



**DIEM & PARTNER**  
RECHTSANWÄLTE GBR

# **BERATUNG AUF VORRAT**

**MANTELGESELLSCHAFTEN IN DER  
ANWÄLTlichen BERATUNG**

**VON RECHTSANWALT  
SVEN HOFFMANN**

**Stand: Januar 2002**

Hölderlinplatz 5 - D-70193 Stuttgart - Tel. 0711-2285450 - Fax 0711-2265570  
e-mail: [info@diempartner.de](mailto:info@diempartner.de)

© Januar 2022

Die in diesem Werk enthaltenen Informationen ersetzen nicht die anwaltliche Beratung. Für ihre Richtigkeit kann daher trotz sorgfältiger Aufbereitung keine Gewähr übernommen werden.

## Einführung<sup>1</sup>

Die gesellschaftsrechtliche Beratung ist für jede im Wirtschaftsrecht tätige Kanzlei ein spannendes Gebiet. Insbesondere die Gründungsberatung ist aber auch unter Marketinggesichtspunkten interessant, weil sie in der Regel an wichtigen Wendepunkten eines Unternehmens stattfindet: bei der Neugründung ("Start-Up-Unternehmen") oder im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen. In solchen Fällen ergeben sich normalerweise weitere rechtliche Fragestellungen, so dass - wenn der Mandant mit der Gründungsberatung zufrieden war - ein Grundstein für ein dauerhaftes Mandat gelegt wurde. Gerade die Gründung einer neuen Gesellschaft steht dabei aber in einem besonderen Spannungsfeld zwischen den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers, den formalen Anforderungen von Gesetz und Rechtsprechung an eine ordnungsgemäße Gründung und den haftungsrechtlichen Tücken des Gesellschaftsrechts.

## Mandanteninteresse contra Gründungssicherheit

Zunächst zum Mandanten: Er ist Unternehmer und betrachtet die Gesellschaftsgründung nicht als weihevollen Vorgang, sondern als notwendiges Übel, um endlich etwas unternehmen zu können. Ihm ist an einem schnellen Vollzug gelegen, um seine Marktchancen zu nutzen, seinen Geschäftspartnern auf gleicher Höhe zu begegnen und - ganz profan - z.B. Bankverbindungen einrichten oder Briefpapier und Werbematerialien drucken lassen zu können.

Bei GmbH und (kleiner) AG entsteht die Gesellschaft aber bekanntlich erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Bis dahin können die Gesellschafter zwar schon unter der satzungsmäßigen Firmierung auftreten, aber nur als Vorgesellschaft mit dem wenig werbewirksamen Zusatz "in Gründung". Bis zur Eintragung - und bei deren Scheitern endgültig - besteht ihre unbeschränkte Haftung für die getätigten Geschäfte.

Damit bleiben dem unternehmerischen Mandanten nur zwei Möglichkeiten: Entweder fängt er aus wirtschaftlichen Erwägungen bereits an, mit der Gesellschaft "i.Gr." tätig zu werden, nimmt das Haftungsrisiko in Kauf und stellt alle an die Eintragung gebundenen Projekte zurück, oder er wartet auf die Eintragung der Gesellschaft - und das kann dauern. Insbesondere bei der im Vordringen begriffenen kleinen AG mit ihren umfassenden Prüfungspflichten sind mehrere Monate Zeitaufwand von der Gründung bis zur Eintragung keine Seltenheit. Beide Varianten sind daher nicht sonderlich attraktiv.

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde im Anwaltsreport 7/01 veröffentlicht

## Die Mantelgründung als Alternative

Als Alternative zur Eigengründung kommt deshalb der Erwerb einer bestehenden eingetragenen Aktiengesellschaft oder GmbH in Frage. Die Satzung wird nach dem Erwerb an die Bedürfnisse des neuen Eigentümers hinsichtlich Firma, Sitz, Grundkapital usw. angepasst. Dem Unternehmer steht aber sofort die gewünschte Gesellschaftsform zur Verfügung, was eine schnelle Aufnahme der geschäftlichen Aktivitäten ermöglicht.

Die Verwendung von solchen Gesellschaftsmänteln ist seit der Entscheidung BGHZ 117, 323 grundsätzlich anerkannt. Allerdings versucht die Rechtsprechung, Auswüchse zu unterbinden, die auf die Umgehung der Kapitalerhaltungsbestimmungen von AktG und GmbHG zielen. Es soll verhindert werden, dass Haftungsmäntel entstehen, die nicht einmal mehr über das angemeldete Haftungskapital verfügen. Die Prinzipien der Kapitalerhaltungsregeln dürfen demnach durch die Verwendung von Gesellschaftsmänteln nicht umgangen werden.

