

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 152891

letzte Aktualisierung: 13. Februar 2017

GmbHG §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 19 Abs. 1

Mantelkauf einer GmbH; Volleinzahlung; Zahlung durch den Geschäftsführer; Altschulden; wirtschaftliche Neugründung

I. Sachverhalt

Es soll ein Mantelkauf einer GmbH beurkundet werden. Bei der GmbH handelt es sich um eine Bauträger-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 EUR. Diese hat ein Objekt errichtet. Die Bauträger-GmbH ist möglicherweise noch Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt. Die GmbH ist im Übrigen vermögenslos. Der Unternehmensgegenstand der GmbH soll zu einem handwerklichen Unternehmen verändert werden.

II. Fragen

1. Genügt bei einem Mantelkauf einer GmbH eine Halbeinzahlung des Stammkapitals?
2. Spielt es eine Rolle, ob der Verkäufer das Kapital einzahlt oder der Käufer das Vermögen auffüllt?
3. Was geschieht mit etwaigen noch unbekanntem Altschulden?
4. Haben sich die im Gutachten DNotI-Report 2005, 76 offen gelassenen Fragen mittlerweile geklärt?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangspunkt

Das Rechtsinstitut der „wirtschaftlichen Neugründung“ wurde vom Bundesgerichtshof in mehreren Leitentscheidungen entwickelt (BGH DNotZ 1994, 107, 111 f.; DNotZ 2003, 443; DNotZ 2003, 951; NJW 2010, 1459; NJW 2012, 1875). Findet eine „wirtschaftliche Neugründung“ in diesem Sinne statt, so führt dies zur Anwendung der der Gewährleistung der Kapitalaufbringung dienenden Gründungsvorschriften. Unter anderem ist die Aktivierung der Gesellschaft gegenüber dem Registergericht offenzulegen und mit der Versicherung gem. § 8 Abs. 2 GmbHG zu versehen. Hierdurch soll dem Registergericht eine Gründungsprüfung ermöglicht werden (zu den Fallgruppen einer Vorratsgesellschaft vgl. Gutachten, DNotI-Report 2011, 1, 2 ff.). Muster für die Anteilsabtretung und die Handelsregisteranmeldung für die wirtschaftliche Neugründung bei Vorratsgesellschaften fügen wir diesem

Gutachten bei (BeckOF-Vertrag/Frank, Stand: 1.9.2016, Formular 7.8.1.3.1-7.8.1.3.5; Wentrup, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 12. Aufl. 2016, IX. 5.; Frank, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 2010, IX. 1-7; Meyer-Landrut/Habighorst, Formular-Kommentar GmbH-Recht, 3. Aufl. 2016, A. III. 12-14). Ein Formular zum Kaufvertrag bei einer Mantelgesellschaft ist ebenfalls beigelegt (Meyer-Landrut/Habighorst, A. III. 15.).

Bei einer Anteilsabtretung liegt eine wirtschaftliche Neugründung eines Mantels vor, wenn eine GmbH eine „leere Hülse“ geworden ist, also kein aktives Unternehmen mehr betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann (BGH NJW 2012, 1875 Rn. 11). Im vorliegenden Fall dürften die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Neugründung vorliegen. Es handelte sich bei der GmbH um eine Objektgesellschaft. Der Vertrieb des Objekts ist abgeschlossen. Es stehen lediglich Gewährleistungsansprüche im Raum. Wird die Gesellschaft nunmehr als Handwerksunternehmen fortgeführt, kann die Geschäftstätigkeit nicht an die Geschäftstätigkeit des Busträgers anknüpfen.

2. Kapitalaufbringung – Halbeinzahlung möglich?

Da die GmbH im vorliegenden Fall offensichtlich vermögenslos ist, muss eine Neueinzahlung des Stammkapitals analog §§ 19 Abs. 1, 7 Abs. 2 GmbHG erfolgen. Außerdem muss die Tatsache der Wiederverwendung des inzwischen leer gewordenen Mantels gegenüber dem Registergericht offengelegt werden. Dies ist mit einer Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden, dass die in § 7 Abs. 2 GmbHG bezeichnete Leistung auf die Einlagen bewirkt ist und sich der Gegenstand endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet (BGH DNotZ 2003, 951, 954; NJW 2012, 1875 Rn. 13). Bezugspunkt ist dabei nach Auffassung des BGH das satzungsmäßige Stammkapital, nicht hingegen das Mindestkapital (BGH DNotZ 2003, 951, 955; NJW 2012, 1875 Rn. 13).

