



Deutscher Bundestag  
- Rechtsausschuss -  
Platz der Republik 1  
D-11011 Berlin

## Stellungnahme

### zum Regierungsentwurf betreffend das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140

#### A. Allgemeine Anmerkungen

##### I. Die deutsche GmbH – ein Erfolgsmodell

Die deutsche GmbH ist seit ihrer Einführung im Jahre 1892 im Inland mit etwa 1.000.000 bestehenden Gesellschaften dieser Rechtsform ein Erfolgsmodell und weltweit einer der wenigen deutschen Rechtsexportschlager. So ist es auch kein Zufall, dass das derzeit modernste GmbH-Recht der Welt, nämlich das am 1.1.2008 in Kraft getretene neue Schweizer GmbH-Recht, nach langer Reformdebatte, in Kenntnis des gesamten Markts der Möglichkeiten und nach Beseitigung einiger Helvetismen nunmehr im Wesentlichen so aussieht wie das seit 1980 geltende deutsche GmbH-Recht. In den vom MoMiG berührten Regelungsbereichen bestehen wesentliche Unterschiede lediglich insoweit, als das Schweizer Recht eine etwas geringere (Art. 773 OR) und dafür strengere (Art. 777c Abs. 1 OR) Mindestkapitalaufbringung vorsieht, einen grundsätzlichen Mindestnennwert der Stammanteile von 100 CHF festlegt (Art. 774 Abs. 1 OR), die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister verlangt (Art. 791 OR) und bewusst auf eine Regelung des Eigenkapitalersatzrechts verzichtet.

Auch ein Erfolgsmodell kann noch verbessert und an neue Gegebenheiten angepasst werden. Es ist daher grundsätzlich zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber eine nicht nur auf die Mindeststammkapitalfrage beschränkte Revision des deutschen GmbH-Rechts zur Aufgabe gemacht hat. Positiv zu bewerten und daher im Folgenden nicht näher zu behandeln sind etwa die Regelungen

zur Reduzierung des Mindestnennbetrags der Geschäftsanteile auf einen Euro (§ 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E) und zur Möglichkeit einer Übernahme mehrerer Geschäftsanteile bei Errichtung (§ 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E). Eine erfreuliche Beschleunigung des Gründungsverfahrens wird auch durch die Abkopplung der Handelsregistereintragung von verwaltungsrechtlichen Genehmigungen erreicht (Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG). Ausdrücklich zu begrüßen sind schließlich die Bekämpfung von Missständen wie die Umgehung der Liquidationsvorschriften bei der sog. GmbH-Bestattung und die geplante Aufhebung von § 4a Abs. 2 GmbHG. Die hilfsweise Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO-E sollte allerdings bei Gesellschaften mbH mit Aufsichtsrat nicht nur die Gesellschafter (hier wäre zudem eine Beschränkung auf unternehmerisch tätige Gesellschafter geboten), sondern auch und vorrangig die Aufsichtsratsmitglieder treffen.

## II. Überschätzung des auf der GmbH lastenden Wettbewerbsdrucks

Die Bedeutung des auf dem deutschen GmbH-Recht lastenden Wettbewerbsdrucks wird überschätzt (siehe auch *Kieninger*, German Working Papers on Law and Economics, 14/2007). Eine nennenswerte Gründung von Scheinauslandsgesellschaften findet derzeit nur in der Form der englischen Limited statt. Die spanische Sociedad limitada nueva empresa (SLNE; näher *Embid Irujo*, RIW 2004, 760 ff.) und die französische Société à responsabilité limitée ohne Mindeststammkapital (SARL à 1 euro; näher *Meyer/Ludwig*, GmbHR 2005, 346 ff.) werden von deutschen Gründern praktisch nicht genutzt. In den letzten Jahren wurden von deutschen Gesellschaftern etwa 30.000 Limiteds gegründet, was im Schnitt nicht mehr als 15 % der GmbH-Neugründungen entspricht. Etwa zwei Drittel dieser Limiteds haben eine gewerbliche Tätigkeit in Deutschland aufgenommen (näher zur Verbreitung der Limited die detaillierte Analyse von *Niemeier*, ZIP 2007, 1794 ff.).

Die Motive für die Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft in der Form der Limited sind ausgesprochen vielfältig. Sie liegen nicht nur und vermutlich sogar weniger in bestehenden Regelungen, die nach dem Referentenentwurf reformiert werden sollen. So wurden etwa zumindest in der Anfangszeit viele Limiteds von Handwerkern aus sozialversicherungsrechtlichen Motiven, die von Gründungsberatern in der Werbung herausgestellt wurden, gegründet. Weitere Motive für eine Limited-Gründung sind nach Ansicht von Unternehmensberatern die Umgehung der deutschen Haftungsregelungen, die Abwendung einer drohenden Gewerbeuntersagung oder der Anschein bzw. die geplante Aufnahme einer internationalen Geschäftstätigkeit. Den gegenüber der GmbH bestehenden Vorteil einer raschen und einfachen Gründung hat die Limited bereits in erheblichem Masse durch die Einführung des elektronischen Handelsregisterverkehrs im Zuge des EHUG eingebüsst. Weiteres Beschleunigungspotential bietet im deutschen Recht zudem die geplante Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG. Demgegenüber ist der Betrieb einer Limited für mit dem englischen Recht nicht vertraute Unternehmer kein leichtes und zudem risikoreiches Unterfangen, zumal der auch bei dieser Gesellschaftsform gewährleistete Gläubigerschutz vor allem nach der Gründungsphase in Gestalt von Publizitäts- und Sorgfaltspflichten eingreift (näher *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174 ff.). Die erste Gründungseuphorie ist inzwischen der Ernüchterung gewichen.

Eine GmbH soll nicht nur leicht gegründet werden können, sie soll im Interesse aller Beteiligten auch eine Zukunft haben. Insoweit ist die niedrige Überlebensrate der in Deutschland tätigen Limiteds besorgniserregend. Nach einem Jahr liegt sie bei höchstens 52 % und nach zwei Jahren bei nur noch bei 3 %, wobei auch die Insolvenzquote mindestens doppelt so hoch liegt wie allgemein. Demgegenüber geraten die mit dem bisherigen Mindeststammkapital gegründeten Gesellschaften

mbH nur zu 2,5 % in Schwierigkeiten (näher dazu *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1799). So nimmt es auch nicht Wunder, dass die Limited in Deutschland nach einer Untersuchung des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater (BDU) e.V. und des Wirtschaftsmagazins „Impulse“ in Deutschland keinen guten Ruf genießt. Zwei Drittel der befragten Unternehmensberater sahen die Akzeptanz der Limited bei Zulieferern und anderen Partnern mit langfristigen Vertragsbeziehungen als eher gering an und bei Kreditgebern waren es sogar knapp 90 Prozent (siehe dazu die Pressemitteilung unter [http://www.presseportal.de/pm/9562/1018281/bdu\\_bundesverb\\_dt\\_unternehmensberater](http://www.presseportal.de/pm/9562/1018281/bdu_bundesverb_dt_unternehmensberater)). Es steht daher insgesamt zu vermuten, dass die Limited den Zenit ihrer Popularität bei deutschen Unternehmensgründern bereits überschritten hat.

