

Herausgeber Präsident des LG Professor Dr. Michael Huber  
Professor Dr. Stephan Lorenz  
Professor Dr. Thomas Rönau  
Vizepräsident des BVerfG Professor Dr. Andreas Voßkuhle

Gründungsherausgeber Rechtsanwalt Dr. Dr. Heinrich Götz  
Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke

Schriftleitung Dr. Georg Neureither  
Rechtsanwalt David Herbold (Stellvertreter)

www.jus.beck.de

## Aufsätze

Professor Dr. Torsten Körber, LL. M. (Berkeley), und Wiss. Mitarbeiter René Kliebisch, Jena

### Das neue GmbH-Recht\*

Mit dem am 1. 11. 2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat der Gesetzgeber erstmals seit der „kleinen GmbH-Reform“ des Jahres 1980 wieder tiefgreifende Änderungen des GmbH-Rechts vorgenommen. Ziel war es, das GmbH-Recht unter dem Druck des durch die EuGH-Rechtsprechung ermöglichten Wettbewerbs ausländischer Gesellschaftsformen – namentlich der englischen Ltd. – zu deregulieren, die Gründung der GmbH zu erleichtern und zugleich Missbrauch zu erschweren, der vermehrt im Rahmen der Insolvenz von GmbH aufgetreten war, kurz: das deutsche Erfolgsmodell GmbH fit für das dritte Jahrtausend zu machen. Auf Grund der Änderungen durch das MoMiG ist zu erwarten, dass das GmbH-Recht für geraume Zeit deutlich an Relevanz (insbesondere für mündliche Examensprüfungen) gewinnen wird. Von den Kandidaten ist zu erwarten, dass sie die Neuerungen nicht nur kennen, sondern auch in der Lage sind, sie in das System des GmbH-Rechts einzuordnen. Dementsprechend sollen diese im Folgenden nicht isoliert, sondern eingebettet in den Gesamtkontext des GmbH-Rechts dargestellt werden. Zugleich soll ein von den aktuellen Entwicklungen unabhängiger Überblick über besonders prüfungsrelevante Aspekte des GmbH-Rechts gegeben werden. Da in Prüfungen nur das Gesetz zur Verfügung steht, sollten parallel zur Lektüre dieses Beitrages unbedingt auch die zitierten Normen des GmbHG gelesen werden, um auf diese Weise ein Gespür für die Struktur des GmbHG zu entwickeln.

#### I. Errichtung der GmbH

Ein Schwerpunkt der GmbHG-Reform durch das MoMiG<sup>1</sup> war es, das als zu kompliziert, zu langwierig und zu teuer empfundene Gründungsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen<sup>2</sup>. Insoweit sind insbesondere zu nennen: (1) die Einführung eines vereinfachten Gründungsverfahrens, (2) Erleichterungen bei der Kapitalaufbringung, (3) die Einführung der GmbH-Variante „Unternehmergesellschaft“ (UG) und (4) der Wechsel von der Sitz- zur Gründungstheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts. Diese Materien dürften vergleichsweise selten in Klausuren eine Rolle spielen, doch eignen sie sich gut für einen Einstieg in die mündliche Prüfung. Insoweit ist zu beachten, dass die schließlich Gesetz gewor-

dene Fassung in wesentlichen Punkten vom intensiv diskutierten Regierungsentwurf (RegE) abweicht<sup>3</sup>.

#### 1. Gründungsformalia

##### a) Notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und Eintragungserfordernis

Für die wirksame Entstehung der GmbH bedarf es gem. § 2 I 1 eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages (auch: „Satzung“)<sup>4</sup> sowie der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister; vor ihrer Eintragung besteht die GmbH – wie § 11 I ausdrücklich klarstellt – nicht „als solche“, d. h. nicht als GmbH, juristische Person und Formkaufmann i. S. des § 13.

Zwischen Vertragsschluss und Eintragung müssen die Übernahme der Geschäftsanteile (§ 5) und die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister (§§ 7, 8) erfolgen. Die Eintragung wurde durch Streichung des § 8 I Nr. 6 a. F., der die Vorlage staatlicher Genehmigungsurkunden (z. B. Gewerbebescheinigung i. S. der §§ 30 ff. GewO) verlangt hatte, dem Rechtsgedanken des § 7 HGB entsprechend erleichtert und beschleunigt. Die Angabe einer inländischen Geschäftsanschrift ist nunmehr in § 8 IV Nr. 1 vorgeschrieben, um die Rechtsverfolgung durch die Gläubiger zu erleichtern und Missbräuchen vorzubeugen<sup>5</sup>.

Bevor die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist, existiert die GmbH zwar nicht „als solche“. Doch bedeutet dies

\* Herrn Professor Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt mit den besten Wünschen zum 70. Geburtstag am 24. 1. 2009 zugeeignet. – Der Autor Körber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; der Autor Kliebisch ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand an diesem Lehrstuhl. – §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GmbHG.

1 BGBI I, 2026.

2 RegE, BT-Dr 16/6140, S. 1 (55); insoweit krit. Rechtssauschuss, BT-Dr 16/9737, S. 82 f.

3 Zum RegE z. B. Goette, WPg 2008, 231; Hirte, Ad Legendum 2008, 137; Ulmer, ZIP 2008, 45; Veil, GmbHR 2007, 1080; bereits auf dem aktuellen Stand z. B. Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208; Fliegner, DB 2008, 1668; Oppenhoff, BB 2008, 1630; Wälzholz, GmbHR 2008, 841.

4 Zum notwendigen Inhalt s. § 3; zur „objektiven Auslegung“ von Satzungen vgl. BGHZ 123, 347 = NJW 1994, 51 = EuZW 1994, 153.

5 Vgl. auch d. Neuregelungen in § 185 ZPO und § 10 VwZG (vereinfachte öff. Zustellung).

nicht, dass überhaupt keine Gesellschaft vorhanden ist. Vielmehr sind drei Gründungsstadien – (1) Vorgründungsgesellschaft bis zur notariellen Beurkundung, (2) Vor-GmbH zwischen Beurkundung und Eintragung, (3) „fertige“ GmbH ab Eintragung – sorgfältig auseinanderzuhalten. Dabei unterliegt die Vorgründungsgesellschaft als GbR oder OHG dem Personengesellschaftsrecht. Eine scheinbare „GmbH-Klausur“ kann sich deshalb bei genauerem Hinsehen als – vom Einstieg abgesehen – rein personengesellschaftsrechtlich erweisen. Die vielfältigen Rechtsprobleme des Gründungsstadiums sind überaus klausurgeeignet<sup>6</sup>. Das MoMiG hat insoweit allerdings keine relevanten Änderungen bewirkt<sup>7</sup>.

## b) Vereinfachtes Gründungsverfahren

GmbH, welche höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer haben (d. h. insbesondere auch Einpersonen-GmbH), können nach § 2 Ia in einem gegenüber der normalen GmbH-Gründung „vereinfachten Verfahren“ errichtet werden. Die Vereinfachung besteht allerdings nur darin, dass das GmbHG nach § 2 Ia 2–4 in einem Gesetzesanhang zwei Muster-Gründungsprotokolle (je eines für Ein- und Mehrpersonengründung) bereitstellt, die zugleich auch als Gesellschaftsvertrag (einschließlich Geschäftsführerbestellung) und Gesellschafterliste fungieren. Obwohl abgesehen von der Lückenfüllung kein Spielraum für inhaltliche Änderungen besteht, muss dieses Musterprotokoll genauso notariell beurkundet werden wie ein frei formulierter Gesellschaftsvertrag (§§ 2 Ia 5 i. V. mit 2 I). Das erscheint inkonsequent<sup>8</sup>. Immerhin ist in § 41 d KostO eine Gebührenermäßigung vorgesehen. Der Plan, auch eine vereinfachte Satzungsänderung zu ermöglichen<sup>9</sup>, wurde nicht umgesetzt.

## 2. Kapitalaufbringung

Für die GmbH als Kapitalgesellschaft sind Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung von zentraler Bedeutung. Die teils recht komplexen Regelungen eignen sich gut, um in der mündlichen Prüfung festzustellen, ob die Kandidaten in der Lage sind, komplizierte gesetzliche Regelungen zu erfassen und schwierige rechtliche Zusammenhänge zu analysieren. Die Grundzüge, welche die Kandidaten auch für die schriftlichen Arbeiten im Schwerpunkt sowie für die Examensklausuren beherrschen sollten, werden im Folgenden skizziert.

### a) Trennungsprinzip

Die ungebrochen hohe Attraktivität der GmbH als Gesellschaftsform<sup>10</sup> hat ihren wichtigsten Grund im so genannten Trennungsprinzip: Ist die GmbH mit ihrer Eintragung wirksam als solche entstanden, so haftet den Gesellschaftsgläubigern nach § 13 II nur das Gesellschaftsvermögen. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter nach dem Muster des § 128 HGB scheidet grundsätzlich aus (vgl. unten II 3). Sogar eine zunächst begründete Handelndenhaftung nach § 11 II fällt mit der Eintragung weg, weil der Geschäftspartner nach Entstehung der GmbH genau den Vertragspartner hat, mit dem er ursprünglich kontrahieren wollte<sup>11</sup>.

