

geht ein Erwerb der GAnteile des GmbH-Mantels zu diesem Zweck voraus, Mantelkauf.

Mehr noch als bei der Vorratsgründung stellt sich bei der Verwendung eines Alt-Mantels die **Frage des Gläubigerschutzes**, da GmbH im Zeitpunkt der Reaktivierung möglicherweise vermögenslos oder gar überschuldet sein wird und der Erwerb eines quasi vermögenslosen Alt-Mantels es dem Erwerber bei Fehlen entsprechender Schutzvorschriften ermöglichen könnte, die Haftungsrisiken für den Betrieb seines Unternehmens auf die weitgehend vermögenslose AltGes. abzuwälzen. Der damit verbundenen Umgehung der Gründungsvorschriften, deren Einhaltung gewährleisten soll, dass zunächst das gesetzliche oder in der Satzung festgesetzte Stammkapital als Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung aufgebracht werden muss, ist daher, ebenso wie bei der Aktivierung einer Vorrats-Ges., nach der Rspr. des BGH und der ganz hM in der Lit. durch **entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften**, welche der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienen, entgegenzutreten.<sup>71</sup> Das gilt allerdings nur, wenn es sich um eine wirtschaftliche Neugründung handelt, die von einer **bloßen Umstrukturierung abzugrenzen** ist (→ Rn. 21).

Wie bei wirtschaftlicher Aktivierung der VorratsGes. (→ Rn. 13) ist Gefahr der Umgehung der Gründungsvorschriften nach Ansicht des BGH durch eine entspr. Anwendung der Gründungsvorschriften, die der **Gewährleistung der Kapitalausstattung** dienen, zu begegnen. Das bedeutet vor allem, dass das Vorhandensein eines ungeschmälernten Gesellschaftsvermögens spätestens im Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit dem Registergericht erneut nachzuweisen ist und dass die Gftr nach Maßgabe der Vorbelastungs- bzw. Unterbilanzhaftung anteilig für Fehlbeträge im Zeitpunkt der Offenlegung bzw. Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit haften (→ Rn. 19). – **Aktivierung** des Mantels für neuen Unternehmensgegenstand ist RegGericht offenzulegen.<sup>72</sup> Dies erfordert bei Altmantel-Gründung **explizite Offenlegung**.<sup>73</sup> BGH hat dies „rechtsschöpferisch angeordnet“,<sup>74</sup> um Anstoß zur Prüfung zu geben, ob für das neue Unternehmen die Kapitalschutzvorschriften beachtet sind.<sup>75</sup> Hierzu haben die Geschäftsführer entspr. § 8 II zu **versichern**, dass Ges. im Zeitpunkt der Offenlegung<sup>76</sup> noch über ein **Mindestvermögen** in Höhe der Stammkapitalziffer verfügt, was beinhaltet, dass es nicht schon durch Verluste ganz oder teilw. aufgezehrt ist und dass es sich bei UG in voller Höhe (§ 5a II), bei GmbH wertmäßig in Höhe eines Viertels, mindestens aber 12.500 EUR, **in der freien Verfügung** der GFührer befindet.<sup>77</sup> Zur Frage der Anwendbarkeit der Grds. von § 19 V (Hin-

<sup>71</sup> BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 zur Altmantel-Verwendung; bestätigt in BGH NJW 2010, 1459; BGHZ 117, 323 (331) obiter = NJW 1992, 1824 (1826); BAG NZI 2008, 450 Rn. 61 ff.; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 134 ff.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 98; grds. auch Bork/Schäfer/Schäfer Rn. 18 ff., 21; Goette DStR 2010, 765; Krolop ZIP 2011, 305 (309 ff.); Priester DB 1983, 2295; Ulmer BB 1983, 1123; Peters, Der GmbH-Mantel als gesellschaftsrechtliches Problem, 1989, S. 23 ff. (71 ff.); Lieder DStR 2012, 136 (137 ff.); Wimber, Die Behandlung von Vorrats- und Mantelgesellschaften, 2011, S. 85 ff.; begrenzt auf den Kauf des Mantels einer früher aktiven (gebrauchten) GmbH auch Raiser/Veil KapGesR § 35 Rn. 36.

<sup>72</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 13 = NJW 2012, 1875; BGHZ 153, 158 = NJW 2003, 892; BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 obiter; dazu Goette DStR 2004, 461 ff.; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 156 ff.

<sup>73</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 17 = NJW 2012, 1875; BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198; KG NZG 2023, 888 Rn. 12; OLG Düsseldorf BeckRS 2024, 5310 Rn. 26.

<sup>74</sup> So die Formulierung von Goette DStR 2004, 461 (463).

<sup>75</sup> BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198 (3200); bestätigt in BGHZ 192, 341 Rn. 18 = NJW 2012, 1875.

<sup>76</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2024, 5310 Rn. 39.

