

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang  
Juni 2011  
ISSN 1434-3460

11/2011

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 1 Abs. 2, 2, 3, 20 Abs. 2 – Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf ihre GmbH & Co. KG; Unzulässigkeit; Heilung durch Eintragung im Handelsregister

GmbHG §§ 55, 57; AktG § 242 – Euro-Umstellung bei einer GmbH; Kapitalerhöhung durch Aufstockung der Nennbeträge; Zugrundelegung falscher Beteiligungsverhältnisse; Rechtsfolgen und Heilung fehlerhafter Kapitalerhöhung; Bestätigungsbeschluss; Reparaturbeschluss; Heilungverschmelzung

### Gutachten im Abruf-Dienst

#### Rechtsprechung

GmbHG § 5a – Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 € bei UG (haftungsbeschränkt) auch im Wege der Sacheinlage

GmbHG § 40 Abs. 2 S. 2 – Wortlaut der Notarbescheinigung; zulässige Einschränkungen; Gesellschafterliste

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### UmwG §§ 1, 2, 3, 20 Abs. 2 Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf ihre GmbH & Co. KG; Unzulässigkeit; Heilung durch Eintragung im Handelsregister

#### I. Sachverhalt

Im Januar 2010 wurde die Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf ihre „eigene“ GmbH & Co. KG beurkundet. Neben der Komplementär-GmbH existierte nur noch ein Kommanditist als Gesellschafter. Kurz darauf erfolgte die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister.

#### II. Fragen

1. Ist diese Verschmelzungsvariante in Anbetracht der Entscheidung des OLG Hamm (Beschl. v. 24.6.2010 – I-15 Wx 360/09, DNotZ 2011, 230) zulässig?

2. Greift wegen der hier erfolgten Eintragung die Heilungsvorschrift des § 20 Abs. 2 UmwG?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zulässigkeit der Verschmelzung?

###### a) Ausgangssituation

Durch Wirksamwerden der Verschmelzung mit deren Eintragung im Handelsregister erlischt die übertragende Komplementär-GmbH (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Dadurch verbleibt als einziger Gesellschafter der GmbH & Co. KG der

Kommanditist. Dies führt zum liquidationslosen **Erlöschen der bei der Verschmelzung als aufnehmender Rechtsträger beteiligten KG** (MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 105 Rn. 24).

###### b) OLG Hamm

Das OLG Hamm (DNotZ 2011, 230) hält die Verschmelzung einer Komplementär-GmbH auf ihre Kommanditgesellschaft mit nur einem Kommanditisten für **unzulässig**. Denn dieser Vorgang führe zur **sofortigen Beendigung der KG** bei gleichzeitiger Anwachsung des Vermögens auf den verbleibenden Kommanditisten. Das **UmwG gehe aber in §§ 2, 20 UmwG davon aus, dass** als Ergebnis einer Verschmelzung der **übernehmende Rechtsträger fortbesteht**. Da die Eintragung der Verschmelzung das sofortige Erlöschen des übernehmenden Rechtsträgers zur Folge habe, sei dies nicht der Fall und das Handelsregister mit der Eintragung unrichtig. Dabei hält es das OLG Hamm für unerheblich, ob dasselbe Ergebnis, nämlich die **liquidationslose Beendigung der KG, auch auf anderem Weg** hätte erreicht werden können. In diesem Zusammenhang nennt es die Möglichkeit des Ausscheidens der Komplementär-GmbH oder die Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf den einzigen Kommanditisten.

###### c) Ältere Literatur

In der Literatur vor dem Urteil des OLG Hamm wurde die dort aufgeworfene Problematik nur beiläufig erwähnt und die zugrunde liegende Verschmelzung **unproblematisch für zulässig gehalten** (Heidinger, in: Fachanwalts-handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 2, Kap. 6, § 1 Rn. 174; Mayer, in: Widmann/Mayer,

Umwandlungsrecht, Stand: Juli 2009, § 5 UmwG Rn. 24.7 a. E.). Anderer Ansicht war – soweit ersichtlich – nur *Harry Schmidt* (Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 39 Rn. 19). Mit den vom OLG Hamm aufgegriffenen Argumenten hält er eine solche „Verschmelzung“ nicht für vereinbar mit dem UmwG. Wie eine Reihe von Verschmelzungsvorschriften zeige, gehöre der Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers zu den Voraussetzungen der Verschmelzung. Dies sei als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt und im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergebe sich zudem aus §§ 2, 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG, die eine Anteilsgewährung und als Folge des Wirksamwerdens der Verschmelzung die Übernahme von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger vorsähen. Der Fortbestand der KG könne nicht einmal für eine „logische Sekunde“ angenommen werden (Lutter/H. Schmidt, § 39 Rn. 19, Fn. 4). Im Ergebnis würde dieser „Verschmelzungs“-Fall zu einer in § 1 Abs. 1 UmwG nicht vorgesehenen und damit gem. § 1 Abs. 2 UmwG nicht zulässigen und somit nichtigen Umwandlung führen.

