


Anmerkung zu:	BGH 2. Zivilsenat, Beschluss vom 18.01.2010 - II ZR 61/09
Autor:	Dr. Martin Heckelmann, LL.M. (Cornell), RA
Erscheinungsdatum:	22.06.2010
Quelle:	
Fundstelle:	jurisPR-HaGesR 6/2010 Anm. 1
Herausgeber:	Dr. Jörn-Christian Schulze, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht
Zitiervorschlag:	Heckelmann, jurisPR-HaGesR 6/2010 Anm. 1

Keine wirtschaftliche Neugründung bei längerer Planungsphase nach Eintragung der GmbH

Leitsätze

- 1. Eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. "wirtschaftlichen Neugründung" anwendbar sind, kommt nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine "leere Hülse" ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs - sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets - in irgendeiner wirtschaftlich oder gewichtbaren Weise anknüpfen kann.**
- 2. Eine "leere Hülse" in diesem Sinne liegt dann nicht vor, wenn die Gesellschaft nach Gründung und Eintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des statutarischen Unternehmensgegenstandes entfaltet (Fortführung von BGH, Beschl. v. 07.07.2003 - II ZB 4/02 - BGHZ 155, 318).**

A. Problemstellung

Seit längerem ist geklärt, dass die Vorratsgründung und die Verwendung von „gebrauchten“ Mantelgesellschaften im Prinzip zulässige Vorgänge darstellen. Allerdings ordnet die Rechtsprechung das damit bezweckte Wiederbeleben eines unternehmenslosen Rechtsträgers als wirtschaftliche Neugründung ein und verlangt, dass die wesentlichen Schritte des Gründungsverfahrens erneut durchlaufen werden müssen. Dies wirft mehrere Abgrenzungsprobleme auf. Unter anderem lässt sich fragen, ob ein längeres Zuwarten zwischen der Eintragung einer GmbH und ihrem Eintritt in den Markt zur Annahme einer Vorratsgründung oder einer Mantelverwendung führt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Insolvenzverwalter nahm den Gründer der Schuldnerin auf einen Teilbetrag in Anspruch und stützte sich dabei auf die Unterbilanzhaftung. Nach Gründung der Gesellschaft im April 2003 und Erfüllung der Einlagepflichten wurde die GmbH im Mai 2003 eingetragen. Kurz danach begann die GmbH mit den Vorbereitungen zur Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit und schloss u.a. einen Anwaltsberatungsvertrag mit einem ihrer Gesellschafter ab. Nach außen hin aktiv wurde die Gesellschaft erst ab November 2003.

Der BGH verneinte das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung und damit die Anwendbarkeit der Unterbilanzhaftung, da es sich bei dem Vorgang weder um eine Mantelverwendung noch eine Vorratsgründung gehandelt habe.

Von der Verwendung einer Vorratsgesellschaft könne bereits deshalb nicht gesprochen werden, weil die Gründer weiterhin die Absicht hatten, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb zu verwirklichen.

Im übrigen liege eine Mantelverwendung nur vor, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ darstellt, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung des Tätigkeitsgebiets – anknüpfen kann. An diesem Umstand fehle es, wenn die Gründer bei der Gründung der Insolvenzschuldnerin die Absicht gehabt hätten, einen dem Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen. Aufgrund der aufgenommenen Planungen und Vertragsverhandlungen, die sich u.a. im Abschluss des Anwaltsberatungsvertrags widerspiegeln, könne an einer solchen Absicht der Gründer in dem zu entscheidenden Sachverhalt nicht gezweifelt werden.

C. Kontext der Entscheidung

Die Rechtsfolgen einer wirtschaftlichen Neugründung stehen weithin fest. Die Rechtsprechung verlangt a) die Offenlegung der Vorratsgründung bzw. der Wiederverwendung des zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht, b) die Versicherung, dass die gesetzlich gebotenen Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und sich der Leistungsgegenstand endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, und c) die registergerichtliche Prüfung der Deckung des satzungsmäßigen Stammkapitals im Zeitpunkt der Offenlegung.

Bei Nichtbeachtung droht den Gründern die Unterbilanz- und die Verlustdeckungshaftung und den Geschäftsführern die Handelndenhaftung – jeweils bezogen auf den Zeitpunkt der Offenlegung gegenüber dem Registergericht (Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 3 Rn. 13; Emmerich in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 3 Rn. 34). Von der Unterbilanzhaftung betroffen sind ferner die Erwerber von Geschäftsanteilen der GmbH (OLG München, Urt. v. 11.03.2010 - 23 U 2814/09 Rn. 30, n. rkr.), so dass die wirtschaftliche Neugründung auch bei der Due Diligence im Rahmen eines Share Deals zu thematisieren ist.

