

## Fälle zur Vertragsgestaltung

Bearbeitet von  
Dr. Frank Eckert, Dr. Arne Everts, Dr. Hartmut Wicke

3. Auflage 2016. Buch. Rund 180 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 69090 7  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen > Vertragsgestaltung, Formularbücher](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gen Grundes und behauptet, die Einziehung sei nicht wirksam, solange er seine Abfindung noch nicht vollständig erhalten habe. Außerdem sei der Einziehungsbeschluss wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nichtig, da man es versäumt habe, die übrigen Anteile aufzustocken oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden. Für die Zukunft überlegen die verbleibenden Gesellschafter nun, eine neue Einziehungsregelung in die Satzung aufzunehmen, wonach die Einziehung eines Geschäftsanteils durch Mehrheitsbeschluss ohne Angabe von Gründen und ohne die Gewährung einer Abfindung möglich sein soll.“

Notar Dr. Niederhuber zeigt sich sehr interessiert an den geschilderten Fällen und übergibt Maximilian Kaiser zur Vorbereitung der Beratung einen Katalog mit folgenden Fragen, die dieser in einer gutachterlichen Stellungnahme beantworten möchte:

1. Welche Verfahrensschritte sind für die Gründung einer GmbH erforderlich?
2. Was muss in einer GmbH-Satzung stehen?
3. Kann die GmbH vor ihrer Eintragung im Handelsregister bereits Verträge abschließen? Wäre dies empfehlenswert?
4. Kann die eingezahlte Bareinlage zum Erwerb des bisherigen Unternehmens verwendet oder als Darlehen an die Gesellschafter ausgezahlt werden?
5. Was ist eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)? Welche Besonderheiten ergeben sich bei Frage 4, wenn nicht eine GmbH, sondern eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) gegründet werden soll?
6. Bedarf die Übertragung des Unternehmens der Zustimmung Dritter? Kann dies ggf. vermieden werden?
7. Kann die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) auch durch Formwechsel gegründet werden?
8. Wie kann die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in eine GmbH umgewandelt werden? Wäre auch eine Rückumwandlung möglich?
9. Auf welchem Weg können die Investoren später an der GmbH beteiligt werden?
10. Was sind die Voraussetzungen einer Zwangseinziehung?
11. Ist die Einziehung im vorliegenden Fall aus den genannten Gründen unwirksam?
12. Bestehen Bedenken gegen eine Satzungsregelung, welche die abfindungslose Einziehung von Geschäftsanteilen durch Mehrheitsbeschluss gestattet?
13. Was ist von der Geschäftsführung nach wirksam erfolgter Einziehung zu veranlassen?

**Bearbeitervermerk:** Das Gutachten des stud. iur. Maximilian Kaiser ist zu entwerfen.

### Gliederung

	Rn.
A. Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH.....	1
B. Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages .....	2
C. Frage 3: Die Vor-GmbH .....	3

D. Frage 4: Die verdeckte Sacheinlage .....	6
E. Frage 5: Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) .....	9
F. Frage 6: Der Formwechsel .....	12
G. Frage 7: Das Anwachungsmodell.....	16
H. Frage 8: Der Übergang von der UG zur GmbH .....	17
I. Frage 9: Die Kapitalerhöhung.....	18
J. Frage 10: Die Einziehung eines Geschäftsanteils .....	19
K. Frage 11: Die Wirksamkeit der Einziehung .....	20
L. Frage 12: Die abfindungslose Hinauskündigung.....	23
M. Frage 13: Die neue Gesellschafterliste .....	25

### Lösung

#### A. Frage 1: Das Gründungsverfahren bei einer GmbH

- 1 Die Gründung einer GmbH erfordert folgende Verfahrensschritte (siehe §§ 2 ff., insbesondere § 8 GmbHG)<sup>1</sup>:
- Abschluss eines notariellen Gesellschaftsvertrages (§ 2 GmbHG; § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG);
  - Geschäftsführerbestellung (§ 6 GmbHG; § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG);
  - Einzahlung des Stammkapitals. Bareinlagen sind mindestens zu einem Viertel bzw. in Höhe von 12.500 Euro, Sacheinlagen sind vollständig zu leisten (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG; siehe im Fall von Sacheinlagen ferner § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 1 Nrn. 4 und 5 GmbHG);
  - Erstellung und Unterzeichnung der Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3);
  - Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister durch die Geschäftsführer (§ 7 Abs. 1, § 78 GmbHG) in notariell beglaubigter Form (§ 12 HGB). Im Rahmen der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, dass die Einlagen ordnungsgemäß erbracht sind (§ 8 Abs. 2 GmbHG) und dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nrn. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG entgegenstehen (§ 8 Abs. 3 GmbHG). Ferner sind eine inländische Geschäftsanschrift sowie Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer anzugeben (§ 8 Abs. 4 GmbHG);
  - Die GmbH entsteht als solche mit ihrer Eintragung im Handelsregister (§ 11 GmbHG).

