



Arne Burmester

Die (öffentliche) Zustellung  
an juristische Personen  
nach dem MoMiG



PETER LANG

## A. Einführung

### I. Vorstellung des Themas

Der Begriff der „Zustellung“ ist nach der Legaldefinition in § 166 Abs. 1 ZPO definiert als „die Bekanntgabe eines Schriftstückes an eine Person in der in diesem Titel bestimmten Form“ zu verstehen.<sup>1</sup>

Die Zustellung „an“ eine juristische Person ist, obwohl vom Gesetz<sup>2</sup> in diesem Wortlaut gebraucht, auf direktem Wege nicht möglich.<sup>3</sup> Nach allgemeiner Ansicht kommt die juristische Person selbst als Empfängerin eines zuzustellenden Schriftstückes nicht in Betracht.<sup>4</sup> Zudem wird überwiegend die Frage verneint, ob eine juristische Person als solche Adressatin einer Zustellung sein kann.<sup>5</sup> In beiden Fällen wird vielmehr die Einschaltung einer natürlichen Person für erforderlich gehalten, die für die juristische Person handelt und als Empfängerin bzw. Adressatin fungiert.<sup>6</sup> Dem liegt der allgemeine Grundsatz zugrunde, dass juristische Personen als solche nicht handlungsfähig sind, sondern sich hierfür ihrer Organe oder anderweitig legitimierter Vertreter bedienen müssen.<sup>7</sup> Für das Zustellungsrecht ist dieser Grundsatz in § 170 Abs. 1 ZPO niedergelegt.

Zu welchen Problemen dieses Auseinanderfallen des rein tatsächlichen Übergabeaktes an eine lediglich als Empfängerin bzw. Vertreterin agierende natürliche Person von der rechtlichen Wirkung der Bekanntgabe an eine andere, nämlich der juristischen Person führen kann, zeigt sich in den Fällen der sogenannten Firmenbestattungen.<sup>8</sup> Durch das Abtauchen oder durch die Abberufung der vertretungsberechtigten natürlichen Personen, oftmals einhergehend mit der gleichzeitigen Schließung des Geschäftslokals, wird eine Zustellung an die „eigentliche“ Adressatin, die vertretene juristische Person, erschwert oder gar ganz verhindert. Derartige Maßnahmen wirken sich bereits in einem sehr frühen Stadium einer etwaigen Rechtsverfolgung der Gläubiger aus. Schon die Zusendung einer

---

1 Vgl. H. Roth, in: Stein/Jonas, § 166 Rn. 1.

2 Siehe § 170 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

3 Siehe unter B.II.3.b).

4 Hierzu ausführlich unter B.II.3.b)(1).

5 Hierzu ausführlich unter B.II.3.b)(1)(a).

6 Hierzu ausführlich unter B.II.3.b)(1)(b).

7 Vgl. K. Schmidt, GesR, § 10 I 1, S. 255.

8 Vgl. die ausführliche Darstellung unter A.IV.

Mahnung, eine Fristsetzung durch schriftliche Mitteilung, die Zustellung eines Vollstreckungsbescheids oder einer Klage, schließlich auch die Zustellung eines Gläubigerantrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden wirksam verhindert.<sup>9</sup> Jedwedes schriftlich förmliche Herantreten an die Gesellschaft wird wirksam unterbunden.

Nach bisherigem Recht vermochte in diesen Konstellationen der Notbehelf der öffentlichen Zustellung gemäß § 185 ZPO den Gläubigern kaum zu helfen.<sup>10</sup> Abhilfe soll nunmehr in Gestalt des „MoMiG“, eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen,<sup>11</sup> geschaffen worden sein.

## **II. Gang der Untersuchung**

Nach einem Überblick über die Entstehungsgeschichte des MoMiG (sogleich unter III.) und einer näheren Darstellung der zustellungsvereitelnden Maßnahmen im Rahmen der sogenannten Bestattungsfälle (unter IV.) wird im Anschluss an einen Überblick (Kapitel B) im Einzelnen geprüft, warum das bisherige Zustellungsrecht in den Bestattungsfällen den Gläubigern unzureichenden Schutz bot (Kapitel C). Sodann werden die Änderungen im Zustellungsrecht vorgestellt (Kapitel D). Auf die durch das MoMiG neu aufgeworfenen Fragen wird anschließend eingegangen (Kapitel E).

Ein Blick auf den vergleichbaren Rechtsbereich der förmlichen Zustellung im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland dient der Einordnung der neu geschaffenen Regelungen in das europäische Recht.

Schwierigkeiten im Umgang mit dem Zustellungsrecht im Hinblick auf juristische Personen konzentrieren sich in der Praxis soweit ersichtlich auf die Rechtsform der GmbH. Daher hat diese Rechtsform im Mittelpunkt der Untersuchung zu stehen. Vergleichbare Szenarien sind jedoch grundsätzlich auch bei Aktiengesellschaften denkbar. Deshalb sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die geplanten Änderungen im GmbHG auf das Aktienrecht zu übertragen.<sup>12</sup> Die Änderungen im Aktiengesetz werden aufgrund der derzeit geringen praktischen Bedeutung im Rahmen der Bestattungsfälle nur dort in die Betrachtung einbezogen,

---

9 Zu den Auswirkungen der Maßnahmen auf die einzelnen Zustellungsformen vgl. unter C.

10 Hierzu unter B.III.5.

11 BT-Drs. 16/6140 v. 25.7.2007 – abrufbar unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de); veröffentlicht auch in ZIP 2007, Beil. zu Heft 23, S. 3.

12 Vgl. Begr.-RegE, S. 51f.

wo sich Unterschiede zur GmbH zeigen, im Übrigen wird auf die Parallelregelungen lediglich hingewiesen.<sup>13</sup>

### III. Entstehungsgeschichte des MoMiG

Die Reformierung des GmbH-Rechts wurde maßgeblich durch zwei Entwicklungen vorangetrieben: auf nationaler Ebene erforderte die zunehmende Problematik der Firmenbestattungen eine Lösung, auf internationaler Ebene erhöhte die Rechtsprechung des EuGH zur europäischen Niederlassungsfreiheit<sup>14</sup> den Druck, das Recht der GmbH zu überarbeiten.

