
Stellungnahme zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

I. Aufgabe MoMiG / Lösung

Aufgabe des MoMiG ist es, das deutsche GmbH-Recht zu modernisieren und so für den zumindest auf europäischer Ebene entfachten Wettbewerb der Rechtsordnungen im Bereich des Gesellschaftsrecht zu wappnen. Unter diesem Aspekt – kurz gesagt Attraktivität des deutschen GmbH-Rechts – sind die Neuregelungen zu bewerten. Dies besagt nicht, dass Aspekte des Gläubigerschutzes irrelevant wären¹. Eine Rechtsform ist gerade auch dann attraktiv, wenn sie bei den Gläubigern ein gewisses Standing hat. M.E. beinhaltet das MoMiG insoweit im Grundsatz eine sehr gelungene Lösung. Im Folgenden werden einzelne noch umstrittene Punkte der Reform angesprochen.

II. Einzelfragen

1) Absenken des Mindestkapitals

Zu den immer noch umstrittenen Punkten zählt die geplante Absenkung des Mindestkapitals. Unter Berufung darauf, dass ein zu geringes Mindestkapital die Gläubiger gefährde und dann keine hinreichende Seriösitätsschwelle mehr bestehe, wurde die Neufestsetzung auf 10.000 € bekämpft. Diesen Argumenten ist nicht zu folgen. Untersuchungen haben ergeben, dass gerade das auf 25.000 € festgesetzte Mindestkapital Gründer davon abhält, die deutsche GmbH zu wählen. Auch Aspekte des Gläubigerschutzes verlangen keine höhere Festsetzung des Mindestkapitals. Diese Ziffer spielt bei der Festlegung des Ratings einer GmbH keine Rolle. Maßgeblich ist vielmehr in erster Linie die Ertragskraft². Das zeigt, dass Gläubiger ihre

1 Eidenmüller ZGR 2007, 168, 179.

2 Kallmeyer DB 2007, 2755.

Sicherheit auf anderem Wege suchen. Wer dies anders sieht³, muss sich sagen lassen, dass der Markt für Gesellschaften mit geringem Stammkapital sowieso offen ist und nur zur Debatte steht, ob die so konzipierte Gesellschaft eine Limited oder eine GmbH ist.

Sogar eine Absenkung des Mindestkapitals auf 1 € wäre aus den genannten Gründen problemlos möglich⁴. Ein solches Mindestkapital sieht das MoMiG für die UG vor. Kompensiert werden soll diese Absenkung hauptsächlich⁵ durch die Verpflichtung zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage, in die ein Viertel des um den Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist (§ 5a Abs. 3 S. 1). Diese Rücklage darf nur für eine nominelle Kapitalerhöhung genutzt werden (§ 5a Abs. 3 S. 2). Dies führt zu der Frage, ob die Rücklagen wie Stammkapital gegen Auszahlungen an die Gesellschafter geschützt werden sollen. Die Begründung deutet an, dass ein Schutz nach §§ 30, 31 in Frage kommt. Das sollte im Gesetz klargestellt werden⁶. Hinzu tritt bei der UG die Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit, die die Regel von § 49 Abs. 3 (Verlust der Hälfte des Grundkapitals) ersetzen soll (§ 5a Abs. 4). Gegen diese Substitution hat der Bundesrat zu Recht Stellung genommen. Für eine Privilegierung der UG gegenüber anderen GmbHs besteht keine Veranlassung.

Solche Folgefragen ließen sich vermeiden, wenn man offen die 1 € GmbH gestatten würde⁷. Dann hätte man allerdings keine Verpflichtung zur Rücklagenbildung in dem geschilderten Umfang. Doch sollte man diese nicht überschätzen. Wer keine Rücklagen bilden will, wird es verstehen, Gewinne zu vermeiden. Da es sich durchweg um GmbHs mit Gesellschafter-Geschäftsführern handeln wird, bietet sich insoweit etwa eine Gehaltserhöhung für den Geschäftsführer an. Ist die Gesellschaft Komplementärin einer UG & Co. KG, wird sie schon deshalb keinen Gewinn machen, weil dies der regelmäßigen Vertragsgestaltung in der GmbH & Co. KG entspricht. Daher kann auf die Absicherung der Gläubiger durch die Verpflichtung zur Bildung einer entsprechenden Rücklage verzichtet werden, ohne dass in der Sache etwas verloren wäre. Zugleich bleibt es dann bei einer schlanken und klaren Rechtslage.

Sofern allerdings die 1 € GmbH aus m.E. eher diffusen Gründen politisch nicht durchsetzbar sein sollte, ist die UG die zweitbeste Möglichkeit.

