

## Stellungnahme

*Dokumenten Nr.*  
D 0153

*Datum*  
7. September 2007

*Seite*  
1 von 21

### Stellungnahme des BDI zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

Der BDI begrüßt die mit dem MoMiG geplante Modernisierung des GmbH-Rechts. Dies wird die GmbH noch attraktiver machen. Das ist ein Fortschritt für die Unternehmen und den Wirtschaftsstandort Deutschland.

#### I. Im Allgemeinen

Das deutsche Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (kurz: GmbH-Recht) hat sich im Grunde bewährt. So besteht das GmbH-Gesetz seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1892 weitgehend unverändert. Die so genannte „kleine“ GmbH-Novelle von 1981 hat an den Grundzügen nichts geändert. Geschätzt mehr als 1 Mio. Unternehmen firmieren in dieser Rechtsform. Die GmbH ist damit die beliebteste Rechtsform für deutsche Unternehmen. Vielen anderen Rechtsordnungen hat das deutsche GmbH-Recht als Vorbild gedient. Insbesondere die große Gestaltungsfreiheit der GmbH-Gesellschafter wird geschätzt.

Trotz dieser Vorzüge enthält das GmbH-Recht auch Regelungen, die überprüft oder geändert werden sollten. Die Notwendigkeit dafür rührt aus verschiedenen Gründen her:

So sind inzwischen die Rechtsformen nicht mehr nur rein national zu betrachten. Die zunehmende Internationalisierung von Recht und Wirtschaft

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

*Telekontakte*  
T: 030 2028-1405  
F: 030 2028-2405

*Internet*  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

*E-Mail*  
[J.Wulfetange@bdi.eu](mailto:J.Wulfetange@bdi.eu)

zwingt dazu, sich der Vorzüge und Schwächen nationaler Gesellschaftsrechtsformen bewusst zu werden und praktikable, kostengünstige und wettbewerbsfähige Lösungen für Unternehmen bereit zu stellen, die sich im internationalen Wettbewerb behaupten müssen.

Einen wesentlichen Schub für diese Entwicklung hat auch die Europäische Union und ihre Rechtsetzung und Rechtsprechung gegeben. Die europäische Rechtsprechung ermöglicht es deutschen Unternehmern, statt einer GmbH eine ausländische Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland zu gründen. Die Verlagerung des Verwaltungssitzes einer GmbH in das Ausland ist dagegen bisher nicht möglich. Dem grenzüberschreitenden Wettbewerb der Rechtsformen in der EU muss sich die GmbH stellen.

Das MoMiG will der GmbH die Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland ermöglichen. Das ist ein großer Fortschritt, der die Mobilität der Gesellschaften beflügeln wird.

Ferner enthält das GmbH-Recht überkommene Regeln, die den praktischen Umgang mit dieser Rechtsform erschweren. Diese müssen angepasst werden.

Will das GmbH-Recht mit diesen vorgezeichneten Entwicklungen Schritt halten, ist es umfassend zu reformieren und zu modernisieren. Dabei ist darauf zu achten, dass die Grundstrukturen gewahrt bleiben und bereits in der Rechtsform der GmbH tätige Unternehmen keine Nachteile im Zuge der geplanten Änderungen erleiden. Im Wesentlichen muss es darum gehen, Unternehmensgründungen in der Rechtsform der GmbH zu beschleunigen und zu erleichtern. Eine solche Reform darf sich nicht darauf beschränken, nur das Mindeststammkapital einer GmbH zu senken. Dies würde sie im Wettbewerb mit ausländischen Gesellschaftsrechtsformen, insbesondere solchen mit nur einem geringen Mindestkapital oder gar ohne ein solches – wie der britischen Limited - nicht ausreichend stärken.

Die Unternehmenspraxis bedarf dringend verständlicherer und einfacherer Regeln zur Kapitalaufbringung. Das geltende System der Kapitalaufbringung ist so kompliziert, dass Gesellschafter Gefahr laufen, Einlagen nochmals leisten zu müssen. Die Rechtsprechung hat die gesetzlichen Regeln durch eine Vielzahl von Urteilen verschärft, um eine Umgehung zu verhindern. Dies hat aber dazu geführt, dass Unternehmen hohe Aufwendungen für die Beratung hinsichtlich erwünschter Kapitalmaßnahmen tragen müssen. Das Fehlerrisiko ist trotzdem hoch. Zudem bietet das geltende System der Kapitalaufbringung nur einen begrenzt wirksamen Gläubigerschutz. Daher sind andere Maßnahmen zu treffen, um diesem wichtigen Ziel gerecht zu werden.

In diesem Zusammenhang muss ein zentraler Aspekt der Innenfinanzierung von Konzernen über das so genannte Cash Pooling durch eine rechtssichere Regelung erhalten werden. Dieses Cash Pooling hat für deutsche Konzerngesellschaften auch eine sehr große Bedeutung im internationalen Wettbewerb.

Die Modernisierung der GmbH ist aufgrund der europäischen Rechtsentwicklung dringlich. Demgegenüber ist ein Bedarf für neue Rechtsformen neben einer zu modernisierenden GmbH nicht klar erkennbar. Die unterhalb der beabsichtigten GmbH-Mindestkapitalschwelle von 10.000 EUR geplante GmbH-„Unternehmergesellschaft“ stößt in der Industrie zum Teil auf Bedenken. Der

Gläubigerschutz müsse insoweit verschärft werden. Auch wird eingewandt, dass das System der Kapitalaufbringung in Frage gestellt wird, wenn eine kapitallose GmbH gegründet werden kann. Die beabsichtigte Mindestkapital-schwelle von 10.000 EUR wird als Seriositätsgarantie angesehen. Dieses Kapital sollte daher auch in vollem Umfang bei Gründung eingezahlt werden. Ein Bedarf wird in der Industrie für diese „kleine“ GmbH nicht geäußert.

Im Ergebnis muss es darum gehen, die erfolgreichste Rechtsform deutscher Unternehmen zukunftsfest zu gestalten. Sie sollte so attraktiv werden, dass Unternehmensgründer aus dem In- und Ausland gern auf sie zugreifen. Eine modernisierte GmbH kann Vorbild für die geplante Europäische Privatgesellschaft werden.

## II. Im Besonderen

Die gegenwärtige Kritik an der Rechtsform der GmbH richtet sich vor allem gegen den schwerfälligen und teuren Gründungsvorgang sowie die unnötigen Kosten bei der Geschäftsanteilsübertragung. Dauer und Kosten einer GmbH-Gründung und Anteilsabtretung sind daher zu reduzieren. Die jetzt im RegE des MoMiG getroffenen Maßnahmen werden die Gründung beschleunigen. Das ist sehr erfreulich. So fällt z.B. künftig die registergerichtliche Prüfung der Erlaubnispflichtigkeit des Unternehmensgegenstandes weg (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG).

### 1. Allgemeine Erleichterungen der Gründung:

Gründe für eine Beibehaltung der **registergerichtlichen Prüfung der Erlaubnispflichtigkeit des Unternehmensgegenstandes** sind nicht mehr erkennbar. Andere Behörden mögen prüfen, ob z.B. der Gründer notwendige gewerberechtliche Voraussetzungen erfüllt. Weder bei natürlichen Personen noch bei Handelsgesellschaften erfolgt eine vorherige Überprüfung, ob der Unternehmensgegenstand erlaubnispflichtig ist noch, ob die erforderliche Erlaubnis vorliegt. Sie ist bei GmbHs auch im Interesse des Verkehrsschutzes nicht zwingend erforderlich. Vielmehr reicht es aus, dass die Gesellschaft und die für sie verantwortlich Handelnden selbst verpflichtet sind, vor der tatsächlichen Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit die entsprechende Erlaubnis einzuholen.

Das MoMiG hat hier richtigerweise die registerrechtliche Prüfung gestrichen.

