

DEUTSCHER BUNDESTAG  
- Rechtsausschuss -  
Platz der Republik 1  
**11011 Berlin**

15.01.2008

**Öffentliche Anhörung zum MoMiG (BT-Drs.16/6140) am 23. Januar 2008**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender!

Meine von Ihnen zur Vorbereitung der Anhörung des Rechtsausschusses erbetene Stellungnahme beschränkt sich auf einige besonders markante Punkte des GmbH-rechtlichen Teils des Gesetzentwurfs.

**1. Vorbemerkung**

Das mehr als 115 Jahre alte GmbHG markiert, wenn man auf die Jahr für Jahr steigende, inzwischen bei rund 1 Mio. Gesellschaften dieses Typs liegende Zahl blickt, eine Erfolgsgeschichte ohnegleichen. Ungeachtet dessen ist es sehr zu begrüßen, dass mit dem MoMiG der Versuch unternommen wird, das Gesetz den Erfordernissen der inzwischen eingetretenen Entwicklungen anzupassen. Der Entwurf beschränkt sich erfreulicherweise nicht auf die Beseitigung der Missstände der sog. „GmbH-Bestattungen“, die im Jahr 2002 Anlass für die Justizministerkonferenz gewesen ist, Reformüberlegungen anzustoßen, sondern ergreift die Gelegenheit, Ballast abzuwerfen, das Gesetz zu modernisieren und damit den Versuch zu unternehmen, die Stellung der GmbH national und auch im internationalen Wettbewerb zu stärken.

Diese skizzierte Vorgehensweise von der Beseitigung einzelner Unzuträglichkeiten hin zu einer Entschlackung und Modernisierung des GmbH-Rechts zu gelangen, bringt den Nachteil mit sich, dass das Reformvorhaben nicht von vornherein darauf angelegt ist, ein modernisiertes GmbHG „aus einem Guss“ zu verabschieden, sondern dass – teilweise erst ganz am Ende des Prozesses – einzelne Vorschläge aufgegriffen und ohne die wünschenswerten rechtstatsächlichen Untersuchungen und ohne eine weit ausgreifende Diskussion zwischen Wirtschaft, Wissenschaft, Rechtspraxis und Justiz in den Entwurf aufgenommen worden sind. Dies hat nach meinem Eindruck nicht nur dazu geführt, dass – selbst wenn man der Zielrichtung des Entwurfs in allen Punkten folgen wollte - problematische Einzelregelungen Eingang in den Gesetzentwurf gefunden haben, sondern dass außerdem mitunter die Interessen einzelner Gruppen besonderes Gehör gefunden haben, während die Belange der weit

mehr als 95% der „normalen“ GmbH und deren vertraglichen und gesetzlichen Gläubiger in geringerem Maße Beachtung gefunden haben.

## **2. Missbrauchsbekämpfung**

Zu den begrüßenswerten Vorschlägen gehören diejenigen über die Missbrauchsbekämpfung am Ende des Lebens der Gesellschaft. Bedauerlich ist hier allein, dass der Entwurf, der mit Recht von unserem „bewährten“ und – jedenfalls im Prinzip – beizubehaltenden Haftkapitalsystem spricht, davon abgesehen hat, die Verantwortung der Gesellschafter für die ordnungsgemäße Abwicklung der GmbH zu schärfen. Es wäre wünschenswert, wenn den Gesellschaftern deutlich vor Augen geführt würde, dass ihr Handeln unter dem Schutzdach der Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG nicht nur erfordert, dass sie die versprochenen Einlagen erbringen und diese der Gesellschaft für die Dauer deren Lebens belassen müssen, sondern dass auch sie selbst und nicht nur die Geschäftsführer als die typischen Liquidatoren, haftungsbewehrte Verantwortung dafür tragen, dass die beendete Gesellschaft lege artis abgewickelt wird. Neben die beiden etablierten Säulen unseres Kapitalschutzsystems – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung – sollte also eine dritte Säule „ordnungsgemäße Abwicklung“ gestellt werden.

## **3. Entbürokratisierung**

Die unter diesem Aspekt vorgesehenen Maßnahmen bieten ein zwiespältiges Bild: Der Abbau von Hemmnissen bei der Gründung einer GmbH, wie er sich z.B. in der Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG zeigt, ist ein begrüßenswertes Vorhaben. Für die vorgeschlagene Mustersatzung mit „Gründungsset“ lässt sich dies aus der Sicht der Justiz nur sehr eingeschränkt sagen. Von der Regelung, die im übrigen in ihrer unflexiblen Starrheit dem Deregulierungsziel nur eingeschränkt gerecht wird und im weiteren Leben der GmbH zu mancherlei Schwierigkeiten führen wird, über die im Schrifttum bereits diskutiert wird, profitieren allein die finanzstarken, grossen Gesellschafter, die auf eine unvoreingenommene, neutrale Rechtsberatung durch einen Notar glauben verzichten zu können und die Gesellschaft nur als Instrument für die Verfolgung bestimmter Ziele im Unternehmensverbund benötigen. Für die übergrosse Zahl der „normalen“ GmbH mit mehr als einem Gesellschafter mag der Weg über die Mustersatzung möglicherweise bei der Gründung als vorteilhaft erscheinen, in der täglichen Praxis jedoch wird sich das Defizit neutraler notarieller Beratung alsbald als Nachteil erweisen, von dem auch die Vertragspartner einer solcherart gegründeten GmbH und die Gerichte betroffen sein werden, die die im vorhinein nicht geregelten Konflikte dann durch Urteil werden lösen müssen.