#### d) Reaktionen auf OLG Hamm

In der neueren Literatur wird der Beschluss des OLG Hamm ganz **überwiegend abgelehnt** (Nelißen, NZG 2010, 1291; Schlüter, EWIR 2010, 799; Ege/Klett, DStR 2010, 2463; Weiler, notar 2011, 117, 126; D. Mayer, DAI-Skript, 9. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitsstagung, 1./2.4.2011 in Hamburg, S. 88; zustimmend nur Gößl, DNotZ 2011, 230, 231 ff.). Die vorgenannten Stimmen widerlegen ausführlich die einzelnen Argumente des OLG Hamm:

#### aa) Erlöschen der aufnehmenden KG

Zwar geht der typische Ablauf einer Verschmelzung zunächst vom **Fortbestand** des übernehmenden Rechtsträgers aus. Jedoch spricht ein **idealtypisches Leitbild** allein noch nicht gegen die **Zulässigkeit hiervon abweichender Gestaltungen** (Nelißen, NZG 2010, 1291, 1292). Unzutreffend ist insbesondere der Ansatz des OLG Hamm, dass das Umwandlungsgesetz bei der Verschmelzung zwingend den Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers voraussetze (D. Mayer, DAI-Skript, S. 88). So wird die Vorschrift des § 39 UmwG beispielsweise von einer verbreiteten, wenn gleich bestrittenen Ansicht auch auf aufgelöste übernehmende Rechtsträger angewandt (Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 45 ff. m. w. N.).

Das **Erlöschen der KG** erfolgt bei der vorliegenden Konstellation nicht durch die Verschmelzung selbst, sondern **aufgrund allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Prinzipien**, nach denen der Wegfall eines Gesellschafters bei einer zweigliedrigen Personengesellschaft zwangsläufig zum Erlöschen der Gesellschaft führt. Dies geschieht **erst eine juristische Sekunde nach der Verschmelzung** und damit außerhalb der – dann in sich widerspruchsfreien – Rechtsfolgenanordnung des § 20 Abs. 1 UmwG (Nelißen, NZG 2010, 1291, 1292; Ege/Klett, DStR 2010, 2463, 2465 f.; D. Mayer, DAI-Skript, S. 88; im Ansatz auch Gößl, DNotZ 2011, 230, 232, der aber dann ohne nähere Begründung doch vom Zusammenfallen in einem Akt ausgeht).

Erst mit dem Erlöschen der Komplementär-GmbH (also erst eine **juristische Sekunde nach Eintragung der Verschmelzung**) kommt es zur **Anwachsung des Vermögens** beim verbleibenden Kommanditisten. Denklogisch setzt dies das Wirksamwerden der Verschmelzung voraus, weil erst dann die Komplementär-GmbH als übertragender Rechtsträger erlischt (D. Mayer, DAI-Skript, S. 89).

#### bb) Anteilsgewährung

Da die KG mit Wirksamwerden der Verschmelzung erlischt, werden auch **Bedenken** geäußert, **weil keine Anteile mehr gewährt werden können** (Gößl, DNotZ 2011, 230, 232). Unabhängig von den teilweise gegebenen Verzichtsmöglichkeiten (§ 54 Abs. 1 S. 3 UmwG) ist der Grundsatz der Anteilsgewährung aber nicht dahingehend zu verstehen, dass der übernehmende Rechtsträger für kurze Zeit oder gar für immer fortbestehen muss (Ege/Klett, DStR 2010, 2463, 2465). Die Inkonsequenz dieser Bedenken zeigt sich bereits am Fall der **Einheitsgesellschaft** (Ege/Klett, DStR 2010, 2463, 2466; dies erkennt auch Gößl an, DNotZ 2011, 230, 234). Wäre nämlich einzige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH die KG selbst, dürften der KG als Gesellschafterin des übertragenden Rechtsträgers nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2 UmwG gar keine Anteile gewährt werden.

Außerdem wird die vermeintlich zwingende Rechtsfolgenanordnung des § 20 UmwG bezüglich der Anteilsgewährung **auch in anderen Fällen „umwandlungsfreundlich“ ausgelegt** (Nelißen, NZG 2010, 1291, 1293). Gerade in den Fällen der vorliegend gegebenen **Downstream-Verschmelzung** nimmt die nahezu einhellige Meinung an, dass die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers dessen Anteile am aufnehmenden Rechtsträger **im Wege des Direkterwerbs** übernehmen (vgl. nur Semler/Stengel/Kübler, § 20 Rn. 74). Andernfalls läge aufgrund des Vermögensübergangs auf den übernehmenden Rechtsträger für einen kurzen Moment eine **„Kein-Mann-Gesellschaft“** vor. Im Hinblick auf die Beteiligung des übertragenden Rechtsträgers am übernehmenden Rechtsträger erfolgt daher – anders als in § 20 Nr. 1 UmwG vorgesehen – gar kein Vermögensübergang auf den übernehmenden Rechtsträger, sondern allein und unmittelbar auf die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers.

#### cc) Sonstiges

(1) Der vom OLG Hamm erhobene Einwand, dass das **Handelsregister** mit der Eintragung der Verschmelzung **sofort „unrichtig“** werde, enthält ebenfalls **keinen Widerspruch zu den umwandlungsrechtlichen Vorgaben**. Die Verschmelzung wird nämlich auch registerrechtlich mit der für den Rechtsverkehr erforderlichen Klarheit verlautbart. Eingetragen wird zwar zunächst nur, dass die Komplementär-GmbH auf die KG als übernehmenden Rechtsträger verschmolzen ist (dies bemängelt Gößl, DNotZ 2011, 230, 232 f.). Dass auch die **Kommanditgesellschaft als Folge der Verschmelzung erlischt**, ist aber ein außerumwandlungsrechtlicher Vorgang, der sich kraft Gesetzes vollzieht und ggf. **im Nachgang anzumelden** wäre (Nelißen, NZG 2010, 1291, 1292).