<sup>77</sup> BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198 (3200); KG NZG 2023, 888 Rn. 12; OLG Düsseldorf BeckRS 2024, 5310 Rn. 38.

und Herzahlen) und § 19 IV (verdeckte Sacheinlage) → Rn. 13. **RegGericht** hat bei Offenlegung analog § 9c im Regelfall seine Prüfung, wie bei regulärer Anmeldung der Neugründung (→ § 9c Rn. 2), auf das Vorliegen und die Plausibilität der Versicherung nach § 8 II zu beschränken und nur im Fall begründeter Zweifel an der Richtigkeit der Anmeldeversicherung zusätzliche Ermittlungen anzustellen und über § 8 hinausgehende Nachw. anzufordern; bei Vorliegen entspr. Indizien müssen Anmeldende Annahme der wirtschaftlichen Neugründung entkräften.<sup>78</sup>

19 Problematisch sind Rechtsfolgen, wenn **Offenlegung unterbleibt** oder Registergericht die Nachw. für die Kapitalanforderungen nicht für erbracht ansieht. Da Altmantel-Ges. bereits im HR eingetragen, kann RegGericht Offenlegung nicht erzwingen.<sup>79</sup> Zwar kann RegGericht, wenn es von wirtschaftlicher Neugründung Kenntnis erhält, bei Fehlen der Offenlegung beantragte **Eintrag von Satzungsänderungen** verweigern,<sup>80</sup> nicht jedoch die Eintragung eines GFührerwechsels oder die Veröffentlichung der neuen GfterListe.<sup>81</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass RegGericht Kenntnis erhält. Wird Offenlegungspflicht verletzt, fehlen mit der Begrenzung der **Vorbelastungshaftung** (Unterbilanzhaftung) auf die am Tag der nach außen wirkenden Aktivierung bestehende Deckungslücke (→ Rn. 21), schärfere Sanktionen. Es bleibt zwar die BGH befürwortete Sanktion einer Umkehr der Beweislast (→ Rn. 21) für Deckung des Stammkapitals im Rahmen der Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung);<sup>82</sup> ob diese aber wesentliche Abschreckungswirkung entfaltet, ist zweifelhaft. Eher wird sich Problem praktisch dadurch reduzieren, dass die Altmantel-Verwendung unter den sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen und angesichts der Möglichkeit, anstelle einer Altmantel-Verwendung mit geringem finanziellen Aufwand eine UG als Unternehmens-trägerin zu etablieren, wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll ist.

20 **cc) Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) und Handelndenhaftung.** Neben präventive registerrechtliche Prüfung tritt nach BGH und hM sowohl bei Offenlegung,<sup>83</sup> wenn es zur wirtschaftlichen Aktivierung des Mantels kommt, also insbes. auch bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit nach außen vor oder ohne Anmeldung bzw. Offenlegung<sup>84</sup> **materielle rechtliche Haftung der Gfter**, die Aufnahme der **Geschäftstätigkeit zugestimmt** haben,<sup>85</sup> in diesem Zeitpunkt ggf. bestehende Differenz zwischen Stammkapital und tatsächlichem GesVermögen (Vorbelastungshaftung, Unterbilanzhaftung),<sup>86</sup> und zwar nicht auf dessen Höhe beschränkt, sondern bei negativem Wert auch auf dessen Ausgleich.<sup>87</sup> Spätere Anteilser-

<sup>78</sup> KG NZG 2023, 888 Rn. 12 f.

<sup>79</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 158.

<sup>80</sup> OLG Nürnberg RNotZ 2011, 557 (561 aE); Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 158; der Sache nach wohl auch BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198 (3199); zweifelnd Heinze GmbH 2011, 962 (965).

<sup>81</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 158; Heinze GmbH 2011, 962 (965); aA OLG Nürnberg RNotZ 2011, 557 (559).

<sup>82</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 158.

<sup>83</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 2012, 16339.

<sup>84</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 20 = NJW 2012, 1875.

<sup>85</sup> Ob die Haftung die Zust. aller erfordert oder gegenüber den zustimmenden Gfter eingreift, lässt sich aus BGH NZG 2012, 539 Rn. 36 nicht eindeutig entnehmen, dürfte aber in Übereinstimmung mit der Verlustdeckungshaftung (→ § 11 Rn. 24) im letzteren Sinne zu beantworten sein, da sonst die Haftung leerliefe, wenn auch nur ein Gfter dissentiert; aA = Zustimmung aller Gfter voraussetzend – aber MHLS/J. Schmidt Rn. 124; Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe Rn. 166; Bayer in Anm. GmbH 2011, 1034 (1036).

<sup>86</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 20 = NJW 2012, 1875; BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 (974).

<sup>87</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 20, 28 = NJW 2012, 1875; zum Erfordernis der unternehmerischen Aktivität auch KG DStR 2012, 1817.

werber haften ggf. nach § 16 II.<sup>88</sup> Für Berechnung der Kapitaldeckung nicht maßgebend ist Zeitpunkt der Eintragung der im Rahmen der Aktivierung des GmbH-Mantels beantragten Satzungsänderung.<sup>89</sup> Pflicht zur Wiederherstellung des Stammkapitals im Rahmen der Vorbelastungshaftung ist nicht an gesetzlichem Mindeststammkapital, sondern an satzungsmäßigem Stammkapital zu orientieren, da Ges. bei Mantelverwendung mit diesem im Rechtsverkehr auftritt.<sup>90</sup> **Darlegungs- und Beweislast** grds. Ges., in der Insolvenz Insolvenzverwalter mit Erleichterungen nach den Grds. der sekundären Darlegungslast.<sup>91</sup> **Verjährung § 9 II analog** zehn Jahre (→ § 11 Rn. 65);<sup>92</sup> Beginn grds. mit Anmeldung und Offenlegung.

