

# Update GmbH-Recht Aktiv gestalten

Auch in 2010 hat sich im GmbH-Recht viel getan. Das MoMiG wirkt natürlich fort. Doch auch die Rechtsprechung sorgt für Bewegung. Zudem hat die Gestaltungspraxis neu entdeckte Themen zu bewältigen.



**D**ie Unternehmungsgesellschaft (UG) – die kleine GmbH – erlebt einen Triumphzug. Bis Mai 2010 stieg ihre Zahl auf über 30.600, was ein Wachstum seit ihrem einjährigen Geburtstag von circa 57 Prozent bedeutet. Die Limited ist deutlich ins Hintertreffen geraten.

Die UG wird vielfältig eingesetzt, zum Beispiel als Vorratsgesellschaft, Komplementärin einer KG oder als gemeinnützige Gesellschaft. Sie kann auch als Tochtergesellschaft in einem Konzern auftreten und sich daher vertraglich zur Gewinnabführung an die Mutter verpflichten.

## UG wird zur GmbH

Das Upgrade der UG zur Normal-GmbH ist häufig. Meist erfolgt dies durch Kapitalerhöhung in bar oder vereinfacht aus Gesellschaftsmitteln, das heißt aus erwirtschaftetem oder zugeführtem Eigenkapital. Bis dahin sind Gewinnausschüttungen teilweise gesperrt, da ein Viertel des um den Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine Rücklage einzustellen ist. Wird hiergegen verstoßen, sind die Gesellschafter ungerechtfertigt bereichert und daher rückgewährpflichtig; zudem sind die Geschäftsführer hierfür haftbar.

Sachkapitalerhöhungen sind bei der UG ausgeschlossen, ebenso die meisten Umwandlungen. Der Wechsel in die Personengesellschaft dürfte zulässig sein.

## Gründung

Das MoMiG hat die Minenfelder der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzählens deutlich entschärft. Dienstleistungen fallen nach dem BGH per se nicht hierunter.

Risiken verbleiben insbesondere in Gestalt der Unterbilanz- beziehungsweise Vorbelastungshaftung der Gründer, soweit der Wert des Gesellschaftsvermögens bei Eintragung der GmbH im Handelsregister das Stammkapital unterschreitet. Dies müssen nach der Rechtsprechung die Gründer entkräften, wenn geordnete Geschäftsunterlagen und eine Vorbelastungsbilanz fehlen.

Die Vorratsgründung verursacht weiterhin Folgeprobleme. Die erstmalige Geschäftsaufnahme ist eine offenzulegende wirtschaftliche Neugründung, sodass die Gründungsanforderungen erneut zu erfüllen sind. Dies gilt nach der Rechtsprechung aber nur, wenn vorher eine „leere Hülse“ vorlag, das heißt, die GmbH nicht einmal die Aufnahme ihrer nach außen gerichteten satzungsmäßigen Geschäftstätigkeit konkret geplant und vorbereitet hat. Der BGH entscheidet demnächst, inwieweit der Käufer aller GmbH-Anteile hierfür nachhaftet; seine Due Diligence sollte sich daher auch auf diesen Komplex erstrecken.

## Gesellschafterliste

Wer hat wann mit welchem Inhalt eine berichtigte Gesellschafterliste einzureichen? Der Klärungsbedarf für alle Lebenslagen scheint endlos, entgegen der vom Gesetzgeber angestrebten Entbürokratisierung. Es

schadet nicht, wenn der Geschäftsführer neben dem zuständigen Notar gegenüber dem Handelsregister aktiv wird.

Anteilsübertragungen können nicht mehr in der Schweiz beurkundet werden. Das Stimmrecht des Neugeschäfters besteht nicht vor dessen Eintragung in der Gesellschafterliste. Wird die Abtretung sofort wirksam, hilft eine Stimmrechtsvollmacht; sonst können zwischenzeitliche Gesellschafterbeschlüsse unwirksam sein. Die Anteilsabtretung wird üblicherweise unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung gestellt; der Erwerber kann sich vor Zwischenverfügungen des Verkäufers durch einen Widerspruch in der Gesellschafterliste schützen.

### Anteilseinzahlung

Gesellschafter scheiden häufig durch Einziehung ihrer Geschäftsanteile mit Zustimmung oder aus wichtigem Grund aus. Damit werden dessen Anteile vernichtet; das Stammkapital entspricht nicht mehr der Summe der verbleibenden Anteile. Sie sollten synchron entsprechend aufgestockt werden, da andernfalls die Unwirksamkeit der Einziehung droht. Dies sollte der Gesellschaftsvertrag vorschreiben. Andernfalls hilft nur die Anteilsübernahme durch die Restgesellschaftler.

