Weth*, in: Musielak/Voit, 14. Aufl. 2017, § 51 ZPO Rdnr. 6; von einer verfehlten Fragestellung spricht *Lindacher*, in: MünchKomm. ZPO, 5. Aufl. 2016, § 52 ZPO Rdnr. 23; Details zur Vertretung juristischer Personen im Prozess bei *Althammer*, in: Zöller, 32. Aufl. 2018, § 51 ZPO Rdnr. 4 ff.

99 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 8; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 56; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 25.

100 Zur Zeugenfunktion des *abberufenen* Geschäftsführers BGH v. 29.4.2003 – IX ZR 54/02, NJW-RR 2003, 1212, 1213 juris-Rdnr. 17–19.

101 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 8; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 60.

102 RG, SeuffA 55 (1900) Nr. 119 (S. 239 f.); RG, Recht 1909 Nr. 1698; RG, LZ 1910, 218 Nr. 29; *Damrau*, in: MünchKomm. ZPO, 5. Aufl. 2016, § 373 ZPO Rdnr. 10; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 61.

103 S. im Einzelnen *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 69 ff.

104 Wegen der Einzelheiten s. *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 66 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 27.

streit mit der GmbH wirkt nur für und gegen diese, nicht für und gegen die Gesellschafter (§§ 322, 325 ZPO).

Das Gesagte (Rdnr. 35 ff.) gilt auch für **Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern**, namentlich aus sog. Drittgeschäften¹⁰⁵. Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren **Geschäftsführern** ist § 46 Nr. 8 zu beachten (s. im Einzelnen 11. Aufl., § 46 Rdnr. 163 ff.). Die Bestellung eines Vertreters der Gesellschaft ist hier folglich grundsätzlich Sache der Gesellschafter. Eine Ausnahme gilt nur für mitbestimmte Gesellschaften, bei denen § 112 AktG entsprechend anzuwenden ist (s. 11. Aufl., § 46 Rdnr. 165). **Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen** sind gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Mitgesellschafter zu richten (s. 11. Aufl., § 45 Rdnr. 127 ff.).

Die **Zwangsvollstreckung** aus einem Urteil gegen die GmbH kann nur gegen die Gesellschaft erfolgen (§ 750 ZPO). Bei der Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen gemäß § 890 ZPO ist der Gesellschaft (allein) das Verschulden ihrer Geschäftsführer sowie deren Stellvertreter i.S. von § 44 zuzurechnen¹⁰⁶. Die Rechtsfolgen sind ebenso wie in Fällen der Vollstreckung nicht vertretbarer Handlungen gemäß § 888 ZPO umstritten. Während nach der einen Meinung alle **Ordnungsmittel einschließlich der Ordnungshaft** allein gegen die für die Gesellschaft handelnden Geschäftsführer festzusetzen sind¹⁰⁷, ist nach der Gegenansicht zu unterscheiden: Während die Zwangs- und Ordnungshaft in Ermangelung der Möglichkeit, eine GmbH zu inhaftieren, allein an den Geschäftsführern vollstreckt werden kann, sollen das Zwangsgeld und das Ordnungsgeld nur gegen die Gesellschaft festgesetzt werden können¹⁰⁸. Zur Vermögensauskunft gemäß § 802c ZPO einschließlich der eidesstattlichen Versicherung s. 11. Aufl., § 35 Rdnr. 211.

5. Insolvenzrecht

Die GmbH ist **insolvenzrechtsfähig** (§ 60 Abs. 1 Nr. 4; § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO). Für die Vor-GmbH gilt unabhängig vom Streit um ihre Rechtsnatur (§ 11 Rdnr. 30) im Ergebnis das Gleiche, sei es über die Anwendung der Regel für juristische Personen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder jene über die Gesellschaften „ohne Rechtspersönlichkeit“ (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO)¹⁰⁹. Die lediglich auf den Abschluss des GmbH-Vertrags gerichtete Vorvertragsgesellschaft ist hingegen eine rein schuldrechtliche Innengesellschaft (§ 11 Rdnr. 9 ff.)¹¹⁰ und deshalb nicht insolvenzrechtsfähig¹¹¹. Soweit bereits zu diesem frühen Zeitpunkt ein Unternehmen betrieben wird, ist die damit entstehende Vorgründungsgesellschaft¹¹² unabhängig vom Streit um ihre (fehlende) Identität mit der Vorvertragsgesellschaft (§ 11 Rdnr. 15 f.) eine GbR oder OHG¹¹³ und deshalb als solche insolvenzrechtsfähig (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO)¹¹⁴.

