

16. Januar 2008

An den
Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestags

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

**Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von
Missbräuchen (MoMiG) – Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses
am 23. Januar 2008**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hat im September 2007 zum Regierungsentwurf des MoMiG ausführlich Stellung genommen (DAV-Stellungnahme Nr. 43/07, abgedruckt in NZG 2007, 735 ff.). Die Stellungnahme füge ich bei. Um Wiederholungen zu vermeiden, beschränke ich mich in dieser Äußerung auf wenige, mir wesentlich erscheinende Punkte.

**1. Gründung ohne Beurkundung bei Verwendung der Mustersatzung (§ 2 Abs. 1 a
GmbHG-E)**

- Das rechtspolitische Bedürfnis für die Erleichterung der Gründung kann man ebenso bezweifeln wie das Bedürfnis zur Einführung einer „Unternehmergesellschaft“ nach § 5 a GmbHG-E. Beide Reformansätze sollten zumindest derart verbunden werden, dass nur die „Unternehmergesellschaft“ in der vereinfachten Form gegründet werden kann.
- Der Verzicht auf die Beurkundung schafft keine wesentliche Erleichterung, da weiterhin die notarielle Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter und

Geschäftsführer bei Anmeldung der Gesellschaft erforderlich ist und die Anmeldung selbst auch durch den Notar erfolgen soll.

- Eine vereinfachte Form der Gründung sollte, wenn überhaupt, nur für die Gründung durch natürliche Personen eröffnet werden.

2. „Unternehmergesellschaft (§ 5 a GmbHG-E)

- Ob die Schaffung dieser „Rechtsformvariante“ der GmbH rechtspolitisch erforderlich oder auch nur sinnvoll ist, kann man mit guten Gründen bezweifeln. Jedenfalls sollte es, wenn diese Form der GmbH zugelassen wird, für die „normale“ GmbH bei dem Mindeststammkapital von 25.000 EUR bleiben.
- Die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft“ ist irreführend für das Publikum und diskriminierend für die Gründer einer „normalen“ GmbH. Stattdessen sollte diese Form der GmbH als „Gründer-Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Gründer-GmbH)“ bezeichnet werden.
- Die Gesellschafter einer „Gründer-GmbH“ müssen zu möglichst schneller Aufstockung des Stammkapitals auf das Stammkapital einer „normalen“ GmbH gezwungen werden. Dazu genügt nicht der Zwang zur jährlichen Bildung einer gesetzlichen Rücklage in Höhe von 25 % des Jahresüberschusses. Hinzukommen sollte ein Zwang zur Aufstockung des Stammkapitals auf das Mindestkapital der „normalen“ GmbH durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sowie der Zwang zur Umfirmierung bei Erreichung des Mindeststammkapitals.

3. Beurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen und der Verpflichtung zur Abtretung (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG)

- An der notariellen Beurkundung des dinglichen Abtretungsgeschäfts nach § 15 Abs. 3 GmbHG ist wegen der Beweisfunktion der Beurkundung festzuhalten. Das gilt auch im Hinblick auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs auf der

Grundlage der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3 GmbHG-E und der dazu vorgesehenen Mitwirkung des Notars gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E.

- Dagegen sollte die obligatorische Beurkundung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts nach § 15 Abs. 4 GmbHG gestrichen werden. Die Beurkundungspflicht lässt sich nicht, wie der Vergleich mit der formfrei möglichen Übertragung von Personengesellschaftsanteilen zeigt, mit der Warnfunktion rechtfertigen. Die Streichung von § 15 Abs. 4 GmbHG ist vor allem erforderlich, um die Wirksamkeitsrisiken auszuräumen, die sich aus dem Vollständigkeitsgrundsatz für die Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts ergeben und in der Vertragspraxis große Schwierigkeiten bereiten.
- Der Regierungsentwurf nimmt sich des Themas nicht an, sondern verweist auf eine alsbald anstehende Änderung des Beurkundungsgesetzes. Das ist bedauerlich und nicht sachgerecht, zumal es nicht um das Beurkundungsverfahren, sondern die Beurkundungspflicht geht.

4. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG-E)

- Das Konzept des Regierungsentwurfs ist gegenüber dem Referentenentwurf verbessert worden und nunmehr in allen Punkten stimmig. Rechtsscheinsgrundlage ist die Eintragung in der Gesellschafterliste.
- Absatz 2 von § 16 Abs. 3 GmbHG-E ist zwar durch die doppelte Negation schwer lesbar, aber eine positive Formulierung („Der Erwerb setzt voraus, dass die Unrichtigkeit dem Berechtigten zuzurechnen ist oder die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils seit mindestens 3 Jahren unrichtig ist.“) würde die Beweislast zu Unrecht dem Erwerber aufbürden.
- § 16 Abs. 3 GmbHG-E ermöglicht auch den gutgläubigen Erwerb von Rechten am Geschäftsanteil, nicht dagegen den gutgläubig lastenfremigen Erwerb des Geschäftsanteils. Das ist zwar ein Minus gegenüber dem Gutglaubensschutz des Grundbuchs, aber rechtspolitisch plausibel. Bei Erstreckung des Gutglaubensschutzes auf die Lastenfreiheit müssten die Inhaber von Belastungen

auf der Offenlegung ihrer Rechte bestehen, so dass stille Verpfändungen, wie sie zur Sicherung des Kreditgebers verbreitet erfolgen, praktisch ausgeschlossen wären.

5. Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG-E)

- Nach der geltenden Rechtslage führt eine verdeckte Sacheinlage durch die Unwirksamkeit von schuldrechtlichem Geschäft und dinglicher Übertragung sowie fortbestehender Bareinlagepflicht zu drastischen und übermäßigen Rechtsfolgen. Es ist zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf die Rechtsfolge auf eine Haftung für die Differenz zwischen dem Wert der eingebrachten Sache im Zeitpunkt der Einbringung und dem höheren Betrag der übernommenen Stammeinlage beschränkt. Diese Lösung liegt auf der Linie des 66. Deutschen Juristentags und der Vorschläge des Handelsrechtsausschusses.
- Eine massenhafte „Flucht in die verdeckte Sacheinlage“ ist trotz der mildereren Rechtsfolge der Differenzhaftung nicht zu befürchten. Dafür sorgt insbesondere die Beweislastregel, wonach der verdeckte Sacheinleger das Risiko trägt, dass ihm später der Nachweis der Werthaltigkeit nicht (mehr) gelingt.
- Nach dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses soll der verdeckte Sacheinleger insoweit von seiner Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage frei werden, als der von ihm zu beweisende Wert seiner Sacheinlage reicht (Anrechnungslösung). Der Regierungsentwurf geht einen Schritt weiter und qualifiziert in § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG-E die Sachleistung als wirksame Erfüllung der Bareinlageschuld (Erfüllungslösung). Das ist nur akzeptabel, wenn es wie folgt interpretiert wird: Die gesetzliche Anordnung der Erfüllungswirkung soll nur die übermäßigen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage ausschließen. Sie ändert nichts daran, dass die Geschäftsführung die verdeckte Sacheinlage, wenn sie sie als solche erkennt, nicht als Erfüllung annehmen darf, sondern auf der baren Einlageleistung bestehen muss, da die Gesellschafter keine Sacheinlage, sondern eine Bareinlage festgesetzt haben.

- Die Regelung des Regierungsentwurfs beschränkt sich auf die GmbH und lässt das Problem für die AG unverändert bestehen, obwohl es dort noch unangenehmer ist, da § 27 AktG nicht einmal eine Heilung nach den Regeln der BGH-Rechtsprechung zulässt. Der Gesetzgeber sollte die Praxis nicht auf die Umsetzung der Änderung der 2. Richtlinie vertrösten

6. Nachrangigkeit aller Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E)

- Nach dem Regierungsentwurf sind Darlehensforderungen eines Gesellschafters in der Insolvenz stets als nachrangige Forderungen zu behandeln. Auf das Merkmal der Krise der Gesellschaft im Zeitpunkt der Gewährung oder des Belassens des Gesellschafterdarlehens soll es nicht mehr ankommen. Mit dieser rigorosen Lösung werden die gesetzlichen Regelungen zum Eigenkapitalersatzrecht und die kasuistische Rechtsprechung zu kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen durch einen Strich des Gesetzgebers zu Makulatur. Das schafft Klarheit und Rechtssicherheit und ist schon deshalb zu begrüßen.
- Der Nachrang der Darlehensforderung wird allein mit der Gesellschafterstellung begründet. Wann die Gesellschaft in die Krise geraten ist und ob es sich um materiellen Eigenkapitalersatz handelt, soll keine Rolle mehr spielen. Nach dem Entwurf führt das zu der Konsequenz, dass die von dem Gesellschafter begründete Darlehensforderung auch dann ihren nachrangigen Charakter behält, wenn er die Forderung an einen Nicht-Gesellschafter abgetreten hat; sie bleibt also auch dann eine Forderung „minderen Rechts“. Das ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn die Abtretung lange Zeit vor der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erfolgt ist. Die zeitliche Grenze sollte bei einem Jahr gezogen werden.

- In den Kontext der Gesellschafterdarlehen gehört auch die Verschärfung der Geschäftsführerhaftung durch Änderung des § 64 Abs. 2 GmbHG: Die Geschäftsführer sollen haften für Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit „führen mussten“, es sei denn, sie können nachweisen, dass diese Folge für sie auch bei gebührender Sorgfalt nicht erkennbar war. Diese Haftung für Entnahmen bei einer sich abzeichnenden Zahlungsunfähigkeit sollte jedoch nicht den Geschäftsführer, sondern primär den Gesellschafter treffen.

Mit freundlichen Grüßen

H. J. Mann Berlin