

tätigkeiten bzw. Beratungsleistungen, die der Gründer künftig leisten soll bzw. im Zeitpunkt der Rückzahlung bereits geleistet hat. Derartige Fälle seien allein nach kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und damit dann gem. §§ 30, 31 GmbHG zulässig, wenn sie einem Drittvergleich standhalten und die erbrachten Leistungen auch einen objektiven Wert für die Gesellschaft haben.

Die **zentrale Funktion des § 19 Abs. 5 GmbHG** besteht darin, das reine Hin- und Herzahlen, insbesondere im Rahmen von Cash Pooling–Abreden, zu legalisieren.<sup>102</sup> Denn im Rahmen bestehender Cash Pooling–Vereinbarungen hängt es letztlich vom Zufall ab, ob der Saldo des zentralen Master-Accounts im Zeitpunkt der Registeranmeldung zu Gunsten der Gesellschaft oder ihres Gesellschafters positiv oder negativ ist und damit ein gänzlich unzulässiges Hin- und Herzahlen oder eine verdeckte Sacheinlage vorlag.<sup>103</sup> Allerdings sieht § 19 Abs. 5 GmbHG nach einhelliger Auffassung anders als der für verdeckte Sacheinlagen geltende § 19 Abs. 4 GmbHG keine Anrechnungslösung vor, sondern ist dem **Alles-oder-Nichts-Prinzip** verhaftet: Nur wenn die Forderung gegen den Gesellschafter insgesamt vollwertig und fällig bzw. jederzeit fristlos kündbar ist und das beabsichtigte Hin- und Herzahlen zusätzlich in der Anmeldung offengelegt wurde, tritt die Privilegierung ein. Fehlt es auch nur in Bezug auf einen Teil der Forderung an einem der Tatbestandsmerkmale, greift § 19 Abs. 5 GmbHG insgesamt nicht ein.<sup>104</sup>

Das „Hin- und Herzahlen“ weist eine **Nähe zur verdeckten Sacheinlage** (zu letzterer ausführlich → § 9 Rn. 66 ff.) auf.<sup>105</sup> In beiden Fällen soll die „pro forma“ geleistete Einlage infolge vorheriger Abrede an den Gesellschafter zurückfließen, so dass es an einer Leistung der Gelder zur freien Verfügung der Gesellschaft fehlt. Gleichwohl sah schon die frühere Rechtsprechung den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der verdeckten Sacheinlage in der Umgehung der formellen Sachgründungsvorschriften, insbesondere des Satzungserfordernisses des § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG sowie des Erfordernisses eines Sachgründungsberichts. Dagegen ist das Hin- und Herzahlen darüber hinaus bedenklich, weil es wirtschaftlich dazu führt, dass die rechtlich insbesondere durch § 19 GmbHG besonders geschützte gesellschaftsrechtliche Einlageforderung gegen einen bloß schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch ausgetauscht wird. Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 5 GmbHG und dem Willen des Gesetzgebers<sup>106</sup> ist **§ 19 Abs. 4 gegenüber Abs. 5 GmbHG** vorrangig.<sup>107</sup> Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 5 GmbHG ist daher nur eröffnet, wenn die Gelder an den Gründer zurückfließen und die Gesellschaft im Gegenzug einen nicht sacheinlagefähigen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch erhält.<sup>108</sup> Im **Cash Pool** hängt die Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 bzw. Abs. 5 GmbHG davon ab, ob im Zeitpunkt der Kapitalmaßnahme der Mutter gegen die Tochter oder der Tochter gegen die Mutter ein Zahlungsanspruch zustand. Letztlich ist diese Problematik bei der Gesellschaftsgründung zwar weniger relevant als bei der Kapitalerhöhung, kann gerade im Konzern indes Bedeutung erlangen.

**b) Sachlicher Anwendungsbereich.** § 19 Abs. 5 GmbHG erfasst jedenfalls das **Hin- und Herzahlen**. In Bezug auf die Anforderungen an die schädliche **Abrede**, die dem Hin- und Herzahlen zugrundeliegen muss, gelten die zur verdeckten Sacheinlage gemach-

<sup>102</sup> Ausf. Regierungsbegründung zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 34 f.

<sup>103</sup> Näher Hangebrauck, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Existenzschutz bei konzernweiten Cash-Pooling-Systemen (2008), 104 f.; Herrler DNotZ 2008, 903 (906 f.); Westermann DZWIR 2008, 485 (490); vgl. auch Grigoleit/Rieder, GmbH-Recht nach dem MoMiG, Rn. 190 ff.

<sup>104</sup> Statt aller Herrler DB 2008, 2347 (2348); Tebben RNotZ 2008, 441; Heckschen DStR 2009, 166 (173); Herrler DNotZ 2008, 903 (905).

<sup>105</sup> So auch die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/6140, 97; ausf. Schall ZGR 2009, 126 (135 ff.).

<sup>106</sup> Regierungsbegründung zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 34.