¹⁰⁵ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 9.

¹⁰⁶ OLG Karlsruhe v. 29.1.1998 – 6 W 98/97, OLGR 1998, 338 = NJW-RR 1998, 1571 = GmbHHR 1998, 1085.

¹⁰⁷ Brehm, NJW 1975, 249, 251.

¹⁰⁸ OLG Dresden v. 30.10.1998 – 10 WF 115/98, OLGR Dresden 2000, 197 = FamRZ 2000, 298 (für ein Zwangsgeld gemäß § 33 FGG); OLG Braunschweig, JZ 1959, 94; Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 83; Gruber, in: MünchKomm. ZPO, 5. Aufl. 2016, § 888 ZPO Rdnr. 26 m.w.N.

¹⁰⁹ Karsten Schmidt, § 11 InsO Rdnr. 12; für die zweite Alternative Hirte, in: Uhlenbruck, § 11 InsO Rdnr. 38.

¹¹⁰ Dazu Bitter/Heim, GesR, § 4 Rdnr. 26 f.

¹¹¹ Karsten Schmidt, § 11 InsO Rdnr. 12.

¹¹² Bitter/Heim, GesR, § 4 Rdnr. 28 ff. mit Hinweis auf die uneinheitliche Terminologie.

¹¹³ Dazu Bitter/Heim, GesR, § 4 Rdnr. 30.

¹¹⁴ Karsten Schmidt, § 11 InsO Rdnr. 12; Hirte, in: Uhlenbruck, § 11 InsO Rdnr. 36.

- 42 Die **Bestellung zum Insolvenzverwalter** ist der GmbH nach dem Wortlaut des § 56 InsO versagt¹¹⁵. Der Gesetzgeber hat sich abweichend vom RegE dafür entschieden, das Verwalteramt auf natürliche Personen beschränkt zu lassen und die Rechtsprechung sieht sich dadurch gebunden¹¹⁶. Der Bestellung einer juristischen Person steht nach Ansicht des BGH die **Höchstpersönlichkeit des Verwalteramtes** entgegen¹¹⁷. Die gewünschte Alleinzuständigkeit und Vollverantwortlichkeit des Verwalters sei angesichts der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung und der Austauschbarkeit der Organträger nicht gewährleistet¹¹⁸. Die gerichtliche Aufsicht über den Verwalter, seine Unabhängigkeit und seine Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten würden beeinträchtigt¹¹⁹. Eine dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde¹²⁰ hatte keinen Erfolg: Bei der Aufsicht über den Insolvenzverwalter (§ 58 InsO) würden – so das BVerfG – die Einschätzung des Gerichts von der persönlichen und fachlichen Qualifikation des Verwalters sowie die Erwartung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit entscheidende Bedeutung erlangen¹²¹. Ein vergleichbares **persönliches und fachliches Vertrauen** könne juristischen Personen nicht ohne Weiteres entgegengebracht werden¹²². Der Eingriff in die Freiheit der Berufswahl der GmbH (Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG) sei deshalb gerechtfertigt¹²³. Gerungen wird noch um die Wirkung der **Dienstleistungsrichtlinie** (DL-RL)¹²⁴ auf die Beschränkung des § 56 InsO. Der Streit beginnt mit der Frage, ob die Insolvenzverwaltung unter Art. 2 Abs. 2 lit. i DL-RL fällt, der Tätigkeiten, die i.S. des Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, vom Anwendungsbereich der RL ausnimmt¹²⁵. Der deutsche Gesetzgeber hat eine Ausnahme verneint¹²⁶ und in § 102a EGInsO Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten die Aufnahme in eine Vorauswahlliste für Insolvenzverwalter ermöglicht, ohne juristische Personen ausdrücklich auszuschließen¹²⁷. Die daraus folgende Inländerdiskriminierung hält der BGH für gerechtfertigt¹²⁸.

6. Schiedsgerichte

- 43 Der Gesellschaftsvertrag kann für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern sowie zwischen diesen unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts bestimmen. Es handelt sich dann um ein

115 *Merkt*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 66.

116 Bezugnahme auf die gesetzgeberische Entscheidung bei BGH v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = ZIP 2013, 2070 Rdnr. 4; BVerfG v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121 = ZIP 2016, 321 Rdnr. 3 ff., 48.

