

# **Die GmbH - Reform - ein Jahrhundertwerk**

## **Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH- Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

**RENO Hamm 19. Januar 2008**

**Rechtsanwalt und Notar Stefan Thon**

**Nikolsburger Str. 10, 10717 Berlin**

**Tel: 030 / 88 92 74 0**

**Fax: 030 / 88 92 74 29**

**e-mail: [mail@stefan-thon.de](mailto:mail@stefan-thon.de)**

**<http://www.stefan-thon.de>**

## **A - Einleitung**

### **I. Erste Übersicht**

Das Bundeskabinett beschloss im Mai 2007 den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), mit dem die Gründung von GmbHs deutlich leichter und schneller möglich sein soll. Das Gesetz belässt es nicht bei punktuellen Änderungen, sondern ist eine in sich geschlossene Novellierung des geltenden GmbH-Rechts. Sie ist an den Maximen orientiert: Flexibilisierung und Deregulierung auf der einen Seite, Bekämpfung der Missbrauchsgefahr auf der anderen.

Zu den Schwerpunkten des Gesetzentwurfs im Einzelnen:

#### **1. Beschleunigung von Unternehmensgründungen**

Ein Kernanliegen der GmbH-Novelle ist die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen. Hier wird häufig ein Wettbewerbsnachteil der GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen wie der englischen Limited gesehen, denn in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden geringere Anforderungen an die Gründungsformalien und die Aufbringung des Mindeststammkapitals gestellt.

##### **a) Herabsetzung des Mindeststammkapitals**

Das Mindeststammkapital der GmbH soll von bisher 25.000 Euro auf 10.000 Euro herabgesetzt werden, um Gründungen insbesondere für Dienstleistungsgewerbe zu erleichtern.

### **b) Haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft**

Um den Bedürfnissen von Existenzgründern, die am Anfang nur sehr wenig Stammkapital haben und benötigen (z.B. im Dienstleistungsbereich) zu entsprechen, bringt der Entwurf eine Einstiegsvariante der GmbH, die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (§ 5a). Es handelt sich dabei nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine GmbH, die ohne bestimmtes Mindeststammkapital gegründet werden kann. Diese GmbH darf ihre Gewinne aber nicht voll ausschütten. Sie soll auf diese Weise das Mindeststammkapital der normalen GmbH nach und nach ansparen.

### **c) Flexibilität bei Geschäftsanteilen**

Die Gesellschafter werden künftig individueller über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen und sie dadurch besser nach ihren Bedürfnissen und finanziellen Möglichkeiten ausrichten können. Bislang muss die Stammeinlage mindestens 100 Euro betragen und darf nur in Einheiten aufgeteilt werden, die durch 50 teilbar sind. Der Entwurf sieht vor, dass jeder Geschäftsanteil nur noch auf einen Betrag von mindestens einem Euro lauten muss. Vorhandene Geschäftsanteile können künftig leichter gestückelt werden.

Geschäftsanteile können künftig auch leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren an einen Dritten übertragen werden.

### **d) Kapitalaufbringung - und erhaltung**

Rechtsunsicherheiten im Bereich der Kapitalaufbringung werden dadurch beseitigt, dass das Rechtsinstitut der „verdeckten Sacheinlage“ im Gesetz klar geregelt wird. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber einen Sachwert erhalten soll. Die für die Praxis schwer nachzuvollziehenden

Vorgaben der Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage sowie die einschneidenden Rechtsfolgen, die dazu führen, dass der Gesellschafter seine Einlage i. E. häufig zweimal leisten muss, werden zu Recht fast einhellig kritisiert. Der Entwurf sieht daher vor, dass die Gesellschafter künftig auch mit einer „verdeckten Sacheinlage“ ihre Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft erfüllen können. Der Gesellschafter muss aber beweisen, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Bareinlage erreicht hat. Kann er das nicht, muss er die Differenz in bar erbringen.

#### **e) Einführung eines Mustergesellschaftsvertrags**

Für unkomplizierte Standardgründungen (u. a. Bargründung, höchstens drei Gesellschafter) wird ein Mustergesellschaftsvertrag als Anlage zum GmbHG zur Verfügung gestellt. Wird dieses Muster verwendet, ist keine notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, sondern nur eine öffentliche Beglaubigung der Unterschriften erforderlich. Die Regelungen in dem Mustergesellschaftsvertrag sind einfach und selbsterklärend, so dass nach Ansicht der Bundesregierung hier keine Beratung und Belehrung durch einen Notar mehr erforderlich ist. Allein die Unterschriften unter dem Gesellschaftsvertrag müssen beglaubigt werden, um die Gesellschafter identifizieren zu können. Der Mustervertrag wird durch Muster für die Handelsregisteranmeldung flankiert (sog. „Gründungs-Set“). So können in den genannten Fällen sämtliche Schritte bis zur Eintragung in das Handelsregister ohne zwingende rechtliche Beratung bewältigt werden. Natürlich bleibt es möglich, bei der Gründung freiwillig rechtlichen Rat einzuholen.

Das „Gründungsset“ ist wohl die deutlichste Reaktion auf die englische Limited, die ohne jede rechtliche Beratung gegründet werden kann. Mit großer Wahrscheinlichkeit nach wird sich der Beratungsaufwand aber nach hinten verschieben.

#### **f) Beschleunigung der Registereintragung**

Die Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister wurde bereits durch das Anfang 2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) teilweise beschleunigt. Das MoMiG versucht, die Eintragungszeiten beim Handelsregister (weiter) zu verkürzen, denn von einer tatsächlich verkürzten Eintragungszeit kann man bisher nicht sprechen:

#### **g) Gesellschaften mit genehmigungspflichtigem Unternehmensgegenstand**

Bei Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist, wird das Eintragungsverfahren vollständig von der verwaltungsrechtlichen Genehmigung abgekoppelt. Das betrifft all diejenigen, die eine gewerberechtliche Erlaubnis brauchen. Bisher kann eine solche Gesellschaft nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung die staatliche Genehmigungsurkunde vorliegt (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG). Das langsamste Verfahren bestimmt also das Tempo. Diese Rechtslage erschwert und verzögert die Unternehmensgründung erheblich. Zukünftig müssen die GmbHs wie Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen.

#### **h) Ein-Personen-GmbH**

Vereinfacht wird auch die Gründung von Ein-Personen-GmbHs. Hier wird künftig auf die Stellung besonderer Sicherheitsleistungen (§ 7 Abs. 2 Satz 3, § 19 Abs. 4 GmbHG) verzichtet.

### **i) Nachweise über Gründungsaufwand**

Der Gesetzentwurf stellt ausdrücklich klar, dass das Gericht bei der Gründungsprüfung nur dann die Vorlage von Einzahlungsbelegen oder sonstigen Nachweise verlangen kann, wenn es erhebliche Zweifel hat, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Bei Sacheinlagen wird die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt. Dies entspricht der Rechtslage bei der Aktiengesellschaft. Nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit künftig im Rahmen der Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

## **2. Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform**

Durch ein Bündel von Maßnahmen soll die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als „werbendes“, also am Markt tätiges Unternehmen erhöht und Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ausgeglichen werden.

### **a) Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland**

Als ein Wettbewerbsnachteil wird angesehen, dass EU-Auslandsgesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen Überseeering und Inspire Art ihren Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – wählen können. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutschland als solche anzuerkennen. Umgekehrt haben deutsche Gesellschaften diese Möglichkeit bislang nicht. Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG soll es deshalb deutschen Gesellschaften ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Dieser Verwaltungssitz kann auch im Ausland liegen. Damit soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. Das kann z.B. eine attraktive Möglichkeit für

deutsche Konzerne sein, ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der vertrauten GmbH zu führen.

#### **b) Mehr Transparenz bei Gesellschaftsanteilen**

Nach dem Vorbild des Aktienregisters soll künftig nur derjenige als Gesellschafter gelten, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. So können Geschäftspartner der GmbH lückenlos und einfach nachvollziehen, wer hinter der Gesellschaft steht. Veräußerer und Erwerber von Gesellschaftsanteilen erhalten den Anreiz, die Gesellschafterliste aktuell zu halten. Der eintretende Gesellschafter erhält einen Anspruch darauf, in die Liste eingetragen zu werden.

