

SCHRIFTLICHE STELLUNGNAHME FÜR DIE ANHÖRUNG IM RECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN BUNDESTAGES AM 23.1.2008 ZUM MOMIG (Kurzfassung mit Zahlenmaterial ist im Anschluss beigefügt)

von Dr. Peter Ries, Richter am Amtsgericht Charlottenburg (Handelsregister),
Professor an der FHVR, Berlin

Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („MoMiG“) enthält einige für die Praxis der Registergerichte wertvolle Änderungen (wie z.B. Verzicht auf öffentlich rechtliche Genehmigungen, Erweiterung der Disqualifizierungstatbestände bei Geschäftsführern, Ersatzzuständigkeit von Gesellschaftern, Zustellungserleichterungen), aber allerdings auch einige problematische Änderungsvorschläge, die hier allein Gegenstand dieser Stellungnahme sind.

1. GmbH-Gründung und Gesellschafterbeschlüsse ohne notarielle Beurkundung

Nach § 2 Absatz 1a GmbHG-neu soll der Gesellschaftsvertrag einer GmbH nicht mehr notariell zu beurkunden sein, wenn höchstens drei Gesellschafter, egal ob natürliche oder juristische Person, und ein Geschäftsführer vorhanden sind¹ und ein standardisiertes Muster für den Gesellschaftsvertrag (optional auch für die Anmeldung, den Geschäftsführerbestellungsbeschluss und die Gesellschafterliste) verwendet wird. In diesem Fall sollen dann nur noch die Unterschriften der Gesellschafter unter dem Gesellschaftsvertrag zu beglaubigen sein, wobei die Unterlagen dann immer noch vom Notar elektronisch beim Handelsregister eingereicht werden müssen².

Im Regierungsentwurf fallen mehrere Unklarheiten im Gesellschaftsvertragsmuster auf:

¹Gegen juristische Personen und Mehrpersonengründungen *Karsten* GmbHR 2007, 964 mit dem Argument, dass erleichterte GmbH-Gründungen mit Mustergesellschaftsvertrag nur für einfache Standardfälle möglich sein sollen; ähnlich auch *Beyer/Hoffmann/Schmidt* GmbHR 2007, 958.

²Der Bundesrat sieht keine Verpflichtung der Notare zur Einreichung, Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 BR-Drs. 354/07, S. 2, 3; anders die Gegenäußerung der Bundesregierung zu dieser Stellungnahme, S. 2.

Unter Rdnr. 18 zum Muster für den Gesellschaftsvertrag³ muss es heißen, dass der Gesellschaftsvertrag (nicht die Anmeldung) von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen ist.

Der im Vertragsmuster vorgesehene Gegenstand des Unternehmens darf alternativ (nicht kumulativ⁴) den Handel mit Waren, die Produktion von Waren oder Dienstleistungen umfassen. Dies ist nach derzeitiger Rechtsprechung zu allgemein⁵ und genügt nicht dem Informationsbedürfnis des Geschäfts- und Rechtsverkehrs (vgl. BayObLG GmbHR 2003, 414). Im Übrigen schließen die vorgeschlagenen allgemeinen Gegenstandsbegriffe nicht aus, dass die Gesellschaft gesetzes- oder sittenwidrige Tätigkeiten ausübt. Soll eine Gesellschaft, die Menschenhandel (Dienstleistung), Prostitution (Dienstleistung) oder Verbreitung von Massenvernichtungswaffen (Handel mit Waren) zum Gegenstand hat, ohne weiteres in das Handelsregister eingetragen werden können oder sollte nicht wie bisher die Eintragung derartiger Kapitalgesellschaften abgelehnt werden können? Um eine Ablehnung der Eintragung zu ermöglichen, muss der Gegenstand präzisiert werden.

Das Wort "stets" in § 6 ist überflüssig, da es nur 1 Geschäftsführer gibt, der logischerweise nur allein vertreten kann. Im Übrigen ist § 6 bei Mehrpersonengesellschaften nicht sehr praxisnah. Meistens wollen bei mehreren Gesellschaftern beide oder alle drei Gesellschafter Geschäftsführer werden. Ob die Mitgesellschafter sich ohne rechtliche Beratung des Risikos bewusst sind, dass das Vertragsmuster in der standardisierten Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB schafft, erscheint fraglich.⁶

Die firmenrechtlichen Vorgaben in dem Muster für den Gesellschaftsvertrag sind unzureichend. Für die Unternehmergesellschaft (nachfolgend auch „UG“, dazu unter 2.) fehlt der Hinweis, dass der Zusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ ausreicht, vgl. § 5a Absatz 1 GmbHG-neu. Der Hinweis Rdnr. 2 zum Muster für den Gesellschaftsvertrag⁷ zur Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft und zur Irreführung ist zu ungenau. Was unter dem Begriff „Kennzeichnung“ und „Unterscheidungskraft“ im Sinne der § 18 Absatz 1, § 30 HGB genau zu verstehen ist, füllt inzwischen schon mehrere Seiten renommierter HGB-

³Regierungsentwurf zum MoMiG, S. 46.

⁴Dazu kritisch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins vom 5.9.2007 (nachfolgend „DAV“), S. 4.

⁵So auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 62. Es verblüfft, dass die Abkehr von dieser ganz herrschenden Meinung nicht im GmbHG selbst, sondern in einer Anlage geregelt wird.

⁶So auch *Heckschen* DSStR 2007, S. 1444; der Bundesrat schlägt sogar die Befreiung der Geschäftsführer als gesetzlichen Regelfall vor, BR-Drs. 354/07 vom 6.7.2007, S. 16.

⁷Regierungsentwurf zum MoMiG, S. 45 f.

Kommentare und kann nicht einfach in sechs dürren Zeilen abgehandelt werden. Gleiches gilt für die Irreführung. Der Wortlaut des § 18 Absatz 2 HGB stellt nicht (wie das Muster) auf jegliche Art von Irreführung ab, sondern verbietet nur Angaben, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen, wobei vor dem Registergericht die Eignung zur Irreführung nur berücksichtigt wird, wenn sie ersichtlich ist⁸.