Empfiehl der Berater also die Verwendung von Gesellschaftsmänteln - in Form der (gebrauchten) Mantelgesellschaften oder der nur für diesen Zweck gegründeten Vorratsgesellschaften - so muss er klären, ob bei der Mantelgründung die Anforderungen der Rechtsprechung eingehalten werden. Die erforderliche Prüfung muss auf zwei Ebenen erfolgen. Auf der ersten Ebene stellt sich die Frage, ob die verwendete Gesellschaft bei ihrer eigenen Gründung die Kapitalerhaltungsbestimmungen eingehalten hat. Falls dies nicht der Fall ist, so können auch die Neugesellschafter auf Erfüllung der alten Einlageverpflichtungen in Anspruch genommen werden. Die Tatsache, dass die Gesellschaft ja eingetragen wurde und das Registergericht die Erfüllung der Einlageverpflichtungen eigentlich geprüft haben sollte, entlastet die neuen Gesellschafter nämlich nicht. Auf der zweiten Ebene verlangt die Rechtsprechung, dass bei einer "wirtschaftlichen Neugründung" die Kapitalerhaltungsbestimmungen analog angewandt und wieder neu beachtet werden müssen.

## Die Risiken und Probleme

Im einzelnen stellen sich damit drei Grundfragen:

- Ist die ursprüngliche Einlage tatsächlich vollständig erbracht worden?

Bei Gesellschaften mit Sacheinlagen ist diese Prüfung schwierig (jedenfalls unwirtschaftlich), so dass diese aus dem Kreis der geeigneten Mäntel ausscheiden. Bei Gesellschaften mit Bareinlagen muss feststehen, dass die Einlage vollständig geleistet wurde und auch zur freien Verfügung der Gesellschaft stand. Dabei ist zu berück-

sichtigen, dass das, was die Verkäufer- vielleicht in bestem Glauben - versichert haben, nicht entscheidend ist, sondern die objektive Beurteilung der Geschäftsvorgänge im Nachhinein. Haben also die Altgesellschafter beispielsweise eine Leistung an die Gesellschaft erbracht, bei der - wegen unklarer Formulierung auf dem Überweisungsträger - nicht klar ist, ob eine Zahlung auf die noch ausstehende Einlage oder eine sonstige Leistung vorliegt, ist die Einlage vom Erwerber möglicherweise noch einmal zu erbringen.

- Ist die ursprüngliche Einlage so erbracht worden, wie sie vereinbart war?

Dieser Punkt ist besonders tückisch. Neuere obergerichtliche Entscheidungen (z.B. OLG Schleswig 5 U 2/00, DB 2000, 2361-62) legen hier nämlich besonders strenge Maßstäbe an. Wird eine - in der Satzung vereinbarte - Bareinlage erbracht, anschließend aber in engem zeitlichen Zusammenhang (z.B. darlehensweise) wieder entnommen, so liegt nach der Rechtsprechung nämlich gar keine Bareinlage, sondern de facto eine verdeckte Sacheinlage vor. Es wurde - wegen des Hin- und Herbählens - wirtschaftlich nur der Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Gründer eingelegt. Das besondere Problem: Dieser Mangel ist auch durch die tatsächliche Rückzahlung des Darlehens nicht mehr heilbar, weil damit nur die verdeckte Sacheinlage realisiert wird, die in der Satzung bestimmte Bareinlage aber immer noch aussteht. Der Erwerber einer so gegründeten Gesellschaft könnte in diesen Fällen also noch einmal auf die Bareinlage in Anspruch genommen werden.

- Ist das Haftkapital immer noch - oder wieder - vorhanden?

Hier verbirgt sich das Problem der "wirtschaftlichen Neugründung". Eine solche liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Gesellschaftsmantel zu einem völlig neuen Zweck (Indizien: neue Gesellschafter, neue Firmierung, neuer Unternehmenszweck) genutzt wird, was bei einer Mantelgründung der Regelfall ist. In diesem Fall will die Rechtsprechung sicherstellen, dass kein entleerter Haftungsmantel wieder und wieder für neue Unternehmen verwendet wird. Vor der Eintragung der Satzungsänderungen wird daher die Unversehrtheit des Haftkapitals erneut geprüft.

