

Examensrelevante Aspekte der GmbH-Reform 2008 (MoMiG)

Von Prof. Dr. Peter Kindler, Augsburg

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wird ein doppeltes Reformziel verfolgt: Erstens soll auf den verstärkten Einsatz ausländischer Gesellschaftsformen auf dem deutschen Markt, so vor allem der britischen Limited (private company limited by shares), reagiert und die deutsche GmbH attraktiver gemacht werden für Unternehmensgründer. Und zweitens soll unlauteren Machenschaften zu Lasten von Gesellschaftsgläubigern begegnet werden. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die examensrelevanten Aspekte der Reform des GmbH-Rechts.

I. Zur Examensrelevanz des GmbH-Rechts

Entgegen anderslautenden Gerüchten in Kreisen der Studierendenschaft zählt das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in weitem Umfang zum Pflichtfachwissen für die Erste juristische Prüfung¹. Das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026) ist daher hinsichtlich einiger seiner Regelungsgegenstände auch für Studierende von Interesse. Auf diese Aspekte der GmbH-Reform beschränkt sich der nachfolgende Beitrag².

II. Beschleunigung und Erleichterung von Gesellschaftsgründungen

1. Kapitalaufbringung

a) Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach § 5a GmbHG

Das MoMiG bringt mit dem neuen § 5a GmbHG speziell für kapitalschwache Existenzgründer eine Einstiegsvariante zur GmbH, die ohne ein bestimmtes Mindeststammkapital errichtet werden kann³. Aus dem neuen § 5 Abs. 2 GmbHG folgt nur, dass diese Gesellschaft als Einmann-GmbH ein Stammkapital von mindestens einem Euro haben muss, denn der Nennbetrag eines jeden Geschäftsanteils hat auf volle Euro

zu lauten und die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen. Diese „Mini-GmbH“ darf – abweichend von § 4 GmbHG – in ihrer Firma nicht den Rechtsformzusatz „GmbH“ führen, sondern muss nach § 5a Abs. 1 GmbHG als „Unternehmergesellschaft“ oder „UG“ bezeichnet werden, jeweils mit dem Zusatz „(haftungsbeschränkt)“⁴. Außerdem verpflichtet sie das Gesetz zur vollständigen Kapitalaufbringung vor der Anmeldung zum Handelsregister (§ 5a Abs. 2 GmbHG in Abweichung von § 7 Abs. 2 GmbHG). Besondere Gläubigerschutzvorschriften enthalten § 5a Abs. 3 GmbHG (Ansparpflicht) und § 5a Abs. 4 GmbHG (Verlustanzeige). Führt die UG eine Kapitalerhöhung durch, so entfällt nach § 5a Abs. 5 GmbHG die Ansparpflicht, wenn hierdurch das gesetzliche Mindeststammkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird⁵; auch darf dann statt UG die Bezeichnung GmbH geführt werden.

b) Zulassung verdeckter Sacheinlagen (§ 19 Abs. 4 GmbHG)⁶

Von einer verdeckten Sacheinlage spricht man, wenn der wirtschaftlich einheitliche Vorgang der Sacheinlage in rechtlich getrennte Geschäfte aufgespalten wird, von denen eines eine Bareinlage zu sein scheint, während das andere dem Abfluss der Geldmittel bei der Gesellschaft und zugleich der Annahme anderer Vermögensgegenstände als Leistung auf die Einlagenschuld dient⁷. Vereinfacht gesprochen wird nach außen hin eine Bareinlage vereinbart und vom Gesellschafter auch geleistet, doch zahlt die Gesellschaft diesen Betrag zu einem späteren Zeitpunkt wieder an den Einleger zurück. Die Rückzahlung erfolgt z.B. im Rahmen eines Kaufvertrages, aufgrund dessen der Gesellschafter der Gesellschaft einen Sachwert überträgt, was auch von vornherein beabsichtigt war. Dieses Verfahren umgeht die komplizierte Wertprüfung und Offenlegung für Sacheinlagen (§ 5 Abs. 4 GmbHG), und unredlichen Gesellschaftern erlaubt es die Einbringung unterwertiger Sacheinlagen. Nach bisherigem Recht bestand hier analog § 27 Abs. 3 S. 3 AktG die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage ungeschmälert fort, und der An-

¹ Vgl. etwa § 18 Abs. 2 Nr. 2 BayJAPO 2003 (Errichtung der Gesellschaft sowie Vertretung und Geschäftsführung); § 11 Abs. 2 Nr. 4 b JAG NRW 2003 (Errichtung der Gesellschaft, Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter sowie Vertretung und Geschäftsführung); § 8 Abs. 2 Nr. 3 JAPro BW 2002 (Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung der GmbH).

² Vgl. für eine eingehende Darstellung der GmbH-Reform Kindler, NJW 2008, 3249 ff.

³ Dazu BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 31 f.; zur „haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft“ näher Bormann, GmbHR 2007, 897 (898 f.); Drygala, NZG 2007, 561 ff.; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485 ff.; Leyendecker, GmbHR 2008, 302 ff. (rechtsökonomisch); Noack, DB 2007, 1395 (1396 f.); Seibert, GmbHR 2007, 673 ff.; Wilhelm, DB 2007, 1510 ff.

⁴ Dieser Rechtsformzusatz ist wenig aussagekräftig. Leider hat der Gesetzgeber den Vorschlag des DAV (NZG 2007, 737 Rn. 20) nicht aufgegriffen: „Gründer-GmbH“.

⁵ Näher Schärfl, GmbHR 2008, Rn. 81 f.