Es kommt hinzu, dass Fehler im Anmeldeverfahren nicht mehr wie bei der bisher notwendigen Einschaltung des Notars als Organ der vorsorgenden Rechtspflege von vornherein vermieden, jedenfalls aber unschwer zwischen den jeweils mit den Erfordernissen bestens vertrauten

Registergerichten und Notaren ausgeräumt werden können, sondern dass die Gründer sich unmittelbar mit dem Handelsregister auseinandersetzen müssen.

#### **4. Gutgläubenserwerb**

Etwas ganz Neues bringt der RegE mit dem neuen § 16 Abs. 3, der im Anschluss an die neue Bedeutung der Gesellschafterliste den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen ermöglicht. Aus der Sicht der M&A-Praxis scheint dies ein großer Fortschritt zu sein, hat es doch bisher oft erhebliche und mitunter nicht zum Ziel führende Mühe bereitet festzustellen, ob der Veräußerer eines Geschäftsanteils überhaupt dessen berechtigter Inhaber ist. Eine andere Frage ist, ob die Umsetzung dieses berechtigten Anliegens rundum geglückt ist, auch hier gibt es bereits kontroverse Diskussionen im Schrifttum über die Auslegung der Vorschrift, und es wird wohl einige Zeit ins Land gehen, ehe durch die höchstrichterliche Rechtsprechung Rechtssicherheit geschaffen worden ist.

Schon im Ansatz bedenklich ist jedenfalls der Umstand, dass in Zukunft ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil soll verlieren können, nur weil er gegen eine unrichtige, nicht von ihm stammende oder von ihm autorisierte, sondern vom Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG autonom erstellte Gesellschafterliste nicht eingeschritten ist. Das entfernt sich weit von den unserem Recht bekannten Regeln über den Gutgläubenserwerb und erscheint auch deswegen konfliktträchtig, weil die Interessen der Gesellschafter nicht unbedingt deckungsgleich mit denen des Geschäftsführers sind; in Konzernsituationen mag dies weniger bedeutsam sein, für die große Zahl der kleineren personalistisch strukturierten GmbH sehe ich ein zusätzliches Konfliktfeld für die Austragung von Mehrheits- und Minderheitskonflikten in der Gesellschaft, welche dann von den Gerichten bereinigt werden müssen.

#### **5. Abbau des Kapitalschutzes**

Der Entwurf hat von Vertretern des Bundesministeriums der Justiz als „bedenkenswert“ bezeichnete Vorschläge eines Paradigmenwechsels weg vom präventiven Kapitalschutz hin zu einer repressiven Verhaltenskontrolle der Gesellschafter und der geschäftsleitenden Organe nicht aufgegriffen. Er will vielmehr an dem „bewährten Haftkapitalsystem“ festhalten. Im Ansatz ist dies ausdrücklich zu begrüßen, weil bei unserem tradierten System die Gesellschafter entscheiden, mit welchem Eigenkapital oder Quasikapital sie die Gesellschaft ausstatten wollen, und bei dem sie mit einer weiteren Belastung nicht rechnen müssen, wenn sie ihr Leistungsversprechen ordnungsgemäß erfüllen. Durch eine ganze Reihe von Einzelregelungen konterkariert der Entwurf jedoch dieses Ziel, so dass als Gesamtbewertung zu konstatieren ist, dass das „bewährte“ System durch tiefe Einschnitte in die gewachsenen Strukturen geschwächt wird. Das wird mit Sicherheit negative Folgen gerade für die kleinen und mittleren vertraglichen Gesellschaftsgläubiger haben, denen es nicht möglich ist, sich werthaltige Sicherheiten einräumen zu lassen, und die auch nicht nur nach Vorleistung tätig werden können. Das Fallmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung zeigt im übrigen, daß eine

Schwächung des Kapitalschutzsystems auch die Verfolgung gesetzlicher Ansprüche – hier sind vornehmlich der Fiskus und die Sozialkassen zu nennen – erheblich erschweren wird. Die beklagenswert hohe Zahl masseloser Insolvenzen wird auf diese Weise mit Sicherheit nicht abnehmen. Insgesamt sehe ich die Gefahr, dass in noch stärkerem Maße als bisher das „Aschenputtel“-Verhalten um sich greift, Vorteile aus der haftungsbeschränkten Teilnahme am Rechtsverkehr von den Handelnden in Anspruch genommen, die Verluste aber sozialisiert werden.