### b) Reale Aufbringung des Mindeststammkapitals

Die Haftungsfreistellung des § 13 II hat ihren Preis. Die Gesellschafter sind verpflichtet, das Stammkapital aufzubringen und zu erhalten. Das Mindeststammkapital einer GmbH beträgt gem. § 5 I grundsätzlich nach wie vor 25 000 Euro. § 19 II 1 stellt durch das Verbot der Befreiung von der Einlagepflicht sicher, dass das Stammkapital tatsächlich aufgebracht wird (Grundsatz der realen Kapitalaufbringung). Kann ein Gründer seine Einlage nicht leisten, trifft die ande-

ren Gründer dafür eine Ausfallhaftung nach § 24. Veräußert er seinen Anteil, bevor die Einlage voll eingezahlt ist, haften Erwerber und Veräußerer (§ 16 II).

Überlegungen zur Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10 000 Euro<sup>12</sup> wurden nicht Gesetz. Man sah keinen Grund, das als „Seriositätsschwelle“ verstandene Mindeststammkapital der normalen GmbH abzusenken, weil durch das MoMiG mit der UG ohnehin eine GmbH-Variante geschaffen wurde, für die praktisch auf ein Mindeststammkapital verzichtet wird<sup>13</sup>. Über die Frage, ob der für ein Unternehmen immer noch sehr geringe Betrag von 25 000 Euro überhaupt als Seriositätsschwelle geeignet ist, lässt sich wie auch über die Sinnhaftigkeit der UG trefflich streiten.

### c) Bargründung

Wenn nichts Anderes vereinbart ist, muss das Stammkapital in Form von Bargeld aufgebracht werden (Bargründung als Regelfall, § 7 II). Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel und insgesamt mindestens die Hälfte des Stammkapitals eingezahlt wurden (§ 7 II). Das Geld muss zur freien Verfügung des Geschäftsführers stehen (§ 8 II 1). Strengere Regeln für die Einpersonen-GmbH, nach denen der Gründer zusätzlich Sicherheit für noch nicht eingezahlte Mittel leisten musste (§§ 7 II 3 und 19 IV a. F.), sind mit Inkrafttreten des MoMiG entfallen. GmbH-Gründungen im vereinfachten Verfahren nach § 2 Ia sind immer Bargründungen<sup>14</sup>, ebenso die Gründung von UG (§ 5 a II 2).

### d) Sachgründung

Die Gesellschafter können nach §§ 5 IV, 7 II auch vereinbaren, dass statt der Bareinlage eine Sacheinlage geschuldet ist. Sacheinlagen sind alle Gegenstände, die der Gesellschaft als wirtschaftlich verwertbares und reales Vermögen zufließen können (analog § 27 II AktG), z. B. Eigentumsrechte, Forderungen, Immaterialgüterrechte oder auch Unternehmen<sup>15</sup>. Sacheinlagen müssen dem Geschäftsführer nach § 7 III vor der Anmeldung – anders als Bareinlagen – vollständig zur freien Verfügung stehen. Nach § 8 I Nr. 5 müssen bei der Anmeldung Unterlagen darüber eingereicht werden, dass der tatsächliche Wert<sup>16</sup> der Sacheinlagen den Nennbetrag der dafür übernommenen Geschäftsanteile erreicht. Bleibt der Wert der Sacheinlage dahinter zurück, ist nach § 9 I der Fehlbetrag durch eine Geldzahlung auszugleichen

6 Vgl. Übungsfälle zur Haftung im Gründungsstadium: *Luttl*, JuS 2006, 912; *Schwarz*, JuS 2001, 155; m. arbeitsrechtl. Einschlag *Oetker*, JuS 2002, 459.

7 Daher nach wie vor aktuell *Langenbacher*, JuS 2004, 387; jüngst *Peifer*, JuS 2008, 490 (491 f.); zur parallelen Problematik bei der AG *Körber*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, 2008, § 41 Rdnrn. 3 ff.

8 Konsequenz wäre es gewesen, entweder – mit dem RegE (BT-Dr 16/9737, S. 93) – ein Muster vorzugeben und auf die notarielle Beurkundung zu verzichten oder – wie im Rechtsausschuss gefordert wurde (BT-Dr 16/9737, S. 86) – an der Beurkundungspflicht festzuhalten, dann aber dem Notar auch kein für ihn überflüssiges Musterprotokoll vorzugeben. Krit. zum RegE *Goette*, WPg 2008, 231 (237), („Gründungsset“) und *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (46 f.).

9 Vgl. RegE, BT-Dr 16/6140, S. 45, zum insoweit ursprüngl. geplanten § 53 II 2 GmbHG-E.

10 Die Anzahl der GmbH liegt relativ konstant bei ca. 1 Million, dazu zuletzt *Kornblum*, GmbHR 2008, 19.

11 BGHZ 80, 182 = NJW 1981, 1452; *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. (2004), § 11 Rdnr. 26.

12 RegE, BT-Dr 16/6140, S. 56.

13 BT-Dr 16/9737, S. 94 f.; im Einzelnen zur UG s. u. 1 3.

14 Dies wird auch aus den im Anh. zum GmbHG wiedergegebenen Musterprotokollen deutlich.

15 Vgl. im Einzelnen *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. (2006), § 5 Rdnrn. 23 ff.

16 *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (o. Fußn. 11), § 5 Rdnrn. 14 f.

(Differenzhaftung). Falsche Angaben begründen eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft (§§ 9 a und 9 b).

### e) Verdeckte Sacheinlage

Oftmals vereinbaren die Gesellschafter, dass zwar zunächst eine Barzahlung erfolgt, die GmbH dem Gesellschafter aber nach Eintragung einen Gegenstand abkauft und dafür die Einlage an ihn zurückzahlen muss. Ein solches Vorgehen, bei dem die vereinbarte Geldanlage wirtschaftlich betrachtet auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist, wird in § 19 IV als „verdeckte Sacheinlage“ legal definiert<sup>17</sup>. Die Vereinbarung einer solchen „verdeckten Sacheinlage“ kann Ausdruck eines Versuchs sein, die im Vergleich zur Bargründung aufwändigeren Sachgründungsvorschriften zu umgehen. Sie kann ihren Grund aber auch schlicht darin haben, dass die Gründer die komplizierten rechtlichen Zusammenhänge nicht zu überblicken vermögen.

Bis zum Inkrafttreten des MoMiG wurde auf verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht § 27 III 1 AktG analog angewendet. Danach waren sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch das dingliche Erfüllungsgeschäft wegen Umgehung der Sachgründungsvorschriften nichtig<sup>18</sup>. Die Erfüllungswirkung der Bareinlage blieb aus. Sie musste vollständig noch einmal geleistet werden. Der Gesellschafter besaß lediglich einen oft wertlosen Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr der Sacheinlage gegen die (meist schon insolvente) GmbH<sup>19</sup>. Diese Konsequenzen wurden in der Literatur vielfach als unangemessen hart kritisiert<sup>20</sup>.

Seit Inkrafttreten des MoMiG kommt das GmbHG den Interessen der Gesellschafter durch eine „bilanzielle Betrachtungsweise“ entgegen: Nach § 19 IV 1 bleibt es zwar dabei, dass eine Bareinlage, die in Wirklichkeit eine verdeckte Sacheinlage ist, den Gesellschafter nicht von seiner Einlagepflicht befreit. Der der GmbH mit der Sacheinlage tatsächlich zugeflossene Wert wird nun jedoch nach ihrer Eintragung *ex lege* auf die fortbestehende Bareinlagepflicht angerechnet. Die Beweislast für die Werthaltigkeit der Sacheinlage trägt der Gesellschafter (§ 19 IV 3–5)<sup>21</sup>. Bar nachzuzahlen ist dann letztlich – ähnlich wie im Falle einer offenen Sachgründung nach § 9 I – nur die Differenz zwischen tatsächlichem Wert der Sacheinlage und Nennbetrag des Geschäftsanteils. Diese gesellschafterfreundlichere Regelung führt aber nicht zur Aufgabe des präventiven Kapitalschutzes. Im Gegenteil: Da die Anrechnung nach § 19 IV 4 erst *nach* der Eintragung erfolgt, machen die Geschäftsführer falsche Angaben, wenn sie in der Anmeldung gem. § 8 II versichern, der Gesellschafter habe seine Einlagen bereits ordnungsgemäß zur freien Verfügung der Geschäftsführer erbracht. Falsche Angaben ziehen eine zivilrechtliche Haftung nach § 9 a nach sich, bei Vorsatz sind sie nach § 82 I Nr. 1 GmbHG, § 15 StGB sogar strafbar<sup>22</sup>.

### f) Hin- und Herzahlen

Wird die geleistete Einlage (Hinzahlung) alsbald (z. B. in Form eines Darlehens) an den Gesellschafter zurückgezahlt (Herzahlung), so greift zwar § 19 IV nicht ein, weil Darlehensforderungen nicht sacheinlagefähig sind<sup>23</sup>. Doch entfällt die Erfüllungswirkung der Hinzahlung nach § 19 V nicht mehr schlechthin<sup>24</sup>. Vielmehr wird der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht befreit, soweit der Darlehensrückgewähranspruch gegen den Gesellschafter vollwertig und liquide (d. h. fällig oder jederzeit kündbar) ist. Auch in dieser Regelung wird die das MoMiG wie ein „roter Faden“ durchziehende bilanzielle Betrachtungsweise deutlich.

