

GmbH-Reform: Die neue Unternehmergeellschaft (HaufeIndex: 2024197)

Einführung

Die Bundesregierung hat am 26.6.2008 den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)^[1] beschlossen. Die Reform wird voraussichtlich im Oktober/November 2008 in Kraft treten und bezweckt vor allem eine in allen Belangen **vereinfachte, schnellere und kostengünstigere Neugründung** einer GmbH, nicht zuletzt als Alternative zur vermehrt in Deutschland gewählten "Limited". Gleichzeitig werden alle Geschäftspartner einer GmbH künftig besser und umfassender als bisher vor Missbräuchen geschützt. Aufgrund des MoMiG werden nicht nur wesentliche Vorschriften des GmbHG geändert oder wegfallen, sondern auch **Änderungen** vor allem im **HGB** und in der **InsO** erforderlich.

Es ist eine **einschneidende Veränderung**, zwar kann in vielen Bereichen noch auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden, in anderen wird allein die künftige Rechtsprechung eine Klärung bringen, z. B. Voraussetzungen der Haftung des Gesellschafters.

1 Wesentliche Neuerungen für GmbH-Gründer (HaufeIndex: 2025257)

1.1 Vereinfachte Gründung mit Mindeststammkapital von 25 000 EUR (HaufeIndex: 2025258)

Der neue § 2 Abs. 1a GmbHG ermöglicht den **schnelleren Abschluss** eines Gesellschaftsvertrags, wenn der/die Gründer der GmbH die in der Anlage 1 zum GmbHG vorhandenen **Musterprotokolle** (3.1 mit Beispiel) verwenden, auch wenn diese vom Notar notariell beurkundet werden müssen.

- Verwendung der Musterprotokolle - eines für die Einpersonen-GmbH oder eines für die Mehrpersonen-GmbH - bedeutet, dass außer den Einfügungen in den vorgegebenen Feldern **keinerlei weitere Ergänzungen und Änderungen** vorgenommen werden dürfen, da Letzteres dann immer zur notariellen Beurkundungspflicht führt.
- Die erleichterte Gründung kommt nicht in Betracht, wenn die neue GmbH **mehr als 3 Gesellschafter** und mehr als einen Geschäftsführer haben soll.
- Der Regelungsinhalt der Satzung (= Musterprotokoll) ist auf die Festlegung des Mindestinhalts gem. § 3 Abs. 1 GmbHG, ergänzt um die Regelungen zur Vertretung und zum Gründungsaufwand, beschränkt. Im Übrigen gelten dann die gesetzlichen Vorschriften.
- Sacheinlagen sind bei der erleichterten Gründung nicht möglich.
- Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste i. S. vom § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG.

Mit der Beurkundung des Musterprotokolls beim Notar entsteht die **Vor-GmbH**. Die Anmeldung beim Handelsregister erfolgt dann gem. §§ 7, 8 GmbHG in der bekannten Weise.

Wichtig

Die einfache standardisierte Gründung nach § 2 Abs. 1a GmbHG erspart den Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern nicht, sich über ihre mögliche persönliche **Haftung** und weitere **Pflichten** zu informieren (2).

1.2 Vereinfachte Gründung ohne Mindeststammkapital - haftungsbeschränkte Unterneh-

mergesellschaft/Mini-GmbH (HaufeIndex: 2025259)

Die GmbH in der Variante der **haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft**, die sog. Mini-GmbH, wird es Existenzgründern sehr einfach machen, ihre unternehmerischen Ziele unbürokratisch in Angriff zu nehmen. Es handelt sich dabei nicht um eine neue Rechtsform. In Kombination mit der vereinfachten Gründung unter Verwendung der Musterprotokolle (1.1) ist damit die GmbH-Gründung besonders schnell, einfach und kostengünstig zu erreichen (3.2 mit Beispiel).

- Der neue § 5a Abs. 1 GmbHG regelt, dass die GmbH, die **ohne Einhaltung des Mindeststammkapitals** des § 5 Abs. 1 GmbHG gegründet wird, in ihrer Firma eine andere Bezeichnung als die normale GmbH wählen muss, und zwar "**Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)**" oder "**UG (haftungsbeschränkt)**". Eine dieser beiden Bezeichnungen ist zwingend, eine **Abkürzung** des Zusatzes ist **nicht zulässig**.
- **Sacheinlagen** sind bei der standardisierten (und normalen) "Mini-GmbH" **nicht zulässig**.
- Der neue § 5a Abs. 2 GmbHG regelt, dass die Anmeldung der "Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)" erst erfolgen darf, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt worden ist.
- § 5a Abs. 3 GmbHG schreibt zwingend vor, dass die Gesellschaft für Unternehmensgründer in ihrer **Bilanz eine gesetzliche Rücklage** zu bilden hat, in die jeweils ein Viertel des Jahresüberschusses einzustellen ist. Hierdurch soll gesichert werden, dass diese Form der GmbH, die mit einem sehr geringen Stammkapital gegründet worden ist, durch Thesaurierung innerhalb einiger Jahre eine **höhere Eigenkapitalausstattung** erreicht. Der Jahresüberschuss darf dabei um den Verlustvortrag des Vorjahres gemindert werden. Die Rücklage darf nur für Zwecke der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57c GmbHG) verwendet werden und zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist. Die Rücklage darf auch verwendet werden zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist.
- Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG zieht die **Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses** (analog § 246 AktG) nach sich, die wiederum die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsschlusses zur Folge hat (analog § 253 AktG). Aus der Nichtigkeit des Feststellungs- und des Gewinnverwendungsbeschlusses resultieren zivilrechtliche Rückzahlungsansprüche der GmbH gegen die Gesellschafter. Ferner macht sich der Geschäftsführer gem. § 43 GmbHG haftbar.
- Nach § 5a Abs. 4 GmbHG muss die Versammlung der Gesellschafter unverzüglich einberufen werden, wenn die **Zahlungsunfähigkeit** der GmbH droht. Die drohende Zahlungsunfähigkeit wird in § 18 Abs. 2 InsO definiert und im Übrigen wird auf das Urteil des BGH v. 24.5.2005^[1] zur Zahlungsunfähigkeit verwiesen, in der der BGH die Zahlungsunfähigkeit erstmals eindeutig von der Zahlungsstockung abgegrenzt hat, die ein starkes Indiz für die drohende Zahlungsunfähigkeit ist.
- Erhöht die haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft ihr Stammkapital so, dass es den **Mindestbetrag** nach § 5 Abs. 1 GmbHG **erreicht bzw. übersteigt**, muss sie keine Rücklagen mehr gem. § 5a Abs. 3 GmbHG bilden. Gebildete Rücklagen können dann, soweit sie nicht bereits zur Erhöhung des Stammkapitals verwendet worden sind, aufgelöst werden (§ 5a Abs. 5 GmbHG). Im Übrigen darf sich die haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft weiterhin so nennen, kann aber auch nach § 4 GmbHG "**umfirmieren**", was rechtlich keine Umwandlung darstellt.

Wichtig

Es gilt auch hier, dass sich die Gesellschafter und Geschäftsführer zwingend mit den Haftungsvorschriften aus GmbHG und InsO beschäftigen müssen (2). Nicht geklärt ist im Zusammenhang mit der gesetzlich vorgeschriebenen Rücklagenbildung, was passiert, wenn der Jahresüberschuss "bewusst so gestaltet wird", dass er sich immer bei "0" bewegt, ohne dass dabei überhöhte Geschäftsführergehälter gezahlt werden.

1.3 Neuerungen, die alle GmbH-Gründer betreffen (HaufeIndex: 2025260)

1.3.1 Geänderte Stammeinlage/Nennbeträge (HaufeIndex: 2025261)

Die Nennbeträge der Geschäftsanteile

- können künftig auch unter 100 EUR liegen
- und müssen auch nicht mehr durch 50 teilbar sein.

Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils **muss nur auf volle Euro**, z. B. 1 EUR, lauten. Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt werden. Wie bisher muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen (§ 5 Abs. 2 und 3 GmbHG). Mit Streichung des § 5 Abs. 2 GmbHG dürfen Gesellschafter künftig bei der Gründung **mehrere Geschäftsanteile übernehmen**.

Praxis-Beispiel

Es kann ein Gesellschafter bei einer GmbH mit 25 000 EUR Stammkapital einen Geschäftsanteil über 18 000 EUR und einen über 7 000 EUR übernehmen.

Diese beiden Änderungen **vereinfachen** gerade bei Familien-GmbHs die **vorweggenommene Erbfolge** und im Zusammenhang mit dem Wegfall von § 17 GmbHG auch etwaige notwendige Verkäufe von Anteilen (§ 46 GmbHG).

1.3.2 Erweiterung der Ausschlussgründe für die Bestellung zum Geschäftsführer (HaufeIndex: 2025262)

Künftig schließen Verurteilungen wegen eines erweiterten Kreises von Straftaten aus, dass jemand zum Geschäftsführer einer GmbH berufen werden, z. B. wenn er wegen einer **Insolvenzverschleppung strafrechtlich** verurteilt worden ist (§ 6 Abs. 2 GmbHG). Erfasst werden damit Verurteilungen auf der Grundlage des neuen § 15a Abs. 4 InsO ebenso wie Verurteilungen nach dem inhaltsgleichen Straftatbestand in § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a. F.