#### **- Herabsetzung des Mindeststammkapitals**

Der RegE hält es für angezeigt, das gesetzliche Mindeststammkapital für die normaltypische GmbH von 25.000 € auf 10.000 € herabzusetzen. Damit wird einer teilweise geäußerten Kritik Rechnung getragen, nach welcher die der gesetzlichen Stammkapitalziffer von 25.000 € zugeschriebene Funktion einer Betriebsvermögensreserve oder eines Haftungsfonds abgesprochen wird. Man kann aus der als Richter gewonnenen Erfahrung sehr darüber streiten, ob diese Kritik berechtigt ist, denn auch die Sorge vor der Exekutierung der Kapitalschutzvorschriften in der Insolvenz der Gesellschaft durch den Insolvenzverwalter hat sehr wohl präventive Wirkung auf die beteiligten Personen und deswegen durchaus eine verhaltenssteuernde Funktion. Dass das Mindeststammkapital von 25.000 € zu niedrig ist, um die beiden genannten Funktionen zu erfüllen – so wie dies bei Schaffung der GmbH der Fall gewesen ist –, ist eine betriebswirtschaftliche Binsenweisheit, der sich auch der RegE keineswegs verschließt. Deswegen hätte der Gesetzgeber, wenn er an dem von ihm so genannten „bewährten Haftkapitalsystem“ glaubte festhalten zu sollen, konsequenterweise die Summe heraufsetzen müssen. Wenn statt dessen der Betrag auf 10.000 € herabgesetzt wird, weil der RegE meint, auf die Interessen von Dienstleistern Rücksicht nehmen zu müssen, die angeblich eines 10.000 € übersteigenden Kapitals nicht bedürfen, reduziert sich in der Tat die Bedeutung der Kapitalausstattungspflicht allein darauf, nicht hinreichend leistungsfähigen Personen den Weg in die GmbH zumindest zu erschweren. Dass dies – auch – ein wichtiges Anliegen des GmbHG ist, wissen wir aus den Erfahrungen, die wir in den Neunziger Jahren des vorigen Jahrhunderts mit den seinerzeit wie Pilze aus dem Boden geschossenen BGB-Gesellschaften mit beschränkter Haftung haben machen müssen.

Gleichwohl ist der Schritt des Entwurfs nicht nur inkonsequent, sondern auch deswegen sehr bedenklich, weil er das falsche Signal setzt, dass man nämlich die Haftungsbeschränkung „billiger“ haben kann, gleichzeitig aber nicht mit einer schärferen repressiven Kontrolle rechnen muss, wie wir sie aus den Rechtsordnungen kennen, die auf den präventiven Kapitalschutz verzichten. Diese Absenkung des „Eintrittspreises“ hat natürlich zur Folge, dass sich das ganze Haftungsgefüge weg von dem einzelnen GmbH-Gesellschafter hin zu seinen Gläubigern verschiebt. Da die Gerichte diese Absenkung der Seriositätsschwelle nachvollziehen müssen, kommt eine Kompensation durch die Aktivierung alternativer Haftungsinstrumente, wie sie die von der Literatur entwickelte Unterkapitalisierungshaftung darstellt, nicht in Betracht.

#### **- Eingriffe in das Sacheinlagerecht**

Traditionellem Denken im deutschen Gesellschaftsrecht entspricht die Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlagen. Der Gesetzgeber – in Sorge, dass der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung

nicht gewahrt wird, die Gesellschafter sich vielmehr „reich“ rechnen – hat eine Reihe von Vorkehrungen – vor allem zu nennen sind Publizität und Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht - getroffen, um sicher zustellen, dass die GmbH wirklich den versprochenen Wert erhält. Werden diese – leicht zu befolgenden - gesetzlichen Vorgaben nicht beachtet, reagiert die Rechtsprechung, die sich dabei seit jeher auf entsprechende Vorarbeiten im Schrifttum stützen kann, rigide und spricht der so genannten „verdeckten Sacheinlage“ jede Erfüllungswirkung ab. Für die Gesellschafter bedeutet dies, dass sie von ihrem Leistungsversprechen nicht frei geworden sind und in der Insolvenz der Gesellschaft ihren Rückforderungsanspruch betreffend die tatsächlich geleistete Einlage nur mit der Quote bedient erhalten, soweit nicht eine Sache im sachenrechtlichen Sinn eingebracht worden ist, deren Eigentum bei dem Inferenten geblieben ist.

Diese Rechtsfolge wird als drakonisch empfunden. Dies und die Schwierigkeiten und Restriktionen, die die von dem II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes entwickelten Heilungsmöglichkeiten einer verdeckten Sacheinlage mit sich bringen, haben die Verfasser des Gesetzentwurfs bewogen, § 19 Abs. 4 neu zu fassen: Danach erhält die verdeckte Sacheinlage Erfüllungswirkung, der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung wird nur noch dadurch sicher gestellt, daß der Inferent bei ihm treffender Beweislast eine etwa bestehende Differenz nach Maßgabe von § 9 auszugleichen hat. Isoliert betrachtet, handelt es sich um einen Deregulierungsschritt, der den Betroffenen Erleichterung verschafft und für ein höheres Maß an Rechtssicherheit und Vorsehbarkeit sorgt. Dogmatisch zweifelhaft ist der Gedanke, dass der Inferent sein Barleistungsversprechen auch durch eine andere, nicht verabredete Leistung soll erfüllen dürfen. Kritikwürdig ist daran vor allem der Umstand, daß die Sacheinlagevorschriften im übrigen unverändert bleiben sollen: Der Geschäftsführer vor allem hat dafür zu sorgen, dass das Einlageversprechen buchstabengetreu erfüllt wird, er hat dem Registergericht gegenüber die Versicherung abzugeben, dass ihm die versprochene Einlage zur endgültig freien Verfügung steht, und er hat nach § 9a GmbHG zivilrechtlich und nach § 82 GmbHG strafrechtlich dafür einzustehen, dass diese Erklärung unrichtig ist, weil nach dem künftigen Recht die Gesellschafter die geschuldete Bareinlage durch eine Sacheinlage substituieren dürfen, ohne eine schärfere Sanktion als die Differenzhaftung gewärtigen zu müssen. Das ist nicht nur ungerecht, sondern verfehlt auch die Ziele der Deregulierung und der Schaffung größerer Rechtssicherheit und Transparenz.