⁶ Zur bisherigen Rechtslage zuletzt etwa Habersack, in: Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, 2007, S. 157 ff.; zum RegE insbes. Veil, ZIP 2007, 1241 ff.; zur – nach langer Diskussion – Gesetz gewordenen „Anrechnungslösung“ s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97; M. Winter, in: Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, 2007, S. 867 ff. (876 ff.); Ulmer, ZIP 2008, 45 (52 f.).

⁷ Grdl. BGH NJW 1982, 2444 (2446), insoweit nicht in BGHZ 83, 319; dazu Hüffer, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 27 Rn. 10.

spruch des Gesellschafters auf Rückgewähr des rechtsgrundlos geleisteten Sachwerts war in der Insolvenz der Gesellschaft meist wertlos⁸.

Auch das MoMiG hält an der Verpflichtung zur Bareinlage fest (§ 19 Abs. 4 S. 1, 3 GmbHG), doch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung – entgegen der bisherigen Rspr.⁹ – nicht unwirksam (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Zudem wird der Wert der verdeckten Sacheinlage auf die Bareinlagepflicht des Gesellschafters angerechnet (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG). Die Anrechnungslösung erfolgt jedoch erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG), weshalb der Geschäftsführer in der Anmeldung nach § 8 GmbHG nicht versichern kann und darf, die Einlage sei durch Anrechnung erloschen und damit erfüllt¹⁰. Gleichzeitig stellt das Gesetz durch § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG sicher, dass das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft auch in Fällen ablehnen kann (§ 9c GmbHG), in denen der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Geldeinlage erreicht¹¹. Und schließlich muss der Gesellschafter im Streitfall beweisen, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Bareinlage tatsächlich erreicht hat (§ 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG)¹².

c) Zulassung des Hin- und Herzählens von Bareinlagen (§ 19 Abs. 5 GmbHG)

Der verdeckten Sacheinlage verwandt ist der Fall des bloßen Hin- und Herzählens des Einlagebetrages. Die bisherige Rspr. verneinte hier eine Erfüllung der Einlagenschuld, weil es an einer Leistung zur freien Verfügung der Gesellschaft fehle (vgl. §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 56a, 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG; §§ 37 Abs. 1 2, 54 Abs. 3 S. 1, 188 Abs. 2 S. 2 AktG)¹³. Die Gläubiger- und Mitgesellschafterinteressen sind hier noch viel mehr gefährdet als bei einer verdeckten Sacheinlage. Denn bei dieser wird dem Gesellschaftsvermögen ja immerhin – anstelle der geschuldeten Bareinlage – ein Sachwert

zugeführt, was beim Hin- und Herzählen nicht der Fall ist¹⁴. Dies führte nach Einschätzung des Gesetzgebers zu Problemen in der Praxis, insbesondere bei der GmbH-Gründung unter Einbeziehung in einen sog. Cash-Pool¹⁵. Der neue § 19 Abs. 5 GmbHG bestimmt daher, dass ein Hin- und Herzählen der ordnungsgemäßen Einlageleistung nicht entgegensteht, wenn die Auszahlung an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist¹⁶. Diese Voraussetzungen sind z.B. bei einem erst nach fünf Jahren fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch nicht gegeben, weil eine derart weit in die Zukunft gerichtete Einschätzung bezüglich der Vollwertigkeit unmöglich ist¹⁷. Bei der Kapitalerhöhung ist § 19 Abs. 5 GmbHG sinngemäß anzuwenden (§ 56a GmbHG).

d) Wegfall der strengen Kapitalaufbringungsregeln bei der Einpersonen-Gesellschaft (§§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4 GmbHG a.F.)

Aus mindestens drei Gründen besteht in den Fällen der Einmann-Gründung eine gesteigerte Gefahr, dass das Stammkapital zum Nachteil der Gläubiger nicht wirklich aufgebracht wird:¹⁸ (1) Es findet keine gegenseitige Überwachung statt, die bei zwei oder mehreren Gesellschaftern aus dem jeweiligen Eigeninteresse heraus regelmäßig gegeben sein wird; (2) ein unredlicher Gesellschafter hat eher die Gelegenheit zur Vermögensvermischung (da er im Regelfall auch Alleingesellschafter sein wird); (3) es gibt keine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG, wenn der Alleingesellschafter das Stammkapital nicht einzahlt. Deshalb musste bislang der Alleingesellschafter für den nicht eingezahlten oder durch Sacheinlage abgedeckten Betrag des Stamm- bzw. Grundkapitals noch vor der Handelsregisteranmeldung eine Sicherung bestellen (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG a.F.). Dass dies geschehen ist, musste in der Anmeldung versichert werden (§ 8 Abs. 2 GmbHG a.F.); im Hintergrund standen die Haftung nach § 9a GmbHG und der Straftatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Dem Gläubigerschutz dienten ferner weitere Regelungen über die Kapitalaufbringung (§ 19 Abs. 4 GmbHG a.F.¹⁹), In-sich-Geschäfte (§ 35 Abs. 4 GmbHG²⁰) und die Niederschrift von Gesellschafterbeschlüssen (§ 48 Abs. 3

⁸ BegrRegE in BT-Drs. 17/6140, S. 39 ff.; aus neuerer Zeit BGHZ 173, 145 = NJW 2007, 3425 (Lurgi).

⁹ BGHZ 155, 329 (338 f.) = NJW 2003, 3127 (§ 27 Abs. 3 S. 1 AktG analog).

¹⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97.

¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97.

¹² Näher *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1210); zur – nach langer Diskussion – Gesetz gewordenen „Anrechnungslösung“ s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97; *M. Winter* (Fn. 6), 876 ff.; *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (52 f.); zur früheren Rechtslage zuletzt etwa *Habersack* (Fn. 6), S. 157 ff.; zum RegE insbes. *Veil*, ZIP 2007, 1241 ff.

