



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme

der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

erarbeitet vom
Ausschuss Gesellschaftsrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RA Dr. Fritz Eckhard **Kempter**, Vorsitzender, München (Berichterstatter)
RA Dr. Peter **Baukelmann**, Karlsruhe
RAuN John **Flüh**, Berlin (Berichterstatter)
RA Rolf **Koerfer**, Düsseldorf
RA Dr. Dietrich **Max**, Düsseldorf (Berichterstatter)
RAuN Wulf **Meinecke**, Hannover

RAin Anabel **von Preuschen**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Juristinnenbund e. V.
ZAP
NJW

September 2006

BRAK-Stellungnahme-Nr. 29/2006

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen Stellung zu nehmen.

Vorbemerkung

Aus den Entscheidungen des EUGH in den Rechtssachen „Centros“ (Urteil vom 09.03.1999 Slg. 1999 I – 01459) „Überseering“ (Urteil vom 05.11.2002, Slg 2002 I – 09919) und „Inspire Art“ (Urteil vom 30.09.2003, Slg 2003 I – 10155) zur Niederlassungsfreiheit folgt, dass sich ein Unternehmer für den Einsatz seines ausschließlich in Deutschland tätigen Unternehmens anstelle einer GmbH alternativ auch der Gesellschaftsformen aus Mitgliedsländern der Europäischen Union bedienen kann. Über den Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland von 1954 gilt entsprechendes für US-amerikanische Gesellschaften. Nach europäischem Recht sind solche Gesellschaftsformen insbesondere die Private Company limited by shares; nach US-amerikanischem Recht solche der Delaware Corporation.

Vergleichbare Gesellschaftsform in Deutschland ist die GmbH. Angeblich liegen die Vorteile der ausländischen Gesellschaftsformen in der Möglichkeit einer einfacheren und schnelleren Gründung (unten I.), der Tatsache, dass ein Mindeststammkapital nicht erforderlich ist (unten II.), einem besseren Gläubigerschutz und einer besseren Transparenz (unten III.), der Unmöglichkeit, die Rechtsform zu missbrauchen (unten IV.), dem fehlenden Erfordernis der notariellen Beurkundung (unten V.) und sonstigen allgemeinen Vorteilen (unten VI.).

Anhand dieser Kriterien soll der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nachfolgend überprüft werden.¹

¹ Die zitierten Paragraphen beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf den Gesetzentwurf.

I. Gründung

1. Die Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindeststammkapitals (§ 5 Abs. 1) bleibt bestehen. Die Reduzierung von 25.000,00 € auf 10.000,00 € ist zu begrüßen, weil sie die Gründung der GmbH erleichtert; für eine nachhaltige Unternehmensfinanzierung reichen ohnehin beide Beträge gleichermaßen nicht aus. Zeit bedingen jedoch noch die weiterbestehenden Regeln über die teilweise Einzahlung der Bareinlagen (§ 7 Abs. 2), die vollständige Leistung der Sacheinlagen (§ 7 Abs. 3) als Voraussetzung der Anmeldung und Eintragung und die gemäß § 8 Abs. 2 abzugebenden Versicherungen der Geschäftsführer, die richtigerweise ausgeweitet wurden, sowie die insoweit bestehenden Sanktionen des § 81 Abs. 1 Nr. 1.

Zu begrüßen ist die Stückelung der Geschäftsanteile auf mindestens 1,00 €, nicht nur für die Gründung, sondern auch für die Fungibilität der Anteile. Ebenso zu begrüßen ist die Möglichkeit, bereits bei der Gründung mehrere Stammeinlagen übernehmen zu können. Ausgesprochen praxisingerecht ist der Verzicht auf die Vorlage der Genehmigungsurkunde nach § 8 Abs. 1 Nr. 6. Allerdings sollte der Verzicht konsequent vollzogen und die Nr. 6 vollständig ersatzlos gestrichen werden. Die neuen Sätze 2 bis 4 des § 8 Abs. 1 sind unverhältnismäßig und unpraktikabel. Die Einhaltung gewerberechtlicher und sonstiger öffentlich-rechtlicher Regeln sollte nicht mithilfe des GmbH-Rechts betrieben werden.