Für die Inferenten schafft das vorgesehene neue Recht eine weitere Verbesserung, mit der als Nachteil die Schwächung des Schutzes der Gläubiger korrespondiert. Nach der bisherigen Judikatur kommt eine Heilung einer verdeckten Sacheinlage nur mit ex nunc-Wirkung in Betracht, d.h. im Zeitpunkt des Heilungsbeschlusses muss der Gesellschafter einen Gegenstand in Höhe des Wertes des ursprünglichen Leistungsversprechens einlegen. Künftig entfällt diese Erschwernis, weil es unter dem Blickwinkel der Differenzhaftung nur noch darauf ankommt, was der Gesellschafter seinerzeit an Werten der Gesellschaft zugeführt hat. Für den gut beratenen Gesellschafter, also gerade die großen Unternehmen als Gesellschafterinnen ergibt sich ein – im Schrifttum bereits als sachgerechte Lösung vorgeschlagener - Gestaltungsfehlreiz, die fortbestehenden Sacheinlagevorschriften beiseite zu schieben und an Stelle der versprochenen Bareinlage eine Sacheinlage zu leisten, deren Wert zwar gutachtlich ermittelt, dem Registergericht aber nicht offenbart wird, so dass die nach dem

Gesetz bei Sacheinlagen vorgeschriebene präventive registergerichtliche Werthaltigkeitskontrolle unterbleibt und auch der interessierte Bürger bei der Einsichtnahme in das Handelsregister über die Substitution der Einlage und deren Folgen für sein eigenes Verhalten im Unklaren bleibt. Dem Insolvenzverwalter kann man dann das Wertgutachten aus dem Panzerschrank präsentieren, woran deutlich wird, dass die von den Verfassern des Gesetzentwurfs ins Feld geführte Abschreckungswirkung der Beweislastumkehr schwerlich einen realen Hintergrund hat. Dass man deswegen die Sacheinlagevorschriften schlechthin abschaffen sollte, möchte man dem Gesetzgeber nach allen Erfahrungen mit Sacheinlagen nicht empfehlen; ginge er so vor, handelte es sich aber wenigstens um eine in sich konsistente Lösung, welche zweifellos deregulierend wirken und den Anforderungen an gesetzgeberische Konsequenz eher entsprechen würde, als der Eingriff nur in die Rechtsfolgen einer Missachtung der Sacheinlagevorschriften durch die Gesellschafter.

Hinzuweisen ist schließlich auf die vorgesehene Bestimmung über das Inkrafttreten dieser Neuregelung: Sie soll Rückwirkung haben, was für zahlreiche klagende Insolvenzverwalter, die nach dem bisher geltenden Recht für die Gesamtheit der Gesellschafter die Beachtung der Kapitalschutzvorschriften durchsetzen wollen, zu großen Problemen führen wird, weil ihren ursprünglich schlüssigen Klagen mit der Gesetzesänderung rückwirkend der Boden entzogen wird.

#### **- Sonderrecht für das cash pooling bei der Kapitalaufbringung**

Hin- und Herzahlen im Rahmen der Kapitalaufbringung ist – anders als dies öfter von den Tatsachengerichten angenommen wird – keineswegs immer als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren. In Wahrheit geht es dabei um die Frage, ob der Einlagebetrag endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet worden ist. Der II. Zivilsenat ist in den beiden letzten Jahren bekanntlich der Auffassung entgegengetreten, eine solche Verletzung der gesetzlichen Pflichten führe zu einer Verdoppelung der Leistungsschuld. Vornehmlich das OLG Schleswig hatte gemeint, das Hin- und Herzahlen habe keine Tilgungswirkung, so dass die Einlageschuld offen sei, daneben habe aber der Inferent auch noch auf Grund des Herzahlens – der causa Darlehen oder Bereicherung – denselben Betrag ein zweites Mal zu erbringen. Nach Auffassung des II. Zivilsenats ist das Hin- und Herzahlen kapitalaufbringungsrechtlich ein nullum, es ist so zu behandeln, als habe der Inferent seine Brieftasche nie geöffnet, sondern das Geld bei sich behalten. Dann gibt es konsequenterweise nur eine offene Schuld, die durch jedwede Leistung seitens des Inferenten – auch wenn er sie fälschlich als Darlehensrückzahlung bezeichnet – getilgt wird.