#### **c) Gutgläubiger Erwerb von Gesellschaftsanteilen**

Die rechtliche Bedeutung der Gesellschafterliste wird noch in anderer Hinsicht erheblich ausgebaut: Die Gesellschafterliste dient als Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, soll künftig darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, so gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Eintragung zwar weniger als drei Jahre unrichtig, die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten aber zuzurechnen ist. Die vorgesehene Regelung schafft mehr Rechtssicherheit. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer gehört. Die Neuregelung führt zu einer erheblichen Erleichterung für die Praxis bei Veräußerung von Anteilen älterer GmbHs.

#### **d) Sicherung des Cash-Pooling**

Das bei der Konzernfinanzierung international gebräuchliche Cash-Pooling soll gesichert und sowohl für den Bereich der Kapitalaufbringung als auch den Bereich der Kapitalerhaltung auf eine verlässliche

Rechtsgrundlage gestellt werden. Cash-Pooling ist ein Instrument zum Liquiditätsausgleich zwischen den Unternehmensteilen im Konzern. Dazu werden Mittel von den Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft zu einem gemeinsamen Cash-Management geleitet. Im Gegenzug erhalten die Tochtergesellschaften Rückzahlungsansprüche gegen die Muttergesellschaft. Obwohl das Cash-Pooling als Methode der Konzernfinanzierung als ökonomisch sinnvoll erachtet wird, ist auf Grund der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 30 GmbHG in der Praxis Rechtsunsicherheit über dessen Zulässigkeit entstanden. Der Entwurf greift die Sorgen der Praxis auf und schlägt eine allgemeine Regelung vor, die über das Cash-Pooling hinausreicht und zur bilanziellen Betrachtung des Gesellschaftsvermögens zurückkehrt: Danach kann eine Leistung der Gesellschaft an einen Gesellschafter dann nicht als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen gewertet werden, wenn ein reiner Aktivtausch vorliegt, also der Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter die Auszahlung deckt und zudem vollwertig ist. Eine entsprechende Regelung soll auch im Bereich der Kapitalaufbringung gelten.

#### **e) Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts**

Die sehr komplex gewordene Materie des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 30 ff. GmbHG) wird erheblich vereinfacht und grundlegend dereguliert. Beim Eigenkapitalersatzrecht geht es um die Frage, ob Kredite, die Gesellschafter ihrer GmbH geben, als Darlehen oder als Eigenkapital behandelt werden. Das Eigenkapital steht in der Insolvenz hinter allen anderen Gläubigern zurück. Grundgedanke der Neuregelung ist, dass die Organe und Gesellschafter der gesunden GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen vorfinden sollen. Dazu werden die Rechtsprechungs- und Gesetzesregeln über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 32a, 32b GmbHG) im Insolvenzrecht neu geordnet; die Rechtsprechungsregeln nach § 30 GmbHG werden aufgehoben. Eine Unterscheidung zwischen „kapi-

talersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen wird es nicht mehr geben.

### **3. Bekämpfung von Missbräuchen**

Die in der Praxis häufig auftretenden Missbrauchsfälle im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH sollen durch verschiedene Maßnahmen bekämpft werden:

#### **a) Inländische Rechtsanschrift im Register**

Die Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften soll verbessert werden. Das setzt voraus, dass die Gläubiger wissen, an wen sie sich wegen ihrer Ansprüche wenden können. Deshalb muss zukünftig in das Handelsregister eine inländische Geschäftsanschrift eingetragen werden. Dies gilt auch für Aktiengesellschaften, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften). Wenn unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung (auch durch Niederlegung) faktisch unmöglich ist, wird die Möglichkeit verbessert, gegenüber juristischen Personen (also insbesondere der GmbH) eine öffentliche Zustellung im Inland zu bewirken. Dies bringt eine ganz erhebliche Deregulierung für die Gläubiger der GmbHs, die bisher mit den Kosten und Problemen der Zustellung (insb. auch Auslandszustellungen) zu kämpfen hatten.

#### **b) Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft**

Die Gesellschafter werden im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zustellen. Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr, muss jeder Gesellschafter an deren Stelle Insol-

venzantrag stellen, es sei denn, er hat vom Insolvenzgrund oder von der Führungslosigkeit keine Kenntnis. Die Insolvenzantragspflicht soll durch Abtauchen der Geschäftsführer nicht umgangen werden können.

### **c) Schärfe Haftung für Geschäftsführer**

Geschäftsführer, die Beihilfe zur Ausplünderung der Gesellschaft durch die Gesellschafter leisten und dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, sollen stärker in die Pflicht genommen werden. Dazu wird das sog. Zahlungsverbot in § 64 GmbHG geringfügig erweitert.

### **d) Weitere Ausschlussgründe für Geschäftsführerbestellung**

Die bisherigen Ausschlussgründe für Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG) werden um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellung sowie Verurteilungen auf Grund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 265b, 266 oder § 266a StGB) erweitert. Zum Geschäftsführer kann also nicht mehr bestellt werden, wer gegen zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts verstoßen hat. Das gilt auch bei Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland.

## **II. Historie**

Das GmbH-Recht ist seit der Novelle von 1980 nahezu unverändert geblieben. Es entspricht somit schon seit geraumer Zeit nicht mehr den modernen Anforderungen des in- sowie ausländischen Rechtsverkehrs an eine Kapitalgesellschaft.

Ausländische Rechtsformen, insbesondere die englische Limited (private limited company by shares (Ltd.)) machen der deutschen GmbH ernsthafte Konkurrenz, auch wenn dieses aus den beteiligten Verkehrskreisen teilweise geleugnet wird. Grund hierfür war die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EUGH). Insbesondere seit dessen Urteil in der Rechtssache *Inspire Art vom 30. September 2003* (Rs. C-167/01) steht die Rechtsform der deutschen GmbH in Konkurrenz zu artverwandte Gesellschaftsformen aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die aufgrund der EU-weiten Niederlassungsfreiheit auch in Deutschland tätig werden dürfen.

Erster Anstoß zu einer Reform des GmbH-Rechts war eine Bitte der Justizministerinnen und -minister der Länder vom 14. November 2002 gerichtet an das Bundesministerium der Justiz, die Reformbedürftigkeit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu prüfen. Das Bundesministerium der Justiz hat aus diesem Anlass Reformvorschläge von Experten aus Justiz, Wissenschaft und Praxis eingeholt, die sich im Wesentlichen mit der missbräuchlichen Verwendung von GmbHs in Unternehmenskrisen befassten. Der Ansatz war jedoch zu kurz gegriffen und wurde schon bald durch die schon erwähnte Rechtsprechung des EUGH überholt. Insbesondere die Höhe des Stammkapitals, das bei Gründung aufzubringen war, sollte herabgesetzt werden.

In einem ersten Schritt beschloss die Bundesregierung im Juni 2005 einen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG; BR-Drucks. 619/05). Die hierin vorgesehene Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 Euro sollte bereits zum 1. Januar 2006 in Kraft treten. Der Entwurf des MindestkapG wurde jedoch in der 15. Wahlperiode nicht mehr Gesetz.

Unter dem 29. Mai 2006 wurde seitens des Bundesjustizministeriums ein Referentenentwurf erarbeitet, der den Bundesressorts und den Fachverbänden zur Stellungnahme zugleitet wurde. Der Refe-

rentenentwurf enthielt maßgeblich folgende Positionen:

- Freie Wahl des Sitzes der Gesellschaft, unabhängig von Betriebs- oder Verwaltungssitze;
- Herabsetzung des Mindeststammkapitals der GmbH von bisher 25.000.- Euro auf 10.000.- Euro
- Mindestbetrag eines Geschäftsanteils 1.- Euro
- Keine Teilbarkeit der Geschäftsanteile mehr durch 50.- Euro
- 1 Stimme je 1.- Euro Nennbetrag
- Kein Verbot mehr, bei der Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen oder später mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu übertragen;
- Keine Sicherheitsleistung mehr bei Gründung einer Ein-Personen-GmbH;
- Keine Vorlage des Genehmigungsnachweises mehr bei genehmigungsbedürftiger Tätigkeit zum Zeitpunkt der Eintragung;
- Wer in der Gesellschafterliste eingetragen ist, soll der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter gelten (wie beim Aktienregister);
- gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen, wenn Eintragung des Veräußerers in die Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben ist;
- Bestätigung des Notars auf der Gesellschafterliste;
- Neuordnung der Rechtsprechungs- und Gesetzesregeln über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 32a, 32b GmbHG);
- Aufhebung der Rechtsprechungsregeln nach § 30 GmbHG;
- Keine Unterscheidung zwischen „kapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen mehr;
- Sicherung des Cash-Pooling
- Bekämpfung von Missbräuchen durch Eintragung einer zustellungsfähigen Geschäftsanschrift in das Handelsregister;
- Fehlt ein Geschäftsführer ("Führungslosigkeit"), so kann Erklä-

rung mit Wirkung gegen die GmbH auch gegenüber Aufsichtsrat bzw. Gesellschafter abgegeben werden

- Insolvenzantragspflicht auch der Gesellschafter bei Fehlen eines GmbH-Geschäftsführers;
- Erweiterung des Zahlungsverbotes (§ 64 GmbHG) und der Ausschlussgründe für Geschäftsführer

Die beteiligten Verbände nutzten die Gelegenheit, ausführlich zu dem Reformvorhaben Stellung zu nehmen. Für viele sei hier nur der Handelsrechtsausschuss des DAV genannt, der mit seiner Stellungnahme vom Februar 2007 nicht nur zu dem vorgelegten Referentenentwurf Stellung nahm, sondern darüberhinausgehende Vorschläge unterbreitete, die seiner Ansicht nach in das Reformvorhaben aufgenommen werden sollte.