Nach § 23 Satz 2 HRV-RegE kann der Registerrichter „in zweifelhaften Fällen“ vor der Eintragung der Gesellschaft ins Register ein Gutachten der IHK einholen. Soweit zusammen mit der Handelsregisteranmeldung bereits eine IHK-Bescheinigung über die Firmenprüfung vorgelegt werden muss, erscheint eine umfassende **registergerichtliche Prüfung der Firma** der GmbH überzogen. Die Prüfung könnte in diesem Fall vielmehr **auf offensichtliche Fehler beschränkt** werden. Alternativ kommt die Abschaffung der IHK-Bescheinigung in Betracht, wenn die registergerichtliche Prüfung beibehalten wird. In jedem Fall sollte es künftig nur noch eine

Firmenprüfung – entweder durch die IHKs oder durch die Registergerichte – geben.

Auf die **Belehrung der Geschäftsführer** durch den Notar bzw. das Gericht nach § 8 Abs. 3 GmbHG, dass sie gegenüber dem Gericht unbeschränkt auskunftspflichtig sind, **sollte** über den Regelungsvorschlag zu § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-RegE hinausgehend **verzichtet werden**. Sie erscheint bei dem angesprochenen Personenkreis nicht erforderlich. In diesem Zusammenhang sollte § 53 II Bundeszentralregistergesetz dahingehend geändert werden, dass die Verfolgung fehlerhafter Auskünfte jedenfalls im Falle des § 8 Abs. 3 GmbHG nicht von einer ordnungsgemäßen Belehrung abhängig ist. Die **Verpflichtung der Geschäftsführer zur Abgabe der Versicherung, dass ihrer Bestellung keine Hindernisse entgegenstehen, ist dagegen beizubehalten**. So sieht es auch § 8 Abs. 2 S. 3 GmbHG-RegE vor.

Zur Abgeltung aller Gerichtsgebühren und Kosten der Veröffentlichung sollte eine **Pauschalgebühr** eingeführt werden, die bereits mit der Anmeldung einzuzahlen ist, soweit diese angemessen ist. Eine solche Pauschalgebühr, die nicht über den tatsächlichen Aufwand der Veröffentlichung hinausgehen darf, würde die Gründungskosten erheblich senken und den Gründungsvorgang vereinfachen.

## 2. Besondere Erleichterungen für Standard-Bargründungen mit Barkapital (§ 2 Abs. 1a, Anlagen 1 und 2 zu §§ 2 und 7, § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE):

Für einfache Standard-Unternehmensgründungen hat sich der BDI für ein erleichtertes Bargründungsverfahren eingesetzt. Ziel sollte es sein, Unternehmensgründungen zu beschleunigen. Es ist sehr zu begrüßen, dass die Bundesregierung derartige „**Mustersatzungen**“ zulassen will, die elektronisch zum Handelsregister eingereicht werden können. Leider begrenzt der RegE diese Gründungsmöglichkeit sehr, indem er sie auf **maximal drei Gesellschafter** und auch hinsichtlich des **Unternehmensgegenstands beschränkt**. In der GmbH-Satzung sollten die Gesellschafter frei festlegen können, wie viele Gesellschafter die GmbH hat und mit welchem Unternehmensgegenstand sie tätig ist.

Unterstützung verdient aus Sicht der Unternehmen der **Verzicht auf das notarielle Beurkundungsformerfordernis bei Gründung einer derartigen GmbH sowie bei bestimmten Satzungsänderungen nach § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE**. Damit wird sich der zeitliche und finanzielle Gründungsaufwand reduzieren. Jedoch ist nicht einsichtig, die Formerleichterung bei Satzungsänderungen nur den GmbHs zu gewähren, die per Mustersatzung gegründet wurden. „Normal“ errichtete GmbHs würden eine solche Regelung auch gern in Anspruch nehmen, um Kosten und Zeit zu sparen. Wir schlagen daher vor, § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE auf alle GmbHs auszuweiten.

§ 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE könnte dann folgendermaßen lauten:

"Anstelle der notariellen Beurkundung reicht eine von den Geschäftsführern unterzeichnete Niederschrift aus, wenn der Beschluss die Änderung der Firma, der Höhe des Stammkapitals ohne Sacheinlagen oder die Verlegung des Sitzes oder bei einem Gesellschaftsvertrag im Sinne von § 2 Abs. 1a die Auswahl eines anderen Unternehmensgegenstandes aus dem in Anlage 1 bestimmten Muster zum Gegenstand hat [und an der Gesellschaft nicht mehr als drei Gesellschafter beteiligt sind].[Im Gesellschaftsvertrag kann eine höhere Zahl an Gesellschaftern festgesetzt werden.]"

Wir regen ferner an, den Mustergesellschaftsvertrag um **zwei Punkte zu erweitern**. Die Vorschläge basieren darauf, dass ein Mustervertrag in der Regel von Personen eingegangen wird, die Wert auf ein gemeinsames „Projekt“ in Form der Gesellschaft legen und daher eine ähnliche personale Verbundenheit bestehen kann wie bei Gesellschaftern einer Personengesellschaft. Daher sollte der Mustergesellschaftsvertrag die **Option einer Vinkulierung** (z. B. zum Ankreuzen durch die Gesellschafter) enthalten. Hierdurch können Gesellschafter vor dem überraschenden Verkauf von Anteilen durch den Mitgesellschafter geschützt werden, indem dies von ihrer Zustimmung abhängig wäre.

Zudem sollte die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter in größerem Umfang als bisher geplant möglich werden. In kleinen Gesellschaften wollen Gesellschafter in der Regel auch zugleich die Geschäfte führen und nach außen als Vertreter auftreten. Bleibt der Gesetzentwurf unverändert, drohen den Gesellschaftern Verstrickungen in Anscheins- und Duldungsvollmacht. Diese können ausgeschlossen werden, wenn der Mustergesellschaftsvertrag eine Option aufnimmt, wonach mehrere Gesellschafter mit **Alleinvertretungsbefugnis** für die Gesellschaft handeln können. Die Vertretungsregeln des Mustervertrags werden hierdurch erleichtert.

Eine Bar-Gründung mit den amtlichen Musterformularen beschleunigt nicht nur deutlich die GmbH-Gründung und damit die Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit. Sie erspart dem Gründer auch viele bisher notwendige Schritte wie die notarielle Beurkundung, die registergerichtliche Prüfung gemäß § 9c Abs. 2 GmbHG oder die gerichtliche Belehrung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 GmbHG.

Die **Registergerichte** sollten bei Verwendung der im MoMiG-RegE angesprochenen Muster-Formulare verpflichtet werden, die neue GmbH innerhalb einer **Frist von maximal zwei Werktagen ins Handelsregister einzutragen**. Dies setzt voraus, dass die Formulare vollständig und im richtigen Format eingereicht worden sind. In der Praxis fällt auf, dass bei vielen Registergerichten trotz der Umstellung auf elektronische Handelsregister Eintragungen länger dauern als früher. Die Gründe hierfür dürften im Wesentlichen in der Komplexität des elektronischen Systems liegen, aber auch darin, dass in Folge des elektronischen Handelsregisters Personal eingespart wird. Die erst zum 1.1.2007 mittels des EHUG auf elektronische Führung umgestellten Handelsregister und die Reform des GmbH-Rechts sollten nicht genutzt werden, um in den Geschäftsstellen der Registergerichte Personal abzubauen. Dies würde dem Ziel des MoMiG zuwi-

derlaufen, Eintragungen zu beschleunigen. Wir sehen daher dringenden Bedarf für eine bessere sachliche und personelle Ausstattung der Registergerichte.

### 3. Erleichterung der Fungibilität von GmbH-Anteilen/ Einschränkung notarieller Formerfordernisse (§§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) und Wahrung notarieller Mindestgebühren (§§ 39 Abs. 4, 41a Abs. 1 und 88 Abs. 2 KostO)

Die **Abtretung von Geschäftsanteilen** sowie die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, bedürfen nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG der notariellen Form. Wird die Form nicht beachtet, ist die Abtretung bzw. die schuldrechtliche Abtretungsverpflichtung nichtig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist jedoch nicht nur die vertragliche Begründung der Abtretungsverpflichtung zwingend beurkundungspflichtig, sondern es bedürfen **auch alle Nebenabreden**, die nach dem Willen der Parteien Bestandteil der Vereinbarung über die Verpflichtung zur Abtretung sein sollen, der notariellen Beurkundung. („Vollständigkeitsgrundsatz“).