Der vermeintliche Druck durch den Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsrechtsgesetzgeber sollte nicht dazu Anlass geben, jedem Wunsch nach einer Liberalisierung nachzugeben und eine bewährte Gesetzgebung bzw. in vielen Einzelfällen etablierte Rechtsprechung einfach über Bord zu werfen. Wem als Gründer die Hindernisse der GmbH-Gründung zu hoch sind, kann spätestens seit 2003 ohne weiteres auf die englische Limited zurückgreifen. Ein ins Kalkül einzubeziehender nennenswerter Nachteil ist damit angesichts der immer noch geringen Ausweichquote allenfalls für den Gründer, nicht aber für die deutsche Volkswirtschaft, das deutsche Steueraufkommen oder die deutschen rechtsberatenden Berufe verbunden. Wettbewerb führt zwar immer auch zu einem Nachziehen von Wettbewerbern, doch käme er zugleich zum Erliegen, wenn alle Teilnehmer dasselbe Angebot machen würden. Die ganz überwiegend kritischen Stimmen von Richtern und Rechtswissenschaftlern zu den Reformvorhaben insbesondere in den Bereichen Mustersatzung, Unternehmergeellschaft und Kapitalschutz sollten daher nicht überhört werden.

### **III. Unausgewogene Berücksichtigung von Regelungsanliegen**

#### **1. Einseitige Übernahme ausländischer Rechtselemente**

Es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber ein für das deutsche Gesellschaftsrecht derart zentrales Gesetzesvorhaben, das gerade auch durch den „gefühlten“ Wettbewerbsdruck auf die deutsche GmbH motiviert ist, ohne ersichtliche Berücksichtigung rechtsvergleichender Vorarbeiten (siehe z. B. *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2. Aufl. 1997; *Blaurock*, Hrsg., Anleger- und Gläubigerschutz bei Handelsgesellschaften, 2006) in Angriff genommen hat. Bei einer Durchsicht des Regierungsentwurfs entsteht vielmehr der Eindruck, dass verschiedene, das GmbH-Recht zumeist liberalisierende Elemente etwa aus dem englischen (Limited), französischen (SARL à 1 euro) und spanischen (SLNE) Recht sowie aus rechtsvergleichend zusammengestellten Wunschlisten von Unternehmensvertretern und -beratern (siehe z. B. *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311 ff.) übernommen wurden, ohne dabei nennenswert auf die Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht und die im jeweiligen ausländischen Recht bestehenden Sicherungsmechanismen (z. B. staatliche Kontrolle in der Aufbauphase, Publizitätsanforderungen, verschärfte Geschäftsführerhaftung) zu achten. Ein Rechtsvergleich darf sich beispielsweise nicht darin erschöpfen, die Regelmindeststammkapitalziffern in wichtigen Rechtsordnungen zu betrachten und festzustellen, dass sich der Betrag von 10.000 EUR „in angemessenem Rahmen“ (Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 70) hält, d. h. etwa zwischen dem vor der Handelsregisteranmeldung voll aufzubringenden Mindeststammkapitalbetrag einer Schweizer GmbH (20.000 CHF) und dem vor der Registrierung zudem nur zu einem Fünftel zu erbringenden Mindeststammkapitalbetrag einer französischen SARL (7.500 EUR) liegt.

## **2. Übermäßige Berücksichtigung der Gründungs- und Umstrukturierungsinteressen von Groß- und Kleinstunternehmen**

### **a) Konzentration auf kautelarjuristische Bedürfnisse**

Kritisch zu betrachten ist darüber hinaus, dass der Regierungsentwurf offenbar zu großes Gewicht auf Gründungs- und Umstrukturierungsfragen sowie auf die Interessen von Groß- und Kleinstunternehmen gelegt hat. Der üblichen Geschäftstätigkeit der GmbH, den Interessen von Gläubigern, von Betreibern kleiner und mittlerer Unternehmen sowie von Minderheitsgesellschaftern wurde hingegen zu wenig Beachtung geschenkt. Man sollte daher nicht nur auf die Bedürfnisse von Personen Rücksicht nehmen, die ein Unternehmen gründen oder umgestalten und hierzu die GmbH für ihre vielfältigen legalen, halblegalen oder auch einmal illegalen Gestaltungszwecke möglichst kostengünstig und unkontrolliert nutzen möchten.

### **b) Vernachlässigung des Gläubigerschutzes**

Bei allem Respekt vor den legitimen Bedürfnissen kautelarjuristischer Gestaltung gehört es immer noch zu den Hauptaufgaben eines nicht nur modernen, sondern auch guten Gesellschaftsrechts, einen hinreichenden Gläubigerschutz auch für Personen sicherzustellen, die sich aufgrund eingeschränkter Informations- und Beratungsmöglichkeiten, einer schwachen Verhandlungsposition oder als gesetzliche Gläubiger (zu diesen gehört nicht zuletzt auch der Fiskus) nicht selbst schützen können. Der Gesetzgeber sollte sich nicht allein darauf verlassen, dass die Rechtsprechung eine den Gläubigerschutz zu sehr vernachlässigende Gesetzgebung nachträglich korrigieren wird (vgl. dazu die Ankündigung von W. Götte, StatusRecht 2007, 236, 238), sondern auch seinerseits eine ausgewogene Regelung anstreben.

### **c) Vernachlässigung der Interessen von Trägern kleiner und mittlerer Unternehmen**

Ein GmbH-Gesetz sollte auch nicht die Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen als seiner wichtigsten Zielgruppe aus den Augen verlieren. So sollten eine qualifizierte, individuelle und unabhängige Beratung sowie der vergleichsweise gute Ruf der GmbH, auf die die Betreiber dieser Unternehmen und namentlich die ihnen angehörenden Minderheitsgesellschafter in besonderer Weise angewiesen sind, nicht durch eine Mustersatzung, einen Verzicht auf die Beurkundungserfordernisse bei der Anteilsabtretung oder die Einführung einer praktisch kapitallosen GmbH aufs Spiel gesetzt werden. Eine Beschädigung der GmbH würde die deutsche Wirtschaft wesentlich schwerer verkraften als etwa das französische oder schweizerische Recht, da hier anders dort mit der Société par actions simplifiée (SAS) bzw. der Schweizer Aktiengesellschaft (AG) keine eingeführten flexiblen Alternativen zur Verfügung stünden.