§ 7 des Muster-Gesellschaftsvertrages sieht vor, dass die Gesellschaft Gründungskosten in Höhe von € 400.- übernehmen kann. Bei „kapitallosen“ Gesellschaften wie der „Unternehmergesellschaft“ (s. dazu unten) liegt damit schon von Anfang an ein Überschuldungstatbestand vor, der zwar wegen § 269 HGB nicht zur Insolvenzantragspflicht führt, aber bei weiteren Verlusten schnell zu dieser führt.⁹

Ganz so unkompliziert, wie die Begründung zum Regierungsentwurf des MoMiG (S. 60 ff) suggeriert, ist der Mustergesellschaftsvertrag doch nicht (s. die zahlreichen Hinweise zum Formular in der Regierungsbegründung, S. 45 ff, und meine obigen Anmerkungen¹⁰). Ob Laien mit dem Formular zu Recht kommen, erscheint fraglich. Insbesondere zur Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft und Irreführung von Firmen finden sich in der Registerpraxis die meisten Fehler. Ohne die Filterfunktion der Notare werden die Fehler und damit die Arbeit bei den Registergerichten zunehmen.¹¹ Zudem ist eine rechtliche Beratung bei Mehrpersonengesellschaften fast unumgänglich, um Gesellschafterstreitigkeiten vorzubeugen.¹² Schließlich zeigt sich in der Praxis, dass GmbH-Gründer derzeit sehr häufig Klauseln zur Vinkulierung, Einziehung und Beschlussfassung vorsehen¹³, die in dem Muster gerade nicht enthalten sind. Was sich die Gründer ohne rechtliche Beratung bei der Gründung sparen, werden sie bei späteren Gesellschafterstreitigkeiten doppelt und dreifach zahlen müssen.¹⁴ Auch der Bundesrat hält aus ähnlichen Erwägung die Verwendung der Mustersatzung für nicht zielführend.¹⁵

⁸Die Formulierung des § 18 Absatz 2 HGB ist für die von der Bundesregierung angesprochenen Laien, die ohne rechtliche Beratung eine UG gründen, sicherlich auf den ersten Blick verständlich!

⁹*Drygala NZG* 2007, S. 562 ff schlägt hier die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht vor, falls die Überschuldung nur aus den Gründungskosten resultiert oder eine positive Fortbestehensprognose besteht.

¹⁰Vgl. auch *Heckschen DStR* 2007, S. 1444, der zu Recht hier eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Gesetzgebers rügt; praxisfremd *Joost ZIP* 2007, 2243.

¹¹Anderer Meinung unter Verkennung der Rechtswirklichkeit *Karsten GmbH* 2007, 962, insbesondere zum komplizierten Firmenrecht, das auch den Kammern nicht immer vertraut ist.

¹²Vgl. auch *Römermann GmbH* 2007, R 193.

¹³*Beyer/Hoffmann/Schmidt GmbH* 2007, 955 ff.

¹⁴Das sieht die Bundesregierung offenbar ähnlich, vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 60.

¹⁵Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007, BR-Drs. 354/07, S. 1 ff; auf die Einführung des Muster-Gesellschaftsvertrages aber beharrend, weil dies – so die lapidare und inhaltlich wenig überzeugende, dafür aber

Auch bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages soll für den Beschluss auf die notarielle Beurkundung verzichtet werden, wenn es weiter nur drei Gesellschafter gibt und nur die Firma geändert oder ein anderer Gegenstand aus dem Mustervertrag ausgewählt wird, der Sitz verlegt wird oder eine Kapitalerhöhung (der Gesetzesentwurf spricht allerdings nur von „Änderung“; nur aus der Begründung, S. 109 kann erahnt werden, dass Kapitalherabsetzungen nicht gemeint sind) beschlossen wird, § 53 Absatz 2 Satz 2 GmbHG-neu. Dass diese Erleichterung gerade bei der Änderung der Firma problematisch ist, wurde oben bereits erläutert. Erst recht gilt dies für Kapitalerhöhungen, die rechtlich unter Umständen schwierig sind. Zwar wird die Sachkapitalerhöhung von der Privilegierung ausgeschlossen. Barerhöhungen und Erhöhungen aus Gesellschaftsmitteln, die rechtlich auch schwierig sein können, fallen aber unter den Wortlaut der neuen Vorschrift. Für die Barerhöhung sei hier exemplarisch das Problem erwähnt, dass die Gesellschafter einer „Unternehmergesellschaft“ (s. unten) nur ihre Geschäftsanteile aufstocken und ohne Notar keine neuen Geschäftsanteile (für einen vierten Gesellschafter) bilden können, was vielen Laien unbekannt sein dürfte.¹⁶ Im Übrigen wird der Notar für die Bescheinigung nach § 54 Absatz 1 Satz 2, die Beglaubigung evtl. Übernahmeerklärungen und der Anmeldung und die elektronische Einreichung der Unterlagen immer noch benötigt.

entlarvende Begründung - den „Forderungen der Wirtschaft entspricht“ die Gegenäußerung der Bundesregierung zur vorgenannten Stellungnahme, S. 1.

¹⁶Bormann GmbHR 2007, S. 903.

2. Unternehmergesellschaft

Der Einführung einer völlig neuen Rechtsform¹⁷ wird im MoMiG zwar eine Absage erteilt. Allerdings soll in § 5a GmbHG-neu als GmbH-Variante die sogenannte Unternehmergesellschaft (nachfolgend auch „UG“) ein. Die UG soll dabei nur für die Gründung zur Verfügung stehen; eine Umwandlung einer „regulären“ GmbH in eine UG (z. B. durch Kapitalherabsetzung) soll nicht möglich sein.¹⁸

Die UG soll mit einem Mindestkapital von 1 € (§ 5a Absatz 1 GmbHG-neu) und bei Verwendung des Mustergesellschaftsvertrages ohne notarielle Beurkundung (vgl. § 2 Absatz 1a GmbHG-neu, s.o.) gegründet werden können. Gerade Gründer mit wenig Startkapital werden diesen problematischen (s.o. und gleich unten zum Mindestkapital) Weg gehen, um Kosten zu sparen.

Die Firma soll den Zusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen, § 5a Absatz 1 GmbHG-neu. Ob der Zusatz „haftungsbeschränkt“ dem Rechtsverkehr viel hilft, bleibt zweifelhaft. Natürlich ist nicht die Haftung der Unternehmergesellschaft beschränkt, sondern nur deren Haftungsmasse.¹⁹ Der Umfang dieser Haftungsmasse ist aber keine feste Größe. Zielführender wäre der Rechtsformzusatz „GmbH (ohne Mindestkapital. bzw. o.M.)“ wie ihn der Bundesrat vorschlägt.²⁰ Missverständlich wäre die Bezeichnung „Gründer GmbH“²¹, da jede GmbH von Gründern gegründet wird.

Bei der UG soll das Stammkapital in voller Höhe geleistet werden müssen; eine Sacheinlage ist weder bei der Gründung der UG noch bei späteren Kapitalerhöhungen möglich, § 5a Absatz 2 GmbHG-neu.²² Evtl. Gewinne sind zu ¼ solange zu thesaurieren, bis das Mindestkapital von € 10.000.- erreicht ist, § 5a Absätze 3 und 5 GmbHG. Dadurch soll eine vernünftige Kapitalausstattung erreicht werden.²³ Ob dieses Ziel so erreicht werden kann, erscheint zweifelhaft, da zu erwarten ist, dass die Gesellschafter, die meistens gleichzeitig auch Geschäftsführer sind, den Gewinn durch die

¹⁷Vgl. z. B. *Lutter* BB-Spezial Nr. 7/2006, S. 2 „Unternehmergesellschaft“; *Schall/Westhoff* GmbHR 2004, R 381 und GmbHR 2005, R 357 „Unternehmensgründergesellschaft“.

¹⁸*Seibert* GmbHR 2007, S. 675; *Bormann* GmbHR 2007, S. 898; kritisch hierzu *Veil* GmbHR 2007, 1084.

¹⁹Vgl. auch *Veil* GmbHR 2007, 1084.