<sup>107</sup> Statt aller Herrler DB 2008, 2347 (2348); Westermann DZWIR 2008, 485 (490).

<sup>108</sup> Zur Abgrenzung BGH 21.11.2005 – II ZR 140/04, BGHZ 165, 113 = NJW 2006, 509 = GmbHR 2006, 43 Rn. 9 ff.

ten Ausführungen (→ § 9 Rn. 66 ff.) entsprechend auch hier: Die Abrede ist von allen Gründern bereits vor bzw. bei Satzungserrichtung zu treffen, bei der Ein-Personen-Gründung kommt es nur auf den Willen des Gründers an. Auch im Rahmen des § 19 Abs. 5 GmbHG greift eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Abrede bzw. des schädlichen Gründerwillens ein, wenn der Rückfluss der Mittel innerhalb von ca. sechs Monate ab Gründung erfolgt. Im Fall des **Her- und Hinzahlens** bedarf es keiner anfänglichen Abrede der Parteien, da sich bereits aus der vorherigen Zahlung der Mittel die Schädlichkeit der späteren Einlagenbewirkung ergibt.

- 48 c) Voraussetzungen der Legalisierung.** Erste Voraussetzung des Privilegs des § 19 Abs. 5 GmbHG ist die Existenz eines vollwertigen, jederzeitigen Rückzahlungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Gründer. Dieses Erfordernis soll die effektive Kapitalaufbringung sicherstellen. Erforderlich ist eine über jeden Zweifel erhabene Bonität des Gründers oder aber die hinreichende Besicherung des Anspruchs. Nach verbreiteter Ansicht muss der Anspruch gegen den Gründer nicht der Verzinsung unterliegen.<sup>109</sup> Die fehlende Verzinsung berühre nicht den Nominalwert der Forderung, zudem müsse die Gesellschaft ohnedies die Befugnis haben, die Forderung jederzeit fällig zu stellen, so dass sich die Dauer der Mittelüberlassung und damit die Höhe des (kapitalisierten) Zinses nicht abschätzen lassen. Es überwiegt aber die Gegenposition, die eine Verzinsung verlangt.<sup>110</sup> Denn § 19 Abs. 5 GmbHG soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf einer bilanziellen Betrachtungsweise beruhen.<sup>111</sup> Unverzinsliche Forderungen aber sind bilanziell auf ihren Barwert abzuzinsen, um den Wertverlust der erst künftigen Zahlung zu kompensieren.
- 49** Weiterhin muss die Forderung liquide sein, dh die Forderung muss entweder kraft Gesetzes sofort fällig sein bzw. – was häufiger vorkommt – der Gesellschaft muss ein Recht zur jederzeitigen Fälligestellung zustehen. Nur so kann die Forderungen auch bei sich verschlechternder Bonität des Gründers noch realisiert werden.
- 50** Ferner bedarf es einer Abrede über das beabsichtigte Hin- und Herzahlen, die den gleichen Anforderungen unterliegt wie bei der verdeckten Sacheinlage (→ § 9 Rn. 66 ff.). Die Existenz der Abrede ist offenzulegen, dh in der Anmeldung der Gesellschaft nach § 8 GmbHG anzugeben (§ 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG). Auch sind bei Anmeldung Angaben über die Bonität des Gründers und die Fälligkeit des Anspruchs bzw. etwaige Kündigungsrechte zu machen, damit das Registergericht die Angaben überprüfen kann.<sup>112</sup> Letztlich folgt daraus, dass der Vertrag, auf dem die Rückzahlung an den Gründer beruhen soll, ebenfalls schriftlich einzureichen ist.<sup>113</sup> Schließlich ist unbedingt zu beachten, dass die genannten Voraussetzungen in Bezug auf den gesamten Betrag, der „hin- und hergezahlt“ werden soll, zu beachten sind. Aufgrund des bei § 19 Abs. 5 GmbHG geltenden „Alles oder Nichts-Prinzips“ wird andernfalls auch ein vollwertiger und sofort fälliger bzw. jederzeit fristlos kündbarer Rückzahlungsanspruch, der in der Anmeldung angegeben war, von dem Verstoß infiziert.
- 51 d) Rechtsfolgen.** Rechtsfolge des § 19 Abs. 5 GmbHG ist die Wirksamkeit der Gründung und damit auch die Tilgung der Einlagenschuld des Gründers und zwar – anders als bei der verdeckten Sacheinlage gem. § 19 Abs. 4 GmbHG – bereits in der Zeit vor Eintragung.<sup>114</sup> Dieses Privileg erkaufte sich der Gründer durch die Offenlegung.

<sup>109</sup> Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper GmbHG § 19 Rn. 187; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 19 Rn. 77.

<sup>110</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 19 Rn. 115; MüKoGmbHG/Schwandtmer § 19 Rn. 345; Henssel/Strohn/Verse § 19 Rn. 83 (unter Berufung auf das Deckungsgebot); Wicke/Wicke GmbHG § 19 Rn. 32a.