Wichtig

Auch wer als Geschäftsführer oder Gesellschafter im Zusammenhang mit

- der Gründung einer Gesellschaft,
- der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals
- oder in öffentlichen Mitteilungen

vorsätzlich falsche Angaben macht (§ 82 GmbHG) hat sich für die Geschäftsführertätigkeit disqualifiziert.

Darüber hinaus führt zukünftig eine Verurteilung zu einer **Freiheitsstrafe** von mindestens einem Jahr wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten

- nach § 265 StGB (Kreditbetrug),
- § 266 StGB (Untreue)
- oder § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelten)

zur Annahme der generellen Ungeeignetheit als Geschäftsführer. Ausländische Verurteilungen wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten führen ebenso zum Ausschluss des Geschäftsführers.

1.3.3 Anmeldung nach § 7 Abs. 2 GmbHG für die Ein-Personen-GmbH (HaufeIndex: 2025263)

Die besonderen Sicherungen bei Bar-Gründung einer Ein-Personengesellschaft mbH sind künftig nicht mehr erforderlich, d. h. auch der Gesellschafter einer Ein-Personen-GmbH muss künftig nur die **Hälfte** des vereinbarten Geschäftsanteiles **bei der An-**

meldung eingezahlt haben, denn § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG wird ersatzlos gestrichen.

1.3.4 Neue Inhalte der Anmeldung nach § 8 GmbHG/§ 4a GmbHG (HaufeIndex: 2025264)

In der beim Handelsregistergericht einzureichenden Gesellschafterliste sind die Geschäftsanteile **durchgehend zu nummerieren** (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Die Nummerierung vereinfacht die eindeutige Bezeichnung eines Geschäftsanteiles und führt daher zu einer erheblichen praktischen Erleichterung, insbesondere bei Anteilsübertragungen oder bei der Teilung von Geschäftsanteilen (§ 46 GmbHG und § 16 GmbHG).

● Genehmigungen müssen nicht eingereicht werden

Wichtig

Eine Erleichterung für den GmbH-Gründer bedeutet die Streichung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG. Künftig wird, soweit der Gegenstand des Unternehmens der **staatlichen Genehmigung** bedarf, die **Vorlage** der Genehmigungsurkunde **nicht mehr** zur Bedingung der Eintragung beim Handelsregister gemacht.

In der Praxis profitieren also Handwerks- und Restaurantbetriebe oder Bauträger, die eine gewerberechtliche Erlaubnis brauchen. Die Entbehrlichkeit für die Anmeldung bedeutet **nicht, dass die Genehmigung verzichtbar** ist, da auch andere Behörden die Schließung des Unternehmens beantragen oder anordnen können.

● Versicherung: Einlage erbracht/Verwendungsabrede

Der Geschäftsführer muss bei der Anmeldung versichern, dass die vereinbarten Einlagen an die Gesellschaft erbracht worden sind.

Wichtig

§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG regelt nun gesetzlich die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des "**Hin- und Herzahlens**" der zu erbringenden Einlage. Ein Fall des "Hin- und Herzahlens" liegt vor, wenn vor Erbringung der Einlage mit der Gesellschaft vereinbart wird, dass die Einlage nach Erbringung wieder an den Gesellschafter "ausbezahlt" (durch eine gleichwertige Leistung) wird.

Künftig führt eine **Verwendungsabrede**, die wirtschaftlich als eine **Rückgewähr der Einlage** an den Gesellschafter zu werten ist, nicht zu einem Verstoß gegen die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Einlagenbewirkung, sofern die Leistung durch einen vollwertigen Rückzahlung- oder Leistungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist.

Praxis-Beispiel

Das ist der Fall, wenn ein ordnungsgemäßer Darlehensvertrag zwischen der GmbH als Darlehensgeber und dem Gesellschafter als Darlehensnehmer geschlossen worden ist und der Darlehensnehmer z. B. eine Bürgschaft vorlegt bezüglich der zurückzuzahlenden Darlehenssumme bzw. eine Sicherheit durch Abtretung einer Lebensversicherung erbringt.

Daneben verlangt § 19 Abs. 5 GmbHG, dass der **Rückgewähranspruch jederzeit fällig** ist bzw. durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Die Leistung der "Rückzahlung" bzw. die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung nach § 8 anzugeben.

Der Fall der **verdeckten Sacheinlage** fällt unter § 19 Abs. 4 GmbHG (1.3.5). Nach § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG kann das Regi-

stergericht bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung seitens des Geschäftsführers bezüglich der Einlageerbringung Nachweise (u. a. Einzahlungsbelege) verlangen.

● **Angabe einer inländische Geschäftsanschrift**

Nach § 8 Abs. 4 GmbHG muss in der Anmeldung neben der **Art und des Umfangs der Vertretungsbefugnis** der Geschäftsführer eine inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft angegeben werden. I. d. R. wird die angegebene Geschäftsanschrift mit der Anschrift des Geschäftslokals, dem Sitz der Hauptverwaltung oder des maßgeblichen Betriebs übereinstimmen.

Besitzt die Gesellschaft eine solche Einrichtung nicht oder nicht mehr, wird eine andere Anschrift als Geschäftsanschrift angegeben werden müssen. Das ist z. B. der Fall, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz über eine **Zweigniederlassung im Ausland** hat. In Betracht kommt in solchen Fällen dann

- die inländische Wohnanschrift eines Geschäftsführers, sofern er sich dazu bereit erklärt,
- oder die inländische Anschrift eines als **Zustellungsbevollmächtigten** eingesetzten Vertreters, z. B. Steuer- oder Rechtsberater.

Der Gesellschaft ist es freigestellt, den Ort der inländischen Anschrift zu wählen, sie hat aber die gesetzliche **Pflicht**, eine solche Anschrift **zur Eintragung anzumelden**. Diese Anschrift kann von Dritten im Handelsregister jederzeit - auch online - eingesehen werden. Änderungen der inländischen Geschäftsanschrift sind gem. § 31 Abs. 1 HGB künftig ebenfalls anzumelden.

1.3.5 Bewertung von Sacheinlagen und verdeckte Sacheinlagen (HaufeIndex: 2025265)

● **Wertigkeitskontrolle des Registergerichts**

Die Regelung in § 5 Abs. 4 GmbHG erlaubt für alle GmbHs (Ausnahmen: 1.1 und 1.2.) die Erbringung der vereinbarten Einlagen in Form von Sachgütern. Das Verfahren bei Erbringung von Sacheinlagen bleibt wie bisher:

- Die Geschäftsführer müssen einen **Sachgründungsbericht** abgeben, der von allen Gesellschaftern unterzeichnet wird (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG).
- Es sind die zur Durchführung der Sacheinlage bezweckten **Verpflichtungs- und Verfügungsverträge** (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) vorzulegen.
- Die Geschäftsführer müssen aussagefähige Unterlagen über den Wert der Sacheinlage beifügen (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG).

Danach folgt die Prüfung durch das Registergericht. Künftig ist die **Wertigkeitskontrolle des Registergerichts** bei Sacheinlage auf die Frage beschränkt, ob eine "nicht unwesentliche" Überbewertung vorliegt. Nur für den Fall, dass sich auf Grundlage der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen begründete Zweifel ergeben, die auf eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlage hindeuten, darf das Registergericht weitere Unterlagen anfordern. Bestehen keine solchen Anhaltspunkte, ist auch keine **Ausforschungsermittlung** darüber einzuleiten, ob eine wesentliche Überbewertung vorliegt. Hierdurch werden sich die Eintragungszeiten beim Handelsregister deutlich verkürzen. Kommt es zu einer Ausforschungsermittlung die ergibt, dass der **Wert** der von ihm erbrachten Sache **nicht** der vereinbarten Einlage **entspricht**, hat der Gesellschafter die Differenz in bar zu erbringen (§ 9 GmbHG).

● **Verdeckte Sacheinlage nicht mehr unwirksam**

Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn zwar **formell eine Bareinlage** geschuldet ist, materiell aber die Gesellschaft nach vorheriger Absprache **andere Gegenstände** als Geld für den Erwerb einer Beteiligung erhält.

Praxis-Beispiel

Die GmbH kauft nach Erbringung einer Einlage zeitnah ein Wirtschaftsgut des erbringenden Gesellschafters.

Im wirtschaftlichen Ergebnis erfolgt damit eine **Sachgründung**. Häufig kommen die verdeckten Sacheinlagen in der Praxis bei den GmbH-**Kapitalerhöhungen** vor.

Wichtig

Als Rechtsfolge der verdeckten Sacheinlage wurde bisher die Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen Teils der verdeckten Sacheinlage als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts angenommen. Die **Einlagepflicht** des Gesellschafters **bestand fort**, sodass dieser in der Insolvenz die übernommene Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis oft zweimal erbringen muss.