#### B. Frage 2: Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages

- 2 Der Gesellschaftsvertrag der GmbH muss nach § 3 Abs. 1 GmbHG enthalten: die Firma und den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals sowie die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile,

<sup>1</sup> Vgl. *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 5f.

die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital übernimmt. Im Fall von Sacheinlagen müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Neben dem zwingenden Inhalt werden in den Gesellschaftsvertrag in der Praxis noch zahlreiche fakultative Regelungen getroffen (siehe etwa § 3 Abs. 2, § 15 Abs. 5, § 34 GmbHG).<sup>2</sup>

### C. Frage 3: Die Vor-GmbH

Zwar existiert die GmbH nach dem Gesagten als solche erst mit ihrer Eintragung <sup>3</sup> im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages gemäß § 2 GmbHG kommt allerdings bereits die sog. Vor-GmbH zur Entstehung. Maßgebliche Zäsur ist die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages. Die Vorgesellschaft ist ein Rechtsträger eigener Art, der mit der durch Eintragung im Handelsregister entstehenden GmbH identisch ist.<sup>3</sup> Die durch die Vor-GmbH begründeten Rechte und Pflichten gehen damit auf die GmbH über. Auf die Vor-GmbH ist ferner weitgehend GmbH-Recht anzuwenden, soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt oder sonst mit der Beschränkung auf das Gründungsstadium nicht vereinbar ist.<sup>4</sup> Die Vorgesellschaft ist heute als Träger von Rechten und Pflichten allgemein anerkannt und kann bereits Inhaber eines Unternehmens sein.<sup>5</sup>

Allerdings ist die Vertretungsmacht der Vor-GmbH nach h. M. in Abweichung von <sup>4</sup> § 37 Abs. 2 GmbHG im Außenverhältnis nicht in allen Fällen unbeschränkt.<sup>6</sup> Vielmehr ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Vor-GmbH im Grundsatz durch deren Zweck begrenzt, als notwendige Vorstufe zur juristischen Person deren Entstehung zu fördern und bis dahin das schon eingebrachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten.<sup>7</sup> Daher ist wie folgt zu differenzieren: Sofern ein als Sacheinlage eingebrachtes Unternehmen fortzuführen ist, wird die Vertretungsmacht praktisch unbeschränkt sein. Bei Bargründungen beschränkt sie sich hingegen regelmäßig auf solche Rechtshandlungen, die unerlässlich sind, um die Eintragung herbeizuführen. Darüber hinaus können die Gesellschafter die Geschäftsführer, auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten, zur vorzeitigen Aufnahme der Geschäftstätigkeit ermächtigen. In diesem Fall ist die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis wie bei der eingetragenen GmbH unbeschränkt.<sup>8</sup> Angesichts der weitreichenden Haftungsrisiken, die durch ein Tätigwerden der Vor-GmbH für die

<sup>2</sup> Siehe auch *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2014, S. 130f.; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 9ff.

<sup>3</sup> BGHZ 80, 129, 137ff.

<sup>4</sup> BGH, NJW 2000, 1193, 1194.

<sup>5</sup> Vgl. im Einzelnen *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 52; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 12. Aufl. 2012, § 11 Rn. 27ff.; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 3; ferner *Roth/Weller*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 481.

<sup>6</sup> BGHZ 80, 129, 139; OLG Brandenburg, NZG 2002, 869 zur AG; *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 54; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 5; a. A. insbesondere *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 12. Aufl. 2012, § 11 Rn. 72.

<sup>7</sup> BGHZ 80, 139.

<sup>8</sup> Zutreffend *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 11 Rn. 47.

