

Die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
aus

Conrad Bernhard Dreier
Dortmund
2008

Die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
aus

Conrad Bernhard Dreier
Dortmund
2008

Erster Berichtstatter:
Zweiter Berichtstatter:
Dekan:
Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Wolfram Timm
Prof. Dr. Ingo Saenger
Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer
03.06.2008

Meinen Eltern

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit lag im Wintersemester 2006/2007 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation vor. Sie wurde von Herrn Prof. Dr. Wolfram Timm betreut, dem ich an dieser Stelle dafür danken möchte.

Herrn Prof. Dr. Ingo Saenger danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, die meine Dissertation in allen Phasen unterstützt und mich in meiner Arbeit bestärkt haben.

Dortmund, im Juni 2008

Conrad Bernhard Dreier

Inhaltsverzeichnis:

A. Einleitung	1
<i>I. Die Vorratsgesellschaft.....</i>	<i>2</i>
1. Zulässigkeit der offenen bzw. verdeckten Vorratsgründung	3
2. Motive für Erwerb und Verwendung einer Vorratsgesellschaft	6
<i>II. Die Mantelgesellschaft</i>	<i>9</i>
1. Zulässigkeit von Mantelkauf und Mantelverwendung	10
2. Motive für Mantelkauf und Mantelverwendung	11
B. Die Haftung bei der Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften.....	12
<i>I. Die Haftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft.....</i>	<i>12</i>
1. Die analoge Anwendung des Gründungsrechts bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	13
a) Die formell-rechtliche Präventivkontrolle im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung	14
aa) Gründungsaufwand und sonstige Kosten	20
bb) Verdeckte Sacheinlagen.....	21
(1) Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage im Allgemeinen.....	21
(2) Verdeckte Sacheinlagen bei der Vorratsgründung	22
(a) Darlehensauszahlung als Verkehrsgeschäft.....	22
(b) Heilung verdeckter Sacheinlagen	24
(3) Verdeckte Sacheinlagen bei der wirtschaftlichen Neugründung.....	27
(4) Die Nachgründung bei der wirtschaftlichen Neugründung	28
b) Stellungnahme.....	28
aa) Analogievoraussetzungen.....	28
(1) Verfahrensrechtliche Besonderheiten.....	29
(2) Planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage.....	29
bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung des Gründungsrechts	32
2. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung.....	32
a) Die Konzeption der Unterbilanzhaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	33
b) Die Konzeption der Verlustdeckungshaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	36
aa) Das Haftungskonzept bei der rechtlichen Neugründung.....	37
bb) Übertragung der Grundsätze auf die wirtschaftliche Neugründung	37
c) Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung nur bei Geschäftsaufnahme mit Zustimmung aller Gesellschafter?.....	38
d) Die Rechtsfolge der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung.....	40
aa) Innen- oder Außenhaftung?.....	40
bb) Der Adressat der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung	42
e) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung	43
f) Stellungnahme	44
aa) Analogievoraussetzungen.....	44
bb) Sonstige Bedenken.....	46
3. Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung	47
a) Der Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung	48
b) Die Rechtsfolge der materiellen Unterkapitalisierung.....	49
aa) Der Adressat der Haftung	49
bb) Innen- oder Außenhaftung?	50

cc) Haftungsumfang	51
4. Handelndenhaftung	51
a) Funktionen der Handelndenhaftung	52
aa) Straffunktion.....	52
bb) Sicherungsfunktion	52
cc) Druckfunktion	53
dd) Ausgleichsfunktion	53
b) Die Konzeption der Handelndenhaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	53
aa) Handeln nach dem Erwerb der Gesellschaft (Normalfall)	54
bb) Handeln vor dem Erwerb der Gesellschaft (Ausnahme)	55
cc) Handeln mit Zustimmung aller Gesellschafter	57
c) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung	59
d) Stellungnahme.....	59
aa) Analogievoraussetzungen.....	59
bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung der Handelndenhaftung	60
5. Die Haftung gemäß § 179 I BGB	61
6. Die Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB).....	62
a) Die Haftung der Gesellschaft aus culpa in contrahendo	62
b) Die Haftung der Gesellschaftsorgane aus culpa in contrahendo	63
aa) Wirtschaftliches Eigeninteresse	65
bb) Inanspruchnahme besonderen Vertrauens	65
7. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung.....	66
a) Allgemeine Haftungsvoraussetzungen.....	67
b) Haftungsumfang.....	68
c) Die Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG.....	68
8. Die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)	70
a) Allgemeine Haftungsvoraussetzungen.....	70
b) Rechtsfolgen und Beweislast	71
9. Zusammenfassung	71
<i>II. Die Haftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft</i>	<i>72</i>
1. Die analoge Anwendung des Gründungsrechts bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft.....	72
a) Verfahrensrechtliche Besonderheiten	72
aa) Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der Umorganisation..	73
(1) Abgrenzungskriterien und deren Eignung	74
(2) Gründe für die Postulierung einer Offenlegungspflicht	79
bb) Die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog	80
cc) Sonstige Unterschiede zur registergerichtlichen Kontrolle bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft	82
(1) Registergerichtliche Kontrolle auch ohne Satzungsänderungen?	82
(2) Wiederauffüllung des Stamm- bzw. Grundkapitals	82
(3) Verdeckte Sacheinlagen	85
(4) Verjährung der Einlageansprüche	85
b) Verbesserungs- bzw. Alternativvorschläge zur Konstruktion des BGH	86
aa) Verbesserungsvorschläge unter Beibehaltung des Grundkonzepts.....	86
bb) Umkehr der Beweislast	88
cc) Das Modell der Mantelverhinderung	90
(1) Auflösung bei Zweckerledigung	90
(2) Erlöschen bei Zweckerledigung	90
(3) Erlöschen bei Vermögenslosigkeit	91

c) Stellungnahme	92
aa) Analogievoraussetzungen	92
(1) Verfahrensrechtliche Besonderheiten	92
(2) Planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage	93
bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung des Gründungsrechts	94
2. Die Haftung gemäß § 9a I GmbHG bzw. §§ 46 I S.1, 48 S.1 AktG analog	96
a) Tatbestandsvoraussetzungen	96
b) Verschulden	97
c) Rechtsfolgen	98
d) Verjährung	98
3. Die Haftung für sonstige Schädigungen der Gesellschaft	98
a) Tatbestandsvoraussetzungen	99
b) Verschulden	99
c) Rechtsfolgen	99
d) Verjährung	99
4. Die Differenzhaftung (§ 9 GmbHG analog)	100
a) Tatbestandsvoraussetzungen	100
b) Verjährung	100
5. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung	101
a) Die Konzeption der Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft	101
b) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung der Konstruktion des BGH	102
c) Alternativvorschlag zur Konstruktion des BGH unter Zugrundelegung der Beweislastumkehr	103
d) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung des Alternativvorschlages	103
e) Stellungnahme	104
aa) Analogievoraussetzungen	104
bb) Sonstige Bedenken	105
6. Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung	105
7. Handelndenhaftung	106
a) Die Konzeption der Handelndenhaftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft	107
b) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung der Konstruktion des BGH	107
c) Alternativvorschlag zur Konstruktion des BGH unter Zugrundelegung der Beweislastumkehr	108
d) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung des Alternativvorschlages	108
e) Stellungnahme	108
aa) Analogievoraussetzungen	108
bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung der Handelndenhaftung	109
8. Die Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB)	109
9. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung	109
10. Die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)	110
11. BGH-Konstruktion vs. Umkehr der Beweislast	110
12. Zusammenfassung	111

C. Richtlinien zur Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH.....	112
D. Die Verfassungskonformität der Rechtsprechung des BGH.....	115
E. Altfälle.....	117
<i>I. Vertrauensschutz.....</i>	<i>118</i>
<i>II. Einschränkungen</i>	<i>119</i>
<i>III. Auswirkungen des MoMiG auf Altfälle</i>	<i>120</i>
F. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf ausländische Kapitalgesellschaften	122
<i>I. Sitztheorie</i>	<i>122</i>
<i>II. Gründungstheorie.....</i>	<i>122</i>
<i>III. Die Entscheidungen des EuGH.....</i>	<i>123</i>
1. „Daily Mail“	123
2. „Centros“	124
3. „Überseering“	125
4. „Inspire Art“	125
<i>IV. Die aktuelle Rechtsprechung des BGH</i>	<i>126</i>
<i>V. Folgerungen für die Behandlung der wirtschaftlichen Neugründung.....</i>	<i>127</i>
<i>VI. Haftungsrechtliche Konsequenzen</i>	<i>129</i>
<i>VII. Plausibilität der die wirtschaftliche Neugründung behandelnden Rechtsfortbildung in Zeiten des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.....</i>	<i>131</i>
G. Fazit	133

Literaturverzeichnis:

- Ahrens, Claus* Kapitalgesellschaftliche Mantelverwendung und Vorgesellschafterhaftung
DB 1998, S.1069-1073
(zitiert: *Ahrens*, DB 1998, Seite)
- Altmeyden, Holger* Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH
ZIP 2002, S.1553-1563
(zitiert: *Altmeyden*, ZIP 2002, Seite)
- Altmeyden, Holger* Zur Mantelverwendung in der GmbH
NZG 2003, S.145-149
(zitiert: *Altmeyden*, NZG 2003, Seite)
- Altmeyden, Holger* Zur Verwendung eines „alten“ GmbH-Mantels
DB 2003, S.2050-2054
(zitiert: *Altmeyden*, DB 2003, Seite)
- Altmeyden, Holger* Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften
NJW 2004, S.97-104
(zitiert: *Altmeyden*, NJW 2004, Seite)
- Altmeyden, Holger* Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung aus „deutsch-europäischer“ Sicht
NJW 2005, S.1911-1915
(zitiert: *Altmeyden*, NJW 2005, Seite)
- Altmeyden, Holger/ Wilhelm, Jan* Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH
NJW 1999, S.673-681
(zitiert: *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, Seite)
- Ammon, Ludwig* Anmerkung zu BayObLG vom 24.3.1999
DStR 1999, S.1039-1040
(zitiert: *Ammon*, DStR 1999, Seite)
- Auernhammer, Bernhard* Anmerkung zu BGH vom 9.12.2002
RNotZ 2003, S.195-196
(zitiert: *Auernhammer*, RNotZ 2003, Seite)
- Banerjee, Nirmal Robert* Die rechtliche Behandlung des Mantelkaufs
GmbHR 1998, S.814-817
(zitiert: *Banerjee*, GmbHR 1998, Seite)
- Banerjee, Nirmal Robert* Das Stammkapital und die Verwertung von Vorratsgesellschaften
NZG 1999, S.817-818
(zitiert: *Banerjee*, NZG 1999, Seite)

- Banerjea, Nirmal Robert* Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifiziert faktischen Konzern
ZIP 1999, S.1153-1162
(zitiert: *Banerjea*, ZIP 1999, Seite)
- Bärwaldt, Roman/
Balda, Sabine* Praktische Hinweise für den Umgang mit Vorrats- und Mantelgesellschaften – Teil 1: Vorratsgesellschaften
GmbHHR 2004, S.50-53
(zitiert: *Bärwaldt/Balda*, GmbHHR 2004, Seite)
- Bärwaldt, Roman/
Balda, Sabine* Praktische Hinweise für den Umgang mit Vorrats- und Mantelgesellschaften – Teil 2: Mantelgesellschaften
GmbHHR 2004, S.350-354
(zitiert: *Bärwaldt/Balda*, GmbHHR 2004, Seite)
- Bärwaldt, Roman/
Schabacker, Joachim* Keine Angst vor Mantel- und Vorratsgesellschaften
GmbHHR 1998, S.1005-1014
(zitiert: *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHHR 1998, Seite)
- Baumbach, Adolf/
Hueck, Alfred* GmbH-Gesetz, 18. Auflage, 2006, München
(zitiert: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter*; § Rn.)
- Bayer, Walter* Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen
BB 2003, S.2357-2366
(zitiert: *Bayer*, BB 2003, Seite)
- Bayer, Walter* Unwirksame Leistungen auf die Stammeinlage und nachträgliche Erfüllung – Zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 2.12.2002 – II ZR 101/02
GmbHHR 2004, S.445-457
(zitiert: *Bayer*, GmbHHR 2004, Seite)
- Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Auflage, 2002, München
(zitiert: *BeckHdbGmbH*; § Rn.)
- Bennecke, Matthias/
Geldsetzer, Annette* Wann verjähren Einlageforderungen von Kapitalgesellschaften? Zur Anwendung der neuen Zehnjahresfrist auf Altfälle
NZG 2006, S.7-10
(zitiert: *Bennecke/Geldsetzer*, NZG 2006, Seite)
- Bergmann, Andreas* Die Handelnden-Haftung als Ausgleich fehlender Registerpublizität
GmbHHR 2003, S.563-573
(zitiert: *Bergmann*, GmbHHR 2003, Seite)
- Beuthien, Volker* Vertretungsmacht bei der Vor-GmbH – erweiterbar oder unbeschränkbar?
NJW 1997, S.565-567
(zitiert: *Beuthien*, NJW 1997, Seite)

- Bitter, Georg* Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns“ – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH – WM 2001, S.2133-2141
(zitiert: *Bitter*, WM 2001, Seite)
- Bock, Volker* Das personale Substrat der Körperschaft beim Mantelkauf und die zeitliche Anwendung des § 8 Abs.4 KStG n.F. GmbHR 2003, S.497-502
(zitiert: *Bock*, GmbHR 2003, Seite)
- Bohrer, Michael* Kann eine GmbH wirtschaftlich neu gegründet werden? Von Mänteln, Mimikry-Gesellschaften und Vertrauenshaftung DNotZ 2003, S.888-907
(zitiert: *Bohrer*, DNotZ 2003, Seite)
- Bommert, Rainer* GmbH-Mantelkauf und Gründungsrecht GmbHR 1983, S.209-213
(zitiert: *Bommert*, GmbHR 1983, Seite)
- Borges, Georg* Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz ZIP 2004, S.733-744
(zitiert: *Borges*, ZIP 2004, Seite)
- Bormann, Michael/
Halaczinsky, Markus* Vorratsgesellschaft und Kapitalaufbringung – Oder: „ Wer schlecht zahlt, zahlt doppelt“ GmbHR 2000, S.1022-1028
(zitiert: *Bormann/Halaczinsky*, GmbHR 2000, Seite)
- Bormann, Michael* Anmerkung zu BGH vom 12.6.2006 GmbHR 2006, S.984-985
(zitiert: *Bormann*, GmbHR 2006, Seite)
- Bormann, Michael* Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf die Kapitalaufbringung GmbHR 2006, S.1021-1025
(zitiert: *Bormann*, GmbHR 2006, Seite)
- Börner, Andreas* Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M. vom 4.11.1998 GmbHR 1999, S.34
(zitiert: *Börner*, GmbHR 1999, Seite)
- von Bredow, Felix/
Schumacher, Thorsten* Registerkontrolle und Haftungsrisiken bei der Verwendung von GmbH-Mantelgesellschaften DStR 2003, S.1032-1037
(zitiert: *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, Seite)
- Brox, Hans* Allgemeiner Teil des BGB, 28.Auflage, 2004, Köln-Berlin-München
(zitiert: *Brox*, AT; Rn.)

- Brox, Hans* Allgemeines Schuldrecht,
27. Auflage, 2000, München
(zitiert: *Brox*, AS; Rn.)
- Burgard, Ulrich* Die Förder- und Treupflicht des Alleingeschafters einer
GmbH
ZIP 2002, S.827-839
(zitiert: *Burgard*, ZIP 2002, Seite)
- Butz, Wolf-Dieter* Die Mantelverwertung bei der GmbH
GmbHHR 1972, S.270-275
(zitiert: *Butz*, GmbHHR 1972, Seite)
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff,
1982, Wien-New York
(zitiert: *Bydlinski*; Seite)
- Bydlinski, Franz* Hauptpositionen zum Richterrecht
JZ 1985, S.149-155
(zitiert: *Bydlinski*, JZ 1985, Seite)
- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Haftung für fahrlässige Verletzungen der Konkursantrags-
pflicht nach § 64 GmbHG
JZ 1993, S.649-652
(zitiert: *Canaris*, JZ 1993, Seite)
- Clausnitzer, Jochen/
Blatt, Andreas* Das neue elektronische Handels- und Unternehmensregister
Ein Überblick über die wichtigsten Veränderungen aus Sicht
der Wirtschaft
GmbHHR 2006, S.1303-1308
(zitiert: *Clausnitzer/Blatt*, GmbHHR 2006, Seite)
- Crisolli, Karl August* Scheingründungen und Mantelverwertung
JW 1934, S.936-940
(zitiert: *Crisolli*, JW 1934, Seite)
- Dauner-Lieb, Barbara/
Heidel, Thomas/
Lepa, Manfred/
Ring, Gerhard* Das Neue Schuldrecht, 2002, Heidelberg
(zitiert: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Bearbeiter*; § Rn.)
- Dichtl, Andreas* Anmerkung zu AG Bad Segeberg vom 24.3.2005
GmbHHR 2005, S.886-888
(zitiert: *Dichtl*, GmbHHR 2005, Seite)
- Dierksmeier, Jochen* Die englische Ltd. in Deutschland –Haftungsrisiko für Be-
rater
BB 2005, S.1516-1523
(zitiert: *Dierksmeier*, BB 2005, Seite)

- Ebenroth, Thomas/
Müller, Andreas* Vorratsgründungen im Kapitalgesellschaftsrecht zwischen ökonomischen Bedürfnissen und der Registereintragung
DNotZ 1994, S.75-87
(zitiert: *Ebenroth/Müller*, DNotZ 1994, Seite)
- Eidenmüller, Horst* Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt – Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittfeld von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH
JZ 2004, S.24-33
(zitiert: *Eidenmüller*, JZ 2004, Seite)
- Eidenmüller, Horst* Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz
NJW 2005, S.1618-1621
(zitiert: *Eidenmüller*, NJW 2005, Seite)
- Emde, Raimond* Vorratsgesellschaft und Kapitalaufbringung – Oder: Wer gezahlt hat, hat gezahlt
GmbHHR 2000, S.1193-1194
(zitiert: *Emde*, GmbHHR 2000, Seite)
- Emde, Raimond* Vorratsgesellschaft und verschleierte Sacheinlage- Zweiter Teil des Themas „Wer gezahlt hat, hat gezahlt“
GmbHHR 2003, S.1034-1040
(zitiert: *Emde*, GmbHHR 2003, Seite)
- Emde, Raimond* Anmerkung zu OLG Schleswig vom 27.1.2005
GmbHHR 2005, S.361-363
(zitiert: *Emde*, GmbHHR 2005, Seite)
- Emde, Raimond* Anmerkung zu BGH vom 9.1.2006
GmbHHR 2006, S.308-310
(zitiert: *Emde*, GmbHHR 2006, Seite)
- Erman* Bürgerliches Gesetzbuch, Band II (§§ 812-2385),
11. Auflage, 2004, Münster-Köln
(zitiert: *Erman/Bearbeiter*; § Rn.)
- Ettinger, Jochen/
Reiff, Gunter* Heilungsmöglichkeiten der fehlerhaften Kapitalaufbringung bei der Vorrats-GmbH
GmbHHR 2005, S.324-330
(zitiert: *Ettinger/Reiff*, GmbHHR 2005, Seite)
- Feddersen, Dieter* Die Nutzung des Verlustvortrages beim Mantelkauf
BB 1987, S.1783-1788
(zitiert: *Feddersen*, BB 1987, Seite)

- Gerber, Olaf* Das Gründungsrecht der Vorrats-AG – Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung zur Vorrats-GmbH auf die Verwendung einer Vorrats-AG
Rpfleger 2004, S.469-472
(zitiert: *Gerber*, Rpfleger 2004, Seite)
- Goette, Wulf* Anmerkung zu BGH vom 9.12.2002
DStR 2003, S.300-301
(zitiert: *Goette*, DStR 2003, Seite)
- Goette, Wulf* Haftungsfragen bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften und „leeren“ GmbH-Mänteln
DStR 2004, S.461-465
(zitiert: *Goette*, DStR 2004, Seite)
- Goette, Wulf* Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe
ZIP 2006, S.541-546
(zitiert: *Goette*, ZIP 2006, Seite)
- Göz, Philipp/
Gehlich, Jens* Die Haftung von Gesellschafter und Geschäftsführer bei Verwendung eines GmbH-Mantels
ZIP 1999, S.1653-1660
(zitiert: *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, Seite)
- Gronstedt, Sebastian* Vorratsgesellschaften: Praktische Konsequenzen nach der neuen BGH-Rechtsprechung
BB 2003, S.860-862
(zitiert: *Gronstedt*, BB 2003, Seite)
- Gronstedt, Sebastian* Anmerkung zu BGH vom 7.7.2003
BB 2003, S.2082-2083
(zitiert: *Gronstedt*, BB 2003, Seite)
- Grooterhorst, Johannes* Praktische Probleme beim Erwerb einer Vorrats-AG
NZG 2001, S.145-149
(zitiert: *Grooterhorst*, NZG 2001, Seite)
- Großfeld, Bernhard/
Luttermann, Claus* Anmerkung zu EuGH vom 27.9.1988
JZ 1989, S.386-387
(zitiert: *Großfeld/Luttermann*, JZ 1989, Seite)
- Großkommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-75),
3. Auflage, 1973, Berlin-New York
(zitiert: *GroßKommAktG/Bearbeiter* (3. Aufl.); § Rn.)
- Großkommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-53),
4. Auflage, 2004, Berlin
(zitiert: *GroßKommAktG/Bearbeiter*; § Rn.)

- Grunewald, Barbara* Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, 2005, Tübingen
(zitiert: *Grunewald*; Teil Abschnitt Rn.)
- Grunewald, Barbara* Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 2002, Tübingen
(zitiert: *Grunewald* (5. Aufl.); Teil Abschnitt Rn.)
- Gummert, Hans* Anmerkung zu LG Hamburg vom 28.1.1997
WiB 1997, S.646-647
(zitiert: *Gummert*, WiB 1997, Seite)
- Gummert, Hans* Die Haftungsverfassung der Vor-GmbH nach der jüngsten
Rechtsprechung des BGH
DStR 1997, S.1007-1011
(zitiert: *Gummert*, DStR 1997, Seite)
- Haas, Ulrich/
Müller, Henning* Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers im Zusammen-
hang mit Unternehmens(ver)käufen
GmbHHR 2004, S.1169-1180
(zitiert: *Haas/Müller*, GmbHHR 2004, Seite)
- Hachenburg, Max* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haf-
tung (GmbHG) – Großkommentar, Band 1 (§§ 1-34),
8. Auflage, 1992, Berlin-New York
(zitiert: *Hachenburg/Bearbeiter*; § Rn.)
- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
3. Auflage, 2003, Baden-Baden
(zitiert: *HK-BGB/Bearbeiter*; § Rn.)
- Heerma, Jan Dirk* Mantelverwendung und Kapitalaufbringungspflichten,
1997, Köln
(zitiert: *Heerma*; Seite)
- Heerma, Jan Dirk* Die Haftung des Handelnden beim Mantelkauf
GmbHHR 1999, S.640-646
(zitiert: *Heerma*, GmbHHR 1999, Seite)
- Heidenhain, Martin* Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes
auf die wirtschaftliche Neugründung einer Gesellschaft
NZG 2003, S.1051-1054
(zitiert: *Heidenhain*, NZG 2003, Seite)
- Heidinger, Andreas* Die Haftung und die Vertretung in der Gründungsphase der
GmbH im Vergleich zur (kleinen) Aktiengesellschaft
GmbHHR 2003, S.189-197
(zitiert: *Heidinger*, GmbHHR 2003, Seite)
- Heidinger, Andreas* Der Gläubigerschutz bei der „wirtschaftlichen Neugründung“
von Kapitalgesellschaften
NZG 2003, S.1129-1134
(zitiert: *Heidinger*, NZG 2003, Seite)

- Heidinger, Andreas* Die wirtschaftliche Neugründung – Grenzen der analogen Anwendung des Gründungsrechts
ZGR 2005, S.101-132
(zitiert: *Heidinger*, ZGR 2005, Seite)
- Herchen, Hilke* Vorratsgründung, Mantelverwendung und geräuschlose Beseitigung der GmbH
DB 2003, S.2211-2216
(zitiert: *Herchen*, DB 2003, Seite)
- Heyer, Jan-Peter/
Reichert-Clauß, Andrea* Sichere Verwendung von Vorratsgesellschaften – die Anforderungen der Rechtsprechung
NZG 2005, S.193-196
(zitiert: *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, Seite)
- Hüffer, Uwe* Aktiengesetz, 7. Auflage, 2006, München
(zitiert: *Hüffer*; § Rn.)
- Ihrig, Christoph* Die Verwertung von GmbH-Mänteln
BB 1988, S.1197-1203
(zitiert: *Ihrig*, BB 1988, Seite)
- Jacobs, Matthias* Die Verwendung eines GmbH-Mantels als wirtschaftliche Neugründung
DZWIR 2004, S.309-317
(zitiert: *Jacobs*, DZWIR 2004, Seite)
- Jauernig* Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 2003, München
(zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*; § Rn.)
- Kallmeyer, Harald* Mehrfachaufbringung des Stammkapitals einer GmbH
GmbHHR 2003, S.322-325
(zitiert: *Kallmeyer*, GmbHHR 2003, Seite)
- Kallmeyer, Harald* Ist die Wiederbelebung einer Mantel-GmbH wirklich strenger zu behandeln als der Formwechsel einer AG in eine GmbH?
DB 2003, S.2583-2584
(zitiert: *Kallmeyer*, DB 2003, Seite)
- Kantak, Ralf* Mantelgründung und Mantelverwendung bei der GmbH,
1989, München
(zitiert: *Kantak*; Seite)
- Keller, Dirk* Mantelgründung und Mantelkauf bei der GmbH aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht
DZWIR 1998, S.230-234
(zitiert: *Keller*, DZWIR 1998, Seite)

- Keller, Dirk* Aktuelle Haftungsrisiken bei Mantelkauf, Mantelverwendung und Vorratsgründung
DZWIR 2005, S.133-139
(zitiert: *Keller*, DZWIR 2005, Seite)
- Kessler, Christian* Anmerkung zu BGH vom 7.7.2003
ZIP 2003, S.1790-1793
(zitiert: *Kessler*, ZIP 2003, Seite)
- Kiethe, Kurt* Die Renaissance des § 826 BGB im Gesellschaftsrecht
NZG 2005, S.333-338
(zitiert: *Kiethe*, NZG 2005, Seite)
- Kleindiek, Detlef* Zur Gründerhaftung in der Vor-GmbH
ZGR 1997, S.427-448
(zitiert: *Kleindiek*, ZGR 1997, Seite)
- Kluger, Daniel/
Löhr, Dirk* Internationaler Mantelkauf
DB 2005, S.791-794
(zitiert: *Kluger/Löhr*, DB 2005, Seite)
- Knobbe-Keuk, Brigitte* Umzug von Gesellschaften in Europa
ZHR 154 (1990), S.325-356
(zitiert: *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), Seite)
- Kober, Bernd* Sonderformen des Beteiligungskaufes: Der Mantelkauf,
1995, Frankfurt a.M.
(zitiert: *Kober*; Seite)
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-75),
2. Auflage, 1988, Köln-Berlin-Bonn-München
(zitiert: KölnKommAktG/*Bearbeiter*; § Rn.)
- Krafka, Alexander* Die wirtschaftliche Neugründung von Kapitalgesellschaften
ZGR 2003, S.577-590
(zitiert: *Krafka*, ZGR 2003, Seite)
- Kraft, Alfons* Gesellschaftsrechtliche Probleme der Vorratsgründung einer
Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter
Haftung
DStR 1993, S.101-105
(zitiert: *Kraft*, DStR 1993, Seite)
- Krupske, Katrin* Öffnung statt Sperre? Auf der Suche nach einer Alternativlösung
zu § 8 Abs.4 KStG
GmbHR 2006, S.741-746
(zitiert: *Krupske*, GmbHR 2006, Seite)
- Lachmann, Andreas* Risikobeschränkung bei Gründung von Kapitalgesellschaften
NJW 1998, S.2263-2265
(zitiert: *Lachmann*, NJW 1998, Seite)

- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, 1991, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest (zitiert: *Larenz*; Seite)
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, 1995, Heidelberg (zitiert: *Larenz/Canaris*; Seite)
- Lehder, Anne* Vorrats- und Mantelgesellschaften, 2005, Bonn (zitiert: *Lehder*; Seite)
- Lehmann, Matthias* Registerrechtliche Anmeldepflicht für EU-Auslandsgesellschaften – ein zahnloser Tiger? NZG 2005, S.580-582 (zitiert: *Lehmann*, NZG 2005, Seite)
- Leuter, Gerd/
Langner, Olaf* Anmerkung zu LG Kiel vom 20.4.2006 GmbHR 2006, S.713-715 (zitiert: *Leuter/Langner*, GmbHR 2006, Seite)
- Lindemaier, Jörg* Die Versicherung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber dem Registergericht zur Sicherung der Kapitalaufbringung RNotZ 2003, S.503-513 (zitiert: *Lindemaier*, RNotZ 2003, Seite)
- Lübbert, Rainer* Verwendung einer Vorratsgesellschaft – Gründungsaufwand ohne Vorteil? BB 1998, S.2221-2224 (zitiert: *Lübbert*, BB 1998, Seite)
- Lutter, Marcus/
Hommelhoff, Peter* GmbHG-Gesetz, Kommentar, 15. Auflage, 2000, Köln (zitiert: *Lutter/Hommelhoff* (15. Aufl.); § Rn.)
- Lutter, Marcus/
Hommelhoff, Peter* GmbHG-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, 2004, Köln (zitiert: *Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter*; § Rn.)
- Lutter, Marcus* Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH JuS 1998, S.1073-1080 (zitiert: *Lutter*, JuS 1998, Seite)
- Mayer, Ulrich* Mantelkauf und Mantelverwendung – (k)ein Problem? NJW 2000, S.175-179 (zitiert: *Mayer*, NJW 2000, Seite)
- Meilicke, Wienand* Droht Überregulierung für Vorratsgesellschaften? BB 2003, S.857-860 (zitiert: *Meilicke*, BB 2003, Seite)

- Meller-Hannich, Caroline* Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften und Prüfung durch das Registergericht
ZIP 2000, S.345-350
(zitiert: *Meller-Hannich*, ZIP 2000, Seite)
- Mennicke, Petra* Anmerkung zu AG Duisburg vom 8.8.1997
NZG 1998, S.196
(zitiert: *Mennicke*, NZG 1998, Seite)
- Meyding, Thomas* Die Mantel-GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht,
1989, Konstanz
(zitiert: *Meyding*; Seite)
- Meyer, Justus* Neue und alte Mäntel im Kapitalgesellschaftsrecht
ZIP 1994, S.1661-1668
(zitiert: *Meyer*, ZIP 1994, Seite)
- Michalski, Lutz* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I (§§ 1-34), 2002, München
(zitiert: *Michalski/Bearbeiter*; § Rn.)
- Michalski, Lutz* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band II (§§ 35-86), 2002, München
(zitiert: *Michalski/Bearbeiter*; § Rn.)
- Müller, Wolfgang/
Müller, Sebastian* Ausländische Gesellschaftsformen – eine wirkliche Alternative für deutsche GmbH-Unternehmer? 1. Teil: Deutsche GmbH, französische S.A.R.L. und spanische SLNE
GmbHHR 2006, S.583-587
(zitiert: *Müller/Müller*, GmbHHR 2006, Seite)
- Müller, Wolfgang/
Müller, Sebastian* Ausländische Gesellschaftsformen – eine wirkliche Alternative für deutsche GmbH-Unternehmer? 2. Teil: Englische Ltd., niederländische B.V., Fazit
GmbHHR 2006, S.640-643
(zitiert: *Müller/Müller*, GmbHHR 2006, Seite)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, 2003, München
(zitiert: MünchHdbGesR/*Bearbeiter* (Band 3); § Rn.)
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 2. Auflage, 1999, München
(zitiert: MünchHdbGesR/*Bearbeiter* (Band 4); § Rn.)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-53), 2. Auflage, 2000, München
(zitiert: MünchKommAktG/*Bearbeiter*; § Rn.)

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 (§§ 53a-75),
2. Auflage, 2003, München
(zitiert: MünchKommAktG/Bearbeiter; § Rn.)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3 (§§ 76-117),
2. Auflage, 2004, München
(zitiert: MünchKommAktG/Bearbeiter; § Rn.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 241-432),
4. Auflage, 2001, München
(zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter; § Rn.)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (§§ 705-853),
4. Auflage, 2004, München
(zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter; § Rn.)
- Nolting, Ekkehard* Registerrechtliche Gründungsprüfung beim Erwerb von Mantel- und Vorratsgesellschaften
ZIP 2003, S.651-655
(zitiert: *Nolting*, ZIP 2003, Seite)
- Oldemanns, Thomas Stephan* Vorratsgründung und Mantelverwendung – Alternativmöglichkeiten zum gesetzlichen Gründungsverfahren?
2004, Köln
(zitiert: *Oldemanns*; Seite)
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, 2006, München
(zitiert: *Palandt/Bearbeiter*; § Rn.)
- Peetz, Carsten* Anmerkung zu BGH vom 9.12.2002
GmbHR 2003, S.229-231
(zitiert: *Peetz*, GmbHR 2003, Seite)
- Peetz, Carsten* Anmerkung zu BGH vom 7.7.2003
GmbHR 2003, S.1128-1130
(zitiert: *Peetz*, GmbHR 2003, Seite)
- Peetz, Carsten* Noch einmal – die Mantelverwendung
GmbHR 2004, S.1429-1437
(zitiert: *Peetz*, GmbHR 2004, Seite)
- Peters, Birgitta* Der GmbH-Mantel als gesellschaftsrechtliches Problem,
1989, Köln
(zitiert: *Peters*; Seite)
- Peus, Egon A.* Mantelverwendung – Bundesrichterrecht und Landesfiskushaftung
NZG 2003, S.610-613
(zitiert: *Peus*, NZG 2003, Seite)

- Poertzgen, Christoph* Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung bei GmbH und GmbH& Co.KG
GmbHHR 2006, S.1182-1187
(zitiert: *Poertzgen*, GmbHHR 2006, Seite)
- Poertzgen, Christoph* Die künftige Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG
NZI 2007, S.15-17
(zitiert: *Poertzgen*, NZI 2007, Seite)
- Preuß, Nicola* Die Wahl des Satzungssitzes im geltenden Gesellschaftsrecht und nach dem MoMiG-Entwurf
GmbHHR 2007, S.57-63
(zitiert: *Preuß*, GmbHHR 2007, Seite)
- Priester, Hans-Joachim* Festschrift 100 Jahre GmbHG, 1992, Köln
(zitiert: *Priester*, FS-GmbHG; Seite)
- Priester, Hans-Joachim* Die Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der GmbH – ein notwendiger Grundsatz?
ZIP 1982, S.1141-1153
(zitiert: *Priester*, ZIP 1982, Seite)
- Priester, Hans-Joachim* Mantelverwendung und Mantelgründung bei der GmbH
DB 1983, S.2291-2299
(zitiert: *Priester*, DB 1983, Seite)
- Priester, Hans-Joachim* Beginn der Rechtsperson – Vorräte und Mäntel –
ZHR 168 (2004), S.248-264
(zitiert: *Priester*, ZHR 168 (2004), Seite)
- Raiser, Thomas/
Veil, Rüdiger* Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, 2006, München
(zitiert: *Raiser/Veil*; § Rn.)
- Riegger, Bodo* Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis
ZGR 2004, S.510-530
(zitiert: *Riegger*, ZGR 2004, Seite)
- Riesenbeck, Tim* Diskussionsbericht
ZHR 168 (2004), S.265-267
(zitiert: *Riesenbeck*, ZHR 168 (2004), Seite)
- Römermann, Volker* Der Entwurf des „MoMiG“ – die deutsche Antwort auf die Limited
GmbHHR 2006, S.673-681
(zitiert: *Römermann*, GmbHHR 2006, Seite)
- Roth, Günter/
Altmeyen, Holger* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 5. Auflage, 2005, München
(zitiert: *Roth/Altmeyen/Bearbeiter*; § Rn.)

- Rowedder, Heinz/
Schmidt-Leithoff, Christian* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage, 2002, München
(zitiert: *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter*; § Rn.)
- Sailer, Andreas* Anmerkung zu BGH vom 9.12.2002
NotBZ 2003, S.157
(zitiert: *Sailer*, NotBZ 2003, Seite)
- Schaub, Bernhard* Anmerkung zu BGH vom 9.12.2002
DNotZ 2003, S.447-452
(zitiert: *Schaub*, DNotZ 2003, Seite)
- Schaub, Bernhard* Vorratsgesellschaften vor dem Aus?
NJW 2003, S.2125-2130
(zitiert: *Schaub*, NJW 2003, Seite)
- Schick, Rainer* GmbH-Mantelkauf und verdeckte Sacheinlage
GmbHR 1997, S.982-986
(zitiert: *Schick*, GmbHR 1997, Seite)
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht,
4.Auflage, 2002, Köln-Berlin-Bonn-München
(zitiert: *Schmidt*, GR; § Absatz Seite)
- Schmidt, Karsten* Vorratsgründung, Mantelkauf und Mantelverwendung
NJW 2004, S.1345-1353
(zitiert: *Schmidt*, NJW 2004, Seite)
- Schmidt, Karsten* GmbH-Reform, Solvenzgewährleistung und Insolvenzpraxis
– Gedanken zum MoMiG-Entwurf –
GmbHR 2007, S.1-11
(zitiert: *Schmidt*, GmbHR 2007, Seite)
- Scholz, Franz* Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-44),
9.Auflage, 2000, Köln
(zitiert: *Scholz/Bearbeiter*; § Rn.)
- Scholz, Franz* Kommentar zum GmbHG, Band II (§§ 45-87),
9. Auflage, 2002, Köln
(zitiert: *Scholz/Bearbeiter*; § Rn.)
- Schumacher, Thorsten* Verwendung „gebrauchter“ GmbH-Mäntel? – Zugleich An-
merkung zum BGH-Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02
DStR 2003, S.1884-1887
(zitiert: *Schumacher*, DStR 2003, Seite)
- Schütz, Bernhard* Haftungsfragen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen
Neugründung
NZG 2004, S.746-751
(zitiert: *Schütz*, NZG 2004, Seite)

- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2/2 (§§ 433-515), 11. Auflage, 1986, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*; § Rn.)
- Swoboda, Jörg* Die Anwendung der Vorschriften zur „verschleierte Sachgründung“ im Zusammenhang mit der „wirtschaftlichen Neugründung“ von Vorratsgesellschaften GmbHR 2005, S.649-656 (zitiert: *Swoboda*, GmbHR 2005, Seite)
- Thaeter, Ralf/
Meyer, Stefan* Vorratsgesellschaften - Folgerungen für die Praxis aus der Entscheidung des BGH vom 9.12.2002, DB 2003, S.330 DB 2003, S.539-541 (zitiert: *Thaeter/Meyer*, DB 2003, Seite)
- Thaeter, Ralf* Von Mänteln und Vorräten – zur Figur der wirtschaftlichen Neugründung – Zugleich Anmerkung zu BGH-Beschluss vom 7.7.2003 – II ZB 4/02, DB 2003 S.2055 DB 2003, S.2112-2115 (zitiert: *Thaeter*, DB 2003, Seite)
- Ulmer, Peter* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Band I (§§ 1-28), 2005, Tübingen (zitiert: *GroßkommGmbHG/Bearbeiter*; § Rn.)
- Ulmer, Peter* Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH unter Verwendung eines GmbH-Mantels BB 1983, S.1123-1127 (zitiert: *Ulmer*, BB 1983, Seite)
- Ulmer, Peter* Volle Haftung des Gesellschafter/Geschäftsführers einer GmbH für Gläubigerschäden aus fahrlässiger Konkursverschleppung? NJW 1983, S.1577-1582 (zitiert: *Ulmer*, NJW 1983, Seite)
- Ulmer, Peter* Die GmbH und der Gläubigerschutz GmbHR 1984, S.256-264 (zitiert: *Ulmer*, GmbHR 1984, Seite)
- Ulmer, Peter* Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH ZIP 1996, S.733-739 (zitiert: *Ulmer*, ZIP 1996, Seite)
- Ulmer, Peter* Anmerkung zu BGH vom 24.6.2002 JZ 2002, S.1049-1052 (zitiert: *Ulmer*, JZ 2002, Seite)

- Ulmer, Peter* Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften
 NJW 2004, S.1201-1210
 (zitiert: *Ulmer*, NJW 2004, Seite)
- Ulrich, Stephan* Verwendung von Vorratsgesellschaften und gebrauchten Gesellschaftsmänteln nach dem BGH-Beschluss vom 7. Juli 2003 = WM 2003, 1814
 WM 2004, S.915-921
 (zitiert: *Ulrich*, WM 2004, Seite)
- Ulrich, Stephan* Verwendung von gebrauchten Gesellschaftsmänteln: Die Behandlung von Altfällen
 GmbHR 2005, S.900-904
 (zitiert: *Ulrich*, GmbHR 2005, Seite)
- Vetter, Jochen* Rechtsfolgen existenzvernichtender Eingriffe
 ZIP 2003, S.601-612
 (zitiert: *Vetter*, ZIP 2003, Seite)
- Wachter, Thomas* Der Entwurf des „MoMiG“ und die Auswirkungen auf Auslandsgesellschaften
 GmbHR 2006, S.793-801
 (zitiert: *Wachter*, GmbHR 2006, Seite)
- Wälzholz, Eckhard* Vorbelastungshaftung und Vertrauensschutz bei gebrauchten GmbH-Mänteln oder: der Nebel lichtet sich langsam
 NZG 2005, S.203-205
 (zitiert: *Wälzholz*, NZG 2005, Seite)
- Weimar, Robert* Abschied von der Gesellschafter- und Handelnden-Haftung im GmbH-Recht?
 GmbHR 1988, S.289-299
 (zitiert: *Weimar*, GmbHR 1988, Seite)
- Werner, Rüdiger* Mantelgründungen und Handelndenhaftung – Stellungnahme zu KG, NZG 1998, 731f.
 NZG 1999, S.146-149
 (zitiert: *Werner*, NZG 1999, Seite)
- Werner, Rüdiger* Aktiengesellschaften von der Stange?
 NZG 2001, S.397-402
 (zitiert: *Werner*, NZG 2001, Seite)
- Werner, Rüdiger* Anmerkung zu OLG Hamburg vom 19.11.2004
 GmbHR 2005, S.167-168
 (zitiert: *Werner*, GmbHR 2005, Seite)
- Werner, Rüdiger* Aktuelle Probleme beim Einsatz von Vorratsgesellschaften
 DStR 2005, S.525-529
 (zitiert: *Werner*, DStR 2005, Seite)

- Wicke, Hartmut* Risiko Mantelverwendung – Die wirtschaftliche Neugründung vor der Reform des GmbH-Rechts
NZG 2005, S.409-414
(zitiert: *Wicke*, NZG 2005, Seite)
- Wiedemann, Herbert* Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, München
(zitiert: *Wiedemann*, GR; Seite)
- Wilhelm, Jan* Umgehungsverbote im Recht der Kapitalaufbringung
ZHR 167 (2003), S.520-545
(zitiert: *Wilhelm*, ZHR 167 (2003), Seite)
- Wilhelmi, Rüdiger* Die „neue“ Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter der GmbH
ZIP 2003, S.45-55
(zitiert: *Wilhelmi*, ZIP 2003, Seite)
- Wilhelmi, Rüdiger* Zur Begründung und der Konsequenzen der analogen Anwendung der Gründungsvorschriften auf die Verwendung eines gebrauchten Mantels
DZWIR 2004, S.177-187
(zitiert: *Wilhelmi*, DZWIR 2004, Seite)
- Zimmer, Daniel* Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?
NJW 2003, S.3583-3592
(zitiert: *Zimmer*, NJW 2003, Seite)
- Zwissler, Thomas* Überlegungen zum Einsatz von Vorratsgesellschaften
GmbHHR 1999, S.856-857
(zitiert: *Zwissler*, GmbHHR 1999, Seite)

Wegen der Abkürzungen wird verwiesen auf:

- Kirchner, Hildebert/
Butz, Cornelia* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
5. Auflage, 2003, Berlin

A. Einleitung

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der Frage der Haftung der Gesellschafter, Geschäftsführer etc. bei der Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften. Diese Fragestellung hat durch zwei kurz aufeinander folgende Beschlüsse des BGH aus den Jahren 2002¹ und 2003² nicht nur an Aktualität, sondern auch an Brisanz gewonnen, nachdem sich dieser seit den frühen neunziger Jahren³ zu der Gesamtproblematik der Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft nicht mehr geäußert hatte. So haben die in der näheren Vergangenheit ergangenen Beschlüsse das Recht der Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften durch Anwendung gründungsrechtlicher Vorschriften fortgebildet. Ohne bereits zu weit vorgreifen zu wollen, lässt sich grob sagen, dass der für gesellschaftsrechtliche Fragen zuständige II. Zivilsenat deren Verwendung der rechtlichen Neugründung gleichgestellt hat, mit der Folge, dass unter anderem die aus der GmbH-Gründung bekannten Haftungsinstitute der Unterbilanz- bzw. Handelndenhaftung Anwendung finden sollen. Diese Rechtsfortbildung sorgte nicht nur für Klarheit in einer bis zu diesem Zeitpunkt divergierenden Rechtsprechung⁴, sondern entfachte zugleich die bis dahin fast zum Erliegen gekommene Diskussion in der Literatur aufs Neue.

Ziel dieser Arbeit soll nunmehr zum einen sein, die zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturmeinungen zu ordnen und auszuwerten, in der Hoffnung, die Diskussion in geordnete Bahnen lenken zu können, zum anderen Antworten auf die bis dato noch weitgehend offenen Fragestellungen zu finden. Ersteres soll im Wege einer kritischen Auseinandersetzung erfolgen, um auf diese Weise einen, so weit möglich, allen Interessen genügenden und der jeweiligen Situation angemessenen Lösungsansatz für die jeweiligen Probleme zu finden. Letzteres beinhaltet etwa die grundlegende Frage der Verfassungsmäßigkeit der neuen Rechtsprechung des BGH, da auch hier zum Teil Bedenken geäußert werden⁵. Würde man ihr diese absprechen, gäbe es de lege lata etwa kaum eine Möglichkeit, den Missbrauch von Mantelgesellschaften einzudämmen⁶. Geht man hingegen von der Verfassungskonformität aus, zieht dies eine Vielzahl weiterer Fragen nach sich. So gilt es dann nämlich zu klären, ob sich die Rechtsprechung auch auf ausländische Kapitalgesellschaften (z.B. die englische Private Company Limited by Shares – „Limited“) übertragen lässt. Käme man hier zu einem negativen Ergeb-

¹ Beschluss vom 9.12.2002 – II ZB 12/02, BGHZ 153, 158 = NJW 2003, 892.

² Beschluss vom 7.7.2003 – II ZB 4/02, BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198.

³ Beschluss vom 16.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323 = NJW 1992, 1824.

⁴ Während sich etwa das OLG Celle (GmbHR 2002, 1066) und das OLG Brandenburg (NJW-RR 2002, 971) für eine entsprechende Anwendung der gründungsrechtlichen Vorschriften aussprachen, wurde dies hingegen vom OLG Frankfurt (GmbHR 1992, 456) sowie vom BayObLG (GmbHR 1999, 607) verneint.

⁵ *Altmeyen*, DB 2003, 2051f.; *Kallmeyer*, DB 2003, 2583; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051.

⁶ Derzeit kann eine Löschung von Amts wegen gemäß § 141a I S.1 FGG (früher § 2 Löschg) erst bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft vorgenommen werden.

nis, ließe sich die höchstrichterliche Rechtsfortbildung problemlos dadurch aushebeln, dass der Markt mit deutschen Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften einfach gegen solche ausländischer Herkunft vertauscht wird. Dieser Gesichtspunkt lässt einen aber generell fragen, ob eine erweiterte Haftung der Gesellschafter und Organe einer GmbH bzw. AG in Zeiten des nunmehr vom EuGH⁷ eingeläuteten Wettbewerbs der Rechtsordnungen überhaupt noch sachgerecht ist oder ob nicht dadurch vielmehr das deutsche Gesellschaftsrecht im internationalen Vergleich sehenden Auges geschwächt wird. Zumindest der Gesetzgeber scheint diese Gefahr erkannt zu haben, plant er doch schon seit geraumer Zeit – zuletzt durch den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ – die Anforderungen an das gesetzliche Mindeststammkapital der GmbH herunterzuschrauben, um so ihre Attraktivität im Wirtschaftsleben aufrecht zu erhalten⁸. Dies lädt dazu ein, einmal die Auswirkungen der anstehenden Reform auf die Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften näher zu untersuchen. Dabei dürfte dieser nicht zuletzt auch bei der noch weitgehend ungeklärten Frage der Übertragbarkeit der neuen Rechtsprechung auf Altfälle eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen.

Zum Aufbau dieser Arbeit sei angemerkt, dass zunächst allgemein auf die Charakteristika von Vorrats- und Mantelgesellschaften eingegangen und dabei die Entwicklung der hierzu ergangenen Rechtsprechung nachgezeichnet werden soll, bevor mit der Erörterung des Schwerpunkts, der haftungsrechtlichen Problematik, begonnen wird. Dort werden zunächst die in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Haftungsinstitute in all ihren Facetten dargestellt, bevor sodann die grundlegende Frage nach ihrer Anwendbarkeit und Zweckmäßigkeit in den Mittelpunkt rückt. Im Anschluss daran sollen Richtlinien mit dem Ziel der Minimierung des Haftungsrisikos beim Ingangsetzen von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH erarbeitet werden. Nachstehend wird ein Versuch der Beantwortung der weitergehenden Fragen unternommen.

Abschließend werden die gewonnenen Ergebnisse in einem Fazit mit Blick auf die künftig zu erwartende Entwicklung zusammengefasst.

I. Die Vorratsgesellschaft

Eine Vorratsgesellschaft wird mit dem Zweck gegründet, zwar registerrechtlich eingetragen zu werden und damit als Rechtsträger zur Verfügung zu stehen, jedoch erst dann im Rechts-

⁷ EuGH, NJW 2002, 3614 („Überseering“); EuGH, NJW 2003, 3331 („Inspire Art“).

⁸ Bestrebungen dieser Art lagen ebenfalls dem Entwurf eines „Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG)“ zugrunde (BR-Drucks. 619/05).

verkehr in Erscheinung zu treten, wenn entweder Dritte die Anteile an der Gesellschaft erwerben und in Gang setzen⁹ oder dies durch den gegenwärtigen Gesellschafter geschieht¹⁰. Dieser Vorgang wird von Rechtsprechung und Literatur als sog. „wirtschaftliche Neugründung“ bezeichnet¹¹. Per definitionem soll eine solche vorliegen, wenn eine vorhandene Gesellschaft als Unternehmensträger herangezogen wird, obwohl eine Neugründung angezeigt wäre, wobei hierfür Unternehmenslosigkeit der Gesellschaft und deren Verwandlung in eine Unternehmensträgerin durch Aufbau eines neuen oder durch Einbringung eines vorhandenen Unternehmens erforderlich sind¹². Indizien dafür sind etwa gemäß § 54 GmbHG bzw. § 181 AktG erfolgende eintragungspflichtige Satzungsänderungen, wie etwa die des Unternehmensgegenstandes, die Neufassung der Firma, die Verlegung des Gesellschaftssitzes und die Neubestellung der Organmitglieder¹³, wobei diese Merkmale nach Ansicht des BGH¹⁴ nicht kumulativ erfüllt sein müssen. Dies verdeutlicht, dass jede Kapitalgesellschaft sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich gegründet wird, wobei der Gründungsakt erst mit der Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit seinen Abschluss findet¹⁵. Vorratsgesellschaften als „inaktive“ Gesellschaften können die Rechtsform der GmbH bzw. AG haben, wobei ersterer unter anderem aufgrund ihrer Flexibilität¹⁶ in der Praxis die größere Bedeutung zukommt¹⁷.

1. Zulässigkeit der offenen bzw. verdeckten Vorratsgründung

Der Kauf einer Vorratsgesellschaft richtet sich nach den §§ 433, 453 BGB¹⁸, die Übertragung der Gesellschaftsanteile, das Verfügungsgeschäft, erfolgt im Falle einer Vorrats-GmbH gemäß § 15 I GmbHG, im Falle einer Vorrats-AG bei Namensaktien gemäß den §§ 10, 68 AktG und bei Inhaberaktien gemäß § 929 S.1 BGB¹⁹. Es galt jedoch einen steinigen Weg zurückzulegen, bis ein solcher Kauf Realität werden konnte. So bestand über die Zulässigkeit der Gründung einer Vorratsgesellschaft, auch als „Fasson-“²⁰ bzw. „Mantelgründung“²¹ bezeich-

⁹ *Krafka*, ZGR 2003, 579.

¹⁰ *Schmidt*, GR; § 4 III S.68.

¹¹ BGH, NJW 1992, 1826; BGH, NJW 2003, 892 (1. Leitsatz); *GroßKommAktG/Röhricht*; § 23 Rn. 119; *Priester*, DB 1983, 2291; *Ulmer*, BB 1983, 1123; kritisch *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1009f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051; *Lehder*; S.67ff..

¹² *Schmidt*, GR; § 4 III S.71 m.w.N..

¹³ *Grooterhorst*, NZG 2001, 146; *Ulrich*, WM 2004, 916.

Eine Ausnahme stellen Vorratsgesellschaften, die zum Beteiligungserwerb eingesetzt werden, dar. Dort finden nicht zwangsläufig Satzungsänderungen statt (*Nolting*, ZIP 2003, 653).

¹⁴ BGH, NJW 2003, 893f..

¹⁵ *Krafka*, ZGR 2003, 590; *Goette*, DStR 2003, 300f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1350.

¹⁶ Das GmbHG enthält keine dem § 23 V AktG entsprechende Norm.

¹⁷ *GroßKommAktG/Röhricht*; § 23 Rn.119; *Schmidt*, GR; § 4 III S.67.

¹⁸ *Palandt/Putzo*; § 453 Rn.3; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*; § 15 Rn.13.

Form und Inhalt des Kauf- und Abtretungsvertrages werden durch das MoMiG nicht unmittelbar berührt.

¹⁹ *Grunewald*; 2.C. Rn.195.

²⁰ KG, JFG 1, 201.

net, lange Zeit Uneinigkeit. Teilweise wurde sie unter anderem aufgrund der Befürchtung, dass bei einer späteren Verwendung der Gesellschaft die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten, für unzulässig gehalten²². Jedoch setzte sich spätestens mit dem Beschluss des BGH²³ aus dem Jahre 1992 die Erkenntnis durch, dass die Vorratsgründung als solche, dem Zweck des Gründungsrechts, die reale Aufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Ausgleich für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu gewährleisten, nicht zuwider läuft, da eine Vorratsgesellschaft wie jede andere Gesellschaft auch, den ihr nach Gesetz und Satzung zustehenden Haftungsfonds erhält und sich auf die Einhaltung der gesetzlichen Gründungsvorschriften vom Registergericht kontrollieren lassen muss. Vielmehr stellte man fest, dass das Hauptaugenmerk nicht auf die Vorratsgründung, sondern auf die spätere Verwendung²⁴ zu richten ist, wird erst hier die Gefahr der Umgehung der Gründungsvorschriften akut²⁵. Zur Lösung dieses Problems wird unter anderem eine erneute formell-rechtliche Präventivkontrolle durch das Registergericht im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung im Wege der analogen Anwendung des Gründungsrechts (§ 9c i.V.m. §§ 8 II, 7 II, III GmbHG analog bzw. § 38 I i.V.m. §§ 37 I S.1, 36 II, 36a AktG analog) vorgeschlagen²⁶.

Auch wenn die vorstehenden Ausführungen anderes verheißen mögen, wäre es dennoch ein Trugschluss, nunmehr davon auszugehen, dass der Errichtung inaktiver Kapitalgesellschaften in jeglicher Form nichts mehr im Wege stehe. Vielmehr hat der BGH in seinem eben genannten Beschluss unter Zustimmung des überwiegenden Teils der Literatur²⁷ allein der sog. „offenen Vorratsgründung“, bei der der Vorratscharakter durch die Benennung des Unternehmensgegenstandes nach § 3 I Nr.2 GmbHG, § 23 III Nr.2 AktG als „Verwaltung eigenen Vermögens²⁸“ unmissverständlich zum Vorschein kommt, den rechtlichen Segen erteilt. Wei-

²¹ *Priester*, DB 1983, 2291.

²² KG, JFG 1, 200; KG, JFG 3, 193; OLG Köln, BB 1987, 711; GroßKommAktG/Barz (3. Aufl.); § 23 Anmerkung 13; *Ihrig*, BB 1988, 1201.

²³ BGH, NJW 1992, 1825f. ergangen nach einem Vorlagebeschluss durch das OLG Stuttgart, DB 1992, 133ff..

²⁴ Teilweise wird auch die Verwendung einer Vorratsgesellschaft als „Mantelverwendung“ bezeichnet (*Priester*, DB 1983, 2291). Dies birgt jedoch die Gefahr von Verwechslungen mit der Verwendung einer Mantelgesellschaft und geht somit auf Kosten der Übersichtlichkeit. Da der zuweilen in der Literatur herangezogene Begriff der „Verwertung“ (*Crisolli*, JW 1934, 939) mit Negativassoziationen behaftet ist, soll im Folgenden der neutrale Begriff der „Verwendung“ herangezogen werden.

²⁵ BGH, NJW 1992, 1826.

²⁶ BGH, NJW 1992, 1826; BGH, NJW 2003, 892; *Priester*, DB 1983, 2295ff.; *Ulmer*, BB 1983, 1125f..

Auf die Frage, ob es einer solchen Kontrolle wirklich bedarf, wird noch einzugehen sein.

²⁷ MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.91; Palandt/Heinrichs § 134 Rn.29; *Ulmer*, BB 1983, 1123f.; *Priester*, DB 1983, 2298f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1347.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass das Problem der Zulässigkeit der Vorratsgründung nicht von dem in der Satzung angegebenen Unternehmensgegenstand abhängt, sondern vielmehr von der Frage, ob nicht unzulässigerweise eine juristische Person ohne Verbandszweck geschaffen werde, was aber nach geltendem Recht zu verneinen sei (*Schmidt*, GR; § 4 III S.70).

²⁸ BGH, NJW 1992, 1824; *Priester*, DB 1983, 2298; *Meyer*, ZIP 1994, 1662; *Peus*, NZG 2003, 611.

terhin unwirksam soll hingegen die sog. „verdeckte Vorratsgründung“ sein. Charakteristisch für diese ist die Angabe eines fiktiven Unternehmensgegenstandes, also das Fehlen der Absicht, mit der Gesellschaft eine ihrer Satzung entsprechende Geschäftstätigkeit aufzunehmen²⁹. Nichts anderes gilt für den Fall, dass der Unternehmensgegenstand nicht in absehbarer Zeit verwirklicht werden soll³⁰. Die unzutreffende Angabe des Unternehmensgegenstands soll zur Nichtigkeit dieses Satzungsbestandteils und infolgedessen der gesamten Satzung führen, wobei noch ungeklärt ist, ob sich diese aus § 117 BGB³¹ oder § 134 BGB³² oder unmittelbar aus § 3 I Nr.2 GmbHG bzw. § 23 III Nr.2 AktG wegen Nichterfüllung einer zwingenden gesetzlichen Gründungsbestimmung³³ ergibt. Auch der BGH³⁴ ließ den dogmatischen Anknüpfungspunkt letztlich offen. Gegen eine Herleitung aus § 117 BGB lässt sich anführen, dass dieser eine empfangsbedürftige Willenserklärung und das Einverständnis des Erklärungsempfängers mit ihrer Abgabe zum Schein voraussetzt, woran es jedenfalls bei der Einpersonengründung fehlt³⁵. Nicht weniger problematisch gestaltet sich der Weg über § 134 BGB, erfordert dieser, dass es sich bei § 3 I Nr.2 GmbHG bzw. § 23 III Nr.2 AktG um Verbotsnormen handelt. Dagegen spricht aber bereits deren rechtliche Ausgestaltung. Insofern ließe sich die Nichtigkeitsfolge allenfalls unmittelbar aus § 3 I Nr.2 GmbHG bzw. § 23 III Nr.2 AktG herleiten. Dafür kann nicht zuletzt der drittschützende Zweck des Unternehmensgegenstandes angeführt werden, soll die Öffentlichkeit über den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft unterrichtet werden³⁶. Die Angabe eines fiktiven Unternehmensgegenstandes stellt insofern ein Eintragungshindernis dar³⁷. Ist die Gesellschaft dennoch eingetragen worden, unterliegt sie der Nichtigkeitsklage gemäß § 75 GmbHG bzw. § 275 AktG sowie der Amtslöschung nach § 144 FGG³⁸. Diese kann aber dadurch abgewendet werden, dass die Satzung geändert bzw. die Gesellschaft dem angegebenen Unternehmensgegenstand entsprechend verwendet wird³⁹.

Der generellen Entwicklung der Rechtsprechung ist zu folgen. So geht von der Vorratsgründung als solcher keine Gefahr aus. Auch hinsichtlich des Gründungsablaufs ergeben sich keine Unterschiede zum Normalfall. Die Gesellschaft wird mit dem ihr nach Gesetz und Satzung

²⁹ BGH, NJW 1992, 1826; *Schmidt*, GR; § 4 III S.69.

³⁰ BGH, NJW 1992, 1824 (2. Leitsatz); a.A. *Kraft*, DStR 1993, 104f.; *Ebenroth/Müller*, DNotZ 1994, 82.

³¹ Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*; § 3 Rn.13; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.145; *Schmidt*, GR; § 4 III S.69; *Scholz/Emmerich*; § 3 Rn.20; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.11; *Raiser/Veil*; § 26 Rn.32; *Meyding*; S.231; *Meyer*, ZIP 1994, 1663f.; *Ebenroth/Müller*, DNotZ 1994, 78ff..

³² *KölnKommAktG/Kraft*; § 23 Rn.56; *Kantak*; S.65f..

³³ *Meyer*, ZIP 1994, 1664; *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.91.

³⁴ BGH, NJW 1992, 1826.

³⁵ *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.91.

³⁶ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.5.

³⁷ *Lehder*; S.49f. stützt das Eintragungshindernis aber nicht auf die Nichtigkeit der Bestimmung über den Unternehmensgegenstand, sondern vielmehr auf deren Mangelhaftigkeit (§ 9c II GmbHG, § 38 III AktG).

³⁸ *Schmidt*, GR; § 4 III S.70; *GroßKommAktG/Röhricht*; § 23 Rn.127; *Meyer*, ZIP 1994, 1665f..