Formbedürftig sind auch spätere Änderungen und Ergänzungen des Verpflichtungsvertrages vor Erfüllung. Infolge des Vollständigkeitsgrundsatzes sind bei einem Unternehmenserwerb, der auch die Abtretung von GmbH-Anteilen enthält der gesamte Unternehmenskaufvertrag einschließlich aller Nebenverträge (z.B. Miet-, Pacht-, Lizenz-, Lieferverträge) mit zu beurkunden.

Diese **zeitintensive und kostspielige notarielle Beurkundung**, insbesondere einer Abtretung von GmbH-Anteilen, ist weder sachgerecht noch zeitgemäß. Vor allem ist es nicht erforderlich, dass alle Nebenabreden beurkundet werden. Dies führt im Rahmen von Unternehmensverkäufen zu erheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand, da auch fast alle Vertragsanhänge (mit Ausnahme z.B. von Bilanzen oder Inventarlisten) verlesen werden müssen. Die Abtretung ist in diesen Fällen kein isoliertes Rechtsgeschäft, sondern Bestandteil von in der Regel komplexen und umfangreichen Unternehmenskaufverträgen, die unter Zuhilfenahme von Juristen und weiteren Beratern erstellt und im Einzelnen zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt worden sind. Zusätzliche Rechtssicherheit wird durch eine Beurkundung im Ergebnis jedoch nicht erreicht.

Ursprünglich sollte mit der notariellen Beurkundung ein leichter und spekulativer Handel mit Geschäftsanteilen ausgeschlossen sowie der Beweis einer Anteilsübertragung erleichtert werden. Angesichts der Tatsache, dass **Aktien und Anteile an Personengesellschaften ohne notarielle Beurkundung frei übertragen** werden können, erscheint ein Festhalten an der Beurkundungspflicht ausschließlich für GmbH-Anteile schon deshalb nicht mehr sachgerecht.

Die ursprüngliche gesetzgeberische Intention, den **Handel mit Geschäftsanteilen durch das Beurkundungserfordernis zu erschweren**, erweist sich heute auch aus weiteren Gründen als **gegenstandslos**:

- In vielen Fällen werden **Vorratsgesellschaften** gegründet – auch von Notaren – und bei Bedarf mit Geschäftsaktivitäten gefüllt. In der Regel bedeutet diese „wirtschaftliche Neugründung“ zunächst einen Wechsel der Gesellschafter, d.h. eine Anteilsabtretung wird erforderlich. Dieser „Handel“ ist rechtlich zulässig.
- Die Aufrechterhaltung einer Beurkundungspflicht würde jedenfalls in den Fällen der vorgesehenen **Standard-Bagründungen** den gerade damit bezweckten Erleichterungen zuwiderlaufen. Wenn die Standard-Bagründung nicht beurkundungspflichtig ist – insbesondere für die Ein-Mann-Gründung ist dies bedeutsam -, lässt sich eine Beurkundungspflicht für die Abtretung eines Geschäftsanteils einer solchen Gesellschaft nicht mehr rechtfertigen.
- Ein Handel mit GmbH-Anteilen wird vom Gesetzgeber schon heute nicht mehr mißbilligt. Nach § 8f Verkaufsprospektgesetz hat der Anbieter für im Inland **öffentlich angebotene, nicht in Wertpapieren verbriefte Anteile**, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens gewähren, einen **Verkaufprospekt** zu veröffentlichen. Zu den nicht in Wertpapieren verbrieften Vermögensanlagen gehören GmbH-Anteile ebenso wie Anteile an BGB-Gesellschaften und Personenhandelsgesellschaften wie auch stille Beteiligungen an solchen Gesellschaften. Der Gesetzgeber des Verkaufsprospektgesetzes ist jedenfalls von einem öffentlichen Handel mit GmbH-Anteilen ausgegangen. Schon um die sich daraus ergebende Widersprüchlichkeit zu § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG auszuräumen, sollte die Beurkundungspflicht für die Anteilsabtretung generell aufgehoben werden.
- In vielen Fällen werden GmbH-Anteile im Rahmen von **Unternehmenserwerben** übertragen. Gerade der Anteilsverkauf (**share deal**) vereinfacht die Übertragung eines Unternehmens im Ganzen, weil dessen Wirkung mit derjenigen der Gesamtrechtsnachfolge vergleichbar ist. Im Gegensatz dazu bedeutet der Unternehmenskauf in Form des **asset deal** eine Einzelrechtsübertragung aller Vermögensgegenstände. Der **asset deal** ist **beurkundungsfrei** möglich, jedoch ist er deutlich komplexer. Beiden Übertragungsvarianten des Unternehmenskaufs haben gemein, dass in der Regel Rechts-, Wirtschafts- und Finanzberater auf beiden Seiten der Vertragsparteien tätig sind und Erwerber und Veräußerer intensiv und umfassend beraten.

Es erschließt sich weder für die insbesondere ausländischen Vertragsparteien noch für die Öffentlichkeit, welchen Sinn eine derzeit noch zwingende zusätzliche Beurkundung eines intensiv beratenen und ausgehandelten Vertragswerkes hat. Dies erhöht die Kosten eines Unternehmenskaufs erheblich. Dies gilt umso mehr, wenn die Beurkundung zur Reduzierung der Notarkosten im preiswerteren

Ausland erfolgt. Ausländische Investoren bringen für diese Konstruktionen kein Verständnis auf. Zur Wettbewerbsfähigkeit einer deutschen GmbH gehört daher auch die Fungibilität ihrer Anteile.

Der deutsche Gesetzgeber ist demnach gefordert, zügig einen mutigen Schritt zu gehen, indem der Beurkundungszwang bei der Abtretung von GmbH-Anteilen aufgehoben wird. Dies würde die GmbH erheblich attraktiver erscheinen lassen und ihre Wettbewerbsfähigkeit merklich erhöhen.

Vorbild für eine derartige Lösung ist der **Schweizer Gesetzgeber**, der sein GmbH-Recht zum 01.01.2008 vollständig reformiert und dabei auch die Beurkundungspflicht für GmbH-Anteilsübertragungen aufgehoben hat. Dort wird die Anteilsübertragung künftig im Handelsregister eingetragen und dadurch öffentlich zugänglich. Die Schweiz befand sich in einer uns vergleichbaren Situation: das Schweizer GmbH-Recht sah seit 1936 einen Notariatszwang vor (Art. 791 Absatz 4 OR). Während der Vorentwurf des Gesetzes zur Reform abweichend von dem Expertenvorschlag bei der notariellen Beurkundung blieb, wurde nach breiter Kritik die Vereinfachung der Anteilsübertragung beschlossen. Zur Begründung stützte sich der Schweizer Gesetzgeber auf die Reduzierung des administrativen Aufwands und die mit der Kostensenkung verbundene Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen, Investoren und GmbH-Gesellschafter.

Als nicht ausreichend erachtet der BDI insofern die Ankündigung der Bundesregierung, dass „in nächster Zeit“ in einem „ohnehin geplanten Gesetz“ die beurkundungsrechtlichen Vorschriften „erleichtert“ werden sollen (S. 57 des RegE). Längeres Zuwarten hilft den betroffenen Unternehmen nicht.

Ferner erleichtert die in der vorgeschlagenen Neufassung des § 16 vorgesehene Stärkung der Gesellschafterliste einen dauerhaften Nachweis der Gesellschafterstellung. Die ursprünglich mit der Beurkundungspflicht bezweckte Beweisfunktion wird durch die Reform insoweit anderweitig gewahrt.

Die mit der Beurkundungspflicht verursachten Kosten beeinträchtigen die Attraktivität der Rechtsform GmbH insbesondere auch im Vergleich zu entsprechenden Rechtsformen im europäischen Ausland. Eine in **schriftlicher Form** erstellte Abtretungsvereinbarung und eine Pflicht des Zedenten zur Anzeige der schriftlichen Anteilsübertragung gegenüber der GmbH sollte daher ausreichen. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG sollten daher wie folgt formuliert werden:

„(3) Zur Abtretung von Geschäftsanteilen bedarf es eines in schriftlicher Form geschlossenen Vertrages. Die Abtretung ist von dem Veräußerer und dem Erwerber in schriftlicher Form unverzüglich der Gesellschaft anzumelden.