Im Mai 2007 legte die Bundesregierung dann einen überarbeiteten Gesetzentwurf vor, der sich in Teilbereichen erheblich von dem Referentenentwurf unterschied, und zwar in folgenden Positionen:

- Mustergesellschaftsvertrag für Bargründung mit höchstens drei Gesellschaftern erfordert bei unveränderter Übernahme nur Unterschriftsbeglaubigung;
- Muster für Handelsregisteranmeldung; dann bloße Schriftform für Satzungsänderung über Firma, Sitzverlegung, Unternehmensgegenstand und Höhe des Stammkapitals;
- "haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft" ("UG haftungsbeschränkt") = GmbH ohne bestimmtes Mindestkapital mit Ausschüttungsbeschränkung für die Gewinne, um das Mindeststammkapital im Lauf der Zeit anzusparen;
- Begriff "Geschäftsanteile" ersetzt (weitgehend) den bisherigen Begriff der "Stammeinlage";
- Nummerierung der Geschäftsanteile;
- Neufassung von § 14 als "Einlagepflicht";
- Belehrung des Geschäftsführers auch durch ausländischen No-

tar, vergleichbaren rechtsberatenden Beruf oder Konsularbeamten möglich;

- Präzisierung der Regelungen über den Gutgläubenserwerb;
- Regelungen zu Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen nun in § 46 (Aufhebung von § 17 GmbHG);
- Verdeckte Sacheinlage erfüllt im Umfang ihres Wertes die Bar einlageverpflichtung; Gesellschafter haftet nur auf Wertdifferenz (und ist beweispflichtig)

Zu dem Regierungsentwurf nahm der Bundesrat im Juni 2007 Stellung. Die Gegenäußerung der Bundesregierung erfolgte einen Monat später. Die Änderungsvorschläge des Bundesrates wurden überwiegend abgelehnt.

### **III. Umfang der Änderungen**

Das MoMiG nimmt nicht nur Änderungen am GmbHG vor, sondern auch an zahlreichen anderen Gesetzen. Hiervon seien insbesondere zu nennen

- Aktiengesetz
- Handelsgesetzbuch
- Insolvenzrecht
- Zivilprozessordnung

Das vorliegende Skript beschäftigt sich vorwiegend nur mit den Änderungen im GmbHG und nur am Rande mit den Änderungen in den anderen Gesetzen.

## **B - Die Änderungen im Einzelnen**

### **I. Änderungen im GmbHG**

#### **1. Überschrift**

Dem Gesetz wird in der Überschrift die Abkürzung „GmbHG“ hinzugefügt.

#### **2. Mustersatzung - § 2 GmbHG**

(1a) Wird das in der Anlage 1 bestimmte Muster verwendet, so genügt es, wenn der Gesellschaftsvertrag schriftlich abgefasst und die Unterschriften der Gesellschafter öffentlich beglaubigt werden.

##### **a) Bisherige Regelung**

Das GmbHG kennt bisher keine Mustersatzung. Es lässt die Gründung einer GmbH ausnahmslos nur durch notarielle Beurkundung zu, der gegebenenfalls eine notarielle Beratung vorgeschaltet ist.

##### **b) Zukünftige Regelung**

Der Regierungsentwurf (künftig auch nur „Entwurf“) sieht die Einführung einer sog. Mustersatzung vor. In § 2 GmbHG soll nach Absatz 1 ein Absatz 1 a eingefügt werden, mit dem diese Möglichkeit im GmbHG verankert werden soll. Verwenden die Gründer die Mustersatzung, dann reicht deren schriftliche Abfassung verbunden mit einer Beglaubigung ihrer Unterschriften aus.

Die Mustersatzung dürfte sich in der Praxis allenfalls für Gründer empfehlen, die eine GmbH ohne Mitgesellschafter gründen wollen

(Ein-Personen-Gesellschaft). Der Grund hierfür liegt darin, dass die gesellschaftsrechtlichen Klauseln des Mustervertrages so rudimentär sind, dass ein Streit vorprogrammiert scheint, wenn mehr als ein Gesellschafter vorhanden ist. Die vertraglichen Vorgaben in der Mustersatzung dürfen nicht verändert werden, will man sich die Beurkundung ersparen und lediglich eine Beglaubigung der Unterschriften vornehmen lassen.

Die Voraussetzungen im Einzelnen:

- Die Mustersatzung kann nur dann Verwendung finden, wenn maximal drei Gesellschafter Gründer der Gesellschaft sind. Bei vier Gründern ist das Muster nicht mehr anwendbar.
- Es darf weiterhin nur ein Geschäftsführer vorhanden sein. Dieser vertritt die Gesellschaft allein und ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, was gerade bei Neugründungen äußerst bedenklich erscheint. Da eine Befreiung von § 181 BGB bei Ein-Personen-Gesellschaften satzungsmäßig verankert sein muss, die Mustersatzung aber auch für Mehr-Personen-Gesellschaften zur Anwendung kommen soll, werden schon an dieser Stelle die Schwächen einer Mustersatzung offenbar.
- Jeder Gesellschafter darf nur einen Gesellschaftsanteil übernehmen. Die Übernahme von mehr als einem Gesellschaftsanteil löst die Beurkundungspflicht aus.
- Der Unternehmensgegenstand darf sich nur auf die Produktion von oder den Handel mit Waren oder auf Dienstleistungen beziehen. Die Unternehmensgegenstände können nur alternativ, nicht jedoch kumulativ gewählt werden. Keiner dieser Unternehmensgegenstände würde nach geltendem Recht beanstandungsfrei zur Eintragung in das Handelsregister kommen, da sie viel zu allgemein gehalten sind.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Mustersatzung keinen Eingang in das zukünftige Gesetz finden sollte, da mit ihr mehr „Steine als Brot“ gegeben werden.

### **c) Begründung Regierungsentwurf**

„Durch die Änderung von § 2 soll die Gründung einer GmbH in unkomplizierten Standardfällen erleichtert und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH gestärkt werden. Forderungen aus der Wirtschaft folgend wird hiermit die Möglichkeit eröffnet, eine GmbH ohne den mit einer Beurkundung verbundenen Aufwand zu gründen. Auf das Beurkundungserfordernis kann bei Verwendung des Musters verzichtet werden, da es in diesen Fällen aufgrund der Einfachheit der in ihm enthaltenen Regelungen der notariellen Beratung und Belehrung in der Regel nicht bedarf. Den Gründern bleibt es jedoch unbenommen, auch bei Verwendung des Vertragsmusters die notarielle Beurkundung und die damit verbundene Beratung zu wählen. Die Bereitstellung des Musters schränkt folglich die Handlungsmöglichkeiten nicht ein. Eine mit der Beurkundung verbundene inhaltliche notarielle Beratung kann sich in vielen Fällen als sinnvoll erweisen, insbesondere wenn die Firma der Gesellschaft nicht völlig unproblematisch ist oder nicht nur durch eine Person gegründet wird.

Die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter ist notwendig, um die rechtssichere Identifizierung der Gesellschafter sicherzustellen. So kann Transparenz über die Anteilseignersstrukturen der GmbH geschaffen und Geldwäsche verhindert werden. Außerdem ist die rechtssichere Identifizierung der Gesellschafter Voraussetzung für die Geltendmachung von eventuellen Haftungs- oder sonstigen Zahlungsansprüchen gegen Gesellschafter wie auch für den Rückgriff auf die Gesellschafter im Fall von Missbräuchen durch Firmenbestattungen.