Die Tatbestandsseite dagegen ist in vielen Punkten noch ungeklärt, da es keinen fest umrissenen Begriff der wirtschaftlichen Neugründung gibt. Eine Abgrenzung ist jedoch insbesondere gegenüber der bloßen Reorganisation (z.B. infolge Sanierung) eines Unternehmens erforderlich. Denn diese soll – trotz Neuausrichtung der Gesellschaft – weder nach dem Gesetz noch nach der Rechtsprechung dazu führen, dass die Gesellschafter das Gründungsprozedere nochmals durchlaufen müssen (BGH, Beschl. v. 07.07.2003 - II ZB 4/02 Rn. 11).

Von einer verdeckten Vorratsgründung spricht man bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft, bei welcher der in der Satzung angegebene Gegenstand des Unternehmens gar nicht oder doch mindestens vorerst nicht verwirklicht werden soll. Diese ist unzulässig. Bei Einhaltung der für die wirtschaftliche Neugründung geltenden Regeln als zulässig anzusehen ist demgegenüber die offene Vorratsgründung, die typischerweise daran zu erkennen ist, dass sich der Unternehmensgegenstand zunächst auf die „Verwaltung eigenen Vermögens“ beschränkt (BGH, Beschl. v. 16.03.1992 - II ZB 17/91 Rn. 6).

Für die Abgrenzung der Mantelverwendung von der Umorganisation einer GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebes – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung sei-

nes Tätigkeitsgebietes – in irgend einer wirtschaftlichen und gewichtigen Weise anknüpft oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Geschäftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleisteten Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit gegebenenfalls wieder aufzunehmen (BGH, Beschl. v. 07.07.2003 - II ZB 4/02 Rn. 11; Jaeger in Beck-OK, GmbHG, Stand 15.01.2010, § 3 Rn. 41).

Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist somit der Umstand, ob die fragliche Gesellschaft im Augenblick ihrer Wiederbelebung überhaupt noch ein Unternehmen betrieb oder bereits tatsächlich stillgelegt war (OLG München, Urt. v. 11.03.2010 - 23 U 2814/09 Rn. 18; Emmerich in: Scholz, GmbHG, § 3 Rn. 38; Roth in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 3 Rn. 13a). Lediglich Indizwirkung haben Beobachtungen wie der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile, die sofortige Auswechslung des Geschäftsführers, die Verlegung des Sitzes, die Änderung des Unternehmensgegenstandes und die entsprechende Neufassung der Firma (BGH, Beschl. v. 09.12.2002 - II ZB 12/02 Rn. 10; LG Berlin, Urt. v. 26.02.2008 - 92 O 24/07 Rn. 25; Emmerich in: Scholz, 2006, § 3 Rn. 29).

Unklar war bisher, ob eine Stilllegung auch dann vorliegt, wenn die Gesellschaft lediglich vorbereitende Tätigkeiten wahrnimmt, nicht jedoch am Markt auftritt. Je mehr Zeit zwischen der Gründung der Gesellschaft und der Realisierung des Unternehmensgegenstands verstreicht, desto näher liegt der Schluss, dass der Betrieb zwischenzeitlich stillgelegt wurde und eine wirtschaftliche Neugründung vorliegt.

Anknüpfend an eine Passage aus einer früheren Entscheidung (BGH, Beschl. v. 16.03.1992 - II ZB 17/91 Rn. 9) verneint der BGH in dem hier besprochenen Beschluss das Vorliegen eines leeren Mantels, wenn die Gesellschaft Vorbereitungen für die Aufnahme des statutarischen Unternehmensgegenstands trifft. Entscheidend sei allein die Absicht der Gründer, den Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, wobei die üblichen Anlauf- und Vorlaufzeiten außer Betracht zu bleiben hätten. Auf die Erkennbarkeit der Stilllegung von außen kommt es folglich nicht an.

Wie vom Gesetzgeber des MoMiG angemahnt und zur Zeit an mehreren Stellen zu beobachten, nimmt sich der 2. Zivilsenat des BGH in seiner „rechtsschöpferischen“ Judikatur weiter zurück. Dies passt in eine Linie mit der Rechtsprechung anderer Gerichte: Erst jüngst hat das Kammergericht vertreten, dass eine Unterbilanzhaftung per se ausscheidet, wenn das statutarische Stammkapital vollständig eingezahlt und bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit noch vorhanden ist (KG, Urt. v. 07.12.2009 - 23 U 24/09, sub II.3.a).

D. Auswirkungen für die Praxis

Für Gründer von Kapitalgesellschaften, deren Business Plan noch nicht vollständig feststeht, kann teilweise Entwarnung gegeben werden: Dass sich das Auftreten am Markt verzögert, führt nicht dazu, dass aus einer schon eingetragenen, aber noch im Planungsstadium befindlichen Gesellschaft eine Vorratsgesellschaft wird.

An anderen Stellen dagegen bedarf der Tatbestand der wirtschaftlichen Neugründung schärferer Konturen. Unklar ist z.B. die Behandlung von Fällen, in denen die Gesellschaft ihren Betrieb veräußert und insoweit auch die Geschäftstätigkeit eingestellt hat, die Gesellschafter aber auf eine Liquidation vorerst verzichten, weil sie sich den Neuanfang des Unternehmens vorbehalten.