Durch diese **Begrenzung auf die Deckungslücke** im Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit hat der BGH der vielfach vertretenen Ansicht,<sup>93</sup> die Gfter, welche der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt hatten, hafteten wie im Fall der Neugründung unbegrenzt, wenn im Rahmen der VorGes. bereits die Geschäfte aufgenommen wurden, die Ges. jedoch nicht zur Eintragung gelangte, ohne zeitliche und höhenmäßige Begrenzung für die durch das vorhandene GesVermögen nicht gedeckten Schulden, eine Absage erteilt.<sup>94</sup> Eine Haftung tritt daher nicht ein, wenn im Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen Stammkapital unversehrt ist und lediglich Offenlegung fehlt,<sup>95</sup> und zwar auch dann nicht, wenn die Ges. in der Folgezeit Verluste erleidet oder gar insolvent wird. Folgerichtig wird man die Haftung der Gfter für die Deckung des Stammkapitals auch dann auf die Deckungslücke im Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen begrenzen dürfen, wenn die dadurch gegebene Unterfinanzierung Ursache für die später eingetretene Insolvenz der Ges. ist. – Soweit es danach für das Entstehen des Anspruchs auf Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung) auf den Zeitpunkt der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nach außen ankommt, dürfte für **Verjährungsbeginn** insoweit, wie früher schon für Altfälle<sup>96</sup> (vor Veröffentlichung des BGH-Beschlusses v. 7.3.2003) ebenfalls auf diesen Zeitpunkt abzustellen sein.<sup>97</sup> **Verjährung § 9 II analog** zehn Jahre (→ Rn. 19), **für Altfälle** (→ § 9 Rn. 16) fünf Jahre.<sup>98</sup> **Darlegungs- und Beweislast** für Fehlen von Vorbelastungen bei unterlassener Offenlegung Gfter.<sup>99</sup> Auch entspr. Anwendung der **Handelndenhaftung** gem. § 11 II möglich, wenn vor Offenlegung Geschäfte ohne Zust. der

<sup>88</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 30 ff. = NJW 2012, 1875; OLG München NZG 2010, 544; OLG Düsseldorf ZIP 2003, 1501; NZG 2004, 380.

<sup>89</sup> BGH NZG 2011, 1066 Rn. 10; BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 (975); Goette DStR 2004, 461 (464).

<sup>90</sup> BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 (974); ebenso OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1999, 32; MüKoAktG/Pentz AktG § 23 Rn. 101; Goette DStR 2004, 461 (464); Peters, Der GmbH-Mantel als gesellschaftsrechtliches Problem, 1989, S. 71 ff.; Ihrig ZHR 154 (1990), 291; Schick GmbHR 1997, 984; Ahrens DB 1998, 1069; zur Folgerichtigkeit dieser Lösung auch K. Schmidt GesR § 4 III 3d; für Orientierung am ges. Mindeststammkapital aber K. Schmidt GesR § 4 III 3d; Göz/Gehlich ZIP 1999, 1659; Ulmer BB 1983, 1123; Priester DB 1983, 2295; OLG Brandenburg NZG 2002, 641; LG Dresden GmbHR 2000, 1151; AG Duisburg GmbHR 1998, 87.

<sup>91</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 41 = NJW 2012, 1875; BGH NJW 1998, 233.

<sup>92</sup> BGH NZG 2008, 147; OLG Schleswig NZG 2007, 75; ZIP 2007, 822; allg. zur Verjährung der Vorbelastungshaftung BGHZ 105, 300 (304) = NJW 1989, 710.

<sup>93</sup> OLG München NZG 2010, 544; OLG Jena NZG 2004, 1114 (1115); BeckRS 2006, 13966; Bachmann NZG 2011, 441 (443 ff.); Hüffer NJW 2011, 1772 (1773) sowie ein erheblicher Teil der Kommentarliteratur.

<sup>94</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 20 = NJW 2012, 1875.

<sup>95</sup> KG NZG 2010, 387; Bachmann NZG 2012, 579 (581); HK-GmbHG/Pfisterer Rn. 18.

<sup>96</sup> BGH NZG 2011, 1066 Rn. 13; DStR 2008, 933 mAnm Goette.

<sup>97</sup> Zust. HK-GmbHG/Pfisterer Rn. 18.

<sup>98</sup> BGH NZG 2011, 1066 Rn. 13; 2008, 147 = DStR 2008, 933 mAnm Goette.

<sup>99</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 42 = NJW 2012, 1875.

