



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 12/02

vom

9. Dezember 2002

in der Handelsregistersache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

GmbHG § 7 Abs. 2, 3; § 8 Abs. 2; § 9 c

- a) Die Verwendung des Mantels einer "auf Vorrat" gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar.
- b) Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden.
- c) Der Geschäftsführer hat jedenfalls entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, daß die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich weiterhin in seiner freien Verfügung befindet.

BGH, Beschluß vom 9. Dezember 2002 - II ZB 12/02 - OLG Celle
LG Bückeburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 9. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Henze, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und die Richterin Münke

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bückeburg vom 22. März 2002 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 2.500,00 €

Gründe:

I. Durch Gesellschaftsvertrag vom 14. Juni 2001 wurde die D. Fünf- undzwanzigste Verwaltungsgesellschaft mbH als sog. Vorratsgesellschaft mit Sitz in G. und einem - ausweislich der Anmeldeversicherung eingezahlten - Stammkapital von 25.000,00 € gegründet und am 9. Juni 2001 in das Handelsregister des Amtsgerichts G. eingetragen. Gegenstand des Unternehmens war ausschließlich die Verwaltung eigener Vermögenswerte. Durch notariellen Kauf- und Abtretungsvertrag vom 30. August 2001 teilte der Alleingesellschafter B. den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil in zwei Anteile von 24.500,00 € und 500,00 € auf und übertrug diese zum Kaufpreis von

27.000,00 € an T. S. (24.500,00 €) und Do. E. (500,00 €); dabei sicherte er im Kaufvertrag zu, daß die Gesellschaft noch keine Geschäftstätigkeit ausgeübt habe. In einer noch am selben Tag durchgeführten Gesellschafterversammlung beriefen die neuen Gesellschafter den bisherigen Geschäftsführer ab, bestellten Do. E. zur neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführerin und änderten Sitz, Firma und Unternehmensgegenstand der Gesellschaft sowie weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Dieser sieht - bei unverändertem Stammkapital - nunmehr als Unternehmensgegenstand u.a. den Betrieb eines Partyservice vor. Am 3. September 2001 meldete die Geschäftsführerin E. die Änderungen bei dem Amtsgericht G. an, ohne diese mit einer Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden. Das Amtsgericht St., an das die Sache abgegeben worden war, beanstandete u.a. den fehlenden Nachweis über das Vorhandensein des Stammkapitals. Daraufhin legte die Antragstellerin beglaubigte Ablichtungen verschiedener Kontoauszüge vor, die per 31. August 2001 ein Guthaben der Gesellschaft von 24.987,32 € ausweisen. Durch Beschluß vom 31. Oktober 2001 wies das Amtsgericht den Eintragungsantrag u.a. mit der Begründung zurück, es handele sich um einen Mantelkauf, auf den die Gründungsvorschriften entsprechend anzuwenden seien, so daß die nach § 8 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung fehle. Mit der Beschwerde behob die Antragstellerin zunächst weitergehende Beanstandungen des Amtsgerichts, vertrat aber im übrigen die Ansicht, bei der an eine offene Vorratsgründung anknüpfende "Invollzugsetzung" der Gesellschaft könne nicht die - erneute - Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG verlangt werden. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluß vom 22. März 2002 zurückgewiesen. Die dagegen erhobene weitere Beschwerde möchte das Oberlandesgericht ebenfalls zurückweisen, sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 24. März 1999 (BayObLG, Beschl. v.

24. März 1999, GmbHR 1999, 607) und des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 14. Mai 1991 (GmbHR 1992, 456) gehindert, weil es bei Befolgung der dort geäußerten Rechtsansicht dem Rechtsmittel stattgeben müßte. Daher hat es die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

II. Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG sind aus den vom Oberlandesgericht in seinem Vorlagebeschluß angeführten Gründen gegeben. Das Bayerische Oberste Landesgericht und der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main verneinen generell eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften des GmbHG bei der sog. Mantelverwendung, insbesondere lehnen sie eine Verpflichtung der Verwender der GmbH zur erneuten Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG über die Unversehrtheit des Stammkapitals und eine diesbezügliche Kontrollbefugnis des Registergerichts ab, so daß das vorliegende Oberlandesgericht sich mit seiner beabsichtigten Entscheidung in Divergenz hierzu befinden würde.

III. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

1. Die Verwendung des Mantels einer zunächst "auf Vorrat" gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar. Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Damit findet insbesondere eine registergerichtliche Prüfung (analog § 9 c GmbHG) der vom Mantelverwender in der Anmeldung der mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Änderungen (vgl. § 54

GmbHG) gemäß §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 3 GmbHG abzugebenden Versicherung statt.

a) Der Senat hat bereits im Beschluß vom 16. März 1992 (BGHZ 117, 323) zum vergleichbaren Fall der Vorratsgründung einer Aktiengesellschaft ausgesprochen, daß Bedenken gegen die Zulassung derartiger Gründungen in erster Linie auf der Befürchtung beruhen, daß bei einer späteren Verwendung des Mantels die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten. Die Umgehung der Gründungsvorschriften könne zur Folge haben, daß die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet sei. Das rechtfertige zwar kein generelles präventiv wirkendes Verbot der Gründung von Vorratsgesellschaften; im Interesse eines wirksamen Schutzes der Gläubiger sei aber bei der späteren Verwendung des Mantels, die als wirtschaftliche Neugründung anzusehen sei, die sinngemäße Anwendung der Gründungsvorschriften geboten (BGHZ aaO, 331). Offengelassen hat der Senat seinerzeit lediglich die - damals nicht entscheidungserheblichen - Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung dieser Analogie einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle (aaO, S. 336).

b) Diese für die Vorratsaktiengesellschaft aufgestellten unmißverständlichen (vgl. dazu zutreffend Ammon, DStR 1999, 1040 - Anm. zu BayObLG aaO) Grundsätze sind auf den - vorliegenden - Fall der Verwendung einer auf Vorrat gegründeten GmbH uneingeschränkt übertragbar (h.M., vgl. nur Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 17. Aufl. § 3 Rdn. 15 mit umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen hinsichtlich des Meinungsstandes). Die mit der Vorratsgründung und späteren wirtschaftlichen Neugründung bei der Mantelverwendung verbundenen Probleme eines wirksamen Gläubigerschutzes stellen sich bei der GmbH in gleicher Weise; daher ist auch bei dieser Kapital-

gesellschaft dem vornehmlichen Zweck der Gründungsvorschriften, die reale Kapitalaufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Voraussetzung für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sicherzustellen (BGHZ aaO, 331), durch deren analoge Anwendung bei der späteren wirtschaftlichen Neugründung Rechnung zu tragen.

Die in der Entscheidung BGHZ 117, 323 offengelassene Frage, wie der Gläubigerschutz aus Anlaß der Mantelverwendung nach Vorratsgründung im Wege der analogen Anwendung der Gründungsvorschriften im einzelnen auszugestalten ist, betrifft sowohl den durch die formal-rechtliche registergerichtliche Präventivkontrolle abgesicherten Mindestschutz als auch den weitergehenden Schutz auf der (materiell-rechtlichen) Haftungsebene, aufgrund etwa der Handelndenhaftung (§ 11 Abs. 2 GmbHG) oder der vom Senat entwickelten Unterbilanzhaftung (vgl. BGHZ 80, 129, 140; 105, 300, 303; 134, 303). Im vorliegenden Fall ist allein über Art und Umfang des registerrechtlichen Präventivschutzes zu befinden.

c) Da die Verwendung des Mantels einer auf Vorrat gegründeten GmbH als wirtschaftliche Neugründung anzusehen ist, ist sie in vollem Umfang in die mit den Gründungsvorschriften verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers einzubeziehen, die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds sicherzustellen. Das Registergericht hat daher entsprechend § 9 c GmbHG i.V.m. § 12 FGG in eine Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat (§ 7 Abs. 2, 3, § 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidender verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist auch bei der Verwendung des

Mantels einer Vorrats-GmbH die anlässlich der wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Danach ist zu versichern, daß die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die dem Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG obliegende Versicherung, daß die geleisteten Mindesteinlagen zu seiner freien Verfügung stehen, beinhaltet von Gesetzes wegen, daß im Anmeldezeitpunkt derartige Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind. Nur wenn zureichende Anhaltspunkte dafür bestehen, daß dies - entgegen der Versicherung - nicht der Fall ist, darf und muß das Registergericht seine Prüfung auch auf die Frage erstrecken, ob die GmbH im Zeitpunkt der Anmeldung der Mantelverwendung nicht bereits eine Unterbilanz aufweist (vgl. BGHZ 80, 129, 143).

d) Die gegen eine derartige registergerichtliche Kontrolle der wirtschaftlichen Neugründung bei Verwendung eines auf Vorrat gegründeten GmbH-Mantels vorgebrachten Bedenken (vgl. dazu vornehmlich BayObLG aaO, 607 ff.), die sich vor allem auf die Begrenztheit der Erkenntnismöglichkeiten des Registerrichters und die Schwierigkeiten der Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der - nicht zu beanstandenden - Umorganisation einer bereits vorhandenen GmbH beziehen, hält der Senat nicht für durchgreifend.