Als einen solchen nicht zur Erfüllung der Einlageschuld führenden Vorgang behandelt der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auch die Kapitalaufbringung im Rahmen eines cash pools, obwohl wir natürlich um den betriebswirtschaftlichen Sinn solcher Finanzierungsformen wissen und sie auch keineswegs a limine kritisch sehen. Wir glauben jedoch nicht, dass es – so ist es in dem Senatsurteil vom 16. Januar 2006 formuliert worden – ein „Kapitalaufbringungs-Sonderrecht“ für Gesellschaften gibt, die in ein solches cash pool System eingebunden sind. Der Sache nach würde – legt man einem solchen Verfahren, bei dem der morgens von der Inferentin gezahlte Betrag abends auf das der Inferentin zugordnete Zentralkonto zurücktransferiert wird, Tilgungswirkung bei – die Einlageschuld

durch einen Darlehensrückzahlungsanspruch ersetzt, was allen Regeln über die reale Kapitalaufbringung widerspricht.

Hier öffnet sich der Gesetzentwurf abermals dem Druck der Wirtschaftsverbände und lässt nunmehr in § 8 Abs. 2 Satz 2 eben diese Substitution der Einlageschuld durch eine – obendrein schwächere – Rückzahlungsschuld zu. Das gilt allerdings nur dann, wenn der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist; in allen anderen Fällen bleibt es bei dem bisherigen Recht, das nach der Erwartung des Entwurfs auch in Zukunft in der bisherigen Weise von der Rechtsprechung angewandt werden soll. Im Klartext bedeutet sie, dass wir künftig ein Sonderrecht bei der Kapitalaufbringung für Konzerne oder große Gesellschaften mit Tochtergesellschaften haben werden, bei denen auf eine reale Kapitalaufbringung kein Wert mehr gelegt wird, während die weit mehr als 95% der anderen Gesellschafter, die oft schon Mühe haben, das gesetzliche Mindeststammkapital auszubringen, auf Euro und Cent ihre Einlage zu leisten haben. Dass dies ein Beitrag zur Entbürokratisierung oder besseren Durchschaubarkeit des GmbH-Rechts ist, wird man schwerlich sagen können.

Für die Geschäftsführer ergibt sich eine neue Haftungsfalle: Sie müssen prüfen, ob der Rückzahlungsanspruch vollwertig ist; Irrtum macht haftbar. Damit ist es aber noch nicht genug, auch in der Folgezeit hat der Geschäftsführer sein Augenmerk darauf zu richten, ob der ursprünglich vollwertige, also zur Substitution der Einlageschuld taugliche Rückzahlungsanspruch auch vollwertig bleibt. Verschlechtert sich die Lage der Gesellschafterin, muss er handeln, eine Pflicht, die sich nicht aus dem Kapitalaufbringungsrecht, wohl aber aus der allgemeinen organschaftlichen Aufgabenstellung ergibt, deren Schlechterfüllung – wie der II. Zivilsenat in seinem Urteil zum „Bremer Vulkan“ unübersehbar herausgestellt hat - nach § 43 Abs. 2 GmbHG sanktioniert wird. Damit der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft diesem Pflichtenstandard genügen kann, wird er verlangen müssen, über die Lage der Gesellschafterin zeitnah, umfassend und wahrheitsgemäß informiert zu werden – ein Verfahren, welches in Konzernstrukturen u.U. zu Friktionen führen kann.

Auch hier gilt wie bei der eben erörterten verdeckten Sacheinlage: Das Gesetz soll mit Rückwirkung in Kraft gesetzt werden, bringt also auch in Altfällen für die Gesellschafter Erleichterungen, beschwört aber die Gefahr herauf, dass bis dahin erfolgversprechenden Klagen der Boden entzogen wird.

#### **- Abbau der Kapitalerhaltungsregeln einschließlich Sicherstellung des cash pooling**

Bei den Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG hat sich der RegE eine „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“ – sie hat allerdings nur so lange Gültigkeit, wie unsere bisherigen auch im Rahmen des § 30 relevanten handelsrechtlichen Bilanzvorschriften bestehen bleiben - auf die Fahnen geschrieben. Hierin liegt eine deutliche Verbesserung gegenüber dem RefE, der mit dem schwammigen und von der Rechtsprechung nicht handhabbaren Begriff des „Interesses der Gesellschaft“ operiert und obendrein angenommen hatte, dieses Interesse sei immer schon dann gewahrt, wenn der Rückzahlungsanspruch vollwertig sei; dass dies nicht ausreichen kann, muss man nicht näher darlegen, denn ohne Vollwertigkeit kann es auch den im Rahmen des § 30 GmbHG anzustellenden Aktiventausch nicht geben.

Der MoMiG-E antwortet mit dieser Regelung auf das sog. Novemberurteil des II. Zivilsenats, das zwar den konkreten Fall richtig entschieden hat, aber eine Reihe weit ausgreifender, nicht fallbezogener Ausführungen enthält, die die Wirtschaft und ihre Berater mit Recht aufgeschreckt haben. Danach nämlich wäre ein Aktivtausch – Geld gegen vollwertige Forderung – praktisch immer ausgeschlossen, wenn die Leistung an den Gesellschafter nicht aus ungebundenem Vermögen stattfinden kann. Da dasselbe auch für die Gewährung von Kreditsicherheiten der Tochter an die Mutter gilt, führte ein derart ausgeweiteter Kapitalerhaltungsschutz im Ergebnis zum Tod der allenthalben angewandten und auch vom II. Zivilsenat als sinnvoll angesehenen cash pool Systeme. Die nun vorgesehene Regelung beseitigt diesen Missstand, sie ist rechtssicher und sollte gut handhabbar sein. Problematisch ist auch hier wieder, daß sie die Haftungsgefahren für den Geschäftsführer deutlich vergrößert, der im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG die Vollwertigkeit der Rückzahlungsforderung zu prüfen und der unter dem Blickwinkel der allgemeinen organschaftlichen Pflichten (§ 43 Abs. 2 GmbHG) auch zu beobachten hat, ob sich an der Vollwertigkeit etwas ändert.