Gfter aufgenommen wurden.<sup>100</sup> Gfter und GFührer haften für **falsche Angaben** im Rahmen von § 8 II analog § 9a I.<sup>101</sup>

- 22 **dd) Abgrenzung.** Die Abgrenzung der Fälle wirtschaftlicher Neugründung iSd Rspr. des BGH wirft in zwei Richtungen Probleme auf: Von Vorratsgründung und Altmantelverwendung zu unterscheiden ist **verzögerte erstmalige Aufnahme der Geschäftstätigkeit** neu gegründeter Ges. Vorratsgründung liegt insoweit nicht vor, wenn satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand auch tatsächlich realisiert werden soll; für Altmantelverwendung fehlt es am Vorhandensein eines zuvor aufgegebenen Unternehmensgegenstands.<sup>102</sup> Keine entspr. Anwendung der Gründungsvorschriften auch bei **bloßer Umstrukturierung**<sup>103</sup> oder **Sanierung**, auch wenn tiefgreifend und mit Satzungsänderung verbunden, innerhalb bestehender GmbH.<sup>104</sup> Modellvorstellung des BGH für Altmantel-Verwendung ist GmbH, die Geschäftsbetrieb endgültig eingestellt hat, über kein nennenswertes GesVermögen mehr verfügt („leere Hülse“), deren Anteile von Dritten im Wege des Mantelkaufs erworben werden und die sodann als Rechtsträgerin für völlig anderes Unternehmen verwendet wird; so etwa bei Erwerb der Geschäftsanteile einer GmbH, deren inzwischen aufgegebenen Unternehmensgegenstand der Betrieb einer sozialen Einrichtung eines Bauunternehmens war, vom Insolvenzverwalter zu einem sich auf ca. 1/10 des Stammkapitals belaufenden Kaufpreis und nachfolgender Abberufung und Neubestellung der GFührer, Verlegung des Sitzes der Ges. und Änderung des Unternehmensgegenstands in die industrielle Herstellung von Zäunen und Pferdeboxen usw.<sup>105</sup> Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Neugründung greifen jedoch nicht nur im genannten Modellfall, sondern immer, wenn eine unternehmenslos gewordene GmbH reaktiviert wird. Daher kommt es für Anwendung letztlich auch nicht darauf an, ob damit, wie meist, ein GfterWechsel verbunden ist (Mantelkauf) oder die bisherigen Gfter den unternehmenslos gewordenen GmbH-Mantel selbst reaktivieren.<sup>106</sup>
- 23 Es sind danach **zwei Elemente**, aus denen sich auf der Grundlage der bisherigen BGH-Rspr. die wirtschaftliche Neugründung bei der Altmantel-Verwendung konstituieren: (1) Die vorangegangene Einstellung jeder aktiven Tätigkeit der Alt-Ges. (unternehmensloser Rechtsträger, „**leere Hülse**“).<sup>107</sup> (2) Die **Reaktivierung** der zuvor „leeren Hülse“ durch ein neues, typischerweise anderes Unternehmen. Gleichwohl bleibt Abgrenzung problematisch.<sup>108</sup> Maßgebend ist, ob

<sup>100</sup> BGH NZG 2011, 1066 Rn. 11 ff.; BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 (975); Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 147 f.; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe § 11 Rn. 103; MüKoGmbHG/Wicke Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 101; HK-GmbHG/Pfisterer Rn. 18; Raiser/Veil KapGesR § 35 Rn. 37; abl. OLG Karlsruhe DB 1978, 1219; OLG Brandenburg GmbHR 1998, 1031 bei Vorratsgründung; Scholz/Schmidt § 11 Rn. 109; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 39; Rowedder/Pentz/Wöstmann § 11 Rn. 94; Berkefeld GmbHR 2018, 337 (344); Bommert GmbHR 1983, 211; Priester DB 1983, 2296 f.; Bärwaldt/Schabacker GmbHR 1998, 1005; Ahrens DB 1998, 1069; Heerma GmbHR 1999, 640; K. Schmidt GesR § 4 III 3e.

<sup>101</sup> BGH NZG 2011, 1066 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 101.

<sup>102</sup> BGH NZG 2010, 427; Lieder NZG 2010, 410 (411).

<sup>103</sup> Ähnlich KG NZG 2023, 888 Rn. 13: bloße wirtschaftliche Neuausrichtung; OLG Düsseldorf GmbHR 2024, 592 (594): zuvor Leer gewordener Geschäftsbetrieb.

<sup>104</sup> BGHZ 155, 318 = NZG 2003, 972 (974); OLG Schleswig NZG 2007, 75; s. auch Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 147 f.; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe § 11 Rn. 103; MHLS/J. Schmidt Rn. 128.

<sup>105</sup> So im Fall BGHZ 155, 318 = NJW 2003, 3198.

<sup>106</sup> OLG München BeckRS 2010, 06615.

<sup>107</sup> BGHZ 192, 341 Rn. 9, 11 = NJW 2012, 1875.

<sup>108</sup> OLG Jena NZG 2004, 1114 (1115) sowie verbreitete Krit. in Lit., etwa Altmeppen DB 2003, 2050; Heidenhain NZG 2003, 1051 (1052); Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 103; insoweit auch Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 167.