(4) Werden Geschäftsanteile auf anderem Wege als durch Abtretungsvereinbarung übertragen, ist der neue Anteilsinhaber (Erwerber) ver-



pflichtet, den Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft anzumelden.“

Es ist ernsthaft zu erwägen, ob darüber hinaus das Erfordernis der notariellen Beurkundung bzw. Beglaubigung bei **Gesellschaftsgründungen, satzungsändernden Gesellschafterbeschlüssen, der Übertragung von Geschäftsanteilen und Handelsregisteranmeldungen** fortbestehen soll.

Zu kritisieren ist die im Regierungsentwurf vorgesehene Einführung von **Mindestgebühren** zur Erhaltung des derzeitigen notariellen Gebührenniveaus in §§ 39 Abs. 4, 41a Abs. 1 und 88 Abs. 2 KostO. Der Gesetzgeber sendet hier ein falsches Signal an die Unternehmen einerseits und andererseits an die Notare aus. Es ist durchaus hinnehmbar, wenn ein Notar für eine Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages einer Ein-Mann-GmbH künftig infolge des gesenkten Mindeststammkapitals nur noch 54 EUR und bei einer mehrgliedrigen Gesellschaft nur noch 108 EUR erhält. Bestehende Gebührensätze zu zementieren, sollte nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, der das GmbH-Recht für Gründer aus dem In- und Ausland attraktiver gestalten will.

Mit Blick auf die ständige **Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rechtswidrigkeit von Gebühren für beamtete Notare** bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen i.S.d. Richtlinie 69/335/EWG, die aufgrund der Rechtsform vorgeschrieben sind (zuletzt EuGH vom 28.06.2007, DB 2007, 1524 und ZIP 2007, 1655), muss sich der Gesetzgeber fragen lassen, mit welcher Rechtfertigung er den Beurkundungszwang aufrechterhalten will, wenn zumindest bei beamteten Notaren allenfalls eine am Aufwand der Beurkundung orientierte Vergütung verlangt werden darf und damit in der Bundesrepublik Deutschland für dieselbe Leistung zwei erheblich voneinander abweichende Gebührenansätze bestehen. Hierin dürfe wegen der ungleichen Belastung von Unternehmen ein Verstoß gegen Art. 3 GG liegen. Bei der Beurkundung von Geschäftsanteilskaufverträgen stellt sich gleich die Folgefrage, woran sich die aufwandsbezogene Gebühr für eine bloßes Vorlesen orientieren soll.

Letztlich wird es bei einer **unnötigen Mehrfachbelastung** von GmbH-Anteilshabern bleiben, wenn die Beurkundungsregelungen nicht flexibler werden.

#### **4. Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG-RegE)**

Es ist richtig und entspricht den Bedürfnissen der Praxis, einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen zu ermöglichen. Mangels Verbriefung von Geschäftsanteilen waren Erwerber bislang nicht in der Lage, sich ausreichend Sicherheit im Hinblick auf die Eigentumssituation eines Geschäftsanteils zu verschaffen. Selbst eine lückenlose Kette notarieller Übertragungsverträge bot keine Gewähr dafür, dass die Geschäftsanteile zwischenzeitlich nicht an einen Dritten abgetreten worden sind.

Durch die Neufassung des § 16 Abs. 3 wird eine gewisse Erleichterung geschaffen. Wir halten es für richtig, für den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen an die **Gesellschafterliste** anzuknüpfen. Eine wertpapierrechtliche Lösung wäre zu aufwändig und für die Unternehmen nicht praktikabel. Aus unserer Sicht ist jedoch die im MoMiG vorgeschlagene **Dreijahresfrist für die Nichtbeanstandung zu lang** bemessen. Für eine solche lange Nichtbeanstandungsfrist gibt es keinen erkennbaren Grund und auch keine vergleichbare Regelung im deutschen Zivilrecht. Hier sollte **eine einjährige Frist ausreichen**.

Die Interessen des Erwerbenden und des tatsächlichen Inhabers sind auch bei einer Einjahresfrist ausreichend gewahrt. Es kann dem Inhaber von Gesellschaftsanteilen zugemutet werden, in regelmäßigen Abständen seine Position innerhalb der Gesellschafterliste zu überprüfen.

Wir möchten daher folgende verbesserte Formulierung des § 16 Abs. 3 GmbHG vorschlagen:

„Zugunsten desjenigen, der einen Gesellschaftsanteil oder ein Recht an einem Geschäftsanteil durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt der Gesellschafterliste als richtig, sofern die den Gesellschaftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs **seit mindestens einem Jahr** besteht und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. Dies gilt nicht, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist.“

Fraglich bleibt zudem, wie sich ein Erwerber in der Zeit zwischen Erwerb des Geschäftsanteils und Eintragung in der Gesellschafterliste vor Zwischenverfügungen des Veräußerers schützen kann. Trotz Verpflichtung der Gesellschaft, die Gesellschafterlisten unverzüglich zu aktualisieren und trotz Verpflichtung des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, wird zwischen dem Erwerbsvorgang und der Verfügbarkeit einer aktuellen Gesellschafterliste bei Gericht ein zeitlicher Zwischenraum bestehen. Um Zwischenverfügungen des eingetragenen Veräußerers zu verhindern, stehen dem Erwerber nach Unterzeichnung eines Kaufvertrages kaum Sicherungsinstrumente zur Verfügung. Der Käufer könnte sich z.B. dadurch schützen, dass er die Zahlung des vollen Kaufpreises von seiner Eintragung in die Gesellschafterliste abhängig macht. Der Kaufpreis kann solange teilweise oder ganz auf einem Treuhandkonto bei einer Bank oder einem anderen Treuhänder eingezahlt werden (sog. escrow account). Alternativ sollte überlegt werden, eine **Sicherungsmöglichkeit** einzuräumen, die sich ggf. an dem Grundprinzip einer Vormerkung (§§ 883 ff. BGB) orientieren könnte.

Darüber hinaus sollte dieser gutgläubige Erwerb **lastenfrei** möglich sein. Das MoMiG ist insoweit noch verbesserungsfähig. Ohne eine Lastenfreiheit wäre es z.B. möglich, einen GmbH-Anteil zu verpfänden und diesen anschließend derart belastet an einen gutgläubigen Erwerber zu veräußern.

Der Regierungsentwurf beantwortet auch die Frage - anders als der Referentenentwurf -, was im Fall eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste passiert. Nach ihm ist Gutgläubenserwerb möglich, wenn kein **Widerspruch** gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste per

**einstweiliger Verfügung** der Liste „zugeordnet“ ist (§ 16 Abs. 3 S. 3 und 4 GmbHG-RegE). Eine solche einstweilige Verfügung wird nach der Gesetzesbegründung (S. 89) nur dann erfolgreich sein, wenn der Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste vom Widersprechenden glaubhaft gemacht worden ist. Missbräuchlich erhobene Widersprüche scheinen damit nicht möglich zu sein.

Alternativ bliebe der Weg, einen missbräuchlich erhobenen Widerspruch zu **sanktionieren**

## 5. Mindestkapital von 10.000 EUR (§ 5 Abs. 1 GmbHG-RegE)

Das Mindeststammkapital ist das Äquivalent zur persönlichen Haftungsbeschränkung. Ein gewisses Mindeststammkapital ist aus unserer Sicht trotz verstärkter Kritik an seiner Funktion sinnvoll, um im Sinn einer Seriositätsschwelle einen Beitrag zum Gläubigerschutz zu leisten. Das derzeit für die GmbH gesetzlich vorgeschriebene Mindeststammkapital in Höhe von EUR 25.000 wird jedoch zum einen aufgrund des zunehmenden Zugangs ausländischer Gesellschaften ins Inland, die kein oder nur ein geringeres Stammkapital aufweisen müssen, insbesondere von Unternehmensgründern als zu hohe Hürde empfunden. Zum anderen darf ein wie auch immer hohes Stammkapital nicht darüber hinwegtäuschen, dass es nicht mit dem Eigenkapital des Unternehmens verwechselt werden darf. Bei sehr investiven Unternehmen sollte die Eigenkapitaldecke die Höhe des Stammkapitals weit überschreiten.

