

GmbH-Vertragspraxis

Gestaltung - Beratung - Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG

VON

Notar a. D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, Prof. Dr. Antonio Miras

7., neu bearbeitete Auflage

Dr. Otto Schmidt Köln 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

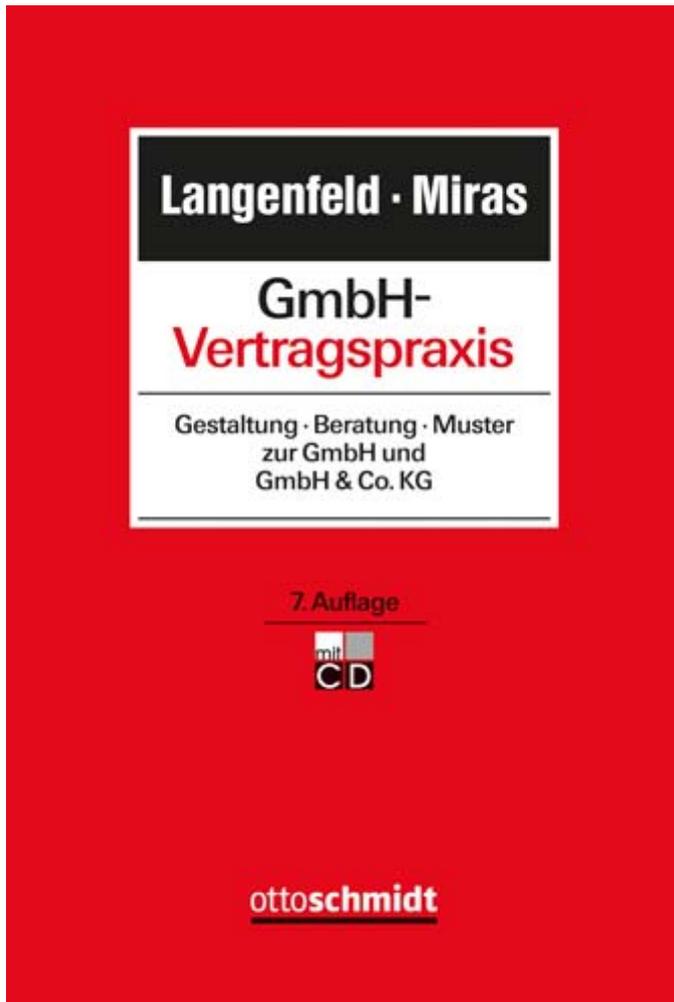
www.beck.de

ISBN 978 3 504 32652 4

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Leseprobe zu



Langenfeld/Miras

GmbH-Vertragspraxis

Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG

inkl. CD

7. neu bearbeitete Auflage, 2015, 512 Seiten, gebunden, Monographie / Praxisbuch / Ratgeber, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-32652-4

89,80 €

Kapitel 1

Strukturen und Typen

§ 1 Die GmbH als häufigste und beliebteste Gesellschaftsform

I. Allgemeines

Die Ende des 19. Jahrhunderts ohne historisches Vorbild geschaffene Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) hat sich sehr schnell zur beliebtesten Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen und zu einem weltweiten Strukturvorbild entwickelt¹. Sie verbindet in idealer Weise die beschränkte Haftung mit größtmöglicher Elastizität in der Gestaltung der Beziehungen der Gesellschafter zueinander. Preis hierfür ist die einmalige Aufbringung eines relativ geringen Mindestkapitals und die Beachtung einiger weniger Grundsätze ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung.

Die dogmatische Qualifizierung als Kapitalgesellschaft beschreibt die Rechtswirklichkeit der GmbH nur unzulänglich. Die Mehrpersonen-GmbH als Partnergesellschaft oder Familiengesellschaft wird durch eine Personalisierung gekennzeichnet, die an Elastizität und Variantenreichtum sogar die reine Personengesellschaft übertrifft. Mit einem **Bestand von über 1,1 Millionen Exemplaren** ist die GmbH die häufigste und erfolgreichste Unternehmensträgerin der Bundesrepublik Deutschland². Gäbe es nicht die unselige Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung, die im Wechsel einmal die Kapitalgesellschaft, einmal die Personengesellschaft bevorzugt, so könnte man für die Praxis die Personenhandels-gesellschaften, insbesondere die GmbH & Co. KG, vernachlässigen.

II. Charakteristische Merkmale im Überblick

Der Erfolg der GmbH beruht auf einigen charakteristischen Merkmalen, die hier im Überblick dargestellt werden sollen.

1 *Lutter/Ulmer/Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH, 1992, Vorwort; *Lutter*, GmbHR 2005, 1.

2 Zum 1.1.2014 waren 1 127 620 GmbHs in deutschen Handelsregistern eingetragen, davon 92 904 in der Variante der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); *Kornblum*, GmbHR 2014, 694 (695).

1. Beschränkte Haftung

- 4 Die wohl wichtigste Vorschrift des GmbH-Gesetzes (GmbHG) ist **§ 13 Abs. 2 GmbHG**: Danach haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. In erster Linie bedeutet dies, dass weder die Gesellschafter- noch die Geschäftsführerstellung zu einer automatischen (Mit-)Haftung hinsichtlich der Gesellschaftsschulden führen. Damit steht das Haftungskonzept der GmbH im Gegensatz zu dem der Personengesellschaften¹, bei denen sich gem. § 128 HGB aus der Gesellschafterstellung eine zwingende gesamtschuldnerische Mithaftung der Gesellschafter (mit dem gesamten Privatvermögen) für die Gesellschaftsschulden ergibt². Damit erlaubt die GmbH die **rechtliche Verselbständigung von Vermögen**, insbesondere von Unternehmen, mit der Folge der Haftungsbeschränkung auf dieses Vermögen.
- 5 Die Haftungsbeschränkung funktioniert
- in sämtlichen vertraglichen Beziehungen zu Geschäftspartnern (Kunden, Lieferanten und Geldgebern), soweit keine Mitverpflichtung im Wege der gesamtschuldnerischen Haftung oder Bürgschaft eingegangen wird;
 - bei den arbeitsrechtlichen Beziehungen zu den Mitarbeitern;
 - grundsätzlich auch im Steuerrecht (aber: § 69 AO, vgl. Rz. 32).
- 6 Das Prinzip und die Reichweite der Haftungsbeschränkung werden unten (Rz. 22 ff.) näher dargestellt.

2. Die Gesellschafter als Herren der Gesellschaft

- 7 Herren der GmbH sind die Gesellschafter. Sie haben gem. § 37 Abs. 1 GmbHG **umfassende Weisungsbefugnisse gegenüber den Geschäftsführern**, auch hinsichtlich der laufenden Geschäfte. Sie bestimmen die Geschicke der Gesellschaft, was ihnen § 51 Abs. 3 GmbHG durch die Formfreiheit einstimmiger Gesellschafterbeschlüsse erleichtert.
- 8 Infolge ihrer rechtlichen Variabilität und Flexibilität lassen sich bei der GmbH auch vom gesetzlichen Modell der Herrschaft der Gesellschafterversammlung abweichende Leitungsbefugnisse realisieren. So können einzelne Gesellschafter etwa durch Mehrfachstimmrechte oder das Recht zur Einzelgeschäftsführung bevorzugt werden. Es können Leitungsbefugnisse, z.B. das Recht zur Bestellung der Geschäftsführer, etwa auf einen Beirat übertragen werden. Dabei darf allerdings der Kernbereich der Befugnisse der Gesellschafterversammlung nicht auf Dauer angetastet werden.

1 Hierzu gehören beispielsweise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG).

2 Bei der KG ist die Haftung der Kommanditisten gem. § 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB ausgeschlossen, soweit sie ihre Einlage geleistet haben.

3. Der Geschäftsführer als Organ und Angestellter

a) Gesetzliche Vertretung

Ungeachtet der umfassenden Weisungsbefugnisse der Gesellschafter ist die Rechtsmacht und Verantwortung des Geschäftsführers groß: Als gesetzlicher Vertreter der GmbH (§ 35 Abs. 1 GmbHG) ist er für das operative Geschäft der GmbH und die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten der GmbH verantwortlich. Der Alleingeschäftsführer hat gem. § 37 Abs. 2 GmbHG eine im Rechtsverkehr **uneingeschränkte und nicht einschränkbare Vertretungsmacht**. 9

b) Persönliche Voraussetzungen für das Geschäftsführer-Amt

Zum Geschäftsführer können gem. § 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG **sowohl Gesellschafter als auch Nicht-Gesellschafter** ernannt werden¹. Diese Möglichkeit zur Bestellung von sog. Fremdgeschäftsführern stellt einen bedeutenden Unterschied zu den Personengesellschaften dar, bei denen nach § 717 Satz 1 BGB Geschäftsführungsaufgaben nur durch Gesellschafter ausgeübt werden dürfen². 10

Abgesehen vom Negativkatalog des § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG knüpft das GmbHG **keine nennenswerten qualitativen Anforderungen an die Person des Geschäftsführers**: Im Grunde kann jeder volljährige Mensch zum Geschäftsführer bestellt werden, unabhängig von Berufserfahrung oder Ausbildung. 11

Auch an die **Nationalität** werden keine Voraussetzungen geknüpft: Weder die deutsche Staatsbürgerschaft, noch ein Wohnsitz in Deutschland oder deutsche Sprachkenntnisse sind formale Anforderungen für die Geschäftsführereigenschaft³. Bis vor einiger Zeit wurde teilweise verlangt, dass der Geschäftsführer jederzeit zur Einreise nach Deutschland in der Lage sein musste, um hier seine Geschäftsführerpflichten zu erfüllen, was für Nicht-EU-Ausländer bedeutete, dass sie dem Registergericht eine Aufenthalts- oder Einreiseerlaubnis vorlegen mussten⁴. Diese Sichtweise kann inzwischen als überholt angesehen werden: Da eine GmbH ihren Sitz nicht mehr zwingend im Inland haben muss⁵ und darüber hinaus der grenzüberschreitende Einsatz von modernen Telekommunikationsmitteln heutzutage gang und gäbe ist, wird von der Rechtsprechung an dieser 12

1 Näheres zur Geschäftsführung vgl. Rz. 209 ff.; zur Anstellung des Geschäftsführers vgl. Rz. 649 ff.

2 So genanntes „Abspaltungsverbot“, das u.a. die Übertragung des Geschäftsführungsrechts ausschließt; *Schäfer* in MünchKomm/BGB, § 717 BGB Rz. 16; *H.P. Westermann* in Erman, § 717 BGB Rz. 3; *Wertenbruch* in Westermann/Wertenbruch, Hdb. Personengesellschaften, Stand 02/2012, Rz. I 236b.

3 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, § 6 GmbHG Rz. 14.

4 OLG Celle v. 2.5.2007 – 9 W 26/07, GmbHR 2007, 957; OLG Köln v. 11.7.2001 – 2 Wx 13/01, GmbHR 2001, 923 (925).

5 Seit der Streichung des früheren § 4a Abs. 2 GmbHG zum 1.11.2008.

– gesetzlich ohnehin nicht vorgesehenen – Voraussetzung nicht mehr festgehalten, so dass festgehalten werden kann, dass **ausländische Geschäftsführer gegenüber dem Registergericht keinen Nachweis über die jederzeitige Einreisemöglichkeit** nach Deutschland erbringen müssen¹.

c) Spezifische Pflichten des Geschäftsführers

- 13 Als Organ der Gesellschaft treffen den Geschäftsführer persönliche Pflichten im Bereich der Kapitalerbringung (§ 9a Abs. 1 GmbHG), Kapitalerhaltung (§ 31 Abs. 6 GmbHG) und Insolvenz (§ 15a Abs. 1 InsO; § 64 GmbHG). Vorsätzliche Verstöße im Bereich der vorgenannten Pflichten können als kriminelles Unrecht mit Freiheits- oder Geldstrafe geahndet werden (§ 82 GmbHG; § 15a Abs. 4 InsO); nach § 15 Abs. 5 InsO ist bereits ein fahrlässiger Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht unter Strafe gestellt. Der Geschäftsführer ist auch persönlicher Adressat von Verpflichtungen im Bereich des Sozial- und Umweltschutzrechts. Immer mehr Betriebe schließen deshalb spezielle Haftpflichtversicherungen für ihre Geschäftsführer ab².
- 14 Die Rechtsbeziehungen des Geschäftsführers zur Gesellschaft und den Gesellschaftern werden zum einen durch seine organschaftlichen Rechte und Pflichten, zum anderen durch seine Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsführervertrag bestimmt.

4. Vermeidung der Doppelbesteuerung von Gewinnen

- 15 Die volle Doppelbesteuerung der Gewinne zunächst bei der Körperschaftsteuer der Gesellschaft und dann bei der Einkommensteuer des Gesellschafters, die ein Grund für die Schaffung der GmbH & Co. KG war, wurde 1977 abgeschafft. Heute findet zwar auch eine Besteuerung auf Gesellschafts- und auf Gesellschafterebene statt, doch hat sich die Besteuerung von Kapitalvermögen durch die Unternehmenssteuerreform 2008 grundlegend geändert. Auf Ebene der GmbH ist der Gewinn der Gesellschaft weiterhin körperschaft- sowie gewerbesteuerpflichtig. Gemäß § 23 Abs. 1 KStG beträgt der **Körperschaftsteuersatz 15 %** (statt früher 25 %).
- 16 Die **Besteuerung des ausgeschütteten Gewinns auf Gesellschafterebene** ist davon abhängig, ob die GmbH-Anteile im Privat- oder im Betriebsvermögen gehalten werden:
 - Werden **GmbH-Anteile im Privatvermögen** gehalten, greift die sog. **Abgeltungsteuer** (§ 32d Abs. 1 EStG) wonach Gewinnausschüttungen an

1 OLG München v. 17.12.2009 – 31 Wx 142/09, GmbHR 2010, 210 (211); OLG Düsseldorf v. 16.4.2009 – I-3 Wx 85/09, GmbHR 2009, 776; *Heßeler*, GmbHR 2009, 759.

2 So genannte „D&O“-Versicherung (aus dem englischen Begriff „Director’s and Officer’s Liability Insurance“).

ihn – unabhängig vom persönlichen Einkommensteuersatz – **pauschal mit 25 %** belastet werden. Soweit ein Gesellschafter einem niedrigeren persönlichen Einkommensteuersatz unterliegt, kann er gem. § 32d Abs. 6 Satz 1 EStG beantragen, hinsichtlich der Gewinnausschüttungen nach dem für ihn günstigeren Steuertarif veranlagt zu werden („Günstigerprüfung“).

- Werden **GmbH-Anteile im Betriebsvermögen** gehalten, ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Personengesellschaft bzw. ein Einzelunternehmen oder eine Kapitalgesellschaft handelt. Hält der Gesellschafter die **GmbH-Anteile im Betriebsvermögen eines Einzelunternehmens oder einer Personengesellschaft, ist das Teileinkünfteverfahren** gem. §§ 20 Abs. 8 Satz 1, 3 Satz 1 Nr. 40 Buchst. a EStG anzuwenden. Die Dividendeneinkünfte sowie die Veräußerungsgewinne sind demzufolge zu 40 % steuerfrei. Die restlichen 60 % unterliegen dem persönlichen Steuersatz des Gesellschafters. Befinden sich **GmbH-Anteile im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft**, sind Dividendeneinkünfte und Veräußerungsgewinne gem. § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG **steuerfrei**.

5. Flexibilität der Satzung

Für den Gesellschaftsvertrag der GmbH (Satzung) gilt der Grundsatz der **Gestaltungsfreiheit**, wonach der Inhalt eines Vertrags von den Vertragspartnern prinzipiell frei festgelegt werden kann. § 3 Abs. 1 GmbHG schreibt einen knappen Mindestinhalt vor. Vor allem im Hinblick auf die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bzw. der Gesellschafter untereinander (Innenverhältnis) können die Gesellschafter über die Regeln, die in ihrer Gesellschaft gelten sollen, weitgehend frei entscheiden. Diese **Satzungsfreiheit** ermöglicht einen weiten Gestaltungsrahmen¹, den die Gesellschafter im Rahmen ihrer **Satzungsautonomie** für Regelungen nutzen können, um den speziellen Verhältnissen ihres Unternehmens und den konkreten Interessen der Gesellschafter zu entsprechen². 17

6. Stark formalisierte Abläufe für Entstehung und Erlöschen

Während die Satzungsautonomie hinsichtlich des Inhalts des Gesellschaftsvertrags große Freiheiten lässt, sind die Abläufe für die Entstehung und das Erlöschen der GmbH stark formalisiert. **Dreh- und Angelpunkt ist dabei das Handelsregister**, das alle bedeutenden Ereignisse im Lebenszyklus der GmbH dokumentiert³. 18

1 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 3 GmbHG Rz. 48.