#### *1. Zunehmende Häufigkeit von Firmenbestattungen*

Obwohl Bestattungsfälle in Teilaspekten bereits Mitte der 1980er Jahre in der Literatur erörtert werden, rückte die Missbräuchlichkeit derartigen Geschäftsbahrens erst in den letzten Jahren in den Fokus der Öffentlichkeit und damit auf die Agenda des Gesetzgebers.<sup>15</sup> Ein Grund für das Tätigwerden des Gesetzgebers mag auch in dem zunehmend selbstsicheren Auftreten der Firmenbestatter<sup>16</sup> in der Öffentlichkeit liegen. Nicht zuletzt die intensive Bewerbung durch die Anbieter derartiger „Bestattungsdienstleistungen“, die teilweise offen für die Beseitigung des alten, finanziell angeschlagenen Gesellschaftsmantels warben,<sup>17</sup> erhöhte den Handlungsdruck auf den Gesetzgeber.

---

13 Überblick über die Auswirkungen des MoMiG auf das AktG bei: Möller, Der Konzern 2008, 1, 7.

14 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, EuGHE I 2003, 10155 = NJW 2003, 3331 = ZIP 2003, 1885; zuvor bereits EuGH, v. 9.3.1999, Rs C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-01459 = NJW 1999, 2027ff. und v. 5.11.2000, Rs. C 208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 = NZG 2000, 1164ff.

15 Vgl. Seibert, FS Röhrich 2005, S. 585ff.

16 Der Begriff der Firmenbestatter bezeichnet allgemein Personen oder Dienstleister, die sich auf die „geräuschlose“ Beseitigung eines (häufig insolvenzreifen) GmbH-Mantels spezialisiert haben. Entsprechend wird eine solche Dienstleistung als (Firmen-)Bestattung bezeichnet.

17 Werbung in regionalen und überregionalen Zeitungen; anschaulich auch die markigen Werbesprüche derartiger Dienstleister, bspw. „Lieber in Würde bestattet als amtlich verscharrt.“ der Firma Juricon GmbH-Treuhand Consulting, zitiert nach Seibert, ZIP 2006, 1157, 1164; subtiler hingegen der Slogan „Während Sie sich noch mit Ihrem insolventen Unternehmen herumplagen, bastelt mein Kunde schon an seiner nächsten Million“, zitiert nach Hey/Regel, GmbH 2000, 115, 116; Seibert, FS Röhrich 2005, 585, 591, Fn. 12.

## 2. Wettbewerb der Rechtsformen

Ein zweiter Impuls zur Reformierung des GmbH-Rechts ging von dem Europäischen Gerichtshof aus. Insbesondere in Folge der Entscheidung „Inspire Art“<sup>18</sup> steht die Rechtsform der deutschen GmbH in Konkurrenz zu GmbH-verwandten Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), die aufgrund der EU-weiten Niederlassungsfreiheit<sup>19</sup> auch in Deutschland tätig werden dürfen. Diese Entwicklung ist als Nebenwirkung zunehmender Internationalisierung und Globalisierung anzusehen.<sup>20</sup>

Im Zuge der Rechtsprechung des EuGH zu den europäischen Auslandsgesellschaften<sup>21</sup> sieht sich das GmbH-Recht dem nachhaltigen Druck eines europaweiten Wettbewerbs der Gesellschaftsformen ausgesetzt.

Tatsächlich war bislang nahezu jede vierte<sup>22</sup> von Deutschen gegründete, geschlossene Kapitalgesellschaft keine GmbH, sondern eine Limited.<sup>23</sup> Folglich stellt sich der Wettbewerb vor allem als Wettbewerb um die Gründer einer Gesellschaft dar.<sup>24</sup> Freilich besteht die Rechtsformwahl auch noch zu einem späteren Zeitpunkt.<sup>25</sup> Der zunehmende Einsatz europäischer Kapitalgesellschaften im Inland führt u.a. dazu, dass deren Geschäftspartner nicht selten den zeit- und kostenintensiven Weg der Auslandszustellung<sup>26</sup> gehen müssen,<sup>27</sup> um die Zustellung eines Schriftstücks oder den Zugang einer Willenserklärung zu bewirken.<sup>28</sup>

---

18 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, EuGHE I 2003, 10155 = NJW 2003, 3331 = ZIP 2003, 1885; zuvor bereits EuGH, v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-01459 = NJW 1999, 2027ff. und v. 5.11.2000, Rs. C 208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 = NZG 2000, 1164ff.; eine ausführliche Darstellung dieser grundlegenden EuGH-Entscheidungen findet sich bei *Hirte*, in: *Hirte/Bücker*, § 1 Rn. 3ff.

19 Art. 43, 48 EGV.

20 Vgl. *Pellens/Kemper/Schmidt*, ZGR 2008, 381, 382.

21 Zum Verhältnis zu den EFTA-Staaten, siehe BGH v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, ZIP 2005, 1869ff. = BB 2005, 2373. Zum Verhältnis zu anderen Staaten, siehe BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, ZIP 2003, 720ff. = BB 2003, 810ff.

22 Anzahl der Ltd. ermittelt von *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 172f.; vgl. auch *Hirte*, in *Hirte/Bücker*, § 1 Rn. 35; *Niemeier*, ZIP 2006, 2237, 2238; *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 476.

23 Aus Vereinfachungsgründen wird im Rahmen dieser Arbeit mit der Bezeichnung Limited oder Ltd. die private company limited by shares beschrieben; vgl. hierzu den Überblick bei *Triebel/v.Hase/Melerski*, Die Limited in Deutschland, 2006, Rn. 23ff.

