



**Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

**erarbeitet durch den  
Ausschuss Gesellschaftsrecht  
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

RA	Dr. Peter <b>Baukelmann</b> , Karlsruhe
RA	John <b>Flüh</b> , Berlin
RA	Dr. Fritz-Eckehard <b>Kempter</b> , München, Vorsitzender (Berichterstatler)
RA	Rolf <b>Koerfer</b> , Düsseldorf
RA	Rüdiger <b>Ludwig</b> , Hamburg
RA	Dr. Dietrich <b>Max</b> , Düsseldorf
RAuN	Wulf <b>Meinecke</b> , Hannover
RAin	Anabel <b>von Preuschen</b> , BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Rechtsausschuss des Bundesrates  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Gerichtsvollzieherbund  
Deutsche Rechtspflegervereinigung  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Notarverein  
Redaktion der NJW, ZAP, AnwBI  
per Mail: Beck aktuell, Lexis Nexis Rechtsnews, OVS Freie Berufe, Jurion Expertenbriefing, juris Nachrichten

Oktober 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 41/2007

Im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) Stellung zu nehmen.

### **Vorbemerkung**

Seit der Vorlage des Referentenentwurfs zum MoMiG ist in einer Vielzahl von Stellungnahmen die Diskussion um die Sinnhaftigkeit der Reform, insbesondere über die Aufhebung der Regeln über das Stammkapital und den Verzicht der Bestimmungen über die Beurkundungspflicht vom Gründungsstadium bis zur Liquidation, nicht abgeebbt, sondern hat vielmehr erheblich zugenommen<sup>1</sup>. Beide, Stammkapital und Beurkundung, sind auf ihre Weise Ausdruck tradierter mitteleuropäischer Rechtskultur. Das Stammkapital als Garantiefonds der Gesellschaft charakterisiert diese als Kapitalgesellschaft im Unterschied zur Personengesellschaft. Die Beurkundung rückt die Bedeutung des Entstehens und des Erschaffens einer (neuen) juristischen Person ins Bewusstsein. Aber dennoch:

Die internationale, insbesondere die europäische Rechtsentwicklung und Rechtsprechung haben die Rechtsanwendungsgebiete nicht nur geographisch erweitert, sondern die Verwendung ausländischer Rechtssysteme erleichtert, ja gefördert. Plötzlich stehen die tradierten Grundsätze im Wettbewerb mit anderen - tatsächlich oder nur scheinbar - praktikableren oder besseren Systemen und Organisationsformen. Um in diesem globalen Wettbewerb bestehen zu können, müssen auch bewährte Grundsätze auf den Prüfstand. Dies hat der Gesetzgeber mit dem vorgelegten Gesetzentwurf zugunsten neuer und größtenteils überzeugender Kriterien entschieden, ohne dabei den Kern des deutschen GmbH-Rechts zu opfern. Damit ist der GmbH die Chance gewahrt, weiterhin im Wettstreit mit den internationalen Organisationsformen bestehen zu können.<sup>2</sup>

### **I. Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit**

#### **1. Verfahrensvereinfachung:**

b) Diese u.a. von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgeschlagene Möglichkeit der Verwendung einer Mustersatzung hat der Gesetzentwurf aufgenommen, was zu

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa die Beiträge Wachter und Niemeier, in „Statuts: Recht“, 7/2007, Seiten 245, 246, oder die Stellungnahme des deutschen Richterbundes vom Juli 2007, Seite 3.

<sup>2</sup> Die Bezeichnung künftiger Paragraphen ohne nähere Angaben bezieht sich sämtlich auf diejenigen des GmbHG-E.