2 Michalski in Michalski, GmbHG, Sys. Darst. 1, Rz. 28.

3 Im Gegensatz dazu die Personengesellschaften (GbR, OHG, KG), die formlos gegründet werden können. Für die GbR ist eine Registereintragung nicht möglich, für die OHG und KG ist die Handelsregisteranmeldung zwar nach § 106 HGB vorgeschrieben, doch können diese Gesellschaften auch durch bloßes faktisches Tätigwerden entstehen (§ 123 Abs. 2 HGB).

a) Entstehung der GmbH

- 19 Nach § 11 Abs. 1 GmbHG entsteht die GmbH erst mit der Eintragung in das Handelsregister. In das Handelsregister wird sie gem. § 9c GmbHG nur nach förmlicher Prüfung der Gründungs- und Anmeldeformalitäten eingetragen.
- 20 In **chronologischer Reihenfolge** sind für die Entstehung einer GmbH folgende Schritte nötig:
- Notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags (§ 2 Abs. 1 GmbHG).
 - Bestellung der Geschäftsführer durch die Gesellschafter (§ 6 Abs. 1 GmbHG).
 - Erbringung der vereinbarten Leistungen auf den Geschäftsanteil (§ 7 Abs. 2 und 3 GmbHG).
 - Anmeldung zum Handelsregister (§ 7 Abs. 1 GmbHG). Der Anmeldung sind die in § 8 Abs. 1 bis 3 GmbHG genannten Dokumente beizufügen. Sie hat elektronisch in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 2 HGB) zu erfolgen.
 - Prüfung der eingereichten Dokumente durch das Handelsregister (§ 9c GmbHG).
 - Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 10 GmbHG).

b) Erlöschen der GmbH

- 21 Für das Erlöschen der GmbH gelten entsprechende formale Abläufe. Die GmbH existiert so lange, bis sie aus dem Handelsregister gelöscht ist (§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Die chronologischen Abläufe sehen wie folgt aus:
- Eintritt eines Auflösungsgrundes (§ 60 GmbHG).
 - Anmeldung und Eintragung der Auflösung in das Handelsregister (§ 65 Abs. 1 GmbHG).
 - Bekanntmachung der Auflösung in den Gesellschaftsblättern (§ 65 Abs. 2 GmbHG).
 - Vermögensverteilung nach Ablauf eines Sperrjahrs (§§ 72, 73 GmbHG).
 - Anmeldung der Beendigung der Liquidation zur Eintragung in das Handelsregister (§ 74 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).
 - Löschen der GmbH aus dem Handelsregister (§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

III. Prinzip und Reichweite der Haftungsbeschränkung

1. Trennungsprinzip

- 22 Die in § 13 Abs. 2 GmbHG geregelte Haftungsbeschränkung betont die **rechtliche Trennung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern**: Für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsver-

mögen. Mit anderen Worten: An einer GmbH beteiligt zu sein, begründet für sich gesehen keine Haftung für die Gesellschaftsschulden.

2. Unbeschränkte Haftung der Gesellschaft

Die GmbH trägt zwar die Worte „mit beschränkter Haftung“ in ihrem Titel, nichtsdestotrotz haftet die GmbH für ihre Verbindlichkeiten unbeschränkt. Für die GmbH gilt – wie für jedes andere Rechtssubjekt auch – der zwar ungeschriebene, aber allgemein gültige **Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung**, wonach „jedermann für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen“¹ hat („Geld hat man zu haben“²). Insofern ist der Namensbestandteil „mit beschränkter Haftung“ irreführend. Daher ist auch die immer wieder – auch aus Juristenmunde – gehörte Behauptung, eine **GmbH hafte nur bis zur Höhe von 25 000 Euro, falsch**. Die GmbH haftet für ihre Schulden mit ihrem gesamten Vermögen, unabhängig davon, wie hoch es ist, und auch unabhängig von ihrer Stammkapitalziffer. 23

3. Keine Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer

„Beschränkte Haftung“ i.S.d. § 13 Abs. 2 GmbHG bedeutet, dass die Gesellschafter nicht für die Schulden der GmbH eintreten müssen³. Das **wirtschaftliche Risiko der Gesellschafter** einer GmbH besteht lediglich darin, dass sie **im Falle der Insolvenz der GmbH einen Geldbetrag in Höhe ihres Geschäftsanteils verlieren**⁴. Da die Höhe der Geschäftsanteile von den Gesellschaftern (im Rahmen von §§ 5, 5a GmbHG) nahezu frei bestimmt werden kann, besteht bei der Beteiligung an einer GmbH also ein **gut kontrollierbares Risiko des Vermögensverlustes**. Dieses kontrollierte Risiko rechtfertigt den dogmatisch nicht ganz korrekten Namensbestandteil „mit beschränkter Haftung“. 24

Geschäftsführer haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohnehin nicht, da sie in ihrer Organstellung lediglich als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (§ 35 Abs. 1 GmbHG) auftreten; Willenserklärungen, die sie im Rahmen ihrer Vertretungsmacht im Namen der GmbH abgeben, wirken gem. § 164 Abs. 1 BGB nur „für und gegen den Vertretenen“, also nur für und gegen die GmbH. Als Vertreter bleiben sie damit von den Rechtsfolgen der von ihnen für die GmbH abgeschlossenen Verträge unberührt (zu den Ausnahmefällen vgl. Rz. 30 ff.)⁵. 25

1 BGH v. 28.2.1989 – IX ZR 130/88, NJW 1989, 1276 (1278).

2 Keine Anwendung des § 275 BGB (Unmöglichkeit) auf Geldschulden; *Ernst* in MünchKomm/BGB, § 275 BGB Rz. 13 (m.w.N.).

3 *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 13 GmbHG Rz. 5.

4 Neben diesem Risiko des Totalverlusts tragen GbR- und OHG-Gesellschafter und Komplementäre von Kommanditgesellschaften (im Gegensatz zu GmbH-Gesellschaftern) gem. § 128 HGB das Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft.

5 *Schramm* in MünchKomm/BGB, § 164 BGB Rz. 129.

4. Haftungsrisiken für die Gesellschafter und Geschäftsführer

- 26 § 13 Abs. 2 GmbHG verhindert den für die Personengesellschaften typischen Automatismus „Schulden der Gesellschaft sind auch Schulden der Gesellschafter“¹, **besagt aber nicht**, dass Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft **niemals haften würden**. Die typischen Haftungsgefahren werden im Folgenden grob skizziert:

a) Haftungsrisiken der Gesellschafter

- 27 Zunächst liegt eine persönliche Haftung in den Fällen auf der Hand, in denen sich die Gesellschafter für vertragliche Pflichten der Gesellschaft **gesamtschuldnerisch mitverantwortet oder verbürgt** haben. Diese Situation ist vor allem gegenüber Kreditinstituten als Fremdkapitalgeber der Normalfall, teilweise verlangen auch vorleistende Warenlieferanten eine entsprechende persönliche Haftungserklärung der Gesellschafter.
- 28 Oftmals aus dem Blickfeld gerät die Gefahr der **deliktischen Haftung** (§§ 823 ff. BGB)²: Wer schuldhaft und widerrechtlich das Rechtsgut (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein „sonstiges Recht“) eines anderen verletzt, ist diesem zum Schadensersatz verpflichtet. Gerade in kleinen und mittelgroßen GmbHs ist es üblich, dass die Gesellschafter nicht nur Investoren sind, sondern in der Gesellschaft auch persönlich mitarbeiten. Begeht ein Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die GmbH eine Rechtsgutverletzung, so schützt ihn die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG nicht vor einer persönlichen Haftung: Die Vorschriften der §§ 823 ff. BGB ordnen eine persönliche Haftung desjenigen an, der die „unerlaubte Handlung“ begangen hat, unabhängig davon, ob der Handelnde anlässlich der Verletzungshandlung für sich selbst oder einen anderen tätig war³. Dies bedeutet, dass vor allem in Berufszweigen, in denen die Gefahr einer Körper- oder Eigentumsverletzung gegenüber Kunden oder Dritten allgegenwärtig ist (Handwerksberufe, Berufe im Sport- und Gesundheitsbereich) die GmbH den **mitarbeitenden Gesellschafter nicht vor einer persönlichen Haftung schützt**. Doch auch bei der Ausübung „schreibtisch-gebundener“ Berufe besteht für mitarbeitende GmbH-Gesellschafter ein deliktisches Haftungsrisiko, vor allem im Bereich des „sonstigen Rechts“; hierzu gehören u.a. die „Immaterialgüterrechte“ wie Urheber-, Marken- und Patentrechte⁴. Begeht ein GmbH-Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Tä-

1 Festgeschrieben in § 128 HGB.

2 Ausführlicher hierzu: *Miras*, Unternehmersgesellschaft, Rz. 39–54.

3 Umgekehrt ordnen § 831 BGB die Haftung des „Geschäftsherren“ und § 31 BGB analog die Haftung die Haftung des Verbands an, für die der deliktisch Handelnde tätig war. Dessen Haftung bleibt davon aber unberührt; vielmehr haften hier beide gem. § 840 BGB gesamtschuldnerisch.

4 *Wagner* in MünchKomm/BGB, § 823 BGB Rz. 226.

tigkeit für die GmbH einen Urheberrechtsverstoß, so haftet er hierfür persönlich.

- ☛ **Hinweis:** Bei kleinen und mittelgroßen GmbHs stellt die Mitarbeit durch die Gesellschafter den Normalfall dar. Durch den Einsatz einer GmbH als Unternehmensvehikel fühlen sich die meisten Gesellschafter irrtümlicherweise gegenüber sämtlichen persönlichen Haftungsrisiken abgesichert. Daher sollten GmbH-Gründer **auf das deliktische Haftungsrisiko hingewiesen** werden, verbunden mit der **Empfehlung zum Abschluss einer persönlichen Berufshaftpflichtversicherung**.

Neben dem deliktisch handelnden Gesellschafter haftet auch die GmbH, 29
über die Zurechnungsnorm des § 278 BGB, wenn zwischen der GmbH und dem Verletzten ein Schuldverhältnis bestand, oder, falls der handelnde Gesellschafter gleichzeitig auch Geschäftsführer ist, nach § 31 BGB analog¹. Festzuhalten ist allerdings, dass die Haftung nur denjenigen GmbH-Gesellschafter trifft, der die unerlaubte Handlung selbst begeht; Mitgesellschafter des deliktisch handelnden Gesellschafters sind durch § 13 Abs. 2 GmbHG vor einer persönlichen Haftung geschützt.

b) Haftungsrisiken der Geschäftsführer

Für Geschäftsführer gilt hinsichtlich der deliktischen Haftung das gleiche 30
Haftungsrisiko wie für Gesellschafter: Soweit der GmbH-Geschäftsführer bei einer Tätigkeit für die GmbH eine unerlaubte Handlung unmittelbar selbst begeht, haftet er persönlich nach §§ 823 ff. BGB².

Diese allgemeine Haftungsgefahr wird dadurch verschärft, dass der 31
GmbH-Geschäftsführer als deren gesetzlicher Vertreter (§ 35 Abs. 1 GmbHG) **persönlich für die Verkehrssicherungspflichten der GmbH einzustehen** hat. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung trifft den Geschäftsführer eine „Garantenstellung zum Schutz fremder Rechtsgüter“³. Da die GmbH als bloß juristische Person mangels physischer Präsenz selbst nicht handeln kann, wird die faktische Erfüllung der Verkehrssicherungspflichten zur Aufgabe ihres gesetzlichen Leitungsorgans: Dieser hat „die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter vermieden werden“⁴. Faktisch wird durch diese Rechtsprechung das Trennungsprinzip im Bereich der Verkehrssicherungspflichten zu Lasten des Geschäftsführers aufgehoben⁵. Im Hinblick auf Wettbewerbsver-

1 *Reuter* in MünchKomm/BGB, § 31 BGB Rz. 11.

2 BGH v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, NJW-Spezial, 2014, 529 = GmbHR 2014, 977 m. Komm. *Woedtke*: Haftung des Geschäftsführers für selbst begangene oder in Auftrag gegebene Wettbewerbsverletzung (1. Leitsatz); BGH v. 12.3.1996 – VI ZR 90/95, GmbHR 1996, 453 (454).

3 BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, NJW 1990, 976 (978).

4 OLG Stuttgart v. 29.4.2008 – 5 W 9/08, NJW 2008, 2514 (2515).

5 In der Literatur wird diese von der Rechtsprechung verlangte Einstandspflicht der Geschäftsführer als „uferlos“ bezeichnet und weitgehend abgelehnt; vgl. *Wagner* in MünchKomm/BGB, § 823 BGB Rz. 113 (m.w.N.); ebenfalls einschränkend: OLG Karlsruhe v. 7.11.2012 – 7 U 32/12, GmbHR 2013, 267.

stöße, die durch Mitarbeiter der GmbH begangen werden, aber vom Geschäftsführer nicht veranlasst wurden, trifft den Geschäftsführer nach Rechtsprechung des I. Zivilsenats des BGH nur eine GmbH-interne Verpflichtung zur Verhinderung weiterer Verstöße; ein Verstoß hiergegen hat nach dieser Rechtsprechung gegenüber dem verletzten Dritten keine persönliche Haftung des Geschäftsführers zur Folge¹.

- 32 Darüber hinaus treffen den Geschäftsführer **spezifische Handlungspflichten**, deren Verletzung eine persönliche Haftung gegenüber dem geschädigten Dritten nach sich zieht:
- **Insolvenzverschleppungshaftung:** Kommt der Geschäftsführer im Falle der Insolvenzureife der GmbH seiner gem. § 15a Abs. 1 InsO bestehenden Insolvenzantragspflicht nicht nach, haftet er gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft für die daraus entstandenen Schäden persönlich aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO².
 - **Fehlerhafte Firmierung im Rechtsverkehr**³: Nach § 4 GmbHG muss die GmbH in ihrer Firma die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine verständliche Abkürzung enthalten; § 35a GmbHG schreibt vor, dass dieser Rechtsformzusatz auf allen Geschäftsbriefen anzugeben ist. Lässt der Geschäftsführer beim schriftlichen Vertragsabschluss im Namen der Gesellschaft den Rechtsformzusatz „GmbH“ weg, nimmt die Rechtsprechung eine verschuldensunabhängige Rechtsscheinhaftung gem. § 179 BGB analog i.V.m. § 4 GmbHG an⁴. Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsführer einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) die von ihm vertretene Gesellschaft entgegen § 5a Abs. 1 GmbHG nicht als „UG (haftungsbeschränkt)“ oder „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, sondern als „GmbH“ bezeichnet⁵.
 - **Steuerliche Haftung:** Den Geschäftsführer trifft nach § 34 AO die Verpflichtung, die steuerlichen Pflichten der GmbH zu erfüllen. Dadurch wird er zwar noch nicht zum persönlich Steuerschuldner hinsichtlich der Steuerschulden der GmbH. Soweit der Geschäftsführer jedoch seine nach § 34 AO bestehende Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt, haftet er gem. § 69 AO persönlich für den durch die Pflichtverletzung verursachten Steuerausfall gegenüber dem Fiskus⁶. Nach dem Grundsatz der Gesamtverantwortung haften mehrere Geschäftsführer

1 BGH v. 18.6.2014 – I ZR 242/12, NJW-Spezial, 2014, 529 = GmbHR 2014, 977 m. Komm. *Woedtke*.

2 BGH v. 25.7.2005 – II ZR 390/03, GmbHR 2005, 1425 (zu § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.); *Freitag/Korch*, GmbHR 2013, 1184 (1187); *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, Anh zu § 64 GmbHG Rz. 61.

3 Näher hierzu: *Miras*, NZG 2012, 1095.

4 BGH v. 5.2.2007 – II ZR 84/05, GmbHR 2007, 593 (594) – Rz. 17 (Haftung des fehlerhaft zeichnenden Vertreters).

5 BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, GmbHR 2012, 953.

6 BFH v. 5.3.1991 – VII R 93/88, GmbHR 1991, 478.

gem. § 44 Abs. 1 AO als Gesamtschuldner¹. Durch eine schriftlich niedergelegte Geschäftsverteilung kann die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der steuerlichen Pflichten allerdings auf einzelne Geschäftsführer delegiert werden; dies führt jedoch nie zu einer vollständigen Enthebung der steuerlichen Verantwortung für die anderen; denjenigen, der intern von den steuerlichen Pflichten befreit wurde, trifft weiterhin eine Überwachungspflicht, die so weit geht, dass er eine nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Steuerpflicht rechtzeitig aufdecken kann². Fehlende steuerliche Kenntnisse sind keinesfalls haftungsbefreiend; vielmehr muss ein Geschäftsführer, der „sein eigenes Unvermögen erkennt“, sein Amt sofort niederlegen, um eine Haftung nach § 69 AO zu vermeiden³.