117 BGH v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = ZIP 2013, 2070 Rdnr. 13 ff.

118 BGH v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = ZIP 2013, 2070 Rdnr. 18 ff.

119 BGH v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = ZIP 2013, 2070 Rdnr. 23 ff.

120 Dazu *Höfling*, ZIP 2015, 1568 ff.

121 BVerfG v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121 = ZIP 2016, 321 Rdnr. 47.

122 BVerfG v. 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121 = ZIP 2016, 321 Rdnr. 49.

123 Dazu äußerst kritisch *Kleine-Cosack*, ZIP 2016, 741 ff.: Grundrechtslehrlauf bei juristischen Personen.

124 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

125 *Zipperer*, in: Uhlenbruck, § 56 InsO Rdnr. 5; *Riedel*, in: Kayser/Thole, 8. Aufl. 2016, § 56 InsO Rdnr. 3; *Ries*, in: Karsten Schmidt, § 56 InsO Rdnr. 11.

126 Vgl. Begr. RegE zu § 102a EGInsO-E, BT-Drucks. 17/3356, S. 15; die Einwände des Bundesrats (BR-Drucks. 539/10, S. 2 f.) machte der Bundestag sich nicht zu eigen.

127 Für die Zulassung einer 100 %igen spanischen Tochter-GmbH einer deutschen RA-GmbH im Wege richtlinienkonformer Auslegung AG Mannheim v. 14.12.2015 – 804 AR 163/15, ZIP 2016, 132. Gegen deren Zulassung aber AG Mannheim v. 20.1.2016 – 804 AR 163/15 (II), ZIP 2016, 431.

128 BGH v. 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = ZIP 2013, 2070 Rdnr. 31 = GmbHR 2013, 1265; krit. *Blümle*, in: Braun, 7. Aufl. 2017, § 56 InsO Rdnr. 16 f.

sog. **angeordnetes Schiedsgericht** i.S. des § 1066 ZPO¹²⁹, dem der Rechtsnachfolger eines Gründungsgesellschafters durch den Erwerb des Geschäftsanteils ohne Weiteres unterworfen ist, vorausgesetzt, dass die Einsetzung des Schiedsgerichts zu den sog. materiellen (körperschaftsrechtlichen) Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages¹³⁰ gehört¹³¹. Die **Formvorschrift** des § 1031 ZPO findet in diesem Fall keine Anwendung¹³². Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die Einsetzung des Schiedsgerichts Teil der formellen (individualrechtlichen) Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ist, welche schuldrechtlicher Natur sind und nur die an der Abrede beteiligten Gesellschafter binden. In diesem Fall bleibt es bei der Anwendbarkeit der §§ 1025 ff. ZPO, so dass dann auch die Formvorschrift des § 1031 ZPO zu beachten ist¹³³.

Schiedsgerichte zur Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten auf Grund körperschaftsrechtlicher Bestimmungen der Satzung können auch noch **nachträglich** durch Satzungsänderung eingeführt werden (§ 53). Mit Rücksicht auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG müssen einer derartigen Satzungsänderung indessen *alle* Gesellschafter zustimmen¹³⁴. Anders als im Einzelfall bei Vereinen¹³⁵ kann dem widerstrebenden Gesellschafter wegen seiner wirtschaftlichen Beteiligung an der GmbH nicht zugemutet werden, nach einem bloßen Mehrheitsbeschluss aus der Gesellschaft auszuscheiden¹³⁶.

Umstritten war lange Zeit, welche Rechtsstreitigkeiten mit Bezug auf die GmbH **schiedsfähig** sind (§ 1030 ZPO). Die Rechtsprechung verfährt insoweit ausgesprochen **großzügig**. Schiedsfähig sind danach z.B. Auskunftsansprüche aus den §§ 51a und 51b¹³⁷, Zahlungsansprüche ausgeschiedener Gesellschafter gegen die Gesellschaft¹³⁸, Zustimmungsvorbehalte des Aufsichts-/Beirats¹³⁹, Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit der Aufbringung von Stammkapital, etwa in Fällen des Hin- und Herzahlens¹⁴⁰ oder verdeckter Scheinlagen¹⁴¹, und seit BGHZ 180, 221 („Schiedsfähigkeit II“)¹⁴² auch Beschlussmängelstreitigkeiten, sofern und so-