begrüßen ist. Richtig verstanden können von dieser Möglichkeit des § 2 Abs. 1 lit. a) nur die Gründer Gebrauch machen, die sich entschlossen haben, eine ausschließlich und streng an die gesetzlichen Vorgaben angelehnte Gesellschaft zu gründen, die nur eingeschränkte Individualität aufweist. Selbst hier schafft das richtigerweise als unbedingt erforderlich angesehene Beglaubigungserfordernis die Möglichkeit des tätigwerdenden Notars, beim Auftauchen von Beratungsbedarf solche Beratungen durchzuführen. Anders als bei den im Wettbewerb stehenden ausländischen Gesellschaftsformen verbleibt dem Notar also die Chance, ergänzend beratend, ja ggf. so weit tätig zu werden, dass die Beurkundungspflicht ausgelöst wird. Dies ist zu begrüßen. Dass das Tätigkeitsfeld des Notars durch das Abweichen von der Beurkundung zur Beglaubigung nur scheinbar eingeschränkt ist, zeigen die vielfachen Beispiele der Gesetzesbegründung deutlich auf. Es ist weiterhin nur konsequent, diese für die Gründung geschaffenen Erleichterungen auch für den Fall einer Änderung der Satzung einzuführen (Änderung von § 53). Auch hier ist richtig, dass diese Ausnahme vom Prinzip auf ausschließlich die vom Gesetz vorgegebenen engen Voraussetzungen zu beschränken ist. Konsequent wäre es weiter, wenn der Gesellschafterbeschluss von allen Gesellschaftern in notariell beglaubigter Form unterschrieben werden müsste. Zumindest sollte die Unterschrift des Geschäftsführers notariell beglaubigt werden. Unnötig restriktiv ist schließlich die Vorgabe, dass die GmbH nur einen Geschäftsführer haben darf und nicht einleuchtend ist, dass dieser stets einzelvertretungsberechtigt und zudem stets von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein soll.

b) Soweit durch das Abgehen vom Erfordernis der Beurkundung der Satzung und Satzungsänderung die Verpflichtung des Notars zum Vollzug der Anmeldung entfallen sollte, wäre diese Lücke durch eine entsprechende Änderung seitens des Gesetzgebers zu schließen. Um die mit der Einführung des elektronischen Registerverkehrs zum 01.01.2007 erreichten Vorteile zu erhalten, kann diese Vollzugshandlung den Beteiligten nicht selbst überlassen bleiben, obwohl die rechtssichere Identifizierung der Betroffenen durch das Gesetz über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und §§ 126 Abs. 3, 126a BGB sichergestellt ist.

c) Komplettiert wird diese Vereinfachung des Gründungsvorganges schließlich durch Art. 1 Nr. 9 des Gesetzentwurfs, wonach die Vorlage etwa erforderlicher öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse für den beabsichtigten Betrieb bereits zur Eintragung entfällt. Auch das ist schon deshalb zu begrüßen, weil es bei Einzelkaufleuten und Personengesellschaften dieses Erfordernis nicht gibt (§ 7 HGB).

## 2. Erleichterung der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung und des Kapitalsatzes:

a) Entscheidend für die Diskussion um das Stammkapital ist nicht so sehr dessen Höhe; denn soweit ersichtlich sind sich alle Diskutanten einig, dass weder ein Stammkapital von € 25.000,00 noch ein solches von € 10.000,00 als Mindestkapital für einen wirtschaftlichen Betrieb letztlich ausreichend ist. Entscheidend ist deshalb, dass der Gesetzgeber nach wie vor am Prinzip des festen Stammkapitals und damit an dem Charakteristikum der Kapitalgesellschaft festhält. Dem ist uneingeschränkt zu folgen. Zu den Erleichterungen im Kapitalsystem führen auch die Regelungen über die verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4) und über das Hin- und Herzahlen (§ 8 Abs. 2). Systematisch überzeugender wäre es hier allerdings, die neue Bestimmung des § 8 Abs. 2 S. 2 in § 19 Abs. 4 zu regeln. § 8 Abs. 2 erlaubt nunmehr die von der Praxis seit langem geforderte Zulässigkeit einer Darlehenshingabe und Darlehensrückzahlung bei der Kapitalaufbringung im Cash-Pool; ausdrücklich ist die vorgesehene Neufassung von § 19 Abs. 4 und die Aufhebung des Abs. 5 zu begrüßen, wonach die Rechtsfolgen der sog. verdeckten Sacheinlage auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters beschränkt werden. Teilungsmöglichkeiten verdeckter Sacheinlagen werden ausdrücklich zwar nicht in das Gesetz aufgenommen, durch den Entwurf aber nicht eingeschränkt oder gar abgeschafft. Das damit eingeführte sog. bilanzielle Bewertungssystem (§ 30 Abs. 1 S. 2) nimmt die Kritik der Literatur auf und stellt richtigerweise auf den Kern ab. Entscheidend ist, dass der Gesellschaft das nach der Gründung zugesicherte Kapital zufließt. Erreicht der Wert der Sacheinlage diesen Kapitalbetrag nicht, reicht zur Sicherung der Gesellschaft, aber auch der Gläubiger, die Nachschusspflicht in Höhe der Differenz aus; die von der Rechtsprechung entwickelte oft eingreifende Doppelhaftung erscheint als nicht sachgerecht.

b) Sehr weitgehend ist schließlich der Schritt der Einführung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft, welche ohne Mindestkapital auskommen soll (§ 5a). Damit folgt der Entwurf einem Verlangen der Wirtschaft und stellt dieser eine Rechtsform zur Verfügung, die direkt mit der Limited konkurriert.