- **Haftung für Sozialversicherungsbeiträge:** Soweit die GmbH Arbeitnehmer beschäftigt, hat sie als Arbeitgeberin Sozialversicherungsbeiträge für ihre Arbeitnehmer abzuführen. Aus §§ 266a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB trifft den GmbH-Geschäftsführer die persönliche Verantwortung für die ordnungsgemäße Abführung dieser Beiträge. Ein Verstoß hiergegen begründet nicht nur eine Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266a StGB, sondern auch dessen persönliche Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB gegenüber dem Sozialversicherungsträger⁴.

Soweit der Geschäftsführer im Namen der GmbH und im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht (§ 35 Abs. 1 GmbHG) gegenüber Geschäftspartnern auftritt, treffen die Rechtsfolgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärungen grundsätzlich nur die GmbH, aber nicht ihn persönlich (§ 164 Abs. 1 BGB). Dennoch kann der Geschäftsführer für die **rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten der GmbH ausnahmsweise persönlich** unter dem Gesichtspunkt des „Verschuldens bei Vertragsverhandlungen“ gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB herangezogen werden:

- **Verfolgung unmittelbarer wirtschaftlicher Eigeninteressen:** Ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse des Geschäftsführers wird nur unter engen Voraussetzungen angenommen; das wirtschaftliche Interesse des Geschäftsführers muss hierfür deutlich über sein allgemeines Interesse am wirtschaftlichen Wohlergehen der von ihm vertretenen GmbH hinausgehen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der Geschäftsführer „gleichsam in eigener Sache tätig wird, dass er als wirtschaftlicher Herr des Geschäfts anzusehen ist“⁵. Dafür reicht ein bloßes Provisionsinteresse des Geschäftsführers nicht aus. Vielmehr wird eine Haftung wegen wirtschaftlicher Eigeninteressen nur anzunehmen sein,

1 Rüsken in Klein, § 69 AO Rz. 105.

2 FG Rh.-Pf. v. 10.12.2013 – 3 K 1632/12, GmbHR 2014, 442. Die Pressemitteilung des FG v. 24.2.2014 trägt die Überschrift: „Geschäftsführer haften (fast) immer“.

3 BFH v. 21.10.2003 – VII B 353/02, BFH/NV 2004, 157.

4 Tillmann/Mohr, GmbH-Geschäftsführer, Rz. 569.

5 BGH v. 17.6.1991 – II ZR 171/90, DStR 1991, 1089.

wenn er der Geschäftsführer wirtschaftlicher Hintermann des von ihm vermittelten Vertrags ist¹.

- **Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens²:** Der Geschäftsführer nimmt ein besonderes persönliches Vertrauen für sich in Anspruch, wenn er dem Geschäftspartner signalisiert, er werde persönlich mit seiner Sachkunde die ordnungsgemäße Abwicklung des Geschäfts selbst dann gewährleisten, wenn seine eigentliche Vertragspartnerin – die GmbH – dazu nicht in der Lage sein sollte³. Das Vertrauen in eine besondere Experteneigenschaft des Geschäftsführers reicht daher nicht aus, vielmehr muss der Geschäftsführer dem Geschäftspartner der von ihm vertretenen GmbH persönliche Zusicherungen gemacht haben, die „im Vorfeld einer Garantiezusage“ anzusiedeln sind⁴.
- **Hinweis:** Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die rechtsgeschäftliche Eigenhaftung des Geschäftsführers erst unter **qualifizierten Voraussetzungen⁵** eingreift, deren Vorliegen der Geschäftsführer selbst vollständig in der Hand hat. Bei entsprechender juristischer Beratung lässt sich diese Haftung also ohne weiteres vermeiden.

IV. Das Stammkapital als zentrales Strukturmerkmal der GmbH

1. Das gesetzliche Mindestkapital als Seriositätsschwelle

- 34 Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen wird dadurch gerechtfertigt, dass die GmbH ein geschütztes Nominalkapital im Sinne eines Mindeststammkapitals hat⁶. Bei der regulären GmbH beträgt das Mindeststammkapital gem. § 5 Abs. 1 GmbHG 25 000 Euro. Dieses Mindestkapital ist das „Kernstück des GmbH-Rechts“⁷. Die Literatur bezeichnet es als „maßgebliches Kennzeichen einer Kapitalgesellschaft“⁸. Ein weiterer Aspekt ist die „Seriositätsschwelle“⁹, wonach bei einer Investition von mindestens 25 000 Euro ein gewisses Mindestvertrauen in das eigene Unternehmensziel unterstellt werden darf.

2. Wesen des Stammkapitals

- 35 Die Gesellschafter müssen ihrer GmbH die im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Nennbeträge der Geschäftsanteile zur Verfügung stellen (Kapitalaufbringung; § 19 GmbHG) und dürfen das zur Erhaltung des Stamm-

1 Freitag/Korch, GmbHR 2013, 1184 (1187).

2 BGH v. 1.7.1991 – II ZR 180/90, GmbHR 1991, 409 (410).

3 BGH v. 3.4.1990 – XI ZR 206/88, NJW 1990, 1907 (1908).

4 BGH v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, GmbHR 1994, 539 (542).

5 Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rz. 73 ff.

6 BGH v. 7.7.2003 – II ZR 4/02, GmbHR 2003, 1125 m. Anm. Peetz.

7 BGH v. 30.6.1958 – II ZR 213/56, BGHZ 28, 77.

8 Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 1 Rz. 2.

9 Ballerstedt, ZHR 135 (1971), 374 ff.

kapitals erforderliche Vermögen nicht an sich zurückfließen lassen (Kapitalerhaltung; § 30 GmbHG).

Erfahrungsgemäß ist das Wissen der meisten GmbH-Gründer in diesem Bereich von einigen Fehlvorstellungen geprägt. Bei der Gründungsberatung sind daher zunächst folgende Punkte herauszustellen: 36

- Die von den Gesellschaftern übernommenen **Nennbeträge** der Geschäftsanteile werden **in voller Höhe geschuldet**: Die Möglichkeit zur Teileinzahlung der Bareinlagen gem. § 7 Abs. 2 GmbHG (ein Viertel des Nennbetrags, jedoch insgesamt mindestens 12 500 Euro) ist als bloße Verfahrensvorschrift im Hinblick auf die Handelsregisteranmeldung anzusehen. Die Gesellschafter schulden der GmbH gem. § 19 Abs. 1 GmbHG die vollständige Einzahlung auf die Geschäftsanteile. Der Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung der Differenz zum ursprünglich einbezahlten Teilbetrag verjährt nach zehn Jahren (§ 19 Abs. 6 GmbHG). Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs zu laufen; wurde die Fälligkeit nicht in der Satzung bestimmt, gilt die Verabschiedung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 2 GmbHG als maßgeblicher Zeitpunkt, ab dem die Verjährungsfrist zu laufen beginnt¹.
- **Freie Verwendbarkeit der auf das Stammkapital geleisteten Mittel**: Die zur Bewirkung des Stammkapitals an die Gesellschaft geleisteten Mittel dürfen von der Gesellschaft im Geschäftsleben frei eingesetzt werden, insbesondere können davon Produktionsmittel erworben oder laufende Ausgaben wie Mietzinsen, Mitarbeiter- und Geschäftsführergehälter bestritten werden. Es ist also insbesondere kein Haftungsfonds mit Barmitteln in Höhe des Stammkapitals vorzuhalten².
- **Gewinnausschüttungen setzen volle Deckung des Stammkapitals voraus**: Wenn das Stammkapital nicht vollständig gedeckt ist, dürfen keine Gewinnausschüttungen oder sonstige Auszahlungen an die Gesellschafter erfolgen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG); auch die Auszahlung selbst darf nicht zur Unterdeckung führen³. Verbotene Auszahlungen sind der Gesellschaft zu erstatten (§ 31 Abs. 1 GmbHG), die Verjährungsfrist beträgt auch hier zehn Jahre (§ 31 Abs. 5 GmbHG).
- **Keine Nachschusspflicht für verbrauchtes Vermögen**: Solange die Gesellschafter das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an sich selbst haben zurückfließen lassen (§ 30 GmbHG), besteht für sie keine gesetzliche Verpflichtung zur Auffüllung von verbrauchtem Gesellschaftsvermögen⁴. Eine gesetzliche Nachschusspflicht existiert nicht⁵; die in §§ 26–28 GmbHG geregelten Nachschuss-

1 Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 19 GmbHG Rz. 27.

2 Grunewald/Noack, GmbHR 2005, 189 (190): „[...] die Aussage, es gebe ein Mindestkapital, [ist] irreführend im Sinne der Vorstellung einer unantastbaren Geldreserve.“

3 Heidinger in Michalski, § 30 GmbHG Rz. 21.

4 Heidinger in Michalski, § 30 GmbHG Rz. 1.

5 Lüdemann, HFR 2008, 20 (26).

pflichten gehen von einer freiwillig durch Gesellschaftsvertrag übernommenen Nachschusspflicht der Gesellschafter aus.

- **Keine Überschuldung infolge verbrauchten Stammkapitals:** Der Umstand, dass das Gesellschaftsvermögen das Stammkapital nicht deckt, begründet für sich gesehen noch keine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne: Zwar ist das Stammkapital gem. § 266 Abs. 3 A. I. HGB („gezeichnetes Kapital“) auf der Passivseite zu bilanzieren, doch sind Eigenkapitalposten im Überschuldungsstatus auszublenden¹. Solange das Gesellschaftsvermögen die übrigen Passiva deckt, ist die Gesellschaft unabhängig von der Höhe der Stammkapitals nicht überschuldet.
- 37 Die **Stammkapitalziffer sagt also nichts über die aktuellen Vermögensverhältnisse einer GmbH** aus. Aus der Höhe des Stammkapitals lässt sich lediglich ablesen, wie viel privates Kapital die Gesellschafter ihrer GmbH überlassen haben. Da sie dieses Kapital im Insolvenzfall verlieren, dokumentiert die Stammkapitalziffer den **Grad des Vertrauens der Gesellschafter** in das durch ihre GmbH realisierte Geschäftsvorhaben.

3. Kapitalschutz

a) Überblick

- 38 Das notwendige Korrelat zum Privileg der Haftungsbeschränkung bilden die zivilrechtlichen und strafrechtlichen **Schutzvorschriften für die Erbringung und Erhaltung des Stammkapitals**.
- 39 Das Gesetz sichert die ordnungsgemäße Erbringung der Bareinlagen und insbesondere der Sacheinlagen durch **Anmeldungs- und Versicherungspflichten** gegenüber dem Registergericht (§ 8 GmbHG), Nachprüfungspflichten des Registergerichts (§ 9c GmbHG) und Nachzahlungspflichten der Gründer für den Fall, dass die Mindesteinlagen bei Eintragung der Gesellschaft nicht vorhanden sind (§§ 9, 9a GmbHG). Hat sich die Vorgründungs- oder Vorgesellschaft bereits am Rechtsverkehr beteiligt, so haften die Gründer persönlich für verlorenes Stammkapital und eingegangene Verbindlichkeiten (§ 9 GmbHG analog).
- 40 Bei aller juristischen Komplexität in den Einzelheiten ist das **Gläubigerschutzsystem** der GmbH grundsätzlich einfach zu handhaben:
- Bareinlagen sind auf das Konto der Vor-GmbH einzuzahlen und bis zur Eintragung der GmbH im Handelsregister auf dem Konto zu belassen.
 - Sacheinlagen sind im Gesellschaftsvertrag offenzulegen und voll zu leisten.
 - Die GmbH ist nach den Grundsätzen eines ehrenwerten Kaufmanns zu behandeln und in ihrer Rechtspersönlichkeit und ihrem von dem Ver-

¹ Müller in MünchKomm/GmbHG, § 64 GmbHG Rz. 37; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, Anh zu § 64 GmbHG Rz. 32.

mögen der Gesellschafter getrennten eigenen Vermögensbestand zu respektieren.

- In der Krise ist Eigenkapital und kein Fremdkapital nachzuschließen, oder die Gesellschaft ist zu liquidieren.
- Bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ist ein geregeltes Insolvenzverfahren durchzuführen.

b) Dringend zu vermeiden: Unterbilanz- bzw. Verlustdeckungshaftung

Die GmbH entsteht formal mit der Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Ab der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags existiert sie jedoch bereits als voll rechtsfähige „Vor-GmbH“, die am Geschäftsleben teilnehmen und damit auch Verbindlichkeiten eingehen kann. Mit der Eintragung gehen sämtliche Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH über¹. Dennoch **gilt für das Stammkapital der Unversehrtheitsgrundsatz**: Im Zeitpunkt der Entstehung muss das einzuzahlende Kapital unversehrt vorhanden sein. Ist dies nicht der Fall, haften die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber persönlich für den Ausgleich der Differenz zwischen Stammkapital und noch vorhandenem Wert des Gesellschaftsvermögens² (sog. Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung analog § 9 GmbHG³). **Diese Haftung ist der Höhe nach unbeschränkt⁴, kann also auch deutlich über der Stammkapitalziffer liegen⁵**. Die Gesellschafter haften hierfür persönlich mit ihrem gesamten Vermögen, allerdings nicht als Gesamtschuldner, sondern entsprechend ihrer Anteile⁶.

Kommt es nicht zu Eintragung der GmbH, so trifft die Gesellschafter eine **Verlustdeckungshaftung**, die in der Struktur und dem Umfang der eben dargestellten Unterbilanzhaftung entspricht⁷.

Während die gegenüber Dritten bestehende Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG durch die Handelsregistereintragung rückwirkend wegfällt⁸, bleibt die vorbezeichnete Unterbilanz- bzw. Verlustdeckungshaftung auch nach der Eintragung bestehen und verjährt gem. § 9 Abs. 2 GmbHG erst nach zehn Jahren, so dass bei einer Insolvenz innerhalb dieses Zeitraums mit entsprechenden Nachforderungen des Insolvenzverwalters gegenüber den Gesellschaftern gerechnet werden muss.

1 Abschaffung des sog. „Vorbelastungsverbots“ durch BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, GmbHR 1981, 114 (Leits. 2).

2 BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, GmbHR 1981, 114 (Leits. 3).

3 *Märtens* in MünchKomm/GmbHG, § 9 GmbHG Rz. 36.

4 Einleuchtend: *Michalski/Funke* in Michalski, § 11 GmbHG Rz. 66 („Da die Höhe der möglichen Vorbelastung unbeschränkt ist, ist die Haftung der Gesellschafter auch nicht auf eine bestimmte Höhe begrenzt.“).

5 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 33.

6 BGH v. 23.11.1981 – II ZR 115/81, GmbHR 1982, 235.

7 BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, GmbHR 1997, 405 m. Anm. *Wilken*.

8 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 29.

- ☛ **Hinweis:** Zur Vermeidung der Unterbilanz- bzw. Verlustdeckungshaftung sollten die Gründer dringend darauf hingewiesen werden, mit dem Geschäftsbeginn bis zur Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister zu warten und keine Geschäfte im Namen der (Vor-)GmbH zu tätigen.

c) Sacheinlagevorschriften

aa) Allgemeines

- 44 Die besonderen Vorschriften für Sacheinlagen entspringen dem gesetzgeberischen Bestreben, die Werthaltigkeit von Sacheinlagen in Bezug auf die Stammkapitalziffer transparent und nachprüfbar zu machen:
- Die Möglichkeit, statt einer Geldzahlung einen anderen Wertgegenstand auf den Geschäftsanteil zu leisten, muss bereits **im Gesellschaftsvertrag festgelegt** sein. Dabei muss der Gegenstand der Sacheinlage genau beschrieben (§ 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) und die objektive Werthaltigkeit des Gegenstand durch einen von den Gesellschaftern zu verfassenden Sachgründungsbericht belegt (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) werden.
 - Zur Handelsregisteranmeldung müssen die **Sacheinlagen vollständig geleistet** sein¹, im Gegensatz zu den Bareinlagen, bei denen nach § 7 Abs. 2 GmbHG zur Handelsregisteranmeldung eine Teilleistung genügt.
 - Dem Handelsregister müssen **Unterlagen über die Werthaltigkeit** des Gegenstands der Sacheinlage eingereicht werden; § 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG. Diese Unterlagen sind zusätzlich zum Sachgründungsbericht einzureichen². Handelt es sich um neue Sachen, reichen in der Regel Rechnungen oder Preislisten³. Bei immateriellen Gütern (wie Patente oder Urheberrechte) werden **Wertgutachten** vorzulegen sein⁴, ebenso bei Grundstücken⁵. Wird ein Unternehmen eingebracht, reichen bei Einbringung zu Buchwerten die Jahresergebnisse der letzten beiden Geschäftsjahre (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG), die durch einen Wirtschaftsprüfer testiert oder einen Steuerberater bescheinigt sind⁶.
 - Bei Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) sind Sacheinlagen gem. § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ganz ausgeschlossen.

bb) Nach wie vor zu vermeiden: Die verdeckte Sacheinlage

- 45 In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die oben genannten Vorgaben zur Sacheinlage von den Gründern als unnötiger bürokratischer Aufwand angesehen und einfach dadurch umgangen werden, dass formal

1 *Schaub* in MünchKomm/GmbHG, § 7 GmbHG Rz. 51.