## **Die Vorteile der Vorratsgesellschaft**

Schwierig können alle diese Prüfungen insbesondere bei der Verwendung "gebrauchter" Mantelgesellschaften werden, deren Gründungsvorgang möglicherweise gar nicht mehr so einfach nachvollziehen ist. Bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften, die - nach der o.g. BGH-Entscheidung zulässigerweise - speziell für die Verwendung als Gesellschaftsmantel gegründet wurden, ist dies erheblich einfacher. Der Geschäftszweck dieser Gesellschaften beschränkt sich auf die "Verwaltung eigenen Vermögens", es wird also erst gar keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Das erleichtert die Überprüfung der vorgenommenen Buchungen. Vorratsgesellschaften sind nur dann gefährlich, wenn sie vom Anbieter als "perpetuum mobile" missbraucht werden. Entnimmt der Anbieter der Gesellschaft nämlich nach Gründung der Gesellschaft die Einlage wieder, um damit eine neue Vorratsgesellschaft zu finanzieren, so ergibt sich genau das oben geschilderte Problem der verdeckten Sacheinlage. Die Kontoführung der Vorratsgesellschaft sollte also den Nachweis ermöglichen, dass die Einlage vollständig erbracht und auf dem Geschäftskonto verblieben ist. In diesem Fall ist auch die Hürde der "wirtschaftlichen Neugründung" einfach zu überwinden, weil der Nachweis des immer noch vorhandenen Haftkapitals unproblematisch möglich sein dürfte.

Insgesamt sind - seriös gegründete - Vorratsgesellschaften damit leichter und sicherer zu handhaben als Mantelgesellschaften.

Bei der kleinen Aktiengesellschaft hat die Verwendung von Vorratsgesellschaften gegenüber einer Neugründung unter Umständen noch einen weiteren Vorteil. Nach § 33 Abs. 2 AktG muss vor der Eintragung der Gesellschaft eine externe Gründungsprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer oder eine ähnlich qualifizierte Stelle erfolgen, wenn z.B. Gründer gleichzeitig als Vorstand oder Aufsichtsrat der Gesellschaft tätig werden. Diese Gründungsprüfung ist aber zeitaufwendig und kostenintensiv. Der Erwerb einer Vorratsgesellschaft durch Gesellschafter, die gleichzeitig Organe der Gesellschaft sind, macht dagegen - jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage - keine Gründungsprüfung erforderlich. Bisher sind auch keine Entscheidungen bekannt, die den Prüfungsumfang bei der "wirtschaftlichen Neugründung" soweit zu erweitern versuchen.

Nicht berührt von der Frage "Neugründung oder Mantelkauf" ist die Nachgründungsvorschrift des § 52 AktG; wenn die verwendete Gesellschaft nicht älter als zwei Jahre ist, unterfallen auch Geschäfte der AG mit Gesellschaftern, die mehr als 10% der Aktien halten - unabhängig davon, ob sie an der Gründung beteiligt waren - dieser Vorschrift. Möglicherweise könnte § 52 AktG durch die Verwendung eines älteren Mantels ausgeschaltet werden, wobei nicht auszuschließen ist, dass die Rechtsprechung auch diesen Versuch wieder als "Umgehungstatbestand" wertet. Andererseits ist die Vorschrift durch die aktuelle Neufassung so entschärft worden, dass nur noch wenig ernsthafte Probleme daraus entstehen.

## Zusammenfassung

Die Verwendung von Mänteln kann eine sinnvolle Alternative zur Neugründung von Kapitalgesellschaften sein. Den etwas höheren Kosten steht eine schnellere Handlungsfähigkeit bei stark entschärfter Haftungsproblematik gegenüber. Dies mindert auch den Zeitdruck bei der Beratung des Mandanten.

Wegen der sichereren Prüfungsmöglichkeiten eignen sich speziell gegründete Vorratsgesellschaften im Regelfall besser für die Gründung als gebrauchte Mantelgesellschaften.

Bei der Auswahl der Anbieter ist darauf zu achten, dass die Vorratsgesellschaften nach den Erfordernissen der Rechtsprechung gegründet wurden, insbesondere, dass die Einlage vollständig erbracht wurde und auf dem Geschäftskonto verblieben ist.

Zum Schluss noch ein Wort zu den Anbietern solcher Mantel- oder Vorratsgesellschaften. Sie finden sich unter Anwaltskanzleien, Servicegesellschaften, Treuhandgesellschaften und Unternehmensberatungen. Die Qualität solcher Service-Angebote lässt sich bei Erstkontakten in der Regel kaum einschätzen. Bei der Suche nach einem Anbieter dürfte in jedem Falle von Vorteil sein darauf zu achten, dass – schon aus Haftungsgründen – im Hintergrund auch eine qualifizierte anwaltliche Beratung mitlaufen kann. Wichtig ist jedenfalls, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, dass das Angebot auf Verkauf einer Mantelgesellschaft hinsichtlich der Gründungsvorgänge transparent und die – neben der Aufbringung des Kapitals – entstehenden Kosten nachvollziehbar sind. Dann wird sich der angestrebte Gewinn an Zeit und Kosten auch realisieren lassen.