## **IV. Systematische Fragen**

### **1. Steigerung der Komplexität durch neue Differenzierungen**

Als ein weiteres Problem erscheint die geplante Einführung neuer, an Sonderwünschen orientierter Differenzierungen, die das GmbH-Recht nicht einfacher, sondern komplizierter und unsicherer machen werden. Beispiele bilden die neuen Wahlmöglichkeiten zwischen Mustersatzung und Regel-Satzung sowie zwischen Unternehmengesellschaft und Regel-GmbH, die neuen Beratungsbedarf über die jeweiligen Vor- und Nachteile sowie zahlreiche Auslegungsfragen über die Eingliederung der neuen Institute in das übrige Gesellschaftsrecht entstehen lassen. Natürlich kann der Gesetzgeber nicht immer allen durch die begrüßenswerte Flexibilität ihres Statuts bedingten realen Erscheinungsformen der GmbH (z. B. geschlossene Mitunternehmergemeinschaft mbH,

Einpersonen-GmbH, GmbH & Co.KG, Vorratsgesellschaft m.b.H. und die konzerngebundene GmbH) mit einer Einheitslösung gerecht werden. Er sollte sich aber um eine möglichst einheitliche und einfache Regelung bemühen, die von der Praxis immer noch unter Ausnutzung von dispositiven Regelungen und Typenmischungen spezifischen Bedürfnissen angepasst werden kann.

## **2. Systembrüche im Recht des Kapitalschutzes**

Der Gesetzentwurf ist schließlich im Bereich der Kapitalschutzregelungen durch Systembrüche gekennzeichnet. Die mit den § 5a, § 7 Abs. 2 S. 3, § 8 Abs. 2 S. 2 und § 19 Abs. 4 GmbHG-E ins Auge gefassten Reformen setzen sich nicht nur in Widerspruch zu elementaren Grundsätzen des bisherigen GmbH-Rechts und zum Bekenntnis zu diesen Grundsätzen in der Begründung des Regierungsentwurfs, sie sind auch dazu geeignet, diese an entscheidenden Stellen aus den Angeln zu heben. Der Gesetzgeber schafft Regelungen zur Umgehung seines eigenen zwingenden Rechts (dazu unter B.II.2.c).

Auch untereinander sind die vorgeschlagenen Regelungen nicht hinreichend aufeinander abgestimmt. So enthalten § 5 Abs. 1 GmbHG-E (Herabsetzung des Mindeststammkapitals mit Teilzahlungsmöglichkeit von Bareinlagen) und § 5a GmbHG-E (Ausnahme vom Mindeststammkapitalerfordernis um den Preis der sofortigen Vollerleistung von Bareinlagen, des Verbots von offenen Sacheinlagen und der teilweisen Gewinnthesaurierung) eine im wirtschaftlichen Ergebnis eng beieinander liegende überflüssige Doppelregelung. Wenig konsequent ist es schließlich, einerseits in § 5a Abs. 2 S. 1 bzw. S. 2 GmbHG-E die vollständige Leistung von Bareinlagen zu verlangen bzw. die Erbringung von Sacheinlagen auszuschließen und andererseits mit § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E ein die Barleistung annullierendes Hin- und Herzahlen zuzulassen bzw. mit § 19 Abs. 4 GmbHG-E die Erfüllungswirkung auch einer verdeckten Sacheinlage anzuordnen.

## **B. Einzelfragen**

### **I. Mustersatzung (§ 2 Abs. 1a, § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E)**

#### **1. Allgemeine Anmerkungen**

Die geplanten Regelungen zur Mustersatzung zwingen diejenigen Gesellschaften, deren Gesellschafter sich für diese Gründungsform entscheiden, in eine Zwangsjacke mit geringem Bewegungsspielraum, von deren genauem Zuschnitt ein großer Teil der Gründer aufgrund der fehlenden qualifizierten und unabhängigen Beratung durch einen Notar vermutlich noch nicht einmal Kenntnis hat. Man kann die Zwangsjacke zwar ablegen, doch bedarf es hierzu einer dann wiederum beurkundungsbedürftigen und an entsprechende Mehrheitserfordernisse geknüpften Satzungsänderung. Die in der Literatur insoweit im Zusammenhang mit § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG befürchteten Publizitäts- und Wirksamkeitsrisiken (näher *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 48) erscheinen zwar durch eine schlichte Gesamtpublikation der notfalls nochmals insgesamt zu beurkundenden neuen Satzung lösbar bzw. im Hinblick auf die für diesen Fall befürchtete Unwirksamkeit der Mustersatzung unbegründet. Die Entscheidung zwischen der Gründung mit Gründungsset und der normalen Gründungsform bedarf jedoch schon ihrerseits der eingehenden Beratung vor dem Hintergrund der bei Gründung absehbaren und denkbaren Planungen der Gründer. Dies gilt insbesondere bei einer Mehrpersonengründung.

Für Mehrpersonengesellschaften erscheint die Gründung mit Mustersatzung nämlich von vornherein wenig sinnvoll, da die insoweit wichtig werdenden Regelungen, insbesondere zum

Gesellschafterwechsel (Erbfolge, Vinkulierung, Abfindung), zur Gewinnverteilung sowie zur Geschäftsführung und Vertretung in einer Mustersatzung wegen des insoweit bestehenden Beratungsbedarfs nicht enthalten sein dürfen. Gerade in diesen Fällen erscheint eine individuelle Satzungsgestaltung und ihre Kontrolle durch einen Notar besonders wichtig, da hierdurch Streitigkeiten vermieden und die spezifischen Interessen aller Gründer möglichst berücksichtigt werden können. Der nach geltendem Recht notwendige Gang zum Notar entlastet die Registergerichte und stellt im Übrigen eine für manche Gründer unangenehme formale Seriositätsschwelle dar.

Auch die Regelung der von der Mustersatzung erfassten Sachfragen, insbesondere die korrekte Firmenbildung, kann den Gründern Probleme bereiten. Werden diese Probleme nicht in einer von den Notaren übernommenen Gründungsberatung gelöst, werden sie entweder im Vorfeld andere aus Steuermitteln, Beiträgen oder Gebühren zu finanzierende Beratungsstellen (z. B. staatliche Beratung von Unternehmensgründern etwa nach spanischem oder französischem Vorbild, Beratung durch die IHK) beschäftigen oder von den Registerrichtern im Eintragungsverfahren zu beseitigen sein. Auch diese Beratungen bzw. Beanstandungen werden mithin Zeit und Kosten in Anspruch nehmen.

Eine Alternative könnte insoweit das vom Bundesrat vorgeschlagene sog. Gründungsprotokoll darstellen, bei dem es sich entgegen dem leicht missverständlichen Namen ebenfalls um eine vom Gesetzgeber vorgeprägte und durch das Gesetzesrecht ergänzte Mustersatzung handeln würde, die allerdings einer mit der notwendigen Beratung verbundenen Beurkundung und nicht lediglich einem Beglaubigungserfordernis unterläge. Insoweit mag man sich dann fragen, ob man es nicht gleich bei der geltenden Rechtslage belässt.