2 Dieser muss nach § 8 Abs. 1 Nr. 4, 2. Fall GmbHG ebenfalls eingereicht werden.

3 *Schmidt-Leithoff* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 8 GmbHG Rz. 8.

4 *Schaub* in MünchKomm/GmbHG, § 8 GmbHG Rz. 27.

5 BayObLG v. 2.11.1994 – 3 Z BR 276/94, GmbHR 1995, 52.

6 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 8 GmbHG Rz. 6.

eine Geldeinlage vereinbart und tatsächlich zunächst durch Überweisung des Geldbetrags auch erbracht wird. Im Anschluss daran wird jedoch der auf den Geschäftsanteil eingezahlte Geldbetrag verwendet, um dem Gesellschafter den Gegenstand, den er der Gesellschaft im Ergebnis überlassen wollte, abzukaufen. Solche oder ähnliche Vorgehensweisen gab es schon immer, nicht zuletzt aufgrund Ermutigung der Gesellschafter durch sich raffiniert oder kundennah gerierende Berater. In der Rechtsprechung wurde diese gezielte Umgehung der Sacheinlagevorschriften als verdeckte Sacheinlage bezeichnet und mit fehlender Anerkennung der gezahlten Geldeinlage sanktioniert¹. Durch die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG zum 1.11.2008 sind die bis dahin geltenden Rechtsprechungsfolgen der verdeckten Sacheinlage deutlich entschärft worden, insbesondere wird der Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstands auf die Geldeinlagepflicht angerechnet („Anrechnungslösung“).

Aufgrund dieser auf den ersten Blick wenig schmerzhaften Anrechnungslösung wird von manchen Rechtsanwälten und Notaren mehr oder weniger unverblümt geraten, den Gesellschaftsgründern eine verdeckte Sacheinlage als „bequemeren Weg“ zu empfehlen² bzw. sie durch Beweissicherungsmaßnahmen hinsichtlich der Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Gegenstands zu unterstützen³. Bei diesen Ratschlägen wird allerdings vernachlässigt, dass die verdeckte Sacheinlage mehr als nur eine geschickte Umgehung lästiger Formalitäten darstellt: Gesellschafter und Geschäftsführer, die die verdeckte Sacheinlage zur gezielten Umgehung der Sacheinlagevorschriften einsetzen, machen sich nach **§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG wegen Gründungsschwindels strafbar**⁴. Wer als Berater zu einem solchen Vorgehen rät oder es auch nur durch Ratschläge unterstützt, macht sich als Anstifter (§ 26 StGB) bzw. Gehilfe (§ 27 StGB) ebenfalls strafbar.

d) Mantelverwendung als wirtschaftliche Neugründung

aa) Begriff

Als Mantelgesellschaft wird eine GmbH bezeichnet, die zuvor im Rahmen ihres Unternehmensgegenstands tätig war, inzwischen aber unter-

1 BGH v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, GmbHR 2006, 477 (480) – Rz. 23.

2 So *Heinze*, GmbHR 2008, 1065 (1067), für die Normal-GmbH der „bequemere Weg“, für die Unternehmergeellschaft wegen § 5 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gar „der einzige“.

3 So *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841 (845).

4 So die h.M.: *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, § 11 GmbHG Rz. 29; *Schaal* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 82 GmbHG Rz. 44; *Haas* in Baumbach/Hueck, § 82 GmbHG Rz. 12; *Dannecker* in Michalski, § 82 GmbHG Rz. 121; *Wicke*, 2. Aufl. 2011, § 82 GmbHG Rz. 6; nach dem Kriterium der „Vollwertigkeit“ differenzierend und mit weiteren Nachweisen: *Wißmann* in MünchKomm/GmbHG, § 82 GmbHG Rz. 141 ff.

nehmenslos ist; die GmbH existiert mithin nur noch als „inhaltslose Hülse“ bzw. eben als „Mantel“¹.

bb) Wirtschaftlicher Hintergrund und Vorgehensweise

- 48 Da die Mantelgesellschaften in der Regel über keine Vermögenswerte mehr verfügen, sind sie auf dem Markt für einen Kaufpreis zu haben, der deutlich unter dem gesetzlichen Mindestkapital von 25 000 Euro (§ 5 Abs. 1 GmbHG) liegt. Der Erwerber einer Mantel-GmbH erhofft sich also durch den Mantelkauf, ein Vehikel zur **Haftungsbeschränkung zu erhalten, ohne das gesetzliche Mindestkapital aufbringen zu müssen** (s. aber Rz. 50 ff.)². Als weiteres Motiv kommt in Frage, die in der GmbH bestehenden **Verlustvorträge** zu nutzen (s. aber Rz. 54)³.
- 49 Nach dem Erwerb der GmbH-Anteile wird der alte GmbH-Mantel – um im Bilde zu bleiben – auf die Bedürfnisse des neuen Inhabers bzw. des durch die GmbH zu betreibenden Unternehmens „umgeschneidert“:
- **Satzungsänderung:** Firma, Sitz und Unternehmensgegenstand werden nach den Wünschen des neuen Inhabers geändert. Teilweise wird eine komplett neue Satzung errichtet.
 - **Erneuerung der Geschäftsführung:** Die bisherigen Geschäftsführer werden abberufen, neue Geschäftsführer werden bestellt.

cc) Bewertung durch die Rechtsprechung

- 50 Die Rechtsprechung begegnet diesem Phänomen – und den damit verbundenen Missbräuchen – dadurch, dass die Wiederausstattung einer leeren Mantel-GmbH mit einem Unternehmen den Gründungsvorschriften unterworfen wird⁴: Unter dem Stichwort „**wirtschaftliche Neugründung**“ wird die analoge Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften vorgeschrieben, wonach dem Registergericht nachzuweisen ist, dass das Stammkapital noch immer vorhanden oder wieder erbracht wurde (§§ 8 Abs. 2, 9c GmbHG). Unterbleibt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, trifft die Gesellschafter eine Unterbilanzhaftung, wenn im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung eine Unterbilanz besteht⁵. Nach aktueller Rechtsprechung des BGH⁶ kommt es allerdings nicht zu einer „unbegrenzten Endloshaftung der Gesellschafter“⁷, wenn die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugrün-

1 BGH v. 7.7.2003 – II ZR 4/02, GmbHR 2003, 1125.

2 Haas, DStR 2006, 993 (996).

3 Heckschen in Heckschen/Heidinger, Die GmbH, § 3 Rz. 115b.

4 BGH v. 9.12.2002 – II ZR 12/02, GmbHR 2003, 227.

5 BGH v. 6.3.2012 – II ZR 56/10, GmbHR 2012, 630 (631) – Rz. 14.

6 BGH v. 10.12.2013 – II ZR 53/12, WM 2014, 355.

7 Wicke spricht hier von einer „Entschärfung der wirtschaftlichen Neugründung“; Wicke, MittBayNot 2014, 13 (21).

dung unterbleibt. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, in dem die wirtschaftliche Neugründung nach außen in Erscheinung tritt, also entweder die förmliche Anmeldung der Satzungsänderungen oder die faktische Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit¹.

Kein Mantelerwerb liegt vor, wenn die Gesellschaft im Rahmen ihres satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands „in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise“ aktiv ist². Die dem Erwerb folgende Umorganisation unterfällt nicht den Regeln der wirtschaftlichen Neugründung, wenn nach der Umorganisation an das bisherige Unternehmen angeknüpft wird, „sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets“³. So ist auch das **Herausführen einer GmbH aus der Liquidation**, bei der die in Abwicklung befindliche Gesellschaft wieder in eine werbende Gesellschaft überführt wird, **keine wirtschaftliche Neugründung**, da eine „aufgelöste Gesellschaft nicht per se ein unternehmensleerer Mantel ist“⁴. 51

dd) Macht die Mantelverwendung überhaupt Sinn?

Für viele Erwerber eines GmbH-Mantels kommt bei der Anmeldung der vorgenommenen Satzungs- und Geschäftsführeränderungen zum Handelsregister das böse Erwachen, da die Eintragung der Änderungen vom Nachweis des eingezahlten Stammkapitals abhängig gemacht wird. Das ursprüngliche Ziel – der Erwerb einer GmbH als **Haftungsschutzschild, ohne das entsprechende Stammkapital aufbringen zu müssen** – kann nach der Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung daher **nicht erreicht** werden. Die Gesellschafter hätten im Hinblick auf das zu erbringende Stammkapital gleich eine neue GmbH gründen können. 52

Ein Erwerber einer Mantelgesellschaft, der sich um die Einhaltung formeller Registervorschriften wenig kümmert, könnte nun auf den Gedanken verfallen, den Einzahlungsnachweis hinsichtlich der Geschäftsanteile dadurch zu umgehen, dass er den Vorgang der Umgestaltung der erworbenen GmbH dem Handelsregister nicht mitteilt (entweder, indem er nur die Person des Geschäftsführers austauscht und nur diesen – als solchen unverdächtigen – Vorgang anmeldet, oder zwar die erforderlichen Satzungsänderungen vornimmt, aber deren Handelsregisteranmeldung unterlässt). Zu beachten ist allerdings, dass durch die faktische Wiederbelebung des zuvor eingestellten Geschäftsbetriebs eine wirtschaftliche Neugründung vorliegt, und zwar unabhängig von einer Satzungsänderung oder Handelsregisteranmeldung. Wird diese **wirtschaftliche Neugründung nicht offengelegt**, besteht die Gefahr, dass der Gesellschafter mit Ge- 53

1 BGH v. 10.12.2013 – II ZR 53/12, WM 2014, 355 – Rz. 8.

2 BGH v. 6.3.2012 – II ZR 56/10, GmbHR 2012, 630 (631) – Rz. 11.

3 BGH v. 18.1.2010 – II ZR 61/09, GmbHR 2010, 474 (Leits. 1).

4 BGH v. 10.12.2013 – II ZR 53/12, WM 2014, 355 – Rz. 13.

schäftsbeginn in die **Unterbilanzhaftung analog § 9 GmbHG** gerät¹. Im Falle, dass die erworbene GmbH in die Insolvenz gerät, muss der Erwerber mit der Aufdeckung dieses Vorgangs durch den Insolvenzverwalter und einer entsprechenden persönlichen Haftung rechnen.

- 54 Das Ziel, durch den Erwerb einer Mantel-GmbH deren **Verlustvorträge steuerlich zu nutzbar** zu machen, ist durch die Abschaffung von § 8 Abs. 4 KStG und der Einschränkung durch § 8c KStG **kaum noch zu erreichen**².
- 55 Im Hinblick auf **Beurkundungskosten ist der Mantelerwerb ohnehin kontraproduktiv**, da hierfür zunächst Notargebühren für den Kauf und die Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile (Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) und im Anschluss weitere Kosten für die erforderliche Satzungsänderung (Beurkundungspflicht nach § 53 Abs. 2 GmbHG) und Geschäftsführerneubestellung anfallen.
- 56 Dazu kommt gem. § 16 Abs. 2 GmbHG das Risiko, **für Einlageverpflichtungen des Altgesellschafters entstehen zu müssen**. Da die als Mantel verkauften GmbHs oftmals heruntergewirtschaftet sind, besteht die naheliegende Gefahr, dass die bisherigen Gesellschafter Vorschriften hinsichtlich der Kapitalerbringung (§ 19 GmbHG) oder -erhaltung (§ 30 GmbHG) missachtet haben, für die der neue Gesellschafter gesamtschuldnerisch neben den Altgesellschaftern haftet³. Um vor einer solchen persönlichen Haftung sicher zu sein, müsste der Erwerber eine zeit- und kostenintensive Due Diligence durchführen lassen.
- **Hinweis:** Der Erwerb eines GmbH-Mantels, um die Aufbringung des Stammkapitals zu vermeiden, macht keinen Sinn. Hat ein Unternehmensgründer nur geringe Mittel zur Verfügung, sollte ihm statt des kontraproduktiven Mantelerwerbs die Gründung einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) gem. § 5a GmbHG empfohlen werden.

e) Erwerb einer Vorratsgesellschaft

- 57 Eine Vorratsgesellschaft ist eine Gesellschaft, die für den Zweck eines späteren unternehmerischen Einsatzes gegründet wurde, ohne bisher allerdings unternehmerisch tätig geworden zu sein. Der Gesellschaftszweck ist hier auf das „Verwalten des eigenen Vermögens“ begrenzt. Der Zweck der Vorratsgründung besteht darin, dass **sofort ein haftungsbeschränktes Vehikel für eine kurzfristig aufzunehmende unternehmerische Tätigkeit zur Verfügung steht**, ohne das erforderliche Handelsregisterprocedere abwarten zu müssen. Vorratsgesellschaften werden meist von Wirtschafts-

1 BGH v. 6.3.2012 – II ZR 56/10, GmbHR 2012, 630 (632) – Rz. 20: Die „Haftung der Gesellschafter [ist] auf eine Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung [...] durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist.“

2 *Heckschen* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH, § 3 Rz. 115b.

3 *Ebbing* in Michalski, § 16 GmbHG Rz. 155.

kanzleien oder spezialisierten Beratungsunternehmen für Mandanten/Kunden, die schnell eine GmbH benötigen, vorgehalten.

Nach der Rechtsprechung wird der Vorgang der **Aktivierung einer Vorrats-GmbH** – wie bei der Mantelverwendung – als **wirtschaftliche Neugründung** angesehen¹. Das bedeutet, dass dem Handelsregister gegenüber entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern ist, dass die nach § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und sich weiterhin in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden². 58

Da die Vorratsgesellschaft – im Gegensatz zur Mantelgesellschaft – nie unternehmerisch tätig war und auch sonst nicht nach außen in Erscheinung getreten ist, ist das zur Gründung einbezahlte Stammkapital in der Regel unverbraucht vorhanden, so dass die nach § 8 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung problemlos möglich ist. Eine andere Frage ist, **ob der Erwerb von Vorratsgesellschaften überhaupt sinnvoll** ist: Seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters³ haben sich die Wartezeiten zwischen notarieller Beurkundung der GmbH-Gründung und der Eintragung der GmbH in das Handelsregister deutlich verkürzt: Im deutschlandweiten Durchschnitt vergehen nur **3,19 Tage zwischen elektronischer Urkundenübermittlung und Eintragung**⁴. Die meisten Gründer werden mit dem Geschäftsbeginn sicherlich so lange warten können und besser den einfacheren und kostengünstigeren⁵ Weg der Neugründung wählen. 59

Das Vorhalten einer **Vorrats-Gesellschaft als Reserve-GmbH** für den Fall, dass die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG ausfällt, kann allerdings durchaus sinnvoll sein (vgl. Rz. 1132 ff.). 60

f) Existenzvernichtungshaftung

Die vom BGH entwickelte Existenzvernichtungshaftung hat eine bewegte Entwicklung mit unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen und Rechtsfolgen hinter sich⁶. In ihrer aktuellen Ausprägung wird die Existenzvernichtungshaftung als besondere **Fallgruppe der vorsätzlichen sittenwid-** 61

1 BGH v. 9.12.2002 – II ZR 12/02, GmbHR 203, 227 (Leits. 1).

2 BGH v. 9.12.2002 – II ZR 12/02, GmbHR 203, 227 (Leits. 3).

3 EHUG v. 10.11.2006, BGBl. I 2006, 2553.

4 Institut für Mittelstandsforschung (IfM) Bonn, Dauer und Kosten von administrativen Gründungsverfahren, Bundesweite Erhebung aus dem Jahr 2010 im Hinblick auf die Gründung von Unternehmergeellschaften, abrufbar unter www.ifm-bonn.org.

5 Neben den Kosten, die für den Erwerb der Vorratsgesellschaft anfallen – in der Regel 2 000 bis 3 000 Euro über dem eingezahlten Stammkapital – muss der Erwerber die Kosten der notariell zu beurkundenden Veräußerung tragen und im Anschluss daran die – Notar- und Handelsregistergebühren auslösende – Satzungsänderung vornehmen.

6 Hierzu: *Decher/Kiefner* in MünchHdb. GesR III, § 69 Rz. 2 ff.

rigen Schädigung (§ 826 BGB) eingestuft, wonach Gesellschafter für existenzvernichtende Eingriffe zu Lasten der eigenen Gesellschaft dieser gegenüber auf Schadensersatz haften („Trihotel-Entscheidung“)¹. Ein existenzvernichtender Eingriff wird angenommen, wenn Gesellschafter ihre **Stellung zu systematischen Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen missbrauchen**. Dabei wird davon ausgegangen, dass das Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zweckgebunden ist und damit auch außerhalb des Tatbestands des § 30 GmbHG vor planmäßigen Eingriffen der Gesellschafter zu schützen sei². Durch die GAMMA-Entscheidung wurde diese Rechtsprechungslinie bestätigt: Auch hier wurde für die Haftung „ein kompensationsloser Eingriff in das im Gläubigerinteresse gebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH“ vorausgesetzt³.