44

45

129 Details bei *Raeschke-Kessler*, in: Prütting/Gehrlein, § 1066 ZPO Rdnr. 6 ff.

130 Zur Unterscheidung § 2 Rdnr. 8, 40; *Bitter/Heim*, GesR, § 3 Rdnr. 17 ff.

131 RG v. 5.2.1937 – VII 168/36, RGZ 153, 267, 269 f. (e.V.); RG v. 29.10.1940 – VII 44/40, RGZ 165, 140, 143 f. (nicht rechtsfähiger Verein); BGH v. 25.10.1962 – II ZR 188/61, BGHZ 38, 155, 159 f. = NJW 1963, 203 (offen gelassen); BGH v. 22.5.1967 – VII ZR 188/64, BGHZ 48, 35, 43 = NJW 1967, 2057 (für alle juristische Personen); *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 9; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 37 f.; *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 67 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 74; *Münch*, in: MünchKomm. ZPO, 4. Aufl. 2013, § 1066 ZPO Rdnr. 16; zur Abgrenzung zwischen Vertrags- und Satzungsgesetz auch RG v. 21.3.1939 – VII 150/38, DR 1939, 1338, 1339 (betr. die Anwendung der Schiedsklausel auf einen Geschäftsführer).

132 *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 67; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 78; *Münch*, in: MünchKomm. ZPO, 4. Aufl. 2013, § 1066 ZPO Rdnr. 14 m.w.N.; str.

133 BGH v. 25.10.1962 – II ZR 188/61, BGHZ 38, 155, 159 ff. = NJW 1963, 203, 204 f.; mittelbar bestätigend BGH v. 22.5.1967 – VII ZR 188/64, BGHZ 48, 35, 43 = NJW 1967, 2057, 2059.

134 *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 37; *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 68; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 79; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 29; *Raeschke-Kessler*, in: Prütting/Gehrlein, § 1066 ZPO Rdnr. 15; zum „allseitigen Einvernehmen“ BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221, 227 = NJW 2009, 1962, 1964 = GmbHR 2009, 705, 707 Rdnr. 15 – Schiedsfähigkeit II; zum e.V. im Grundsatz auch BGH v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 ff. = NJW 2000, 1713 f. = MDR 2000, 777 f. juris-Rdnr. 9 ff.

135 Dazu BGH v. 3.4.2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 149 f. = NJW 2000, 1713 = MDR 2000, 777 juris-Rdnr. 11.

136 *Raeschke-Kessler*, in: Prütting/Gehrlein, § 1066 ZPO Rdnr. 15.

137 OLG Hamm v. 7.3.2000 – 15 W 355/99, ZIP 2000, 1013 = GmbHR 2000, 676 m.w.N.

138 OLG Köln v. 29.1.2013 – 19 Sch 30/12, SchiedsVZ 2013, 339.

139 BGH v. 16.4.2015 – I ZB 3/14, NJW 2015, 3234 = GmbHR 2015, 1148.

140 BGH v. 19.7.2004 – II ZR 65/03, BGHZ 160, 127 = NJW 2004, 2898 = GmbHR 2004, 1214; dazu *Merk*, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 71.

141 OLG Frankfurt v. 30.1.2004 – 10 U 75/03, BB 2004, 908.

142 BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 = GmbHR 2009, 705 – Schiedsfähigkeit II.

weit das schiedsgerichtliche Verfahren in einer dem Rechtsschutz durch staatliche Gerichte gleichwertigen Weise – d.h. unter Einhaltung eines aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Mindeststandards an Mitwirkungsrechten und damit an Rechtsschutzwährgung für alle ihr unterworfenen Gesellschafter – ausgestaltet ist (s. 11. Aufl., § 45 Rdnr. 150, 159)¹⁴³. Schiedsfähig sind ferner auch Organhaftungsansprüche, die freilich besondere Rechtsfragen bei Beste- hen einer D&O-Versicherung aufwerfen¹⁴⁴.

- 46 Der Gesellschaftsvertrag kann einem „Schiedsgericht“ ferner die Funktion übertragen, außerhalb der zwingenden **Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung** unter bestimmten Voraussetzungen – etwa in Pattsituationen – an deren Stelle zu entscheiden (§ 45 Abs. 2). Ein derartiges **institutionelles Schiedsgericht** wird nicht als Gericht, sondern als **Gesellschaftsorgan** tätig. Folglich gelten für diese besondere Erscheinungsform von „Schiedsgerichten“ nicht die Vorschriften der §§ 1025 ff. ZPO, sondern die des GmbH-Rechts. Der Schiedsspruch eines institutionellen Schiedsgerichts ist daher der Sache nach ein **Beschluss**, der mit Zugang bei den Beteiligten wirksam wird und mit der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage angegriffen werden kann¹⁴⁵.