24 *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 207; *Haas*, Gutachten E, S. E 9.

25 *Fleischer*, in: Lutter, Auslandsgesellschaften, S. 49, 51.

26 Hierzu ausführlich unter B.III.4.

27 Zu den Gründen siehe unter B.III.5.b)(1)(a)(i) und B.III.5.b)(2).

28 Dies soll die obligatorische Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift für inländische Zweigniederlassungen ändern, Begr.-RegE zu § 13 HGB n.F., S. 49.

Rechtspolitischer Handlungsbedarf war also auch vor diesem Hintergrund gegeben.<sup>29</sup> Angesichts der umfassenden Reform des Gesellschaftsrechts im Vereinigten Königreich von Großbritannien<sup>30</sup> mit dem Ziel der weiteren Erleichterung der Gründung einer Limited wird sich der Wettbewerbsdruck noch vergrößern.<sup>31</sup>

### 3. Tätigwerden des Gesetzgebers: vom MiKaTraG zum MoMiG

Der Auslöser zu der umfassenden Novellierung des GmbH-Rechts resultierte schließlich aus einem Beschluss der Justizministerinnen und -minister der Länder vom 14. November 2002<sup>32</sup> gerichtet an das Bundesministerium der Justiz mit der Bitte, die Reformbedürftigkeit der GmbH zu prüfen. Vor allem die Machenschaften des Gewerbes der sog. Firmenbestatter hatten vor mittlerweile acht Jahren die Landesjustizminister zu diesem Schritt veranlasst.<sup>33</sup> Die Revision des GmbH-Rechts sollte sich dabei vor allem, aber nicht nur auf die Fragen des Missbrauchs in der Krise und der Insolvenzvermeidung beschränken.<sup>34</sup> Die Auswertung der eingeholten Reformvorschläge<sup>35</sup> mündete in einem ersten Referentenentwurf, dem MiKaTraG, eines BMJ-internen Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht.<sup>36</sup> Bereits dieser Entwurf, der offiziell nur einem ausgewählten Expertenkreis zur Verfügung gestellt wurde, sah vor dem Hintergrund der missbräuchlichen Verwendung der Rechtsform der GmbH durch sog. Firmenbestatter ein vereinfachtes Verfahren für öffentliche Zustellungen an juristische Personen vor.<sup>37</sup>

Die Regelungen, die die Rechtsform der GmbH gegen Missbräuche schützen sollen, wurden im Wesentlichen unverändert vom MiKaTraG zunächst in den Referentenentwurf (RefE) des MoMiG vom 29. Mai 2006 übernommen, der dann Gegenstand der Diskussionen des 66. Deutschen Juristentages in Stuttgart gewesen ist. Die dortigen Erörterungen fanden nach kritischer Überprüfung Eingang in

---

29 Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 169.

30 Umfassende Novellierung des Gesellschaftsrechts durch den Companies Act 2006.

31 Vgl. zur Reform des englischen Rechts im Überblick: Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 196; Dirksmeier/Schabert, BB 2006, 1517, 1518.

32 Eine an das Bundesministerium der Justiz gerichtete Bitte der Bundesländer aus dem Jahre 1992, das Problem der „Führungslosigkeit“ mit gesetzgeberischen Maßnahmen zu begegnen, blieb zunächst folgenlos; vgl. Gustavus, GmbHR 1992, 15.

33 Die Rede war vom „Bestattungsunwesen“, vgl. Goette, Einführung, Einf., Rn. 2.

34 Seibert, FS Röhrich, 585, 586; Goette, Einführung, Einf., Rn. 3.

35 Ausführlich Seibert, FS Röhrich, 585, 588.

36 Vgl. zum MiKaTraG: Seibert, BB 2005, 161ff. und K. Schmidt, BB 2005, 1095ff.

37 Im Anschluss an Hirte, ZinsO 2003, 833, 837.

den am 23. Mai 2007 veröffentlichten Entwurf der Bundesregierung (RegE)<sup>38</sup> eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). Eine erste Lesung im Bundestag fand am 20. September 2007 statt. Am 26. Juni 2008 wurde das MoMiG in Zweiter und Dritter Lesung im Bundestag verabschiedet. Der Regelungsbereich der Missbrauchsbe- kämpfung stand dabei weit weniger im politischen Fokus als die Regelungen zur Unternehmergeellschaft (UG), zu den Gründungserleichterungen oder zu der neu geschaffenen Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen. Daher verwundert es nicht, dass die im RegE vorgesehenen Maßnahmen zur Miss- brauchsbe- kämpfung weder vom Bundesrat<sup>39</sup> oder in der Sachverständigenanhö- rung vom 23. Januar 2008<sup>40</sup> noch in der Beschlussempfehlung des Rechtsaus- schusses vom 18. Juni 2008<sup>41</sup> streitig erörtert worden sind. Die Regelungen hin- sichtlich der Missbrauchsbe- kämpfung sind – fast unverändert seit dem ersten Entwurf einer GmbH-Reform – nunmehr vom Bundestag übernommen worden.<sup>42</sup>

Der Bundesrat billigte am 19. September 2008 das vom Bundestag beschlos- sene Gesetz<sup>43</sup> ohne Aussprache. Es wurde am 28. Oktober 2008 im Bundesge- setzblatt<sup>44</sup> verkündet und ist am 1. November 2008 in Kraft getreten.<sup>45</sup>

Die Reform des GmbH-Rechts verfolgt zwei tendenziell gegenläufige Ziele: Zum einen soll die Rechtsform der GmbH besser gegen Missbräuche<sup>46</sup> geschützt werden. Zum anderen gilt es, die GmbH zu deregulieren und zu modernisieren, um dadurch ihre Attraktivität gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechts- formen<sup>47</sup> zu steigern. Der europäische Trend zielt auf die Anpassung des Gesell- schaftsrechts der „kleinen Gesellschaften mit beschränkter Haftung“, wie etwa der GmbH im Gegensatz zur AG oder der Limited im Gegensatz zur Public

---

38 Gesetzentwurf abrufbar unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de); veröffentlicht in BT-Drs. 16/6140; s.a. ZIP 2007, Beil. zu Heft 23, S. 3ff.