- 62 Die Herleitung der Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zeigt, dass eine recht hohe Hürde besteht, da § 826 BGB nicht als Auffangtatbestand für alle möglichen als ungut empfundenen Geschäftspraktiken herangezogen werden kann, sondern erst dann eingreift, wenn eine **„besondere Verwerflichkeit des Verhaltens“** beim Handelnden vorliegt⁴. Bloße Managementfehler, selbst wenn sie auf einem klaren kaufmännischen Versagen beruhen und schwerwiegende Folgen für die Gesellschaft nach sich ziehen, reichen hierfür nicht aus⁵. In einfachen Worten gesagt: Es geht um die **Sanktionierung von „Selbstbedienung“ am Gesellschaftsvermögen durch unlauteres und eigennütziges Verhalten** der Gesellschafter⁶. Beispielsweise wurde in folgenden Fällen ein solch schwerer Eingriff angenommen⁷:
- Die Einstellung der Geschäftstätigkeit der betroffenen GmbH erfolgt nicht im Wege der gesetzlich vorgesehenen Liquidation (§§ 66 ff. GmbHG), vielmehr wird die GmbH durch Abzug aller Ressourcen zugunsten einer anderen Gesellschaft in einen „masselosen Konkurs“ geführt⁸.
 - Die Umleitung von Warenbestand oder Kundenstamm auf den Gesellschafter oder auf eine Gesellschaft, an der der Gesellschafter maßgeblich beteiligt ist („von ihrem Alleingesellschafter beherrschte Schwes-tergesellschaft“⁹), ohne der betroffenen Gesellschaft eine „markt-gerechte Gegenleistung“ zukommen zu lassen¹⁰.
 - Ein Gesellschafter-Geschäftsführer führt einen Prozess im Namen der GmbH gegen sich persönlich und lässt gezielt ein klageabweisendes

1 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04, GmbHR 2007, 927 (Leits. 2).

2 *Liebscher* in MünchKomm/GmbHG, Anh GmbH-Konzernrecht Rz. 533.

3 BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, GmbHR 2008, 805 (Leits. 1).

4 BGH v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10, NJW 2012, 1800 (1803) – Rz. 28.

5 BGH v. 13.12.2004 – II ZR 256/02, GmbHR 2005, 299.

6 BGH v. 9.2.2009 – II ZR 292/07 – Sanitary, GmbHR 2009, 601 (603) – Rz. 21.

7 *Decher/Kiefner* in MünchHdb. GesR III, § 69 Rz. 12.

8 BGH v. 12.2.1996 – II ZR 279/94, 1996, 366.

9 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, GmbHR 2013, 529 (532) – Rz. 23.

10 BGH v. 13.12.2004 – II ZR 206/02, GmbHR 2005, 225 (226).

Versäumnisurteil gegen die GmbH ergehen und rechtskräftig werden¹. Durch die verlorene Forderung wird Liquidationsvermögen der GmbH vernichtet, das zur Gläubigerbefriedigung erforderlich gewesen wäre.

Der BGH hat inzwischen ausdrücklich klar gestellt, dass es nicht darauf 63
ankommt, dass die GmbH durch die sittenwidrige Handlung des Gesellschafters in die Insolvenz gerät bzw. die bestehende Insolvenz vertieft wird².

Gläubigerin des Anspruchs aus Existenzvernichtungshaftung ist die betroffene Gesellschaft selbst; es handelt sich also um eine reine **Innenhaftung**³. Soweit der Gesellschafter selbst Geschäftsführer ist oder aufgrund der bestehenden Mehrheitsverhältnisse einen maßgeblichen Einfluss auf diesen ausüben kann, wird die GmbH diesen Anspruch im Normalfall nicht verfolgen. Soweit ein Gläubiger der GmbH seine rechtskräftig festgestellten Ansprüche gegen die GmbH mangels entsprechender Liquidität nicht realisieren kann, hat er allerdings die Möglichkeit, sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung die Ansprüche der GmbH aus Existenzvernichtungshaftung gegen den Gesellschafter gem. §§ 829, 835 ZPO pfänden und überweisen zu lassen und auf diesem Weg indirekt von der Existenzvernichtungshaftung zu profitieren. 64

V. Strukturvergleich zur Aktiengesellschaft

1. Allgemeines

In Deutschland hat sich die GmbH als Gesellschaftsform des Mittelstands und der Kleinunternehmer etabliert, während die Aktiengesellschaft nach wie vor hauptsächlich von Großunternehmen genutzt wird. In Zahlen ausgedrückt bedeutet dies, dass den circa 1,1 Millionen GmbHs lediglich **16 000 Aktiengesellschaften** gegenüberstehen⁴. 65

2. Übereinstimmungen

Die Aktiengesellschaft (AG) hat einige Gemeinsamkeiten mit der GmbH. Hervorzuheben sind folgende übereinstimmende Eigenschaften: 66

- **Eigene Rechtspersönlichkeit:** Bei beiden Gesellschaftsformen handelt es sich um juristische Personen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AktG/§ 13 Abs. 1 GmbHG).

1 OLG Celle v. 28.10.2009 – 9 U 125/06, GmbHR 2010, 87 (88), Leits. 3.

2 BGH v. 9.2.2009 – II ZR 292/07 – Sanitary, GmbHR 2009, 601 (Leits. 2).

3 Die unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (so noch in der „Autokran-Entscheidung“, BGH v. 16.9.1985 – II ZR 275/84, NJW 1986, 188), wurde durch die Trihotel-Entscheidung aufgegeben.

4 *Kornblum*, GmbHR 2014, 694 (695): Zum 1.1.2014 waren in deutschen Handelsregistern eingetragen: 1 127 620 GmbHs gegenüber 16 005 AGs.

- **Haftungsbeschränkung:** Für die Schulden der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG/§ 13 Abs. 2 GmbHG).
- **Formalisierte Gründung:** Beide Gesellschaften bedürfen zu ihrer Gründung notariell zu beurkundender Gesellschaftsverträge (§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG/§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Die Existenz beider Gesellschaften beginnt mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG/§ 11 Abs. 1 GmbHG).
- **Formkaufleute:** Bei beiden Gesellschaften handelt es sich um Formkaufleute (§ 3 Abs. 1 AktG/§ 13 Abs. 3 GmbHG), so dass auf sie unabhängig vom Unternehmensgegenstand die kaufmännischen Sondervorschriften (beispielsweise die Buchführungspflichten nach §§ 238 ff. HGB und die Regeln für den Handelskauf nach §§ 373 ff. HGB) gelten¹.
- **Mindestkapital und Kapitalschutz:** Bei beiden Gesellschaftsformen geht die Haftungsbeschränkung mit der Pflicht zur Ausstattung mit einem gesetzlichen Mindestkapital (50 000 Euro nach § 7 AktG/25 000 Euro nach § 5 Abs. 1 GmbHG) und entsprechenden Kapitalschutzvorschriften (§§ 9 Abs. 1, 54, 57, 71 ff. AktG/§§ 19, 30 GmbHG) einher.

3. Unterschiede

- 67 Die deutliche zahlenmäßige Ungleichverteilung zwischen GmbH und AG ist sicherlich nicht allein mit dem höheren Kapitaleinsatz bei der AG (50 000 Euro Mindestkapital gegenüber 25 000 Euro bei der GmbH) zu erklären, sondern beruht auf folgenden Hauptunterschieden:

a) Satzungsstrenge bei AG/Vertragsfreiheit bei GmbH

- 68 Für die AG ordnet § 23 Abs. 5 AktG den Grundsatz der Satzungsstrenge an: Alle satzungsmäßigen Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben sind unzulässig, soweit sie nicht ausdrücklich erlaubt sind. Die Satzungsstrenge dient der Verkehrsfähigkeit, insbesondere der Börsenhandelbarkeit der Aktien; am Aktienerwerb interessierte Marktteilnehmer sollen sich darauf verlassen können, dass ihre Rechte als Gesellschafter bei allen AGs in etwa gleich sind, damit sie auf eine aufwendige Satzungsrecherche verzichten können².
- 69 Im Gegensatz dazu ist bei der GmbH grundsätzlich jede Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben erlaubt, soweit sie nicht ausdrücklich verboten ist. In der GmbH können die Gesellschafter ihre Vorstellungen im Hinblick auf interne und externe Leitungsmacht, Gewinnverteilung und Grad der einzuhaltenden Formalitäten frei bestimmen.

¹ Damit gelten auch GmbHs und AGs mit gemeinnützigem Zweck oder freiberuflicher oder kleingewerblicher Tätigkeit als kaufmännische Unternehmen i.S.d. HGB.

² *Pentz* in MünchKomm/AktG, § 23 AktG Rz. 150.

b) Leitungsfunktion des Vorstands/Gesellschafter als Herren der GmbH

Die **AG wird vom Vorstand beherrscht** (§ 76 Abs. 1 AktG), der hinsichtlich der Geschäftsführung nur eingeschränkt der Kontrolle des Aufsichtsrats und grundsätzlich nicht den Weisungen der Aktionäre unterliegt. Zwar ist der Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat gem. § 90 AktG berichtspflichtig, doch bezieht sich die Berichtspflicht auf strategische Fragen und die allgemeine Lage¹; dementsprechend beschränkt sich hierauf auch die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats gem. § 111 AktG². Insbesondere für das operative Geschäft kann der Vorstand die Geschicke der AG aus eigener Initiative leiten³. Die Entscheidungsbefugnisse der Gesellschafter sind gem. § 119 AktG ebenfalls beschränkt.

Wegen der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) ist die Leitungsstruktur der AG nicht durch abweichende Regelungen modifizierbar. Dies führt dazu, dass die AG auch in der Form der sog. „kleinen“ Aktiengesellschaft keine mit der GmbH austauschbare Rechtsform darstellt⁴.

Demgegenüber können die Gesellschafter der GmbH mit Recht als „Herren der Gesellschaft“ bezeichnet werden, da sie gem. § 37 Abs. 1 GmbHG der Geschäftsführung jederzeit verbindliche Weisungen erteilen können. In dieser Dominanz der Gesellschafter liegt einer der wichtigsten strukturellen Unterschiede zur Aktiengesellschaft.

c) Dreiteilung/Zweiteilung der Organisationsstruktur

Das Aktiengesetz schreibt eine zwingende Dreiteilung der Organisationsstruktur der AG vor: Vorstand (§§ 76 ff. AktG), Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG) und Hauptversammlung (§§ 118 ff. AktG).

Neben den stark reglementierten und formalisierten Abläufen hat die Dreiteilung bei der AG einen weiteren Effekt, der sie für kleinere und mittlere Unternehmer unattraktiv macht: **Zum Betreiben der AG sind mindestens vier natürliche Personen (Menschen) erforderlich**, nämlich mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder (§ 95 Abs. 1 AktG) und mindestens ein Vorstand (§ 76 Abs. 2 AktG); gem. § 105 Abs. 1 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied nicht gleichzeitig Vorstand sein. Selbst wenn die AG von nur einer Person gegründet wird, kann diese die AG also nicht alleine führen; sie kann zwar Mitglied des Aufsichtsrats oder des Vorstands sein, benötigt aber mindestens drei weitere natürliche Personen, die an der AG mitwirken (und für ihre Tätigkeit im Normalfall auch bezahlt werden wollen).

1 Fragen der Geschäftspolitik, Unternehmensplanung, Rentabilität, Gang der Geschäfte usw.

2 Koch in Hüffer, § 90 AktG Rz. 1: § 90 „korrespondiert“ mit § 111.

3 Spindler in MünchKomm/AktG, § 76 AktG Rz. 1.

4 Vgl. Böcker, RNotZ 2002, 130 (135 ff.).

- 75 Demgegenüber liegt bei der GmbH eine bloße Zweiteilung vor: Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung; ein Aufsichtsrat darf (§ 52 GmbHG), muss aber nicht bestellt werden¹. Daraus folgt, dass die **GmbH als Ein-Personen-GmbH** gegründet und geführt werden kann, da sich der einzige Gesellschafter zum alleinigen Geschäftsführer bestellen kann (§ 6 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Gerade für kleine Unternehmen ist der deutlich höhere Organisationsaufwand bei der AG gegenüber der GmbH ein wichtiges Argument, sich für die GmbH zu entscheiden.

d) Übertragung der Anteile

- 76 Da die **AG** auf Börsenhandel ausgelegt ist, können ihre **Anteile formlos** (also schnell, einfach und kostenfrei) übertragen werden. Hierbei macht sich der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) bezahlt: Da alle AGs in den wichtigsten Gesellschafterfragen übereinstimmen müssen, brauchen sich potentielle Erwerber vor der Anschaffung von Aktien nicht über die sie erwartenden Rechtsbeziehungen innerhalb der AG informieren.
- 77 Geschäftsanteile der **GmbH können nur mittels notariell beurkundeter Abtretungserklärung** übertragen werden; auch das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft bedarf der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG).

VI. Vertragsgestaltung bei der GmbH

1. Notarielle Beurkundung

- 78 Die Vertragsgestaltung der GmbH wird von weitgehender Gestaltungsfreiheit und Variabilität, aber auch von im Interesse des Verkehrs- und Gesellschafterschutzes bestehenden zwingenden Eckvorschriften bestimmt. Den hiermit verbundenen Problemen und Verantwortlichkeiten und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Beweissicherung in Verbindung mit der Registerpublizität trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass grundlegende Vorgänge in Bezug auf die GmbH der notariellen Beurkundung bedürfen: **Gründung** (§ 2 Abs. 1 GmbHG), **Satzungsänderung** (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) und die **rechtsgeschäftliche Verfügung über die Mitgliedschaft sowie die Verpflichtung hierzu** (§§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Diese Bereiche unterliegen damit gem. § 17 BeurkG der notariellen Aufklärungs-, Belehrungs- und Gestaltungspflicht.

¹ Erst ab einer Mitarbeiterzahl von über 500 schreibt das DrittelbeteiligungsG für die GmbH einen zwingenden Aufsichtsrat vor.

2. Vertragsgestaltung nach Fallgruppen und Vertragstypen

Kautelarjuristen orientieren sich bei ihrer in die Zukunft gerichteten 79
rechtsgestaltenden Tätigkeit¹ an Vertragstypen und innerhalb dieser an
Regelungstypen. Bei der Bildung von Vertragstypen knüpft der Kautelarju-
rist an die in der Wirklichkeit vorfindbaren tatsächlichen und rechtlichen
Verhältnisse an, insbesondere an die Vorstellungen und Wünsche der Be-
teiligten: **Die Wirklichkeit dient als Muster.** Der Kautelarjurist ordnet die
vorgefundenen typischen Fallgestaltungen zu Fallgruppen als Sachver-
haltstypen und entwickelt für sie Vertragstypen als Gestaltungstypen.
Diese Vertragstypen müssen sich in der Diskussion der Fachleute bewäh-
ren und werden durch deren Konsens legitimiert. Schließlich haben sie
auch auf dem Prüfstand der Rechtsprechung zu bestehen.

Kautelarjuristische Vertragstypen sind konkret, da sie in der Wirklichkeit 80
verwurzelt sind. Sie fassen heterogene Rechtsregeln zu einer neuen,
zweckbestimmten Ordnung zusammen. Sie erlauben eine abgestufte und
elastische Vertragsgestaltung, da man den Gestaltungsfall nicht unter ei-
nen Vertragstyp subsumiert, sondern ihn einem Vertragstyp wertend zu-
ordnet. Je mehr die Vorgaben des Einzelfalles den Vorgaben des Vertrags-
typs entsprechen, desto mehr hat man sich an diesem Vertragstyp aus-
zurichten. Das Gesetz wird instrumental verstanden. Bestimmend ist der
Vertragszweck, der den Vertragstyp konstituiert.

Regelungstypen sind kleinere Einheiten, „Bausteine“ von Vertragstypen. 81
Sie regeln einzelne Sachpunkte innerhalb eines Vertragstyps, wobei sich
nicht selten mehrere Regelungstypen alternativ anbieten. Die Charakte-
ristika des Vertragstyps kennzeichnen grundsätzlich auch den Regelungs-
typ.

