

An den  
Deutschen Bundestag  
Rechtsausschuss  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

**vorab per E-Mail:  
rechtsausschuss@bundestag.de**

**Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenanhörung zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Beseitigung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140**

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Beseitigung von Missbräuchen (MoMiG) danke ich. Zum Gesetzesentwurf habe ich die folgenden Anmerkungen.

**A. Vorbemerkung**

Der MoMiG-Regierungsentwurf stellt insgesamt ein gelungenes Reformvorhaben dar. Es werden in großem Umfang die richtigen, als reformbedürftig anzusehenden Regelungsbereiche angesprochen und die notwendigen Änderungen umgesetzt. Die Attraktivität der GmbH wird vor allem durch die effizientere Bekämpfung von Firmenbestattungen, die Ermöglichung der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland, die verbesserte Transparenz der Beteiligungsverhältnisse, die Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und die Vereinfachung des Eigenkapitalersatzrechts weiter erhöht. Die folgenden Ausführungen sollen deshalb mit der Mustersatzung, der verdeckten Sacheinlage, der Unternehmergesellschaft und dem Cash Pooling auf diejenigen Punkte beschränkt werden, bei denen noch Änderungs- oder Diskussionsbedarf besteht.

## **B. Im Einzelnen**

### **I. Mustersatzung**

#### **1. Mustergründung durch Gründungsprotokoll als bessere Alternative**

Ein wichtiges Ziel des MoMiG-Regierungsentwurfs ist die **Vereinfachung der Unternehmensgründung in einfach gelagerten Standardfällen**. Hierzu schlägt die Bundesregierung die Einführung eines Gründungspakets mit Mustersatzung im GmbH-Recht vor. Der **Bundesrat** hat diesen Vorschlag aufgegriffen, gleichzeitig aber die Abwicklung derartiger Mustergründungen über ein **notarielles Gründungsprotokoll** empfohlen (BR-Drs. 354/07, S. 5 ff. = BT-Drucks. 16/6140, S. 151 f., Ziffer 5). Dieser Empfehlung sollte gefolgt werden. Denn das Gründungsprotokoll wäre letztlich nur ein anderer Weg der Mustergründung. Es würde die Gesellschaftsgründung vereinfachen und billiger machen, zugleich jedoch die mit der Mustersatzung in der Ausgestaltung des Regierungsentwurfs verbundenen Nachteile vermeiden.

#### **2. Vorteile des Gründungsprotokolls**

- Dem Bundesrat schwebt dabei vor, dass die zentralen Inhalte der Satzung wie Firma, Unternehmensgegenstand und Höhe des Kapitals in einem **einseitigen** notariellen **Gründungsprotokoll** festgelegt werden, in dem der Gesellschaftsvertrag bereits enthalten ist. Dadurch wird die **fehlerfreie Abfassung** gewährleistet. Im Übrigen treten anstelle der Satzung gesetzliche Regelungen.
- Der Notar bleibt nach dem Konzept des notariellen Gründungsprotokolls zur Einreichung der Handelsregisteranmeldung und zur **Übermittlung sog. XML-Strukturdaten** an das Registergericht verpflichtet. Diese Daten können vom Richter oder Rechtspfleger per Mouse-Klick ins Register übernommen werden. Dadurch entfällt bei Gericht jeglicher Erfassungsaufwand. So bleibt die **zügige Eintragung der Gesellschaft** innerhalb weniger Tage oder im Bedarfsfall gar innerhalb weniger Stunden **gewährleistet**.
- Weil die Beurkundungsgebühr den Vollzug einschließt, fallen beim Gründungsprotokoll überdies **niedrigere Gründungsgebühren** als bei der Mustersatzung an (z. B. lediglich 20 € statt 60 € bei einem Stammkapital von 1 € und 81 € statt 87 € bei einem Stammkapital von 10.000 €).

### 3. Nachteile der Mustersatzung

Demgegenüber führen **Mustersatzungen** in der vom Regierungsentwurf vorgesehenen Form zu **Verzögerungen im Gründungsverfahren** und haben ein **Mehr an bürokratischem Aufwand** zur Folge.