## **2. Einzelfragen**

### **a) Anwendungsbereich der Mustersatzung**

Sollte es entgegen den hier jeweils geäußerten Bedenken neben der Mustersatzung auch zur Einführung der sog. Unternehmergeellschaft durch das MoMiG kommen, wäre mit dem Bundesrat auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Mustersatzung bzw. des Gründungsprotokolls auf diese Unterform der GmbH zu erwägen. Darin läge dann keine unzulässige Privilegierung, sondern etwa im Sinne des spanischen Rechts der SLNE (bei dieser besteht allerdings noch ein Mindeststammkapitalerfordernis von 3012 EUR) eine sinnvolle zusätzliche Ausrichtung auf die spezifischen Bedürfnisse von Kleinstunternehmen in Gründung. Die Gründer sollten dann allerdings wie im spanischen Recht zugleich einer Beratung und Kontrolle durch öffentliche Stellen unterliegen (näher zum spanischen Recht *Embid Irujo*, RIW 2004, 760 ff.).

### **b) Inhalt der Mustersatzung**

Die typisierten Unternehmensgegenstände (§ 3 Mustersatzung) sind zu generell formuliert. Sie entsprechen nicht den derzeit und vermutlich auch weiterhin für andere GmbH-Gründungen geltenden Maßstäben. Es fehlt zudem die Möglichkeit, die drei bislang nur alternativ zur Wahl stehenden Unternehmensgegenstände zu kombinieren. Außerdem sollte mit der Verwaltung eigenen Vermögens noch ein in der Praxis häufiger vierter Unternehmensgegenstand aufgenommen werden. Erwägenswert wäre es schließlich, den Gründern eine Möglichkeit zur Vinkulierung der Geschäftsanteile zu geben.

### **c) Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags**

Aufgrund der fehlenden Beurkundung der Mustersatzung fehlt es an einer rechtssicheren Feststellung des Zeitpunkts des Gesellschaftsvertragschlusses. Knüpft man mit dem Regierungs-

entwurf zur Vermeidung entsprechender Probleme und zur Gewährleistung der Identität der Vertragspartner die Wirksamkeit der Mustersatzung an eine notarielle Beglaubigung (§ 2 Abs. 1a GmbHG-E), wird der Abschluss des Gesellschaftsvertrages und damit auch die Entstehung der mit der späteren eingetragenen GmbH bereits identischen und weitgehend wesensgleichen Vor-GmbH unnötig und zumeist auch entgegen den Erwartungen der Gründer hinausgezögert. Die Gründer müssen sich stattdessen solange mit dem Bestehen einer Vorgründungsgesellschaft mit persönlicher Haftung begnügen (zutreffend *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 47). Ein zusätzlicher Verzicht auf das Beglaubigungserfordernis würde andererseits die wichtige Funktion, die die Notare derzeit bei ortsnahen und fachkundigen Aufbereitung der elektronischen Registerdaten spielen, beenden sowie auf die Gründer und andere Stellen wie insbesondere die Registergerichte verlagern. Eintragungsverzögerungen aufgrund von allfälligen Beanstandungen des Registerrichters sind nach dem Regierungsentwurf nicht zuletzt auch wegen des sich dann auch verschärfenden Problems der Vorbelastungs- und Unterbilanzhaftung aber gerade unerwünscht. Auch dies verdeutlicht nochmals, dass der Verzicht auf die Beurkundung oder gar die Beglaubigung so oder so nicht zum Nulltarif zu haben ist. Darüber hinaus würde eine formale Seriositätsschwelle entfallen.

## II. Stammkapital

### 1. Allgemeine Anmerkungen

Man muss nicht so weit gehen wie *Walter Eucken*, der eine Haftungsbeschränkung aus ordnungspolitischen Gründen generell für fragwürdig hielt (*Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 1990, S. 279 ff.), aber man sollte sich doch in Erinnerung rufen, dass die Haftungsbeschränkung ein gezielt einzuräumendes Privileg darstellt, das sich ein Unternehmer stets in irgendeiner Weise verdienen muss.

Die Eigenkapitalausstattung einer Gesellschaft hat aufgrund ihrer Verlustpufferfunktion entscheidende Bedeutung für den Gläubigerschutz (*Blaurock*, FS Raiser, 2005, S. 3, 8). Es ist nicht die einzig denkbare und auch nicht die strengste, aber die im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht seit langem etablierte Möglichkeit des Gläubigerschutzes, die auch schon als „Kulturleistung ersten Ranges“ (*Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980, § 10 IV 1) bezeichnet wurde. Das deutsche Kapitalschutzkonzept, das auch darauf beruht, durch die Errichtung von finanziellen und formalen Gründungshindernissen sowie eine entsprechende Kontrolle unseriöse bzw. nicht hinreichend zur Gründung einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung fähige Personen von einer Gründung abzuhalten (sog. Seriositätsschwelle), setzt sich in gewisser Weise in Widerspruch zu dem berechtigten politischen Anliegen einer Förderung von Unternehmensgründungen. Es steht daher schon seit längerem national, supranational und international in der Diskussion.

Der Referentenentwurf will in Kenntnis der Vorteile (insbes. Seriositätsschwelle und Pufferfunktion mit Reaktionsmöglichkeit in der Phase der Unterbilanz) und trotz der bekannten Defizite (insbes. letztlich fehlender Schutz gegen eine verlustbedingte Aufzehrung des Haftungsgrundstocks und grundsätzlich fehlende Pflicht zu einer den Bedürfnissen der konkreten Gesellschaft angemessenen Kapitalausstattung) des geltenden Rechts das „bewährte Haftkapitalsystem der GmbH“ nicht in Frage stellen (BT-Drucks. 16/6140, S. 59). Das ist gut vertretbar und auch konsequent, wenn man bedenkt, dass Deutschland sich auf europäischer Ebene bis heute immer wieder für eine Beibehaltung des kontinentaleuropäischen Gläubigerschutzkonzepts stark gemacht hat. Die Übernahme des angelsächsischen Systems, das etwa durch eine verstärkte Publizität und Kontrolle sowie durch Mechanismen der privatautonomen Risikoabsicherung und eine erweiterte Organ- und

Gesellschafterhaftung in der Krise der Gesellschaft gekennzeichnet ist, würde zudem zu erheblichen Veränderungen im deutschen Gesellschaftsrecht, von denen mittelfristig auch die Aktiengesellschaft nicht unberührt bleiben würde, führen und erhebliche Einschnitte in die bestehende deutsche Unternehmenskultur mit sich bringen.