Anknüpfung an bisherigen Geschäftsbetrieb erfolgt oder nicht. Anknüpfung fehlt jedenfalls, wenn bisheriger Geschäftsbetrieb tatsächlich bereits stillgelegt war.<sup>109</sup> Es bleibt aber die Frage, wann die AltGes. ihre wirtschaftliche Tätigkeit endgültig eingestellt hat und welche Rolle es spielen kann, wenn AltGes. zwar ihre nach außen aktive Verfolgung ihres Unternehmensgegenstands endgültig eingestellt hat, aber weiterhin über mehr als nur ganz geringe finanzielle Mittel verfügt. Ob dabei die Absichten der Gfter der AltGes., die mit Stilllegung verbunden sind, etwa die Absicht, Ges. mit dem aus dem Erlös des Verkaufs des bisher betriebenen Unternehmens später mit anderem Unternehmenszweck wiederzubeleben, eine Rolle spielen, ist bislang offen, sollte iE aber mangels Beweisbarkeit unbeachtlich bleiben<sup>110</sup> Register- und materiell-rechtlich bedeutsame **Indizien** für wirtschaftliche Neugründung im Gegensatz zur bloßen wirtschaftlichen Neuausrichtung sind daher bereits **objektive Kumulation** von Veräußerung von GAnteilen, Austausch der Geschäftsführung, Sitzverlegung und Änderung von Unternehmensgegenstand, welche **nicht zwingend zeitgleich**, aber wenigstens im engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang erfolgt sein müssen.<sup>111</sup>

**e) Betrag des Stammkapitals (Abs. 1 Nr. 3).** Das Stammkapital benennt 24 Grundlage der GmbH als **KapitalGes.** (zum Mindestbetrag § 5 I, § 5a I). Es kennzeichnet das bei der Gründung oder späterer KE durch Einlagen der Gfter sogleich oder später aufzubringende GesVermögen und gibt insofern Aufschluss über die **Eigenkapitalausstattung**. Vor allem aber legt es als Betrag fest, der mindestens als Reinvermögen zur Befriedigung der GesGläubiger aufgebracht werden soll, **Haftungsfonds**; dadurch wird weitgehende **Haftungsbefreiung der Gfter** gerechtfertigt. Deshalb gewährleistet das Gesetz die möglichst vollständige Aufbringung und Erhaltung des GesVermögens in Höhe des Stammkapitals durch strenge Einlagevorschriften (insbes. § 5, § 7 II und III, § 9, §§ 19 ff., § 24) und durch Verbot von Auszahlungen sowie bilanziellem Gewinnausweis zu dessen Lasten (§§ 30 ff., § 42 I mit § 266 III, A. I. HGB). Sicherung dieser Eigenkapitalausstattung nur durch **Kapitalerhaltungsgebot** gem. § 30 I. – **Keine weitere Absicherung** als „Garantiekapital“, wenn Vermögen durch negative Geschäfte aufgezehrt wird; auch keine Gewähr für eine dem Geschäftsvolumen angemessene Eigenkapitalausstattung (zur Unterkapitalisierung → § 5 Rn. 6f.). Auch iÜ bleibt Informationswert der **Angabe im HR** gem. § 10 I begrenzt, da keine Aussage über Beitreibbarkeit von Resteinlagen und über spätere Entwicklung des GesVermögens, insbes. dessen Verringerung durch Verluste.

Die **Angabe** des Stammkapitals muss **im Gesellschaftsvertrag** selbst erfolgen; 25 Nennung in anderen Urkunden, zB HRAnmeldung, genügt nicht.<sup>112</sup> Genaue Bezeichnung als **fester Betrag in Euro** (Übergangsvorschrift: § 1 EGGmbHG, → § 5 Rn. 3, → § 5 Rn. 72 ff.) erforderlich, nicht lediglich ungefährer oder Höchstbetrag. Angabe aller GAnteile mit genauen Nennbeträgen (Abs. 1 Nr. 4, → Rn. 26) dürfte zwar grds. ausreichen, um Nichtigkeitsfolge im Fall der Eintragung auszuschließen, da Höhe des Stammkapitals aus ihrer Summe zu entnehmen ist;<sup>113</sup> jedoch muss RegGericht das als nicht dem Gesetz entspr. beanstanden.<sup>114</sup> **Änderung des Stammkapitals** vor HREintragung durch Vertragsänderung in

<sup>109</sup> OLG Jena NZG 2004, 1114; Leuering NJW-Spezial 2008, 175.

<sup>110</sup> Dazu s. Habersack/Casper/Löbbecke/Ulmer/Löbbecke Rn. 137 ff.

<sup>111</sup> KG NZG 2023, 888 Rn. 13: innerhalb eines Monats; vgl. auch OLG Düsseldorf BeckRS 2024, 5310 Rn. 27 ff.

<sup>112</sup> KGJ 51, 133.

<sup>113</sup> Ebenso MHLS/J. Schmidt Rn. 28; MüKoGmbHG/Wicke Rn. 47.

<sup>114</sup> Habersack/Casper/Löbbecke/Ulmer/Löbbecke Rn. 24; MüKoGmbHG/Wicke Rn. 47; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 12, 20; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 41; Gehrlein/Born/Simon/Simon Rn. 16.

der Form des § 2; später Kapitalerhöhung oder -herabsetzung nur durch Satzungsänderung (§§ 55 ff., §§ 58 ff.). Danach ist nur noch der neue Betrag im GesVertrag anzugeben, die frühere Zahl kann entfallen (→ § 57 Rn. 25).<sup>115</sup>