### 3. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Das vergleichsweise niedrige Mindeststammkapital von 25 000 Euro (§ 5 I) sollte für seriöse Gesellschaftsgründer eigentlich keine besondere Hürde darstellen. Trotzdem sah sich der Gesetzgeber durch den zunehmenden Erfolg der ohne ein festes Mindestkapital zu errichtenden Ltd.-Gesellschaft<sup>25</sup> in Deutschland genötigt, ein deutsches Pendant zu schaffen. Statt insoweit eine „deutsche Ltd.“ neben die GmbH zu setzen, entschied er sich, eine GmbH-Variante in Gestalt der „UG (haftungsbeschränkt)“ zu ermöglichen.

Die UG hat zu diesem Zweck in § 5 a eine Sonderregelung erfahren. Soweit § 5 a nichts Abweichendes regelt, unterliegt die UG uneingeschränkt den anderen Vorschriften des GmbHG. Die UG zeichnet sich nach § 5 a I insbesondere dadurch aus, dass sie – in der Regel wohl im vereinfachten Verfahren nach § 2 Ia – mit einem Stammkapital zwischen einem und 24 999 Euro gegründet werden kann. Die sich aus § 5 II 1 ergebende Untergrenze von einem Euro dürfte aber eher ein theoretischer Wert sein. Eine UG, deren Stammkapital noch nicht einmal ausreicht, um den Gründungsaufwand zu decken (die Musterprotokolle setzen insoweit grundsätzlich 300 Euro an), wäre von Anfang an überschuldet und damit nach h. M. nicht eintragungsfähig<sup>26</sup>. Nach § 5 a II ist das Stammkapital (abweichend von § 7 II) vollständig vor der Eintragung einzuzahlen; Sachgründungen sind ausgeschlossen. Zudem müssen – anders als bei der normalen GmbH – nach § 5 a III gesetzliche Rücklagen gebildet und nach § 5 a IV bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine Gesellschafterversammlung einberufen werden.

Damit der Rechtsverkehr hinreichend geschützt ist, muss der Firma – auch wenn das Kürzel „UG“ verwendet wird – nach § 5 a I stets der Ausdruck „(haftungsbeschränkt)“ hinzugefügt werden; Gläubigern deliktischer oder anderer gesetzlicher Verbindlichkeiten dürfte das freilich wenig helfen<sup>27</sup>. In der Praxis ist damit zu rechnen, dass Banken und andere Gläubiger – wie dies schon heute, vor allem bei EinpersonengmbH, üblich ist<sup>28</sup> – von den Gesellschaftern die Stellung persönlicher Sicherheiten verlangen und damit die gesetzliche Wohltat der Haftungsfreistellung nach § 13 II weitgehend aushöhlen werden.

Erhöht eine UG ihr Stammkapital auf einen Betrag, der 25 000 Euro erreicht oder übersteigt, sind die Sonderregelungen in § 5 a I–IV nach § 5 a V nicht mehr anwendbar. Die UG wird von Gesetzes wegen zur normalen GmbH, ohne dass es dazu einer Umwandlung oder auch nur einer Entscheidung der Gesellschafter bedürfte; ihre Firma darf sie in diesem Fall nach § 5 a V Halbs. 2 beibehalten, was aber ange-

17 Dazu auch *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1210).

18 BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127 (m. Anm. *Kurth*, NJW 2003, 3180) = NZG 2003, 867, m. Anm. *Wertenbruch*, NZG 2003, 1107.

19 Ausf. zu dieser früheren Rechtslage *Langenbacher*, JuS 2004, 387 (390 f.).

20 Z. B. *Grunewald*, in: *Festschr. f. Rowedder*, 1994, S. 114 ff.; *Bayer*, ZIP 1998, 1985 (1989 f.).

21 Vgl. BT-Dr 16/9737, S. 97 (Anrechnungsmodell nach Vorschlag des DAV); der RegE (BT-Dr 16/6140, S. 90 f.) hatte ein i. Erg. ähnliches „Erfüllungsmodell“ vorgesehen, dazu krit. *Bayer*, ZGR 2007, 220 (233 ff.); *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (50 ff.).

22 Dazu *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1210); *Goette*, WPg 2008, 231 (234).

23 BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 = NZG 2006, 344; dazu auch *Wilhelm*, DB 2006, 2729 (2732).

24 So noch BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111 = NZG 2004, 233, m. Anm. *Fuhrmann*, NZG 2004, 552, zum alten Recht; zum neuen Recht vgl. *Borman/Urlichs*, GmbHR 2008, 119.

25 Dazu etwa *Römermann*, NJW 2006, 2065; *Westhoff*, GmbHR 2007, 474.

26 *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (o. Fußn. 15), § 9 c Rdnr. 11.

27 So auch zum RegE *Goette*, WPg 2008, 231 (236).

28 *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff* (o. Fußn. 11), § 13 Rdnr. 42.

sichts der mit der Firmierung als „UG (haftungsbeschränkt)“ erweckten Liquiditätsbedenken kaum ratsam erscheinen dürfte.

#### 4. Internationales Gesellschaftsrecht

Traditionell folgte das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht (Gesellschaftskollisionsrecht) der so genannten Sitztheorie. Anknüpfungsmerkmal für das anwendbare Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsstatut) war danach der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft<sup>29</sup>. Diese Auffassung stand der Niederlassungsfreiheit ausländischer Gesellschaften im Wege. Sie war daher im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit nicht haltbar<sup>30</sup>. Der BGH ermöglichte es in Umsetzung dieser Rechtsprechung, den effektiven Verwaltungssitz von Gesellschaften ausländischen Rechts nach Deutschland zu verlegen<sup>31</sup>. Gesellschaften ausländischen Rechts (z. B. englische Ltd.-Gesellschaften) mit Satzungssitz im Staat ihres Gründungsrechts und Verwaltungssitz/Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland konnten gegründet werden<sup>32</sup>. Damit hatte sich bereits weitgehend die „Gründungstheorie“ durchgesetzt, nach der Gesellschaftsstatut dasjenige Gesellschaftsrecht ist, welches die Gesellschafter bei der Gründung durch die Wahl des Satzungssitzes und des an diesem Ort geltenden Rechts wählen<sup>33</sup>.

Durch das MoMiG wurde der noch der Sitztheorie folgende § 4 a II a. F. gestrichen und durch die Neufassung des § 4 a der noch fehlende „Baustein“ für den vollständigen Übergang zur Gründungstheorie hinzugefügt. Für Gesellschaften, die als deutsche GmbH organisiert sind, muss danach lediglich ein deutscher Satzungssitz bestimmt werden. Wo der effektive Verwaltungssitz liegt, ist irrelevant. § 4 a ermöglicht es deutschen Gesellschaften auf diese Weise, im Ausland tätige Tochtergesellschaften in der ihnen vertrauten Rechtsform der GmbH zu gründen. Zugleich wird ausländischen Unternehmen die Möglichkeit gegeben, sich unter Beibehaltung ihres ausländischen Verwaltungssitzes und Tätigkeitsschwerpunkts als GmbH deutschen Rechts zu organisieren<sup>34</sup>.

## II. Kapitalerhaltung und Gesellschafterhaftung

Für die GmbH als Kapitalgesellschaft ist die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals von zentraler – wenn auch durch Zulassung der UG (oben I 3) etwas ad absurdum geführt – Bedeutung. Reale Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind der Preis für den Ausschluss der Außenhaftung der Gesellschafter (§ 13 II, Trennungsprinzip). Im Folgenden soll ein Blick (1) auf Grundzüge des Kapitalerhaltungsrechts, einschließlich Cash Pooling und Gesellschafterdarlehen, (2) auf Möglichkeiten der Kapitalheraufsetzung und Kapitalherabsetzung und schließlich (3) auf die so genannte Durchgriffshaftung der Gesellschafter geworfen werden.

### 1. Grundzüge des Kapitalerhaltungsrechts

#### a) Allgemeines

Die Regelungen über die Kapitalaufbringung würden ihren Zweck verfehlen, wenn die Geschäftsführer das Stammkapital alsbald nach der Gründung an die Gesellschafter zurückzahlen könnten. Dies wurde bereits durch den Blick auf die Regeln über verdeckte Sacheinlagen und über das Hin- und Herzahlen (oben I 2 e und f) deutlich. Als notwendiges Korrelat der Regelungen zur Kapitalaufbringung sichern die §§ 30 ff. in Verbindung mit insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Vorschriften die Erhaltung des Stammkapitals<sup>35</sup>.

#### b) Rückzahlungsverbot

Dreh- und Angelpunkt der Kapitalerhaltungsvorschriften ist das in § 30 I 1 normierte Rückzahlungsverbot. Danach darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche und insoweit gebundene Gesellschaftsvermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Erfasst werden nicht nur Geldleistungen, sondern alle Leistungen der Gesellschaft an einen ihrer Gesellschafter, denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Schließt die GmbH z. B. einen Austauschvertrag mit dem Gesellschafter, so ist durch einen so genannten Fremdvergleich zu ermitteln, ob eine verdeckte, gegen § 30 I verstoßende Gewinnausschüttung oder ein normales Austauschgeschäft vorliegt, das ein gewissenhafter Geschäftsführer auch mit einem Dritten zu den gleichen, marktüblichen Konditionen abgeschlossen hätte<sup>36</sup>.

