

Deutscher Bundestag
- Rechtsausschuss -
Platz der Republik 1

10557 Berlin

nur per E-Mail rechtsausschuss@bundestag.de

Frankfurt am Main, den 17.01.2008
Unser Zeichen: 09187-99 / UWL/uwl

**Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 23.01.2008
Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur
Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu MoMiG gibt es eine Fülle von Stellungnahmen, Kommentaren und Anmerkungen aus der Wissenschaft, der Rechtsprechung und der Praxis.

Ich will mich aus der Sicht des in der steuer- und gesellschaftsrechtlichen Beratung kleiner und mittelständischer Unternehmer tätigen Rechtsanwalts ergänzend zu praktischen Fragen des Reformentwurfs äußern.

1. Grundsätzliches

Aus der Sicht des Praktikers ist es sehr zu begrüßen, dass der Wettbewerb mit ausländischen Rechtsformen auf deutschem Boden offenbar nicht dazu führt, dass vom deutschen Gesetzgeber die Anforderungen an den Eintritt in die Haftungsbeschränkungen anderer Rechtsordnungen noch unterboten werden. Außerdem ist es positiv

SIEBICKE + WANNER-LAUFER
RECHTSANWÄLTE

FRANK G. SIEBICKE
DR. ULRICH WANNER-LAUFER
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- u. Gesellschaftsrecht

KARLA KÖHLER
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Notarin a. D.

KARINA PETRI

SCHAUMAINKAI 91
D-60596 FRANKFURT AM MAIN

T +49 (069) 695979-60
F +49 (069) 695979-89
E office@s-wl.de
I www.s-wl.de

GERICHTSFACH 699

zu sehen, dass die ursprünglich hauptsächlich über die Höhe des Mindeststammkapitals geführte Diskussion - siehe das ursprünglich geplante MindestkapG - dahin weiter geführt wurde, eine Reform des GmbH-Rechts insgesamt anzugehen. Dass die Reform an manchen Punkten zu kurz greift, ist auch mehrfach vorgetragen worden; ich werde mich hier nur zu bestimmten Punkten äußern. Fest steht aber für mich, dass das MoMiG nur der Einstieg in die Reform des Gesellschaftsrechts sein kann.

2. Absenkung des Mindeststammkapitals

Bevor man sich mit der Absenkung des Mindeststammkapitals auseinandersetzt, wäre die Vorfrage zu beantworten, ob ein Mindeststammkapital zumindest in der Ausprägung nach dem geltenden Recht, aber auch de lege ferenda nach dem MoMiG überhaupt noch ein modernes Konzept ist. Soweit ersichtlich, wird auch von den Befürwortern eines Mindeststammkapitals nicht bestritten, dass für den Gläubigerschutz Mindeststammkapitalregelungen eher wenig nutzen. Es setzt sich gerade bei rechtsvergleichender Betrachtung immer mehr die Auffassung durch, dass Regelungen, die Organe aber auch die Gesellschafter von haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften zur erhöhten Finanzierungsverantwortung verpflichten, einen wesentlich effektiveren Gläubigerschutz darstellen. Nicht ein zu geringes oder gar kein Mindestkapital gefährdet die Gläubiger; die Unterkapitalisierung im laufenden Betrieb der GmbH führt die Gesellschaft in die Insolvenz und zum Ausfall von Gläubigerforderungen.

Ob die sog. Seriösitätsschwelle, wie in der Begründung des RegE zu lesen ist, tatsächlich als Argument zum Festhalten am Mindeststammkapital taugt, kann bezweifelt werden. Wenn ein Mindestkapital als „Eintrittsgeld“ für die Haftungsbeschränkung notwendig ist, könnte es sein, dass der Eintrittswillige in ein anderes „Theater“ vulgo Rechtsordnung geht, wo kein Geld für den Eintritt in die Haftungsbeschränkung gezahlt werden muss. Es ist zwar in aller Regel so, dass die Rechtsordnungen, die auf eine Mindeststammkapital verzichten, die Organe und Gesellschafter deutlich mehr bei Finanzierungs- und Geschäftsführungsversagen heranziehen und so einen effektiveren Gläubigerschutz mit dem Effekt erreichen, dass es für die Organe oder Gesellschafter am Ende dann doch deutlich teurer werden kann. Insoweit verhindert das Festhalten am Mindeststammkapital uU. eine Weiterentwicklung solcher Regelungen etwa zur Haftung für die Unterkapitalisierung im deutschen Recht.