Die Ausrichtung an Fallgruppen und Vertragstypen bedeutet für den Be- 82
reich der GmbH, dass zunächst typische Erscheinungsformen zu ermit-
teln sind, für die dann typische Vertragsgestaltungen entwickelt werden.
Dieser Aufgabe hat sich die Kautelarjurisprudenz und die sie kontrollie-
rende Rechtsprechung in den letzten Jahren verstärkt gewidmet. Im Fol-
genden können deshalb weitgehend bewährte Vertrags- und Regelungs-
typen erläutert werden. Dabei bleibt das **System offen für neue Gestaltun-
gen**, die sich aus neuen Zwecken der Beteiligten und veränderten Daten
ergeben.

3. Hinweise zur Technik der Vertragsgestaltung

a) Die Sprache des Vertrages

Der Gebrauch der Fachsprache ist unabdingbar. Es dürfen nicht Aus- 83
legungsschwierigkeiten dadurch entstehen, dass sich der Vertrag nicht der
vom Gesetz, Literatur und Rechtsprechung benutzten Fachausdrücke be-

¹ Dazu grundlegend *Langenfeld*, Vertragsgestaltung.

dient. Allgemeinverständlichkeit oder Handhabbarkeit etwa für den nicht-juristischen Akademiker leiden hierunter unvermeidlich. Die Übersetzung der Fachausdrücke in die Umgangssprache ist Sache des Kautelarjuristen, der beratend und belehrend als „Dolmetscher“ tätig wird.

b) Wiederholung des Gesetzestextes?

- 84 Gerade im Bereich der Gesellschaftsverträge der GmbH und der GmbH & Co. KG ist es häufige Praxis, auch die gesetzlich geregelten Materien in die Satzung aufzunehmen, um diese in der täglichen Praxis aus sich heraus und ohne Hinzuziehung des Gesetzes verständlich und handhabbar zu machen. **Hiervon kann nicht dringlich genug abgeraten werden.**
- 85 So sind in der Satzung der GmbH nur die Materien zu regeln, die
- zur **Konkretisierung und Ausfüllung des Gesetzes erforderlich** sind (§ 3 GmbHG), z.B. Firma, Sitz, Gegenstand und Stammkapital,
 - die **gesetzlichen Regeln abbedingen oder modifizieren**, z.B. die Einführung von Mehrfachstimmrechten zugunsten einzelner Gesellschafter,
 - ein **Wahlrecht konkretisieren**, z.B. zwischen Bar- und Sacheinlage,
 - eine **vom Gesetz lediglich zugelassene Möglichkeit konkretisieren**, z.B. die Einziehung nach § 34 GmbHG,
 - **gesetzlich nicht geregelt** sind, z.B. die Anfechtungsfrist für Gesellschaftsbeschlüsse.
- 86 Alle Regelungen, die das Gesetz ausdrücklich trifft und bei denen es verbleiben muss (zwingende Vorschriften¹) oder soll (dispositive Vorschriften), sollten in der Satzung nicht wiederholt werden. Allenfalls kann eine gesetzliche Regelung durch Bezugnahme ausdrücklich bestätigt werden, wenn dies zweckmäßig erscheint: „Für die Verwendung des Jahresergebnisses gelten die gesetzlichen Vorschriften“.
- 87 Gibt man darüber hinaus in der Satzung gesetzliche Vorschriften wörtlich wieder, so wird dadurch die Verständlichkeit und praktische Handhabbarkeit kaum erhöht, da sich auch das Gesetz der Fachsprache bedient. Auf der anderen Seite entstehen **Auslegungsprobleme**, wenn eine gesetzliche Vorschrift mit – absichtlichen oder unabsichtlichen? – leichten Änderungen oder mit Auslassungen wiedergegeben wird. Es ist dann schwierig, zu ermitteln, ob das Gesetz dadurch abbedungen wurde oder ob es weiterhin primär oder ergänzend gilt. Die Auslegungsprobleme potenzieren sich, wenn das Gesetz nur sinngemäß oder umschreibend wiedergegeben wird.

c) Aufbau und Struktur des Vertrages

- 88 Jeder Vertrag sollte so aufgebaut sein, dass seine Struktur ersichtlich ist. Dies dient der Sachrichtigkeit, Folgerichtigkeit und Übersichtlichkeit.

¹ Beispielsweise §§ 21–24 GmbHG.

Eine Vertragsstruktur, die sich an den gesetzlichen Vorgaben, am Vertragszweck und an der Sachgerechtigkeit orientiert, erleichtert die Vertragsgestaltung und die Verhandlung mit den Beteiligten.

Bei notariell zu beurkundenden Vorgängen sollte die **Besprechung bzw. Verhandlung so verlaufen, wie die Urkunde aufgebaut ist**. Diese Parallelität gewährleistet die lückenlose Ermittlung des Sachverhalts und die vollständige urkundliche Umsetzung des Ermittelten. Sie erleichtert es den Beteiligten, beim Vorlesen des Vertrages die erörterten Einzelprobleme wiederzuerkennen. Die **Parallelität von Verhandlungsführung und Urkundenaufbau** ist der wichtigste Grundsatz formell sachgerechter Vertragsgestaltung. 89

Kapitel 7 Abtretung und Kauf von Geschäftsanteilen

§ 1 Die Abtretung von Geschäftsanteilen

I. Allgemeines

1. Formvorschriften

Die Abtretung der nach dem Gesetz frei veräußerlichen Geschäftsanteile einer GmbH bedarf der notariellen Beurkundung, § 15 Abs. 3 GmbHG. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung ist ebenfalls formbedürftig, wobei ein etwaiger Formmangel durch die beurkundete Abtretung geheilt wird, § 15 Abs. 4 GmbHG. Der Formzwang umfasst auch **Nebenabreden**¹: Nach der Rechtsprechung des BGH gelten die gesetzlichen Formvorschriften für alle Vereinbarungen, die gemeinsam eine „rechtliche Einheit“ bilden, also nach dem Willen der Beteiligten mit der formpflichtigen Vereinbarung „stehen und fallen“ sollen². Bei umfassenden Vertragsregelungen, bei denen auch nur eine Abrede formpflichtig ist, wird der gesamte Vertragsinhalt formbedürftig („Vollständigkeitsgrundsatz“)³. Bei Veräußerung des GmbH-Anteils und des KG-Anteils an einer GmbH & Co. KG erstreckt sich die Formbedürftigkeit auf die Veräußerung des KG-Anteils⁴. 725

Vollmachten zur Verpflichtung und Abtretung bedürfen nicht der notariellen Form, § 167 Abs. 2 BGB⁵. Zur Beurkundung durch einen **Notar im Ausland** vgl. Rz. 462. 726

2. Zustimmungspflichtigkeit

Häufig sind Abtretungser schwerungen durch satzungsmäßige Genehmigungserfordernisse nach § 15 Abs. 5 GmbHG (**Vinkulierungsklauseln**). Bedarf die Übertragung des Geschäftsanteils der Zustimmung der Gesellschaft, kommt es für die zivilrechtliche Wirksamkeit auf die Erklärung 727

1 BGH v. 8.5.2000 – II ZR 144/98, DStR 2000, 1272; OLG Hamburg v. 26.1.2007 – 11 U 254/05, GmbHR 2007, 377.

2 St.Rspr., BGH v. 13.6.2002 – VII ZR 321/00, DNotZ 2002, 944 m.w.N. (am Beispiel des Grundstücksvertrags); vgl. auch *Hermanns*, DNotZ 2013, 9 (14).

3 *Löbbe* in *Ulmer/Habersack/Löbbe*, § 15 GmbHG Rz. 80; *Görner* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 15 GmbHG Rz. 40; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 15 GmbHG Rz. 31; kritisch: *Heidenhain*, NJW 1999, 3073; vgl. auch *Loritz*, DNotZ 2000, 90; Anm. von *Emde*, GmbHR 2000, 731 zu OLG Stuttgart v. 17.5.2000 – 20 U 68/99, GmbHR 2000, 721.

4 BGH v. 14.4.1986 – II ZR 155/85, GmbHR 1986, 258.

5 *Huke*, BWNNotZ 1997, 156/157 mit Begründung aus dem Formzweck des § 15 Abs. 3 GmbHG.

des Geschäftsführers als gesetzlichen Vertreter der GmbH an (§ 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 35 Abs. 1 GmbHG). Handelt er, ohne den erforderlichen Gesellschafterbeschluss herbeigeführt zu haben, liegt ein Missbrauch der Vertretungsmacht vor, was allerdings nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers zur Unwirksamkeit der Erklärung führt¹; ansonsten wirkt seine umfassende Vertretungsmacht sogar bei entgegenstehenden Weisungen durch die Gesellschafterversammlung (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Bei der Einmann-GmbH haben Zustimmungserfordernisse nach § 15 Abs. 5 GmbHG keine Wirkung².

- 728 Der entgeltliche Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen durch einen **Minderjährigen** bedürfen grundsätzlich keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB, auch wenn die GmbH ein Erwerbsgeschäft betreibt³. Übersteigt die vom Minderjährigen zu erwerbenden oder veräußernde Beteiligung 50 %, sieht der Bundesgerichtshof allerdings eine Genehmigungsbedürftigkeit als gegeben, weil dann das Erwerbsgeschäft insgesamt Vertragsgegenstand ist⁴. In Betracht kommt auch eine Genehmigungspflicht beim Erwerb nach § 1822 Nr. 10 BGB, wenn noch Einlageverpflichtungen bestehen⁵.

II. Der Abtretungsgegenstand

- 729 Abtretbar sind Geschäftsanteile an einer bereits bestehenden GmbH und künftige Anteile an einer noch nicht eingetragenen GmbH.
- 730 Werden Geschäftsanteile an einer künftigen, also noch nicht im Handelsregister eingetragenen GmbH übertragen, ist danach zu unterscheiden, in welchem Zeitpunkt die Übertragung nach dem Willen von Veräußerer und Erwerber wirksam werden soll:
- Bei der Veräußerung von **Geschäftsanteilen einer Vor-GmbH** (GmbH nach notarieller Gründung aber vor Eintragung im Handelsregister), die sofort wirksam werden soll, handelt es sich nach herrschender Meinung nicht um eine Geschäftsanteilsabtretung i.S.d. § 15 GmbHG, sondern um eine **Änderung des GmbH-Gründungsvertrags**, die – unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Vinkulierungsklausel – der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf⁶.

1 BGH v. 14.3.1988 – II ZR 211/87, GmbHR 1988, 260.

2 BGH v. 15.4.1991 – II ZR 209/90, GmbHR 1991, 311.

3 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 15 GmbHG Rz. 4; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 15 GmbHG Rz. 4.

4 BGH v. 28.1.2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152 (153); *Winkler*, ZGR 1990, 131.

5 BGH v. 20.2.1989 – II ZR 148/88, GmbHR 1989, 327.

6 BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, GmbHR 1997, 405; *Schmidt-Leithoff* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 11 GmbHG Rz. 63.

- Die **Abtretung künftiger Anteile** wird als aufschiebend bedingte Übertragung gewertet, die mit der Entstehung der GmbH durch Eintragung im Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) wirksam wird¹.

Hält der Abtretende mehrere Geschäftsanteile oder wird nur ein Teil eines Geschäftsanteils abgetreten, so ist zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Abtretung der abgetretene Geschäftsanteil genau zu bezeichnen². 731

Anteilsgebundene Sonderrechte gehen mit der Abtretung des Anteils auf den Erwerber über. Persönliche Sonderrechte müssen ausdrücklich mit übertragen werden, soweit sie überhaupt abtretbar sind³. 732

III. Die Gesellschafterliste

1. Gesteigerte Bedeutung

Durch die Vermittlung der Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG)⁴ erfährt die Gesellschafterliste eine Aufwertung in die Richtung einer Annäherung an das Aktienregister bei der Namensaktie. Die Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie sich in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner nach § 9 Abs. 1 HRV befindet. Ab dieser Speicherung im Registerordner kann die Liste im Handelsregister eingesehen werden⁵. Die Geschäftsführer werden in den Fällen, in denen der Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Gesellschafterliste selbst erstellt, unterschreibt und sofort nach Wirksamwerden des Rechtsübergangs elektronisch an das Registergericht gibt, vom Notar durch Übermittlung einer Abschrift der Liste informiert. 733

Das Registergericht nimmt die Liste entgegen und prüft das Vorliegen der förmlichen Anforderungen; einen inhaltlichen Prüfungsauftrag hat es nicht⁶. 734

1 BGH v. 27.1.1997 – II ZR 123/94, GmbHR 1997, 405.

2 OLG Düsseldorf v. 10.2.1978 – 16 U 88/77, MDR 1978, 668; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 15 GmbHG Rz. 22; vgl. auch BGH v. 6.11.1986 – V ZB 8/86, GmbHR 1987, 301; KG v. 22.11.1996 – 5 U 1304/96, GmbHR 1997, 603.

3 *Buchholz*, MittRhNotK 1991, 3 m.w.N.

4 Vgl. Rz. 775 ff.

5 Über www.handelsregister.de für registrierte Nutzer auch online gegen Gebühr abrufbar.

6 *D. Mayer*, MittBayNot 2014, 24 (27).

2. Zuständigkeit für die Einreichung

a) Geschäftsführer

- 735 Die Geschäftsführer sind verpflichtet, dem Handelsregister jede Veränderung der Beteiligung an der GmbH durch Einreichung einer von ihnen unterzeichneten, aktualisierten Gesellschafterliste mitzuteilen (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Hat die GmbH mehrere Geschäftsführer, müssen sie die in vertretungsberechtigter Zahl zusammenwirken¹. Gemäß § 40 Abs. 3 haften die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste denjenigen auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat. Daraus, dass die Änderung auf Mitteilung und Nachweis erfolgt (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), ergibt sich für die Geschäftsführer eine Prüfpflicht.
- 736 Da bei rechtsgeschäftlicher Veräußerung von Geschäftsanteilen den beurkundenden Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG die Amtspflicht zur Erstellung der Liste, zu ihrer Unterzeichnung und zu ihrer elektronischen Einreichung beim Registergericht trifft, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Änderung der Liste in den sonstigen Übergangsfällen praktisch, etwa bei der Vererbung von Geschäftsanteilen. Darüber hinaus hat der Geschäftsführer die Befugnis, eine vom Notar fehlerhaft eingereichte Gesellschafterliste zu korrigieren².
- 737 Die Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 GmbHG ist in Papierform zu erstellen und im Original von den Geschäftsführern zu unterzeichnen, doch kann sie wegen § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB nur elektronisch eingereicht werden. Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB genügt die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung. Praktisch bedeutet dies, dass die im Original unterschriebene Gesellschafterliste computerlesbar einzuscannen und als Datei an das Handelsregister zu übermitteln ist (durch E-Mail)³. Eine elektronische Signatur ist nicht erforderlich⁴.

b) Notar

- 738 Daneben ist auch der an der Veränderung des Gesellschafterbestands mitwirkenden Notar (§ 40 Abs. 2 GmbHG) zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet. Er hat im Zuge der von ihm beurkundeten Geschäftsanteilsabtretung die Gesellschafterliste zu erstellen, zu unterschreiben und dem Handelsregister elektronisch zu übermitteln. Da die Mitteilungspflicht des § 40 Abs. 2 GmbHG wegen der auf das Inland beschränkten Hoheitsgewalt des deutschen Gesetzgebers nur die in Deutschland tätigen Notare trifft, ist der im Ausland ansässige Notar nicht verpflichtet, die neue Gesellschafterliste mit der von ihm beurkun-

1 *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 40 GmbHG Rz. 4.

2 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, GmbHR 2014, 198 m. Komm. *Bayer*.

3 *Krafka* in MünchKomm/HGB, § 12 HGB Rz. 56, 57.

4 *Hopt* in Baumbach/Hopt, § 12 HGB Rz. 7; *Ries* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, § 12 HGB Rz. 18.

deten Veränderung im Gesellschafterbestand dem Handelsregister einzureichen¹. Dennoch ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH eine **Annexkompetenz des im Ausland wirkenden Notars** in dem Sinne, dass er im Falle einer von ihm beurkundeten Abtretung die geänderte Gesellschafterliste einreichen kann². Kurz: Der ausländische Notar ist zur Listeneinreichung **berechtigt aber nicht verpflichtet**³.