Es erscheint angesichts des Wettbewerbs der europäischen Rechtsformen angemessen, wie von der Bundesregierung bereits vorgeschlagen, das Mindeststammkapital auf EUR 10.000 zu senken. An dieser Senkung sollte der Gesetzgeber auch festhalten, wenn wie im MoMiG-RegE vorgesehen die „Unternehmergesellschaft“ als Gesellschaft ohne Kapitalerfordernis eingeführt wird. Dadurch wird die Attraktivität der GmbH als bewährter deutscher Gesellschaftsrechtsform gegenüber ausländischen Rechtsformen mit einem geringeren oder gar keinem Kapitalerfordernis gestärkt. Insbesondere für Unternehmensgründungen dürfte dies ein Anreiz sein, sich für die GmbH zu entscheiden. Zugleich sollten aber die Gesellschafter zu einer **Mindesteinzahlung in Höhe dieses Mindeststammkapitals gesetzlich verpflichtet** werden. Der bzw. die Geschäftsführer sollten ebenfalls gesetzlich dazu verpflichtet werden, bei Bareinlagen die erfolgte **Volleinzahlung des Mindeststammkapitals zu versichern**. Nur eine derartige Volleinzahlungspflicht sichert der GmbH eine gewisse Seriosität. Soweit Bareinlagen den Betrag des Mindeststammkapitals von EUR 10.000 übersteigen sowie bei Sachgründungen unabhängig vom Wert der Sacheinlage (über oder – bei kombinierter Bar- und Sacheinlage – unter EUR 10.000), sollte das geltende Recht fortbestehen.

Die geplante Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 EUR wird auch in Europa akzeptiert werden, wie der Vorschlag des Europäischen Parlaments zur Einführung einer **Europäischen Privatgesellschaft (EPG)** zeigt. Diese soll mit einem Mindeststammkapital von ebenfalls 10.000 EUR errichtet werden.

## 6. Ausweitung der Haftung der Geschäftsführer/des Vorstands (§ 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-RegE, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG-RegE )

Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer bzw. des Vorstands einer AG auf eine die Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft herbeiführende Zahlung an den Gesellschafter soll verschärft werden. Zwar verlangt der RegE in § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG-RegE nunmehr gegenüber dem Referentenentwurf nur noch, dass der Geschäftsführer oder der Vorstand einer AG in der Insolvenz der GmbH/AG nur für solche Zahlungen an Gesellschafter haften muss, die objektiv **ohne weitere Kausalbeiträge** zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen **mussten** (siehe Begründung, S. 106 unten). Auch wird die Haftung dem Umfang nach dadurch beschränkt, dass die Zahlung des Geschäftsführers durch eine Gegenleistung des Gesellschafters ausgeglichen werden kann.

Dennoch wird diese Haftungsausweitung Unsicherheiten erzeugen; die Entlastungsmöglichkeit für die Geschäftsführer/Vorstände nach **§ 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG-RegE** und **§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG-RegE** beseitigt diese nicht. Wir schlagen vor, die Haftung des Geschäftsführers **zeitlich zu begrenzen**, um mehrere Jahre zurückliegende „Zahlungen“ nicht noch auf ihre Verursachung der Insolvenz untersuchen zu müssen.

Kritisch sehen wir auch den **vorgeschlagenen Begriff „Zahlungen“**. Ausweislich der Begründung zum RegE soll der Begriff der „Zahlungen“ nicht auf reine Geldleistungen beschränkt sein, sondern auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens erfassen. Ausdrücklich wird offen gelassen, ob darunter auch Zahlungen bzw. Leistungen fallen, die auf Grund eines beidseitigen Geschäfts erfolgen, wo also die Gesellschaft eine Gegenleistung aufgrund ihrer eigenen Leistung erhält. Die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit kann insbesondere aus Sicht der Konzernpraxis, aber auch aus Sicht mittelständischer Unternehmensgruppen nicht hingenommen werden. Der Abschluss von gruppeninternen Geschäften über IT-Leistungen oder Mietgeschäften ist nicht ungewöhnlich. Sind diese Geschäfte zu Marktkonditionen abgeschlossen worden, ist nicht einzusehen, warum Zahlungen bzw. Leistungen in Erfüllung solcher Geschäfte **schon** in der Phase **vor Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung** potentiell sanktioniert werden bzw. warum demgegenüber Geschäfte mit Dritten privilegiert sein sollen.

Dementsprechend müsste ausdrücklich der **Begriff der „Leistungen“**, die **aufgrund eines beidseitigen Geschäfts mit dem Gesellschafter zu Marktkonditionen** erfolgen, im Gesetzestext von dem Anwendungsbereich des § 64 Abs. 2 GmbHG n.F. bzw. der entsprechenden Vorschriften n.F. im AktG/HGB **ausgenommen** werden.

## 7. Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG-RegE) und Hin- und Herzahlen einer Einlage (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE)

### a) Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG-RegE)

Entsprechend der Anregung des BDI in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf des MoMiG hat die Bundesregierung erstmalig die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur so genannten „Verdeckten Sacheinlage“ in § 19 Abs. 4 GmbHG-RegE gesetzlich geregelt. Die jetzt gefundene Lösung einer **Differenzhaftung des Gesellschafters** schafft mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Ist die erbrachte „verdeckte“ Sacheinlage nicht vollwertig hinsichtlich der übernommenen Einlage, muss der einlegende Gesellschafter die Differenz in bar erbringen. Diese Differenzhaftung wird seitens der Industrie begrüßt. Die bisherigen Heilungsmöglichkeiten waren für die Gesellschaften schwierig und aufwendig.

Darüber nachzudenken wäre, ob die **Verjährungsfrist von bisher 10 Jahren für die Differenzhaftung des Gesellschafters verkürzt** wird.

### b) Hin- und Herzahlen einer Einlage (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE)

Der Praxis bereitet die Rechtsprechung des BGH zu Umgehungsgeschäften im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung ("Hin- und Herzahlen") erhebliche Probleme. Dabei fließt die Einlageleistung aufgrund einer Absprache zurück an den Gesellschafter. § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE will dies lösen, indem eine Verwendungsabrede zwischen GmbH und Gesellschafter, die wirtschaftlich als eine Rückgewähr der Einlage an den Gesellschafter zu werten ist, nicht einer ordnungsmäßigen Bewirkung der Einlage entgegensteht, sofern die Leistung durch einen „vollwertigen“ Rückzahlungs- oder Gegeleistungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist (S. 78 der Gesetzesbegründung). Damit greift die bei der Kapitalerhaltung (§ 30 GmbHG-RegE) wieder eingeführte bilanzielle Betrachtung auch bei der **Kapitalaufbringung**. Dies entspricht einem dringenden praktischen Bedürfnis und wird daher ausdrücklich begrüßt.

Im Hinblick auf die soeben geänderte 2. gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinie für die Aktiengesellschaften (Richtlinie 2006/68/EG vom 6.9.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG, ABl. EU vom 25.09.2006, L 264/32 ff.) bietet es sich an, für das GmbH-Recht ebenfalls zu überprüfen, ob Änderungen der Richtlinie nicht auch für die Modernisierung der GmbH zunutze gemacht werden können. Die EU-Richtlinie ist bis 15.04.2008 in nationales Recht umzusetzen. Denkbar wären insbesondere **Erleichterungen bei der Gründungsprüfung und beim Wertnachweis**. So wäre es z. B. möglich, die Gründungsprüfung angesichts der geltenden Differenzhaftung auf offensichtlich schwierige Bewertungen (z. B. gewerbliche Schutzrechte oder andere immaterielle Vermögensgegenstände) zu beschränken. Der Wertnachweis könnte auch mittels des Jahresabschlusses des Vorjahres geführt werden. Dies lässt die angesprochene 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie zu: Nach dem durch Art. 1 Nr. 2 der o.g. EU-Richtlinie 2006/68/EG neu eingeführten Artikel

10a Abs. 3 kann der Vorstand einer AG eine Sachkapitalerhöhung **ohne einen Sachverständigenbericht** durchführen, wenn sich der beizulegende Zeitwert (fair value) der Sacheinlage aus dem geprüften Jahresabschluss des vorhergehenden Geschäftsjahres ergibt.