Die Beibehaltung des bewährten Systems mit seinen strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln sollte dann aber kein bloßes Lippenbekenntnis darstellen. Sie sollte vielmehr konsequent befolgt und nicht durch eine ohne entsprechende Schutzmassnahmen flankierte Übernahme von Teilelementen des angelsächsischen Systems oder die Schaffung von Umgehungsmöglichkeiten ausgehöhlt werden.

Die als „roter Faden“ der Neuregelungen zum Haftkapitalsystem des RegE ausgegebene sog. bilanzielle Betrachtung (BT-Drucks. 16/6140, S. 83) beherrscht im bislang geltenden Recht allein die Regelungen zur Kapitalerhaltung. Im Recht der Kapitalaufbringung wird hingegen aus gutem Grund eine effektive Kapitalaufbringung zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer angestrebt. Der Unterschied zwischen effektiver Kapitalaufbringung und bilanzieller Kapitalerhaltung beruht auf dem Umstand, dass einerseits der Gesellschaft wenigstens einmal, d. h. – vorbehaltlich der in § 7 Abs. 2 GmbHG vorgesehenen Erleichterungen – bei ihrer Gründung, der vollständige Kapitalgrundstock in der vereinbarten Form (Bar- oder Sacheinlage) zur freien Verfügung gestellt und andererseits die Seriositätsschwelle von den Gründern einmal tatsächlich überschritten wird. Insoweit sollen sowohl das Verbot eines Hin- und Herzählens bei der Gründung wie auch das Verbot von verdeckten Sacheinlagen klassische Umgehungsmöglichkeiten verhindern. Im weiteren Verlauf gilt dann der Grundsatz der bilanziellen Betrachtung, da man anderenfalls die Gesellschaft am Wirtschaften mit dem aufgebrauchten Kapital hindern würde. Insofern stellt die Tatsache, dass das einmal tatsächlich aufgebrauchte Kapital nicht zu Zwecken der Gläubigersicherung als Sondervermögen eingefroren und der Verfügung der Gesellschaft entzogen wird, bereits einen auch vom Reformgesetzgeber angestrebten Kompromiss zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen dar. Diesen Kompromiss noch weiter zu Lasten der Gläubiger zu verschieben, erscheint nicht geboten.

In diesem Zusammenhang ist auch noch darauf hinzuweisen, dass das von den GmbH-Gesellschaftern aufzubringende und zu erhaltende Stammkapital entgegen verbreiteter und gerade auch in der Diskussion um die GmbH-Reform immer wieder zu lesender Ansicht nicht zu den Gründungskosten zu rechnen ist. Kosten entstehen nur insofern, als das Kapital im Unternehmen gebunden ist und wie jedes andere Betriebsmittel bzw. Sicherungsmittel, das im Interesse des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes an die Stelle des Stammkapitals treten könnte, Finanzierungskosten verursacht. Die von den Gesellschaftern auf das Stammkapital geleisteten Einlagen stehen der Gesellschaft jedoch vom ersten Tag an als Betriebsmittel zur Verfügung, mit denen etwa auch der „echte“ Gründungsaufwand beglichen oder sonst ohne die Gefahr einer sofortigen Überschuldung gewirtschaftet werden kann.

## **2. Einzelfragen**

### **a) Herabsetzung des Regelmindeststammkapitals (§ 5 Abs. 1 GmbHG-E)**

Die Herabsetzung des Regelmindeststammkapitals auf 10.000 EUR ist keine rechtstechnische, sondern eine politische Frage, bei der es einerseits um die Festlegung eines ausreichenden Verlustpuffers und einer hinreichenden finanziellen Seriositätsschwelle und andererseits um die Förderung von Unternehmensgründungen geht. Entscheidend sind im Übrigen die mit dem System eines Mindeststammkapitals verbundenen Mechanismen zur Sicherung einer effektiven Kapitalauf-



bringung und Kapitalerhaltung (dazu sogleich). Angesichts der Tatsache, dass bei einer Bargründung vor der Handelsregisteranmeldung nur insgesamt die Hälfte des Mindeststammkapitals (derzeit 12.500 EUR) aufzubringen ist, kann man das Mindeststammkapital aber durchaus in der bisherigen Höhe belassen.

Sollte sich der Gesetzgeber trotz der vorgetragenen Bedenken für die Einführung einer GmbH mit geringerem oder keinem Mindeststammkapital entscheiden (sog. Unternehmergesellschaft), sollte er im Gegenzug erwägen, für die Regel-GmbH das seit 1980 unveränderte und durch die Umrechnung in Euro sogar leicht herabgesetzte Mindeststammkapital auf 50.000 EUR heraufzusetzen oder nach Schweizer Vorbild bzw. in Entsprechung zu § 5a Abs. 2 GmbHG-E eine Pflicht zur vollständigen Aufbringung des derzeitigen Mindeststammkapitals von 25.000 EUR vor der Handelsregisteranmeldung vorzusehen. Denn die derzeit sowohl bei der Regel-GmbH (§ 5 Abs. 1 GmbHG-E) wie der Unternehmergesellschaft (§ 5a Abs. 1 GmbHG-E) geplante Herabsetzung der Mindeststammkapitalschwelle stellt in Verbindung mit der einerseits fortbestehenden Möglichkeit der Teilleistung bei der Regel-GmbH (§ 7 Abs. 2 GmbHG-E) und der andererseits erforderlichen vollständigen Kapitalaufbringung bei der Unternehmergesellschaft (§ 5a Abs. 2 GmbHG-E) eine im Ergebnis nicht mehr weit auseinander liegende unnötige Dopplung ein und desselben gesetzgeberischen Regelungsanliegens dar. Diese Dopplung würde durch eine signifikante Erhöhung der Seriositätsschwelle bei der Regel-GmbH und ihre damit verbundene Aufwertung vermieden. Aus der Not zweier sich im Mindeststammkapital unterscheidender Formen der GmbH würde auf diese Weise noch eine (kleine) Tugend gemacht.

## **b) Ausnahme vom Mindeststammkapitalerfordernis und sog. Unternehmergesellschaft (§ 5a GmbHG-E)**

### *aa) Fragwürdigkeit des Vorhabens*

Neben der geplanten Herabsetzung des Mindeststammkapitals erscheint die gänzliche Befreiung von irgendeinem Mindestkapitalerfordernis als überflüssig und schädlich. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Differenz des vor der Handelsregisteranmeldung entstehenden Barkapitalaufbringungsaufwands zwischen einer Regel-GmbH mit einem Mindeststammkapital von 10.000 EUR und einer Unternehmergesellschaft, die praktisch auf ein Stammkapital verzichtet, nur knapp 5.000 EUR beträgt. Der Vorteil, der durch die Gründung einer Unternehmergesellschaft entsteht, ist daher nicht erheblich. Er mag allenfalls bei praktisch mittellosen Gründern oder bei einer massenhaften GmbH-Gründung ins Gewicht fallen, wenn etwa eine größere Immobiliengesellschaft aus Gründen der Steueroptimierung für jede Immobilie eine Tochter-GmbH gründet.