(2) Auch das vom OLG Hamm (ohne weitere Erläuterung) angeführte Argument der Berücksichtigung potenziell betroffener **Arbeitnehmerinteressen** greift nicht durch (Ege/Klett, DStR 2010, 2463, 2466). Denn im Rahmen der Verschmelzung **findet über § 324 UmwG § 613a Abs. 1, 4-6 BGB Anwendung**. Die Arbeitsverhältnisse gehen daher auf den übernehmenden Rechtsträger über. Besteht ein Betriebsrat bei den beteiligten Rechtsträgern, so ist dieser gem. § 5 Abs. 3 UmwG zu informieren. Bei der **nachfolgenden Anwachsung** des Vermögens einer Gesellschaft beim letzten Gesellschafter lässt sich **§ 613a BGB sogar unmittelbar anwenden**, sodass auch in diesem Fall die Arbeitsverhältnisse der nicht widersprechenden Arbeitnehmer übergehen.

(3) Schließlich überzeugt die pauschal vom OLG Hamm angeführte **Beeinträchtigung des Gläubiger- und Verkehrsschutzes** nicht. Die Anteilsgewährung hat im vorliegenden Fall der Verschmelzung auf eine KG keinen gläubigerschützenden Zweck (Ege/Klett, DStR 2010, 2463, 2466). Auch die eventuelle Sicherheitsleistung nach §§ 22 ff. UmwG geht nicht ins Leere, da die Kommanditistin, der das Vermögen der GmbH & Co. KG anwächst, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an ihre Stelle tritt. Daher sind die Gläubiger der übertragenden Komplementär-GmbH jedenfalls **nicht schlechter gestellt**, als sie wären, wenn die Komplementär-GmbH direkt auf die Kommanditistin verschmolzen würde.

#### e) Stellungnahme

Sowohl das OLG Hamm als auch *Gößl* (DNotZ 2011, 230, 231 ff.) verweigern sich u. E. ohne überzeugende Begründung der dogmatisch häufig erforderlichen Vorstellung von zwei gesellschaftsrechtlich zu trennenden Akten, die eine **logische Sekunde nacheinander** stattfinden. In den ablehnenden Stellungnahmen zur Entscheidung des OLG Hamm und auch in der befürwortenden Stellungnahme von *Gößl* wird zu Recht darauf hingewiesen, dass das Erlöschen der KG nicht unmittelbare Folge der Verschmelzung, sondern erst des hiervon zu trennenden Aktes der Schaffung einer Einpersonenkongstellation bei der KG ist. Insofern kann und muss u. E. die **Anteilsgewährungspflicht** für den Gesellschafter der übertragenden Komplementär-GmbH in dem vom OLG Hamm abgelehnten Fall durch Erhöhung des Kapitalkontos des letzten verbleibenden Kommanditisten erfüllt werden. Durch die unmittelbar nachfolgende Auflösung der KG und **Anwachsung ihres Vermögens** beim letzten Kommanditisten gehen diese Kommanditbeteiligungen lediglich sofort wieder unter. U. E. ist von einem Durchgangserwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bei der KG bezüglich des Vermögens der verschmolzenen Komplementär-GmbH auszugehen (so auch Mayer, DAI-Skript, S. 88). Daher sind auch keine Interessen der Arbeitnehmer oder Gläubiger beeinträchtigt. Die Arbeitsverhältnisse werden nach § 613a BGB zunächst auf die Kommanditgesellschaft und dann letztlich auf die Kommanditistin weitergeleitet. Der Anspruch auf **Sicherheitsleistung nach § 22 UmwG** trifft den verbleibenden ehemaligen Kommanditisten, der im Wege der Anwachsung das Vermögen der Kommanditgesellschaft übernimmt. Das Argument der **fehlenden Registerpublizität** überzeugt ebenso nicht. Denn mit der Eintragung der Verschmelzung ist zunächst das Erlöschen der verschmolzenen Komplementär-GmbH und der Übergang des Vermögens auf die Kommanditgesellschaft mit der entsprechenden Anteilsgewährung beim letzten Kommanditisten korrekt ersichtlich. Das unmittelbar darauf folgende **Erlöschen der Kommanditgesellschaft** muss als **weitere eintragungspflichtige Tatsache** im Register der GmbH & Co. KG zusätzlich verlaublich werden. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Vorgang nicht von dem Austritt des vorletzten Gesellschafters aus einer GmbH & Co. KG, der ebenfalls zum materiell-rechtlichen Erlöschen der KG führt. Auch dies kann erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung durch die Eintragung im Handelsregister transparent gemacht werden.