¹³ St. Rspr., BGHZ 153, 107 (109 f.) = NJW 2003, 825; BGHZ 165, 113 (116 f.) = NJW 2006, 509; BGHZ 165, 352 (356) = NJW 2006, 906; BGH NJW-RR 2006, 1630 = NZG 2006, 716; BGH NJW 2001, 3781.

¹⁴ Plastisch schon BGHZ 28, 314 = NJW 1959, 383: „Eine solche Leistung des Einlagenschuldners gleicht einem geworfenen Ball, der an einem Gummiband hängt und wieder zurückschnellt.“; näher *Habersack* (Fn. 6), S. 160 f..

¹⁵ *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1210); BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 34 f., 66, 76; zum Cash-Pool unten im Text unter III. 4.

¹⁶ Näher Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 97 f.; *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (53 f.).

¹⁷ *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1211).

¹⁸ Dazu *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 14 Rn. 96.

¹⁹ Die Vorschrift hatte kein Gegenstück im Aktienrecht, vgl. *Hüffer* (Fn. 7), § 36 Rn. 13.

²⁰ Zur analogen Geltung der Vorschrift im Aktienrecht s. *Hüffer* (Fn. 7), § 42 Rn. 2.

GmbHG²¹). Durch das MoMiG sind die besonderen Kapitalaufbringungsvorschriften der §§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4 a.F. GmbHG entfallen, um die Einmann-Gründung zu erleichtern. Der Gesetzgeber hält sie – als unnötige Erschwernis der Gesellschafts-Gründung – für verzichtbar.

1. Musterprotokolle für einfache Gründungen

Für die eiligen Gründer standen bisher hauptsächlich zwei Wege zur Verfügung: eine deutsche Vorrats-GmbH, an der man die Anteile erwirbt (laut Werbeanpreisung in 24 Stunden startklar) oder eine britische Limited, die mit Hilfe sogenannter Inkorporationsdienstleister ebenfalls von heute auf morgen als Haftungsschirm zur Verfügung steht²². Demgegenüber dauert es im Regelfall mehrere Wochen von der GmbH-Gründung beim Notar bis zur Handelsregistereintragung der Gesellschaft, die dann erst die Haftungsbeschränkung herbeiführt (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Abhilfe soll hier die „GmbH von der Stange“ bringen, d.h. die Gründung unter Verwendung notarieller Musterprotokolle, die dem MoMiG als Anlage 1 beigefügt sind (§ 2 Abs. 1a GmbHG)²³. Dort finden sich zwei Musterprotokolle: eines für die Gründung einer Einpersonengesellschaft, eines für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft mit bis zu drei Gesellschaftern. Mit diesem Verfahren sollen der Zugang zur GmbH erleichtert und der Gründungsvorgang beschleunigt werden.

2. Verkürzung der Eintragszeiten beim Handelsregister

a) Überblick.

Einige der bereits behandelten Gründungserleichterungen dienen zugleich der Beschleunigung des Handelsregisterverfahrens bei der Eintragung von Gesellschaftsgründungen oder Kapitalerhöhungen. Dies gilt für den Wegfall der strengen Kapitalaufbringungsregeln bei der Einpersonen-GmbH (oben unter 1 d) und die Zurverfügungstellung von Musterprotokollen für einfache Gründungen (oben unter 2.). Einen besonderen Beschleunigungseffekt verspricht sich der Gesetzgeber von der Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (dazu sogleich unter b).

b) Abkoppelung des Handelsregisterverfahrens von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung

Nach der soeben genannten, durch das MoMiG aufgehobenen Vorschrift war der Anmeldeversicherung eine etwa erforderliche staatliche Genehmigungsurkunde beizufügen.

²¹ Das Erfordernis einer Niederschrift gilt im Aktienrecht ohnehin nach § 130 AktG.

²² www.go-limited.de.

²³ Näher Beschlussempfehlung und Beschluss des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 67 ff., 93; zu Vorüberlegungen („Mustergesellschaftsvertrag“ ohne Notarzwang) *Bayer u.a.*, GmbHR 2007, 953 ff.; *Karsten*, GmbHR 2007, 958 ff.; *Schröder/Cannivé*, NZG 2008, 1 ff. mit weit. Nachw. dort in Fn. 25; *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 (1209); *Ulmer*, ZIP 2008, 45 (46 ff.). Dazu auch die krit. Stellungnahme des Bundesrates vom 6.7.2007, BR-Drs. 354/07, S. 1 ff. = BT-Drs. 16/6140, S. 61 f.

Dies betraf z.B. Handwerks- oder Gaststättenbetriebe sowie Bauträger, deren Geschäftsbetrieb eine gewerberechtliche Erlaubnis erfordert. Das verwaltungsbehördliche Verfahren verzögerte so oftmals die privatrechtliche Unternehmensgründung und verlängerte das mit vielfacher Rechtsunsicherheit und Haftungsrisiken belastete Stadium der Vor-Gesellschaft über Gebühr. Diese Probleme entfallen mit der Aufhebung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, womit der Gesetzgeber auch den Gleichklang zu den Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften herstellt (vgl. § 7 HGB)²⁴.

III. Gesellschafterfreundliche Regelungen

Durch eine Reihe gesellschafterfreundlicher Regelungen soll die GmbH für Unternehmensgründer wieder attraktiver werden. Dabei geht es um die Beseitigung von Mobilitätshindernissen (nachfolgend unter 1.), Verbesserungen bei der Übertragung von Geschäftsanteilen (nachfolgend unter 2.) und eine Begrenzung der Gesellschafterhaftung im Innenverhältnis (nachfolgend unter 3.).

1. Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Die Vorschrift des § 4a Abs. 2 GmbHG wurde gestrichen²⁵. Danach musste der Sitzungssitz der Gesellschaft an einem Ort liegen, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, an dem sich ihre Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird, und dieser Ort muss nach einhelliger Auffassung im Inland gelegen sein.²⁶ Aus der Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG folgt freilich nicht automatisch, dass der Sitzungssitz keinen realen inländischen Bezugspunkt mehr haben muss. Denn § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. wurde überhaupt erst vor zehn Jahren in das GmbHG eingefügt²⁷, und schon lange zuvor – also ganz unabhängig von dieser Vorschrift – hatte die Rechtsprechung das Erfordernis eines realen inländischen Bezugspunktes für den Sitzungssitz aufgestellt. Eine deutsche Briefkasten-GmbH mit tatsächlichem Sitz im Ausland ist bis heute unzulässig, wenn nicht wenigstens ein Betrieb im Inland vorhanden ist. Daher hat die h.M. schon lange vor Inkraft-Treten von § 4a Abs. 2 GmbHG i.d.F. des HRefG am 1.1.1999 die Verlegungssitzverlegung als Auflösungsstatbestand oder als Grund für ein Erzwingungsverfahren nach § 144a FGG angesehen²⁸. Der Gesetzgeber hätte daher den § 4a Abs. 2 GmbHG nicht einfach ersatzlos streichen dürfen,

²⁴ Näher BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 34.

²⁵ Vgl. Art. 1 Nr. 4 b MoMiG und dazu BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 29; dazu *Fingerhuth/Rumpff*, IPRax 2008, 90 ff.; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581 ff.; *Kindler*, Die AG 2007, 721 ff.; *Peters*, GmbHR 2008, 245 ff.; *Preuß*, GmbHR 2007, 57 (58 ff.); s. auch die detaillierte Regelung in Art. 35 des geplanten Statuts einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE), vgl. *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574 (1578).

²⁶ A.A. *Preuß*, GmbHR 2007, 57 (62 nach Fn. 36).

²⁷ HRefG v. 22.6.1998, BGBl. I S. 1474; dazu *Priester*, DNotZ 1998, 691 (708 f.).

²⁸ So schon *Flesner*, NZG 2006, 641 f.; Einzelnachw. bei *Kindler*, IntGesR, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Rn. 503, 506, 508.

sondern positiv festlegen müssen, ob und ggf. welchen realen Inlandsbezug der Satzungssitz einer deutschen Kapitalgesellschaft überhaupt noch haben muss, und dass die Verlagerung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft von einem Staat in einen anderen zulässig ist²⁹. Nur so wäre sichergestellt gewesen, dass die Verwaltungssitzverlegung weder einen Auflösungsstatbestand darstellt, noch den Registerzwang nach § 144a FGG auslöst.

2. Mindeststückelung und Teilbarkeit der Stammeinlagen

Die Gesellschafter können jetzt ganz nach den Verhältnissen des Einzelfalles – d.h. insbesondere nach Maßgabe ihrer individuellen Finanzkraft – über die Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen. Die bisherige Beschränkung, wonach die Stammeinlage mindestens 100 Euro betragen musste und nur in Einheiten aufgeteilt werden durfte, die durch 50 teilbar sind (§ 5 Abs. 1, 3 GmbHG a.F.), fällt weg. Als einzige Beschränkung ist nunmehr vorgesehen, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG), weshalb in der Einpersonen-GmbH das Mindestkapital nunmehr einen Euro beträgt, wenn sich der Gesellschafter für die UG (oben unter II 1 a) entscheidet³⁰. Auch das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei Errichtung der Gesellschaft (§ 5 Abs. 2 GmbHG a.F.) hat man zu Recht aufgehoben³¹. § 17 GmbHG konnte gestrichen werden, da die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nach dem neuen § 5 Abs. 2 GmbHG unbegrenzt möglich sind; § 46 Nr. 4 GmbHG begründet hierfür die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung³². Die neue Rechtslage erleichtert u.a. maßgeschneiderte Anteilsabtretungen³³.

3. Gesellschafterliste und Übertragung von Geschäftsanteilen

Der nichtssagende § 14 GmbHG über die Geschäftsanteile wurde vollkommen neu gefasst und trägt jetzt die Überschrift „Einlagepflicht“. Nach § 14 S. 1 GmbHG ist auf jeden Geschäftsanteil eine Einlage zu leisten (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG), und die Sätze 2 und 3 des neuen § 14 GmbHG bestimmen das Verhältnis zwischen dem Nennbetrag des Geschäftsanteils und der Einlage; sachliche Änderungen sind damit nicht verbunden³⁴. Eine der wesentlichen Neuerungen des MoMiG ist der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Ziel ist es, mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Rechtsscheinträger für den Gutglaubenstatbe-

stand ist die beim Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste. Deshalb ist zunächst grundsätzlich auf deren gewachsene Bedeutung einzugehen (nachfolgend unter a). Anschließend werden die mit dem Tatbestand des gutgläubigen Erwerbs verbundenen Fragen näher beleuchtet (nachfolgend unter b).