Verwendung des Musters bedeutet, dass außer den Einfügungen in den vorgegebenen Feldern keine weiteren Ergänzungen und Änderungen vorgenommen werden dürfen. Jede weitere Änderung der Mustersatzung oder jeder weitere Zusatz löst die Beurkundungspflicht aus. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Gesellschaft durch mehr als drei Personen gegründet wird oder wenn ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil übernehmen soll. In diesem Fall kann auf die Beurkundung nicht verzichtet werden, weil der Beratungsbedarf jedenfalls typischerweise zu groß wird.

Der Regelungsinhalt des Vertragsmusters ist auf den gemäß § 3 notwendigen Mindestinhalt ergänzt durch Regelungen zur Vertretung und zum Gründungsaufwand beschränkt. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen und damit Regelungen, die der Gesetzgeber als für die Gesellschafter im Regelfall angemessen erachtet und die daher nicht zwingend einer Erörterung durch den Notar bedürfen. Sollten Gründer eine vertragliche Bestimmung wünschen, die von dem Regelfall abweicht, ist die Beratung und Belehrung durch den Notar unverzichtbar. Insoweit wird daher das Beurkundungserfordernis beibehalten.

Die Festlegung der Firma, des Stammkapitals und der Nennbeträge der Geschäftsanteile sowie die Auswahl aus den von dem Muster vorgeschlagenen Unternehmensgegenständen sind ohne notarielle Unterstützung möglich. Eine Mehrbelastung der Registergerichte ist bei ganz unproblematischen Fällen nicht zu erwarten. Die Hinweise zu den Mustern dienen der Vermeidung von Zwischenverfügungen.

Die Festlegung der Firma ist im Hinblick auf die schwierigen Zulässigkeitsfragen zwar oftmals problematisch. Die Gründer können sich zur Klärung dieser Fragen jedoch an die zuständige Industrie- und Handelskammer wenden. Die Unterscheidbarkeit von Firmen am Ort können die Gründer mittels des elektronischen Unternehmens-

registers selbst online prüfen. Von einschränkenden Vorgaben hinsichtlich der Firmenbildung wurde abgesehen. In Spanien werden derartige Vorgaben bei der Verwendung eines Mustervertrages gemacht. Dies ist ein Grund dafür, dass die Akzeptanz der Mustersatzung in Spanien sehr gering ist.

Bei der Formulierung des Unternehmensgegenstandes können keine Schwierigkeiten auftreten, da der Unternehmensgegenstand aus den drei in dem Vertragsmuster vorgeschlagenen Varianten auszuwählen ist. Möchten die Gründer eine der vorgeschlagenen Varianten ändern oder ergänzen oder einen anderen Unternehmensgegenstand wählen, können sie von der Möglichkeit des § 2 Abs. 1a keinen Gebrauch machen.

Bei der Formulierung der drei zur Auswahl stehenden Varianten wird von der in Rechtsprechung und Literatur bisher herrschenden Meinung abgewichen, wonach derartige Bezeichnungen des Gegenstandes mangels erforderlicher Individualisierung nicht ausreichend seien und einer weiteren Konkretisierung bedürften. Die Forderung nach einer konkreteren Festsetzung des Unternehmensgegenstandes wird zum einen damit begründet, dass dem Registergericht die Prüfung ermöglicht werden solle, ob die Gesellschaft eine genehmigungspflichtige Tätigkeit ausübt. Diese Erwägung verliert mit Streichung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 ihre Grundlage. Zum anderen solle die Öffentlichkeit über die Tätigkeit der Gesellschaft unterrichtet werden. Dieser Zweck wird durch die Formulierung der drei Varianten, die durch die Beschränkung auf Handel, Produktion oder Dienstleistungen eine Begrenzung erfahren, hinreichend erfüllt. Außerdem wird angeführt, dass eine konkretere Festlegung dem Schutz der Gesellschafter diene, da der Gegenstand den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis begrenzt. Bei Verwendung des Vertragsmusters wird diese Grenze zwar recht weit gezogen. Jedoch besteht die Möglichkeit, die Geschäftsführungsbefugnis gemäß § 37 Abs. 1 durch Gesellschafterbeschluss intern zu beschränken.

Schließlich bleibt es Gründern, die eine konkretere Formulierung wünschen, unbenommen, von dem standardisierten Vertragsmuster keinen Gebrauch zu machen.

Die Gründer können nur eine Variante auswählen, d.h. sie können die Varianten nicht kumulieren. Denn die Kumulation würde zu einer zu weitgehenden Unbestimmtheit des Gegenstandes führen.

Da die Gründung der GmbH künftig vollständig von der Vorlage einer Genehmigung entkoppelt ist, ist auch die Verwendung der Mustersatzung unabhängig von einer Genehmigungspflicht. Die Vertretungsregelung ist einfach zu handhaben und entspricht den Regelungswünschen, die Gründer einfach konzipierter Gesellschaftsverträge typischerweise haben. Von einer ausdifferenzierteren Regelung, wie sie in der Praxis bislang üblich ist, wurde im Hinblick auf die bei einer Standardisierung notwendige Vereinfachung und den mit einer Ausdifferenzierung verbundenen Beratungsbedarf abgesehen.

Werden vor Eintragung einer nach § 2 Abs. 1a gegründeten GmbH ins Handelsregister die individuell festzulegenden Bestandteile der Satzung schriftlich geändert und die Unterschriften der Gesellschafter öffentlich beglaubigt, so bedarf es keiner Notarbescheinigung nach bzw. entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 2.

Die Mitteilungspflicht des Notars nach § 54 EStDV wurde bisher an der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geknüpft und sollte künftig an die Anmeldung einer Neugründung zum Handelsregister ansetzen. Erst mit Beglaubigung der Unterschriften entsteht die Vor-GmbH.“

#### **d) Kritik**

Die Gründung einer GmbH mittels Mustersatzung umgeht das not-

wendige Erfordernis notarieller Beratung. Es ist absehbar, dass Probleme, die schon bei Gründung bestehen, auf einen späteren Zeitpunkt verlagert werden. Hierdurch wird es zu einem erheblichen Mehraufwand der Registergerichte kommen, da Satzungsänderungen notwendig werden.

### **3. Inhalt des Gesellschaftsvertrages - § 3 GmbHG**

Der Entwurf sieht vor, dass § 3 Absatz 1 Nr. 4 wie folgt geändert wird:

Der Gesellschaftsvertrag muss enthalten:

1....

2...

3...

4. die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt

#### **a) Bisherige Regelung**

§ 3 GmbHG stellt den notwendigen Inhalt eines Gesellschaftsvertrages dar. Neben der Firma, dem Sitz der Gesellschaft, dem Gegenstand des Unternehmens und dem Betrag des Stammkapitals muss der Vertrag auch eine Regelung darüber enthalten, welche Stammeinlage jeder Gesellschafter auf das Stammkapital übernimmt.

Die bisherige Regelung lautete so:

Der Gesellschaftsvertrag muss enthalten:

4. den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage).

### **b) Zukünftige Regelung**

Die zukünftige Regelung bringt zwei Veränderungen mit sich. Zum einen kann ein Gesellschafter zukünftig mehr als einen Geschäftsanteil übernehmen. Zum anderen erfolgt eine sprachliche Anpassung an die „Gesellschaftswirklichkeit“. Die Gesellschafter übernehmen nicht mehr eine Stammeinlage, sondern einen Geschäftsanteil. Damit wird ihre Beteiligung bzw. Mitgliedschaft an der Gesellschaft gegenüber ihrer Einlagenverpflichtung in den Vordergrund gerückt.

Lautete die bisherige Regelung im Gesellschaftsvertrag wie folgt:

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000,-- EUR*  
*(2) Hierauf übernimmt der Gesellschafter X eine Stammeinlage in Höhe von 12.500,-- EUR und der Gesellschafter Y eine Stammeinlage in Höhe von 12.500,-- EUR*

So lautet die zukünftige Regelung:

...

*(2) Hierauf übernimmt der Gesellschafter X einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500,-- EUR und der Gesellschafter Y einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500,-- EUR.*

Alternativ bei mehreren Geschäftsanteilen

...