Über die nähere Umschreibung des Tatbestandes der verdeckten Sacheinlage hinaus sollte eine verdeckte Sacheinlage **nach einer bestimmten Zeit (z. B. einem Jahr) auf der Rechtsfolgenseite rechtlich unanreifbar** sein, sofern sie bis dahin nicht gegenüber der Gesellschaft wertmäßig in Frage gestellt ist und die Gesellschaft nicht einen Insolvenzantrag gestellt hat oder hätte stellen müssen. Zur Eingrenzung der Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage ist zudem zu erwägen, die Umwandlung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor der Kapitalerhöhung entstanden sind, in Stammkapital der Bareinlage gleichzustellen und zum Nominalbetrag der Verbindlichkeit zuzulassen werden (**Wegfall des so genannten Vollwertigkeitserfordernisses**).

## 8. Wahrung der Konzerninnenfinanzierung (Cash-Pooling), § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-RegE

Wir begrüßen es sehr, dass der Gesetzgeber in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbH-Gesetz die in Konzernen und mittelständischen Unternehmensgruppen sehr verbreitete Praxis des Cash-Pooling regeln und die aufgrund der neueren BGH-Rechtsprechung entstandene Rechtsunsicherheit beseitigen möchte. Dies hat auch der Deutsche Juristentag 2006 anerkannt, der eine gesetzliche Klarstellung des Cash-Pooling empfohlen hat. Beim so genannten Cash-Pooling vergibt die GmbH als Konzerntochter Darlehen an die Gesellschafter (Konzernmutter oder andere Konzerntöchter). Die gegenwärtige Rechtslage bereitet der Unternehmenspraxis für das Cash-Pooling bei der Kapitalaufbringung, der Kapitalerhaltung und der Insolvenzanfechtung Schwierigkeiten, die der Gesetzgeber lösen sollte.

Mit der jetzt im RegE gefundenen Lösung ist der BDI einverstanden, weil die **Rückkehr zur sog. bilanziellen Betrachtung** bei der Kapitalerhaltung von der Praxis seit langem gefordert wird. Dies ist angesichts der erheblichen Verunsicherung der Praxis dringend erforderlich.

### a) Wirtschaftliche Bedeutung des Cash-Pooling

Die wirtschaftliche Bedeutung des Cash-Pooling als **wesentlicher Bestandteil der zentralen Finanzierung von Konzerngesellschaften und mittelständischen Unternehmensgruppen** leitet sich aus dem Umstand ab, dass im Konzern anstelle von vielen nicht saldierten Forderungs- und Verbindlichkeitspositionen der einzelnen Konzerngesellschaften gegenüber ihrer jeweiligen Bank nur noch eine bereits saldierte, externe Position (nämlich die des Cash-Pool-Führers) gegenüber einer Bank existiert. Die auflaufenden konzerninternen Forderungen/Verbindlichkeiten zwischen den Cash-Pool-Teilnehmern und dem Cash-Pool-Führer saldieren sich im Rahmen der Konsolidierung. Die Konsolidierung ermöglicht eine Opti-

mierung des Zinsergebnisses, eine Verkürzung der Brutto-Finanzverbindlichkeiten und der Bilanzsumme des Konzerns, die Konzentration der Kreditlinien (economies of scale), die Vermeidung negativer Auswirkungen im Rahmen des Rating und die zentrale Bearbeitung von Finanzierungsaufgaben.

Die **Optimierung des Zinsergebnisses** ergibt sich aus der Einsparung von Bankenmargen. Diese Vorteile fallen bei den teilnehmenden Gesellschaften sowohl für Geldanlagen als auch für Geldaufnahmen an, da der Cash-Pool-Führer keine Margen berechnet. Bei einem angenommenen Finanzierungsvolumen von 5 Mrd. € führt das Cash-Pooling bei einer Bankenmarge von nur 0,35 % p.a. bereits zu einer Zinersparnis von 17,5 Mio. € p.a. Die Einsparung von Zinsen, die die Konzerngesellschaften ohne das Cash-Pooling an ihre Banken zu zahlen hätten, kann sich je nach Höhe des Finanzierungsvolumens und Anzahl der teilnehmenden Gesellschaften im dreistelligen Millionenbereich bewegen.

Die Verkürzung von Brutto-Finanzschulden und Bilanzsumme führt sowohl zu einer Verbesserung in der Verschuldensstatistik gem. KWG und damit zu einem besseren Kredit-Standing des Konzerns als auch zu besseren Bilanzkennziffern (Eigenkapital zu Bilanzsumme etc.). Die Konzentration der Kreditlinien auf eine zentrale Stelle, z.B. des Cash-Pool-Führers, ermöglicht auch vor dem Hintergrund der Bonität des Gesamtkonzerns günstigere Konditionen als es bei einer Vielzahl von Einzelkrediten möglich wäre. Die zentrale Finanzierung vermeidet ferner negative Auswirkungen im Rahmen des Rating, da Kredite auf Ebene der Tochtergesellschaften in diesem Zusammenhang als problematisch gelten (structural subordination). Letztlich ermöglicht die zentrale Bearbeitung von Finanzierungsaufgaben die rationelle Nutzung spezieller persönlicher Kompetenzen und vermeidet weitgehend das Vorhalten von nur teilweise genutzten Kompetenzen an mehreren Stellen im Konzern. Insgesamt bedeutet die Konzentration der Finanzierung von Konzerngesellschaften für deutsche Konzerne einen Wettbewerbsfaktor, der sich zu einem Nachteil im internationalen Konkurrenzkampf verkehrt, würde den deutschen Konzernen das Cash-Pooling erschwert oder gar unmöglich gemacht.

Die Geldanlage der Konzerngesellschaft beim Cash-Pool-Führer wird rechtlich als Vergabe eines Darlehens an die Gesellschafter (Konzernmutter oder andere Konzerntöchter) qualifiziert. Bei derartigen Darlehen einer GmbH soll das Auszahlungsverbot in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE nach dem MoMiG richtigerweise dann nicht gelten, wenn die Leistung der GmbH an ihren Gesellschafter durch einen **vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch** gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Der Gläubigerschutz bleibt in diesem Fall gewahrt.

#### **b) § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE geht in die richtige Richtung**

Zahlungen in einem Cash Pool sollen künftig kein Verstoß gegen das Gebot sein, das Stammkapital zu erhalten, sofern der Gegenleistungs- und Rückgewähranspruch „vollwertig“ ist. Das Abstellen auf die „**Vollwertigkeit**“ in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG des RegE halten wir grundsätzlich für

einen erheblichen Fortschritt gegenüber den Formulierungen im Referententwurf.

Was als „vollwertig“ zu erachten ist, erschließt sich aus der Entwurfsbegründung, die ausdrücklich eine bilanzielle Betrachtung für die Werthaltigkeit des Anspruchs fordert. Damit entspricht der Gesetzentwurf einer Forderung auch des BDI.

Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs bedeutet bereits, dass die Forderung voll wirksam ist, d. h. die Erfüllung erzwungen werden kann und ihr keine Einreden entgegenstehen. Spätestens bei der Aufstellung des Jahresabschlusses der Gesellschaft ist die Vollwertigkeit von den Geschäftsführern neu zu prüfen. Dem Gläubigerschutz wird damit – wie in allen anderen Fällen auch – genügt. Im Rahmen der Überprüfung können sämtliche Kriterien, die der BGH in seinem Urteil vom 24.11.2003 (II ZR 171/01) im obiter dictum genannt hat, als Prüfungsmaßstab angelegt werden. Letztlich wenden die Abschlussprüfer diesen Maßstab für die Prüfung von Gesetzesverstößen durch Kreditgewährungen aus gebundenem Vermögen derzeit auch an (vgl. Verlautbarung des HFA vom Dezember 2004, FN-IDW 2004, S. 746 ff).