- Zwar gewährleistet die vom Regierungsentwurf vorgesehene Unterschriftsbeglaubigung bei der Mustersatzung immerhin eine **Identifizierung der Gesellschafter** und stellt auf diese Weise sicher, dass Klarheit über den Kreis der Anteilseigner besteht und die Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung (erweiterte Zustellung, Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter) in den Fällen der **Firmenbestattung** nicht völlig leerlaufen.
- Anders als bei der Beurkundung findet bei der Unterschriftsbeglaubigung jedoch **keine Beratung** statt. Weil aber auch bei der Mustersatzung zentrale Regelungsinhalte wie insbesondere die Firma individuell festgelegt werden müssen, wird es regelmäßig zu **fehlerhaften Anmeldungen** kommen, da dem Existenzgründer das komplexe Firmenrecht regelmäßig nicht bekannt ist. Dies hat **zeit- und kostenintensive Zwischenverfügungen** des Registergerichts zur Folge. Außerdem bleiben gerade bei Mehrpersonengesellschaften regelungsbedürftige Punkte wie die Zustimmungsbefähigung von Anteilsveräußerungen oder die Vererblichkeit von Anteilen offen, so das **Streit vorprogrammiert** ist.
- Bei der Mustersatzung ist der Notar anders als beim Gründungsprotokoll **nicht zur Einreichung der Anmeldung** beim Registergericht **verpflichtet**. Denn bei der Beglaubigung besteht anders als bei der Beurkundung keine Vollzugspflicht des Notars (§ 53 BeurkG). Die Einreichung bleibt vielmehr den Beteiligten selbst überlassen und führt zu einem **Mehr an bürokratischem Aufwand** für die Unternehmen. Die mit der Einführung des elektronischen Registerverkehrs zum 01.01.2007 verbundenen **Beschleunigungseffekte gehen verloren**, weil der Notar keine XML-Strukturdaten mehr an das Handelsregister übermittelt. Soll der Notar den Vollzug freiwillig übernehmen, ist dies extra zu vergüten.
- Der Verzicht auf einen **individuell festgelegten**, klar abgegrenzten **Unternehmensgegenstand** bei der Mustersatzung **schadet dem Wirtschaftsverkehr**. Mangels notarieller Beratung hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Genehmigungspflichten drohen den Gründern vielfach **Zwangs- und Ordnungsgelder**. Umgekehrt müssen die Verwaltungsbehörden genehmigungsrelevante Sachverhalte bei der Mustersatzung mühsam selbst ermitteln. Ergebnis wäre auch hier ein **Mehr an Bürokratie**.

- Bei der **Mustersatzung** erfolgt anders als beim Gründungsprotokoll keine **Aufklärung** des Gründers über seine **schadensersatz-** bzw. teilweise auch **strafbewehrten Pflichten** bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung, die Kehrseite des Haftungsprivilegs sind. Ohne Beratung wird der Gründer diese Pflichten erfahrungsgemäß häufig **ohne Unrechtsbewusstsein verletzen und hinterher dafür einstehen müssen**.

Im Ergebnis sollte sich der Gesetzgeber also **gegen die Mustersatzung** in der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Form und **für das Gründungsprotokoll** entscheiden.

## II. Verdeckte Sacheinlage

Noch einmal diskutiert werden sollten auch die geplanten Regelungen zur verdeckten Sacheinlage. Rechtsfolge einer verdeckten Sacheinlage soll künftig zivilrechtlich ausschließlich die **Differenzhaftung** nach § 9 GmbHG sein (§ 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG-E). Der Gesellschafter soll lediglich die Beweislast dafür tragen, dass die Sacheinlage mindestens den Wert der geschuldeten Bareinlage erreicht (§ 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG-E). Das Risiko, namentlich im Insolvenzfall die Bareinlage noch einmal leisten zu müssen, entfällt hingegen. An dieser Regelung wird kritisiert, dass die strengen **Sacheinlagevorschriften** praktisch **sanktionslos umgangen** werden können.

Noch nicht ganz geklärt ist im Fall einer verdeckten Sacheinlage bisher auch das Risiko für den oder die anmeldenden Geschäftsführer, nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG wegen Vortäuschung einer Bareinlage **strafrechtlich zur Verantwortung gezogen** zu werden (vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 82 Rn. 10). Zwar geht der Regierungsentwurf in der Begründung (BT-Drucks. 16/6140, S. 97, Erläuterung zu Art. 1 Nr. 17 Buchstabe b und c) davon aus, dass durch die Änderung des Wortlauts von § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG-E („Übernahme der Geschäftsanteile“ statt „Übernahme der Stammeinlagen“) eine Strafbarkeit bei verdeckten Sacheinlagen künftig entfällt. Ob die Praxis dem folgen wird, ist jedoch ungewiss. Wegen der möglicherweise schwerwiegenden Konsequenzen für die Beteiligten sollte hier in jedem Fall eine **Klarstellung im Gesetz** erfolgen, welche Lösung beabsichtigt ist.

## III. Unternehmergesellschaft

Was die geplante **Unternehmergesellschaft** angeht, wird deren Einführung begrüßt. Während die im Vergleich zur Gründung einer Limited auch bei einer 25.000 €-GmbH niedrigen Gründungskosten regelmäßig kein Hindernis für die Gründer dar-

stellen, hat sich die Pflicht zur wenigstens hälftigen **Aufbringung des Mindestkapitals** von 25.000 € für **Kleinstunternehmen** vielfach als **Hemmschuh** erwiesen. Hier verfolgt die Unternehmergeinschaft den richtigen Ansatz.