#### **- Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts**

Schließlich ist unter den den Kapitalschutz abbauenden Maßnahmen des RegE die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts bisheriger Prägung zu nennen. Nicht nur die §§ 32a und b GmbHG sollen aufgehoben werden, die Verfasser des Entwurfs glauben auch nicht darauf verzichten zu können, in Gestalt des neuen § 30 Abs. 1 Satz 3 ein Nichtanwendungsgesetz hinsichtlich der sog. Rechtsprechungsregeln zu erlassen. Die Erfahrungen mit den seit mehreren Jahren geltenden Vorschriften über das Kleinbeteiligungs- und das Sanierungsprivileg sind allerdings Ausweis genug dafür, dass der II. Zivilsenat den klar artikulierten Willen des Gesetzgebers umsetzt und eine Wiederholung von BGHZ 90, 370 aus dem März 1984 nicht droht.

Es ist keine Frage, dass gerade diese Maßnahme des Entwurfs in besonderer Weise das Deregulierungsziel erfüllt. Denn künftig müssen sich die Gesellschafter und ihre Berater nicht ständig neue und komplizierte Gestaltungen ausdenken, mit deren Hilfe erreicht werden soll, dass die Gesellschafter ihre GmbH in einer Weise finanzieren, bei der sie – von der geleisteten Einlage abgesehen – wie normale Drittgläubiger in Erscheinung treten. Und die Rechtsprechung muss dann nicht mehr auf diese Ausweichversuche reagieren und den Betroffenen vor Augen führen, dass es in der Krise der Gesellschaft keinen dritten Weg zwischen Liquidation und Bereitstellung neuen haftenden Kapital geben kann. Erkauft wird dieser Entbürokratisierungsfortschritt mit einer Herabsetzung des Schutzniveaus der vertraglichen und der gesetzlichen Gläubiger: Der Darlehensgebende Gesellschafter – eine Haftung für Nutzungsüberlassung soll es ohnehin nicht mehr geben - ist Dritter im Verhältnis zur Gesellschaft und darf künftig ohne weiteres seinen Informationsvorsprung vor den anderen Gläubigern nutzen. Er muss einzig sicherstellen, dass die Zins- und Tilgungsleistungen auf das gewährte Darlehen mehr als zwölf Monate vor Stellung eines Insolvenzantrags von statten gehen; nach diesem Zeitpunkt greift nämlich das Gesetz in Gestalt der novellierten InsO um so heftiger zu: Anders als nach dem geltenden Recht ist in Zukunft jedes Gesellschafterdarlehen den insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften unterworfen, was für einen Gesellschafter, der in gesunden Zeiten seiner Gesellschaft sich von ihr ein Darlehen hat



zurückzahlen lassen und sich damit völlig korrekt verhalten hat, der – neu geschaffenen – Gefahr aussetzt, dass nach dem binnen Jahresfrist überraschend eintretenden Zusammenbruch seiner Gesellschaft der Insolvenzverwalter vor der Tür steht und die Rückzahlung des empfangenen Betrages fordert. Haftungsverschärfend kann sich zudem auswirken, dass die Ausgestaltung und Anwendung der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften weiter reicht als die bisherige Judikatur zur Erstreckung des Eigenkapitalersatzrechts auf Dritte.

Es liegt auf der Hand, dass diese neue Konstruktion auf manchen Gesellschafter motivierend wirken wird, die notwendige Stellung eines Insolvenzantrags jedenfalls so weit hinauszuzögern, dass die gefährliche Jahresfrist überschritten wird, und dass dies Reaktionen der Gesellschaftsgläubiger oder des Insolvenzverwalters hervorrufen wird, über die die Gerichte dann werden zu entscheiden haben.

Da übrigens für Altfälle – maßgeblich ist nach der einschlägigen Übergangsregelung die Insolvenzeröffnung – das Eigenkapitalersatzrecht fortwirkt, wird sich die Praxis noch einige Zeit weiter mit diesem – angeblich nicht durchschaubaren - Problembereich zu befassen haben.