a) Aufwertung der Gesellschafterliste

Wie nach früherem Recht ist sowohl bei der Gründung der Gesellschaft als auch nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 und 2 GmbHG). Das MoMiG wertet die Bedeutung der Gesellschafterliste jedoch erheblich auf: (1) So gilt nunmehr gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die Gesellschafterliste ist jetzt die alleinige Legitimation für die Ausübung von Gesellschafterrechten, und zwar – anders als früher die Anmeldung (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F.) – nicht nur in Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, sondern bei jedweder Veränderung im Gesellschafterbestand oder Beteiligungsumfang. (2) Die Eintragung in die Gesellschafterliste löst darüber hinaus die (Mit-)Haftung des Erwerbers für in diesem Zeitpunkt rückständige Einlageverpflichtungen aus (§ 16 Abs. 2 GmbHG). (3) Durch die neu vorgesehene Nummerierung der Geschäftsanteile (§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG) erlaubt die Gesellschafterliste außerdem eine genaue Individualisierung der Geschäftsanteile. Dadurch werden Zweifel an der Identität des jeweils übertragenen Geschäftsanteils, wie sie früher bei der Veräußerung eines von mehreren Geschäftsanteilen gleichen Nennbetrags immer wieder entstanden, ausgeschlossen. (4) Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigste Aufgabe der Gesellschafterliste ist die eines Rechtsscheinträgers für den durch das MoMiG eingeführten gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen (dazu ausführlich nachfolgend unter b).

b) Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG)³⁵

Eine der wichtigsten Neuerungen des MoMiG ist der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Bisher war ein solcher Erwerb vom Nichtberechtigten nicht möglich. Der Erwerber musste daher die Wirksamkeit aller Abtretungen und sonstigen Inhaberwechsel bis zur Entstehung des betreffenden Geschäftsanteils zurückverfolgen, konnte wegen des Risikos unbemerkter Zwischenverfügungen dennoch nicht zu letzter Gewissheit gelangen. Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb ist – wie ausgeführt – die zum Rechts-

²⁹ So auch das Petitum von *Flesner*, NZG 2006, 641 (642); Regelungsvorschlag bei *Kindler* (Fn. 25), 721 (722).

³⁰ Dazu BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 29 f.; auch Art. 19 Abs. 4 des geplanten SPE-Statuts sieht ein Mindestkapital von 1 Euro vor, vgl. *Lanfermann/Richard*, BB 2008, 1610 ff.

³¹ Dazu BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 30.

³² BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 39, 45.

³³ Zum Ganzen Reformüberlegungen schon bei *Happ*, ZHR 169 (2005), 6 (18 ff.).

³⁴ BegrRegE vom 23.5.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 37.

³⁵ Zum gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen s. *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565 ff.; *Bohrer*, DStR 2007, 995 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (200 ff.); *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894 ff.; *Grunewald u.a.*, ZIP 2006, 685 ff.; *Grunewald*, Der Konzern 2007, 13 ff.; *Hamann*, NZG 2007, 492 ff.; *Harbarth*, ZIP 2008, 57 ff.; *Mayer*, DNotZ 2008, 403 ff.

scheinträger aufgewertete Gesellschafterliste: nach § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG können ein Geschäftsanteil oder ein Recht daran rechtsgeschäftlich wirksam vom Nichtberechtigten erworben werden, wenn dieser als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist.

Die Gutgläubenswirkung bezieht sich allerdings nur auf die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers, nicht auch auf die Existenz und die Lastenfreiheit der betroffenen Geschäftsanteile. Der Erwerbsinteressent muss also weiterhin lückenlos überprüfen, ob der zu erwerbende Geschäftsanteil überhaupt wirksam entstanden ist und noch besteht. Ist der Gutgläubensstatbestand des § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG erfüllt, scheidet ein Erwerb vom Nichtberechtigten nach § 16 Abs. 3 S. 2 bzw. 3 GmbHG gleichwohl, wenn einer der folgenden Ausschlussgründe vorliegt: (1) Die Gesellschafterliste ist hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit ist dem Berechtigten nicht zuzurechnen. (2) Dem Erwerber ist die fehlende Berechtigung des Veräußerers bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt. (3) Der Gesellschafterliste ist hinsichtlich des Geschäftsanteils ein Widerspruch zugeordnet.

4. Lockerung der Kapitalbindung und Konzernfinanzierung durch „Cash-Pooling“

a) Grundsätze der Kapitalbindung.

Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG³⁶ darf das zur Erhaltung des Stammkapitals (§ 5 GmbHG) erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. Die Kapitalbindung wird mithin durch ein am Stammkapital ausgerichtetes Auszahlungsverbot gesichert³⁷. Die Rspr. hat dieses Auszahlungsverbot seit jeher streng verstanden und es selbst bei Vollwertigkeit eines Gegen- oder Erstattungsanspruchs der Gesellschaft – z.B. im Cash-Pool (dazu sogleich unter b) – angewandt. Ergänzt wird diese gesetzliche Kapitalbindung durch das richterrechtlich entwickelte Verbot der Vermögensaushöhlung in der Krise („Existenzvernichtungshaftung“, nachfolgend unter c)³⁸. Neben die gesetzliche Regelung trat nach bisheriger Rspr. schließlich ein analog § 30 GmbHG angenommenes Rückzahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen mit „Eigenkapitalersatzfunktion“ (vgl. §§ 32a/32b GmbHG a.F., dazu nachfolgend unter 5.). Über die genannten Grundsätze der Kapitalbindung hinaus soll es nach der Rspr. kein Verbot der materiellen Unterkapitalisierung geben³⁹.

³⁶ Wortgleich mit § 30 Abs. 1 GmbHG a.F., der nur aus einem einzigen Satz bestand.

³⁷ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1.

³⁸ Nach BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 (Trihotel) Rn. 39 besteht bei §§ 30, 31 GmbHG eine „Schutzlücke“, die § 826 BGB schließt.