## 2. Heilung durch Eintragung nach § 20 Abs. 2 UmwG

### a) 1. A.: Nichtigkeit trotz Eintragung?

Im Beschluss des OLG Hamm finden sich keine Ausführungen zur Frage der Heilung durch Eintragung im Handelsregister nach § 20 Abs. 2 UmwG. *H. Schmidt* (§ 39

Rn. 19, Fn. 5) will wegen der von ihm unterstellten Nichtigkeit dieses Umwandlungsvorgangs **nicht einmal dessen Wirksamkeit bei einer Handelsregistereintragung** annehmen, da es sich dabei um eine im UmwG nicht vorgesehene „Verschmelzung“ handle (kritisch auch Nelßen, NZG 2010, 1291, 1293, wenn man die unrichtige Prämisse des OLG Hamm als gegeben unterstellt). Dabei verweist er auf die zum LwAnpG ergangene Rechtsprechung des BGH (ZIP 2001, 2006 m. w. N.), die im Zuge der Wiedervereinigung eingetragene Umstrukturierungsvorgänge, die keinerlei Basis in den damaligen Gesetzen fanden, für unwirksam erklärte, obwohl diese im Handelsregister eingetragen waren.

### b) Stellungnahme

Diese von *H. Schmidt* vertretene Ansicht überzeugt u. E. nicht (ebenso Mayer, DAI-Skript, S. 90). Selbst wenn man – entgegen der hier bevorzugten Ansicht – die konzerninterne GmbH & Co. KG-Verschmelzung nicht für zulässig hält, bestehen richtigerweise an deren Bestandskraft nach § 20 Abs. 2 UmwG keine Zweifel. So hat der BGH (ZIP 2001, 2006) bei einer Umwandlung unter – unzulässiger – **Mitwirkung eines aufgelösten Rechtsträgers**, dessen Fortsetzung nicht mehr beschlossen werden konnte (vgl. hierzu § 3 Abs. 3 UmwG), die **heilende Wirkung** der Eintragung der Verschmelzung **ausdrücklich bejaht**. Wird eine Verschmelzung durch Eintragung in das Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers wirksam, so tritt die **umfassende Heilungswirkung nach § 20 Abs. 2 UmwG ein** (vgl. ausführlich Mayer, in: Widmann/Mayer, Stand: Juli 2009, § 4 UmwG Rn. 70). Für die beteiligten Verkehrskreise sind keinerlei Anhaltspunkte erkennbar, dass die hier in Frage stehende, im Handelsregister eingetragene Verschmelzung so gravierend nichtig sein könnte (vgl. Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, Stand: September 2010, § 20 Rn. 398), dass sie keine Grundlage im Umwandlungsrecht fände.

U. E. geht auch der Vergleich mit den Fällen des Landwirtschaftsanpassungssenates fehl. Ganz allgemein ist **Zurückhaltung bei der Übertragung** dieser Grundsätze aus der **Sonderrechtsprechung des Landwirtschaftsanpassungssenats** auf das Umwandlungsrecht geboten (so z. B. Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, § 1 Rn. 32; Henze, BB 1999, 2208; Drygala, WuB II N § 34 LwAnpG 1.00). Darüber hinaus ist die hier durchgeführte Verschmelzung einer GmbH auf eine GmbH & Co. KG zweifelsfrei sowohl als Umwandlungsart als auch bzgl. des beteiligten Rechtsträgers im Umwandlungsrecht vorgesehen. Lediglich die sich daraus ergebende **Sekundärfolge, nämlich das Erlöschen der Kommanditgesellschaft**, wird vom OLG Hamm missbilligt. Dieser Fall kann u. E. nicht mit den Fällen des LwAnpG verglichen werden, in denen Umstrukturierungsmaßnahmen im Handelsregister eingetragen wurden, die im Hinblick auf Konstruktion und Beteiligung der Rechtsträger keinerlei Grundlage im Gesetz fanden.

## 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist die Rechtslage mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung derzeit noch nicht abschließend geklärt. U. E. sprechen allerdings die **besseren Argumente dafür** – entgegen dem Urteil des OLG Hamm – die Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf ihre GmbH & Co. KG für **zulässig zu halten**. Bis zur abschließenden höchstrichterlichen Klärung **empfiehlt es sich in der Praxis** jedoch, **auf die Alternativkonstruktionen auszuweichen**, die selbst nach dem strengen Ansatz des OLG Hamm zulässig sind. Als

solche kommen je nach konkreter Interessenlage und beteiligten Rechtsformen in Betracht (1) das **bloße Ausscheiden der Komplementär-GmbH**, (2) die **Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf den einzigen Kommanditisten**, (3) die **Verschmelzung des einzigen Kommanditisten auf die Komplementär-GmbH** oder (4) eine Sachkapitalerhöhung bei der Komplementär-GmbH unter Einbringung der Kommanditistenstellung (vgl. dazu Gößl, DNotZ 2011, 230; Heidinger, Teil 2, Kap. 6, § 1 Rn. 174). Für Altfälle ist u. E. **durch die Eintragung im Handelsregister Heilung nach § 20 Abs. 2 UmwG** eingetreten.

---

## **GmbHG §§ 55, 57; AktG § 242 Euro-Umstellung bei einer GmbH; Kapital- erhöhung durch Aufstockung der Nenn- beträge; Zugrundelegung falscher Betei- ligungsverhältnisse; Rechtsfolgen und Heilung fehlerhafter Kapitalerhöhung; Be- stätigungsbeschluss; Reparaturbeschluss; Heilungsverschmelzung**

### **I. Sachverhalt**

Im Jahr 2003 stellten die Gesellschafter einer GmbH in einer Gesellschafterversammlung das Stammkapital auf Euro um, beschlossen eine kleinere Kapitalerhöhung und stockten bzw. rundeten die einzelnen Geschäftsanteile entsprechend auf. Die Kapitalerhöhung wurde im Handelsregister eingetragen.