<sup>111</sup> Regierungsbegründung zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 35.

<sup>112</sup> Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper GmbHG § 19 Rn. 193; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 19 Rn. 80; Henssel/Strohn/Verse GmbHG § 19 Rn. 87.

<sup>113</sup> Heckschen DStR 2009, 166 (173).

<sup>114</sup> Etwa Herrler DB 2008, 2347 (2348).

§ 19 Abs. 5 GmbHG ist nicht abschließend. Bereits die Regierungsbegründung weist darauf hin, dass auch jenseits von § 19 Abs. 5 GmbHG ein tatbestandlich an sich vorliegendes Hin- und Herzahlen dadurch geheilt wird, dass es tatsächlich zum erneuten und endgültigen Mittelrückfluss an die Gesellschaft kommt.<sup>115</sup> Dem folgt auch die Rechtsprechung.<sup>116</sup> Daran wird es freilich gerade im neuralgischen Cash Pool stets fehlen, da die Gesellschaften einander hier ständig neue Darlehen gewähren und daher von einer endgültigen Tilgung erst bei Beendigung der Konzernverrechnung ausgegangen werden kann.

**e) Rechtslage vor Eintragung.** Das Gericht hat die Eintragung jedenfalls abzulehnen, wenn es erkennt, dass ein nicht ordnungsgemäß offengelegter Fall des Hin- und Herzahlens vorliegt. Wird das Hin- und Herzahlen dagegen in der Anmeldung offengelegt, hat das Gericht die Eintragung abzulehnen, wenn Zweifel an der Werthaltigkeit oder Fälligkeit des Zahlungsanspruchs bestehen. Insbesondere kommt eine analoge Anwendung von § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG, der im Hinblick auf Sacheinlagen die Werthaltigkeitsprüfung auf wesentliche Überbewertungen beschränkt nicht in Betracht, da es sich beim Hin- und Herzahlen nicht um ein sacheinlagenrechtliches Problem handelt.<sup>117</sup> Liegen dagegen die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG vor, so wird die Einlagenschuld bereits in der Zeit vor Eintragung wirksam getilgt (→ Rn. 51 f.).

### 3. Sacheinlagen

**a) Verdeckte Sacheinlagen.** Zu den in Verbindung mit den sog. verdeckten Sacheinlagen iSd § 19 Abs. 4 GmbHG auftretenden Problemen und zum Hin- und Herzahlen → Rn. 44 ff.

**b) Unterdeckung.** Für den Fall, dass der Sacheinlagegegenstand wirksam eingebracht wurde, sein Wert im Zeitpunkt der Anmeldung jedoch nicht den im Gesellschaftsvertrag gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG festgesetzten Anrechnungsbetrag deckt, ist nach Zeiträumen zu unterscheiden: Das Registergericht hat die **Eintragung** gem. § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG **abzulehnen**, wenn die Unterdeckung „nicht nur unwesentlich“ ist. In einem solchen Fall können die Gesellschafter den Verstoß durch Satzungsänderung heilen, wofür die folgenden Lösungen zur Verfügung stehen: Zum einen können sie den Wert des übernommenen Anteils an den realen Wert des Vermögensgegenstandes anpassen und damit im Zweifel auch das Stammkapital reduzieren. Zweitens kann der Gründer auf die Sacheinlage ganz oder teilweise zu Gunsten einer Geldeinlage verzichten, was ggf. zu einer Mischeinlage führt. Drittens können die Gründer den Sacheinlagegegenstand ganz oder teilweise austauschen.<sup>118</sup> Kommt es dennoch zur Eintragung, trifft den Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrages gem. § 9 Abs. 1 GmbHG eine verschuldensunabhängige **Differenzhaftung** (zu dieser → § 9 Rn. 71 ff.), daneben sind Schadensersatzansprüche insbesondere nach § 9a GmbHG wegen falscher Angaben über den Wert der Sacheinlage denkbar.

**c) Leistungsstörungen. aa) Sach- und Rechtsmängel.** Weisen eingebrachte Gegenstände Sach- oder Rechtsmängel auf, sind die **§§ 280 ff., 434 ff. BGB grundsätzlich analog** anzuwenden,<sup>119</sup> soweit der Analogie nicht die Besonderheiten des Sachgründungsrechts entgegenstehen. Demzufolge kommen bei Mängeln jedenfalls Ansprüche wegen Minderung oder auf Schadensersatz „neben der Leistung“ iSd § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Problematisch und **ausgeschlossen** sind demgegenüber sämtliche Ansprüche, die

<sup>115</sup> Regierungsbegründung zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 34.

<sup>116</sup> So auch BGH 22.3.2010 – II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 = NZG 2010, 702 = GmbHR 2010, 700 Rn. 16 – AdCoCom. Ausf. Ulmer/Habersack/Löbbe/Casper GmbHG § 19 Rn. 197 ff.

<sup>117</sup> Wie hier Herrler DB 2008, 2347 (2349).