³⁹ So der BGH jüngst wieder im Fall „Gamma“: BGH NJW 2008, 2437 = NZG 2008, 547 Rn. 16-25 und Ls. 2 (für BGHZ bestimmt); dazu Altmeyden, ZIP 2008, 1201 ff.

b) Cash-Pooling (§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG/§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG)

Das MoMiG schafft eine Ausnahme zur Kapitalbindung beim Cash-Pooling im Konzern⁴⁰. Dabei wird – vereinfacht gesagt – Liquidität von den Tochtergesellschaften abgezogen und bei der Muttergesellschaft zentral für alle Konzerngesellschaften verwaltet. Zivilrechtliche Grundlage dafür ist ein Darlehen, das die Tochter der Mutter gewährt. Das zentrale Cash-Management durch die Mutter verringert – konzerndimensional betrachtet – die Verwaltungskosten, ermöglicht bessere Zinserträge aus konzernweiten Überschüssen und vor allem vermeidet es die externe Kreditaufnahme durch eine Konzerngesellschaft, während gleichzeitig bei einer anderen Konzerngesellschaft die entsprechende Liquidität vorhanden wäre, um nur einige der Hauptvorteile dieses Verfahrens zu nennen.⁴¹ Handelt es sich nun bei der Tochter um eine GmbH, so griff allerdings bislang die BGH-Rspr. ein, wonach Kreditgewährungen an Gesellschafter – wie beim Cash-Pooling –, wenn sie das satzungsmäßige Stammkapital angreifen, selbst dann als verbotene Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen (oben a) zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch der GmbH gegen ihre Konzernobergesellschaft im Einzelfall vollwertig sein sollte⁴².

Das MoMiG (d.h. der neue §§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG) macht damit Schluss und hebt das Auszahlungsverbot u.a. dann auf, wenn und soweit die Leistung an den bei der Muttergesellschaft geführten Cash-Pool durch einen vollwertigen Rückgewährungsanspruch gegen die Muttergesellschaft gedeckt ist. Für Geschäftsführer birgt das neue Recht zusätzliche Haftungsrisiken und Interessenkonflikte: Sie müssen beurteilen, ob der Gesellschafter liquide genug ist, die empfangenen Leistungen nach Fälligkeit wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen. Wer dies fälschlich bejaht, unterliegt der Haftung nach §§ 43 Abs. 3 S. 1 GmbHG; umgekehrt wird kein Geschäftsführer oder Vorstand einem Gesellschafter gerne sagen, dessen Bonität reiche für einen im Sinne der §§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, 57 Abs. 1 S. 3 AktG „vollwertigen“ Anspruch nicht aus.

c) Kapitalbindung und Existenzvernichtungshaftung

Ergänzend tritt die sog. Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters in Fällen der Vermögensaushöhlung neben die klassischen Ausschüttungssperren des § 30 GmbHG. Danach besteht bei missbräuchlicher Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens eine schadensersatzrechtliche Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft nach § 826 BGB⁴³.

⁴⁰ Dazu Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289 (1292 f.); C. Schäfer, DStR 2006, 2085 (2088 ff.); ders., BB-Special 7/2006, 5 ff.

⁴¹ Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689 f.

⁴² BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111; dazu Habersack/Schürnbrand (Fn. 41); RegE in BR-Drs. 354/07, S. 93.

⁴³ BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 (Trihotel); dazu statt aller Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 14 Rn. 94; nachfolgend BGH NJW 2008, 655;

Diese mehrspurige Haftungsverfassung der GmbH soll durch das MoMiG nach dem Willen seiner Urheber nicht angetastet werden⁴⁴.

5. Gesellschafterdarlehen

Bei der Finanzierung der Gesellschaft entscheiden sich die Gesellschafter häufig gegen den klassischen Weg der Erhöhung des Stammkapitals mit anschließender Übernahme der neuen Geschäftsanteile (§§ 54 ff. GmbHG). Stattdessen nehmen sie die Rolle eines Fremdkapitalgebers ein und gewähren der Gesellschaft ein Darlehen nach §§ 488 ff. BGB oder erbringen wirtschaftlich vergleichbare Leistungen an die Gesellschaft (Bürgschaft, Gebrauchsüberlassung). Neben der Erwartung, dieses Darlehen auch im Falle einer Krise der Gesellschaft noch rechtzeitig zurückgezahlt zu bekommen, steht dahinter oft auch die steuerliche Überlegung, im negativen Risikofall das verlorene Finanzierungsvolumen wenigstens einkommensmindernd geltend machen zu können. Beides scheidet bei einer Eigenkapitalfinanzierung häufig aus (vgl. zur Rückerstattung § 72 S. 1 GmbHG bzw. § 199 S. 2 InsO; zum Steuerrecht § 8b Abs. 3 KStG). Nach bisherigem Recht konnte derartiges Kapital, welches in der Krise gewährt wird, nicht wieder abgezogen werden. Eine Krise i.S.d. § 32a GmbHG a.F. lag vor, wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig ist, also insolvenzreif nach §§ 17, 19 InsO, ferner bei Kreditunwürdigkeit⁴⁵. Das Gesetz begegnete damit der Erfahrungstatsache, dass die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs mit Hilfe von Gesellschafterdarlehen meist zu weiteren Schulden und somit zur Gefährdung weiterer Gläubiger führt. Der Normzweck des Kapitalersatzrechts ist daher seit jeher insolvenzrechtlich geprägt⁴⁶.