²⁰Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 BR-Drs. 354/07, S. 4f; anders die Gegenäußerung der Bundesregierung zu dieser Stellungnahme, S. 3.

²¹So der Vorschlag des DAV, S. 9.

²²*Bormann* GmbHR 2007, S. 901.

²³*Breitenstein/Meyding* BB 2007, 1457; *Seibert* GmbHR 2007, S. 676; DAV, S. 10 schlägt einen Zwang zur Umwandlung der Rücklage vor, wenn diese den Betrag von €25.000.- übersteigen..

Gehaltszahlungen an die Geschäftsführer steuern können²⁴, worauf der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung sogar ausdrücklich hinweist²⁵. Auch nicht recht einsehbar ist, warum bei einer UG-Gründung mit einem Stammkapital von € 9.000.- alles, bei einer GmbH-Gründung mit einem Stammkapital von €10.000.- aber nur €5.000.- eingezahlt werden müssen.²⁶ Nach § 5a Absatz 4 GmbHG-neu muss abweichend von § 49 Absatz 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit, nicht aber bei Verlust des hälftigen Stammkapitals unverzüglich einberufen werden. Zu Recht hat der Bundesrat²⁷ die Abschaffung dieses Einberufungsgrundes bei der UG kritisiert, weil diese Differenzierung zwischen der GmbH mit einem Stammkapital von €10.000.- und einer UG mit einem Stammkapital von €9.000.- nicht einsehbar ist. Die Bundesregierung will aber bewusst keinen zusätzlichen sondern nur einen alternativen Einberufungsgrund einführen, weil Existenzgründer, die die UG wählen, nicht zusätzlich belastet werden sollen.²⁸ An den Schutz der Gläubiger dieser UG wird nicht gedacht.

Ob die Einführung der UG ohne Mindestkapital wirtschaftlich und aus Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes sinnvoll ist, darf bezweifelt werden. Hierzu die nachfolgenden Ausführungen zur Reduzierung des Stammkapitals bei der „normalen“ GmbH.

²⁴So auch *Veil* GmbHHR 2007, 1083; *Bormann* GmbHHR 2007, S. 899; *Römermann* GmbHHR 2007, R 193 und *Kleindiek* BB 2007 Heft 27, S. I; vgl. auch BR-Drs. 354/07 vom 6.7.2007, S. 8, in der zusätzlich auf den zweifelhaften wirtschaftlichen Sinn der Thesaurierung in der Anlaufphase hinweist.

²⁵Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 72.

²⁶Vgl. auch *Joost* ZIP 2007, 2244.

²⁷Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 BR-Drs. 354/07, S. 7.

²⁸Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, S. 4; vgl. dazu auch *Joost* ZIP 2007, 2247f.

3. Herabsetzung des Stammkapitals, Erleichterungen bezüglich Einzahlung

Die Neufassung des § 5 GmbHG sieht ein Mindeststammkapital von 10.000.- Euro. Dieses soll nach der Neufassung des § 7 Absatz 2 GmbHG bis zur Eintragung auch dann nur zur Hälfte eingezahlt sein, wenn es sich um eine Ein-Mann-GmbH handelt. Das Registergericht soll nur bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherungen zu den gezahlten Einlagen einen Einzahlungsnachweis verlangen können, § 8 Absatz 2 Satz 3 GmbHG-neu. Zweck dieser Reform ist es, die Kapitalaufbringung zu erleichtern²⁹, Ein-Mann-Gründungen zu vereinfachen³⁰ und erhebliche Verzögerungen durch den Nachweis der Einzahlungen zu vermeiden³¹. Mit den 10.000.- € befinde sich man im europäischen Vergleich in angemessenen Rahmen, würde aber immerhin eine gewisse „Seriositätsschwelle“ beibehalten.³² Für die UG soll nach § 5a Absatz 1 GmbHG-neu sogar ein Mindestkapital von 1 € ausreichen.

Niemeyer hat nachgewiesen, dass man mit 10.000.- € relativ gesehen im unteren Mittelfeld der europäischen GmbH steht.³³ Immerhin wird durch die 10.000.- Euro eine gewisse Schwelle eingezogen, die allzu wagemutige Gründer vor der Gründung einer GmbH abschreckt.

Ist die weitere Herabsetzung des Stammkapitals bzw. der gänzliche Verzicht auf das Stammkapital³⁴ sinnvoll und wird dadurch die GmbH noch attraktiver für Gründer gemacht, da dadurch ein gewisser Schutz im Fall des Scheiterns erreicht worden wäre? Dazu ist zunächst anzumerken, dass es keinem Gründer verboten ist, sein Unternehmen auch in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens zu betreiben. Tausende von Arztpraxen, Anwaltssozialitäten und Hunderttausende von Einzelunternehmen machen uns das täglich vor. Und ist das Übernehmen eines gewissen Risikos nicht unserem Wirtschaftssystem, das ja auch Chancen eröffnet, immanent, während der Schutz vor wirtschaftlichem Scheitern, i.e. Verlust des Stammkapitals bzw. persönliche Haftung, eher bei

²⁹Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 66.

³⁰Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 76.

³¹Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 79.

³²Begründung des Regierungsentwurfs zum MoMiG, S. 66.

³³Niemeyer ZIP 2006, S. 2248; für Beibehaltung der €25.000.-, falls daneben €1 UG DAV, S. 7.

³⁴Vgl. Vorschläge bei Grunewald/Noack GmbH 2005, S. 189; Haas DStR 2006, S. 993; Triebel/Otte ZIP 2006, S. 311, 312; dagegen für Erhöhung des bisherigen Stammkapitals Priester DB 2005, S. 1315, 1317; Altmeyen NJW 2005, S. 1911, 1912; Kleindiek DStR 2005, S. 1366, 1368; für Beibehaltung der €25.000 Büchel GmbH 2007, 1065; gegen Herabsetzung unter €10.000 Karsten GmbH 2007, 959.

Planwirtschaften anzutreffen ist.³⁵ Auch das Argument, durch die Herabsetzung bzw. Abschaffung des Stammkapitals würden Arbeitsplätze geschaffen, geht fehl. Das Gegenteil ist der Fall. „Unseriöse“ Gründer, die vermehrt in die (Ein-Personen) Limited oder in Zukunft in die UG (mit einem Arbeitsplatz) flüchten, vernichten eher Arbeitsplätze bei ihren Lieferanten, wenn die Limited, wie leider oft zu beobachten, oder in Zukunft die UG in die Insolvenz geht und ihre Schulden nicht bezahlen kann. Das konterkariert geradezu den im Gesetzestitel genannten Zweck des Gesetzes, nämlich die Bekämpfung von Missbräuchen.³⁶ Im Übrigen fragt man sich schon, wie eine kapitallose Gesellschaft (auch im Dienstleistungssektor) Arbeitnehmer, Miete, Computer etc. überhaupt bezahlen will. Schließlich steht bei vermögenslosen Gesellschaften auch die Drohung der Amtslöschung nach § 141a FGG, den der Gesetzgeber nicht angetastet hat, im Raum.