*(2) Hierauf übernimmt der Gesellschafter X zwei Geschäftsanteile im Nennbetrag von jeweils 6.250,-- EUR und der Gesellschafter Y einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500,-- EUR.*

Andere Formulierung:

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000,-- EUR*
- (2) Gegen Einlage auf das Stammkapital übernehmen:*
- a) der Gesellschafter Y einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500,-- EUR*
- b) der Gesellschafter Y einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 12.500,-- EUR*

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

„Die Aufnahme der Zahl der von jedem Gesellschafter übernommenen Geschäftsanteile in den Gesellschaftsvertrag wird notwendig, da ein Gesellschafter nach § 5 Abs. 2 künftig auch bei der Gründung mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann. Darüber hinaus ist eine inhaltliche Änderung mit der hier vorgeschlagenen Regelung nicht verbunden.

Durch die vorgeschlagene Neufassung werden aber die von den Gesellschaftern zu übernehmenden Geschäftsanteile und somit ihre Beteiligung bzw. ihre Mitgliedschaft gegenüber ihrer Einlageverpflichtung in den Vordergrund gerückt. Die Erklärung des Gesellschafters, sich an der Gesellschaft beteiligen zu wollen, war schon bisher notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Die Neufassung der Vorschrift bringt die Notwendigkeit einer solchen Beitrittsklärung durch das Erfordernis der Angabe der Nennbeträge der übernommenen Geschäftsanteile besser zum Ausdruck. Zudem stimmt dies mit der Vorstellung des Gesellschafters überein, dass er einen Geschäftsanteil an der Gesellschaft übernimmt und anschließend hält. Demgegenüber wird das geltende Recht, nach dem die Gesellschafter eine Stammeinlage zu übernehmen haben, nach der sich der Geschäftsanteil bestimmt (§ 14), dieser allgemeinen Vor-

stellung nicht gerecht.

Der Begriff „Nennbetrag des Geschäftsanteils“ entspricht der aktienrechtlichen Ausdrucksweise (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 4 AktG) sowie dem allgemeinen Sprachgebrauch in der Praxis. In § 57h hat er bereits Eingang in das GmbHG gefunden. Die Aufnahme der Nennbeträge der Geschäftsanteile in den Gesellschaftsvertrag ist auch deshalb sinnvoll, weil der Nennbetrag des Geschäftsanteils schon bisher als Identitätsbezeichnung dient.

Darüber hinaus wird geregelt, dass die Gesellschafter die Geschäftsanteile jeweils gegen eine Einlage auf das Stammkapital zu übernehmen haben. Die Einlageverpflichtung entsteht nunmehr nicht mehr mit der Aufnahme der Stammeinlage, sondern mit der Aufnahme des Nennbetrags des jeweiligen Geschäftsanteils in den Gesellschaftsvertrag. Die Regelung ist an § 2 AktG angelehnt. Es soll deutlich werden, dass die Gründer sämtliche Geschäftsanteile sofort übernehmen müssen, was dem Prinzip der Einheitsgründung entspricht. Gleichzeitig kommt die logische Unterscheidung zwischen der Beteiligung des Gesellschafters bzw. seiner Mitgliedschaft und seiner Einlageverpflichtung bei Gründung der Gesellschaft zum Ausdruck. Der Begriff „Stammeinlage“ hat diese Differenzierung verwischt.

Der Begriff „Stammeinlage“ wird für eine Übergangsphase beibehalten. Eine Stammeinlage ist wie bisher die von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistende Einlage. Durch die Beibehaltung dieses Begriffs kann teilweise auf redaktionelle Änderungen – insbesondere außerhalb des GmbHG – zunächst verzichtet werden. Es empfiehlt sich, künftig generell auf den einfacheren Ausdruck „Einlage“ und gegebenenfalls Einlageverpflichtung umzustellen, da der Begriff der Stammeinlage veraltet ist und dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht mehr entspricht.

Die vorgeschlagene Fassung von § 3 Abs. 1 Nr. 4 führt zu folgender Änderung: Der nach dem geltenden Recht im Gesellschaftsvertrag anzugebende Betrag der Stammeinlage bleibt im Verlauf der Gesellschaft stets gleich. Im Rahmen einer Kapitalerhöhung übernimmt der Gesellschafter nach geltendem Recht eine neue Stammeinlage und damit einen neuen Geschäftsanteil. Die Höhe der Einlageverpflichtung ist daher stets aus dem Gründungsvertrag und der Übernahmeerklärung im Rahmen der Kapitalerhöhung ersichtlich. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils kann sich hingegen verändern. So kann er sich durch eine nominelle Aufstockung im Zuge der Einziehung des Geschäftsanteils eines anderen Gesellschafters gemäß § 34 oder im Zuge einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß den §§ 57c ff. erhöhen. In diesen Fällen wird durch die Erhöhung jedoch keine neue Einlageverpflichtung des Gesellschafters begründet. Die Einlageverpflichtung des Gesellschafters entspricht in ihrer Höhe daher nicht immer dem Nennbetrag des Geschäftsanteils. Die Höhe der Einlageverpflichtung des Gesellschafters kann allerdings eindeutig dadurch festgestellt werden, dass man auf den bei Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag bzw. auf den bei der Kapitalerhöhung in der Übernahmeerklärung festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils abstellt. Hier übernimmt der Gesellschafter in beiden Fällen Geschäftsanteile gegen Einlage, so dass eine Einlageverpflichtung in Höhe des Nennbetrags des Geschäftsanteils besteht.

#### **4. Sitz der Gesellschaft - § 4 a GmbHG**

Der Entwurf sieht vor, dass § 4 a Absatz 1 um die Worte „im Inland“ ergänzt und Absatz 2 gestrichen wird. Absatz 1 lautet wie folgt:

Sitz der Gesellschaft ist der Ort *im Inland*, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.

**a) Bisherige Regelung**

Der Satzungssitz war bisher auch der Verwaltungssitz. Deutschen Gesellschaften war es deshalb nicht möglich, ihre Gesellschaft in Deutschland zu gründen (Satzungssitz), ihren Verwaltungssitz jedoch in das Ausland zu verlegen oder ihre deutsche Gesellschaft im Ausland zu gründen, den Verwaltungssitz jedoch in Deutschland zu haben.

**b) Zukünftige Regelung**

Die zukünftige Regelung hebt den Gleichlauf zwischen Satzungssitz und Verwaltungssitz auf. Eine Gesellschaft kann also ihr gesamtes operatives Geschäft von einer (Zweig-) Niederlassung im Ausland führen.

**c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Durch die Streichung des § 4 a Abs. 2 und der älteren Parallelnorm des § 5 Abs. 2 AktG soll es deutschen Gesellschaften ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Damit soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-) Niederlassung, die alle Geschäftsaktivitäten erfasst, außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten.

EU-Auslandsgesellschaften, deren Gründungsstaat eine derartige Verlagerung des Verwaltungssitzes erlaubt, ist es auf Grund der EuGH-Rechtsprechung nach den Urteilen *Überseering vom 5. November 2002* (Rs. C-208/00) und *Inspire Art vom 30. September 2003* (Rs. C-167/01) bereits heute rechtlich gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – zu wählen. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutsch-

land als solche anzuerkennen. Umgekehrt steht diese Möglichkeit deutschen Gesellschaften schon aufgrund der Regelung in § 4 a Abs. 2 GmbHG bzw. in § 5 Abs. 2 AktG nicht zur Verfügung. Es ist für ein ausländisches Unternehmen nicht möglich, sich bei der Gründung eines Unternehmens für die Rechtsform der deutschen Aktiengesellschaft bzw. der GmbH zu entscheiden, wenn die Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend aus dem Ausland geführt werden soll. Es ist einer deutschen Konzernmutter nicht möglich, ihre ausländischen Tochtergesellschaften mit der Rechtsform der GmbH zu gründen. Unabhängig von der Frage, ob die neuere EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 43 und 48 EG allein die Freiheit des Zuzuges von Gesellschaften in einen Mitgliedstaat verlangt hat oder damit konsequenterweise auch der Wegzug von Gesellschaften ermöglicht werden muss, sind Gesellschaften, die nach deutschem Recht gegründet worden sind, in ihrer Mobilität unterlegen.

In Zukunft soll für die deutsche Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH durch die Möglichkeit, sich mit der Hauptverwaltung an einem Ort unabhängig von dem in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag gewählten Sitz niederzulassen, ein *level playing field*, also gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften geschaffen werden. Freilich bleibt es nach dem Entwurf dabei, dass die Gesellschaften eine Geschäftsanschrift im Inland im Register eintragen und aufrechterhalten müssen. Die Neuregelungen zur Zustellung in Deutschland erhalten durch die Mobilitäts erleichterungen zusätzliches Gewicht.