Mit dem MoMiG hat sich der Gesetzgeber zu einer radikalen Vereinfachung des Rechts der Gesellschafterdarlehen entschlossen⁴⁷, die auf folgenden Eckpunkten beruht⁴⁸: (1)

BGH NJW-RR 2008, 918; NJW-RR 2008, 629; NJW 2008, 2437 = DStR 2008, 1293 = ZIP 2008, 1232 m. Aufs. *Altmep-pen*, 1201 ff. (Gamma); für das Verhältnis der Existenzvernichtungshaftung zu den neuen Kapitalbindungsregeln nach dem MoMiG s. *Jacob*, GmbHR 2007, 796 ff.; *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (455 ff.).

⁴⁴ Im Zusammenhang mit der Erweiterung der Geschäftsführerhaftung für – hier nicht darzustellende – Masseschmälerungen (§ 64 Satz 3 GmbHG) heißt es in der BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 106, der Entwurf beabsichtige „keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greif(e) demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor.“; dazu auch *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449 (457 f.).

⁴⁵ BGH NJW 2008, 2188 Rn. 11; näher *Hueck/Fastrich* (Fn. 37), § 32a Rn. 48.

⁴⁶ *Haas*, NZI 2001, 1 (5 ff.); *Paulus*, ZIP 2002, 729 (734); zur hieraus folgenden Anwendung dieses Rechtsinstituts auf Auslandsgesellschaften s. *Kindler* (Fn. 28), Rn. 708 ff.

⁴⁷ BegrRegE, BT-Drs. 16/6140, S. 56 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 106 f.; grundlegend *Habersack/Huber*, BB 2006, 1 ff.; *Habersack*, ZIP 2007, 2145 ff.

Die §§ 32a, 32b GmbHG werden aufgehoben und die entsprechenden Regelungen werden von den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen in die InsO und das AnfG⁴⁹ verlagert; (2) Alle Darlehensrückzahlungsansprüche von Gesellschaftern einer Gesellschaft ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter werden als nachrangige Insolvenzforderung eingestuft (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a, 135, 143 InsO); (3) Die „Rechtsprechungsregeln“ zum Eigenkapitalersatz⁵⁰ werden abgeschafft (§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG).

IV. Bekämpfung von Missbräuchen

1. Zustellungserleichterungen durch inländische Geschäftsanschrift

a) Überblick

Das MoMiG enthält eine ganze Reihe von Änderungen betreffend die Zustellung von Schriftstücken und den Zugang von Willenserklärungen⁵¹. Hervorzuheben sind die Pflicht zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister (§ 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG), die Möglichkeit der Eintragung einer empfangsberechtigten Person (§ 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG), die Empfangsvertretung durch Gesellschafter (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG) bei Führungslosigkeit, sowie die Erleichterung der öffentlichen Zustellung (§ 185 Nr. 2 ZPO) und des Zugangs von Willenserklärungen (§ 15a HGB) an unerreichbare Gesellschaften. Diese Neuerungen richten sich in erster Linie gegen unlautere „Firmenbestattungen“, d.h. die Beseitigung gescheiterter Gesellschaften mbH außerhalb eines geordneten Liquidations- oder Insolvenzverfahrens. Typischerweise legen die Geschäftsführer dabei ihre Ämter nieder, das Geschäftslokal wird aufgegeben, die Geschäftsanteile werden an Dritte veräußert und der Gesellschaftssitz wird verlegt⁵².

b) Inländische Geschäftsanschrift

aa) Pflicht zur Anmeldung

Bei Errichtung einer GmbH ist nach dem neuen § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG in der Anmeldung eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. Diese wird nach § 10 Abs. 1 S. 1 GmbHG zusätzlich zum Sitz der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen und nach § 10 HGB bekannt gemacht. Die Anschrift kann von jedem im Handelsregister (§ 9 Abs. 1

⁴⁸ Vgl. *Bork*, ZGR 2007, 250 (251); *Seiber/Deckert*, ZIP 2008, 1208 (1211).

⁴⁹ §§ 6, 6a AnfG.

⁵⁰ Grdl. BGHZ 31, 258 (273) = NJW 1960, 285; nachfolgend etwa BGHZ 90, 370 (376) = NJW 1984, 1891; BGHZ 95, 188 (191 f.) = NJW 1985, 2947; BGH NJW 1985, 2719; näher *Kindler* (Fn. 43), § 15 Rn. 50; *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch, 21. Aufl. 2008, § 24 Rn. 23.

⁵¹ Näher *Steffek*, BB 2007, 2077 ff.; *Noack*, DB 2006, 1475 (1482 f.); BegrRegE vom 23.7.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 42 f., 50 f., 70 (Bundesrat), 78 (Gegenäußerung der BReg).

⁵² Zu einer BMJ-Erhebung über derartige Sachverhalte *Seibert*, in: Crezelius (Hrsg.), Festschrift für Volker Roehricht zum 65. Geburtstag, 2005, S. 585 ff.

S. 1 HGB) oder im elektronischen Unternehmensregister (§ 9 Abs. 6 S. 1 HGB) eingesehen⁵³ oder im Ausdruck verlangt werden (§ 9 Abs. 4 S. 1 HGB)⁵⁴.

bb) Freie Wahl der inländischen Geschäftsanschrift

Meist wird man eine Anschrift anmelden, die mit der inländischen Anschrift der Hauptverwaltung, eines Geschäftslokals oder eines maßgeblichen Betriebs übereinstimmt. Die Gesellschaften sind dazu aber nicht verpflichtet. Vielmehr können auch andere inländische Geschäftsanschriften angemeldet werden, wie die inländische Wohnanschrift eines Geschäftsführers oder Gesellschafters, die inländische Anschrift eines Beraters oder jeder anderen dritten Person, die sich dazu bereit erklärt. Bedeutung hat diese Möglichkeit vor allem für deutsche Gesellschaften mit effektivem Verwaltungssitz im Ausland (oben III. 1).