Wenn man schon dem angelsächsischen Rechtssystemen folgen will, sollte man auch deren Schutzmechanismen für Gläubiger vorsehen, und zwar in Form von strengen Buchführungsvorschriften, zivil- und strafrechtlicher Haftung von Organen und Gesellschaftern und strengen Disqualifizierungsvorschriften.³⁷

Schließlich fördert die gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals nicht gerade den Ruf einer Gesellschaftsform³⁸, was jeder Gründer einer Limited nach Gesprächen mit seiner Bank oder seinen Lieferanten bestätigen wird und auch bei der französischen Ein-Euro-SARL (die von deutschen Gründern gerade nicht gewählt wird) zu beobachten ist.³⁹

Durch den Verzicht auf die Volleinzahlung und den Nachweis von Sicherheiten vor der Eintragung sollen Ein-Mann-Gründungen weniger kompliziert werden. Was nach alter Rechtslage bei der Ein-Mann-Gründung kompliziert gewesen sein soll, ist nicht klar. Die Überweisung des gesamten Stammkapitals ist nicht „kompliziert“ sondern höchstens (finanziell) schmerzhaft, aber aus Gläubigerschutz und als Korrelat zur Haftungsbegrenzung des Gesellschafters erforderlich; der Nachweis einer Bürgschaft einer Bank ist in der Praxis ohne Probleme möglich, sofern Bonität (und kein „Missbrauch“!) vorliegt⁴⁰.

³⁵ Ähnlich auch unter Hinweis auf die Verbindung von finanziellem Engagement einerseits und Privileg der Haftungsbeschränkung andererseits *Römermann GmbH* 2007, R 193 und *Kleindiek* BB 2007, Heft 27 S. I.

³⁶ So auch BR-Drs. 354/07 vom 6.7.2007, S. 7f.

³⁷ So auch BR-Drs. 354/07 vom 6.7.2007, S. 8.

³⁸ So auch *Heckschen* NotBZ 2006, S. 382.

³⁹ *Breitenstein/Meyding* BB 2006, S. 1457, 1462.

⁴⁰ So auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 BR-Drs. 354/07, S. 12f; anders die Gegenäußerung der Bundesregierung zu dieser Stellungnahme, S. 7.

Der weitestgehende Verzicht auf die Vorlage von Einzahlungsnachweisen soll erhebliche Verzögerungen im Eintragungsverfahren vermeiden. In der Praxis gibt es auch bei Vorlage von Einzahlungsnachweisen keine Verzögerungen. Die meisten deutschen Banken machen Konten für GmbH i.G. auf und stellen auch Einzahlungsbelege sofort zur Verfügung. Wann nun „erhebliche Zweifel“ an der Leistung der Einlagen bestehen, lässt der Gesetzgeber offen. Reicht, wie bisher in der Registerpraxis üblich, die Notierung des Gesellschafters im Schuldnerverzeichnis oder ein Wohnsitz des Gesellschafters außerhalb des Geltungsbereichs des EuGVÜ? Die Praxis wird im Zweifel aus Sicherheitsgründen weiter Einzahlungsbelege vorlegen.⁴¹

⁴¹Breitenstein/Meyding BB 2007, S. 1458.

4. Hin- und Herzahlen, verdeckte Sacheinlage

Der Regierungsentwurf zum MoMiG sieht zusätzlich noch zum Referentenentwurf vor, dass vom Inferenten vereinbarungsgemäß geleistete Zahlungen an die Gesellschaft, die nach der Einzahlung vereinbarungsgemäß wieder zurückgewährt werden, trotzdem schuldbeitreitend sein sollen, wenn⁴² ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch besteht, § 8 Absatz 2 Satz 2 GmbHG-neu. Das von der Rechtsprechung verbotene „Hin- und Herzahlen“ soll also erlaubt werden, was insbesondere Bedeutung für das cash pooling hat. Dieser Schwenk zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ ist an sich begrüßenswert, führt aber bei der Gründung dazu, dass das eingezahlte Kapital so nicht zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführung steht; die entsprechende Versicherung nach § 8 Absatz 2 GmbHG wäre demnach entbehrlich.⁴³ Auch ist zu beachten, dass die bislang durch §§ 16, 19 Absatz 2, 22 und 24 GmbHG stark gesicherte Forderung durch die Gesetzesneufassung von einer schwachen schuldrechtlichen Forderung ersetzt wird.⁴⁴ Auch ist unklar, wer die Beweislast für die Vollwertigkeit des Anspruchs trägt.⁴⁵ Schließlich werden Fälle, in denen keine Gleichwertigkeit vorliegt, weiter nach den Rechtsprechungsregeln gelöst, was gewiss keine Vereinfachung ist.⁴⁶

Auch bei den verdeckten Sacheinlagen geht der Regierungsentwurf einen großen Schritt weiter. Nach der Neufassung des § 19 Absatz 4 GmbHG soll die verdeckte Sacheinlage schuldbeitreitend sein, soweit sie zum Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der effektiven Überlassung der Sache, falls diese später als die Anmeldung erfolgt, den Wert der übernommenen Einlage erreicht. Es soll also nicht mehr von der Nichterfüllung der Bareinzahlungsverpflichtung ausgegangen werden, sondern nur ein Differenzhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen den Inferenten vorgesehen sein, wobei Letzterer beweisen muss, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage dem Betrag der übernommenen Einlage

⁴²Der Bundesrat empfiehlt in seiner Stellungnahme hier statt des Wortes „wenn“ zu Recht das Wort „soweit“, BR-Drs. 354/07 vom 6.7.2007, S. 13f; für „Alles-oder-Nichts“-Lösung die Gegenäußerung der Bundesregierung zu dieser Stellungnahme, S. 8.

⁴³Kritisch auch *Heckschen* DStR 2007, 1447 und *Büchel* GmbHR 2007, 1068; kritisch zur gesetzlichen Zulassung des cash-pooling *Goette* im Handelsblatt vom 8.6.2007, der dies als „Nichtanwendungsgesetz zugunsten von Konzernen“ bezeichnet; weitergehend *Drygala* NZG 2007, 564 f, der anstatt der Kodifizierung des „Hin- und Herzahlens“ die gesetzliche Zulassung des Darlehensrückzahlungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Gesellschafter als Sacheinlage vorschlägt; ähnlich auch *Bormann* GmbHR 2007, 903 und *Joost* ZIP 2007, 2245.

⁴⁴*Bormann* GmbHR 2007, S. 902f.

⁴⁵*Büchel* GmbHR 2007, 1068.

