

den sind, geben sie teilweise keine Auskunft über die Vertretung. Hinzu kommt, dass die Vertreter (Organe) der ausländischen Gesellschaften oft keine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht haben.

Das Gericht wird in der Regel als Unterlagen für seine Prüfung verlangen:

- a. einen öffentlich beglaubigten und eventuell legalisierten Handelsregisterauszug, soweit ein Handelsregister im Ausland geführt wird;
- b. soweit sich aus diesem Handelsregisterauszug die Vertretungsbefugnis nicht einwandfrei ergibt, beglaubigte Auszüge aus den Satzungen und Protokollen der Gesellschaft nebst Übersetzung, aus denen sich die Vertretungsbefugnis ergibt;
- c. gegebenenfalls eine Bestätigung des ausländischen Notars, die als Beweismittel im Sinne des § 12 FGG anzusehen ist, da das ausländische Recht durchweg eine dem § 21 BNotO entsprechende Vorschrift nicht kennt;
- d. eine Bescheinigung des Sekretärs der Gesellschaft, versehen mit dem Gesellschaftssiegel und verbunden mit einem Auszug aus dem Protokoll über den Beschluss des Board of directors, sofern es sich um amerikanische Gesellschaften handelt. Die Bescheinigung des Sekretärs der Gesellschaft muss öffentlich beglaubigt und legalisiert sein.

Außerdem ist insbesondere bei der Gründung für das amerikanische Recht eine Erklärung des Staatssekretärs des betreffenden Bundesstaates über die Existenz der Gesellschaft notwendig.

## **2 Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG)**

- 17a Zur Erleichterung der Gründung einer GmbH bzw. einer Unternehmergesellschaft in Standardfällen hat der Gesetzgeber durch das MoMiG in § 2 Abs. 1a GmbHG ein **vereinfachtes Gründungsverfahren mit einem Musterprotokoll** eingeführt.

§ 2 Abs. 1a GmbHG hat folgenden Wortlaut:

„(1a) Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in der Anlage bestimmte Musterprotokoll zu verwenden. Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste. Im Übrigen finden auf das

Musterprotokoll die Vorschriften dieses Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung.“

Die Anlage zum GmbHG enthält **zwei verschiedene Musterprotokolle** für die vereinfachte Gründung.<sup>89</sup> Ein Musterformular betrifft die Gründung durch einen Gesellschafter und ein weiteres die Gründung durch zwei oder drei Gesellschafter. Im Übrigen unterscheiden sich die Formulare aber nur redaktionell voneinander.

Bereits der Referenten- und der Regierungsentwurf zum GmbHG sahen ein vereinfachtes Gründungsverfahren vor, wobei die Gründung durch Verwendung einer **Mustersatzung** erleichtert werden sollte. Der Hauptkritikpunkt an dieser Gründungserleichterung bestand darin, dass für die Mustersatzung keine notarielle Beurkundung vorgesehen war, sondern lediglich die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der Gründungsgesellschafter.<sup>90</sup> Zu Recht wurde in der Literatur darauf hingewiesen, dass sich gerade in der Gründungsphase einer GmbH viele rechtliche Fragen ergeben und aus diesem Grunde ein Mindestmaß an rechtlicher Beratung durch den Notar erforderlich erscheint.<sup>91</sup>

Der Gesetzgeber hat die rechtlichen Probleme der Mustersatzung erkannt und stattdessen in § 2 Abs. 1a GmbHG nebst Anlage das **Musterprotokoll** eingeführt. Das angestrebte Ziel, in Standardfällen eine einfachere GmbH-Gründung zu ermöglichen, soll durch die Bereitstellung der beiden Muster, der Zusammenfassung von drei Dokumenten (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste) in einem Dokument und der kostenrechtlichen Privilegierung erreicht werden. 17b

Das **Musterprotokoll muss wie jeder andere Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden** gemäß § 2 Abs. 1 GmbHG. Spätere Änderungen erfolgen nach Maßgabe der § 53 f. GmbHG.