## **6. „UG haftungsbeschränkt“**

Nach Auffassung des RegE, der – wie man lesen konnte – nur „widerstrebend“ und obendrein „in letzter Minute“ diese Lösungsvorschläge teilweise aufgenommen hat, soll es notwendig sein, durch die Schaffung der „UG haftungsbeschränkt“ der angeblich auf dem Vormarsch befindlichen Ltd. in Deutschland etwas entgegen zu setzen. Belastbare Untersuchungen für die Notwendigkeit dieses Schritts in ein anderes GmbH-Recht gibt es nicht. Es scheint sich bei der Ltd. in Deutschland um eine gewisse Modeerscheinung zu handeln, die obendrein in besonderer Weise von denjenigen massiv propagiert wird, deren Geschäftsmodell die Eröffnung eines Zugangs in diese englische Gesellschaftsform ist. Die Ltd. hat auf den ersten Blick tatsächlich den Vorteil, dass der Gründungsvorgang sehr schnell, ohne Einschaltung eines Notars vonstatten geht und dass die Gesellschafter den bei uns üblichen Preis für den Eintritt in die schöne Welt des haftungsbeschränkten Handelns nicht zu zahlen haben. Verfehlt bei dieser Betrachtung ist allerdings schon, dass die Kapitalaufbringung nach deutschem GmbH-Recht mit den wirklichen Kosten – also Registergebühren usw. – in einen Topf geworfen wird, während es sich doch bei dem Stammkapital um Mittel handelt, die das Unternehmen für die Durchführung seiner satzungsgemäßen Tätigkeit benötigt und selbstverständlich hierfür einsetzen darf. Es kommt hinzu, daß die Folgekosten in England für die dort zu benennenden Funktionsträger, für die Erstellung der beim englischen Register einzureichenden Bilanzen oder für Rechtsberatungskosten Jahr für Jahr anfallen und den angeblichen finanziellen Vorteil alsbald aufzehren. Deswegen nimmt es nicht wunder, wenn sich aus neuen Untersuchungen eine hohe „Säuglingssterblichkeit“ solcher Ltd. mit Zweigniederlassung, also tatsächlichem Sitz in Deutschland ablesen lässt, ein Befund, der übrigens den natürlich regelmäßig nicht repräsentativen Erfahrungen von Notaren und Registergerichten entspricht.

Ferner darf man bei der rechtspolitischen Bewertung der Notwendigkeit einer Reaktion auf die Ltd. nicht vergessen, daß eine solche in England gegründete, aber in Deutschland tätige Gesellschaft nicht nur die Vorzüge ihres nationalen Statuts, sondern auch deren Belastungen mit sich bringt. Sie bestehen neben den in Großbritannien zu erfüllenden, eben schon angesprochenen Pflichten vor allem in den englischen Verhaltenspflichten, deren Verletzung u.U. harte Sanktionen nach sich zieht. Unsere deutschen Gerichte, die nach den Vorgaben des EuGH das Recht der bei uns tätigen ausländischen Gesellschaft anwenden müssen, haben bisher natürlich noch keine großen Erfahrungen mit der Anwendung der Haftungsvorschriften des englischen Rechts. Es ist aber nur eine Frage der Zeit, bis die ersten harten Entscheidungen deutscher Gerichte bei der Exekutierung englischer Haftungsvorschriften deutlich werden lassen, dass es Haftungsbeschränkung nicht zum „Nulltarif“ geben kann und dass der nachgelagerte Schutz derjenigen, die mit einer Ltd. in Kontakt treten, für die directors und die Gesellschafter einer solchen Gesellschaft sehr schmerzhaft sein kann. Spätestens dann wird in das allgemeine Bewusstsein geraten, dass wir es mit einer der zahlreichen Modeerscheinungen zu tun haben, die allein deswegen attraktiv sind, weil sie angloamerikanisch geprägt, also „modern“ sind, und dass der Weg in die Ltd. für die meisten Menschen nicht das Ideal der Erlangung von Haftungsbeschränkung ist. Der Fensterputzer in Frankfurt an der Oder oder der einen fliegenden Handel auf S-Bahnhöfen betreibende Blumenverkäufer, die den Sirenenklängen der Werbung gefolgt sind, werden recht schnell merken, dass der Weg in die Ltd. vielleicht doch nicht die richtige Entscheidung war, wenn man denn überhaupt glaubt, allein ein haftungsbeschränktes Wirken am Markt sei für diese Tätigkeiten akzeptabel. Auf diese „Gefahr“ durch die Ltd. in Gestalt der „UG haftungsbeschränkt“ reagieren zu wollen und dabei in Kauf zu nehmen, dass eine breite Bresche in unser Haftkapitalsystem geschlagen wird, erscheint mir nicht angemessen.

Bei der „UG haftungsbeschränkt“ handelt es sich nicht um eine neue Gesellschaftsform für Gründer, wie man sie im Schrifttum teilweise favorisiert hatte. Es ist vielmehr eine „normale“ GmbH, die also den allgemeinen Regeln nach dem GmbHG unterworfen ist, für die es aber gewisse Erleichterungen gibt: Sie braucht nicht mehr als ein Mindeststammkapital von 1,- € zu haben, das jedoch – ebenso wie ein etwa statutarisch höher festgesetzter Betrag – bei der Anmeldung voll eingezahlt worden sein muss, und bei der nach dem Text von § 5a Abs. 2 Satz 2 Sacheinlagen ausgeschlossen sind. Wie sich dies mit dem neuen § 8 Abs. 2 Satz 2 in Übereinstimmung bringen lässt, der ja – wie vorhin bemerkt – die Substitution eines Bareinlageversprechens durch einen vollwertige Rückzahlungsforderung als Erfüllung zulassen will, ist bereits Gegenstand von Kontroversen im Schrifttum und zugleich ein Beleg dafür, dass das selbst gesteckte Ziel einer modernen und rechtssicheren GmbH nicht einfach zu erreichen ist.