³⁹ *Schmidt*, GR; § 4 III S.70; *Priester*, DB 1983, 2298; *Schmidt*, NJW 2004, 1352.

zustehenden Haftungsfonds ausgestattet. Dieser ist regelmäßig auch im Verwendungszeitpunkt, allenfalls vermindert durch Verwaltungskosten und Steuern, vorhanden⁴⁰. Insofern erscheint es überzogen, einem solchen Vorgehen generell die Zulässigkeit verweigern zu wollen. Diesen Schluss legt auch die derzeitige Gesetzeslage nahe. So kann eine GmbH bzw. AG zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden (ausdrücklich § 1 GmbHG). Dass aber auch die „Verwaltung eigenen Vermögens“ einen zulässigen Gesellschaftszweck darstellt, ist spätestens durch das Handelsrechtsreformgesetz⁴¹ aus dem Jahre 1998 klargestellt worden (§ 105 II HGB)⁴². Ferner bietet das Gesetz keinerlei Handhabe gegen durch Aufgabe der unternehmerischen Tätigkeit entstandene Gesellschaftsmäntel, sondern lässt deren Löschung von Amts wegen vielmehr erst bei Vermögenslosigkeit i.S.v. § 141a I S.1 FGG zu⁴³. Ist aber mit den für den Rechtsverkehr erheblich gefährlicheren Mantelgesellschaften zu leben, erscheint es widersinnig, der Vorratsgesellschaft als solcher generell die Daseinsberechtigung absprechen zu wollen. Bedenken unterliegt allein die verdeckte Vorratsgründung. Aufgrund der Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs, der sich auf die Richtigkeit der Angaben im Handelsregister verlassen muss, ist solchen Gestaltungen weiterhin mit der Nichtigkeitsanktion entgegenzutreten. Bestrebungen in der neueren Literatur, das Vorliegen eines fiktiven Unternehmensgegenstandes allein als Eintragungshindernis zu betrachten⁴⁴ oder gar die verdeckte Vorratsgründung gänzlich als zulässig zu erachten⁴⁵, vermögen insofern nicht zu überzeugen. So ist der erstere Weg unter Praktikabilitätsgesichtspunkten nicht gangbar, wird die Angabe eines unzutreffenden Unternehmensgegenstandes, wenn überhaupt, erst nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ersichtlich, während der letztere dem dargestellten Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs nicht ausreichend Rechnung trägt. Wie so oft liegt es aber auch hier letztlich beim Gesetzgeber, für eindeutige Verhältnisse zu sorgen.

2. Motive für Erwerb und Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Bei all dem Streit über die Zulässigkeit der Vorratsgründung stellt sich die Frage nach dem praktischen Zweck, den Motiven, die den Rechtsverkehr zur Gründung bzw. Verwendung solcher inaktiver Gesellschaften bewegen. Diese waren und sind äußerst vielseitig. Den Gründern geht es vor allem darum, durch die Veräußerung der Geschäftsanteile einen Gewinn zu

⁴⁰ BGH, NJW 1992, 1826; BGH, NJW 2003, 3199.

⁴¹ BGBl. 1998 I, 1474.

⁴² Schmidt, NJW 2004, 1347.

⁴³ BGH, NJW 1992, 1826; Ulmer, BB 1983, 1125; Priester, DB 1983, 2293.

⁴⁴ Lehder, S.49f..

⁴⁵ Oldemanns; S.112.

erzielen⁴⁶. Als Gegenleistung erhält der Erwerber eine Kapitalgesellschaft, die er umgehend für den angegebenen bzw. jeden beliebigen anderen Zweck nutzen kann⁴⁷. Auf diese Weise wird dem zum Teil sehr komplizierten Gründungsverfahren der GmbH bzw. AG aus dem Weg gegangen und der viel Zeit verschlingende Eintragungsvorgang im Handelsregister vermieden⁴⁸. Letzterer Gesichtspunkt gewinnt vor allem bei größeren M&A Transaktionen an Bedeutung, ist es dort notwendig, zu einem bestimmten Zeitpunkt über das Akquisitionsvehikel einer rechtlich existenten Gesellschaft verfügen zu können⁴⁹. Früher bestand darüber hinaus die Möglichkeit, die Einmanngründung einer GmbH bzw. AG, bevor diese durch den Gesetzgeber⁵⁰ für zulässig erklärt wurde, über den Umweg der Vorratsgesellschaft herbeizuführen. Dazu wurden die gesamten Anteile von letzterer auf den Erwerber übertragen, was faktisch die Einmanngründung durch die Hintertür möglich machte⁵¹.

Ist von dem komplizierten Gründungsverfahren die Rede, sind damit nicht zuletzt die dort lauenden Haftungsgefahren gemeint. So liegt der Hauptbeweggrund für den Erwerb und die Verwendung einer Vorratsgesellschaft darin, letzteren aus dem Weg zu gehen⁵², wobei fraglich ist, ob diesem Anliegen auch noch nach dem letzten Beschluss des BGH⁵³ durch den Erwerb einer Vorratsgesellschaft Rechnung getragen werden kann. Aus Verständnisgründen sollen die einzelnen gründungsrechtlichen Haftungsinstrumente kurz dargestellt werden:

Vor notarieller Beurkundung der Gründung besteht eine „Vorgründungsgesellschaft“, das heißt eine BGB-Gesellschaft oder OHG⁵⁴, deren Zweck auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages einer Kapitalgesellschaft gerichtet ist⁵⁵. Deren Gründer haften dabei für die Verbindlichkeiten nach allgemeinen Regeln, das heißt für die OHG gemäß § 128 HGB und im Falle einer BGB-Gesellschaft in dessen analoger Anwendung⁵⁶.

Haben die Gründer hingegen bereits einen Gesellschaftsvertrag geschlossen (§§ 2f. GmbHG) bzw. sind die Aktien bereits von diesen übernommen worden (§§ 28f. AktG), so ist eine Vorgründungsgesellschaft in Form einer Vor-GmbH bzw. Vor-AG entstanden, welche bis zur Eintragung

⁴⁶ *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 541.

⁴⁷ BGH, NJW 1992, 1825.

⁴⁸ BGH, NJW 1992, 1826.

Lutter, JuS 1998, 1074 weist darauf hin, dass sich das Eintragungsverfahren über einen Zeitraum zwischen drei und zwölf Monaten erstrecken kann.

⁴⁹ *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129.

⁵⁰ BGBI. 1980 I, 836 (GmbH); BGBI. 1994 I, 1961 (AG).

⁵¹ *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.88; *Schmidt*, GR; § 4 III S.68.

⁵² *Grunewald*; 2. F. Rn.42; *Schaub*, NJW 2003, 2126; *Nolting*, ZIP 2003, 651.

⁵³ BGH, NJW 2003, 3198 (3. und 4. Leitsatz).

⁵⁴ Eine OHG liegt vor, wenn bereits ein Handelsgewerbe betrieben wird (BGH, ZIP 2004, 1208).

⁵⁵ *Grunewald*; 2. F. Rn.27; *Schmidt*, GR; § 11 II S.291; *Ulrich*, WM 2004, 917.

⁵⁶ BGH, NJW 2001, 1056; BGH, NJW 2003, 1445; *MünchKommBGB/Ulmer*; § 714 Rn.3; *Schmidt*, GR; § 60 III S.1787ff..

im Handelsregister besteht⁵⁷. Dies zieht eine sog. „Verlustdeckungshaftung“ der Gründer für sämtliche Verluste der Vorgesellschaft nach sich, wobei es sich grundsätzlich um eine reine Innenhaftung, also nur der Gesellschaft, nicht aber den Gläubigern gegenüber, handelt⁵⁸. Mit der Eintragung im Handelsregister endet zwar diese Haftung, was aber nicht bedeutet, dass keine weiteren Haftungsgefahren mehr für die Gründer bestehen. Vielmehr tritt in diesem Zeitpunkt an die Stelle der Verlustdeckungs- die sog. „Unterbilanzhaftung⁵⁹“, welche auch als „Vorbelastungshaftung⁶⁰“ bezeichnet wird. Dabei haben die Gründer eine etwaige Differenz zwischen dem tatsächlichen Reinvermögen im Zeitpunkt der Anmeldung bzw. Eintragung⁶¹ und der Höhe des statutarischen Stamm- bzw. Grundkapitals zu begleichen.

Ab dem Zeitpunkt der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages tritt auch noch eine im Außenverhältnis bestehende Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG bzw. § 41 I S.2 AktG hinzu, welche erst mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erlischt⁶². Nach diesen Vorschriften ist Handelnder im Falle einer Vor-GmbH der Geschäftsführer oder derjenige, der wie ein solcher auftritt, wenn dieser das in Rede stehende Geschäft betrieben oder jedenfalls gekannt und gebilligt hat⁶³ bzw. für den Fall einer Vor-AG ein Mitglied des Vorstands⁶⁴. Dieser haftet persönlich, wenn er bereits vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister in deren Namen gehandelt hat⁶⁵.

Bedenkt man, dass die im Gründungsstadium bestehenden Haftungsrisiken vielfach von der variierenden Dauer des Eintragungsvorgangs abhängen, scheint die Verwendung von Vorratsgesellschaften derzeit nicht nur ein probates, sondern auch legitimes Mittel darzustellen. Allerdings könnte sich schon in naher Zukunft eine lang herbeigesehnte Kehrtwende vollziehen, strebt das Bundesjustizministerium, um die hohe Bedeutung des Faktors Zeit im heutigen Wirtschaftsleben wissend, mit dem MoMiG – im Zusammenspiel mit dem bereits in Kraft getretenen „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das

⁵⁷ *Grunewald*; 2. F. Rn.29, 2. C. Rn.34ff..

Vor der Eintragung besteht die GmbH bzw. AG als solche nicht (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG).

⁵⁸ BGH, NJW 1997, 1507; *Grunewald*; 2. F. Rn.36 mit Ausnahmen; a.A. Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.15; *Kleindiek*, ZGR 1997, 436.

Die Haftung im Gründungsstadium der AG ist noch nicht abschließend geklärt. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass auch dort die aus der GmbH-Gründung bekannten Haftungsmodelle Anwendung finden. Dazu ausführlich *Heidinger*, GmbHR 2003, 194ff..

⁵⁹ BGH, NJW 1981, 1373; *Grunewald*; 2. F. Rn.37.

⁶⁰ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn. 29.

⁶¹ Auf welchen Zeitpunkt (Anmeldung oder Eintragung) abzustellen ist, ist umstritten (*Grunewald*; 2. F. Rn.37 m.w.N.). Jedoch ändert dies nichts an der grundsätzlich bestehenden Haftung der Gründer, so dass ein Streitentscheid zunächst dahinstehen kann.

⁶² BGH, NJW 1981, 1373; *Grunewald*; 2. F. Rn.38.

⁶³ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.23; *Grunewald*; 2.F. Rn.38.

⁶⁴ *MünchKommAktG/Pentz*; § 41 Rn.132.

⁶⁵ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.25.

Unternehmensregister (EHUG⁶⁶)“ – eine Beschleunigung des Handelsregisterverfahrens an. So können seit dem 1.1.2007 die zur Gründung der Gesellschaft erforderlichen Unterlagen grundsätzlich nur noch elektronisch zum Handelsregister eingereicht werden. Ebenso verhält es sich mit der weiterhin erforderlichen notariellen Beglaubigung, welche nunmehr auch auf elektronischem Wege zu geschehen hat. Nach Übermittlung der Anmeldung und der weiteren Dokumente durch den Notar werden die Daten unmittelbar in das Handelsregister übernommen. Letztlich erfolgt auch die Bekanntmachung der Eintragungen elektronisch. Erwartet man sich bereits von diesen Umstellungen eine erhebliche Beschleunigung der Registerpraxis⁶⁷, hofft man diese durch einige gezielte Änderungen im gründungsrechtlichen Regelungsgeflecht künftig noch weiter erhöhen zu können. Von dieser Zielsetzung beflügelt, ist im MoMiG zunächst eine Abkopplung des Registerverfahrens von einer verwaltungsrechtlichen Genehmigung vorgesehen. Konnte bislang eine GmbH nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung die gegebenenfalls erforderliche gewerberechtliche Genehmigung vorlag (§ 8 I Nr.6 GmbHG), soll in Zukunft bereits der Nachweis der Beantragung einer solchen genügen⁶⁸. Um dennoch zu verhindern, dass Gesellschaften ohne Betriebsgenehmigung dauerhaft im Handelsregister verzeichnet sind, ist letztere grundsätzlich innerhalb von drei Monaten nach Eintragung der Gesellschaft nachzuweisen. Anderenfalls wird diese von Amts wegen gelöscht⁶⁹. Abgerundet wird der Maßnahmenkatalog durch den Verzicht auf Sicherheiten bei der Einmanngründung, bedeuteten sie nicht mehr als eine unnötige Komplizierung des Gründungsvorgangs⁷⁰. Sollte die Umsetzung des MoMiG tatsächlich eine Beschleunigung des Handelsregisterverfahrens herbeiführen, ist zu erwarten, dass zumindest das Konstrukt der Vorrats-GmbH an Bedeutung verlieren wird.

II. Die Mantelgesellschaft

Eine Mantelgesellschaft ist eine früher unternehmerisch tätige, nunmehr aber unternehmenslose, nur noch durch ihre Aktien bzw. Geschäftsanteile verkörperte Gesellschaft⁷¹. Wird eine solche erneut in Gang gesetzt, wird dieser Vorgang ebenso als sog. „wirtschaftliche Neugründung“ bezeichnet⁷². Diese kann durch die bisherigen Gesellschafter (sog. „Mantelverwendung in sonstiger Weise“), aber auch durch neue nach vorangegangenem Erwerb der Geschäfts-

⁶⁶ BGBl. 2006 I, 2553. Dazu ausführlich *Clausnitzer/Blatt*, GmbHR 2006, 1303ff..

⁶⁷ *Römermann*, GmbHR 2006, 675; *Clausnitzer/Blatt*, GmbHR 2006, 1308.

⁶⁸ § 8 I Nr.6 E-GmbHG (Art. 1 Nr. 6 lit.a RefE MoMiG). Dagegen ist im MoMiG keine Änderung des § 37 IV Nr.5 AktG sowie des für ausländische Kapitalgesellschaften maßgeblichen § 13e II S.2 HGB vorgesehen.

⁶⁹ Zu § 8 I Nr.6 E-GmbHG *Römermann*, GmbHR 2006, 674f.; *Wachter*, GmbHR 2006, 794ff..

⁷⁰ Durch das MoMiG wird § 7 II S.3 GmbHG aufgehoben (Art.1 Nr.5 RefE MoMiG). Indessen soll an § 36 II S.2 AktG auch in Zukunft festgehalten werden.

⁷¹ *Schmidt*, GR; § 4 III S.67ff.; *Priester*, DB 1983, 2291; *ders.*, ZHR 168 (2004), 256f..

⁷² BGH, NJW 2003, 3199.

anteile erfolgen⁷³. Bei dieser Gelegenheit werden in der Regel die bereits bei der Vorratsgesellschaft beschriebenen Satzungsänderungen vorgenommen. Im Einzelfall können sich Abgrenzungsprobleme zur Umorganisation eines noch bestehenden Unternehmens ergeben.

1. Zulässigkeit von Mantelkauf und Mantelverwendung

Der sog. „Mantelkauf“⁷⁴, der Erwerb der Geschäftsanteile bzw. Aktien einer stillgelegten Gesellschaft, wurde früher als nichtig angesehen⁷⁵, mittlerweile aber als wirksam erachtet⁷⁶. Die gegen dessen Zulässigkeit bestehenden Bedenken fußten vor allem auf der Tatsache, dass Mantelgesellschaften aufgrund ihrer früheren Aktivität in der Regel über kein nennenswertes Vermögen mehr verfügen und daher eine erhebliche Gefahr für den Rechtsverkehr darstellen⁷⁷. Nichtsdestotrotz ist die Nichtigkeitssanktion ein falsches Signal. Solange das Gesellschaftsrecht nämlich den Fortbestand von Mantelgesellschaften akzeptiert, gibt es keinen Grund, den Anteilsverkauf zu behindern⁷⁸. Ferner geht die Gefahr der Umgehung der Gründungsvorschriften nicht vom Mantelkauf als solchem, sondern vielmehr von der späteren Verwendung des „alten Mantels“ aus⁷⁹. Aber auch Bestrebungen aus diesem Grunde letztere für nichtig zu erklären, vermögen nicht zu überzeugen⁸⁰. Einen Schritt in die richtige Richtung stellten insofern die Entscheidungen des LG Ravensburg⁸¹ sowie des OLG Karlsruhe⁸² dar, in denen Einwände gegen die Zulässigkeit der Mantelverwendung verworfen wurden. Vielmehr sollte zunächst versucht werden, sich der stehenden Problematik auf eine subtilere Art und Weise anzunehmen, anstatt sofort mit der Nichtigkeitssanktion zu antworten. So verlor auch der BGH⁸³ in seinem Mantelgesellschaften betreffenden Beschluss kein Wort über eine etwaige Nichtigkeit des Mantelkaufs bzw. der Verwendung. Im Gegenteil versucht dieser den dem Rechtsverkehr drohenden Gefahren auf formell-rechtlicher Ebene durch die Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle⁸⁴ sowie durch die gezielte Anwendung gründer-spezifischer Haftungsmodelle gerecht zu werden.

⁷³ BGH, NJW 2003, 3200; OLG Jena, NZG 2004, 1114; *Butz*, GmbHR 1972, 271; *Priester*, DB 1983, 2291.

⁷⁴ Mit Mantelkauf soll hier entgegen der Handhabe in der Literatur (z.B. *Priester*, DB 1983, 2291f.) nur der Kauf einer Mantel- und nicht auch einer Vorratsgesellschaft bezeichnet werden.

⁷⁵ OLG Hamburg, BB 1983, 1117 (§ 134 BGB); KG, JW 1924, 1535; KG, JW 1925, 635 (§ 138 BGB).

⁷⁶ *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.12; *Roth/Altmeppen/Roth*; § 3 Rn.13; *Michalski/Michalski*; § 3 Rn.21; *Oldemanns*; S.140ff.; *Ulmer*, BB 1983, 1124f.; *Mayer*, NJW 2000, 177; *Schmidt*, NJW 2004, 1346.

⁷⁷ KG, JW 1924, 1537; *Schmidt*, GR; § 4 III S.67f..

⁷⁸ *Schmidt*, GR; § 4 III S.71; *Schmidt*, NJW 2004, 1346.

⁷⁹ *Schmidt*, GR; § 4 III S.71.

⁸⁰ So noch KG, JFG 10, 152.

⁸¹ LG Ravensburg, NJW 1964, 597.

⁸² OLG Karlsruhe, DB 1978, 1219.

⁸³ BGH, NJW 2003, 3198.

⁸⁴ § 9c i.V.m. §§ 8 II, 7 II, III GmbHG analog bzw. § 38 I i.V.m. §§ 37 I S.1, 36 II, 36a AktG analog.

2. Motive für Mantelkauf und Mantelverwendung

Ein Mantelkauf⁸⁵ geschieht zum einen, um den bei einer Neugründung bestehenden Haftungsrisiken aus dem Weg zu gehen⁸⁶, zum anderen um die Aufbringung von Mindeststammkapital und Mindesteinlage zu vermeiden⁸⁷, wobei wie bei der Vorratsgesellschaft auch hier fraglich ist, ob diesen Anliegen auch noch nach der neuen Rechtsprechung des BGH⁸⁸ weiterhin durch den Kauf einer Mantelgesellschaft Rechnung getragen werden kann. Jedenfalls scheidet nach dem derzeitigen Gesetzesstand eine Ersparnis von Gründungskosten durch den Erwerb einer Mantelgesellschaft aus. Im Gegenteil übersteigen die dort anfallenden Auslagen und Gebühren die der rechtlichen Neugründung⁸⁹. Auch die Möglichkeit, steuerliche Verlustvorträge für das neue Unternehmen nutzen zu können⁹⁰, ist dem Erwerber nunmehr durch das Inkrafttreten des Steuerreformgesetzes 1990⁹¹ genommen. Ein weiterer Aspekt für den Erwerb einer Mantelgesellschaft mag aber auch heute noch darin liegen, eine „schöne Firma“, welche im Wege der Neugründung nicht zu erlangen wäre, zu bekommen, wobei der in diesem Zusammenhang häufig erwähnte an der Firma hängende „good will“ einen Sonderfall des Mantelkaufs bildet, da hier zum Teil der bisherige Unternehmensgegenstand, wenn auch in stark veränderter Form, fortbestehen soll⁹². Ist grundsätzlich die Übertragung der Firma ohne das zugehörige Unternehmen nicht möglich, bildet der Mantelkauf eine dem Rechtsverkehr willkommene Ausnahme⁹³. Letztlich stellt auch der Wegfall des zuweilen als geschäftsschädigend angesehenen Zusatzes „in Gründung“ in der Firmenbezeichnung ein weiteres Motiv für den Erwerb eines „alten Mantels“ dar⁹⁴. Zur Ausnutzung gewerberechtlicher Konzessionen eignet sich die Mantelverwendung hingegen regelmäßig nicht, werden diese Rechte meist personenbezogen vergeben⁹⁵.

⁸⁵ Mantelkauf und -erwerb richten sich nach den bei der Vorratsgesellschaft genannten Vorschriften.

⁸⁶ Ammon, DStR 1999, 1040; Krafka, ZGR 2003, 579.

⁸⁷ Soergel/Huber; Vor § 433 Rn.213; Ulmer, BB 1983, 1124.

⁸⁸ BGH, NJW 2003, 3198.

⁸⁹ Ausführlich Lehder; S.9ff.. Zum Kostenaufkommen in der Vergangenheit Heerma; S.9ff..

⁹⁰ BGH, NJW 1992, 1825.

Zu den steuerrechtlichen Aspekten Meyding; S.133ff.; Bock, GmbHR 2003, 497ff..

⁹¹ BGBI. 1988 I, 1093.

⁹² Priester, DB 1983, 2291; Keller, DZWIR 2005, 134.

⁹³ Lehder; S.15f..

⁹⁴ Lehder; S.15.

⁹⁵ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 3 Rn.132.

B. Die Haftung bei der Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften

Bei der Haftung muss zwischen Vorrats- und Mantelgesellschaften differenziert werden⁹⁶, da sich diese zwar nicht von der Rechtsform her, aber von den in der Regel bestehenden tatsächlichen Gegebenheiten, wie z.B. in der Vermögenslage zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung, unterscheiden. So scheint es ein „Gebot praktischer Vernunft“ zu sein, den Rechtsverkehr in der Weise zu schützen, dass vor allem die Zahl von letzteren möglichst gering gehalten wird⁹⁷. Diesem Ziel kann auf zwei Ebenen Rechnung getragen werden:

- Verfahrensrechtliche Ebene:
präventive Kontrolle der Kapitalausstattung durch das Registergericht im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung
- Materiell-rechtliche Ebene:
Haftung der Beteiligten gegenüber der Gesellschaft (Innenverhältnis) bzw. unmittelbar gegenüber Dritten (Außenverhältnis)
- Verfolgter Zweck:
effektiver Gläubigerschutz sowie Vorbeugung gegen Missbrauch

Wie noch zu zeigen sein wird, stehen diese Ebenen nicht etwa nur nebeneinander, sondern sind eng miteinander verzahnt. Die sich daraus ergebenden haftungsrechtlichen Konsequenzen sollen im Folgenden dargestellt werden.

I. Die Haftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Beschäftigt man sich mit der Frage der Haftung der Gesellschafter, Geschäftsführer etc. bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft, so findet man ein weites Meinungsspektrum vor. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass eine etwaige Haftung mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des Gründungsrechts der GmbH bzw. AG auf die wirtschaftliche Neugründung korrespondiert und Rechtsprechung und Literatur in dieser Hinsicht weit gefächert sind. So kommt etwa eine Haftung wegen falscher Angaben gemäß § 9a I GmbHG bzw. §§ 46 I S.1, 48 S.1 AktG analog nur dann in Betracht, wenn auch im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung die gründungsrechtlichen Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Daneben wird, von einigen generell auf Kapitalgesellschaften anzuwendenden Haf-

⁹⁶ Michalski/Michalski; § 3 Rn.25; Peters; S.6; Grunewald (5. Aufl.); 2. F. Rn.40; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1655ff.; Keller, DZWIR 2005, 136; a.A. Lehder; S.65f., die davon ausgeht, dass Vorrats- und Mantelgesellschaften rechtlich gleich zu behandeln sind.

⁹⁷ Krafska, ZGR 2003, 580.

tungsinstituten wie culpa in contrahendo, materielle Unterkapitalisierung etc. abgesehen, die Anwendbarkeit der insbesondere aus der GmbH-Gründung bekannten Verlustdeckungs-, Unterbilanz- und Handelndenhaftung (§ 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG) kontrovers diskutiert⁹⁸, wobei der Grund für diese Uneinigkeit vor allem darin zu sehen sein dürfte, dass auch hier der Frage der Kompatibilität des Gründungsrechts eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt. Aus diesem Grund soll zunächst die Frage der Recht- und Zweckmäßigkeit einer registergerichtlichen Kontrolle zum Verwendungszeitpunkt im Mittelpunkt stehen. Erst danach können unter Berücksichtigung des gewonnenen Ergebnisses die einzelnen in Betracht kommenden Haftungstatbestände dargestellt werden.

1. Die analoge Anwendung des Gründungsrechts bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur gehen die Meinungen darüber, ob im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung eine registerrechtliche Präventivkontrolle (§ 9c i.V.m. §§ 8 II, 7 II, III GmbHG analog bzw. § 38 I i.V.m. §§ 37 I S.1, 36 II, 36a AktG analog) durchzuführen ist, weit auseinander. Während dies unter anderem vom BGH bejaht wird⁹⁹, stößt ein solches Vorgehen beim Großteil des Schrifttums¹⁰⁰, aber auch bei einzelnen Gerichten¹⁰¹ auf erheblichen Widerstand. Zum Teil wird vorgeschlagen, das Gründungsrecht grundsätzlich nur auf die verdeckte Vorratsgründung anzuwenden¹⁰². Da eine solche aber nach der hier vertretenen Auffassung per se als unzulässig betrachtet wird, soll in der folgenden Diskussion ausschließlich der Fall der offenen Vorratsgründung behandelt werden.

Es ist zu beachten, dass der vom BGH eingeschlagene Weg nicht weiter überrascht, da er diesen bereits Anfang der neunziger Jahre angedeutet und nur zunächst nicht weiter fortgeführt

⁹⁸ BGH, NJW 2003, 3198 (3. Leitsatz); *Krafka*, ZGR 2003, 588f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1348f..

⁹⁹ BGH, NJW 2003, 892; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.10; *Hachenburg/Ulmer*; § 3 Rn.39; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn. 148f.; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *Hüffer*; § 23 Rn.27a; *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.96ff.; *Schmidt*, GR; § 4 III S.72ff.; *Raiser/Veil*; § 26 Rn.33f.; *BeckHdbGmbH*; § 2 Rn.61; *MünchHdbGesR/Gummert* (Band 3); § 16 Rn.129f.; *Ulmer*, BB 1983, 1126; *ders.*, GmbHR 1984, 258; *Priester*, DB 1983, 2295f.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 258ff.; *Gummert*, DStR 1997, 1011; *Lachmann*, NJW 1998, 2264; *Grooterhorst*, NZG 2001, 146ff.; *Krafka*, ZGR 2003, 585f.; *Altmeppen*, NZG 2003, 145f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1054; *Gronstedt*, BB 2003, 861; *Goette*, DStR 2003, 300f.; *Herchen*, DB 2003, 2212; *Lindemaier*, RNotZ 2003, 508ff.; *Jacobs*, DZWIR 2004, 311f.; *Schütz*, NZG 2004, 749f.; *Ulrich*, WM 2004, 918; *Gerber*, Rpfleger 2004, 470ff..

¹⁰⁰ *Roth/Altmeppen/Roth*; § 3 Rn.14; *Michalski/Michalski*; § 3 Rn.25; *Kantak*; S.75ff.; *Meyding*; 107f.; *Kober*; S.145; *Lehder*; S.64ff.; *Bommert*, GmbHR 1983, 212; *Banerjea*, GmbHR 1998, 815ff.; *ders.*, NZG 1999, 817f.; *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1010ff.; *Zwissler*, GmbHR 1999, 857; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1657; *Mayer*, NJW 2000, 177ff.; *Meller-Hannich*, ZIP 2000, 348f.; *Werner*, NZG 2001, 399; *Schaub*, DNotZ 2003, 448f.; *ders.*, NJW 2003, 2126f.; *Thaeter/Mayer*, DB 2003, 541; *Kallmeyer*, GmbHR 2003, 323f.; *Wilhelm*, ZHR 167 (2003), 531; *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 179f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1348; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 195; *Wicke*, NZG 2005, 411.

¹⁰¹ OLG Frankfurt a.M., GmbHR 1992, 456; BayObLG, GmbHR 1999, 607.

¹⁰² *GroßKommAktG/Röhrich*; § 23 Rn.134, 141f..

hatte¹⁰³. Damals hatte dieser zwar die Gründung einer Vorratsgesellschaft für zulässig erklärt, aber zugleich vorgeschlagen, bei deren Verwendung die Gründungsvorschriften sinngemäß anzuwenden, wobei er die Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung einer solchen Konstruktion noch offen ließ. Die Heranziehung einer solchen Analogie ist nunmehr durch den Beschluss vom 9.12.2002 bestätigt worden¹⁰⁴, wobei diese allgemein für Vorratskapitalgesellschaften, also sowohl für die GmbH als auch die AG gilt¹⁰⁵.

Dies wirft jedoch die Frage nach dem genauen Ablauf der durch das Registergericht im Verwendungszeitpunkt vorzunehmenden Kapitalausstattungskontrolle auf. Dabei beschränkt sich die Darstellung nicht auf die derzeitige Gesetzeslage, sondern macht auch das MoMiG zum Gegenstand nachfolgender Überlegungen. In diesem Zusammenhang sollen auch die Auswirkungen der von der Gesellschaft getragenen Gründungskosten auf die Richtigkeit der Versicherung sowie der Sonderfall der sog. „verdeckten Sacheinlage“ erörtert werden. Auf diese Weise kann bereits ein erster Eindruck davon gewonnen werden, ob die in ihren Konturen grundlegend durch die Arbeiten von *Ulmer*¹⁰⁶ und *Priester*¹⁰⁷ geprägte und nunmehr vom BGH übernommene Konstruktion in sich schlüssig und daher begrüßenswert ist. Soweit Einzelheiten noch höchstrichterlich ungeklärt sind, wird unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH versucht, einen Kompromiss zwischen dem Gläubigerschutz auf der einen und der wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit auf der anderen Seite herauszuarbeiten.

a) Die formell-rechtliche Präventivkontrolle im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung

Mit Hilfe der vom BGH¹⁰⁸ postulierten registerrechtlichen Präventivkontrolle im Verwendungszeitpunkt soll den Bedenken, dass durch die Verwendung einer Vorratsgesellschaft die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten, Rechnung getragen werden¹⁰⁹. Befürchtet wurde nämlich vor allem, dass ansonsten die gesetzliche bzw. gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet sei, mit der Folge eines unzureichenden Gläubigerschutzes. Dem kann nach Ansicht des BGH¹¹⁰ insbesondere durch das Versicherungserfordernis entgegengewirkt werden. Dieses soll nämlich, wie auch bei der rechtlichen Neugründung, die vorbehaltlose Erfüllung der Einlageverpflich-

¹⁰³ BGH, NJW 1992, 1826.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2003, 892ff..

¹⁰⁵ BGH, NJW 2003, 893; *Krafka*, ZGR 2003, 581.

¹⁰⁶ *Ulmer*, BB 1983, 1126.

¹⁰⁷ *Priester*, DB 1983, 2295f..

¹⁰⁸ BGH, NJW 2003, 892 (3. Leitsatz).

¹⁰⁹ BGH, NJW 2003, 893.

¹¹⁰ BGH, NJW 1992, 1826; BGH, NJW 2003, 893.

tung sicherstellen¹¹¹, mit der Ausnahme, dass den Beteiligten aufgrund des Analogieverbots (Art. 103 II GG) die strafrechtliche Verantwortung (über § 82 GmbHG bzw. § 399 I Nr.1 AktG) für die Ordnungsgemäßheit der Angaben nicht auferlegt werden kann¹¹². Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass die Versicherung bei der wirtschaftlichen Neugründung dadurch ihres Wertes beraubt werde, da sich der Registerrichter nicht mehr auf deren Richtigkeit verlassen könne¹¹³. Insofern wäre es sicherlich stimmiger gewesen, wenn der BGH auf eine entsprechende eidesstattliche Erklärung der anmeldenden Organmitglieder abgestellt hätte.

Hat das Registergericht nunmehr durch den Antrag auf Eintragung der Satzungsänderungen und die damit einhergehende Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog durch den Geschäftsführer bzw. durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats von der wirtschaftlichen Neugründung Kenntnis erlangt, so tritt es in eine Gründungsprüfung gemäß § 9c GmbHG, § 38 I S.1 AktG analog i.V.m. § 12 FGG ein¹¹⁴. Dabei stellt sich zunächst die Frage nach deren Umfang. Ist dieser unbegrenzt oder gelten auch hier die in § 9c II GmbHG bzw. § 38 III AktG normierten Beschränkungen? Der BGH¹¹⁵ nimmt keine Differenzierung vor, so dass zunächst von letzterem ausgegangen werden kann. Eine gegenteilige Beurteilung legt allerdings der Sinn dieser nachträglich durch das Handelsrechtsreformgesetz¹¹⁶ eingeführten Absätze nahe. Durch diese Einschränkung soll nämlich lediglich die zügige Abwicklung des Verfahrens der rechtlichen Neugründung gewährleistet werden¹¹⁷. Bei der registerrechtlichen Eintragung einer späteren Satzungsänderung besteht diese hinge-

¹¹¹ BGH, NJW 2003, 893; MünchKommAktG/Pentz; § 37 Rn.2; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 8 Rn.11.

¹¹² *Krafka*, ZGR 2003, 584; *Schaub*, NJW 2003, 2127; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540.

¹¹³ *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1132.

¹¹⁴ Erst in seinem die Verwendung einer Mantelgesellschaft betreffenden Beschluss hat der BGH auf das Bestehen einer Offenlegungspflicht hingewiesen (BGH, NJW 2003, 3198, 2. Leitsatz). Es stellt sich aber ohnehin die Frage, ob dieser eine eigenständige Bedeutung zukommt oder ob sie nicht vielmehr in der Anmeldung der Satzungsänderungen und der Abgabe der Versicherung aufgeht. Dies kann unter praktischen Gesichtspunkten letztlich dahinstehen. So sollen die vom BGH in diesem Beschluss für anwendbar erklärten Haftungsmodelle auch auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft Anwendung finden (BGH, NJW 2003, 3198, 3. Leitsatz). Da in diesem Zusammenhang aber der Offenlegungspflicht eine zentrale Bedeutung zukommt, ist davon auszugehen, dass diese ebenso bei dem Ingangsetzen von Vorratsgesellschaften gilt (*Jacobs*, DZWIR 2004, 313). Richtet man das Augenmerk hingegen auf deren Herleitung, stehen ihr erhebliche Bedenken gegenüber, entbehrt sie doch jeglicher gesetzlicher Grundlage (*Priester*, ZHR 168 (2004), 262). Legt man einmal den Wortlaut des einschlägigen BGH-Beschlusses zugrunde, deutet dennoch vieles auf eine eigenständige Bedeutung dieser Pflicht hin. So ist dort von der „mit der Offenlegung der Mantelverwendung gegenüber dem Registergericht zu verbindenden Versicherung“ die Rede. Zu einem gegenteiligen Ergebnis lässt einen aber der Verlauf einer unter Mitwirkung der Mitglieder des II. Zivilsenats stattgefundenen Diskussion zur praktischen Handhabung der die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften betreffenden Rechtsgrundsätze kommen. Auf die Herleitungsprobleme angesprochen, lautete dort der einhellige Tenor, dass die wirtschaftliche Neugründung bereits durch die Abgabe der Versicherung offen gelegt werde (*Riesenbeck*, ZHR 168 (2004), 267).

¹¹⁵ BGH, NJW 2003, 892f..

¹¹⁶ BGBl. 1998 I, 1474.

¹¹⁷ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9c Rn.2; MünchKommAktG/Pentz; § 38 Rn.70.

gen nicht¹¹⁸. Um nichts anderes geht es aber bei der wirtschaftlichen Neugründung einer Vorratsgesellschaft. So wird durch die Anmeldung der Satzungsänderungen beim Handelsregister allein die nunmehr erfolgte Ausstattung der Gesellschaft mit einem Unternehmen dokumentiert. Insofern sprechen die besseren Argumente dafür, auch bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft eine umfassende Prüfung vorzunehmen¹¹⁹. In deren Zentrum steht die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog¹²⁰.

Dabei ist im praktisch wohl relevanteren Fall einer Vorrats-GmbH zu versichern, dass die in § 7 II, III GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass sich der Gegenstand der Leistungen endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet¹²¹. Demgemäß sind die Bareinlagen entsprechend § 7 II S.1 GmbHG zu wenigstens einem Viertel vor Stellung des Antrages auf Eintragung der Satzungsänderungen zu erbringen, wobei der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich des Gesamtbetrags der Stammeinlagen, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des Mindeststammkapitals (12.500,- € bzw. 5.000,- € § 5 I GmbHG, § 5 I E-GmbHG¹²²) zu erreichen hat (§ 7 II S.2 GmbHG analog)¹²³. Wird die wirtschaftliche Neugründung von einer einzelnen Person vorgenommen, soll bislang § 7 II S.3 GmbHG entsprechende Anwendung finden, mit der Folge,

¹¹⁸ BayObLG, GmbHR 2001, 728; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 57a Rn.1.

So verweist § 57a GmbHG allein auf § 9c I GmbHG.

¹¹⁹ *Krafka*, ZGR 2003, 584f.; *Wicke*, NZG 2005, 412; a.A. *Heidinger*, ZGR 2005, 106.

¹²⁰ Dabei stellt sich die Frage nach der für die Versicherung maßgeblichen Bezugsgröße. Diese könnte einerseits in dem gesetzlichen Mindestkapital i.H.v. 25.000,- €/ 10.000,- € (§ 5 I GmbHG, § 5 I E-GmbHG) bzw. 50.000,- € (§ 7 AktG), andererseits in der statutarischen Kapitalziffer zu sehen sein. Der BGH wählte den letzteren Weg (BGH, NJW 2003, 3200). Ob ihm zu folgen ist, soll erst bei der Mantelgesellschaft entschieden werden, wird sich diese Problematik in der Praxis wohl nur dort stellen. Dies hat den einfachen Grund, dass Vorratsgesellschaften im Normalfall nur mit dem gesetzlichen Mindestkapital ausgestattet sind.

¹²¹ Die Versicherung dürfte problemlos abgegeben werden können, wird das Gesellschaftsvermögen regelmäßig, von Verwaltungskosten und Steuern einmal abgesehen, in voller Höhe vorhanden sein.

¹²² Art.1 Nr.3 lit.a RefE MoMiG.

¹²³ *Priester*, DB 1983, 2296.

Dass im Zeitpunkt der Versicherungsabgabe das Gesellschaftsvermögen bereits über die Mindesteinlagen hinaus vorhanden sein muss, legt hingegen eine in dem die Verwendung einer Mantelgesellschaft behandelnden Beschluss getätigte Aussage des BGH nahe. Dort hieß es, dass „im Zeitpunkt der Offenlegung die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss, von dem sich ein Viertel – wenigstens aber 12.500,- € – wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat“. Trotz dieser unglücklichen Formulierung ist aber davon auszugehen, dass es genügt, wenn die Gesellschaft im Anmeldezeitpunkt der Satzungsänderungen über ein Vermögen in der von § 7 II GmbHG bezeichneten Höhe verfügt. Dafür spricht nicht zuletzt der Gleichlauf zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Neugründung. Würde man im letzteren Fall hingegen bereits das Vorhandensein des Stammkapitals in satzungsmäßiger Höhe verlangen, würden die Verwender einer Vorrats-, vor allem aber die einer Mantelgesellschaft erheblich benachteiligt (*Lehder*; S.142f.; a.A. *Jacobs*, DZWIR 2004, 313f.). Dementsprechend werden die ausstehenden Reste inlagen grundsätzlich erst nach einem zusätzlichen Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr.2 GmbHG) und Anforderung durch den Geschäftsführer fällig. Im Normalfall wird der Geschäftsführer einer Vorratsgesellschaft die Versicherung aber selbst in der vom BGH formulierten Form problemlos abgeben können. Dies ist sogar zu empfehlen, dokumentiert er damit, dass keine weiteren Einlageleistungen mehr zu erbringen sind. Ist das Gesellschaftsvermögen aber doch einmal angegriffen, sollte den Beteiligten auch hier die Möglichkeit einer sukzessiven Kapitalaufbringung eingeräumt werden.

dass für ausstehende Bareinlagen eine Sicherung zu bestellen ist¹²⁴. Allerdings sieht das MoMiG die Aufhebung vorstehender Vorschrift vor, so dass einer diesbezüglichen Analogie in Zukunft die Grundlage entzogen ist¹²⁵.

Sind Sachmittel angeschafft worden, so erfordert die Prüfung der Kapitalausstattung, dass bezogen auf den Anmeldezeitpunkt die Erfordernisse der Sachgründung eingehalten werden (§ 7 III GmbHG analog)¹²⁶, wobei dazu teilweise auch der Nachweis in Form einer geprüften Bilanz gefordert wird¹²⁷. Dabei ist allerdings, sofern man das Gründungsrecht für anwendbar hält, der Ansicht zuzustimmen, welche im Übrigen nicht die Einhaltung der weitergehenden Anforderungen (§§ 5 IV, 8 I Nr.4 und 5 GmbHG) verlangt, da hier der Nachweis für bereits in der Gesellschaft vorhandenes Vermögen zu führen und nicht erst eine Vereinbarung zur Verschaffung von Gegenständen zu treffen ist¹²⁸.

Um die Bedeutung der Erklärung noch mehr zu unterstreichen, wird teilweise die Abgabe der Versicherung von allen Geschäftsführern in analoger Anwendung des § 78 GmbHG gefordert¹²⁹, da der Zweck der Norm, „sämtliche Mitglieder der Geschäftsleitung in die Verantwortung für die Ordnungsgemäßheit von herausgehobenen, die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit berührenden Vorgänge zu nehmen“, auch hier einschlägig sein soll¹³⁰. Dem lässt sich zwar entgegenzuhalten, dass Vorratsgesellschaften wegen ihrer sofortigen Verfügbarkeit und gerade zur Umgehung der im langwierigen Gründungsstadium bestehenden Formalitäten auf Vorrat gegründet werden, so dass die Forderung der Abgabe der Versicherung durch sämtliche Geschäftsführer formalistisch erscheint. Allerdings führt allein eine solche Gestaltung zu einem haftungsrechtlichen Gleichlauf (§ 9a GmbHG)¹³¹. Dabei sei darauf hingewiesen, dass bei der Heranziehung dieser Vorschriften auf die Gesellschafterzusammensetzung nach Übertragung der Geschäftsanteile abzustellen ist¹³².

Im wohl eher seltenen Fall einer Vorrats-AG ist zu versichern (§ 37 I S.1 AktG analog), dass die Voraussetzungen der §§ 36 II, 36a AktG vorliegen, also auf jede Aktie der eingeforderte

¹²⁴ *Priester*, DB 1983, 2296; *Ulmer*, BB 1983, 1127.

Dies wird bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften aber nur selten erforderlich sein.

¹²⁵ Die Aufhebung des § 7 II S.3 GmbHG (Art. 1 Nr.5 RefE MoMiG) wird damit begründet, dass besondere Sicherungen nach Auskunft der Praxis verzichtbar seien und lediglich eine unnötige Komplizierung der GmbH-Gründung bedeuten. Infolgedessen entfällt auch § 19 IV GmbHG (S.43 der Begründung zum RefE MoMiG). Kritisch *Bormann*, GmbHR 2006, 1024.

¹²⁶ *Priester*, DB 1983, 2296; *Krafka*, ZGR 2003, 586.

¹²⁷ *Krafka*, ZGR 2003, 586.

¹²⁸ *Priester*, DB 1983, 2296; *Krafka*, ZGR 2003, 586; a.A. *Schick*, GmbHR 1997, 985; *Ulrich*, WM 2004, 921.

Ist der vom BGH proklamierte Fall der vorzeitigen Verminderung des Gesellschaftsvermögens aber doch einmal eingetreten und soll die erneute Auffüllung des Stammkapitals durch Sacheinlagen erfolgen, haben die diesbezüglichen Vorschriften dagegen im vollen Umfang Anwendung zu finden.

¹²⁹ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.11; *Krafka*, ZGR 2003, 585; *Altmeyen*, DB 2003, 2050.

¹³⁰ *Wicke*, NZG 2005, 413; a.A. *Lehder*; S.125f..

¹³¹ *Krafka*, ZGR 2003, 585.

¹³² *Krafka*, ZGR 2003, 586.

Betrag ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und zur freien Verfügung des Vorstands steht. Sacheinlagen sind vollständig zu leisten (§ 36a II S.1 AktG analog). Wird die Verwendung einer Vorrats-AG von einer einzelnen Person vorgenommen, ist entsprechend § 36 II S.2 AktG für den Teil der Geldeinlage, der den eingeforderten Teil übersteigt, eine Sicherung zu bestellen¹³³. Fraglich ist, ob es auch der erneuten Anfertigung eines Gründungsberichts bzw. der Durchführung einer erneuten Gründungsprüfung durch Vorstand, Aufsichtsrat und gegebenenfalls externe Dritte in entsprechender Anwendung der §§ 32ff. AktG bedarf. Geht man einmal davon aus, dass der BGH die Verwendung einer Vorratsgesellschaft der rechtlichen Neugründung gleichstellt, wird man dies bejahen müssen¹³⁴. Allerdings gilt es zu beachten, dass das Gesellschaftsvermögen regelmäßig unversehrt vorhanden sein wird¹³⁵. Der zusätzlichen Durchführung einer Gründungsprüfung braucht es beim Vorliegen einer solchen Konstellation nicht¹³⁶, würde dadurch nur der mit der Verwendung der Vorratsgesellschaft verfolgte Zweck der Zeitersparnis konterkariert¹³⁷. Der Anmeldung ist daher grundsätzlich allein die geänderte Satzung mit Notarbescheinigung (§ 181 I S.2 AktG), der Aufsichtsratsbeschluss über die Bestellung des Vorstandes (§ 81 I AktG bzw. § 37 IV Nr.3 AktG analog) sowie der Hauptversammlungsbeschluss über die Bestellung des Aufsichtsrates beizufügen¹³⁸. Werden der Gesellschaft innerhalb der ersten zwei Jahre nach ihrer Eintragung im Handelsregister Sachwerte zugeführt, gilt § 52 AktG über die sog. „Nachgründung“ unmittelbar¹³⁹. Ob dieser darüber hinaus auch im Falle der Zuführung von Sachwerten innerhalb der ersten zwei Jahre nach Anmeldung bzw. Eintragung der mit der Verwendung einer Vorratsgesellschaft einhergehenden Beschlüssen Anwendung findet, ist im Kontext zur Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage zu sehen und kann daher erst dort entschieden werden.

¹³³ *Grooterhorst*, NZG 2001, 147.

Da das MoMiG keine Aufhebung des § 36 II S.2 AktG vorsieht, wird die Bestellung einer Sicherheit auch in Zukunft erforderlich sein.

¹³⁴ *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.103; *Krafka*, ZGR 2003, 586; *Gerber*, Rpfleger 2004, 471f..

¹³⁵ *GroßKommAktG/Röhricht*; § 23 Rn. 142.

¹³⁶ *GroßKommAktG/Röhricht*; § 23 Rn. 142; *Grooterhorst*, NZG 2001, 148; *Werner*, NZG 2001, 402.

Aber auch *Gerber*, Rpfleger 2004, 470f., der an sich die Durchführung einer solchen Prüfung für erforderlich hält, nimmt Einschränkungen vor. So soll sich deren Umfang auf die ordnungsgemäße Kapitalaufbringung reduzieren, sofern nicht bei der rechtlichen Neugründung Sacheinlagen geleistet worden sind.

¹³⁷ Dementsprechend findet auch § 37 IV Nr.4 AktG keine Anwendung. Selbiges gilt für § 37 IV Nr.2 AktG. Anders ist allein für den Fall zu entscheiden, dass das Gesellschaftsvermögen im Verwendungszeitpunkt doch einmal vermindert ist und dieses nunmehr im Wege von Sacheinlagen aufgefüllt werden soll. Aus der Sicht des BGH lässt ein solches Szenario nämlich auch hier die Anfertigung eines Gründungsberichts sowie die Durchführung einer Gründungsprüfung (§§ 32ff. AktG analog) sinnvoll erscheinen.

¹³⁸ *Gerber*, Rpfleger 2004, 472.

¹³⁹ Vor der Einschränkung des Tatbestands des § 52 AktG auf Verträge der Gesellschaft mit Gründern bzw. Aktionären mit einer Beteiligungsquote von mehr als 10% durch das NaStraG (BGBl. 2001 I, 123) bestand für Vorratsgesellschaften aufgrund ihrer im Normalfall auf das gesetzliche Mindestkapital beschränkten Kapitalausstattung die Gefahr, bei jeder Akquisition mit einem Wert von über 5.000,- € weitgehend handlungsunfähig zu sein, hing deren Wirksamkeit von der Zustimmung der Hauptversammlung sowie einer Handelsregistereintragung ab (*Werner*, NZG 2001, 401f.; *Grooterhorst*, NZG 2001, 148).

In entsprechender Anwendung von § 36 I AktG hat die Anmeldung der mit der wirtschaftlichen Neugründung einhergehenden Satzungsänderungen in Abkehr zu § 181 I S.1 AktG unter Mitwirkung der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats sowie der Gründer zu erfolgen. Dazu bedarf es aber einer erweiterten Auslegung des in § 28 AktG verankerten Gründerbegriffs. So werden in diesem allein die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben, als Gründer bezeichnet. Der Verwendung einer Vorratsgesellschaft geht jedoch regelmäßig ein Gesellschafterwechsel voraus. So hat die vorstehende Definition auch die Personen, die der Gesellschaft, wirtschaftlich betrachtet, neues Leben einhauchen, zu erfassen¹⁴⁰. Zu dem gewünschten Ergebnis gelangt man, indem man den Beschluss über die Satzungsänderungen an die Stelle der Satzungsfeststellung nach § 23 AktG treten lässt¹⁴¹.

Weigern sich die Beteiligten, die Versicherung abzugeben, hat dies zur Folge, dass das Registergericht die mit der Verwendung einer Vorratsgesellschaft typischerweise einhergehenden Satzungsänderungen nicht einträgt (§ 9c I S.1 GmbHG, § 38 I S.2 AktG analog)¹⁴². Auf diese Weise wird die wirtschaftliche Neugründung zumindest rechtlich blockiert. So kann zwar die Geschäftsaufnahme bereits vor Abgabe der Versicherung und vor Eintragung der Satzungsänderungen erfolgen, jedoch nur unter Inkaufnahme des Risikos, für sämtliche Verluste der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen werden zu können, wobei auf die hier im Einzelnen lauernden Haftungsgefahren an anderer Stelle eingegangen werden soll. So führt die Rechtsprechung des BGH durch das Versicherungserfordernis zumindest mittelbar zu einer Verschiebung der Initiativlast. Nahm man früher noch an, dass es allein bei den Registergerichten liege, wirtschaftliche Neugründungen zu Tage zu fördern¹⁴³, kann den Beteiligten heutzutage nur empfohlen werden, diesen zuvorzukommen. Haben die Verwender den vorstehenden Ratschlag befolgt und die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog frühzeitig abgegeben, prüft das Gericht bei Anhaltspunkten, welche die Aufzehrung der Mindesteinlagen vermuten lassen, das Vorliegen einer Unterbilanz und wird gegebenenfalls die Eintragung versagen (§ 9c I S.1 GmbHG, § 38 I S.2 AktG analog)¹⁴⁴. Hat sich der Verdacht nicht bestätigt, trägt das Registergericht die Satzungsänderungen im Handelsregister ein, womit auch die erneute Gründungsprüfung ihren Abschluss findet.

Nachdem nunmehr der wesentliche Verfahrensablauf dargestellt wurde, soll im Folgenden auf die bereits erwähnten Detailprobleme eingegangen werden.

¹⁴⁰ Hüffer; § 23 Rn.27a; Gerber, Rpfleger 2004, 471.

¹⁴¹ MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.102.

¹⁴² BGH, NJW 2003, 894; Ulmer, BB 1983, 1126; MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.104.

¹⁴³ Ulmer, BB 1983, 1126.

¹⁴⁴ BGH, NJW 2003, 893.

aa) Gründungsaufwand und sonstige Kosten

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die beantragten Eintragungen auch dann vorgenommen werden, wenn die Gesellschaft die Gründungskosten übernommen hat und das nunmehr vorhandene Stamm- bzw. Grundkapital dadurch unter der für die Anmeldung der Satzungsänderungen erforderlichen Mindestkapitalziffer liegt. Man könnte meinen, dass die Versicherung von den Organen nun nicht mehr korrekt abgegeben werden kann. Richtigerweise ist aber zwischen den Kosten von rechtlicher und wirtschaftlicher Neugründung zu differenzieren. So hat es auf die Richtigkeit der Versicherung keinen Einfluss, dass der in der Satzung festgelegte Gründungsaufwand bezahlt wurde¹⁴⁵. Zu letzterem zählen all jene Kosten, die den Beteiligten bei der Errichtung der Gesellschaft entstehen, wobei dazu auch Aufwendungen der Gesellschafter sowie auf die Gesellschaft entfallende Kosten gehören¹⁴⁶. Entspricht der Gründungsaufwand genau der Differenz zwischen dem Stamm- bzw. Grundkapital und dem bei der Verwendung vorhandenen Kontoguthaben, ergeben sich hinsichtlich der Versicherung und der Eintragung der Satzungsänderungen keine Probleme¹⁴⁷. Problematisch wird es allerdings dann, wenn weitere Kosten entstanden sind, die nicht unter diesen fallen. Das sind etwa diejenigen, die allein durch die Haltung der Gesellschaft auf Vorrat bestehen (z.B. Bankspesen und Gebühren für Kontoführung)¹⁴⁸. In solch einem Fall wäre die Versicherung als unrichtig einzustufen. Daher empfiehlt es sich, die Kosten durch die Gründer und nicht von der Gesellschaft selbst tragen zu lassen, wobei sich der Anbieter der Vorratsgesellschaft den zusätzlichen Aufwand über einen entsprechend höheren Verkaufspreis erstatten lassen kann¹⁴⁹. Soll die Gesellschaft den Gründungsaufwand tragen, ist dieser in der Satzung festzulegen¹⁵⁰. Dabei ist eine Erweiterung von diesem in der Weise angedacht worden, dass darunter nicht nur sämtliche Kosten der rechtlichen, sondern auch der wirtschaftlichen Neugründung, wie Bankgebühren, Notar-, Gerichtskosten etc. fallen sollen¹⁵¹. Gegen eine solche Gestaltung richtet sich aber das OLG Jena¹⁵², wenn es ausführt, dass die Gründungskosten nur einmal das Gesellschaftsvermögen mindern dürfen. Dies bedeutet, dass entweder nur die Kosten der rechtlichen oder die der wirtschaftlichen Neugründung in Abzug gebracht werden können, was bei der Abgabe der Versicherung nunmehr unbedingt beachtet werden sollte. Dieser An-

¹⁴⁵ *Schaub*, NJW 2003, 2129; *Ulrich*, WM 2004, 918.

¹⁴⁶ *Schaub*, NJW 2003, 2129; a.A. *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn. 10.

¹⁴⁷ *Schaub*, NJW 2003, 2129.

Dieser geht allerdings entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass im Zeitpunkt der Anmeldung der Satzungsänderungen das Gesellschaftsvermögen bereits in voller Höhe vorhanden sein muss. Dies wird zwar regelmäßig der Fall sein, ist aber für die Richtigkeit der Versicherung keineswegs erforderlich.

¹⁴⁸ *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540; *Schaub*, NJW 2003, 2129; *Ulrich*, WM 2004, 918.

¹⁴⁹ *Schaub*, NJW 2003, 2130; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 541.

¹⁵⁰ BGH, NJW 1989, 1610.

¹⁵¹ *Schaub*, NJW 2003, 2130; differenzierend *Gerber*, Rpfleger 2004, 471f..

¹⁵² OLG Jena, NZG 2004, 1116.

sicht ist mit der Überlegung, dass die Verwender einer Vorratsgesellschaft ansonsten besser als diejenigen stünden, die eine rechtliche Neugründung vornehmen, zuzustimmen¹⁵³. Unter Berücksichtigung des bisher Gesagten ist beim Kauf zusätzlich an eine Beschaffenheitsvereinbarung im Vertrag über den Erwerb der Geschäftsanteile an der Vorratsgesellschaft in der Weise zu denken, dass der Verkäufer versichert, dass der Gesellschaft das Kapital in voller Höhe, allenfalls gemindert durch Gründungskosten, zur Verfügung steht¹⁵⁴. In diesem Fall weiß der Verwender Bescheid, dass die Gesellschaft nicht auch noch die Kosten der wirtschaftlichen Neugründung tragen kann¹⁵⁵.

bb) Verdeckte Sacheinlagen

Im Folgenden soll die Rechtsfigur der sog. „verdeckten Sacheinlage“ näher behandelt werden. Dabei ist zwischen der Vorratsgründung und der späteren Verwendung der Vorratsgesellschaft zu unterscheiden. Aus Verständnisgründen werden zunächst die allgemeinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage dargestellt.

(1) Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage im Allgemeinen

Bekanntlich haben die Gesellschafter Bareinlagen zu erbringen, sofern nicht die besonderen Voraussetzungen von § 5 IV GmbHG, § 27 I S.1 AktG eingehalten worden sind. Da sich das Verfahren zur Erbringung von Sacheinlagen regelmäßig langwieriger gestaltet, wird vielfach versucht, einen gleichwertigen Zustand auf die Weise zu erreichen, dass man zwar eine Bareinlage vereinbart, das eingelegte Geld aber zugunsten des Einlegers verwendet, indem dieser der Gesellschaft einen anderen Vermögensgegenstand zuführt¹⁵⁶. Um dem vorzubeugen, wird von der Rechtsprechung in solch einem Fall eine verdeckte Sacheinlage angenommen, mit der Folge, dass die geschuldete Bareinlage als nicht erbracht angesehen wird und daher erneut zu leisten ist¹⁵⁷. Angesichts dieser „drakonischen Rechtsfolgen“¹⁵⁸ setzt der BGH¹⁵⁹ allerdings eine Vorabsprache mit dem Inhalt voraus, dass eine Sacheinlage an Stelle der Bareinlage treten soll, wobei eine solche allerdings vermutet wird, wenn zwischen der Begründung der Einlageverpflichtung und der Rückzahlung ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammen-

¹⁵³ *Wälzholz*, NZG 2005, 205.

¹⁵⁴ *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 52; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 196.

¹⁵⁵ Bei der Verwendung einer auf Vorrat gegründeten Aktiengesellschaft gilt es insbesondere §§ 26, 41 III AktG zu beachten.

¹⁵⁶ *Grunewald*; 2. C. Rn.26.

¹⁵⁷ BGH, NJW 2003, 3127.

Dem Gesellschafter steht insofern ein Herausgabeanspruch gemäß § 812 I S.2 2.Alt. BGB gegen die Gesellschaft zu, da der mit der Zahlung bezweckte Erfolg, die Einlageverpflichtung zu erfüllen, nicht eingetreten ist.

¹⁵⁸ *Grunewald*; 2. C. Rn.27.

¹⁵⁹ BGH, ZIP 1996, 676; BGH, NJW 2002, 3774.

hang besteht. Als Obergrenze werden sechs Monate angesehen¹⁶⁰. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist das zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft gemäß § 134 BGB i.V.m. §§ 5 IV, 19 V GmbHG analog¹⁶¹ bzw. § 27 III S.1 AktG analog¹⁶² unwirksam, so dass der Gesellschaft ein Herausgabeanspruch nach § 812 I S.1 1.Alt. BGB zusteht¹⁶³.

(2) Verdeckte Sacheinlagen bei der Vorratsgründung

Bei der Vorratsgründung erfreute sich in der Praxis zeitweise folgende Vorgehensweise an großer Beliebtheit: Die Gesellschafter zahlen das Stammkapital zunächst vollständig ein, um sich kurz darauf Darlehen in gleicher Höhe gewähren zu lassen, welche einige Zeit später, ohne dass die GmbH ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hat, zurückgezahlt werden¹⁶⁴.

Hier stellt sich zum einen die Frage, ob in der Auskehrung des Darlehens eine verdeckte Sacheinlage zu sehen ist, zum anderen, ob eine solche gegebenenfalls durch die Rückzahlung des Darlehensbetrages geheilt werden kann. Federführend war in diesem Zusammenhang lange Zeit das OLG Schleswig¹⁶⁵, bis sich schließlich auch das OLG Hamburg¹⁶⁶ dieses Themas anzunehmen hatte. Für die längst überfällige höchstrichterliche Aufarbeitung dieser Problematik sorgte kürzlich der BGH¹⁶⁷.

(a) Darlehensauszahlung als Verkehrsgeschäft

In der Rechtsprechung herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass eine verdeckte Sachgründung mit der Folge einer erneuten Einlageverpflichtung vorliegt, wenn zwar die Summe in Höhe der zu zahlenden Einlage erbracht wurde, diese aber kurze Zeit später in Form eines Darlehens an die Gesellschafter zurückgeflossen ist¹⁶⁸. Selbiges hat für den Fall zu gelten,

¹⁶⁰ OLG Köln, ZIP 1999, 400; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 5 Rn.43.

¹⁶¹ BGH, ZIP 1998, 780.

Im MoMiG ist die Aufhebung des § 19 IV GmbHG vorgesehen. Infolgedessen entspricht § 19 IV E-GmbHG dem § 19 V GmbHG jetziger Fassung (Art.1 Nr.10 lit.b RefE MoMiG).

¹⁶² Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 5 Rn.51.

¹⁶³ Umgekehrt steht dem Gesellschafter darüber hinaus ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gemäß § 812 I S.1 1.Alt. BGB zu. Nach BGH, NJW 2003, 3127 soll nunmehr auch das dingliche Rechtsgeschäft in analoger Anwendung von § 27 III S.1 AktG nichtig sein, mit der Folge, dass nunmehr auch die §§ 985ff. BGB zur Anwendung kommen.

¹⁶⁴ So der Sachverhalt bei OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1058; OLG Schleswig, NZG 2004, 969; ähnlicher Sachverhalt bei OLG Hamburg, GmbHR 2005, 164; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 357. *Grooterhorst*, NZG 2001, 145 weist darauf hin, dass verdeckte Sacheinlagen ebenso bei der Gründung einer AG vorkommen. Vorratsaktiengesellschaften spielen in der Praxis aber wohl eher eine untergeordnete Rolle, so dass das Hauptaugenmerk auf die GmbH gerichtet werden soll.