Nach § 19 Abs. 4 GmbHG ist der Gesellschafter auch künftig von der Erfüllung der Einlagenschuld nicht befreit, wenn eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer **im Zusammenhang** mit der Übernahme der Geldanlage **getroffenen Abrede** vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist. Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstands im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die **Beweislast** für die **Werthaltigkeit** des Vermögensgegenstands trägt der Gesellschafter. Die neue Regelung ändert also die zivilrechtliche Reaktion auf die verdeckte Sacheinlage.

Wichtig

Künftig werden verdeckte Sachanlagen in Anlehnung an die Rechtslage bei ordnungsgemäß vereinbarten und offengelegten Sacheinlagen einer **Differenzhaftung** unterstellt werden. Erreicht also der Wert der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. zum Zeitpunkt ihrer effektiven Überlassung an die Gesellschaft, wenn diese zeitlich später folgt, den Betrag der übernommenen Einlage, **gilt** die Einlagepflicht als **vollständig erfüllt**. Bei **fehlender Vollwertigkeit** liegt eine Teilerfüllung vor, die Differenz ist in bar zu erbringen. Gläubigerschutzlücken entstehen hierdurch nicht.

2 Wichtige Neuerungen, die alle GmbH-Gesellschafter und Geschäftsführer beachten müssen (HaufeIndex: 2025266)

Das neue GmbH-Gesetz enthält nur **wenige Übergangsbestimmungen** und gilt im Übrigen nach Inkrafttreten auch für jede bestehende GmbH, sodass bestehende **GmbH-Verträge** auf jeden Fall komplett auf Widersprüche mit den künftigen Regelungen **geprüft** werden sollten. Auch Gesellschafter, die **nicht gleichzeitig GmbH-Geschäftsführer** sind, sollten sich ab sofort intensiver mit dem "Zahlenwerk" ihrer GmbH, aufgrund der für sie geltenden neuen Haftungsvorschriften, beschäftigen.

2.1 Sitz der Gesellschaft (HaufeIndex: 2025267)

Sitz der Gesellschaft ist nach § 4a GmbHG immer der Ort im Inland, den die Satzung dazu bestimmt.

2.1.1 Inländische Geschäftsanschrift bis spätestens 31.3.2009 mitzuteilen (HaufeIndex: 2025268)

Wichtig

Bestehende GmbHs müssen ihre inländische Geschäftsanschrift nach § 8 GmbHG, soweit diese nicht bereits nach § 24 Abs. 2 Handelsregisterverordnung dem zuständigen Handelsregistergericht mitgeteilt worden ist, **bis spätestens 31.3.2009** mitteilen und dabei die erste, die eingetragene GmbH betreffende, Anmeldung mit vorlegen. Wenn bis zu diesem Zeitpunkt keine inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden ist, trägt das **Registergericht** von Amts wegen ohne Überprüfung kostenfrei die ihm nach § 24 Abs. 2 der Handelsregisterverordnung **bekannte inländische Anschrift als Geschäftsanschrift** in das Handelsregister ein. In diesem Fall gilt die mitgeteilte Anschrift zudem unabhängig von dem Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Eintragung ab dem 31.3.2009 als eingetragene inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft, wenn sie im Handelsregister abrufbar ist. Zu der daraus resultierenden Folgen zulasten des Geschäftsführers bzw. der Gesellschaft 2.11.

2.1.2 Verwaltungssitz künftig auch im Ausland wählbar (HaufeIndex: 2025269)

Die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG a. F. ermöglicht es einer deutschen GmbH, künftig einen **Verwaltungssitz auch im Ausland** zu wählen. Im Hinblick darauf, dass die GmbH künftig auf jeden Fall den sog. Satzungssitz im Inland hat, und falls nicht tatsächlich der Geschäftsbetrieb dort fortgeführt wird, eine Geschäftsanschrift im Inland im Register eintragen und aufrechterhalten muss, sind die **Gläubiger** einer GmbH **besser geschützt** (1.3.4, 2.8 und 2.11).

2.2 Einlagenrückzahlung (HaufeIndex: 2025270)

Die **Pflicht** zur Erfüllung der Einlagenschuld aus § 19 Abs. 5 GmbHG (1.3.4) gilt auch für **zurückgewährte Einlageleistungen**, die vor diesem Zeitpunkt bewirkt worden sind, soweit sie nach der vor dem Inkrafttreten des neuen GmbH-Gesetzes geltenden Rechtslage wegen der Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr keine Erfüllung der Einlageverpflichtung bewirkt haben.

Dies gilt allerdings nicht, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter getroffen worden ist. In diesem Fall beurteilt sich die Rechtslage nach den bis zum Inkrafttreten des Gesetzes geltenden Vorschriften.

2.3 Rechtstellung bei Wechsel der Gesellschafter/gutgläubiger Erwerb (HaufeIndex: 2025271)

Der komplett neu gefasste § 16 GmbHG entspricht neben dem konkreten Ziel der Missbrauchsbekämpfung auch dem allgemeinen Anliegen, **Transparenz über die Anteilseignerstrukturen** der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern.

Die Änderung des § 16 GmbHG lehnt sich an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG.

Wichtig

So gilt künftig im Verhältnis zur GmbH nur der in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste** Eingetragene als Gesellschafter. Eine Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner aufgenommen ist.

2.3.1 Wirkung der Liste (HaufeIndex: 2025272)

Es obliegt, aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht, den Geschäftsführern, bei entdeckten **Fehlern** der Liste für eine Berich-

tigung im Handelsregister zu sorgen.

Wichtig

Die Vorschrift bedeutet nicht, dass die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung sind. Die **Wirksamkeit der Übertragung** ist - abgesehen vom neu geregelten Fall des gutgläubigen Erwerbs - auch weiterhin unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste.

Ohne die Eintragung in die Liste und ihre Aufnahme in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner **Mitgliedschaftsrechte verwehrt**, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die **Gesellschafterstellung** zukommt.

Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG trägt dem Bedürfnis der Praxis Rechnung, dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen, also z. B. an einem satzungändernden Gesellschafterbeschluss oder einer Bestellung neuer Geschäftsführer mitzuwirken: Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind derartige Rechtshandlungen **zunächst schwebend unwirksam**.

Wichtig

Sie werden wirksam, wenn die Liste **unverzüglich** nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam.

2.3.2 Formalien bei Anteilsabtretung (HaufeIndex: 2025273)

Unmittelbar nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung kann die neue Gesellschafterliste **elektronisch dem Handelsregister übermittelt** werden. Die Aufnahme in den Registerordner erfolgt dann regelmäßig ebenfalls binnen sehr kurzer Zeit.

In der Praxis wird in der Zukunft im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der **Beurkundung vom Notar veranlasst** werden (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

2.3.3 Anspruch auf Änderung der Gesellschafterliste (HaufeIndex: 2025274)

Mit dem Anteilserwerb entsteht ein **Anspruch**

- des ausscheidenden
- und des eintretenden Gesellschafters

gegen die Gesellschaft auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste.

Aus der Verletzung dieser Pflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch des Alt- und des Neugesellschafters speziell nach § 40 Abs. 3 GmbHG und i. Ü. auch aus Regelungen des BGB. Durch die Neuregelung soll der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar (elektronisch/online) sein.

Die Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern **bei allen Formen des Anteilsübergangs**, insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge.

Die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen wird hierdurch nicht eingeschränkt, da die Eintragung in die Gesellschafterliste durch elektronische Einreichung zum Handelsregister sehr zeitnah erfolgen kann.

2.3.4 Gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (HaufeIndex: 2025275)

Grundlegend neu ist die Regelung in § 16 Abs. 3 GmbHG, die den **gutgläubigen Erwerb** von Geschäftsanteilen ermöglicht.

● Nachteile der bisherigen Rechtslage

Bisher ging der Erwerber eines Geschäftsanteils das **Risiko** ein, dass der Anteil **einem anderen** als dem Veräußerer **zustand**. In der Praxis hatte der Erwerber 2 Möglichkeiten, dieses Risiko zu minimieren.

Verlangte der Erwerber vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde, war dies für den Veräußerer, wenn überhaupt, häufig nur mit hohem Aufwand möglich. Selbst dann war nicht sicher, dass die beurkundeten Abtretungen auch materiell wirksam waren. Der Erwerber verlangte daher vom Veräußerer in aller Regel im Abtretungs-/Kaufvertrag eine **Garantie**, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht. Auch wenn der Erwerber den Veräußerer aus dieser Rechtsmängelhaftung in Anspruch nahm, konnte ihm aber der Veräußerer gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil nicht verschaffen.

Diese **Rechtsunsicherheiten beseitigt** § 16 Abs. 3 GmbHG dadurch, dass mit der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister nicht nur der in der Liste eingetragene Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft legitimiert ist, sondern auch gegenüber Dritten **Vertrauensschutz** entsteht.

Hinweis

Seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters zum 1.1.2007 können die Gesellschafterlisten auch in ihrer historischen Entwicklung eingesehen werden, sodass alle eingetragenen **Veränderungen transparent** sind. Da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist, ist, anders als beim guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs, wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste der Vertrauensschutz jedoch nicht möglich.

● Guter Glauben an die Verfügungsberechtigung wird künftig geschützt

Die Neuregelung sieht den Grundsatz vor, dass der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung auf der Basis der Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Liste geschützt ist. Eine **Ausnahme** gilt für den Fall, dass

- die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zuzurechnen ist
- und die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als 3 Jahre unrichtig ist.

Dem wahren Rechtsinhaber, der sich nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste geändert wird und seine Rechtstellung richtig wiedergibt, ist die **Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zuzurechnen**.

Praxis-Beispiel

Eine zurechenbare Unrichtigkeit liegt vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.

Anders liegt der Fall, wenn einem Gesellschafter die Unrichtigkeit **in keiner Weise zuzurechnen** ist.

Praxis-Beispiel

Dies ist gegeben, wenn der Geschäftsführer ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreicht, in der dessen Rechtsstellung nicht mehr vollständig aufgeführt ist. In diesen Fällen kann ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten erst eintreten, wenn die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste, hinsichtlich des Geschäftsanteils, 3 Jahre lang unrichtig ist.

Entscheidend ist, dass der- oder diejenigen, die im Laufe der vorangegangenen 3 Jahre als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen waren, durchgehend nicht die wahren Berechtigten waren. Unerheblich ist, ob **mehrere Listen** eingereicht wurden, die den Geschäftsanteil verschiedenen Personen zuweisen. Sämtliche im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten werden insoweit als eine fortgeschriebene Liste behandelt. Die Dreijahresfrist beginnt mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmalig einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Wird anschließend eine bezüglich dieses Geschäftsanteils richtige Liste eingereicht, beginnt hinsichtlich dieses Geschäftsanteils die Dreijahresfrist erneut, wenn eine neue unrichtige Liste in das Handelsregister aufgenommen wird.

Wichtig

Geschützt wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis. **Nicht existente Geschäftsanteile** können demnach nicht gutgläubig erworben werden.

Die Regelung berücksichtigt die schutzwürdigen Interessen des wahren Berechtigten. Sofern ihm die Unrichtigkeit der Liste nicht zuzurechnen ist, hat er nach Eintritt der Unrichtigkeit 3 Jahre Zeit, die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste zu veranlassen oder auf **Korrektur** der Liste hinzuwirken und auf diese Weise einen gutgläubigen Erwerb des ihm zustehenden Anteils durch Dritte auszuschließen. Da die Gesellschafterliste **online einsehbar** ist, ist es dem Berechtigten auch ohne nennenswerten Aufwand jederzeit möglich, die Liste zu prüfen.

● Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung

Auch der Widerspruch ist über das elektronische Handelsregister für Jedermann online einsehbar. Ein solcher Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung des Absatzes 3, allerdings **nicht die relative Gesellschafterstellung** nach § 16 Abs. 1 GmbHG.

Der Widerspruch beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern. Besteht Uneinigkeit zwischen mehreren Prätendenten, die die Gesellschafterstellung für sich behaupten, ist diese zwischen den Beteiligten zivilrechtlich zu klären. Gleichfalls ist in einem zivilrechtlichen Verfahren die **Verpflichtung** des Geschäftsführers **zur Korrektur** der Liste oder die Rücknahme eines Widerspruchs einzuklagen.

● Haftung des Geschäftsführers für Richtigkeit der Liste

Dem Geschäftsführer kann nicht diejenige Prüfung aufgebürdet werden, die nach bisherigem Recht schon den Erwerber vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Für die **Schadensersatzpflicht** nach § 40 Abs. 3 GmbHG ist anerkannt, dass der Geschäftsführer schuldhaft gehandelt haben muss.

Den Geschäftsführer wird also, wenn er über einen Gesellschafterwechsel informiert wird, aber von dessen materieller Unwirksamkeit nichts erfährt, regelmäßig kein Verschulden treffen. Auch der Geschäftsführer kann sich ohne weitere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter zum Verkauf der Anteile legitimiert war. Er nimmt die **Änderung der Gesellschafterliste auf "Nachweis"** vor. Dies bedeutet, dass der Erwerber ihm z. B. den Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschein nachweist. Eine Haftung kommt daher vor allem in Fällen in Betracht, in denen der Geschäftsführer zulasten des wahren Berechtigten mit dem Veräußerer und/oder dem Erwerber **kollusiv zusammen-**

wirkt.

● Übergangsregelung

Ist eine Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes vorhanden und

- ist die Unrichtigkeit dem **Berechtigten zuzurechnen**, findet § 16 Abs. 3 GmbHG hinsichtlich des betreffenden Geschäftsanteils frühestens auf Rechtsgeschäfte nach Ablauf von **6 Kalendermonaten nach Inkrafttreten** des Gesetzes Anwendung.
- Ist die Unrichtigkeit dem Berechtigten **nicht zuzurechnen**, ist abweichend von den 6 Kalendermonaten der Zeitraum von **36 Monaten** nach Inkrafttreten des Gesetzes maßgebend.

2.4 Aufhebung der Verbote der Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen (HaufeIndex: 2025276)

Die Vorschrift des § 17 GmbHG wird aufgehoben, da im Rahmen der neuen **Mindeststückelung** nach § 5 Abs. 2 GmbHG die Teilung und Zusammenlegung wesentlich erleichtert und zusammenfassend nunmehr in § 46 GmbHG geregelt wird. Die Aufhebung des § 17 GmbHG bedeutet zugleich die Aufhebung des Verbots, mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu übertragen (2.9).

2.5 Verdeckte Sacheinlage (HaufeIndex: 2025277)

Die **geänderte Behandlung** von verdeckten Sacheinlage aus § 19 Abs. 4 GmbHG (1.3.5) gilt auch für Einlageleistungen, die vor diesem Zeitpunkt bewirkt worden sind, soweit sie nach der vor dem Inkrafttreten des neuen GmbH-Gesetzes geltenden Rechtslage wegen einer verdeckten Sacheinlage **keine Erfüllung der Einlageverpflichtung bewirkt** haben. Ausnahme: Dies gilt nicht, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter getroffen worden ist.

2.6 Neue Regelungen bei Rückzahlungen an Gesellschafter (HaufeIndex: 2025278)

Der neue § 30 Abs. 1 GmbHG erhält in den Sätzen 2 und 3 eine Klarstellung:

- Das Verbot der Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an die Gesellschafter gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsparteien bei Bestehen eines **Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags** (§ 291 AktG) erfolgen oder durch einen vollwertigen **Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch** gegen den Gesellschafter abgedeckt sind.
- Das Rückzahlungsverbot gilt auch nicht für die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

2.6.1 Cash-pooling (HaufeIndex: 2025279)

Die Ergänzung des § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgte vor dem Hintergrund der **Unsicherheit** über die **Zulässigkeit von Darlehen** und anderen Leistung mit Kreditcharakter durch die GmbH an Gesellschafter im Allgemeinen und der in **Konzernen** weit verbreiteten Praxis des **Cash-pooling** im Besonderen.

Cash-pooling ist ein Instrument zum **Liquiditätsausgleich zwischen den Unternehmensteilen** im Konzern. Dazu werden Mittel von den Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft zu einem gemeinsamen Cash-Management geleitet. Im Gegenzug erhalten die Tochtergesellschaften Rückzahlungsansprüche gegen die Muttergesellschaft.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung^[1] **verstoßen** Kreditgewährungen an Gesellschafter jedoch gegen die **Kapitalerhaltungsregeln**, wenn bei der Gesellschaft eine Unterbilanz besteht. Das hatte mit Blick auf die Funktionsfähigkeit konzerninterner Cash-Pool-Systeme in der Praxis zu **erheblicher Irritationen** geführt. Dass das Urteil auf Cash-Pool-Systeme anwendbar ist, hat der BGH in 2006 bestätigt^[2]. Durch die Rechtsprechung zu § 30 GmbHG entstand in den letzten Jahren immer mehr Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit von Cash-pooling.

Wichtig

Der neue § 30 GmbHG erleichtert es künftig den Gesellschaften, mit ihren Gesellschaftern - vor allem auch im Konzern - alltägliche und wirtschaftlich **sinnvolle Leistungsbeziehungen** zu unterhalten und abzuwickeln.

2.6.2 Vollwertigkeits- und Deckungsgebot (HaufeIndex: 2025280)

Keineswegs wird durch die Neuregelung das **Ausplündern** von Gesellschaften ermöglicht oder erleichtert. Dies wird durch die ausdrückliche Einführung des Vollwertigkeits- und des Deckungsgebotes gewährleistet.

Ist die Gesellschaft eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaft oder ist die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen absehbar in Frage gestellt, dürfte die Vollwertigkeit regelmäßig zu verneinen sein. Das **Deckungsgebot** bedeutet, dass beim Austauschvertrag der Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter nicht nur vollwertig sein muss, sondern auch wertmäßig nach Markt- und nicht nach Abschreibungswerten den geleisteten Gegenstand decken muss.

Gläubiger sind weiterhin **geschützt**, aufgrund

- der **deliktsrechtlichen Vorschriften**,
- den Rechtsprechungsregeln über den Existenz vernichtenden Eingriff,
- der Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG
- und der Insolvenzanfechtung.

