

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 197710

letzte Aktualisierung: 07. Juli 2023

GmbHG §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. d; UmwG § 346 n. F.**Versicherung des Geschäftsführers über Inabilitätsgründe; UmRUG; maßgeblicher Zeitpunkt für die Richtigkeit der Geschäftsführerversicherung; Verweis auf § 313 UmwG a. F.****I. Sachverhalt**

Anfang Februar 2023 wurde eine GmbH gegründet. In der Registeranmeldung wurde bei der Versicherung des Geschäftsführers gem. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. d GmbHG a. F. auf § 313 UmwG verwiesen. Anfang März wurde das Stammkapital eingezahlt und die Registeranmeldung übermittelt. Das Registergericht beanstandet nun, dass der Verweis nicht entsprechend der aktuellen Rechtslage auf § 346 UmwG ziele. Das Gericht verlangt einen Berichtigungsvermerk nach § 44a BeurkG.

II. Fragen

1. Ist eine Berichtigung möglich, obwohl zum Zeitpunkt der Beurkundung keine offensichtliche Unrichtigkeit vorlag?
2. Ist eine Änderung überhaupt erforderlich, da zum Zeitpunkt der Erklärungen die Versicherung der geltenden Rechtslage entsprochen hat?

III. Zur Rechtslage**1. Änderung des GmbHG und des UmwG durch das UmRUG**

Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG, BGBl. I 2023, Nr. 51) dient in erster Linie der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU Nr. L 321/2019, 1) und betrifft allem voran die Reform und Neuregelung grenzüberschreitender Umwandlungsmaßnahmen. Mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung, der grenzüberschreitenden Spaltung und dem grenzüberschreitenden Formwechsel (§§ 305-345) befasst sich nun das sechste Buch des UmwG. Die zuvor an dieser Stelle verorteten Normen wurden in das siebte und achte Buch überführt.

Der bisherige § 313 UmwG zur Strafbarkeit unrichtiger Darstellungen ist **zu § 346 UmwG geworden** und das Wort „Umwandlungsbericht“ in Abs. 1 Nr. 1 durch das Wort „Formwechselbericht“ ersetzt worden. Dies führt zu einer konsequenten Folgeänderung des § 6

Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. d GmbHG, in dem für die Inabilität des Geschäftsführers nun auf § 346 UmwG (zuvor § 313 UmwG a. F.) verwiesen wird. In der Anmeldung der GmbH zum Handelsregister gem. § 8 Abs. 3 GmbHG hat der Geschäftsführer u. a. zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die seiner Bestellung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG entgegenstehen.

Der Bundestag hatte das UmRUG am 20.1.2023 angenommen und der Bundesrat hiergegen am 10.2.2023 keinen Einspruch eingelegt, sodass das Gesetz am 22.2.2023 ausgefertigt und am 28.2.2023 verkündet werden konnte. Seit dem 1.3.2023 ist das UmRUG in Kraft.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Richtigkeit der Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG

In der Praxis werden sowohl die Gründung als auch die Anmeldung einer GmbH regelmäßig in demselben Notartermin (vor Eröffnung des Bankkontos) unterzeichnet (Wilke, in: Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2021, Teil 5 Kap. 3 Rn. 25), zumindest dann, wenn die Gründer zugleich auch die Geschäftsführer sind. Zugleich wird der Notar beauftragt, die Anmeldung erst zum Handelsregister einzureichen, wenn er einen Beleg über die Aufbringung des Stammkapitals auf dem Konto der Vor-GmbH erhält, denn andernfalls wäre die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG über die Kapitalaufbringung, die ebenfalls zur Anmeldung gehört und auch im Notartermin für die Gründung unterzeichnet wurde, nicht richtig. Dieses Vorgehen ist möglich, da die Versicherung als verfahrensrechtliche Erklärung nach ganz h. M. erst mit **Eingang beim Registergericht** wirksam wird (KG NZG 2021, 747 Rn. 8; LG Gießen GmbHR 2003, 543; Bärwaldt, GmbHR 2003, 524, 525; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 8 Rn. 9; Kafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 79; ausf. zum Meinungsstand m. w. N. MünchKommGmbHG/Herrler, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 48.). Sie muss also (erst) zu diesem Zeitpunkt richtig sein.

3. Folgen für eine vor dem 1.3.2023 abgegebene Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG

Gingen die Beteiligten wie unter Ziff. 2 beschrieben vor und fand der Gründungstermin vor dem 1.3.2023 statt, so ist zunächst zu differenzieren:

Wurde die Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG in Form einer zusammenfassenden, pauschalen Formulierung abgegeben, wie etwa, der Geschäftsführer sei „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden“ (zur Zulässigkeit Heckschen/Heidinger/Knaier, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 73 f., mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung), so ist die Versicherung zum maßgeblichen Zeitpunkt trotz der Gesetzesänderung richtig.

Wurde die Versicherung jedoch – wie in der Praxis verbreitet – dergestalt abgegeben, dass die einzelnen Straftatbestände des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG **konkret genannt** werden, so enthält sie den Verweis auf § 313 UmwG a. F. Dies dürfte nunmehr grds. unzureichend sein, weil die im Gesetz ausdrücklich genannte Strafbarkeit nach § 346 UmwG n. F. nicht erwähnt ist und – wie eben gesehen – der Zugang beim Register der relevante Zeitpunkt ist.

Nicht unplausibel erscheint uns allerdings folgende Überlegung: Vor dem 1.3.2023 konnte der Geschäftsführer nur gem. § 313 UmwG a. F. verurteilt worden sein – praktisch wird sogar in der ersten Zeit danach eine Verurteilung des Geschäftsführers gem. § 346 UmwG n. F. noch so gut wie ausgeschlossen sein. Wenn man streng auf den Wortlaut abstellt, dann würde eine Versicherung des Geschäftsführers bezogen auf § 346 UmwG (nach Wollenweber, NZG

2023, 297 ist seit dem 1.3.2023 ein Verweis auf § 346 UmwG erforderlich) eine Verurteilung gem. § 313 UmwG a. F. gar nicht umfassen. Das kann aber nach dem Sinn und Zweck der Versicherung keinesfalls gemeint sein. Daraus lässt sich u. E. jedoch zugleich herleiten, dass es nicht auf die Verurteilung nach einer bestimmten „Hausnummer“ ankommt, sondern – sachlich – auf die Verurteilung wegen eines bestimmten Tatbestands. Zumaldest derzeit noch erschien es daher vertretbar, eine auch auf § 313 UmwG a. F. gestützte Versicherung zu akzeptieren. Im konkreten Fall (Eingang der Anmeldung Anfang März 2023) müsste sogar eine allein auf § 313 UmwG a. F. verweisende Versicherung akzeptabel gewesen sein. Jedenfalls wäre diese Versicherung nicht im eigentlichen Sinne falsch gewesen, höchstens unzureichend, weil man zusätzlich die Verurteilung gem. § 346 UmwG hätte einbeziehen müssen (z. B.: „nicht wegen § 313 UmwG a. F. bzw. § 346 UmwG n. F. ... verurteilt“).

4. Ergebnis

Die Versicherung könnte angesichts der neuen Rechtslage unzureichend sein, wobei sich durchaus etwas anderes vertreten lässt. Eine etwaige Korrektur könnte indes nicht gem. § 44a BeurkG erfolgen. Um eine offensichtliche Unrichtigkeit würde es sich bei einer Nichtbeachtung des neugefassten § 346 UmwG wohl nicht handeln. Der Geschäftsführer müsste daher eine neue Versicherung abgeben.