<sup>118</sup> Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 5 Rn. 35; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper GmbHG § 5 Rn. 103; Scholz/Veil GmbHG § 5 Rn. 61.

<sup>119</sup> BGH 2.5.1966 – II ZR 219/63, BGHZ 45, 338 = NJW 1966, 1311 = GmbHR 1966, 139; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 5 Rn. 39; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper GmbHG § 5 Rn. 107, 114 ff.; Scholz/Veil GmbHG § 5 Rn. 69 ff.

insgesamt zur **Rückabwicklung** führen und damit der Gesellschaft den Sacheinlagegegenstand wieder entziehen, dh insbesondere der Rücktritt und der Schadensersatz statt der Leistung, wenn man in seine Berechnung auch den Gegenleistungsanspruch einbezieht und diesen so zum Erlöschen bringt. Problematisch ist auch die Annahme einer **Nacherfüllungspflicht** des Gesellschafters (insbes. gem. § 437 Nr. 1, § 439 BGB), da sich hierdurch die vereinbarte Sacheinlage in eine Beschaffungsschuld umwandelt. Überzeugender erscheint es, die Folgen der Leistung mangelbehafteter Vermögensgegenstände ausschließlich über die Differenzhaftung gem. § 9 GmbHG sowie Schadensersatzansprüche gem. § 280 Abs. 1 BGB zu beurteilen.<sup>120</sup>

- 57 bb) Unmöglichkeit.** Ist eine Sachleistung für den Gründer oder für jedermann unmöglich, ist der Anspruch auf die Leistung in jedem Fall ausgeschlossen, ohne dass dies die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages im Allgemeinen und der Sacheinlagevereinbarung im Besonderen beeinträchtigt.<sup>121</sup> Lag das Leistungshindernis bereits **bei Vertragsschluss** vor, kann die Gesellschaft nach ihrer Wahl eine Geldeinlage oder auf Grund von § 311a Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern, falls dem Gründer nicht das Leistungshindernis bei Vertragsschluss unbekannt war und er seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Eine mildere Haftung zu vereinbaren, verbietet der im GmbH-Recht geltende Grundsatz der vollständigen Kapitalaufbringung. Dieser schließt es auch aus, lediglich den in § 311a Abs. 2 S. 1 BGB ebenfalls vorgesehenen Aufwendungsersatz zu beanspruchen. Ein Verstoß begründet eine Haftung des betroffenen Gründers nach § 9 GmbHG und aller Gesellschafter nach § 24 GmbHG. Tritt das Leistungshindernis erst **nach Vertragsschluss** ein, kann die Gesellschaft entweder eine Geldeinlage fordern oder gem. Schadensersatz nach § 280 Abs. 1, Abs. 3 iVm § 283 BGB oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB oder Herausgabe von Ersatz(-ansprüchen) nach § 285 BGB verlangen. § 326 Abs. 5 BGB eröffnet zusätzlich ein Recht zum Rücktritt, das zur Bareinlageverpflichtung führt. § 326 Abs. 1 BGB, der bei Unmöglichkeit der Leistung das Erlöschen des Gegenleistungsanspruchs anordnet, ist nicht entsprechend anwendbar.
- 58 cc) Verzögerung der Leistung.** Voraussetzungen und Folgen einer Verzögerung der Leistung einer Sacheinlage richten sich nach den allgemeinen Regeln über den Verzug in §§ 280 ff., 286 BGB. Sie gehen auf Verzugszinsen und Schadensersatz neben der Leistung, Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB kommt dagegen ebensowenig in Betracht wie ein Rücktritt gem. § 323 BGB.
- 59 dd) Sonstige Pflichtverletzungen.** Werden von einem Gesellschafter bei der Einbringung von Sacheinlagen sonstige Pflichten verletzt, indem er etwa auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Gesellschaft nicht genügend Rücksicht nimmt (vgl. § 241 Abs. 2 BGB), können der Gesellschaft daraus Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB zustehen. Ist der Gesellschaft wegen einer Pflichtverletzung ein Festhalten an der Sacheinlagevereinbarung nicht mehr zuzumuten, kann sie außerdem gem. § 324 BGB von dieser zurücktreten und hierdurch eine Bareinlageverpflichtung begründen.

#### 4. Vorbelastungen

- 60** Erbringen die Gründer ihre Einlagen ordnungsgemäß, verringert sich aber das Vermögen der Gesellschaft zwischen Anmeldung und Eintragung unter den Betrag des Stammkapitals, stellt dies nach zutreffender, wenngleich umstrittener Auffassung kein Eintragungshindernis iSv § 9c GmbHG dar.<sup>122</sup> Wird die Gesellschaft trotz der Vermögensminderung eingetragen,

<sup>120</sup> Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Zeidler GmbHG § 5 Rn. 176.

<sup>121</sup> Statt aller Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper GmbHG § 5 Rn. 114f.; Scholz/Veil GmbHG § 5 Rn. 63.