Als Gründer kommen im Rahmen des vereinfachten Verfahrens sowohl **natürliche als auch juristische Personen** in Betracht. Entsprechendes dürfte für im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragene Personengesellschaften gelten, obwohl die im Musterprotokoll aufgeführten Alternativen („Herr/Frau“ bzw. „Juristische Person“) insoweit nicht eindeutig

<sup>89</sup> Vgl. hierzu den Anhang, Muster 1.16 (Unternehmergesellschaft als Einpersonengesellschaft) und Muster 1.17 (Unternehmergesellschaft als Mehrpersonengesellschaft).

<sup>90</sup> Bayer/Hoffmann/Schmidt, GmbHR 2007, 953; Heckschen, DStR 2007, 1442 ff.; Karsten, GmbHR 2007, 958 ff.

<sup>91</sup> Römermann, GmbHR 2007, R 193.

sind. Bei Verwendung des Musterprotokolls kann **auch kein Gesellschafter** – anders als bei der klassischen GmbH-Gründung – mehrere Geschäftsanteile übernehmen. Eine spätere Teilung der Geschäftsanteile ist aber nicht ausgeschlossen.<sup>92</sup>

**Inhaltlich** beschränkt sich das Gründungsprotokoll auf Regelungen zum Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages gemäß § 3 Abs. 1 GmbHG, zum Gründungsaufwand und zur Bestellung des Geschäftsführers.

Der Einsatz des Musterprotokolls ist nur dann zulässig, wenn die GmbH **höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer** hat. Für **Mehrpersonengesellschaften** erscheint das Musterprotokoll jedoch denkbar **ungeeignet**, da es zentrale Bereiche des „Innenlebens“ der Gesellschaft nicht regelt und insoweit nur die gesetzlichen Regelungen zur Anwendung kommen (z.B. Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf Geschäftsführungsmaßnahmen, Ausschluss der freien Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen durch Vinkulierungsklauseln, Kündigungs-, Einziehungs- und Abfindungsklauseln, Regelung der Erbfolge).<sup>93</sup>

Darüber hinaus sieht das Musterprotokoll zwingend vor, dass der Geschäftsführer **von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit** ist. Mit dieser Vorgabe dürfte das Musterprotokoll auch für Konzernsachverhalte und andere Fälle typischer Fremdgeschäftsführung regelmäßig ungeeignet sein, da die Einzelvertretungsbefugnis und die Befreiung von § 181 BGB üblicherweise in derartigen Fällen nicht an der Tagesordnung sind.<sup>94</sup>

**Kostenrechtlich** wird die Verwendung des Musterprotokolls durch den neu eingeführten § 41d KostO dadurch **privilegiert**, dass der Mindestgeschäftswert für die Notargebühren von 25.000 EUR keine Anwendung findet. Dadurch kann bei der Gründung einer Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) die Verwendung des Musterprotokolls zu einer echten Kosteneinsparung führen, während bei der „klassischen“ GmbH wohl nur die mögliche Beschleunigung des Gründungsverfahrens für die Verwendung des Musterprotokolls sprechen wird.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Wicke, GmbHG, § 2 Rn. 16.

<sup>93</sup> Vgl. Heckschen, a.a.O.; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1487.

<sup>94</sup> Freitag/Riemenschneider, a.a.O.

<sup>95</sup> Vgl. Heckschen, DSStR 2007, 1442 ff.

Als weiteres Dokument ist neben dem Musterprotokoll lediglich eine Anmeldung zum Handelsregister erforderlich, deren Inhalt der Gesetzgeber jedoch nicht vorformuliert hat.

### 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrages (§ 3 GmbHG)

Über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages bestimmt § 3 GmbHG: 18

„(1) Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft,
2. den Gegenstand des Unternehmens,
3. den Betrag des Stammkapitals,
4. die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.

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

Bei Verstoß gegen den in § 3 GmbHG geforderten Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages ist § 75 Abs. 1 GmbHG zu beachten.

Diese Vorschrift lautet:

„Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Höhe des Stammkapitals oder über den Gegenstand des Unternehmens oder sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über den Gegenstand des Unternehmens nichtig, so kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde.“

**Unheilbar nichtig** macht die GmbH nur das Fehlen einer Bestimmung **über die Höhe des Stammkapitals**.<sup>96</sup> Bei einer bereits eingetragenen GmbH kommt in diesem Fall eine Amtslöschung durch das Registergericht gemäß § 144 Abs. 1 Satz 2 FGG in Betracht. 19

<sup>96</sup> Vgl. Emmerich, in: Scholz, GmbHG, § 3 Rn. 5.

