

# Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis: Die GmbH in der Praxis

von

Dr. Jan Bunnemann, Dr. Nikolas Zirngibl, Dr. Catharina Desch, Dr. Wolfram Desch, Dr. Timo Holzborn, Dr. Dominik Kölmel, Andreas Thun

2. Auflage

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis: Die GmbH in der Praxis – Bunnemann / Zirngibl / Desch / et al.  
schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

GmbH-Gesetz



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 60673 1

Rechtslage maßgebend. Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass materielles Bestreiten oder nur behauptete Einwendungen die Vollwertigkeit des Anspruchs beeinträchtigen können.

Darüber hinaus muss der Anspruch der Gesellschaft auch vollwertig sein. 55 Abzustellen ist auf den Zeitpunkt, zu dem dem Gesellschafter die Leistung der Gesellschaft zufließt.<sup>65</sup> Spätere Verschlechterungen der Bonität sind dementsprechend unbeachtlich. Vollwertigkeit liegt nur dann vor, wenn objektiv der Gesellschafter in der Lage ist, seine sämtlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Auf die vom Geschäftsführer angenommene Lage kommt es daher ebenso wenig an wie die bilanzielle Behandlung der Forderung.<sup>66</sup> Ist die Vollwertigkeit zweifelhaft, kann zwar über die Bestellung von Sicherheiten nachgedacht werden, oft dürfte dann jedoch die ebenfalls erforderliche Liquidität des Rückgewähranspruchs im Sinne sofortiger Fälligkeit zweifelhaft sein.<sup>67</sup>

Ob eine marktübliche Verzinsung erforderlich ist, ist umstritten. Die wohl hM fordert zumindest bei längerlaufenden Darlehen eine marktübliche Verzinsung.<sup>68</sup> Richtigerweise wird man vor allem vor dem Hintergrund der bei § 19 Abs 5 GmbHG verlangten sofortigen Fälligkeit eine Verzinsung nicht fordern dürfen.<sup>69</sup>

### c) Offenlegung des „Hin- und Herzahlens“ in der Handelsregisteranmeldung

Darüber hinaus besteht die Pflicht, das „Hin- und Herzahlen“ in der Handelsregisteranmeldung offenzulegen, um dem Registergericht die Prüfung zu ermöglichen, ob trotz des „Hin- und Herzahlens“ von der Erfüllung des Einlageanspruchs auszugehen ist.<sup>70</sup> In der Literatur ist umstritten, ob die Offenlegung Wirksamkeitsvoraussetzung für die Erfüllungswirkung des Hin- und Herzahlens ist.<sup>71</sup> Da die Erfüllungswirkung in Satz 1 statuiert wird, die Offenlegung hingegen separat in Satz 2 von § 19 Abs. 5 GmbH festgelegt ist, spricht viel dafür, dass die Offenlegung keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Der BGH hat hingegen in seinen Entscheidungen *Qivive* und *Cash Pool II* ausdrücklich klargestellt, dass die Offenlegung Wirksamkeitsvoraus-

<sup>65</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 95 mwN; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 79; a. A. *Märtens*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 19 Rn. 309 und *Markwardt*, BB 2008, 2414, 2420: Zeitpunkt der Anmeldung.

<sup>66</sup> Str., wie hier *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 76 mit Nachweisen zur Gegenansicht; widersprüchlich *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 94 f., der zwar von bilanzieller Betrachtungsweise spricht, aber gleichwohl einen objektiven Maßstab anlegen möchte; *Henkel*, NZI 2010, 84, 85.

<sup>67</sup> Ebenso *Henkel*, NZI 2010, 84, 86; hierzu auch *Blasche*, GmbHR 2010, 288, 293; *Blasche/König*, GmbHR 2009, 897, 900.

<sup>68</sup> Vgl. etwa *Henkel*, NZI 2010, 84, 86 mwN; *Blasche*, GmbHR 2010, 288, 293: „angemessene Verzinsung“.

<sup>69</sup> So *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 77 mwN.

<sup>70</sup> Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/9737, S. 98.