- 26 **f) Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile (Abs. 1 Nr. 4).** Abs. 1 Nr. 4 gilt für **Gründung** und ist an § 2 AktG angelehnt.<sup>116</sup> Entspr. sind nach Abs. 1 Nr. 4 nunmehr **Zahl und Nennbeträge** der GAnteile anzugeben (vgl. zu ersten Ansätzen, die Blockchain-Technologie insofern nutzbar zu machen, → § 14 Rn. 10). Summe der Nennbeträge aller GAnteile entspricht bei Gründung dem Betrag des Stammkapitals, § 5 III 2 (→ § 5 Rn. 10). Nach neuem Recht im Zuge des MoMiG soll dagegen nach Ansicht der Begr. RegE die Übereinstimmung nicht nur für Gründung, sondern auch im Fall der Einziehung (→ § 34 Rn. 20), der Kapitalerhöhung und -herabsetzung zwingend sein.<sup>117</sup> Dem ist nicht zu folgen (→ § 5 Rn. 10 f.). Genehmigtes Kapital (→ § 55a Rn. 1 ff.) ist nicht aufzunehmen, solange Kapitalerhöhung nicht vollzogen. – **Nummerierung** in Satzung verlangt Gesetzeswortlaut nicht;<sup>118</sup> ebenso nicht die in § 40 I geforderte Angabe der **prozentualen Beteiligung**. Beides erfolgt gesondert in **GfiterListe** (§ 8 I Nr. 3, § 40 I), welche mit Gründung zu erstellen und bei RegGericht einzureichen ist; lediglich bei Verwendung des MP gem. § 2 Ia erfolgt bei Gründung Gleichstellung von Satzung und GfiterListe (→ § 2 Rn. 50).
- 27 Maßgebend ist **Nennbetrag** des GAnteils gem. § 14 für Einlagepflicht bei Gründung und KE; er bildet insofern **Obergrenze der Einlageverpflichtung**. Soweit mit GAnteil Einlagepflicht verbunden, bestimmt Nennbetrag den von jedem Gfiter auf das Stammkapital einzulegenden Wert. Dieser ist in Form einer Bareinlage zu erbringen, wenn nicht die Voraussetzungen des § 5 IV erfüllt sind. Anzugeben ist Nennbetrag des GAnteils als **fester Betrag in Euro**, auch bei Sacheinlage (→ § 5 Rn. 8, → § 5 Rn. 15), und zwar erkennbar als mitgliederschaftlicher Beitrag iSv Abs. 1 Nr. 4, nicht nur als Leistung nach Abs. 2 oder rein schuldrechtliche Verpflichtung. Zur Mindesthöhe des einzelnen GAnteils und sonstigen Gestaltung der Einlage, auch als Sacheinlage → § 5 Rn. 8 ff. – Abweichender **höherer Ausgabebetrag (Agio)** gehört, anders als nach AktG, nicht hierzu,<sup>119</sup> sondern stellt statutarische oder schuldrechtliche Nebenabrede dar und muss besonders festgesetzt oder vereinbart werden (→ Rn. 43, → Rn. 71).
- 28 Auch nach MoMiG ist zwischen Einlagepflicht und GAnteil zu unterscheiden. Mit der grds. Anknüpfung der Einlagepflicht an den Nennbetrag des GAnteils soll aber die Mitgliedschaft gegenüber der Einlageverpflichtung als deren Folge in den Vordergrund gerückt werden.<sup>120</sup> Nr. 4 könnte daher so verstanden werden, dass Gesetz **seit MoMiG** offenbar von **Existenz von Anteilen vor Eintragung** ausgeht, was ua Folgen für bislang verneinte Abtretbarkeit im Gründungsstadium haben könnte (→ § 2 Rn. 17; → § 11 Rn. 8). Ein solches Verständnis ist jedoch nicht zwingend, da nicht erkennbar ist, dass Gesetzgeber insoweit Änderung der Rechtslage erstrebte. Daher ist weiterhin davon auszugehen, dass eine **Abtretung** von GAnteilen gem. § 15 **im Gründungsstadium nicht möglich** ist, sondern allein einvernehmliche Änderung des GesVertrags.

<sup>115</sup> KG JW 1937, 2655; anders noch JfG 2, 262; iE wie hier auch BayObLG DB 1971, 88 f.; in der Lit. heute ganz hM, s. nur Habersack/Casper/Löbbecke/Ulmer/Löbbecke Rn. 27.

<sup>116</sup> Begr. RegE, BR-Drs. 354/07, 64.

<sup>117</sup> BR-Drs. 354/07, 69 f.; Gehrein DK 2007, 771 (774).

<sup>118</sup> Wie hier Heckschen/Heidinger GmbH-Gestaltungspraxis/Heckschen § 4 Rn. 87; HK-GmbHG/Pfisterer Rn. 22; Altmeyden Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 16; aA Bormann/Ulrichs GmbHR. Sonderheft Oktober 2008, 37 (38).

<sup>119</sup> BGH NZG 2008, 73; zum Sachagio Lubberich DNotZ 2016, 164 ff.

<sup>120</sup> Begr. RegE MoMiG, BR-Drs. 354/07, 63 f.