#### **5. Stammeinlagen - § 5 GmbHG**

Der Entwurf sieht vor, dass das Mindest-Stammkapital einer GmbH nur noch 10.000,-- EUR beträgt, der Geschäftsanteil nur noch auf volle Euro lauten muss und ein Gesellschafter bei Gründung mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann. Die Vorschrift lautet wie folgt:

(1) Das Stammkapital der Gesellschaft muss mindestens 10.000 Euro betragen.

(2) Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten. Ein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen.

(3) Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt werden. Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen.

(4) Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. Die Gesellschafter haben in einem Sachgründungsbericht die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen und beim Übergang eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Jahresergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre anzugeben.

#### **a) Bisherige Regelung**

Die bisherige Regelung ist so ausgestaltet, dass das Mindeststammkapital 25.000,- EUR und die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 100,- EUR betragen muss. Kein Gesellschafter darf bei Gründung mehr als eine Stammeinlage übernehmen und der Betrag der Stammeinlage muss in Euro durch 50 teilbar sein.

#### **b) Zukünftige Regelung**

Die zukünftige Regelung sieht neben sprachlichen Anpassungen (Stammeinlage # Geschäftsanteil) eindeutige Erleichterungen bei der Gründung einer Gesellschaft vor. Die Herabsetzung des

Stammkapitals von 25.000,-- EUR auf 10.000,-- EUR kommt vor allen Dingen denjenigen Gesellschaften zugute, die vorwiegend im reinen Dienstleistungssektor tätig sind. Die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile bei Gründung war schon lange überfällig und stellte bisher einen Standardfehler bei der Gründung einer neuen Gesellschaft dar. Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils lautet nunmehr statt auf 100,-- EUR auf einen Euro. Damit ist auch die Teilbarkeit durch 50 entfallen, was eine erheblich flexiblere Handhabung bei der Gestaltung von Geschäftsanteilen mit sich bringt. Gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-E muss die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Eine Divergenz zwischen Stammkapital und Geschäftsanteil - beispielsweise bei der Einziehung eines Geschäftsanteils - ist damit nicht mehr möglich.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Durch die Änderung des § 5 sollen die Kapitalaufbringung bei der Gründung und die Übertragung der Geschäftsanteile erleichtert werden. Ferner wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nach dem neu gefassten § 3 Abs. 1 Nr. 4 nicht mehr die Angabe des Betrags der Stammeinlage, sondern die Angabe der Nennbeträge der Geschäftsanteile notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist. Eine sachliche Änderung ist mit dem Bezug auf die Nennbeträge der Geschäftsanteile nicht verbunden, da im geltenden Recht die Nennbeträge von Stammeinlage und Geschäftsanteil bei Errichtung der Gesellschaft wegen § 14 in der Regel übereinstimmen.

Zu dem oben genannten Zweck wird zum einen in § 5 Abs. 1 die Höhe des Mindeststammkapitals der Gesellschaft von bisher 25.000 Euro auf 10.000 Euro abgesenkt. Rechnung getragen wird damit einer zunehmenden Kritik von Praxis und Wissenschaft an Höhe und Sinnhaftigkeit des bisherigen Mindeststammkapitals. Einerseits wird durch die Beibehaltung eines nennenswerten Mindeststammkapitals

berücksichtigt, dass diesem die Funktion einer Seriositätsschwelle beigemessen wird. Andererseits wird mit der Absenkung gerade Kleinunternehmen und Existenzgründern ermöglicht, bei geringem Kapitalbedarf leichter eine Gesellschaft zu gründen als bisher. Dabei ist der Wandel des Wirtschaftslebens seit der Schaffung des GmbH-Gesetzes in Rechnung zu stellen: Heute sind die Mehrzahl der Neugründungen nicht mehr Produktionsunternehmen, sondern Unternehmen aus dem Dienstleistungssektor (über 85%). Dienstleistungsbetriebe können aber unter Umständen mit relativ geringem Startkapital gegründet werden. Für manche dieser Gesellschaften war das bisherige Mindeststammkapital überhöht.

Der Entwurf befindet sich mit 10.000 Euro auch im europäischen Vergleich in angemessenem Rahmen.

Unternehmen mit höherem Kapitalbedarf sind freilich auch in Zukunft gut beraten, schon bei Gründung ein höheres Kapital zu zeichnen. Für viele solche Unternehmen waren auch in der Vergangenheit 25.000 Euro von Anfang an zu niedrig. So wird beispielsweise eine mit Eigenkapital besser ausgestattete GmbH wesentlich einfacher einen Bankkredit ohne zusätzliche persönliche Sicherheiten erhalten. Dies kann der Praxis überlassen werden. Für das System des MoMiG ist jedenfalls das gezeichnete Stammkapital die Grenze, eine Unterkapitalisierungshaftung ist bewusst nicht vorgesehen.

Weiter sollen die Gesellschafter die Höhe der Nennbeträge der von ihnen zu übernehmenden Geschäftsanteile individueller als bisher bestimmen können. Als einzige Begrenzung ist vorgesehen, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro (mindestens also einen Euro) lauten muss. Bislang muss der Geschäftsanteil jedes Gesellschafters mindestens 100 Euro betragen (§ 5 Abs. 1). Hierauf soll künftig verzichtet werden. Zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger trägt ein solcher Mindestnennbetrag nichts bei. Die

Kapitalerhaltung nach den § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 orientiert sich an dem zur Erhaltung des Stammkapitals als Ganzem erforderlichen Vermögen. Demgegenüber ist die Höhe des Nennbetrags des jeweiligen Geschäftsanteils nur für die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter gemäß den §§ 24, 31 Abs. 3 von Belang. Auch hier dient sie nur dazu, die von den Mitgesellschaftern zu erstattenden Beträge nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zu berechnen. An dieser Funktion als Rechengröße ändert sich auch dann nichts, wenn die Höhe der Nennbeträge der Geschäftsanteile individuell bestimmt werden kann. Dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient als Ausschüttungssperre weiterhin das gezeichnete Kapital.

Nach dem neu gefassten § 5 Abs. 2 braucht der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils nur noch auf volle Euro zu lauten. Hierbei handelt es sich in erster Linie um eine Folgeänderung zur Neuregelung des § 5 Abs. 1. Zudem wird eine Liberalisierung der Teilbarkeitsregel für Geschäftsanteile gegenüber den bisherigen Vorgaben in § 5 Abs. 3 Satz 2 verfolgt.

Das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei Errichtung der Gesellschaft nach § 5 Abs. 2 wird aufgehoben. Ein Gesellschafter kann künftig auch mehrere Geschäftsanteile übernehmen. Als Zweck des Verbots wurde bislang angeführt, dass für die Gründung die Einheit der Stammeinlage und des Geschäftsanteils sichergestellt sowie darüber hinaus die Personalisierung der Beteiligung an der Gesellschaft gestärkt und eine geringere Fungibilität erreicht werden sollte.

In der Literatur werden die Argumente zur Rechtfertigung der Vorschrift jedoch schon seit langem mit überzeugenden Gründen angezweifelt. Zunächst muss bereits überdacht werden, ob im Recht der GmbH überhaupt noch ein schutzwürdiges Regelungsinteresse daran besteht, die Fungibilität der Geschäftsanteile so gering wie möglich zu halten. Diese Grundsatzdiskussion kann hier allerdings

dahinstehen, da durch die Aufhebung des bisherigen § 5 Abs. 2 für die Geschäftsanteile der GmbH nicht annähernd eine zur Aktiengesellschaft vergleichbare Handelbarkeit entsteht. Das größte Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bei der GmbH stellt nach wie vor das Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 dar. Die Entstehung eines Handels mit Geschäftsanteilen von GmbHs wie bei Aktien kann daher ausgeschlossen werden. Das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen hat in diesem Zusammenhang nur – wenn überhaupt – eine äußerst untergeordnete Bedeutung und ist daher entbehrlich. Durch die Stärkung der Gesellschafterliste und die Schaffung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen wird zudem einer Unübersichtlichkeit der Beteiligungsverhältnisse wirksam begegnet.