Darüber hinaus bereitet die nach deutscher Rechtsdogmatik strenge und stringente Umsetzung des Mindeststammkapitalprinzips und der Kapitalerhaltung in der Praxis zum Teil skurrile Probleme, die dem Laien kaum erläutert werden können. So können zB. simple Kapitalumstellungen von DM auf Euro und Glättung des Eurokapitals durch Aufstockung der Anteile dann formal sehr schwierig werden, wenn die Gesellschaft eigene Anteile hält. Es geht dann zB. um einen Aufstockungsbetrag von wenigen Euro, der aber formal nicht eingebracht werden kann, weil die Kapitalerhaltungsvorschriften es eben der Gesellschaft nicht erlauben, an der eigenen Kapitalerhöhung teilzunehmen. Im Rahmen von Umwandlungen ist es zT. mehr als schwierig, die jeweiligen Mindeststammkapitalanteile rechnerisch genau darzustellen.

Alles was der Entwurf im Detail vorschlägt, um die praktischen Schwierigkeiten zu reduzieren, die mit Kapitalfragen zusammenhängen, ist daher sehr zu begrüßen. Ob es jetzt um die Teilbarkeit von Anteilen, der Aufgabe des Mindestnennkapitals der Anteile oder darum geht, dass in Zukunft ein Gesellschafter originär bei Gründung oder Kapitalerhöhung zwei und mehr Anteile schaffen kann - was bei gerade aus steuerlichen Gründen häufig anzutreffenden Treuhandverhältnisse sehr sinnvoll sein kann - reduziert den Regelungsaufwand, erhöht den Gestaltungsspielraum und entlastet die Unternehmer. Dazu gehört sicher auch die Absenkung des Mindeststammkapitals.

Wir haben unseren Mandanten bisher immer von ausländischen Kapitalgesellschafts-Rechtsformen zumindest bei Mehrpersonen-Gesellschaften abgeraten, da insbesondere das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander jedenfalls von deutschen Kollegen nicht nach dem ausländischen Recht geregelt werden kann. In der Praxis sind aber bei Gründung und Weiterentwicklung einer GmbH gerade das häufig die wichtigsten Regelungskreise. Die Reform liefert uns damit in Zukunft noch mehr Argumente, vor der „Flucht in die limited“ zu warnen.

Vor diesem Hintergrund halte ich die Einführung der UG für eine rechtsdogmatisch und dann zukünftig auch rechtspraktisch sehr spannende Sache. Erstmals wird nach deutschem Recht eine Gesellschaft zugelassen, die jedenfalls bei Gründung kein eingezahltes Mindeststammkapital hat. Zwar sieht der RegE für diese zumindest faktisch stammkapitallose Gesellschaft zunächst keine besonderen Vorschriften zur Überwachung der Finanzierungsverantwortung vor. Man wird abwarten müssen, ob nicht die

Rechtsprechung in Zukunft mit gewisser zeitlicher Verzögerung nach Inkrafttreten der Reform zB. § 826 BGB verstärkt anwenden wird. Die UG könnte „der Einstieg in den Ausstieg aus dem Mindeststammkapitaldogma“ sein. Schon aus diesem Grund ist diese GmbH Variante zu begrüßen.

3. Gründung ohne Beurkundung mit Mustersatzung

Hierzu ist viel geschrieben und gesagt worden, insbesondere ob diese Form der Gründung praktikabel ist. Die Mustersatzung bleibt naturgemäß weit hinter dem Standard zurück, den „gute“ GmbH-Gesellschaftsverträge heute haben. Dieser Standard lässt sich in aller Regel nur durch individuelle Beratung erreichen. Für die Einmann-GmbH reicht die Mustersatzung allerdings völlig aus; auch de lege lata kann man den Gesellschaftsvertrag einer GmbH auf zwei Seiten unterbringen, wenn man nur die Mindestangaben macht.

Ich bin der Auffassung, dass man es der Praxis überlassen kann, ob dieses Modell angenommen wird. Die vom Gesetz angebotenen „Bausteine“ zum Erstellen des Gesellschaftsvertrages sind zu Recht sehr beschränkt. Würde man die Mustersatzung noch flexibler machen, kämen wahrscheinlich häufig Kombinationen heraus, die unsinnig oder gar unzulässig wären. In der Praxis werden wir als Rechtsanwälte oft mit Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften konfrontiert, die die Gesellschafter eigenhändig aus diversen Mustern zusammengebaut haben. Hier sehen wir meist, dass eine auch nur mittelmäßig komplexe Gestaltung ohne gesellschaftsrechtliche Kenntnisse nicht erstellt werden kann. Dehnt man folglich den Gestaltungsspielraum in der Mustersatzung aus, besteht die Gefahr, dass viel im Eintragungsverfahren korrigiert werden muss, was die Register belastet und die Eintragung verzögert.