Nun stellt sich anlässlich einer geplanten Geschäftsanteilsabtretung heraus, dass damals zwar alle Gesellschafter handelten, die Stückelung der Anteile und teilweise die Inhaber der Anteile jedoch unrichtig angegeben wurden. Insbesondere waren einzelne Gesellschafter als Alleingesellschafter ausgewiesen, obwohl sie einen Anteil lediglich zusammen mit einem anderen Gesellschafter in GbR hielten. Andererseits wurden Anteile zusammengefasst angegeben, obwohl eine Stückelung in einzelne Anteile bestand.

### **II. Fragen**

1. Kann die Aufstockung/Rundung der Anteile durch Beschluss sämtlicher Gesellschafter oder durch Geschäftsanteilsabtretung in Verbindung mit einer Teilung oder Zusammenlegung nachträglich berichtigt werden?

2. Welche andere Möglichkeit gibt es, den fehlerhaften Beschluss zu heilen oder zu korrigieren?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Unsichere Rechtslage**

Die Frage der fehlerhaften Kapitalerhöhung ist in der Literatur zwar schon verschiedentlich erörtert worden (vgl. insbes. die grundlegenden Aufsätze von Lutter, FS Schilling, 1973, S. 207, und Krieger, ZHR 158 [1994], 34). Rechtlich abgesicherte, praxistaugliche Lösungswege existieren aber derzeit noch nicht. Vor allem fehlt es – soweit ersichtlich – an aussagekräftiger Rechtsprechung.

#### **2. Vorrangige Auslegung**

Im vorliegenden Fall, in dem die Gesellschafter der Kapitalerhöhung falsche Beteiligungsverhältnisse zugrunde legten, könnte womöglich bereits eine Auslegung, hilfsweise eine Umdeutung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 140

BGB, der Annahme einer fehlerhaften Kapitalerhöhung entgegenstehen. Die Auslegung ist insbesondere dann denkbar, wenn sowohl der Zielbetrag des Stammkapitals als auch der Aufstockungsbetrag korrekt beschlossen und im Handelsregister eingetragen wurden. Gläubigerschutzgesichtspunkte erscheinen insoweit nicht gefährdet. Praktisch „absichern“ ließe sich die Auslegung durch einen Klarstellungsbeschluss, der beim Handelsregister mit der Anregung einzureichen wäre, eine ergänzende Eintragung beim Kapitalerhöhungsbeschluss durchzuführen („klar gestellt durch Urkunde vom ...“ – „bestätigt durch Beschluss vom ...“). Allerdings wird das **Ergebnis der Auslegung oder Umdeutung** (welche glatt gestellten, zulässigen Nennbeträge bei welchen Geschäftsanteilen?) **häufig nicht eindeutig** sein.

### **3. Konkrete Unwirksamkeitsgründe**

Verneint man eine Auslegungsmöglichkeit, kommt vorliegend als Unwirksamkeitsgrund zuvörderst ein Verstoß gegen § 55 Abs. 4 i. V. m. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F. bzw. § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG a. F. in Betracht. Denn es ist davon auszugehen, dass die Aufstockungsbeträge bei Zugrundelegung der zutreffenden Beteiligungsverhältnisse nicht zu Nennbeträgen i. S. d. **Teilbarkeitsgebots** führten bzw. dass die Aufstockung mangels einer eindeutigen Zuordnung von Aufstockungsbetrag und Geschäftsanteil überhaupt ins Leere ging. Falls nicht das gesamte im Kapitalerhöhungsbeschluss genannte Stammkapital, sondern nur der Betrag der Stammeinlage der einzelnen Gesellschafter gegen das Teilbarkeitsgebot verstößt, differenzieren *Temme/Küperkoch* (GmbHR 2004, 1556, 1558) zwischen einer Kapitalerhöhung mit Bildung neuer Geschäftsanteile und einer Kapitalerhöhung durch Aufstockung bestehender Geschäftsanteile. Nur bei der Aufstockung sei der Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig, da er selbst alle erforderlichen Angaben, insbesondere die Höhe der neu übernommenen Stammeinlagen, enthalten muss (vgl. auch Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 55 Rn. 25; GroßKommGmbHG/Ulmer, 2008, § 55 Rn. 28). Werden also im Rahmen der Kapitalerhöhung neue Geschäftsanteile gebildet, ist der Kapitalerhöhungsbeschluss als solcher wirksam und lediglich der von diesem zu unterscheidende Zulassungsbeschluss (samt Übernahmeerklärungen) nichtig. Da vorliegend aber eine Aufstockung stattfand, wäre demnach von der Nichtigkeit sowohl des Kapitalerhöhungsbeschlusses als auch des Zulassungsbeschlusses sowie der Übernahmeerklärungen auszugehen.

### **4. Heilungsmöglichkeiten**

Folgende Heilungsmöglichkeiten sind grundsätzlich denkbar:

#### **a) Zusammenlegung von Geschäftsanteilen**

Es wäre zu erwägen, ob zur Erreichung zulässiger Nennbeträge nichtige Geschäftsanteile mit anderen Geschäftsanteilen **zusammengelegt** werden können (vgl. OLG Hamm GmbHR 2003, 899 zur heilenden Glättung krummer Geschäftsanteile durch sofortige Zusammenlegung). U. E. ist jedoch eine Vereinigung von Geschäftsanteilen nur in Ausnahmefällen als Heilungsmöglichkeit anzuerkennen. Sie dürfte jedenfalls versagen, wenn der unwirksame Geschäftsanteil schon längere Zeit „bestanden“ hat (Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 178).