Wird eine verbotene Auszahlung vorgenommen, so ist diese nach § 31 I der Gesellschaft zu erstatten. Erstattungspflichtig ist grundsätzlich der Gesellschafter, an den die Zahlung erfolgte. Dies gilt auch dann, wenn die Zahlung zur Ablösung einer Schuld des Gesellschafters an einen Dritten bzw. in dessen Interesse an einen Familienangehörigen oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen geflossen ist<sup>37</sup>. Der Rückzahlungsanspruch geht nicht dadurch unter, dass das Stammkapital zwischen verbotener Auszahlung und Rückzahlungsverlangen auf andere Weise wiederhergestellt wurde<sup>38</sup>. Ist der Empfänger nicht zur Rückzahlung in der Lage, müssen die anderen Gesellschafter nach § 31 III dafür einstehen (Ausfallhaftung)<sup>39</sup>. Hinzu tritt eine verschuldensabhängige Haftung der Geschäftsführer, welche die verbotene Auszahlung vorgenommen haben. Diese haften einerseits der Gesellschaft gegenüber nach §§ 43 I, III, 64 auf Schadensersatz. Andererseits haften sie nach § 31 VI auch gegenüber Gesellschaftern, die nach § 31 III in Anspruch genommen worden sind.

#### c) Cash-Pooling

Im Rahmen des so genannten Cash-Pooling leiten Tochtergesellschaften Finanzmittel zwecks gemeinsamen Cash-Managements an die Muttergesellschaft. Sie erhalten dafür im Gegenzug Rückzahlungsansprüche gegen die Muttergesellschaft. Nach der Rechtsprechung fielen vor Inkrafttreten des MoMiG grundsätzlich auch solche Kapitalflüsse, die letztlich

29 BGHZ 97, 269 (272) = NJW 1986, 2194.

30 EuGH, Entsch. v. 9. 3. 1999 – C-212/97, Slg. 1999, I-1459 = BeckRS 2004, 75124 – Centros; Entsch. v. 5. 11. 2002 – C-208/00, Slg. 2002, I-9919 = BeckRS 2004, 74969 – Überseering; Urt. v. 30. 9. 2003 – C-167/01, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331 = EuZW 2003, 687, m. Anm. Lieble/Hoffmann, EuZW 2003, 677 – Inspire Art. Zur Entwicklung Körber, in: *Bürgers/Körber* (o. Fußn. 7), Einl. Rdnrn. 23 ff.

31 BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 = JuS 2003, 821 (Hohloch).

32 Körber, in: *Bürgers/Körber* (o. Fußn. 7), Einl. Rdnr. 33; für schweizerische AG (im Gegensatz zu Gesellschaften aus EU, EWR und USA) a. A. BGH, Urt. v. 27. 10. 2008 – II ZR 158/06.

33 Behrens, IPRax 2003, 193 (194); vgl. auch den Vorschlag für einen neuen Art. 10 I EGBGB im Internet: [http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck\\_Aktuell/Referentenentwurf-IGR.pdf](http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/Referentenentwurf-IGR.pdf).

34 Hommelhoff/Teichmann, DSrR 2008, 925 (927); Goette, WPg 2008, 231 (232); vgl. aber o. Fußn. 32 zum Festhalten des BGH an der Sitztheorie für schweizerische AG.

35 Zur Reform der Kapitalsicherung und Haftung durch das MoMiG s. Karsten/Schmidt, GmbHR 2007, 1072.

36 BGH, NJW 1987, 1194 (1195): Errichtung eines Hauses unter Selbstkosten als verdeckte Gewinnausschüttung.

37 BGHZ 81, 365 = NJW 1982, 386; 81, 311 = NJW 1982, 383.

38 BGHZ 144, 336 (341) = NJW 2000, 2577 = NZG 2000, 883, m. Anm. Altmeppen, unter Aufgabe von BGH, NJW 1988, 139; krit. Bayer/Lieder, ZGR 2006, 875 (880 ff.).

39 Vgl. im Einzelnen Langenbacher, JuS 2004, 478.

dem konzerninternen Liquiditätsausgleich dienen, unter das Rückzahlungsverbot<sup>40</sup>. Dadurch wurde – im Gegensatz zum Aktienrecht (vgl. § 291 III AktG) – eine ökonomisch sinnvolle und letztlich im Interesse aller Konzernunternehmen liegende Finanzierungspraxis behindert. § 30 I 2 stellt nunmehr klar, dass konzerninterne Zahlungen zu Lasten des Stammkapitals einer GmbH nicht gegen das Rückzahlungsverbot verstoßen, wenn ihnen ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegenübersteht. Die anderslautende BGH-Rechtsprechung ist damit obsolet<sup>41</sup>.

#### d) Gesellschafterdarlehen

Besondere Probleme bereitete früher die Behandlung so genannter eigenkapitalersetzender Darlehen. Geriet eine GmbH in eine finanzielle Krise, so standen die Gesellschafter nach dem Gesetz vor der Wahl, entweder den Verlust ihrer Einlagen durch Insolvenz der GmbH hinzunehmen oder frisches Eigenkapital nachzuschießen (§§ 26 ff.), um eine Insolvenz abzuwenden. Gewährte ein Gesellschafter der GmbH stattdessen lediglich ein (die Zuführung von Eigenkapital ersetzendes) Darlehen, so unterlag dieses Darlehen besonderen Bindungen. Einerseits wendete die Rechtsprechung §§ 30, 31 analog an, wenn ein solches Darlehen in der Krise an den Gesellschafter zurückgezahlt wurde<sup>42</sup>. Zusätzlich ermöglichten die §§ 32 a, 32 b dem Insolvenzverwalter, derartige Darlehen in der Insolvenz nachrangig zu befriedigen bzw. bereits an den Gesellschafter zurückgezahlte Beträge zur Masse zurückzuholen<sup>43</sup>.

Mit dem Inkrafttreten des MoMiG wurde die Rechtsfigur des „eigenkapitalersetzenden Darlehens“ aufgegeben: Eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 auf Gesellschafterdarlehen ist seither durch § 30 I 3 ausgeschlossen. Die Regelungen der §§ 32 a, 32 b wurden formell aufgehoben. Sie finden sich aber in modifizierter Form in §§ 39, 44 a InsO wieder, wo sie der Sache nach auch hingehören, weil eine Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen erst in der Insolvenz erforderlich wird<sup>44</sup>. Seither gilt nach § 39 I Nr. 5 InsO, dass grundsätzlich jedes Gesellschafterdarlehen (egal, ob es der Gesellschaft in guten Zeiten oder in einer Krise gewährt wurde) in der Insolvenz nachrangig gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger ist; anderes gilt nur für Sanierungsdarlehen (§ 39 IV InsO)<sup>45</sup> und für Darlehen von nicht geschäftsführenden Minderheitsgesellschaftern, die mit max. 10% an der GmbH beteiligt sind (§ 39 V InsO). Hat ein Dritter der Gesellschaft ein von einem Gesellschafter besichertes Darlehen gewährt, so muss er in der Krise zunächst Befriedigung aus der Sicherheit suchen (§ 44 a InsO). Sind binnen eines Jahres vor Insolvenzeröffnung oder danach Rückzahlungen an einen Gesellschafter erfolgt, kann der Insolvenzverwalter die betreffenden Beträge im Wege der Insolvenzanfechtung nach §§ 135, 143 III InsO zur Masse zurückfordern<sup>46</sup>. Der Insolvenzverwalter kann die Gesellschafter, wie § 22 ZPO jetzt ausdrücklich klarstellt, am Sitz der Gesellschaft gerichtlich in Anspruch nehmen<sup>47</sup>. Wird ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder eingestellt, stellen §§ 6, 6 a und 11 AnfG den Gläubigern entsprechende Instrumentarien zur Verfügung.

Mit der Aufgabe der Rechtsfigur des „eigenkapitalersetzenden Darlehens“ hat der Gesetzgeber ein früher sehr examensrelevantes Problem weitgehend eliminiert. Trotzdem empfiehlt es sich (zumindest für eine Übergangszeit) zu wissen, was es mit dem Begriff des „Eigenkapitalersatzes“ auf sich hat, zumal uns die Problematik – wenn auch in deutlich vereinfachter Form – heute im Insolvenzrecht wiederbegegnet.

Die insolvenzrechtlichen Regelungen gelten rechtsformunabhängig, d. h. nicht nur gegenüber GmbH, sondern auch gegenüber anderen Gesellschaften deutschen Rechts und – soweit der Mittelpunkt ihrer tatsächlichen Interessen (Center of Main Interest, COMI) in Deutschland liegt – nach Maßgabe der Art. 3 I und 4 I, II der EuInsVO 1346/2000 auch gegenüber Gesellschaften ausländischen Rechts (z. B. Ltd.-Gesellschaften)<sup>48</sup>.