¹⁶⁵ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1058; OLG Schleswig, NZG 2004, 969; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 357.

¹⁶⁶ OLG Hamburg, GmbHR 2005, 164.

¹⁶⁷ BGH, GmbHR 2006, 306.

¹⁶⁸ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1046; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1059; OLG Schleswig, NZG 2004, 970; OLG Hamburg, GmbHR 2005, 166.

dass die Auszahlung zum Zwecke treuhänderischer Anlage auf einem Anderkonto erfolgt ist¹⁶⁹. So handele es sich um einen schlichten Fall des „Hin- und Herzählens“, welcher eine wirksame Erbringung der geschuldeten Einlage ausschließe¹⁷⁰. Fraglich ist aber, ob nicht in der darlehensweisen Auszahlung des der Kapitalziffer der Gesellschaft entsprechenden Betrages möglicherweise ein die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage ausschließendes Verkehrsgeschäft zu sehen ist. Der Berufung auf ein solches steht aber die Deklaration der Gesellschaft als Vorratsgesellschaft im Wege¹⁷¹. Besteht deren Zweck nämlich ausschließlich in der „Verwaltung eigenen Vermögens“, bewegt sich jedes operative Tätigwerden außerhalb des Geschäftsbetriebs¹⁷². Der Gesellschaft steht es aber frei, ihr Vermögen in der üblichen Form bankmäßig zu investieren¹⁷³. Teilweise wird aber gerade aufgrund des Charakters der Gesellschaft als Vorratsgesellschaft eine teleologische Reduktion des Tatbestands der verdeckten Sacheinlage erwogen. Setzt letztere bekanntlich eine Vorabrede mit dem Inhalt, dass an die Stelle der Bareinlage eine Sacheinlage treten solle, voraus, fehle es an einer solchen, da regelmäßig vereinbart werde, das Darlehen vor dem Verkauf der Gesellschaft zurückzuzahlen¹⁷⁴. Dass diese Abrede auch wirklich eingehalten werde, liege in der Natur der Sache, sei die Gesellschaft doch anderenfalls unverkäuflich¹⁷⁵. Dem ist nicht zuzustimmen. So erscheint eine Besserstellung der Vorratsgründung gegenüber dem Normalfall, selbst unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts, dass nach der Rechtsprechung des BGH¹⁷⁶ im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung erneut eine Versicherung gemäß § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG analog abzugeben ist, nicht gerechtfertigt¹⁷⁷. Vielmehr hat es bei der Anwendung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zu verbleiben, mit der Folge, dass auch hier das Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage Anwendung findet.

Allein der BGH, ZIP 2005, 2204 scheut sich, in diesem Zusammenhang von einer verdeckten Sacheinlage zu sprechen. Eine solche sei dadurch charakterisiert, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung an die Stelle der geschuldeten Bareinlage ein sacheinlagefähiger Gegenstand getreten ist. Bei der Darlehenskonstruktion bestehen jedoch aufgrund der Unwirksamkeit der getroffenen Abrede keine Forderungen, die als Sacheinlage hätten dienen können. Nichtsdestotrotz sollen die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage gelten.

¹⁶⁹ OLG Schleswig, GmbHR 2005, 358; OLG Jena, ZIP 2007, 126.

¹⁷⁰ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1059f.; BGH, GmbHR 2006, 307f.; OLG Jena, ZIP 2007, 126; a.A. *Emde*, GmbHR 2003, 1035.

¹⁷¹ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1046; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1060; OLG Schleswig, NZG 2004, 970; *Werner*, DStR 2005, 525f..

¹⁷² *Bormann/Halaczinsky*, GmbHR 2000, 1023.

¹⁷³ *Bormann/Halaczinsky*, GmbHR 2000, 1023.

¹⁷⁴ *Emde*, GmbHR 2003, 1035.

¹⁷⁵ *Emde*, GmbHR 2000, 1194.

¹⁷⁶ BGH, NJW 2003, 892 (Leitsätze 2 und 3).

¹⁷⁷ OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1060; OLG Schleswig, NZG 2004, 971; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 358; a.A. *Ettinger/Reiff*, GmbHR 2005, 327ff..

(b) Heilung verdeckter Sacheinlagen

Die Heilung verdeckter Sacheinlagen setzte nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH¹⁷⁸ ein höchst mühseliges Verfahren voraus. So ist zunächst ein mit satzungsändernder Mehrheit gefasster Gesellschafterbeschluss erforderlich. Dieser ist unter Vorlage eines von allen Geschäftsführern und allen betroffenen Gesellschaftern unterzeichneten Berichts über die Einlagenänderung, einer von einem Wirtschaftsprüfer errichteten, die Vollwertigkeit der Sacheinlage testierende Bilanz und einer Versicherung der Geschäftsführer hinsichtlich deren Werthaltigkeit beim Handelsregister anzumelden. Dieser Weg wird zuweilen als zu formalistisch angesehen¹⁷⁹. Insofern stellt sich die Frage, ob es keine einfachere Möglichkeit der Heilung gibt. Hierzu bietet sich die Rückzahlung des als „Darlehen“ ausgegebenen Betrags an.

Nach der Rechtsprechung des OLG Schleswig¹⁸⁰ scheidet aber eine Heilung auf diese Weise aus. Es begründet dies im Wesentlichen mit der Eindeutigkeit der Zahlungsbestimmung als Darlehensrückzahlung und verweist darauf, dass eine nachträgliche Umqualifizierung als Einlageerbringung nicht in Betracht komme¹⁸¹. Daran soll auch eine etwaig getroffene „Vereinbarung über Leistungsbestimmungen“¹⁸² nichts ändern. In dieser hieß es sinngemäß, dass für den Fall, dass die erfolgte Einzahlung des Stammkapitals aus Rechtsgründen unwirksam sein sollte, die Rückzahlung des Darlehens als erneute Leistung des Stammkapitals zu werten ist, und der Darlehensrückzahlungsanspruch¹⁸³ der Gesellschaft gegen den Rückforderungsanspruch der Gesellschafter hinsichtlich der fehlgeschlagenen anfänglichen Stammkapitaleinzahlungen (§ 812 I S.2 2. Alt. BGB) aufgerechnet werden sollte¹⁸⁴. Das OLG Schleswig¹⁸⁵ lehnte diese Konstruktion zum einen aufgrund des Hinauslaufens auf eine nach § 19 II S.2 GmbHG unzulässige Aufrechnung, zum anderen mangels Erfüllung der Anforderungen an die Bestimmtheit einer Leistung als Stammeinlage, ab.

Die Rechtsprechung des OLG Schleswig führt zu nur schwer mit dem Rechtsgefühl zu vereinbarenden Ergebnissen. So erhält die Gesellschaft doch mit der Rückzahlung des „Darlehens“ an sich genau das, was ihr zustand, nämlich die Ausstattung mit dem versprochenen Stammkapital. Nichtsdestotrotz sind die Gesellschafter weiterhin verpflichtet, die Einlage zu erbringen. Dies führt dazu, dass diese in solch einem Fall schlechter stehen, als wenn sie von An-

¹⁷⁸ BGHZ 132, 148ff..

¹⁷⁹ *Bormann/Halaczinsky*, GmbHR 2000, 1026.

¹⁸⁰ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1046; OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1060f.; OLG Schleswig, NZG 2004, 970f.; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 358ff..

¹⁸¹ OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1060f.; OLG Schleswig, NZG 2004, 970f..

¹⁸² OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1058f..

¹⁸³ Es ist ungenau, hier von einem „Darlehensrückzahlungsanspruch“ zu sprechen, ist der dem zugrunde liegende Vertrag doch gemäß § 134 BGB nichtig. Gemeint ist vielmehr der Anspruch der Gesellschaft auf Rückzahlung des vermeintlich als „Darlehen“ ausgezahlten Geldbetrages gemäß § 812 I S.1 1. Alt. BGB.

¹⁸⁴ §§ 2, 3 der „Vereinbarung über Leistungsbestimmungen“; abgedruckt in GmbHR 2003, 1058f..

¹⁸⁵ OLG Schleswig, GmbHR 2003, 1060.

fang an die Einlagen nicht erbracht hätten, wären sie dann doch nur einmal zur Zahlung verpflichtet gewesen¹⁸⁶. Weiterhin gilt es zu bedenken, dass die Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme nicht nur die Gründungsgesellschafter, sondern über § 16 III GmbHG¹⁸⁷ auch die Erwerber der Vorratsgesellschaft trifft¹⁸⁸. Ferner hilft den Gesellschaftern auch der ihnen zustehende Anspruch gemäß § 812 I S.2 2.Alt.BGB wegen Unwirksamkeit der Stammeinlageerbringung nicht weiter, befindet sich die Gesellschaft, wenn die Suche nach etwaigen verdeckten Sacheinlagen beginnt, doch meistens schon in der Insolvenz.

Dementsprechend negativ fielen überwiegend auch die Reaktionen in der Literatur¹⁸⁹ aus. Zum Teil wurde versucht, die Rückzahlung des Darlehens aufgrund des vermeintlich bestehenden Darlehensvertrags in eine Tilgung der Einlageforderung umzudeuten¹⁹⁰. Dafür wurden zunächst Gerechtigkeitsgesichtspunkte angeführt. So würden vor allem Nichtjuristen, denen die Rechtsprechung des OLG Schleswig erwartungsgemäß nicht bekannt ist und daher bei der Tilgungsbestimmung „Zahlung auf Darlehen“ angeben, ansonsten unangemessen benachteiligt¹⁹¹. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass gegen Wertungen des BGH verstoßen werde¹⁹². Letzterer führte nämlich in seinem Urteil vom 17.9.2001 aus, dass es auch ohne konkrete Tilgungsbestimmung aufgrund der Identität der Zahlungsbeträge ersichtlich sei, dass der Gesellschafter auf die ausstehende Einlageschuld leisten wollte¹⁹³. Des Weiteren bestehe aber auch eine Divergenz zu dessen Urteil vom 2.12.2002. Der BGH stellte dort klar, dass eine spätere Tilgung der Darlehensschuld im Wege der Aufrechnung auch die Einlageschuld tilge, soweit § 19 II, V GmbHG nicht im Wege stehe¹⁹⁴. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, habe

¹⁸⁶ *Emde*, GmbHR 2000, 1193.

¹⁸⁷ Im MoMiG ist die Aufhebung des § 16 II GmbHG vorgesehen. Infolgedessen entspricht § 16 II E-GmbHG dem § 16 III GmbHG jetziger Fassung mit der Besonderheit, dass der für die Haftung maßgebliche Anknüpfungspunkt nicht mehr in der Anmeldung des Erwerbs des Geschäftsanteils bei der Gesellschaft liegen soll. Abzustellen ist künftig vielmehr auf den Zeitpunkt der Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste zum Handelsregister (Art.1 Nr.8 RefE MoMiG).

¹⁸⁸ OLG Schleswig, GmbHR 2000, 1045.

¹⁸⁹ *Emde*, GmbHR 2000, 1193f.; *ders.*, GmbHR 2003, 1034ff.; *Schaub*, NJW 2003, 2127; *Meilicke*, BB 2003, 859; *Bayer*, GmbHR 2004, 452; *Heidinger*, ZGR 2005, 115ff.; *Werner*, DStR 2005, 526; a.A. *Bormann/Halaczinsky*, GmbHR 2000, 1026f., die dem OLG Schleswig im Ergebnis zustimmen. Diese empfahlen vielmehr in Zukunft nicht mehr auf das Darlehen, sondern direkt auf die Einlageschuld zu leisten. Zwar stelle sich dann das Problem, dass der Gesellschafter seine Bareinlagepflicht dennoch nicht erfüllen würde, wenn er seine Gegenforderung aus § 812 I S.2 2.Alt. BGB aufgrund der Unwirksamkeit der erstmaligen Stammkapitalerbringung durchsetzen würde, da ein bloßes Hin- und Herzahlen hier genauso wenig zu einer Heilung führen könne, wie es zur Tilgung der ursprünglichen Einlageforderung geeignet gewesen sei. Um dem gerecht zu werden, soll es hier aber ausnahmsweise möglich sein, die soeben angesprochene Gegenforderung des Gesellschafters mit der der Gesellschaft auf Rückgewähr des Darlehensbetrages gemäß § 812 I S.1 1.Alt.BGB aufzurechnen, da aufgrund der alleinigen Herrührung der Ansprüche aus der Rückabwicklung der verdeckten Sacheinlage kein Fall des § 19 II S.2 GmbHG vorliege.

¹⁹⁰ *Emde*, GmbHR 2000, 1193f.; *ders.*, GmbHR 2003, 1036ff..

¹⁹¹ *Emde*, GmbHR 2003, 1037.

¹⁹² *Emde*, GmbHR 2003, 1038f..

¹⁹³ BGH, GmbHR 2001, 1114; kritisch *Ettinger/Reiff*, GmbHR 2005, 325.

¹⁹⁴ BGH, GmbHR 2003, 231.

der BGH aber als notwendige Zwischenfeststellung annehmen müssen, dass durch die Zahlung der Darlehensschuld auch die Stammeinlageschuld erfüllt werde¹⁹⁵.

Während diese Argumentation das OLG Hamburg¹⁹⁶ dazu bewegte, die erfolgte „Darlehensrückzahlung“ als Einlageleistung zu betrachten, hielt das OLG Schleswig¹⁹⁷ an seiner Rechtsprechung fest. Dieses wies unter anderem darauf hin, dass auch die zuletzt genannte Entscheidung des BGH keine andere Bewertung rechtfertige, habe es sich bei den gegen die Darlehensschuld aufgerechneten Forderungen doch um sog. „Neuforderungen“ gehandelt, von denen aber im vorliegenden Sachverhalt keine Rede sein könne¹⁹⁸. Für eine erfreuliche Wende sorgte letztendlich der BGH. Dieser stellte unter Hinweis auf seine oben genannten Urteile endgültig klar, dass mit der Zahlung auf die vermeintliche Darlehensschuld zugleich auch die noch offene Einlageforderung erfüllt werde¹⁹⁹. Mit Urteil vom 9.1.2006 übertrug der BGH²⁰⁰ diese noch allgemein gehaltenen Ausführungen auf die Vorratsgesellschaft und erteilte damit der Rechtsprechung des OLG Schleswig eine Absage. Dieser führte aus, dass der gewählten Lösung auch ein fortbestehender Bereicherungsanspruch des Gesellschafters aufgrund der Unwirksamkeit der ursprünglichen Einlageleistung (§ 812 I S.2 2.Alt. BGB) nicht entgegenstehe, sei das anfängliche „Hin- und Herzahlen“ doch wirtschaftlich als einheitlicher Vorgang zu begreifen, bei dem der Gesellschafter nichts geleistet habe²⁰¹. So seien weder letzterer noch die Gesellschaft ungerechtfertigt bereichert²⁰².

Der Ansicht des BGH ist zu folgen. Die Rechtsprechung des OLG Schleswig grenzt an Haarspalterei. Diese machte das Fortbestehen der Einlagepflicht nicht nur von Begrifflichkeiten bei der Tilgungsbestimmung abhängig, sondern setzte sich darüber hinaus über die schon damals einschlägige Judikatur des BGH hinweg. Einer Renaissance des in der Praxis zeitweise verbreiteten Darlehensmodells steht somit nichts im Wege²⁰³. Das MoMiG legt gar den Eindruck nahe, dass ein solches Vorgehen nunmehr auch von Gesetzes wegen akzeptiert wird, sollen die dem reformierten Kapitalerhaltungsrecht zugrunde liegenden Maßstäbe auch bei

¹⁹⁵ *Emde*, GmbHR 2003, 1036.

¹⁹⁶ OLG Hamburg, GmbHR 2005, 164 (3. Leitsatz); zustimmend *Werner*, GmbHR 2005, 167f..

Das OLG Hamburg weist zu Recht darauf hin, dass sich der Gesellschafter vielfach gar nicht darüber im Klaren sein wird, dass er Schuldner mehrerer nebeneinander bestehender Forderungen i.S.v. § 366 BGB ist. Des Weiteren gelte es zu bedenken, dass das Aufrechnungsverbot lediglich gewährleiste, dass der Gesellschaft die geschuldete Bareinlage und nicht nur der Wert einer gegen diese gerichteten erlöschenden Forderung zukomme. Daher entfalle die Einlageforderung zwar nicht durch Aufrechnung mit dem dem Gesellschafter zustehenden Bereicherungsanspruch (§ 812 I S.2 2.Alt.BGB), wohl aber durch eine hierzu bestimmte Zahlung. Auch die Bezeichnung als „Darlehensrückzahlung“ vermöge keine andere Bewertung zu rechtfertigen.

¹⁹⁷ OLG Schleswig, NZG 2004, 969; OLG Schleswig, GmbHR 2005, 357; a.A. *Emde*, GmbHR 2005, 361ff..

¹⁹⁸ OLG Schleswig, NZG 2004, 970f..

¹⁹⁹ BGH, ZIP 2005, 2203 (2. Leitsatz).

²⁰⁰ BGH, GmbHR 2006, 306; zustimmend *Emde*, GmbHR 2006, 308ff..

²⁰¹ BGH, GmbHR 2006, 308.

²⁰² BGH, GmbHR 2006, 308. Insofern fehlt es an einer Anspruchsmehrheit i.S.v. § 366 BGB.

²⁰³ *Emde*, GmbHR 2006, 310.

der Kapitalaufbringung Berücksichtigung finden²⁰⁴. In entsprechender Anwendung des § 30 I S.2 E-GmbHG ist es somit künftig zulässig, den auf die Einlage geleisteten Betrag an den Gesellschafter zurückzuzahlen, sofern dies eine Vorleistung aufgrund eines Vertrages darstellt und die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt²⁰⁵. Liegen diese Voraussetzungen vor, fehlt es bereits an einem Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften. Ein solches Ergebnis erscheint nicht ganz unbedenklich, wird die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung durch eine schwächere Darlehensforderung ersetzt²⁰⁶. Man darf gespannt sein, inwieweit die Rechtsprechung einer solchen Gestaltungsmöglichkeit in Zukunft Grenzen setzt.

(3) Verdeckte Sacheinlagen bei der wirtschaftlichen Neugründung

Von der Rechtsprechung offen gelassen ist bislang die Frage, ob die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage auch bei der Verwendung der Vorratsgesellschaft Anwendung findet. Dies wird zum Teil kritisch hinterfragt²⁰⁷. So wird ein in die Zukunft gerichteter Kapitalschutz für nicht erforderlich gehalten, Sorge doch bereits die bei der Aktivierung der Vorratsgesellschaft durchzuführende registergerichtliche Kontrolle für ausreichende Sicherheit²⁰⁸. Über diesen Zeitpunkt hinaus werde der Gläubigerschutz durch die Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 30f. GmbHG, § 57 AktG) hinlänglich verwirklicht²⁰⁹. Die Wahrheit liegt unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH auch hier in der Mitte. Im Grundsatz bedarf es der Anwendung der Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage nicht, würden die Beteiligten ansonsten über Monate hinweg in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt. Dabei dürfte nicht nur die Haftung der Gesellschafter, sondern auch das schuldrechtlich und dinglich nichtige Rechtsgeschäft ein Problem für die Rechtspraxis darstellen²¹⁰. Eine Ausnahme ist dennoch in zwei Fällen zu machen: So würde es der Ratio der Rechtsprechung des BGH widersprechen, stünden die Erwerber der Vorratsgesellschaft besser als ihre Gründer. Findet die wirtschaftliche Neugründung in zeitlicher Nähe zur Eintragung der Gesell-

²⁰⁴ S.55 der Begründung zum RefE MoMiG.

²⁰⁵ *Bormann*, GmbHHR 2006, 1025.

§ 30 I S.2 E-GmbHG (Art.1 Nr.11 RefE MoMiG) lautet: „Wird das Stammkapital durch eine Vorleistung aufgrund eines Vertrages mit einem Gesellschafter angegriffen, so gilt das Verbot des Satzes 1 nicht, wenn die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt.“ Eine vergleichbare Regelung enthält das Aktienrecht mit § 57 I S.3 E-AktG (Art.5 Nr.4 RefE MoMiG): „Vorleistungen der Gesellschaft aufgrund eines Vertrages mit einem Aktionär sind keine Rückgewähr von Einlagen, wenn die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt.“

Die Leistung liegt im Interesse der Gesellschaft, wenn die Rückzahlung hinreichend gesichert ist, gegen die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters keine Bedenken bestehen (S.54 der Begründung zum RefE MoMiG).

²⁰⁶ *Bormann*, GmbHHR 2006, 985.

²⁰⁷ *Swoboda*, GmbHHR 2005, 653ff..

²⁰⁸ *Swoboda*, GmbHHR 2005, 655.

Es stellt sich bereits die Frage nach der Notwendigkeit einer solchen Kontrolle.

²⁰⁹ *Swoboda*, GmbHHR 2005, 655f..

²¹⁰ *Swoboda*, GmbHHR 2005, 653ff. mit Beispielen.

schaft im Handelsregister statt und liegt ein als verdeckte Sacheinlage zu qualifizierendes Verhalten seitens der Erwerber vor, haben auch in diesem Fall die einschlägigen Rechtsfolgen zu gelten. Die Vorratsgesellschaft sollte daher möglichst „alt und kalt“ sein²¹¹. Die Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage hat darüber hinaus auch den Fall zu erfassen, dass die Erwerber das zwischenzeitlich verminderte Gesellschaftsvermögen erneut aufgefüllt haben, das Geleistete aber umgehend an diese zurückfließt. So entspricht die Situation der bei der rechtlichen Neugründung. Letztlich vermag auch die Aussage des BGH, dass eine Gewährleistung der Unversehrtheit der Kapitalausstattung über den Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung hinaus nicht veranlasst sei²¹², nichts Gegenteiliges zu verheißen²¹³. Diese beruht nämlich auf der Überlegung, dass die Gesellschaft auch dauerhaft mit dem veranschlagten Kapital ausgestattet ist.

(4) Die Nachgründung bei der wirtschaftlichen Neugründung

Neben der unmittelbaren Anwendung des § 52 AktG für den Fall, dass der Gesellschaft innerhalb der ersten zwei Jahre nach ihrer Eintragung im Handelsregister Sachwerte zugeführt werden, kommt eine entsprechende Heranziehung dieser Norm für den bei der verdeckten Sacheinlage zuletzt genannten Ausnahmefall in Betracht. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH ist für den Fristbeginn allerdings nicht auf die Eintragung der Satzungsänderungen²¹⁴, sondern auf die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung abzustellen²¹⁵.

b) Stellungnahme

Es soll nunmehr das Vorliegen der Analogievoraussetzungen als Grundlage für die Anwendung des Gründungsrechts überprüft sowie auf generelle Bedenken eingegangen werden.

aa) Analogievoraussetzungen

Eine Analogie setzt bekanntermaßen eine planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage voraus²¹⁶. Neben diesem allgemeinen Erfordernis ist ferner auch den verfahrensrechtlichen Besonderheiten der anzuwendenden Regelungen Rechnung zu tragen²¹⁷. Ist bereits letzteres nicht der Fall, so bleibt für die in Rede stehende Anwendung der gründungsrechtlichen Vorschriften, insbesondere für das Versicherungserfordernis nach § 8 II GmbHG,

²¹¹ Meilicke, BB 2003, 859.

²¹² BGH, NJW 2003, 3200.

²¹³ So aber Swoboda, GmbHR 2005, 655.

²¹⁴ MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.102; Grooterhorst, NZG 2001, 148.

²¹⁵ Gerber, Rpfleger 2004, 471.

²¹⁶ Brox, AT; Rn.65ff..

²¹⁷ Bydlinski; S.601f..

§ 37 I S.1 AktG, kein Raum. Aus diesem Grund soll vorab das Vorliegen der besonderen Analogievoraussetzungen überprüft werden.

(1) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Zentraler Gesichtspunkt der Gründungsprüfung ist zum einen das Anknüpfen an eine zwingende, konstitutive Registereintragung (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG), zum anderen die Anwendung der Kontrollbestimmungen nur im Falle eines Tatbestands, welcher für das Registergericht ohne weiteres erkennbar ist, da es anderenfalls im Registerverfahren zu Verzögerungen und Unklarheiten kommen kann²¹⁸.

Die Verwendung einer Vorratsgesellschaft tritt wie gezeigt aufgrund der mit dieser typischerweise einhergehenden Satzungsänderungen (§ 54 GmbHG, § 181 AktG), insbesondere der des Unternehmensgegenstandes, deutlich zu Tage²¹⁹, so dass zumindest letztere Anforderung erfüllt sein dürfte. Probleme sind eher bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft zu erwarten, ist diese von der Umorganisation abzugrenzen. Hingegen ist fraglich, ob die wirtschaftliche Neugründung mit der konstitutiven Registereintragung bei der rechtlichen Neugründung gleichgesetzt werden kann. Da Satzungsänderungen aber grundsätzlich erst nach ihrer Eintragung im Handelsregister Wirkung (§ 54 III GmbHG, § 181 III AktG) entfalten, kann auch dies bejaht werden, wobei nicht verhehlt werden soll, dass damit kein idealer Regelungszustand erreicht ist, kann die registerliche Anmeldung der Änderungen de lege lata nicht mit Zwangsmitteln (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG) durchgesetzt werden²²⁰. Unter der Prämisse, dass man die Anwendbarkeit des Gründungsrechts bejaht, ist zu überlegen, ob sich der nötige Druck nicht über die im Folgenden darzustellenden Haftungsmodelle aufbauen lässt.

(2) Planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage

Ferner bedarf es der Klärung, ob auch eine planwidrige Regelungslücke als allgemeine Analogievoraussetzung vorliegt. Eine Lücke besteht, wenn das Gesetz keine Regel für eine Frage enthält, die nach der zugrunde liegenden Regelungsabsicht des Gesetzgebers hätte geregelt werden müssen²²¹. Weder das GmbHG noch das AktG enthält Vorschriften, die die Vorratsgesellschaft als solche oder deren Verwendung behandeln. Die in Rede stehenden Normen behandeln allein den Fall der rechtlichen Neugründung. So sind die einschlägigen Abschnitte im

²¹⁸ *Krafka*, ZGR 2003, 581.

²¹⁹ *Schaub*, NJW 2003, 2127; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 539; a.A. *Altmeyen*, DB 2003, 2050.

²²⁰ *Krafka*, ZGR 2003, 581f.

²²¹ *Larenz*; S.370.

GmbHG und AktG mit der Überschrift „Errichtung der Gesellschaft“ bzw. „Gründung der Gesellschaft“ versehen. Demzufolge ist vom Vorliegen einer Regelungslücke auszugehen²²². Letztere müsste auch planwidrig sein. Dies ist entweder dann der Fall, wenn der Gesetzgeber den nicht geregelten Fall nicht bedacht hat²²³ oder dessen Behandlung bewusst der Rechtsprechung überlassen hat²²⁴. Angesichts des mittlerweile historischen Ausmaßes der in Rede stehenden Diskussion wird man ersteres ausschließen können. So hatte der Gesetzgeber genügend Zeit und Möglichkeiten, sich dieses Themas anzunehmen²²⁵. Dass er dazu auch in der Lage ist, zeigt nicht zuletzt sein promptes Tätigwerden im Hinblick auf die Behandlung von in der steuerrechtlichen Praxis auftretenden Gestaltungen²²⁶. Insofern wäre es für ihn ein Leichtes gewesen, auch die gesellschaftsrechtliche Seite der wirtschaftlichen Neugründung durch Formulierungen wie „Bei der Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften sind die Gründungsvorschriften entsprechend anzuwenden“ oder „An die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften sind keine besonderen Rechtsfolgen geknüpft“, ein für allemal zu klären²²⁷. Dass der Gesetzgeber diese Chance trotz des für ihn minimalen Aufwands nicht wahrgenommen hat, legt die Vermutung nahe, dass er diese Aufgabe der Rechtsprechung überlassen wollte. So befasst sich auch das MoMiG, welches gerade der Bekämpfung von Missbräuchen dienen soll, nicht mit der Problematik der wirtschaftlichen Neugründung. Fraglich ist allerdings, ob die Interessenlage bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft mit der bei der rechtlichen Neugründung vergleichbar ist. Die Gründungsvorschriften dienen wie bereits dargelegt der Gewährleistung der Kapitalausstattung der Gesellschaft und somit dem Gläubigerschutz. Dieser wird durch Einlageleistungspflichten und die Kontrolle ihrer Einhaltung durch das Registergericht sichergestellt. Die Durchführung einer solchen kann aber vordergründig nicht davon abhängen, ob die Aufnahme einer Tätigkeit in haftungsbeschränkter Rechtsform durch eine Neugründung oder aber dadurch, dass eine unternehmenslose juristische Person für das neue Unternehmen verwendet wird, erfolgt²²⁸. Zu einem anderen Ergebnis käme man aber dann, wenn den gegebenenfalls von der Verwendung einer Vorratsgesellschaft ausgehenden Gefahren bereits durch die unmittelbar anwendbaren Normen und Rechtsinstitute Rechnung getragen werden kann.

²²² Lehder; S.75.

Dagegen schließt *Oldemanns*; S.180ff. von einer Lücke im Gläubigerschutz auf das Vorliegen einer Regelungslücke. Nach hier vertretener Ansicht ist auf Aspekte des Gläubigerschutzes aber erst bei der Prüfung hinsichtlich des Bestehens einer vergleichbaren Interessenlage einzugehen.

²²³ So KG, NZG 1998, 731f. für den Fall einer Mantelgesellschaft.

²²⁴ *Larenz/Canaris*; S.199f.; *Lehder*; S.76.

²²⁵ *Lehder*; S.76 verweist unter anderem auf die GmbH-Novelle 1980 (BGBl. 1980 I, 836).

²²⁶ *Mayer*, NJW 2000, 178 (§ 8 IV KStG).

²²⁷ *Lehder*; S.76.

²²⁸ *Priester*, DB 1983, 2295.

Letztere Sichtweise legen zunächst die Vorschriften über die Kapitalerhaltung gemäß §§ 30f. GmbHG bzw. § 57 AktG, die Lehre von der verdeckten Sacheinlage sowie die Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 GmbHG, § 92 AktG²²⁹ nahe. Ferner ist beim Ingangsetzen einer Vorratsgesellschaft das Stamm- bzw. Grundkapital, von Verwaltungskosten und Steuern einmal abgesehen, grundsätzlich vorhanden. Zwar weist der BGH²³⁰ darauf hin, dass nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne, dass die Gesellschaft wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme unter dem neuen Unternehmensgegenstand bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Verluste erlitten hat oder das ursprünglich eingezahlte Kapital wieder entnommen wurde²³¹, jedoch wird es sich dabei, wenn überhaupt, um absolute Ausnahmefälle handeln, wurde die Kapitalausstattung bereits bei der rechtlichen Neugründung kontrolliert und wird die Gesellschaft regelmäßig bis zur Ausstattung mit einem Unternehmen und der erstmaligen Aufnahme des Geschäftsbetriebs geruht haben. Darin ist zugleich der entscheidende Unterschied zu dem eigentlichen Anwendungsbereich der gründungsrechtlichen Vorschriften, der rechtlichen Neugründung, zu sehen, sind die Gläubiger dort einer völligen Ungewissheit über die Kapitalausstattung der Gesellschaft ausgesetzt. So gesteht auch der BGH²³² ein, dass die Gläubiger im Falle der Verwendung eines bereits still gelegten, leeren Mantels (Mantelgesellschaft) stärker gefährdet und damit schutzbedürftiger seien als bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft. Mangels einer vergleichbaren Interessenlage kann allenfalls für letzteren Fall über eine entsprechende Anwendung des Gründungsrechts nachgedacht werden, wobei einmal darauf hingewiesen werden soll, dass auch die Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG letztlich niemandem gewährleistet, mit einer solventen Kapitalgesellschaft zu kontrahieren, vermag auch sie es nicht auszuschließen, dass sich die Gesellschaft nachträglich übernimmt. Vielmehr handelt es sich um eine vom Gesetzgeber durch die Anerkennung von Gesellschaften, deren Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist (§ 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG), akzeptierte, dem Rechtsverkehr immanente Gefahr. Nichtsdestoweniger ist in dem deutschen Garantiekapitalsystem eine „Kulturleistung ersten Ranges“²³³ zu sehen, so dass an diesem auch in Zukunft festgehalten werden sollte²³⁴.

²²⁹ *Banerjea*, NZG 1999, 818; *Schaub*, NJW 2003, 2126; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 541.

²³⁰ BGH, NJW 2003, 894.

²³¹ Sollten damit die den Urteilen des OLG Schleswig zugrunde liegenden Fallgestaltungen gemeint sein, kann diesen bereits mit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage hinreichend Rechnung getragen werden, wobei es künftig § 30 I S.2 E-GmbHG und § 57 I S.3 E-AktG zu beachten gilt.

²³² BGH, NJW 2003, 3199.

²³³ *Wiedemann*, GR; S.557f..

²³⁴ *Priester*, ZHR 168 (2004), 260.

bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung des Gründungsrechts

Abgesehen von den soeben angeführten rechtlichen Hindernissen, widerspricht eine erneute registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung dem durchaus legitimen Zweck, den mit der Dauer des Eintragungsvorgangs bei einer rechtlichen Neugründung bestehenden Zeitverlust zu umgehen²³⁵, auch wenn es sich dabei zugegebenermaßen beim Großteil der Fälle um eine bloße Formalität handeln dürfte. Nichtsdestotrotz ist darin nichts anderes als eine überflüssige bürokratische Hürde zu sehen. Auch die Registergerichte werden dabei mit unnötiger Arbeit belastet, gestaltet sich die Prüfung der Kapitalausstattung einer bereits existierenden, wenn auch nur ihr eigenes Vermögen verwaltenden Gesellschaft regelmäßig zeitaufwendiger und komplizierter als bei der rechtlichen Neugründung. Insofern handelt es sich dabei im Endeffekt um eine Vergeudung von Ressourcen. Es ist davon auszugehen, dass die gegen den Einsatz von Vorratsgesellschaften bestehenden Vorbehalte allein daher rühren, dass das schlechte Image der Mantelgesellschaften auf die Vorratsgesellschaften ausstrahlt²³⁶.

2. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung

Der Gefahr der Unterdeckung des Kapitals im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft sollte früher durch das sog. „Vorbelastungsverbot“²³⁷, welches die Vertretungsmacht auf notwendige Gründungsgeschäfte ohne Erweiterungsmöglichkeit beschränkte, Rechnung getragen werden. Dieses wird mittlerweile als überholt angesehen²³⁸. An dessen Stelle ist die sog. „Unterbilanzhaftung“²³⁹, auch „Vorbelastungshaftung“²⁴⁰ genannt, sowie die mit ihr verwandte „Verlustdeckungshaftung“²⁴¹ getreten. Durch diese soll nunmehr gewährleistet werden, dass die auf ihr Gesellschaftsvermögen beschränkt haftende juristische Person bei ihrer formalen Entstehung durch Eintragung und ihrem Eintritt in das Rechtsleben materiell mit dem verlaublichen Haftungsfondskapital ausgestattet ist²⁴².

Es verwundert nicht, dass auch bei der wirtschaftlichen Neugründung die Anwendbarkeit dieser Haftungsmodelle diskutiert wird. Während diese bei einigen Obergerichten²⁴³ sowie beim Großteil der Literatur²⁴⁴ auf Ablehnung stoßen, hat der BGH²⁴⁵ zumindest die Unterbi-

²³⁵ BayObLG, GmbHR 1999, 609.

²³⁶ *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1005f..

²³⁷ BGHZ 17, 391; BGHZ 53, 212; BGHZ 65, 383.

²³⁸ BGH, NJW 1981, 1373 (2. Leitsatz); *Schmidt*, GR; § 11 IV S.301; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.29; *Michalski/Michalski*; § 11 Rn.52ff.; *Priester*, ZIP 1982, 1141ff..

²³⁹ BGH, NJW 1981, 1373 (3. Leitsatz); *Grunewald*; 2. F. Rn.37.

²⁴⁰ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.29.

²⁴¹ BGH, NJW 1997, 1507.

²⁴² *Nolting*, ZIP 2003, 652.

²⁴³ BayObLG, GmbHR 1999, 607; OLG Frankfurt a.M., GmbHR 1992, 456.

²⁴⁴ *Michalski/Michalski*; § 3 Rn.25; *Schmidt*, GR; § 4 III S.73f.; *Heerma*; S.136ff.; *Lehder*; S.103ff.; *Priester*, DB 1983, 2296; *ders.*, ZHR 168 (2004), 263f.; *Bommert*, GmbHR 1983, 212; *Gummert*, DSr 1997, 1011;

lanzhaftung ausdrücklich für anwendbar erklärt. Hingegen ist er auf die Verlustdeckungshaftung nicht weiter eingegangen. Da aber eine Äquivalenz zwischen diesen Haftungsmodellen besteht, würde auch diese gut in sein Konzept passen²⁴⁶. Dann stellt sich jedoch zunächst die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung entsteht und wie genau das Wechselspiel zwischen diesen aussieht. Neben deren Rechtsfolgen gilt es aber insbesondere auch zu überprüfen, ob und inwieweit ein Konkurrenzverhältnis von ersterer zu einer Haftung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen besteht.

a) Die Konzeption der Unterbilanzhaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister stellt bei der rechtlichen Neugründung die für die Unterbilanzhaftung maßgebliche Zäsur dar²⁴⁷. Da eine Vorratsgesellschaft jedoch bereits in das Handelsregister eingetragen ist, bedurfte es einer Modifizierung dieses Haftungsmodells. An die Stelle der Eintragung soll nach der Ansicht des BGH²⁴⁸ der Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unter Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG gegenüber dem Registergericht treten. Eine Gewährleistung der Unversehrtheit des Stamm- bzw. Grundkapitals über diesen Zeitpunkt hinaus soll nicht veranlasst sein, da es zum einen, anders als bei der rechtlichen Neugründung, welche erst mit der Eintragung der Gesellschaft vollzogen ist (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG), bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft, zu deren rechtlicher Existenz keiner zusätzlichen konstitutiven Eintragung mehr bedürfe, zum anderen, weil dem Gläubigerschutz bei Unversehrtheit des Gesellschaftsvermögens zum Zeitpunkt der Offenlegung bereits hinreichend genügt sei²⁴⁹. Der BGH befindet sich mit seiner Konzeption weitgehend auf einer Linie mit den im

Banerjea, GmbHHR 1998, 815; *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHHR 1998, 1012; *Zwissler*, GmbHHR 1999, 857; *Werner*, NZG 2001, 399f.; *Meilicke*, BB 2003, 859; *Gronstedt*, BB 2003, 861f.; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540f.; *Thaeter*, DB 2003, 2114f.; *Schaub*, DNotZ 2003, 451f.; *ders.*, NJW 2003, 2128f.; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1133; *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 185f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1348f.; *Keller*, DZWIR 2005, 138; *Wicke*, NZG 2005, 411;

a.A. *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.13; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.150; *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn.106; *GroßKommAktG/Röhrich*; § 23 Rn.142; *Raiser/Veil*; § 26 Rn.33f.; *Ulmer*, BB 1983, 1126; *Ahrens*, DB 1998, 1070ff.; *Lübbert*, BB 1998, 2222ff.; *Lachmann*, NJW 1998, 2264; *Nolting*, ZIP 2003, 653; *Kessler*, ZIP 2003, 1791f.; *Peetz*, GmbHHR 2003, 1129; *ders.*, GmbHHR 2004, 1433f.; *Herchen*, DB 2003, 2212; *Ulrich*, WM 2004, 917f.; *Jacobs*, DZWIR 2004, 314f.; *Schütz*, NZG 2004, 749f.; *Gerber*, Rpfleger 2004, 472.

²⁴⁵ BGH, NJW 2003, 3198 (3. Leitsatz).

²⁴⁶ *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.150; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540; *Thaeter*, DB 2003, 2114; *Schaub*, NJW 2003, 2129; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1034; *Schmidt*, NJW 2004, 1347; a.A. *Lehder*; S.108f.; *Schütz*, NZG 2004, 747f.; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 195; *Wicke*, NZG 2005, 414.

²⁴⁷ BGH, NJW 1981, 1373; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.29.

²⁴⁸ BGH, NJW 2003, 3198 (3. Leitsatz), 3200.

²⁴⁹ BGH, NJW 2003, 3200f..

Schrifttum²⁵⁰ vorgeschlagenen Haftungskonzepten. Dort wurde lediglich von der Formulierung einer Offenlegungspflicht²⁵¹ abgesehen und auf den Anmeldezeitpunkt der Satzungsänderungen abgestellt. Dem liegt allein die Überlegung zugrunde, dass das Registergericht das Ingangsetzen einer Vorratsgesellschaft grundsätzlich bereits an den typischerweise damit einhergehenden Satzungsänderungen erkennen und die Abgabe der Versicherung von sich aus einfordern kann. So geht die Initiative hier von dem Registergericht und nicht von den Verwendern der Vorratsgesellschaft aus. Aber selbst bei Verneinung der Anwendbarkeit des Gründungsrechts würde die Übertragung des in Rede stehenden Haftungsmodells auf die wirtschaftliche Neugründung einer Vorratsgesellschaft nach dem eben Gesagten nicht an dem Fehlen eines Entstehungszeitpunktes scheitern²⁵². Die Postulierung einer Offenlegungspflicht durch den BGH lässt sich aber vor allem damit erklären, dass dieser auf materiell-rechtliche Fragen erst in seinem Beschluss zur Mantelgesellschaft eingegangen ist und die zu Tage geförderten Antworten uneingeschränkt auf die Vorratsgesellschaft übertragen hat. Im ersteren Fall stellt sich aber das Problem, die wirtschaftliche Neugründung von der Umorganisation abzugrenzen. Doch auch bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft trägt eine solche Pflichtenverschiebung dazu bei, Fehler in der registergerichtlichen Praxis einzudämmen. Ferner führt sie dazu, dass auch Fälle des Ingangsetzens, die einmal nicht von Satzungsänderungen begleitet werden, zum Vorschein kommen. Solche Konstellationen erscheinen bei der Vorratsgesellschaft, man denke nur an den in der „Verwaltung eigenen Vermögens“ liegenden Unternehmensgegenstand, nur schwer vorstellbar. Einen solchen Sonderfall bilden aber Vorratsgesellschaften, die nur zum Beteiligungserwerb eingesetzt werden²⁵³.

Für den im Grundsatz identischen Ansatz des BGH und Teilen des Schrifttums lassen sich zum einen der Rechtsgedanke des § 9 GmbHG, der die Differenzhaftung bei Sacheinlagen ebenfalls am Anmeldezeitpunkt festmacht²⁵⁴, zum anderen die der Haftung bei der rechtlichen Neugründung zugrunde liegenden Motive anführen. So soll diese die volle Kapitalausstattung der Gesellschaft in ihrem Entstehungszeitpunkt gewährleisten²⁵⁵. Im Falle der wirtschaftlichen Neugründung kommt dem die Anmeldung der Satzungsänderungen am nächsten.

²⁵⁰ *Lutter/Hommelhoff* (15. Aufl.); § 3 Rn.8; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1659f.; *Krafka*, ZGR 2003, 588; *Peus*, NZG 2003, 613; *Nolting*, ZIP 2003, 652f.; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1034.

²⁵¹ Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Offenlegung in der Anmeldung der Satzungsänderungen und der Abgabe der Versicherung aufgeht.

²⁵² So *Lutter/Hommelhoff* (15. Aufl.); § 3 Rn.8. Dies ist jedoch inkonsequent.

²⁵³ *Nolting*, ZIP 2003, 653.

²⁵⁴ *Jacobs*, DZWIR 2004, 315.

²⁵⁵ BGH, NJW 1981, 1371.

Geht es hingegen nach der älteren Literatur²⁵⁶, ist der Eintragungszeitpunkt der Satzungsänderungen für die Unterbilanzhaftung entscheidend. Dafür spricht zunächst der Gleichlauf mit der Konstruktion bei der rechtlichen Neugründung sowie ein gewisses Publizitätsinteresse des Rechtsverkehrs²⁵⁷. Dennoch wurde es mit großer Erleichterung aufgenommen, dass der BGH dieser Ansicht nicht gefolgt ist²⁵⁸. Die Gründe hierfür liegen auf der Hand. So hätte dies nämlich zugleich das faktische Ende der Vorratsgesellschaften bedeutet, wäre dann die Möglichkeit, kurzfristig einen Rechtsträger zur Verfügung zu haben, der den Gesellschaftern schon vor der Eintragung im Handelsregister den Schutz der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen gewährt, verwehrt²⁵⁹. An die Stelle der Eintragung der Gesellschaft wäre dann nämlich einfach die der Satzungsänderungen getreten, wobei eine rechtliche Neugründung je nach Dauer des Eintragungsverfahrens vielleicht sogar vorzuziehen gewesen wäre. Noch gravierender wären aber die Folgen für diejenigen gewesen, die in der Vergangenheit mit der Anmeldung der Satzungsänderungen den Geschäftsbetrieb aufgenommen und vor deren Eintragung erhebliche Anlaufverluste erlitten haben²⁶⁰, wobei es aber generell noch der Klärung bedarf, ob diese Haftungsmodelle überhaupt auf Altfälle ohne Einschränkung angewandt werden können. Eine solche Haftungsgestaltung kann allerdings bereits unter dem Gesichtspunkt, dass die Beteiligten nur im Anmeldezeitpunkt Einfluss auf die Kapitaldeckung haben und daher das Risiko einer späteren Wertminderung nicht tragen sollten, keinen Bestand haben²⁶¹. Ferner würde dadurch das mit der Verwendung einer Vorratsgesellschaft verfolgte Ziel, einen Zeitverlust zu vermeiden, endgültig konterkariert²⁶². So könnte die Geschäftsaufnahme unter haftungsrechtlichen Aspekten nie vor Eintragung der Satzungsänderungen erfolgen. Zwar wird zum Teil vertreten, dass Verminderungen des Gesellschaftsvermögens zwischen Anmeldung und Eintragung den Haftungsumfang nicht beeinflussen²⁶³, auf eine solche Einschränkung könnte man aber getrost verzichten, wenn man von vornherein allein auf den Offenlegungszeitpunkt abstellen würde.

Wie sich gezeigt hat, gibt es verschiedene Möglichkeiten, die Unterbilanzhaftung auf das Ingangsetzen von Vorratsgesellschaften zu übertragen. Geht man von der analogen Anwendbarkeit der gründungsrechtlichen Vorschriften aus, ist die Annahme einer Unterbilanzhaftung nur konsequent. Soll der Geschäftsführer etc. versichern, dass ihm das Kapital unversehrt zur

²⁵⁶ GroßKommAktG/Röhrich; § 23 Rn.139; GroßKommAktG/Henze; § 54 Rn.36; Ulmer, BB 1983, 1126.

²⁵⁷ Jacobs, DZWIR 2004, 315.

²⁵⁸ Kessler, ZIP 2003, 1791; Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 52.

²⁵⁹ Auernhammer, RNotZ 2003, 196; Kessler, ZIP 2003, 1791.

²⁶⁰ Kessler, ZIP 2003, 1791.

²⁶¹ Priester, ZIP 1982, 1146ff..

²⁶² Nolting, ZIP 2003, 652f..

²⁶³ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 3 Rn.13.

Verfügung steht, muss er gegebenenfalls auch die Gesellschafter auf Zahlung der Differenz in Anspruch nehmen können²⁶⁴. Sieht man wie der BGH in der Offenlegung den für die Haftung maßgeblichen Zeitpunkt, wird diese nur relevant, wenn die Versicherung falsch abgegeben wurde. Insofern besteht ein Konkurrenzverhältnis zu § 9a GmbHG, § 46 AktG²⁶⁵.

b) Die Konzeption der Verlustdeckungshaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Während die Unterbilanzhaftung in den vertretenen Haftungskonzepten eine nahezu unangefochtene Stellung einnimmt, ist die Verlustdeckungshaftung bisher eher stiefmütterlich behandelt worden. Entweder wird sie erst gar nicht thematisiert oder aber kurzer Hand abgelehnt²⁶⁶. Ein solches Vorgehen, auch seitens des BGH, lässt einen die nötige Konsequenz vermissen. So stehen diese Haftungsmodelle in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Möchte man die Beteiligten zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung bewegen, muss auch ein entsprechender Ansporn geschaffen werden²⁶⁷. Momentan ist aber das genaue Gegenteil der Fall. So entsteht die Unterbilanzhaftung erst mit der Offenlegung, während die Gesellschafter vorher keinen Haftungsrisiken ausgesetzt sind. Dabei sollte eigentlich der Grundsatz gelten, dass derjenige, der die Offenlegung unterlässt, nicht besser stehen darf, als der, der offenlegt²⁶⁸. Möchte man also die Kapitalaufbringung bei der Vorratsgesellschaft unter anderem im Wege der Unterbilanzhaftung sichern, muss letzterer zwangsläufig auch eine entsprechende Haftung vorausgehen. Dafür bietet sich wie gezeigt die Verlustdeckungshaftung an²⁶⁹. Diese hätte sich auf den Zeitraum zwischen Geschäftsaufnahme und Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zu erstrecken, wobei sich die Frage stellt, inwieweit sie in einem Konkurrenzverhältnis zu einer etwaigen Haftung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen steht. So weist erstere die Besonderheit auf, dass sie an sich nur bei Scheitern der Eintragung

²⁶⁴ *Nolting*, ZIP 2003, 653.

²⁶⁵ *Lehder*, S.162. Anders gestaltet sich hingegen die Situation bei der rechtlichen Neugründung. So bildet dort die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister die für die Unterbilanzhaftung maßgebliche Zäsur. Insofern ist es durchaus möglich, dass die das Gesellschaftsvermögen vermindernenden Verbindlichkeiten erst nach der Abgabe der Versicherung entstanden sind. Daher besteht dort kein zwingender Zusammenhang zwischen der Unterbilanzhaftung und einer etwaigen Unrichtigkeit der Versicherung.

²⁶⁶ *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 195; *Wicke*, NZG 2005, 414.

²⁶⁷ Es gilt zu bedenken, dass die Anmeldung der Satzungsänderungen de lege lata nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG). Ohne diese kann aber nicht einmal mehr die Verwendung von Vorratsgesellschaften erkannt werden.

²⁶⁸ *Jacobs*, DZWIR 2004, 315; *Heidinger*, ZGR 2005, 129.

²⁶⁹ *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.150; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540; *Thaeter*, DB 2003, 2114; *Schaub*, NJW 2003, 2129; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1034; *Schmidt*, NJW 2004, 1347; a.A. *Lehder*; S.108f.; *Schütz*, NZG 2004, 747f.; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 195; *Wicke*, NZG 2005, 414.

und sofortiger Aufgabe der zunächst begonnenen Geschäftstätigkeit entsteht²⁷⁰. Das wird bei der Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften aber gerade nicht der Fall sein²⁷¹. Zur Lösung dieses Problems bieten sich zwei Möglichkeiten: Einerseits ließe sich die Verlustdeckungshaftung, wie zum Teil auch für die rechtliche Neugründung vertreten²⁷², in der Weise modifizieren, dass sie bereits im Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme entsteht²⁷³. Andererseits könnte aber auch auf die Grundsätze zur Aufgabe der Gründung bzw. zur sog. „unechten Vorgesellschaft“ zurückgegriffen werden. Eine solche Übertragung ist zuweilen in der Literatur²⁷⁴ angesprochen worden. Fraglich ist, ob dem bedenkenlos zugestimmt werden kann.

aa) Das Haftungskonzept bei der rechtlichen Neugründung

Geben bei der rechtlichen Neugründung die Gründer ihre Pläne freiwillig durch Beschluss gemäß § 60 I Nr.2 GmbHG, § 262 I Nr.2 AktG oder unfreiwillig durch endgültige Ablehnung der Eintragung im Handelsregister auf, so ist die Vorgesellschaft aufgelöst und zu liquidieren²⁷⁵. Die Fortsetzung der Tätigkeit trotz Aufgabe der Gründungsabsicht führt ipso iure und unabhängig von den Vorstellungen der Beteiligten zur Umwandlung der Vorgesellschaft in eine OHG bzw. BGB-Gesellschaft, mit der Folge, dass § 128 HGB²⁷⁶ Anwendung findet²⁷⁷. War die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister dagegen von vornherein nicht beabsichtigt, gelten die Haftungsregeln der §§ 128ff. HGB entsprechend²⁷⁸.

bb) Übertragung der Grundsätze auf die wirtschaftliche Neugründung

Eine Übertragung dieser Grundsätze ist theoretisch möglich. Wird die Eintragung der Satzungsänderungen mangels Abgabe der Versicherung abgelehnt und wird die Geschäftstätig-

²⁷⁰ BGH, NJW 1997, 1507ff.; *Schaub*, NJW 2003, 2129.

²⁷¹ A.A. GroßKommGmbHG/*Ulmer*; § 3 Rn.168.

²⁷² *Michalski/Michalski*; § 11 Rn.65; GroßKommGmbHG/*Ulmer*; § 11 Rn.121; *Ulmer*, ZIP 1996, 738; *Kleindiek*, ZGR 1997, 443f.; *Lutter*, JuS 1998, 1076.

²⁷³ *Jacobs*, DZWIR 2004, 316.

In der Literatur finden sich zum Teil auch Stimmen, die auf eine Verlustdeckungshaftung verzichten und stattdessen in der erstmaligen Geschäftsaufnahme den für die Unterbilanzhaftung maßgeblichen Zeitpunkt sehen (*Ahrens*, DB 1998, 1072; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1133; *Schütz*, NZG 2004, 749; *Heidinger*, ZGR 2005, 129; sympathisierend wohl auch *Lehder*; S.141). Für eine solche Konstruktion wird angeführt, dass der Rechtsverkehr allenfalls im Moment des Vertragsabschlusses auf das Vorhandensein einer gewissen Haftungsgrundlage vertrauen werde (*Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1133). Dennoch sprechen Aspekte des Gleichlaufs zur rechtlichen Neugründung für eine zweigliedrige Haftung. Des Weiteren lässt sich allein auf diesem Wege der nötige Druck zur erneuten Durchführung einer Kontrolle der Kapitalausstattung aufbauen.

²⁷⁴ *Schaub*, DNotZ 2003, 451f.; *ders.*, NJW 2003, 2129; *Nolting*, ZIP 2003, 655; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1034f.; *Altmeyden*, DB 2003, 2051; *Ulrich*, WM 2004, 918.

²⁷⁵ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.17.

²⁷⁶ Im Falle der Umwandlung in eine BGB-Gesellschaft findet § 128 HGB analoge Anwendung. (BGH, NJW 2001, 1056; BGH, NJW 2003, 1445)

²⁷⁷ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.18.

²⁷⁸ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.19.

keit trotzdem weiter fortgesetzt, haften die Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog²⁷⁹. Selbiges gilt, wenn sich die Beteiligten erst gar nicht die Mühe machen, die Verwendung der Vorratsgesellschaft vor dem Registergericht offen zu legen.

Dennoch sprechen zumindest bei der wirtschaftlichen Neugründung die besseren Argumente dafür, eine durchgehende Verlustdeckungshaftung der Beteiligten ab dem Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme anzunehmen²⁸⁰. So vermag dort insbesondere die Heranziehung personengesellschaftsrechtlicher Normen nicht zu überzeugen, ist nirgendwo geregelt, dass allein die Aufgabe der Eintragsabsicht bzw. das Scheitern der Eintragung von Satzungsänderungen zur Umwandlung einer bestehenden GmbH bzw. AG zu einer OHG bzw. BGB-Gesellschaft führt²⁸¹. Bei der rechtlichen Neugründung ist ein solches Procedere hingegen schlüssig, existiert die GmbH bzw. AG vor ihrer Eintragung nicht (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG). In jedem Fall ist es aber unter der Prämisse, dass man wie der BGH das Bestehen des verlautbarten Haftungsfonds bei der wirtschaftlichen Neugründung auch in haftungsrechtlicher Sicht sicherstellen möchte, unerlässlich, auch vor dem für die Unterbilanzhaftung maßgeblichen Zeitpunkt, eine Haftung der Gesellschafter anzunehmen. Dafür sollte aber nach hier vertretener Auffassung allein die Verlustdeckungshaftung gewählt werden.

c) Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung nur bei Geschäftsaufnahme mit Zustimmung aller Gesellschafter?

Neben der Vorgesellschaft haften bei der rechtlichen Neugründung auch die Gesellschafter nach den in Rede stehenden Haftungsmodellen für deren Verluste. Ist erstere nicht wirksam vertreten worden, scheidet somit auch die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung aus²⁸². Nach heute vorherrschender Meinung ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers etc. durch den Zweck der Vorgesellschaft, Vorstufe zur juristischen Person zu sein, grundsätzlich auf solche Rechtshandlungen beschränkt, die zur Herbeiführung der Eintragung notwendig sind²⁸³. Auf diese Weise soll unter anderem auch dem ansonsten im hohen Maße bestehenden Haftungsrisiko für die Gesellschafter, die nicht mit der Geschäftsaufnahme einverstanden waren oder von ihr nichts wussten, Rechnung getragen werden²⁸⁴. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht für den Fall, dass ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wurde²⁸⁵ oder

²⁷⁹ *Ulmer*, GmbHHR 1984, 258.

²⁸⁰ *Jacobs*, DZWIR 2004, 316.

²⁸¹ Ebenso *Peters*; S.96ff..

²⁸² *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.11; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 11 Rn.102.

²⁸³ BGH, NJW 1981, 1375; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.11; *Heidinger*, GmbHHR 2003, 194.
§ 37 II GmbHG bzw. § 82 I AktG gelten in diesem Stadium nicht.

²⁸⁴ *Grunewald*; 2. F. Rn.30; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.11.

²⁸⁵ *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 11 Rn.19.

aus anderen Gründen bereits ein Handelsgewerbe betrieben wird²⁸⁶. Es besteht aber die Möglichkeit, die Vertretungsmacht der Geschäftsführer etc. auch auf sonstige Geschäfte zu erweitern. Dies setzt allerdings voraus, dass dem sämtliche Gesellschafter zugestimmt haben²⁸⁷.

Fraglich ist, ob dieses Prinzip unbesehen auf die wirtschaftliche Neugründung übertragen werden kann. So ist dieses auch bei der rechtlichen Neugründung nicht unumstritten²⁸⁸. Geht man nämlich davon aus, dass die Vorgesellschaft als Vorstufe einer jeden GmbH bzw. AG auch deren Recht untersteht, sofern es nicht die Eintragung voraussetzt, spricht einiges dafür, § 37 II GmbHG, § 82 I AktG von Beginn an anzuwenden²⁸⁹.

Setzt man die wirtschaftliche Neugründung wie der BGH der rechtlichen gleich, müsste dieser, um seiner Linie treu zu bleiben, auch im ersteren Fall die Vertretungsmacht grundsätzlich auf solche Geschäfte beschränken, die der Eintragung der Satzungsänderungen dienen. Dies hätte zur Folge, dass Vorratsgesellschaften vor der Offenlegung ihrer Verwendung nur mit Zustimmung aller Gesellschafter wirksam vertreten werden können. Ist diese unterblieben, scheidet damit auch die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung aus. Eine solche Beschränkung des Aktionsradius der Gesellschaft ist allerdings angesichts der Tatsache, dass bereits eine juristische Person vorliegt, nicht haltbar. Daran vermag allein ihre bisherige Unternehmenslosigkeit nichts zu ändern. So unterscheidet sich die Vertretung einer Vorratsgesellschaft nicht von der einer von Anfang an am Rechtsverkehr teilnehmenden juristischen Person²⁹⁰. Man wird es den betroffenen Verkehrskreisen auch nur schwer begreiflich machen können, dass trotz wirksamer Bestellung des Vertretungsorgans aufgrund des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung kein wirksamer Vertragsschluss zustande gekommen ist. Zwar hat der BGH kein Wort über eine etwaige Beschränkung der Vertretungsmacht vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung verloren, allerdings legen seine Ausführungen zur Handelndenhaftung²⁹¹ die Vermutung nahe, dass er das Bestehen der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung dennoch von der Zustimmung aller Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme abhängig machen möchte²⁹². Dem kann aber wegen der unweigerlichen Geltung von § 37 II GmbHG, § 82 I AktG nicht gefolgt werden. Würde man hier anders entscheiden, würde das

²⁸⁶ *Grunewald*; 2. F. Rn.30.

In diesem Fall gilt § 126 II HGB.

²⁸⁷ BGH, NJW 1981, 1375; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.11.

²⁸⁸ Ablehnend *Scholz/K.Schmidt*; § 11 Rn.64; *Michalski/Michalski*; § 11 Rn.55; *Beuthien*, NJW 1997, 565.

²⁸⁹ *Schmidt*, GR; § 27 II S.789, § 34 III S.1016f..

²⁹⁰ Des Weiteren hätte eine solche Konstruktion schwerwiegende Folgen für die Praxis. So stünde diese aufgrund der Rückabwicklung vermeintlich geschlossener Verträge, sofern die Gesellschaft nicht nachträglich genehmigt (§ 177 BGB), vor nahezu unüberwindbaren Problemen. Diese sind insbesondere bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft zu erwarten, zumal sich die Beteiligten dort möglicherweise gar nicht einer solchen bewusst sind und auch die Registergerichte erwartungsgemäß nicht in der Lage sein werden einzuschreiten.

²⁹¹ BGH, NJW 2003, 3198 (4. Leitsatz).

²⁹² *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 354; *Goette*, DSrR 2004, 464; *Keller*, DZWIR 2005, 138.

Betriebsrisiko nämlich allein auf die Gesellschaft und den Handelnden abgewälzt, während die im Hintergrund agierenden Gesellschafter, ohne der Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme ausgesetzt zu sein, am wirtschaftlichen Erfolg partizipieren. Besonders findige Gesellschafter könnten bei einer solchen Konstruktion auf die Idee kommen, einen möglichst unerfahrenen, rechtsunkundigen Geschäftsführer zu bestellen, um sich im Insolvenzfall darauf berufen zu können, der Geschäftsaufnahme doch nicht einstimmig zugestimmt zu haben²⁹³. Die Eröffnung solcher Gestaltungsmöglichkeiten liegt offensichtlich nicht im Sinne des BGH. Ist das Zustimmungserfordernis bei der rechtlichen Neugründung Bestandteil eines in sich geschlossenen, wenn auch beileibe nicht unumstrittenen Haftungssystems, vermag es bei der wirtschaftlichen Neugründung nicht zu überzeugen. Geht man hingegen davon aus, dass die Gesellschafter im Falle einer wirksamen Vertretung persönlich für die entstehenden Verluste aufzukommen haben, wird auch bei ihnen ein Interesse geweckt, die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung voranzutreiben. Um diese zu erreichen, können die Beteiligten von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen (§ 37 I GmbHG)²⁹⁴. Zugleich werden diese dazu angehalten, einen seriösen und verantwortungsbewussten Geschäftsführer zu bestellen. Etwaigen Alleingängen wird durch die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht hinreichend Rechnung getragen²⁹⁵.

d) Die Rechtsfolge der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung

Gegenstand der Darstellung sollen nunmehr die Rechtsfolgen der hier in Rede stehenden Haftungsmodelle sein. Dabei stellt sich zum einen die Frage, ob der Ausgleich einer etwaigen Unterbilanz gegenüber der Gesellschaft oder unmittelbar den Gläubigern gegenüber zu erfolgen hat, zum anderen wer diesen überhaupt zu leisten verpflichtet ist.

aa) Innen- oder Außenhaftung?