#### **b) Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**

Die h. M. (vgl. nur *Temme/Küperkoch*, GmbHR 2004, 1556, 1557; Scholz/Priester, § 57 Rn. 48; GroßKommGmbHG/

Ulmer, § 57 Rn. 39; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 57 Rn. 28) plädiert für die Anwendung der **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** auch bei mangelhaften, aber im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhungen. Danach hätte die fehlerhafte Kapitalerhöhung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit Bestandswirkung, nicht aber darüber hinaus (zu den Rechtsfolgen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Einzelnen Temme, RNotZ 2004, 1, 3 ff.).

### c) Heilung analog § 242 Abs. 1, 2 AktG

Daneben kommt aber auch eine Heilung des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch **Eintragung im Handelsregister analog § 242 Abs. 1, Abs. 2 AktG** in Betracht. Mängel der notariellen Beurkundung werden sofort, sonstige Mängel nach drei Jahren geheilt. Vorliegend steht eine Nichtigkeit analog § 241 Nr. 3 AktG im Raum, da die Nichtbeachtung von § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F. einen Verstoß gegen das Wesen der GmbH beinhaltet. Die Heilung infolge dreijähriger Eintragung hätte *ex-tunc*-Wirkung, was letztlich zum gleichen Ergebnis wie die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft führen würde (Heidinger, § 10 Rn. 180).

aa) Aber auch nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist ist die Wirkung eines nichtigen Gesellschafterbeschlusses nicht in jedem Fall gesichert. Analog § 242 Abs. 2 S. 3 AktG ist die Löschung eines nichtigen Beschlusses von Amts wegen nach § 144 Abs. 2 FGG bzw. § 398 FamFG auch nach Verstreichen der Frist möglich, dies nämlich dann, wenn der Gesellschafterbeschluss durch seinen Inhalt zwingende gesetzliche Vorschriften verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint (Heidinger, § 10 Rn. 181).

bb) Außerdem kann durch Eintragung in das Handelsregister **nur der Kapitalerhöhungsbeschluss selbst, nicht** aber der nichtige **Zulassungsbeschluss** sowie die fehlerhafte **Übernahmeerklärung** geheilt werden, da letztere gar nicht in das Handelsregister eingetragen wird (Heidinger, § 10 Rn. 182). Die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister dürfte deswegen jedenfalls insoweit keine Heilung bewirkt haben.

### d) Reparaturbeschluss

Teilweise wird im Schrifttum ein sog. **Reparaturbeschluss** empfohlen. Dabei stellt sich die Frage, ob es sich um eine Neuvornahme handelt (so Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1559 m. w. N.) oder der alte Beschluss für die Zukunft durch Bestätigung (vgl. § 244 AktG) fehlerfrei gemacht wird (so allgemein für die Heilung eines anfechtbaren Beschlusses Roth, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 47 Rn. 135). Für das Erfordernis einer Neuvornahme und zugleich gegen die Möglichkeit eines bloßen Bestätigungsbeschlusses spricht, dass weder das Aktienrecht noch das GmbH-Recht die Bestätigung eines nichtigen Gesellschafterbeschlusses kennt (Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1559; GroßKommAktG/K. Schmidt, 4. Aufl. 1995, § 244 Rn. 28; Spindler/Stilz/Würthwein, AktG, 2. Aufl. 2010, § 244 Rn. 2).

aa) Wird ein solcher Reparaturbeschluss gefasst, stellt sich die weitere Frage, was als **Einlagegegenstand** dieser (neu vorgenommenen) Kapitalerhöhung anzusehen ist (vgl. hierzu ausführlich Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1559 f.). In Betracht kommt zum einen die ursprüngliche Einlage, hinsichtlich derer dann allerdings ein Fall der

„Voreinzahlung“ vorläge, zum anderen der Abfindungsanspruch aus der gescheiterten ersten Kapitalerhöhung als Sacheinlage. Temme/Küperkoch sprechen sich mit beachtlichen Gründen dafür aus, dass vor der rechtskräftigen Feststellung der Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses die ursprüngliche Einlage weiterhin Gegenstand der Kapitalerhöhung ist. Ein Abfindungsanspruch, der stattdessen als Sacheinlage einzubringen sein könnte, bestehe nicht, solange die Kapitalerhöhung über die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam zu behandeln ist (vgl. GmbHR 2004, 1556, 1559 f.). In der neuesten Literatur wird dieser Ansatz von *Lieder* (MünchKommGmbHG, 2011, § 57 Rn. 64 ff.) aufgegriffen und für geeignet befunden.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Bereinigung durch Reparaturbeschluss, soweit ersichtlich, nicht durch höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt ist. Gewisse Bedenken bestehen insoweit, als ein solcher Beschluss grundsätzlich nur *ex-nunc*-Wirkung entfalten könnte und daher wie eine neue Kapitalerhöhung zu beurteilen wäre. Als Barkapitalerhöhung, für welche die ursprünglich erbrachte Bareinlageleistung noch schuldtilgende Wirkung hat, ließe sich das Vorgehen aber nur dann ansehen, wenn die bare Einlageleistung zum Zeitpunkt des Korrekturbeschlusses noch gegenständlich vorhanden wäre. Auch die Eintragung eines Bestätigungsbeschlusses mit *ex-tunc*-Wirkung für den Zeitpunkt der ursprünglichen fehlerhaften Kapitalerhöhung stößt auf Bedenken. Genau genommen müsste man einen eventuellen werthaltigen Bereicherungsanspruch im Wege der Sachkapitalerhöhung einbringen.