2. Die Attraktivität der Gesellschaftsform könnte durch ein formalisiertes Verfahren bei Bargründung wesentlich erhöht werden. Wird dieses Verfahren durch einen formalisierten Standardvertrag ergänzt, könnte darüber hinaus auf notarielle Beurkundung verzichtet und notarielle Beglaubigung als ausreichend angesehen werden. Wie jetzt die etwa notwendige Genehmigung binnen einer gewissen Frist dem Registergericht nachgewiesen werden muss mit der Folge der Amtslöschung falls der Nachweis nicht erbracht wird, könnte gleiches für den Nachweis der Einzahlung des Stammkapitals geregelt werden. Eine solche von Hengeler Müller und dem BDI vorgeschlagene Standardgründung² würde insbesondere bei dem jetzt herabgesetzten Stammkapital die Vielzahl der GmbH-Gründungen erfassen und wegen des zeitlich schnellen Gründungsverfahrensablaufs die Rechtsform als sol-

² Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. / Hengeler Mueller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH, Berlin 2006, S. 13 ff.

che für viele Gesellschaftsgründer höchst attraktiv machen. Hindernisse gegen eine alternative Zulassung im Gesetz sind nicht ersichtlich.

II. Stammkapital

Die Absenkung auf 10.000,00 € ist zu begrüßen. Man muss allerdings sehen, dass die internationale Tendenz zur vollständigen Abschaffung eines Mindestkapitals geht³. Ausschüttungssperren nach angloamerikanischem Recht scheinen den Gläubigerschutz wesentlich besser zu gewährleisten als die Vorschriften zum Mindestkapital und zur Kapitalerhaltung.⁴

Zu begrüßen ist die Novelle der „Novellenregeln“ in §§ 32 a, b GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO sowie der auf §§ 30, 31 GmbHG basierenden „Rechtsprechungsregeln“. Insbesondere unter europarechtlichen Gesichtspunkten ist es richtig, dieses komplizierte Gebiet vereinfacht und komplett in das Insolvenzrecht zu überführen. Die Abschaffung des § 43 Abs. 3 GmbHG, der die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers, der ein kapitalersetzendes Darlehen zurückzahlt, regelt, wird durch die Ausdehnung der Schadenersatzpflicht nach § 64 Abs. 2 kompensiert. Tritt nämlich der bisher nicht geregelte Fall ein, dass durch eine Zahlung an den Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gerade herbeigeführt wird, ist der Geschäftsführer jetzt schadenersatzpflichtig.

Besonders zu begrüßen seitens der Praxis ist die Klarstellung, dass das sog. Cash Pooling nunmehr vom Verbot des § 30 GmbHG ausgenommen ist, sofern die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt. Gleiches gilt für Leistungen an verbundene Unternehmen (Schwestergesellschaften). Innerhalb der Prüfung des Gesellschaftsinteresses können in freier Abwägung u. a. die folgenden Kriterien berücksichtigt werden: Drittvergleich, Kündbarkeit, Informationsfluss, Solvenz des Schuldners bzw. Sicherheiten. Damit ist die Tendenz der Rechtsprechung⁵ gestoppt, wonach § 30 Abs. 1 GmbHG schon dann verletzt wurde, wenn durch die Ausreichung des Darlehens isoliert betrachtet eine Unterbilanz erzeugt wurde, unabhängig davon, ob eine Ge-

³ vgl. Seibert, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, in ZIP 2006, 1157 ff.

⁴ vgl. Müller, Die englische Limited in Deutschland – Für welche Unternehmen ist sie tatsächlich geeignet, in BB 2006, 837 ff.; Müller, Die Limited in Deutschland: Ein Überblick über das anzuwendende englische Gesellschaftsrecht, in DB 2006, 824 ff.; Mellert/Verfürth, Wettbewerb der Gesellschaftsformen, S. 265 ff.