Dennoch bleibt abzuwarten, ob mit der jetzt gefundenen Lösung alle Zweifelsfragen geklärt werden. Abzuwarten bleibt auch, wie die Wirtschaftsprüfer auf den Vorschlag reagieren werden. Nach bisheriger Auffassung des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IdW) soll nur dann keine Veranlassung bestehen, die Darlehensgewährung an den Gesellschafter als Gesetzesverstoß i.S.d. § 321 Abs. 1 S. 3 HGB im Prüfungsbericht darzustellen, wenn bei Auszahlung bzw. Prolongation des Darlehens hinreichendes Reinvermögen zur Deckung des Stammkapitals vorliegt und auch keine nachhaltigen Verluste vorhersehbar sind (FN-IDW, August 2006, S. 545 f). Sollten die Wirtschaftsprüfer diese Verlautbarung anwenden, würde eine Darlehensgewährung als Gesetzesverstoß bewertet, selbst wenn sich die Gesellschaft im Zeitpunkt der Auszahlung nicht in einer Unterbilanz befände, jedoch in diesem Zeitpunkt mit Verlusten ihrer Geschäftstätigkeit rechnet.

Angesichts der im RegE vorgeschlagenen Regelung erwarten wir, dass das IdW an seiner Rechtsauffassung nicht festhält.

Aus Sicht der Unternehmenspraxis positiv hervorzuheben ist die Regelung in § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-RegE, dass künftig Auszahlungen an einen Gesellschafter oder auch an verbundene Unternehmen **unabhängig vom Auszahlungsverbot** erfolgen dürfen, wenn zwischen den Beteiligten ein **Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag nach § 291 AktG** besteht. Dies entspricht einem Vorschlag des BDI.

Allerdings sollte mit Blick auf den Wortlaut des § 291 Abs. 3 AktG geprüft werden, ob dort eventuell eine Folgeanpassung etwa durch Streichung des darin genannten § 57 AktG erfolgen kann, um zu vermeiden, dass durch unterschiedliche Wortwahl eine in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG/§ 57 Abs. 1 Satz 2 AktG abweichende Regelung zu § 291 Abs. 3 AktG getroffen wird. Wenn schon Leistungen zwischen Parteien eines Un-



ternehmensvertrages keinen Verstoß gegen das Auszahlungsverbot darstellen, dann gilt dies erst recht für Leistungen **aufgrund** eines solchen Vertrages. Ohne eine entsprechende Anpassung des § 291 Abs. 3 AktG wird in der Praxis aller Voraussicht nach eine Diskussion über das Verständnis der Einlagenrückgewährvorschriften zu der in § 291 Abs. 3 AktG bereits enthaltenen Lockerung der Vermögensbindung entstehen. Dies ist nicht bezweckt und wäre nicht hilfreich.

Zu begrüßen ist auch, dass die Regelung zu § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-RegE ebenfalls für die **Einlagenrückgewähr** nach § 57 Abs. 1 AktG eingeführt wird. So wird klar gestellt, dass eine Cash Pool-Leistung nicht als verbotene Einlagenrückgewähr an den Aktionär einer GmbH verstanden werden kann.

#### **c) Klarstellung für die Kapitalaufbringung in § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE**

Sehr zu begrüßen ist die der in § 30 GmbHG entsprechende Einführung der bilanziellen Betrachtung auch bei der **Kapitalaufbringung** in § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE.

Der MoMiG-RegE löst insoweit noch nicht das durch die BGH-Entscheidung vom 16.1.2006 (DStR 2006, 764) aufgetretene Problem einer Einbringung der Mittel für die Bareinlage in den Cash-Pool, wenn bereits bei Einbringen der Einlage zumindest konkludent die Abrede bestand, die Mittel später in den Cash-Pool zu zahlen. Nach Ansicht des BGH ist dies keine Einlageleistung, und zwar unabhängig davon, ob die Anlage im Cash-Pool im Interesse der Gesellschaft lag oder nicht.

Der Gesetzgeber sollte daher **auch für die Kapitalaufbringung** explizit klarstellen, dass die **Darlehensgewährung nach Leistung der Einlage und Eintragung der Kapitalmaßnahme im Handelsregister zulässig** ist, sofern sie im Interesse der Gesellschaft liegt. Hierdurch können alternative "Notlösungen", wie z. B. die Zahlung auf Sonderkonten außerhalb des Cash-Pools zur Tilgung von Verbindlichkeiten, vermieden werden.

#### **d) Klarstellung für Anfechtung nach AnfG und InsO**

Zudem sollte die auch durch den Regierungsentwurf noch nicht ausgeräumte Ungewissheit beseitigt werden, in welchem Umfang Bewegungen auf dem Verrechnungskonto im Rahmen eines konzerninternen Cash-Pooling nach Maßgabe des AnfG oder der InsO **angefochten** werden können. Hier wäre in Anlehnung an das österreichische Eigenkapitalersatzgesetz eine Regelung wünschenswert, dass eine Anfechtung im Rahmen eines konzerninternen Kontokorrentverhältnisses **nur in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagessaldo während der Dauer der Jahresfrist** zulässig ist.

Weiterhin bestehen derzeit erhebliche Rechtsunsicherheiten, wenn sich ein Konzernunternehmen in der „Krise“ befindet und „**absteigende**“ (**Eigen-**

**kapital ersetzende) Darlehen** erhält. Es ist in diesen Fällen nicht rechtssicher geklärt, ob jede einzelne Zahlung der Gesellschaft auf das Zielkonto des Gesellschafters als „verbotene“ bzw. „anfechtbare“ Rückzahlung gilt, und in welcher Höhe etwaige Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft bzw. im Fall der Insolvenz des Insolvenzverwalters nach Anfechtung bestehen. Sollten mit dem MoMiG die Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz tatsächlich gestrichen werden, würde sich die Notwendigkeit einer klärenden Regelung auf den **Bereich des Insolvenzrechts** beschränken.

## 9. Grenzüberschreitende Sitzverlegung (§ 4a GmbHG-RegE)

Mit der Änderung von § 4 a GmbHG trägt der Referentenentwurf der EuGH-Rechtsprechung Rechnung, die es ausländischen Unternehmern gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz in einem anderen EU-Staat zu wählen. Weil umgekehrt diese Möglichkeit deutschen Gesellschaften aufgrund von § 4a Abs. 2 GmbHG nicht zur Verfügung steht, sollte diese Vorschrift dahingehend geändert werden, dass ein Verwaltungssitz gewählt werden kann, der nicht notwendigerweise mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Dies erleichtert deutschen Unternehmen die Expansion in Europa. Durch die inländische Geschäftsanschrift bleibt der Gläubigerschutz hinreichend gewahrt.

Diese geplante Regelung bringt für die GmbH aber noch nicht die optimale Mobilität. Vielmehr sollte **auch der Satzungssitz** vom Inland in das Ausland verlegt werden können.

Abhilfe wird möglicherweise in der Zukunft die Einführung der **Europäischen Privatgesellschaft (EPG)** schaffen. Das vom Europäischen Parlament am 1.2.2007 vorgeschlagene EPG-Statut<sup>1</sup> bietet die Möglichkeit, Tochterunternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten mit der gleichen Satzung zu gründen oder bestehende Tochterunternehmen in gleich strukturierte EPG umzuwandeln. Hierzu führt die EU-Kommission bis Ende Oktober 2007 eine erste Konsultation durch.

## 10. Persönliche Eignung der Geschäftsführer/ Ausschlussgründe (§ 6 Abs. 2 GmbHG-RegE, §§13e Abs. 3, §§ 13f und 13g HGB-RegE)

Wir begrüßen den Vorschlag der Bundesregierung zur Änderung von § 6 Abs. 2 GmbHG, in dem die persönliche Eignung der Geschäftsführer derzeit insbesondere davon abhängig gemacht wird, dass er nicht nach den §§ 265b, 266 (Untreue), 266a, 283 – 283 d des Strafgesetzbuches verurteilt worden ist. Diese Erweiterung der Bestellhindernisse für Personen, die wegen bestimmter, vorsätzlich begangener Straftaten verurteilt worden sind, ist ausdrücklich als gläubigerschützend zu begrüßen. Dies stärkt das

---

<sup>1</sup> European Parliament - Report with recommendations to the Commission on the European private company statute (2006/2013(INI)).

Vertrauen in die GmbH und ihre Geschäftsführer. Jedoch sollte auch darüber nachgedacht werden, diesen Katalog auch um den **Betrug** zu erweitern, da eine derartige Verurteilung geeignet ist, dass Vertrauen in den Geschäftsführer einer GmbH zu erschüttern. Allerdings muss es sich dabei um besonders schwere Fälle i.S. des § 263 Abs. 3 StGB handeln.