Dagegen kann ein Mangel, der die Bestimmungen über den Gegenstand des Unternehmens betrifft, durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter geheilt werden (§ 76 GmbHG).

Der Gesellschaftsvertrag statuiert zugleich die Satzung der zukünftigen GmbH. Die Erfordernisse des § 3 Abs. 1 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag enthalten. Bestimmungen über Befristung des Unternehmens oder Auferlegung von Nebenleistungen kann der Gesellschaftsvertrag enthalten. Sie sind der Gesellschaft gegenüber nur wirksam, wenn sie in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind.

- 20 **Andere Abreden** können die Gesellschafter treffen, ohne dass es der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedarf. Regelmäßig werden jedoch auch die Letzteren in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen.<sup>97</sup>

### **3.1 Sitz der Gesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4a GmbHG)**

- 21 § 4a GmbHG lautet in seiner neuen Fassung:  
„Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.“

Die Vorschrift des § 4a GmbHG enthält eine gesetzliche Definition des Rechtsbegriffs „Sitz der Gesellschaft“. Sitz im Sinne des § 4a GmbHG ist der gesellschaftsvertraglich bestimmte Sitz, der sog. **Satzungssitz**. Davon zu unterscheiden ist der Verwaltungssitz, von dem aus die Gesellschaft tatsächlich gelenkt wird. Während nach § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. der Satzungssitz regelmäßig der Ort sein musste, an dem sich der Betrieb oder die Geschäftsleitung oder die Verwaltung der Gesellschaft befand, müssen **Satzungssitz und Verwaltungssitz** nach neuer Rechtslage **nicht mehr zwingend übereinstimmen**. Damit sind die schwerwiegenden Rechtsfolgen entfallen, die die Rechtsprechung bislang an das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz knüpfte.<sup>98</sup>

Im GmbH-Gesetz wird des Öfteren auf den Sitz der Gesellschaft abgestellt (z.B. §§ 7 Abs. 1, 10 Abs. 1 Satz 1, 35a GmbHG), ohne dass dabei zwischen Satzungs- und Verwaltungssitz unterschieden wird. Gemeint ist

<sup>97</sup> Zur Abgrenzung zwischen formfreien und in die Satzung aufzunehmenden formbedürftigen Nebenabreden vgl. BGH, Urteil v. 8.2.1993, II ZR 24/92, NJW-RR 1993, 607 = ZIP 1993, 432 = GmbHR 1993, 214.

<sup>98</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH führte das nachträgliche Auseinanderfallen von statuarischem und tatsächlichem Sitz zur zwangsweisen Auflösung der GmbH, vgl. BGH, Beschluss v. 2.6.2008, II ZB 1/06, GmbHR 2008, 990.

damit jeweils der Satzungssitz, da dieser aufgrund der gesetzlichen Anordnung als Sitz der Gesellschaft gilt (§ 4a GmbHG).

Der Begriff des Satzungssitzes ist im Gesellschafts- und Steuerrecht (§ 11 AO) gleichbedeutend.

Der Sitz der GmbH hat Bedeutung für die Zuständigkeit des Registergerichts (§ 7 Abs. 1 GmbHG), des Prozessgerichts (§ 17 ZPO) und des Insolvenzgerichts (§§ 3, 4 InsO). Zugleich ist der Sitz Erfüllungsort für die Rechte und Pflichten der GmbH gegenüber ihren Organmitgliedern. Gesellschafterversammlungen finden im Zweifel am Sitz der GmbH statt.<sup>99</sup>

Der **Satzungssitz** einer GmbH kann frei gewählt werden, muss aber **zwingend im Inland** liegen. Der Gesellschaftsvertrag muss insoweit eine bestimmte politische Gemeinde in Deutschland angeben. Der **Verwaltungssitz** kann dagegen an jedem beliebigen Ort im In- und Ausland errichtet werden.<sup>100</sup>

Eine GmbH darf grundsätzlich **nur einen Satzungssitz** haben, auch wenn sie mehrere Zweigniederlassungen oder Betriebsstätten unterhält. Ein Doppelsitz ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig<sup>101</sup> Nach 1945 haben die Registergerichte ausnahmsweise für Gesellschaften, deren Sitz sich in Westberlin befand, die Errichtung eines zweiten Sitzes in der Bundesrepublik zugelassen.<sup>102</sup>