<sup>71</sup> *Baumbach/Hueck*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 80; zweifelnd auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 99; *Altmeppen*, ZIP 2009, 1545, 1548; *Roth*, NJW 2009, 3379; *Avvento*, BB 2010, 202, 203 f.; *Henkel*, NZI 2010, 84, 86.

setzung ist.<sup>72</sup> Hierdurch dürfte die eigentlich vom Gesetzgeber gewollte generelle rückwirkende Anwendung der neuen Grundsätze selten relevant werden.<sup>73</sup>

### 3. Einzelfragen

#### a) Erweiterte Pflichten der Geschäftsführung

- 58 Bei Vollwertigkeit und jederzeitiger Fälligkeit des Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs ist trotz der Erfüllung der Voraussetzungen des „Hin- und Herzählens“ zur freien Verfügung der Geschäftsführer geleistet worden. Die Einlageschuld ist erfüllt. Die Geschäftsführer können bei der Anmeldung zum Handelsregister die Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgeben. Ausdrücklich ausgenommen sind allerdings die Fälle der verdeckten Sacheinlage, für die in § 19 Abs. 4 GmbHG eine Spezialregelung getroffen ist.
- 59 Für die Geschäftsführer ergibt sich aus der Neuregelung eine Prüfungspflicht bezüglich der Vollwertigkeit eines etwaigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs. Sofern die Vollwertigkeit nicht gegeben ist, kann der Geschäftsführer die bei der Anmeldung zum Handelsregister geforderte Versicherung bezüglich der Leistung zur freien Verfügung nicht abgeben. Eine vorsätzlich falsche Versicherung ist nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbar, bei schuldhaften Falschangaben kommen Schadensersatzpflichten in Betracht.
- 60 Ferner müssen die Geschäftsführer die Leistungsfähigkeit des Gesellschafters auch in der Folgezeit beobachten. Zwar ist der für die Kapitalaufbringung maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Vollwertigkeit des Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs der Zeitpunkt der Mittelausreichung.<sup>74</sup> Die Pflicht zum Handeln bei einer nachträglichen Verschlechterung der Leistungsfähigkeit des Gesellschafters ergibt sich jedoch aus der organschaftlichen Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers, deren Schlechterfüllung nach § 43 Abs. 2 GmbHG sanktioniert ist.<sup>75</sup>

#### b) Das „Alles oder Nichts-Prinzip“ bei der Bewertung des Rückgewähranspruchs

- 61 Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist die Ungleichbehandlung gegenüber den Fällen der verdeckten Sacheinlage kritisiert worden, die darin besteht, dass die Erfüllungswirkung nur dann eintreten soll, wenn der Gegenleistungsanspruch zu 100 % vollwertig ist. Während bei der verdeckten Sacheinlage die

<sup>72</sup> BGH, Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 120/07 – Qivive, NZG 2009, 463; BGH, Urteil vom 20.7.2009 – II ZR 273/07 – Cash Pool II, NZG 2009, 944; zustimmend etwa *Blasche*, GmbHR 2010, 288, 293; *Märtens*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 19 Rn. 316; *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 175.

<sup>73</sup> So auch *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 80; *Avvento*, BB 2010, 202, 204; für Altfälle wird dementsprechend vertreten, dass bei diesen eine (nachträgliche) Offenlegung nicht erforderlich sei, vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 111; *Heckschen*, DStR 2009, 166, 174; *Wälzholz*, GmbHR 2009, 841, 856.

<sup>74</sup> *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 902.

<sup>75</sup> *Goette*, Stellungnahme im Rahmen der Öffentlichen Anhörung zum MoMiG, S. 7; *Märtens*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 19 Rn. 320; s. dazu § 3 Rn. 95 ff.; vgl. zum Sorgfaltsmaßstab auch BGH, Urteil vom 1.12.2008 – II ZR 102/07 – MPS, NZG 2009, 107.