bb) Unabhängig von der Frage, ob der nichtige Kapitalerhöhungsbeschluss durch den vorstehend beschriebenen Reparaturbeschluss geheilt werden kann und geheilt wird, wären jedenfalls der nichtige **Zulassungsbeschluss** und die **Übernahme der Geschäftsanteile** bzw. des Aufstockungsbetrags unter Beachtung des § 55 Abs. 4 GmbHG (n. F.) **zu wiederholen** (vgl. Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1560).

### e) Verschmelzungslösung

Eine Bereinigung unklarer Geschäftsanteile ist schließlich im Wege der Verschmelzung der betroffenen **auf eine neu zu gründende GmbH** möglich. Zunutze machen lässt sich insoweit die in § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG angeordnete Erlöschenswirkung, mit der etwaige Fehler eines vorhergehenden Kapitalerhöhungsbeschlusses ihre Bedeutung verlieren (Heidinger, § 13 Rn. 393 ff. mit weiteren Vorschlägen zur Bereinigung; Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1561).

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 145, 311b Abs. 1; Landeshaushaltsordnung Rheinland-Pfalz §§ 63 Abs. 3, 6**  
**Rechtswirkungen eines „Angebots“ im Rahmen eines privaten Bieterverfahrens; vorvertragliche Pflichten**  
Abruf-Nr.: 107439

**BGB § 2042**  
**Pfändung eines Miterbenanteils; Abschluss einer Auseinandersetzungsvereinbarung ohne Beteiligung des Miterbschuldners**  
Abruf-Nr.: 105488

**GBO § 29**  
**Formgültigkeit einer beglaubigten Abschrift i. S. d. § 29 GBO**  
Abruf-Nr.: 105193

**AktG §§ 183 Abs. 3, 188 Abs. 2 S. 2 Nr. 3**  
**Sachkapitalerhöhung; Verhältnis von Kosten der Kapitalerhöhung und Nominalbetrag der Grundkapitalerhöhung; Reichweite des Prüfungsauftrages bei Werthaltigkeitsprüfung**  
Abruf-Nr.: 107630

## Rechtsprechung

**GmbHG § 5a**  
**Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 € bei UG (haftungsbeschränkt) auch im Wege der Sacheinlage**

**Das Sacheinlagenverbot nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gilt für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) nicht.**

BGH, Beschl. v. 19.4.2011 – II ZB 25/10  
Abruf-Nr.: 10972

### Problem

In der Literatur ist es **bisher sehr streitig**, ob für die Kapitalerhöhung einer UG (haftungsbeschränkt) auf 25.000.– €, durch die sie zur „regulären“ GmbH wird, das **Sacheinlageverbot** noch gilt, weil es sich bis zur Eintragung der betreffenden **Kapitalerhöhung** noch um eine UG (haftungsbeschränkt) handelt (vgl. dazu schon Abruf-Gutachten Nr. 96024 vom 22.7.2009). Das OLG München hatte dies mit Beschluss vom 23.9.2010 (DNotZ 2011, 313 = DNotI-Report 2010, 207) ebenso wie das OLG Hamburg (BeckRS 2011, 13174) als hier relevante Vorinstanz mit Beschluss vom 12.11.2010 bejaht. Der BGH hob den Beschluss des OLG Hamburg auf und verwies die Sache zurück an das Registergericht.

### Entscheidung

Nach Ansicht des BGH sind die Regelungen des § 5a Abs. 2 S. 2 und Abs. 5 GmbHG **nach ihrem Sinn und Zweck dahin auszulegen**, dass das Sacheinlageverbot für die die Mindeststammkapitalgrenze nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende Kapitalerhöhung nicht gilt. Soweit das Sacheinlageverbot der Verfahrensvereinfachung diene, betreffe dies zwar nur das Gründungsstadium, in welchem die Notwendigkeit einer Sacheinlage nicht bestehe, weil die Gründer das in voller Höhe bar einzuzahlende Stammkapital frei

wählen könnten (Verweis auf BT-Drs. 16/6140, S. 32). Darüber hinaus betont der BGH aber, dass die Anwendung des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht auf die Gründung der UG (haftungsbeschränkt) beschränkt ist. Denn der **Übergang zur vollwertigen GmbH finde erst** mit der – von der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 56 ff. GmbHG abhängigen – **Eintragung der Kapitalerhöhung** in das Handelsregister statt, sodass bis dahin die Sonderregeln für die UG (haftungsbeschränkt) (§ 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG) im Übrigen weiter gelten. In konsequenter Anwendung dieser Überlegungen wertete der BGH kürzlich (Beschl. v. 11.4.2011 – II ZB 9/10, BeckRS 2011, 13393) auch die Neugründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung nach § 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG als Verstoß gegen das Sacheinlageverbot.