IV. Handelsgesellschaft

- 47 Nach § 13 Abs. 3 gilt die GmbH als Handelsgesellschaft i.S. des HGB. Das GmbHG verweist damit auf § 6 Abs. 1 HGB, nach dem die für Kaufleute geltenden Vorschriften auch für Handelsgesellschaften gelten. **Die GmbH lebt** folglich, selbst wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt, sondern z.B. ideelle Zwecke oder eine freiberufliche Tätigkeit verfolgt, ohne Rücksicht auf ihre Größe (§ 1 Abs. 2 HGB) und den Gegenstand (§ 6 Abs. 2 HGB) ausschließlich **nach Handelsrecht**¹⁴⁶. Voraussetzung ist lediglich die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister (§ 11 Abs. 1). Für die Gesellschafter und Geschäftsführer hat § 13 Abs. 3 dagegen keine Bedeutung; sie sind *nicht* ebenfalls automatisch Kaufleute¹⁴⁷.
- 48 Als Kaufmann kraft Rechtsform kann die GmbH unabhängig vom Gegenstand ihres Unternehmens z.B. **Prokuristen** und Handlungsbeförmächtigte bestellen (§§ 48, 54 HGB)¹⁴⁸, während ihre Arbeitnehmer **Handlungsgehilfen** i.S. der §§ 59 ff. HGB sind, sofern sie kaufmännische Dienste leisten¹⁴⁹. Für die **Buchführung und Rechnungslegung** der Gesellschaft gelten die §§ 238, 264 ff. HGB. Außerdem sind die von ihr vorgenommenen Geschäfte stets **Handelsgeschäfte** i.S. der §§ 343 ff. HGB, da die auf natürliche Personen zugeschnittene Unterscheidung zwischen Handelsgeschäften und privaten Geschäften für die GmbH ebenso wie

143 BGH v. 6.4.2009 – II ZR 255/08, BGHZ 180, 221 = NJW 2009, 1962 = GmbHR 2009, 705 – Schiedsfähigkeit II; dazu *Merk*t, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 72 f.; *Raesche-Kessler*, in: Prütting/Gehrlein, § 1066 ZPO Rdnr. 10 ff.; s. zur GmbH & Co. KG auch BGH v. 6.4.2017 – I ZB 23/16, ZIP 2017, 1024 = GmbHR 2017, 759 Rdnr. 24 ff. – Schiedsfähigkeit III; dazu mit Recht kritisch *Nolting*, ZIP 2017, 1641 ff.

144 Dazu *Schumacher*, NZG 2016, 969.

145 BGH v. 25.2.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 264 f. = NJW 1965, 1378 = GmbHR 1965, 111; *Merk*t, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 74; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 80; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 31; *Raiser*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, Rdnr. 41.

146 *Bitter/Schumacher*, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 30 ff.; *Lieder*, in: Michalski u.a., Rdnr. 326 ff.; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 32–34.

147 BGH v. 12.5.1986 – II ZR 225/85, ZIP 1986, 1457 juris-Rdnr. 10; BGH v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224, 228 = ZIP 1993, 424, 426 juris-Rdnr. 32; *Bitter/Schumacher*, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 34.

148 Zur Prokura *Bitter/Schumacher*, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 6 Rdnr. 6, während es bei § 54 HGB ohnehin nicht auf die Kaufmannseigenschaft ankommt (a.a.O., § 6 Rdnr. 42).

149 BAG v. 12.12.1956 – 2 AZR 11/56, BAGE 3, 321; BAG v. 13.10.1960 – 5 AZR 104/59, BAGE 10, 76, 81 = MDR 1961, 179 juris-Rdnr. 49; BAG v. 28.1.1966 – 3 AZR 374/65, BAGE 18, 104, 108 f. = MDR 1966, 539 juris-Rdnr. 17.

die Vermutung des § 344 HGB gegenstandslos ist¹⁵⁰. Die Zuständigkeit der **Kammer für Handelsachen** nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 GVG ist daher gegeben, wenn der Gegenstand des Rechtsstreits für den anderen Teil gleichfalls ein Handelsgeschäft ist¹⁵¹.

§ 13 Abs. 3 unterstellt die GmbH durch die Verweisung auf § 6 HGB nur dem Handelsrecht des HGB. Deshalb ist es eine Frage des Einzelfalls, ob die GmbH auch i.S. solcher **Vorschriften**, die **außerhalb des HGB** an die Kaufmannseigenschaft oder an das Vorliegen eines Handelsgewerbes oder eines Erwerbsgeschäftes Rechtsfolgen knüpfen, als Kaufmann zu behandeln ist¹⁵². Für die Mehrzahl der Fälle wird dies heute bejaht¹⁵³. Die GmbH ist ferner Unternehmer i.S. der §§ 14 Abs. 1 und 310 Abs. 1 BGB¹⁵⁴ sowie des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG. Dagegen findet die **GewO** auf sie nur Anwendung, wenn tatsächlich ein Gewerbe betrieben wird¹⁵⁵.