⁵ BGHZ 157, 72 = BB 2004, 793; OLG München, BB 2006, 286; DB 2005, 2811

genleistung zu erbringen war und ob diese werthaltig war. Die Substanz der Sache heißt nun: Tauscht die Gesellschaft Liquidität gegen ein nur schuldrechtliche Position, muss die Geschäftsführung prüfen. Allerdings ist der vorgeschlagene Wortlaut des § 30 Abs. 1 Sätze 2 und 3 so kompliziert, dass sie nur für den mit der Materie und der bisherigen Rechtsprechung vertrauten Juristen verständlich ist. Auch wird ohne Grund in Satz 3 wieder der durch die Streichung der §§ 32a, b getilgte Begriff der Krise konserviert. Sinnvoller und ausreichend wäre es in § 30 Abs. 1 Satz 1 lediglich einen Satz anzufügen, dass Leistungen der Gesellschaft aufgrund eines Darlehensvertrages mit einem Gesellschafter nicht gegen Satz 1 verstoßen, wenn der Darlehensvertrag dem Drittvergleich standhält.

III.

Verbesserung des Gläubigerschutzes, Transparenz

Zur Kapitalerhaltung wurde bereits ausgeführt. Zu begrüßen ist die Begradigung des Insolvenzrechts. So wird bei allen Zahlungen der Gesellschaft auf Gesellschafterdarlehen, die binnen eines Jahres vor Erlangung des vollstreckbaren Titels erfolgen, die Anfechtung möglich. Zugleich werden durch die Zustellungserleichterungen im Gesetzentwurf die Möglichkeiten der Gesellschaft, die Titelerlangung zu erschweren und hinauszuzögern, deutlich verringert. Ab dem Zeitpunkt der Erlangung des Titels soll dann entsprechend § 146 InsO eine 2-jährige Verjährungsfrist beginnen.

Auch im Falle der Ablehnung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft mangels Masse wird die Anfechtbarkeit erleichtert. Die Einjahresfrist des § 6 Nr. 2 AnfG ist auf den Zeitpunkt zurückzurechnen, zu dem der Insolvenzantrag gestellt ist.

Werden Gesellschaftern besicherte Drittdarlehen zurückgezahlt, ist die Rückzahlung an den Dritten in jedem Fall anfechtbar. Wird die Insolvenz eröffnet, hat der Gesellschafter den zurückgezahlten Betrag bis zur Höhe seiner Sicherheitsleistungen zur Insolvenzmasse zu erstatten; wird das Verfahren nicht eröffnet, hat er in entsprechender Höhe die Zwangsvollstreckung durch den Anfechtungsgläubiger zu dulden.

Eine wesentliche Erleichterung schafft der Entwurf bezüglich der Transparenz der Anteilsinhaber. In der Tat bereitet der Nachweis über Herkunft und Übergang der Anteile aus der Vergangenheit oft erhebliche Schwierigkeiten. Die Lösung über die registergerichtlich zu führende Gesellschafterliste nebst dem damit verbundenen Gut-Glauben-Schutz stellt eine erhebliche Vereinfachung dar. Der angesetzte nach-