Allein zwei Dinge sind es letztlich, die den fehlenden präventiven Kapitalschutz kompensieren sollen: Erstens muss die Gesellschaft einen Rechtsformzusatz führen, der die Gläubiger mit der Nase darauf stoßen soll, daß er es mit einem „Habenichts“ zu tun hat. Dieses uns aus der Rechtsprechung des EuGH wohlbekannte caveat-creditor-Prinzip – es hätte eigentlich durch die Pflicht unterstrichen werden sollen, die Höhe des Kapitals auf den Geschäftsbriefen zu verlautbaren – versagt aber natürlich gegenüber den Gläubigern gesetzlicher Ansprüche, zu denen neben dem Fiskus und den Sozialkassen vor allem die deliktisch Geschädigten gehören. Das zweite Ersatzschutzinstrument ist die

in § 5a Abs. 3 geregelte gesetzliche Rücklage, welche der Ansammlung von Eigenkapital dient. Auch dies ist ein stumpfes Schwert, denn die Beteiligten haben es in der Hand, durch die entsprechende Gestaltung – etwa der Geschäftsführerverträge – dafür zu sorgen, dass ein Jahresüberschuss, von dem ein Viertel in die Rücklage eingestellt werden müsste, gar nicht erst entsteht. Dass schließlich nach Abs. 4 schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Geschäftsführer eine Gesellschafterversammlung einzuberufen hat, wird zwar für die „UG haftungsbeschränkt“ besonders geregelt, wird aber – jenseits des geschriebenen Gesetzesrechts – auch bei der gesetzestypischen Gesellschaft zu seinem selbstverständlich zu erfüllenden Pflichtenprogramm gehören.

Wird die „UG haftungsbeschränkt“ nach der Mustersatzung errichtet, haben wir obendrein die Besonderheit, dass eine mit 1,--€ ausgestattete Gesellschaft schon bei der Anmeldung überschuldet ist, wenn die – nach der Mustersatzung von der Gesellschaft zu übernehmenden – pauschalen Gründungskosten von 400,-- € angesetzt werden.

Ich kann mir nur schwer vorstellen, dass die Gründer einer solchen Gesellschaft viel Freude an ihrem Unternehmen haben werden. Sie unterliegen angesichts des gänzlich fehlenden Verlustpuffers praktisch von Anbeginn an der Gefahr, gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften zu verstoßen, wenn die „UG haftungsbeschränkt“ nicht sogar bereits insolvent ist. Kredite wird eine solcherart ausgestattete Gesellschaft von einer Bank nicht ohne eine durch den Gesellschafter aus seinem Privatvermögen aufgebrachte Absicherung erhalten, und er selbst muss, wenn er der „UG haftungsbeschränkt“ unmittelbar Darlehen gewährt, gewärtigen, dass jede Zahlung, die er von der Gesellschaft im letzten Jahr vor Insolvenzantragstellung auf seine Darlehen erhält, von dem Insolvenzverwalter mit Erfolg angefochten und heraus verlangt werden wird. Normale Gläubiger schließlich werden eher einen Bogen um einen solchen Vertragspartner machen.

### **Haftungsverschärfung für die Geschäftsführer**

Wie ein roter Faden zieht sich durch den Gesetzentwurf die Tendenz, die Haftung für die – auf diesem Feld ohnehin schon nach dem bisher geltenden Recht in sehr hohem Maße belasteten – Geschäftsführer zu verschärfen. Das zeigt sich nicht nur in der vorgesehenen neuen Regelung in § 64 Satz 3, sondern auch auf dem bereits erwähnten Feld des Hin- und Herzählens, der Behandlung der verdeckten Sacheinlage oder der Kapitalerhaltung.

### **Technik der Gesetzgebung**

In meinen vorangehenden Bemerkungen habe ich bereits einige Punkte angesprochen, bei denen ein unter dem Gesichtspunkt der dogmatischen Schärfe und der inneren Folgerichtigkeit etwas ungewohntes Vorgehen der Entwurfsverfasser festzustellen ist (vgl. dazu jetzt auch Ulmer ZIP 2008, 45 ff.). Bei einem Gesetz, das im Namen den Begriff „Modernisierung“ führt, sollte sicher gestellt sein, dass sich seine Regelungen in die Struktur des geänderten Gesetzes, aber auch in die

Rechtsordnung im übrigen konfliktfrei einfügen. Das scheint mir - um zwei markante Gestaltungen herauszugreifen - weder bei § 8 Abs. 2 Satz 2 noch bei der in sich widersprüchlichen Regelung über die Sacheinlage der Fall zu sein. Gewisse Defizite bei der konsequenten Durchführung des gesetzgeberischen Ansatzes sehe ich ferner beim Abbau des Kapitalschutzes, wenn die Regierung – auch noch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates (S. 3 zu Nummer 5) – als ihr Ziel beschreibt, es solle kein Anreiz geschaffen werden, GmbH mit einem geringen Stammkapital zu gründen; das Gegenteil geschieht indessen mit der Herabsetzung des Mindeststammkapitals und erst Recht mit der Schaffung der praktisch kapitallosen „UG haftungsbeschränkt“ ohne jeden flankierenden repressiven Schutz der Gläubiger.

Mit freundlichen Grüßen

(W. Goette)