## 2. Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

Erweist sich das Stammkapital nachträglich als zu niedrig oder zu hoch, so steht es den Gesellschaftern in den durch § 5 I gesetzten Grenzen frei, eine Kapitalerhöhung nach §§ 55 ff. oder eine Kapitalherabsetzung nach §§ 58 ff. vorzunehmen. Eine solche Kapitalmaßnahme stellt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar, die der notariellen Form bedarf und beim Handelsregister anzumelden ist. Der neue § 55 a hat auch für die GmbH die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals etabliert, wie sie für die AG gem. § 202 AktG schon seit Langem besteht. Die Kapitalerhöhung wird dabei gleichsam auf Vorrat beschlossen; der Geschäftsführer kann den Beschluss bei Bedarf durchführen, ohne dass es dazu einer erneuten Änderung des Gesellschaftsvertrages bedürfte.

## 3. Durchgriffshaftung und „existenzvernichtender Eingriff“

Unter dem Oberbegriff der „Durchgriffshaftung“ werden sehr unterschiedliche Fälle einer über die Einlagepflicht hinausgehenden Haftung der Gesellschafter diskutiert. Wer z. B. als Gesellschafter sein Privatvermögen mit dem der GmbH vermischt, kann sich in der Insolvenz der GmbH nicht darauf berufen, die in Haftung genommenen Gegenstände gehörten ihm persönlich<sup>49</sup>. Ein „Durchgriff“ auf das Privatvermögen erfolgt hier freilich nur, weil der Gesellschafter dieses selbst nicht hinreichend vom Gesellschaftsvermögen getrennt und dadurch eine Anwendung des Trennungsprinzips vereitelt hat. Andere Aspekte sind nach der Rechtsprechung nicht geeignet, einen Durchgriff zu legitimieren. Dass eine Person einziger Gesellschafter einer GmbH ist, reicht dafür mit Blick auf § 1 ebenso wenig aus wie das durch § 13 II ausdrücklich legitimierte Ziel, eine persönliche Haftung zu vermeiden<sup>50</sup>. Auch dass eine GmbH mit einem Stammkapital gegründet wurde, welches in einem objektiven Missverhältnis zum Unternehmensgegenstand steht (so genannte materielle Unterkapitalisierung), bildet keine hinreichende Grundlage für eine

40 So noch BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111 = NZG 2004, 233, m. Anm. Fuhrmann, NZG 2004, 552 („Novemberurteil“); dazu Böcker, ZGR 2006, 213.

41 Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208 (1211); Goette, WPg 2008, 231 (235); krit. Klinck/Gärtner, NZI 2008, 457.

42 Vgl. etwa BGHZ 90, 370 (380) = NJW 1984, 1891.

43 Zum früheren Recht Langenbacher, JuS 2004, 581.

44 Zum neuen Recht Bayer/Graff, DStR 2006, 1654; Wälzholz, DStR 2007, 1914 (1917 ff.).

45 Dazu im Einzelnen Wälzholz, DStR 2007, 1914 (1918); Karsten Schmidt, ZIP 2006, 1925 (1928).

46 Dies gilt, wie § 135 III InsO in Schließung einer Lücke des RegE klarstellt, auch für finanzielle Zuwendungen, die früher unter dem Stichwort „eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung“ erfasst wurden. Dazu ausf. Karsten Schmidt, DB 2008, 1727.

47 Dazu Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208 (1212).

48 Vgl. RegE, BT-Dr 16/6140, S. 105, 107; Jessica Schmidt, ZIP 2007, 405; jüngst AG Köln, NZI 2008, 257; zum umgekehrten Problem einer Flucht vor dem dt. InsR s. Hirte, Ad Legendum 2008, 137 (142).

49 BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188, m. Anm. Schwark, JuS 1987, 443 – Autokran; 125, 366 = NJW 1994, 1801.

50 So schon vor ausdrücklicher Klarstellung der Zulässigkeit von Einpersonen-GmbH in § 1: BGHZ 20, 4 = NJW 1956, 785.

persönliche Gesellschafterhaftung, solange die Errichtung der GmbH den gesetzlichen Mindestanforderungen (§§ 5 I, 5 a) genügt<sup>51</sup>.

Allerdings besteht Raum für eine Haftung, wenn ein Gesellschafter das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen in missbräuchlicher Weise schädigt, ohne dabei Rücksicht auf die Fähigkeit der GmbH zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen. Solche Fälle „existenzvernichtender Eingriffe“ bilden – oft in einem konzernrechtlichen Kontext – seit geraumer Zeit den Schwerpunkt der Diskussion über eine „Durchgriffshaftung“. Die BGH-Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist sehr unstat. Der BGH versuchte ursprünglich, die Problematik durch Anwendung konzernrechtlicher Reglementarien zu erfassen („qualifiziert faktischer Konzern“)<sup>52</sup>. In der Entscheidung „Bremer Vulkan“ vollzog er im Jahre 2001 dann eine Abkehr vom konzernrechtlichen Ansatz und nahm erstmals eine Haftung aus „existenzvernichtendem Eingriff“ an<sup>53</sup>. In der „KBV“-Entscheidung präziserte er diese Haftung ein Jahr später dahingehend, dass ein Gesellschafter, der einen existenzvernichtenden Eingriff vornehme, das Haftungsprivileg des § 13 II verliere. Der BGH trat damit für eine echte – allerdings gegenüber §§ 30, 31 subsidiäre – Durchgriffshaftung ein<sup>54</sup>. Allerdings nur vorübergehend, denn schon in der Entscheidung „Trihotel“ aus dem Jahre 2007 verwarf er diese Lösung wieder und stellte die Lehre vom existenzvernichtenden Eingriff auf eine neue dogmatische Grundlage. Der BGH nimmt seither eine – ausdrücklich *nicht* gegenüber §§ 30, 31 subsidiäre – Innenhaftung der für einen existenzvernichtenden Eingriff verantwortlichen Gesellschafter gegenüber der GmbH aus § 826 BGB an, während er eine Durchgriffshaftung im Sinne einer unmittelbaren Außenhaftung den Gläubigern gegenüber explizit ablehnt<sup>55</sup>. Ob damit das Ende der Entwicklung erreicht ist, bleibt abzuwarten. Durchgriffshaftung im Allgemeinen und existenzvernichtender Eingriff im Besonderen sind samt der einschlägigen BGH-Rechtsprechung Problemfelder, die zumindest Prädikatsaspiranten im Examen sicher beherrschen sollten<sup>56</sup>.

### III. Binnenverfassung der GmbH

Das Innenrecht der GmbH ist im Gegensatz zum Aktienrecht (§ 23 V AktG) weitgehend zur Disposition der Gesellschafter gestellt. Hierin spiegelt sich die stärker personalistische Prägung der GmbH wider. Die GmbH ist anders als die AG regelmäßig keine Publikumsgesellschaft, sondern verfügt über einen vergleichsweise überschaubaren Gesellschafterbestand. Im Folgenden soll zunächst (1) ein Blick auf die Mitgliedschaft geworfen werden, die seit Inkrafttreten des MoMiG auch gutgläubig erworben werden kann. Dann wenden wir uns (2) den Organen der GmbH zu, die Gemeinsamkeiten mit, aber auch Unterschiede zu denjenigen der AG aufweisen.

Ein Vergleich zwischen Binnenverfassung von GmbH und AG ist gut für eine mündliche Prüfung gesellschaftsrechtlicher Grundzüge geeignet. Klausurwichtig sind insbesondere die Reichweite der Vertretungsmacht der Geschäftsführer sowie die Frage nach ihrer persönlichen Haftung bei Pflichtverletzungen<sup>57</sup>.

#### 1. Mitgliedschaft (Geschäftsanteil)

##### a) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Gemäß §§ 5, 14 hält jeder Gesellschafter einen oder mehrere Geschäftsanteile, die die Mitgliedschaft als Gesamtheit

von Rechten und Pflichten verkörpern, ohne in einem Wertpapier verbrieft zu sein. Durch das MoMiG wurde das Recht der Geschäftsanteile liberalisiert. Nach § 5 II müssen Geschäftsanteile nur noch auf volle Euro lauten (früher mindestens 100 Euro und durch 50 teilbar), und es können jetzt sogleich mehrere Geschäftsanteile durch einen Gründer übernommen werden. Die Rechte des Gesellschafters umfassen Vermögensrechte (insbesondere den Gewinnanspruch nach § 29, ferner §§ 57j, 58, 72) und Mitwirkungsrechte (z. B. Rede- und Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung, § 47). Hervorzuheben ist das Informationsrecht, das gem. §§ 51 a, 51 b jederzeit umfassend (notfalls auch gerichtlich) durchgesetzt werden kann<sup>58</sup>, während den Aktionären einer AG nach § 131 AktG nur sehr eingeschränkte Informationsmöglichkeiten im Rahmen der Hauptversammlung zustehen. Auch hier zeigt sich die personalistische Ausrichtung der GmbH. Unter den Pflichten der Gesellschafter sind die Pflicht zur Erbringung der Einlage (§ 19) und die richterrechtlich anerkannte Treuepflicht hervorzuheben, aus der sich z. B. die konkrete Verpflichtung ergeben kann, Geschäftschancen der Gesellschaft nicht zum eigenen Vorteil auszunutzen oder bestimmten Gesellschafterbeschlüssen zuzustimmen<sup>59</sup>.