weispflichtige 3-Jahreszeitraum ist praxisgerecht. Für den ausnahmsweisen Fall der Haftung der Gesellschafter wird deren Identifikation erheblich erleichtert. § 16 Abs. 3 lässt allerdings nicht den "lastenfreien" gutgläubigen Erwerb zu. Diese Lücke sollte noch geschlossen werden. Für nicht sachlich gerechtfertigt hält die Bundesrechtsanwaltskammer die vorgeschlagene Änderung in § 40 Satz 2 und Satz 3. Es ist Aufgabe des Geschäftsführers und muss dessen Aufgabe bleiben, die Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen. Weshalb dem Geschäftsführer diese Verantwortung durch einen Notar abgenommen werden soll, erschließt sich nicht. Dies gilt um so mehr, als die Liste der Gesellschafter entscheidende Bedeutung sowohl hinsichtlich der Gesellschafterrechte als auch hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen erlangen soll. Der Notar als außenstehender Dritter hat wesentlich weniger Einblick in die Gesellschaftsverhältnisse und in den Bestand der Gesellschafter als der Geschäftsführer selbst, insbesondere in einem historischen Rückblick. Die vorgeschlagene Änderung in § 40 Satz 2 und Satz 3 sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden, weil sie die Verantwortlichkeiten ohne Grund verschiebt. Ein Notar, der verpflichtet wäre, könnte seiner Verpflichtung nicht nachkommen, wenn nicht lückenlos vorab der Bestand der Gesellschafter chronologisch nachvollzogen werden könnte. Wie dieser Widerspruch aufgelöst werden soll, bleibt unklar.

IV.

Missbrauch der Rechtsform

Diesem Übel begegnet der Entwurf auf verschiedene Weise, nämlich (1.) den Zustellungserleichterungen, (2.) der erweiterten Insolvenzantragspflicht und schließlich (3.) der verschärften Handelnden-Haftung der Geschäftsführer.

1. Zustellungserleichterungen:

Gemäß § 8 Abs. 4 ist künftig eine inländische, im Handelsregister einsehbare Zustellungsadresse einzutragen. Ist an dieser Adresse eine Eintragung nicht möglich und ist auch kein zusätzlicher Empfangsberechtigter genannt (§ 10 Abs. 2), so ist eine rasche und unkomplizierte öffentliche Zustellung möglich (§ 15 a HGB E).

2. Erweiterte Insolvenzantragspflicht:

§ 64 Abs. 1 S. 2 erweitert dann, wenn keine Geschäftsführer vorhanden sind, die Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter. Wegen Insolvenzverschleppung können

diese zivil- und strafrechtlich belangt werden. Dies entspricht der BGH-Rechtsprechung zur Verantwortung des Gesellschafters als faktischer Geschäftsführer.⁶ Allerdings sollte der Kleingesellschafter (Anteil weniger als 10 %) hiervon ausgenommen werden, da er mit seinem Stimmgewicht allein nicht für eine ordnungsgemäße Besetzung des Vertretungsorgans sorgen könnte.

3. Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit.

Nach § 64 Abs. 2 S. 3 werden Zahlungen an die Gesellschafter erfasst, die eine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Es handelt sich um sog. Ausplünderungsfälle. Abgestellt wird auf den handelnden Geschäftsführer, der bei Ausplünderung mit dem Gesellschafter zusammenwirkt. Nicht betroffen sind Geschäfte mit Dritten. Aus der Sicht der Praxis sind all diese Regelungen zu begrüßen. Problematisch ist lediglich, dass Satz 3 keine zeitliche Grenze enthält, also auch sehr lange vor der Insolvenz liegende Zahlungen erfasst und dem Geschäftsführer eine sehr hohe Hürde für den Gegenbeweis baut ("nicht erkennbar war").

V.

Zusammenfassung

Der Entwurf bereinigt eine Vielzahl kritisierter Punkte. Beim Stammkapital bleibt er hinter den gewünschten Zielen zurück. Selbst wenn mit Hilfe des elektronischen Handelsregisters der Gründungsvorgang beschleunigt wird, ist zumindest ein voller zusätzlicher Tag für die Eröffnung des Bankkontos, die Einzahlung der erforderlichen Beträge, und den entsprechenden Nachweis einzuplanen. Auch vom rein zeitlichen Ablauf her gesehen, hat der Entwurf also noch „Luft“.

Das Gesetz sollte das formalisierte Bargründungsverfahren als Regelfall, jedes andere Verfahren als besonderen Fall gestalten. Damit fände der Entwurf die größte Resonanz.

* * *

⁶ BGH NZG 2005, 755 und BGH NZG 2005, 816