39 Vgl. Stellungnahme Bundesrat.

40 Siehe hierzu das Wortprotokoll der Sachverständigenanhörung: Protokoll Nr. 85 des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, S. 6f., veröffentlicht unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de).

41 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 24.6.2008, BT-Drs. 16/9737.

42 BGBl. 2008 I S. 2026; vgl. *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208, 1212.

43 BR-Drs. 615/08.

44 BGBl. 2008 I S. 2026ff.

45 *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208.

46 Das „Mi“ im MoMiG; vgl. aus der Tagespresse zu den Zielsetzungen des MoMiG: *K. Schmidt*, Handelsblatt, Nr. 102, v. 29.5.2008, S. 108, „Die GmbH wird postmo- dern“.

47 Zum Wettbewerb der Rechtsformen, insbesondere zur konkurrierenden Rechtsform der Limited, vgl. *Niemeier*, ZIP 2007, 1794ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168ff.; *Dirks- meier/Schabert*, BB 2006, 1517ff.

Company,<sup>48</sup> an die Bedürfnisse von Kleinunternehmen und entsprechend Kleinunternehmen.<sup>49</sup>

Auf die Zielsetzung der Vereinfachung des GmbH-Rechts ist hier nicht näher einzugehen. Das Für und Wider einer Absenkung des Stammkapitals bei der GmbH,<sup>50</sup> mögliche Erleichterungen des Gründungsverfahrens,<sup>51</sup> die Einführung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)<sup>52</sup> sowie die (möglichen) Folgen der Rechtsprechung des EuGH sind bereits ausführlich in der Literatur erörtert worden.<sup>53</sup>

Der Fokus dieser Arbeit richtet sich auf die Regelungen des MoMiG, die auf einen besseren Schutz der Gläubiger abzielen. Im Zentrum jener Regelungen stehen die Erleichterungen im Bereich des Zugangs von privatrechtlichen Willenserklärungen und der Zustellung von Schriftstücken.<sup>54</sup>

#### IV. Praxisproblem Firmenbestattung

Die Schwierigkeiten der Zustellung von Willenserklärungen und Schriftstücken an juristische Personen liegen vor allem im Tatsächlichen. Dies ist maßgeblich darauf zurückzuführen, dass eine Zustellung im Regelfall<sup>55</sup> durch einen Realakt bewirkt wird: die Übergabe des Schriftstückes an den Empfänger.<sup>56</sup>

Der gesetzgeberische Zweck der Bekämpfung von Missbräuchen zielt insbesondere auf die Eindämmung von gläubigerbenachteiligenden Praktiken ab, die unter dem Begriff der „Firmenbestattung“ zusammengefasst werden.

Der Begriff der Firmenbestattung bezeichnet die Auflösung von überschuldeten oder zahlungsunfähigen juristischen Personen, meist ohne ein geordnetes

---

48 Vgl. *Ebert/Levedag*, in: Süß/Wachter, S. 584, Rn. 12.

49 Vgl. *F. Karsten*, GmbHR 2007, 958, 959.

50 Aus der ausufernden Literatur vgl. nur *Hirte*, NZG 2008, 761ff.; *Kindler*, NJW 2008, 3249ff., jeweils mwN.

51 Vgl. *Breitenstein/Meyding*, BB 2007, 1457ff.; a.A. *Bormann/Apfelbaum*, ZIP 2007, 946ff., die das Handelsregister und die GmbH-Gründung als „best practice“ im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtskreis ansehen.

52 Zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) einführend: *Seibert*, GmbHR 2007, 673-677; *Wachter*, GmbHR 2007 R 209, 210; kritisch *Römermann*, GmbHR 2007, R193-R194; *Drygala*, NZG 2007, 561; *Niemeier*, ZIP 2007, 1794ff.; *K. Schmidt*, Handelsblatt, Nr. 102, v. 29.5.2008, S. 108, „Die GmbH wird postmodern“.

53 Überblick bei *Seibert/Deckert*, ZIP 2008, 1208ff., und bei *Oppenhoff*, BB 2008, 1630ff.; s.a. *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168ff.

54 Vgl. *Seibert*, FS Röhrich, 585, 594f.; *Steffek*, BB 2007, 2077.

55 Anders bei der fiktiven Zustellung gemäß § 185 ZPO.

56 Vgl. im Einzelnen unter B.III.1.a).



Insolvenzverfahren.<sup>57</sup> Synonym werden Begriffe wie „geräuschlose Auflösung“ oder „stille Beseitigung“ benutzt. Geräuschlos bezeichnet die fehlende Benachrichtigung sowohl der Gläubiger als auch der Register-, geschweige denn der Insolvenzgerichte. Diese Maßnahmen zielen typischerweise auf die Verschleierung des Fehlverhaltens von Geschäftsführern und Gesellschaftern und die Unterdrückung von Gesellschaftsvermögen.<sup>58</sup> Soweit ersichtlich sind derartige Bestattungsfälle ausschließlich bei der Rechtsform der GmbH zu beobachten.

Um die Lücken im geltenden Zustellungsrecht aufzuzeigen und die Ansatzpunkte des MoMiG nachvollziehen zu können, ist es sinnvoll, zunächst einen Überblick über die Praktiken der Firmenbestatter zu geben.

Im Folgenden wird die Vorgehensweise bei Firmenbestattungen dargestellt (dazu unter 1.). Derartige Praktiken spielen in der gerichtlichen Praxis eine erhebliche Rolle (unter 2.). Deutlich zeigt sich, welche rechtlichen Probleme bewusst von den Akteuren geschaffen und konsequent ausgenutzt werden. Der Blick auf die Motive der Altgeschäftsführer bzw. Altgesellschafter rundet das Bild ab (unter 3.).