Dennoch **greift** nach Ansicht des BGH **das Sacheinlagenverbot** nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG bei der Kapitalerhöhung gem. § 5a HS 1 GmbHG **nicht mehr ein**, wenn die UG (haftungsbeschränkt) ihr Stammkapital so erhöht, dass es den **Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht** oder übersteigt. Eine **strengere Auslegung des § 5a Abs. 2 S. 2, Abs. 5 GmbHG würde die UG (haftungsbeschränkt) gegenüber der Neugründung einer normalen GmbH**, bei der Sacheinlagen geleistet werden dürfen, deutlich in einer den Zielen der Neuregelung widersprechenden Weise **benachteiligen**. Entgegen der Meinung des OLG München und der Vorinstanz **rechtfertigen** laut BGH die **systembedingten Unterschiede zwischen der UG (haftungsbeschränkt) und der normalen GmbH** diese **Ungleichbehandlung nicht**. Die (erfolgreiche) werbend tätige UG (haftungsbeschränkt) solle nach der Gesetzessystematik typischerweise in die normale GmbH übergehen. Dieser Zielrichtung widerspräche es, diesen Übergang ohne sachlichen Grund zu erschweren.

**Keine Ausführungen** enthält der Beschluss des BGH zur Frage der **Volleinzahlung bei einer entsprechenden Barkapitalerhöhung** (vgl. dazu OLG München DNotZ 2011, 313). Diese regelungstechnisch vergleichbar gefasste Einschränkung für die UG (haftungsbeschränkt) (**Volleinzahlungsgebot**, § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG) dürfte für den BGH bei einer Kapitalerhöhung auf 25.000.– € oder darüber dann wohl auch nicht mehr greifen. Eine konsequente Anwendung der Argumentation des BGH würde allerdings zu dem kaum akzeptablen Ergebnis führen, dass für die Kapitalerhöhung auf 25.000.– € nach § 57 Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG nur ein Viertel des Nennbetrags der Kapitalerhöhung eingezahlt werden müsste. Damit könnte man auf Umwegen über die UG (haftungsbeschränkt) durch Stufengründung eine GmbH mit 25.000.– € Stammkapital mit einer baren Einlageleistung von nur 6.251.– € errichten.

---

**GmbHG § 40 Abs. 2 S. 2**  
**Wortlaut der Notarbescheinigung; zulässige Einschränkungen; Gesellschafterliste**

**Bei Einreichung der Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG muss die Notarbescheinigung nicht wortgenau, aber ihrem Sinngehalt nach dem Gesetzestext des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG entsprechen.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.4.2011 – 8 W 120/11  
Abruf-Nr.: 10973

## Problem

Das OLG München (Beschl. v. 27.5.2009, DNotZ 2009, 632 = MittBayNot 2010, 64) hatte einen einschränkenden Zusatz in der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht akzeptiert (dem folgend Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1103). Dort hatte sich die Bescheinigung des Notars betreffend die vorgenommenen Änderungen nicht auf die zuletzt im Handelsregister aufgenommene, sondern die der Anmeldung anliegende Gesellschafterliste bezogen. Daraus schloss das Registergericht im vorliegenden Fall, dass folgende Ergänzung ebenfalls eine unzulässige Einschränkung der Notarbescheinigung darstellt:

*„Die vorstehende Gesellschafterliste enthält mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B.I. meiner Urkunde vom ..., URNr. ..., die Veränderungen, die sich aufgrund meiner vorgenannten Urkunde nach Vollzug der dort in Abschnitt B.II. beschlossenen Kapitalerhöhung im Handelsregister ergeben und stimmt ansonsten mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom 20. Dezember 2004 überein.“*

## Entscheidung

Das OLG Stuttgart widerspricht der Auffassung des Registergerichts, dass die Bescheinigung des Notars genau dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG entsprechen müsse. Der vom Notar gewählte Wortlaut der Bescheinigung müsse nur denselben Inhalt haben, d. h. es muss sich aus der Bescheinigung ebenso eindeutig wie aus dem Gesetzestext ergeben, dass die Eintragungen in der Gesellschafterliste – außer den vom Notar bescheinigten Veränderungen – mit dem Inhalt der sich aus dem Handelsregister ergebenden letzten Eintragung übereinstimmen. Dabei nimmt das OLG Stuttgart allerdings sehr **ungenau auf die sich aus dem Handelsregister ergebende letzte Eintragung statt auf die** in § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG geforderte **„zuletzt im Handelsregister aufgenommene Liste“** Bezug.

Der Notar bescheinigt laut OLG Stuttgart nur, dass die geänderten Eintragungen in der Gesellschafterliste den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, nicht aber, dass diese Veränderungen wirksam sind. **Legitimations- und Rechtsscheinsträger** ist dementsprechend **nur** die in das Handelsregister **aufgenommene Gesellschafterliste** und nicht die Notarbescheinigung (OLG Jena DNotZ 2011, 65 m. w. N.; vgl. hierzu auch OLG Stuttgart MDR 2009, 1313; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rn. 65 m. w. N.). Das OLG Stuttgart **gesteht dem Notar zu**, Auslegungszweifel in Bezug auf den Inhalt seiner Bescheinigung zu vermeiden und eine entsprechende **Einschränkung aufzunehmen**, wenn die von § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG vom Notar verlangte Bescheinigung in ihrem **Sinngehalt nicht irgendwie verändert** wird. Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Bescheinigung nach Auffassung des Gerichts.

## Literaturhinweise

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de.**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.  
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg