

# Legal Update

## Gesellschaftsrecht

### Haftungsproblematik bei wirtschaftlicher Neugründung einer GmbH

Dr. Werner Mielke, Dr. Mario Riechmann  
Frankfurt/M., 10.05.2011

Nicht nur für Unternehmensgründer ist die Kapitalgesellschaft in Form einer GmbH eine äußerst beliebte Gesellschaftsform, um ihr Unternehmen zu organisieren und am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Ihr besonderer Anreiz besteht in der Möglichkeit, eine persönliche Haftung des Gesellschafters mit seinem eigenen Vermögen zu vermeiden und stattdessen lediglich bis zur Höhe der Stammeinlage bzw. mit dem Gesellschaftsvermögen zu haften. Bei einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zur rechtlichen Gründung einer GmbH (die sogenannten Gründungsvorschriften) setzt sich der Gesellschafter jedoch der Gefahr einer persönlichen Haftung aus. Sinn und Zweck der Gründungsvorschriften ist es, im Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaft die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich vorgeschriebene Kapitalausstattung zum Schutze von Gläubigern zu gewährleisten, da sie letztlich die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen legitimiert.

Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH wird der rechtlichen Gründung einer GmbH gleichgestellt mit der Folge, dass gesetzliche Vorschriften, die vom Gesetzgeber

für den Fall der Schaffung einer bisher nicht existenten juristischen Person geschaffen wurden, auf die unternehmerische Neuausrichtung einer bereits bestehenden GmbH entsprechend angewandt werden. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend finden so die Gründungsvorschriften mitsamt ihrem Haftungsmodell über den Bereich der rechtlichen Gründung einer GmbH hinaus auch auf die Fälle der sogenannten wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH Anwendung. Hieraus entstehen im Einzelfall für den Erwerber einer GmbH oder auch einen bisherigen Gesellschafter bei Neuausrichtung der GmbH erhebliche Risiken, trotz der allgemeinen Haftungsbegrenzung bei Wahl der GmbH mit dem persönlichen Vermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft eintreten zu müssen.

#### II. Wirtschaftliche Neugründung

Unter den Begriff der wirtschaftlichen Neugründung fällt der Erwerb einer Vorrats-GmbH, der Erwerb einer Mantel-GmbH sowie die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebes

durch eine bis dahin inaktive GmbH bei Identität der Gesellschafter.

## 1. Erwerb einer Vorrats-GmbH

Die Vorrats-GmbHs werden von professionellen als juristische Dienstleister tätige Unternehmen gegründet, mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Stammkapital ausgestattet und – wie es der Name bereits vermuten lässt – auf Vorrat gehalten. Trotz voller Einzahlung des Stammkapitals, garantierter Lastenfreiheit und dem Fehlen bisheriger Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr gilt der Erwerb einer Vorrats-GmbH als wirtschaftliche Neugründung der GmbH (vgl. BGH, Beschluss v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, S. 892, 893). Die Rechtsprechung stellt insoweit darauf ab, dass die GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht und im Zuge des Erwerbs mit einem Unternehmen ausgestattet wird (BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3199).

## 2. Erwerb einer Mantel-GmbH

Als wirtschaftliche Neugründung einer GmbH gilt ebenfalls der Erwerb eines sogenannten GmbH-Mantels. Hiermit ist Erwerb einer inaktiv gewordenen GmbH gemeint, also eine Gesellschaft, die zwar rechtlich besteht und in der Vergangenheit bereits aktiv am Geschäftsverkehr teilgenommen hat, deren Geschäftsbetrieb allerdings bis zum Verkauf an den Erwerber endgültig eingestellt war. Erst der Erwerber begründet nach dem Verkauf wieder einen Geschäftsbetrieb der GmbH (vgl. BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3199). In der Praxis ist diese Form der wirtschaftlichen Neugründung aber von marginaler Bedeutung. Zu groß und unüberschaubar ist die Gefahr, mitsamt dem GmbH-Mantel auch dem Erwerber bisher verborgen gebliebene Altschulden der GmbH zu erwerben.

## 3. Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebes durch eine GmbH

Für Rechtsprechung und Literatur fällt unter den Begriff der wirtschaftlichen Neugründung aber auch die Konstellation, dass eine bereits bestehende GmbH, die in der Vergangenheit ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatte, ihren Geschäftsbetrieb wieder aufnimmt. Dabei ist es unerheblich, dass der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs kein in der Zwischenzeit erfolgter Verkauf bzw. Gesellschafterwechsel zugrunde liegt (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09). Insofern ist eine in der Praxis mitunter diffizile Abgrenzung von der nicht zur wirtschaftlichen Neugründung zählenden Sanierung oder Umorganisation einer GmbH vorzunehmen. Entscheidend für die Negierung einer wirtschaftlichen Gründung soll sein, dass die zu sanierende oder neu zu organisierende GmbH, wenngleich ihr Tätigkeitsbereich wesentlich umgestaltet, erweitert oder eingeschränkt sein mag, noch ihren Geschäftsbetrieb fortführt (vgl. BGH, Beschluss v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, NJW 2003, S. 3198, 3200).

## III. Haftung

### 1. Haftungsbegründung

Die Einordnung des Erwerbs einer Vorrats- oder Mantel-GmbH wie auch der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs durch eine GmbH als wirtschaftliche Neugründung hat zur Folge, dass die Vorschriften zur Gründung einer GmbH, die der Gewährleistung der Kapitalausstattung der Gesellschaft dienen, entsprechend anzuwenden sind und der Erwerb bzw. die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs mit Blick auf die reale Aufbringung des Stammkapitals der GmbH zugleich der Kontrolle des Registergerichts unterworfen ist. Demnach ist die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offenzulegen und vom Geschäftsführer der GmbH entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2, 3

GmbHG beschriebenen Leistungen auf das Stammkapital erbracht worden sind und er über den Gegenstand der Leistungen weiterhin frei verfügen kann (vgl. BGH, Beschluss v. 9.12.2002 – II ZB 12/02, NJW 2003, S. 892). Wie bei der rechtlichen Gründung einer GmbH dient die Versicherung des Geschäftsführers auch bei der wirtschaftlichen Neugründung der Demonstration, dass gegebenenfalls schon entstandene Verluste der Gesellschaft die von den Gesellschaftern geschuldeten und geleisteten Zahlungen auf das Stammkapital nicht ganz oder auch nur teilweise aufgebraucht haben. Sofern die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der GmbH gegenüber dem Registergericht – sei es durch Verkennen der Rechtslage, bloße Versäumnis der Gesellschafter oder aus anderen Gründen unterbleibt, so führt dies dazu, dass die Gesellschafter persönlich und grundsätzlich zeitlich unbeschränkt haften. Das für die rechtliche Gründung einer GmbH einschlägige Haftungsmodell der Unterbilanzhaftung findet Anwendung.

Die Höhe der die Gesellschafter treffenden Haftung entspricht dabei im Einzelfall der Wertdifferenz zwischen dem gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Stammkapital und dem tatsächlichen Gesellschaftsvermögen zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht. Als maßgeblicher Zeitraum für eine Haftung des Gesellschafters gilt insofern die Zeitspanne vom Erwerb der Vorrats- oder Mantel-GmbH bzw. Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung (so das OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09, m.w.N.). Schließlich ist zu beachten, dass die Unterbilanzhaftung anlässlich der unterlassenen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung nicht nur diejenigen Gesellschafter trifft, die an dem Vorgang der Neugründung, sei es durch Erwerb einer Vorrats- oder Mantel-GmbH oder durch die Wiederaufnahme eines Geschäftsbetriebs, unmittelbar beteiligt waren. Unlängst hat das Oberlandesgericht München entschieden, dass selbst Gesellschafter, die ihren Geschäftsanteil an der GmbH erst nach deren

wirtschaftlichen Neugründung und damit von einer bereits wieder aktiven GmbH erworben haben, von der Unterbilanzhaftung betroffen sind. Ob der neue Gesellschafter von der wirtschaftlichen Neugründung positive Kenntnis hatte, soll für die Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze der Unterbilanzhaftung keine Rolle spielen (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09). Außerdem kann nach § 11 Abs. 2 GmbHG analog auch eine Handelndenhaftung in Betracht kommen, falls vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung bereits im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist. Dies setzt allerdings voraus, dass nicht alle Gesellschafter der Aufnahme der Geschäfte zugestimmt haben.

## 2. Begrenzung der Haftung

Für die Gesellschafter einer GmbH ergeben sich durch die Anwendung der Gründungsvorschriften, insbesondere der Grundsätze der Unterbilanzhaftung, auf die wirtschaftliche Neugründung erhebliche Haftungsrisiken, obwohl sie sich durch die bewusste Wahl der Gesellschaftsform der GmbH gerade vor einer unbeschränkten Haftung mit dem eigenen Vermögen für Schulden der Gesellschaft schützen wollten. Die von dem Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zum Schutze der Gläubiger entwickelten Grundsätze zur Haftung bei wirtschaftlicher Neugründung werden nicht in jedem Einzelfall den Anforderungen der Praxis gerecht und führen zu einer nicht immer berechtigten Inanspruchnahme der Gesellschafter. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass Stimmen in Rechtsprechung und Literatur sich der Bedenken aus der Praxis angenommen haben und für eine Einschränkung der Haftung im Falle der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH plädieren.

a)

Das Kammergericht hat sich mit seinem noch nicht rechtskräftigen Urteil aus dem Jahre 2009 der hier vertretenen Auffassung angeschlossen, dass die durch die

Anwendung der Gründungsvorschriften und des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung auf die Fälle der wirtschaftlichen Neugründung geschaffenen Haftungsrisiken für Gesellschafter einer GmbH einer Korrektur bedürfen (vgl. KG, Urteil v. 7.12.2009 – 23 U 24/09, NZG 2010, S. 387). Der dem Kammergericht zur Entscheidung vorliegende Fall befasste sich mit der Frage, ob die Gesellschafter einer GmbH wegen der unterbliebenen Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung wie auch der fehlenden Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG entsprechend den Grundsätzen der Unterbilanzhaftung haftbar sein sollen, obwohl zum Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäfte das Stammkapital der GmbH von den Gesellschaftern vollständig eingezahlt war. Das Kammergericht entschied, dass bei dieser Konstellation eine Haftung der Gesellschafter für nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit entstandene Verluste nach den Grundsätzen der Bilanzhaftung nicht in Betracht kommt. Dieses sich in Widerspruch zu Entscheidungen anderer Gerichte setzende Urteil begründet das Kammergericht überzeugend mit dem Argument, dass Sinn und Zweck der Anwendung der Gründungsvorschriften auf wirtschaftliche Neugründungen, nämlich die Sicherung der realen Kapitalaufbringung zum Schutze von Gläubigern der Gesellschaft, eine Haftung der Gesellschafter bei tatsächlichem Vorhandensein des vollständigen Stammkapitals bei Aufnahme der Geschäfte nicht begründen können (so auch Beck'scher Online-Kommentar GmbHG/Jaeger, § 3 Rn 43).

b)  
Wie schon das Kammergericht hat auch das Oberlandesgericht München die Notwendigkeit erkannt, das Haftungsrisiko für Gesellschafter bei wirtschaftlicher Neugründung einer GmbH einzudämmen, und gesteht den Gesellschaftern die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung zu, sofern ihnen der Nachweis gelingt, dass im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung das gesellschaftsvertragliche Stammkapital durch das Gesellschaftsvermögen

der GmbH gedeckt war (vgl. OLG München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09). Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht München zumindest einen Vorschlag aus der Rechtsliteratur in Erwägung gezogen, die Haftung der Gesellschafter auf die Differenz zwischen dem nach Gesellschaftsvertrag postulierten Stammkapital und dem im Zeitpunkt der im Zuge des Erwerbs bzw. der Reorganisation erfolgenden Anmeldung von Satzungsänderungen tatsächlich vorhandenem Gesellschaftsvermögen zu beschränken (sogenannte Differenzhaftung) (vgl. München, Urteil v. 11.3.2010 – 23 U 2814/09; Ulmer GmbHG, § 3, Rn 166).

c)  
Schließlich hat der Bundesgerichtshof in einem Beschluss aus dem Jahre 2010 seine Rechtsprechung zur Haftung bei der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH fortgeführt und zugleich klargestellt, dass eine Haftung nicht in Betracht kommt, wenn eine GmbH ihren Geschäftsbetrieb erst nach Ablauf üblicher Anlauf- und Vorlaufzeiten nach ihrer Gründung und Eintragung aufnimmt, aber bereits konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme des Geschäftsbetriebes entfaltet, sofern der in der Folge aufgenommene Geschäftsbetrieb sich noch innerhalb des gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstandes bewegt (BGH, Beschluss v. 18.1.2010 – II ZR 61/09, NZI 2010, S. 316).

## IV. Ausblick

Es hat sich gezeigt, dass angesichts der vom Bundesgerichtshof oktroyierten Anwendung der Gründungsvorschriften mitsamt des Haftungsinstituts der Unterbilanzhaftung Unternehmer durch die Wahl einer GmbH zur Organisation ihres Unternehmens und Betreibung ihres Geschäftsbetriebs nicht ohne weiteres dem Risiko entgehen können, mit dem eigenen Vermögen für Schulden der Gesellschaft zu haften.

Dabei ist zurzeit noch völlig ungeklärt, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die gleich einem Rechtschöpfungsakt Rechtspflichten und Haftungsgründe praeter legem festlegt, überhaupt verfassungsrechtlich unbedenklich und akzeptabel ist. Zumal für den Schutz der Gläubiger der eingetragenen Gesellschaft, also der eigentliche Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften auf die wirtschaftliche Neugründung, bereits anderweitig, nämlich durch

Ausschüttungsverbote, den Grundsätzen zur Existenzvernichtungshaftung und auch durch die Haftung von Leitungs- und Aufsichtsorganen, gesorgt ist. Die rechtliche Beratung wird auch in Zukunft im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Neugründung in besonderem Maße in die Pflicht genommen, ihre Mandanten über diese möglichen Haftungsrisiken aufzuklären und durch eine entsprechende Gestaltung dafür Sorge tragen müssen, den Eintritt eines Haftungsfalls zu vermeiden.



## **Dr. Werner Mielke. LL. M.**

**RECHTSANWALT, PARTNER, FRANKFURT/M**

Neue Mainzer Straße 69 – 75, D-60311 Frankfurt/M.

Tel +49 69 170000-190, E-Mail: [wmielke@goerg.de](mailto:wmielke@goerg.de)

- Fachgebiete: Gesellschaftsrecht, Kartellrecht, Mergers & Acquisitions
- Branchen: Automotive und Aviation, Healthcare
- Rechtsanwalt seit 1988
- Fremdsprachen: Englisch

## **Dr. Mario Riechmann**

**RECHTSANWALT, ASSOCIATE, FRANKFURT/M**

Tel +49 69170000-250, E-Mail: [mriechmann@goerg.de](mailto:mriechmann@goerg.de)

- Fachgebiete: Handels- u. Gesellschaftsrecht, Steuerrecht
- Fremdsprachen: Englisch, Französisch, Italienisch

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autoren Herrn Dr. Mielke unter +49 69 170000-190 oder [wmielke@goerg.de](mailto:wmielke@goerg.de) bzw. Herrn Dr. Riechmann unter +49 69 170000-250 oder [mriechmann@goerg.de](mailto:mriechmann@goerg.de) an.

## Unsere Standorte

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, D-10785 Berlin  
Tel +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### ESSEN

Alfredstraße 220, D-45131 Essen  
Tel +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

### FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Straße 69 – 75, D-60311 Frankfurt/M.  
Tel +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### KÖLN

Sachsenring 81, D-50677 Köln  
Tel +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, D-80538 München  
Tel +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90