### *1. Ablauf einer Firmenbestattung*

Die geräuschlose Auflösung einer GmbH läuft mit Abweichungen der flexibel agierenden Personen im Einzelfall nahezu immer nach demselben, mittlerweile typisch zu nennenden Schema ab:<sup>59</sup>

#### *a) Kontaktaufnahme durch Bestatter*

Der eigentliche Drahtzieher – der sog. „Firmenbestatter“ oder kurz „Bestatter“ – tritt meist großspurig als Wirtschafts-, Sanierungs- oder Unternehmensberater

---

57 Begriff findet sich auch in Begr.-RegE, S. 25; vgl. auch *Schmittmann*, Anmerkung zu AG Duisburg v. 2.1.2007, NZI 2007, 356f.

58 Vgl. die Zusammenfassung der Maßnahmen bei *Steffek*, BB 2007, 2077, 2077f.; vgl. ausführlich unter A.IV und C.

59 Vgl. die anschaulichen Berichte aus der Rechtsprechung: LG Potsdam v. 17.9.2004 – 25 Qs 11/04, wistra 2005, 193, 194f.; AG Duisburg v. 2.1.2007 – 64 IN 107/06, NZG 2007, 439ff.; aus der Literatur zu den typischen Verfahrensabläufen: *Kleindiek*, ZGR 2007, 276, 277ff.; *Bittmann*, GmbHR 2007, 70ff.; *Goltz/Klose*, NZI 2000, 108ff.; *Haas*, GmbHR 2006, 729, 735f.; *Herchen*, DB 2003, 2211, 2214ff.; *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115, 116ff.; *Hirte*, ZInsO 2003, 833, 834; *Schröder*, DNotZ 2005, 596ff.; *Seibert*, FS Röhricht, S. 585, 587, 590ff.; *Rose*, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23f.

auf.<sup>60</sup> Er erwirbt die kurz vor der Insolvenz stehende (oder schon insolvenzreife) Gesellschaft für einen geringen Betrag.<sup>61</sup> Oftmals erwirbt der Bestatter die Anteile aber nicht persönlich, sondern lässt Dritte als Stroh Männer für ihn die Gesellschaftsanteile erwerben.

Auf Verkäuferseite handelt regelmäßig der Altgeschäftsführer, der oftmals zugleich einziger Gesellschafter der Gesellschaft ist. Zum Kontakt kommt es typischerweise, wenn der (Allein-)Gesellschaftergeschäftsführer sich eingestehen muss, die Augen vor der bevorstehenden oder bereits eingetretenen Insolvenz nicht länger verschließen zu können.

Die Primärinteressen der Bestatter, oftmals auch der Unternehmer,<sup>62</sup> sind dabei immer die gleichen: Verschleierung der tatsächlichen Gegebenheiten, Verzögerung gerichtlicher Entscheidungen, Verschiebung des noch vorhandenen Vermögens, Zermürbung der Gläubiger.<sup>63</sup>

#### *b) Schließung des Geschäftslokals*

Zeitgleich werden der Gesellschaftssitz und die Firma gewechselt, um die Spuren der Gesellschaft zu verwischen.<sup>64</sup> Das alte Geschäftslokal wird geschlossen, ein neues häufig nicht eröffnet. Nicht selten gehen anlässlich dieser „Umzüge“ Geschäftsunterlagen, soweit sie denn überhaupt vorhanden waren, „verloren“.<sup>65</sup> Ob und welche Unterlagen ursprünglich überhaupt existierten, lässt sich im Rahmen einer gerichtlichen Aufarbeitung nur schwer nachvollziehen.<sup>66</sup> Der anlässlich der Geschäftsanteilsübertragung neu bestellte Geschäftsführer quittiert zumeist pauschal und ohne Angaben im Detail<sup>67</sup> die Übernahme der Geschäftsunterlagen vom bisherigen Geschäftsführer.

---

60 Kleindiek, ZGR 2007, 276, 278; Rose, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23f.

61 Oftmals für die deklaratorische Summe von 1 €, vgl. Rose, Die Zeit, Nr. 22, v. 24.5.2007, S. 23.

62 Zu den Motiven siehe unter A.IV.3.

63 Kleindiek, ZGR 2007, 276, 277.

64 Nach neueren Berichten aus der Praxis wird zunehmend auf die bisher übliche Verlegung des Gesellschaftssitzes an einen anderen Ort verzichtet, um nicht unnötig Indizien für das Vorhandensein eines gewerbsmäßigen Bestattungsvorgangs zu schaffen; vgl. Pape, ZIP 2006, 877, 879.

65 Vgl. Hirte, ZInsO 2003, 833, 834.

66 So die Berichte aus der einschlägigen Praxis, vgl. Nw. in Fn. 62.

67 Hirte, ZInsO 2003, 833, 834.

### c) Abberufung des Alt-Geschäftsführers

Der oder die bisherigen Geschäftsführer werden im Rahmen der Geschäftsanteilsübertragung entlastet und abberufen oder legen ihr Amt von sich aus nieder. Als Folge wären die Gesellschafter nach der gesetzlichen Grundidee, dass eine GmbH einen Geschäftsführer als Vertretungsorgan hat, verpflichtet,<sup>68</sup> einen neuen Geschäftsführer zu bestellen.