Auch vermag das Argument, dass für die Gründung die Einheit der Stammeinlage und des Geschäftsanteils sichergestellt werden müsse, nicht zu überzeugen. Denn bereits unmittelbar nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ist nach § 15 Abs. 2 der Erwerb weiterer Geschäftsanteile unter Erhaltung ihrer Selbständigkeit zulässig. Daneben kann aber auch der einheitliche Anteil geteilt werden, was durch den vorliegenden Entwurf weiter erleichtert werden soll. Folglich sollte dies auch schon in der Gründungsphase möglich sein. Das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei Errichtung der Gesellschaft kann auch nicht mit einer Stärkung der personellen Beteiligung an der Gesellschaft begründet werden, wenn bereits kurze Zeit nach der Gründung ein Erwerb weiterer Geschäftsanteile bzw. eine Aufteilung von Anteilen zulässig ist. Die bisherige Regelung des § 5 Abs. 2 kann deshalb „umgekehrt“ werden.

Der neu gefasste § 5 Abs. 3 Satz 1 soll darüber hinaus klarstellen, dass die Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile und nicht nur die Nennbeträge der Geschäftsanteile jedes Gesellschafters verschieden bestimmt werden können. Ein Gesellschafter kann daher

auch mehrere Geschäftsanteile mit verschiedenen Nennbeträgen übernehmen.

Daneben muss die Teilbarkeitsregelung in § 5 Abs. 3 Satz 2 an den neu gefassten § 5 Abs. 1 angepasst werden. Die Vorschrift ist daher aufzuheben und in § 5 Abs. 2 neu zu fassen.

Die Gestaltung der Beträge von Stammeinlagen einer GmbH und – davon abhängig – der Geschäftsanteile (§ 14) wird im geltenden Recht durch die gesetzliche Vorgabe in § 5 Abs. 3 Satz 2 erheblich eingegrenzt. Durch die Bestimmung, dass der Betrag der Stammeinlage in Euro grundsätzlich durch fünfzig teilbar sein muss, wird in manchen Fällen eine exakte Aufteilung eines Anteils in einem gewünschten Verhältnis verhindert. Bereits seit langem wird deshalb diskutiert, § 5 Abs. 3 Satz 2 gänzlich aufzuheben. Das Bundesministerium der Justiz hat diese Frage bereits im Jahr 1997 im Zuge der bevorstehenden Euro-Umstellung den interessierten Kreisen vorgelegt. Die eingegangenen Stellungnahmen fielen unterschiedlich aus, das Meinungsbild war sehr gespalten. Zuspruch für die Aufhebung der Vorschrift kam vor allem aus den Reihen der Wirtschafts- und Beraterverbände, wohingegen die Landesjustizverwaltungen sich damals überwiegend für eine Beibehaltung der Teilbarkeitsregelung aussprachen.

Gerade die Wirtschaftsverbände fordern bereits seit geraumer Zeit eine völlige Aufhebung der Teilbarkeitsregel in § 5 Abs. 3 Satz 2, die häufig als eine unnötige Belastung der betrieblichen Praxis empfunden wird. Dies gilt insbesondere für kleine Familienbetriebe, die oftmals aus Anlass von Erbauseinandersetzungen oder Vorgängen der vorweggenommenen Erbfolge zu Kapitalerhöhungen gezwungen sind, damit die Geschäftsanteile durch fünfzig teilbar bleiben.

Zwar wurde bislang gegen eine Aufhebung des § 5 Abs. 3 Satz 2 vor allem die Befürchtung vorgebracht, dass darunter die Übersicht-

lichkeit der Beteiligungsverhältnisse leiden würde. Im Blick der Kritiker stehen die Fälle, in denen eine rechnerisch exakte Teilung eines Geschäftsanteils Beträge mit zahlreichen Nachkommastellen erzeugen würde, z. B. bei einer Aufteilung eines Anteils mit einem Nennbetrag von 10.000 Euro auf drei Gesellschafter. Aufgrund der Neufassung des § 5 Abs. 2 ist jedoch sichergestellt, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils künftig auf volle Euro lauten muss. Verhindert wird demzufolge, dass bei Teilungen Beträge mit unübersichtlichen Nachkommastellen sowie dadurch bedingte Rundungsprobleme entstehen.

Mit dieser gesetzlichen Änderung ist im Übrigen in keiner Weise die Einrichtung oder Förderung eines Kapitalmarktsegments zum Börsenhandel von GmbH-Anteilen geplant, was in der Vergangenheit häufig als Kritik gegen die Aufhebung des § 5 Abs. 3 Satz 2 vorgebracht wurde.

Der neu gefasste § 5 Abs. 3 Satz 2 trägt dem Verständnis Rechnung, dass das Stammkapital in Geschäftsanteile zerlegt ist. Es wird klargestellt, dass das Stammkapital immer gleich bleibt und sich nicht aus der Summe der Nennbeträge ergibt. Vielmehr muss die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Dies bezieht sich nicht nur auf das Gründungsstadium, sondern auch auf den weiteren Verlauf der Gesellschaft. Bei der Einziehung des Geschäftsanteils eines anderen Gesellschafters gemäß § 34 bleibt daher das Stammkapital gleich, obwohl sich die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aufgrund der Einziehung des einen Geschäftsanteils verringert. Ein solches Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Nennbetrags des Stammkapitals ist künftig im Gegensatz zum geltenden Recht unzulässig. Die Zulässigkeit einer Abweichung der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile vom Nennbetrag des Stammkapitals im geltenden Recht ist im Schrifttum zu Recht kritisiert worden. Um eine solche, nach dem

neu gefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 unzulässige Abweichung zu vermeiden, bleibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, die Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung zu verbinden, die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile durch eine nominelle Aufstockung an das Stammkapital anzupassen oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden.

Im Fall der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln kommt es hingegen nicht zu einer unzulässigen Abweichung des Nennbetrags des Stammkapitals von der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile. In § 57h Abs. 1 S. 1 ist geregelt, dass eine Kapitalerhöhung durch Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile ausgeführt werden kann.

Auch infolge einer Kapitalherabsetzung nach § 58 fallen der Betrag des Stammkapitals und die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile nicht auseinander, da nach ganz herrschender Meinung in allen Fällen der Kapitalherabsetzung die Nennbeträge der Geschäftsanteile dem herabgesetzten Kapital angeglichen werden.

Im Fall der Unwirksamkeit einer Beteiligungserklärung und für die Folgen der Einziehung können die zum geltenden Recht bestehenden Lösungsansätze in das neue Recht übertragen werden.

Auch die Änderung in Absatz 4 bringt zum Ausdruck, dass der Gesellschafter einen Geschäftsanteil gegen Einlage übernimmt und somit der Geschäftsanteil Bezugspunkt für die zu erbringende Sacheinlage sein soll.

#### **d) Kritik**

Die Herabsetzung des Mindeststammkapitals von 25.000,-- EUR auf 10.000,-- EUR ist verschiedentlich auf Kritik gestoßen, zumal auch dieser Betrag nur zur Hälfte aufgebracht werden muss, eine

Gründung also schon mit 5.000,- EUR möglich ist. Dass die Hälfte dieses Betrages schon im Rahmen einer betrieblichen Erstausrüstung verbraucht sein dürfte, ist absehbar. Damit wäre aber zumindest zu prüfen, ob das Unternehmen nicht verpflichtet ist, einen Insolvenzantrag zu stellen. Ob man der Praxis durch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals tatsächlich einen Dienst erwiesen hat, wird sich zeigen. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird sich die Problematik in das Insolvenzverfahren verlagern.

## 6. Unternehmergesellschaft - § 5 a GmbHG

Der Entwurf sieht vor, dass ein neuer § 5a eingeführt wird, der folgende Regelungen enthalten soll:

### § 5a GmbHG

#### Unternehmergesellschaft

(1) Eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 unterschreitet, muss in der Firma abweichend von § 4 den Rechtsformzusatz "Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)" oder "UG (haftungsbeschränkt)" führen.

(2) Abweichend von § 7 Abs. 2 darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

(3) In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur für Zwecke des § 57c verwendet werden.

(4) Abweichend von § 49 Abs. 3 muss die Versammlung der Gesellschafter bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden.

(5) Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital so, dass es den

*Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt, finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr; die Firma nach Absatz 1 darf beibehalten werden.*

### **a) Bisherige Regelung**

Keine

### **b) Zukünftige Regelung**

Der Gesetzgeber will mit diesem Modell der „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ auf die englische Limited reagieren, die mit einem englischen Pfund gegründet werden kann. Ob dieses tatsächlich gelingt und den Boom in die Limited abebben lässt, kann mit Fug und Recht bezweifelt werden.