<sup>122</sup> Wie hier Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 9c Rn. 12; Scholz/Veil GmbHG § 9c Rn. 29. AA etwa Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack GmbHG § 9c Rn. 34: Ablehnung der Eintragung bei vor Stellung des Eintragungsantrags eingetretenen Vorbelastungen; Roth/Altmeppen/Roth GmbHG § 9c Rn. 13: Vollumfängliches Prüfungsrecht.

entsteht die GmbH in jedem Fall wirksam. Für die Differenz zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens zum Zeitpunkt der Eintragung haften die Gesellschafter nach den Grundsätzen der Vorbelastungshaftung.

## VII. Mängel bei der Bestellung der Geschäftsführer

### 1. Verstoß gegen Bestellungsverbote (Inhabilität)

Verstößt die Bestellung eines Geschäftsführers **von Anfang** an gegen eines der Hinder- 61  
nisse des § 6 GmbHG, ist sie ohne Rücksicht auf eine Kenntnis des Mangels **nichtig**.<sup>123</sup>  
Erfolgt die Bestellung erst für einen späteren Zeitpunkt, richtet sich die Wirksamkeit nach  
den dann geltenden Verhältnissen. Ein bei der Bestellung unentdeckt gebliebener Mangel  
wird nicht dadurch geheilt, dass die Ursache später wegfällt, vielmehr ist dann eine Neu-  
bestellung geboten.<sup>124</sup> Tritt die Inhabilität **nachträglich** auf, **erlischt das Amt** in diesem  
Zeitpunkt eo ipso.<sup>125</sup>

### 2. Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag

Verstößt die Bestellung eines Geschäftsführers von Anfang an gegen den Gesellschafts- 62  
vertrag, muss unterschieden werden: Bestellt ein **unzuständiges Organ** den Geschäfts-  
führer, weil der Gesellschaftsvertrag die Bestellung einem anderen Organ als der Gesell-  
schafterversammlung zuweist oder einem Bestellungsbefugten als Sonderrecht überlässt  
oder der Bestellende seine Kompetenz überschreitet, ist die Bestellung nichtig und der  
Bestellte ist nicht Geschäftsführer geworden.<sup>126</sup> Bestellt das **zuständige Organ** den Ge-  
schäftsführer, liegt jedoch ein **Verstoß gegen spezielle satzungsmäßige Bestellungs-**  
**verbote** vor oder ist der **Bestellungsbeschluss** sonst **mangelhaft**, ist er wirksam, aber  
anfechtbar.<sup>127</sup> Tritt der Verstoß erst später auf, etwa weil eine gesellschaftsvertragliche  
Eignungsvoraussetzung bei einem Geschäftsführer wegfällt, erlischt sein Amt dadurch nicht,  
er kann aber aus wichtigem Grund abberufen werden.<sup>128</sup> Eine Heilung ist jederzeit durch  
eine ordnungsgemäße Neubestellung möglich.

### 3. Folgen

Die Nichtigkeit der Bestellung, nicht aber ihre bloße Anfechtbarkeit, stellt ein **Eintra-** 63  
**gungshindernis** iSd § 9c Abs. 1 GmbHG dar. Wird der Bestellte dennoch als Geschäfts-  
führer im Handelsregister eingetragen, heilt die Eintragung den Mangel der nichtigen  
Bestellung nicht. Die **Grundsätze der fehlerhaften Organstellung** finden auf nichtige  
Bestellungen nach zutreffender, aber umstrittener Ansicht **keine Anwendung**.<sup>129</sup> Rechts-

<sup>123</sup> Unstr., vgl. BayObLG 4.2.1993 – 3 Z BR 6/93, BayObLGZ 1993, 57 (61) = GmbHR 1992, 304; OLG Frankfurt a. M. 4.3.1994 – 20 W 49/94, GmbHR 1994, 802; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 17; MüKoGmbHG/Goette § 6 Rn. 43; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 42; Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 6 Rn. 38; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Tebben GmbHG § 6 Rn. 88.

<sup>124</sup> Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 17; MüKoGmbHG/Goette § 6 Rn. 44; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 42.

<sup>125</sup> BGH 1.7.1991 – II ZR 292/90, BGHZ 115, 78 (80) = NJW 1991, 2566 = GmbHR 1991, 358; BGH 24.10.2005 – II ZR 55/04, NZG 2006, 62 = GmbHR 2006, 46 Rn. 16; BayObLG 4.2.1993 – 3 Z BR 6/93, BayObLGZ 1993, 57 (61) = GmbHR 1992, 304; OLG Düsseldorf 2.6.1993 – 11 W 37/93, GmbHR 1994, 114; Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 17; Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 6 Rn. 38.

<sup>126</sup> Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 33 aE.

<sup>127</sup> Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 33; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 61; Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 6 Rn. 73.

<sup>128</sup> Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 6 Rn. 73.