⁴⁶*Büchel* GmbHR 2007, 1068.

entspricht.⁴⁷ Ein sachgerechter Ausgleich für die Nichteinhaltung der Sacheinlagevorschriften ist dieser Binnenhaftungsanspruch nicht, da in der Regel die GmbH selbst diesen Anspruch vor der Insolvenz nicht geltend machen wird und Gläubiger diesen Anspruch nicht kennen. Zu Recht wird gerügt, dass nach der Gesetzesfassung für Gesellschafter kein Anlass mehr besteht, sich an die Sacheinlagevorschriften zu halten, weil die gesetzeswidrig handelnden Gesellschafter – selbst wenn sie vorsätzlich handeln – genauso behandelt werden wie die gesetzentreu handelnden.⁴⁸

§ 19 Absatz 4 GmbHG-neu soll nach § 3 Absatz 4 EGGmbHG-neu auch für Altfälle gelten, in denen nach bisheriger Rechtsprechung bei verdeckten Sacheinlagen die Unwirksamkeit der Einlageleistung angenommen wurde. Dies führt zu einem nachträglichen Wegfall der nach bisheriger Rechtsprechung bestehenden gegenseitigen Ansprüche. Ob eine solche Rückwirkung möglich ist, erscheint fraglich.⁴⁹

Übersehen hat man eine Regelung zur verdeckten Sacheinlage bei der UG und bei der durch Mustersatzung gegründeten GmbH. Nach § 5a Absatz 2 Satz 2 GmbHG-neu und der Mustersatzung ist eine Sacheinlage in den vorgenannten Fällen unzulässig. Soll nun § 19 Absatz 4 GmbHG-neu bei verdeckten Sacheinlagen in den vorgenannten Fällen gelten? Verneinen ließe sich diese Frage nur, wenn man § 19 Absatz 4 GmbHG-neu nur auf die Fälle anwendet, in denen eine Sacheinlage überhaupt zulässig wäre.⁵⁰

⁴⁷Kritisch hierzu wegen der Umgehungsmöglichkeiten *Römermann* GmbHHR 2007, R 194.

⁴⁸*Büchel* GmbHHR 2007, 1070.

⁴⁹*Bormann* GmbHHR 2007, 900f.

⁵⁰*Bormann* GmbHHR 2007, 901 und *Joost* ZIP 2007, 2244.

5. Geschäftsanteile

a. Stückelung

Durch die Änderung des § 5 GmbHG sollen 1-Euro-Anteile und die Übernahme mehrerer Anteile zugelassen werden. Damit sollen unter anderem die Teilbarkeit von Anteilen erleichtert werden⁵¹ und Fehlerquellen ausgeschlossen werden⁵². Weiter soll die Nummerierung der Anteile erforderlich sein, § 8 Absatz 1 Nr. 3 GmbHG-neu, § 40 Absatz 1 Satz 1 GmbHG-neu. Dies soll verhindern, dass die Beteiligungsverhältnisse unübersichtlich werden und bei Abtretungen der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verletzt wird. Dazu reicht m.E. die Nummerierung in der Gesellschafterliste nicht aus, da die Gesellschafterliste nur eine Wissenserklärung ist. Die Nummerierung müsste schon in der sachenrechtlich relevanten Übernahmeerklärung vorgenommen werden.

Die Neuregelung baut Hürden für Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln auf. Wenn nämlich wegen § 57 1 Absatz 2 Satz 2 GmbHG die Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages des Geschäftsanteils durchgeführt werden muss, führt die Existenz von Anteilen zu je 1 Euro wegen § 5 Absatz 2 GmbHG-neu dazu, dass immer um 100 % oder um ein ganzzahliges Vielfaches hiervon erhöht werden muss, wenn nicht zuvor eine Zusammenlegung von (nicht voll eingezahlten) Anteilen erfolgen kann. Letzteres ist aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.⁵³ Insbesondere ist die Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteile zusammengelegt werden sollen, erforderlich. Ohne dessen Zustimmung scheitert die Zusammenlegung.

⁵¹Begründung Referentenentwurf, S. 40.

⁵²Seibert ZIP 2006, 1157, 1159.

⁵³Winter/Löbbe Großkommentar GmbHG, 1. A., § 571, Rn. 286 ff.

b. Gutgläubiger Erwerb

Die Neufassung des § 16 GmbHG soll einen gutgläubigen (rechtsgeschäftlichen) Erwerb von Geschäftsanteilen⁵⁴ vom Nichtberechtigten nach einer Wartezeit von drei Jahren mit gutem Glauben an die beim Handelsregister aufgenommene (mindestens drei Jahre unrichtige) Gesellschafterliste⁵⁵ (wobei die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zurechenbar sein darf⁵⁶) ermöglichen, wobei der gute Glaube aber nach der Neufassung des § 16 GmbHG durch eine anders lautende Gesellschafterliste, einen Widerspruch gegen die Liste oder durch positive Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers von der mangelnden Berechtigung zerstört werden kann. Durch diese Neuregelung soll die bislang bestehende Unsicherheit an der Berechtigung am Geschäftsanteil beseitigt werden.⁵⁷ Inkrafttreten kann diese Regelung allerdings erst dann, wenn die Zuordnung des Widerspruchs zur insoweit unrichtigen Gesellschafterliste technisch möglich ist, was derzeit nicht der Fall ist.⁵⁸

Hier beschreitet man Neuland. Bislang knüpfte das deutsche Recht einen gutgläubigen Erwerb entweder an den Besitz (§ 932 BGB) oder an die Eintragung im von den Gerichten geführten Grundbuch (§ 892 BGB). Ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen und Rechten war bislang unbekannt. Bezüglich der Geschäftsanteile wird der gutgläubige Erwerb (nur) an die drei Jahre unwidersprochenen Angaben in der Gesellschafterliste geknüpft. Der gutgläubige Erwerb soll allerdings ausgeschlossen sein, wenn der Erwerber die mangelnde Berechtigung des Veräußerers kannte oder grob fahrlässig nicht kannte.

Die Neuregelung ist problematisch. Schon die Anknüpfung an die Gesellschafterliste ist bedenklich. Die Gesellschafterliste wird oft von den (angeblichen) Geschäftsführern gefertigt (und nicht von öffentlichen Stellen)⁵⁹ und sie wird nach § 12 Absatz 2 HGB als

⁵⁴ Auch der gute Glaube an die in der Gesellschafterliste enthaltenen Stückelung der Anteile soll geschützt sein, vgl. *Böttcher/Blasche* NZG 2007 565 ff, nicht aber der gute Glaube an einen nicht bestehenden Anteil, *Vossius* DB 2007, 2300.

⁵⁵ *Schockemhoff/Höder* ZIP 2006, S. 1842.

⁵⁶ Zurechenbarkeit soll z.B. dann vorliegen, wenn der Berechtigte sich nicht um Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kümmert.

⁵⁷ Begründung Referentenentwurf, S. 50.

⁵⁸ Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 BR-Drs. 354/07, S. 30f und die Gegenäußerung der Bundesregierung zu dieser Stellungnahme, S. 18.