Nach Ansicht des BGH²⁹⁶ und eines Teils des Schrifttums²⁹⁷ handelt es sich sowohl bei der Verlustdeckungs- als auch bei der Unterbilanzhaftung um eine unbeschränkte proratarische Innenhaftung. Für den Ausfall eines Gesellschafters haften die Mitgesellschafter entsprechend

²⁹³ Zugegebenermaßen wird sich eine solche Situation eher bei der Mantelgesellschaft ergeben, stellt die Abgabe der Versicherung bei der Vorratsgesellschaft, da das Gesellschaftsvermögen regelmäßig in voller Höhe vorhanden sein wird, eine bloße Formalität dar. Insofern werden die Beteiligten der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung freimütig gegenüberstehen.

²⁹⁴ Anders liegt der Fall bei der AG, leitet der Vorstand diese in eigener Verantwortung (§ 76 I AktG).

²⁹⁵ Schmidt, GR; § 34 III S.1021.

²⁹⁶ BGH, NJW 1981, 1373; BGH, NJW 1997, 1507 (2. Leitsatz).

²⁹⁷ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 11 Rn.80ff.; Ulmer, ZIP 1996, 733; Lutter, JuS 1998, 1077.

§ 24 GmbHG²⁹⁸. Die Gesellschaft kann den Anspruch unter den erleichterten Bedingungen des § 19 II GmbHG als Einlageanspruch durchsetzen²⁹⁹. Die Gesellschafter sind nicht berechtigt, einseitig mit sonstigen Ansprüchen gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaft aufzurechnen, da dies dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung widersprechen würde³⁰⁰. Insofern findet § 19 II S.2 GmbHG entsprechende Anwendung. Von der Innenhaftung wird bei der Verlustdeckungshaftung³⁰¹ abgesehen, sofern die Vorgesellschaft vermögenslos ist³⁰² oder nur einen Gläubiger hat³⁰³ sowie bei der Einpersonengesellschaft³⁰⁴. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH³⁰⁵ ist davon auszugehen, dass diese Grundsätze auch bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft gelten sollen.

Eine im Vordringen befindliche Literaturmeinung³⁰⁶ hält es hingegen für vorzugswürdig, die Verlustdeckungshaftung generell als unbeschränkte Außenhaftung zu behandeln. Diese führt an, dass es dann aufgrund der Gleichbehandlung aller Fälle keiner Abgrenzung mehr zwischen Regel und Ausnahme bedürfe und die Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter vor der Eintragung der Gesellschaft hinter der der Gläubiger zurücktreten müsse³⁰⁷. Gegen diese Auffassung und für die Annahme einer Innenhaftung spricht aber zunächst der Gesichtspunkt, dass nur auf diese Weise eine sachgerechte Abwicklung durch den Insolvenzverwalter sichergestellt ist, würde es anderenfalls zu einem Wettlauf der Gläubiger um den ersten Zugriff auf das Vermögen der Gründer kommen³⁰⁸. Ferner stehen die Gesellschafter nur zu ihrer Gesellschaft, nicht aber gegenüber den einzelnen Gläubigern in einem Sonderrechtsverhältnis³⁰⁹. Insofern verdient die grundsätzlich eine Innenhaftung annehmende Ansicht den Vorzug. Gesichtspunkte, welche für eine gegenteilige Beurteilung bei der wirtschaftlichen Neugründung sprechen, sind nicht ersichtlich. Demnach können die Gläubiger nicht unmittelbar gegen die Gesellschafter vorgehen, sondern müssen sich zunächst an die Vorratsgesellschaft halten, in-

²⁹⁸ BGH, NJW 1981, 1376; BGH, NJW 1989, 710; BGH, NJW 1997, 1509; BGH, NJW 2004, 2519.

²⁹⁹ Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 195; OLG Düsseldorf, ZIP 2003, 1501.

³⁰⁰ Peetz, GmbHR 2004, 1434.

³⁰¹ Die Ausnahmen gelten nicht für die Unterbilanzhaftung (BGH, ZIP 2005, 2257).

³⁰² BSG, ZIP 2000, 497; BAG, GmbHR 2006, 756; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 11 Rn.83.

³⁰³ Ulmer, ZIP 1996, 737; Lutter, JuS 1998, 1077.

³⁰⁴ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 11 Rn.84; Ulmer, ZIP 1996, 737; Lutter, JuS 1998, 1077.

Für die Annahme einer unbeschränkten Außenhaftung sprechen insbesondere die bei der Einmann-Gründung bestehenden erhöhten Gläubigerisiken. So hat der Einmann im Gegensatz zu den an einer Mehrpersonen-Gründung Beteiligten ohnehin für Anlaufverluste einzustehen. Zudem ist er im Falle der Einsetzung eines Fremdgeschäftsführers aufgrund seines alleinigen Weisungsrechts (§ 37 I GmbHG) in der Lage, diesen zur Tilgung eingegangener Verbindlichkeiten zu veranlassen und sich dadurch vor der Inanspruchnahme seines Privatvermögens zu schützen. Letztlich resultiert die Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs auch daraus, dass es nur einen Einlageschuldner gibt.

³⁰⁵ BGH, NJW 2003, 3198.

³⁰⁶ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.15; Michalski/Michalski; § 11 Rn.63; Schmidt, NJW 2004, 1349.

³⁰⁷ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.15.

³⁰⁸ Grunewald; 2.F. Rn.34.

³⁰⁹ Schmidt, GR; § 9 IV S.243.

dem sie deren Ansprüche pfänden und sich überweisen lassen. Erst dann kann von den einzelnen Gesellschaftern Zahlung verlangt werden³¹⁰. Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung des behandelten Streits nicht zu überschätzen ist, da die Ausnahmefälle der hier befürworteten Auffassung in der Praxis die Regel darstellen³¹¹. Nichtsdestotrotz erscheint es unangebracht, der Frage der Innen- oder Außenhaftung eine allein akademische Bedeutung beizumessen.

bb) Der Adressat der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung

Ferner gilt es zu klären, wer überhaupt der Adressat der Haftung bei einer etwaigen Unterbilanz ist. Da die Verwendung einer Vorratsgesellschaft typischerweise mit einem Gesellschafterwechsel einhergeht, kommen als Schuldner entweder die Alt- oder die Neugesellschafter in Betracht. Nach einer Literaturmeinung soll für die Inanspruchnahme von ersteren sprechen, dass sie für die Unterbilanz verantwortlich seien³¹². Teilweise wird auch auf den Rechtsgedanken von §§ 21f. GmbHG abgestellt³¹³. Dem kann aber nicht pauschal zugestimmt werden. So erfolgt die Geschäftsaufnahme erst durch die Erwerber nach Übertragung der Geschäftsanteile. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Gesellschaft geruht. Eine Inanspruchnahme der Altgesellschafter kommt nur dann in Betracht, wenn das Stamm- bzw. Grundkapital durch Kosten, welche nicht unter den Gründungsaufwand fallen, gesunken ist oder aber die Einlage bei der rechtlichen Neugründung nicht geleistet wurde. Denn auch die subsidiäre Haftung aus § 22 GmbHG rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Rechtsvorgänger ihre Einlage noch nicht erbracht hatten, als sie aus der Gesellschaft ausschieden³¹⁴. Deshalb erscheint es sinnvoll, grundsätzlich allein die Neugesellschafter haften zu lassen, zumal doch die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung nur die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft trifft³¹⁵. Insofern lässt sich die Situation mit der eines Gesellschafterwechsels im Zeitpunkt bzw. kurz vor der Eintragung der Vorgesellschaft im Handelsregister vergleichen³¹⁶. In solch einem Fall haftet der Neugesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten unabhängig von deren Entstehungszeitpunkt³¹⁷. So kommt eine Haftung der Altgesellschafter nach der Übertragung der Geschäftsanteile grundsätzlich nicht in Betracht.

³¹⁰ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.14.

³¹¹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.16.

³¹² *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540.

³¹³ *Nolting*, ZIP 2003, 654.

³¹⁴ *Nolting*, ZIP 2003, 654.

³¹⁵ *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540.

³¹⁶ *Thaeter/Meyer*, DB 2003, 540.

³¹⁷ *Scholz/K.Schmidt*; § 11 Rn. 90.

e) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung

Angesichts des doch beträchtlichen Haftungsrisikos ließe sich darüber nachdenken, den Gesellschaftern einen haftungsbefreienden Entlastungsbeweis für den Fall zu gewähren, dass das Stamm- bzw. Grundkapital im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung gedeckt war bzw. die Haftung zeitlich zu begrenzen³¹⁸.

Für die Annahme eines Entlastungsbeweises kommen zwei Konstellationen in Betracht. Zum einen bei der noch ungeklärten Frage, ob sich die neue Rechtsprechung des BGH auch auf Altfälle erstrecken lässt³¹⁹, zum anderen die ansonsten insbesondere für juristische Laien bestehende Gefahr einer Haftung allein aus dem Grunde, dass es aus Rechtsprechungsunkennntnis versäumt wurde, die wirtschaftliche Neugründung unter Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG offen zu legen, obwohl das Gesellschaftsvermögen zu diesem Zeitpunkt in der erforderlichen Höhe vorhanden war³²⁰. Bedenkt man aber, dass es hier um die leicht zu erkennende Verwendung einer Vorratsgesellschaft geht, besteht vordergründig zumindest für letzteren Fall kein Bedürfnis nach einer solchen Entlastungsmöglichkeit, wird das Registergericht aufgrund der Änderung des bis dato auf die „Verwaltung eigenen Vermögens“ lautenden Unternehmensgegenstandes grundsätzlich in der Lage sein, auf die erforderliche Versicherungsabgabe hinzuweisen. Haftungsrechtliche Risiken bestehen für die Verwender einer Vorratsgesellschaft allein dann, wenn die Geschäftsaufnahme bereits unmittelbar nach dem satzungsändernden Gesellschafterbeschluss erfolgt³²¹. Letztendlich wird die Forderung nach einem haftungsbefreienden Entlastungsbeweis in der Praxis vor allem bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft laut werden, ist es dort dem Registergericht aufgrund der sich stellenden Abgrenzungsprobleme regelmäßig nicht möglich, auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung hinzuweisen. Aus diesem Grunde soll über das Erfordernis eines solchen erst bei der haftungsrechtlichen Bewertung der Mantelgesellschaft entschieden werden. Das dort zu Tage geförderte Ergebnis ist auf die Vorratsgesellschaft zu übertragen.

Weiterhin stellt sich die Frage nach der Verjährung der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung. Diese sollte sich an im Einklang mit der Rechtsprechung des OLG Schleswig³²² und des OLG Jena³²³ an § 9 II GmbHG orientieren³²⁴. Seit seiner Neufassung durch das Gesetz

³¹⁸ *Altmeppen*, DB 2003, 2052.

³¹⁹ Darauf soll gesondert eingegangen werden.

³²⁰ *Altmeppen*, DB 2003, 2052; *Schmidt*, NJW 2004, 1350; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 196.

³²¹ *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 51f..

³²² OLG Schleswig, NZG 2007, 77 für den Fall einer Mantelgesellschaft.

³²³ OLG Jena, ZIP 2007, 126.

³²⁴ Zur Verjährung bei der rechtlichen Neugründung BGH, NJW 1989, 711; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 11 Rn.118; *Michalski/Michalski*; § 11 Rn.148; *Priester*, ZIP 1982, 1143.

zur Anpassung der Verjährungsvorschriften vom 9.12.2004³²⁵ verjähren die Ansprüche in zehn Jahren. Die Verjährung beginnt bei der Verlustdeckungshaftung mit der Geschäftsaufnahme, bei der Unterbilanzhaftung mit der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung durch Abgabe der Versicherung³²⁶. Auch für Altansprüche gilt die zehnjährige Verjährungsfrist, wobei der Zeitraum, der vor dem 15.12.2004 abgelaufen ist, in diese eingerechnet wird (Art.229 § 12 II S.2 EGBGB)³²⁷.

f) Stellungnahme

Fraglich ist allerdings, ob überhaupt die einschlägigen Voraussetzungen für eine Übertragung der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft vorliegen. Dabei stellt sich zunächst die grundlegende Frage nach der Analogiefähigkeit von Richterrecht³²⁸. Letzteres steht zwar dem Gesetzesrecht nicht gleich³²⁹, lässt aber eine Einordnung als schwächeres Recht gleichen Typus zu³³⁰. Da die Analogiefähigkeit von ersterem unbestritten ist, kann damit auch Richterrecht den Gegenstand einer Analogie bilden³³¹. Somit steht der Prüfung der einzelnen Analogievoraussetzungen nichts im Wege.

aa) Analogievoraussetzungen

Bisher fanden die in Rede stehenden Haftungsmodelle als Bestandteile des gründungsrechtlichen Gesamtkonzepts nur bei der rechtlichen Neugründung Anwendung. Durch diese soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens mit der Eintragung im Handelsregister (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG) mit dem verlautbarten Haftungsfonds ausgestattet ist³³². Darin soll zugleich auch der zentrale Ansatzpunkt für die Haftungsausdehnung auf die wirtschaftliche Neugründung zu sehen sein. So bringe es die Vorratsgründung mit sich, dass es eine „Vorratsphase“ gebe, die damit ende, dass die Gesellschaft zu dem nunmehr aktuellen Zweck eingesetzt werde³³³. Diese Phase weise insoweit Parallelen zur Gründungsphase im rechtlichen Sinne auf, als sie der Vorbereitung der künftigen Zweckverfol-

³²⁵ BGBl. 2004 I, 3214.

³²⁶ *Wälzholz*, NZG 2005, 205.

Bei der rechtlichen Neugründung beginnt diese ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister. Auf die Frage, ob die in Rede stehenden Haftungsmodelle auch auf Altfälle Anwendung finden und welche Verjährungsfrist dort gilt, soll gesondert eingegangen werden.

³²⁷ A.A. *Wälzholz*, NZG 2005, 205 der die fünfjährige Verjährungsfrist des § 9 GmbHG a.F. anwenden möchte.

³²⁸ *Lübbert*, BB 1998, 2222 weist darauf hin, dass die Judikatur diesen Umweg über die analoge Anwendung von Ergebnissen eines richterlichen Rechtsfortbildungsprozesses nicht zu gehen hat.

³²⁹ *Larenz*; S.365.

³³⁰ *Bydlinski*, JZ 1985, 151.

³³¹ *Lübbert*, BB 1998, 2222.

³³² *Nolting*, ZIP 2003, 652.

³³³ *Ahrens*, DB 1998, 1070.

gung diene. So könnten in dieser Zeit, wie bei der Vorgesellschaft auch, in unbeschränkter Weise Geschäfte getätigt werden, die vom angestrebten endgültigen Gesellschaftszweck her gesehen, nur einen vorbereitenden Charakter aufweisen, mit der Folge, dass die Gesellschaft im eigentlichen Verwendungszeitpunkt, wie auch im Zeitpunkt der erstmaligen Eintragung im Handelsregister, belastet oder gar überschuldet sein kann³³⁴. Demzufolge ist das entscheidende Motiv für die Anwendung dieser Haftungsmodelle wieder in dem vermeintlich nur in unzureichendem Maße bestehenden Gläubigerschutz zu sehen. Dieser ist aber wie gezeigt bereits durch die unmittelbar anwendbaren Vorschriften hinreichend verwirklicht.

Aber auch die angeblich dem Gesetz zugrunde liegende Vorstellung, dass die durch Eintragung entstandene Gesellschaft ihre Geschäfte von Anfang an ausübt, vermag nicht zu überzeugen³³⁵. So wird damit argumentiert, dass es der Haftung aufgrund des zeitlichen Auseinanderfalls von Kapitalausstattung und Unternehmensträgerschaft bedürfe. Der Rechtsverkehr müsse sich auf die Angaben im Handelsregister verlassen können, jedoch sei im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung keineswegs gesichert, dass die Kapitalausstattung noch in der erforderlichen Höhe vorhanden ist³³⁶. Aber selbst für den Fall, dass die Gesellschaft bereits ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung aktiv am Rechtsverkehr teilnimmt, ist das Bestehen einer ausreichenden Kapitalausstattung, insbesondere bei mehrjährigem Bestehen, keineswegs sicher. Vielmehr ist in einer gerade erst in Gang gesetzten Vorratsgesellschaft regelmäßig ein solventer Schuldner zu erblicken.

Hinzu kommt, dass die in Rede stehende Haftungsausdehnung offensichtlich gegen § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG verstößt. So haftet den Gläubigern grundsätzlich nur die Gesellschaft mit ihrem Vermögen. Um diese Klippe zu umschiffen, wird zum Teil eine Begrenzung des Anwendungsbereichs dieser Normen im Wege einer teleologischen Reduktion erwogen³³⁷. Eine solche kann entweder durch Sinn und Zweck der einzuschränkenden Regelung selbst oder durch den insoweit vorrangigen Zweck einer anderen Vorschrift geboten sein³³⁸. Es ist allgemein anerkannt, dass die durch das GmbHG bzw. AktG gewährte Haftungsfreistellung nur so weit reicht wie ihr Zweck, die Förderung unternehmerischen Handelns, es gebietet³³⁹. Ist ein Verhalten der Gesellschafter mit diesem nicht vereinbar, ist die Anwendung der Norm teleologisch einzuschränken, mit der Folge der persönlichen Haftung³⁴⁰. Wie bereits gezeigt, besteht bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft ein ausreichender Gläubigerschutz. Al-

³³⁴ Ahrens, DB 1998, 1070.

³³⁵ So aber Ahrens, DB 1998, 1071.

³³⁶ Ahrens, DB 1998, 1071.

³³⁷ Lübbert, BB 1998, 2222f..

³³⁸ Larenz; S.392.

³³⁹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.6.

³⁴⁰ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.6.

lein die Tatsache, dass diese noch nicht unternehmerisch tätig gewesen ist, untermauert diese These nur noch. Daher bleibt für eine teleologische Reduktion von § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG kein Raum³⁴¹. Würde man hier anders verfahren, hätte dies zur Folge, dass die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen faktisch obsolet werden würde.

Daher scheidet eine Anwendung der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft wiederum am Fehlen einer mit der rechtlichen Neugründung vergleichbaren Interessenlage. Allerdings kommt eine Haftung der Erwerber für rückständige Leistungen aller Art gemäß § 16 III GmbHG in Betracht³⁴².

bb) Sonstige Bedenken

Aber auch sonst ist die Anwendbarkeit der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung auf die wirtschaftliche Neugründung schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt. So handelte es sich bereits bei den diese Haftungsmodelle für die rechtliche Neugründungen anerkennenden Urteilen³⁴³ um Rechtsfortbildungen, was zur Folge hat, dass es sich bei der vom BGH entwickelten Gesellschafterhaftung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung quasi um die Rechtsfortbildung einer Rechtsfortbildung handelt³⁴⁴. Erscheint dies trotz der Ungereimtheiten bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft aufgrund des im Regelfall bereits aufgebrauchten Stamm- bzw. Grundkapitals noch nachvollziehbar, besteht wegen des bereits im ausreichenden Maße bestehenden Gläubigerschutzes kein Grund, diese Haftungsmodelle auch auf Vorratsgesellschaften auszuweiten.

Zudem begibt sich der BGH in Widerspruch zu den im Rahmen von Kapitalerhöhungen erfolgten Entscheidungen³⁴⁵. Danach muss der im Rahmen der Kapitalerhöhung eingezahlte Betrag zu dem Zeitpunkt, in dem die Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung im Handelsregister angemeldet wird, nicht mehr „unversehrt“³⁴⁶ und nach neuester Rechtsprechung nicht einmal mehr „wertgleich“³⁴⁷ vorhanden sein. Von einer etwaigen Unterbilanzhaftung ist hier keine Rede. Warum soll diese dann auf einmal bei der für den Rechtsverkehr ungefährlichen Verwendung einer Vorratsgesellschaft Anwendung finden?

³⁴¹ A.A. Lübbert, BB 1998, 2223.

³⁴² OLG Frankfurt, GmbHR 1999, 33; OLG Düsseldorf, ZIP 2003, 1501 für den Fall einer Mantelgesellschaft.

³⁴³ BGH, NJW 1981, 1373; BGH NJW, 1997, 1507.

³⁴⁴ Schmidt, NJW 2004, 1348.

³⁴⁵ Gronstedt, BB 2003, 862.

³⁴⁶ BGH, GmbHR 1993, 225.

³⁴⁷ BGH, WM 2002, 967.

3. Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung

Unabhängig davon, ob man nun die Anwendung der gründungsrechtlichen Vorschriften bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften für geboten hält, ist für den Fall, dass die in Gang gesetzte Gesellschaft in Relation zum Unternehmensgegenstand über eine zu geringe Eigenkapitaldecke verfügt, an eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung zu denken³⁴⁸. Zum Teil wird in dieser eine ernsthafte Alternative zur stark kritisierten Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung gesehen³⁴⁹. Die Rechtsprechung tut sich bislang allerdings schwer, einen Haftungsdurchgriff auf das Fehlen einer angemessenen Kapitalausstattung zu stützen. In den wenigen Fällen, in denen sie sich dazu durchringen konnte, hat sie nicht etwa ein eigenständiges Haftungsinstitut geschaffen, sondern allein § 826 BGB herangezogen³⁵⁰. Eine Wende könnten jedoch die BGH-Entscheidungen „Bremer Vulkan“³⁵¹ und „KBV“³⁵² herbeigeführt haben³⁵³. Dort wurde die Rechtsprechung zur Haftung aus „qualifiziert faktischem Konzern“³⁵⁴ aufgegeben und durch eine solche wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“ ersetzt. Letztere setzt voraus, dass ein Eingriff in das Vermögen der Gesellschaft, ohne Rücksichtnahme auf deren Fähigkeit zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten erfolgt ist und der zugefügte Nachteil zugleich die Existenzvernichtung (Insolvenz) der Gesellschaft herbeigeführt hat³⁵⁵. Sanktioniert der BGH mithin den nachträglichen Entzug von Ressourcen, stellt sich die Frage, warum nicht auch der anfänglichen Ressourcenverwehrrung auf haftungsrechtlicher Ebene Rechnung getragen werden soll³⁵⁶. So lässt sich ein Bedürfnis, den Rechtsverkehr vor von Anfang an unterkapitalisierten Gesellschaften zu schützen, nicht bestreiten, wird der einer Gesellschaft zur Verfügung gestellte Haftungsfonds doch in einer Vielzahl von Fällen für die geplante Tätigkeit nicht ausreichen³⁵⁷. Man nehme zur Veranschaulichung nur einmal den Fall, dass eine Bauunternehmens-GmbH mit lediglich 25.000,- € oder eine Fluglinien-AG

³⁴⁸ GroßKommGmbHG/Raiser; § 13 Rn. 153; Grunewald; 2.F. Rn.146ff.; Heerma; S.150ff.; Banerjea, GmbHR 1998, 815; ders., NZG 1999, 818; Altmeyen, DB 2003, 2054.

³⁴⁹ Lehder; S.112ff.; Bärowald/Schabacker, GmbHR 1998, 1013f.; Altmeyen, DB 2003, 2054; Thaeter, DB 2003, 2114; Herchen, DB 2003, 2216.

³⁵⁰ BGH, NJW 1970, 2015; BGH, NJW 1977, 1449; BGH, NJW 1979, 2104; BGH, NJW 1999, 2809.

In der Literatur steht man der alleinigen Heranziehung von § 826 BGB skeptisch gegenüber. Zwar möge es mit dessen Hilfe gelingen, krasse Fälle gleichfalls zu erfassen, nichtsdestotrotz befriedige dieser Weg nicht, da die generalklauselartige Fassung des § 826 BGB die maßgeblichen, aus dem Gesellschaftsrecht abzuleitenden Beurteilungskriterien nicht determiniere (Raiser/Veil; § 29 Rn.46).

³⁵¹ BGH, NJW 2001, 3622; BGH, NJW 2002, 1803 (Nachfolgeentscheidung).

³⁵² BGH, NJW 2002, 3024.

³⁵³ Bitter, WM 2001, 2133; Altmeyen, ZIP 2002, 1553ff.; Ulmer, JZ 2002, 1049.

³⁵⁴ Dazu näher Wilhelmi, DZWIR 2003, 46ff..

³⁵⁵ BGH, NJW 2002, 3025f.; BGH, NZG 2005, 214 (Nachfolgeentscheidung); Wilhelmi, DZWIR 2003, 46.

In § 64 II S.3 E-GmbHG (Art.1 Nr.27 lit.b RefE MoMiG) ist ein Teilbereich der Existenzvernichtungshaftung nunmehr gesetzlich verankert worden (S.64 der Begründung zum RefE MoMiG). Auf diese Vorschrift wird noch an anderer Stelle näher einzugehen sein.

Zur Haftung wegen „existenzgefährdenden Eingriffs“ BAG, NZG 2005, 628; Burgard, ZIP 2002, 830.

³⁵⁶ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.11; GroßKommGmbHG/Raiser; § 13 Rn.163.

³⁵⁷ Dies ist aber kein allein die wirtschaftliche Neugründung betreffendes Problem.

mit 50.000,- € ausgestattet wird³⁵⁸. Dabei kann es unter Gläubigerschutzgesichtspunkten auch keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaft direkt nach der Eintragung im Handelsregister eine unternehmerische Tätigkeit aufgenommen oder zunächst für eine gewisse Zeit geruht hat. Demnach ist es geradezu selbstverständlich, auch Vorratsgesellschaften in den Regelungsbereich der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung aufzunehmen.

Es bleibt zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung nunmehr auch diesem Haftungsinstitut öffnen wird, würde dies den Gläubigerschutz doch erheblich erweitern. In Anbetracht der im MoMiG vorgesehenen Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000,- € (§ 5 I E-GmbHG³⁵⁹) erscheint dieser Schritt gar unumgänglich. Allerdings gehen die Meinungen nicht nur über die Anforderungen, welche an eine solche Haftung zu stellen sind, sondern auch über deren dogmatische Herleitung weit auseinander³⁶⁰. Besonderer Erläuterung bedarf dabei zum einen die Tatbestandsseite, im Zusammenhang mit der Frage, wann eine Gesellschaft überhaupt mit „völlig unzureichenden Mitteln“³⁶¹ ausgestattet ist, zum anderen die Rechtsfolgenseite, wo es neben dem Haftungsumfang zu klären gilt, wer überhaupt als Haftender in Betracht kommt und wem gegenüber die Einstandspflicht besteht.

a) Der Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung

Man ist sich darüber einig, dass nur Extremfälle eine solche Haftung herbeiführen können, da die Frage, wann eine Gesellschaft mit einem angemessenen Eigenkapital ausgestattet ist, auch von der Betriebswirtschaftslehre nicht beantwortet werden und daher auch nicht Anknüpfungspunkt für die Haftung sein kann³⁶². Der Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung soll aber jedenfalls dann erfüllt sein, wenn eine eindeutige und für Insider klar erkennbare unzureichende Eigenkapitalausstattung vorliegt, die einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das normale Geschäftsrisiko deutlich

³⁵⁸ Schmidt, GR; § 18 II S.523.

³⁵⁹ Art.1 Nr.3 lit.a RefE MoMiG.

³⁶⁰ Im Wesentlichen stehen sich zwei Lager gegenüber: Auf der einen Seite die sog. „Normzwecklehre“ (Hachenburg/Ulmer; Anhang § 30 Rn.10), welche davon ausgeht, dass für die Gesellschafter an sich keine Pflicht besteht, die Gesellschaft mit einem für den Geschäftsumfang angemessenen Kapital auszustatten. Allerdings stehe die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen unter einem objektiven Missbrauchsvorbehalt. Beginnen die Gesellschafter aber einseitig auf Kosten der Gläubiger zu spekulieren und Unternehmen mit eindeutig unzureichender Kapitalausstattung zu betreiben, bleibt ihnen die Berufung auf § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG verwehrt. Auf der anderen Seite steht die sog. „Normanwendungslehre“ (Schmidt, GR; § 9 IV S.243), welche hingegen von einer Verpflichtung der Gesellschafter ausgeht, die Gesellschaft nicht offensichtlich mit zu wenig Kapital auszustatten. Verletzen sie diese, trifft sie unter bestimmten, im Folgenden noch näher zu behandelnden Voraussetzungen eine Haftung.

³⁶¹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.7.

³⁶² GroßKommAktG/Brändel; § 1 Rn.108; MünchKommAktG/Heider; § 1 Rn.72; Michalski/Michalski; § 13 Rn.365; Schmidt, GR; § 9 IV S.240.

übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt³⁶³. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zum existenzvernichtenden Eingriff ist des Weiteren die Insolvenz der Gesellschaft Haftungsvoraussetzung. Ist diese nämlich noch in der Lage, ihren Verpflichtungen nachzukommen, besteht kein Bedürfnis nach einer zusätzlichen Haftung der Gesellschafter³⁶⁴.

Fraglich ist, ob zusätzlich ein Verschulden als subjektive Haftungsvoraussetzung erforderlich ist. Die Befürworter begründen dies mit der trotz aller Definitionsversuche weiter fortbestehenden Unbestimmtheit des Unterkapitalisierungsgegenstandes³⁶⁵. Aus diesem Grunde dürfe die Haftung nur dort, wo die Unterkapitalisierung auch erkennbar war, greifen³⁶⁶. Zwar ist das Motiv, die in Rede stehende Haftung vor einer Ausuferung zu bewahren, durchaus legitim, allerdings erscheint es nicht unbedenklich, dazu den Weg über ein Verschuldenserfordernis zu wählen. So sind subjektive Elemente nur schwer dem Beweis zugänglich, was dazu führen würde, dass das mit der unzureichenden Finanzierung verbundene Risiko wieder allein auf die Gläubiger abgewälzt wird³⁶⁷. Dies würde aber dem mit der Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung verfolgten Ziel eindeutig zuwiderlaufen. Des Weiteren hat der BGH auch in seinen Entscheidungen zur artverwandten Existenzvernichtungshaftung kein Wort über ein Verschuldenserfordernis verloren. Vielmehr legt der dort zum Vorschein gekommene dogmatische Ansatzpunkt einer teleologischen Reduktion des § 13 II GmbHG es nahe, einen rein objektiven Missbrauch der Rechtsform ausreichen zu lassen³⁶⁸.

b) Die Rechtsfolge der materiellen Unterkapitalisierung

Nachdem der Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung erörtert wurde, sollen nunmehr deren Rechtsfolgen in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt werden.

aa) Der Adressat der Haftung

Bei der Ermittlung des Haftungsadressaten kommt dem Zeitpunkt der Unterkapitalisierung eine tragende Bedeutung zu. War die Gesellschaft von Anfang an unterkapitalisiert, soll die Haftung alle Gründungsgesellschafter treffen³⁶⁹. Ist sie es später geworden, kommt nur eine Inanspruchnahme der Gesellschafter, die Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen konnten, in Betracht, wobei das sog. „Zwergbeteiligungsprivileg“ des § 32a III S.2 GmbHG als Maß-

³⁶³ Hachenburg/Ulmer; Anhang § 30 Rn.55.

³⁶⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.9; Michalski/Michalski; § 13 Rn.374.

³⁶⁵ Roth/Altmeyen/Altmeyen; § 13 Rn.31f.; Schmidt, GR; § 9 IV S.243.

³⁶⁶ Des Weiteren wird angeführt, dass den Gesellschaftern eine Exkulpationsmöglichkeit gewährt werden müsse. Verzichte man aber auf das Verschuldenserfordernis, werde ihnen diese abgeschnitten (Michalski/Michalski; § 13 Rn.365; Schmidt, GR; § 9 IV S.247).

³⁶⁷ Hachenburg/Ulmer; Anhang § 30 Rn.52; GroßKommAktG/Brändel; § 1 Rn.102; Banerjee, ZIP 1999, 1159.

³⁶⁸ Vetter, ZIP 2003, 602.

³⁶⁹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.10.

stab herangezogen werden kann³⁷⁰. Eine solche Regelung erscheint gerade in Bezug auf die Verwendung von Vorratsgesellschaften sachgerecht. Diese werden grundsätzlich zur Weiterveräußerung geschaffen, mit der Folge, dass die Gründer überhaupt nicht abschätzen können, welchen Unternehmensgegenstand die Gesellschaft später einmal bekleiden soll. In Anbetracht der Tatsache, dass die tatsächliche Kapitalausstattung nur in den seltensten Fällen das gesetzliche Mindestkapital überschreiten wird, wäre das Haftungsrisiko ansonsten kaum überschaubar und würde das faktische Ende für den Handel mit Vorratsgesellschaften bedeuten³⁷¹. So dürfte der einzige Fall, in dem eine Inanspruchnahme der Altgesellschafter in Betracht kommt, derjenige sein, dass überhaupt kein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat, die Gründer die Gesellschaft mithin für ihr eigenes Unternehmen verwenden.

bb) Innen- oder Außenhaftung?

Weitgehende Uneinigkeit herrscht bei der Frage, ob die Gesellschafter im Innen- oder aber im Außenverhältnis haften. Zum Teil wird eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern entsprechend § 128 HGB befürwortet, wobei letztere aber erst nach der Einstellung des Insolvenzverfahrens direkten Zugriff haben sollen³⁷². Zu dem Ergebnis einer Außenhaftung müsste auch der BGH kommen, hat er doch eine solche auch bei der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs angenommen³⁷³.

Vorzugswürdig erscheint es allerdings, die Haftung allein gegenüber der Gesellschaft bestehen zu lassen³⁷⁴. So beruht die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung auf der Missachtung der allein gegenüber der Gesellschaft bestehenden Finanzierungsverantwortung³⁷⁵. Des Weiteren wandeln sich Kapitalgesellschaften nur, weil sie unterkapitalisiert sind, nicht automatisch in eine OHG um³⁷⁶. Letztlich wird auch ein Wettlauf der Gläubiger vermieden und ein mit den zur Vorgesellschaft entwickelten Regeln stimmiges Haftungskonzept ge-

³⁷⁰ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.10; *Banerjea*, ZIP 1999, 1160.

Zwar ist im MoMiG die Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG vorgesehen (Art.1 Nr.13 RefE MoMiG), jedoch sollte der hinter dem „Zwergbeteiligungsprivileg“ stehende Gedanke, den mit einer Kleinbeteiligung von 10% und weniger engagierten Gesellschafter von bestimmten Rechtsfolgen auszunehmen, auch weiterhin als haftungsrechtliches Korrektiv Berücksichtigung finden.

³⁷¹ Es versteht sich eigentlich von selbst, dass die Gesellschaft zu Anfang für den in der „Verwaltung eigenen Vermögens“ liegenden Unternehmensgegenstand ausreichend kapitalisiert gewesen ist.

³⁷² BSG, NJW 1984, 2117; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff; § 13 Rn.9f.; Hachenburg/*Ulmer*; Anhang § 30 Rn.64; MünchKommAktG/*Heider*; § 1 Rn.79; GroßKommAktG/*Brändel*; § 1 Rn.123ff..

Während des Insolvenzverfahrens macht der Insolvenzverwalter die Ansprüche gegen die Gesellschafter geltend (§ 93 InsO).

³⁷³ BGH, NJW 2002, 3025.

³⁷⁴ Roth/Altmeyen/*Altmeyen*; § 13 Rn.35; *Grunewald*; 2.F. Rn.148; *Banerjea*, ZIP 1999, 1159.

³⁷⁵ *Schmidt*, GR; § 9 IV S.243.

³⁷⁶ *Schmidt*, GR; § 9 IV S.243.

schaffen³⁷⁷. Dies zeigt aber zugleich auf, dass es sich bei der in Rede stehenden Haftung an sich um gar keinen Fall des Durchgriffs im eigentlichen Sinne handelt³⁷⁸.

cc) Haftungsumfang

Letztlich stellt sich noch die Frage nach dem Umfang der Haftung. Zum Teil wird es als ausreichend erachtet, die Gesellschaft so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn ordnungsgemäß finanziert worden wäre, wobei der Ersatz des Zinsaufwandes, den die Gesellschaft hatte, weil ihr das Eigenkapital nicht zur Verfügung stand, hinzukommt³⁷⁹. Allerdings gilt es dann zu ermitteln, wie die Kapitalausstattung an sich hätte aussehen müssen³⁸⁰. Dies dürfte aber im Nachhinein häufig überhaupt nicht feststellbar sein³⁸¹. Die besseren Argumente sprechen unter anderem aus diesem Grund dafür, eine völlige Verlustausgleichspflicht anzunehmen, zumal die aufgrund der Unterkapitalisierung herrührenden Verluste die Höhe des ursprünglich erforderlichen Kapitals regelmäßig um ein Vielfaches übersteigen werden³⁸².

4. Handelndenhaftung

Darüber, ob auch die Handelndenhaftung (§ 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG analog) auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft Anwendung finden soll, herrscht weitgehend Uneinigkeit. Während dies unter anderem vom BGH³⁸³ und einem Teil der Literatur³⁸⁴ vertreten wird, lehnt der Großteil des Schrifttums, darunter auch grundsätzliche Befürworter des Analogiekonzepts³⁸⁵, eine solche für die wirtschaftliche Neugründung vehement ab³⁸⁶. Diese Kontroverse ist unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Sinn und Funktion der Handelndenhaftung in den letzten Jahrzehnten höchst umstritten und einem ständigen Wandel ausgesetzt waren, nicht verwunderlich. Daher erscheint es sachgerecht, zunächst ihre einzelnen Funktionen

³⁷⁷ *Banerjea*, ZIP 1999, 1159.

³⁷⁸ *Banerjea*, ZIP 1999, 1159.

³⁷⁹ *Grunewald*; 2.F. Rn.149; *GroßKommAktG/Brändel*; § 1 Rn.130ff..

³⁸⁰ *GroßKommAktG/Brändel*; § 13 Rn.130ff..

³⁸¹ *Banerjea*, ZIP 1999, 1159.

³⁸² *Hachenburg/Ulmer*; Anhang § 30 Rn.62; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff*; § 13 Rn.10; *Banerjea*, ZIP 1999, 1159.

³⁸³ BGH, NJW 2003, 3198 (4. Leitsatz); KG, NZG 1998, 731; a.A. OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 1640.

³⁸⁴ *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.13; *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn. 105; *Hüffer*; § 23 Rn.27a; *Raiser/Veil*; § 26 Rn.33f.; *Lachmann*, NJW 1998, 2264; *Nolting*, ZIP 2003, 653f.; *Schütz*, NZG 2004, 749f.; *Gerber*, Rpfleger 2004, 472.

³⁸⁵ *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.150; *BeckHdbGmbH*; § 2 Rn.61; *MünchHdbGesR/Gummert* (Band 3); § 16 Rn.130; *Priester*, DB 1983, 2296f.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 263f.; *Ahrens*, DB 1998, 1073.

³⁸⁶ *Michalski/Michalski*; § 3 Rn.25; *Schmidt*, GR; § 4 III S.74; *Heerma*; S.142ff.; *Lehder*; S.99ff.; *Gummert*, DStR 1997, 1011; *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1012f.; *Zwissler*, GmbHR 1999, 857; *Heerma*, GmbHR 1999, 642ff.; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1660ff.; *Werner*, NZG 1999, 147ff.; *ders.*, NZG 2001, 400f.; *Schaub*, DNotZ 2003, 450f.; *ders.*, NJW 2003, 2128; *Meilicke*, BB 2003, 859; *Gronstedt*, BB 2003, 861; *Krafka*, ZGR 2003, 588; *Kessler*, ZIP 2003, 1792; *Herchen*, DB 2003, 2216; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1133f.; *Schmidt*, NJW 2004, 1349f.; *Ulrich*, WM 2004, 917; *Jacobs*, DZWIR 2004, 316f.; *Peetz*, GmbHR 2004, 1435; *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 186; *Keller*, DZWIR 2005, 137f.; *Wicke*, NZG 2005, 411.

darzustellen, da „viele Unstimmigkeiten im gesetzlichen Gesellschaftsrecht nur durch eine historische Schau ihre Erklärung und nicht selten auch ihre Auflösung finden³⁸⁷“. Dies hat erst recht für die hier in Frage stehende Analogie zu gelten.

a) Funktionen der Handelndenhaftung

Die Funktionen der Handelndenhaftung sind verschiedener Natur und dem Wandel der Zeit unterworfen. So variierte der Normzweck ständig. Dieser wurde in der Straf-, Sicherungs-, Druck- und Ausgleichsfunktion gesehen³⁸⁸.

aa) Straffunktion

Der Handelndenhaftung kam früher eine sog. „Straffunktion“ zu. Sie sollte in dem damals geltenden Konzessionssystem unter Androhung einer nachteiligen Folge für die im Namen der Gesellschaft Handelnden dazu beitragen, das Verbot der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit vor Erteilung einer landesrechtlichen Genehmigung durchzusetzen³⁸⁹. Mit der Erkenntnis, dass ein Handeln auch vor Eintragung gerechtfertigt und kaum zu vermeiden ist, wurde die Straffunktion bereits vom Reichsgericht³⁹⁰ wieder aufgegeben.

bb) Sicherungsfunktion

Aufgrund der früher vorherrschenden Annahme, dass vor der Eintragung der Gesellschaft kein Schuldner vorhanden sei, der dem Vertragspartner der künftigen GmbH bzw. AG haftet, sollte durch die Handelndenhaftung letzterem eine gewisse Sicherheit gewährt werden³⁹¹. Auch diese Funktion wird mittlerweile als obsolet betrachtet, da nach dem heutigen Stand von Rechtsprechung und Literatur³⁹² auch die Vorgesellschaft Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann und somit bereits als Schuldnerin in Betracht kommt. Daneben tritt die Unterbilanz- und bei Scheitern der Eintragung die Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter³⁹³. Bedeutung erlangt die sog. „Sicherungsfunktion“ bei der rechtlichen Neugründung demzufolge nur dann, wenn die Geschäftsführer die Geschäfte ohne Zustimmung der Gründer aufnehmen und damit ihre gesetzlich begrenzte Vertretungsmacht überschreiten oder es an der Mitwirkung der zur Vertretung der Vorgesellschaft erforderlichen Zahl an Geschäftsführern fehlt³⁹⁴. Da-

³⁸⁷ Schmidt, GR; § 3 IV S.54.

³⁸⁸ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.21; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1660f..

³⁸⁹ RGZ 47, 2f.; RGZ 70, 301.

³⁹⁰ RGZ 159, 43.

³⁹¹ RGZ 75, 206; BGH, NJW 1961, 1016; BGH, NJW 1967, 828; BGH, NJW 1970, 806; BGH, NJW 1976, 419.

³⁹² BGH, NJW 1981, 1373; Hachenburg/Ulmer; § 11 Rn.97; Heerma, GmbHR 1999, 644.

³⁹³ BGH, NJW 1981, 1373; BGH, NJW 1997, 1507.

³⁹⁴ Hachenburg/Ulmer; § 11 Rn.97. Zur Sicherungsfunktion aufgrund fehlender Eintragung Peters; S.119f..

von unbeeindruckt stützte das OLG Stuttgart³⁹⁵ für den Fall der Verwendung einer Mantelgesellschaft die Anwendbarkeit der Handelndenhaftung unter anderem auf diese Funktion. Dabei verwies es insbesondere auf „die materielle, nicht formelle Gleichheit der rechtlichen und wirtschaftlichen Neugründung.“

cc) Druckfunktion

Nach früherer, mittlerweile aber als weitgehend überholt anzusehender Ansicht sollte durch die Handelndenhaftung ein gewisser Druck auf die Beteiligten ausgeübt werden, die Eintragung der Gesellschaft und die ihr vorausgehende registerrechtliche Prüfung vornehmen zu lassen³⁹⁶. Dies lässt sich mit der damaligen Annahme erklären, dass ein effektiver Gläubigerschutz vor diesem Zeitpunkt nicht bestehe. Unter Zugrundelegung der heutigen Rechtsprechung des BGH³⁹⁷ lässt sich diese aber nicht aufrechterhalten. Des Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass die Organe, von der ordnungsgemäßen Anmeldung der Gesellschaft und der Reaktion auf etwaige Zwischenverfügungen des Registergerichts abgesehen, keine Möglichkeit haben, auf Dauer und den Gang des Eintragsverfahrens Einfluss zu nehmen³⁹⁸.

dd) Ausgleichsfunktion

Inzwischen wird der Normzweck der Handelndenhaftung nur noch darin gesehen, den Gläubigern einen Ausgleich dafür zu gewähren, dass die Kapitalausstattung der dem ihnen zunächst haftenden Vorgesellschaft noch nicht im gleichen Maße wie bei der eingetragenen GmbH bzw. AG kontrolliert und gesichert ist³⁹⁹.

b) Die Konzeption der Handelndenhaftung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Eingangs lässt sich sagen, dass es sich bei der Handelndenhaftung um eine Außenhaftung handelt, die bei der rechtlichen Neugründung für den Fall besteht, dass bereits vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister in deren Namen gehandelt worden ist⁴⁰⁰. Diese steht als gesetzliche Haftung neben der rechtsgeschäftlichen Haftung der Vorgesellschaft und ihrer

§ 11 II GmbHG und § 41 I S.2 AktG verdrängen insofern § 179 BGB.

³⁹⁵ OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611.

³⁹⁶ BGH, NJW 1967, 828; LG Hamburg, NJW-RR 1997, 671f.; Hachenburg/*Ulmer*; § 11 Rn.96.

³⁹⁷ BGH, NJW 1981, 1373; BGH, NJW 1997, 1507.

³⁹⁸ GroßKommGmbHG/*Ulmer*; § 11 Rn.124.

³⁹⁹ BGH, NJW 1981, 1452; BGH, NJW 1984, 2164; BGH, NJW 2004, 2520; OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; Scholz/*K.Schmidt*; § 11 Rn.93; *Ulmer*, BB 1983, 1123f.; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1661; kritisch *Lehder*; S.96.

⁴⁰⁰ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.25.

Gründer⁴⁰¹. Handelnder i.S.v. § 11 II GmbHG bzw. § 41 I S.2 AktG ist dabei der Geschäftsführer oder derjenige, der wie ein solcher auftritt, wenn dieser das in Rede stehende Geschäft betrieben oder jedenfalls gekannt und gebilligt hat⁴⁰² bzw. ein Mitglied des Vorstands⁴⁰³. Schon jetzt ist darauf hinzuweisen, dass neben der Ausgleichs- auch die bei der rechtlichen Neugründung als weitgehend überholt angesehene Druckfunktion wieder an Bedeutung gewinnt. So soll durch die Handelndenhaftung zum einen ein Ausgleich dafür geschaffen werden, dass die Gesellschaft noch nicht erneut auf das Vorhandensein der Mindesteinlagen kontrolliert wurde, zum anderen aber auch der nötige Druck zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgebaut werden⁴⁰⁴. Konzeptionell muss zwischen dem Handeln vor und nach dem Erwerb der Gesellschaft unterschieden werden.

aa) Handeln nach dem Erwerb der Gesellschaft (Normalfall)

Wie schon bei der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung musste der BGH, da Vorratsgesellschaften bereits eingetragen sind, auf einen anderen als den Eintragungszeitpunkt abstellen. Dieser entschied sich dafür, dass die Haftung nur im Falle der Aufnahme der Geschäfte ohne Zustimmung aller Gesellschafter und vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unter Abgabe der Versicherung und Anmeldung der Satzungsänderungen bestehen soll⁴⁰⁵. Insofern zeigt sich wieder die Verknüpfung zwischen verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Ebene, macht der BGH das Ende der Haftung von der Einleitung der registerrechtlichen Kontrolle abhängig⁴⁰⁶. Eine Offenlegungspflicht im eigentlichen Sinne ist aber für die Übertragung der Handelndenhaftung auf die wirtschaftliche Neugründung einer Vorratsgesellschaft keineswegs zwingend. Denn hier gilt das bei der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung Gesagte. So ist die Verwendung einer Vorratsgesellschaft an den damit einhergehenden Satzungsänderungen erkennbar⁴⁰⁷. Demzufolge könnte die Abgabe der Versicherung ebenso gut seitens des Registergerichts eingefordert werden. Für die Praxis stellt das

⁴⁰¹ BGH, NJW 1981, 1373; BGH, NJW 1997, 1507; *Ulmer*, BB 1983, 1124.

⁴⁰² *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.23; *Grunewald*; 2.F. Rn.38.

⁴⁰³ *MünchKommAktG/Pentz*; § 41 Rn.132.

Der Handelndebegriff ist im Laufe der Zeit erheblich eingeschränkt worden. So fielen unter den weiten Handelndebegriff des Reichsgerichts (RGZ 55, 304) auch die Gründer, sofern sie der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben. Erst der BGH (NJW 1967, 828) nahm eine Einschränkung auf Organmitglieder unter Hinweis auf die der Handelndenhaftung zugrunde liegenden Funktionen vor.

⁴⁰⁴ BGH, NJW 2003, 3198; OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; *Schmidt*, NJW 2004, 1349.

⁴⁰⁵ BGH, NJW 2003, 3201.

Die Abstellung auf diesen Zeitpunkt entkräftet zugleich das gegen die Druckfunktion bei der rechtlichen Neugründung vorgebrachte Argument, dass die Beteiligten überhaupt keinen Einfluss auf die Dauer des Eintragungsvorgangs und damit das Ende der Haftung haben.

⁴⁰⁶ Für die Entstehung der Unterbilanzhaftung war hingegen die Einleitung der registerrechtlichen Präventivkontrolle der für die Haftung maßgebliche Zeitpunkt.

⁴⁰⁷ OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 610.

Bestehen einer Offenlegungspflicht und die damit einhergehende Verschiebung der Initiativlast dennoch das kleinere Übel dar, hätte der BGH der älteren Rechtsprechung⁴⁰⁸ folgend, das Ende der Handelndenhaftung ebenso an den Zeitpunkt der Eintragung der Satzungsänderungen knüpfen können. Damit wäre aber zugleich auch das Ende der Vorratsgesellschaft eingeleitet worden, wäre eine solche als Trägerin für ein neues Unternehmen dann nur mit einer Vorlaufzeit von mehreren Monaten oder um den Preis der persönlichen Haftung zu haben⁴⁰⁹. Der BGH hat wohl um die praktische Bedeutung dieses gesellschaftsrechtlichen Konstrukts wissend, bewusst von einer solchen Gestaltung Abstand genommen.

bb) Handeln vor dem Erwerb der Gesellschaft (Ausnahme)

Bei der Frage, ob die Handelndenhaftung auch dann Anwendung findet, wenn bereits vor dem Erwerb der Kapitalgesellschaft rechtsgeschäftlich in deren Namen gehandelt wurde, ist vor allem das Urteil des OLG Hamburg⁴¹⁰ aus dem Jahre 1983 zu nennen. Dessen viel gescholtenen Ausführungen fügen sich zunächst gut in das vom BGH entwickelte Haftungskonzept ein. Haftet der Geschäftsführer bzw. Vorstand, wenn er vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung im Namen der Gesellschaft gehandelt hat, persönlich, scheint dies erst recht für den Fall, dass sich die Beteiligten noch gar nicht eines inaktiven Rechtsträgers bedient haben, gelten zu müssen⁴¹¹. So ist es durchaus denkbar, dass die zukünftigen Gesellschafter zunächst nur einen Geschäftsführer etc. auswählen, diesen mit vorbereitenden Geschäften namens einer noch nicht existenten Gesellschaft betrauen und im Anschluss daran die Anteile einer Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft erwerben. Legt man der Handelndenhaftung aber einmal die ihr noch heute bei der wirtschaftlichen Neugründung zuerkannten Funktionen zugrunde, wird deutlich, dass ihre Anwendung für den in Rede stehenden Sonderfall auszuschneiden hat. Da wäre zunächst die Druckfunktion. Durch die drohende Haftung soll sichergestellt werden, dass die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung auch wirklich erfolgt und die beschlossenen Satzungsänderungen dem Rechtsverkehr kenntlich gemacht werden. Fehlt es aber bereits an dem Vorhandensein einer Gesellschaft, ist das bezweckte Verhalten faktisch unmöglich. Ebenso wenig kann mit der Ausgleichsfunktion argumentiert werden. So soll die Organhaftung den Gläubigern eine gewisse Absicherung dafür gewähren, dass die Kapitalausstattung der Gesellschaft seit ihrer Gründung nicht mehr kontrolliert wurde. Existiert aber gar keine

⁴⁰⁸ LG Hamburg, NJW 1985, 2426; LG Hamburg, NJW-RR 1997, 671; KG, NZG 1998, 731 für den Fall einer Mantelgesellschaft.

⁴⁰⁹ Heerma, GmbH 1999, 642.

⁴¹⁰ OLG Hamburg, BB 1983, 1116ff. bezüglich der Mantelgesellschaft; kritisch Schmidt, GR; § 4 III S.74; Groß-KommAktG/Röhricht; § 23 Rn.140; Priester, DB 1983, 2297; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1661f..

⁴¹¹ OLG Hamburg, BB 1983, 1117; Ulmer, BB 1983, 1124; a.A. OLG Koblenz, DB 1989, 373.

Gesellschaft, ist auch dieses Anliegen hinfällig. Denkbar wäre es allenfalls, die Druckfunktion in der Weise zu erweitern, dass sie nunmehr den Handelnden dazu anhalten soll, sich in näherer Zukunft auch wirklich eines Rechtsträgers zu bedienen⁴¹². Dabei würde aber übersehen, dass dies vielfach überhaupt nicht in seiner Macht liegen wird.

Ferner sind auch Unsicherheiten in der Rechtspraxis zu befürchten. So wird im Vorfeld des unternehmerischen Tätigwerdens noch häufig offen sein, auf welche Weise der Rechtsträger – rechtliche Neugründung oder Erwerb einer Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft – beschafft werden soll⁴¹³. Da im ersteren Fall aber vom Vorliegen einer Vorgründungsgesellschaft auf die nach heute vorherrschender Auffassung⁴¹⁴ die Handelndenhaftung keine Anwendung findet, auszugehen ist, stellt sich die Frage, warum für letzteren Fall etwas anderes gelten sollte. Im Gegenteil erscheint es sachgerecht, beide Konstellationen gleich zu behandeln. Demnach ist vielmehr vom Bestehen einer BGB-Gesellschaft bzw. OHG, sofern bereits ein Handelsgewerbe betrieben wird, zum Zwecke der Gründung bzw. des Erwerbs einer bereits existenten Kapitalgesellschaft als Unternehmensträger auszugehen⁴¹⁵. Ist diese von dem Handelnden wirksam vertreten worden, scheidet dessen persönliche Inanspruchnahme grundsätzlich aus⁴¹⁶. Anderenfalls gilt § 179 I BGB. Dabei sei darauf hingewiesen, dass eine wirksame Vertretung nicht bereits daran scheitert, dass im Rechtsverkehr bereits unter dem Deckmantel der künftigen Gesellschaft gehandelt wurde⁴¹⁷, wird aufgrund des Grundsatzes des unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts⁴¹⁸ allein der wahre Rechtsträger, mithin die BGB-Gesellschaft bzw. OHG verpflichtet. Eine solche Konstruktion vermeidet nicht nur Abgrenzungsprobleme, sondern vermag auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten zu überzeugen. So ist es allein Sache der zukünftigen Gesellschafter und nicht des baldigen Geschäftsführers, einen Rechtsträger zu er- bzw. beschaffen. Insofern sollten auch nur sie für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten einzustehen haben. Von der rechtlichen Neugründung einmal abgesehen, kommt die Handelndenhaftung demnach ausschließlich für den Zeitraum zwischen Erwerb der Gesellschaft und Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung in Betracht.

⁴¹² *Ulmer*, BB 1983, 1124.

⁴¹³ *Priester*, DB 1983, 2297.

⁴¹⁴ *Hachenburg/Ulmer*; § 11 Rn.104; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.2; a.A. BGH, NJW 1962, 1008; BGH, NJW 1980, 287; BGH, NJW 1982, 932; BGH, NJW 1983, 2822.

⁴¹⁵ *Peters*; S.114f..

Der Gesellschaftsvertrag der Vorgründungsgesellschaft bedarf ebenso wie der der späteren Kapitalgesellschaft der notariellen Beurkundung (§ 2 I S.1 GmbHG, § 23 I S.1 AktG). Fehlt es an einer solchen, greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (*Grunewald*; 2.F. Rn.26).

⁴¹⁶ Etwas anderes gilt für den Fall, dass der Handelnde auch Gesellschafter der entstandenen BGB-Gesellschaft bzw. OHG ist. Vielmehr haftet er dann für deren Verbindlichkeiten gemäß § 128 HGB (analog).

⁴¹⁷ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.2.

⁴¹⁸ BGH, NJW 1996, 1054.

cc) Handeln mit Zustimmung aller Gesellschafter

Laut BGH soll die Haftung gemäß § 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG bei Aufnahme der Geschäfte mit Zustimmung aller Gesellschafter erst gar nicht entstehen. Darin könnte zugleich ein Hinweis auf eine einschränkende Anwendung der Handelndenhaftung bei der rechtlichen Neugründung zu sehen sein⁴¹⁹. Diese war nach der älteren Rechtsprechung des BGH⁴²⁰ immer nur dann einschlägig, wenn im Namen der künftigen Gesellschaft gehandelt wurde, mit der Begründung, dass letztere vor ihrer Eintragung nicht existiere und für den Fall, dass sie nicht entstehe, dem Geschäftsgegner ein Schuldner gegeben werden müsse. Mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbot⁴²¹ wird aber nunmehr nach dem Grundsatz des unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts⁴²² die Vorgesellschaft als existierender Rechtsträger wirksam verpflichtet. Unter Gläubigerschutzgesichtspunkten wird deren Haftung und die mit ihr einhergehende Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung zum Teil als ausreichend erachtet⁴²³. Danach soll eine wirksame Vertretung der Vorgesellschaft die Handelndenhaftung ausschließen. Eine solche setzt aber, sofern es sich nicht um notwendige Gründungsgeschäfte etc. handelt, grundsätzlich die Zustimmung aller Gesellschafter voraus⁴²⁴. Geht man also davon aus, dass die Haftung der Vorgesellschaft und der Gründer nicht neben die Handelndenhaftung treten kann, kommt dem einvernehmlichen Einverständnis der Gesellschafter auch bei der rechtlichen Neugründung haftungsbefreiende Wirkung für den Handelnden zu. Es liegt die Vermutung nahe, dass nunmehr auch der BGH diesen Weg beschritten hat⁴²⁵.

Dem ist insofern beizupflichten, als dass die Handelndenhaftung in Zukunft einer restriktiven Anwendung bedarf. Allerdings kann an dem Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter für deren Entfall nicht festgehalten werden, beruht dieses auf der fehlgehenden Annahme, dass die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung bei der wirtschaftlichen Neugründung ebenso von der Zustimmung der Gesellschafter abhängt. Vielmehr sollte die Handelndenhaftung bereits bei Vorliegen eines mit einfacher Mehrheit der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung zustande gekommenen Beschlusses entfallen (§ 47 I GmbHG, § 133 I AktG). So zeigt § 37 I GmbHG, dass der Geschäftsführer an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist⁴²⁶. Hat er eine solche gemäß § 49 II GmbHG einberufen und haben die Ge-

⁴¹⁹ Peetz, GmbHR 2003, 1130; a.A. Heidinger, ZGR 2005, 112f..

⁴²⁰ BGHZ 65, 381; BGHZ 76, 323.

⁴²¹ BGH, NJW 1981, 1373.

⁴²² BGH, NJW 1996, 1054.

⁴²³ LAG Köln, NZA-RR 2001, 129; Peetz, GmbHR 2003, 937; Jacobs, DZWIR 2004, 316.

⁴²⁴ BGH, NJW 1981, 1375; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 11 Rn.11; a.A. Beuthien, NJW 1997, 565.

⁴²⁵ Peetz, GmbHR 2004, 1435; a.A. Lehder; S.164, die die vom BGH vorgenommene Einschränkung als „systemwidrig“ und „rechtsdogmatisch nicht stimmig“ bezeichnet. Vielmehr liege die einzige Möglichkeit, einer persönlichen Inanspruchnahme zu entgehen, darin, die Handelndenhaftung vertraglich abzuändern.

⁴²⁶ Grunewald; 2. F. Rn.44.

sellschafter der Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zugestimmt, kann es ihm in haftungsrechtlicher Hinsicht nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er dem nachgekommen ist. Vielmehr bietet es sich dann an, allein die Gesellschafter für die entstandenen Verluste aufkommen zu lassen. Demzufolge kommt die Handelndenhaftung nur in Betracht, wenn der Geschäftsführer ohne vorherige Rücksprache tätig wird. Ähnlich verhält es sich bei der AG. Dort besteht allerdings die Besonderheit, dass der Vorstand die Gesellschaft gemäß § 76 I AktG unter eigener Verantwortung leitet. So hat die Hauptversammlung in Fragen der Geschäftsführung grundsätzlich keine Kompetenz⁴²⁷. Allerdings besteht für den Vorstand gemäß § 119 II AktG die Möglichkeit, dieser eine Frage der Geschäftsführung zur Entscheidung vorzulegen. Tut er dies, entspricht die Situation der bei der GmbH (§ 83 II AktG). Beschließt die Hauptversammlung, die Geschäftstätigkeit noch vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufzunehmen, kommt eine Haftung des Vorstands gemäß § 41 I S.2 AktG nicht in Betracht⁴²⁸. Hält er hingegen deren Einschaltung für entbehrlich, haftet auch dieser⁴²⁹. Auf diese Weise wird sowohl der nunmehr gebotenen restriktiven Anwendung der Handelndenhaftung als auch dem Gläubigerschutz in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Zugleich trägt diese Konstruktion dazu bei, die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung auch wirklich vorzunehmen.

Aber auch bei der rechtlichen Neugründung erscheint dieser Weg viel versprechend, verhindert er zudem eine Schlechterstellung der Verwender einer Vorratsgesellschaft. Sollte der BGH nämlich auch im ersteren Fall den Entfall der Handelndenhaftung von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig machen, zugleich aber an der Unanwendbarkeit von § 37 II GmbHG, § 82 I AktG im Stadium der Vorgesellschaft festhalten, würde dieser nur vermeintlich einen haftungsrechtlichen Gleichlauf zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Neugründung herbeiführen, ist die Vertretung einer aktivierten Vorratsgesellschaft und folgerichtig auch das Bestehen der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung im Gegensatz zur rechtlichen Neugründung von der Zustimmung aller Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme unabhängig. Dann kann grundsätzlich auch nur dort die Haftung des Handelnden neben die der Gesellschafter treten⁴³⁰. Ist der BGH offensichtlich bestrebt, die Handelndenhaftung bei der rechtlichen Neugründung einzuschränken, sollte er diese Gelegenheit nutzen, auch die

⁴²⁷ *Grunewald*; 2. C. Rn.100.