3 Etwa *Heckschen* DStR 2007, 1442, 1445.

4 So auch *Noack* DB 2007, 1395, 1397; *Wilhelm* DB 2007, 1510.

5 Hinzu tritt das Gebot der Volleinzahlung des Stammkapitals, sowie das Verbot von Sacheinlagen, §5a Abs. 2.

6 Dazu *Noack* DB 2007, 1395, 1396; *Wälzholz* GmbH-StB 2007, 319, 321.

7 So auch *Noack* DB 2007, 1395, 1397; *Wilhelm* DB 2007, 1510.

Entgegen einem Vorschlag der Literatur⁸ besteht auch keine Veranlassung, eine UG zu zwingen, bei Erreichung des gesetzlichen Mindestkapitals sich in eine GmbH umzuwandeln. Zum einen kann dies den Gesellschaftern überlassen bleiben, da der Gläubigerschutz wie geschildert kein erhöhtes Mindestkapital verlangt. Zum anderen besteht ein faktischer Zwang, eine Gesellschaft, die Gewinne macht, in eine GmbH umzuwandeln, da das zeitlich nicht limitierte Gebot, Rücklagen zu bilden, einen entsprechenden Druck auf die Gesellschafter ausübt⁹.

2) Das Gründungsset

Das MoMiG schafft erstmals die Möglichkeit, eine GmbH ohne notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags zu gründen. Es mag sein, dass das dem Gründer nur wenige hundert Euro Notarkosten spart¹⁰. Aber zum einen ist auch das mehr als nichts und zum anderen kommt es auch insoweit in erster Linie auf die Sicht der Gründer an und für diese ist die notarielle Beurkundung – mag es nun zu Recht oder zu Unrecht so sein – eine Hemmschwelle auf dem Weg zur GmbH. Natürlich bringt die Beseitigung des Erfordernis der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags auch Folgeprobleme mit sich. Hierzu gehört insbesondere der Wegfall der notariellen Beratung. Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine OHG sowie eine KG – also Gesellschaften mit durchweg ganz erheblichen Haftungsrisiken – auch ohne notarielle oder sonst irgendwie geartete Beratung gegründet werden können¹¹. Das Gründungsset erleichtert zudem die Gründung nicht unerheblich. Wer aber ohne Beratung und ohne Gründungsset eine Personengesellschaft gründen kann und wem auch eine Limited ohne Beratung zur Verfügung steht, sollte es gerade mit dem Gründungsset auch zu einer GmbH bringen können. Bei Verwendung des Gründungssets unregelt gebliebene Fragen werden durch das dispositive Gesetzesrecht gelöst. Dass dieses nicht praktikable Regelungen bereit hielte, ist nicht ersichtlich und hätte – so dem so wäre – nur zur Folge, dass diese Regelungen zu ändern wären.

Allerdings erfordert § 2 Abs. 1a, dass die Unterschriften der Gesellschafter unter dem Gesellschaftsvertrag öffentlich beglaubigt werden. Das heißt, dass man doch zum Notar muss.

8 Handelsrechtsausschuß des DAV NZG 2007, 735.

9 Joost ZIP 2007, 2242, 2245.

10 Dazu Heckschen DStR 2007, 1442.

11 Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung.

Die Möglichkeit zu einer reinen Online-Gründung mit Hilfe der sog. elektronischen Signatur hätte auch diese Hemmschwelle beseitigt¹². Allerdings entfielen dann die Belehrung durch den Notar über die uneingeschränkte Auskunftspflicht der Geschäftsführer. Doch scheint mir dies hinnehmbar, zumal das Anmeldeformular des Gründungssets auf die Auskunftspflicht hinweisen könnte.

Entgegen anders lautenden Stellungnahmen sieht der Entwurf zurecht vor, dass das Gründungsset nicht nur zur Gründung einer UG verwendet werden kann¹³. Für die Privilegierung von Gesellschaften mit ganz geringem Stammkapital besteht insoweit keine Veranlassung.

Ebenfalls unzutreffend ist der Einwand, das Gründungsset führe zu einer mittelbaren Einschränkung der Satzungsautonomie¹⁴. Niemand muss diese Mustersatzung wählen. Sie ist nichts weiter als ein zusätzliches Angebot und beinhaltet damit eine Erweiterung der Privatautonomie.