Einlageschuld nach Anrechnung jedenfalls insoweit erfüllt ist, als der verdeckt eingebrachte Gegenstand werthaltig ist, und nur hinsichtlich der verbleibenden Differenz die Einlageverpflichtung noch zu erfüllen ist, gilt beim „Hin- und Herzahlen“ gewissermaßen ein „Alles oder Nichts-Prinzip“. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ist daher vom Bundesrat gefordert worden, das Wort „wenn“ in der Neuregelung durch „soweit“ zu ersetzen, um auf diese Weise einen Gleichlauf mit der verdeckten Sacheinlage zu erzielen. Da der Gesetzgeber aber in Kenntnis dieser Argumentation keine entsprechende Klarstellung vorgenommen hat, ist von diesem Unterschied und damit der Geltung des „Alles oder Nichts-Prinzips“ auszugehen.<sup>76</sup> Da die bisherige Rechtsprechung zur „Heilung“ beim „Hin- und Herzahlen“ jedoch beibehalten wird, kann eine Erfüllung des Einlageanspruchs bei späterer Tilgung des nicht vollwertigen schuldrechtlichen Gegenleistungs- oder Erstattungsanspruchs angenommen werden.<sup>77</sup>

### c) Anwendbarkeit bei der UG

Die Regelungen des Hin- und Herzahlens finden auch bei der UG entsprechende Anwendung. Anders als bei der verdeckten Sacheinlage gibt es für die UG keinen Grund für eine abweichende Betrachtung.<sup>78</sup>

### d) Her- und Hinzahlen

§ 19 Abs. 5 GmbHG regelt in seinem Standardfall, dass zunächst die Zahlung an die Gesellschaft erfolgt und anschließend ein Rückfluss an den Gesellschafter stattfindet. Fraglich ist dementsprechend, ob § 19 Abs. 5 GmbHG auch in den Fällen Wirkung entfalten soll, in dem zunächst aus den Mitteln der Gesellschaft eine Zahlung an den Gesellschafter erfolgt und dieser hiermit auf die Einlageschuld zahlt (Her- und Hinzahlen). Der Wortlaut schließt eine Anwendung nicht aus, setzt er doch nur eine vor Einlage getroffene Abrede voraus; im Übrigen soll hingegen ausreichen, dass wirtschaftlich eine Rückzahlung der Einlage vorliegt. Dementsprechend ist es von der Ratio des Gesetzgebers gedeckt, auch in solchen Fällen § 19 Abs. 5 GmbHG anzuwenden.<sup>79</sup>

### e) Cash Pool

Im Rahmen des Cash Pool gilt für die Abgrenzung zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen Folgendes: Ist das Cash Pool-Konto negativ, schuldet also die Gesellschaft dem Cash Pool-Führer die (Rück-) Zahlung, führt die Einbeziehung der im Rahmen der Gründung oder Kapitalerhöhung erhaltenen Geldmittel in den Cash Pool zu einer verdeckten Sacheinlage; denn

<sup>76</sup> Ebenso *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 100; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348; *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1453; *Henkel*, NZI 2010, 84, 87; *Veil*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 19 Rn. 74; *Blasche*, GmbHHR 2010, 288, 293.

<sup>77</sup> RegE, BR-Drs. 354/07, S. 78, s. auch *Märtens*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 19 Rn. 317.

<sup>78</sup> *A.A.* wohl *Wicke*, GmbHG, 2008, § 19 Rn. 7.

<sup>79</sup> Ebenso im Ergebnis *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 103; *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1454; *Henkel*, NZI 2010, 84, 85; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348; *Heinze*, GmbHHR 2008, 1065, 1070; *Blasche*, GmbHHR 2010, 288, 290; *a.A.* *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 75; *Bormann/Ulrichs*, GmbHHR Sonderheft Oktober 2008, 37, 43; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 132.

der Gesellschafter muss sich so behandeln lassen, als wenn er seine Forderung gegen die Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht hat. Steht hingegen das Cash Pool-Konto im Haben, hat also die Gesellschaft gegen den Cash Pool-Führer einen Rückzahlungsanspruch, führt die Abführung der Einlage an den Cash Pool zu einer Erhöhung der Forderung an den Cash Pool. Dementsprechend wird in diesem Fall die Einlageleistung mit einer schuldrechtlichen Forderung ausgetauscht, so dass die Regeln für das Hin- und Herzahlen Anwendung finden (§ 19 Abs. 5 GmbHG).<sup>80</sup>