Gesellschafter entstehen können (dazu sogleich), ist insoweit die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.<sup>9</sup>

- 5 Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Tätigwerden der GmbH vor Eintragung im Handelsregister erhöhte Haftungsrisiken hervorrufen kann: Neben der sog. Handelndenhaftung der Geschäftsführer gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG gilt dies insbesondere für die von der Rechtsprechung entwickelte sog. Unterbilanzhaftung.<sup>10</sup> Um eine Aushöhlung des Stammkapitals durch Verluste im Gründungsstadium zu verhindern, sind die Gründer verpflichtet, der Gesellschaft das Vermögen zur Verfügung zu stellen, das erforderlich ist, um die Stammkapitalziffer zum Zeitpunkt der Eintragung der GmbH zu decken. Die Gesellschafter trifft nach dieser Rechtsprechung für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH insofern eine anteilige, aber unbeschränkte Innenhaftung entsprechend ihrer Beteiligungsquote für alle vom Gesellschaftsvermögen nicht abgedeckten Verluste bis zur Höhe des Stammkapitals.<sup>11</sup> Die Unterbilanzhaftung soll gewährleisten, dass der Gesellschaft das ihr von ihren Gesellschaftern versprochene, in ihrer Satzung verlautbarte Stammkapital wenigstens im Augenblick ihrer Eintragung tatsächlich seinem Wert nach unversehrt zur Verfügung steht.<sup>12</sup> Der Abschluss von Verträgen der (Vor-)GmbH vor ihrer Eintragung im Handelsregister wäre daher nur insoweit zu empfehlen, als nach ihrem Inhalt das Risiko einer Unterbilanzhaftung vermieden werden kann.

#### D. Frage 4: Die verdeckte Sacheinlage

- 6 Die von den Gesellschaftern auf die übernommenen Geschäftsanteile zu leistenden Einlagen (§ 14 GmbHG) können als Bar- oder als Sacheinlagen vereinbart werden. Für die Gläubiger der GmbH, deren Schutz die Kapitalaufbringung bei der GmbH dient, besteht bei Sacheinlagen ein erhöhtes Risiko aufgrund einer möglichen Überwertung. Das GmbHG enthält vor diesem Hintergrund besondere Vorschriften über die Sachgründung. So müssen Sacheinlagen insbesondere nach § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG genau im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein; entsprechendes gilt im Fall einer Kapitalerhöhung gemäß § 56 GmbHG für den Kapitalerhöhungsbeschluss. Darüber hinaus müssen die Gründer einen Sachgründungsbericht über die Angemessenheit der Bewertung verfassen (§ 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Sacheinlagen müssen vor Anmeldung vollständig erbracht werden (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Zusätzlich müssen dem Registergericht Unterlagen über die Werthaltigkeit vorgelegt werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG), aufgrund derer eine Werthaltigkeitskontrolle erfolgt (§ 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG). Die Kapitalaufbringung wird darüber hinaus durch besondere Haftungsvorschriften sichergestellt (vgl. insbesondere §§ 9, 19 Abs. 4 GmbHG).

<sup>9</sup> BGHZ 80, 139; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 11 Rn. 20; ferner Münch-KommGmbHG/*Merkt*, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 158.

<sup>10</sup> *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 60.

<sup>11</sup> BGH NJW 1997, 1507; BAG NJW 1998, 628; BSG NZG 2000, 590; BFH NJW 1998, 2927; a.A. demgegenüber etwa Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 11 Rn. 19: unbeschränkte Außenhaftung.

<sup>12</sup> BGHZ 80, 129, 136f. unter Aufgabe des Vorbelastungsverbot; BGH, NZG 2006, 1594, 1596.

Im konkreten Fall bestünde daher die Möglichkeit, das Unternehmen im Wege der Sacheinlage in die GmbH unter Berücksichtigung der vorgenannten Voraussetzungen einzubringen.<sup>13</sup> Nicht zulässig ist es hingegen, formal eine Bareinlage zu vereinbaren und sich gleichzeitig vorzubehalten, unmittelbar nach der Gründung mit dem eingelegten Bargeld das Unternehmen von dem Gesellschafter zu kaufen. In diesem Fall handelt es sich um den klassischen Fall einer sog. verdeckte Sacheinlage i. S. d. § 19 Abs. 4 GmbHG, bei der die GmbH im wirtschaftlichen Ergebnis keine Barmittel enthält, sondern nur einen Sachgegenstand, hier in Form des Unternehmens.<sup>14</sup> Wenngleich nach § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG die Verträge über die Sacheinlage nicht unwirksam sind und der Wert des Einbringungsgegenstandes zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft auf die Einlageschuld angerechnet werden kann, stellt § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG klar, dass der Gesellschafter zunächst nicht von seiner Einlagepflicht befreit wird. Die gesetzlichen Vorschriften über die Offenlegung von Sacheinlagen sind zwingend ausgestaltet und eröffnen der Gesellschaft insoweit kein Wahlrecht. Insbesondere darf die Geschäftsführung im Rahmen der Anmeldung der Gründung oder einer Kapitalerhöhung bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht gemäß §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG die Versicherung abgeben, dass der Einlagebetrag endgültig zu ihrer freien Verfügung geleistet wurde, da die Anrechnung des Werts des Sachgegenstandes gemäß § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG nicht vor Eintragung in das Handelsregister erfolgt. Die fehlerhafte Geschäftsführerversicherung führt nach h.M. gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zur Strafbarkeit.<sup>15</sup> Daraus folgt weiter, dass das Registergericht im Eintragsverfahren (bei entsprechender Kenntnis) gemäß § 9c GmbHG den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage beanstanden muss.<sup>16</sup>