<sup>129</sup> Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 43; implizit etwa BGH 1.7.1991 – II ZR 292/90, BGHZ 115, 78 (80) = NJW 1991, 2566 = GmbHR 1991, 358; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Tebben GmbHG § 6 Rn. 88 ff. AA Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 17 (allerdings beschränkt auf das Innenverhältnis zur Gesellschaft); Henssler/Strohn/Oetker § 6 Rn. 29;

geschäfte und Handlungen, die ein Schein-Geschäftsführer für die Gesellschaft vornimmt, sind mangels organschaftlicher Vertretungsmacht an sich unwirksam; Dritte werden jedoch durch § 15 Abs. 1 HGB bzw. allgemeine Rechtsscheinstatbestände geschützt. Handelt der wegen Geschäftsunfähigkeit inhabile, aber eingetragene Geschäftsführer rechtsgeschäftlich für die Gesellschaft, kann § 15 Abs. 1 HGB jedoch nur über die fehlende Organstellung hinweghelfen, nicht aber darüber, dass Geschäftsunfähige gem. §§ 105, 165 BGB nicht wirksam im Namen des Prinzipals handeln können.<sup>130</sup> Allerdings soll sich die Gesellschaft nicht auf die unwirksame Vertretung berufen können, wenn die Gesellschafter von der fehlenden Geschäftsfähigkeit Kenntnis hatte oder hätte haben müssen.<sup>131</sup>

- 64 Das organschaftliche Handeln des vermeintlichen Geschäftsführers entfaltet zwar nach dem Gesagten zu Gunsten bzw. zu Lasten der Gesellschaft keine Wirkung, kann aber als dasjenige eines **faktischen Organs** zur persönlichen Gründungshaftung gem. § 9a GmbHG, zur Haftung nach § 43 GmbHG, zu Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO oder zu einer Strafbarkeit nach §§ 82 ff. GmbHG führen.<sup>132</sup>

#### 4. Sonstige Organe

- 65 Sieht der Gesellschaftsvertrag sonstige Organe vor, die bei Eintragung bereits bestellt sein müssen, insbesondere Aufsichtsrat oder Beirat, sind Mängel bei deren Bestellung entsprechend dem zum Geschäftsführer Gesagten zu behandeln. So bildet die noch fehlende Berufung dieser Organe ebenso wie die Nichtigkeit ihrer Bestellung und damit anders als die bloße Anfechtbarkeit ihrer Bestellung ein Eintragungshindernis (§ 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG). Wird die Gesellschaft trotz bestehenden Eintragungshindernisses eingetragen, entsteht sie zwar wirksam; der Mangel wird durch die Eintragung aber nicht geheilt. Vielmehr ist dazu eine Nachholung oder Neuvornahme der Bestellung nötig.

### VIII. Mängel der Anmeldung

#### 1. Fehlen von Geschäftsführern

- 66 Die Gesellschaft ist gem. § 78 GmbHG von **sämtlichen** zu ihrer Vertretung nach Satzung bzw. Gesetz<sup>133</sup> erforderlichen Geschäftsführern – einschließlich ihrer Stellvertreter (vgl. § 44 GmbHG) – anzumelden.<sup>134</sup> Ist die Bestellung eines Geschäftsführers nichtig und läge ohne deren Mitwirkung **keine ordnungsgemäße Anmeldung** vor, weil die Gesellschaft dann nicht die nach Gesetz oder Satzung erforderliche Anzahl von Geschäftsführern hat, ist die Eintragung gem. § 9c Abs. 1 GmbHG zu versagen. Um das Eintragungshindernis zu beseitigen bedarf es einer Neubestellung oder, wenn der Mangel auf der Satzung beruht, einer Änderung der Satzung. Anschließend sind die GmbH als solche und alle Geschäftsführer erneut anzumelden. Nicht möglich ist es, die Anmeldung durch einen vor Eintragung der GmbH bestellten Notgeschäftsführer durchführen zu lassen, da die Gesellschaft vor Eintragung noch nicht notwendig auf Organe angewiesen ist und die Gründer den Mangel selbst unschwer heilen können. Eine trotz Vorliegens eines Eintragungshindernisses eingetragene GmbH entsteht jedoch wirksam. In diesen Fällen müs-

---

Noack/Servatius/Haas/Zoellner/Noack GmbHG § 35 Rn. 8. Widersprüchlich Ziemons/Jaeger/Wisskirchen/Kuhn GmbHG § 6 Rn. 31, wonach zwar die Lehre von der fehlerhaften Organstellung Anwendung finde, es aber dennoch im Verhältnis zu Dritten auf § 15 HGB ankomme.

<sup>130</sup> BGH 1.7.1991 – II ZR 292/90, BGHZ 115, 78 (79 f.); Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 48.

<sup>131</sup> Nachw. bei Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 6 Rn. 17; MüKoGmbHG/Goette § 6 Rn. 48; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Tebben GmbHG § 6 Rn. 91.

<sup>132</sup> Ausführlich wie hier Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 44 f.

<sup>133</sup> Etwa der Arbeitsdirektor im Montanbereich, vgl. → § 6 Rn. 1 ff.