Doch ist eine Neubestellung nicht zwingend.<sup>69</sup> Auch sog. vertreterlose oder „führungslose“<sup>70</sup> Gesellschaften, also Gesellschaften, in denen kein Geschäftsführer bestellt ist, sind zu beobachten.<sup>71</sup> Ohne Vertretungsorgan sind diese Gesellschaften weder aktiv noch passiv handlungsfähig.<sup>72</sup>

Das nach Abberufung des alten Geschäftsführers neu zu besetzende Geschäftsführeramt übernehmen die Bestatter meist nicht selbst. Werden die Geschäftsführerposten überhaupt neu besetzt,<sup>73</sup> bedienen sich die Bestatter mittelloser Strohänner, über die in den Dateien der SCHUFA<sup>74</sup> nichts Negatives eingetragen ist. Jener neue Geschäftsführer hat seinen Wohnsitz regelmäßig weit vom (bisherigen) Sitz der Gesellschaft entfernt, nicht selten in den neuen Bundesländern.<sup>75</sup> Oftmals werden im Ausland wohnende Personen, Deutsche wie ausländische Staatsbürger, zu Geschäftsführern bestellt.<sup>76</sup> Die neuen Geschäftsführer verfügen meist nur über marginales fachliches Grundwissen und sind sich ihrer rechtlichen Pflichten als Geschäftsführer kaum oder gar nicht bewusst.<sup>77</sup> Das Engagement dieser Personen erklärt sich zumeist durch eine gesondert mit dem Bestatter getroffene Absprache.

### d) Entledigung des alten Gesellschaftsmantels

Am Ende wird der ausgehöhltte Gesellschaftsmantel als mittellos deklariert, um eine Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse durch das Insolvenzgericht zu erreichen.<sup>78</sup> Ermittlungsmaßnahmen des Gerichts werden,

---

68 § 6 GmbHG; vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 6 Rn. 5ff. GmbHG.

69 Ausführlich hierzu unter C.II.2.

70 So nunmehr der offizielle Begriff in der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 GmbHG n.F.

71 Hierzu bereits Gustavus, GmbHR 1992, 15ff.

72 Zum Ganzen ausführlich unter C.II und D.II.

73 Zu den Auswirkungen der sog. Führungslosigkeit vgl. unter C.II.

74 Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung, heute: Schufa Holding AG.

75 Kleindiek, ZGR 2007, 276, 277.

76 Zur Zulässigkeit der Bestellung von Ausländern zu Geschäftsführern, s. unter C.III.

77 Kleindiek, ZGR 2007, 276, 277.

78 Instrukтив: AG Duisburg v. 2.1.2007 – 64 IN 107/06, NZI 2007, 354ff.

soweit das Gericht diese überhaupt für sinnvoll und fruchtbringend erachtet, nach Möglichkeit verschleppt und behindert.

Aufgrund fehlender Unterlagen bleibt den Amtsgerichten oftmals keine andere Wahl, als das Insolvenzverfahren mangels Masse abzuweisen. Die Abweisung mangels Masse hat die Rechtsfolge, dass die Gesellschaft von Amts wegen zu löschen ist.<sup>79</sup>

Eine solche „Dienstleistung“<sup>80</sup> lässt sich der Bestatter in Abhängigkeit von den bestehenden Verbindlichkeiten mit bis zu € 30.000,- vergüten,<sup>81</sup> wobei die Vergütung des als Strohmann agierenden neu eingesetzten Geschäftsführers im Vergleich zum Gesamtbetrag dieses Entsorgungsentgelts mit Beträgen zwischen € 500,- und € 1.000,- eher gering ausfällt.

#### *e) Zusammenfassung*

Im Wesentlichen lassen sich drei typische Maßnahmen in den Bestattungsfällen erkennen, die im Zusammenwirken effektiv dazu führen, dass Willenserklärungen nicht zugehen und Zustellungen nicht bewirkt werden können. Es handelt sich dabei um:

1. die Schließung des Geschäftslokals,
2. die Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch sämtliche Geschäftsführer bzw. die Abberufung des (letzten) Geschäftsführers, und/oder
3. die Übertragung des Geschäftsführeramtes auf eine Person mit ausschließlichen Wohnsitz im Ausland.

Diese drei Maßnahmen werden daher im Folgenden der Maßstab sein, an dem die Auswirkungen der Neuregelungen des MoMiG zu messen sind. Jeweils für sich betrachtet mag jede einzelne Maßnahme moralisch fragwürdig, im Ergebnis

---

79 Vgl. § 141a FGG; hierzu *Schulze-Osterloh/Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Anh § 77, Rn. 1ff.

80 *Seibert*, FS Röhricht, 2005, S. 575, 589, macht eine ganze Dienstleistungsbranche aus; ähnlich *Rose*, „einige Dutzend Unternehmensbestatter seien in Deutschland tätig“, *Die Zeit*, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23.

81 Die Angabe zu den – nicht näher belegten – Beträgen variieren: € 7.500,- bis € 30.000,- bei *Schröder*, DNotZ 2005, 596, 597; 2.000,- € bis 20.000,- € bei *Pape*, ZIP 2006, 877, 878; ähnlich *Rose*, *Die Zeit*, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23, € 3.000,- bis € 5.000,-; € 5.000,- bis € 15.000,- bei *Seibert*, FS Röhricht, S. 585, 590; „mindestens mehrere Tausend, wenn nicht Zehntausend Euro“, so *Gerloff*, in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, § 29 Rn. 20.

aber, soviel sei vorweggenommen, rechtlich kaum zu beanstanden sein.<sup>82</sup> Im kollusiven Zusammenspiel bewirken diese Vorgehensweisen das Willenserklärungen und Zustellungen die Gesellschaft nicht mehr oder nur unter erschwerten Voraussetzungen erreichen<sup>83</sup> und damit die Gesellschaft dem Rechtsverkehr praktisch entzogen wird.