4. Verdeckte Sacheinlage

Die „Milderung“ der Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage ist grundsätzlich zu begrüßen. Ich glaube nicht, dass es zu einem Anstieg der verdeckten Sacheinlagen führen wird, insbesondere wenn das abgesenkte Mindestkapital oder eben auch die UG berücksichtigt werden.

5. Gutgläubiger Erwerb von Anteilen

Dies halte ich für eher problematisch. Aus der Praxis wissen wir, dass die Gesellschafterlisten nicht immer richtig geführt werden. Hieraus einem Gesellschafter das Risiko aufzubürden, seine Anteile zu verlieren, weil ein Rechtsschein von der Gesellschafterliste ausgeht, ist insbesondere dann kritisch zu sehen, wenn es bei der bisherigen Auffassung bleibt, dass das Registergericht kein Beanstandungs- bzw. Prüfungsrecht hinsichtlich des Inhalts der Liste hat. Die momentan gängige Meinung nimmt nur ein formelles Prüfungsrecht der Registergerichte an.

§ 40 Abs. 2 iVm § 16 Abs.1 GmbHG-E könnte aus praktischen Gründen problematisch werden. Da der die Abtretung von Geschäftsanteilen beurkundende Notar eine § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nachgebildete Bescheinigung auf die zum Handelsregister einzureichende Liste anzubringen hat, wird er dies nur tun, wenn er vorher vom Handelsregister eine Abschrift der letzten Liste erhält mit einer entsprechenden Bescheinigung, dass dies die letzte Liste ist. Die Liste der Gesellschafter ist aus guten Gründen nicht elektronisch über das Handelsregister oder das Unternehmensregister abrufbar. Damit wird dieser Vorgang regelmäßig auf dem Postweg erfolgen müssen. Bei der permanenten Überlastung der Registergerichte wird dieser Prozess geraume Zeit in Anspruch nehmen. Ob dann noch das Erfordernis von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E der unverzüglichen Aufnahme in das Handelsregister im Regelfall möglich ist, muss bezweifelt werden.

Zu begrüßen ist allerdings grundsätzlich, dass der Entwurf nunmehr klar die Pflichten des Notars bei Beurkundung von Anteilsabtretungen regelt. Bekanntlich besteht de lege lata Unklarheit, ob es genügt, dass der Notar lediglich mitteilt, er habe eine Abtretung beurkundet. In der Literatur wird zT. gefordert, der Notar habe in seine Anzeige den kompletten Inhalt von § 40 GmbHG aufzunehmen, was dazu führt, dass viele Notare der Einfachheit halber die komplette Abtretungsurkunde dem Handelsregister einreichen. Manche Handelsregister verlangen sogar die Übersendung der Urkunde, obwohl ein Anspruch hierauf gar nicht besteht. Da dies in aller Regel von den Vertragsparteien nicht gewünscht sein kann, gibt dies in unserer Praxis immer wieder Diskussionen mit den Notaren, wie und welcher Form die Anzeigepflicht zu erfüllen ist. Sollte

man den geplanten Gutgläubenserwerb doch nicht in das Gesetz umsetzen, wäre dann also eine Klarstellung in § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zur Anzeigepflicht sehr positiv.

6. Eigenkapitalersatz

Jede Vereinfachung der von Gesellschaftern und Organen einer GmbH nicht mehr zu überblickenden Regelungsdichte ist hier zu begrüßen, auch wenn dies um den Preis geschieht, dass nunmehr auch solche Gesellschafterdarlehen nachrangig sind, die nicht in der Krise der Gesellschaft gewährt wurden.

Aus praktischer Sicht entfällt damit nicht nur die erhebliche Unsicherheit, was wann wie zurückgezahlt werden kann. Es kommt auch beim Überschuldungsstatus und gerade gegenüber den Fremdkapitalgebern nicht mehr auf Rangrücktrittserklärungen an, die dann uU. steuerlich anders gewertet werden als dies zivilrechtlich der Fall ist.

Auf die Problematik der Weiterreichung solcher Darlehen an Dritte ist hingewiesen worden.