Bei den Geschäftspartnern wird die Unternehmergesellschaft aller Voraussicht nach auf Akzeptanzprobleme stoßen. Auf den Aufbau eines Haftungsfonds durch die Teilthesaurierung möglicher Gewinne, die etwa bei einer Komplementär-UG erst gar nicht anfallen dürften, werden sich geschäftlich erfahrene Gläubiger, die die Möglichkeit zu einer privatautonomen Sicherung haben, nicht verlassen. Von den Vorbehalten gegenüber der englischen Limited in Deutschland war bereits die Rede. Auch die Erfahrungen, die man in Frankreich seit August 2003 mit der sog. SARL à 1 euro gemacht hat, deuten in diese Richtung. Die SARL à 1 euro bietet die Möglichkeit, eine SARL mit einem unter dem Regelmindeststammkapital von 7.500 Euro liegenden Stammkapital in Höhe von mindestens einem Euro zu gründen. Die Mehrheit dieser Gesellschaften wird mit einem Stammkapital von weniger als 10 Euro ausgestattet. Die Geschäftspartner verlangen daher zumeist von einem Geschäftsführer oder Gesellschafter zu stellende persönliche Bürgschaften, so dass die

Gründer angesichts der strengen Bürgenhaftung ihre Rechtsformwahl nicht selten bereuen (näher *Brocard*, Rev. soc. 2004, p. 827 ss.).

Die Unternehmergesellschaft dürfte daher – jedenfalls bei einer Herabsetzung des Mindeststammkapitals bei der Regel-GmbH auf 10.000 EUR – geringe Verbreitung finden. Dies lassen auch die aus Spanien und Frankreich bekannten Gründungszahlen vermuten. So konnte die SLNE die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllen (*Embid Irujo*, RIW 2004, 760, 767). In Frankreich erfolgten trotz einer im Vergleich zur UG noch attraktiveren Ausgestaltung der SARL à 1 euro zwischen August und Dezember 2003 nur etwa 7 % der SARL-Gründungen in dieser Form (Angaben des *Ministre délégué aux petites et moyennes Entreprises, au Commerce, à l'Artisanat, aux Professions libérales et à la Consommation au sujet des résultats de la mise en place du plan „création d'entreprise à 1 euro“*, JOAN du 15 juin 2004, p. 4402 = Rev. soc. 2004, p. 975 s.). Wie viele Gründungen durch die Erleichterungen bei der Kapitalaufbringung überhaupt ermöglicht wurden und wie viele nicht ohnehin erfolgt wären, kann man naturgemäß nur schwer abschätzen. Die Zahl dürfte aber marginal sein. Im Vergleich zu Frankreich, wo die englische Limited keine nennenswerte Bedeutung erlangt hat, besteht in Deutschland zudem noch die Wahrscheinlichkeit, dass die Gründer das Original Limited der Teilkopie Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) vorziehen.

*bb) Gewinnthesaurierung*

Sofern entgegen der hier vertretenen Position an der sog. Unternehmergesellschaft festgehalten werden sollte, sind die Regelungen zum Erfordernis der vollständigen ausschliesslichen Barkapitalaufbringung (§ 5a Abs. 2 GmbHG-E) und zur Gewinnthesaurierung (§ 5a Abs. 3 GmbHG-E) zu begrüßen. Die Vorschriften könnten allenfalls noch durch eine Erhöhung des einzustellenden Gewinnanteils verschärft werden. Denkbar wäre es auch, den Fortbestand der als UG gegründeten Gesellschaft nach beispielsweise zwei Jahren vom Erreichen des Regelmindeststammkapitals einer GmbH abhängig zu machen. Dies würde auch den derzeit gegebenen Anreiz zur Vermeidung ausgewiesener Gewinne nehmen.

*cc) Briefkopfpublizität*

Das Stammkapital einer Unternehmergesellschaft sollte zudem der insoweit etwa auch in Frankreich üblichen Briefkopfpublizität (vgl. § 35a GmbHG) unterliegen, damit potentielle Geschäftspartner zumindest über die prekäre Finanzausstattung der Gesellschaft informiert werden.

*dd) Bezeichnung und Firmenzusatz*

Die vorgesehene Bezeichnung als „Unternehmergesellschaft“ und der in § 5a Abs. 1 GmbHG-E für die Firmenbildung zwingend vorgeschriebene entsprechende Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ sollten in jedem Fall noch einmal überdacht werden. Die Bezeichnung und der Rechtsformzusatz sind nämlich in mehrfacher Hinsicht irreführend. Zum einen suggerieren sie das Vorliegen einer von der GmbH verschiedenen eigenständigen Gesellschaftsform, die die Unternehmergesellschaft gerade nicht sein soll und nicht ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Bezeichnung und der Rechtsformzusatz nach einer Stammkapitalerhöhung über die Schwelle 10.000 EUR hinaus fortgeführt werden (§ 5a Abs. 5 a. E. GmbHG-E). Unternehmergesellschaften werden darüber hinaus nicht nur Unternehmen betreiben, da sie als Unterform der GmbH zu jedem legalen und damit auch einem gemeinnützigen Zweck gegründet werden können. Der Begriff der (Mit-)Unternehmergesellschaft war zudem bislang im Gesellschaftsrecht für die OHG und allenfalls noch die unternehmenstragende GbR reserviert (siehe

etwa *Wiedemann*, ZGR 1975, 385, 386 ff.). Auch die Mitunternehmerschaft des Einkommensteuerrechts verlangt neben einer Unternehmerinitiative ein nennenswertes Unternehmerrisiko (siehe nur BFH-GrS v. 25.6.1984 BFHE 141, 405, 440). Der Begriff der Unternehmergesellschaft suggeriert damit eine insbesondere auch durch die persönliche Haftung gekennzeichnete Risikogemeinschaft der Gesellschafter, wie sie bei einer Gesellschaft, in der die Gesellschafter unter Umständen nur den Verlust von Stammeinlagen in Höhe von einem Euro riskieren, gerade nicht gegeben ist. Schließlich wird nicht hinreichend deutlich, dass es sich nicht nur um eine Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen handelt, sondern dass es sich entgegen der Tradition und auch entgegen dem künftigen Regelfall um eine Gesellschaft mit reduziertem oder gar völlig fehlendem Mindeststammkapital handelt. Zutreffend und das Unterfangen zugleich entlarvend wäre etwa der vom Bundesrat in seiner Stellungnahme (BT-Drucks. 16/6140, Anlage 2, S. 150) vorgeschlagene Rechtsformzusatz: „Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindeststammkapital)“ bzw. „GmbH (o.M.)“. Denkbar wären zudem die Bezeichnungen „Gründer-GmbH“ (G-GmbH) oder „GmbH im Aufbau“ (GmbH i.A.), die anders als wiederum der seinerzeit vom Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen vorgeschlagene Name „Gründergesellschaft“ (GG) die grundsätzliche Identität mit der GmbH offenbaren würde. Bei einer GmbH, die praktisch über kein Mindeststammkapital verfügt, könnte man auch von einer „kapitallosen Kapitalgesellschaft“ sprechen (so *Mechthild Dyckmans* zu TOP 8 der 115. Sitzung des Deutschen Bundestages am 20.9.2007). Der Bruch mit den Traditionen des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts käme dann klar zum Ausdruck.