<sup>134</sup> BGH 6.3.1992 – II ZB 17/91, BGHZ 117, 323 (325 ff.) = NJW 1992, 1824 = GmbHR 1992, 451; Roth/Altmeyen/Altmeyen GmbHG § 78 Rn. 3; Scholz/Veil GmbHG § 7 Rn. 10.

sen unverzüglich Geschäftsführer in der nach Gesetz bzw. Satzung nötigen Anzahl neu bestellt werden, wie wenn die Lage nach Eintragung der GmbH eingetreten wäre; falls die Minderzahl auf einer Satzungsbestimmung beruht, kommt auch eine Anpassung der Satzung in Betracht.

Ist die **Bestellung eines von mehreren Geschäftsführer nichtig**, bedarf es zur wirksamen Vertretung der Gesellschaft der Mitwirkung dieses Geschäftsführers nicht, soweit auch ohne den Betreffenden die erforderliche Mindestanzahl an Geschäftsführern bestellt ist. Die Nichtigkeit der Bestellung hindert die Eintragung der GmbH nicht, die betroffene Person hingegen darf nicht eingetragen werden. Es steht den Gesellschaftern dann frei, es bei den wirksam bestellten Geschäftsführern zu belassen oder einen neuen Geschäftsführer an Stelle des nicht Geschäftsführer Gewordenen zu berufen oder, wenn zulässig, ihn selbst neu als Geschäftsführer zu bestellen. Eine ordnungsgemäße Anmeldung liegt analog § 130 Abs. 2 BGB auch vor, wenn nach der Anmeldung, aber vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ein Geschäftsführer stirbt, geschäftsunfähig wird oder sein Amt niederlegt.<sup>135</sup> In derartigen Fällen ist die GmbH selbst einzutragen, nicht hingegen die betroffene Person. Da ursprünglich eine ordnungsgemäße Anmeldung vorlag, gilt das selbst dann, wenn Tod oder Amtsniederlegung dazu führen, dass die Gesellschaft mangels hinreichender Zahl von Geschäftsführern nun nicht mehr handlungsfähig ist; in diesem Fall müssen unverzüglich Geschäftsführer in der nach Gesetz bzw. Satzung nötigen Anzahl neu bestellt oder die Satzung entsprechend angepasst werden.

## 2. Mangelhafte Anmeldungen

a) **Allgemeines.** Auch bei der Anmeldung können Mängel auftreten, weil gem. § 8 GmbHG erforderliche Angaben fehlen, der bzw. die Geschäftsführer einem Irrtum unterlagen, bedroht oder getäuscht wurden, eine Anmeldung überhaupt nicht abgeben wollten, vorübergehend in der Geschäftsfähigkeit beschränkt waren etc. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen der gleichwohl erfolgten Eintragung kommt es darauf an, ob der Gesellschaft die Anmeldung zuzurechnen ist.

b) **Fehlende bzw. nicht zurechenbare Anmeldung.** Fehlt eine Anmeldung überhaupt oder ist sie auch nur einem Geschäftsführer nicht zurechenbar, entsteht die GmbH selbst durch ihre Eintragung nicht, sondern bleibt „**Scheingesellschaft**“. Eine Anmeldung fehlt, wenn eine Anmeldung entweder nie erfolgte oder wenn sie nur durch Nichtgeschäftsführer vorgenommen wurde oder wenn sämtliche anmeldenden Geschäftsführer ihre Anmeldung vor Eintragung zurückgenommen haben oder wenn die Bestellung sämtlicher Geschäftsführer nichtig sein sollte. Die Scheingesellschaft ist analog § 395 FamFG von Amts wegen **zu löschen**,<sup>136</sup> es sei denn, der Mangel wird behoben.

c) **Mangelhafte aber zurechenbare Anmeldung.** Leidet die Anmeldung unter einem anderen Mangel, entsteht die GmbH wirksam mit Eintragung. Eine Auflösungsklage gemäß § 75 GmbHG oder ein Amtsaufhebungsverfahren nach dem FamFG sind nicht zulässig. Das gilt selbst dann, wenn die Anmeldung Inhalts- oder Formmängel aufweist oder unzulässigerweise ein Bevollmächtigter<sup>137</sup> die Anmeldung vorgenommen hatte. Das gilt ferner, wenn einzelne von mehreren Geschäftsführern bei der Anmeldung nicht mitgewirkt hatten, aber die Anmeldung dem Willen aller Geschäftsführer – auch der nicht anmeldenden – entsprach oder wenn nach Anmeldung, aber vor Eintragung alle wirksam bestellten Ge-

<sup>135</sup> Ulmer/Habersack/Löbbecke/Ulmer/Casper GmbHG § 7 Rn. 10; Scholz/Veil GmbHG § 7 Rn. 12. AA Scholz/Schneider/Schneider GmbHG § 6 Rn. 3.

<sup>136</sup> HM, vgl. Noack/Servatius/Haas/Haas GmbHG § 75 Rn. 11 (Amtslöschung analog § 375 FamFG); MüKoGmbHG/Hillmann § 75 Rn. 43; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Tebben GmbHG § 7 Rn. 17.