Bei der Geschäftsanteilsabtretung als dem häufigsten Veränderungsfall erhält die Vollzugstätigkeit des Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine erhöhte Bedeutung. Der beurkundende Notar hat unverzüglich nach dem Wirksamwerden der Abtretung ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste an Stelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung des Notars vertreten sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Als Konsequenz dieser Verpflichtung ergibt sich für den Notar, dass er zur Beurkundung die letzte Gesellschafterliste, gegebenenfalls auch vorhergehende Listen, beim Registergericht anfordern muss. Hierdurch wird er auch in die Lage versetzt, den abgetretenen Geschäftsanteil anhand seiner Nummerierung genau zu bezeichnen. In der Gesetzesbegründung wird betont, dass diese Mitwirkung des Notars verbunden mit der an § 54 GmbHG angelehnten Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die „Richtigkeitsgewähr“ der Gesellschafterliste erhöht⁴. 739

3. Zeitpunkt der Einreichung

Die Einreichung der Gesellschafterliste hat gem. § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG **unverzüglich**⁵ nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung zu erfolgen. Sie kann also bei Abtretungen noch nicht vorgenommen werden, wenn aufschiebende Bedingungen – etwa die zur Wirksamkeitsbedingung erhobene Zahlung des Kaufpreises – noch nicht eingetreten sind oder eine nach § 15 Abs. 5 GmbHG erforderliche Genehmigung noch aussteht. Dann ist eine unverzügliche Aufnahme in das Handelsregister und damit der Eintritt der Wirkung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG für im Anschluss an die Abtretung gefasste satzungsändernde Beschlüsse der neuen Gesellschafter nicht möglich. Die Gesellschafterbeschlüsse werden vielmehr endgültig unwirksam⁶. In diesen Fällen bleibt nichts anderes übrig, als 740

1 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 GmbHG Rz. 27.

2 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 6/13, GmbHR 2014, 248.

3 Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 40 GmbHG Rz. 9.

4 Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140 (MoMiG-RegE), 44.

5 „Ohne schuldhaftes Zögern“; Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB.

6 D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (405).

entweder die aufschiebende Bedingung zu vermeiden bzw. den Genehmigungsbeschluss nach § 15 Abs. 5 GmbHG sofort zu fassen, oder mit der Beschlussfassung zuzuwarten, bis die Anteilsabtretung wirksam geworden ist.

4. Nummerierung der Geschäftsanteile

- 741 Die Information in der Gesellschafterliste betrifft nicht nur die persönlichen Daten der Gesellschafter (Name, Geburtsdatum und Wohnort), sondern auch „die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile“. Hier konkretisiert sich die Bedeutung der durch § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG vorgeschriebenen durchlaufenden Nummerierung der Geschäftsanteile. Die laufenden Nummern werden damit zum **wichtigsten Instrument der Konkretisierung der Geschäftsanteile**.
- 742 Bei der Teilung von Geschäftsanteilen sind zwangsläufig neue Nummern zu vergeben¹. Es bestehen die Möglichkeiten, die Anteile
- neu durch zu nummerieren und bei diesen zu vermerken, dass sie aus dem bisherigen Geschäftsanteil entstanden sind² oder
 - durch Abschnittsnummern oder Verwendung ergänzender Buchstaben zu kennzeichnen (aus 1 wird 1.1 und 1.2 bzw. 1a und 1b)³.
- 743 Letztere Möglichkeit erscheint erheblich transparenter, da aus der Nummerierung selbst deutlich wird, aus welchem ursprünglichen Geschäftsanteil die neuen Anteile hervorgegangen sind. Dies sei an dem Beispielfall erläutert, dass von den Geschäftsanteil Nr. 1 mit 12 500 Euro ein Teil von 5 000 Euro abgeteilt und abgetreten wird. Die **Gliederung nach DIN 1421** (1.1, 1.2[...]) hat den Vorteil, dass eine unendlich tiefe Gliederung möglich ist, so dass auch bei mehrfacher Teilung eines Geschäftsanteils die Nummerierung durchschaubar bleibt⁴.

744 M 81 Ursprüngliche Gesellschafterliste

Liste der Gesellschafter der XY-GmbH, Köln

Nummer des Geschäftsanteils	Nach- und Vorname, Geburtsdatum, Wohnort	Nennbetrag in Euro
1	Maria Schulze, 13.8.1957, A-Stadt	12 500
2	Josef Schmidt, 5.10.1955, B-Dorf	12 500

(Ort, Datum, Unterschrift)

1 Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV zum RegE des MoMiG v. 5.9.2007, NZG 2007, 735 (738); D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (407).

2 Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (895).

3 BGH v. 1.3.2011 – II ZR 6/10, GmbHR 2011, 474 (475) – Rz. 13.

4 D. Mayer, MitBayNot 2014, 24 (31).

M 82 Gesellschafterliste nach Abtretung

745

Liste der Gesellschafter der XY-GmbH, Köln

Nummer des Geschäftsanteils	Nach- und Vorname, Geburtsdatum, Wohnort	Nennbetrag in Euro
1a	Maria Schulze, 13.8.1957, A-Stadt	7 500
1b	Carla Neumeier, 25.9.1980, C-Kirchen	5 000
2	Josef Schmidt, 5.10.1955, B-Dorf	12 500

(Ort, Datum, Unterschrift)

- **Hinweis:** Die Notwendigkeit der **Neunummerierung lässt sich vollständig vermeiden**, indem bereits bei der Gründung Geschäftsanteile mit dem Mindestnominalkapital von 1 Euro (§ 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) gebildet werden¹. Teilabtretungen kann es dann begrifflich nicht geben. Damit hat **jeder Geschäftsanteil von vornherein eine feste und unveränderliche Nummer**; zeitraubende genealogische Ermittlungen über die Entstehung eines Geschäftsanteils² entfallen und Zuordnungsprobleme werden ausgeschlossen³.

IV. Wirksamwerden der Abtretung im Verhältnis zur Gesellschaft

1. Eintragung in die Gesellschafterliste

Im Verhältnis der Vertragsteile untereinander und zu Dritten wird die Abtretung von Geschäftsanteilen mit Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG unter Berücksichtigung etwa vereinbarter Bedingungen und Genehmigungserfordernissen wirksam. Dies gilt nicht für das Verhältnis zur Gesellschaft: Ihr gegenüber gilt als Gesellschafter nur, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste aufgenommen ist (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Der Terminus „gilt“ stellt klar, dass es sich hierbei um eine durch Gesetz angeordnete **unwiderlegliche Vermutung** handelt⁴. Aus der Unwiderleglichkeit der Vermutung folgt, dass die Gesellschaft selbst bei positiver Kenntnis des Rechtsübergangs auf den neuen Geschäftsanteilsinhaber diesen nicht als Gesellschafter behandeln darf, sondern sich weiterhin den bisherigen Gesellschafter wenden muss⁵.

746

1 Vgl. Vorschlag in Mustersatzung, Rz. 125 (M 1, § 3).

2 Beispielsweise im Rahmen einer *legal due diligence* im Zusammenhang mit einem geplanten Anteilswerb.

3 *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 (895).

4 *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 6; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 16 GmbHG Rz. 11; *Wicke*, § 16 GmbHG Rz. 3.

5 Wenn es beispielsweise um die Ladung zur Gesellschafterversammlung oder die Auszahlung von Jahresüberschüssen geht.

2. Anwendungsbereich

- 747 § 16 Abs. 1 GmbHG erfasst alle Fälle des ganzen oder teilweisen Übergangs eines Geschäftsanteils. Auf den Rechtsgrund des Übergangs kommt es also nicht an, so dass nicht nur rechtsgeschäftliche Übertragungsakte infolge Abtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) betroffen sind, sondern auch Fälle der gesetzlichen Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge (im Wege der Erbschaft oder Umwandlung).
- 748 Die Anknüpfung der Rechtsfolgen des § 16 GmbHG an den Zeitpunkt der Aufnahme im Handelsregister bedeutet nicht, dass erst dann der Erwerb des Geschäftsanteils wirksam wird. Vielmehr ist die zivilrechtliche **Wirksamkeit** der Übertragung im Verhältnis zwischen bisherigem und neuem Geschäftsanteilsinhaber unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste im Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings infolge § 16 Abs. 1 GmbHG die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da er im Verhältnis zur Gesellschaft seine Gesellschafterstellung erst mit dieser Eintragung und Aufnahme erhält. Dies bedeutet auch, dass er die vor Eintragung und Aufnahme von der Gesellschaft gegenüber dem Veräußerer oder vom Veräußerer gegenüber der Gesellschaft in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechtshandlungen¹ gegen sich gelten lassen muss.
- 749 Von größter praktischer Wichtigkeit ist **§ 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG**, wonach eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechtshandlung als von Anfang an wirksam gilt, wenn die Liste unverzüglich² nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Dies erlaubt es der Beurkundungspraxis im Fall der Abtretung aller Geschäftsanteile die neuen Gesellschafter sofort im Anschluss an die Abtretung der Geschäftsanteile **Gesellschafterbeschlüsse**³ fassen zu lassen. Die Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner gespeichert ist, § 9 Abs. 1 HRV.

3. Auseinanderfallen von Inhaberschaft und Listeneintragung

a) Vorläufiges Auseinanderfallen

- 750 Wegen § 16 Abs. 1 GmbHG ist es also möglich, dass die materiell-rechtliche Inhaberschaft eines Geschäftsanteils und die Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft auseinanderfallen:

1 Beispielsweise: Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung; Empfang verbotener Rückzahlungen gem. § 30 Abs. 1 GmbHG; Entgegennahme von Willenserklärungen gem. § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

2 Vgl. Legaldefinition des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB: „ohne schuldhaftes Zögern“.

3 Beispielsweise über Satzungsänderungen.

- Bei wirksamer Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung ist der Erwerber materiell-rechtlich Inhaber des ihm übertragenen Geschäftsanteils. Gegenüber der Gesellschaft ist der Veräußerer (der seine Geschäftsanteile wirksam übertragen hat und daher materiell-rechtlich nicht mehr Gesellschafter ist) so lange als Gesellschafter zu behandeln, bis die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste geändert ist.
- Umgekehrt ist es möglich, dass die Umschreibung der beim Handelsregister aufgenommenen Liste vorgenommen wurde, obwohl die Abtretung in materiell-rechtlicher Hinsicht unwirksam war¹. In diesem Fall ist der vermeintliche Erwerber nicht Inhaber des Geschäftsanteils, muss aber von der Gesellschaft als Gesellschafter behandelt werden, bis die Gesellschafterliste beim Handelsregister korrigiert ist².

Kurz: Wenn es um die Ausübung von Gesellschafterrechten gegenüber der Gesellschaft geht, können sich der GmbH-Geschäftsführer und die (Mit-)Gesellschafter bei der Frage, wer Gesellschafter ist, ausschließlich auf die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste verlassen (Legitimationswirkung³). Alle anderen Vorgänge, die eine materiell-rechtliche Übertragung eines Geschäftsanteils zur Folge haben könnten, sind für sie ohne Bedeutung und von ihnen in diesem Zusammenhang zu ignorieren⁴. 751

b) Dauerhaftes Auseinanderfallen: Möglichkeit der stillen Abtretung?

Veräußerer und Erwerber, die an einer Offenlegung der Geschäftsanteilsübertragung nicht interessiert sind, könnten sich die Wirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG gezielt dadurch zunutze machen, dass sie die Umschreibung der Gesellschafterliste bewusst verhindern. Dies hätte zur Folge, dass materielle Berechtigung am Geschäftsanteil und formelle Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft dauerhaft auseinanderfielen („stille Abtretung“). 752

Grundsätzlich denkbar ist eine solche stille Abtretung in folgender Konstellation: 753

1 Beispielsweise bei Nichtigkeit wegen unerkannter Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Nr. 2 BGB eines Beteiligten oder gem. § 142 Abs. 1 BGB infolge Anfechtung.

2 *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 27.

3 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG Rz. 19.

4 Eine Ausnahme besteht allenfalls bei rechtsmissbräuchlichem („kollusivem“) Zusammenwirken des GmbH-Geschäftsführers mit dem materiell zu Unrecht eingetragenen Listengesellschafter, mit dem Ziel, dem wahren Geschäftsanteilsinhaber Schaden zuzufügen; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 16 GmbHG Rz. 33.

- Die Abtretung wird vor einem im Ausland ansässigen Notar beurkundet¹. Dieser ist nicht gem. § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet.
- Eine Vinkulierung des Geschäftsanteils (§ 15 Abs. 5 GmbHG) im Sinne eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschaft darf nicht bestehen. So kann der Geschäftsanteil materiell-rechtlich wirksam abgetreten werden, ohne dass die Gesellschaft (und damit der neben dem deutschen Notar ebenfalls zur Listeneinreichung verpflichteten Geschäftsführer; § 40 Abs. 1 GmbHG) von der Abtretung erfährt.

754 Zwar wird vertreten, dass den veräußernden Gesellschafter eine aus seiner Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft abgeleitete (gesetzlich allerdings nicht explizit geregelte) Pflicht treffe, die Veränderung im Gesellschafterbestand dem Handelsregister mitzuteilen²; dennoch könnte der mitteilungspflichtige Gesellschafter diese Mitteilung pflichtwidrigerweise unterlassen. So könnten die Beteiligten der Geschäftsanteilveräußerung die **Auslandsbeurkundung mit der Abrede koppeln**, gegenüber der Gesellschaft **Stillschweigen über die Abtretung** zu bewahren³. Fest steht, dass dadurch die gesetzgeberische Absicht, die im Zusammenhang mit der Einführung von §§ 16 Abs. 1, 40 GmbHG (Missbrauchsbekämpfung, Transparenz der Eignerstrukturen und Verhinderung der Geldwäsche) verfolgt wurde, unterlaufen würde⁴. Aus diesem Grund wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass eine derartig konstruierte stille Abtretung künftig nicht mehr möglich sein soll⁵, ohne allerdings hierfür eine nähere juristische Begründung zu bieten. Um das gewünschte Ergebnis („keine stille Abtretung“) zu erreichen, müsste festgestellt werden, dass die stille Abtretung nichtig ist, der Übertragungsakt nach § 15 Abs. 3 GmbHG also keine Rechtswirkung entfaltet. Als Begründung hierfür kommt die Anwendung von § 134 oder § 138 BGB in Frage. § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) scheidet aus, weil das Unterlassen einer Nebenpflicht (Mitteilung der Abtretung) im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft, das für sich gesehen erlaubt ist (Abtretung), das Rechtsgeschäft als solches nicht zum verbotenen Rechtsgeschäft macht. Daher ist eine Nichtigkeit der stillen Abtretung allenfalls im Wege der **Sittenwidrigkeit** nach § 138 Abs. 1 BGB zu begründen. Sittenwidrigkeit liegt vor, wenn durch das Rechtsgeschäft gegen die der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Prinzipien verstoßen wird⁶. Angesichts des

1 Zur grundsätzlichen Wirksamkeit der „Auslandsbeurkundung“, vgl. Rz. 462 f.
 2 *Terlau* in Michalski, § 40 GmbHG Rz. 17; *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, § 16 GmbHG Rz. 8; *Wicke*, § 40 GmbHG Rz. 8.
 3 *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 139.
 4 Vgl. *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 15; *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, § 16 GmbHG Rz. 6.
 5 *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, § 16 GmbHG Rz. 8; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG Rz. 33; *Heidinger* in MünchKomm/GmbHG, § 16 GmbHG Rz. 139; *Schacht* in Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handb. GmbH, § 12 Rz. 76.
 6 *Ellenberger* in Palandt, § 138 BGB Rz. 3; *Arnold* in Erman, § 138 BGB Rz. 12a.

vom Gesetzgeber durch die Mitteilungspflicht beabsichtigten Transparenz zur Verhinderung von Geldwäsche und sonstigen Missbräuchen, liegt durch eine gezielte Auslandsbeurkundung mit gekoppelter Stillschweigensabrede ein solcher Verstoß gegen rechtsethische Prinzipien auf der Hand. In Fällen, in denen die schuldrechtliche Abrede (hier der zugrunde liegende Vertrag nach § 15 Abs. 4 GmbHG) gegen die guten Sitten verstößt, ist es anerkannt, dass **auch das Vollzugsgeschäft** (hier die Abtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG) nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wenn durch die Rechtsordnung gerade der durch den Vollzug bezweckte Erfolg verhindert werden soll¹.

Eine Gestaltung der Geschäftsanteilsabtretung, die eine Mitteilung der neuen Inhaberverhältnisse zielgerichtet verhindern soll, indem 755

- gesetzliche Mitteilungspflichten des deutschen Notars durch eine Auslandsbeurkundung umgangen und
- zivilrechtliche Mitteilungspflichten des abtretenden Gesellschafters durch eine (ausdrückliche oder konkludente) Stillschweigensabrede unterbunden

werden, führt daher zur Nichtigkeit der schuldrechtlichen Abrede und der Geschäftsanteilsabtretung nach § 138 Abs. 1 BGB.

4. Verhältnis zwischen Alt- und Neugesellschafter

Leistungen, die der Veräußerer aufgrund seiner noch bestehenden Listen- 756
eintragung von der Gesellschaft erhalten hat (beispielsweise Gewinnausschüttungen), haben wegen § 16 Abs. 1 GmbHG für die Gesellschaft befreiende Wirkung i.S.d. § 362 BGB. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen der materiell nicht berechtigten, aber im Handelsregister noch eingetragenen Person („Listengesellschafter“) und dem wahren Geschäftsanteilsinhaber hat § 16 Abs. 1 GmbHG allerdings keine Wirkung. Der materiell berechnigte Geschäftsanteilsinhaber kann daher vom Listengesellschafter die Herausgabe dieser Leistungen aus dem der Geschäftsanteilsübertragung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (z.B. § 446 Satz 2 BGB bei zugrunde liegendem Anteilskauf gem. §§ 433, 453 BGB) oder aus § 816 Abs. 2 BGB verlangen.