##### b) Erwerb und Veräußerung

Geschäftsanteile können originär im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung oder abgeleitet durch Erbfolge oder Veräußerungsgeschäft erworben werden (§ 15 I). Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes vorsieht, sind GmbH-Anteile grundsätzlich frei veräußerlich und können im Wege einer Abtretung nach §§ 398, 413 BGB übertragen werden. Der Abtretungsvertrag bedarf nach § 15 III der notariellen Form. Es ist ferner möglich, die Geschäftsanteile zu „vinkulieren“ (von lat. „vinculum“ = Fessel), d. h. ihre Abtretung von weiteren Voraussetzungen, namentlich von der Zustimmung der Gesellschaft, abhängig zu machen (§ 15 V). Dessen unbeschadet können Rechte aus einer Änderung der Mitgliedschaft (neue Gesellschafterstellung, erweiterte Rechte durch Hinzuerwerb weiterer Anteile) nach § 16 I grundsätzlich erst geltend gemacht werden, wenn diese Änderung Niederschlag in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) gefunden hat.

##### c) Insbesondere: Gutgläubiger Erwerb

Die zum Handelsregister einzureichende und in dieses aufzunehmende Gesellschafterliste (§ 40) hat durch das MoMiG noch in anderer Hinsicht eine deutliche Aufwertung erfahren:

- 51 Zuletzt BGH, NJW 2008, 2437 = NZG 2008, 547 = JuS 2008, 939 (Karsten Schmidt) – Gamma; a. A. etwa Altmeyden, ZIP 2008, 1205 (1205).
- 52 BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188, m. Anm. Schwark, JuS 1987, 443 – Autokran; 115, 187 (189) = NJW 1991, 3142, m. Anm. Kindler, JuS 1992, 636 – Video; enger BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 (m. Anm. Kübler), m. Anm. Mutter, JuS 1993, 999 – TBB.
- 53 BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38, m. Anm. Mödl, JuS 2003, 14 – Bremer Vulkan.
- 54 BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 (m. Anm. Wilhelm, NJW 2003, 175) = NZG 2002, 914 – KBV; zum damaligen Stand etwa Langenbacher, JuS 2004, 478 (480).
- 55 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = NZG 2007, 667 – Trihotel; in Abgrenzung zu Fällen bloßer materieller Unterkapitalisierung bestätigt durch BGH, NJW 2008, 2437 = NZG 2008, 547 = JuS 2008, 939 (Karsten Schmidt) – Gamma.
- 56 Zum Problemkreis Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274; Heeg/Manthey, GmbHR 2008, 798; s. auch Peifer, JuS 2008, 490 (493 f.).
- 57 Vgl. Bunke/Lommatsch, JuS 2006, 1097; zur Frage d. Haftung d. Gesellschaft f. Fehler ihrer Leitungsorgane auch Seibt, JuS 2008, 800.
- 58 BGHZ 135, 48 = NJW 1997, 1985; dazu Goette, DSfR 1997, 832.
- 59 Grdl. BGHZ 65, 15 (18 ff.) = NJW 1976, 191; guter Überblick bei BGHZ 98, 276 (279) = NJW 1987, 189.

Nach § 16 III ist mit ihrer Hilfe erstmals ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen oder Rechten an Geschäftsanteilen möglich<sup>60</sup>. Die Regelung orientiert sich an § 892 BGB, stellt aber deutlich höhere Anforderungen, um zu kompensieren, dass die Gesellschafterliste nicht amtlich durch ein Registergericht, sondern privat durch die Geschäftsführer geführt wird (§ 40 I). Nach § 16 III 2 und 3 ist ein gutgläubiger Erwerb von einem zu Unrecht in die Liste Eingetragenen nur unter vier *kumulativ* zu erfüllenden Voraussetzungen möglich, nämlich wenn

- dem wahren Berechtigten die Unrichtigkeit zuzurechnen ist,
- die Unrichtigkeit der Liste seit mindestens drei Jahren besteht,
- der Erwerber die mangelnde Berechtigung weder kennt noch grob fahrlässig verkennt *und*
- der Liste im Handelsregister kein Widerspruch zugeordnet ist.

Eine zusätzliche Absicherung erfolgt dadurch, dass die Geschäftsführer sowohl dem wahren Berechtigten als auch den Gesellschaftsgläubigern nach § 40 III für Schäden haften, die aus einem Pflichtverstoß bei Führung der Gesellschafterliste resultieren.

Durch diese Regelungen hat das überaus prüfungsrelevante Feld des Gutgläubensschutzes (Rechtsscheintatbestände) und insbesondere des gutgläubigen Erwerbs (vgl. auch §§ 405, 892 f., 932 ff., 2366 BGB) eine weitere Facette hinzugewonnen.

## 2. Organe

Die im Vergleich zur AG stärker personalistische Struktur der GmbH spiegelt sich in ihrer internen Organisation wider. Insbesondere verfügt sie grundsätzlich nur über zwei Organe: (a) Gesellschafterversammlung und (b) Geschäftsführer. Der Aufsichtsrat ist (c) bei der AG auf Grund der großen Aktionärszahl u. a. für die Kontrolle des Vorstands und für die Vertretung der AG gegenüber dem Vorstand unentbehrlich. Bei der GmbH ist er dagegen – unbeschadet mitbestimmungsrechtlicher Vorgaben – fakultativ<sup>61</sup>. Ein besonderes Problem tritt auf, wenn die GmbH (d) keinen Geschäftsführer hat. Dem wurde durch das MoMiG abgeholfen.

### a) Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist oberstes Willensbildungsorgan der GmbH. Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung werden in der Satzung festgelegt (§ 45). Nur soweit die Satzung nichts Abweichendes regelt, greifen nach § 45 II die §§ 46–51 ein. Darin kommt die weitgehende Dispositivität des GmbH-Innenrechts zum Ausdruck. Weitere Kompetenzen sind in anderen Normen geregelt (z. B. Beschlussfassung über Satzungsänderung, § 53, oder Auflösung, § 60 I Nr. 2). Soweit die Satzung nichts Anderes bestimmt, kann die Gesellschafterversammlung praktisch jede Zuständigkeit an sich ziehen (so genannte Allzuständigkeit)<sup>62</sup> und den Geschäftsführern nach § 37 I Weisungen erteilen. Die Geschäftsführer müssen diesen Weisungen folgen, allerdings nur soweit sie nicht gegen Satzung oder Gesetz verstoßen (vgl. insbesondere § 43 III 3). Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung reichen damit weit über diejenigen der Hauptversammlung einer AG hinaus, die sich in die laufende Geschäftsführung grundsätzlich nicht einmischen darf (§ 119 II AktG). Zur Vermeidung von Missbräuchen wurden durch das MoMiG weitere

Pflichten der Gesellschafter für den Fall der Führungslosigkeit normiert (dazu unten III 2 d und IV 2 b).

### b) Geschäftsführer

Der oder die Geschäftsführer (§ 6 I) führen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 I) die laufenden Geschäfte der Gesellschaft und vertreten sie gerichtlich wie außergerichtlich (§ 35 I 1). Obwohl die Geschäftsführer im Innenverhältnis grundsätzlich an Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden sind (§ 37 I, dazu bereits oben III 2 a), wirken Beschränkungen ihrer umfassenden Vertretungsmacht nach § 37 II 1 nicht nach außen gegenüber Dritten.

Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, haften aus § 43 II gegenüber der Gesellschaft. Eine Haftung gegenüber Gesellschaftern oder Dritten kann sich aus Spezialregelungen (vgl. etwa §§ 31 VI, 40 III) oder aus Deliktstatbeständen ergeben, namentlich aus § 826 BGB oder aus § 823 II BGB in Verbindung mit Bestimmungen, die – wie z. B. §§ 263, 266, 266 a StGB oder § 15 a I InsO (s. unten IV 2) – als Schutzgesetze zu qualifizieren sind<sup>63</sup>.

Im Gegensatz zu den Personengesellschaften, bei denen nur Gesellschafter organschaftliche Vertreter sein können (Selbstorganschaft)<sup>64</sup>, ist bei der GmbH die Fremdonganschaft zulässig, d. h. die Geschäftsführer können, müssen aber nicht zugleich Gesellschafter sein (§ 6 III 1). Zu Geschäftsführern können nach § 6 II 1 nur unbeschränkt geschäftsfähige natürliche Personen bestellt werden. § 6 II 2 normiert einen durch das MoMiG erweiterten Katalog der Gründe, die eine Bestellung zum Geschäftsführer ausschließen. Missachten die Gesellschafter ein Bestellungsverbot, haften sie der Gesellschaft nach § 6 V.

Mit Blick auf das Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschaft ist zwischen Anstellung und Bestellung zu unterscheiden. Die Anstellung der Geschäftsführer erfolgt durch einen Dienstvertrag i. S. der §§ 611 ff. BGB und regelt z. B. die Vergütung. Die Bestellung betrifft die Organstellung. Sie erfolgt im Gesellschaftsvertrag (beim ersten Geschäftsführer) oder (unbeschadet mitbestimmungsrechtlicher Besonderheiten) durch Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 5. Die Bedeutung dieser Unterscheidung kommt insbesondere in § 38 I zum Ausdruck. Danach kann die Bestellung jederzeit frei widerrufen werden, auch wenn kein Kündigungsgrund in Bezug auf das Anstellungsverhältnis vorliegt<sup>65</sup>.