## 2. Bedeutung in der gerichtlichen Praxis

Die gewerbsmäßige Firmenbestattung stellt eine seit etwa Mitte der 1990er Jahre bekannte<sup>84</sup> und inzwischen weit verbreitete Form der Wirtschaftskriminalität dar.<sup>85</sup>

Die geräuschlose Beseitigung finanziell angeschlagener Gesellschaften ist kein Ausnahmefall, sondern ein alltägliches Problem, das die rechtsberatende und die gerichtliche Praxis in relevantem Maße beschäftigt. Eine ganze Dienstleistungsbranche scheint sich mit dieser „Service-Leistung“ zu beschäftigen.<sup>86</sup> Einzelne sprechen gar davon, Form und Vorgehen hätten das Ausmaß organisierter Kriminalität.<sup>87</sup> Insofern wird berichtet, dass in Berlin 90 Prozent aller Insolvenzverfahren mangels Masse von den Gerichten abgewiesen werden.<sup>88</sup> Das bedeutet auch, dass in diesen Fällen kein Insolvenzverwalter bestellt wird, der etwaige Unregelmäßigkeiten und Betrugereien aufklären und verfolgen könnte.<sup>89</sup>

Strafrechtliche Ermittlungsverfahren,<sup>90</sup> in denen das Gebaren der Firmenbestatter näher untersucht wird, sind die Ausnahme. Verurteilungen haben die Bestatter daher kaum zu befürchten.<sup>91</sup> Entscheidend zur fehlenden strafrechtlichen Aufarbeitung beitragen dürfte der „Verlust“ der Geschäftsunterlagen anlässlich

---

82 Ausführlich unter C.

83 *Steffek*, BB 2007, 2077.

84 So *Kleindiek*, ZGR 2007, 276, 277.

85 „Ein alltägliches Problem“, *Pape*, ZIP 2006, 877, 878; „Phänomen der massenhaften Wirtschaftskriminalität“, *Goltz/Klose*, NZI 2000, 108.

86 So *Seibert*, FS Röhrich, 585, 589; *Rose*, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23.

87 So der Berliner Rechtsanwalt und Notar Rolf Rattunde, zitiert nach *Rose*, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23.

88 Angabe bei *Rose*, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23.

89 Anschaulich der Bericht von *Rose*, Die Zeit, Nr. 22 v. 24.5.2007, S. 23, 24.

90 Soweit ersichtlich fehlen Berichte hierüber.

91 Zur strafrechtlichen Würdigung ausführlich: *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 155ff.; *Goltz/Klose*, NZI 2000, 108ff.; *Pananis/Börner*, GmbHR 2006, 513ff.; *Bittmann*, GmbHR 2007, 70ff.; zur strafrechtlichen Haftung des Notars als Gehilfe bei der Entsorgung einer insolventen GmbH außerhalb des Insolvenzverfahrens, *Schröder*, DNotZ 2005, 596ff.

eines Geschäftsführer- oder Gesellschaftssitzwechsels. Fehlt es an Beweismitteln, muss auch die Strafverfolgung wegen Insolvenzdelikten scheitern.<sup>92</sup>

Einen Eindruck von der quantitativen Relevanz der Bestattungsfälle in der zivilgerichtlichen Praxis gewinnt, wer die Folgen einer Verlegung des Gesellschaftssitzes näher betrachtet. Diese nahezu klassische Maßnahme führt dazu, dass die Gesellschaft nicht nur von der Bildfläche des Ortes verschwindet, an dem sie bisher ihre Geschäfte getätigt hat. Durch die Sitzverlegung ändert sich die Zuständigkeit der Insolvenzgerichte gemäß § 3 InsO.

Im Hintergrund dieses Vorgehens steht die Spekulation auf die nach § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO i.V.m. § 4 InsO eintretende Bindungswirkung einer Verweisung des Insolvenzverfahrens. Ziel der Firmenbestatter ist es, das Verfahren vom Ort der bisherigen Geschäftstätigkeit fernzuhalten, um so dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu entgehen und den Zugriff des Gerichts auf den gemäß § 101 InsO auskunftspflichtigen Altgeschäftsführer zu vermeiden.

Einige Insolvenzgerichte, an deren Sitz die Verfahren verlagert werden, weigern sich inzwischen regelmäßig, diese Verfahren „kampflos“ zu übernehmen. Dies zeigen die unzähligen Zuständigkeitsbestimmungsverfahren,<sup>93</sup> mit denen sich die nach §§ 36 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 ZPO i.V.m. § 3 InsO zuständigen Oberlandesgerichte<sup>94</sup> regelmäßig auseinandersetzen.<sup>95</sup>

Die Missbräuchlichkeit der Insolvenzantragstellung kurz nach Verlegung des Gesellschaftssitzes ergibt sich daraus, dass das nunmehr zuständige Insolvenzgericht naturgemäß keine großen Möglichkeiten hat, um durch Sachverständige oder vorläufige Verwalter ein an die Gläubiger auskehrbares Vermögen oder etwaige in Betracht kommende Haftungstatbestände ermitteln zu lassen. Dazu müsste das gesamte Umfeld der Gesellschaft aufgearbeitet werden, ein Unterfan-

---

92 So die nüchterne Analyse von *Kleindiek*, ZGR 2007, 276, 281; weiterführend zu den strafrechtlichen Gesichtspunkten bei Firmenbestattungen: *Gerloff*, in: Bittmann, § 29 Rn 45ff.; *Goltz/Klose*, NZI 2000, 108, 110f.; *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115, 118f.; *Ogiermann*, wistra 2000, 250ff.; zur strafrechtlichen Gehilfenhaftung des beurkundenden Notars *Schröder*, DNotZ 2005, 596ff.

93 Keine Bindungswirkung eines Verweisungsbeschlusses im Falle einer Firmenbestattung, so BayObLG v. 25.7.2003, 1Z AR 86/03, NZI 2004, 147f.; hierzu *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DStR 2004, 1183, 1185; s.a. OLG Stuttgart v. 8.1.2009 – 8 AR 32/08, ZIP 2009, 393ff.

94 *Pape*, in: Uhlenbruck, § 3 Rn. 12; *ders.* ZIP 2006, 877, 878, je mit zahlreichen Nw. zur Rspr.; siehe auch die Nw. bei *Kirchhof*, in: HK-InsO, 4. Aufl., § 3 Rn. 22 Fn. 61; ausführlich zur Problematik der Verweisung *Kleindiek*, ZGR 2007, 276, 282 m.w.N.