Während vor MoMiG jeder Gfter bei der Gründung nur einen GAnteil übernehmen durfte, erlaubt § 5 II seit MoMiG auch **Übernahme mehrerer GAnteile** (Begriff → § 14 Rn. 3). Anzugeben sind nach Abs. 1 Nr. 4 mit den GAnteilen im ursprünglichen GesVertrag auch die **Namen der Gfter** (allgM<sup>121</sup>). Das deckt sich mit dem Erfordernis des Vertragsschlusses bzw. der einseitigen Errichtung durch Gründer nach § 2; daher Namensangabe auch bei Einpersonengründung notwendig.<sup>122</sup> Ist GbR (Mit-)Gründerin, musste nach früherem Recht ungeachtet der damals bereits anerkannten (Teil-)Rechtsfähigkeit auch deren Gfter angegeben werden, da es an sonstiger Registerpublizität der GbR fehlte.<sup>123</sup> Im Zuge des MoPeG besteht nunmehr Voreintragungsobliegenheit rechtsfähiger GbR in GesRegister, wenn diese Gfter werden soll, so dass in Gründungssatzung allein Name der GbR allein anzugeben ist, was auch für GfterListe bedeutsam ist (→ § 40 Rn. 16 ff.).

Ähnlich wie in § 23 II AktG und wie schon vor MoMiG<sup>124</sup> müssen **Namen der Gründer** und die von diesen übernommenen GAnteile bei **späteren Neufassungen der Satzung** jedenfalls dann nicht mehr übernommen werden, wenn die Einlagen voll geleistet sind. Weitergehend hält neuere Lit. und Rspr. überw. bei späteren Satzungsänderungen die Beibehaltung der Angaben nach Eintragung der GmbH ins HR auch ohne Rücksicht auf den Stand der Einlagen für entbehrlich, da die ursprgl. Fassung bei den Registerakten verbleibt;<sup>125</sup> dem ist auch für Regelung nach MoMiG zuzustimmen, zumal sich Zahl und Nennbetrag der GAnteile durch spätere Teilung, Zusammenlegung oder Einziehung (§ 46 Nr. 4) außerhalb der Satzung ändern können. Zur mindestens fünfjährigen Beibehaltung der Angaben über Sacheinlagen → § 5 Rn. 52. Bei **Kapitalerhöhung** ist das erhöhte Stammkapital in die Satzung aufzunehmen (→ Rn. 25), jedoch nicht die GAnteile und ihre Übernehmer, da die Übernahme nicht Inhalt des satzungsändernden Kapitalerhöhungsbeschlusses ist, sondern sich außerhalb der Satzung vollzieht (→ § 55 Rn. 40 ff.).<sup>126</sup> Zur nominellen Aufstockung der nach einer Einziehung verbleibenden Anteile → § 34 Rn. 23 f. Aufnahme der Namen der jeweiligen Gfter, dh auch der durch späteren Erwerb hinzugekommenen Inhaber von GAnteilen in die Satzung wurde früher überwiegend als außersatzungsmäßig bedingt abgelehnt.<sup>127</sup> Jedoch bestehen gegen eine solche nur deklaratorisch wirkende Benennung als fakultativer Satzungsinhalt keine Bedenken, wenn die Gfter das entspr. beschlossen haben.<sup>128</sup> Rechtlich maßgebend ist jedoch die ins HR aufgenommene GfterListe (§§ 16, 40).

<sup>121</sup> Scholz/Scheller Rn. 55; weitergehend, auch Anschrift fordernd, Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 34; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 49; Altmeppen Rn. 12.

<sup>122</sup> OLG Hamm OLGZ 86, 159 = NJW 1987, 263; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 34; MHLS/J. Schmidt Rn. 36; Bork/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>123</sup> Vgl. zur Übernahme der Kommanditistenstellung durch GbR BGHZ 148, 291 = NZG 2001, 1132; für Beteiligung einer GbR an GmbH MüKoGmbHG/Wicke Rn. 55; Krafa RegisterRn. 922; offenlassend Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 35.

<sup>124</sup> Seit langem ganz hM, KG DR 1939, 2162; 1943, 983; BayObLG DB 1971, 88; ZIP 1996, 2109; OLG Frankfurt a. M. BB 1981, 695 obiter.

<sup>125</sup> OLG Rostock NZG 2011, 992 (993); OLG München NZG 2010, 998 (999); BayObLG NJW-RR 1997, 485; auch BGH NJW 1989, 169 obiter; Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 32; Scholz/Scheller Rn. 57; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 18; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 46, 51; MHLS/J. Schmidt Rn. 35; MüKoGmbHG/Wicke Rn. 56; Bork/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>126</sup> Scholz/Priester/Tebben § 55 Rn. 37; Altmeppen Rn. 13; zur Rechtslage vor MoMiG auch KG JFG 2, 261; DNotZ 1940, 157; BayObLG DB 1971, 89.

<sup>127</sup> KG DR 1941, 2129; LG Hamburg GmbHR 1952, 155; LG Köln DNotZ 1953, 106.

<sup>128</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe Rn. 34; Scholz/Scheller Rn. 56; Scholz/Priester/Tebben § 53 Rn. 25; Rowedder/Pentz/Raff Rn. 51; MHLS/J. Schmidt Rn. 36; auch OLG Frankfurt a. M. GmbHR 1973, 172; LG Stuttgart NJW 1972, 1997; abl. aber OLG Hamm DB 1996, 322 bei Verwechslungsgefahr mit GründungsGftern.