49

V. Treuepflicht

Unter dem Stichwort Treuepflicht (oder: Treupflicht) fasst man heute die Vielzahl gegenseitiger **Rücksichts- und Loyalitätspflichten** zusammen, denen die Gesellschafter in ihrem Verhältnis untereinander und in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft ebenso wie diese in ihrem Verhältnis zu den Gesellschaftern unterworfen sind. Der Sache nach handelt es sich bei der „Treuepflicht“ um eine gesellschaftsrechtliche Generalklausel, aus der sich je nach den Umständen des Falles die unterschiedlichsten Pflichten der Gesellschafter wie der Gesellschaft ergeben können¹⁵⁶. Die Pflichten können von einem Schädigungsverbot und sonstigen Unterlassungspflichten (Paradigma: Wettbewerbsverbot) über Mitwirkungs- und Förderungspflichten bis hin zu Stimmpflichten bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages reichen. Da es insoweit jeweils um Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis geht, werden sie in diesem Werk gemeinsam mit der Einlagepflicht bei § 14 kommentiert (vgl. § 14 Rdnr. 64 ff.)¹⁵⁷.

50

An dieser Stelle genügt der allgemeine Hinweis, dass es sich bei den Treuepflichten – anders als bei dem Gebot der Kapitalaufbringung und -erhaltung – nicht um einen Preis des in § 13 Abs. 2 gewährten Haftungsprivilegs (Rdnr. 57) handelt, sondern es – vergleichbar mit § 241 Abs. 2 BGB – um **Pflichten aus einer Sonderbeziehung** geht, welche sich aus der über den Gesellschaftsvertrag vermittelten Bindung zwischen den Gesellschaftern ergibt¹⁵⁸. Wie an anderer Stelle näher dargelegt¹⁵⁹, gibt es allerdings im Gesellschaftsrecht nicht das Alles-oder-nichts-Prinzip des BGB mit seiner Unterscheidung zwischen Vertrag (mit Rücksichtnahmepflicht wegen Sonderverbindung) und Delikt (mit Beschränkung auf die Verkehrspflichten), sondern ein System fließender Übergänge, in welchem die Rücksichtnahmepflichten (Treue-

51

¹⁵⁰ Bitter/Schumacher, HandelsR, 2. Aufl. 2015, § 7 Rdnr. 5: eine „private Sphäre“ existiert bei Handelsgesellschaften nicht; für die OHG und KG BGH v. 5.5.1960 – II ZR 128/58, NJW 1960, 1852, 1853 = MDR 1960, 825 juris-Rdnr. 22.

¹⁵¹ Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 327 und Pentsch, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 33.

¹⁵² Emmerich, in: Heymann, § 6 HGB Rdnr. 4; Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 82.

¹⁵³ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 73; Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 330; Pentsch, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 34.

¹⁵⁴ Merkt, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 82.

¹⁵⁵ VGH Mannheim v. 21.3.2002 – 14 S 2578/01, GewArch 2002, 425 (von einer GmbH betriebene Heilpraktikerschule); VG Darmstadt v. 8.5.2002 – 3 E 2169/01, GewArch 2003, 195 (in Form einer Einmann-GmbH beratender Ingenieur); Kanther, GewArch 2002, 362 (soweit die Freiberufler nicht bloß Angestellte sind); Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Rdnr. 73; offengelassen von BVerwG v. 1.7.1987 – 1 C 25/85, BVerwGE 78, 6 = NVwZ 1988, 56, 57.

¹⁵⁶ S. dazu auch Karsten Schmidt, GesR, § 35 I 2 d (S. 1035 ff.); Bitter/Heim, GesR, § 4 Rdnr. 89, 115, 249, zur AG ferner § 3 Rdnr. 40 ff., zur GbR § 5 Rdnr. 74, 78, 91, 101, 149.

¹⁵⁷ Ausführliche Darstellung der Treuepflicht auch bei Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 131 ff.; Pentsch, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, Rdnr. 35 ff.

¹⁵⁸ S. auch Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 135.