Nicht überzeugen kann der Einwand, bei Änderungen der Mustersatzung im nicht formprivilegierten Bereich würden Probleme entstehen¹⁵. Es kann den Gesellschaftern überlassen bleiben, zu entscheiden, ob sie anlässlich der Änderung den gesamten Gesellschaftsvertrag beurkunden lassen wollen oder nur den Satzungsänderungsbeschluss. Die Pflicht zu Einreichung eines vollständigen Gesellschaftsvertrages bleibt auf jeden Fall bestehen. Sollte es durch Teilung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen dazu kommen, dass mehr als drei Personen Gesellschafter sind und damit der Anwendungsbereich der Mustersatzung verlassen wird¹⁶, kann man sich auf die entsprechende notarielle Belehrung anlässlich der Übertragung des Anteils verlassen.

Details des Gründungssets können freilich noch verbessert werden. So ist unklar, warum nicht mehr als einer der drei Vorschläge für den Unternehmensgegenstand gewählt werden dürfen¹⁷ und warum nicht auch Personengesellschafter Gründer sein können¹⁸.

12 Befürwortet auch von *Eidenmüller* ZGR 2007, 168, 199 und von *Noack* DB 2007, 1395, 1398.

13 A. A. Handelsrechtsausschuß des DAV NZG 2007, 735, 736.

14 So Centrale für GmbH GmbHHR 2007, 754.

15 So *Ulmer* ZIP 2008, 45, 48.

16 Siehe den Hinweis von *Ulmer* ZIP 2008, 45, 49.

17 Handelsrechtsausschuß des DAV NZG 2007, 735, 736.

18 In soweit a. A. Handelsrechtsausschuß des DAV NZG 2007, 735, 736 unter Berufung darauf, dass Unklarheiten vermieden werden sollten. Aber eine Personengesellschaft kann auch sonst Gründer einer GmbH sein. Unklarheiten, die gerade bei der Nutzung des Gründungssets auftreten könnten, sind aber nicht zu befürchten.

Manche mit dem Gründungsset verbundene Vorteile könnten auch durch das vom Bundesrat vorgeschlagene Gründungsprotokoll erreicht werden. Der Hauptnachteil des Gründungsprotokolls liegt aber darin, dass das Verhältnis zwischen Gründungsprotokoll und Gesellschaftsvertrag nicht geklärt ist. Sofern Diskrepanzen bestehen sollten, würde wohl der Gesellschaftsvertrag vorgehen. Unklar ist auch, ob der Gesellschaftsvertrag auch mündlich abgeschlossen werden kann. Außerdem müsste stets vom Notar geprüft werden, ob der Vertrag vom Gesetz abweicht, also beispielsweise nichtige Bestimmungen enthält, da anderenfalls das Verfahren einer Gründung mit Gründungsprotokoll nicht zur Verfügung steht. Dies würde letztlich zu keiner nennenswerten Arbeitsentlastung für die Notare führen und hätte daher wohl auch kaum eine Gebührenreduktion zur Folge. Gerade dies ist aber unabdingbar erforderlich, um die Verwendung des Gründungssets gegenüber der Limited abzusichern.

3) Aufbringung des Stammkapitals

Eine wichtige Veränderung gegenüber der momentan geltenden Rechtslage beinhaltet die Neufassung von § 19 Abs. 4. Danach tritt bei verdeckten Sacheinlagen eine Haftung auf die Differenz zwischen übernommener Geldsumme und dem Wert der Einlage an die Stelle der zuvor gegebenen Verpflichtung zur vollständigen Neuaufbringung der übernommenen Summe. Diese Regelung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie ist wesensmäßig stimmig (es muss nachgelegt werden, was fehlt, und nicht doppelt geleistet werden) und praktikabel. Sie ist der von der Rechtsprechung entwickelten Lösung einer Heilung durch Gesellschafterbeschluss¹⁹ schon deshalb klar überlegen, weil die Gesellschafter regelmäßig gar nicht bemerken, dass sie eine „Heilung“ durchführen müssten. Es fehlt ihnen eine Parallelwertung in der Laiensphäre, was zur Folge hat, dass es nur in gut beratenen Gesellschaften zur Heilung kommt. Dies ist gerade bei einem Gesetz, das auch für kleinere Betriebe praktikabel sein soll, nicht überzeugend.