⁴²⁸ Zu der Frage der Haftung des Vorstands bei Überschreitung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands *Werner*, NZG 2001, 401; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1035.

⁴²⁹ Dennoch steht dem Handelnden möglicherweise ein Befreiungsanspruch gegen die Gesellschaft nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu (§§ 677, 683, 670 BGB).

⁴³⁰ Eine Ausnahme wird bei der rechtlichen Neugründung für den Fall gemacht, dass ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wurde (*Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 11 Rn.19).

Vertretung der Vorgesellschaft, wie schon seit geraumer Zeit von einem Teil der Literatur⁴³¹ gefordert, grundlegend zu reformieren und § 37 II GmbHG, § 82 I AktG von Beginn an anzuwenden. Darüber hinaus sollte die Handelndenhaftung dort ebenso bereits bei einem mit einfacher Mehrheit zustande gekommenen Gesellschafterbeschluss zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme entfallen (§ 47 I GmbHG⁴³², § 133 I AktG⁴³³).

c) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung

Hinsichtlich des Erfordernisses eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises soll auf die Ausführungen bei der Mantelgesellschaft verwiesen werden.

Die gegen den Handelnden gerichtete Forderung verjährt in der Zeit, in der auch die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung verjährt⁴³⁴.

d) Stellungnahme

Im Folgenden soll das Vorliegen der einschlägigen Analogievoraussetzungen für eine Übertragung der Handelndenhaftung auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft überprüft werden. Ferner gilt es einige im Schrifttum geäußerte Bedenken genereller Natur darzustellen.

aa) Analogievoraussetzungen

Zum Teil wird bereits das Bestehen einer Regelungslücke in Frage gestellt⁴³⁵. Handele das Organ mit Vertretungsmacht, werde allein die Gesellschaft verpflichtet. Fehle es hingegen an dieser, greife § 179 BGB ein⁴³⁶. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Handelndenhaftung ist Bestandteil des allein die rechtliche Neugründung behandelnden Regelungsgeflechts. Für die wirtschaftliche Neugründung fehlt es hingegen an einer Norm, die den in Rede stehenden Vorgang in seiner Gänze zu erfassen vermag. Insofern wird man die Übertragung der Handelndenhaftung nicht bereits wegen des Fehlens einer Regelungslücke ablehnen können⁴³⁷.

Fraglich erscheint vielmehr das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage. So ist das Stamm- bzw. Grundkapital von Vorratsgesellschaften regelmäßig gedeckt, mit der Folge, dass bereits die einschlägigen Vorschriften über die Kapitalerhaltung ein gewisses Maß an Gläubi-

⁴³¹ Scholz/K.Schmidt; § 11 Rn.64; Michalski/Michalski; § 11 Rn.55; MünchKommAktG/Pentz; § 41 Rn.35.

⁴³² Bereits im Stadium der Vor-GmbH gilt vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags das Mehrheitsprinzip des § 47 I GmbHG (GroßKommGmbHG/Ulmer; § 11 Rn.45).

⁴³³ Auch im Stadium der Vor-AG richtet sich die Beschlussfassung nach § 133 AktG (Hüffer; § 41 Rn.7). Ob darüber hinaus bereits die §§ 76 I, 119 II AktG Anwendung finden, kann letztlich dahinstehen, hat der Vorstand aufgrund der hier vorgeschlagenen Konstruktion in jedem Fall ein Interesse daran, die Gründer in den Entscheidungsprozess einzubeziehen.

⁴³⁴ MünchKommAktG/Pentz; § 41 Rn.146.

⁴³⁵ Lehder; S.99; Priester, DB 1983, 2297; Bärwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1013.

⁴³⁶ Heerma, GmbHR 1999, 645 für die Mantelgesellschaft.

⁴³⁷ Hinsichtlich der Planwidrigkeit der Regelungslücke kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

gerschutz sicherstellen. Hinzu kommt, dass § 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG an der fehlenden Eintragung der vom Handelnden vertretenen Gesellschaft, dem Fehlen eines geprüften und registerrechtlich dokumentierten Rechtsträgers, anknüpfen⁴³⁸. Bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft liegt aber bereits ein, möglicherweise sogar erst kürzlich geprüfter Rechtsträger vor. Da es insofern auch nicht der erneuten Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle bedarf, vermag ebenso wenig die der Handelndenhaftung verbliebene Ausgleichsfunktion als die Interessengleichheit rechtfertigender Anknüpfungspunkt zu überzeugen. Ähnlich gestaltet es sich mit der Druckfunktion, besteht kein Anlass, die bloße Anmeldung von Satzungsänderungen haftungsrechtlich zu forcieren (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG)⁴³⁹. Zu einem gegenteiligen Ergebnis lässt einen letztlich auch nicht das aus dem Europarecht herrührende Gebot der richtlinienkonformen Auslegung kommen⁴⁴⁰. Des Weiteren würde die Annahme der Handelndenhaftung wiederum einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG darstellen.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte kommt eine solche Haftung allenfalls bei der Wiederbelebung einer Mantelgesellschaft in Betracht. Dem BGH ist lediglich seine Konsequenz zu Gute zu halten. Stellt man nämlich die wirtschaftliche Neugründung der rechtlichen gleich, sollten auch die einschlägigen Haftungsmodelle sinngemäß übertragen werden.

bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung der Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung war bisher einigen, auch für die rechtliche Neugründung geltenden Bedenken genereller Art unterworfen. So ist diese zum Teil als systemwidrig bezeichnet worden⁴⁴¹. Befürchtet wurde nämlich, dass sich die Gläubiger unter Praktikabilitätsgesichtspunkten vorrangig an den Handelnden halten werden, da die Gesellschafter grundsätzlich nur im Innenverhältnis haften⁴⁴². Da aber nur letztere am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Misserfolg partizipieren, wurde vorgeschlagen, auch allein diese haften zu lassen, während eine Inanspruchnahme des Handelnden nur im Falle der Verletzung drittschützender Normen in Betracht gezogen werden sollte⁴⁴³. Zudem erscheint es bedenklich mit § 11 II GmbHG den Anwendungsradius einer Norm, welche aus den bereits angeklungenen Gründen als obsolet bezeichnet wird⁴⁴⁴, erweitern zu wollen. Selbiges gilt auch für § 41 I S.2 AktG, welcher heute auch gegenüber seinem ursprünglichen Regelungsgehalt erheblich eingeschränkt angewandt

⁴³⁸ Bergmann, GmbHR 2003, 563; Schmidt, NJW 2004, 1350; Ulrich, WM 2004, 917.

⁴³⁹ Lehder, S.100; Bommert, GmbHR 1983, 211.

⁴⁴⁰ Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1661.

⁴⁴¹ Weimar, GmbHR 1988, 298.

⁴⁴² Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1661; Werner, NZG 1999, 148.

⁴⁴³ Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1661; Werner, NZG 1999, 148.

⁴⁴⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer, § 11 Rn.21; Kessler, ZIP 2003, 1792f..

wird⁴⁴⁵. Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte sollte grundsätzlich über eine restriktive Auslegung und nicht über eine Ausweitung des Anwendungsbereichs nachgedacht werden. Zwar hat der BGH versucht, dem mit dem Entfallen der Handelndenhaftung bei Zustimmung aller Gesellschafter Rechnung zu tragen, jedoch ist zu vermuten, dass es für den Geschäftsführer etc. nur schwerlich möglich sein wird, das erforderliche Quorum zu erreichen. In jeder Hinsicht vorteilhafter wäre es gewesen, die Haftung bereits beim Vorliegen eines mit einfacher Mehrheit zustande gekommenen Gesellschafterbeschlusses zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme entfallen zu lassen, wird durch eine solche Konstruktion auch der Tatsache, dass die Gesellschaft bereits existiert, Rechnung getragen.

Berücksichtigt man hingegen diese Aspekte, steht einer analogen Anwendung der Handelndenhaftung bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen, solange diese sowohl *de lege lata* als auch aufgrund bestehender europarechtlicher Vorgaben⁴⁴⁶ bei der rechtlichen Neugründung akzeptiert werden muss, nichts im Wege. Für den Fall der Verwendung einer Vorratsgesellschaft hat sie aber in jedem Fall auszuscheiden.

5. Die Haftung gemäß § 179 I BGB

Mangels des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Übertragung der Grundsätze der Handelndenhaftung auf die Verwendung einer Vorratsgesellschaft ist mit den allgemeinen Vorschriften des Vertretungsrechts vorlieb zu nehmen. Die zentrale Haftungsnorm stellt in diesem Zusammenhang § 179 BGB dar. Ist die Gesellschaft wirksam vertreten worden, scheidet demzufolge eine Haftung des Handelnden aus. Einer Verpflichtung der Gesellschaft steht es dabei nicht im Wege, dass bereits unter der neuen Firma gehandelt wurde, obwohl die notwendigen Satzungsänderungen noch nicht beschlossen oder eingetragen wurden, gilt bei unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften die Auslegungsregel, dass diese grundsätzlich unabhängig von den Vorstellungen, die sich der Erklärungsempfänger von der Person des Vertragspartners macht, geschlossen werden⁴⁴⁷. Wurde demnach der Handelnde von der Gesellschaft als Geschäftsführer bzw. Vorstand bestellt, scheidet dessen persönliche Inanspruchnahme selbst dann aus, wenn diese falsch bezeichnet wurde und schwer zu identifizieren ist⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ MünchKommAktG/Pentz; § 41 Rn.4.

⁴⁴⁶ Art.7 der Richtlinie 68/151 EWG vom 9.3.1968 lautet:

„Ist im Namen einer in Gründung befindlichen Gesellschaft gehandelt worden, ehe diese die Rechtsfähigkeit erlangt hat, und übernimmt die Gesellschaft die sich aus diesen Handlungen ergebenden Verpflichtungen nicht, so haften die Personen, die gehandelt haben, aus diesen Handlungen unbeschränkt als Gesamtschuldner, sofern nichts anderes vereinbart worden ist.“

⁴⁴⁷ BGHZ 62, 216; BGHZ 64, 15; BGHZ 91, 152; BGHZ 92, 268; *Heerma*, GmbHR 1999, 645.

⁴⁴⁸ *Lehder*; S.101; *Heerma*, GmbHR 1999, 645.

6. Die Haftung aus culpa in contrahendo

(§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB)

Bei der Haftung aus culpa in contrahendo handelt es sich um ein Resultat richterlicher Rechtsfortbildung. Sie beruht auf der Überlegung, dass ein vertraglicher Schadensersatzanspruch immer einen wirksamen Schuldvertrag voraussetzt und die §§ 823ff. BGB nicht alle schutzwürdigen Fälle zu erfassen vermögen⁴⁴⁹. Dieses Rechtsinstitut hat erst mit dem im Jahre 2002 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts⁴⁵⁰ seine gesetzliche Verankerung gefunden. Die Haftung deckt zwei Konstellationen ab. So richten sich die Ansprüche aus culpa in contrahendo grundsätzlich gegen den intendierten Vertragspartner (§ 311 II BGB), übertragen auf die hier behandelte Problemstellung, gegen die GmbH bzw. AG als solche. Darüber hinaus kommt aber unter besonderen Voraussetzungen auch eine Haftung Dritter in Betracht (§ 311 III BGB). Im Folgenden sollen beide Haftungsvarianten näher beleuchtet werden, wobei vor allem letztere, sofern man nicht so recht auf die Bonität der Gesellschaft vertrauen möchte, von Bedeutung ist.

a) Die Haftung der Gesellschaft aus culpa in contrahendo

Die Grundvoraussetzung für die in Rede stehende Haftung ist das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses. In § 311 II Nr.1-3 BGB erfolgt eine Aufzählung, wann ein solches entsteht. Dazu gehört die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 II Nr.1 BGB), die Anbahnung eines Vertrages (§ 311 II Nr.2 BGB) sowie ähnliche geschäftliche Kontakte (§ 311 II Nr.3 BGB). Die letztere Formulierung stellt einen Auffangtatbestand zu den vorangegangenen Ziffern dar⁴⁵¹. Neben dem Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses setzt die Haftung eine schuldhaft Verletzung einer diesem zugrunde liegenden Pflicht voraus. Deren Inhalt ergibt sich allein aus der Verweisung auf § 241 II BGB. Dadurch, dass dieser unter anderem auch von „Interessen“, auf die Rücksicht zu nehmen ist, spricht, wird klar gestellt, dass nicht nur Rechte und Rechtsgüter im Sinne von § 823 I BGB und Vermögensinteressen, sondern Interessen aller Art einschließlich der Entscheidungsfreiheit gemeint sind⁴⁵². Diese ausgesprochen vage Formulierung macht es aber zugleich immer noch erforderlich, zur näheren Bestimmung des Pflichteninhalts, weiterhin auf die Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht und die dortige Fallgruppenbildung zurückzugreifen⁴⁵³. Hier dürfte vor allem die Verletzung von Offenbarungspflichten eine Rolle spielen. Deren Reichweite richtet sich

⁴⁴⁹ Brox, AS; Rn.55.

⁴⁵⁰ BGBl. 2001 I, 3138.

⁴⁵¹ Jauernig/Vollkommer; § 311 Rn.45; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Lieb; § 3 Rn.37.

⁴⁵² HK-BGB/Schulze; § 311 Rn.22.

⁴⁵³ Palandt/Heinrichs; § 311 Rn.14; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Lieb; § 3 Rn.36.

nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴⁵⁴. Nur wenn der andere Teil danach und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte Aufklärung erwarten durfte, ist das Zurückhalten von Informationen pflichtwidrig⁴⁵⁵. So liegt nicht stets ein Pflichtverstoß vor, wenn Informationen bewusst zurückgehalten, verschwiegen oder sonst nicht vermittelt werden⁴⁵⁶. Eine Offenbarungspflicht besteht aber in jedem Fall, wenn eine Partei solche Umstände nicht kennt, die für einen Vertragsschluss von wesentlicher Bedeutung sind, und die andere Partei dies erkennen kann⁴⁵⁷. Befindet sich die Gesellschaft etwa in einer äußerst prekären Vermögenssituation, kann von dem Bestehen einer solchen Aufklärungspflicht ausgegangen werden. So hat der Geschäftsführer etc. zumindest dann, wenn der Vertragspartner vorleisten soll, auf diesen Umstand hinzuweisen⁴⁵⁸. Unterlässt er dies, wird gegebenenfalls ein Vertrag geschlossen, der ohne die Pflichtverletzung nicht oder jedenfalls zu anderen Bedingungen geschlossen worden wäre⁴⁵⁹. Ist das Bestehen einer Offenbarungspflicht einmal zu verneinen, kann die Pflichtverletzung gegebenenfalls auch in der Übermittlung falscher Informationen liegen⁴⁶⁰. Wie bereits anfangs erwähnt, setzt die in Rede stehende Haftung ferner voraus, dass die Pflichtverletzung auch schuldhaft erfolgte, wobei den Anspruchsstellern die Verschuldensvermutung des § 280 I S.2 BGB zu Gute kommt⁴⁶¹. Des Weiteren muss aus dieser ein Schaden hervorgegangen sein⁴⁶². Bei der hier behandelten Problematik dürfte es sich in erster Linie um Vermögensschäden handeln. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten gestanden hätte⁴⁶³. Insofern zielt der Anspruch grundsätzlich nur auf den Ersatz des Verletzungs- und Vertrauensschadens ab.

b) Die Haftung der Gesellschaftsorgane aus culpa in contrahendo

Zumindest dann, wenn die Gesellschaft über kein nennenswertes Vermögen mehr verfügt, werden die Gläubiger versuchen, auch Dritte in Anspruch zu nehmen. In diesem Zusammenhang ist das Urteil des OLG Stuttgart⁴⁶⁴ aus dem Jahre 1998 zu nennen. Dieses stützte die unmittelbare Inanspruchnahme des Geschäftsführers unter anderem auf eine Haftung aus cul-

⁴⁵⁴ Palandt/*Heinrichs*; § 311 Rn.42; MünchKommBGB/*Emmerich*; Vor § 275 Rn.77.

⁴⁵⁵ BGH, NJW 2000, 1255.

⁴⁵⁶ HK-BGB/*Schulze*; § 311 Rn.29.

⁴⁵⁷ BGH, NJW 1985, 1771; MünchKommBGB/*Emmerich*; Vor § 275 Rn.77; HK-BGB/*Schulze*; § 311 Rn.29.

⁴⁵⁸ BGH, GmbHR 1991, 409f.; Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff/Kleindiek*; § 43 Rn.50; Hachenburg/*Mertens*; § 43 Rn.114; *Ulmer*, NJW 1983, 1578.

⁴⁵⁹ BGH, NJW 1998, 302; *Brox*, AS; Rn.57.

⁴⁶⁰ BGH, NJW-RR 1997, 145; BGH, NJW 1998, 302.

⁴⁶¹ Palandt/*Heinrichs*; § 311 Rn.23; *Jauernig/Vollkommer*; § 311 Rn.51; HK-BGB/*Schulze*; § 280 Rn.23.

⁴⁶² Zur Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden für den Fall eines Verstoßes gegen vorvertragliche Aufklärungspflichten MünchKommBGB/*Emmerich*; Vor § 275 Rn.188f..

⁴⁶³ MünchKommBGB/*Emmerich*; Vor § 275 Rn.182; *Jauernig/Vollkommer*; § 311 Rn.54.

⁴⁶⁴ OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 612 bezüglich einer Mantelgesellschaft.

pa in contrahendo, mit der Begründung, dass es dieser versäumt habe, auf die bestehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der GmbH hinzuweisen. Ähnliche Töne sind schon zuvor in der Literatur zu vernehmen gewesen. So wurde vorgeschlagen, die hier in Rede stehende Haftung für den Fall eintreten zu lassen, dass „der Handelnde bei dem Geschäftsgegner falsche Vorstellungen über die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaft oder deren Kapitalkraft erweckt hat“⁴⁶⁵. Bei näherem Hinsehen handelt es sich dabei aber nicht um eine allein Vorrats- oder Mantelgesellschaften betreffende Problematik. Vielmehr besteht diese auch bei von Beginn an bzw. ununterbrochen am Rechtsverkehr teilnehmenden Kapitalgesellschaften.

Fraglich ist, ob sich diese dem Grunde nach nachvollziehbaren Gedankengänge auch auf die nunmehr in § 311 III BGB kodifizierte Dritthaftung übertragen lassen. Bedenkt man, dass es dem Gesetzgeber darum ging, praeter legem entwickelte Rechtsfiguren im Gesetz auffindbar zu machen und nicht die Rechtsprechung durch eine ausdrückliche Regelung dogmatisch festzulegen⁴⁶⁶, wird man dies bejahen können. Gemäß § 311 III BGB besteht ein Schuldverhältnis mit einer Person, die selbst nicht Vertragspartei werden soll, insbesondere dann, wenn diese in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Schon die Formulierung in Verbindung mit dem Wort „insbesondere“ zeugt davon, dass es sich dabei keineswegs um eine abschließende Regelung handelt⁴⁶⁷. Vielmehr wird dadurch Raum für andere durch die Rechtsprechung geschaffene oder noch zu schaffende Fallgruppen gelassen. Gleichwohl wurde zum Ausdruck gebracht, dass nicht bereits jedwede Vertretertätigkeit ein Schuldverhältnis zu begründen vermag. Primär ist der intendierte Vertragspartner zu Verantwortung zu ziehen, nur bei Erfüllung der besonderen Voraussetzungen kommt darüber hinaus eine Inanspruchnahme Dritter in Betracht. So begeht derjenige, der in organschaftlicher Stellung und Zuständigkeit Dritte schädigt, zuallererst ein Delikt des Verbandes und nicht ein Eigendelikt⁴⁶⁸. Man könnte insofern von einer Subsidiarität der Dritthaftung sprechen. Anderenfalls würde jede noch so kleine Mitwirkung beim Geschäftsabschluss eine Haftung entgegen § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG heraufbeschwören. Diese Problematik hat mittlerweile auch der BGH erkannt. So ist zu attestieren, dass sich in der Rechtsprechung in den letzten Jahren eine gewisse Hemmschwelle gebildet hat, eine persönliche Haftung des handelnden Organs auf Grundlage von culpa in contrahendo anzunehmen⁴⁶⁹. Dann bleibt aber zu fragen, welche Verhaltenswei-

⁴⁶⁵ *Priester*, DB 1983, 2297.

⁴⁶⁶ *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring/Lieb*; § 3 Rn.42.

⁴⁶⁷ *Palandt/Heinrichs*; § 311 Rn.60; *HK-BGB/Schulze*; § 311 Rn.19.

⁴⁶⁸ *Schmidt*, GR; § 14 V S.427f..

Nichts anderes kann für den quasivertraglichen Anspruch aus culpa in contrahendo gelten.

⁴⁶⁹ BGHZ 126, 183ff..

sen überhaupt noch eine Haftung des Geschäftsführers etc. zu begründen vermögen. In der Rechtsprechung haben sich im Wesentlichen zwei Fallgruppen herausgebildet.

aa) Wirtschaftliches Eigeninteresse

Eine Haftung Dritter aus culpa in contrahendo wurde bisher unter anderem dann angenommen, wenn diese ein erhebliches unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss haben, so dass diese „gleichsam wie in eigener Sache“ tätig geworden sind⁴⁷⁰. Für die Bejahung eines solchen genügt es aber nicht, dass der Geschäftsführer auch zugleich Gesellschafter oder gar Alleingesellschafter ist, würde die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ansonsten obsolet⁴⁷¹. Denkbar wäre es, ein wirtschaftliches Eigeninteresse für den Fall anzunehmen, dass der an der Gesellschaft beteiligte Geschäftsführer etc. dieser aus seinem Vermögen Sicherheiten für deren Verbindlichkeiten zur Verfügung stellt. Die aus dem Geschäft mit dem Dritten der Gesellschaft zukommenden Vorteile tragen dann insofern dazu bei, dass deren Verbindlichkeiten reduziert und die gestellten Sicherheiten wieder frei werden. Allerdings erscheint es unsachgerecht, allein aufgrund dieser Tatsache ein persönliches Eigeninteresse und daraus gegebenenfalls eine Haftung aus culpa in contrahendo zu konstruieren. So sollte derjenige, der der Gesellschaft Sicherheiten aus seinem Privatvermögen stellt, nicht allein deswegen gegenüber Dritten haftbar gemacht werden können⁴⁷². Selbst wenn der Erlös aus dem Vertrag, bei dessen Anbahnung der Pflichtverstoß begangen wurde, zur Rückführung der gesicherten Schuld dienen sollte, kann nichts anderes gelten, reicht ein mittelbares wirtschaftliches Interesse nicht aus⁴⁷³. Früher wurde ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Vertreters für den Fall bejaht, dass der an der Gesellschaft beteiligte Vertreter mit seiner Betätigung auf die Beseitigung von Schäden abzielt, für die er anderenfalls von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte oder aber, wenn er die Gegenleistung an der Gesellschaft vorbei in seine eigene Tasche lenken will⁴⁷⁴. Mittlerweile wird sogar über die generelle Aufgabe der Fallgruppe des „wirtschaftlichen Eigeninteresses“ nachgedacht⁴⁷⁵.

bb) Inanspruchnahme besonderen Vertrauens

Von einer Inanspruchnahme besonderen Vertrauens kann nur dann die Rede sein, wenn der Dritte das Vertrauen der einen Partei des erstrebten Vertrages gerade für seine Person und in

⁴⁷⁰ BGHZ 56, 83; BGH, NJW 1990, 506; BGH, DSr 2002, 1276; kritisch *Schmidt*, GR; § 36 II S.1089.

⁴⁷¹ BGHZ 126, 184; Michalski/*Michalski*; § 13 Rn.319; Scholz/*K.Schmidt*; § 64 Rn.67.

⁴⁷² BGHZ 126, 186ff.; BGH, ZIP 1995, 124; BGH, ZIP 1995, 212; BGH, ZIP 1995, 733.

⁴⁷³ *Grunewald*; 2.F. Rn.62; Michalski/*Michalski*; § 13 Rn.319; a.A. *Canaris*, JZ 1993, 650.

⁴⁷⁴ BGH, ZIP 1986, 30; Lutter/*Hommelhoff/Hommelhoff/Kleindiek*; § 43 Rn.53.

⁴⁷⁵ Scholz/*U.H.Schneider*; § 43 Rn.227; Scholz/*K.Schmidt*; § 64 Rn.67.

stärkerem Maße als allgemein bei Vertragsverhandlungen vorauszusetzen ist, in Anspruch nimmt⁴⁷⁶. Dies ist dann der Fall, wenn der Handelnde „gleichsam im Umfeld einer Garantiezusage“ einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss wesentlich beeinflusst hat⁴⁷⁷. Daran sind hohe Voraussetzungen zu stellen. So muss das in Anspruch genommene Vertrauen deutlich über das normale Verhandlungstrauen, für dessen Verletzung allein die Gesellschaft als Vertragspartner einzustehen hat, hinausgehen⁴⁷⁸. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dieser auf außergewöhnliche Sachkenntnisse oder auf verwandtschaftliche Beziehungen zu dem Vertragspartner hinweist, um damit seine besondere Vertrauenswürdigkeit zu begründen⁴⁷⁹. Zum Teil wird es zusätzlich noch für erforderlich gehalten, dass der Vertreter in zurechenbarer Weise beim Geschäftspartner den Eindruck erweckt, er persönlich werde die ordnungsgemäße Geschäftsbwicklung selbst dann gewährleisten, wenn der intendierte Vertragspartner der Gesellschaft nicht oder nur wenig vertraut⁴⁸⁰.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, setzt die Haftung ferner eine Pflichtverletzung seitens des handelnden Organs voraus. Eine solche ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn es versäumt wurde, auf die prekäre Finanzlage der Gesellschaft hinzuweisen⁴⁸¹, wobei in diesem Zusammenhang auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Allerdings gilt es zu beachten, dass die Organperson immer dann keine Offenbarungspflicht trifft, wenn für die Gesellschaft selbst eine solche nicht besteht. Darf letztere ihre Krise im eigenen Schutzinteresse noch verheimlichen, muss und darf auch ihr Vertreter niemanden darauf hinweisen und die Gesellschaft damit möglicherweise endgültig ruinieren⁴⁸².

7. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung

Versäumt es der Geschäftsführer etc. rechtzeitig den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, kommt eine Haftung gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG⁴⁸³ bzw. § 92 II AktG⁴⁸⁴ in Betracht. Bei dieser handelt es sich zwar um keine allein die wirtschaftliche

⁴⁷⁶ HK-BGB/Schulze; § 311 Rn.19.

⁴⁷⁷ BGHZ 126, 189f.; BGH, ZIP 1995, 31f.; BGH, DStR 2002, 1276; Michalski/Michalski; § 13 Rn.319.

⁴⁷⁸ Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff/Kleindiek; § 43 Rn.51.

⁴⁷⁹ Grunewald; 2.F. Rn.63; a.A. BGH, ZIP 1989, 1457.

⁴⁸⁰ Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff/Kleindiek; § 43 Rn.52.

⁴⁸¹ Grunewald; 2.F. Rn.64.

⁴⁸² Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.69; Schmidt, GR; § 36 II S.1087.

⁴⁸³ Zur Schutzgesetzqualität des § 64 I GmbHG BGH, NJW 1959, 623f.; BGH, NJW 1979, 1825f.; BGHZ 126, 190ff.; MünchKommBGB/Wagner; § 823 Rn.386f.; Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.37; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.41; Schmidt, GR; § 36 II S.1083ff.; kritisch Altmeyden/Wilhelm, NJW 1999, 679.

⁴⁸⁴ Zur Schutzgesetzqualität des § 92 II AktG GroßKommAktG/Habersack; § 92 Rn.71; MünchKommAktG/Helfmehl/Spindler; § 92 Rn.33; kritisch Hüffer; § 92 Rn.16.

Neugründung betreffende Problematik, dennoch soll die Gelegenheit genutzt werden, deren einzelne Voraussetzungen und Rechtsfolgen näher darzustellen.

a) Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

Die Grundvoraussetzung für eine Haftung des Geschäftsführers etc. liegt in der Überschreitung der in § 64 I S.1 GmbHG, § 92 II S.1 AktG niedergelegten maximal dreiwöchigen Frist, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 II InsO) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Selbiges gilt gemäß § 64 I S.2 GmbHG, § 92 II S.2 AktG im Falle der Überschuldung (§ 19 II InsO). Nach überwiegender Ansicht kommt es für den Fristbeginn sowohl auf den objektiven Eintritt der Insolvenz als auch auf die positive Kenntnis des Organs an⁴⁸⁵, während nach der Gegenauffassung letztere bei Zahlungsunfähigkeit für entbehrlich gehalten wird und bei Überschuldung deren offensichtliche Erkennbarkeit genügen soll⁴⁸⁶. Für die letztere Auffassung spricht vor allem der Wortlaut des Gesetzes. Des Weiteren trägt eine objektive Anknüpfung zu einem früheren Lauf der Frist bei, was zwar zur Folge hat, dass den Beteiligten nur wenig Zeit für Rettungsversuche verbleibt, eine weitere Verringerung der Insolvenzmasse aber ausschließt⁴⁸⁷. Ferner zieht die alleinige Heranziehung objektiver Merkmale eine ständige Prüfungspflicht der Situation nach sich, was in jeder Hinsicht zweckmäßig erscheint⁴⁸⁸. Um einer Haftung wegen Insolvenzverschleppung zu entgehen, ist spätestens drei Wochen nach Fristbeginn Insolvenzantrag zu stellen, sofern der Insolvenzgrund nicht bis dahin entfallen ist⁴⁸⁹. Der Überschreitung der Frist steht es allerdings gleich, wenn diese ohne Chance auf eine Sanierung voll ausgeschöpft wird⁴⁹⁰.

Die in Rede stehende Haftung setzt Verschulden voraus, wobei Fahrlässigkeit genügt⁴⁹¹. Dieses wird analog der zu § 43 GmbHG entwickelten und in § 93 II S.2 AktG, § 130a III S.2 HGB festgelegten Beweislastverteilung vermutet, während die objektive Insolvenzverschleppung sowie der darauf beruhende Schadenseintritt von den Gläubigern nachzuweisen ist⁴⁹².

⁴⁸⁵ BGH, NJW 1979, 1823; BGHZ 126, 199; Roth/Altmeppen/Altmeppen; § 64 Rn.10; Hüffer; § 92 Rn.9.

⁴⁸⁶ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.28; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler; § 92 Rn.29.

⁴⁸⁷ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.28.

⁴⁸⁸ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.28; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler; § 92 Rn.30.

⁴⁸⁹ Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh; § 64 Rn.45; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler; § 92 Rn.29.

Stellt der Geschäftsführer den Antrag aber zu früh, haftet er gegebenenfalls der Gesellschaft gemäß § 43 II GmbHG. Dieser befindet sich insofern in einem Gewissenskonflikt (Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.45; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh; § 64 Rn.81).

⁴⁹⁰ Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.14; Michalski/Nerlich; § 64 Rn.36.

⁴⁹¹ BGH, NJW 1979, 1823; Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.30; Hachenburg/Ulmer; § 64 Rn.52.

⁴⁹² Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.44; Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.50; Hachenburg/Ulmer; § 64 Rn. 58; Michalski/Nerlich; § 64 Rn.79.

b) Haftungsumfang

Der Haftungsumfang richtet sich nach der Interpretation des § 64 I GmbHG, § 92 II AktG zugrunde liegenden Schutzzweckes. Nach früherer Ansicht sollte nur der Quotenschaden, der sich aus der durch die Insolvenzverschleppung eingetretenen Verminderung des Gesellschaftsvermögens errechnet⁴⁹³, nicht aber der jedem einzelnen Gläubiger entstandene Schaden ersetzt werden⁴⁹⁴. Mittlerweile hat der BGH⁴⁹⁵ aber seine Rechtsprechung insofern aufgegeben, als dass er unter der Voraussetzung, dass die Gläubiger die Forderungen gegen die Gesellschaft nach dem Zeitpunkt, zu dem das Insolvenzverfahren hätte eingeleitet werden müssen, erworben haben, auch erlittene Individualschäden für ersatzfähig hält. Der Neugläubiger ist so zu stellen, wie wenn dieser mit der Gesellschaft nie kontrahiert hätte⁴⁹⁶. Für Altgläubiger bleibt es dagegen beim Ersatz des Quotenschadens⁴⁹⁷. Dabei kann es gegebenenfalls zu Überschneidungen mit einer Haftung aus culpa in contrahendo kommen⁴⁹⁸, auch wenn der BGH diese Anspruchsgrundlage weitgehend ungenutzt lässt. Zum Teil wird auch eine Kombination aus letzterer und deliktischer Haftung befürwortet. So sollen die Neugläubiger nur den Quotenschaden über § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG, § 92 II AktG ersetzt bekommen, während der ihnen entstandene Individualschaden ausschließlich über die Haftung aus culpa in contrahendo ausgeglichen werden soll⁴⁹⁹.

Der neuen Rechtsprechung ist mit der Überlegung, dass die Insolvenzantragspflicht auch zum Ziel hat, den Rechtsverkehr davor zu bewahren, mit einer Gesellschaft nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zu kontrahieren, zuzustimmen⁵⁰⁰.

c) Die Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG

Das MoMiG führt zu einer erheblichen Erweiterung der in § 64 I GmbHG statuierten Pflichten. War bislang allein der Geschäftsführer zur Stellung des Insolvenzantrages berufen, trifft diese Verantwortung für den Fall, dass ein solcher nicht bestellt (Führungslosigkeit der

⁴⁹³ Zur Berechnung BGH, ZIP 1997, 1542.

⁴⁹⁴ BGH, NJW 1959, 623.

⁴⁹⁵ BGHZ 126, 181; BGH, NJW 1995, 399; BGH, ZIP 2003, 1714.

⁴⁹⁶ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; § 64 Rn.49; Poertzgen, GmbHR 2006, 1182f..

Die Neugläubiger können die Ersatzansprüche außerhalb des Insolvenzverfahrens selbstständig gegen den Geschäftsführer geltend machen (BGHZ 138, 214ff.).

⁴⁹⁷ BGHZ 126, 190.

⁴⁹⁸ Grunewald; 2.F. Rn.67.

⁴⁹⁹ Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.37ff.; Schmidt, GR; § 36 II S.1093.

⁵⁰⁰ BGHZ 126, 194; Michalski/Nerlich; § 64 Rn.63; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek; Rn.48; MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler; § 92 Rn.37; a.A. Scholz/K.Schmidt; § 64 Rn.40; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh; § 64 Rn.84; Hüffer; § 92 Rn.19.

Hat der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung Zahlungen geleistet, ist er der Gesellschaft ersatzpflichtig (§ 64 II S.1 GmbHG). Die Ersatzpflicht entfällt nur für den Fall, dass die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (§ 64 II S.2 GmbHG). Kritisch Poertzgen, GmbHR 2006, 1183f..

Gesellschaft) oder nicht auffindbar ist, nunmehr auch die Gesellschafter (§ 64 I S.2 E-GmbHG⁵⁰¹). Die Antragspflicht entfällt allein für den Fall, dass der Gesellschafter weder von dem Insolvenzgrund noch von der Führungslosigkeit positive Kenntnis hat (§ 64 I S.2 2.Hs. E-GmbHG). Mangelnde Kenntnis von einem dieser Elemente führt somit nicht zum Entfall der in Rede stehenden Obliegenheit⁵⁰². So wird nach der Formulierung des Entwurfs für den Fall der Führungslosigkeit vermutet, dass die Gesellschafter sowohl von dieser als auch vom Insolvenzgrund wissen⁵⁰³. Hat der Gesellschafter Kenntnis vom Insolvenzgrund, gibt dies ihm Anlass nachzuforschen, warum der Geschäftsführer keinen Insolvenzantrag stellt, was unweigerlich zur Feststellung der Führungslosigkeit führt⁵⁰⁴. Umgekehrt hat der Gesellschafter, der von der Führungslosigkeit weiß, zu überprüfen, wie es um die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft bestellt ist⁵⁰⁵.

Mit der Ausweitung der Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter wird eine Stärkung des Gläubigerschutzes bezweckt⁵⁰⁶. Gleichmaßen soll ein Anreiz geschaffen werden, aktionsfähige Vertreter für die Gesellschaft zu bestellen, ist die Verpflichtung zur Antragsstellung für die Gesellschafter lediglich subsidiärer Natur⁵⁰⁷. Um diesen Zielen Nachdruck zu verleihen, können nunmehr auch letztere bei Verletzung der Antragspflicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden (§ 84 I Nr.2 E-GmbHG)⁵⁰⁸. Daneben tritt konsequenterweise eine Haftung nach zivilrechtlichen Grundsätzen (§ 823 II BGB i.V.m. §64 I S.2 E-GmbHG)⁵⁰⁹.

⁵⁰¹ § 64 I S.2 E-GmbHG (Art.1 Nr.27 lit.a RefE MoMiG) lautet: „Im Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft (§ 35 II S.4 E-GmbHG) oder bei unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer ist auch jeder Gesellschafter zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, er hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Führungslosigkeit keine Kenntnis.“ Selbiges soll für den Fall der Überschuldung der Gesellschaft gelten (§ 64 I S.3 E-GmbHG). Die Insolvenzantragspflicht korrespondiert nunmehr mit § 35 II S.4 E-GmbHG (Art.1 Nr.14 lit.b RefE MoMiG), durch welchen der Begriff der „Führungslosigkeit“ seinen Weg ins Gesetz gefunden hat. Letzterer ist gleichbedeutend mit der fehlenden Bestellung eines Geschäftsführers. In solch einem Fall wird jeder einzelne Gesellschafter, sofern nicht ein Aufsichtsrat bestellt ist, zum Empfangsvertreter der Gesellschaft. Erklärtes Ziel ist es auf diese Weise bewusst geschaffene Zustellungshindernisse zu überwinden (S.58 der Begründung zum RefE MoMiG). Im Rahmen des § 64 I S.2 E-GmbHG sind die Gesellschafter auch zur Aktivvertretung befugt (§ 15 I S.2 E-InsO – Art.9 Nr.2 RefE MoMiG).

Hingegen trifft die Insolvenzantragspflicht im Aktienrecht weiterhin allein den Vorstand (§ 92 II AktG).

⁵⁰² S.63 der Begründung zum RefE MoMiG; a.A. *Poertzgen*, NZI 2007, 15.

⁵⁰³ S.63 der Begründung zum RefE MoMiG.

⁵⁰⁴ S.63 der Begründung zum RefE MoMiG.

⁵⁰⁵ S.63 der Begründung zum RefE MoMiG.

⁵⁰⁶ S.62 der Begründung zum RefE MoMiG.

⁵⁰⁷ S.62 der Begründung zum RefE MoMiG.

⁵⁰⁸ Art.1 Nr.31 RefE MoMiG.

⁵⁰⁹ Im MoMiG ist des Weiteren eine bislang in § 64 GmbHG nicht enthaltene Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers vorgesehen. So haftet dieser der Gesellschaft nach § 64 II S.3 E-GmbHG (Art.1 Nr.27 lit.b RefE MoMiG) künftig auch für solche Zahlungen an die Gesellschafter, die die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Mit dieser Vorschrift soll dem Abzug von Vermögenswerten, die die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, vorgebeugt werden. Insofern erfasst der Entwurf auch einen Teilbereich der Existenzvernichtungshaftung (S.64 der Begründung zum RefE MoMiG), mit der Besonderheit, dass sich diese gegen den Geschäftsführer und nicht gegen die Gesellschafter richtet. Jedoch wird in der Begründung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich keineswegs um eine abschließende Re-

8. Die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)

Letztlich kommt noch eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers etc. gemäß § 826 BGB in Betracht. Bei dieser Haftungsvorschrift handelt es sich, wie sich bereits aus ihrem weit gefassten Wortlaut entnehmen lässt, um einen Auffangtatbestand⁵¹⁰. Nachdem der § 826 BGB im Gesellschaftsrecht zeitweise an Bedeutung verloren hatte, griff der BGH⁵¹¹ in der jüngeren Vergangenheit wieder verstärkt auf diesen zurück⁵¹².

Über eine Inanspruchnahme des handelnden Organs über die hier in Rede stehende Norm sollte vor allem dann nachgedacht werden, wenn der Gläubiger nicht in den Schutzbereich von § 64 I GmbHG, § 92 II AktG fällt oder die besonderen Voraussetzungen der Eigenhaftung aus culpa in contrahendo nicht bewiesen werden können⁵¹³.

a) Allgemeine Haftungsvoraussetzungen

Der Tatbestand des § 826 BGB kann sowohl durch Handeln als auch Unterlassen erfüllt werden⁵¹⁴. Grundvoraussetzung für die Haftung ist dabei, dass in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ein Schaden entstanden ist. Ein Verhalten gilt als sittenwidrig, wenn es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht⁵¹⁵. Entscheidend ist dabei die Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles. Die Sittenwidrigkeit kann sich aus dem eingesetzten Mittel, dem verfolgten Zweck, den eingetretenen Folgen oder aber auch aus dem Motiv des Täters oder dessen Leichtfertigkeit ergeben, wobei diese Wertungskriterien in keiner starren Hierarchie zueinander stehen, sondern in eine Gesamtschau einzustellen sind⁵¹⁶. Die nähere Konkretisierung ist der Rechtsprechung überlassen⁵¹⁷. Diese versuchte der Aufgabe durch die Bildung von Fallgruppen nachzukommen. Bewusste Falschangaben über die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft seitens des Geschäftsführers etc. vor Vertragsabschluss bilden eine solche das Gesellschaftsrecht und insbesondere auch die hier zu behandelnde Problematik betreffende Fallgruppe⁵¹⁸.

Die Haftung gemäß § 826 BGB setzt zwar kein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit voraus, da ansonsten die Gewissenlosigkeit des Täters prämiert würde, allerdings muss letzterer mit

gelung handle und der weiteren Rechtfortbildung nicht vorgreife (S.64 der Begründung zum RefE MoMiG). Kritisch *Römermann*, GmbH 2006, 680f.; *Schmidt*, GmbH 2007, 5ff.; *Poertzgen*, NZI 2007, 15ff..

Eine vergleichbare Regelung enthält nunmehr auch § 92 III S.3 E-AktG (Art.5 Nr.9 RefE MoMiG).

⁵¹⁰ *Erman/G.Schiemann*; § 826 Rn.1; *Palandt/Sprau*; § 826 Rn.1; *MünchKommBGB/Wagner*; § 826 Rn.4.

⁵¹¹ BGH, NZG 2004, 816; BGH, NZG 2004, 907; BGH, NZG 2004, 1107.

⁵¹² *Kieth*, NZG 2005, 333.

⁵¹³ *HK-BGB/Staudinger*; § 826 Rn.15.

⁵¹⁴ *Palandt/Sprau*; § 826 Rn.7.

⁵¹⁵ BGHZ 10, 232; BGHZ 69, 297.

⁵¹⁶ *Palandt/Sprau*; § 826 Rn.4; *Erman/G.Schiemann*; § 826 Rn.8; *HK-BGB/Staudinger*; § 826 Rn.7.

⁵¹⁷ *Kieth*, NZG 2005, 334.

⁵¹⁸ BGH, NJW 1991, 1312; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek*; § 43 Rn.58; *Erman/G.Schiemann*; § 826 Rn.35.

Schädigungsvorsatz handeln, wobei Eventualvorsatz genügt⁵¹⁹. Dabei hat er die gesamten Schadensfolgen sowie Art und Richtung des Schadens in seinen Vorsatz aufzunehmen⁵²⁰. Der BGH⁵²¹ schließt im Grundsatz bereits bei gewissenlosem oder grob leichtfertigen Verhalten von der Sittenwidrigkeit auf einen bestehenden Vorsatz.

b) Rechtsfolgen und Beweislast

Über § 826 BGB wird der durch die Falschangabe erlittene Vermögensschaden ersetzt. Der Anspruchsteller muss grundsätzlich alle Anspruchsvoraussetzungen beweisen, wobei die angesprochene Indizwirkung des Täterverhaltens zu beachten ist⁵²², selbst wenn man den Eindruck gewinnt, dass dieser im Gesellschaftsrecht weniger Beachtung geschenkt wird⁵²³.

Neben einer Inanspruchnahme des handelnden Organs kommt darüber hinaus eine solche der Gesellschaft in Betracht, der das Verhalten von ersterem über § 31 BGB analog zugerechnet wird⁵²⁴. Eine Haftung von letzterer dürfte aber zumindest bei Einschlägigkeit der genannten Fallgruppe nicht weiterhelfen.

9. Zusammenfassung

Wie sich gezeigt hat, bedarf es bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft weder einer erneuten registergerichtlichen Präventivkontrolle noch eines Rückgriffs auf die vor allem aus der GmbH-Gründung bekannten Haftungsmodelle der Verlustdeckungs-, Unterbilanz- und Handelndenhaftung (§ 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG). Insofern ist die Rechtsprechung des BGH abzulehnen. Schließlich vermitteln bereits die unmittelbar anwendbaren gesetzlichen Vorschriften einen hinreichenden Gläubigerschutz. So ist das Risiko, mit einer gerade in Gang gesetzten Vorratsgesellschaft zu kontrahieren, nicht höher als bei einer von vornherein am Rechtsverkehr teilnehmenden Kapitalgesellschaft. Zwar sind Missbrauchsfälle nicht auszuschließen, jedoch fußen diese nicht auf dem Charakter der Gesellschaft als (ehemalige) Vorratsgesellschaft. Des Weiteren kann solchen Konstellationen bereits durch die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung, culpa in contrahendo, Insolvenzverschleppung sowie über § 826 BGB Rechnung getragen werden. Der äußerst fragwürdigen Anwendung gründungsrechtlicher Vorschriften bzw. Haftungsmodelle braucht es dazu nicht.

⁵¹⁹ BGH, NJW 2001, 3189; Erman/*G.Schiemann*; § 826 Rn.14; *Kieth*, NZG 2005, 334.

⁵²⁰ Palandt/*Sprau*; § 826 Rn.10; HK-BGB/*Staudinger*; § 826 Rn.9.

⁵²¹ BGH, NJW 1991, 3283; BGHZ 129, 177.

⁵²² MünchKommBGB/*Wagner*; § 826 Rn.25f.; HK-BGB/*Staudinger*; § 826 Rn.12.

⁵²³ *Kieth*, NZG 2005, 334.

⁵²⁴ *Schmidt*, GR; § 10 IV S.275.

II. Die Haftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft

Bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft kommen die bereits bei der Vorratsgesellschaft aufgezeigten Haftungsmöglichkeiten für die Gesellschafter, Geschäftsführer etc. in Betracht. Deren Bestehen hängt aber auch hier zum Teil von der Anwendbarkeit des Gründungsrechts ab, so dass diese Frage vorab geklärt werden soll.

1. Die analoge Anwendung des Gründungsrechts bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft

Der BGH⁵²⁵ sowie ein Teil der Literatur⁵²⁶ gehen von der Anwendbarkeit des Gründungsrechts auf die Verwendung eines „alten Mantels“ aus, während dies vom Großteil des Schrifttums⁵²⁷ und einem Teil der Rechtsprechung⁵²⁸ abgelehnt wird. Geht es nach ersteren, so ist die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels durch die Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog offen zu legen⁵²⁹. Hinsichtlich des groben Verfahrensablaufs kann auf die bei der Vorratsgesellschaft gemachten Ausführungen verwiesen werden. Im Folgenden sollen vielmehr allein die mit der Verwendung einer Mantelgesellschaft verbundenen verfahrensrechtlichen Besonderheiten und Probleme im Mittelpunkt stehen.

a) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Der zentrale Gesichtspunkt für die Anwendbarkeit des Gründungsrechts ist aus der Sicht des BGH der Gläubigerschutz⁵³⁰. Dies erscheint zunächst auch nachvollziehbar, ist bei Mantelge-

⁵²⁵ BGH, NJW 2003, 3198 (1. Leitsatz).

⁵²⁶ Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich; § 3 Rn.13; Hachenburg/Ulmer; § 3 Rn.40; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 3 Rn.160ff.; Michalski/Michalski; § 3 Rn.25; Hüffer; § 23 Rn.27a; GroßKommAktG/Röhricht; § 23 Rn.134; Soergel/Huber; Vor § 433 Rn.213; MünchHdbGesR/Gummert (Band 3); § 16 Rn.129f.; Raiser/Veil; § 26 Rn.35f.; Priester, FS-GmbHG; S.186; Peters; S.73; Oldemanns; S.199ff.; Ulmer, BB 1983, 1126; ders., GmbHR 1984, 258; Priester, DB 1983, 2295f.; ders., ZHR 168 (2004), 258ff.; Ihrig, BB 1988, 1201f.; Mennicke, NZG 1998, 196; Keller, DZWIR 1998, 232; Börner, GmbHR 1999, 34; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1658; Sailer, NotBZ 2003, 157; Jacobs, DZWIR 2004, 311f.; Schütz, NZG 2004, 749f..

⁵²⁷ Roth/Altmeppen/Roth; § 3 Rn.14; Kantak; S.75ff.; Kober; S.145; Meyding; S.107f.; Lehder; S.64ff.; Bomert, GmbHR 1983, 212f.; Bärwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1010ff.; Banerjea, GmbHR 1998, 815ff.; Mayer, NJW 2000, 177ff.; Meller-Hannich, ZIP 2000, 347ff.; Werner, NZG 2001, 399; Altmeppen, NZG 2003, 146ff.; Kallmeyer, GmbHR 2003, 323f.; Lindemeier, RNotZ 2003, 510ff.; Wilhelm, ZHR 167 (2003), 531; Krafska, ZGR 2003, 587f.; Meilicke, BB 2003, 858; Heidenhain, NZG 2003, 1052f.; Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1131ff.; Gronstedt, BB 2003, 2082f.; Thaeter, DB 2003, 2114f.; Schaub, NJW 2003, 2128; Herchen, DB 2003, 2213f.; Wilhelmi, DZWIR 2004, 179f.; Ulrich, WM 2004, 920; Schmidt, NJW 2004, 1348; Hoyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 195; Wicke, NZG 2005, 411.

⁵²⁸ OLG Frankfurt a.M., GmbHR 1992, 456; BayObLG, GmbHR 1999, 607; LG Kleve, GmbHR 2002, 854; a.A. AG Erfurt, GmbHR 1997, 74; AG Duisburg, GmbHR 1997, 257; AG Duisburg, GmbHR 1998, 87; OLG Frankfurt a.M., GmbHR 1999, 32f.; OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; LG Dresden, GmbHR 2000, 1152f.; OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 971; LG Berlin DB 2003, 1378.

⁵²⁹ BGH, NJW 2003, 3198 (2. Leitsatz), 3200.

⁵³⁰ BGH, NJW 2003, 3199.

sellschaften das Gesellschaftsvermögen in der Regel erschöpft. So unterscheidet sich die Verwendung von solchen vom herkömmlichen, nach dem Gesetz angelegten Gründungsablauf nicht nur durch die auch bei der Vorratsgesellschaft bestehende Phase der Inaktivität, sondern zusätzlich noch durch die ebenfalls zwischen der Eintragung der Gesellschaft und dem erneuten Ingangsetzen liegende Phase der wirtschaftlichen Aktivität⁵³¹. Letztere hat die Gefährdung der Kapitalausstattung der Gesellschaft im Verwendungszeitpunkt zur Folge und ist zugleich auch der entscheidende Unterschied zur rechtlichen Neugründung sowie zur Vorratsgesellschaft⁵³². Während man den Gründungsvorgang bei letzterer aufgrund der zwischenzeitlichen Inaktivität als „gestreckt“ bezeichnen kann, liegen bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft genau genommen zwei Gründungsvorgänge vor, nämlich zum einen der Vorgang bis zur Aufnahme der erstmaligen wirtschaftlichen Aktivität, zum anderen die nach der Phase der Inaktivität stattfindende Neuaufnahme der Geschäftstätigkeit⁵³³. Diese Unterschiede werden zuweilen bereits als ausreichend betrachtet, um die analoge Anwendung des Gründungsrechts zu rechtfertigen. Ob dem gefolgt werden kann, soll im Folgenden beantwortet werden. Dabei lässt sich schon jetzt sagen, dass der registerrechtlichen Präventivkontrolle in diesem Fall eine andere Funktion als bei der Vorratsgesellschaft zukommt. Während dort die Kontrolle der vollständigen Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, von den Gründungskosten einmal abgesehen, in Rede stand, geht es bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft vielmehr darum zu überprüfen, ob das erforderliche Kapital erneut aufgebracht wurde. Insofern ist die Ausgangssituation eher mit der bei der rechtlichen Neugründung vergleichbar. Wie sich zeigen wird, gestaltet sich die Durchführung einer solchen Kontrolle im Falle des Ingangsetzens eines „alten Mantels“ in praktischer Hinsicht jedoch erheblich komplizierter.

aa) Die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der Umorganisation

Die Grundvoraussetzung für eine erneute Überprüfung der Kapitalausstattung ist zunächst das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung.

Denn während eine solche bei der Vorratsgesellschaft ohne weiteres bereits an der Änderung des bisher auf die „Verwaltung eigenen Vermögens“ lautenden Unternehmensgegenstandes erkennbar ist, stellt sich bei dem Ingangsetzen einer Mantelgesellschaft das Abgrenzungsproblem zur Umorganisation oder Sanierung einer noch bestehenden GmbH bzw. AG. Daher sollen zunächst die von Rechtsprechung und Literatur im Einzelnen vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien vorgestellt und zu deren Eignung Stellung genommen werden. Im Anschluss

⁵³¹ Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1657.

⁵³² Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1657f..

⁵³³ Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1658.

daran werden die Gründe, die den BGH zur Postulierung einer Offenlegungspflicht im Falle der Verwendung einer Mantelgesellschaft bewogen haben, ausführlich dargestellt.

(1) Abgrenzungskriterien und deren Eignung

Die Anforderungen, die an das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung gestellt werden, gehen zum Teil sehr weit auseinander. Überwiegend wird eine vorausgegangene wirtschaftliche Inaktivität der Gesellschaft bzw. die Geschäftsaufgabe als Voraussetzung angesehen⁵³⁴. Teilweise wird auch die Vermögenslosigkeit als entscheidendes Kriterium herangezogen⁵³⁵. Nach einer weiteren Ansicht werden die eben genannten Kriterien gänzlich außer Acht gelassen, entscheidend sei vielmehr, ob wirtschaftlich betrachtet eine neue unternehmerische Tätigkeit aufgenommen wurde⁵³⁶. Es stellt sich nunmehr die Frage, welcher Ansicht Vorzug zu geben ist. Dieser Entscheidung kann auch nicht unter Hinweis auf die vom BGH postulierte Offenlegungspflicht aus dem Weg gegangen werden, da hierdurch lediglich eine Verlagerung der Prüfungskompetenz stattgefunden hat. So ist es nämlich nunmehr Sache der Gesellschaftsorgane, das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung zu überprüfen. Man könnte also dazu neigen zu sagen, dass es sich der Senat leicht gemacht hat, indem er die Verantwortung von den Registergerichten an die Geschäftsführer etc. delegiert hat. Ein solches Procedere erscheint zunächst äußerst bedenklich, wird es sich bei letzteren häufig um juristische Laien handeln, welche nunmehr mit einer Aufgabe betraut wurden, bei der sich bisher, was sich gerade an der bestehenden Uneinigkeit zeigt, auch Juristen schwer tun. Zum Teil wird sogar bezweifelt, die Verwendung einer Mantelgesellschaft strengbegrifflich definieren zu können⁵³⁷. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur dann, wenn es dem BGH nunmehr gelungen sein sollte, griffige Abgrenzungskriterien zu entwickeln, welche es auch dem Laien ermöglichen, diese weitreichende Unterscheidung vorzunehmen.

Nach diesem ist für die Abgrenzung entscheidend, „ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betrieb, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen – neuen oder

⁵³⁴ KG, NZG 1998, 731; OLG Frankfurt, GmbHR 1999, 32; Schmidt, GR; § 4 III S.67ff.; Ihrig, BB 1988, 1201; Priester, ZHR 168 (2004), 256f.; a.A. Peetz, GmbHR 2004, 1431f..

⁵³⁵ OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; Meyding; S.20f.; Kober; S.46f.; Börner, GmbHR 1999, 34; a.A. Peters; S.34ff.; Schmidt, GR; § 4 III S.71.

In diese Richtung scheint auch Oldemanns; S.169f. zu tendieren, wenn er an die Verwendung „vermögender Mantelgesellschaften“ keine weitergehenden Rechtsfolgen knüpfen möchte.

⁵³⁶ Altmeppen, DB 2003, 2053; Bohrer, DNotZ 2003, 900; Peetz, GmbHR 2003, 231; ders., GmbHR 2004, 1430ff.; a.A. Peters; S.47ff..

⁵³⁷ Kraffka, ZGR 2003, 582.

alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit – gegebenenfalls wieder – aufzunehmen⁵³⁸“.

Augenscheinlich spielt für den BGH die Unternehmenslosigkeit der Gesellschaft eine zentrale Rolle. Ist ein Unternehmen noch vorhanden, wird es aber zu einem wirtschaftlich neuen umgestaltet, scheidet eine wirtschaftliche Neugründung aus⁵³⁹. Die alles entscheidende Frage ist folglich darin zu sehen, wann die Grenze zur Unternehmenslosigkeit überschritten ist. In dieser Hinsicht fiel die Definition zwar entsprechend vage aus, jedoch war dies aufgrund der facettenreichen Wirklichkeit weder anders zu erwarten noch zu bewerkstelligen. Richtigerweise ist es auch ohne Belang, ob die Verwendung der Mantelgesellschaft durch die alten oder neuen Gesellschafter erfolgt, da „das wesentliche Moment nicht im Wechsel der Gesellschafter, sondern in der Benutzung einer leeren Rechtsform liegt⁵⁴⁰“. Selbiges hat für den Fall zu gelten, dass die statutarischen Änderungen nach teilweiser Übertragung der Geschäftsanteile vorgenommen werden⁵⁴¹. Laut BGH⁵⁴² sollen sich unter Zugrundelegung seiner Definition die im Regelfall bestehenden Abgrenzungsprobleme lösen lassen, „zumal der Geltungsanspruch der Kapitalaufbringungsnormen nicht von etwaigen Schwierigkeiten ihrer praktischen Umsetzung abhängig gemacht werden kann und Abgrenzungs- und Kontrollprobleme ein allenthalben anzutreffendes und auch sonst zu bewältigendes Problem sind.“ Durch die letztere Aussage bringt dieser aber zugleich auch Zweifel an der Tauglichkeit der von ihm vorgeschlagenen Kriterien zum Ausdruck. Dies gibt Anlass, die Leistungsfähigkeit der Definition der wirtschaftlichen Neugründung an einigen ausgewählten Beispielen zu überprüfen.

Dazu soll zunächst der in der Literatur⁵⁴³ entwickelte Extremfall der ehemaligen Hubschrauberfabrik, welche nunmehr Hosenknöpfe herstellen soll, in zwei Varianten herangezogen werden⁵⁴⁴. Hier ist zu differenzieren, ob die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb vorher gänzlich

⁵³⁸ BGH, NJW 2003, 3200.

⁵³⁹ Schumacher, DStR 2003, 1884; Priester, ZHR 168 (2004), 256f.; Heidinger, ZGR 2005, 104f.; a.A. Altmeppen, DB 2003, 2053; Bohrer, DNotZ 2003, 900f.; Wilhelmi, DZWIR 2004, 184.

⁵⁴⁰ Priester, DB 1983, 2298; a.A. Peters; S.52f.; Oldemanns; S.178f..

⁵⁴¹ A.A. OLG Koblenz, DB 1989, 373.

⁵⁴² BGH, NJW 2003, 3200.

⁵⁴³ Altmeppen, DB 2003, 2053.

⁵⁴⁴ Eine klassische Konstellation der wirtschaftlichen Neugründung ist in dem BGH, NJW 2003, 3198 zugrundeliegenden Sachverhalt zu sehen. Dort lautete der ursprüngliche Unternehmensgegenstand der in Rede stehenden GmbH „Soziale Einrichtung der Firma F-Bauunternehmung AG (Alleingesellschafterin). Ausschließlicher Zweck: freiwillige, einmalige, wiederholte oder laufende Unterstützung von Betriebsangehörigen und ehemaligen Betriebsangehörigen sowie deren Angehörigen... bei Hilfsbedürftigkeit, Krankheit, Invalidität, Berufsunfähigkeit, Arbeitslosigkeit und im Alter.“ Nachdem über das Vermögen der F-Bauunternehmung AG das Konkursverfahren eröffnet worden war, veräußerte der Konkursverwalter die Geschäftsanteile der GmbH im Nennbetrag von 48.500,- DM an S und im Nennwert von 1.500,- DM an K zum Kaufpreis von insgesamt 5.000,- DM. In derselben Urkunde beriefen die neuen Gesellschafter die bisherigen Geschäftsführer ab und bestellten F zum neuen Geschäftsführer. Zugleich verlegten sie den Sitz der Gesellschaft, änderten die Firma

eingestellt und die Fabrikationsstätten sowie deren Zubehör aufgegeben hat oder aber ihr Tätigkeitsbereich unter Beibehaltung der bisherigen Fabrikationseinrichtungen ohne Unterbrechung umgestellt worden ist. Der BGH scheint unter Zugrundelegung seiner Definition nur ersteren Fall als wirtschaftliche Neugründung erfassen zu wollen. So scheidet eine solche aus, wenn die Produktionsänderung an ein noch bestehendes Unternehmen mit seinen noch bestehenden personellen und sachlichen Ressourcen als Basis für die neue Tätigkeit anknüpft⁵⁴⁵. Dagegen wird im Schrifttum⁵⁴⁶ teilweise darauf verwiesen, dass sich die Gläubigerinteressen in beiden Fällen nicht unterscheiden würden. Vorwiegend gelte es zu bedenken, dass eine zwischenzeitliche Stilllegung der Gesellschaft für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung ebenso wenig von Belang sein könne, wie die Frage, ob es der alte oder neue Gesellschafter ist, der den alten oder neuen Unternehmensgegenstand für seine Gesellschaft wählt⁵⁴⁷. In diesem Zusammenhang werden auch sog. „Mimikry-Gesellschaften“, das heißt Gesellschaften mit einem möglichst weiten Unternehmensgegenstand, die von einer Geschäftsidee zur nächsten springen, ohne sich jeweils einer erneuten Kontrolle der Kapitalausstattung zu unterziehen, genannt⁵⁴⁸.