2.7 Aufhebung der Vorschriften zu Eigenkapital ersetzende und sonstige Darlehen an die GmbH (HaufeIndex: 2025281)

Durch einen neuen Satz 3 in § 30 Abs. 1 GmbHG wird angeordnet, dass Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen nicht wie haftendes Eigenkapital zu behandeln sind.

Wichtig

Die Rechtsfigur des Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens wird damit **aufgegeben**. Tilgungsleistungen auf solche Forderungen können folglich keine nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verbotene Auszahlungen des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens sein. Als Konsequenz der Aufgabe der Rechtsprechungsregeln zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen kann künftig die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht mehr unter Berufung auf § 30 GmbHG verweigert werden (2.12).

Kern der Neuregelung ist eine **Abschaffung der Unterscheidung** zwischen Eigenkapital ersetzenden Darlehen und "**normalen**" **Gesellschafterdarlehen**. Dazu werden die §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben und die hierzu ergangene **Rechtsprechung hinfällig**, soweit es die Eigenkapital ersetzenden Darlehen betrifft. Damit verbunden ist die entsprechende **Änderung der Inso**, die einen Rangrücktritt aller Rückzahlungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen und aus Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen, in der Insolvenz, vorsieht (2.12). Daraus folgt eine bedeutende Vereinfachung der

Rechtslage, da die umständliche und oft **schwierige Feststellung**, ob ein Darlehen **Kapital ersetzend** ist, d. h. ob es im Zeitpunkt der "Krise" der Gesellschaft gewährt oder stehen gelassen wurde, **entfällt**.

Hinweis

Konsequenterweise sind damit bei der Feststellung, ob die **Gesellschaft überschuldet** ist und damit ein Insolvenzgrund vorliegt, alle Gesellschafterdarlehen in Zukunft folglich grundsätzlich nicht mehr passivierungspflichtig (§§ 19 Abs. 2 Satz 3 InsO und § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Damit entfällt wohl auch die Prüfung, ob der Gesellschafter die bisher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderte "**qualifizierte Rangrücktrittserklärung**" abgegeben hat^[1].

Nicht tangiert wird wohl von den Regelung der §§ 19 Abs. 2 Satz 3 InsO und § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO die **steuerrechtliche Behandlung** der verschiedenen Rangrücktrittserklärungen^[2].

Wichtig

Der Gesetzesentwurf enthält bezüglich des Wegfalls der §§ 32a und 32b GmbHG a. F. **keine Übergangsregelung**, d. h. diese sind ab dem Inkrafttreten des neuen GmbHG nicht mehr anwendbar. **GmbH-Geschäftsführer** seien aber davor **gewarnt**,

- ihre möglicherweise bereits i. S. der InsO rechtlich überschuldete GmbH bis zum Inkrafttreten weiter zu führen,
- Darlehen an die Gesellschafter zurückzuzahlen
- und dann erst nach dem neuen Recht Insolvenz anzumelden.

Auch bei nach dem Inkrafttreten der Neuregelungen eröffneten Verfahren gelten für **Rechtshandlungen**, die **vor dem Inkrafttreten** vorgenommen wurden, die **Vorschriften der alten InsO**, die auch die Anfechtung von Rechtshandlungen regelt.

2.8 Vertretung der GmbH/Führerlosigkeit (HaufeIndex: 2025282)

Hat eine Gesellschaft **keinen Geschäftsführer** (= Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 52 GmbHG) oder, wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist, durch die Gesellschafter vertreten (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Durch Ergänzung des § 35 Abs. 1 GmbHG wird künftig dem Fall vorgebeugt, dass die Gesellschafter versuchen, durch eine **Abberufung der Geschäftsführer** Zustellungen und den Zugang von Erklärungen an die Gesellschaft als Folge von Vertreterlosigkeit **zu vereiteln**.

Grund: Die Regelung in § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO bestimmt, dass eine Zustellung an die Gesellschaft selbst als nicht prozessfähige Person unwirksam ist. Es muss an den gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter zugestellt werden.

Hinweis

War ein solcher Vertreter nicht vorhanden, scheiterten die Gläubiger der Gesellschaft bei der Verfolgung ihrer Ansprüche bisher regelmäßig schon daran, dass Zustellungen gegenüber der Gesellschaft nicht bewirkt werden können. Hier schafft künftig die Ergänzung in § 35 Abs. 1 GmbHG Abhilfe, indem bei Führungslosigkeit der Gesellschaft die **Gesellschafter** bzw. die **Mitglieder des Aufsichtsrats** zu Empfangsvertretern für die Gesellschaft bestimmt werden. Wollen Gläubiger der GmbH gegen den Geschäftsführer oder die Gesellschafter persönlich vorgehen, z. B. wegen Schadensersatz, gilt § 35 GmbHG nicht.

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, sind sie **nur gemeinschaftlich** zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt (§ 35 Abs. 2 GmbHG).

2.8.1 Zugang von Willenserklärungen (HaufeIndex: 2025283)

Ist der Gesellschaft gegenüber eine **Willenserklärung abzugeben**, genügt die Abgabe gegenüber einem Vertreter der Gesellschaft nach § 35 Abs. 1 GmbHG. An die Vertreter der Gesellschaft i. S. von § 35 Abs. 1 GmbHG können unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke für die Gesellschaft zugestellt werden. Unabhängig hiervon kann die Abgabe und Zustellung auch unter der eingetragenen Anschrift der empfangsberechtigten Person nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG erfolgen.

Wichtig

Durch die Regelungen in § 35 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 GmbHG wird das Verfahren des Zugangs von Willenserklärungen sowie für Zustellungen an die Vertreter der Gesellschaft deutlich vereinfacht. Alle Vertreter der Gesellschaft sind nun unter der **eingetragenen Geschäftsanschrift** zu erreichen.

2.8.2 Zustellung im Wege der öffentlichen Bekanntgabe (HaufeIndex: 2025284)

Unter dieser Geschäftsanschrift können Schriftstücke für die Gesellschaft ohne weiteres an sie zugestellt werden. Hierdurch findet eine Konzentration auf diese Geschäftsanschrift statt, unter der, solange dort tatsächlich ein Geschäftslokal besteht oder der zurechenbare Rechtsschein eines Geschäftsraums gesetzt worden ist, wirksam Willenserklärungen zugehen und Zustellungen bewirkt werden. Sollte hier eine Zustellung unmöglich sein, droht den Gesellschaften künftig die Zustellung im Wege der **öffentlichen Bekanntgabe** nach § 185 Nr. 2 ZPO (2.11).

§ 35 Abs. 2 Satz 3, 1. Alt. GmbHG begründet eine unwiderlegliche Vermutung, dass unter der eingetragenen Adresse (irgend) ein Vertreter der Gesellschaft erreicht werden kann. **Irrelevant** für den Zugang einer Willenserklärung ist also die **tatsächliche Kenntnisnahme**; die Vermutung bezieht sich daher auf die **Möglichkeit** der Kenntnisnahme. Irrelevant ist folglich ebenfalls der dem Erklärenden bekannte Umstand, dass die Vertreter der Gesellschaft sich dauerhaft im Ausland aufhalten oder untergetaucht sind.

Für die Abgabe der Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft unter der eingetragenen Geschäftsanschrift ist zudem ohne Bedeutung, ob der Vertreter der Gesellschaft zutreffend bezeichnet wird. Entscheidend ist allein, dass erkennbar zum Ausdruck kommt, dass die Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abgegeben wird. Es ist daher nicht erforderlich, dass der Erklärende weiß, dass ein Fall der Führungslosigkeit vorliegt.

2.9 Aufgabenkreis der Gesellschafter (HaufeIndex: 2025285)

2.9.1 Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen (HaufeIndex: 2025286)

Künftig gibt § 46 Nr. 4 GmbHG die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen unter der Voraussetzung der Zustimmung der Gesellschaft frei. Es ist Sache der Gesellschafter zu entscheiden, ob und was sie an Teilungen und Zusammenlegungen zulassen wollen. Der Grundsatz wird auch in Zukunft sein, dass jeder Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil hat. Eine Stückelung auf Nennbeträge von jeweils 1 EUR macht, auch wenn rechtlich zulässig, praktisch meist keinen Sinn. Die Zustimmung der Gesellschaft bedarf eines **Gesellschafterbeschlusses**. Jede Teilung hat die Mindeststückelung nach § 5 Abs. 2 GmbHG zu beachten.

Der Katalog des § 46 GmbHG ist **dispositiv**. Der Gesellschaftsvertrag kann die Teilung und Zusammenlegung an höhere oder geringere Voraussetzungen knüpfen. Der Grundsatz der Zustimmung der Gesellschaft ist jedoch sinnvoll. Der Zustimmung des Gesellschafters, dessen Geschäftsanteile von der Zusammenlegung oder Teilung betroffen werden, bedarf es darüber hinaus nicht. Ist bei Zusammenlegung ein Geschäftsanteil noch nicht voll eingezahlt oder ist er mit einer Nachschusspflicht oder mit Rechten Dritter belastet oder nach dem Gesellschaftsvertrag mit verschiedenen Rechten und Pflichten ausgestattet als der andere, kann die Gesellschaft dies bei ihrer Zustimmung berücksichtigen.