Auf derselben Linie liegt die Neufassung von § 8. Während bislang die Rückzahlung der geleisteten Einlage an die Gesellschafter (etwa als Darlehen) zur Folge hatte, dass die Einlage als nicht erbracht galt und neu zu leisten war, muss nunmehr geprüft werden, ob der aufgrund der Rückzahlung gegen den Gesellschafter begründete Anspruch werthaltig ist. Ist er das, gilt die Einlage als geleistet. Bislang trat Erfüllungswirkung in Bezug auf die Einlageschuld nur

¹⁹ Vorgeschlagen auch von *Ulmer* ZIP 2008, 45, 52.

mit Rückzahlung des Darlehens ein²⁰. Auch im Anwendungsbereich von § 8 sollte der Rückzahlungsanspruch entsprechend seiner Werthaltigkeit aktiviert werden²¹, um Wertungsdifferenzen zur verdeckten Sacheinlage zu vermeiden²². Es macht wenig Sinn und bevorzugt nur gut beratene Gründer, eine Darlehensschuld gegen den Gesellschafter je nachdem, ob sie vor der Gründung bereits bestand (dann verdeckte Sacheinlage) oder erst danach begründet wurde (dann Hin- und Her-Zahlen), verschieden zu bewerten. Daher sollte es auch bei Leistung einer vollwertigen verdeckten Sacheinlage möglich sein, die Versicherung nach § 8 abzugeben. Insoweit besteht Klarstellungsbedarf²³. Die Erbringung einer vollwertigen verdeckten Sacheinlage beinhaltet eine ordnungsgemäße Erbringung einer Bareinlage²⁴. Allenfalls kann im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern eine Vertragsverletzung vorliegen,

Sofern die Sacheinlage / der gegen den Gesellschafter gerichtete Rückzahlungsanspruch nicht vollwertig ist, kann die entsprechende Versicherung nach § 8 nicht abgegeben werden. In diesem Fall trägt auch der Registerrichter nicht ein. Auch insofern besteht m.E. ein gewisser Klarstellungsbedarf.

Entgegen einem in der Literatur entwickelten Vorschlag²⁵ sollte nicht verlangt werden, dass diese Absprachen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen. Denn ganz abgesehen davon, dass unklar ist, wie ein Verstoß gegen diese Verpflichtung zu sanktionieren wäre (hier droht ein Wiederaufleben der Regeln der verdeckten Sacheinlage!), ist eine solche Offenlegung für die Gläubiger auch nicht wirklich bedeutsam. Entscheidend ist, dass nur Forderungen aktiviert werden, die werthaltig sind. Vor diesem Hintergrund ist auch die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung, nach der die Hälfte des reduzierten Mindestkapitals nur bar soll erbracht werden dürfen, nicht wirklich wichtig.

Die geschilderten Neuregelungen ermöglichen auch die Einzahlung von Geldern aus einer Kapitalerhöhung in einen Cash-Pool, allerdings nur solange der Darlehensrückzahlungsanspruch werthaltig ist. Dies nachzuweisen, bleibt Aufgabe des Gesellschafters, wenn er sich darauf berufen will, dass er ordnungsgemäß geleistet hat. Ist

20 BGH GmbHR 2006, 43.

21 *Kallmeyer* DB 2007, 2555, 2756.

22 A. A. *Gesell* BB 2007, 2241, 2247 und Gegenäußerung der Bundesregierung.

23 Siehe den Hinweis des Handelsrechtsausschusses des DAV NZG 2007, 736, 738; nach *Ulmer* ZIP 2008, 45, 51 kann die Versicherung nicht abgegeben werden.

24 Dagegen *Ulmer* ZIP 2008, 45, 53 unter Hinweis auf die Systematik des Gesetzes. Aber der Gesetzgeber ist an die Systematik des bisherigen Gesetzes nicht gebunden.

25 Centrale für GmbH GmbHR 2007, 754, 755.

ihm das zu risikoreich, bleibt ihm die Möglichkeit, die Einlage nicht in den Pool, sondern regulär auf ein anderes Bankkonto zu leisten, dieses Regelungskonzept ist stimmig.

4) Kapitalerhaltung

In der Neufassung von § 30 wird das Problem der Auszahlung von Gesellschaftsvermögen auf Darlehen der GmbH an ihre Gesellschafter überzeugend gelöst. Gemäß der Grundidee des Entwurfs ist eine solche Auszahlung nur unzulässig, wenn sie zu einer Unterbilanz führt, wobei der Rückzahlungsanspruch wertgerecht zu aktivieren ist. Das überzeugt. Eine Sonderbehandlung gerade des gegen einen Gesellschafter gerichteten Rückzahlungsanspruch leuchtet nicht ein. Zugleich wird auf diesem Weg ein Gleichlauf zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung erreicht.