⁵⁹ Vgl. auch *Flesner* NZG 2006, S. 643.

einfache elektronische Aufzeichnung ohne Signatur zum Handelsregister eingereicht, was Streit über die Richtigkeit und Authentizität der Liste vorprogrammiert⁶⁰. Zwar sieht die Neufassung des § 40 GmbHG auch die Fertigung der Gesellschafterliste durch den Notar, der an der Übertragung eines Anteils mitwirkt, vor. Dieser übernimmt aber keine vollständige Gewähr für die Richtigkeit der Liste, sondern bestätigt nur, dass die geänderten Eintragungen in der Liste den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Mehr kann er auch nicht versichern. Wird die Liste z.B. im Erb- oder Einziehungsfall von den (angeblichen) Geschäftsführern erstellt, besteht schon keine Sicherheit, ob diese Geschäftsführer auch wirklich wirksam zum Geschäftsführer bestellt worden sind. Weiter ist oft fraglich, ob die Geschäftsführer auch wirklich wissen, was sie in die Gesellschafterliste schreiben. So ganz abwegig ist die Gefahr nicht, dass flächendeckend von kriminellen Personen Gesellschafterlisten eingereicht werden, die „falsche“ Gesellschafter ausweisen, und im Anschluss daran Geschäftsanteile an Gutgläubige veräußert werden.⁶¹

Durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs wird auch in unverhältnismäßigem Maße in die Satzungsautonomie der Gesellschafter eingegriffen, wenn die Eintragung in die Liste der Gesellschafter unter Missachtung von gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungsklauseln gemäß § 15 Absatz 5 GmbHG erfolgt ist. Diese haben entgegen § 137 Satz 1 BGB dingliche Wirkung.⁶² Die Neufassung des § 16 GmbHG stellt solche Klauseln in Frage. Liegt grobe Fahrlässigkeit, die den gutgläubigen Erwerb ausschließt, schon vor, wenn ein potenzieller Erwerber den Gesellschaftsvertrag nicht einsieht?⁶³

Unklar ist auch, was beim bedingten Erwerb von Anteilen passiert? Wenn der Notar erst bei Eintritt der Bedingung eine neue Liste

⁶⁰So auch *Peetz* GmbHR 2006, S. 860.

⁶¹So auch *Vossius* DB 2007, 2301; ähnlich kritisch, zumindest für Erb- und Einziehungsfälle, und als Kontrolle eine wenigstens öffentlich beglaubigte Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) fordernd der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 6.7.2007, BR-Drs. 354/07, S. 14f, 17; Antrag des Freistaat Bayern BR-Drs. 354/2/07 vom 4.7.2007; DAV, S. 22; *Heckschen* DStR 2007, 1450; gegen eine Beglaubigung die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur vorgenannten Stellungnahme des Bundesrats, S. 9, wo die Drei-Jahres-Frist als genügender Schutz angesehen wird.

⁶²*Winter/Löbbe* a.a.O., § 15 GmbHG, Rn 210; vgl. auch *Peetz* GmbHR 2006, 860, geht von der Zerstörung des guten Glaubens bei Bestehen von Vinkulierungsklauseln aus.

⁶³Vgl. dazu auch *Hamann* NZG 2007, S. 494; *Vossius* DB 2007, 2301.

einreichen muss, riskiert hier der anwartschaftsberechtigte bedingte Erwerber durch Zwischenverfügungen den Verlust seines Rechts.⁶⁴

Die Praxis rügt zu Recht auch, dass der lastenfreie gutgläubige Erwerb nicht möglich sein soll, obwohl Geschäftsanteile häufig verpfändet sind.⁶⁵ Weiter ist der Dreijahreszeitraum der Gutgläubigkeit zum einen zu lang⁶⁶ und hilft Erwerbern, die noch nicht drei Jahre gutgläubig sind, nichts, wenn der gute Glaube zerstört wird⁶⁷; zum anderen knüpft er an den Zeitpunkt der Unrichtigkeit der eingereichten Liste, der nur schwer verifizierbar ist, an, statt zur Vereinfachung den Zeitpunkt der Eintragung in die Gesellschafterliste als Anknüpfungspunkt zu nehmen.⁶⁸ Bei einer Verkürzung oder Abschaffung der Frist müsste bedacht werden, dass die wahren Berechtigten gegen kriminelle Machenschaften u.U. völlig schutzlos sind.

Dogmatisch sauberer wäre allemal, den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen entweder an den Besitz zu knüpfen, also Verbriefung der Anteile (ähnlich den share certificates im englischen Recht)⁶⁹, oder an eine (konstitutive) Eintragung der Gesellschafter im Handelsregister⁷⁰.

⁶⁴Hamann NZG 2007, S. 493.

⁶⁵Wulfetange BB-Spezial Nr. 7/2006, S. 22; Rau DStR 2006, S. 1898, 1899; Heckschen NotBZ 2006, S. 385; Noack DB 2006, S. 1478; Schockenhoff/Höder ZIP 2006, S. 1844; Hamann NZG 2007, S. 494.

⁶⁶Für Drei-Monats-Frist *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt* GmbHR 2006, S. 980; für sechs bzw. zwölf Monate HeckschenN otBZ 2006, S. 385 und Wulfetange BB-Special Nr. 7/2006, S. 22; für gar keine Wartefrist bei rechtsgeschäftlicher Übertragung Schockenhoff/Höder ZIP 2006, S. 1845.

⁶⁷Vgl. Schockenhoff/Höder ZIP 2006, S. 1843.

⁶⁸So auch Heckschen NotBZ 2006, S. 385 und Müller GmbHR 2006, S. 957 f; vgl. zu dieser Problematik auch Hamann NZG 2007, S. 493.

⁶⁹Grunewald/Gehling/Rodewig ZIP 2006, S. 685.

⁷⁰So auch Flesner NZG 2006, S. 643.

Mündliche Stellungnahme für die Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23.1.2008 zum MoMiG (= KURZFASSUNG der schriftlichen Stellungnahme, ZUZÜGLICH ZAHLENMATERIAL)

von Dr. Peter Ries, Richter am Amtsgericht Charlottenburg (Handelsregister), Professor an der FHVR, Berlin

Das MoMiG enthält zweifelsohne sehr vernünftige Regelungen, die die Arbeit insbesondere der Registergerichte erleichtern und beschleunigen wird. Genannt seien nur der Verzicht auf öffentlich-rechtliche Genehmigungen (die Einholung dieser Genehmigungen ist bislang einer der Hauptgründe für die Verzögerung von Eintragungen), die Erweiterung der Disqualifizierungsvorschriften für Organe, die Ersatzzuständigkeit der Gesellschafter und die Zustellungserleichterungen. Zur weiteren Beschleunigung und Erleichterung von GmbH-Gründungen hätte sich die Praxis noch den Verzicht auf die Erhebung von Kostenvorschüssen gewünscht, die derzeit neben dem Erfordernis der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und den Fehlern bei Anmeldung und Gründung noch zu Zeitverzögerungen bei der Eintragung führen. Das MoMiG enthält aber aus der Sicht der Registergerichte auch problematische Regelungen. Die wichtigsten darunter sind der mögliche Verzicht auf das Beurkundungserfordernis, die Einführung der Unternehmergesellschaft („UG“) und die Einführung neuer Stückelungsvorschriften und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen.