Richtig ist es, diese Variante, welche zunächst in Form eines eigenen Gesetzentwurfes vorgeschlagen war, ins GmbH-Gesetz zu integrieren und damit klar zu machen, dass es sich auch dabei um eine GmbH handelt, für welche alle übrigen Bestimmungen des GmbHG gelten.

Weil der Gläubigerschutz wegen des völlig fehlenden Erfordernisses eines Stammkapitals geringer als derjenige der klassischen GmbH ist, sollten allerdings weitere zusätzliche Gläubigerschutzkriterien für die Unternehmergesellschaft geschaffen werden. Die im Gesetz bisher vorgesehene Bildung von Gewinnrücklagen greift nämlich nur dann, wenn - nach Abzug der Gesellschaftergeschäftsführergehälter - ein solcher Gewinn übrig bleibt, was nach den Erfahrungen in der Praxis bei solch kleinen GmbHs nennenswert nicht die Regel ist. Weil der Regierungsentwurf das von der Rechtsprechung entwickelte Eigenkapitalersatzrecht praktisch aufhebt, erscheint es notwendig, andere Schutzinstrumente zu schaffen. So könnte vor der einvernehmlichen Entnahme ein ausdrücklicher Hinweis auf § 30 GmbHG schützen. Nachdem auch die Unternehmergesellschaft nach den §§ 242, 264 GmbHG verpflichtet ist, eine Bilanz aufzustellen, diese in der Regel - weil es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinn von § 267 Abs. 1 HGB handeln wird - aber nur ohne G+V einzureichen ist (§§ 325 Abs. 1, 326 HGB), sollte hierzu ergänzend geregelt werden, dass die Unternehmergesellschaft z.B. Verschuldensgrad und Liquiditätssituation zusätzlich offenzulegen hat. Zu denken ist auch daran, die Unternehmergesellschaft von den Erleichterungsvorschriften der §§ 325 Abs. 1, 326 HGB auszunehmen. Vor Ausschüttungen könnte ein Solvenztest verlangt werden; die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Durchgriffshaftung auf Geschäftsführer und Gesellschafter, wie sie in § 35 des UGG-E formuliert waren, könnten hier übernommen werden. Der Gedanke, eine Unterkapitalisierungshaftung für die Unternehmergesellschaft einzuführen, erscheint allerdings, weil das gesamte bisherige Haftungsprinzip durchbrechend, als zu weitgehend.

### 3. Erhöhung der Fungibilität der Geschäftsanteile:

Künftig braucht der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils nur noch auf volle Euro zu lauten. Auch kann ein Gesellschafter künftig mehrere Geschäftsanteile übernehmen (§ 5 Abs. 2, 3, § 47 GmbHG.) Damit wird die Handelbarkeit der Geschäftsanteile erhöht, wenn auch noch nicht völlig freigegeben. Denn das Erfordernis der notariellen Beurkundung des § 15 Abs. 3 bleibt bestehen. Die Neuregelung des § 5 und die damit zusammenhängende Streichung des § 17 sind uneingeschränkt zu begrüßen. Dass § 15 Abs. 3 und 4 nicht gestrichen werden sollen, sollte nochmals überdacht werden. Die größere Fungibilität führt auch nicht zur Unübersichtlichkeit der Beteiligungsverhältnisse, da diese durch die Stärkung der Gesellschafterliste (§§ 16 Abs. 1, 40) und z.B. die Pflicht zur Durchnummerierung der Geschäftsanteile verdeutlicht wird.