Zwar sind die zuletzt vorgebrachten Argumente nicht ganz von der Hand zu weisen, allerdings sprechen neben Gründen der Rechtssicherheit, auf die gesondert eingegangen werden soll, auch wirtschaftspolitische Aspekte dafür, das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung allein am Merkmal der Unternehmenslosigkeit festzumachen. Erklärtes Ziel des BGH war es, wie sich aus den dezidierten Äußerungen der Mitglieder des erkennenden Senates ergibt, die klassische Konstellation der Wiederverwendung einer stillgelegten Gesellschaft zu erfassen, auch wenn der Begriff der „wirtschaftlichen Neugründung“ etwas anderes suggeriere⁵⁴⁹. Nichtsdestotrotz gilt es bei der Abgrenzung zu beachten, dass der Tatbestand der Umorganisation nicht allzu weit ausgelegt werden darf, da das Ergebnis ansonsten allein vom Argumentationsgeschick der Beteiligten abhängen würde, was erhebliche Nachteile für die gerade hier in besonderem Maße schutzbedürftigen Gläubiger zur Folge hätte. So ist der Zweck der Rechtsprechung, die Umgehung der Kapitalaufbringung im Interesse des Gläubigerschutzes zu verhindern, nicht außer Acht zu lassen⁵⁵⁰.

in „Z-Metallbau GmbH“ und den Gegenstand des Unternehmens in „industrielle Herstellung von Zäunen, Toren, Türen, Geländersystemen, Schweißkonstruktionen, Hundezwinger, Pferdeboxen, Treppenanlagen etc. aus Stahl, Metall und Holz sowie deren Vertrieb und deren Montage.“

⁵⁴⁵ *Jacobs*, DZWIR 2004, 311; *Riesenbeck*, ZHR 168 (2004), 265.

⁵⁴⁶ *Altmeppen*, NZG 2003, 148; *ders.*, DB 2003, 2053; *Bohrer*, DNotZ 2003, 900f.; a.A. *Oldemanns*; S.176f..

⁵⁴⁷ *Altmeppen*, NZG 2003, 148.

⁵⁴⁸ *Bohrer*, DNotZ 2003, 900.

⁵⁴⁹ *Goette*, DStR 2004, 465; *Riesenbeck*, ZHR 168 (2004), 265.

⁵⁵⁰ *Wicke*, NZG 2005, 414.

Möchte man hingegen sämtliche Fälle nahtloser Überführung der Gesellschaft von einem Unternehmensgegenstand in einen grundlegend anderen als wirtschaftliche Neugründung begreifen, würde dies zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen⁵⁵¹. Zwar ist zuzugeben, dass es auch Konstellationen geben mag, bei denen sich auch die Feststellung der Unternehmenslosigkeit nicht ganz einfach gestaltet⁵⁵², die größeren Probleme sind aber vielmehr bei der bodenlosen Ausweitung des Tatbestands der wirtschaftlichen Neugründung zu erwarten, wie das folgende Beispiel zeigen wird:

„Ein Malerbetrieb, der Stuckleisten verkauft, betreibt nun unter fortgesetztem Verkauf der Stuckleisten einen Künstler- und Hobbybedarfsversand⁵⁵³.“

Zumindest dann, wenn man wie der BGH die Unternehmenslosigkeit als unabdingbare Voraussetzung ansieht, ergeben sich keine größeren Probleme. Hat die Gesellschaft ununterbrochen am Rechtsverkehr teilgenommen, liegt eine Umorganisation vor. Ist dies nicht der Fall, spricht einiges für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung⁵⁵⁴. Denn dann spielt es keine Rolle, ob sich an dem Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft überhaupt irgendetwas geändert hat. So zählt allein die vorübergehende Unternehmenslosigkeit. Problematisch wird es nur dann, wenn man auch bei deren Fehlen das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung nicht von vornherein ausschließen möchte. Nur in diesem Fall gilt es nämlich die Frage zu beantworten, ob sich allein durch den fortgesetzten Verkauf der Stuckleisten die Annahme einer Umorganisation aufrechterhalten lässt. Damit wird aber willkürlichen Ergebnissen freier Lauf gelassen, auch wenn hier die besseren Argumente wohl dafür sprechen, vom Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung auszugehen. So weist ein Versandhandel keine Gemeinsamkeiten mit einem Malerbetrieb auf. Anderenfalls ließe sich das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung immer dadurch abwenden, indem die Verwender Teile aus dem Sortiment des vormals betriebenen Unternehmens weiter verkaufen. Folgt man hingegen der Ansicht des BGH, bedarf es erst gar keiner Beantwortung dieser Frage. Dies verdeutlicht, dass allein dessen Weg die nötige Rechtssicherheit herbeizuführen vermag⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ von Bredow/Schumacher, DStR 2003, 1036.

⁵⁵² Jacobs, DZWIR 2004, 310 bejahend für den Fall, dass nicht mehr als eine eingeführte Warenbezeichnung verblieben ist. Zu den Grenzfällen auch Peters; S.59ff. mit zahlreichen Beispielen.

⁵⁵³ Beispiel von Kessler, ZIP 2003, 1792.

⁵⁵⁴ Lehder; S.132ff. geht davon aus, dass eine wirtschaftliche Neugründung vorliegt, wenn die Gesellschaft zwei Monate oder länger unternehmenslos gewesen ist. Ausnahmen werden aber für den Fall, dass der Unternehmensgegenstand erkennen lässt, dass es sich um eine saisonale Tätigkeit handelt (z.B. Eisdielen), gemacht. Setzt man aber Unternehmenslosigkeit nicht mit der Einstellung des Geschäftsbetriebs gleich, bedarf es einer solchen Einschränkung nicht. So wird die saisonal bedingte Tätigkeit an den bisherigen Kundenstamm, das bisherige Know How sowie an die bisherigen Produktionsmaschinen und Arbeitsverhältnisse anknüpfen. In solchen Fällen fällt es aber bereits schwer, von Unternehmenslosigkeit zu sprechen.

⁵⁵⁵ Priester, ZHR 168 (2004), 257.

Fraglich ist aber, ob die Verwendung inaktiver Gesellschaften allein unter praktischen Gesichtspunkten das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung ausschließen kann. Dem ist nachstehende Situation zugrunde zu legen:

„Innerhalb einer Konzernstruktur soll eine inaktive GmbH, die früher ein Unternehmen betrieb, ein gänzlich neues Geschäftsfeld erschließen. Zu diesem Zweck werden Firma und Unternehmensgegenstand geändert⁵⁵⁶.“

Hier deutet auf den ersten Blick alles auf eine wirtschaftliche Neugründung hin. Zweifel entstehen aber dann, wenn man sich Gedanken über den damit verfolgten Zweck macht. So nutzen die Gesellschafter im Beispielfall die Mantelgesellschaft nicht, um eine rechtliche Neugründung zu vermeiden, sondern weil die Gesellschaft sich bereits in ihrem Eigentum befindet und sie derzeit ohne wirtschaftlichen Nutzen ist⁵⁵⁷. Aus der Perspektive der Praxis erfolgte die Verwendung ausschließlich aus dem Grunde, dass eine Liquidation und eine rechtliche Neugründung der umständlichere Weg gewesen wäre⁵⁵⁸. Daher wird zuweilen vertreten, dass man unter genauer Betrachtung der Definition des BGH zur wirtschaftlichen Neugründung, sofern man dem darin genannten „Vermeidungsaspekt“ einen eigenen Bedeutungsgehalt zuschreibe, zu dem Ergebnis komme, dass eine solche nicht vorliege, da die Gesellschafter den „alten Mantel“ allein aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen verwendet hätten⁵⁵⁹. Dem kann aber nicht gefolgt werden. So sind die Gläubiger nicht deswegen weniger schutzwürdig, nur weil der Weg über eine vorhandene Mantelgesellschaft weniger umständlich erscheint. Vor allem ist davon auszugehen, dass die in dem Beispiel genannte GmbH über kein nennenswertes Vermögen mehr verfügt und somit eine erneute registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung geboten erscheint. Bedenkt man, dass eine wirtschaftliche Neugründung nach hier vertretener Auffassung auch durch die bisherigen Gesellschafter erfolgen kann, ergäbe sich hieraus ansonsten eine Schutzbehauptung, welche den gerade hier im enormen Maße erforderlichen Gläubigerschutz konterkarieren würde. Insofern ist die in Rede stehende Definition in Bezug auf den „Vermeidungsaspekt“ in der Weise zu verstehen, dass es um die Umgehung einer rechtlichen Neugründung als solche geht, wobei die in diesem Zusammenhang bestehenden Motive außer Acht zu lassen sind.

Wie die Beispiele gezeigt haben, sind die vom BGH entwickelten Kriterien durchaus geeignet, die Abgrenzung zwischen Umorganisation und wirtschaftlicher Neugründung zu bewerkstelligen. Maßgeblich ist eine Gesamtschau aller Umstände und deren Abwägung im Einzel-

⁵⁵⁶ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351.

⁵⁵⁷ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351.

⁵⁵⁸ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351.

⁵⁵⁹ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351.

fall⁵⁶⁰. Hinsichtlich der Bewertung von Grenzfällen ist davon auszugehen, dass sich mit der Zeit eine gefestigte Rechtsprechung entwickeln wird. Dabei werden sich wie auch bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen bisher geschehen, gewisse Fallgruppen herauskristallisieren⁵⁶¹. So lange dies nicht der Fall ist, steht es den Beteiligten frei, sich an das Registergericht zu wenden. Ferner ließe sich darüber nachdenken, die Rechtsprechung zu § 8 IV KStG⁵⁶² heranzuziehen, wenn auch steuerrechtliche Gesichtspunkte andere als die des Kapitalaufbringungs-schutzes sind⁵⁶³. Möglicherweise hat der BGH gar bewusst darauf verzichtet, die Ausführungen hinsichtlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung näher zu konkretisieren, um dem Verwender die Pflicht aufzuerlegen, bereits bei der bloßen Möglichkeit des Bestehens einer solchen, diese dem Registergericht anzuzeigen⁵⁶⁴. Allerdings ist zu vermuten, dass dies zu einer erheblichen Mehrbelastung der Registergerichte führen würde. Jedenfalls kann unter Zugrundelegung der hier gewonnenen Erkenntnisse an den vom BGH entwickelten Abgrenzungskriterien festgehalten werden⁵⁶⁵.

(2) Gründe für die Postulierung einer Offenlegungspflicht

Auch wenn es die vorstehenden Äußerungen bereits erahnen lassen, sollen hier noch einmal ausführlich die hinter der Postulierung einer Offenlegungspflicht⁵⁶⁶ stehenden Gedanken dargestellt werden. Der zentrale Beweggrund ist in den beschränkten Erkenntnismöglichkeiten der Registergerichte zu sehen. So deuten eintragungspflichtige Abänderungen des Gesellschaftsvertrags (§ 54 GmbHG, § 181 AktG), wie etwa die Änderung des Unternehmensgegenstandes, die Neufassung der Firma, Sitzverlegung, Bestellung eines neuen Geschäftsführers und die Veräußerung der Geschäftsanteile zwar typischerweise, aber nicht zwingend die Verwendung einer Mantelgesellschaft an⁵⁶⁷. Insbesondere darf der Registerrichter, wie gezeigt, nicht hinter jeder Abwandlung des Unternehmensgegenstandes eine wirtschaftliche Neugründung vermuten⁵⁶⁸. Dies offenbart zugleich das Risiko, sich bei der Findung des Abgrenzungsergebnisses allein auf letzteren zu konzentrieren. So ist es denkbar, dass dessen Bezeichnung auch auf das nunmehr betriebene Unternehmen passt, was bei Mantelkäufen innerhalb einer

⁵⁶⁰ *Jacobs*, DZWIR 2004, 311.

⁵⁶¹ *Jacobs*, DZWIR 2004, 311; *Goette*, DStR 2004, 465.

⁵⁶² Der BFH hält § 8 IV KStG für formell verfassungswidrig. Diesbezüglich wurde ein Normenkontrollverfahren nach Art.100 I GG eingeleitet (BFH, GmbHR 2006, 1277ff.). Zu möglichen Alternativen zur gegenwärtigen Regelung *Krupske*, GmbHR 2006, 741ff..

⁵⁶³ *Priester*, ZHR 168 (2004), 257; *Riesenbeck*, ZHR 168 (2004), 266.

⁵⁶⁴ *Peetz*, GmbHR 2004, 1437.

⁵⁶⁵ So auch *Schumacher*, DStR 2003, 1885.

⁵⁶⁶ *Jacobs*, DZWIR 2004, 313. Statt von einer Pflicht wird von einer „Obliegenheit“ gesprochen.

⁵⁶⁷ BGH, NJW 2003, 3200; a.A. *Jacobs*, DZWIR 2004, 311.

⁵⁶⁸ *Priester*, DB 1983, 2298.

Branche durchaus vorkommen kann⁵⁶⁹. Demnach bleibt festzuhalten, dass die für die Abgrenzung entscheidenden Details dem Registerrichter im Regelfall ohne eine umfassende Nachforschung nicht bekannt sein dürften. Dies birgt zugleich die Gefahr, dass ohne die Annahme einer Offenlegungspflicht der Großteil der regelungsbedürftigen Fälle unentdeckt bliebe⁵⁷⁰ oder gar fälschlicherweise wirtschaftliche Neugründungen angenommen werden. Man könnte zwar darüber nachdenken, stattdessen die Registergerichte die notwendigen Recherchen durchführen zu lassen, jedoch ist zu vermuten, dass diese dadurch überlastet wären und nicht mehr effektiv arbeiten könnten⁵⁷¹. Der BGH sah sich insofern gezwungen, das Erkenntnisdefizit der Registergerichte und im Gegenzug den Wissensvorsprung der Verwender durch die Postulierung einer Offenlegungspflicht auszugleichen⁵⁷².

bb) Die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog

Während bei der Vorratsgesellschaft noch offen gelassen werden konnte, ob die Versicherung am gesetzlichen Mindestkapital i.H.v. 25.000,- € (10.000,- € bzw. 50.000,- € (§ 5 I GmbHG (§ 5 I E-GmbHG⁵⁷³), § 7 AktG) oder aber am statutarischen Stamm- bzw. Grundkapital auszurichten ist, wird diese Frage bei der Verwendung von Mantelgesellschaften akut, sehen deren Satzungen doch in der Regel eine höhere Kapitalziffer vor.

Der BGH⁵⁷⁴ und ein Teil der Literatur⁵⁷⁵ sehen in der satzungsmäßigen Stamm- bzw. Grundkapitalziffer die für die Versicherung nach 8 II GmbHG bzw. § 37 I S.1 AktG analog maßgebliche Größe. Dagegen hält das OLG Brandenburg⁵⁷⁶ sowie der Großteil des Schrifttums⁵⁷⁷ eine Ausrichtung am gesetzlichen Mindestkapital für vorzugswürdig. Teilweise wird auch ein Mittelweg vorgeschlagen. Um dem Registergericht eine Beurteilungsgrundlage für die notwendigen Prüfungen zu geben, soll zusätzlich angegeben werden, inwieweit sich das Vermö-

⁵⁶⁹ AG Duisburg, GmbHR 1997, 257 für den Fall eines Reisebüros.

⁵⁷⁰ BGH, NJW 2003, 3200.

⁵⁷¹ Meller-Hannich, ZIP 2000, 348f.; Krafska, ZGR 2003, 583.

⁵⁷² Peus, NZG 2003, 610ff. verweist darauf, dass ansonsten Amtshaftungsprozesse wegen fehlerhaften Verhaltens der Registergerichte kaum zu verhindern gewesen wären.

⁵⁷³ Art. 1 Nr.3 lit.a RefE MoMiG.

⁵⁷⁴ BGH, NJW 2003, 3198 (2. Leitsatz), 3200.

⁵⁷⁵ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 3 Rn.16; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 3 Rn.159; Peters; S.72f.; Münch-KommAktG/Pentz; § 23 Rn.101; Schick, GmbHR 1997, 984; Ahrens, DB 1998, 1071f.; Peetz, GmbHR 2003, 231; Kessler, ZIP 2003, 1793; Schumacher, DStR 2003, 1885; Jacobs, DZWIR 2004, 313; Ulrich, WM 2004, 916, 920.

⁵⁷⁶ OLG Brandenburg, NJW-RR 2000, 971.

⁵⁷⁷ GroßKommAktG/Röhricht; § 23 Rn.135; Schmidt, GR; § 4 III S.72f.; Oldemanns; S.195f.; Ulmer, BB 1983, 1126; ders., GmbHR 1984, 258; Ihrig, BB 1988, 1202; Keller, DZWIR 1998, 232; ders., DZWIR 2005, 137; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1658; Altmeyden, DB 2003, 2053; Priester, DB 1983, 2298; ders., ZHR 168 (2004), 260f.; Heidinger, ZGR 2005, 122ff.; Wicke, NZG 2005, 412.

gen aus Bar- und Sacheinlagen zusammensetzt, wobei sich die Versicherung allein auf das gesetzliche Mindestkapital zu beziehen hat⁵⁷⁸.

Für die letzteren Ansichten lässt sich anführen, dass diese gut in das Konzept der wirtschaftlichen Neugründung passen, müssen sich die Gesellschafter so behandeln lassen, als hätten diese eine neue Gesellschaft gegründet und nicht eine vorhandene verwendet⁵⁷⁹. Ferner erscheint es übertrieben, dass eine Gesellschaft, welche bisher teure, aufwendige Produkte mit einem hohen Kostenaufwand hergestellt hat und nunmehr auf eine günstigere Produktpalette umgestiegen ist, trotzdem die gleiche Kapitalausstattung aufweisen muss⁵⁸⁰, sofern keine Kapitalherabsetzung erfolgt sein sollte. In § 5 I GmbHG, § 7 AktG bringt zudem der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass dem Gläubigerschutz bereits bei einer Mindestkapitalausstattung i.H.v. 25.000,- € bzw. 50.000,- € Rechnung getragen wird⁵⁸¹. Im Recht der GmbH wird in Zukunft gar ein Stammkapital von 10.000,- für ausreichend erachtet (§ 5 I E-GmbHG). Dies führt zunächst zu der Annahme, dass die aus der Verwendung einer Mantelgesellschaft resultierende Gefahrenlage mit der Aufbringung des Mindestkapitals hinreichend kompensiert ist, übersieht aber letztlich, dass Mantelgesellschaften mit einer in Millionenhöhe liegenden Kapitalziffer ein erhebliches Täuschungspotenzial zukommt⁵⁸². Sieht eine Satzung ein höheres Stamm- bzw. Grundkapital vor, ist auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs zu schützen. Ein solcher Schutz kann aber nur durch den vom BGH beschrifteten Weg erreicht werden. Insofern ist es nur konsequent, sofern man die analoge Anwendbarkeit des Gründungsrechts auf Mantelgesellschaften bejaht, wie bei der rechtlichen Neugründung auch, die Aufbringung des satzungsmäßig festgelegten Stamm- bzw. Grundkapitals zu fordern und dementsprechend die Versicherung an diesem auszurichten. Schließlich muss sich der Verwender darüber im Klaren sein, dass er sich nicht irgendeiner, sondern einer bestimmten Gesellschaft bedient hat und er somit auch das in deren Satzung festgelegte Stamm- bzw. Grundkapital aufzubringen hat⁵⁸³. Sollte dies jemandem zu riskant erscheinen, steht es ihm offen, den Weg einer rechtlichen Neugründung mit einem Stamm- bzw. Grundkapital i.H.v. 25.000,- € (10.000,- €)

⁵⁷⁸ *Priester*, DB 1983, 2296.

⁵⁷⁹ *Schmidt*, NJW 2004, 1349.

⁵⁸⁰ In der Literatur wird dazu auch hier wieder das Beispiel der Hubschrauberfabrik, welche nunmehr Hosenköpfe herstellen soll, angeführt (*Altmeyen*, DB 2003, 2053).

⁵⁸¹ *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1658.

⁵⁸² *Gummert*, WiB 1997, 646.

Dagegen weist *Oldemanns*; S.202 darauf hin, dass in konsequenter Anwendung der Kapitalerhaltungsinstrumente Gewinne aus der Gesellschaft an die Gesellschafter nur dann ausgeschüttet werden können, wenn das Stammkapital in voller Höhe vorhanden ist. Erfolgen entgegen dem Regelungsgehalt des § 30 GmbHG dennoch Zahlungen an die Gesellschafter, sind diese gemäß § 31 I GmbHG zurückzuerstatten. Daraus wird gefolgert, dass die Erwerber einer Mantelgesellschaft nur ein beschränktes Interesse daran haben, die Anteile einer Gesellschaft mit einem erhöhten statutarischen Stammkapital zu erwerben.

⁵⁸³ BGH, NJW 2003, 3200.

bzw. 50.000,- € (§ 5 I GmbHG (§ 5 I E-GmbHG), § 7 AktG) zu gehen. Letztlich trägt die strenge Ansicht des BGH auch dazu bei, zumindest einen Teil des Rechtsverkehrs von Erwerb und Verwendung einer Mantelgesellschaft abzuhalten.

cc) Sonstige Unterschiede zur registergerichtlichen Kontrolle bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft

Der Ablauf der registergerichtlichen Präventivkontrolle bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft entspricht überwiegend der bei der Vorratsgesellschaft⁵⁸⁴.

(1) Registergerichtliche Kontrolle auch ohne Satzungsänderungen?

Während beim Ingangsetzen einer Vorratsgesellschaft nahezu zwingend Satzungsänderungen vorzunehmen sind, man denke nur an den Unternehmensgegenstand, ist dies bei einem „alten Mantel“ nicht immer der Fall. So kann ein solcher etwa auch durch die Altgesellschafter unter Beibehaltung seines bisherigen Geschäftszweiges wieder belebt werden. Möglicherweise unterbleibt dann die registergerichtliche Prüfung mangels Eintragungsbedürfnis⁵⁸⁵. Zum Teil wird darauf hingewiesen, dass der Sinn der registergerichtlichen Präventivkontrolle allein darin liege, unberechtigte Eintragungen im Handelsregister zu verhindern und sie daher nur dann der Durchführung bedürfe, wenn auch eine Eintragung begehrt werde⁵⁸⁶. Eine solche Ausnahme würde aber nicht in das Konzept des BGH passen, liegt der dahinter stehende Kerngedanke doch darin, den Rechtsverkehr vor weitestgehend vermögenslosen Gesellschaften zu schützen. Dieser ist aber nicht deshalb weniger schutzwürdig, weil die wirtschaftliche Neugründung ausnahmsweise einmal nicht mit Satzungsänderungen einhergegangen ist. Vielmehr hat die Offenlegungspflicht hier erst recht zu gelten⁵⁸⁷.

(2) Wiederauffüllung des Stamm- bzw. Grundkapitals

Bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft stellt sich die Frage, ob die Wiederauffüllung des Stamm- bzw. Grundkapitals durch Bar- oder Sachmittel zu erfolgen hat⁵⁸⁸. Der BGH hat sich dazu nicht weiter geäußert. Es bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten. So könnte einerseits darauf abgestellt werden, in welcher Form die Einlagen bei der rechtlichen Neugründung

⁵⁸⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Kontrolle der Kapitalausstattung bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft generell entbehrlich.

⁵⁸⁵ Letztlich verneinend *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 194.

⁵⁸⁶ *Nolting*, ZIP 2003, 653; *Schütz*, NZG 2004, 748.

⁵⁸⁷ *Ulrich*, GmbHR 2005, 901.

⁵⁸⁸ *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352.

und ihr gegebenenfalls nachfolgenden Kapitalerhöhungen erbracht worden sind⁵⁸⁹. Dies hätte zur Folge, dass bei einer im Wege der Bargründung errichteten Gesellschaft die Wiederauffüllung des Gesellschaftsvermögens nur durch Barmittel, bei einer im Wege der Sachgründung errichteten Gesellschaft nur durch Sachmittel erfolgen dürfte⁵⁹⁰. Andererseits wäre es möglich, den Gesellschaftern die Wahl zu lassen, wie sie nicht mehr vorhandenes Gesellschaftsvermögen auffüllen⁵⁹¹. Die letztere Ansicht erscheint vorzugswürdig, macht es unter Gläubigerschutzgesichtspunkten letztlich keinen Unterschied, wie die statutarische Kapitalausstattung herbeigeführt wird. Ferner könnte es in den Fällen, in denen die rechtliche Neugründung unter Erbringung von Sacheinlagen erfolgt ist, Probleme bereiten, die im Rahmen der ursprünglichen Gründung versprochenen Einlagen nochmals zu leisten oder erstmals andere Sachmittel einzubringen⁵⁹².

Entscheiden sich die Beteiligten für die Leistung von Sacheinlagen, sollten aufgrund des unterschiedlichen Prüfungszwecks, namentlich Überprüfung der Kapitalerhaltung bei der Vorratsgesellschaft, Sicherstellung der Kapitalaufbringung bei der Verwendung eines „alten Mantels“, in jedem Fall sämtliche Vorschriften über die Sachgründung, also auch §§ 5 IV, 8 I Nr.4 und 5 GmbHG sowie §§ 27, 32, 33 II Nr.4, 34, 36a II, 37 IV Nr.2 und 4, 38 II AktG, entsprechende Anwendung finden⁵⁹³. Ist nunmehr der Rahmen der anwendbaren Normen abgesteckt, führt dies unweigerlich zu der nächsten Frage, nämlich in welchem Zeitpunkt die Einlageansprüche überhaupt entstehen. Um zu einem fundierten Ergebnis zu gelangen, bietet es sich an, sich an der rechtlichen Neugründung zu orientieren. Damit die Versicherung nach § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG dort korrekt abgegeben werden kann, genügt es nicht, dass die Sacheinlagen sowie die nach § 7 II GmbHG, § 36a I AktG zu leistenden Mindesteinlagen erst nach der Anmeldung beim Handelsregister erbracht werden. Vielmehr ist die Vorgesellschaft bereits im Vorfeld mit diesen auszustatten⁵⁹⁴. Letztere entsteht mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages (§§ 2f. GmbHG) bzw. der Übernahme der Aktien durch die Gründer (§§ 28f. AktG). Bei der wirtschaftlichen Neugründung kommt dem die Beschlussfassung über die mit der Verwendung der Mantelgesellschaft einhergehenden Satzungsänderungen am nächsten⁵⁹⁵. Hingegen setzt die Fälligkeit der noch ausstehenden Resteinlagen, sofern diese nicht explizit

⁵⁸⁹ Ablehnend *Lindemeier*, RNotZ 2003, 511; *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352.

⁵⁹⁰ Ablehnend *Lindemeier*, RNotZ 2003, 511; *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352.

⁵⁹¹ So *Lindemeier*, RNotZ 2003, 511; *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352; *Priester*, ZHR 168 (2004), 262.

⁵⁹² *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352f..

⁵⁹³ MünchKommAktG/*Pentz*; § 23 Rn.102; *Schick*, GmbHR 1997, 985; *von Bredow/Schumacher*, DStR 2003, 1036f.; *Ulrich*, WM 2004, 921; a.A. *Priester*, DB 1983, 2296; *Heidinger*, ZGR 2005, 121.

⁵⁹⁴ MünchHdbGesR/*Heinrich* (Band 3); § 7 Rn.11; MünchHdbGesR/*Hoffmann-Becking* (Band 4); § 3 Rn.8.

⁵⁹⁵ MünchKommAktG/*Pentz*; § 23 Rn.100; a.A. *Lehder*; S.141 (Zeitpunkt der Offenlegung).

Sollte die wirtschaftliche Neugründung einmal nicht mit einer Satzungsänderung einhergehen, ist sich mit einer pro forma Satzungsänderung zu behelfen. Darauf wird im Folgenden noch ausführlich einzugehen sein.

im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, grundsätzlich einen Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr.2 GmbHG) sowie die Anforderung, also die Mitteilung des Beschlusses durch den Geschäftsführer, voraus⁵⁹⁶. In welchem Zeitpunkt die Gesellschafter den Einforderungsbeschluss fassen, liegt allein in deren unternehmerischen Ermessen⁵⁹⁷. Der daraus zweifelsohne resultierenden Gefahr einer Hinauszögerung der Geltendmachung ausstehender Einlagen ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die Fälligkeit im Falle des Bestehens einer Unterbilanz bereits kraft Gesetzes, also ohne dass es eines gesonderten Gesellschafterbeschlusses bedürfte, eintritt⁵⁹⁸. Im Aktienrecht erfolgt die Geltendmachung der Resteinzahlungen dagegen durch den Vorstand (§ 63 AktG analog), in der Insolvenz durch den Insolvenzverwalter⁵⁹⁹.

Sofern noch Restvermögen vorhanden ist, ist dieses auf die Einlagepflicht anzurechnen, umgekehrt erhöht sich die Einlageverbindlichkeit im Falle einer bestehenden Überschuldung um den auf ihren Ausgleich entfallenden Betrag⁶⁰⁰. In diesem Zusammenhang ist das Urteil des OLG Jena⁶⁰¹ aus dem Jahre 2004 zu nennen. Dieses setzte sich unter anderem mit der Frage auseinander, was bei der Prüfung der Werthaltigkeit des verbliebenen Vermögens im Einzelnen zu beachten ist. Es stellte fest, dass Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter und gegen Dritte, die dem Gesellschafter zuzurechnen sind, unberücksichtigt bleiben müssen⁶⁰², was zutreffend damit begründet wurde, dass solche zum einen nicht einlagefähig sind⁶⁰³ und sich zum anderen für direkte Zugriffe der Gläubiger nicht eignen⁶⁰⁴. Hingegen können die Gründungskosten an die Gesellschafter erstattet werden, sofern dies die Satzung gestattet und die Grenzen der Angemessenheit nicht überschritten werden⁶⁰⁵. Jedoch sollen aus den genannten Gründen nicht sowohl die Kosten der rechtlichen als auch der wirtschaftlichen Neugründung in Abzug gebracht werden können⁶⁰⁶.

⁵⁹⁶ Scholz/*U.H.Schneider*; § 19 Rn.10; GroßKommGmbHG/*Ulmer*; § 19 Rn.9.

Der betroffene Gesellschafter unterliegt keinem Stimmverbot (§ 47 IV S.2 1.Alt. GmbHG gilt nicht). War dieser bei der Beschlussfassung anwesend, ist die Anforderung entbehrlich, stellt sie dann nur eine bloße Förmel dar (*Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 19 Rn.8).

⁵⁹⁷ *Hachenburg/Ulmer*; § 19 Rn.52.

⁵⁹⁸ Scholz/*U.H.Schneider*; § 19 Rn.13.

⁵⁹⁹ MünchKommAktG/*Bayer*; § 63 Rn.5; *Hüffer*; § 63 Rn.5.

⁶⁰⁰ *Peters*; S.73f.; *Ihrig*, BB 1988, 1202f.; a.A. *Oldemanns*; S.196f..

⁶⁰¹ OLG Jena, NZG 2004, 1115f..

⁶⁰² OLG Jena, NZG 2004, 1115.

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt gewährte die Gemeinschuldnerin ein Darlehen an eine GmbH & Co. KG, dessen alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ebenso der Beklagte war. Aus diesem Grunde kam der Forderung der Gemeinschuldnerin gegen die KG bei der Aufstellung des Vermögensstatus keine Bedeutung zu.

⁶⁰³ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 5 Rn.14.

⁶⁰⁴ OLG Jena, NZG 2004, 1115; a.A. *Wälzholz*, NZG 2005, 204.

⁶⁰⁵ OLG Jena, NZG 2004, 1116.

Dies setzt aber voraus, dass die Gesellschaft überhaupt noch über Vermögen verfügt.

⁶⁰⁶ OLG Jena, NZG 2004, 1116.

(3) Verdeckte Sacheinlagen

Nach dem Erwerb der Mantelgesellschaft dürfte es das oberste Ziel der Gesellschafter sein, diese durch Ausstattung der Gesellschaft mit einem Unternehmen zu verwenden. Zu diesem Zweck scheint sich der Verkauf eines Geschäftsbetriebs bzw. einzelner Vermögensgegenstände an die Gesellschaft anzubieten⁶⁰⁷. Aufgrund der bestehenden Parallelen zur rechtlichen Neugründung gilt es allerdings zu beachten, dass die Grundsätze über die verdeckte Sachgründung im vollen Umfang Anwendung finden. So bezweckt der BGH, die Kapitalaufbringung im Verwendungszeitpunkt sicherzustellen. Dies setzt aber voraus, dass Umgehungsmöglichkeiten tunlichst ausgeschlossen werden. Diesem Ziel wird durch die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage Rechnung getragen.

Das bereits angesprochene Urteil des OLG Jena⁶⁰⁸ macht deutlich, dass es selbst bei Mantelgesellschaften noch vorkommt, dass die Gesellschafter wegen des Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage bei deren rechtlichen Neugründung in Anspruch genommen werden. Dabei wurde besonders herausgestellt, dass ein Fall des „Hin- und Herzählens“ auch dann vorliege, wenn der als Einlage eingezahlte Betrag kurze Zeit später als Darlehen an eine weitere Gesellschaft ausgezahlt wird, deren alleiniger Gesellschafter personenidentisch mit dem Gründungsgesellschafter ist⁶⁰⁹. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH⁶¹⁰ wurde zugleich darauf hingewiesen, dass gegebenenfalls eine nachträgliche Verrechnung der Bareinlageforderung der Gesellschaft mit einer gegen diese gerichtete vollwertige Neuforderung in Betracht komme. Vollwertigkeit liege aber nur dann vor, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnung in der Lage ist, alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger unter Einschluss der Gegenforderung zu erfüllen⁶¹¹. Einer Übertragung dieser Ausführungen auf die wirtschaftliche Neugründung einer Mantelgesellschaft steht nichts im Wege⁶¹².

(4) Verjährung der Einlageansprüche

Bislang ist noch weitgehend ungeklärt, wann die Verjährungsfrist für nicht aufgebrachtes Stamm- bzw. Grundkapital bei der wirtschaftlichen Neugründung zu laufen beginnt und welchen Zeitraum diese umfasst. Nach der Rechtsprechung des OLG Schleswig⁶¹³ sowie des OLG Jena⁶¹⁴ erfolgt auch die Wiederauffüllung allein über das Rechtsinstitut der Unterbi-

⁶⁰⁷ Schick, GmbHR 1997, 983.

⁶⁰⁸ OLG Jena, NZG 2004, 1114ff..

⁶⁰⁹ OLG Jena, NZG 2004, 1116.

⁶¹⁰ BGH, GmbHR 2003, 231.

⁶¹¹ OLG Jena, NZG 2004, 1116.

⁶¹² Im Übrigen kann auf das zur verdeckten Sacheinlage bei der Vorratsgründung Gesagte verwiesen werden.

⁶¹³ OLG Schleswig, NZG 2007, 76f..

⁶¹⁴ OLG Jena, ZIP 2007, 126 für den Fall einer Vorratsgesellschaft.

lanzhaftung mit der Folge, dass sich auch die Verjährung an § 9 II GmbHG orientieren soll. Einer solchen Konstruktion ist aber entgegenzuhalten, dass sie keinen Gleichlauf zur rechtlichen Neugründung herzustellen vermag. Sinnvoll erscheint es daher vielmehr § 19 VI S.1 GmbHG⁶¹⁵ sowie § 54 IV S.1 AktG entsprechend anzuwenden. Danach verjährt der Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen seit seiner Einfügung durch das Gesetz zur Anpassung der Verjährungsvorschriften vom 9.12.2004⁶¹⁶ in zehn Jahren ab seiner Entstehung⁶¹⁷. Dementsprechend ist für den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Satzungsänderungen bzw. auf den der Anforderung der verbleibenden Resteinlagen durch den Geschäftsführer bzw. Vorstand (§ 63 AktG analog) abzustellen.

b) Verbesserungs- bzw. Alternativvorschläge zur Konstruktion des BGH

Sämtliche Diskussionen über die Behandlung der wirtschaftlichen Neugründung einer Mantelgesellschaft beruhen auf der Befürchtung, dass dem Gläubigerschutz aufgrund der weitgehenden Vermögenslosigkeit solcher Gesellschaften nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Der BGH versucht, dieses Problem zu lösen, indem er die Verwendung eines „alten Mantels“ der rechtlichen Neugründung gleichsetzt. Auch wenn bisher alles auf die Schlüssigkeit seiner Konstruktion hindeutet, ist diese, wie zu zeigen sein wird, an einigen Stellen verbesserungswürdig. Dabei soll zugleich die Gelegenheit genutzt werden, alternative Konzepte, wie etwa das sog. „Modell der Mantelverhinderung“⁶¹⁸, vorzustellen.

aa) Verbesserungsvorschläge unter Beibehaltung des Grundkonzepts

Im Zentrum der neuen Rechtsprechung steht bekanntlich die Offenlegungspflicht einer jeden wirtschaftlichen Neugründung. Durch diese sollte das Problem der beschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Registergerichts ein für alle mal gelöst werden. Geht man einmal von der Redlichkeit der Verwender aus, stellen sich wohl auch keine größeren Probleme. Anhand der den Beteiligten zur Hand gegebenen Kriterien kann davon ausgegangen werden, dass die Abgrenzung zur Umorganisation von den Verwendern unter Hinzuziehung rechtlichen Beistands vorgenommen werden kann, wobei sie zudem niemand daran hindert, sich an das Registerge-

⁶¹⁵ Im MoMiG ist die Aufhebung des § 19 IV GmbHG vorgesehen. Infolgedessen entspricht § 19 V E-GmbHG dem § 19 VI GmbHG jetziger Fassung (Art.1 Nr.10 lit.b RefE MoMiG).

⁶¹⁶ BGBl. 2004 I, 3214.

Gemäß Art.229 § 12 II S.2 EGBGB gilt die zehnjährige Verjährungsfrist auch für Altansprüche, wobei der Zeitraum der vor dem 15.12.2004 abgelaufen ist, in diese eingerechnet wird. Zu den dem entgegengebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken *Benecke/Geldsetzer*, NZG 2006, 7ff..

⁶¹⁷ Mangels einer bis dato bestehenden Sonderregelung galt vorher die in diesem Zusammenhang als unbefriedigend angesehene allgemeine Verjährungsfrist des § 195 BGB (*Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 19 Rn.13). Zum Lauf der neuen Verjährungsfrist bei Einlageforderungen OLG Düsseldorf, GmbHR 2006, 654ff..

⁶¹⁸ *Schmidt*, GR; § 4 III S.69.

richt zu wenden. Da sich der BGH aber bisher noch nicht zu dem Bestehen einer Haftung der Gesellschafter für den Fall, dass die Offenlegung unterlassen worden ist, geäußert hat, fehlt es für diese derzeit an einem Ansporn, die wirtschaftliche Neugründung nunmehr auch wirklich kenntlich zu machen. Vielmehr ist das genaue Gegenteil der Fall. So zieht erst die Offenlegung eine etwaige Haftung der Gesellschafter nach sich, mit der Folge, dass diese einer Art Selbstanzeige gleichkommt⁶¹⁹. Aus diesem Grunde sollte die Frage nach dem Bestehen einer Verlustdeckungshaftung schnellstmöglich durch die Rechtsprechung beantwortet werden.

Solange dies nicht der Fall ist, muss man den Registerrichter, sofern eine branchenwechselnde Änderung des Unternehmensgegenstands mit einer Firmenänderung unter Austausch der Gesellschafter zusammenfällt, als ermächtigt ansehen, die erforderlichen Recherchen vorzunehmen, um gegebenenfalls von den Beteiligten die Abgabe der Versicherung zu verlangen⁶²⁰. Ein solches Recht hat sich allerdings auch auf weniger eindeutige Fälle zu beziehen, da die Verwendung einer Mantelgesellschaft einerseits auch durch die Altgesellschafter vorgenommen werden kann und andererseits die Erwerber ansonsten erstere auffordern könnten, für sie die notwendigen Änderungen anzumelden⁶²¹.

Diese Vorschläge bedeuten zwar einen erheblichen Arbeitsaufwand, erhöhen aber zugleich die Wahrscheinlichkeit, mit der Konstruktion des BGH die gewünschten Ergebnisse zu erzielen. Zum Teil wird zusätzlich empfohlen, den Begriff der „wirtschaftlichen Neugründung“ zu einer eintragungsfähigen Tatsache zu erheben, damit Dritte den rechtlichen Vorgang besser zur Kenntnis nehmen können⁶²². Um dies zu erreichen, soll dann ein auf die europarechtlichen Grundlagen abgestimmtes Modell eingeführt werden, wonach der betroffene Rechtsträger zur Anmeldung der Neugründung durch Zwangsmaßnahmen bewegt werden und im Falle des Ausbleibens einem Löschungsverfahren unterworfen werden kann⁶²³. Geht die wirtschaftliche Neugründung einmal nicht mit Satzungsänderungen einher, könnte man sich alternativ mit dem Erfordernis einer „pro forma Satzungsänderung“ behelfen⁶²⁴. Letztere könnte etwa lauten: „Der Gegenstand des Unternehmens ist (auch) nach wirtschaftlicher Neugründung weiterhin ... *Wortlaut des bisherigen Unternehmensgegenstandes*“. Für diese Vorschläge sprechen Gründe der Registerpublizität, wäre die wirtschaftliche Neugründung dann auch für den Rechtsverkehr ein ohne weiteres erkennbarer Vorgang. Ferner ließe es sich zusätzlich zu der Verlustdeckungshaftung in Erwägung ziehen, das Unterlassen der Offenlegung bzw. die Ab-

⁶¹⁹ Schmidt, NJW 2004, 1348.

⁶²⁰ AG Duisburg, GmbHR 1997, 257; AG Duisburg, GmbHR 1998, 88; Priester, DB 1983, 2298.

⁶²¹ Priester, DB 1983, 2298.

⁶²² Lehder; S.146f.; Krafska, ZGR 2003, 590; Peetz, GmbHR 2003, 231; ders., GmbHR 2004, 1435f..

⁶²³ Krafska, ZGR 2003, 590.

⁶²⁴ von Bredow/Schumacher, DStR 2003, 1036; Schumacher, DStR 2003, 1885.

gabe einer falschen Versicherung unter Strafe zu stellen, was aber derzeit aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots (Art. 103 II GG) nicht möglich ist. Vielmehr ist dafür das Handeln des Gesetzgebers erforderlich.

bb) Umkehr der Beweislast

Viel versprechend erscheint aber auch der Weg über eine Umkehr der Beweislast. Eine solche ist bereits früh in der Literatur⁶²⁵ angeregt, aber nie weiter vertieft worden. Dabei soll aber bereits jetzt drauf hingewiesen werden, dass mit der Umsetzung dieses noch weitreichenderen Vorschlags durch die Rechtsprechung nicht zu rechnen ist, da bereits der Konstruktion des BGH verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht werden⁶²⁶. So sind die folgenden Ausführungen zumindest auch als Fingerzeig an den Gesetzgeber zu verstehen.

Liegen die für eine wirtschaftliche Neugründung sprechenden Merkmale, wie die Änderung des Unternehmensgegenstandes, Neufassung der Firma, Sitzverlegung, Bestellung eines neuen Geschäftsführers etc. dem Registergericht vor, könnte zunächst vom Bestehen einer solchen ausgegangen werden, mit der Folge, dass die Gesellschaftsorgane innerhalb einer gewissen Zeit den Nachweis zu erbringen hätten, dass lediglich eine Umorganisation vorliegt. Die Einräumung einer Frist von einem Monat erscheint dafür ausreichend. Dabei steht es den Beteiligten frei, rechtlichen Rat einzuholen. Zur Erbringung des Gegenbeweises könnte darüber nachgedacht werden, auf die vom BGH⁶²⁷ zur Abgrenzung vorgegebenen Merkmale zurückzugreifen. Gegenüber den Registergerichten hätten die Geschäftsführer etc. dabei den großen Vorteil, vollständige Kenntnis vom Sachverhalt zu haben. Bedenkt man aber, dass eine wirtschaftliche Neugründung nach der hier vertretenen Auffassung in jedem Fall dann ausscheidet, wenn lediglich ein vorhandenes Unternehmen umgestaltet wird, sollte bereits die Einreichung des letzten Jahresabschlusses, welcher von gesetzestreuen Gesellschaften beim Handelsregister einzureichen ist (§ 325 HGB), ausreichen⁶²⁸. Insofern bedarf es nur hilfsweise eines Rückgriffs auf die vom BGH entwickelte Definition. Gelingt der Gegenbeweis nicht, so greifen das Gründungsrecht und gegebenenfalls die vom BGH für anwendbar erklärten Haftungsinstitute ein. Die Beteiligten haben das Gesellschaftsvermögen aufzufüllen und die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG abzugeben. Erst im Anschluss daran werden die beantragten Eintragungen vorgenommen.

⁶²⁵ *Priester*, DB 1983, 2298.

⁶²⁶ *Altmeppen*, DB 2003, 2051ff.; *Kallmeyer*, DB 2003, 2583; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051.

⁶²⁷ BGH, NJW 2003, 3200.

⁶²⁸ *Priester*, ZHR 168 (2004), 262f..

Für die Herbeiführung dieser Rechtsfolgen ist es allerdings erforderlich, dass die für eine wirtschaftliche Neugründung sprechenden Indizien kumulativ vorhanden sind. Denn es ist mehr als fernliegend, bereits bei der Bestellung eines neuen Geschäftsführers, eine wirtschaftliche Neugründung anzunehmen. Insofern erscheint es sachgerecht, erst beim Vorliegen von mindestens drei der genannten Merkmale von einer solchen auszugehen. Unter Umgehungs Gesichtspunkten sind aber auch zeitlich auseinander liegende Eintragungsanträge in einem gewissen Umfang als Einheit zusammenzufassen, da anderenfalls das hier vorgestellte Konzept durch die „Streuung“ von einzelnen, in zeitlicher Nähe abgegebenen Anträgen ausgehebelt werden könnte. Insofern ist solch ein Fall dem kumulativen Vorliegen der für eine wirtschaftliche Neugründung sprechenden Merkmale gleichzusetzen. Dies wirft aber die Frage nach dem Umfang der in die Beurteilung einfließenden Zeitspanne auf. Um den verfolgten Zweck nicht zu konterkarieren, ist es sinnvoll, diese nicht allzu eng zu fassen. So erscheint die Einbeziehung eines Zeitraums von einem Jahr sachgerecht.

Zuweilen wird über eine unterschiedliche Gewichtung der für eine wirtschaftliche Neugründung sprechenden Indizien nachgedacht⁶²⁹. So soll eine Firmenänderung oder Sitzverlegung als nicht so gewichtig anzusehen sein, als dass ihr alternatives oder kumulatives Vorliegen für die Annahme einer solchen ausreicht⁶³⁰. Dem ist zuzustimmen. Daher wird hier auch erst das kumulative Vorliegen von mindestens drei Merkmalen für die Annahme einer wirtschaftlichen Neugründung für ausreichend erachtet, wobei die Änderung des Unternehmensgegenstandes als zentrales, nicht aber allein ausschlaggebendes Indiz angesehen werden kann. So ist es durchaus denkbar, dass sich die Beteiligten einen „alten Mantel“ suchen, dessen ehemaliger Unternehmensgegenstand auch auf das nunmehr betriebene Unternehmen passt⁶³¹. Geht die wirtschaftliche Neugründung einmal nicht mit Änderungen des Gesellschaftsvertrages einher, ist allerdings auch hier vom Bestehen einer Offenlegungspflicht auszugehen. Bei diesen Fällen dürfte es sich aber eher um Ausnahmen handeln.

Im Folgenden ist zunächst zu überprüfen, ob und wie sich die für die rechtliche Neugründung geltenden Haftungsmodelle auf die eine Umkehr der Beweislast beinhaltende Konstruktion übertragen lassen, bevor abschließend dazu Stellung genommen werden kann, mit welchem Weg der in Rede stehenden Problematik besser Rechnung getragen werden kann.

⁶²⁹ *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 51 für den Fall der Verwendung einer Vorratsgesellschaft.

⁶³⁰ *Heidinger*, ZNotP 2003, 86.

⁶³¹ AG Duisburg, GmbHR 1997, 257 für den Fall eines Reisebüros.

cc) Das Modell der Mantelverhinderung

Unter dem Oberbegriff „Modell der Mantelverhinderung“⁶³² lässt sich eine Vielzahl von möglichen Wegen, wie man das Entstehen bzw. Fortbestehen von Mantelgesellschaften verhindern kann, zusammenfassen. Diese sollen nunmehr dargestellt werden, wobei schon jetzt darauf hinzuweisen ist, dass sie de lege lata nicht durchführbar sind.

(1) Auflösung bei Zweckerledigung

Es ließe sich darüber nachdenken, eine Pflicht zur Auflösung der Gesellschaft nach Erledigung ihres ursprünglichen Zwecks und Einstellung ihrer Tätigkeit anzunehmen⁶³³. Hinzu kommt die Möglichkeit einer Auflösung von Amts wegen, sofern das Gericht Kenntnis von dem Bestehen einer Mantelgesellschaft erlangt⁶³⁴. Dem kann zumindest dann, wenn man den Beteiligten die Chance einräumt, der Auflösung durch alsbaldige Verwendung der Gesellschaft zu entgehen⁶³⁵, nicht entgegengehalten werden, dass Kapitalgesellschaften zu „Einweggesellschaften“ verkommen würden⁶³⁶. Abgesehen davon, dass ein solches Vorgehen das Handeln des Gesetzgebers voraussetzen würde, da die Aufgabe der gemeinsamen Zweckverfolgung de lege lata keinen Auflösungsgrund i.S.v. § 60 GmbHG, § 262 AktG darstellt, wäre mit diesem Modell aber dennoch niemandem geholfen. Einerseits hinge die Auflösungspflicht von einem Kriterium ab, das nicht weniger vage ist als der Begriff der wirtschaftlichen Neugründung. So müsste nämlich zunächst einmal geklärt werden, in welchem Ausmaß die Aktivität wie lange eingestellt sein muss, um von einer Zweckerledigung ausgehen zu können⁶³⁷. Andererseits würde sich weiterhin die Frage stellen, wie dem Gläubigerschutz Rechnung getragen werden soll, wenn man den Beteiligten die Gelegenheit gibt, der Auflösung durch die Verwendung der Gesellschaft zuvorzukommen. Verweigert man ihnen hingegen diese Möglichkeit, greift indessen der Vorwurf der „Einweggesellschaft“.

(2) Erlöschen bei Zweckerledigung

Alternativ könnte auch ein Erlöschen der Gesellschaft im technischen Sinne⁶³⁸ bei Einstellung ihrer in der Satzung beschriebenen Geschäftstätigkeit angenommen werden. Dazu müsste al-

⁶³² Schmidt, GR; § 4 III S.69.

⁶³³ Herchen, DB 2003, 2215.

⁶³⁴ Schmidt, GR; § 4 III S.69.

⁶³⁵ Schmidt, GR; § 4 III S.69.

⁶³⁶ So aber Herchen, DB 2003, 2215.

⁶³⁷ Bärwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1006.

⁶³⁸ Das Erlöschen der Kapitalgesellschaft ist nicht mit deren Auflösung oder Auflösbarkeit zu verwechseln. Heerma; S.33; Bärwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1006.

lerdings eine Norm entsprechenden Inhalts existieren, was derzeit nicht der Fall ist⁶³⁹. Aber selbst wenn es eine solche gäbe, würde sie die bestehende Problematik nicht entschärfen, da dann weiterhin zu klären wäre, wann von Zweckerledigung gesprochen werden kann. Selbst wenn man einmal davon ausgeht, dass sich früher oder später eine gefestigte Rechtsprechung zu diesem Begriff entwickeln wird, würde hier das Argument der Verkümmern von Kapitalgesellschaften zu „Einweggesellschaften“ in jedem Fall greifen. Dies offenbart zugleich, dass dieser Weg nicht nur wegen des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage nicht beschritten werden kann.

(3) Erlöschen bei Vermögenslosigkeit

Alternativ ist auch ein Erlöschen bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft denkbar. Dies ist jedoch nach geltendem Recht nicht möglich. So geht § 141a I S.1 FGG davon aus, dass eine Gesellschaft, die kein Vermögen besitzt, von Amts wegen oder auf Antrag gelöscht werden kann. Dies zeigt zunächst, dass die Vermögenslosigkeit allein keinen Einfluss auf das Bestehen der Gesellschaft hat. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur dann, wenn es einen Rechtssatz gäbe, der an die Vermögenslosigkeit als solche das Erlöschen der Gesellschaft knüpft. In diesem Falle wäre die Löschung aus dem Handelsregister nur von deklaratorischer Bedeutung⁶⁴⁰. Der Wortlaut des § 141a FGG zeigt aber, dass die vermögenslose Gesellschaft gelöscht werden „kann“, es mithin im Ermessen der Registergerichte liegt. Dies wäre aber bei sofortigem Erlöschen bei Vermögenslosigkeit nicht erklärlich⁶⁴¹. Daraus folgt, dass eine Kapitalgesellschaft erst dann erlischt, wenn sie aus dem Handelsregister gelöscht wird.

Insofern erfordert auch dieser Weg das Tätigwerden des Gesetzgebers, wobei fraglich ist, ob dem Rechtsverkehr überhaupt damit geholfen wäre. So verfügt nur ein Teil der Mantelgesellschaften über gar kein Vermögen, mit der Folge, dass ein Teil der regelungsbedürftigen Fälle gar nicht erfasst wäre. Des Weiteren ist es schwierig festzustellen, ob der Tatbestand der Vermögenslosigkeit überhaupt erfüllt ist, kann sich doch der Vermögensstatus einer Gesellschaft von Tag zu Tag ändern⁶⁴².

Die Ausführungen zeigen, dass das „Modell der Mantelverhinderung“ in all seinen Facetten keinen Erfolg verspricht. Vielmehr sollte versucht werden, der wirtschaftlichen Neugründung einer Mantelgesellschaft auf verfahrens- bzw. haftungsrechtlicher Ebene Rechnung zu tragen.

⁶³⁹ OLG Karlsruhe, DB 1978, 1220; *Ihrig*, BB 1988, 1200; *Barwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1006; *Kallmeyer*, DB 2003, 2583.

⁶⁴⁰ *Barwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1006 bezüglich § 2 LösSchG.

⁶⁴¹ *Barwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1006 bezüglich § 2 LösSchG.

⁶⁴² *Lehder*; S.26.

c) Stellungnahme

Nachdem bereits festgestellt wurde, dass allein die Konstruktion des BGH und gegebenenfalls der hier vorgestellte Alternativweg unter Zugrundelegung der Umkehr der Beweislast geeignet ist, der Verwendung einer Mantelgesellschaft gerecht zu werden, soll hier nunmehr überprüft werden, ob für deren Umsetzung überhaupt die allgemeinen und besonderen Analogievoraussetzungen vorliegen. Ferner sollen Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des Gründungsrechts genereller Natur thematisiert werden.

aa) Analogievoraussetzungen

Auch hier ist die Prüfung der Analogievoraussetzungen zweiteilig zu gestalten, wobei mit den besonderen Analogievoraussetzungen, der Erörterung der Frage, ob auch den verfahrensrechtlichen Besonderheiten Rechnung getragen werden kann, begonnen werden soll.

(1) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Als zentraler Gesichtspunkt der Gründungsprüfung ist zunächst das Anknüpfen an eine zwingende, konstitutive Registereintragung (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG) zu sehen⁶⁴³. Dieser können aber die mit der Verwendung einer Mantelgesellschaft typischerweise einhergehenden eintragungspflichtigen Satzungsänderungen gleichgesetzt werden. So ist für die Wirksamkeit des Gros der Änderungen deren Eintragung im Handelsregister erforderlich (§ 54 III GmbHG, § 181 III AktG). Insofern entspricht die Situation der bei der Vorratsgesellschaft.

Ein Problem stellt auf den ersten Blick vielmehr das Erfordernis eines Tatbestands, welcher für das Registergericht ohne weiteres erkennbar ist⁶⁴⁴, dar. Denn hier besteht wieder die Schwierigkeit, die wirtschaftliche Neugründung von der Umorganisation zu unterscheiden. Diese ist dabei weniger darin zu sehen, dass im Einzelfall unter Umständen Abgrenzungsprobleme auftreten können, sondern vielmehr in der Befürchtung, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass jeder Beteiligte die Verwendung einer Mantelgesellschaft, gerade in Kenntnis der weiterhin bestehenden begrenzten Erkenntnismöglichkeiten der Registergerichte, bereitwillig offenlegen wird. Derzeit hat die Konstruktion des BGH nämlich zur Folge, dass der redliche Verwender gegebenenfalls schlechter steht als der Unredliche. Geht man aber vom Bestehen einer Verlustdeckungs- bzw. Handelndenhaftung für den Fall des Unterlassens der Offenlegung aus, wird der nötige Druck auf die Gesellschafter und Geschäftsführer ausgeübt, so dass die wirtschaftliche Neugründung auch nach der Konstruktion des BGH einen für das Registergericht ohne weiteres erkennbaren Tatbestand darstellt. Lässt man sich

⁶⁴³ *Krafka*, ZGR 2003, 581.

⁶⁴⁴ *Krafka*, ZGR 2003, 581.

von praktischen Erwägungen und Befürchtungen nicht blenden, stellt die wirtschaftliche Neugründung aufgrund der Offenlegungspflicht auch ohne die Anwendung der genannten Haftungsinstrumente einen für das Registergericht erkennbaren Tatbestand dar.

Selbiges gilt unter Zugrundelegung der Beweislastumkehr, wonach das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung ab der Vornahme einer gewissen Anzahl von Satzungsänderungen fingiert wird. Dahingehenden Befürchtungen, dass die Beteiligten dann die Anmeldung von Satzungsänderungen unterlassen werden, kann gegebenenfalls auf haftungs- und strafrechtlicher Ebene Rechnung getragen werden, worauf aber gesondert eingegangen wird.

(2) Planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage

Nachdem feststeht, dass die besonderen Analogievoraussetzungen erfüllt sind, gilt es nunmehr zu klären, ob auch eine planwidrige Regelungslücke bei gleicher Interessenlage gegeben ist. Unter Zugrundelegung der bei der Vorratsgesellschaft gewonnenen Ergebnisse erscheint allein letztere Anforderung fraglich. Eine mit der rechtlichen Neugründung vergleichbare Interessenlage wird man nur dann annehmen können, wenn dem Gläubigerschutz bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft ansonsten nur in unzureichendem Maße Rechnung getragen wird und die Situation mit der bei der rechtlichen Neugründung vergleichbar ist. Legt man der Prüfung den Regelfall zugrunde, wird man dies bejahen müssen. So wird das Stamm- bzw. Grundkapital eines „alten Mantels“ in den meisten Fällen nicht mehr vorhanden sein. Aus diesem Grunde helfen etwa auch die Vorschriften über die Kapitalerhaltung (§§ 30f. GmbHG, § 57 AktG) nicht weiter.

Ferner ist das Stadium der Vorgesellschaft, der Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Handelsregistereintragung, mit der Phase zwischen Einstellung des ursprünglichen Unternehmens und Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit unter Vornahme gesellschaftsvertraglicher Änderungen vergleichbar. Beide Stadien haben zunächst gemein, dass sie die Vorstufe zur angestrebten Gesellschaft darstellen⁶⁴⁵. Dabei entspricht die Eintragung der Satzungsänderungen (§ 54 III GmbHG, § 181 III AktG) der Eintragung der Gesellschaft (§ 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG). Auch die Situation der Gläubiger ist identisch. Im Falle der Vorgesellschaft ist die Prüfung der Kapitalausstattung noch gar nicht, im Falle der Mantelgesellschaft zu einem Zeitpunkt, der keine Mutmaßungen über die jetzige finanzielle Lage zulässt, erfolgt. Eine gewisse Absicherung der Gläubiger soll im letzteren Fall gerade erst durch die in Rede stehenden Vorschriften gewährleistet werden. Insofern ist auch die erforderliche Tatbestandsvergleichbarkeit gegeben. Der Unterschied zur rechtlichen Neugründung ist ledig-

⁶⁴⁵ Lübbert, BB 1998, 2223.

lich darin zu sehen, dass sich die Beteiligten eines bereits vorhandenen Rechtsträgers bedienen. Würde man auf eine erneute registergerichtliche Kontrolle verzichten, würde die Haftungsbeschränkung unter Umgehung der ansonsten anwendbaren Gründungsvorschriften erreicht⁶⁴⁶. Im Gegensatz zur Situation bei der Vorratsgesellschaft liegen hier also die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der gründungsrechtlichen Vorschriften vor.

bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung des Gründungsrechts

Bei der Würdigung der einzelnen gegen die Anwendung des Gründungsrechts vorgebrachten Bedenken sollte im Hinterkopf behalten werden, dass die unbeschränkte persönliche Haftung die Regel, die Haftungsbeschränkung dagegen konzeptionell die Ausnahme darstellt⁶⁴⁷. Zwar stellt die Rechtsform der GmbH bzw. AG eine solche Ausnahme von diesem Grundsatz dar, jedoch sollte diese nur dann gelten, wenn auch dem gesetzlichen System zur Sicherung von Aufbringung und Erhaltung der Kapitalausstattung Rechnung getragen wurde. Ist dies wie im Falle der Mantelgesellschaft regelmäßig nicht der Fall, hat wieder die Regel zu gelten.

Zum Teil wird gegen das Versicherungserfordernis angeführt, dass auch damit nicht sichergestellt sei, dass das Kapital für das „in concreto betriebene Unternehmen und seine betriebswirtschaftliche Ausrichtung ausreichend ist“⁶⁴⁸. Dies mag zwar zutreffen, jedoch ist die Bestätigung der Kapitalausstattung in welcher Höhe auch immer, allemal besser als einer völligen Ungewissheit über die Bonität der Gesellschaft ausgesetzt zu sein. Ferner hilft eine erneute Kontrolle der Kapitalausstattung dabei, das Irreführungsrisiko zu senken. So macht die Benutzung einer bestehenden Registrierung glauben, dass das neue Unternehmen mit einer nach Gründungsverhältnissen ausgestatteten GmbH bzw. AG ins Leben trete, während diese in Wirklichkeit eine Vorgeschichte hat⁶⁴⁹.

Aber auch die vorgebrachten dogmatischen Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. So wird etwa darauf hingewiesen, dass eine Einlageverpflichtung stets nur kraft Vertrages, nicht aber kraft Gesetzes entstehen könne, würden die gesetzlichen Kapitalaufbringungs Vorschriften lediglich der Präzisierung der vertraglichen Kapitalaufbringungsvereinbarung dienen⁶⁵⁰. Dabei wird aber übersehen, dass diese Verpflichtungen vor allem im Interesse der Öffentlichkeit bestehen und anders als rein vertragliche Pflichten nicht zur Disposition der Gesellschaf-

⁶⁴⁶ Heerma, GmbHR 1999, 642f..

⁶⁴⁷ Ihrig, BB 1988, 1200.

⁶⁴⁸ Altmeppen, DB 2003, 2053.

⁶⁴⁹ Bohrer, DNotZ 2003, 901.