Fraglich ist, ob auch § 7 Abs. 2 GmbHG entsprechend gilt. Hiernach muss je Geschäftsanteil ein Viertel und auf das Stammkapital so viel eingezahlt sein, dass der Gesamtbetrag der Geldeinlagen die Hälfte des Stammkapitals erreicht. Die Mantelgründung kann insoweit nicht strenger als die Neugründung behandelt werden. Vor diesem Hintergrund hat auch der BGH ausgeführt, dass „im Zeitpunkt der Offenlegung [der Mantelgründung] die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen haben muss, von dem sich ein Viertel – wenigstens aber 12.500,- € wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat“ (BGH DNotZ 2003, 951, 955). Demzufolge genügt grundsätzlich eine Halbeinzahlung (Apfelbaum, notar 2011, 270, 281; Bauer, ZNotP 2012, 248, 249; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 1109; MünchKommGmbHG/Wicke, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 34; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 3 Rn. 175; Pentz, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 871, 884). Dies hat auch das OLG Nürnberg in einer Entscheidung vom 18.4.2011 unterstrichen (FGPrax 2011, 194, 199). Für die wirtschaftliche Neugründung kann nichts anderes als für die einfache Neugründung gelten. Etwas anderes könnte allerdings gelten, falls die Satzung der GmbH die Volleinzahlung vorsieht. Ob in diesem Fall eine Volleinzahlung bei der Reaktivierung des Mantels erforderlich ist, ist umstritten (hiergegen MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 34; Bedenken äußernd Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, § 3 Rn. 175; hierfür implizit wohl OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194, 196; Pentz, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 871, 884). Nach *Auffassung des Linksunterzeichners* wird man wohl nicht davon ausgehen können, dass das Kapital voll einzuzahlen ist, nur weil in der ursprünglichen Satzung eine Volleinzahlung vorgesehen war. Die Volleinzahlung bezog sich auf die erstmalige Aufbringung des Stammkapitals im Zusammenhang mit der Gründung. Der Anspruch auf die Volleinzahlung wurde durch die

damalige Einzahlung erfüllt. Es ist nicht davon anzunehmen, dass nach dieser Satzungsbestimmung im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung erneut eine Volleinzahlung erfolgen muss. Mangels abweichender Regelung gelten insoweit lediglich die Mindesteinzahlungsvorschriften. Folgt man dieser Auffassung nicht, kann sich insoweit eine Satzungsänderung anbieten, um eine Klarstellung über die Höhe der Einzahlung zu erreichen.

3. Person des Einzahlenden

Ob der bisherige Gesellschafter oder der neue Gesellschafter die Einzahlung vornimmt, kann keine Rolle spielen. Maßgeblich nach den analog anzuwendenden §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG, ist lediglich, dass das Vermögen noch wertmäßig in der freien Verfügung des Geschäftsführer vorhanden ist. Ob das Kapital neu eingezahlt wird oder es durch bisherige Zahlungen des vormaligen Gesellschafters noch gedeckt ist, ist unerheblich (vgl. den entsprechenden Formulierungsvorschlag bei Krafka/Kühn, Rn. 1109a). Vereinzelt vertritt die Literatur jedoch, dass es sich um eine unzulässige Voreinzahlung handle, wenn der Betrag vor der Anmeldung eingezahlt werde (Schubert, NotBZ 2003, 383). Diese Auffassung kann jedoch nicht richtig sein (Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 350, 353). Denn bei der wirtschaftlichen Neugründung ist überhaupt gar keine Barkapitalaufbringung erforderlich, wenn der Betrag noch wertmäßig als Stammkapital im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (zur Anmeldung vgl. sogleich unten unter Ziff. 5.).