¹⁵⁹ Eingehend Bitter, ZGR 2010, 147, 172 ff.

pflichten) mit der **Intensität der vertraglichen Bindung** zunehmen. Der Umfang der Treuepflichten ist stets unter Beachtung der Realstruktur der Gesellschaft zu bestimmen¹⁶⁰, weshalb es insbesondere darauf ankommt, ob die konkrete GmbH (oder sonstige Gesellschaft) – ähnlich wie eine typische Personengesellschaft – durch eine enge persönliche Bindung zwischen den Gesellschaftern geprägt ist (personalistische GmbH) oder – wie bei einer typischen AG – durch eine eher lose Beziehung der Anteilseigner untereinander (kapitalistische GmbH)¹⁶¹.

- 52 Die im konkreten Fall festzustellende Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses ist jedoch nicht der einzige Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Intensität von Rücksichtnahmepflichten. Vielmehr ist auch die **Intensität der Einwirkungsmacht** von Bedeutung¹⁶². Die Intensität der vertraglichen Bindung einerseits und die Einwirkungsmacht andererseits sind dabei als zwei Parameter zu betrachten, die zwar miteinander verbunden sein können, aber je für sich die Intensität der Rücksichtnahmepflichten beeinflussen. Es besteht also ein System der Pflichtenbindung, das von dem einen Extrem der fehlenden vertraglichen Bindung und der ebenfalls fehlenden Einwirkungsmacht, bei dem nur deliktische Verkehrspflichten bestehen, über verschiedene denkbare Mittelpositionen bis hin zum anderen Extrem höchster vertraglicher Bindungsintensität und zugleich höchster Einwirkungsmacht reicht¹⁶³. Und genau diese fließende Abstufung macht es nicht leicht, den Gehalt der Treuepflicht im konkreten Einzelfall zu bestimmen (vgl. die Darstellung der Einzelfälle in § 14 Rdnr. 89 ff.)¹⁶⁴.
- 53 In jedem Fall muss man sich aber davor hüten, die GmbH als juristische Person zu überhöhen und ihr (durch Treuepflichten geschützte) Eigeninteressen zuzusprechen, die von den Interessen der an der GmbH interessierten Personen losgelöst sind, wie dies insbesondere in der Diskussion um die Existenzvernichtung und -gefährdung der GmbH durch Vermögensabzug oder Unterkapitalisierung (Rdnrs. 110 ff., 152 ff.) bisweilen geschehen ist¹⁶⁵. Die GmbH als juristische Fiktion (Rdnr. 6) kann – anders als eine natürliche Person – keine eigenen Interessen haben, sondern es können lediglich Interessen Dritter auf die GmbH projiziert werden, um eine Haftungsabwicklung über die GmbH zu ermöglichen (Rdnr. 124)¹⁶⁶. Dann aber muss jeweils sorgsam betrachtet werden, in welchem Umfang das GmbHG jene Interessen auch tatsächlich schützt und auf welcher dogmatischen Basis.
- 54 Da die **Treuepflicht** aus der vertraglichen Bindung der Gesellschafter untereinander folgt, auch wenn sie im Einzelfall – zu Projektionszwecken – als Pflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH beschrieben wird, ist sie nach richtiger Ansicht **kein Instrument des Gläubigerschutzes**¹⁶⁷, was freilich selbst der Gesetzgeber bisweilen verkennt (vgl. 11. Aufl., Anh. § 64 Rdnr. 309 ff. zu § 135 Abs. 3 InsO). Mit Recht lehnt es deshalb der BGH spätestens seit BGHZ 119, 257¹⁶⁸ ab, zwischen einem (wirtschaftlichen) **Alleingesellschafter** und „seiner“ GmbH bzw. zwischen mehreren einverständlich handelnden Gesellschaftern und „ihrer“ GmbH durch Schadensersatzpflichten sanktionierte Treuepflichten aus einer Sonderver-

160 Zutreffend *Karsten Schmidt*, GesR, § 20 IV 2 d (S. 592).

161 *Bitter*, ZGR 2010, 147, 172 ff.

162 Näher *Bitter*, ZGR 2010, 147, 174 ff.

163 *Bitter*, ZGR 2010, 147, 178 f.

164 Darstellung der Fallgruppen auch bei *Merk*t, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 110 ff.; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Rdnr. 43 ff.; *Lieder*, in: *Michalski u.a.*, Rdnr. 160 ff.

165 Dazu ausführlich *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 305 ff.

166 Insoweit übereinstimmend *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, 2016, S. 20 m.w.N., die jedoch im Gegensatz zur hier vertretenen Position (Rdnr. 124 ff.) gerade aufgrund jener Projektion ein „künstliche[s] Interesse der Gesellschaft an ihrer Existenz“ (S. 86 ff., 131) und in der Folge eine Innenhaftung aus § 280 BGB anerkennen will (S. 472 ff.).