⁶⁵⁰ Heerma, S.111ff..

ter stehen⁶⁵¹. Insofern erscheint es sachgerechter, die vertragliche Abrede als Ausfüllung der gesetzlichen Pflicht zur Aufbringung des Haftungsfonds zu verstehen⁶⁵².

Ein viel schlagkräftigeres Argument gegen die Anwendung des Gründungsrechts ist vermeintlich in dem hinter der „wirtschaftlichen Neugründung“ liegenden Rechtsgedanken zu sehen. Dieser vermittele nicht das Gefühl, dass es auf die Gründung einer Gesellschaft als Rechtsträger, sondern vielmehr auf die „Unternehmensgründung“ ankomme⁶⁵³. Letzterer Begriff sei dem Gesetz jedoch fremd. Das Kapitalgesellschaftsrecht befasse sich ausschließlich mit Szenarien, welche den Rechtsträger als solchen und gerade nicht das Unternehmen betreffen⁶⁵⁴. Ferner verstoße ein solcher Rechtsgedanke gegen § 11 I GmbHG, § 41 I S.1 AktG, welche besagen, dass der Gründungsvorgang mit der Eintragung im Handelsregister beendet ist und gerade nicht zwischen Entstehung und Verwendung differenziert⁶⁵⁵. Dagegen lässt sich aber anführen, dass das Gesetz nur den Normalfall im Blick hat und die erneute Verwendung einer brachliegenden Gesellschaft zunächst überhaupt nicht bedacht wurde. In der Auffüllung dieser Lücke ist ja gerade der Sinn der in Rede stehenden Analogie zu sehen. Beachtet man dies, vermag auch der Vorwurf, dass die Gesellschafter ohne gesetzliche Grundlage in ihrer Gestaltungsfreiheit beschnitten werden, wenn es ihnen nur unter Einhaltung der Gründungsvorschriften gestattet wird, den Unternehmensgegenstand etc. zu ändern, nicht zu überzeugen⁶⁵⁶. Zudem ist dem Gläubigerschutz Vorrang vor der im Gesellschafterinteresse liegenden Freiheit, nach Belieben Satzungsänderungen vorzunehmen, einzuräumen⁶⁵⁷. Ansonsten wäre es möglich, eine Haftungsbeschränkung zu erreichen, obwohl der von der Rechtsordnung als Gegenleistung geforderte Haftungsfonds nicht erbracht worden ist⁶⁵⁸.

Abzulehnen ist ferner die Anregung, nur bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft das Gründungsrecht anzuwenden⁶⁵⁹. Als Begründung dient der Hinweis, dass die Abgabe der Versicherung (§ 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG analog) in diesem Fall Routine sei, sofern nicht gegen Gründungsgrundsätze verstoßen wurde⁶⁶⁰. Wie gezeigt, können aber sämtliche Gefährdungen der Gläubiger bereits über die unmittelbar anwendbaren Vorschriften abgedeckt werden. Wird hingegen bei dem Fall der Verwendung einer Mantelgesellschaft, bei dem eine erneute registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung an sich geboten ist, auf eine solche

⁶⁵¹ *Banerjea*, GmbHR 1998, 815.

⁶⁵² *Banerjea*, GmbHR 1998, 815.

⁶⁵³ *Goette*, DStR 2003, 300; *Schmidt*, NJW 2004, 1350; a.A. GroßKommAktG/Röhrich; § 23 Rn.134.

⁶⁵⁴ *Schmidt*, NJW 2004, 1350f..

⁶⁵⁵ *Schaub*, NJW 2003, 2127 bezüglich der Vorratsgesellschaft.

⁶⁵⁶ *Hachenburg/Ulmer*; § 60 Rn.84.

⁶⁵⁷ *Priester*, DB 1983, 2294.

⁶⁵⁸ *Priester*, DB 1983, 2293.

⁶⁵⁹ So aber *Altmeyden*, NZG 2003, 146f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1054; *Krafka*, ZGR 2003, 585f..

⁶⁶⁰ *Altmeyden*, NZG 2003, 146.

verzichtet, lässt dies einen zu der absurden These kommen, dass diese nur in den Fällen, in denen sie eigentlich entbehrlich wäre, durchgeführt werden soll. Ist die Kontrolle aber unnötig oder reine Routine, lässt sich vielmehr daraus folgern, dass bereits die einschlägigen Analogievoraussetzungen nicht vorliegen. Letztlich vermag auch der Vorschlag, anstelle des Gründungsrechts allein das Haftungsmodell der materiellen Unterkapitalisierung auf die Mantelgesellschaft anzuwenden, nicht zu überzeugen. Zum einen schließt die Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle eine solche Haftung nicht aus, zum anderen tut sich die Rechtsprechung bisher immer noch schwer, sich mit dieser Haftung anzufreunden, so dass den Gläubigern eine zusätzliche Absicherung gewährt werden sollte.

2. Die Haftung gemäß § 9a I GmbHG bzw. §§ 46 I S.1, 48 S.1 AktG analog

Sofern die Versicherung bei der wirtschaftlichen Neugründung unter falschen Angaben erfolgt ist, ließe sich über eine Haftung gemäß § 9a I GmbHG bzw. §§ 46 I S.1, 48 S.1 AktG analog nachdenken. Zwar wurde eine solche in den bisher ergangenen BGH-Beschlüssen⁶⁶¹ nicht angesprochen, jedoch ist es unter der Prämisse, dass man von der Anwendbarkeit des Gründungsrechts ausgeht, nur konsequent, auch diese Normen heranzuziehen⁶⁶². So ist das Registergericht bei der Prüfung der Errichtung und Anmeldung auf die Richtigkeit der abgegebenen Angaben angewiesen. Dem versucht der Gesetzgeber zum einen auf strafrechtlicher (§ 82 I Nr.1 GmbHG, § 399 I Nr.1 AktG), zum anderen auf zivilrechtlicher Ebene durch die in Rede stehenden Vorschriften Rechnung zu tragen. Da aber strafrechtliche Sanktionen aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben im registergerichtlichen Prüfungsverfahren der wirtschaftlichen Neugründung wegen Art. 103 II GG ausscheiden, kommt der Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten eine gehobene Bedeutung zu.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Der § 9a I GmbHG erfasst ebenso wie die §§ 46 I S.1, 48 S.1 AktG eine Vielzahl von Fällen⁶⁶³. Deren umfassende Darstellung würde aber den Rahmen der vorliegenden Bearbeitung

⁶⁶¹ BGH, NJW 1992, 1824; BGH, NJW 2003, 892; BGH, NJW 2003, 3198.

⁶⁶² AG Duisburg, GmbHR 1997, 257; OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 974; OLG Düsseldorf, ZIP 2003, 1502; OLG Jena, NZG 2004, 1115; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 3 Rn.17; MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.104; GroßKommAktG/Röhricht; § 23 Rn.137; Oldemanns; S.205f.; Ulmer, BB 1983, 1126; Priester, DB 1983, 2296; Ihrig, BB 1988, 1203; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1658; Krafska, ZGR 2003, 588; Thaeter, DB 2003, 2113; Schaub, NJW 2003, 2127; Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 352; Haas/Müller, GmbHR 2004, 1179.

⁶⁶³ So gilt § 9a für alle Angaben, die im Zusammenhang mit der Gründung dem Registergericht genannt oder sonst offen gelegt werden. Allein erforderlich ist, dass diese von Bedeutung für die Eintragung der GmbH sein können. Gänzlich irrelevant ist, ob die Angaben gesetzlich vorgeschrieben sind oder die Bedeutung der Angaben für die Eintragung bekannt ist (Michalski/Heyder; § 9a Rn.4f.). Dagegen enthält zwar § 46 I S.1

sprengen. Daher soll das Hauptaugenmerk auf falsche Angaben im Zusammenhang mit der Versicherung nach § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG gerichtet werden. Eine Angabe ist als falsch zu bewerten, wenn sie objektiv unrichtig oder unvollständig ist⁶⁶⁴. Unrichtig ist sie bei unzutreffender Tatsachendarstellung, unvollständig, wenn gründungsrelevante Informationen fehlen⁶⁶⁵. Ein für die in Rede stehende Problematik relevantes Beispiel bildet etwa der Fall, dass Bareinlagen nicht in der angegebenen Höhe geleistet wurden oder nicht zur freien Verfügung des Geschäftsführers bzw. Vorstands stehen⁶⁶⁶. Dagegen ist die Versicherung nicht bereits deshalb als falsch zu bewerten, weil das Gesellschaftsvermögen um den Gründungsaufwand vermindert ist. Um die Haftung zu vermeiden, haben die Beteiligten eine sorgfältige Untersuchung der rechtlichen und finanziellen Verhältnisse für den Zeitraum von der Gründung der Gesellschaft bis zur wirtschaftlichen Neugründung zu veranlassen, wobei in vielen Fällen wohl nur eine geprüfte Zwischenbilanz den Betroffenen hinreichende Gewähr dafür bietet, dass das Gesellschaftsvermögen noch gedeckt ist und die Versicherung richtig abgegeben werden kann⁶⁶⁷. Eine solche ist allerdings mit zusätzlichen Kosten verbunden, was die Attraktivität von Mantelgesellschaften weiter verringern dürfte. Letztlich stellt sich noch die Frage nach dem für die Bewertung der Richtig- oder Unrichtigkeit der Angabe maßgeblichen Zeitpunkt. Dies ist umstritten. Die wohl herrschende Auffassung stellt auf den der Mitteilung ab⁶⁶⁸, während die Gegenansicht den Zeitpunkt der Eintragung für maßgeblich erachtet⁶⁶⁹. Bedenkt man, dass die Beteiligten keinen Einfluss auf die Dauer des Eintragungsvorgangs haben, erscheint die Abstellung auf ersteren Zeitpunkt vorzugswürdig. Des Weiteren wurde bereits darauf hingewiesen, dass zumindest bei der wirtschaftlichen Neugründung dem Moment der Versicherungsabgabe eine tragende Bedeutung zukommt. Insofern ist es nur konsequent, auch hinsichtlich der Beurteilung ihrer Richtigkeit auf diesen Zeitpunkt abzustellen.

b) Verschulden

Das Verschulden der Beteiligten wird gemäß § 9a III GmbHG, §§ 46 III, 48 S.2, 93 II S.1, 116 AktG analog vermutet. Dementsprechend entfällt die Haftung nur dann, wenn diese nach-

AktG eine abschließende Aufzählung der eine Haftung auslösenden Fälle (*Hüffer*; § 46 Rn.6), jedoch umfasst auch dieser ein weites Spektrum. Von ähnlicher Weite ist § 48 S.1 AktG.

⁶⁶⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.4; Michalski/Heyder; § 9a Rn.10.

⁶⁶⁵ BGH, BB 1958, 891; *Hüffer*; § 46 Rn.7.

⁶⁶⁶ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.3; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn.20f..

Gegebenenfalls kommt es dabei zu Überschneidungen mit § 46 I S.2 (MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.16).

⁶⁶⁷ *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 352.

⁶⁶⁸ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.5; Michalski/Heyder; § 9a Rn.13; Hachenburg/Ulmer; § 9a Rn.16; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn. 17; GroßKommAktG/Ehricke; § 46 Rn.40; MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn. 25; *Hüffer*; § 46 Rn.7.

⁶⁶⁹ OLG Rostock, GmbHR 1995, 659; Roth/Altmeppen/Roth; § 9a Rn.10; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff; § 9a Rn.12; KölnKommAktG/Kraft; § 46 Rn.22.

weisen, dass sie die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannten noch bei der Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mussten. Das Gesetz hebt die objektive Ausrichtung der Fahrlässigkeit hervor, so dass derjenige, der diesem Bild mangels Kenntnis oder Erfahrung nicht entspricht, nicht entschuldigt ist⁶⁷⁰.

c) Rechtsfolgen

Sind die versicherten Leistungen gänzlich ausgeblieben oder ist weniger als angegeben geleistet worden, so kann die Gesellschaft die Herstellung der Umstände verlangen, unter deren Vorspiegelung die Satzungsänderungen eingetragen wurden⁶⁷¹, wobei stets ein Sachzusammenhang zwischen der falschen Angabe und der herzuleitenden Rechtsfolge erforderlich ist⁶⁷². Darüber hinaus ist jeder weitergehende Schaden zu ersetzen⁶⁷³. Dies setzt allerdings Kausalität zwischen dem Fehlverhalten und dem Schaden voraus⁶⁷⁴. Im Recht der GmbH trifft die Haftung nach § 9a I GmbHG nicht nur die Anmeldenden, also die Geschäftsführer (§ 78 GmbHG), sondern auch die Gesellschafter⁶⁷⁵. Im Aktienrecht haften neben den Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats (§ 48 S.1 AktG) auch die Gründer (§ 46 I S.1, 3 AktG)⁶⁷⁶.

d) Verjährung

Die Verjährung richtet sich nach § 9b II GmbHG, § 51 AktG analog. Danach verjähren die Ansprüche in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt an sich mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister⁶⁷⁷. Da Mantelgesellschaften aber bereits eingetragen sind, ist hier ausnahmsweise auf den Handlungszeitpunkt, mithin den der Offenlegung, abzustellen⁶⁷⁸.

3. Die Haftung für sonstige Schädigungen der Gesellschaft

Der § 9a II GmbHG stellt ebenso wie § 46 II AktG einen Auffangtatbestand gegenüber § 9a I GmbHG, § 46 I AktG dar⁶⁷⁹. Diese sollen nur in den Fällen zur Anwendung kommen, in de-

⁶⁷⁰ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.6; Hachenburg/Ulmer; § 9a Rn.16; Scholz/Winter; § 9a Rn.27.

⁶⁷¹ Bei der rechtlichen Neugründung sind die Umstände gemeint, unter deren Vorspiegelung die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wurde (Roth/Altmeppen/Roth; § 9a Rn.8).

⁶⁷² Roth/Altmeppen/Roth; § 9a Rn.7ff..

⁶⁷³ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn.41; MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.31.

⁶⁷⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.8.

⁶⁷⁵ Zu den Einschränkungen GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn.33.

⁶⁷⁶ Hinsichtlich des bei der wirtschaftlichen Neugründung geltenden modifizierten Gründerbegriffs (§ 28 AktG) sei auf die Ausführungen bei der Vorratsgesellschaft verwiesen.

⁶⁷⁷ Scholz/Winter; § 9b Rn.16.

⁶⁷⁸ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9b Rn.25; a.A. MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.104.

⁶⁷⁹ Roth/Altmeppen/Roth; § 9a Rn.19; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.9.

nen im Hinblick auf Einlagen oder Gründungsaufwand keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben gemacht wurden⁶⁸⁰. Insofern verbleibt nur ein enger Anwendungsbereich.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach dem Wortlaut von § 9a II GmbHG, § 46 II AktG haften die Gesellschafter für den Fall, dass die Gesellschaft durch Einlagen oder Gründungsaufwand geschädigt wurde. Als Beispiel lassen sich etwa ordnungsgemäß angegebene und bewertete Gegenstände als Sacheinlage, die für die Gesellschaft unbrauchbar sind und hohe Folgekosten verursachen, anführen⁶⁸¹. Zu denken ist etwa auch an die Festlegung eines erhöhten Gründungsaufwands⁶⁸². Da die Haftung keine Angaben zum Zwecke der Gründung im Sinne von § 9a I GmbHG, 46 I AktG voraussetzt, kann die Schädigungshandlung auch der Eintragung der Gesellschaft zeitlich nachfolgen⁶⁸³. Nichts anderes kann für die Zeit nach Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gelten.

b) Verschulden

Hinsichtlich des Verschuldens besteht die Besonderheit, dass das Vorgehen mindestens eines Gesellschafters von grober Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz gekennzeichnet sein muss. Die Beweislast trifft dabei die Gesellschaft⁶⁸⁴. Für die übrigen Gesellschafter gilt § 9a III GmbHG, § 46 III AktG entsprechend⁶⁸⁵. In diesem Zusammenhang kann auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen werden.

c) Rechtsfolgen

Die Beteiligten haben die Gesellschaft so zu stellen, wie diese stünde, wenn sich erstere ordnungsgemäß verhalten hätten und es deshalb zur Schädigung der Gesellschaft nicht gekommen wäre⁶⁸⁶. Die übrigen Gesellschafter haften als Gesamtschuldner gemäß §§ 421ff. BGB, sofern ihnen keine Exkulpation gelingen sollte⁶⁸⁷.

d) Verjährung

Die Verjährung orientiert sich an § 9b II GmbHG, § 51 AktG analog. Sie beträgt fünf Jahre,

⁶⁸⁰ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn.47; a.A. MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.42; Hüffer; § 46 Rn.11.

⁶⁸¹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.9; Michalski/Heyder; § 9a Rn.29.

⁶⁸² MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.42.

⁶⁸³ Roth/Altmeppen/Roth; § 9a Rn.19; Michalski/Heyder; § 9a Rn.29.

⁶⁸⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 9a Rn.10; Scholz/Winter; § 9a Rn.37; Hüffer; § 46 Rn.12.

⁶⁸⁵ Michalski/Heyder; § 9a Rn.29; Hüffer; § 46 Rn.12.

⁶⁸⁶ GroßKommGmbHG/Ulmer; § 9a Rn.51; MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.45.

⁶⁸⁷ Michalski/Heyder; § 9a Rn.32; MünchKommAktG/Pentz; § 46 Rn.44.

beginnend mit der Vornahme der schädigenden Handlung.

4. Die Differenzhaftung (§ 9 GmbHG analog)

Entsprechen die eingebrachten Sachmittel nicht dem Betrag der dafür übernommenen Einlage, haften die Gesellschafter auch für die sich daraus ergebende Differenz⁶⁸⁸. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Besonderheit des GmbH-Rechts, sondern ist dort lediglich in § 9 GmbHG gesetzlich verankert. Vielmehr ergibt sich diese Pflicht aus dem allgemeinen Recht der Kapitalaufbringung⁶⁸⁹, wonach derjenige, der Sacheinlagen schuldet, nicht bloß zur Leistung des satzungsmäßig bestimmten Gegenstandes, sondern auch zur Einbringung des gleichfalls satzungsmäßig festgelegten Vermögenswerts verpflichtet ist⁶⁹⁰. Daher trifft die Differenzhaftung auch den Aktionär, wenn auch ohne gesetzliche Grundlage⁶⁹¹.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Es gilt den Nominalwert der zu deckenden Einlage und den Wert des auf diese erbrachten Gegenstandes zu vergleichen⁶⁹². Der Grund für den Minderwert ist unerheblich, er kann in einer Fehlbewertung, rechtlichen Irrtümern, Marktentwicklungen etc. liegen⁶⁹³. Die Beweislast trifft die Gesellschaft, wobei insbesondere in der Insolvenz eine Beweislastumkehr zu Lasten des Einlegers in Betracht kommt⁶⁹⁴. Maßgebender Zeitpunkt für den Vergleich ist gemäß § 9 GmbHG der der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister. Dem entspricht bei der wirtschaftlichen Neugründung der Zeitpunkt der Offenlegung⁶⁹⁵. Schuldner des Anspruchs ist entweder der betreffende Gesellschafter oder dessen Nachfolger als Inhaber des Geschäftsanteils⁶⁹⁶. Dies spielt gerade bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft eine wichtige Rolle, da einer solchen in der Regel ein Gesellschafterwechsel vorausgeht. Entsprach eine von den Altgesellschaftern erbrachte Sacheinlage nicht dem Nominalwert der zu deckenden Einlage, trifft die Haftung auch den Nachfolger.

b) Verjährung

Entsprechend § 9 II GmbHG verjährt der Anspruch in zehn Jahren seit der Eintragung der Ge-

⁶⁸⁸ OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 611; *Priester*, DB 1983, 2296; *Ihrig*, BB 1988, 1203; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1658; *Schick*, GmbHR 1997, 986; *Jacobs*, DZWIR 2004, 314; *Wicke*, NZG 2005, 413.

⁶⁸⁹ BGHZ 68, 195f.; BGHZ 118, 101.

⁶⁹⁰ *Schmidt*, GR; § 20 III S.585.

⁶⁹¹ BGHZ 64, 52; *MünchKommAktG/Pentz*; § 27 Rn.44; *GroßKommAktG/Röhricht*; § 27 Rn.104.

⁶⁹² *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 9 Rn.4.

⁶⁹³ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 9 Rn.5.

⁶⁹⁴ *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 9 Rn.14; *Scholz/Winter*; § 9 Rn.15; *MünchKommAktG/Pentz*; § 27 Rn.44.

⁶⁹⁵ *Jacobs*, DZWIR 2004, 314.

⁶⁹⁶ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 9 Rn.6.

sellschaft im Handelsregister. Dies gilt entsprechend für die AG⁶⁹⁷. Für die wirtschaftliche Neugründung ist wiederum der Zeitpunkt ihrer Offenlegung entscheidend. Auch für Altansprüche gilt ebenso die zehnjährige Verjährungsfrist, wobei der Zeitraum, der vor dem 15.12.2004 abgelaufen ist, in diese eingerechnet wird⁶⁹⁸.

5. Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung

Wie bereits bei der Vorratsgesellschaft wird auch im Falle der Verwendung einer Mantelgesellschaft die Anwendbarkeit der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung diskutiert. Während diese vom BGH⁶⁹⁹ bejaht wird, stößt ein solches Vorgehen beim Großteil der Literatur auf Ablehnung⁷⁰⁰. Auch hier sollen im Wesentlichen nur sich stellende Besonderheiten und Probleme thematisiert werden, da ansonsten auf die Ausführungen bei der Vorratsgesellschaft verwiesen werden kann.

a) Die Konzeption der Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft

In konzeptioneller Hinsicht bestehen keine Unterschiede zur Konstruktion bei der Vorratsgesellschaft. Der für die Unterbilanzhaftung maßgebliche Zeitpunkt ist mithin der der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung⁷⁰¹. Sind die Geschäfte bereits vorher aufgenommen worden, zieht dies eine Verlustdeckungspflicht der Gesellschafter auf Ausgleich jeder Unterbilanz nach sich⁷⁰². Dabei zeigt sich wieder die grundsätzliche Verzahnung zwischen verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Ebene.

⁶⁹⁷ BGH, NJW 1992, 2227; MünchKommAktG/Pentz; § 27 Rn.44; GroßKommAktG/Röhricht; § 27 Rn.102.

⁶⁹⁸ Vgl. Art. 229 § 12 II S.2 EGBGB.

⁶⁹⁹ BGH, NJW 2003, 3198.

⁷⁰⁰ Schmidt, GR; § 4 III S.73f.; Peters; S.121ff.; Heerma; S.136ff.; Lehder; S.103ff.; Oldemanns; S.213ff.; Priester, DB 1983, 2296; ders., ZHR 168 (2004), 263f.; Keller, DZWIR 1998, 232; ders., DZWIR 2005, 138; Bärrwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1012; Werner, NZG 2001, 399f.; Kraška, ZGR 2003, 588f.; Schaub, NJW 2003, 2129; Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1133; Thaeter, DB 2003, 2114; Herchen, DB 2003, 2216; Wilhelm, DZWIR 2004, 185f.; Schmidt, NJW 2004, 1348f.; Wicke, NZG 2005, 411; a.A. Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich; § 3 Rn.13; Michalski/Michalski; § 3 Rn.25; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 3 Rn.17; Hachenburg/Ulmer; § 3 Rn.40; GroßKommGmbHG/Ulmer; § 3 Rn.167ff.; GroßKommAktG/Röhricht; § 23 Rn.139; MünchKommAktG/Pentz; § 23 Rn.106; Raiser/Veil; § 26 Rn.35f.; Ulmer, BB 1983, 1126; Ihrig, BB 1988, 1203; Ahrens, DB 1998, 1072; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1659; Kesseler, ZIP 2003, 1791f.; Peetz, GmbHR 2003, 1129; ders., GmbHR 2004, 1433f.; Jacobs, DZWIR 2004, 314f.; Schütz, NZG 2004, 749f..

⁷⁰¹ BGH, NJW 2003, 3198 (3. Leitsatz), 3200.

⁷⁰² Thaeter/Meyer, DB 2003, 540; Schmidt, NJW 2004, 1347; a.A. Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 195.

b) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung der Konstruktion des BGH

Während bei der Vorratsgesellschaft noch offen gelassen wurde, ob es der Gewährung eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises bedarf, soll nunmehr eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung erfolgen. Den nachfolgenden Ausführungen liegt die Überlegung zugrunde, dass die Registergerichte aufgrund der sich stellenden Abgrenzungsprobleme regelmäßig nicht auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung und damit auf das Versicherungserfordernis hinweisen können. Dies zieht aber gerade für juristische Laien eine nicht zu unterschätzende Gefahr nach sich. So haften diese selbst dann, wenn das Stamm- bzw. Grundkapital im Verwendungszeitpunkt vorhanden war und es allein aus Unkenntnis der Rechtsprechung des BGH versäumt wurde, die wirtschaftliche Neugründung durch die Abgabe der Versicherung offenzulegen⁷⁰³. Die Gewährung eines Entlastungsbeweises in solch einem Fall ließe sich zwar bereits mit der Begründung, dass es Sache der Beteiligten ist, zunächst juristischen Rat einzuholen, bevor sie sich eines von der juristischen Fachwelt so kritisch beäugten Rechtsinstruments wie der Mantelgesellschaft bedienen und sich deren Vorteile zu Nutze machen, ablehnen. Jedoch könnte man dem dadurch gerecht werden, indem man für eine erfolgreiche Exkulpation zusätzlich den Nachweis voraussetzt, dass kein Bedarf bestand, sich juristisch beraten zu lassen⁷⁰⁴. Dies wird meistens dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft über eine ausreichende Kapitaldecke verfügt hat. So erscheint es widersprüchlich, eine Haftung der Gesellschafter selbst dann anzunehmen, wenn im Verwendungszeitpunkt Rücklagen in Millionenhöhe vorhanden gewesen sind⁷⁰⁵. Ferner kann für die Einräumung eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises der Zweck der hier in Rede stehenden Haftung angeführt werden. So soll diese die satzungsmäßige Kapitalausstattung im Verwendungszeitpunkt gewährleisten. Lag diese aber nachweislich vor, ist es wenig sinnvoll, die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung nur deshalb anzuwenden, weil die Offenlegung unter Abgabe der Versicherung unterblieb⁷⁰⁶, ist für die Gläubiger doch vielmehr tatsächliche Kapitalausstattung im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung entscheidend. Insofern sprechen

⁷⁰³ *Altmeppen*, DB 2003, 2052; *Schmidt*, NJW 2004, 1350; *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 196.

⁷⁰⁴ *Altmeppen*, DB 2003, 2052.

Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel von *Goette*, DSr 2004, 465 herangezogen werden:

„Eine Schuhproduktions-GmbH hat die Fabrikation von wegen des BSE-bedingten Mangels an Rinderhäuten endgültig eingestellt und stillgelegt. Drei Jahre später, nachdem die Journalisten das Thema aus den Augen verloren haben und wieder Rohmaterial zur Verfügung steht, wird die Produktion wieder aufgenommen.“ Hier wird man es einem juristischen Laien nicht verübeln können, dass er vorab keinen Anwalt oder Notar konsultiert hat.

⁷⁰⁵ *Altmeppen*, DB 2003, 2051.

⁷⁰⁶ BGH, NJW 2003, 894; *Ulmer*, BB 1983, 1126; *Wicke*, NZG 2005, 411f.; a.A. *Peetz*, GmbH 2004, 1437.

die besseren Argumente dafür, den Beteiligten eine Exkulpationsmöglichkeit in der dargestellten Form zu gewähren.

Hinsichtlich der zeitlichen Grenzen kann auf die bei der Vorratsgesellschaft gemachten Äußerungen verwiesen werden. Danach beträgt die Verjährungsfrist entsprechend § 9 II GmbHG zehn Jahre, bei der Verlustdeckungshaftung mit der Geschäftsaufnahme, bei der Unterbilanzhaftung mit der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung durch Abgabe der Versicherung und Anmeldung der Satzungsänderungen beginnend.

c) Alternativvorschlag zur Konstruktion des BGH unter Zugrundelegung der Beweislastumkehr

Fraglich ist, ob und wie sich die Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung auf den eine Beweislastumkehr beinhaltenden Weg übertragen lässt.

Es bietet sich an, die Verlustdeckungshaftung mit dem fruchtlosen Ablauf der den Verwendern eingeräumten Frist, den Beweis zu erbringen, dass lediglich eine Umorganisation vorliegt, entstehen zu lassen. Insofern ließe sich sagen, dass eine solche Haftung unter der aufschiebenden Bedingung eines misslungenen Entlastungsbeweises steht. Ist nunmehr die Versicherung abgegeben worden, schlägt die Verlustdeckungs- in die Unterbilanzhaftung um. Problematisch ist allerdings, dass dieser Weg mit der Anmeldung der Satzungsänderungen steht und fällt. Diese kann aber de lege lata nicht mit Zwang durchgesetzt werden (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG). Insofern ist zu befürchten, dass die Beteiligten die Anmeldung nach der Umsetzung dieses Weges aufgrund der drohenden Haftungsgefahren erst recht unterlassen werden. Da aber angesichts der Tragweite einer solchen Konstruktion, insbesondere unter Berücksichtigung der Annahme einer Beweislastumkehr, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ohnehin das Tätigwerden des Gesetzgebers zu empfehlen ist, könnte auch dieser Missstand behoben werden. Dies zeigt aber zugleich einen Vorteil der Konstruktion des BGH auf, sofern die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung von vornherein durch die Verlustdeckungshaftung forciert wird.

d) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung des Alternativvorschlages

Gelingt es den Beteiligten, den Nachweis zu erbringen, dass lediglich eine Umorganisation vorliegt, haben die hier in Rede stehenden Haftungsmodelle keinen Bestand.

Die Verjährungsfrist beträgt § 9 II GmbHG entsprechend zehn Jahre, beginnend bei der Verlustdeckungshaftung mit der Geschäftsaufnahme, bei der Unterbilanzhaftung mit der Abgabe der Versicherung.

e) Stellungnahme

Wie bereits festgestellt, sind auch Rechtsfortbildungen analogiefähig. Insofern steht einer Anwendung der in Rede stehenden Haftungsmodelle auf die Verwendung einer Mantelgesellschaft bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen nichts im Wege.

aa) Analogievoraussetzungen

Unter Zugrundelegung der bei der Vorratsgesellschaft gewonnenen Ergebnisse bedarf allein das Vorliegen einer mit der rechtlichen Neugründung vergleichbaren Interessenlage besonderer Erörterung. Für eine solche kann zunächst der bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft ansonsten nur in unzureichendem Maße bestehende Gläubigerschutz angeführt werden. Ist das Gesellschaftsvermögen, wie hier vertreten, in Höhe der statutarischen Kapitalziffer aufzufüllen, muss es auch Wege geben, dies in der Praxis umzusetzen. Diesem Bedürfnis kann auch nicht allein durch die entsprechende Anwendbarkeit von § 9a GmbHG bzw. § 46 AktG Rechnung getragen werden, erfassen diese nur den Fall der verschuldeten falschen oder unvollständigen Anmeldeversicherung⁷⁰⁷. Einer Übertragung der in Rede stehenden Haftungsmodelle könnte aber wiederum ein Verstoß gegen § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG im Wege stehen. Jedoch kommt insoweit eine teleologische Reduktion dieser Normen in Betracht⁷⁰⁸. Eine solche kann entweder durch Sinn und Zweck der einzuschränkenden Regelung selbst oder durch den insoweit vorrangigen Zweck einer anderen Vorschrift geboten sein⁷⁰⁹. Die Haftungsfreistellung dieser Normen reicht nur so weit, wie ihr Zweck, die Förderung unternehmerischen Handelns, es gebietet⁷¹⁰. Ist ein Verhalten der Gesellschafter mit diesem nicht vereinbar, ist die Anwendung der Norm teleologisch einzuschränken, mit der Folge der persönlichen Haftung⁷¹¹. Da sich der Erwerb einer Gesellschaft ohne Vermögen, zum Zwecke der Vermeidung einer persönlichen Inanspruchnahme als rechtsmissbräuchlich darstellt, ist eine solche teleologische Reduktion hier geboten. Insofern stehen auch § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG dem in Rede stehenden Analogieschluss nicht im Wege⁷¹². Letztlich lässt sich das

⁷⁰⁷ *Jacobs*, DZWIR 2004, 315.

⁷⁰⁸ *Lübbert*, BB 1998, 2222f. für die Vorratsgesellschaft.

⁷⁰⁹ *Larenz*; S.392.

⁷¹⁰ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff*; § 13 Rn.6.

⁷¹¹ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff*; § 13 Rn.6.

⁷¹² *Lübbert*, BB 1998, 2223.

Stadium der Vorgesellschaft, dem bisherigen Anwendungsbereich der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung, auch mit der Phase zwischen Einstellung des ursprünglichen Unternehmens und Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit unter Vornahme gesellschaftsvertraglicher Änderungen vergleichen, da beide Stadien die Vorstufe zur angestrebten Gesellschaft darstellen. Damit liegen die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung dieser Haftungsmodelle bei der wirtschaftlichen Neugründung einer Mantelgesellschaft vor.

bb) Sonstige Bedenken

Eingangs lässt sich sagen, dass die bereits bei der Vorratsgesellschaft geäußerten dogmatischen Bedenken gegen die Übertragung dieser Haftungsmodelle hinter dem hier in besonderem Maße gebotenen Gläubigerschutz zurücktreten müssen. Zwar wird zum Teil behauptet, dass eine persönliche Haftung nicht weiterhelfe, wenn der neue Gesellschafter selbst sich in ungünstigen Vermögensverhältnissen befinde und er gerade deswegen eine Mantelgesellschaft erworben hat⁷¹³. Dies mag zwar zutreffen, jedoch ist davon auszugehen, dass dies nicht für jeden der zu bewertenden Fälle gilt und es sich dabei vielmehr um ein allgemein im Rechtsverkehr bestehendes Risiko handelt.

Gegen die derzeitige Konstruktion des BGH lässt sich hingegen anführen, dass derjenige, der die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht anzeigt, unter Umständen schlechter steht, als der, der dies unterlässt. So sind die Gesellschafter erst im Offenlegungszeitpunkt der Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme im Wege der Unterbilanzhaftung ausgesetzt. Diese Ungereimtheit kann aber, wie gezeigt, durch die Einführung der Verlustdeckungshaftung beseitigt werden. Auch der Hinweis, auf das Risiko einer Haftung allein aus Unkenntnis der Rechtsprechung ausgesetzt zu sein, vermag zumindest dann, wenn man den Gesellschaftern die Gelegenheit eines Entlastungsbeweises einräumt, nicht zu überzeugen. Dagegen kann dieser Fall unter Zugrundelegung des hier vorgestellten Alternativweges ohnehin nicht eintreten, werden die Beteiligten bei der Anmeldung der Satzungsänderungen auf das etwaige Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung hingewiesen.

6. Die Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung

Auch bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft lässt sich über eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung nachdenken⁷¹⁴. Hinsichtlich der Voraussetzungen kann auf die Ausführungen bei der Vorratsgesellschaft verwiesen werden. Diese kann überdies nicht be-

⁷¹³ BayObLG, GmbHR 1999, 609; *Heidenhain*, NZG 2003, 1053.

⁷¹⁴ *Lehder*; S.112ff.; *Ulmer*, BB 1983, 1126; *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1013f.; *Heerma*, GmbHR 1999, 646; *Altmeyen*, DB 2003, 2054; *Krafka*, ZGR 2003, 589.

reits unter Hinweis auf die hier, wenn auch unter anderen Voraussetzungen, bejahte Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung verneint werden, da weder durch letztere noch durch die registergerichtliche Präventivkontrolle sichergestellt ist, dass die Kapitalausstattung auch für das nunmehr betriebene Unternehmen ausreicht. Diese garantieren allein das Vorhandensein eines Haftungsfonds in Höhe der statutarischen Kapitalziffer. Da bei Mantelgesellschaften letztere in der Regel über der gesetzlichen liegen wird, kann auch nicht bereits wegen einer etwaigen Besserstellung der Gläubiger gegenüber denen einer Vorratsgesellschaft auf die Ablehnung der Haftung geschlossen werden. Auch wären diese ansonsten gegenüber dem Normalfall, der rechtlichen Neugründung, benachteiligt. Aus diesen Gründen sollte auch bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft das Haftungsmodell der materiellen Unterkapitalisierung Anwendung finden. Insofern geht die Literaturansicht⁷¹⁵, welche die in Rede stehende Haftung nur alternativ heranziehen möchte, fehl.

Eine etwaige Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs dürfte dagegen, wenn überhaupt, nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ein solches Verhalten kann der Verwendung einer Mantelgesellschaft aber unter Umständen vorausgegangen sein⁷¹⁶.

7. Handelndenhaftung

Wie bereits bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft wird auch bei der einer Mantelgesellschaft die Anwendbarkeit der Handelndenhaftung diskutiert. Während eine solche unter anderem vom BGH⁷¹⁷ für die Geschäftsführer bzw. Mitglieder des Vorstands bejaht wird, wird deren Bestehen vom Großteil der Literatur⁷¹⁸ abgelehnt, wobei auch hier nur auf die bestehenden spezifischen Besonderheiten und Probleme eingegangen werden soll, da ansonsten auf die Ausführungen bei der Vorratsgesellschaft verwiesen werden kann.

⁷¹⁵ *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1013f.; *Altmeyden*, DB 2003, 2054.

⁷¹⁶ *Lehder*; S.114.

⁷¹⁷ BGH, NJW 2003, 3198 (4. Leitsatz); LG Hamburg, NJW 1985, 2426f.; LG Hamburg, NJW-RR 1997, 671; KG, NZG 1998, 731; OLG Stuttgart, GmbHR, 1999, 610; a.A. OLG Karlsruhe, DB 1978, 1219; OLG Hamburg, BB 1987, 505; OLG Koblenz, DB 1989, 373.

⁷¹⁸ *GroßKommAktG/Röhrich*; § 23 Rn.140; *Schmidt*, GR; § 4 III S.74; *MünchHdbGesR/Gummert* (Band 3); § 16 Rn.130; *Peters*; S.113ff.; *Heerma*; S.142ff.; *Lehder*; S.99ff.; *Bommert*, GmbHR 1983, 211f.; *Priester*, DB 1983, 2296f.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 263f.; *Feddersen*, BB 1987, 1787; *Bärwaldt/Schabacker*, GmbHR 1998, 1012f.; *Keller*, DZWIR 1998, 232; *ders.*, DZWIR 2005, 137f.; *Ahrens*, DB 1998, 1073; *Werner*, NZG 1999, 147ff.; *ders.*, NZG 2001, 400f.; *Heerma*, GmbHR 1999, 642ff.; *Göz/Gehlich*, ZIP 1999, 1660ff.; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1133f.; *Krafka*, ZGR 2003, 588f.; *Schaub*, NJW 2003, 2128; *Altmeyden*, DB 2003, 2051f.; *Herchen*, DB 2003, 2216; *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 186; *Jacobs*, DZWIR 2004, 316f.; *Peetz*, GmbHR 2004, 1435; *Schmidt*, NJW 2004, 1349; *Wicke*, NZG 2005, 411; a.A. *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 11 Rn.22; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*; § 3 Rn.13; *Hachenburg/Ulmer*; § 3 Rn.40; *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 3 Rn.170; *Michalski/Michalski*; § 3 Rn.25; *Hüffer*; § 23 Rn.27a; *MünchKommAktG/Pentz*; § 23 Rn. 105; *Raiser/Veil*; § 26 Rn.35f.; *Oldemanns*; S.207ff.; *Ulmer*, BB 1983, 1124; *Ihrig*, BB 1988, 1203; *Nolting*, ZIP 2003, 653f.; *Kesseler*, ZIP 2003, 1792f.; *Schütz*, NZG 2004, 749f..

a) Die Konzeption der Handelndenhaftung bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft

Da die wirtschaftliche Neugründung einer Mantelgesellschaft nur schwerlich seitens des Registergerichts erkannt werden kann, kommt auch bei der Handelndenhaftung der Offenlegungspflicht eine wichtige Bedeutung zu. Die Haftung der Geschäftsführer etc. besteht nach der Konstruktion des BGH⁷¹⁹ in dem Zeitraum zwischen Geschäftsaufnahme und Offenlegung der Verwendung unter Abgabe der Versicherung, entfällt aber, wenn alle Gesellschafter bzw. diese nach hier vertretener Auffassung mit einfacher Mehrheit (§ 47 I GmbHG, § 133 AktG) dem vorzeitigen Tätigwerden zugestimmt haben. Geht die wirtschaftliche Neugründung einmal nicht mit Satzungsänderungen einher, wird zum Teil unter Hinweis auf die Ausgleichsfunktion vom Bestehen der Handelndenhaftung ohne zeitliche Begrenzung ausgegangen⁷²⁰. Dabei wird aber übersehen, dass deren Anwendung allein dann sinnvoll erscheint, wenn man auch die Durchführung einer registergerichtlichen Kontrolle der Kapitalausstattung im Verwendungszeitpunkt für geboten hält. Diese hat aber wie gezeigt auch dann stattzufinden, wenn überhaupt keine Satzungsänderungen vorzunehmen sind. So sind die Gläubiger in diesem Fall nicht weniger schutzwürdig. Hat der Geschäftsführer etc. aber durch die Abgabe der Versicherung eine solche eingeleitet, vermag die Berufung auf die Ausgleichsfunktion nicht zu überzeugen. Ferner würde der Fortbestand der Haftung ansonsten dazu führen, dass die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen de facto aufgehoben würde.

b) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung der Konstruktion des BGH

Fraglich ist, ob die Haftung auch dann Bestand haben kann, wenn das Gesellschaftsvermögen zum Verwendungszeitpunkt komplett vorhanden war und die Offenlegung nur mangels Rechtsprechungskennnissen unterblieb. Dabei ist zunächst auf den Zweck der Handelndenhaftung einzugehen. Dieser besteht darin, den für die GmbH bzw. AG Handelnden zur Vorsicht zu mahnen und zur beschleunigten Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung zu veranlassen, sowie den Gläubigern durch die Außenhaftung eine gewisse Absicherung zu gewähren⁷²¹. Wie bereits erwähnt, kommt es den Gläubigern in erster Linie auf die Bonität der Gesellschaft an. War die vom BGH geforderte Kapitalausstattung aber nachweislich vorhan-

⁷¹⁹ BGH, NJW 2003, 3198 (4. Leitsatz).

⁷²⁰ Nolting, ZIP 2003, 654.

⁷²¹ LG Hamburg, NJW-RR 1997, 672.

den, macht es wenig Sinn, die Handelndenhaftung nur deswegen anzunehmen, weil die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterblieben ist⁷²².

Die gegen den Handelnden gerichtete Forderung verjährt in der Zeit, in der auch die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung verjährt⁷²³.

c) Alternativvorschlag zur Konstruktion des BGH unter Zugrundelegung der Beweislastumkehr

Unter Zugrundelegung des Alternativweges umfasst die Handelndenhaftung den Zeitraum zwischen dem fruchtlosen Ablauf der den Verwendern zur Erbringung des Beweises des Vorliegens einer Umorganisation eingeräumten Frist und der Abgabe der Versicherung. Die Haftung endet mit der Abgabe der Versicherung und entsteht erst gar nicht, wenn die Gesellschafter mit einfacher Mehrheit (§ 47 I GmbHG, § 133 AktG) dem vorzeitigen Tätigwerden zugestimmt haben. Um verfassungsrechtliche Bedenken von vornherein auszuräumen, sollte auf lange Sicht der Gesetzgeber tätig werden.

d) Haftungsbefreiender Entlastungsbeweis und Verjährung unter Zugrundelegung des Alternativvorschlages

Gelingt es den Beteiligten den Beweis zu erbringen, dass lediglich eine Umorganisation vorliegt, besteht die Handelndenhaftung nicht.

Die gegen den Handelnden gerichtete Forderung verjährt wiederum in der Zeit, in der auch die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung verjährt.

e) Stellungnahme

Auch hier stellt sich die Frage, ob die Analogievoraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der Handelndenhaftung auf die Verwendung einer Mantelgesellschaft erfüllt sind.

aa) Analogievoraussetzungen

Besonderer Erörterung bedarf allein das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage zur rechtlichen Neugründung. Dabei kann zunächst auf den ansonsten nur unzureichenden Gläubigerschutz verwiesen werden. Die Übertragung der Handelndenhaftung setzt allerdings wiederum eine teleologische Reduktion von § 13 II GmbHG, § 1 I S.2 AktG voraus. Für eine solche lassen sich vor allem Aspekte des Gleichlaufs zur rechtlichen Neugründung anführen. So steht das Stadium der Vorgesellschaft der Phase zwischen Einstellung des ursprünglichen

⁷²² Altmeyden, DB 2003, 2051.

⁷²³ MünchKommAktG/Pentz; § 41 Rn.146.

Unternehmens und Aufnahme der neuen Geschäftstätigkeit unter Vornahme gesellschaftsvertraglicher Änderungen gleich. Aber auch unter funktionalen Gesichtspunkten vermag die Anwendung der Handelndenhaftung zu überzeugen. Da wäre zunächst die Druckfunktion. Durch sie soll der Geschäftsführer angehalten werden, die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung auch wirklich vorzunehmen. Daneben tritt die Ausgleichsfunktion. So stellt die persönliche Haftung des handelnden Organs eine Kompensation für die fehlende registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung dar. Zwar handelt es sich bei Mantelgesellschaften um bereits existente juristische Personen, allerdings lässt die bei der rechtlichen Neugründung stattgefundenene Prüfung keine Rückschlüsse auf die jetzige Vermögenslage zu.

bb) Sonstige Bedenken gegen die Anwendung der Handelndenhaftung

Schon bei der Vorratsgesellschaft klang bereits an, dass die Handelndenhaftung mittlerweile als obsolet und daher nur restriktiv angewandt werden soll. Dennoch besteht kein Grund, die Verwender einer Mantelgesellschaft gegenüber denjenigen, die eine rechtliche Neugründung vornehmen, zu privilegieren. Solange die Handelndenhaftung im letzteren Fall gilt, sollte diese auch auf wirtschaftliche Neugründung Anwendung finden. Bestehenden Bedenken wird bereits dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass die Haftung, sofern die Gesellschafter der vorzeitigen Geschäftsaufnahme mit einfacher Mehrheit zugestimmt haben, entfällt.

8. Die Haftung aus culpa in contrahendo

(§§ 280 I, 311 II, III, 241 II BGB)

Unter den bei der Vorratsgesellschaft genannten Voraussetzungen kommt eine Haftung aus culpa in contrahendo sowohl seitens der Gesellschaft als auch der Organmitglieder in Betracht. Erstere dürfte aber im Regelfall nicht weiterhelfen.

9. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung

Wird es vom Geschäftsführer etc. versäumt, rechtzeitig ein Insolvenzverfahren einzuleiten, können diese gegebenenfalls persönlich in Anspruch genommen werden (§ 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG bzw. § 92 II AktG). Zumindest dann, wenn man, in manchen Fällen wohl nicht ganz unberechtigt, den Verwendern eines „alten Mantels“ die Seriosität absprechen möchte, wird diese Haftung eine größere Rolle einnehmen⁷²⁴.

⁷²⁴ Im Übrigen kann auf die Ausführungen bei der Vorratsgesellschaft verwiesen werden.

10. Die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)

Werden über die Vermögenssituation der Gesellschaft falsche Angaben gemacht, kommt gegebenenfalls eine persönliche Haftung des Geschäftsführers gemäß § 826 BGB in Betracht. Die darüber hinaus bestehende Haftung der Gesellschaft über § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog dürfte in diesem Fall nicht weiterhelfen.

11. BGH-Konstruktion vs. Umkehr der Beweislast

Nachdem nunmehr feststeht, dass bei der Verwendung von Mantelgesellschaften die Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle unter Zuhilfenahme der in diesem Zusammenhang entwickelten Haftungsmodelle geboten ist, stellt sich weiterhin die Frage, welcher der vorgestellten Wege unter praktischen Gesichtspunkten eher Erfolge in der Gewährleistung eines effektiven Gläubigerschutzes erwarten lässt.

Zur Diskussion steht zum einen die auf eine Offenlegungspflicht zurückgreifende Konstruktion des BGH, zum anderen der hier vorgestellte, eine Umkehr der Beweislast beinhaltende Alternativweg. Für die Entscheidung maßgebend ist dabei vor allem die Frage, welche dieser Konstruktionen wohl eher dazu geeignet ist, vollzogene wirtschaftliche Neugründungen zu Tage zu fördern. Zweifel resultieren bei dem Weg des BGH bis dato vor allem aus der Tatsache, dass derjenige, der eine solche offen legt, gegebenenfalls schlechter als der steht, der diese verheimlicht. Dies lässt zunächst den Alternativweg vorzugswürdig erscheinen. Allerdings ist auch dieser bei genauerem Hinsehen mit Schwächen behaftet. So ist zu vermuten, dass sich die Beteiligten aufgrund des immensen Haftungsrisikos erst recht weigern werden, Satzungsänderungen beim Registergericht anzumelden, zumal diese de lege lata nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden können (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG).

Kann die Schwäche der BGH-Konstruktion noch durch die Annahme einer Verlustdeckungshaftung behoben werden, ist dies bei dem eine Umkehr der Beweislast beinhaltenden Alternativweg nicht ohne weiteres möglich. So wird dort das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung ab einer gewissen Anzahl zur Eintragung beantragter Satzungsänderungen nur fingiert. Insofern können die die wirtschaftliche Neugründung betreffenden Haftungsinstrumentarien einschließlich der Verlustdeckungshaftung erst Anwendung finden, wenn das Vorliegen einer solchen endgültig feststeht. Eine Möglichkeit, die Anmeldung der Satzungsänderungen auf haftungsrechtlicher Ebene zu forcieren, besteht hier nicht. Daher kann eine effektive Umsetzung des vorgestellten Alternativweges nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Zumindest solange dies nicht geschehen ist, ist mit der Grundkonstruktion des BGH vorlieb zu nehmen. Aber auch dort wäre es von Vorteil, wenn der Gesetzgeber klärend eingreifen würde.

12. Zusammenfassung

Auf die Verwendung einer Mantelgesellschaft sind die vor allem aus der GmbH-Gründung bekannten Haftungsmodelle der Verlustdeckungs-, Unterbilanzhaftung und Handelndenhaftung anwendbar. Dabei ist im Wesentlichen der Rechtsprechung des BGH zu folgen. Unterschiede bestehen lediglich hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses. So genügt nach hier vertretener Auffassung bereits ein einfacher Beschluss der Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme, um die Handelndenhaftung entfallen zu lassen. Ferner ist die Entstehung der Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung im Gegensatz zur rechtlichen Neugründung nicht von der Zustimmung der Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme abhängig.

Neben diesen eigentlich aus dem rechtlichen Gründungsstadium herrührenden Haftungsmodellen sind die Verwender darüber hinaus den allgemein aus der Heranziehung von Kapitalgesellschaften resultierenden Haftungsgefahren wegen materieller Unterkapitalisierung, Insolvenzverschleppung, vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) etc. ausgesetzt.

C. Richtlinien zur Verwendung von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH

Auch wenn man die neue Rechtsprechung des BGH bezüglich der Vorratsgesellschaft noch so kritisieren mag, ändert dies nichts an deren Verbindlichkeit für den Rechtsverkehr. Aber nicht nur bei dieser, sondern auch bei der Mantelgesellschaft stellt sich die Frage, ob und wenn ja, wie eine solche unter Minimierung des Haftungsrisikos verwendet werden kann.

Im letzteren Fall sollten sich die Beteiligten, sofern Zweifel darüber bestehen, ob nun eine wirtschaftliche Neugründung oder eine Umorganisation vorliegt, an das zuständige Registergericht wenden⁷²⁵. Sowohl bei der Vorratsgesellschaft als auch bei der Verwendung eines „alten Mantels“ sollte mit der Anmeldung der Satzungsänderungen die Abgabe der Versicherung verbunden werden⁷²⁶. Durch ein solches Vorgehen wird die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung indiziert, wobei ein ausdrücklicher Hinweis auf eine solche im Einzelfall angebracht sein kann⁷²⁷ bzw. in jedem Fall empfohlen wird⁷²⁸. Es ist zu beachten, dass bei der Verwendung einer Mantelgesellschaft die Offenlegungspflicht selbst dann gilt, wenn ausnahmsweise keine eintragungspflichtigen Änderungen vorgenommen werden müssen, da der BGH keine Ausnahmen von dieser vorsieht⁷²⁹. Vor der Abgabe der Versicherung hat der Geschäftsführer etc. selbstverständlich zu überprüfen, inwieweit das Stamm- bzw. Grundkapital noch vorhanden ist, und welcher Gesellschafter gegebenenfalls eine bestehende Differenz auszugleichen hat, wobei diese, um eine persönliche Haftung zu vermeiden, vor der Anmeldung einzufordern ist⁷³⁰. Dieser hat sich dabei durch eine entsprechende tagesaktuelle Saldenbestätigung der kontoführenden Bank sowie durch lückenlose Vorlage der Kontobelege rückzuversichern⁷³¹. Nach der Rechtsprechung des OLG Jena⁷³² ist zu beachten, dass schuldrechtliche Ansprüche gegen den Gesellschafter oder nahestehende Dritte nicht das Stamm- bzw. Grundkapital aufbringen können. Dies zwingt unter anderem auch bei der GmbH & Co. KG zum Umdenken, da das darlehensweise Weiterreichen des Stammkapitals der GmbH an die KG nach diesen Grundsätzen unzulässig ist und daher unterbleiben sollte⁷³³. Ferner ist zu empfehlen, erst nach der Versicherungsabgabe den Geschäftsbetrieb aufzunehmen⁷³⁴. Ist nunmehr die Offenlegung erfolgt, hat dies zur Konsequenz, dass sowohl die Verlustdeckungs-

⁷²⁵ Ulrich, WM 2004, 921; Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 194.

⁷²⁶ Ulrich, WM 2004, 918; Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 196.

⁷²⁷ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351.

⁷²⁸ Gronstedt, BB 2003, 2083; Wilhelmi, DZWIR 2004, 185.

⁷²⁹ Ulrich, WM 2004, 921; Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 351; Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 194.

⁷³⁰ Thaeter/Meyer, DB 2003, 540.

⁷³¹ Schaub, DNotZ 2003, 449.

⁷³² OLG Jena, NZG 2004, 1114ff..

⁷³³ Wälzholz, NZG 2005, 204.

⁷³⁴ Ulrich, WM 2004, 919; Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 51; Heyer/Reichert-Clauß, NZG 2005, 196.

auch die Handelndenhaftung nicht mehr bestehen kann. So kommt in diesem Zeitpunkt grundsätzlich nur noch die Unterbilanzhaftung in Betracht, welche aber, sofern man sich an die hier gegebenen Ratschläge gehalten hat, keine weitere Bedeutung haben dürfte. Darin ist zugleich der entscheidende Unterschied zu der bisher üblichen Praxis zu sehen. So fand zwar der Gesellschafterbeschluss über die typischerweise mit der Verwendung einhergehenden Änderungen der Satzung vor der Geschäftsaufnahme durch die Gesellschaft statt, jedoch wurden diese erst nach der Geschäftsaufnahme beim Registergericht angemeldet⁷³⁵. Um bei Mantelgesellschaften letztlich auch eine Inanspruchnahme auf Grundlage der Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage auszuschließen, sollten an die Gesellschaft in zeitlicher Nähe zur wirtschaftlichen Neugründung keine Gegenstände veräußert werden. Für Vorratsgesellschaften gilt, dass diese möglichst „alt und kalt“ sein sollten⁷³⁶.

Zur Beschleunigung des Eintragungsvorgangs wird den Beteiligten nahe gelegt, sich zunächst mit der Änderung des Unternehmensgegenstandes und der Anmeldung neuer Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder zu begnügen, da auf diese Weise eine „offensichtliche“ wirtschaftliche Neugründung betrieben werde⁷³⁷. Diese Vorgänge eignen sich besonders gut, da sie in der Regel ohne größere Prüfung und Zeitaufwand im Handelsregister eingetragen werden⁷³⁸. Sonstige Änderungen sollten dagegen erst anschließend beantragt werden. Für den Erwerber ist es am günstigsten, wenn der alte Geschäftsführer etc. der Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft die Änderung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung im Handelsregister anmeldet, da dann nicht der vom Erwerber bestellte neue Geschäftsführer die Versicherung gemäß § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG analog abzugeben hat⁷³⁹. Dies ist auch dann von Vorteil, wenn der neue Geschäftsführer seinen Wohnsitz im Ausland hat und die Handelsregisteranmeldung aus diesem Grunde durch ihn nur mit einer deutlichen zeitlichen Verzögerung unterzeichnet, beglaubigt und beim Registergericht eingereicht werden könnte⁷⁴⁰. Es stellt sich aber die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Gestaltung. Sofern der BGH auf dem Standpunkt stehen sollte, dass die wirtschaftliche Neugründung erst mit der Bestellung des neuen Geschäftsführers vollzogen ist, müsste hingegen von diesem die Anmeldung unter Abgabe der Versicherung erfolgen⁷⁴¹. Dagegen spricht, dass es diesem nur um die Durchführung der erneuten registergerichtlichen Präventivkontrolle geht und es für diese ohne Belang

⁷³⁵ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 51f..

⁷³⁶ Meilicke, BB 2003, 859.

⁷³⁷ Schaub, NJW 2003, 2130; Ulrich, WM 2004, 919.

Dies darf jedoch bezweifelt werden, da auch beim Vorliegen dieser Merkmale nicht zwingend eine solche anzunehmen ist.

⁷³⁸ Ulrich, WM 2004, 919.

⁷³⁹ Lindemeier, RNotZ 2003, 512; Thaeter/Meyer, DB 2003, 541.

⁷⁴⁰ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 51.

⁷⁴¹ Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 51.

ist, ob sie nun von der alten oder neuen Geschäftsführung eingeleitet wird⁷⁴². Für die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung lässt sich ferner anführen, dass das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung nicht von der Bestellung eines neuen Geschäftsführers abhängt. Beherzigt man diese Richtlinien, steht einer gefahrlosen Verwendung zumindest von Vorratsgesellschaften nichts mehr im Wege. Dies untermauert eine bisher unveröffentlichte Datenerhebung des Bundesanzeiger Datenservice zu Neugründungen der größten Anbieter von Vorratsgesellschaften, wonach der Rückgang bei unter 10 % lag⁷⁴³. Insofern hat deren Verwendung sowie die mit der Vorratsgesellschaft als solchen verfolgten Motive, trotz der nach hier vertretenen Auffassung entbehrlichen und dogmatisch kaum begründbaren registergerichtlichen Kontrolle, in der Praxis nur gering an Bedeutung verloren.

⁷⁴² *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 51.

⁷⁴³ *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 193.

D. Die Verfassungskonformität der Rechtsprechung des BGH

Zum Teil werden der Rechtsprechung des BGH auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht⁷⁴⁴. Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit diesen offenbart aber, dass es sich dabei um eine Überreaktion handeln dürfte⁷⁴⁵, ist die dahinter stehende Argumentation in weiten Teilen mit Widersprüchen behaftet. So wird darauf hingewiesen, dass die Grenze der Rechtsfortbildung dann erreicht ist, wenn es weder eine eindeutige Gesetzeslücke noch eine vom Gesetzgeber nicht vorhergesehene, das Gesetz überholende tatsächliche Entwicklung gibt, welche dringend der Anpassung durch die Rechtsprechung bedarf⁷⁴⁶.

Von der Verfassungskonformität der in Rede stehenden Rechtsfortbildung kann demnach nur ausgegangen werden, wenn zumindest eine dieser Voraussetzungen vorliegt⁷⁴⁷. Hier zeigt sich aber bereits die Brüchigkeit der Argumentation der Bedenkenträger. So gehen diese davon aus, dass die gründungsrechtlichen Vorschriften zwar auf Vorrats-, nicht aber auf Mantelgesellschaften angewandt werden können⁷⁴⁸. Grundvoraussetzung für deren Heranziehung ist aber unter anderem das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage, welche für den Fall der wirtschaftlichen Neugründung durch das Bestehen eines unzureichenden Gläubigerschutzes indiziert wird. Ein solcher ist aber bei dem Ingangsetzen von Vorratsgesellschaften auch so in hinreichender Weise gewährleistet. Dagegen ist die Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle bei der Verwendung von Mantelgesellschaften ein durchaus probates Mittel, stellen sie doch für den Rechtsverkehr eine erhebliche Gefahr dar. Insofern können verfassungsrechtliche Bedenken allenfalls gegen die Erstreckung des Gründungsrechts auf die Verwendung von Vorratsgesellschaften vorgebracht werden, zumal sich dort auch keine das Gegenteil rechtfertigende tatsächliche Entwicklung abzuzeichnen scheint⁷⁴⁹.

Zweifel an der Verfassungskonformität der Rechtsprechung des BGH können daher, wenn überhaupt, nur aus den nunmehr für anwendbar erklärten Haftungsmodellen der Unterbilanz- bzw. Handelndenhaftung herrühren. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass sich diese unter Umständen zu einer unkalkulierbaren Haftungsfalle entwickeln könnten. So besteht nach der derzeitigen Konstruktion die Möglichkeit einer persönlichen Inanspruchnahme der Beteiligten selbst dann, wenn allein aus Unkenntnis der Rechtsprechung die Offenle-

⁷⁴⁴ *Altmeyen*, DB 2003, 2051f.; *Kallmeyer*, DB 2003, 2583; *Heidenhain*, NZG 2003, 1051.

⁷⁴⁵ *Schmidt*, NJW 2004, 1352.

⁷⁴⁶ So *Altmeyen*, DB 2003, 2051 unter Hinweis auf BVerfGE 88, 159ff.; BVerfGE 96, 394f.; BVerfGE 98, 59f..

⁷⁴⁷ Problematisch ist nach hier vertretener Auffassung nicht das Vorliegen einer Regelungslücke, sondern vielmehr das Bestehen einer mit der rechtlichen Neugründung vergleichbaren Interessenlage. Letztere wird man für den Fall der Verwendung einer Mantelgesellschaft aber bejahen müssen.

⁷⁴⁸ *Altmeyen*, NZG 2003, 146f.; *Heidenhain*, NZG 2003, 1054.

⁷⁴⁹ Ausführlich zu den Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Lehder*; S.78ff., die den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit der Rechtsfortbildung des BGH überzeugend widerlegt.

gung der wirtschaftlichen Neugründung unterblieben ist und die Vermögensausstattung der Gesellschaft in diesem Zeitpunkt den Anforderungen entsprach⁷⁵⁰. Bei genauerem Hinsehen greift aber auch diese Befürchtung nicht, da davon auszugehen ist, dass der BGH in seinem die Haftungsebene betreffenden Beschluss, nur ein grobes Raster für die Behandlung der wirtschaftlichen Neugründung vorgeben wollte, dessen Ausfüllung im Einzelfall den unteren Instanzen obliegt. Letztere können solchen Extremfällen durch die Gewährung eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises Rechnung tragen⁷⁵¹.