7. Personengesellschaft mit beschränkter Haftung - PmbH -

Schon früher wurde vorgetragen, dass es ein Bedürfnis für eine haftungsbeschränkte Personengesellschaft neben der GmbH und Co KG gibt. Bis zur Entscheidung des BGH im Jahr 2001 zur „Teilrechtsfähigkeit“ der GbR erfreute sich die so genannte GbR mbH großer Beliebtheit. Die beschränkte Haftung der Gesellschaft war tatsächlich nicht gegeben, wie man heute weiß und hätte auch schon vor der Entscheidung des BGH nach der alten Rechtsansicht zur Verfassung der GbR zumindest bei gesetzlichen Schuldverhältnissen nicht gegriffen. Tatsächlich sind aber viele GbR mbH auf dem Markt gewesen.

Der Hintergrund ist wie so oft steuerlicher Natur; schließlich ist auch die GmbH und Co. KG eine aus steuerlichen Gründen entwickelte Struktur.

Es besteht gerade bei kleinen und mittleren Gesellschaften das Bedürfnis, sich unternehmerisch in steuerlich als Mitunternehmerschaft behandelten Personengesellschaft-

ten zu betätigen. Soweit eine Haftungsbeschränkung erreicht werden kann, wird dies von der Praxis sehr positiv aufgenommen. Als Beispiel sei auf die Partnerschaftsgesellschaft hingewiesen: diese war ursprünglich geschaffen worden, um Freiberuflern neben der GbR eine Gesellschaftsform anzubieten. Die Partnerschaftsgesellschaft wurde zunächst von der Praxis nicht angenommen, da sie zusätzlichen formalen Aufwand bedeutete, aber keinen großen praktischen Nutzen brachte, zumal überraschend das BayObLG die Zulässigkeit der Rechtsanwalts-GmbH bejahte. Seitdem es aber nach der Reform 1998 in § 8 II PartGG die so genannte Haftungskonzentration gibt und die Gesellschafter zumindest für manche Schulden der Gesellschaft nicht mehr mit dem Privatvermögen haften, steigt die Beliebtheit dieser Gesellschaftsform rapide an.

Aus steuerlichen Gründen wird die Personengesellschaft in ihrer klassischen Form der ertragsteuerlichen transparenten Mitunternehmerschaft weiter hohe Bedeutung haben. Der Versuch der Annäherung der Personengesellschaft an die Besteuerung der Körperschaft durch die Thesaurierungsbesteuerung nach der Unternehmenssteuerreform wird vermutlich in der Praxis scheitern, da diese Besteuerung letztlich für die Gesellschafter bei der späteren Entnahme zu teuer wird.

Rechtstatsächlich gibt es eine haftungsbeschränkte Personengesellschaft schon in der Rechtsform zB. der Limited Company und Co KG. Die schon eingangs beschriebenen Probleme des ausländischen Rechts bei der Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander ist hier vernachlässigbar: Die KG als operative Einheit folgt ausschließlich deutschem Recht und der Einfluss ausländischen Rechts ist gerade bei einer Einheits-Limited Company und Co KG gering, aber vorhanden.

Ob man vor diesem Hintergrund noch eine weitere Gesellschaftsform braucht als „PmbH“, hängt von Fragen nach dem MoMiG ab.

Wenn die durch den RegE erstmals geregelte UG auch Komplementärin einer KG werden kann - der RegE schweigt hierzu, wenn müsste es eine Regelung im HGB geben, in der die Beteiligung einer UG an einer KG ausgeschlossen wird - dann ist eine UG und Co KG denkbar. Man wäre auf dem gleichen Level wie bei der Limited Company und Co KG und der „Schönheitsfehler“ des ausländischen Rechtsstatuts der Komplementärin wäre vermieden.

Ob die UG alleinige Komplementärin einer KG werden kann, sollte das MoMiG klarstellen. Ohne eine Klarstellung könnte man nämlich auch zu dem Ergebnis kommen dass die UG keine taugliche Komplementärin sein kann. Wenn man berücksichtigt, dass der RegE die UG ohne "Startkapital" dogmatisch überhaupt nur zulässt, weil man von zukünftigen Gewinnen ausgeht und daraus das Stammkapital aufgebaut wird, scheint genau dieser Aufbau des Stammkapitals bei einer typischen GmbH und Co KG Konstruktion beinahe ausgeschlossen.

Üblicherweise wird heute eine so genannte Einheits GmbH und Co KG errichtet: man errichtet eine OHG oder GbR und zahlt in diese Personengesellschaft das Mindeststammkapital für eine GmbH ein. Dann gründet die Personengesellschaft als alleinige Gesellschafterin eine GmbH. Diese GmbH tritt dann als Komplementärin in die Personengesellschaft ein, die dadurch zur (GmbH und Co) KG wird. Die GmbH wird in der typischen Konstellation nicht am Vermögen der KG beteiligt und erhält damit auch keinen Gewinnanteil aus dem operativen Geschäft, das von der KG geführt wird.