167 Ebenso *Merk*t, in: MünchKomm. GmbHG, Rdnr. 107.

168 BGH v. 28.9.1992 – II ZR 299/91, BGHZ 119, 257 = GmbHR 1993, 38.

bindung anzuerkennen (Rdnr. 125)¹⁶⁹. Sind hingegen Mitgesellschafter, insbesondere Minderheitgesellschafter, vorhanden, die mit einer konkreten, vom anderen Mit-/Mehrheitsgesellschafter zu seinen Gunsten veranlassten Maßnahme nicht einverstanden sind, kommt eine (verschuldensabhängige) **Schadensersatzpflicht wegen Treuepflichtverletzung** nach Maßgabe der ITT-Rechtsprechung¹⁷⁰ sowie ein (verschuldensunabhängiger) Rückgewähranspruch wegen Verstoßes gegen das **Sondervorteilsverbot** in Betracht (Rdnr. 124; s. auch § 14 Rdnr. 62, 125)¹⁷¹. Anders als im Aktienrecht, welches eine umfassende Vermögensbindung im Interesse der Gläubiger und Mitaktionäre kennt (§§ 57, 62 AktG), muss deshalb im Recht der GmbH immer sorgsam unterschieden werden, ob und in welchem Umfang die Vermögensinteressen der Gläubiger bzw. Mitgesellschafter tangiert sind¹⁷². Ansonsten droht nämlich die Gefahr, dass das vom GmbHG sorgsam austarierte Gleichgewicht zwischen den anerkennenswerten Gläubigerinteressen und dem ebenfalls schützenswerten Interesse der Gesellschafter an einer Haftungsbeschränkung (dazu sogleich Rdnr. 55 ff.) aus den Fugen gerät. Würden nämlich die Gesellschafter – unabhängig von der Betroffenheit von Mitgesellschaftern – für jede fahrlässige Verletzung der Vermögensinteressen „ihrer“ GmbH wegen der Verletzung einer (angeblichen) Treuepflicht gegenüber der GmbH haften, geriete die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 in Gefahr (s. auch Rdnr. 125).

VI. Haftung der Gesellschafter – Grundlagen

Schrifttum: Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, 1991; Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 112 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000; Bitter, Gesellschafterhaftung für materielle Unterkapitalisierung – Betrachtungen aus ökonomischer und juristischer Perspektive, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57; Easterbrook/Fischel, Limited Liability and the Corporation, 52 U.Chi.L.Rev. 89 (1985); Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (hrsg. von Edith Eucken und K. Paul Hensel), 1952; Fischinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 245 ff.; Fleischer, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1; Geiger, Ökonomische Analyse des Konzernhaftungsrechts, 1993; Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 5 ff., 18 ff., 31 ff.; Guntermann, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung – Eine normative und ökonomische Analyse, 2016; Halmer, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013; Hofstetter, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, 1995, S. 74 ff.; Kirchner, Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht, ZGR 1985, 214; Lehmann, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, Eine juristische und ökonomische Analyse, ZGR 1986, 345; Lehmann, Schranken der beschränkten Haftung, Zur ökonomischen Legitimation des Durchgriffs bei der GmbH, GmbHR 1992, 200; Meyer, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, 2000, S. 13 ff., 951 ff.; Möller, Die materiell unterkapitalisierte GmbH, 2005, S. 14 ff.; Nacke, Die Durchgriffshaftung in der US-amerikanischen Corporation, 1989, S. 210 ff.; Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, § 15 (S. 531 ff.); Roth, Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung, ZGR 1986, 371; Roth, Unterkapitalisierung und persönliche Haftung, ZGR 1993, 170; Schön, Der Anspruch auf Haftungsbeschränkung im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 1037; Stöber, Kapitalverkehrsfreiheit und persönliche Gesellschafterhaftung im europäischen Kapitalgesellschaftsrecht, ZVglRWiss 113 (2014), 57; Wagner, Deliktshaftung und Insolvenzrecht, in: FS Gerhardt, 2004, S. 1043; Wüst, Das Pro-

169 Dazu eingehend Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 310 ff.

170 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 = NJW 1976, 191 – ITT; dazu Lieder, in: Michalski u.a., Rdnr. 141.

171 Ausführlich zur verschuldensabhängigen und verschuldensunabhängigen Haftung bei fehlendem Einverständnis von Mitgesellschaftern Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 272 ff.; Bitter, ZHR 164 (2004), 302 ff.

172 Bitter/Heim, GesR, § 3 Rdnr. 187 ff. (zur AG), § 3 Rdnr. 224 ff., 249 ff. (zur GmbH).