95 Zur Nichtigkeit der Sitzverlegung in derartigen Fällen, OLG Stuttgart v. 8.1.2009 – 8 AR 32/08, ZIP 2009, 393, 394; BayObLG, v. 25.7.2003, 1Z AR 86/03, NZI 2004, 147; AG Memmingen v. 1.2.2005 – 4 AR 403/04, NZG 2006, 70, 71 und v. 2.12.2003 – HRB 8361, Rpfleger 2004, 223, 225; s.a. *Schmerbach*, in: Wimmer, InsO, § 3 Rn. 18.

gen, das umso schwieriger und kostspieliger wird, je weiter der Ort der Firmenbestattung vom ursprünglichen Sitz der Gesellschaft entfernt ist. Verluste der Gläubiger vervielfachen sich auf diese Art und Weise.

### *3. Motivlage der Altgeschäftsführer und Altgesellschafter*

Insbesondere Selbständige, die ihr Unternehmen als Alleingesellschafter einer GmbH führen und „ihr“ Unternehmen von der „Pleite“ bedroht sehen, können sich nur schwer dazu durchringen, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

Gefangen im Hoffen auf baldiger Erholung und im Bangen um den Verlust der Existenzgrundlage, oftmals gleichbedeutend mit dem Verlust des Lebenswerks, ist schnell die Antragsfrist versäumt und es droht nun obendrein eine Strafverfolgung wegen § 15a InsO n.F. (ehemals § 84 Abs. 1 Nr. 2, § 64 Abs. 1 GmbHG).<sup>96</sup>

Die Unternehmer sehen meist keinen anderen Ausweg, sich vor dem finanziellen Ruin zu bewahren, als zu versuchen, die Altgläubiger abzuschütteln und neu anzufangen.<sup>97</sup>

#### *a) Vermeidung persönlicher Haftung*

Für eine Vielzahl der Fälle steht die Vermeidung einer drohenden persönlichen Haftung im Vordergrund. Der Altgesellschafter-Geschäftsführer versucht mit dem Verkauf seiner GmbH-Anteile und der Ablösung als Geschäftsführer, den zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen des Überschreitens der Insolvenzantragsfrist nach § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG<sup>98</sup> zu entgehen.<sup>99</sup>

Ob dies immer gelingt, ist eine andere Frage. Die einmal entstandene Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages erlischt trotz des Verkaufs nicht.<sup>100</sup> Der Bestatter freilich bestärkt den Glauben an ein Freiwerden von der drohenden persönlichen Haftung. Der von den Bestattern offerierte vermeintliche Ausweg aus

---

96 Vgl. noch zu § 84 Abs. 1 Nr. 2, § 64 Abs. 1 GmbHG: *Pananis/Börner*, GmbHR 2006, 513, 514.

97 Vgl. *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115, 116.

98 Nunmehr ausgeweitet in § 64 GmbHG n.F.; zu den strafrechtlichen Konsequenzen nach bisherigem Recht: *Schröder*, DNotZ 2005, 596, 599f.

99 Zur Motivlage bei gutgläubigen Altgeschäftsführern, *Schröder*, DNotZ 2005, 596, 598.

100 *Schröder*, DNotZ 2005, 596, 598 mwN in Fn. 3.

einer drohenden persönlichen Haftung motiviert den Altgesellschafter-Geschäftsführer schließlich zur Zahlung des Entgelts für die „Bestattungs-Dienstleistung“.

#### *b) Fortsetzung geschäftlicher Tätigkeit*

Die Altgeschäftsführer hegen oftmals die Hoffnung, mit dem nächsten, unbelasteten Unternehmen erfolgreich(er) am Markt zu agieren. Dies wird auch durch die persönlichen Gespräche seitens des Bestatters suggeriert.<sup>101</sup> Nicht selten kann der Unternehmer anschließend mit einer neuen GmbH<sup>102</sup> gegebenenfalls mit identischem Geschäftsgegenstand, Kundenstamm, Aufträgen und Betriebsmitteln und mit derselben oder leicht veränderten Firma weitermachen.<sup>103</sup>

Das Stigma einer Insolvenz soll auch aus dem Grund vermieden werden, sich die „weiße Weste“ zu erhalten. Gemeint ist hiermit die Erfüllung der Voraussetzungen zur Bekleidung des Geschäftsführeramtes nach § 6 Abs. 2 GmbHG.<sup>104</sup>

### **V. Zusammenfassung**

Die Thematik der Firmenbestattungen beschäftigt die gerichtliche Praxis seit nunmehr zwanzig Jahren, jedoch in jüngerer Vergangenheit in zunehmendem Maße, wie mit Blick auf die insolvenzgerichtlichen Verfahren um die Zulässigkeit einer Sitzverlegung festgestellt werden kann.

Neben der Verlegung des Sitzes zählen zu den typischen Maßnahmen der Firmenbestatter zum einen die Schließung des Geschäftslokals ohne Neueröffnung am neuen Gesellschaftssitz und zum anderen die Abberufung der Geschäftsführer ohne Neubestellung eines Amtsnachfolgers oder aber die Bestellung eines im Ausland residierenden Geschäftsführers.

---

101 Anschaulich der bereits o.g. Slogan „Während Sie sich noch mit Ihrem insolventen Unternehmen herumplagen, bastelt mein Kunde schon an seiner nächsten Million.“

102 Oder einer englischen Limited, so die Befürchtung bei *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1164.

103 Vgl. BGH v. 20.9.2004 – II ZR 302/02, ZIP 2004, 2138; s. hierzu die Anmerkung von *Wiesbrock*, EWIR 2005, 167f.

104 So *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1164; ders. in: FS Röhrich, 585, 591; insofern ist zu beachten, dass die Katalogtatbestände des § 6 GmbHG erweitert wurden, s. § 6 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GmbHG n.F.