Nach Zusammenlegung oder Teilung haben die Geschäftsführer eine **aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister** einzureichen.

2.9.2 Aktualisierung der Gesellschafterliste (HaufeIndex: 2025287)

Wichtig

Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern (§ 40 Abs. 1 GmbHG, § 8 GmbHG und 1.3.4) der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf **Mitteilung und Nachweis**. Daher ist es dringend anzuraten, die betreffenden **Gesellschafterbeschlüsse schriftlich** zu fassen.

2.10 Veränderte Haftung: Existenz bedrohende Vermögensverschiebung (HaufeIndex: 2025288)

● Haftung der Gesellschafter

Die Streichung des § 64 Abs. 1 GmbHG a. F. nutzt dem Geschäftsführer nichts, weil sich seine **Insolvenzantragspflicht künftig aus der InsO** ergibt (2.12).

Nach bisheriger Rechtslage sind die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gegenüber nur zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden. Durch die Ergänzung im neuen § 64 GmbHG sollen künftig die Geschäftsführer **auch für Zahlungen** an Gesellschafter **haften**, die die **Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft zur Folge haben mussten, es sei denn, dass dies aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers nicht erkennbar war. Der erweiterte § 64 GmbHG richtet sich gegen den Abzug von Vermögenswerten, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Damit erfasst § 64 GmbHG einen Teilbereich der Haftung, die auch unter dem Stichwort "**Existenz vernichtender Eingriff**" bekannt geworden ist. Die Vorschrift setzt nicht beim Gesellschafter als Empfänger der Existenz bedrohenden Vermögensverschiebung an, sondern beim **Geschäftsführer als deren Auslöser** oder Gehilfen.

Hinweis

Diese Vorschrift schließt nach der Begründung des Bundeskabinetts nicht aus, dass die Regelung der Existenzvernichtungshaftung aufgrund der weiteren Rechtsfortbildung auch den **Gesellschafter** trifft.

● Begriff der sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit

Mit der Änderung in § 64 GmbHG wird der Gefahr vorgebeugt, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit von den Gesellschaftern **Mittel entnommen** werden. Der Begriff der "Zahlungen" ist nicht auf reine Geldleistungen beschränkt, sondern

erfasst auch sonstige vergleichbare Leistungen zulasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen wird. Eine Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Satz 3 GmbHG setzt dabei zunächst eine Kausalität für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit voraus.

Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Gesellschaft durch eine Gegenleistung des Gesellschafters im Ergebnis in gleichem Maße wieder liquide Vermögenswerte zugeführt werden. Weiter soll der Geschäftsführer **keineswegs verpflichtet** werden, **jegliche Zahlungen** an Gesellschafter **zu ersetzen**, die in irgendeiner Weise kausal für eine - möglicherweise erst mit erheblichem zeitlichem Abstand eintretende - Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geworden sind. Vielmehr muss die Zahlung **ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge** zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.

Hinweis

Das bedeutet nicht, dass im Moment der Leistung die Zahlungsunfähigkeit eintreten muss, es muss sich aber klar abzeichnen, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre **Verbindlichkeiten nicht** mehr wird **erfüllen** können. Außergewöhnliche Ereignisse, die die Zahlungsfähigkeit hätten retten können, mit denen man aber im Moment der Auszahlung nicht rechnen konnte, bleiben außer Betracht.

● Umfang der Ersatzpflicht

Die Ersatzpflicht besteht zudem nur in dem Umfang ("soweit"), wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen und nicht z. B. durch eine Gegenleistung des Gesellschafters ausgeglichen worden sind.

● Entlastungsmöglichkeit

§ 64 Satz 2 GmbHG gibt dem Geschäftsführer eine Entlastungsmöglichkeit, wenn er die Tatbestandsmerkmale des Zahlungsverbots, also insbesondere ihre Geeignetheit, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, auch unter Anwendung der **Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** nicht erkennen konnte. Da die Herbeiführung der künftigen Zahlungsunfähigkeit zu den objektiven Bedingungen des Tatbestands gehört, betrifft der Entlastungsbeweis Fälle, in denen der Geschäftsführer diese subjektiv aufgrund besonderer Umstände nicht erkennen konnte.

2.11 Öffentliche Zustellung (HaufeIndex: 2025289)

Jegliche Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften mit beschränkter Haftung soll künftig **beschleunigt ablaufen**. Die Voraussetzungen hierfür wurden in § 15a HGB und § 185 Nr. 2 ZPO geschaffen. Hintergrund: Gläubiger können nur gegen eine GmbH wegen ihrer Ansprüche vorgehen, wenn sie wissen, unter welcher Adresse sie ihre Willenserklärungen, z. B. Anfechtungen, Kündigungen, etc., wirksam zustellen lassen können. Aus diesen Gründen muss die Gesellschaft künftig eine inländische Geschäftsadresse bei der Anmeldung angeben (1.3.4).

Wenn unter dieser eingetragenen Anschrift Zustellungen (auch durch Niederlegung) nicht möglich sind, haben Gläubiger der Gesellschaft die Möglichkeit, eine öffentliche Zustellung im Inland zu bewirken. Dies bringt erhebliche **Vorteile für die Gläubiger** einer GmbH, die nach dem alten Recht mit den Kosten und sonstigen Problemen der Zustellung insbesondere bei Auslandszustellungen kämpfen **mussten**.

Es nutzt also Geschäftsführern/Gesellschaftern einer GmbH künftig nichts, wenn sie lediglich eine Briefkastenanschrift angeben und untertauchen. In ihrer Abwesenheit können z. B. auch Urteile gegen die GmbH **rechtskräftig** werden, weil diese unter bestimmten Voraussetzungen öffentlich zugestellt werden und der GmbH-Geschäftsführer davon keine Kenntnis erhält, wenn er nicht von sich aus aktiv wird.

Wichtig

Im **Mahnverfahren** hingegen kommt eine öffentliche Zustellung wegen § 688 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht in Betracht. Aus praktischen Gründen sollte, wenn feststeht, dass eine öffentliche Zustellung nach § 185 Nr. 2 ZPO infrage kommt, bei Zahlungsansprüchen der Klageweg gewählt werden, auch wenn dies höhere Gerichts- und Anwaltskosten auslöst.

• Voraussetzungen

Damit der **Zugang der Willenserklärungen** überhaupt nach den Zustellungsvorschriften der ZPO erfolgen kann, müssen gem. § 15a HGB einige Voraussetzungen vorliegen, damit die juristische Person (GmbH) nicht schutzlos der öffentliche Zustellung nach § 185 Nr. 2 ZPO ausgesetzt ist. Die Voraussetzungen liegen erst vor, wenn der Zugang der Willenserklärung (hierzu gehören alle Schriftstücke seitens der Gläubiger, gerichtet an die GmbH) **nicht**

1. unter der eingetragenen inländische Anschrift oder
2. einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 3 HGB) oder
3. einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift **möglich** ist.

Eine **Zustellung im Ausland** muss also selbst dann nicht versucht werden, wenn ein ausländischer Wohnsitz eines Geschäftsführers oder einer sonstigen empfangsbereiten Person positiv bekannt ist. Ferner muss nur dann an eine andere **inländische Anschrift**, die nicht im Handelsregister eingetragen ist, zugestellt werden, wenn diese entweder dem Antragsteller oder dem Gericht bekannt ist.

Bekannt ist dabei die Anschrift, wenn man sie **in allen Bestandteilen kennt**. Es ist nicht ausreichend, wenn der Gläubiger weiß, dass der Geschäftsführer in Deutschland, in einer bestimmten Stadt oder bestimmten Straße wohnt und weitere Nachforschungen nötig wären, um die Anschrift zu präzisieren. Auch das Nachfragen beim Einwohnermeldeamt oder das Nachschlagen im Telefonbuch ist künftig nicht von den Gläubigern gefordert. Gläubiger gehen also nach Einführung des neuen § 15a HGB in der Praxis wie folgt vor:

- Zunächst ist den **Vertretern der Gesellschaft** (§ 170 ZPO) unter der eingetragenen Geschäftsanschrift zuzustellen. Durch die Öffentlichkeit des Handelsregisters lässt sich diese Anschrift ohne weiteres in Erfahrung bringen.
- Bleibt ein **Zustellversuch unter der Geschäftsanschrift erfolglos**, weil unter der eingetragenen Anschrift kein Geschäftslokal vorhanden ist, kommt als nächster Schritt die Zustellung an eine eintragungsfähige weitere Empfangsperson nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, § 13a Abs. 2 Satz 4 HGB in Betracht.
- Ist aber auch bei dieser **weiteren Empfangsperson** der Zustellungsversuch erfolglos geblieben oder war eine solche Person nicht eingetragen und ist ohne Ermittlungen auch keine andere inländische Anschrift bekannt, ist sofort der Weg zur öffentlichen Bekanntgabe ohne weitere Zwischenschritte frei.