<sup>137</sup> Zur Unzulässigkeit der Stellvertretung bei der erstmaligen Anmeldung zur Eintragung vgl. Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 7 Rn. 3; MüKoGmbHG/Herrler § 7 Rn. 21. Zwischen Anmeldeerklärung und Abgabe der Versicherungen gem. § 8 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG differenzierend Ulmer/Habersack/Löbbecke/Ulmer/Casper GmbHG § 7 Rn. 13 f.

schäftsführer wegfielen.<sup>138</sup> Gleiches gilt, wenn die einzureichenden Unterlagen oder Erklärungen unzureichend waren oder fehlten.<sup>139</sup> Wird die Gesellschaft eingetragen, obwohl es am Sachgründungsbereich fehlte, ist dieser Mangel mit Eintragung geheilt.<sup>140</sup>

### IX. Mängel der Eintragung

- 71 Mängel bei der Eintragung der GmbH im Handelsregister können die wirksame Entstehung der Gesellschaft grundsätzlich nicht beeinträchtigen. Lediglich dann, wenn Mängel so schwer wiegen, dass nicht einmal mehr die Identität der Gesellschaft aus dem Register mit hinreichender Deutlichkeit ersichtlich ist, entsteht die GmbH erst mit Berichtigung der Mängel. Das ist insbesondere bei grob falscher Eintragung der Firma anzunehmen, nicht aber bei Fehlern des Sitzes oder des Unternehmensgegenstandes.<sup>141</sup> Werden hingegen einzelne Bestimmungen oder etwa die Zeitdauer der Gesellschaft nicht oder falsch eingetragen, gelten die richtigen Bestimmungen,<sup>142</sup> allerdings wird der Rechtsverkehr gem. § 15 Abs. 3 HGB geschützt, soweit die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen. Ein Rechtsmittel gegen die Eintragung ist nicht gegeben, allerdings sind Schreibfehler oÄ von Amts wegen zu berichtigen (§ 17 HRV), sonstige Unrichtigkeiten auf formlosen Antrag der Anmelder. Das gilt auch für den Eintragungstag; der Beweis seiner Unrichtigkeit ist zulässig.<sup>143</sup> Ist die Veröffentlichung unvollständig oder unrichtig, muss sie insoweit unter Beachtung von § 17 Abs. 3 S. 2 HRV wiederholt werden.<sup>144</sup> Wird die Eintragung verzögert oder schleichen sich bei ihr oder der Veröffentlichung Fehler ein, kommen bei einer schuldhaften Pflichtverletzung des Registerrichters Amtshaftungsansprüche nach § 839 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>145</sup> Anspruchsberechtigt sind die Gesellschaft und all diejenigen, für welche die Eintragung von Bedeutung ist oder sein kann. Das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB gilt hier nicht, wohl aber besteht eine Pflicht zur Schadensabwendung nach § 839 Abs. 3 BGB; an die Stelle des wie oben ausgeführt nicht zulässigen Rechtsmittels tritt insoweit ein Berichtigungsbegehren. Trägt ein unzuständiges Gericht ein schadet das nicht,<sup>146</sup> es gilt vielmehr § 13h HGB analog.<sup>147</sup>

### X. Nichtigkeitsklage (§ 75 GmbHG)

- 72 Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Höhe des Stammkapitals oder über den Gegenstand des Unternehmens oder sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über den Gegenstand des Unternehmens nichtig, kann gem. § 75 GmbHG jeder Gesellschafter, Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrats im Wege der Klage die Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft beantragen. Die Aufzählung der Gründe in § 75 GmbHG, auf die eine Nichtigkeitsklage gestützt

<sup>138</sup> Vgl. Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 7 Rn. 4; Ulmer/Habersack/Löbbe/Paefgen GmbHG § 6 Rn. 9; Scholz/Veil GmbHG § 7 Rn. 15.

<sup>139</sup> Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 5 Rn. 56; Scholz/Veil GmbHG § 7 Rn. 15.

<sup>140</sup> BGH 14.6.2004 – II ZR 121/02, NZG 2004, 910 (911) = GmbHR 2004, 1219.

<sup>141</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff § 10 Rn. 19; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack GmbHG § 10 Rn. 23; Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 21.

<sup>142</sup> Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack GmbHG § 10 Rn. 21 f.; Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 14 aE und 22.

<sup>143</sup> Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack GmbHG § 10 Rn. 5; Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 19.

<sup>144</sup> Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 30.

<sup>145</sup> S. etwa Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 10 Rn. 13; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Habersack GmbHG § 10 Rn. 29; Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 32.

<sup>146</sup> HM, Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 7 Rn. 4; Scholz/Veil GmbHG § 7 Rn. 9 mwN.

<sup>147</sup> Ebenso Rowedder/Schmidt-Leithoff § 10 Rn. 19; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper GmbHG § 7 Rn. 17; Scholz/Veil GmbHG § 10 Rn. 23.