Der Bundesrat schlägt vor, die in § 31 Abs. 3 niedergelegte Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für Rückzahlungen an andere Gesellschafter zu streichen. Dem ist zuzustimmen. Diese Norm bereitet rechtspolitisches Unbehagen, da die Haftung – jedenfalls nach dem Wortlaut der Bestimmung – unbeschränkt ist und zudem der betroffene Gesellschafter mit der Rückzahlung eventuell gar nichts zu tun hat. Sofern er an der Rückzahlung beteiligt ist, reicht es aus, ihn – gegebenenfalls zusammen mit dem Geschäftsführer – verschuldensabhängig der GmbH gegenüber haften zu lassen. Dem gegenüber wird eingewandt, dass auf diesem Wege ohne Not ein personalistisches Element der GmbH beseitigt werde²⁶. Da aber die Erhaltung einer personalistischen Struktur kein Selbstzweck ist und zudem eine inkonsequente Belastung der Mitgesellschafter nicht rechtfertigt, führt dieser Hinweis zu keiner anderen rechtspolitischen Bewertung von § 31 Abs. 3. Aus demselben Grunde ist auch die in § 24 vorgesehene Gesamthaftung aller Gesellschafter für die Einlageschuld eines jeden von ihnen nicht überzeugend.

5) Eigenkapitalersatz

Ein weiterer erheblicher mit dem MoMiG verbundener Fortschritt liegt in der Abschaffung der Regeln zu den Eigenkapital ersetzenden Gesellschafter-Darlehen. Ganz gleich zu welchem Zeitpunkt ein Darlehen von einem Gesellschafter gegeben wird, ist eine Rückzahlung anfechtbar, wenn sie im letzten Jahr vor der Stellung des Insolvenzantrags erfolgt ist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). In der Insolvenz sind die Gesellschafter-Darlehen

²⁶ Handelsrechtsausschuß des DAV NZG 2007, 735, 741.

nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Ausgenommen sind Sanierungs-Darlehen und Darlehen von kleinbeteiligten Gesellschaftern, die nicht Geschäftsführer sind (Abs. 5). Will der Gesellschafter also auf Nummer sicher gehen, muss er die Gesellschaft im Auge behalten, um eine Krise mehr als ein Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages zu erkennen. Das ist sicherlich ein nicht unerwünschter Nebeneffekt.

Es kann natürlich vorkommen das eine Insolvenz vollkommen überraschend eintritt und der Gesellschafter dann sein Darlehen verliert, obgleich er es der GmbH in „guten Zeiten“ gegeben hat. Ich halte auch in diesem Fall die durch die Neufassung der InsO vorgenommene Regelung für rechtspolitisch stimmig. Der Gesellschafter ist auch in diesem Fall näher an der Verlusttragung dran als ein beliebiger Gläubiger. Wenn er ein Darlehen gibt, kennt er dieses zudem sehr geringe zusätzliche Risiko. Sollte er es nicht akzeptieren wollen, kann er von der Darlehensgabe absehen.

6) Gutgläubiger Erwerb

Auch die in § 16 Abs. 3 neu geschaffene Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen ist zu begrüßen. Gegen die Regelung werden im wesentlichen zwei Gründe eingewandt: Zum einen, dass der Schutz des wahren Berechtigten nicht hinreichend gewährleistet sei und zum anderen, dass die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht umfassend garantiert werde.

Es trifft zu, dass auch die Neuregelung nicht jede Unsicherheit beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen beseitigt. Insbesondere setzt § 16 Abs. 3 in der Variante 1 voraus, dass die Eintragung bereits seit drei Jahren unrichtig ist, was der Erwerber unter Umständen nicht erkennen kann. Aber diese Einschränkung ist notwendig, um den Schutz des wahren Berechtigten sicher zu stellen. Er muss Zeit haben, die Unrichtigkeit der Liste zu erkennen. Ist dem Berechtigten die Unrichtigkeit der Liste zuzurechnen, so ist ein gutgläubiger Erwerb nach der Variante 2 auch schon vor Ablauf von drei Jahren möglich.

Diese Regelung ist insgesamt sachgerecht. Es lässt sich nicht beides haben: Einen umfassenden Schutz des gutgläubigen Erwerbers und des wahren Berechtigten. Mir würde allerdings ein kürzere als die Dreijahresfrist besser gefallen²⁷, und mir wäre auch wohler, wenn außer durch einen Notar nur unter Vorlage öffentlich beglaubigter Urkunden eine

²⁷ So auch *Heckschen* DStR 2007, 1442, 1450.

veränderte Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht werden könnte. Auch ist die Regelung des § 16 durch die mehrfachen Verneinungen nur sehr schwer verständlich²⁸. Hier wäre eine deutlichere, wenn auch zur Not längere Formulierung wünschenswert.

28 So auch *Noack* DB 2007, 1395, 1399.