Die vom Registergericht vorzunehmende Prüfung ist bei der wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats-GmbH grundsätzlich nicht schwieriger als bei einer "normalen" Neugründung. Die mit der Mantelverwendung im Anschluß an eine offene Vorratsgründung regelmäßig einhergehenden, gemäß § 54 GmbHG eintragungspflichtigen Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Neufassung der Firma, Verlegung des Gesellschaftssitzes und/oder Neubestim-

mung der Organmitglieder liefern dem Registerrichter - sei es kumulativ, sei es auch nur einzeln - ein hinreichendes Indiz dafür, daß sich die Verwendung des bisher "unternehmenslosen" Mantels vollziehen soll. Abgrenzungsschwierigkeiten - wie sie bei der Verwendung sog. gebrauchter, leerer GmbH-Mäntel auftreten können - sind gerade bei der Übernahme einer als offene Vorratsgesellschaft gegründeten GmbH, die keine Geschäftstätigkeit aufgenommen hat und deren Unternehmensgegenstand offen als "Verwaltung eigener Vermögenswerte" bezeichnet ist (vgl. zu diesem Erfordernis: BGHZ aaO, 335 f.), für den Registerrichter typischerweise nicht zu erwarten.

Die registergerichtliche Nachprüfung der Mindestkapitalaufbringung wird auch nicht dadurch überflüssig, daß in der Regel bei der Verwendung des Mantels einer Vorratsgesellschaft das satzungsmäßige Stammkapital, wenn es bar eingezahlt worden ist, noch unversehrt - allenfalls geringfügig vermindert um Verwaltungskosten und Steuern - vorhanden sein wird. Es ist nämlich - gerade unter Umgehungsgesichtspunkten - nicht auszuschließen, daß die Gesellschaft, insbesondere aufgrund vorzeitiger Geschäftsaufnahme unter dem neuen Unternehmensgegenstand, bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Verluste erlitten hat oder das ursprünglich eingezahlte Kapital wieder entnommen worden ist. Sie muß daher wie jede andere neu gegründete GmbH die Auffüllung ihres Vermögens auf die gesetzlich mit der Anmeldeversicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG vorgeschriebene Mindestziffer gewährleisten.

Schließlich unterläuft eine registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften auch nicht das als berechtigt anerkannte Motiv, den mit der Dauer des Eintragungsvorgangs bei einer Neugründung "normalerweise" verbundenen Zeitverlust zu vermeiden. Für den (neuen) Geschäftsführer ist die Abgabe der Versicherung nach § 8 Abs. 2

GmbHG in der Regel unschwer möglich, da bei der offenen Vorratsgesellschaft - unter Beachtung des bisherigen "Gesellschaftszwecks" - ein Kapitalabfluß, abgesehen von nicht nennenswerten Gebühren und sonstigen Kosten, nicht stattgefunden haben sollte; zeitliche Verzögerungen sind daher insoweit nicht zu befürchten. Kann die Versicherung hingegen nicht abgegeben werden, weil - aus welchen Gründen auch immer - das Mindestkapital nicht (mehr) gedeckt ist, so ist es ohnehin geboten, die Eintragung abzulehnen.

2. Ausgehend hiervon hat die weitere Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg, weil die vom Registergericht zu Recht geforderte Erklärung nach § 8 Abs. 2 GmbHG von ihr nicht abgegeben wurde. Die von der Antragstellerin vorgelegten Kontoauszüge über ein Bankguthaben von 24.987,32 € machen die vorgeschriebene Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG nicht entbehrlich. Die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG hat - wie das vorliegende Gericht zutreffend ausgeführt hat - nämlich die Funktion, durch eine abschließende Erklärung nach außen zu dokumentieren, daß das Stammkapital in der gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthöhe der Gesellschaft zur freien Verfügung steht. Dadurch werden auch Umstände abgedeckt, die sich negativ auf den Vermögensbestand der GmbH auswirken, indes aus einem (bzw. gerade diesem) Kontoauszug nicht ersichtlich sind. Keinesfalls ist der neue Geschäftsführer bei der wirtschaftlichen Neugründung durch die Verfügung des Registergerichts zur Abgabe der Versicherung in einem solchen Fall unbillig benachteiligt. Handelt es sich nämlich, wie die Antragstellerin meint, tatsächlich lediglich um eine "Formalie" - was das Registergericht nicht beurteilen kann -, so ist kein Grund ersichtlich, warum die Erklärung nicht umgehend abgegeben wird.

Die Antragstellerin wird daher Gelegenheit haben, in einem neuen Antrag den Anforderungen des § 8 Abs. 2 GmbHG zu entsprechen; alsdann würde der

beabsichtigten Eintragung - zumindest insoweit - kein Hinderungsgrund mehr entgegenstehen.

Röhrich

Henze

Goette

Kurzwelly

Münke