- 65 Um bei Cash Pool-Verträgen in den Genuss der Privilegierung nach § 19 Abs. 5 GmbHG zu kommen, ist weiter darauf zu achten, dass die jederzeitige Fälligkeit der in den Cash Pool ausgereichten Mittel sichergestellt ist. Die bloße Verfügungsmöglichkeit über die Mittel im Rahmen des Cash Pool reicht nach der aktuellen BGH-Rechtsprechung nicht aus,<sup>81</sup> vielmehr wird zu fordern sein, dass die am Cash Pool beteiligten Unternehmen den Cash Pool-Vertrag jederzeit fristlos kündigen können.<sup>82</sup> Wenn eine Zahlung auf ein nicht in den Cash Pool einbezogenes Konto erfolgt, ist in der Praxis zu prüfen, in wie weit dies eine verdeckte Sacheinlage bzw. ein Hin- und Herzahlen vermeidet.

### III. Verrechnungen und Aufrechnungen

- 66 Die seit MoMiG geltende Neuregelung berührt auch die Fälle von Verrechnungen und Aufrechnungen.

67 **§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG**

Gegen den Anspruch der Gesellschaft ist die Aufrechnung nur zulässig mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden ist.

- 68 Durch diese Regelung wird das zuvor in § 19 Abs. 5 GmbHG enthaltene Verbot der Aufrechnung gegen die Einlageforderung durch den Gesellschafter in § 19 Abs. 2 GmbHG überführt.<sup>83</sup> Es verbleibt bei dem Grundsatz, dass eine Aufrechnung durch den Gesellschafter gegen seine Einlagenschuld nicht zulässig ist. Darüber hinaus wird von dieser Bestimmung auch der Fall einer Sachübernahme erfasst, bei welcher vereinbart wird, dass die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernimmt und die Vergütung auf die Einlageverpflichtung des Gesellschafters angerechnet werden soll.<sup>84</sup> Auf die Sachübernahme finden die für Sacheinlagen geltenden Vorschriften Anwendung. Bei einer verdeckten Sachübernahme greift also die Anrechnungslösung ein.

<sup>80</sup> *Blasche*, GmbHR 2010, 288, 291; *Henkel*, NZI 2010, 84, 85; BGH, Urteil vom 20.7. 2009 – II ZR 273/07 – Cash Pool II Rn. 11, NZG 2009, 944; vgl. auch *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 185 ff.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 20.7. 2009 – II ZR 273/07 – Cash Pool II Rn. 26, NZG 2009, 944; a.A. etwa *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 54.

<sup>82</sup> *Henkel*, NZI 2010, 84, 86; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 78.

<sup>83</sup> RegE, BR-Drs. 354/07, S. 90.

<sup>84</sup> RegE, BR-Drs. 354/07, S. 90.

Bei einer trotz des Verbots erfolgten Aufrechnung durch den Gesellschafter hat diese Erklärung keinerlei Rechtswirkung. Anders als bei einer verdeckten Sacheinlage findet keine Anrechnung statt, vielmehr ist insgesamt keine Erfüllung eingetreten.<sup>85</sup> Eine analoge Anwendung des Grundgedankens aus § 19 Abs. 4 GmbHG verbietet sich vor dem Hintergrund der eindeutigen Gesetzesfassung.<sup>86</sup>

Die Aufrechnung des Einlageanspruchs durch die Gesellschaft mit einem gegen die Gesellschaft gerichteten Anspruch des Gesellschafters ist weiterhin grundsätzlich möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass die Forderung des Gesellschafters fällig, vollwertig und liquide ist.<sup>87</sup> Anders als bei der (unzulässigen und damit wirkungslosen) Aufrechnung durch den Einlageschuldner soll eine unter Verstoß gegen diese Voraussetzungen erfolgende Aufrechnung durch die Gesellschaft analog § 19 Abs. 4 GmbHG den Gesellschafter in Höhe des Teilwertes der Forderung, mit der aufgerechnet wird, von der Einlageschuld befreien.<sup>88</sup> Jedenfalls dürfte unabhängig von den Anforderungen an Fälligkeit, Vollwertigkeit und Liquidität eine Aufrechnung dann zulässig sein, wenn die Einhaltung der vorgenannten Voraussetzungen den beabsichtigten Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch Kapitalaufbringung zuwiderliefe, also etwa die Einlageforderung nicht werthaltig ist und auch eine Kaduzierung keine Abhilfe bringen wird.<sup>89</sup>

#### IV. Leistungen an Erfüllungs Statt

Ob die Aufhebung der Regelung des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG a.F. Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Leistungen an Erfüllungs Statt hat, wurde in der Literatur diskutiert.<sup>90</sup> Da allerdings die Regelung des § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, nach dem der Gegenstand einer Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden muss, nicht verändert worden ist, wird man weiterhin von der Unzulässigkeit von Leistungen an Erfüllungs Statt ausgehen müssen.