Keinesfalls sollte der Klammerzusatz „haftungsbeschränkt“ gestrichen werden, um diese wichtige Information klar und nicht erst auf Nachfrage zu vermitteln sowie Verwechslungen mit Personengesellschaften zu vermeiden.

### c) **Kapitalaufbringung**

#### aa) *Wegfall des Vollaufbringungsgrundsatzes bei der Einpersonen-GmbH (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG-E)*

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Streichung des Erfordernisses der Sicherung einer noch teilweise ausstehenden Bareinlage bei der Einpersonen-GmbH (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG) und der entsprechenden Versicherung (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG) sollte nochmals überdacht werden. Denn die nach geltendem Recht bestehende Sonderbehandlung der Einpersonen-GmbH ist dadurch gerechtfertigt, dass es bei der Einpersonen-GmbH keinen weiteren Gesellschafter gibt, der nach § 24 GmbHG für einen allfälligen Ausfall haften könnte. Eine strengere Behandlung der Einpersonen-GmbH ist auch generell dadurch gerechtfertigt, dass diese Gesellschaftsform allein dem Haftungsbeschränkungsinteresse einer Einzelperson dient, Missbräuche des Instituts der Haftungsbeschränkung hier häufiger auftreten und das Privileg der Haftungsbeschränkung auf eine aus dem Privatvermögen einer Einzelperson ausgeschiedene Vermögensmasse in besonderer Weise verdient werden muss (vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 16/6140, Anlage 2, S. 157). Es ist kein Zufall, dass die Anerkennung von Einpersonen-Kapitalgesellschaften immer noch auf Bedenken stößt (näher *Ruedin*, Abschiedsvorlesung vom 16.12.2006, im Druck) und im Schweizer Recht die direkte Gründung solcher Gesellschaften erst mit der am 1.1.2008 in Kraft getretenen Reform des Obligationenrechts anerkannt wurde (Art. 625 und 772 Abs. 1 OR). Im neuen Schweizer Recht gibt es zwar keine dem geltenden deutschen § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG entsprechende Vorschrift, doch erübrigt sich eine solche Regelung, weil im Schweizer Recht ohnehin für alle GmbH-Gesellschafter die Pflicht zur vollständigen Kapitalaufbringung vor der Handelsregisteranmeldung besteht.

*bb) Zulassung des Hin- und Herzählens von Bareinlagen (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E)*

Der Verzicht auf eine reale Barkapitalaufbringung in § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-E sollte ebenfalls noch einmal überdacht werden. Erfüllt wird eine Bareinlage nach geltendem Recht nur durch ihre reale endgültige Leistung an die Gesellschaft zur freien Verfügung der Geschäftsführer (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 2 GmbHG). Entgegen der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf ist es ein erheblicher Unterschied, ob die Gesellschaft über eine geleistete Einlage frei verfügen kann bzw. eine durch Art. 16 Abs. 3, 19 Abs. 2, 22 und 24 GmbHG gesicherte Einlageforderung besitzt oder ob sie nur über eine gewöhnliche schuldrechtliche Forderung verfügt, selbst wenn diese vollwertig ist (im Zeitpunkt des Mittelrückflusses einmal vollwertig gewesen sein sollte). Bedenken begegnet insbesondere die vorab vereinbarte bedingungslose Rückzahlung an den Inferenten, die den Geschäftsführern von vornherein die Verfügungsmöglichkeit über den zugeflossenen Betrag nimmt. Zugelassen werden könnte allenfalls eine Rückzahlungsverpflichtung der Gesellschaft an einen voll liquiden Cash-Pool, die erst nach Abschluss eines Geschäftstages oder einer längeren Abrechnungsperiode unter der Bedingung eines positiven Liquiditätssaldos der GmbH entsteht. Wenn man der konzerngebundenen GmbH bereits bei ihrer Gründung die Vereinbarung einer rechtssicheren Beteiligung an einem voll liquiden Cash-Pool ermöglichen möchte, dann sollte man lediglich eine auf diesen Fall begrenzte Regelung schaffen. Der an die Stelle des Bareinlageleistungsanspruchs tretende Zahlungsanspruch der GmbH müsste dann aber nicht nur vollwertig, sondern auch gleichwertig, d. h. wie ein als Einlage gesichertes Bankguthaben voll liquide sein. Die Darlegungs- und Beweislast träge insofern den Inferenten.

*cc) Anerkennung der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG-E)*

Ohne effektive Sanktionen laufen die detaillierten Regelungen zur qualifizierten Sachgründung leer. Mit der Anerkennung der Erfüllungswirkung einer verdeckten Sacheinlage nach Art. 19 Abs. 4 GmbHG-E, für deren Erbringung bei der sog. Unternehmergesellschaft wegen des Verbots offener Sacheinlagen (§ 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG-E) noch ein zusätzlicher Anreiz bestünde, würde man aber genau diese Gefahr heraufbeschwören. Nur im Falle fehlender vollständiger Werthaltigkeit bliebe es bei der Differenzhaftung (§ 9 GmbHG) sowie beim Risiko etwaiger Nachleistungs- und Schadensersatzansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter und Geschäftsführer (§ 9a, 43 GmbHG). Fraglich wäre zudem, inwieweit die Gesellschafter und Geschäftsführer aufgrund von Falschangaben der Strafsanktion nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG ausgesetzt wären.

Unklar ist auch noch das Verhältnis zwischen der vom Geschäftsführer nach § 8 Abs. 1 S. 1 GmbHG abzugebenden Erklärung und den in § 8 Abs. 2 S. 2 und § 19 Abs. 4 GmbHG-E vorgesehenen Durchbrechungen der realen und artgerechten Kapitalaufbringung. Fraglich ist, ob der Geschäftsführer einen entsprechenden Vorbehalt anbringen dürfen oder ob er insoweit kraft Gesetzes von den ihn wegen der Falschheit seiner Angaben treffenden Sanktionen befreit ist. Insoweit wäre eine Klarstellung anzubringen.