Die gewonnenen Ergebnisse zeigen, dass nicht der Versuch unternommen werden sollte, jede aus der Sicht des jeweiligen Betrachters unerfreuliche Rechtsprechung mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu überziehen, zumal dies in der hier wiedergegebenen Form auch noch in widersprüchlicher Weise geschieht. So ist hinlänglich bekannt, dass gerade im Gesellschaftsrecht der Rechtsfortbildung eine gewichtige Bedeutung zukommt. Dass es dabei zu Meinungsverschiedenheiten kommt, ist vorprogrammiert. Die dann aufkommende Diskussion sollte aber nicht allein auf verfassungsrechtlicher Ebene ausgetragen werden. So können die zu Tage geförderten Ergebnisse „nach den juristischen Kunstlehren und Wertungsmaximen richtig oder falsch sein, aber sie sind keine Übergriffe auf das Terrain des politisch entscheidenden Gesetzgebers, solange nicht mit dem positiven Recht gebrochen, sondern dieses ergänzt und stimmig gemacht wird⁷⁵²“. Letzteres ist zumindest mit der Übertragung der gründungsrechtlichen Vorschriften und Haftungsmodellen auf die Verwendung eines „alten Mantels“ in nicht zu beanstandender Weise geschehen.

⁷⁵⁰ *Altmeyden*, DB 2003, 2052.

⁷⁵¹ So auch *Altmeyden*, DB 2003, 2052; *Goette*, DStR 2004, 465.

⁷⁵² *Schmidt*, GR; § 2 I S.32f..

E. Altfälle

Angesichts der doch weitreichenden Rechtsfortbildung des BGH⁷⁵³ gilt es zu klären, ob sich die von ihm für anwendbar erklärten Haftungsmodelle auch auf Altfälle, das heißt das Ingangsetzen von Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften vor dem 7.7.2003⁷⁵⁴ übertragen lässt. Würde man dies uneingeschränkt bejahen, hätte dies unter Umständen fatale Konsequenzen für die Beteiligten zur Folge. So spielt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung durch Abgabe der Versicherung gemäß § 8 II GmbHG, § 37 I S.1 AktG analog vor dem Registergericht für die Beendigung der in Betracht kommenden Haftung eine zentrale Rolle. Erst in diesem Zeitpunkt wandelt sich die ansonsten unbegrenzt fortbestehende Verlustdeckungs haftung⁷⁵⁵ in die Unterbilanzhaftung, während die Handelndenhaftung endet.

Zwar bestand für Vorratsgesellschaften bereits seit dem 9.12.2002⁷⁵⁶ ein Versicherungserfordernis, allerdings ist mit dieser Erkenntnis denjenigen wenig geholfen, die bereits Jahre zuvor ihre Gesellschaft verwendet haben. Aus diesen Gründen gehen das OLG Jena⁷⁵⁷ sowie ein Teil der Literatur⁷⁵⁸ davon aus, dass die Rechtsfortbildung des BGH nicht uneingeschränkt bzw. gar nicht auf Altfälle übertragen werden kann. Dies sei unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht möglich, da die Abgabe einer Offenlegungserklärung durch Abgabe einer Versicherung bis dato nicht der registergerichtlichen Praxis entsprach und von einigen Obergerichten⁷⁵⁹ abgelehnt wurde. So könne „das Unterlassen einer Verpflichtung, von der die Geschäftsführer und Gesellschafter bei Wiederbelebung eines gebrauchten GmbH-Mantels noch keine Kenntnis haben konnten (...) nicht zur Grundlage einer fortdauernden Haftung gemacht werden⁷⁶⁰“. Dagegen wird im Schrifttum⁷⁶¹ zum Teil eine Rückwirkung bejaht. Dafür spricht zunächst, dass dem Gläubigerschutz bei Mantelgesellschaften ansonsten nur unzureichend Rechnung getragen würde. Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass für den Insolvenzverwalter dann die Möglichkeit bestünde, die Gesellschafter einer vor mehreren Jahren verwendeten Gesellschaft, die gestern insolvent geworden ist, selbst dann persönlich in Anspruch nehmen zu können, wenn das Gesellschaftsvermögen im Verwendungszeitpunkt nahezu vollständig vorhanden war und die Offenlegung problemlos hätte vorgenommen werden kön-

⁷⁵³ BGH, NJW 2003, 3198.

⁷⁵⁴ Beschluss des BGH bezüglich der materiell-rechtlichen Haftungsebene bei der wirtschaftlichen Neugründung.

⁷⁵⁵ Noch ist unklar, ob der BGH eine solche annimmt.

⁷⁵⁶ BGH, NJW 2003, 892.

⁷⁵⁷ OLG Jena, NZG 2004, 1115; OLG Jena, ZIP 2007, 125.

⁷⁵⁸ Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich; § 3 Rn.13; Lehder; S.157f.; Heidenhain, NZG 2003, 1053f.; Schumacher, DStR 2003, 1886; Bärwaldt/Balda, GmbHR 2004, 52f., 354; Wilhelmi, DZWIR 2004, 186; Jacobs, DZWIR 2004, 310; Goette, DStR 2004, 465; Ulrich, WM 2004, 920; ders., GmbHR 2005, 902ff.; Wälzholz, NZG 2005, 204; Werner, DStR 2005, 528f..

⁷⁵⁹ OLG Frankfurt a.M., GmbHR 1992, 456; BayObLG, GmbHR 1999, 607ff..

⁷⁶⁰ OLG Jena, NZG 2004, 1115; OLG Jena, ZIP 2007, 125. Ebenso OLG Schleswig, NZG 2007, 77.

⁷⁶¹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 3 Rn.13; Nolting, ZIP 2003, 654f.; Schütz, NZG 2004, 750.

nen⁷⁶². Wie dieses Beispiel zeigt, ist eine uneingeschränkte Anwendung der vom BGH vorgenommenen Rechtsfortbildung nicht möglich. Aber auch deren Nichtanwendung allein unter dem Stichwort „Vertrauensschutz“ erscheint zumindest diskussionswürdig. Daher gilt es, einen Kompromiss zwischen den beiden Extrempositionen zu finden.

I. Vertrauensschutz

Es stellt sich die Frage, ob sich die Beteiligten allein unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gänzlich von einer etwaigen Haftung freihalten können. Selbst wenn einige Obergerichte die analoge Anwendung des Gründungsrechts auf die wirtschaftliche Neugründung verneint haben, ist immer noch der Beschluss des BGH⁷⁶³ aus dem Jahre 1992 zur Zulässigkeit der Vorratsgründung im Hinterkopf zu behalten. Dieser führte damals aus, dass letztere zulässig sei, da den vorgebrachten Bedenken, durch „eine sinngemäße entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften bei der Mantelverwendung⁷⁶⁴“ Rechnung getragen werden könne. Wenn der BGH eine solche Analogie schon für die unter Gläubigerschutzgesichtspunkten „weniger gefährliche⁷⁶⁵“ Verwendung einer Vorratsgesellschaft andachte, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass dies erst recht für die Mantelgesellschaft zu gelten hat. Insofern ist die Schlussfolgerung, die Rechtspraxis habe angesichts der zahlreichen kontroversen Stellungnahmen der Rechtsprechung und des Schrifttums nicht erahnen können, welche nunmehr von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgegriffen werden könne⁷⁶⁶, unzutreffend. Zuzugeben ist zwar, dass nicht von vornherein erkennbar war, wie der BGH nunmehr den verfahrensrechtlichen Ablauf genau ausgestalten würde, dass es aber früher oder später dazu kommen würde, musste jedem klar sein. Dies gilt auch für die materiell-rechtliche Haftungsebene. Denn wie, wenn nicht durch eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter und Organe, sollte ansonsten die geforderte Kapitalausstattung sichergestellt werden. So wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Praxis die in dem Beschluss des BGH⁷⁶⁷ zum Ausdruck kommende Prophezeiung einfach nicht ernst genommen habe⁷⁶⁸.

⁷⁶² War das Gesellschaftsvermögen in voller Höhe vorhanden, könnte den Beteiligten wieder durch die Gewährung eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises geholfen werden. In allen anderen Fällen befinden sich die Verwender in einer äußerst prekären Situation, sind sie bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung des BGH einer unbeschränkten Haftung ausgesetzt.

⁷⁶³ BGH, NJW 1992, 1824ff..

⁷⁶⁴ BGH, NJW 1992, 1826.

⁷⁶⁵ BGH, NJW 1992, 1826.

⁷⁶⁶ So aber *Heidenhain*, NZG 2003, 1053f.; *Wälzholz*, NZG 2005, 204.

⁷⁶⁷ BGH, NJW 1992, 1826.

⁷⁶⁸ *Meilicke*, BB 2003, 858.

II. Einschränkungen

Trotz allem darf die vom BGH entwickelte Konstruktion nicht ohne Einschränkungen auf Altfälle übertragen werden. Sachgerecht erscheint es hier vielmehr, vom Bestehen einer unbeschränkten Unterbilanzhaftung Abstand zu nehmen und stattdessen die Gesellschafter in Anlehnung an § 9 GmbHG auf die Differenz zwischen Stamm- bzw. Grundkapital und im Zeitpunkt der Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit vorhandenem Gesellschaftsvermögen haften zu lassen⁷⁶⁹. Dabei wird letztere durch die Anmeldung der typischerweise mit dieser einhergehenden Satzungsänderungen indiziert⁷⁷⁰. Des Weiteren sollte die Haftung ausnahmsweise am gesetzlichen Mindestkapital ausgerichtet werden, konnten aus dem damaligen Beschluss des BGH⁷⁷¹ keine Rückschlüsse über den Haftungsumfang gezogen werden⁷⁷². Nichtsdestotrotz hat auch für Altfälle die zehnjährige Verjährungsfrist des § 9 II GmbHG n.F. zu gelten, wobei der Zeitraum, der vor dem 15.12.2004 abgelaufen ist, in diese eingerechnet wird⁷⁷³. Eine Anwendung der Handelndenhaftung scheidet hingegen aus.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass es Insolvenzverwaltern in der Praxis erhebliche Probleme bereiten wird, das Bestehen einer solchen Haftung nachzuweisen. Lässt sich die Verwendung einer Vorratsgesellschaft aufgrund ihres vormals in der „Verwaltung eigenen Vermögens“ liegenden Unternehmensgegenstandes ohne weiteres auch nachträglich feststellen, dürfte sich ein solches Unterfangen bei der Mantelgesellschaft erheblich schwieriger gestalten. Angesichts der höchstrichterlich noch ungeklärten Rechtslage, was die Erstreckung der Haftungsmodelle auf Altfälle betrifft, darf jedenfalls nicht mit der Kooperation der potenziellen Verwender gerechnet werden, vertreten nicht alle Stimmen in der Literatur eine solch restriktive Haftungsausdehnung wie in der vorliegenden Bearbeitung. So wird zum Teil auf eine Haftungsbeschränkung auf das gesetzliche Mindestkapital verzichtet⁷⁷⁴.

Stand in den vorstehenden Ausführungen allein der haftungsrechtliche Aspekt im Mittelpunkt der Betrachtung, soll nunmehr ein Blick auf die verfahrensrechtliche Seite geworfen werden. Dabei fällt die Diagnose beruhigend aus, dürfte den Beteiligten aus registergerichtlicher Sicht kein Unheil mehr drohen⁷⁷⁵. So sind die Satzungsänderungen bereits im Handelsregister eingetragen worden, was zur Folge hat, dass eine Nachforderung der Versicherung zu einem er-

⁷⁶⁹ GroßKommGmbHG/*Ulmer*; § 3 Rn.166.

⁷⁷⁰ OLG Jena, NZG 2004, 1114; *Meilicke*, BB 2003, 859; *Schütz*, NZG 2004, 750.

⁷⁷¹ BGH, NJW 1992, 1824ff..

⁷⁷² *Wicke*, NZG 2005, 414; *Heidinger*, ZGR 2005, 111.

⁷⁷³ Vgl. Art. 229 § 12 II S.2 EGBGB; a.A. *Wälzholz*, NZG 2005, 205, der die fünfjährige Verjährungsfrist des § 9 II GmbHG a.F anwenden möchte.

⁷⁷⁴ *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 3 Rn.13; *Schütz*, NZG 2004, 750.

⁷⁷⁵ *Nolting*, ZIP 2003, 654.

heblich späteren Zeitpunkt keinen Sinn ergibt⁷⁷⁶. Eine solche dürfte lediglich bei Eintragungen, die in zeitlicher Nähe zu den Beschlüssen des BGH zur Vorratsgesellschaft vom 9.12.2002⁷⁷⁷ und zur Mantelgesellschaft vom 7.7.2003⁷⁷⁸ erfolgt sind, vorgekommen sein. Da diese mittlerweile aber auch schon einige Jahre zurückliegen, kommt solchen Fällen keine praktische Bedeutung mehr zu.

Unter Zugrundelegung der gewonnenen Ergebnisse steht einer behutsamen Anwendung des Gründungsrechts auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nichts im Wege. Zwar trifft es zu, dass sich die Rechtsunterworfenen auf eine gleichmäßige Anwendung von Rechtsnormen verlassen können müssen, jedoch schließt die Rechtsanwendung und Auslegung durch den Richter die Möglichkeit mit ein, frühere Entscheidungen zu korrigieren oder auszuformen⁷⁷⁹. Noch gänzlich offen ist, welcher Ansicht sich der BGH anschließen wird. Während er in seiner Entscheidung zur Verwerfung von Blankobürgerschaftserklärungen noch vergleichsweise hohe Anforderungen an die Gewährung von Vertrauensschutz stellte⁷⁸⁰, stand er den Beteiligten einen solchen in seinem Urteil zur Altschuldenhaftung eines Neugesellschafters einer BGB-Gesellschaft zu⁷⁸¹. Zum Teil wird gemutmaßt, dass der BGH Vertrauensschutz zumindest in den Fällen, in denen eine Mantelgesellschaft nur erworben wurde, um der Aufbringung des Kapitals aus dem Wege zu gehen, gänzlich verwehren werde⁷⁸².

III. Auswirkungen des MoMiG auf Altfälle

Um die Position der GmbH in dem durch die Rechtsprechung des EuGH⁷⁸³ nunmehr geschaffenen Wettbewerb der gesellschaftsrechtlichen Rechtsordnungen nicht zu schwächen, wird der Gesetzgeber in naher Zukunft tätig werden. So befindet sich derzeit eine Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000,- € (§ 5 I E-GmbHG⁷⁸⁴) in Vorbereitung. Sollte die geplante Reform Umsetzung finden, werden sich die Beteiligten aufgrund des für Altfälle modifizierten Haftungsansatzes (Differenz zwischen gesetzlichem Mindeststammkapitals und vorhandenem Vermögen im Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme) möglicherweise darauf berufen, nur in Höhe von maximal 10.000,- € zu haften. Gegen eine solche Argumentation lässt sich aber anführen, dass die gesetzlichen Regelungen, die zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neu-

⁷⁷⁶ Schütz, NZG 2004, 750f.; Wälzholz, NZG 2005, 204.

Ist der Grund für die Anwendung der Handelndenhaftung auf die wirtschaftliche Neugründung allein in der Druck- und Ausgleichsfunktion zu sehen, wird deutlich, dass deren Anwendung bei Altfällen ausscheidet.

⁷⁷⁷ BGH, NJW 2003, 892ff..

⁷⁷⁸ BGH, NJW 2003, 3198ff..

⁷⁷⁹ Ulrich, GmbHR 2005, 902.

⁷⁸⁰ BGHZ 132, 119.

⁷⁸¹ BGHZ 154, 370; vertiefend Ulrich, GmbHR 2005, 902ff..

⁷⁸² Ulrich, GmbHR 2005, 904.

⁷⁸³ EuGH, NJW 2002, 3614 („Überseering“); EuGH, NJW 2003, 3331 („Inspire Art“).

⁷⁸⁴ Art.1 Nr.3 lit.a RefE MoMiG.

gründung galten, auch den Haftungsumfang zu bestimmen haben. Anderenfalls stünden die Verwender einer Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft besser als diejenigen, die zu dieser Zeit eine rechtliche Neugründung vorgenommen haben. Ebenso wenig wie von ersteren vorhergesehen werden konnte, dass der BGH Aufbringung des statutarischen Stammkapitals verlangen würde, konnten sie die in Rede stehende gesetzgeberische Änderung prophezeien. Dann kann ihnen diese aber auch nicht zugute kommen⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ Vor einer vergleichbaren Problemstellung, allerdings mit umgekehrten Vorzeichen, stand man nach dem Inkrafttreten der GoldbilanzVO (RGBl. 1923 I, 1253) sowie der GmbH-Novelle 1980 (BGBl. 1980 I, 836). Damals wurde das gesetzliche Mindeststammkapital auf 5.000,- Goldmark bzw. 50.000,- DM angehoben. Im Vorfeld von solchen gesetzgeberischen Verschärfungen war eine erhebliche Zunahme von Vorratsgründungen zu verzeichnen. Dazu *Oldemanns*; S.41ff.; *Ulmer*, BB 1983, 1126.

F. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BGH auf ausländische Kapitalgesellschaften

Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, inwieweit sich die zur wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH bzw. AG ergangene Rechtsprechung auf ausländische Kapitalgesellschaften übertragen lässt. Um zu einem fundierten Ergebnis zu gelangen, soll zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung nachgezeichnet werden.

I. Sitztheorie

Der BGH⁷⁸⁶ klärte die Frage der rechtlichen Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft lange Zeit über die sog. „Sitztheorie“. Dabei spielt der Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes⁷⁸⁷ die zentrale Rolle⁷⁸⁸. Wird der Verwaltungssitz einer im Ausland registrierten Gesellschaft in die Bundesrepublik verlegt, hat dies zur Folge, dass die Gesellschaft als rechtlich nicht existent behandelt wird. Selbiges gilt für sog. „Scheinauslandsgesellschaften“⁷⁸⁹, die zwar im Ausland gegründet wurden, deren Verwaltungssitz aber von Anfang an im Inland lag. Um dennoch am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, ist in solchen Fällen vielmehr eine vollständige Neugründung der Gesellschaft im Inland erforderlich⁷⁹⁰.

Auf diese Weise wird sichergestellt, dass Schutzinteressen in hinreichender Weise Rechnung getragen wird. Sieht das inländische Recht etwa einen resoluten Gläubigerschutz vor, kann dieser nicht einfach dadurch umgangen werden, dass sich hauptsächlich im Inland tätige, von dort aus verwaltete Gesellschaften, einem ausländischem, ihren Interessen mehr entgegenkommenden Recht, unterstellen⁷⁹¹. Die Kehrseite dieses Ansatzes liegt zum einen in der Behinderung grenzüberschreitender Mobilität, zum anderen in der problematischen Feststellung des Gesellschaftsstatuts bei nicht eindeutigem Verwaltungssitz⁷⁹². Des Weiteren steht dieser in einem Spannungsverhältnis zu der in Art. 43, 48 EGV verankerten Niederlassungsfreiheit.

II. Gründungstheorie

Im Schrifttum⁷⁹³ wurde lange Zeit die sog. „Gründungstheorie“ vertreten. Nach dieser bestimmen sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach dem Recht des Staates, in dem die Ge-

⁷⁸⁶ BGHZ 53, 183; BGHZ 97, 269f.; BGH, ZIP 2000, 968.

⁷⁸⁷ Der Verwaltungssitz ist nicht mit dem satzungsmäßigen Sitz der Gesellschaft zu verwechseln.

⁷⁸⁸ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 4a Rn.13.

⁷⁸⁹ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 4a Rn.14.

⁷⁹⁰ BGHZ 97, 272.

⁷⁹¹ Hüffer; § 1 Rn.30; Bayer, BB 2003, 2358.

⁷⁹² Bayer, BB 2003, 2358.

⁷⁹³ *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 345f..

sellschaft gegründet wurde⁷⁹⁴. Für diesen Ansatz sprechen vor allem Aspekte der Rechtssicherheit, ist das für die Gesellschaft geltende Recht von der Entwicklung der geschäftlichen Aktivitäten und dem Standort des Verwaltungssitzes unabhängig⁷⁹⁵. Des Weiteren erhöht sich die Mobilität international tätiger Unternehmen⁷⁹⁶. Ein gravierender Nachteil ist allerdings in der damit zugleich eröffneten Möglichkeit, strengeres inländisches Recht umgehen zu können, zu sehen. Dies zeigt, dass weder die Sitz- noch die Gründungstheorie in der dargestellten Ausformung eine optimale Lösung bieten. Insbesondere bei letzterer wurde befürchtet, dass sich in dem durch sie ermöglichten Wettbewerb der Rechtsordnungen diejenige mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen durchsetzen werde⁷⁹⁷. Daher geht ein Teil der Literatur⁷⁹⁸ davon aus, dass die Gründungstheorie im Einzelfall durch entsprechende Anwendung inländischer Rechtsinstitute durchbrochen werden kann.

III. Die Entscheidungen des EuGH

Im Zusammenhang mit dem hier behandelnden Problemkreis stehen vier Entscheidungen des EuGH besonders hervor. Diese lauten auf die ungewöhnlich anmutenden Namen „Daily Mail“⁷⁹⁹, „Centros“⁸⁰⁰, „Überseering“⁸⁰¹ und „Inspire Art“⁸⁰².

1. „Daily Mail“

Der EuGH⁸⁰³ hatte sich in dieser Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV n.F.) vorliegt, wenn die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in Abhängigkeit von der Genehmigung des Wegzugstaates gestellt wird. Der zugrunde liegende Sachverhalt handelte von der steuerlich motivierten Verlegung des Verwaltungssitzes einer nach englischem Recht gegründeten, dort ansässigen Gesellschaft in die Niederlande. Die dafür zu jener Zeit erforderliche Wegzugsgenehmigung wurde von den englischen Behörden verweigert.

Der EuGH verneinte einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Gesellschaften könnten von dieser vielmehr durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochter-

⁷⁹⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 4a Rn.13.

⁷⁹⁵ Bayer, BB 2003, 2358.

⁷⁹⁶ Hüffer; § 1 Rn.30.

⁷⁹⁷ BGH, ZIP 2000, 968.

⁷⁹⁸ Bayer, BB 2003, 2358; Altmeyden, NJW 2004, 97ff..

⁷⁹⁹ EuGH, NJW 1989, 2186.

⁸⁰⁰ EuGH, NJW 1999, 2027.

⁸⁰¹ EuGH, NJW 2002, 3614.

⁸⁰² EuGH, NJW 2003, 3331.

⁸⁰³ EuGH, NJW 1989, 2186.

gesellschaften Gebrauch machen. Der Gemeinschaftsvertrag⁸⁰⁴ habe kollisionsrechtliche Unterschiede im Recht der Mitgliedstaaten hingenommen und die Lösung der damit verbundenen Probleme künftiger Rechtssetzung überlassen.

Diese Ausführungen führten dazu, dass die Entscheidung überwiegend als Billigung des Vorrangs der Sitztheorie gegenüber der Niederlassungsfreiheit verstanden wurde⁸⁰⁵.

2. „Centros“

Dem EuGH⁸⁰⁶ oblag es in diesem Urteil zu klären, ob die Registrierung einer Zweigniederlassung mit der Begründung, dass mit dieser allein der Zweck verfolgt werde, die gesamte Geschäftstätigkeit in diesen Staat zu verlagern, ohne dort unter strengeren Voraussetzungen eine Gesellschaft errichten zu müssen, abgelehnt werden kann. In dem konkreten Sachverhalt gründeten zwei Dänen eine englische Limited, deren gesamte Geschäftstätigkeit über die Errichtung einer Zweigniederlassung ausschließlich auf dänischem Boden stattfinden sollte. Die beteiligten Behörden zweifelten dabei nicht die generelle Zulässigkeit der Eintragung einer Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft an, vielmehr richteten sich deren Bedenken allein gegen die damit verfolgte Zielsetzung. Diese bestand nämlich allein darin, das am Ort der zu errichtenden Zweigniederlassung geltende Recht, welches höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt, zu umgehen.

Der EuGH⁸⁰⁷ hielt die geäußerten Bedenken nicht für durchgreifend. So sei es ohne Bedeutung, dass die Gesellschaft in dem ersten Mitgliedstaat nur gegründet wurde, um sich in dem zweiten Mitgliedstaat, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder gar ausschließlich ausgeübt werden soll, niederzulassen. Auch unter Umgehungsgesichtspunkten sei keine andere Bewertung geboten. Vielmehr sei das beschriebene Vorgehen durch die in Art. 52, 58 EGV (Art. 43, 48 EGV n.F.) verankerte Niederlassungsfreiheit gedeckt. Dem Mitgliedstaat, in dem die Zweigniederlassung errichtet wird, stehe es aber frei, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Betrügereien zu behindern oder zu verfolgen⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Der Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft ist in seiner ursprünglichen Fassung am 1.1.1958 in Kraft getreten (BGBl. 1958 II, 1); in seiner durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung ist der Vertrag am 1.5.1999 in Kraft getreten; in seiner durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung ist er am 1.2.2003 in Kraft getreten.

⁸⁰⁵ Bayer, BB 2003, 2357 unter Hinweis auf *Großfeld/Luttermann*, JZ 1989, 386.

⁸⁰⁶ EuGH, NJW 1999, 2027.

⁸⁰⁷ EuGH, NJW 1999, 2028.

⁸⁰⁸ EuGH, NJW 1999, 2029.

3. „Überseering“

Der EuGH⁸⁰⁹ hatte sich nach einem vom BGH⁸¹⁰ ergangenen Vorlagebeschluss in dem nunmehr zu erläuternden Urteil mit dem Problem der Rechtsfähigkeit einer nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft im Inland zu beschäftigen. In concreto hatte eine in den Niederlanden gegründete und registrierte Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt. Dort wurde eine von dieser erhobene Zahlungsklage wegen fehlender Parteifähigkeit (§ 50 ZPO) als unzulässig abgewiesen.

Hingegen entschied der EuGH⁸¹¹, dass sich die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung einer im Ausland ansässigen, den Verwaltungssitz in das Inland verlegenden Kapitalgesellschaft nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbaren lasse. Vielmehr sei die Rechts- und damit auch die Parteifähigkeit zu achten, die die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitze⁸¹². Es gelte aber zu bedenken, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass „zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können“⁸¹³.

4. „Inspire Art“

Mit dieser Entscheidung setzte der EuGH⁸¹⁴ den zuvor eingeschlagenen Weg konsequent fort. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt gründeten Niederländer eine englische Limited und beantragten in ihrer Heimat die Eintragung einer Zweigniederlassung. Anders als im Fall „Centros“ lehnt die niederländische Handelskammer diese nicht gänzlich ab, sondern will die Zweigniederlassung dazu verpflichten, die Bezeichnung „formal ausländische Gesellschaft“ zu führen, da sie ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich in den Niederlanden ausübe. Des Weiteren habe die Gesellschaft mindestens über das Nennkapital der niederländischen Variante der deutschen GmbH zu verfügen. Ist dies nicht der Fall, sollen die Geschäftsführer persönlich in Anspruch genommen werden können.

Der EuGH⁸¹⁵ sah in diesen Anforderungen unter Hinweis auf „Centros“ einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Der Berufung auf letztere stehe weder das Fehlen einer Geschäftstätigkeit im Registrierungsstaat noch das Motiv, strengere inländische Rechtsvorschriften zu

⁸⁰⁹ EuGH, NJW 2002, 3614.

⁸¹⁰ BGH, ZIP 2000, 967.

⁸¹¹ EuGH, NJW 2002, 3616.

⁸¹² EuGH, NJW 2002, 3614 (2. Leitsatz).

⁸¹³ EuGH, NJW 2002, 3617.

⁸¹⁴ EuGH, NJW 2003, 3331.

⁸¹⁵ EuGH, NJW 2003, 3331 (2. Leitsatz).

umgehen, entgegen⁸¹⁶. Eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit sei nur bei kumulativem Vorliegen folgender Voraussetzungen zulässig: „Sie (die nationalen Maßnahmen) müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist⁸¹⁷.“ Diese Rechtfertigungserfordernisse werden zuweilen auch als sog. „Vier-Konditionen-Test“ bezeichnet⁸¹⁸.

IV. Die aktuelle Rechtsprechung des BGH

Der BGH⁸¹⁹ schränkte die Sitztheorie, die Tendenz des EuGH bereits vorahnend, schon vor „Überseering“ in der Weise ein, dass im Inland verwalteten ausländischen Kapitalgesellschaften nunmehr der Status einer Personengesellschaft zukommen solle. Mittlerweile folgt dieser mehr oder weniger freiwillig der Gründungstheorie, so dass die in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft auch im Inland in der Rechtsform anzuerkennen ist, in der diese gegründet wurde⁸²⁰. Selbiges hat der BGH⁸²¹ für den deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr nach dem Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika⁸²² entschieden. Dabei ließ er bisher offen, ob eine andere Bewertung für den Fall geboten ist, dass es sich nur um eine zur Umgehung der strengeren Vorschriften des deutschen Rechts gegründete Briefkastenfirma handelt, welche über keine tatsächlichen Beziehungen zu den USA verfügt und sämtliche Aktivitäten in Deutschland entfaltet⁸²³. Von einem dies ausschließenden sog. „genuine link“ könne aber zumindest bei der Ausübung einer geringen wirtschaftlichen Tätigkeit innerhalb der USA ausgegangen werden⁸²⁴.

Wie die Ausführungen gezeigt haben, hat nunmehr auch in der deutschen Rechtsprechung die Gründungstheorie Einzug gefunden⁸²⁵. Offen ist lediglich, ob diese auch auf Drittstaaten Anwendung finden soll oder ob es dort bei der Heranziehung der Sitztheorie bleibt.

⁸¹⁶ EuGH, NJW 2003, 3333.

⁸¹⁷ EuGH, NJW 2003, 3334f..

⁸¹⁸ Eidenmüller, NJW 2005, 1618.

⁸¹⁹ BGHZ 151, 204.

⁸²⁰ BGH, JZ 2003, 525.

⁸²¹ BGH, BB 2002, 1227; BGH, BB 2003, 810; BGH, BB 2004, 1868; BGH, ZIP 2005, 1869.

⁸²² BGBI. 1956 II, 487.

⁸²³ BGH, BB 2004, 1869; BGH, NZG 2005, 45.

⁸²⁴ BGH, NZG 2005, 45.

⁸²⁵ Das MoMiG sieht die Aufhebung von § 4a II GmbHG, § 5 II AktG vor. Dadurch wird es auch deutschen Gesellschaften in Zukunft möglich sein, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Auf diese Weise soll deren Spielraum erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer Zweigniederlassung, die alle Geschäftstätigkeiten erfasst, außerhalb des deut-

V. Folgerungen für die Behandlung der wirtschaftlichen Neugründung

Eine nähere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH zeigt, welche große Bedeutung er der Niederlassungsfreiheit beimisst. Nur unter engen Grenzen und noch engeren Voraussetzungen gestattet er Eingriffe in diese. Während nach der Sitztheorie ohnehin eine Neugründung unter Durchführung einer registergerichtlichen Kontrolle der Kapitalausstattung und Anwendung der altbekannten Haftungsinstrumente durchzuführen gewesen wäre, darf nunmehr bezweifelt werden, dass der EuGH ein solches Vorgehen im Falle der Verwendung ausländischer Vorrats- bzw. Mantelgesellschaften billigen würde. Diese Vermutung wird durch die Tatsache, dass sowohl „Centros“ als auch „Inspire Art“ grobe Parallelen zur wirtschaftlichen Neugründung einer Vorratsgesellschaft aufwiesen, gefestigt. Unterschiede zum Normalfall bestehen nur darin, dass die erstmalige Geschäftsaufnahme nicht am Ort der Registrierung, sondern im Ausland erfolgen sollte, und deren Verzögerung nicht eingeplant war, ist diese doch allein auf das Verhalten der beteiligten Behörden zurückzuführen gewesen. Der EuGH lehnte in diesen Fällen die vom Gläubigerschutz her motivierte Anwendung des inländischen Gründungsrechts rigoros ab.

Dies lässt einen hinterfragen, warum ausgerechnet für die vom BGH⁸²⁶ vorgenommene, Vorrats- und Mantelgesellschaften betreffende Rechtsfortbildung etwas anderes gelten sollte. So vertritt zunehmend auch der BGH, wohl durch die schlechten Erfahrungen von „Überseering“ gezeichnet, eine restriktive Anwendung inländischen Rechts. Exemplarisch sei in diesem Zusammenhang dessen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Handelndenhaftung auf die englische Limited genannt⁸²⁷. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt wurde der Geschäftsführer einer ausschließlich in Deutschland tätigen und verwalteten, nicht aber im dortigen Handelsregister eingetragenen Limited wegen nicht geleisteter Zahlungen seitens der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen⁸²⁸. Während das Berufungsgericht der Klage noch in entsprechender Anwendung von § 11 II GmbHG stattgab, hält der BGH⁸²⁹ ein solches Ergebnis für nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. So folge aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften, dass eine etwaige persönliche Haftung der Gesellschafter bzw. Geschäftsführer allein dann in Betracht komme, wenn diese auch nach dem anzuwendenden ausländischen Recht vorgesehen ist, was für die englische Limited zu vernei-

schen Hoheitsgebiets zu entfalten (S.37 der Begründung zum RefE MoMiG). Dazu *Römermann*, GmbHR 2006, 678f.; *Wachter*, GmbHR 2006, 793ff.; *Preuß*, GmbHR 2007, 57ff..

⁸²⁶ BGH, NJW 2003, 892; BGH, NJW 2003, 3198.

⁸²⁷ BGH, NJW 2005, 1648; zustimmend *Eidenmüller*, NJW 2005, 1619; *Lehmann*, NZG 2005, 582.

⁸²⁸ Zu dem Erfordernis der Eintragung als Zweigniederlassung *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer*; § 12 Rn.15ff..

⁸²⁹ BGH, NJW 2005, 1648 (2. Leitsatz). Ebenso *GroßKommGmbHG/Ulmer*; § 11 Rn.130.

nen sei⁸³⁰. Auch die vom Berufungsgericht als Rechtfertigung für die Heranziehung inländischen Rechts vorgebrachten Aspekte des Gläubigerschutzes vermögen nach Ansicht des BGH⁸³¹ nicht zu überzeugen. Zwar sei nach der Rechtsprechung des EuGH⁸³² anerkannt, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Gläubigerschutz, unter bestimmten Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. Eine entsprechende Anwendung der Handelndenhaftung sei allerdings mit den vom EuGH⁸³³ in „Inspire Art“ getroffenen Feststellungen nicht zu vereinbaren. Dieser führte damals aus, dass sowohl die Vorschriften über das Mindestkapital als auch die an diese im Falle ihrer Nichtbefolgung anknüpfenden Sanktionen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.

Bedenkt man, dass der BGH auch mit der die Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften betreffenden Rechtsfortbildung nichts anderes bezweckt, als die Einhaltung der Anforderungen, welche das deutsche Gesellschaftsrecht an die Kapitalausstattung stellt, bei der wirtschaftlichen Neugründung sicherzustellen, ist davon auszugehen, dass sich die Verwender solcher Gesellschaften ausländischer Herkunft zukünftig in Sicherheit wiegen können. Vielmehr würde sich der BGH in Widersprüche verwickeln, würde er im letzteren Fall zu einem anderen Ergebnis als in dem soeben erläuterten Urteil kommen. Denn auch hier hätte er die in „Inspire Art“ getroffenen Vorgaben zu beachten. Insbesondere wäre die aus der Anwendung des deutschen Gründungsrechts resultierende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kaum zu rechtfertigen, hat sich der EuGH⁸³⁴ doch ein eigenes, dem deutschen Gesellschaftsrecht eher fremdes Verständnis vom Gläubigerschutz zu Eigen gemacht. So verweist dieser darauf, dass der inländische Rechtsverkehr durch den Auftritt der Gesellschaft als Limited etc. hinreichend darüber unterrichtet sei, dass diese anderen Gründungsvorschriften als ihrem inländischen Pendant unterliege. Einer zusätzlichen Sicherung durch ein garantiertes Mindestkapital und einer gegebenenfalls bestehenden Haftung des Geschäftsführers etc. bedürfe es daher nicht, versuchen doch nicht nur die deutsche, sondern auch die anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dem Gläubigerschutz auf ihre Weise Rechnung zu tragen. Darüber, ob dieses Ziel im Ausland aber auch mit der gleichen Intensität verfolgt wird, lässt sich bekanntlich streiten. Nichtsdestotrotz sind die vom EuGH getroffenen Wertungen zu akzeptieren.

⁸³⁰ BGH, NJW 2005, 1649.

⁸³¹ BGH, NJW 2005, 1649.

⁸³² EuGH, NJW 2002, 3617 („Überseering“); EuGH, NJW 2003, 3334f. („Inspire Art“).

⁸³³ EuGH, NJW 2003, 3334.

⁸³⁴ EuGH, NJW 2003, 3334.

VI. Haftungsrechtliche Konsequenzen

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben führen dazu, dass das die wirtschaftliche Neugründung behandelnde Haftungskonzept nicht übertragen werden kann⁸³⁵. Umso mehr stellt sich dann die Frage, inwieweit gläubigergefährdendem Verhalten überhaupt noch Rechnung getragen werden kann. Der BGH⁸³⁶ verweist dazu in konsequenter Anwendung der Gründungstheorie zunächst auf die Haftungsinstrumente des jeweils anwendbaren Gesellschaftsstatuts⁸³⁷, will darüber hinaus aber auch eine unmittelbare Inanspruchnahme der Gesellschaftsorgane auf Grundlage des deutschen Deliktsrechts (§§ 823ff. BGB) nicht ausschließen.

Dabei war bislang lebhaft umstritten, inwieweit überhaupt noch inländisches Recht auf ausländische Kapitalgesellschaften angewandt werden kann. Den vom EuGH in „Inspire Art“ getätigten Äußerungen ist jedenfalls zu entnehmen, dass die Regeln über die Kapitalaufbringung, die für inländische Kapitalgesellschaften gelten, nicht auf solche ausländischer Herkunft erstreckt werden können. Vielmehr ist die Gesellschaft in ihrer jeweiligen Ausgestaltung als rechts- und parteifähig zu akzeptieren. Des Weiteren haben sich auch Grundlagene Entscheidungen wie etwa wann die Gesellschaft erlischt, welche Anforderungen an Satzungsänderungen zu stellen sind etc. allein nach dem Gesellschaftsstatut zu richten⁸³⁸. Nichtsdestotrotz ist dem Gläubigerschutz zumindest in den Fällen, in denen der Rückgriff auf das an sich anzuwendende ausländische Recht zu nicht hinnehmbaren Haftungslücken führen würde, durch eine ergänzende Anwendung von inländischen, formal nicht dem Gründungsrecht zuzuordnenden Rechtsinstituten Rechnung zu tragen⁸³⁹. Dies hat etwa dann zu geschehen, wenn die in der ausländischen Rechtsordnung verankerten Gläubigerschutzmechanismen nicht die gewünschte Wirkung entfalten können⁸⁴⁰. Zur Verdeutlichung lässt sich das englische Kapitalgesellschaftsrecht heranziehen. So ist es praktisch unmöglich, die dort als Ausgleich für das permissive Gründungsrecht dienende Staatsaufsicht auf im Ausland tätige Gesellschaften auszuweiten⁸⁴¹. Nicht zu beanstanden ist es demnach, wenn die Rechtsprechung in Fällen evidenter materieller Unterkapitalisierung Haftungsansprüche auf den Missbrauch der Rechtsform

⁸³⁵ *Lehder*; S.159f.; *Altmeppen*, NJW 2004, 103.

⁸³⁶ BGH, NJW 2005, 1650.

⁸³⁷ Zu den Haftungstatbeständen des materiellen englischen Rechts *Eidenmüller*, NJW 2005, 1620.

⁸³⁸ *Altmeppen*, NJW 2004, 100.

⁸³⁹ *Bayer*, BB 2003, 2364.

⁸⁴⁰ *Eidenmüller*, JZ 2004, 28; *Riegger*, ZGR 2004, 523f..

Zunächst ist den funktionsäquivalenten Regeln des ausländischen Rechts nachzugehen. Erst wenn sich erweisen sollte, dass das ausländische Recht dem deutschen Gesellschaftsrecht vergleichbare Regelungen nicht kennt oder diese bei Gesellschaften mit Sitz im Ausland versagen und dies zu Ergebnissen führt, die nicht mit dem Gläubigerschutz zu vereinbaren sind, kommt eine Anwendung inländischen Rechts in Betracht.

⁸⁴¹ *Bayer*, BB 2003, 2366; *Altmeppen*, NJW 2004, 99.

stützt. Selbiges gilt für eine etwaige Haftung wegen Existenzvernichtung⁸⁴². Zwar wird auf diese Weise die Gründungstheorie durchbrochen, sind diese Haftungsinstitute doch eindeutig dem deutschen Gesellschaftsrecht entsprungen, jedoch gilt es zu beachten, dass die Entscheidung über die Anwendbarkeit haftungsrechtlicher Konstruktionen nicht allein von ihrer formalen dogmatischen Anknüpfung abhängig gemacht werden kann. Vielmehr ist eine funktionale Betrachtung geboten⁸⁴³. So werden die hier in Rede stehenden Verstöße ebenso häufig im Deliktsrecht ihren Niederschlag finden. Dessen Anwendung steht aber, da es an den tatsächlichen inländischen Sitz anknüpft, nichts im Wege⁸⁴⁴. Kommt mithin eine deliktische Haftung in Betracht, erschließt sich nicht, warum ausgerechnet die sachlich näher liegenden gesellschaftsrechtlichen Haftungsinstitute unanwendbar sein sollen.

Weitaus unproblematischer gestaltet sich hingegen die Annahme einer Haftung wegen Insolvenzverschleppung. Einer solchen steht auch das Fehlen einer gesetzlichen Regelung nicht entgegen, war doch das inländische Recht auf die vom EuGH vorgenommene Ausweitung der Niederlassungsfreiheit nicht vorbereitet⁸⁴⁵. Vielmehr können § 64 I GmbHG, § 92 II AktG entsprechend angewandt werden, sofern der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Gesellschaft im Sinne von Art. 3 I S.1 EuInsVO in Deutschland liegt. Ist nämlich die Zuständigkeit deutscher Insolvenzgerichte gegeben, bestimmt Art. 4 I EuInsVO, dass für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird, gilt. Dass es sich bei § 64 I GmbHG, § 92 II AktG um insolvenzrechtliche Normen handelt, wird man trotz des Ortes ihres gesetzlichen Niederschlags nicht ernsthaft in Frage stellen können⁸⁴⁶. Dies lässt sich bereits dem Wortlaut der als Schutzgesetze zu qualifizierenden Normen entnehmen, beziehen sich die Begriffe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ auf die Eröffnungsgründe der §§ 17, 19 InsO. Des Weiteren legt auch der Zweck der in Rede stehenden Normen eine insolvenzrechtliche Einordnung nahe. Dieser liegt zum einen darin, Altgläubiger vor einer weiteren Verringerung der bei einer Kapitalgesellschaft zur Verfügung stehenden Haftungsmasse zu schützen. Zum anderen sollen Neugläubiger davor bewahrt werden, mit der insolvenzreifen Gesellschaft in Geschäftsbeziehung zu treten und wertlose Ansprüche zu erwerben⁸⁴⁷. Die Verankerung der Insolvenzantragspflicht in den gesellschaftsrechtlichen Regeln hat allein historische Gründe, ist diese seit Mitte des

⁸⁴² Zimmer, NJW 2003, 3588f.; Bayer, BB 2003, 2363f.; Ulmer, NJW 2004, 1208f.; Altmeppen, NJW 2004, 101; ders., NJW 2005, 1914; a.A. Eidenmüller, NJW 2005, 1620; Goette, ZIP 2006, 545.

Eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs spielt bei der wirtschaftlichen Neugründung, wenn überhaupt, nur eine untergeordnete Rolle.

⁸⁴³ Bayer, BB 2003, 2364f..

⁸⁴⁴ Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer; § 4a Rn.17; Riegger, ZGR 2004, 525; a.A. Eidenmüller, NJW 2005, 1620.

⁸⁴⁵ Bayer, BB 2003, 2365.

⁸⁴⁶ Zimmer, NJW 2003, 3589f.; Eidenmüller, NJW 2005, 1620f..

⁸⁴⁷ Eidenmüller, NJW 2005, 1620.

19. Jahrhunderts nicht mehr überdacht worden und daher nicht Ausdruck einer gesetzssystematischen Zuordnung durch den historischen Gesetzgeber⁸⁴⁸. Insofern stehen der Annahme einer solchen Haftung auch europarechtliche Vorgaben nicht im Wege⁸⁴⁹. So verwundert es nicht, dass nunmehr auch das LG Kiel⁸⁵⁰ kürzlich eine Haftung des Geschäftsführers einer englischen Limited wegen Insolvenzverschleppung annahm.

VII. Plausibilität der die wirtschaftliche Neugründung behandelnden Rechtsfortbildung in Zeiten des Wettbewerbs der Rechtsordnungen

Es hat sich gezeigt, dass es kaum möglich ist, ausländischen Vorrats- und Mantelgesellschaften das Wasser zu reichen⁸⁵¹. Zwar kommt nach der hier vertretenen Auffassung gegebenenfalls ein Durchgriff auf die hinter der Gesellschaft stehenden Personen wegen materieller Unterkapitalisierung, existenzvernichtenden Eingriffs und Insolvenzverschleppung in Betracht, eine Anwendung der die Kapitalaufbringung sicherstellenden gründungsrechtlichen Haftungsinstitute scheidet aber in jedem Fall aus. Dies wirft die Frage auf, ob es überhaupt noch sachgerecht ist, die Verwender deutscher Vorrats- und Mantelgesellschaften einer solch strengen Haftung zu unterwerfen oder ob dadurch nicht vielmehr das deutsche Gesellschaftsrecht im internationalen Vergleich sehenden Auges geschwächt wird.

Letzteres trifft in jedem Fall auf die Behandlung der Vorratsgesellschaft zu. So ist einerseits dem Gläubigerschutz schon von Gesetzes Wegen hinreichend Rechnung getragen, andererseits sollte den Erwerbern einer solchen vielmehr zu Gute gehalten werden, dass sie sich in

⁸⁴⁸ *Borges*, ZIP 2004, 737f..

Im MoMiG sind einige grundlegende Änderungen im insolvenzrechtlichen Normengefüge vorgesehen (§ 64 E-GmbHG, § 92 III E-AktG). Unter anderem beinhaltet § 64 II S.3 E-GmbHG (Art.1 Nr.27 lit.b RefE MoMiG) eine Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers. In der Begründung heißt es in diesem Zusammenhang, dass einer Anwendung dieser Norm auf ausländische Gesellschaften, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland liege, über Art.3, 4 EuInsVO keine Bedenken entgegenstünden (S.65 der Begründung zum RefE MoMiG). Nichts anderes kann für § 64 I E-GmbHG (Art.1 Nr.27 lit.a RefE MoMiG) sowie den unveränderten § 92 II AktG gelten, sind diese ebenso als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

⁸⁴⁹ Die hier gewonnenen Ergebnisse halten auch den Wertungen des EuGH stand. Zwar stellt eine gegebenenfalls bestehende Durchgriffshaftung zweifelsohne eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, allerdings ist diese auch als „erforderlich“ im Sinne des Vier-Konditionen-Tests einzustufen. Ein Rückgriff auf das Gesellschaftsstatut genügt nämlich nur dann, wenn der Gläubigerschutz in dem dort vorgesehenen Umfang auch im Inland verwirklicht werden kann. Dies ist bei englischen Kapitalgesellschaften aufgrund der räumlichen Entfernung zum Registrierungsstaat schon aus praktischen Gründen nicht möglich. Dort ist es vielmehr „erforderlich“, den inländischen Rechtsverkehr durch die Anwendung nationaler Rechtsinstitute zu schützen. Hinsichtlich der Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 II BGB, § 64 I GmbHG i.V.m. Art.4 EuInsVO) verneint das LG Kiel (GmbHR 2006, 712) bereits eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, da dem Geschäftsführer eine vergleichbare Haftung auch auf Grundlage des englischen Gründungsstatuts (Wrongful Trading) drohe. Darüber hinaus sei eine solche ohnehin gerechtfertigt, sei es auf Grundlage des Vier-Konditionen-Tests oder über die Fallgruppe des sog. „Normenmangels“.

⁸⁵⁰ LG Kiel, GmbHR 2006, 710ff. mit Kommentar *Leuter/Langner*; a.A. noch die Vorinstanz AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 mit Kommentar *Dichtl*.

⁸⁵¹ Da ausländische Vorratsgesellschaften entweder über gar kein Kapital oder nur in geringer Höhe verfügen, hätte es sich angeboten, auch solche auf die Einhaltung des deutschen Gründungsrechts hin zu überprüfen.

Kenntnis des Bestehens anderweitiger, objektiv möglicherweise vorteilhafterer Optionen weiterhin dem deutschen Gesellschaftsrecht unterstellen⁸⁵². Etwas anderes gestaltet sich hingegen die Situation bei der Mantelgesellschaft. Denn mit dem Erwerb einer solchen werden zwar nicht immer, aber wohl in einer Vielzahl von Fällen unlautere Ziele verfolgt. Dem versucht der BGH durch die in Rede stehende Rechtsfortbildung Rechnung zu tragen. Diese ist auch nicht allein deshalb, weil andere Mitgliedstaaten die bestehende Problematik nicht erkannt haben oder sie sich aufgrund eines andersartig gestrickten Gesellschaftsrechts erst gar nicht stellt, als falsch zu erachten⁸⁵³. Vielmehr wird auf diese Weise die zentrale Bedeutung des Gläubigerschutzes im deutschen Gesellschaftsrecht nur weiter unterstrichen.

Daher sollte die Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Behandlung von Mantelgesellschaften, solange die vom EuGH⁸⁵⁴ schon in „Centros“ angemahnte Rechtsangleichung in der EU keine Fortschritte verzeichnet, weiter aufrechterhalten werden. Daran vermag auch die zweifelsohne für den Rechtsverkehr bestehende Möglichkeit, sich einer persönlichen Inanspruchnahme durch den Erwerb einer ausländischen Mantels, sei es in Form der englischen Limited, der französischen S.A.R.L., der spanischen SLNE oder der niederländischen B.V. zu entziehen, nichts zu ändern⁸⁵⁵. Dies macht vielmehr deutlich, dass über kurz oder lang auf eine Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts hinzuwirken ist. So zeigt nicht zuletzt dieser Fall, dass ein Wettbewerb der Rechtsordnungen mit dem Ziel, durch größtmögliche Liberalität ausländische Investoren zu gewinnen, für die Allgemeinheit schädlich ist und den Zielen des gemeinsamen Marktes zuwiderläuft⁸⁵⁶.

⁸⁵² Zu den Folgekosten einer Limited *Dierksmeier*, BB 2005, 1516.

⁸⁵³ A.A. *Altmeyen*, NJW 2004, 103.

⁸⁵⁴ EuGH, NJW 1999, 2028.

⁸⁵⁵ Einen umfassenden Überblick mit weiteren Nachweisen über die genannten Gesellschaftsformen bieten *Müller/Müller*, GmbHR 2006, 583ff., 640ff.. Zum internationalen Mantelkauf *Kluger/Löhr*, DB 2005, 791ff..

⁸⁵⁶ *Bayer*, BB 2003, 2366.

G. Fazit

Die nähere Auseinandersetzung mit dem Phänomen der wirtschaftlichen Neugründung, namentlich der Verwendung von Vorrats-, respektive Mantelgesellschaften, hat gezeigt, dass an diese keine einheitlichen Rechtsfolgen geknüpft werden können. Vielmehr ist zwischen den eben genannten gesellschaftsrechtlichen Erscheinungen zu differenzieren. So entspricht die Kapitalausstattung einer Vorratsgesellschaft im Verwendungszeitpunkt, von Verwaltungskosten und Steuern einmal abgesehen, regelmäßig der gesetzlichen Mindestkapitalziffer. Etwas von diesem Konstrukt ausgehenden Gefährdungslagen wird durch die Vorschriften zur Kapitalerhaltung (§§ 30f. GmbHG, § 57 AktG), die Lehre von der verdeckten Sacheinlage, die nunmehr gesetzlich verankerte Haftung aus culpa in contrahendo, die Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG bzw. § 92 II AktG) sowie letztlich durch das Institut der materiellen Unterkapitalisierung hinreichend Rechnung getragen.

Gänzlich anders gestaltet sich hingegen die Situation bei der Aktivierung einer Mantelgesellschaft. Deren Vermögenssituation wird sich grundsätzlich fernab des gesetzlichen Leitbilds bewegen. Dies rechtfertigt es, nicht nur die Verwender zu einer erneuten Aufbringung des Stamm- bzw. Grundkapitals zu verpflichten, sondern lässt auch die erneute Durchführung einer registergerichtlichen Präventivkontrolle sinnvoll erscheinen. Daneben tritt die aus der rechtlichen Neugründung bekannte Verlustdeckungs- bzw. Unterbilanzhaftung der Gesellschafter sowie die Handelndenhaftung (§ 11 II GmbHG, § 41 I S.2 AktG analog).

Vergleicht man die in der vorliegenden Bearbeitung gewonnenen Ergebnisse mit der einschlägigen Rechtsprechung des BGH⁸⁵⁷, wird deutlich, dass diese sowohl Licht als auch Schattenseiten aufweist. So ist dieser hinsichtlich der Behandlung der Verwendung einer Vorratsgesellschaft eindeutig über das Ziel hinausgeschossen. Im Mittelpunkt seiner Überlegungen stand der Gläubigerschutz, welcher mit aller Macht durchgesetzt werden sollte. In all seinem Eifer übersah der II. Zivilsenat aber, dass dieser bereits durch die unmittelbar anwendbaren gesetzlichen Vorschriften gewährleistet wird. Die nunmehr im Raum stehende Übersicherung wird man vor allem darauf zurückführen können, dass sich der BGH nie wirklich mit der Frage des Vorliegens der Analogievoraussetzungen auseinandergesetzt hat. Diesem ist lediglich zu Gute zu halten, dass er wohl um die praktische Bedeutung des in Rede stehenden Konstrukts wissend, die einschlägigen Haftungsmodelle an dem Zeitpunkt der Versicherungsabgabe und nicht an dem der Eintragung der mit der Verwendung typischerweise einhergehenden

⁸⁵⁷ BGH, NJW 1992, 1824; BGH, NJW 2003, 892; BGH, NJW 2003, 3198.

Satzungsänderungen ausgerichtet hat⁸⁵⁸. Dies ermöglicht auch in Zukunft, sofern man die hier aufgestellten Richtlinien beachtet, eine weitgehend gefahrlose Verwendung von Vorratsgesellschaften. Darf man den Statistiken⁸⁵⁹ trauen, hat die Entwicklung der Rechtsprechung die Praxis nicht davon abgehalten, weiterhin auf diese zurückzugreifen, stellt das Versicherungserfordernis lediglich eine, wenn auch lästige, Formalität dar.

Erheblich erfreulicher stimmt einen hingegen die Judikatur des BGH⁸⁶⁰ zur Verwendung einer Mantelgesellschaft. Hier kann dessen Grundüberlegungen guten Gewissens zugestimmt werden, wenn er die Durchführung einer erneuten registergerichtlichen Präventivkontrolle für erforderlich erachtet und diesem Postulat auf materiell-rechtlicher Ebene im Wege der Unterbilanz- sowie der Handelndenhaftung Rechnung tragen möchte, bergen nahezu vermögenslose Gesellschaften doch ein erhebliches Gefahrenpotenzial für den Rechtsverkehr. Auch lassen sich größere Parallelen zur rechtlichen Neugründung nicht bestreiten, geht es ja auch um nichts anderes als die Sicherstellung der Kapitalaufbringung im Verwendungszeitpunkt. Zur effektiven Verfolgung dieses Ziels bedarf es eines in sich geschlossenen Haftungssystems. Umso verwunderlicher ist es, dass man bislang in der Rechtsprechung nach Hinweisen hinsichtlich des Bestehens einer Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter im Vorfeld der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung vergeblich sucht. Um eine Schlechterstellung redlicher Verwender zu vermeiden und das ansonsten bestehende Erkenntnisdefizit der Registergerichte auszugleichen, wird man sich einer solchen Haftung aber auf Dauer nicht verschließen können. Sieht man eine solche als gegeben an, erscheint die vom BGH gewählte, eine Offenlegungspflicht beinhaltende Konstruktion auch dem hier vorgestellten, eine Umkehr der Beweislast zugrunde legenden Weg bei der Bewältigung der Aufgabe, wirtschaftliche Neugründungen zu Tage zu fördern, überlegen, kann die registerliche Anmeldung der Änderungen de lege lata nicht mit Zwangsmitteln (§ 79 II GmbHG, § 407 II AktG) durchgesetzt werden. Ebenso ist dem BGH beizupflichten, wenn er an einer restriktiven Anwendung der Handelndenhaftung interessiert ist. Allerdings kann an dem für den Entfall maßgeblichen Quorum, der Zustimmung aller Gesellschafter zur vorzeitigen Geschäftsaufnahme, nicht festgehalten werden. So knüpft dieses an die nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁸⁶¹ im Stadium der Vorgesellschaft auf notwendige Gründungsgeschäfte beschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers, respektive Vorstands an. Bei der wirtschaftlichen Neugründung unterliegt die Vertretungsmacht aufgrund der unweigerlichen Geltung von § 37 II GmbHG, § 82 I

⁸⁵⁸ BGH, NJW 2003, 3198 (3. und 4. Leitsatz).

⁸⁵⁹ *Heyer/Reichert-Clauß*, NZG 2005, 193 m.w.N..

⁸⁶⁰ BGH, NJW 2003, 3198.

⁸⁶¹ BGH, NJW 1981, 1373; BGH, NJW 1989, 710; BGH, NJW 1997, 1507; BGH, NJW 2004, 2519.

AktG aber keinen Beschränkungen. Um eine vollständige Kongruenz zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Neugründung zu erreichen, sollte der BGH bei der sich nächstbietenden Gelegenheit das Vertretungsrecht der Vorgesellschaft grundlegend reformieren und den Anwendungsbereich der zuletzt genannten Vorschriften auf diese Phase erweitern. Als dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Entfall der Handelndenhaftung sollte dabei die Weisungsgebundenheit der handelnden Organe gewählt werden. Haben die Gesellschafter nämlich beschlossen, noch vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister bzw. Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufzunehmen (§ 47 I GmbHG, § 133 I AktG), kann es dem Geschäftsführer ebenso wenig wie dem Vorstand zum Vorwurf gemacht werden, dass er dem nachgekommen ist (§ 37 I GmbHG, §§ 83 II, 119 II AktG).

Eines der Ziele der vorliegenden Bearbeitung war, bislang noch weitgehend ungeklärte, im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Neugründung diskutierte Fragestellungen näher zu beleuchten. Diese beinhalteten auch eine verfassungsrechtliche Komponente. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser ergab aber, dass es sich bei den in diesem Zusammenhang geäußerten Bedenken um eine Überreaktion gehandelt haben dürfte, war die Argumentation der Bedenkenträger in weiten Teilen mit Widersprüchen behaftet. Auch in die Richtung gehende Befürchtungen, Unterbilanz- und Handelndenhaftung könnten sich zu einer unkalkulierbaren Haftungsfalle entwickeln, konnten durch die Gewährung eines haftungsbefreienden Entlastungsbeweises ausgeräumt werden. Selbiges gilt für Altfälle, findet dort allein eine an § 9 GmbHG angelehnte, auf den Zeitpunkt der Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit bezogene Differenzhaftung Anwendung.

Von besonderer Brisanz geprägt war auch die Fragestellung, inwieweit sich die Rechtsprechung des BGH auf ausländische Vorrats- und Mantelgesellschaften übertragen lässt. Das Ergebnis fiel zunächst ernüchternd aus. So geht es im Kern um nichts anderes, als die Sicherstellung der Kapitalaufbringung unter Anwendung der dem deutschen Gesellschaftsrecht immanenten Maßstäbe. Dass ein solches Anliegen aber nicht mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV) vereinbar ist, dürfte mittlerweile hinlänglich bekannt sein⁸⁶². Was die rechtliche Behandlung von Mantelgesellschaften betrifft, besteht dennoch kein Grund, von dem gerade erst geschaffenen haftungsrechtlichen Grundkonzept Abstand zu nehmen, wird dadurch doch die herausragende Bedeutung des Gläubigerschutzes im deutschen Gesellschaftsrecht hervorgehoben. Auch wäre es ein Trugschluss anzunehmen, dass die ausländischen Gesellschaftsformen nur Vorteile mit sich brächten. Zum einen verursachen diese einen

⁸⁶² EuGH, NJW 2003, 3331 („Inspire Art“).

nicht zu unterschätzenden Kostenapparat⁸⁶³, zum anderen ist immer noch weitgehend ungeklärt, inwieweit inländische, formal nicht dem Gründungsrecht zuzuordnende Haftungsinstrumente Anwendung finden. In diesem Zusammenhang ist das jüngst ergangene Urteil des LG Kiel⁸⁶⁴, in dem eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers einer englischen Limited bejaht wurde, zu nennen. Nach hier vertretener Auffassung sind inländische Haftungsinstrumente jedenfalls immer dann kompatibel, wenn die in der ausländischen Rechtsordnung verankerten Gläubigerschutzmechanismen nicht die gewünschte Wirkung entfalten können. Man darf gespannt sein, wie die Praxis mit den weiterhin bestehenden Unsicherheiten umgehen wird. Um die sich stellenden Probleme ein für allemal auszuräumen, sollte langfristig auf eine Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts hingearbeitet werden.

Unter Zugrundelegung der gewonnenen Ergebnisse bleibt zu hoffen, dass die Problematik der Verwendung eines „alten Mantels“ in Zukunft zufrieden stellend gelöst werden kann. Der BGH sollte trotz der zum Teil heftigen Kritik in der Literatur⁸⁶⁵ und der durch das europäische Gemeinschaftsrecht eröffneten Umgehungsmöglichkeiten, an den Grundzügen seiner Rechtsprechung zur Mantelgesellschaft festhalten. Gänzlich anders verhält es sich hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der Verwendung einer Vorratsgesellschaft. Was diese angeht, sollte der BGH schleunigst einen Richtungswechsel einleiten.

⁸⁶³ Zu den Folgekosten einer Limited *Dierksmeier*, BB 2005, 1516.

⁸⁶⁴ LG Kiel, GmbHR 2006, 710ff..

⁸⁶⁵ Exemplarisch *Altmeppen*, DB 2003, 2050ff..

Lebenslauf:

Conrad Bernhard Dreier wurde 1980 in Dortmund geboren. Er studierte Rechtswissenschaften in Münster, wo er sein Studium im Jahr 2005 mit dem ersten juristischen Staatsexamen abschloss. Seit August 2006 ist der Autor Rechtsreferendar am Landgericht Dortmund. Die Promotion erfolgte im Jahr 2008 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.