¹ BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58, NJW 1959, 1533 (Sittenwidrigkeit des Sicherungsvertrags umfasst auch die auf dieser Grundlage erfolgte Abtretung); auch: *Armbruster* in MünchKomm/BGB, § 138 BGB Rz. 165.

§ 2 Der Anteilskauf

I. Grundsätze

- 757 Die Anteilsabtretung kann auf den verschiedensten Grundgeschäften beruhen, etwa auf Schenkung, vorweggenommener Erbfolge, ehebedingter Zuwendung, Treuhand oder Erbauseinandersetzung. Der praktisch wichtigste Fall ist der Kauf von Geschäftsanteilen. Nach § 453 Abs. 1 BGB kommen die Vorschriften über den Sachkauf zur Anwendung. Soweit nicht wirtschaftlich ein Unternehmenskauf vorliegt, unterliegt der Verkäufer nur einer Rechtsmängelhaftung nach § 435 BGB.
- 758 Wenn es sich beim Anteilskauf wirtschaftlich um einen **Unternehmenskauf** handelt, gilt **Sachmängelgewährleistung** gem. §§ 453 Abs. 1, 434, 437 BGB; dies ist dann der Fall, wenn der Käufer „sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt“¹. Zur Ausschaltung der Verschuldensfrage empfiehlt sich die Aufnahme einer **unselbständigen Garantie** i.S.v. § 276 Abs. 1 BGB in die Abtretungsurkunde². Diese unselbständige Garantie ist vom selbständigen Garantievertrag i.S.v. § 443 Abs. 1 BGB zu unterscheiden. Seit der Neufassung des § 444 BGB³ besteht kein Zweifel mehr, dass auch bei vereinbartem Haftungsausschluss eine Garantie übernommen werden kann: Die Rechte des Käufers dürfen nicht eingeschränkt werden, soweit der Verkäufer eine Garantie übernommen hat. Eine von vornherein beschränkte Garantie widerspricht dem nicht.

II. Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts

1. Gestaltung statt Heilung

- 759 Der Notar kann sich angesichts des Wortlauts und Schutzzwecks des § 15 GmbH zwar auf die Beurkundung der Abtretung als dinglichen Erfüllungsgeschäfts beschränken und von der Beurkundung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts absehen⁴. Er sollte aber regelmäßig das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft richtig und vollständig beurkunden, um die Beteiligten vor Schaden zu bewahren. Auf die Heilungsvorschriften des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ist angesichts der streitigen Fragen hinsichtlich deren Umfang und Grenzen kein Verlass⁵. Es gilt der Grundsatz „Gestaltung statt Heilung“⁶.

1 St.Rspr. seit BGH v. 12.11.1975 – VIII ZR 142/74, GmbHR 1976, 63; BGH v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, GmbHR 2001, 516 (517).

2 *Wälzholz*, DStR 2002, 502.

3 V. 2.12.2004.

4 *Huke*, BWNotZ 1997, 156 (162 ff.) m.w.N.

5 *Huke*, BWNotZ 1997, 156 (163 ff.) m.N. aus der Rechtsprechung.

6 So der Untertitel des Aufsatzes von *Huke*, BWNotZ 1997, 156.

2. Sicherung des Austauschverhältnisses

Beim Grundstückskaufvertrag erfolgt die Sicherung des Austauschverhältnisses in der Weise, das für den Käufer im Grundbuch eine Eigentumsvormerkung eingetragen wird, worauf der Käufer den Kaufpreis zahlt, und dann erst dem Grundbuchamt die Erklärung über den Eigentumswechsel zum Vollzug vorgelegt wird. 760

Diese gestufte Abwicklung ist beim Kauf von GmbH-Anteilen nicht möglich. Dafür kann, was bei der Auflassung gem. § 925 Abs. 2 BGB gesetzlich ausgeschlossen ist, die Abtretung als dingliches Vollzugsgeschäft des Anteilskaufvertrags aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung beurkundet werden. Dabei sind Vorkehrungen zu treffen, dass über den Bedingungseintritt kein späterer Streit entstehen kann. 761

M 83 Aufschiebend bedingte Geschäftsanteilsabtretung

Der vorbezeichnete Geschäftsanteil wird hiermit vom Verkäufer an den Käufer abgetreten. Die Abtretung erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Notar die Zahlung des Kaufpreises unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Die **beweissicherste Gestaltung** ist die Verbindung der aufschiebend bedingten Abtretung mit der Abwicklung über ein Notaranderkonto. 762

M 84 Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto

Der vorbezeichnete Geschäftsanteil wird hiermit vom Verkäufer an den Käufer aufschiebend bedingt durch die Erbringung des Kaufpreises abgetreten. Der Kaufpreis ist erbracht, wenn er dem beurkundenden Notar auflagenfrei auf seinem Anderkonto Nr. [...] bei [...] zur Verfügung steht. Dies hat der Notar den Beteiligten unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

3. Gewinnbezugsrecht

Der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres steht beim Kauf nach §§ 446 Abs. 1 Satz 2, 101 Nr. 2 BGB dem Erwerber ab Abtretung des Geschäftsanteils zu. Eine etwa erforderliche Genehmigung der Gesellschaft wirkt auf den Zeitpunkt der Abtretung zurück, § 184 BGB. Teilweise abweichend von dieser dispositiven Regelung des Kaufvertragsrechts geht gesellschaftsrechtlich das unabspaltbar mit dem Geschäftsanteil verbundene Gewinnstammrecht bei der Abtretung des Geschäftsanteils zusammen mit diesem auf den Erwerber über¹. Der aus dem Stammrecht resultierende Gewinnanspruch steht dem Erwerber auch für das der Übertragung vorausgegangene Geschäftsjahr zu, wenn der Jahresabschluss für 763

¹ BGH v. 8.12.1997 – II ZR 203/96, GmbHR 1998, 278.

dieses Geschäftsjahr vor der Übertragung des Geschäftsanteils noch nicht festgestellt worden ist. Denn erst mit dieser Feststellung entsteht der Gewinnanspruch der Gesellschafter.

- 764 Bei aufschiebend bedingter Abtretung ist der Eintritt der Bedingung maßgeblich. Bei noch ausstehender Gewinnfeststellung besteht also die gesellschaftsrechtskonforme Lösung in der Vereinbarung, dass dem Erwerber der Gewinn des gesamten betreffenden Geschäftsjahres zusteht. Soll dem Veräußerer der gesamte oder der anteilige Gewinn für dieses Geschäftsjahr zustehen, so kann dies nur durch Abtretung des künftigen Gewinnauszahlungsanspruchs erreicht werden¹.
- 765 Bei Abtretung des **künftigen Gewinnauszahlungsanspruchs** ist in **steuerlicher Hinsicht § 20 Abs. 2a EStG** zu beachten: Danach ist die Dividende dem Anteilsinhaber zuzurechnen, dem der Geschäftsanteil im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses wirtschaftlich gehört. Abweichende Vereinbarungen über den Gewinnauszahlungsanspruch sind unbeachtlich. Wenn vereinbart wird, dass dem Veräußerer noch nicht festgestellte und zur Ausschüttung beschlossene Gewinnansprüche für ein bereits abgeschlossenes oder das laufende Geschäftsjahr zustehen sollen, führt dies zur Doppelversteuerung beim Erwerber und beim Veräußerer². Auf Grund der zivilrechtlichen Vereinbarungen leitet der Erwerber des GmbH-Anteils die ihm einkommensteuerrechtlich zustehenden Dividenden an den Veräußerer weiter. Dies führt aus steuerrechtlicher Sicht für den Erwerber zu zusätzlichen Aufwendungen für den Beteiligungserwerb, während der Veräußerer insoweit einen zusätzlichen Veräußerungserlös erzielt³. Für die Beurkundungspraxis gilt der Grundsatz, dass eine von der Zurechnungsregel des § 20 Abs. 2a EStG abweichende Abtretung von Gewinnansprüchen vermieden werden sollte⁴.

III. Gefahren beim Erwerb von Geschäftsanteilen

1. Haftungsgefahren für den Erwerber

- 766 Die Haftung des Erwerbers für rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil beginnt mit dem Wirksamwerden der Abtretung gegenüber der Gesellschaft. Ab dann haftet der Erwerber für alle nunmehr fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft allein. Für alle bis dahin bereits fällig gewordenen Verbindlichkeiten gegenüber der Gesell-

1 BGH v. 30.6.2004 – VIII ZR 349/03, GmbHR 2004, 1223.

2 Weber, GmbHR 1995, 494; Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 682.

3 Dierkes/Dierkes, GmbH-StB 2005, 56.

4 Huke, BWNotZ 1997, 156 (165); zu Gestaltungsmöglichkeiten Gondert/Behrens, GmbHR 1997, 682; vgl. auch Lenz, GmbHR 1999, 701; Lange, BWNotZ 1999, 70; zur Vertragsgestaltung im Hinblick auf § 50c Abs. 11 EStG Olbing, GmbH-StB 1999, 112.

schaft haftet er neben dem Veräußerer als Gesamtschuldner, § 16 Abs. 2 GmbHG.

Es sind dies

767

- Einlagepflichten, für die in der Satzung, dem Kapitalerhöhungsbeschluss oder der Übernahmeerklärung sofortige oder kalendermäßig auf einen Zeitpunkt vor der Anmeldung liegende Leistungszeit festgelegt wurde, und die nicht erbracht sind,
- Einlagepflichten, die i.S.v. § 20 GmbHG eingefordert sind und nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht sind,
- Einlagepflichten aus Differenzhaftung nach § 9 GmbHG,
- Einlagepflichten aus Unterbilanzhaftung für Kapital, das vor Eintragung verbraucht wurde,
- Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG, § 31 Abs. 3 GmbHG.

2. Haftung des Veräußerers eines Geschäftsanteils

Der Veräußerer haftet nach § 16 Abs. 2 GmbHG für alle zur Zeit der Anmeldung auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen als Gesamtschuldner weiter, also im Umfang der Haftung des Erwerbers und zusätzlich nach § 31 Abs. 1 GmbHG, § 9a GmbHG und wegen Rückzahlung verdeckter Gewinnausschüttungen. Für künftig eingeforderte Leistungen auf die Einlage oder Nachschusspflichten nach § 28 GmbHG haftet er im Wege des Stufenregresses nach § 22 GmbHG mit fünfjähriger Verjährungsfrist ab Anmeldung des Gesellschafterwechsels. Der Notar hat über diese Haftungsbestände zu belehren¹.

768

IV. Der Kauf sämtlicher Geschäftsanteile als Unternehmenskauf

Bei einer entgeltlichen Übertragung sämtlicher oder fast aller Geschäftsanteile einer GmbH liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kein einfacher Geschäftsanteilskauf im Sinne eines Rechtskaufs mehr vor, sondern ein Unternehmenskauf². Nach obergerichtlicher Rechtsprechung kommt dies ab einem Erwerb von **75 % des Stammkapitals** in Betracht³. Ausschlaggebend für die Einordnung als Unternehmenskauf ist, ob der Erwerb nach dem Willen der Parteien auf das Unternehmen gerichtet ist und der Erwerber uneingeschränkte Verfügungsmacht über das Unternehmen erhält⁴. Was den hierfür erforderlichen prozentualen Anteil an der GmbH anbelangt, ist die Rechtsprechung stark einzelfallbezogen; eine feste prozentuale Untergrenze wurde bislang nicht festgelegt. Unzweifelhaft dürfte sein, dass ein Erwerb von Geschäftsanteilen unterhalb der sat-

769

1 Vgl. zusammenfassend *Limmer*, ZIP 1993, 412 und *Geck*, DStR 1996, 627.

2 BGH v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, GmbHR 2001, 516 (519) m.w.N.

3 OLG München v. 25.3.1998 – 7 U 4926/97, GmbHR 1998, 934.

4 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, § 15 GmbHG Rz. 7.

zungsändernden Mehrheit (nach § 53 Abs. 2 GmbHG also 75 %) nicht ausreicht. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass ein Unternehmenskauf erst ab dem Erwerb von 90 % der Geschäftsanteile vorliegt¹.

- 770 Konsequenz aus der Annahme eines Unternehmenskaufs ist, dass der Verkäufer nicht nur für Rechtsmängel hinsichtlich der Geschäftsanteile (nach § 435 BGB), sondern auch für **Sachmängel (§ 434 BGB) am erworbenen Unternehmen** haftet². Begründet wird diese Einordnung damit, dass hier lediglich der Form nach Geschäftsanteile veräußert werden; in wirtschaftlicher Hinsicht erfolge jedoch der Kauf einer Sachgesamtheit³.
- 771 Hinsichtlich der Beurkundungsverpflichtung des § 15 Abs. 4 GmbHG gilt der **Vollständigkeitsgrundsatz**, wonach sämtliche Abreden, die mit der beabsichtigten Abtretung nach dem Willen der Beteiligten „stehen und fallen sollen“, mit zu beurkunden sind⁴. Eine – aus Kostengründen oftmals gewünschte – künstliche Aufspaltung des Vorgangs in einen notariellen Teil, der nur die Verpflichtung zur Abtretung (§ 15 Abs. 4 GmbHG) und die Abtretung selbst (§ 15 Abs. 3 GmbHG) und einen weiteren privatschriftlichen Teil, der die übrigen (oftmals sehr umfassenden) Abreden enthält, ist daher unzulässig.
- 772 Auch kartellrechtliche Vorschriften sind zu beachten. Bei der Vertragsgestaltung sind Zusicherungen oder Garantien über die Vermögens- und Ertragssituation der Gesellschaft üblich.
- 773 Bei Verhandlungen über den Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen trifft den Verkäufer im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten diesem gegenüber eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht⁵.

V. Muster: Kauf und Abtretung eines Geschäftsanteils

774 M 85 Verkauf und Abtretung eines Geschäftsanteils

Geschehen zu [Ort] am [Datum] vor Notar [...] sind erschienen, die durch Lichtbildausweise ausgewiesen:

- 1. Herr A (Verkäufer)
- 2. Herr B (Käufer)

1 *Ebbing* in Michalski, § 15 GmbHG Rz. 178; *Jasper* in MünchHdb. GesR III, § 24 Rz. 110 ff.

2 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, § 15 GmbHG Rz. 10.

3 Vgl. *Grunewald*, NZG 2003, 372.

4 *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, § 15 GmbHG Rz. 80; vgl. Rz. 725.

5 BGH v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00, GmbHR 2001, 516 (Leits. und S. 519); BGH v. 28.11.2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042 (in Bezug auf Verkauf eines einzelkaufmännischen Unternehmens).

Die Erschienenen erklären zur öffentlichen Urkunde

Verkauf und Abtretung eines Geschäftsanteils

- I. Der Verkäufer hält an der [...] GmbH in [...] einen Geschäftsanteil von 5 000 Euro.
Der Geschäftsanteil ist für ihn in der im Handelsregister der Gesellschaft HRB [...] aufgenommenen Gesellschafterliste vom [...] unter der Nr. 3 widerspruchsfrei eingetragen. Der Notar hat die Gesellschafterliste eingesehen.
- II. Der Verkäufer garantiert dem Käufer i.S.v. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass er Inhaber des Geschäftsanteils ist, der Geschäftsanteil voll und ohne Verstoß gegen das Verbot der verdeckten Sacheinlage erbracht ist und an dem Geschäftsanteil keine Rechte Dritter bestehen.
- III. Der Verkäufer verkauft den bezeichneten Geschäftsanteil an den Käufer zum Preis von 40 000 Euro (in Worten: Euro vierzigtausend). Der Kaufpreis ist fällig. Der Verkäufer bestätigt den Empfang eines Verrechnungsschecks über die Kaufsumme. Der Käufer unterwirft sich wegen der Zahlung des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Weitere Sicherheiten, die der Notar angeboten hat, insbesondere aufschiebend bedingte Abtretung und Zahlung über Notaranderkonto, werden nicht gewünscht.
- IV. Der bezeichnete Geschäftsanteil wird hiermit an den Käufer abgetreten, der die Abtretung annimmt.
- V. Der Gewinn für das laufende Geschäftsjahr steht dem Käufer zu.
- VI. Die Gesellschaft hat keinen Grundbesitz.
- VII. Die Kosten dieses Vertrages trägt der Käufer.
- VIII. Der Notar wird beauftragt, eine geänderte Gesellschafterliste zu erstellen und diese unverzüglich dem Registergericht zur Aufnahme im Handelsregister zuzuleiten.

(Schlussvermerke, Unterschriften)