Wenn ein Gesellschafter entgegen der getroffenen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung statt einer Bar- lieber eine Sacheinlage nach dafür vorgesehenen Vorschriften einbringen möchte, sollte er hierzu aber besser nicht durch eine gesetzliche Ersetzungsbefugnis (sog. Erfüllungslösung) oder bloße Anrechnung der wirksam erbrachten Sachleistung (Anrechnungslösung), sondern nur durch eine Satzungsänderung ermächtigt werden. Diese Satzungsänderung könnte man abweichend von der bisherigen Rechtslage auch vor der Eintragung mit einer Zweidrittelmehrheit zulassen (Ulmer, ZIP 2008, 45, 52).

### **III. Gesellschafterbestand**

#### **1. Publizität des Gesellschafterbestands**

In der Schweiz führt die Gesellschaft ein Anteilbuch (Art. 790 OR). Daneben sind die Gesellschafter aber auch noch mit etwas weniger Angaben in das Handelsregister einzutragen (Art. 791 OR). Dies sollte auch im deutschen Recht anstelle der bloßen Einreichung einer Gesellschafterliste erwogen werden, da die Gesellschafterzusammensetzung eine wichtige und daher einfach zugänglich zu machende Information für den Rechtsverkehr darstellt. Aufgrund der materiellen Publizitätswirkungen der Handelsregistereintragung nach § 15 HGB könnte ein auf einem bewährten Rechtsscheinträger beruhender systemkonformer Verkehrsschutz sowie ein indirekter Zwang zur Eintragung und damit zur ständigen Aktualisierung der Gesellschafterliste erreicht werden (vgl. dazu auch die vorgeschlagenen Sonderregelungen in § 16 Abs. 1 und 3 GmbHG-E). Anstelle der Gesellschaft sollten die betroffenen Gesellschafter zur Anmeldung des Gesellschafterwechsels berechtigt und verpflichtet sein. Der Zusatzaufwand für die Registergerichte hielte sich angesichts der Aufbereitung der Daten durch den die Anteilsabtretung beurkundenden Notar und der elektronischen Registerführung in Grenzen. Die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister wäre jedenfalls dann aus Gründen der Rechtssicherheit und Kontrolle unverzichtbar (vgl. z. B. auch § 15a InsO-E), wenn man wie in der Schweiz auf eine Beurkundung der Anteilsübertragung verzichtete (vgl. dazu auch die Begründung in der Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19.12.2001, BBl 2002, S. 3192; abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/3148.pdf>).

#### **2. Beurkundung der Anteilsübertragung nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG**

Entgegen vereinzelt Forderungen lässt der Regierungsentwurf die nach § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG bestehenden Beurkundungserfordernisse unberührt. Richtigerweise erhält er damit ein nicht nur für die Parteien, sondern auch für den Register- und Geschäftsverkehr unverzichtbares Formerfordernis. Denn den Erwerber eines GmbH-Anteils können nach § 16 Abs. 3, § 24 und § 31 Abs. 3 GmbHG erhebliche Haftungsrisiken treffen, mit denen zumindest der rechtlich zuvor nicht beratene Erwerber bei einer Kapitalgesellschaft regelmäßig nicht rechnet und über die er daher bereits bei Abschluss des ihn verpflichtenden Geschäfts aufzuklären ist. Auch wenn die Parteien geschäftlich erfahren sind oder rechtlich beraten wurden, ist die Durchsicht sämtlicher Unterlagen durch einen neutralen Dritten ein wichtiges Kontrollinstrument. Eine Verlagerung dieser Kontrolle auf die Registergerichte würde diese kapazitätsmäßig überfordern. Im Zusammenhang mit der Beurkundung erfüllt der Notar zugleich auch wichtige Meldepflichten gegenüber den Steuerbehörden (§ 54 EStDV; vgl. dazu auch die Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/6140, Anlage 2, S. 148 und die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140, Anlage 3, S. 1) und nach dem Geldwäschegesetz (Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/6140, Anlage 2, S. 152). Ein weiteres Bedürfnis nach Beurkundung könnte sich auch noch aus dem MoMiG selbst ergeben, wenn nämlich eine teilweise Anteilsübertragung dazu führt, dass eine mit Mustersatzung gegründete Gesellschaft künftig mehr als drei Gesellschafter aufweist und sich hierdurch neue beratungsrelevante Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen.

Die Beurkundung sollte nach wie vor alle Punkte umfassen, über die die Parteien Einvernehmen erzielen wollen (sog. Vollständigkeitsgrundsatz). Eine Beschränkung der Beurkundung auf die unmittelbar mit der Anteilsveräußerung zusammenhängenden Vertragspunkte nach Schweizer Vorbild scheint nicht sinnvoll. Denn damit würde sich die Beratung nur auf einen isolierten Teil des Geschäfts beschränken und der beurkundende Notar könnte nicht mehr die vor dem Hintergrund

von § 139 BGB wichtige vollständige Wirksamkeitskontrolle vornehmen und die Ausgewogenheit der Vereinbarungen unabhängig prüfen.

Auch eine Beschränkung der Beurkundungspflicht auf das dingliche Veräußerungsgeschäft (§ 15 Abs. 3 GmbHG) wäre nicht sinnvoll. Sofern der Notar die Rechtmäßigkeit und das Wirksamwerden der dinglichen Anteilsübertragung bescheinigen soll, wird er das nur dann tun können, wenn er sicher sein kann, dass das dingliche Veräußerungsgeschäft nicht aufgrund einer allfälligen Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts seinerseits unwirksam ist. Die Anteilsübertragung ist zwar grundsätzlich abstrakt und daher unabhängig vom Kausalgeschäft wirksam, doch kann es insbesondere aufgrund der häufig getroffenen Vereinbarung einer wechselseitigen Wirksamkeitsbedingung zu Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips kommen. Der Notar müsste die Parteien daher bei der Beurkundung des dinglichen Übertragungsgeschäfts zumindest zum Verzicht auf die Bedingungsklausel bewegen. Die Parteien wären gezwungen, die Zug-um-Zug-Leistung auf eine andere kostenträchtige Weise zu gewährleisten.

Sofern man im Rahmen von § 15 Abs. 4 GmbHG die vollständige Vorlesungspflicht vor allem bei komplexen Transaktionen als überholt und nicht mehr praktikabel ansieht, sollte über deren sinnvolle Begrenzung nachgedacht, nicht jedoch das Kind mit dem Bade ausgeschüttet und allein deshalb die generelle Abschaffung der im Massengeschäft wichtigen Beurkundung mit Warn-, Beweis- und Beratungsfunktion erwogen werden. Die Beschränkung der Vorlesungspflicht wäre jedoch eine nicht mehr nur auf das GmbH-Recht beschränkte Frage des „Wie“ der Beurkundung.

Basel, den 20.1.2008

Prof. Dr. Peter Jung