Richtig ist auch, dass diese Gesellschafterliste vom Geschäftsführer der Gesellschaft einzureichen ist, zumal in den häufigsten Fällen der Änderung der Zusam-

mensetzung der Gesellschafter dies (noch) durch notarielle Beurkundung (§ 15 Abs. 3) nachgewiesen und durch entsprechende Einreichung vollzogen wird. Was bleibt, sind die Fälle des sonstigen Gesellschafterwechsels, an denen kein Notar beteiligt ist. Dem Missbrauch durch beliebige Dritte infolge des jüngst eingeführten elektronischen Verfahrens ist durch das Gesetz über die Rahmenbedingungen für die elektronische Signatur und die dort vorgesehene Identifizierungspflicht vorgebeugt. Dessen Beachtung scheint schon deshalb zwingend notwendig, weil an die Gesellschafterliste künftig der gutgläubige Erwerb des § 16 Abs. 3 geknüpft ist. Dieser kann zu Rechtsverlust führen. Ein solcher sollte nur auf der Grundlage gesicherter Feststellungen erfolgen. Auch dass § 40 auf die „Wirksamkeit“ der Veränderung abstellt überzeugt nicht. Denn diese Wirksamkeit kann vom Geschäftsführer oftmals eindeutig nicht festgestellt werden. Zudem können insbesondere bei Fremdgeschäftsführung Interessen der Gesellschafter (z. B. Offenlegung der Übertragungsvereinbarung) entgegenstehen.

§ 40 Abs. 3 gewährt dem geschädigten Gesellschafter einen Anspruch gegen den schlampigen Geschäftsführer. Die Haftung des „schlampigen Notars“ richtet sich nach den allgemeinen - eingeschränkten - Grundsätzen, die gesellschaftsrechtlich wohl nicht ausreichen.

#### 4. Abschied von der Sitztheorie:

Die §§ 4a, 10 setzen die europarechtliche Vorgabe aus der Richtlinie über die Niederlassungsfreiheit um. Der Verwaltungssitz der Gesellschaft muss nicht mehr notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmen, weshalb die Gesellschaft ihre operative Tätigkeit künftig auch ausschließlich im Rahmen einer Niederlassung außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes entfalten kann. Die Pflicht zur Anmeldung im Inland entfällt dadurch selbstverständlich nicht. Zweckmäßig wird diese Regelung komplettiert durch die Regelung über den Zustellungsbevollmächtigten (§ 10 Abs. 2) und die korrespondierenden Bestimmungen in den §§ 13 ff. HGB. Die Praxis begrüßt die Verfahrenserleichterung durch die Neuschaffung des § 15a HGB und die Ergänzungen zu § 35 GmbHG, mit denen klargestellt wird, an wen Zustellungen erfolgen und gegenüber wem Erklärungen abgegeben werden können, wenn kein Geschäftsführer mehr bestellt ist.

## **II. Änderungen hinsichtlich des Gläubigerschutzes**

### 1. Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung:

Die Neufassung des § 6 Abs. 2 konkretisiert die Ausschlussgründe, aufgrund derer ein Geschäftsführer zur Übernahme dieses Amtes nicht geeignet ist. Die in der Diskussion zusätzlich genannten allgemeinen Straftatbestände der §§ 263 bis 264a StGB oder §§ 265b bis 266a StGB dürften schon dadurch erfasst sein, dass im Fall einer mit der Geschäftsführungstätigkeit verbundenen Straftat ein Berufsverbot ausgesprochen wird und der Ausschlussgrund des § 6 Abs. 2 Ziff. 2 eingreift.