Fraglich ist allerdings, ob die bei der verdeckten Sacheinlage geltende Anrechnungslösung nicht auch dann Anwendung finden sollte, wenn die Leistung eines anderen Gegenstands zur Erfüllung der Einlagepflicht erfolgt. Im Hinblick auf die Erfüllungswirkung sollte es keinen Unterschied machen, ob aufgrund einer Absprache eine Sacheinlage statt einer Bareinlage geleistet wird oder aufgrund einer nach Begründung der Einlageverpflichtung erfolgenden Absprache später ein anderer Gegenstand geleistet wird. Vor dem Hintergrund der Legaldefinition der verdeckten Sacheinlage, die eine Absprache im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage erfordert, und deren

<sup>85</sup> *Veil*, ZIP 2007, 1241, 1246; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 30.

<sup>86</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 24.

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 21. 2. 1994 – II ZR 60/93, NJW 1994, 1477, 1480; zu Einzelheiten *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 26 ff. und *Märtens*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 19 Rn. 94 ff. sowie *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 86 ff.

<sup>88</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 33.

<sup>89</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 35; *Hueck/Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rn. 33.

<sup>90</sup> Vgl. *Gsell*, BB 2007, 2241, 2245; *Veil*, ZIP 2007, 1241, 1246.

grundsätzlicher Unzulässigkeit bleibt eine analoge Anwendung der Anrechnungslösung aber durchaus zweifelhaft.<sup>91</sup>

## V. Verfahrensrechtliche Prüfung von Sacheinlagen

- 73 Nach der neuen Fassung von § 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist die Eintragung aufgrund der Überbewertung von Sacheinlagen durch das Registergericht nur dann abzulehnen, wenn Sacheinlagen „nicht unwesentlich“ überbewertet worden sind (vgl. § 9 Rn. 219 ff.).
- 74 Durch diese Anpassung des GmbHG an die auch im Aktienrecht geltende Rechtslage sollen Eintragungen beschleunigt werden. Die Registergerichte verfügen in der Regel nicht über die für eine abschließende Prüfung erforderliche Zeit und die erforderlichen Mittel. Infolgedessen konnte schon auf der Basis des früher geltenden Rechts eigentlich nur eine Plausibilitätskontrolle erfolgen. Aufgrund der unterschiedlichen Handhabung der Prüfung durch einzelne Registergerichte bestand aber vielfach auch Unsicherheit über die für eine zügige Eintragung erforderlichen Mitwirkungshandlungen der Gesellschaft. Oft wurden deshalb letztlich nicht erforderliche Wertgutachten eingeholt. Durch die nunmehr vorgesehene Erleichterung beschränkt sich die Prüfung des Registergerichts auf eine Plausibilitätsprüfung des Wertansatzes vor dem Hintergrund der durch die Anmelder eingereichten Unterlagen.<sup>92</sup> Erst wenn sich daraus konkrete Anhaltspunkte für Mängel oder begründete Zweifel ergeben, ist eine vertiefte Prüfung geboten.<sup>93</sup>

## VI. Genehmigtes Kapital

- 75 Wie das Recht der Aktiengesellschaft sieht nunmehr auch das GmbHG die Möglichkeit der Schaffung eines genehmigten Kapitals vor. Wesentlicher Erwägungsgrund war das Bestreben, eine „flexible und unkomplizierte“ Regelung zu schaffen, die es der GmbH ermöglicht, etwa für den Erwerb von Unternehmen, auf schnelle Weise neues Eigenkapital zu erschließen<sup>94</sup> sowie eine kostengünstige Alternative zur regulären Kapitalerhöhung zu schaffen, da für die Ausnutzung genehmigten Kapitals keine weitere beurkundete Änderung des Gesellschaftsvertrags, sondern nur die Anmeldung zum Handelsregister erforderlich sei.<sup>95</sup> Ob hierfür ein tatsächliches praktisches Bedürfnis besteht, darf durchaus bezweifelt werden,<sup>96</sup> die Regelung schafft allerdings neue Gestaltungsmöglichkeiten für die Kautelarpraxis.<sup>97</sup> Die Regelung lautet wie folgt:

<sup>91</sup> Vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, Rn. 28 und zur analogen Anwendung bei Rn. 53.