Hinweis

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass der Richter eine öffentliche Zustellung jedenfalls nicht mit der Begründung ablehnen darf, dass eine **ausländische Wohnanschrift bekannt** und daher eine Auslandszustellung vorzunehmen sei, insbesondere die Grenzen des § 185 Nr. 3 ZPO noch nicht erreicht seien. Dies wäre eine unzulässige Vermischung der für § 185 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO vorgesehenen Alternativen. Dem Gläubiger bleibt natürlich unbenommen, die Zustellung sowohl an die Vertreter der Gesellschaft als auch an die weiteren Empfangspersonen parallel vorzunehmen. Denn ein **Rangverhältnis besteht nicht**, empfangsberechtigt sind stets sowohl die Vertreter als auch die Empfangsperson.

• Verfahren

GmbH-Geschäftsführer sollten wissen, wie eine öffentliche Zustellung erfolgt und was sie bewirkt, damit sie in Fällen un gerechtfertigter Inanspruchnahme der GmbH richtig reagieren können. Die öffentliche Zustellung (§ 186 ZPO) erfolgt durch

- **Aushang** einer Benachrichtigung an der **Gerichtstafel**
- oder durch **Einstellung in ein elektronisches Informationssystem**, das im Gericht öffentlich zugänglich ist.

Die **Benachrichtigung** kann zusätzlich in einem von dem Gericht für Bekanntmachungen bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem veröffentlicht werden. Sie **muss erkennen** lassen

- die Person, für die zugestellt wird,
- den Namen und die letzte bekannte Anschrift des Zustellungsadressaten,
- das Datum, das Aktenzeichen des Schriftstücks und die Bezeichnung des "Prozessgegenstands" sowie
- die Stelle, wo das Schriftstück eingesehen werden kann.

Hinweis

Die Benachrichtigung muss den Hinweis enthalten, dass ein Schriftstück öffentlich zugestellt wird und **Fristen in Gang gesetzt** werden können, nach deren Ablauf Rechtsverluste drohen können. Bei der Zustellung einer Ladung muss die Benachrichtigung den Hinweis enthalten, dass das Schriftstück eine Ladung zu einem Termin enthält, dessen Versäumung Rechtsnachteile zur Folge haben kann. In den Akten ist zu vermerken, wann die Benachrichtigung ausgehängt und wann sie abgenommen wurde.

● **Zuständiges Gericht**

Über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung entscheidet bei Klagen das Prozessgericht und im Übrigen gem. § 15a Satz 2 HGB das AG, in dessen Bezirk sich die eingetragene inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft befindet.

Das Prozessgericht (wohl auch AG für Zustellungen von Willenserklärungen i. S. von § 15a HGB) kann zusätzlich anordnen, dass die Benachrichtigung einmal oder mehrfach im elektronischen Bundesanzeiger oder in anderen Blättern zu veröffentlichen ist.

Das **Schriftstück gilt als zugestellt** (§ 187 ZPO), wenn seit dem Aushang der Benachrichtigung ein Monat vergangen ist. Das Prozessgericht (wohl auch AG für Zustellungen von Willenserklärungen i. S. von § 15a HGB) kann eine längere Frist bestimmen.

Wichtig

Wollen Gläubiger der GmbH gegen den Geschäftsführer oder die Gesellschafter persönlich vorgehen, z. B. wegen Schadensersatz, gilt § 15a HGB nicht. Hier bleibt es bei den bisherigen Regeln des § 185 Nr. 1, 3 und 4 ZPO, wenn die öffentliche Zustellung beantragt wird, d. h., dass der **Gläubiger nachweisen** muss, dass der Gegner unbekannt verzogen und eine Zustellung auf dem üblichen Weg gescheitert ist.

2.12 Änderungen der InsO zum Gläubigerschutz (HaufeIndex: 2025290)

Wie aus obigen Ausführungen ersichtlich, führt u. a. die Aufhebung der Vorschriften zur Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers (§ 64 Abs. 1 GmbHG a. F.) und der beabsichtigte bessere Schutz der Gläubiger zu einigen Veränderungen in der InsO.

Wichtig

Der vom Gesetzgeber durchaus als sehr positiv zu bewertende Gedanke des verstärkten Gläubigerschutzes wird in der Praxis wohl in all den Fällen ins Leere laufen, in denen die Insolvenz **mangels Masse nicht eröffnet** wird. Auch wenn in diesen Fällen unter Umständen seitens der Gläubiger der GmbH wegen etwaigen Verstößen der Geschäftsführer und der Gesellschafter gegen das GmbHG und die InsO, z. B. Insolvenzverschleppung, Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§§ 823ff. BGB) in Betracht kommt, sind solche Prozesse aufwändig und zeit- und kostenintensiv.

Hinzu kommt, dass viele GmbH-Geschäftsführer bzw. die Gesellschafter nicht über eigenes Vermögen verfügen, z. B. rechtzeitige Übertragung von Vermögen auf den Ehepartner/Kinder vor Eröffnung der GmbH bzw. vor der Krise, und somit im Zweifelsfall ein eigenes Verbraucherinsolvenzverfahren beantragen werden.

2.13 Wesentliche Änderungen in der InsO (HaufeIndex: 2025291)

● Anhörung des Schuldners und Antragsrecht der juristischen Personen

Bisher kommt es im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft zu Verzögerungen bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die sich erheblich zulasten der Gläubiger auswirken können. Deshalb bestimmt § 10 Abs. 2 InsO, dass bei einer juristischen Person im **Fall der Führungslosigkeit** auch die beteiligten Personen (Gesellschafter) angehört werden können. Dem nach § 15a Abs. 3 InsO zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichteten Gesellschafter muss auch ein entsprechendes Antragsrecht zustehen. § 15 InsO wird daher entsprechend ergänzt. Der Gesellschafter hat die Führungslosigkeit glaubhaft zu machen.

● Antragspflicht bei Führungslosigkeit

Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler **ohne schuldhaftes Zögern**, spätestens aber **3 Wochen nach Eintritt** der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO). Diese Regelung entspricht sinngemäß § 64 Abs. 1 GmbHG a. F., sodass die hierzu zulasten des Geschäftsführers ergangene Rechtsprechung weiterhin eine große Rolle spielen wird.

Wichtig

Durch § 15a Abs. 3 InsO wird eine Stärkung des Gläubigerschutzes erzielt, indem die Gesellschafter im Wege einer **Erstattzuständigkeit selbst in die Pflicht** genommen werden, bei Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Diese Pflicht trifft jeden Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft.

● Anreiz, aktionsfähigen Vertreter zu bestellen

Eine Umgehung der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO soll durch die Neuregelung in § 15a Abs. 3 verhindert werden. Daneben soll ein mittelbarer **Anreiz** geschaffen werden, wieder **aktionsfähige Vertreter für die juristische Person** zu bestellen, da die Verpflichtung zur Antragstellung für die Gesellschafter lediglich subsidiärer Natur ist: Sobald für die Gesellschaft wieder ein Geschäftsführer wirksam bestellt worden ist, geht die Antragspflicht auf diesen über. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass die Gesellschafter einer GmbH zwar grundsätzlich als Kapitalgeber die Geschäftsleitung an angestellte Geschäftsführer delegieren können, dass sie aber auch die Verpflichtung haben, die Gesellschaft **nicht zum Schaden des Rechtsverkehrs führungslos** zu lassen.

● Entlastung des Gesellschafters

Wichtig

Die Antragspflicht besteht für den Gesellschafter allerdings dann nicht, wenn er von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit **keine Kenntnis** hat. Den Gesellschafter trifft hierfür die volle **Beweislast**. Er muss deshalb darlegen, dass er die Umstände, die auf die Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung und die Geschäftsführerlosigkeit schließen lassen, nicht kannte.

Die Antragspflicht des Gesellschafters entfällt bereits, wenn der Gesellschafter nur eines der beiden Elemente - entweder den Insolvenzgrund oder die Führungslosigkeit - nicht kennt. Eine ausufernde Nachforschungspflicht wird dem einzelnen Gesellschafter hiermit nicht auferlegt. Hat der Gesellschafter oder das Aufsichtsratsmitglied Kenntnis vom Insolvenzgrund, ist dies für ihn freilich Anlass **nachzuforschen, warum** der Geschäftsführer **keinen Insolvenzantrag** stellt.

Hinweis

Der Gesellschafter wird dann meist die Führungslosigkeit erkennen. Umgekehrt hat der Gesellschafter, der die Führungslosigkeit kennt, Anlass nachzuforschen, wie es um die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft steht. Dabei hat naturgemäß der **kleinbeteiligte Gesellschafter** (10 %) weniger oder keinen Anlass zu solchen Überlegungen, weshalb ihm die Entlastung regelmäßig und ohne Schwierigkeiten gelingen wird. Mit Kenntnis i. S. der Vorschrift ist die **positive Kenntnis** gemeint; Kennen müssen genügt grundsätzlich nicht.

Die bisherigen **strafrechtlichen Vorschriften** zulasten des GmbH-Geschäftsführers werden in § 15a InsO zusammengefasst und auf den Fall der Ersatzantragspflicht durch **Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder** erstreckt (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO).