4. Haftung

Erfolgt eine Abtretung der Anteile an der GmbH, bleibt die Haftung der GmbH gegenüber etwaigen Altgläubigern der Gesellschaft unberührt. Besonders problematisch ist allerdings, dass die Gesellschafter nach der wirtschaftlichen Neugründung eine Unterbilanzhaftung treffen kann. Bei einer Unterbilanzhaftung haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten aus der vor der Eintragung aufgenommenen Geschäftstätigkeit für die Differenz zwischen dem (statutarischen) Stammkapital abzüglich des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung entsprechend ihrer Beteiligungsquote (BGH NJW 2012, 1875 Rn. 15). Bei der wirtschaftlichen Neugründung ist maßgeblicher Stichtag für die Haftung der Gesellschafter die Offenlegung der Neugründung gegenüber dem Registergericht (BGH NJW 2012, 1875 Rn. 19). Unterbleibt die Offenlegung der Neugründung, ist die Haftung auf die Unterbilanz begrenzt, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem entweder die wirtschaftliche Neugründung durch die Anmeldung von Satzungsänderungen oder die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist (BGH NJW 2012, 1875 Rn. 20). Damit erstreckt sich die Unterbilanz auch auf Altverbindlichkeiten (Gutachten DNotI-Report 2005, 75, 76). Eine zeitlich in die Zukunft unbegrenzte Verlustdeckungshaftung besteht demgegenüber nicht.

Vor diesem Hintergrund besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass der Neugründer persönlich zur Haftung gezogen wird, wenn sich nachträglich ergeben sollte, dass noch Verbindlichkeiten bestanden haben, die dazu führen, dass eine Unterbilanz besteht. Die bloße Einzahlung des Stammkapitals schützt den Erwerber nicht vor dieser Haftung. Die Literatur warnt deshalb vor Anteilskaufverträgen bei Mantelgesellschaften ausdrücklich, spricht von „unkalkulierbaren Haftungsrisiken“ und meint, dass diese Variante „kaum praxistauglich“ sei (Meyer-Landrut/Habighorst, A. 15 Rn. 204). Die Beteiligten sollten unbedingt über dieses Risiko belehrt werden. Außerdem ist an Freistellungsansprüche im Innenverhältnis und deren Sicherung zu denken (vgl. Meyer-Landrut/Habighorst, A. 15. Rn. 208, Ziff. 4. u. 6).

5. Abgabe der Versicherung

Bei einer wirtschaftlichen Neugründung sind die für die Kapitalaufbringung geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Dies gilt insbesondere auch für die Prüfung der Kapitalaufbringung nach § 9c GmbHG (vgl. BGH DNotZ 2003, 443; NJW 2012, 1875 Rn. 17). Somit ist auch eine Anmeldeversicherung erforderlich (vgl. §§ 7 Abs. 2 u. 3, 8 Abs. 2 GmbHG). Diese bezieht sich nicht nur darauf, dass das Stammkapital zur freien Verfügung eingezahlt ist, sondern beinhaltet von Gesetzes wegen, dass im Anmeldezeitpunkt die Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind (BGH DNotZ 2003, 443, 445). Im Falle der wirtschaftlichen Neugründung müssen jedoch auch etwaige Altverbindlichkeiten durch Barmittel gedeckt sein (vgl. MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 34 Fn. 166). Die Versicherung muss sich daher darauf besitz, dass die Gesellschaft ein Mindestvermögen in Höhe der gesellschaftsvertraglichen Stammkapitalziffer bezieht (OLG Nürnberg, FGPrax 2011, 194, 195; OLG Jena GmbHR 2004, 1468; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, § 3 Rn. 176).

Ähnlich formuliert *Heckschen* (in: Heckschen/Heidinger, § 3 Rn. 230; Hervorhebungen durch das DNotI; vgl. auch Krafka/Kühn, Rn. 1109a):

„Der Gegenstand der Leistungen befindet sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung. **Das Vermögen der Gesellschaft ist abgesehen von dem im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Aufwand [...] durch keinerlei Verbindlichkeiten vorbelastet oder aufgezehrt.**“

Ob der Geschäftsführer indessen eine solche Versicherung abgeben kann, hängt somit davon ab, ob Verbindlichkeiten bestehen, welche zu bilanzieren sind. Das lässt sich nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht sicher feststellen. Im Kontext der Feststellung einer Unterbilanz für die Zwecke von §§ 30 f. GmbHG hat der BGH festgestellt, dass bei der Frage der Überschuldung auch Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 HGB), wie z. B. Gewährleistungsansprüche, zu berücksichtigen sind (BGH DStR 2003, 2128). Dies wird man auch bei der Unterbilanzhaftung annehmen müssen (Weitemeyer, NZG 2006, 648, 649).

Die unterlassene Offenlegung ist zwar wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG strafbewehrt (vgl. BGH NJW 2012, 1875 Rn. 27). Gibt der Geschäftsführer eine falsche Versicherung ab, haftet er jedoch nach § 9a GmbHG analog auf Ersatz (BGH NZG 2011, 1066 [LS. 2]; Krafka/Kühn, Rn. 1109).