Fraglich ist, ob die GmbH dem Gesellschafter die eingezahlte Bareinlage im Wege eines Darlehens auszahlen darf. Nach § 19 Abs. 5 GmbHG steht eine Rückzahlung der Einlage der Erfüllung der Einlageschuld dann nicht entgegen, wenn sie durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann.<sup>17</sup> Die Vereinbarung einer solchen Leistung muss in der Handelsregisteranmeldung nach § 8 GmbHG offen gelegt werden, um dem Registergericht die Prüfung zu eröffnen, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung gegeben sind.<sup>18</sup> Andernfalls hat der Gesellschafter beim Hin- und Herzahlen nach der Rechtsprechung unter dem Ge-

<sup>13</sup> Sofern der Wert der Sacheinlage nicht den Betrag von 25 000 Euro gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht, könnten die neuen Geschäftsanteile, soweit der Wert reicht, gegen Sacheinlage, im Übrigen gegen Bareinlage ausgegeben werden. Möglich wäre auch eine sog. Stufengründung, bei der zunächst eine Bargründung erfolgt und aufschiebend bedingt auf Eintragung im Handelsregister bereits eine (geringfügige) Sachkapitalerhöhung gegen Einbringung des Unternehmens beschlossen wird. Alternativ könnte eine Bargründung vorgenommen werden und lediglich das Aktivvermögen (ohne Gegenleistung) in die Rücklage der GmbH eingebracht werden.

<sup>14</sup> Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 43; ferner Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 454.

<sup>15</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 35 Rn. 20.

<sup>16</sup> Siehe dazu und zu weiteren Folgen der verdeckten Sacheinlage Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 19 Rn. 27.

<sup>17</sup> Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I, 16. Aufl. 2015, Rn. 731.

<sup>18</sup> Vgl. auch BT-Drucks. 16/9737 S. 98; OLG München, DB 2011, 581; OLG Schleswig, GmbHR 2012, 908.

sichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts geleistet.<sup>19</sup> Eine Auszahlung der Einlage zur Gewährung eines Darlehens an den Gesellschafter darf daher nur erfolgen, wenn die (strengen) Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG gewahrt sind.

### E. Frage 5: Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

- 9 Die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ ist keine eigenständige Rechtsform, sondern eine Rechtsformvariante der GmbH, die in Ermangelung abweichender Sonderregelungen den für die GmbH geltenden Rechtsvorschriften unterliegt (§ 5a GmbHG).<sup>20</sup> Sie kann mit nur 1 Euro Kapitaleinsatz gegründet werden, ihr Stammkapital muss andererseits den Betrag des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 unterschreiten und darf daher höchstens 24 999 Euro betragen. Neben dem eigenen Rechtsformzusatz unterliegt sie einer besonderen Pflicht zur Rücklagenbildung (§ 5a Abs. 3 GmbHG). Zu den Spezifika der UG (haftungsbeschränkt) gehört weiter, dass Bareinlagen stets vollständig zu leisten sind (§ 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG) und dass Sacheinlagen ausgeschlossen sind (§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG). Sofern eine Sachgründung gewünscht wird, scheidet die UG (haftungsbeschränkt) als Rechtsform daher vorliegend aus.
- 10 Fraglich ist, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn eine Bareinlage vereinbart wird, tatsächlich aber eine verdeckte Sacheinlage beabsichtigt ist. Die Frage ist umstritten. Nach hier vertretener Auffassung ist die getroffene Sacheinlageabrede in diesem Fall aufgrund Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig, die Bareinlagepflicht bleibt unerfüllt.<sup>21</sup> Die Folgen einer verdeckten Sacheinlage richten sich bei der UG (haftungsbeschränkt) nicht nach § 19 Abs. 4 GmbHG, da diese Vorschrift durch das Sacheinlageverbot gemäß § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG i.V.m. § 134 BGB als speziellere Norm verdrängt wird.<sup>22</sup> In der Konsequenz besteht daher entsprechend der gesetzlichen Regelung eine Bareinzahlungspflicht in der Höhe des Nennbetrags des übernommenen Geschäftsanteils, der Sacheinlagegegenstand (und eine möglicherweise dafür erbrachte Gegenleistung) sind gemäß § 812 BGB zurückzugewähren. Entgegen § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG findet mithin keine Anrechnung des Werts der eingebrachten Gegenstände auf die Bareinlageschuld statt. Die in der Literatur vertretene Gegenauffassung führt zu dem problematischen Wertungswiderspruch, dass der gewünschte rechtliche Erfolg der Anrechnung nur unter Verstoß gegen zwingende Rechtsvorschriften erzielt werden könnte. Abweichend von einer Literaturauffassung folgt aus der Anwendung des § 134 BGB aber nicht zwangsläufig die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Übertragung des Sachgegenstandes.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Vgl. BGH, NJW 2006, 509; NJW 2006, 906; DB 2008, 1430; NJW 2009, 3091.