● **Überschuldung**

Soweit **Rückerstattungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen** in der Insolvenz nachrangig berichtet werden (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in der Überschuldungsbilanz im Rahmen der bestehenden Verbindlichkeiten als Passiva anzusetzen, da die Interessen der außen stehenden Gläubiger bereits durch den **gesetzlichen Rangrücktritt** hinreichend gewahrt sind. In der Neufassung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wird auf das Merkmal "Kapital ersetzend" verzichtet und damit jedes Gesellschafterdarlehen in der **Insolvenz nachrangig** gestellt.

Die Entscheidung, ob eine Forderung dem gesetzlich angeordneten Rangrücktritt nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterfällt, wird damit künftig wesentlich einfacher und rechtssicherer zu treffen sein, sodass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst werden, auch ohne Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters generell nicht als Passiva in der Überschuldungsbilanz zu erfassen sind (2.7). Hinsichtlich der Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen "wirtschaftlich entsprechen", bleibt es bei der bisherigen Rechtslage.

● **Nachrangige Insolvenzgläubiger**

Jedes Gesellschafterdarlehen ist bei Eintritt der Insolvenz nachrangig (siehe oben unter Überschuldung). Zugleich wird der darlehensgewährende Gesellschafter nicht schlechter gestellt, denn auch bisher waren stehengelassene Altdarlehen i. d. R. ab Eintritt der Krise - also schon im Vorfeld der Insolvenz - als Kapital ersetzend umqualifiziert.

● **Gesicherte Darlehen**

In § 44a InsO wird § 32a Abs. 2 GmbHG a. F. in angepasster Form in das Insolvenzrecht übernommen und dabei über Verweis auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO insbesondere rechtsformneutral ausgestaltet.

● **Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen**

Auch in § 135 Abs. 1 InsO wird auf das Tatbestandsmerkmal "Kapital ersetzend" verzichtet. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen im fraglichen Zeitraum sind nach der neuen Regelung **wie bisher anfechtbar**. Zudem wird in dem neuen § 135 Abs. 2 InsO die bisher in § 32b GmbHG a. F. enthaltene Regelung in rechtsformneutraler Form übernommen, bei der es sich der Sache nach um einen Anfechtungstatbestand handelt.

Hinweis

Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter ein Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen, kann der **Aussonderungsanspruch** während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von **erheblicher Bedeutung** ist. Der Gesellschafter hat aber einen Anspruch auf eine Vergütung (§ 135 Abs. 3 InsO).

3 Musterprotokolle (HaufeIndex: 2025292)

Künftig gibt es für einfache Gründungen im GmbHG Musterprotokolle. Folgende Muster basieren auf dem Beispiel, dass beide Ehepartner eine GmbH gründen wollen, der Ehemann zu 80 % beteiligt und auch alleiniger Geschäftsführer wird, während die Ehefrau 20 % an der GmbH halten soll. Die Ehepartner wollen Reinigungsdienstleistungen anbieten.

3.1 Vereinfachte Gründung (HaufeIndex: 2025293)

Gründung gem. § 2 Abs. 1a GmbHG mit Mindestkapital nach § 5 Abs. 1 GmbH:

Musterprotokoll für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft

Ur.Nr.

Heute, den

erschieden vor mir,, Notar/in mit dem Amtssitz in

Herr Max Saubermann, geb. am 5.5.1970, wohnhaft in 72250 Freudenstadt

Frau Ina Saubermann, geb. am 6.6.1972, wohnhaft in 72550 Freudenstadt

1. Die Erschienenen errichten hiermit nach § 2 Abs. 1a GmbHG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma Saubermann GmbH mit Sitz in Freudenstadt.
2. Gegenstand des Unternehmens sind Dienstleistungen.
3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25 000 EUR (i. W. fünfundzwanzigtausend Euro) und wird wie folgt übernommen:
 - Herr Max Saubermann übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von 18 000 EUR (i. W. achtzehntausend Euro) (Geschäftsanteil Nr. 1)
 - Frau Ina Saubermann übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von 7 000 EUR (i. W. siebentausend Euro) (Geschäftsanteil Nr. 2).

Die Einlagen auf die Geschäftsanteile sind von jedem Gesellschafter in Geld zu erbringen, und zwar sofort in voller Höhe^[1].

1. Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wird Herr Max Saubermann, geb. am 5.5.1970, wohnhaft in 72250 Freudenstadt, bestellt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit.

2. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 EUR. Darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.
3. Von dieser Urkunde erhält eine Ausfertigung jeder Gesellschafter, beglaubigte Ablichtungen die Gesellschaft und das Registergericht (in elektronischer Form), sowie eine einfache Abschrift das Finanzamt - Körperschaftsteuerstelle -.
4. Die Erschienenen wurden vom Notar/von der Notarin insbesondere auf Folgendes hingewiesen. Solange die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, haften die Gesellschafter für etwaige Geschäfte mit ihrem privaten Vermögen.

Muster für die Handelsregisteranmeldung:

An das

AG Stuttgart^[2] - Handelsregister -

Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Es werden vorgelegt:

Elektronisch beglaubigte Abschrift des Musterprotokolls des Notar...,

Die Gesellschaft wird zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Die Geschäftsanschrift der Gesellschaft lautet: 72250 Freudenstadt, Hauptstraße 5.

Die allgemeine Vertretungsregelung lautet wie folgt:

Die Gesellschaft hat einen Geschäftsführer. Dieser ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Ich wurde zum Geschäftsführer bestellt.

Ich versichere was folgt:

1. Auf die Einlageverpflichtungen sind folgende Beträge eingezahlt worden:
 - Gesellschafter Max Saubermann, Nennbetrag des Geschäftsanteils 18 000 EUR, ein Zahlungsbetrag in Höhe von 18 000 EUR
 - Gesellschafterin Ina Saubermann, Nennbetrag des Geschäftsanteils 7 000 EUR, ein Zahlungsbetrag in Höhe von 7 000 EUR.
2. Der Gegenstand der Leistung befindet sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung; das Stammkapital ist insbesondere nicht durch Verbindlichkeiten vorbelastet, mit Ausnahme des in der Satzung übernommenen Gründungsaufwands.
3. Ich bin weder wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten nach den §§ 265b, 266 oder § 266a des StGB (Kreditbetrug, Untreue, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, der Insolvenzverschleppung, nach den §§ 283 bis 283d des StGB (Bankrott, Verletzung der Buchführungspflicht, Gläubigerbegünstigung, Schuldnerbegünstigung), der falschen Angaben nach § 82 GmbHG oder § 399 AktG, der unrichtigen Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 des UmwG oder § 17 PublG (Publizitätsgesetz) oder im Ausland wegen einer mit den genannten Taten vergleichbaren Straftat verurteilt worden, noch ist mir durch gerichtliches Urteil oder vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezuges untersagt worden.
4. Ich bin über meine unbeschränkte Auskunft gegenüber dem Registergericht belehrt worden, ebenso darüber, dass falsche Versicherungen strafbar sind.

Freudenstadt, den 9.12.2008

Unterschrift des Geschäftsführers^[3]

3.2 Vereinfachte Gründung einer haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft (HaufeIndex: 2025294)

Vereinfachte Gründung (§ 2 Abs. 1a GmbHG) einer haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft nach § 5a GmbHG:

Musterprotokoll für die Gründung einer haftungsbeschränktem Mehrpersonengesellschaft

Ur.Nr.

Heute, den

erschieden vor mir,, Notar/in mit dem Amtssitz in

Herr Max Saubermann, geb. am 5.5.1970, wohnhaft in 72250 Freudenstadt

Frau Ina Saubermann, geb. am 6.6.1972, wohnhaft in 72550 Freudenstadt

1. Die Erschienenen errichten hiermit nach § 5a GmbHG eine haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft unter der Firma Saubermann UG (haftungsbeschränkt) mit Sitz in Freudenstadt.
2. Gegenstand des Unternehmens sind Dienstleistungen.
3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 5 000 EUR (i. W. fünftausend Euro) und wird wie folgt übernommen:
 - Herr Max Saubermann übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von 4 000 EUR (i. W. viertausend Euro) (Geschäftsanteil Nr. 1).
 - Frau Ina Saubermann übernimmt einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von 1 000 EUR (i. W. eintausend Euro) (Geschäftsanteil Nr. 2).

Die Einlagen auf die Geschäftsanteile sind von jedem Gesellschafter in Geld zu erbringen, und zwar sofort in voller Höhe^[1].

1. Zum Geschäftsführer der Gesellschaft wird Herr Max Saubermann, geb. am 5.5.1970, wohnhaft in 72250 Freudenstadt, bestellt. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit.
2. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 EUR. Darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.
3. Von dieser Urkunde erhält eine Ausfertigung jeder Gesellschafter, beglaubigte Ablichtungen die Gesellschaft und das Registergericht (in elektronischer Form), sowie eine einfache Abschrift das Finanzamt - Körperschaftsteuerstelle -.
4. Die Erschienenen wurden vom Notar/von der Notarin insbesondere auf Folgendes hingewiesen. Solange die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, haften die Gesellschafter für etwaige Geschäfte mit ihrem privaten Vermögen.

Autor/in

- U. Fuldner, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, Aschaffenburg