Dabei muss allerdings der Tatsache Rechnung getragen werden, dass man mit der **Abschaffung der Pflicht zur Kapitalaufbringung** das bewährte Prinzip eines präventiven Gläubigerschutzes verlässt. Bisher dient das Mindestkapital vor allem als **Verlustpuffer** in der Anfangsphase der Gesellschaft. Der Verzicht auf ein Mindestkapital erscheint jedoch vertretbar, weil die **andere Firmierung** als „Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)“ den **Rechtsverkehr auf die Unterschiede zur GmbH hinweist**. Gläubigerschutz wird bei der Unternehmergeinschaft mithin verstärkt auf anderem Wege, nämlich durch individualvertragliche Vereinbarungen, realisiert werden müssen.

Nicht ganz stimmig ist allerdings, dass der Regierungsentwurf selbst bei der (in dieser Form abzulehnenden) Mustersatzung von einem **Gründungs Aufwand** i. H. v. 400 € ausgeht, gleichzeitig aber 1 €-Gründungen zulassen will. In derartigen Fällen könnte vom Start weg eine insolvenz begründende Unterbilanz entstehen. Dies könnte dadurch vermieden werden, dass im Gründungsprotokoll die Gesellschafter den Gründungsaufwand bei einem Stammkapital bis zu 400 € übernehmen.

Unklar ist ferner, ob die Beschränkung der Rechtsfolgen der **verdeckten Sacheinlage** auf die Differenzhaftung (§19 Abs. 4 GmbHG-E) auch bei der **Unternehmergeinschaft** Anwendung findet. Zwar sind hier Sacheinlagen gemäß § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E ausgeschlossen. Kennzeichen der verdeckten Sacheinlage ist jedoch gerade, dass sie für den Rechtsverkehr als Bareinlage deklariert wird. Fände die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG-E daher auch auf die Unternehmergeinschaft Anwendung, würde das **Verbot der Sacheinlagen weitgehend ausgehöhlt**. Weil der Einleger hier maximal für die Differenz zwischen dem Wert der Sacheinlage und der Höhe der Bareinlage haften würde, wäre etwaigem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Diese Erwägungen sprechen dafür, § 19 Abs. 4 GmbHG-E bei der Unternehmergeinschaft nicht anzuwenden, sondern es bei den bisherigen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage zu belassen. Danach hat der Einleger die Bareinlage z. B. auf Anforderung des Insolvenzverwalters noch einmal zu erbringen. Eine gesetzgeberische **Klarstellung**, welche Lösung hier Anwendung finden soll, ist im Interesse der Rechtssicherheit geboten.

Eine Unklarheit ergibt sich schließlich noch bei der **Einordnung der Unternehmergeinschaft im Umwandlungsrecht**. Hier sollte klar gestellt werden, ob eine Unternehmergeinschaft bei Umstrukturierungsmaßnahmen aufgrund ihres „Existenz-

gründungscharakters“ nur übertragender bzw. formwechselnder Rechtsträger sein kann oder ob sie auch als Zielrechtsträger einer Verschmelzung bzw. eines Formwechsels in Betracht kommt.

#### **IV. Cash Pooling und Kapitalaufbringung**

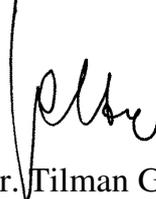
Der MoMiG-Regierungsentwurf will zur Erleichterung des Cash Pooling die sofortige **Rückzahlung der Einlageforderung** an den Gesellschafter **zulassen, wenn** der dadurch begründete **Darlehensanspruch** gegen den Gesellschafter **werthaltig** ist (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E). Auf diesem Wege soll Konzernen eine zentrale Steuerung der Liquidität erleichtert werden. Naturgemäß wird hierdurch der **Gläubigerschutz verringert**. Denn die tatsächliche Verfügungsmacht über das Stammkapital ist ein stärkerer Vermögenswert als ein bloßer Darlehensanspruch, der notleidend werden kann.

Teilweise wird die **Notwendigkeit** einer derartigen Liberalisierung des Kapitalaufbringungsrechts auch **bestritten**.

- Wenn der Kapitalaufbringungsvorgang außerhalb des Cash Pools vollzogen wird, ist die Einlageleistung für die Gesellschaft nicht wirtschaftlich verloren. Sie kann vielmehr für Investitionen, Bezahlung von Gehältern und Löhnen etc. verwendet werden.
- Aufgrund der Absenkung des Mindestkapitals auf 10.000 € unterliegt künftig ohnehin nur ein verminderter Betrag der strengen Kapitalbindung und ist dem Cash Pool entzogen.

Ein **tauglicher Kompromiss** zwischen den Interessen der Wirtschaft und einem wirksamen Gläubigerschutz könnte in einer Ergänzung der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelung liegen. So sollte erstens die **Absicht des Hin- und Herzahlens** in der Handelsregisteranmeldung ausdrücklich **offen gelegt** werden müssen. Hierdurch würde für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr ein Mindestmaß an Transparenz geschaffen. Zweitens sollte der Geschäftsführer verpflichtet werden, in der Registeranmeldung ausdrücklich auch die **Werthaltigkeit** der Darlehensforderung zu **versichern**.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr.) Tilman Götte