Um die Geschäftsvorfälle bei der GmbH so knapp wie möglich zu halten, werden in der Regel die tätigen Kommanditisten zu Geschäftsführern der GmbH bestellt aber auch zu Prokuristen der KG und werden auch direkt von der KG bezahlt (wobei so auch uU. die „gewerbliche Prägung“ nach § 15 Abs. 3 EStG vermieden werden kann). Die GmbH erhält für ihre Komplementärstellung eine Vergütung für die Haftung (in der Regel 2 % ihres Stammkapitals). Oft schließt die GmbH mit der KG noch einen Darlehensvertrag, nach dem das bar in die GmbH geflossene Stammkapital an die KG ausgeliehen wird, hierfür wird ein marktüblicher Zins gezahlt. Andere Einnahmen hat die Komplementärin nicht, da sie nicht an den Erträgen aus dem operativen Geschäft beteiligt ist.

Bei der UG als Komplementärin fallen aber die vorgenannten typischen Einkünfte gar nicht an: Sie hat kein (eingezahltes) Stammkapital, mit dem sie haftet und welches sie an die KG ausleihen könnte. Somit dürfte weder eine Avalprovision noch ein Darlehenszins als Einnahme zufließen. Damit wäre eine solche reine Komplementär-UG dauerhaft darauf angelegt, ohne eingezahltes Stammkapital zu bleiben, da sie keinen Gewinn macht.

Da könnte man schon auf den Gedanken kommen, eine solche Verwendung einer UG sei missbräuchlich und sie nicht zulassen.

Insoweit ist es mE. erforderlich, dass klarge stellt wird, ob die UG eine solche Komplementärstellung ausüben kann. Erfolgt dies und bietet man damit vom deutschen Gesellschaftsrecht faktisch eine PmbH an, ist gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag einer PmbH als originärer Gesellschaftsform noch der Nachteil festzustellen, dass in der als eigenständiger Gesellschaftsform vorgeschlagenen PmbH die im Reg-E grundsätzlich vermissten Regelungen zur Überwachung der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter hier genauso schmerzlich vermisst werden. Hier hätte die PmbH neben der UG und Co KG sicher eine Berechtigung, auch weil es eine flachere Konstruktion ist.

8. Deregulierung des Registerwesens

Der Reg-E versucht an vielen Stellen zu beschleunigen, lässt aber einen erheblichen Wettbewerbsnachteil des deutschen Rechts unangetastet. Die räumliche und strukturelle Ansiedlung der Handelsregister bei den lokalen Gerichten ohne zentrales bundesweites Register ist mehr als nachteilig. Es ist heute nicht mehr einzusehen, warum das Handelsregister zumindest bei Kapitalgesellschaften maßgeblich von weisungsunabhängigen Richtern geführt wird, die gerade wegen ihrer Unabhängigkeit nicht kontrollierbar sind und es damit eine sehr unterschiedliche Registerpraxis je nach Sitz des Registers gibt. In der Praxis wird häufiger als man denkt, durch Sitzverlegung oder Gründung an einem anderen Ort das räumlich eigentlich zuständige Gericht vermieden, weil die dortigen Registerrichter überzogene formale Anforderungen stellen oder gar private Feldzüge führen. Dies kann zwar nicht toleriert werden; mit der momentanen Struktur lässt sich hier aber kaum etwas ändern.

Wir brauchen daher dringend ein bundeszentrales Register, dessen Aufgaben von weisungsabhängigen Beamten wahrgenommen werden. Nur so lässt sich sicherstellen, dass etwa Eintragszeiten, Beurteilung bestimmter rechtlicher Fragen, formale Anforderungen an Registeranmeldungen bundesweit gleich und vom Unternehmer vorhersehbar sind. Wenn eine Bundesbehörde durch Verwaltungsanweisungen ähnlich der diversen Richtlinien, die im Steuerrecht zu den Einzelgesetzen erlassen werden,

die Rechtsauslegung und -ausübung steuert, könnte mE. das Registerverfahren beschleunigt und vereinheitlicht werden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn es dann nicht zu einer „Erlassflut“ wie im Steuerrecht kommt.

Das Bundesamt der Justiz bietet sich hier als bereits vorhandene Behörde an.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Ulrich Wanner-Laufer