1. Zum Verzicht auf das Beurkundungserfordernis

Der Verzicht auf das Beurkundungserfordernis bei der Gründung und bei bestimmten satzungsändernden Beschlüssen, u.a. durch Einführung des sog. Muster-Set, ist aus meiner Sicht aus folgenden Gründen problematisch:

- Empirische Untersuchungen belegen, dass bei Mehrpersonengründungen gewisse Klauseln wie Vinkulierungsklauseln, Einziehungsklausel und Klauseln zur Beschlussfassung von den Gründern gewollt sind; gerade diese Klauseln enthält das Musterset allerdings nicht.
- Es ist zu erwarten, dass die Gründer mit der Wahl der Firma Probleme haben werden. Deutsches Firmenrecht ist – leider – immer noch recht kompliziert und die dünnen Anmerkungen im Musterset zum Firmenrecht werden nicht ausreichen, den oder die Gründer vor der Wahl einer unzulässigen Firma zu bewahren.
- Der im Musterset vorgeschlagene Gegenstand des Unternehmens ist nach derzeitiger Rechtslage viel zu unbestimmt. Die dort vorgeschlagenen Gegenstände „Dienstleistung“ und „Handel mit Waren aller Art“ schließen nicht aus und lassen für die Registergerichte nicht erkennen, ob die Gesellschaft auch gesetzeswidrige Tätigkeiten wie „Prostitution“ oder Handel mit

Massenvernichtungswaffen“ ausübt. Derartig tätige Gesellschaften müssten nach neuem Recht eingetragen werden.

- Der Verzicht auf das Beurkundungserfordernis bei satzungsändernden Gesellschafterbeschlüssen erscheint besonders problematisch für den Fall von Kapitalerhöhungen mit Barmitteln und aus Gesellschaftsmitteln, da diese Beschlüsse bekanntermaßen rechtlich schwierig sein können und schon jetzt nicht einmal von juristischen Experten immer fehlerfrei bearbeitet werden.
- Auch bei Verwendung des Musterset und beim Verzicht auf die Beurkundung satzungsändernder Beschlüsse müssten die Gründer trotzdem zur Beglaubigung von Gesellschaftsvertrag, Anmeldung und evtl. Übernahmeerklärungen und zur elektronischen Einreichung der Unterlagen einen Notar aufsuchen. Von einem Beschleunigungseffekt kann daher nicht gesprochen werden. Die zu erwartende Kostenersparnis durch Wegfall der Beurkundungsgebühr ist marginal.
- Erfahrungen aus *Spanien* (Irujo, RIW 2004, 760 ff), wo es eine „Muster-GmbH“ gibt, zeigen, dass diese Muster-GmbH kaum akzeptiert wird, weil die Gründer zum einen auch die oben genannten zusätzlichen Klausel wollen, die der spanische Mustervertrag nicht enthält, und zum andern der Mustervertrag zur Vermeidung von Firmenrechtsproblemen nur Personenfirmen zulässt, die eben nicht immer gewollt sind.

Insgesamt kann nur konstatiert werden, dass der Verzicht auf das Beurkundungserfordernis den Gründern nichts bringen wird. Im Gegenteil, Streitigkeiten werden nur auf die Zivilprozessabteilungen verlagert und die Eintragung der GmbH oder der satzungsändernden Beschlüsse wird – bei nur geringer Kostenersparnis - durch die zu erwartenden Fehler verzögert, was schon heute bei der Einreichung privatschriftlicher Dokumente bei den Registergerichten beobachtet werden kann. Die Filter- und Beratungsfunktion der Notare, die noch dazu kostengünstig ist, hat sich bewährt und sollte weiter beibehalten werden.

2. Zur Einführung der UG

Auch die Einführung der UG mit einem symbolischen Mindestkapital ist aus meiner Sicht aus folgenden Gründen problematisch:

- Zunächst ist der faktische Verzicht auf das Stammkapital dem deutschen GmbH-Recht systemfremd. Die Haftungsprivilegierung knüpfte bislang immer an die Schaffung eines nicht nur symbolhaften Haftungsfonds. Wenn man auf diesen verzichten will, sollte das außerhalb des GmbH-Rechts geregelt werden.

- Der faktische Verzicht auf das Stammkapital wird damit begründet, dass Existenzgründern die Gründung eines Unternehmens erleichtert werden soll. Dazu benötigt man aber keine UG. Jedem Existenzgründer ist es unbenommen, ein Einzelunternehmen oder zusammen mit anderen eine Personengesellschaft zu gründen. Hunderttausende von Handwerkern und Freiberuflern, die auch hier im Raum sitzen, machen das vor.
- Es ist nicht sinnvoll, ohne „Startkapital“ ein Unternehmen zu gründen. Ich habe in der Praxis noch keinen Berater gesehen, der einem Existenzgründer empfiehlt, ohne Kapital ins Rennen zu gehen, und auch der oft zitierte Softwareentwickler wird erst einmal einen leistungsstarken Rechner, Software und ein Büro brauchen, um loszulegen. Dazu kann er auch eine GmbH mit zukünftig € 10.000 gründen und dann mit diesem Kapital die Anfangskosten bestreiten.
- Der faktische Verzicht auf das Stammkapital ist auch im europäischen Rahmen nicht unumgänglich? Dazu einige Zahlen:
 - Österreich: € 35.000
 - Dänemark: € 20.000
 - Belgien: € 18.600
 - Niederlande: € 18.000
 - Schweden: € 11.000
 - Italien: € 10.000
 - Griechenland: € 8.805
 - Portugal: € 5.000
 - Spanien: € 3.006

Sie sehen aus diesen Zahlen, dass mit den vorgeschlagenen € 10.000 Mindestkapital Deutschland im Mittelfeld liegt; legt man die Lebenshaltungskosten an, liegt Deutschland sogar im unteren Mittelfeld.

Natürlich werden Sie jetzt zu Recht darauf hinweisen, dass das Stammkapital in Frankreich und im UK faktisch abgeschafft ist. Dazu aber folgende Anmerkungen:

Die französische 1 € GmbH hat sich nicht durchgesetzt. 2005 hatten trotz der Möglichkeit der 1 € GmbH fast 64 % der in Paris neu gegründeten GmbH ein Stammkapital von mehr als € 7.500. Für die in Paris gegründeten GmbH mit einem Stammkapital von unter € 7.500 weisen die Zahlen (www.greffe-tc-paris.fr) von 2005 aus, dass

- ca. 11 % weniger als € 100
- ca. 82 % mehr als € 500 und
- ca. 56 % mehr als € 1.000

Stammkapital aufweisen, was ein Durchschnittskapital dieser GmbH-Form (mit weniger als € 7.500 Stammkapital) von ca. € 2.400 (mit steigender Tendenz) ergibt. Darauf, dass die französische Wirtschaft auch durch die Einführung der 1 € GmbH nicht gerade floriert, brauche ich Sie nicht hinweisen. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Haftungsverfassung der französischen GmbH in wesentlichen Punkten strenger ist als die der deutschen GmbH (Pfeifer GmbH 2007, 1208 ff).

Dass das englische GmbH-Recht auf das Stammkapital faktisch verzichtet, hat historische Gründe. Im Übrigen ist empirisch feststellbar, dass etliche Limited, die auch tatsächlich im UK tätig sind, über ein substantielles Stammkapital verfügen (vgl. statistische Zahlen auf www.companieshouse.gov.uk). Außerdem sieht englische Gesellschaftsrecht gläubigerschützende Vorschriften in Form schärferer Berichts- und Offenlegungsvorschriften und strengerer strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung der Organe vor, die durch die Reform des dortigen Companies Act gerade kodifiziert und präzisiert wurde.