cc) Bedeutung der eingetragenen inländischen Geschäftsanschrift für die Zustellung und den Zugang von Willenserklärungen

Bei richtiger Registereintragung der Geschäftsanschrift im Inland sind die Zustellung und der Zugang von Willenserklärungen an die Gesellschaft ohne weiteres möglich, schon wegen der Publizität der Anschrift im elektronischen Unternehmensregister (§ 9 Abs. 6 HGB). Über diese faktische Zustellungs- und Zugangserleichterung hinaus enthält § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG eine unwiderlegliche Vermutung betreffend den Zugang von Willenserklärungen und die Zustellung an die Vertreter einer GmbH.

c) Empfangsvertretung der führungslosen Gesellschaft

Das MoMiG führt zwingende Empfangszuständigkeiten der Gesellschafter ein. Die zwingenden Empfangszuständigkeiten sollen die missbräuchliche Führungslosigkeit von Gesellschaften verhindern. Hat eine Gesellschaft keine Empfangsvertreter, können ihr gegenüber Willenserklärungen nicht mehr wirksam zugehen. Auch Zustellungen scheiden aus, weil § 170 Abs. 1 S. 2 ZPO bestimmt, dass eine Zustellung an die juristische Person selbst wegen ihrer Prozessunfähigkeit unwirksam ist. Ein Vertreter, an den nach § 170 Abs. 1 S. 1 oder § 171 S. 1 ZPO wirksam zugestellt werden könnte, ist bei Führungslosigkeit aber nicht vorhanden. § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG bestimmt daher, dass eine GmbH, die keinen Geschäftsführer hat (Führungslosigkeit), durch die Gesellschafter vertreten wird, soweit ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden. Die Empfangszuständigkeit für die GmbH liegt somit grundsätzlich bei den Geschäftsführern (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), hilfsweise – im Falle der Führungslosigkeit – bei den Gesellschaftern (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG), daneben stets bei der empfangsberechtigten Person (§ 35 Abs. 2 S. 4 GmbHG), falls eine solche nach § 10 Abs. 2 S. 2 GmbHG eingetragen ist. Sachlich bezieht sich die Empfangszuständigkeit der Geschäftsführer und Gesellschafter gleichermaßen auf Willens-

erklärungen und Zustellungen, die der empfangsberechtigten Person hingegen nur auf Zustellungen.

Dem Erklärenden wird der Zugang der Willenserklärung weiter dadurch erleichtert, dass nach § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG „die Abgabe gegenüber einem Vertreter der Gesellschaft nach Abs. 1“ – also gegenüber einem Geschäftsführer und bei Führungslosigkeit gegenüber einem Gesellschafter – genügt. Außerdem gilt die unwiderlegliche Vermutung der Möglichkeit der Kenntnisnahme unter der eingetragenen inländischen Geschäftsanschrift nach § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG auch für den Zugang an Gesellschafter. Ähnlich ist die Rechtslage bei der Zustellung. Hier gilt für Gesellschafter ebenfalls die unwiderlegliche Vermutung nach § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG, während sich die Möglichkeit der wirksamen Zustellung an nur einen Gesellschafter aus dem Zustellungsrecht selbst (§ 170 Abs. 3 ZPO) ergibt. Nicht von Bedeutung ist, ob der Erklärende bzw. der Zustellungsveranlasser um die Führungslosigkeit und die geänderte Empfangsvertretung weiß.

2. Erweiterung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer

Schon nach früherem Recht konnte nicht Geschäftsführer sein, wer wegen einer Insolvenzstraftat (§§ 283 ff. StGB) vorbestraft ist oder einem Gewerbeverbot unterliegt (§§ 6 Abs. 2 GmbHG a.F.). Gerade dieser Personenkreis hat die vom Europäischen Gerichtshof eröffnete Möglichkeit zur Führung von Briefkastengesellschaften unter der Flagge der Niederlassungsfreiheit⁵⁵ freilich gerne wahrgenommen, meist eine britische Limited errichtet und sich zu deren director – d.h. Geschäftsführer – bestellen lassen. Denn das britische Companies House kümmern ausländische Vorstrafen oder Gewerbeverbote herzlich wenig⁵⁶. Derart ungeeigneten Geschäftsführern will auch das MoMiG nicht den Weg zu einer haftungsbeschränkten Unternehmensform ebnen, im Gegenteil: Der erweiterte Katalog der Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 GmbHG umfasst jetzt auch Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, wegen falscher Angaben bei Gründung oder Kapitalmaßnahmen, wegen unrichtiger Darstellung in der Rechnungslegung (§ 331 HGB) sowie u.a. wegen Betruges, Kreditbetrugs, Untreue oder Vorenthalten bzw. Untreuen von Arbeitsentgelt⁵⁷. GmbH-Gesellschafter, die einer vom Geschäftsführeramt ausgeschlossenen Person die Führung der Geschäfte überlassen, haften der GmbH nach § 6 Abs. 5 GmbHG für den Schaden aus den von dieser Person begangenen Pflichtverletzungen.

⁵⁵ Vgl. nur BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 (Überseering).

⁵⁶ Vgl. BegrRegE vom 23.7.2007, BT-Drs. 16/6140, S. 49 r. Sp.

⁵⁷ Vgl. zur Verschärfung des Inhabilitätskataloges der §§ 6 Abs. 2 GmbHG, 76 Abs. 3 AktG noch im Rechtsausschuss des Bundestages: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737, S. 95 f.

⁵³ Einsichtnahme unter www.unternehmensregister.de.