Im Übrigen sollte darauf geachtet werden, dass diese für inländische GmbH-Geschäftsführer geltenden Qualifikationsmerkmale selbstverständlich **auch für ausländische Gesellschaften** gelten, die **im Inland ihren Sitz** haben. Insofern ist es sehr erfreulich, dass das MoMiG dies in §§13e Abs. 3, §§ 13f und 13g HGB-RegE gewährleisten wird. Der Schutz des Rechtsverkehrs gebietet dies. So wird verhindert, dass Personen, die nach deutschem GmbH-Recht nicht zum Geschäftsführer bestellt werden können, über die Bestellung zum Direktor einer Limited eine **Zweigniederlassung der Limited ins Handelsregister eintragen** lassen können. Der Weg zurück ins Inland wird ihnen insoweit versperrt. Dies ist vernünftig und richtig.

Zurückzuweisen sind hingegen Forderungen des Bundesrates (siehe Entschließung vom 06.07.2007 – BR-Drucks. 354/07) nach noch weitergehenden Verschärfungen der Bestellhindernisse für Geschäftsführer, die dem Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) aus dem Jahr 2004 entstammen. Im Einzelnen will der Bundesrat § 6 Abs. 2 GmbHG auf Verstöße gegen die Baugeldverwendungspflicht ausdehnen. Derartige Verstöße sind aber nicht mit Verurteilungen nach bestimmten strafrechtlichen Vorschriften gleich zu setzen. Der Begriff des Baugeldes ist nicht klar definiert.

Ebenso abzulehnen ist der Vorschlag des Bundesrates, eine zusätzliche Haftung des GmbH-Gesellschafters gegenüber der GmbH in § 6 Abs. 5 GmbHG einzuführen, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig einen Geschäftsführer bestellt, der nicht Geschäftsführer sein darf und seine Pflichten verletzt. Ein innerer Zusammenhang zwischen der Bestellung und der späteren Pflichtverletzung ist nicht zwangsläufig. Auch wäre der Gesellschafter gezwungen, selbst zu prüfen, ob gegen den Geschäftsführer ein Bestellungshindernis vorliegt. Dies geht zu weit.

## 11. GmbH als „Unternehmergesellschaft“ (§ 5 a GmbHG-RegE)

Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Unternehmergesellschaft (UG) nachgefragt werden wird. Hier werden aus der Industrie erhebliche Zweifel geäußert. Es fragt sich auch, wie der Rechts- und vor allem der Geschäftsverkehr die UG betrachten wird. Zu begrüßen ist, dass sie jetzt – anders als in vorherigen Debatten - in das Konzept der GmbH integriert wird und keine neue, eigenständige Rechtsform sein wird.

Da die UG ohne Stammkapital gegründet werden kann, müssen geeignete gläubigerschützende Maßnahmen gefunden werden, die die UG nicht von vornherein als unseriös erscheinen zu lassen. Die jetzt vorgeschlagene Konstruktion lädt zum Missbrauch ein. Das Konzept, die Stammeinlagen

jährlich mit einem Viertel des Jahresüberschusses aufzufüllen, ist fragwürdig. Denn in der Regel dauert es eine gewisse Zeit, bis ein neu gegründetes Unternehmen Gewinn erwirtschaftet. Es ist zu erwarten, dass es bei unveränderten Regelungen zur UG Jahre dauern wird, bis sie das Stamm- und Haftkapital von 10.000 EUR erreicht haben wird. Zudem setzt dies voraus, dass Gewinne auch wirklich bilanziert werden. Mit Bilanzkosmetik ließe sich der Zeitpunkt eines normalen GmbH-Daseins erheblich verschieben. Daher schlagen wir vor, eine **zeitliche Frist für die Auffüllung des Stammkapitals** vorzusehen. Sollte diese Frist überschritten werden, müsste die Unternehmergesellschaft aus dem Register gelöscht werden. Um die UG praktikabler zu gestalten, wäre außerdem die **Einführung einer zeitlichen Begrenzung der Ansparregelung** nach § 5a GmbH-RegE sinnvoll, da die Ansparpflicht einer UG andernfalls sonst unbegrenzt fortbesteht. Der RegE regelt den Fall, dass eine UG durch eine Kapitalerhöhung das Mindeststammkapital von 10.000 Euro erreicht (§ 5a Abs. 5 GmbHG-RegE) und dann die Ansparverpflichtung entfällt. Erfolgt keine Kapitalerhöhung, besteht für die UG die Ansparungsverpflichtung unbefristet fort. Eine solche Einschränkung der Gesellschafter in ihrer freien Kapitalverwendung ist bei Erreichen des Mindeststammkapitals aber nicht mehr erforderlich, um den Gläubigerschutz zu wahren.

## 12. Begriff der Stammeinlage, § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG-RegE

Die bisherige terminologische Unterscheidung von Stammeinlage und Geschäftsanteil sollte bereinigt werden. Die Unterscheidung ist schwer verständlich und künftig auch überflüssig. Es sollte durchgehend der Begriff „Geschäftsanteil“ verwandt werden. Die Erleichterung der Teilung und Zusammenlegung von GmbH-Geschäftsanteilen ist sehr zu begrüßen. Sie vereinfacht z.B. die Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen. Einen börslichen Handel von GmbH-Geschäftsanteilen wie bei Aktien erwarten wir infolge der Neuregelung nicht.

## 13. Entrümpelung des GmbH-Rechts und sonstige Anpassungen

GmbH-Gründungen werden auch dadurch erschwert, dass Kreditinstitute regelmäßig eine Anmeldung der GmbH als Voraussetzung für eine Kontoeröffnung auf den Namen der zu gründenden GmbH fordern, während diese Anmeldung der GmbH zum Handelsregister wiederum bereits eine Einzahlung der Stammeinlage voraussetzt. Es wäre sinnvoll, wenn **Kreditinstitute** künftig auf diese Anmeldung bei Eröffnung des Kontos verzichten und sich stattdessen auf anderem Weg der Ernsthaftigkeit der Kontoeröffnung versichern könnten.

Ferner ist nicht zu akzeptieren, dass die **Finanzämter** häufig erst nach mehreren Wochen einer neu gegründeten GmbH die Steuer-Nr. und USt.-Nr. erteilen. Ohne diese steuerrechtlichen Nummern kann die GmbH keine Geschäfte tätigen. Die Bearbeitungszeiten sind zu reduzieren.

#### 14. Bekämpfung von Missbräuchen (§ 13 ff. HGB-RegE, 185 ZPO-RegE)

Wir begrüßen es sehr, dass der Regierungsentwurf **Missbräuche durch so genannte „Firmenbestatter“**, die angeschlagene GmbH's durch Abberufung von Geschäftsführern und durch Aufgabe von Geschäftslokalen einer ordnungsgemäßen Insolvenz und Liquidation zu entziehen versuchen, bekämpfen will. Dies soll dadurch geschehen, dass die Zustellung an die GmbH in solchen Fällen erleichtert wird und bei Führungslosigkeit und Insolvenz der GmbH auch die Gesellschafter verpflichtet sind, den Insolvenzantrag zu stellen (vgl. die Änderungen zu § 64 GmbHG).

Allerdings haben wir Bedenken, ob den Gläubigern bereits dadurch geholfen ist, dass der Gesetzgeber die **öffentliche Zustellung durch Änderung von § 13 HGB und § 185 ZPO wesentlich erleichtert**. Die Zustellung von z.B. gerichtlichen Titeln führt nicht automatisch dazu, dass eine Vollstreckung erfolgreich verläuft.

In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass sich Geschäftsführer und Gesellschafter einer Inanspruchnahme durch Wegzug nach Zurücklassen einer mittellosen GmbH entziehen. Dem muss ein Ende bereitet werden. Der Flucht von Gesellschaftern oder Geschäftsführern vor der persönlichen Inanspruchnahme für Gesellschaftsschulden könnte dadurch begegnet werden, dass auch für Klagen gegen Gesellschafter oder Geschäftsführer eine **Zustellung der Klage am Sitz der GmbH ermöglicht** wird. Dafür sollte für jede GmbH eine auch für Geschäftsführer und Gesellschafter gültige Zustelladresse geschaffen werden.