<sup>20</sup> Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2014, § 14 Rn. 13; Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I Rn. 739.

<sup>21</sup> Siehe auch Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5a Rn. 8; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 32 Rn. 14; Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I Rn. 740.

<sup>22</sup> Vgl. Michalski/Miras, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn. 43; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 5a Rn. 20; Hirte, ZInsO 2008, 935; Weber, BB 2009, 845; Ulmer, GmbHR 2010, 1303; Schäfer, ZIP 2011, 57; a.A. MünchKommGmbHG/Rieder, 2. Aufl. 2015, § 5a Rn. 23; Witt, ZIP 2009, 1105.

<sup>23</sup> A.A. Bormann, GmbHR 2007, 901; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1486.

Nach mittlerweile h.M. findet § 19 Abs. 5 GmbHG hingegen auf die UG (haftungsbeschränkt) Anwendung, so dass unter den Voraussetzungen der Vorschrift kein Verstoß gegen das Volleinzahlungsgebot des § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG angenommen wird, wenn die Bareinlage wieder zurückgewährt werden soll.<sup>24</sup> Dies erscheint nicht unproblematisch, wenn man davon ausgeht, dass durch § 5a Abs. 2 GmbHG auch eine Mindestliquidität gewährleistet werden soll, zumal es den Gesellschaftern frei steht, das Stammkapital entsprechend ihren Vorstellungen festzusetzen.<sup>25</sup> **11**

### F. Frage 6: Der Formwechsel

Neben dem sonstigen Vermögen des bestehenden Unternehmens soll vorliegend der Mietvertrag von der GmbH übernommen werden.<sup>26</sup> An einer Vertragsübernahme müssen stets alle bisherigen Vertragsparteien sowie der Übernehmer mitwirken. Dies kann durch einen dreiseitigen Vertrag erfolgen. Anerkannt ist – entsprechend § 415 BGB – daneben aber auch die Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen ausscheidender und eintretender Vertragspartei, der die verbleibende Partei zustimmt.<sup>27</sup> **12**

Im konkreten Fall müsste daher der Vermieter der Vertragsübernahme zustimmen. Da dieser aber nach Möglichkeit nicht beteiligt werden soll, stellt sich die Frage nach einer alternativen Gestaltung. Zu berücksichtigen ist, dass die drei Gründer schon seit einiger Zeit gemeinsam unternehmerisch aktiv sind, also sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 705 BGB zusammengeschlossen haben. Damit kann davon ausgegangen werden, dass zwischen ihnen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) besteht. Denkbar wäre auch das Vorliegen einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG). Eine OHG ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist, es sei denn, das Unternehmen erfordert nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb (§ 105 Abs. 1 und 2, § 1 Abs. 2 HGB). Bei dem vorliegenden Startup-Unternehmen in der Gründungsphase dürfte anzunehmen sein, dass zwar ein Handelsgewerbe vorliegt, ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb jedoch noch nicht erforderlich ist. **13**

Es könnte erwogen werden, einen Formwechsel dieser Gesellschaft in eine GmbH nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (UmwG) zu beschließen. Die Wirkungen der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister bestehen nach § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG u. a. darin, dass der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter besteht.<sup>28</sup> Der ursprüngliche Rechtsträger bleibt Inhaber seiner bisherigen Berechtigungen, Schuld- **14**

<sup>24</sup> Roth/Altmeyden, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 5a Rn. 22; MünchKommGmbHG/Rieder, 2. Aufl. 2015, § 5a Rn. 24; Scholz/Westermann, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 5a Rn. 17; Römermann, NZG 2010, 1377; siehe aber auch Weber, BB 2009, 845; Bormann/Urlichs, GmbHR Sonderheft 2008, 42.