<sup>92</sup> Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 9c Rn. 17.

<sup>93</sup> Märten, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2010, § 9c Rn. 12 f.; vgl. auch § 9 Rn. 219 ff.

<sup>94</sup> BR-Drs. 354/07 (B), Nr. 20 zu Art. 1 Nr. 32 (§ 55 GmbHG), S. 19.

<sup>95</sup> Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/9737, S. 99.

<sup>96</sup> Priester, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55a Rn. 3, Zöllner, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 55a Rn. 1; positiv die Änderung aufnehmend etwa Klett, GmbHR 2008, 131.

<sup>97</sup> Zur aktuellen Verbreitung des genehmigten Kapitals bei GmbHs vgl. Bayer/Hoffmann/Lieder, GmbHR 2010, 9, 13 ff.



**§ 55a GmbHG**

(1) Der Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführer für höchstens fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft ermächtigen, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag (genehmigtes Kapital) durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen.

(2) Die Ermächtigung kann auch durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages für höchstens fünf Jahre nach deren Eintragung erteilt werden.

(3) Gegen Sacheinlagen (§ 56) dürfen Geschäftsanteile nur ausgegeben werden, wenn die Ermächtigung es vorsieht.

76

**1. Ermächtigung**

Wie in der Aktiengesellschaft erfordert das genehmigte Kapital eine Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag, die im Rahmen der Gründung oder durch spätere Änderung geschaffen wird.

Die Ermächtigung ist auf höchstens fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft bzw. der Änderung des Gesellschaftsvertrags befristet. Die konkrete Ermächtigung muss zwingend eine Frist bestimmen, innerhalb derer die Ausübung des genehmigten Kapitals erfolgen darf.<sup>98</sup> Die Frist muss dabei konkret durch einen Endzeitpunkt oder durch eine ausreichend bestimmte Berechnungsgrundlage festgelegt werden.<sup>99</sup> Vereinzelt wird zwar die Auffassung vertreten,<sup>100</sup> wegen der Besonderheiten im GmbH-Recht sei diese Angabe im Ermächtigungsbeschluss eine bloße Förmelerei, so dass hierauf verzichtet werden könne; eine Nichtigkeit sei nur dann gegeben, wenn der Ermächtigungsbeschluss ausdrücklich eine über fünf Jahre hinausgehende Laufzeit festlege. Dies erscheint zweifelhaft, dürfte aber durch die allgemein empfohlene Aufnahme einer ausdrücklichen Fristbestimmung in den seltensten Fällen praxisrelevant werden.<sup>101</sup>

Darüber hinaus ist der maximale Nennbetrag des genehmigten Kapitals auf die Hälfte des Stammkapitals zum Zeitpunkt der Ermächtigung beschränkt. Der Anregung im Gesetzgebungsverfahren, das genehmigte Kapital nicht mit einer Kapitalgrenze zu versehen,<sup>102</sup> wurde nicht gefolgt. Maßgeblich für die Bestimmung der Höhe des Stammkapitals ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ermächtigung.<sup>103</sup> Spätere Veränderungen des Stammkapitals haben keinen

<sup>98</sup> *Priester*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55a Rn. 14; *Hermanns*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55a Rn. 5.

<sup>99</sup> *Priester*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, GmbHG, § 55a Rn. 14, *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55a Rn. 11; *Hermanns*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55a Rn. 5.

<sup>100</sup> *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 55a, § 55a Rn. 4.