### c) Aufsichtsrat

Der Gesellschaftsvertrag kann (muss aber grundsätzlich nicht) vorsehen, dass die GmbH einen Aufsichtsrat hat. Soweit der Gesellschaftsvertrag keine Regelungen trifft, verweist § 52 für diesen Fall auf Bestimmungen zum AG-Aufsichtsrat<sup>66</sup>. Ein Zwang zur Bestellung eines Aufsichtsrates (zwecks Ermöglichung einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer) kann sich aus mitbestimmungsrechtlichen Normen ergeben, wenn die GmbH mehr als 500 (vgl. § 1 I Nr. 3 Drit-

60 Dazu etwa Harbarth, ZIP 2008, 57; Mayer, DNotZ 2008, 403.

61 Hierzu auch Langenbacher, JuS 2004, 581 (582 f.).

62 Dazu Zöllner, in: Baumbach/Hueck (o. FuBn. 15), § 46 Rdnr. 89.

63 Vgl. Medicus, ZGR 1998, 570; aktuell Meyer, BB 2008, 1742; s. auch die Klausurfundstellen o. FuBn. 57.

64 BGHZ 33, 105 (108) = NJW 1960, 1997; lehrreich Karsten Schmidt, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 14 II 2.

65 Vgl. Hommelhoff/Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (o. FuBn. 11), Anh. § 6 Rdnr. 46; zur Möglichkeit einer Koppelungsklausel Lohr, NZG 2001, 826 (832).

66 Vgl. Bea/Scheurer, DB 1994, 2145; Gault/Otto, GmbHR 2003, 6.

telBG) bzw. 2000 (vgl. § 1 I MitbestG) Arbeitnehmer beschäftigt<sup>67</sup>.

#### d) Führungslosigkeit

Hat eine GmbH keinen Geschäftsführer, ist sie also nach der Legaldefinition der § 35 I 2 GmbHG, § 10 II 1 InsO „führungslos“, so bestand früher Unklarheit darüber, wem gegenüber in diesem Fall Willenserklärungen der Gläubiger abzugeben waren, an wen Klagen zuzustellen waren und wer für das Stellen des Insolvenzantrags verantwortlich war. Diese Unsicherheiten eröffneten ein erhebliches Missbrauchspotenzial. Dies wird durch die so genannten Bestattungsfälle illustriert, in denen Kapitalgesellschaften faktisch aufgelöst oder sogar ins Ausland verlegt wurden, um sie dort ohne Durchführung eines ordentlichen Liquidationsverfahrens und ohne für die Gläubiger erreichbar zu sein einfach „verschwinden“ zu lassen<sup>68</sup>.

Der Gesetzgeber ist solchen Praktiken im Zuge des MoMiG durch eine Reihe von Regelungen entgegengetreten, die insoweit die Gesellschafter in die Pflicht nehmen. Ist die GmbH führungslos, wird sie nach § 35 I 2 in Bezug auf Willenserklärungen und Zustellungen durch die Gesellschafter vertreten<sup>69</sup>. Zur Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter in diesem Fall s. unten IV 2 b.

### IV. Auflösung und Beendigung

#### 1. Allgemeines

Die §§ 60 ff. regeln die Auflösung, Liquidation und Beendigung der GmbH. Wie sich aus diesen Regelungen ergibt, erlischt die GmbH (wie andere Gesellschaften auch) nicht bereits mit der Auflösung. Vielmehr geht sie dadurch lediglich in ein Liquidationsstadium über, das nach Bereinigung der Gesellschaftsverbindlichkeiten und gegebenenfalls Verteilung des Liquidationserlöses mit der Löschung der Gesellschaft nach § 74 I 2 endet. Erst mit der Löschung aus dem Handelsregister tritt die (Voll-)Beendigung ein. Die Gesellschaft erlischt und hört auf zu existieren.

#### 2. Insolvenz

##### a) Allgemeines

Auflösungsgrund ist auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 60 I Nr. 4). Ist das Insolvenzverfahren eröffnet, gelten für seine Durchführung nicht die allgemeinen Regeln der §§ 65 ff., sondern die Spezialregelungen der InsO. Insbesondere geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 I InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über. Das Gesetz trifft zahlreiche Vorkehrungen, um zu vermeiden, dass Geschäftsführer und/oder Gesellschafter die Insolvenz verschleppen und dadurch die Vermögensverhältnisse zu Lasten der Gläubiger weiter verschlechtern<sup>70</sup>. Besonders klausurrelevant sind Haftungsfolgen, die sich aus der Verletzung der Insolvenzantragspflicht bzw. aus Zahlungen im Umfeld der Insolvenz ergeben können.

##### b) Insolvenzantragspflicht

Nach § 13 I 1 InsO wird das Insolvenzverfahren nur auf Antrag eröffnet. Zwar kann diesen Antrag nicht nur die Gesellschaft, sondern auch jeder Gläubiger stellen, der ein hinreichendes Rechtsschutzbedürfnis hat (§§ 13 I 2, 14 I InsO), doch fehlt den Gläubigern in der Regel die notwendige Kenntnis über die finanziellen Verhältnisse der GmbH. Deshalb bedarf es einer Insolvenzantragspflicht. Nach § 15 a I

InsO (früher § 64 I GmbHG) sind die Geschäftsführer verpflichtet, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) einen Insolvenzantrag zu stellen.

Ist die GmbH führungslos (§ 10 II 1 InsO), so ist nach § 15 a III InsO jeder Gesellschafter zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet und bei Verletzung dieser Pflicht den gleichen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen unterworfen (dazu sogleich IV 2 c) wie ein Geschäftsführer, der seine Insolvenzantragspflicht verletzt hat.

##### c) Haftung bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht

Erleiden die Gläubiger auf Grund der Verletzung der Insolvenzantragspflicht einen Schaden, so ist der Geschäftsführer diesen nach § 15 a I InsO i. V. mit § 823 II BGB zu Schadensersatz verpflichtet. Wie der frühere § 64 I GmbHG<sup>71</sup> ist § 15 a I InsO ein Schutzgesetz zu ihren Gunsten<sup>72</sup>. Der Schadensersatzanspruch beläuft sich bei Altgläubigern, d. h. bei Personen, die schon vor dem Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Insolvenzantragstellung Gläubiger waren, auf den so genannten Quotenschaden<sup>73</sup>. Neugläubiger, die erst nach dem Zeitpunkt einer ordnungsgemäßen Insolvenzantragstellung Forderungen gegenüber der Gesellschaft begründet haben und die bei rechtzeitiger Antragstellung erst gar nicht mit der GmbH kontrahiert hätten, erhalten dagegen das negative Interesse<sup>74</sup>. Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist nach § 15 a IV und V InsO strafbewehrt.

##### d) Haftung für Zahlungen

In § 64 sind nunmehr – in Erweiterung der Haftung aus den Kapitalerhaltungsregelungen (s. oben II 1 b) – besondere Schadensersatzpflichten der Geschäftsführer geregelt. Sie haften der Gesellschaft auf Ersatz pflichtwidrig erfolgter Zahlungen, die sie nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistet haben, statt die Gesellschaft ordnungsgemäß in die Insolvenz zu führen (Sätze 1 und 2). Zahlungen an die Gesellschafter begründen sogar bereits dann eine Schadensersatzpflicht, wenn sie erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten (Satz 3). Zusätzlich schneidet § 64 S. 4 den Geschäftsführern durch Verweis auf § 43 III den Einwand ab, sie hätten lediglich auf Weisung der Gesellschafter gehandelt. Auf diese Weise sollen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zum Nachteil der Gläubiger effektiver als bisher verhindert werden<sup>75</sup>.

##### e) Kollisionsrechtlicher Anwendungsbereich

§ 15 a InsO und § 64 GmbHG sind als insolvenzrechtliche Normen im Sinne der EulnsVO zu qualifizieren<sup>76</sup>. Sie finden

67 Hierzu und zu weiteren Spezialregelungen im Montan-MitbestG und InvestmentG Zöllner/Noack, in: *Baumbach/Hueck* (o. Fußn. 15), § 52 Rdnrn. 249 ff.

68 BGHZ 165, 343 = NJW 2006, 908 = NZG 2006, 264.

69 Dazu Steffek, BB 2007, 2077.

70 Vgl. auch II 1 d zur insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen.

71 BGHZ 29, 100 = NJW 1959, 623.

72 So auch BR-Dr 354/07, S. 28; *Wälzholz*, DStR 2007, 1914 (1915).

73 Der Quotenschaden ist der Betrag, den der Altgläubiger auf Grund verspäteter Insolvenzantragstellung weniger erhält. *Beispiel*: Wäre der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt worden, hätte die Quote 10% betragen. Auf eine Forderung von 1000 Euro hätte der Gläubiger also 100 Euro erhalten. Beträgt die Quote auf Grund verspäteter Antragstellung nur noch 3% und erhält er daher nur noch 30 Euro, so hat er einen Quotenschaden von 70 Euro erlitten.