- 31 2. Bestimmtheit, Unbedingtheit.** Nach Abs. 1 **notwendige Angaben** müssen bestimmt und unbedingtheit sein. Andernfalls ist der GesVertrag mangelhaft (→ Rn. 34; → § 2 Rn. 34 ff.); über mangelnde Individualisierung des Unternehmensgegenstands → Rn. 8. Insbes. die **Beitrittserklärung** als solche durch Übernahme eines GAnteils und die mit ihm verbundene Einlagepflicht sind bedingungsfeindlich. Abs. 1 Nr. 4 lässt keine nur vorläufige, hinausgeschobene oder sonst ungewisse Beteiligung zu; keine Stufengründung (→ § 2 Rn. 15). Unschädlich bloße Rechtsbedingung, die ohnehin Geltendes wiederholt; unbeachtlich Vorbehalte außerhalb des beurkundeten GesVertrags. IÜ machen Bedingung oder sonstiger Vorbehalt Beitrittserklärung unwirksam und dadurch ganzen GesVertrag mangelhaft.<sup>129</sup>
- 32** Als Folge des Mangels besteht grds. ein **Eintragungshindernis** (§ 9c II Nr. 1). Möglichkeit für dessen Behebung str.: Nach einer Ansicht<sup>130</sup> Vertrag von Anfang an nichtig, Bestätigung nur durch Neuvornahme nach § 141 I BGB in der Form des § 2, sofern Beschränkung nicht allein Zeit vor Eintragung betrifft. Nach aA hat hingegen RegGericht einzutragen, wenn Wegfall der Beschränkung, insbes. Eintritt einer aufschiebenden bzw. endgültiger Ausfall einer auflösenden Bedingung, nachgewiesen wird.<sup>131</sup> Dem ist zu folgen; Bestimmtheit der Beitrittserklärungen soll eindeutige Beteiligungsverhältnisse an der GmbH sicherstellen und schließt deshalb Bedingungen und Vorbehalte im Rahmen der Vertragsfreiheit nicht aus, die auf das Gründungsstadium beschränkt sind oder sich in dessen Verlauf erledigen. Daher ist nach hM auch formloser Verzicht des Begünstigten auf eine Beschränkung möglich.<sup>132</sup> Wird die Beschränkung der Beitrittserklärung nicht behoben und ist daher HREintragung nicht zu erreichen, greifen die Regeln über die fehlerhafte Ges. ein (→ § 2 Rn. 34 ff.), insbes. kann jeder Beteiligte Auflösung und Abwicklung einer schon in Vollzug gesetzten VorGes. verlangen.
- 33 Eintragung ins Handelsregister** ohne vorherige Bereinigung des Mangels lässt GmbH entstehen und führt zur Heilung. Uneingeschränkte Bindung des unter Bedingung oder Vorbehalt Beigetretenen aus Gründen des Verkehrsschutzes geboten. Es liegt ein zurechenbarer Erklärungstatbestand vor (→ § 2 Rn. 41), der lediglich eine unzulässige Einschränkung enthält. Deshalb ist der Erklärende entspr. den allg. für Willensmängel beim Beitritt entwickelten Grundsätzen (→ § 2 Rn. 40) nach Eintragung, die insoweit heilend wirkt, uneingeschränkt an seine Erklärung gebunden. Wenn das im Verkehrsinteresse für denjenigen gilt, der der Ges. auf Grund von Irrtum oder Täuschung beigetreten ist, so erst recht für den bewusst, wenn auch unter Bedingung oder Vorbehalt, Beigetretenen.<sup>133</sup>
- 34 3. Mängel des notwendigen Inhalts.** Mängel des notwendigen Inhalts (Abs. 1) machen GesVertrag nichtig. Folgen richten sich grds. nach den Regeln über die fehlerhafte Ges. (→ § 2 Rn. 34 ff.). Insbes. ist Eintragung ins HR nach § 9c II Nr. 1 abzulehnen. – Aus einem wirksamen Vorvertrag (→ § 2 Rn. 30 ff.) kann jeder Gfter auf Abschluss des GesVertrags klagen, entspr. auch auf Korrektur von Inhaltsmängeln durch formgültigen Vertrag.

<sup>129</sup> RGZ 33, 93; 83, 258; stRspr. ganz hM, Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe § 2 Rn. 166; Scholz/Cramer § 2 Rn. 101; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 20.

<sup>130</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe § 2 Rn. 167 f.; MüKoGmbHG/Heinze § 2 Rn. 228; teilw. ähnlich Lutter Kapitalaufbringung S. 94 f.

<sup>131</sup> Scholz/Emmerich, 11. Aufl. 2012, Rn. 55; Roth/Altmeppen/Roth, 8. Aufl. 2015, § 2 Rn. 41 aE; Ehrenberg HandelsR-HdB/Feine S. 181; Anton GmbHR 1973, 75 ff. (77).

<sup>132</sup> Roth/Altmeppen/Roth, 8. Aufl. 2015, § 2 Rn. 41; Lutter Kapitalaufbringung S. 96.

<sup>133</sup> Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer/Löbbe § 2 Rn. 168 f.; Scholz/Cramer § 2 Rn. 101; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 2 Rn. 43; Rowedder/Pentz/Raff § 2 Rn. 115; Altmeppen § 2 Rn. 42; MHLS/Bormann/Stelmaszczyk § 2 Rn. 138; abw. vor allem ältere Lit. und Rspr., RGZ 83, 258; Ehrenberg HandelsR-HdB/Feine S. 180 f. (215); Lutter Kapitalaufbringung S. 95.