Ergänzt wird diese neue Inkompatibilitätsregelung durch die Erweiterung der Haftung der Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter, die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge haben mussten, es sei denn, dass dies aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers nicht erkennbar war (§ 64 S. 3). Diese Ausweitung ist beträchtlich, weil auch die diesbezügliche Beweislast beim Geschäftsführer liegt. In Fällen der Insolvenz werden sie diesen Entlastungsbeweis nur schwer führen können. Hierdurch wird der Gesellschaftsgläubiger zusätzlich gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern geschützt. Dieser Schutz geht weiter als der bisherige Schutz der Erhaltung des Stammkapitals; denn Anknüpfungsmoment ist nicht das Stammkapital, sondern schon die Zahlungsunfähigkeit. Dies ist nur folgerichtig, wenn man das Stammkapital herabsetzt (§ 5 Abs. 1) oder auf eine Bestimmung seiner Höhe gänzlich verzichtet (§ 5a). Erweitert wird auch die Haftung der Gesellschafter zunächst formal dadurch, dass für den Fall der legal definierten Führungslosigkeit der Gesellschaft jeder einzelne Gesellschafter ersatzweise zum Empfangsvertreter für die Gesellschaft wird (§ 35 Abs. 1). Folgerichtig ist, dass dies gemäß § 52 für etwaige Aufsichtsratsmitglieder entsprechend gilt. Systematisch sollte allerdings eine Konkretisierung erfolgen. Denn der neue Satz 2 des § 35 stellt auf die „Mitglieder des Aufsichtsrats“, mithin auf jedes einzelne Mitglied ab; die Parallelvorschrift des § 78 Abs. 1 AktG dagegen auf „den Aufsichtsrat“, also auf das Organ. Dies sollte vereinheitlicht werden. Praktisch wird der Gläubiger gut beraten sein, an alle potentiell passiv Vertretungsberechtigten zuzustellen, weil er oft nicht sicher sein wird, ob die Gesellschaft noch einen Geschäftsführer hat oder nicht. Vereinfacht wird ferner das Verfahren des Zugangs von Willenserklärungen sowie für Zustellungen an die Vertreter der Gesellschaft durch die Neufassung des § 35 Abs. 2 S. 3. Dies erleichtert die Durchsetzung der Gläubigerrechte. Komplettiert wird diese erweiterte Gesellschafterhaftung durch die Neuschaffung des § 15a InsO, dessen Abs. 3 die Ersatzzuständigkeit der Gesellschafter zur Stellung eines Insolvenzantrages bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung schafft. Diese Pflicht trifft

die Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft und ist durch die Abs. 4 und 5 der genannten Vorschrift sanktioniert. Bezüglich der Unternehmergesellschaft kann auf oben I. 2. b) verwiesen werden.

## 2. Cash-Pooling:

Mit der Neuregelung des § 30 Abs. 1 S. 3 kehrt der Gesetzgeber zur sog. bilanziellen Betrachtungsweise zurück, wonach es bei dem Zahlungsverkehr zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft auf das Vollwertigkeits- und Deckungsgebot ankommt. Bei einer Leistung der Gesellschaft, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt wird, wird ausschließlich ein Aktivtausch vorgenommen. Spätere, nicht vorhersehbare negative Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter und bilanzielle Abwertungen führen nicht nachträglich zu einer verbotenen Auszahlung; es kann ggf. ein Sorgfaltspflichtverstoß des Geschäftsführers gegeben sein, weil er diese Forderung bestehen ließ, obwohl er sie hätte einfordern können. Spätere Abwertungen können auch zur Verlustanzeigespflicht nach § 49 Abs. 3 führen. Diese Neuregelung ist praxisgerecht, nachvollziehbar und stellt klar, dass und unter welchen Voraussetzungen Darlehen und andere Leistungen mit Kreditcharakter durch die GmbH an Gesellschafter im allgemeinen und in der Konzernstruktur zulässig sind. Insoweit ist die Abkehr vom Kapitalerhaltungsprinzip in den genannten engen Grenzen vertretbar.

Das von der Rechtsprechung entwickelte kapitaleretzende Darlehen wird abgeschafft, §§ 32a und b konsequenterweise gestrichen. § 30 ist nicht auf die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen anwendbar. Stattdessen ist maßgeblich die Insolvenz und nicht mehr die „Krise“. Ausnahmslos sind Rückzahlungen binnen Jahresfrist vor der Insolvenzantragstellung anfechtbar (§§ 135, 143 Abs. 3; §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, 44a InsO). Dies mag im Einzelfall mit Härte verbunden sein, z.B. wenn die Heuschrecke das erworbene Unternehmen nach 11 Monaten in die Insolvenz führt, wovon auch das Darlehen des Verkäufers betroffen ist. Die Regelung ist klar und konsequent und deshalb zu begrüßen.

Wünschenswert wäre eine Klarstellung dahingehend, dass im Rahmen des Cash-Poolings die einzelnen Buchungsvorgänge nicht miteinander aufaddiert werden, sondern lediglich der höchste Saldo innerhalb der Anfechtungsfrist als Höchstbetrag der Gesellschafterdarlehen angesehen wird.

## **III. Ergebnis**

Zusammengefasst erhöht der Entwurf die Attraktivität der Rechtsform der GmbH, verbessert trotz der Herabsetzung des Stammkapitals den Gläubigerschutz und stei-

gert insbesondere durch die Praxisorientierung formaler Regelungen (§§ 10 GmbHG, 15a HGB, 185 ZPO) die Transparenz.

\* \* \*