74 BGHZ 126, 181 (190) = NJW 1994, 2220, entgegen d. früheren Rspr.; dazu krit. *Karsten Schmidt*, ZGR 1996, 209 (213 f.).

75 RegE, BT-Dr 16/6140, S. 46; eingehend zum neuen § 64 GmbHG *Casper*, Ad Legendum 2008, 145.

76 Zur EulnsVO s. bereits II 1 d am Ende.

nicht nur auf GmbH, sondern auch auf vergleichbare Gesellschaften ausländischen Rechts (z. B. Ltd.) Anwendung, soweit der Mittelpunkt ihrer tatsächlichen Interessen in Deutschland liegt und sie daher nach der EuInsVO der Anwendung der Insolvenzvorschriften ihres Gründungsrechts entgegen<sup>77</sup>.

## V. Ausblick

Letztlich kann nur die Rechtspraxis beantworten, ob es dem Gesetzgeber mit dem MoMiG gelungen ist, die GmbH fit für das dritte Jahrtausend zu machen, ob die UG der Ltd. in Deutschland den Rang ablaufen wird und wohin der durch den Siegeszug der Gründungstheorie ermöglichte Wettbewerb der Rechtsordnungen führen wird – zu noch mehr Gestaltungsfreiheit oder doch nur zu einem „race to the bottom“. Den Vergleich mit den bereits reformierten englischen, französischen und spanischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung<sup>78</sup> braucht das behutsam reformierte neue deutsche GmbH-Recht jedenfalls nicht zu fürchten.

Das MoMiG dient trotz gewisser Impulse durch das europäische Recht nicht der Umsetzung von EU-Richtlinien, sondern verfolgt einen autonom deutschen Ansatz. Das ist im modernen Wirtschaftsrecht außergewöhnlich, sollte aber nicht dazu verleiten, das EU-Recht aus dem Blick zu verlieren. Die EU-Kommission hat kürzlich ihre Vorstellungen zu einer „Societas Privata Europaea“ (SPE, auch „Europäische Privatgesellschaft“ – EPG) präsentiert. Diese „Europa-GmbH“ soll durch eine Verordnung etabliert werden, die nach Art. 44 des VO-Entwurfs zum 1. 7. 2010 in Kraft treten soll. Dies würde den Wettbewerb der Rechtsordnungen um die Gunst kleiner und mittelständischer Unternehmer weiter intensivieren<sup>79</sup>.

Die seit über 100 Jahren bewährte GmbH wird auch diese Herausforderung meistern. Ihre Trumpfkarte ist und bleibt die weise Zurückhaltung des deutschen Gesetzgebers, der der Privatautonomie mit dem MoMiG sogar noch etwas mehr Raum verschafft hat, statt sie durch bürokratische Regulierungswut zu erdrücken. Dies ist – gerade wenn man in Konkurrenz zur EU-Legislative steht – ein nicht zu unterschätzender Standortvorteil.

## VI. Auf einen Blick: Wesentliche Änderungen durch das MoMiG

### Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

Gesellschaftsvertrag (§ 2)	Künftig ist eine vereinfachte Gründung mittels Musterprotokoll möglich (§ 2 Ia).
Sitz und Kollisionsrecht (§ 4a)	Ein Satzungssitz im Inland reicht aus, der Tätigkeitsschwerpunkt ist irrelevant (Gründungstheorie statt Sitztheorie, § 4a). Das anwendbare Insolvenzrecht wird aber gem. Art. 3, 4 EuInsVO nach tatsächlichem Interessenschwerpunkt bestimmt (trotzdem kann Insolvenzverwalter Gesellschaft am Satzungssitz verklagen, § 22 ZPO).
Geschäftsanteile (§ 5)	Der Nennbetrag muss nur noch auf volle Euro lauten (§ 5 II 1); bei Errichtung können mehrere Anteile übernommen werden (§ 5 II 2).
Unternehmergesellschaft (§ 5a)	Das Mindeststammkapital beträgt nach § 5 I zwar unverändert 25 000 Euro, aber neben der „normalen“ GmbH ist jetzt eine „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ als „1-Euro-GmbH“ möglich (§ 5 a).
Geschäftsführer (§ 6)	Der Katalog der Ausschlussgründe ist erweitert (§ 6 II) und die Gesellschafter haften bei Verstoß (§ 6 V).
Anmeldung (§ 7)	Sonderregeln im Sinne einer Sicherheitsleistung bei Einpersonengründung gibt es nicht mehr (Wegfall der §§ 7 II 3, 19 IV a. F.).

Inhalt der Anmeldung (§ 8)	Durch den Wegfall der Pflicht zur Vorlage staatlicher Genehmigungsurkunden (Gewerbeurteil etc.; § 8 I Nr. 6 a. F.) wurde die Eintragung erleichtert.
Inhalt der Eintragung (§ 10)	Die inländische Geschäftsanschrift ist anzugeben (§ 10 I); die öffentliche Zustellung (§ 185 ZPO, § 10 VwZG) ist erleichtert.

### Abschnitt 2. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter

Gesellschafterwechsel (§ 16)	Neue Rechte sind bis zur Eintragung in die Gesellschafterliste suspendiert (§ 16 I).
Gutgläubiger Erwerb (§ 16)	Gesellschaftsanteile können jetzt gutgläubig erworben werden (§ 16 III: Vertrauen auf die Gesellschafterliste, § 40).
Einlagenleistung (§ 19)	An die Stelle einer Analogie zu § 27 AktG gibt es jetzt eigenständige GmbHG-Regelungen für „verdeckte Sacheinlagen“ (§ 19 IV) und „Hin- und Herzahlen“ (§ 19 V): bilanzielle Betrachtung und Anrechnungsmodell.
Eigenkapitalersatz (§§ 30 ff.)	Die Rechtsfigur der kapitalersetzenden Darlehen ist abgeschafft, die Rechtsprechung zur analogen Anwendung der §§ 30, 31 nicht mehr anwendbar (§ 30 I 3), §§ 32 a, 32 b aufgehoben; stattdessen sind Gesellschafterdarlehen jetzt nach den rechtsformunabhängigen §§ 39, 44 a InsO allgemein nachrangig.
Cash Pooling	Cash Pooling ist jetzt wie im Aktienrecht möglich (§ 30 I 2).

### Abschnitt 3. Vertretung und Geschäftsführung

Führungslosigkeit (§ 35)	Bei Führungslosigkeit der Gesellschaft: passive Vertretung durch und Zustellungen an Gesellschafter (GmbH ohne Geschäftsführer, § 35 I 2).
Gesellschafterliste (§ 40)	Die Gesellschafterliste ist deutlich aufgewertet (vgl. § 16), dadurch mehr Transparenz erreicht; die Geschäftsführer haften auch gegenüber denjenigen, die durch Fehler nach § 16 III Rechte einbüßen.

### Abschnitt 4. Abänderungen des Gesellschaftsvertrages

Genehmigtes Kapital (§ 55 a)	Jetzt wie im Aktienrecht möglich.
------------------------------	-----------------------------------

### Abschnitt 5. Auflösung und Nichtigkeit

Insolvenzantragspflicht	Die Pflicht zum Stellen des Insolvenzantrags wurde aus § 64 GmbHG in § 15 a InsO (rechtsformneutral) verschoben; bei Führungslosigkeit trifft die Insolvenzantragspflicht die Gesellschafter an Stelle der Geschäftsführer (§§ 15 a III, 10 II 1 InsO).
Haftung bei Zahlungen (§ 64)	Die Geschäftsführer haften bei Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 64 S. 1 und 2); bei Zahlungen an Gesellschafter haften sie bereits dann, wenn die Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten (§ 64 S. 3 und 4).

77 Zu § 15 a InsO *Wälzholz*, DStR 2007, 1914 (1916); zu § 64 GmbHG RegE, BT-Dr 16/6140, S. 47.

78 Zur englischen Ltd. *Lawlor*, ZIP 2007, 2202; zur französischen SARL *Peifer*, GmbHR 2007, 1208; zur spanischen SLNE *Vietz*, GmbHR 2003, 26 u. 523; *Bascofé/Hering*, GmbHR 2005, 609.

79 Verordnungsvorschlag, im Internet: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/epc/proposal\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf) = KOM (2008) 396; dazu *Hornmelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897; *Bayer/Jessica Schmidt*, AG 2008, R31; *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179; zum geplanten Termin für das Inkrafttreten s. Art. 44 des VO-Vorschlags.

**Korrigendum zu Körber/Kliebisch, JuS 2008, 1041:**

**Auf S. 1047 linke Spalte Abs. 1 S. 3 hat der Fehlerbeauftragte zugeschlagen. Korrekt sollte es heißen:**

„Nach § 16 III 2 und 3 GmbHG ist ein gutgläubiger Erwerb von einem zu Unrecht in die Liste  
Eingetragenen nur unter *drei* kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen möglich, nämlich wenn

- dem wahren Berechtigten die Unrichtigkeit zuzurechnen ist *oder* die Unrichtigkeit der Liste seit mindestens drei Jahren besteht,
- der Erwerber die mangelnde Berechtigung weder kennt noch kennen muss *und*
- der Liste im Handelsregister kein Widerspruch zugeordnet ist.“

[Die *beiden rot gesetzten Worte* sind zu korrigieren.]