Die **Verlegung des Satzungssitzes einer deutschen GmbH in das Ausland** ist nach derzeitiger Rechtslage auch dann nicht eintragungsfähig, wenn es sich um einen anderen Mitgliedsstaat der EU handelt. Hieran hat sich durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nichts geändert, denn die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist gemeinschaftsrechtlich noch nicht geregelt und würde zu ganz erheblichen Rechtsproblemen führen.<sup>103</sup> Wird der Satzungssitz einer GmbH durch Gesellschafterbeschluss in das Ausland verlegt, so verliert die Gesellschaft

<sup>99</sup> Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 4a Rn. 3.

<sup>100</sup> Zu den Folgen der Trennung von Verwaltungs- und Satzungssitz für die gesellschaftsrechtliche Praxis vgl. Otte, BB 2009, 344.

<sup>101</sup> Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 4a Rn. 15; Altmeppen, in: Roth, GmbHG, § 4a Rn. 9; Michalski, in: Michalski, GmbHG, § 4a Rn. 16; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 4a Rn. 9; Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 4a Rn. 12; a.A. Borsch, GmbHR 2003, 258 ff.

<sup>102</sup> Vgl. dazu Balsler, DB 1972, 2049.

<sup>103</sup> OLG München, Beschluss v. 4.10.2007, 31 Wx 36/07, NZG 2007, 915.

dadurch ihre Rechtsfähigkeit und löst sich auf.<sup>104</sup> Diese **Rechtslage verstößt nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht**, insbesondere nicht gegen die in Art. 48 EG-Vertrag geregelte Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, eine derart einschneidende Rechtsfolge an den „Wegzug“ einer nationalen Gesellschaft in das EU-Ausland zu knüpfen.<sup>105</sup>

### 3.2 Firma der Gesellschaft (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 GmbHG)

- 23 Der Gesellschaftsvertrag muss die Firma der Gesellschaft angeben (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Bei der Wahl der Firma herrscht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit: Die GmbH kann eine von den Namen der Gesellschafter abgeleitete **Personenfirma** („Müller GmbH“, „Müller und Meier GmbH“), eine dem Unternehmensgegenstand entlehnte **Sachfirma** („Allgemeine Chirurgische Krankenhaus GmbH“) oder eine Mischform aus beidem („Müller Getränkehandel GmbH“) bilden. Zulässig ist auch eine reine **Phantasiefirma** wie beispielsweise „Meteor“, „Luna“, „Lupo“ oder „billabong“.<sup>106</sup>
- 24 Die Firma muss **kennzeichnungsfähig, unterscheidungsfähig** und darf **nicht irreführend** sein. Hinsichtlich der Firmenbildung besteht seit der Handelsrechtsreform aus dem Jahre 1998 eine weitgehende namensrechtliche Gestaltungsfreiheit.

So besitzt die **Aneinanderreihung einer Buchstabenkombination** („HM & A“) **ohne erkennbaren Wortcharakter** nach der Rechtsprechung des BGH neben der Unterscheidungskraft auch die erforderliche Kennzeichnungseignung gemäß § 18 Abs. 1 HGB, wenn sie im Wirtschaftsverkehr zur Identifikation der dahinter stehenden Gesellschaft ohne Schwierigkeiten akzeptiert wird. Dazu reicht es aus, dass die Buchstabenfolge aussprechbar (im Sinne von artikulierbar) ist.<sup>107</sup>

Dagegen ist eine aus der **sechsmaligen Aneinanderreihung des Großbuchstabens A gebildete Firma nicht eintragungsfähig**. Sie ist zur Individualisierung eines Unternehmens nicht geeignet, nicht aussprechbar und

<sup>104</sup> Vgl. Weller, DStR 2004, 1218.

<sup>105</sup> EuGH, Urteil v. 16.12.2008, Rs C-210/06 („Cartesio“), AG 2009, 79.

<sup>106</sup> Vgl. Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 4 Rn. 4.

<sup>107</sup> BGH, Beschluss v. 8.12.2008, II ZB 46/07, ZIP 2009, 168.