<sup>101</sup> *Priester*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55a Rn. 50 geht von einer Heilung analog § 242 AktG aus, mit der Folge, dass die gesetzliche Höchstfrist Anwendung findet; ebenso für den nicht angegebenen Höchstbetrag; diese Heilungsmöglichkeiten sind aber strittig, a.A. etwa *Hansen*, in: Rischbieter/Gröning, Gründung und Leben der GmbH nach dem MoMiG, 2009, § 11 Rn. 90, 93.

<sup>102</sup> BR-Drs. 354/07 (B), S. 19.

<sup>103</sup> *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 55a Rn. 6; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55a Rn. 11, *Priester*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55a Rn. 13.



Einfluss auf das geschaffene genehmigte Kapital, zuvor beschlossene Kapitalerhöhungen, die noch vor dem genehmigten Kapital eingetragen werden, sind hingegen zu berücksichtigen.<sup>104</sup> Die Ermächtigung muss den Betrag des genehmigten Kapitals konkret benennen.<sup>105</sup>

- 80 Die Ermächtigung der Gesellschafterversammlung kann weitere Vorgaben enthalten, wie etwa Mindestausgabebeträge, Einschränkung der Ausgabezwecke (Unternehmenskauf, Beteiligung von Ankerinvestoren etc.).<sup>106</sup> Soll die Ausgabe von Geschäftsanteilen gegen Sacheinlagen zulässig sein, muss dies nach § 55a Abs. 3 GmbHG in der Ermächtigung ausdrücklich zugelassen werden.
- 81 Bei Nichtbeachtung der vorstehenden zwingenden Bestimmungen zum Ermächtigungsbeschluss ist dieser entsprechend den Regelungen zum Aktienrecht nichtig,<sup>107</sup> wobei Heilungsmöglichkeiten zu berücksichtigen sind.

## 2. Bezugsrecht

- 82 Im Gegensatz zur aktienrechtlichen Regelung enthält § 55a GmbHG keine Regelungen über den Ausschluss des Bezugsrechts. Ob auch den Gesellschaftern einer GmbH ein gesetzliches Bezugsrecht zusteht, ist nicht abschließend geklärt, dürfte inzwischen aber weit hM sein. Die besseren Argumente sprechen auch für die Anerkennung eines Bezugsrechts, selbst wenn im GmbHG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt. Angesichts der typischerweise bestehenden personalistischen Gesellschaftsstruktur hat der Gesellschafter einer GmbH in der Regel sogar mehr Grund als ein Aktionär, auf die Erhaltung seiner Beteiligungsquote zu bestehen.<sup>108</sup>
- 83 Entsprechend der bisher schon zur ordentlichen Kapitalerhöhung vertretenen Ansicht, sollte auch jeder Gesellschafter ein anteiliges Bezugsrecht bei der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital haben.
- 84 Nach der insoweit hM ist auch beim genehmigten Kapital der Ausschluss des Bezugsrechts möglich. Dieser Ausschluss soll sowohl im Ermächtigungsbeschluss selbst als auch (wenn die entsprechende Befugnis auf die Geschäftsführung übertragen wurde) im Ausübungsbeschluss erfolgen können.<sup>109</sup>
- 85 Für den Ausschluss vom Bezugsrecht ist weiter erforderlich, dass er sachlich gerechtfertigt ist, also wenn sich der Ausschluss als geeignetes, mildestes und

<sup>104</sup> Zöllner, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 55a Rn. 6; Priester, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, GmbHG, § 55a Rn. 13; a.A. Hermanns, in: Michalski, 2. Aufl. 2010, § 55a Rn. 8, der auf die eingetragene Stammkapitalziffer zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über das genehmigte Kapital abstellt.

<sup>105</sup> A.A. Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55a Rn. 11: „sollte“.

<sup>106</sup> Schnoberus/Donner, NZG 2009, 1241, 1243.

<sup>107</sup> Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55a Rn. 11.

<sup>108</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 V 1 a ee.

<sup>109</sup> Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55a Rn. 20, 23; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 55a Rn. 7; Priester, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55a Rn. 33 ff.; Hermanns, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 55a Rn. 10; a.A. Hansen, in: Rischbieter/Grönig, Gründung und Leben der GmbH nach dem MoMiG, 2009, § 11 Rn. 96, die dementsprechend von einer Ausnutzung eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss abrät.