### Gesellschaftsvermögen

Der BGH hat erneut klargestellt, dass das Vermögen der GmbH nur durch den Zwang zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals und die Haftung für die Existenzvernichtung geschützt wird. Eine materielle Unterkapitalisierung wird demgegenüber nicht sanktioniert.

### Geschäftsführer

§ 31a BGB stellt neuerdings Vereinsvorstände von der Haftung für die einfache Fahrlässigkeit frei. Dieses Privileg dürfte dem Geschäftsführer selbst einer gemeinnützigen GmbH nicht zugutekommen.

Der Geschäftsführer einer Muttergesellschaft hat nach der Rechtsprechung unabhängig von der Geschäftsverteilung auch die Tochtergesellschaften speziell hinsichtlich der Buchhaltung und Einrichtung eines Kontrollsystems zu überwachen. Die Verletzung kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Ihr muss keine Abmahnung vorausgehen. Sie ist innerhalb von zwei

Wochen nach Kenntnis des Bestellungsorgans zu erklären; eine externe Sonderprüfung hemmt die Frist.

Der Geschäftsführer ist Gesellschaftsorgan und nicht Arbeitnehmer. Er genießt nicht dessen Kündigungsschutz. Anderes kann gelten, wenn der Geschäftsführer vorher Arbeitnehmer war. Unabhängig hiervon erlaubt der BGH jetzt die Vereinbarung des Kündigungsschutzes im Anstellungsvertrag.

### Wettbewerbsverbot

Der Geschäftsführer unterliegt stets, der Nur-Gesellschafter ausnahmsweise kraft Treuepflicht oder Gesellschaftsvertrag, einem Konkurrenzverbot. Die Befreiung bedarf in allen Fällen der Änderung der Satzung, wenn die Konkurrenzfähigkeit dort nicht zugelassen ist. Ein gesellschaftsvertragliches Wettbewerbsverbot gilt auch für neu eintretende Gesellschafter.

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann – auch zulasten eines Nur-Geschäftsführers – entschädigungslos vereinbart werden. Es muss aber sachlich, örtlich und zeitlich angemessen sein. Dies ist nach dem BGH nicht gegeben, wenn es den Schutz von Kunden von Konzernunternehmen umfasst, zu denen der Geschäftsführer keinen Kontakt hatte. Eine zu hohe Vertragsstrafe ist nichtig, daher nicht herabsetzbar.

### Beirat

Ein bei der GmbH eingerichteter Beirat/Aufsichtsrat kann fakultativ oder obligatorisch, das heißt infolge der Beschäftigung von mehr als 500 Arbeitnehmern vorgeschrieben sein. Im letzteren Fall führt die Verletzung von Überwachungspflichten zur aktienrechtlichen Haftung. Die Mitglieder eines fakultativen Beirats haften demgegenüber nach der BGH-Rechtssprechung selbst dann nicht, wenn sie gesellschaftsvertraglich neben der Beratung zur Überwachung der Geschäftsführung verpflichtet sind, daher insbesondere nicht für die Schäden aus einem verspäteten Insolvenzantrag. ■



**Jochen Jungbluth**  
Rechtsanwalt, Steuerberater  
Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln  
www.heuking.de



Bonn 2004, 128 Seiten, 24,80 €

## Gründung – Organisation – Haftung

Ein guter Beirat ist ein Gütesiegel für jedes Unternehmen und ein positives Signal für Banken und andere Geschäftspartner. Die Autoren dieses Ratgebers erläutern die Gründe für und gegen einen Beirat sowie seine

- Organisation
- rechtliche Gestaltung
- Aufgaben und
- Haftungsrisiken

Zahlreiche Beispiele, Muster und Checklisten runden diesen Praxis-Ratgeber ab.

### Bestellung per Fax an: 0228 / 951 24-90

Ja, bitte senden Sie mir gegen Rechnung \_\_\_\_\_ Exemplar(e) „Der GmbH-Beirat“ zum Preis von 24,80 €

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Name, Vorname

\_\_\_\_\_  
Straße, Nr.

\_\_\_\_\_  
PLZ, Ort

\_\_\_\_\_  
Tel./Fax

\_\_\_\_\_  
Datum, Unterschrift

10-528

**VSRW** E-Mail: vsrw@vsrw.de  
Internet: www.vsrw.de