- Die GmbH ist auch mit dem derzeitigen Stammkapital sehr wohl konkurrenzfähig. Auch hier zunächst einige Zahlen:

Die Zahl der in Berlin neu gegründeten GmbH (mit bekanntlich einem Stammkapital von € 25.000) steigt in Charlottenburg stetig an, so von 4.880 im Jahr 2006 auf 5.028 im Jahr 2007, und das trotz der „angeblichen“ Konkurrenz der Limited und der überall schon bekannten vorgesehenen Reduzierung des Stammkapitals auf € 10.000.

Gleichzeitig fällt die Zahl der in Berlin neu angemeldeten Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsformen (zu 90 % Limiteds mit einem symbolischen Stammkapital) im selben Zeitraum von 524 auf 507. Eine „Flucht“ deutscher Gründer in die französische 1 € GmbH oder die spanische GmbH ist praktisch überhaupt nicht zu beobachten.

Die deutsche GmbH mit ihrem Mindestkapital ist also durchaus konkurrenzfähig. Die Limited ist eher auf den Rückzug und lassen sie uns abwarten, was mit den Limiteds passiert, wenn sie wegen Nichterfüllung ihrer Buchführungspflichten im Companies House gelöscht werden.

Nur am Rande sei erwähnt, dass China bei der chinesischen GmbH dem kontinentaleuropäischen System folgt und ein Mindestkapital von € 10.000 vorsieht. In Österreich ist die Limited als Konkurrenz zur österreichischen GmbH mit € 35.000 kaum zu spüren.

- Der faktische Verzicht auf das Stammkapital ist ein Risiko für Gläubiger. Auch hier zunächst einige Zahlen, und zwar zu den mit der UG vergleichbaren französischen und englischen GmbH, die faktisch kein Stammkapital benötigen.

Bei den *französischen GmbH mit weniger als € 7.500 Stammkapital* ist zu beobachten, dass die Verschuldungsquote ansteigt. Die Zahl der französischen GmbH mit weniger als € 7.500, die ihre Steuer- und Sozialversicherungsschulden im Zeitraum von 2004 bis 2005 nicht mehr zahlen konnten, ist um den Faktor 20 angestiegen, wobei diese Schulden sich auf € 13.144 pro GmbH belaufen (Zahlen: www.greffe-tc-paris.fr).

Die Zahl der Löschungen von Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsformen, vor allem der mit der unterkapitalisierten UG vergleichbaren englischen *Limiteds*, steigt in Charlottenburg an, nämlich von 35 in 2006 auf 71 in 2007. Diese Löschungen sind meist auf Insolvenztatbestände zurückzuführen. Die Anträge auf Eröffnung von Insolvenzverfahren bei Zweigniederlassungen von Limiteds in Berlin steigen an, von 2006 25 Anträgen auf bereits 29 Anträge in den ersten neun Monaten des Jahres 2007, wobei allein im dritten Quartal 2007 16 Anträge gestellt wurden. Im gleichen Zeitraum sinkt die Insolvenzanfälligkeit Berliner GmbH deutlich (alle Zahlen: AG Charlottenburg und Amt für Statistik Berlin-Brandenburg). Bemerkenswert ist, dass bei insolventen Zweigniederlassungen von Limiteds kaum Eigenanträge gestellt werden. Die meisten Insolvenzanträge werden von den Sozialversicherungsträgern oder Gläubigern gestellt, die dann, wenn überhaupt, ihre Forderungen nur mit der Quote erfüllt bekommen.

Ähnliches droht mit der Einführung der unterkapitalisierten UG. Daran ändert auch nichts die für die UG geplante Thesaurierung von Gewinnen, da diese Gewinne durch entsprechende Gestaltung der Tantiemen an Gesellschafter-Geschäftsführer leicht vermieden werden können. Die Probleme werden nur in das Insolvenzrecht verlagert.

„Starke“ Gläubiger (wie Banken oder Großkunden) werden sich im Voraus gegen Ausfälle natürlich absichern können, so z.B. durch Sicherheiten, Bürgschaften etc. „Schwache“ Gläubiger, wie Arbeitnehmer, Kleinkunden oder auch die Sozialversicherungsträger können sich nicht absichern. Sie bleiben auf ihren Verlusten sitzen bzw. die *Verluste werden sozialisiert*, indem die Sozialversicherungsbeiträge wegen der Ausfälle erhöht werden müssen, eigentlich doch eine Folge, die mit Marktwirtschaft nichts zu tun hat.

3. Zur Einführung neuer Stückelungsvorschriften und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen

Auch die Einführung neuer Stückelungsvorschriften und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen ist aus meiner Sicht aus folgenden Gründen problematisch:

- Die Neustückelung von Geschäftsanteilen erschwert bei nicht voll eingezahlten 1 €-Anteilen (wegen § 57I Absatz 2 Satz 2 GmbHG und § 5 Absatz 2 GmbHG-neu) die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, weil in diesem Fall idR das Kapital um 100 % oder ein ganzzahliges Vielfaches hiervon erhöht werden muss.
- Der geplante gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen knüpft an die Gesellschafterliste. Dies ist nicht unproblematisch.

Zum einen wird die Gesellschafterliste jedenfalls in Einziehungs- und Erbfällen von den Geschäftsführern gefertigt. Es weiß aber keiner, ob derjenige, der als Geschäftsführer die Liste unterschreibt, auch wirklich Geschäftsführer ist. Theoretisch kann also jeder – auch jeder Kriminelle - sich als Geschäftsführer ausgeben, eine Gesellschafterliste unterschreiben und diese zum Handelsregister einreichen, ohne dass er überhaupt Geschäftsführer ist. Wenn man eine solche Gesellschafterliste als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb zulässt, sollte man wenigstens eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift unter der Gesellschafterliste vorsehen.

Auch wenn der Notar die Gesellschafterliste fertigt und einreicht, ist eine Gewähr für die Richtigkeit der Liste nicht unbedingt gegeben. Der Notar bestätigt nur, dass die geänderten Eintragungen in der Liste den Veränderungen entsprechen, an die er mitgewirkt hat, und dass die übrigen Eintragungen in der Liste mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Ob das als Anknüpfung für den gutgläubigen Erwerb ausreicht, kann man bezweifeln.

Auch der Dreijahreszeitraum der Gutgläubigkeit scheint sehr lang und macht eine due diligence weiter erforderlich. Schließlich ist eine technische Umsetzung in den Handelregistern wegen der noch nicht möglichen Zuordnung des Widerspruchs gegen die Liste im elektronischen Register noch nicht in Sicht. Vielleicht sollte man die hier gewonnene Zeit dazu nutzen, den gutgläubigen Erwerb anders zu konstruieren, z.B durch Anknüpfung an den Besitz von share certificates oder die konstitutive Eintragung der Gesellschafter auf dem Registerblatt.