<sup>25</sup> Siehe insoweit Scholz/Westermann, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 5a Rn. 17; ferner Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5a Rn. 7.

<sup>26</sup> BeckOGK BGB/Heinig, § 414 Rn. 43.

<sup>27</sup> BeckOGK BGB/Heinig, § 414 Rn. 44.

<sup>28</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 38 Rn. 15.

ner der eingegangenen Verbindlichkeiten und Gläubiger der ihm erwachsenen Forderungen.<sup>29</sup> Daher bestehen schuldrechtliche Beziehungen grundsätzlich unverändert fort, d.h. bestehende Verträge bleiben verbindlich; der Rechtsträger bleibt Schuldner seiner Verbindlichkeiten und Gläubiger der ihm zustehenden Forderungen.<sup>30</sup>

- 15 Fraglich ist, ob ein Formwechsel der GbR in eine GmbH nach dem UmwG eröffnet ist. Nach § 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG kommen als formwechselnder Rechtsträger Personenhandelsgesellschaften in Betracht, nicht aber eine GbR. Zu beachten ist aber, dass eine GbR, die ein Gewerbe betreibt, unter Wahrung ihrer Identität zu einer OHG wird, sobald sie deren zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen durch Eintragung im Handelsregister erfüllt.<sup>31</sup> Als Lösung käme daher in Betracht, die GbR zunächst durch Eintragung im Handelsregister in eine OHG umzuwandeln und in einem zweiten Schritt den Formwechsel dieser OHG nach den Vorschriften des UmwG in eine GmbH zu vollziehen.<sup>32</sup> Damit würde im Ergebnis derselbe Rechtsträger in gewandelter Rechtsform fortbestehen und der Mietvertrag unverändert mit der GmbH als Mieter weiter laufen.

### G. Frage 7: Das Anwachsungsmodell

- 16 Da die UG (haftungsbeschränkt) eine Variante der GmbH ist, kann sie sich im Grundsatz an Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG beteiligen. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich aber, dass aufgrund des für die UG (haftungsbeschränkt) geltenden Sacheinlageverbots des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG gewisse Einschränkungen zu berücksichtigen sind.<sup>33</sup> So hat der BGH zutreffend entschieden, dass die Neugründung einer Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung nach § 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG gegen das Sacheinlagenverbot verstößt. Dementsprechend muss auch ein Formwechsel in die UG (haftungsbeschränkt) als neuer Rechtsträger ausscheiden, da gemäß § 197 Abs. 1 S. 1 UmwG das Gründungsrecht zu beachten ist und dem wiederum das Sachgründungsverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG entgegenstehen würde.<sup>34</sup> Als Ausweichgestaltung steht für den Wechsel einer Personengesellschaft in die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) aber das Anwachsungsmodell außerhalb des UmwG zur Verfügung;<sup>35</sup> Demnach könnte erwogen werden, dass die Gründer als Gesellschafter der GbR gemeinsam eine UG (haftungsbeschränkt) gründen, diese der Personengesellschaft beitreten

<sup>29</sup> Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 202 Rn. 7.

<sup>30</sup> Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 202 Rn. 9.

<sup>31</sup> Siehe Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 38 Rn. 3; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 6; siehe ferner § 190 Abs. 2 UmwG.

<sup>32</sup> Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, § 191 UmwG Rn. 7.

<sup>33</sup> H.M., vgl. Tettinger, Der Konzern 2008, 75; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 5a Rn. 15; MünchKommGmbHG/Rieder, § 5a Rn. 49; Meister, NZG 2008, 767; Berninger, GmbHR 2010, 66; Römermann/Passarge, ZIP 2009, 1500; BGH, NJW 2011, 1883; OLG Frankfurt, GmbHR 2010, 920; a.A. Henrichs, NZG 2009, 1163 f.

<sup>34</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 22 Rn. 47; Minas, Die neue Unternehmersgesellschaft, 2. Aufl. 2011, Rn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 5a Rn. 17; Tettinger, Der Konzern 2008, 77; teilweise a.A. GroßkommGmbHG/Paura, § 5a Rn. 69.

<sup>35</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 38 Rn. 3.