Die Regelungen im Einzelnen:

- Die Gesellschaft muss zwingend den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ oder „UG haftungsbeschränkt“ enthalten.
- Das Stammkapital muss vollständig eingezahlt werden, was bei einem Mindeststammkapital von einem Euro nicht weiter schwierig sein dürfte. Eine Sachgründung ist ausgeschlossen, was sich ebenfalls aus der Natur der Sache ergeben dürfte.
- Es ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des Jahresüberschusses eingestellt werden muss. Die Rücklage darf nur zur Kapitalerhöhung auf das Mindeststammkapital einer „großen“ GmbH verwandt werden.
- Hat die Gesellschaft ein Stammkapital von 10.000,-- EUR er-

reicht, entfallen die Reglementierungen dieser Vorschrift. Gleichwohl kann sich die Gesellschaft weiterhin mit dem Zusatz „UG“ in abgekürzter oder ausgeschriebener Form schmücken.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Die GmbH in der Variante der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft wird es jungen Existenzgründern sehr einfach machen, ihre unternehmerischen Ziele in Angriff zu nehmen. In Kombination mit der Vereinfachung der Gründung unter Verwendung der Muster-satzung ist damit ein der GmbH bisher unbekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit erreicht.

Der Entwurf des MoMiG zielt nicht auf eine generelle Aufgabe des Mindeststammkapitals der GmbH. Dies wäre theoretisch möglich, weil das Mindeststammkapital kein zwingender Bestandteil des Haftkapitalsystems der GmbH ist. Der Gedanke einer völligen Aufgabe fand aber in der Diskussion keine ungeteilte Zustimmung. Der Grund dafür ist, dass mit der Seriositätsschwelle, die in einem angemessenen Mindeststammkapitalbetrag liegt, auch eine gewisse Seriosität auf die Rechtsform der GmbH insgesamt ausstrahlt. Trotz der durch diesen Entwurf bekämpften Missbrauchs- und Bestattungsfälle und trotz der hohen Zahl von Insolvenzen hat sich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland seit ihrem Bestehen einen festen Platz als verlässliche und ernstzunehmende Rechtsform des deutschen Mittelstandes und der deutschen Konzerntöchter erworben. Von Seiten der Wirtschaft wurde teilweise befürchtet, dass mit einer vollständigen Aufgabe des Mindeststammkapitals dieses Prestige der GmbH gerade auch für den größeren Mittelstand beschädigt werden könnte. Deshalb erschien es als konsequenter Weg, nicht für die angestammte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, aber für eine Rechtsformvariante „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ auf das Mindeststammkapital zu verzichten. Überlegungen in diese Richtung waren

bei der Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens auch von dem Abgeordneten Gehb, MdB, angestellt worden. Der Entwurf entscheidet sich nicht dafür, eine eigene Rechtsform unterhalb oder neben der GmbH für Unternehmensgründer zu schaffen. Das ist nicht erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und würde einen unverhältnismäßigen Aufwand an Regulierung erfordern. Vielmehr schlägt der Entwurf vor, innerhalb der Gesellschaft mit beschränkter Haftung einige Erleichterungen vorzusehen, die durch eine deutlich andere Firmierung flankiert sind. Diese Variante der Gesellschaft mit beschränkter Haftung fügt sich in das GmbHG nahtlos ein; alle Vorschriften dieses Gesetzes und des gesamten deutschen Rechts, die die GmbH betreffen, gelten ohne weiteres auch für diese Gesellschaft mit Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen des § 5a.

Zu Absatz 1: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ohne Einhaltung des Mindeststammkapitals des § 5 Abs. 1 gegründet wird, muss demgemäß in ihrer Firma einen anderen Rechtsformzusatz als die normale Gesellschaft mit beschränkter Haftung wählen und zwar „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder die Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“. Diese beiden Rechtsformzusatzvarianten sind zwingend, eine Abkürzung des Zusatzes „(haftungsbeschränkt)“ ist nicht zulässig. Das Publikum darf nicht darüber getäuscht werden, dass es sich hierbei um eine Gesellschaft handelt, die möglicherweise mit sehr geringem Gründungskapital ausgestattet ist. Ob dies mit der gefundenen Bezeichnung optimal zum Ausdruck gebracht ist, wird im weiteren Verfahren mit den beteiligten Kreisen zu erörtern sein.

Zu Absatz 2: Anders als bei der GmbH im Allgemeinen darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Da das Stammkapital von den Gründern frei gewählt und bestimmt werden kann, ist die Halbeinzahlung nicht erforderlich. Da jede GmbH nach der Gründung gewisse Barmittel für die Anfangs-

zeit benötigt, können diese von den Gründern als Mindeststammkapital gewählt werden, müssen dann aber auch in bar einbezahlt werden. Sacheinlagen sind nicht erforderlich und deshalb nicht zulässig.

Zu Absatz 3: Die Gesellschaft für Unternehmensgründer hat in ihrer Bilanz eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die jeweils ein Viertel des Jahresüberschusses einzustellen ist. Dadurch soll gesichert werden, dass diese Form der GmbH, die möglicherweise mit einem sehr geringen Stammkapital gegründet worden ist, durch Thesaurierung innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht. Da in den Fällen der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) sehr häufig eine Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer vorliegen wird, ist ohnehin davon auszugehen, dass der Geschäftsführer seinen notwendigen Lebensunterhalt über sein Geschäftsführergehalt bestreiten kann. Es ist deshalb vertretbar, die zusätzliche Gewinnausschüttung zu beschränken. Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG-E zieht die Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses (nach § 256 AktG analog) nach sich - die wiederum die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses zur Folge hat (§ 253 AktG analog). Aus der Nichtigkeit des Feststellungs- und des Gewinnverwendungsbeschlusses resultieren bürgerlich-rechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter. Ferner macht der Geschäftsführer sich haftbar (§ 43) - gegebenenfalls kann man auch ausdrücklich auf die Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 verweisen.

Zu Absatz 4: Die Einberufung der Gesellschafterversammlung kann sich nicht wie sonst an den Verlust der Hälfte des Stammkapitals knüpfen.

Zu Absatz 5: Der Entwurf des § 5a enthält keine zeitliche Begrenzung der Kapitalaufholung. Solange die Gesellschaft kein eingetragenes Stammkapital in Höhe des Mindeststammkapitals nach § 5

Abs. 1 hat, gilt die Pflicht zur Bildung der gesetzlichen Rücklage nach Absatz 3. Hat die Gesellschaft allerdings genügend Eigenmittel, um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchzuführen und führt sie diese durch, oder wird eine Kapitalerhöhung durch Einlage der Gesellschafter durchgeführt und wird dadurch im Ergebnis das Mindeststammkapitalerfordernis des § 5 Abs. 1 erfüllt, so entfällt die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 4. Die Gesellschaft kann sich sodann umfirmieren nach § 4, sie muss es aber nicht. Da es sich auch bei der Gesellschaft nach § 5a um eine GmbH handelt, bedarf es einer Umwandlung nicht. Die nach Absatz 3 gebildete Rücklage kann dann, soweit sie nicht für die Erhöhung des Stammkapitals verwendet wurde, aufgelöst werden.

#### **d) Kritik**

Die „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ ist abzulehnen.

Neben vielen Kritikpunkten aus der Praxis hier nur zwei:

1. Es besteht grundsätzlich kein Bedürfnis für eine solche „kapitallose“ Gesellschaft. Nach dem neuen Recht kann eine Gesellschaft schon mit einem Stammkapital von 10.000,- EUR gegründet werden, von dem nur die Hälfte einzuzahlen ist. 5000,- EUR dürfte aber der Minimalbetrag sein, der für den Start eines Unternehmens notwendig ist.

2. Das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht ist auf der Grundlage aufgebaut, dass sich jemand nur dann von seiner persönlichen Haftung soll freizeichnen dürfen, wenn er hierfür einen entsprechenden Kapitalbeitrag leistet. Dieser Grundsatz wird mit der vorgeschlagenen Lösung vollkommen aufgegeben.

#### **7. Erfordernis eines Geschäftsführers - § 6 GmbHG**

§ 6 Abs. 2 GmbHG soll neu gestaltet werden, und zwar wie folgt:

(2) Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. *Geschäftsführer kann nicht sein, wer*

1. *als Betreuer bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unterliegt,*
2. *aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbebezweig nicht ausüben darf, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,*
3. *wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten*
  - a) *des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),*
  - b) *nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs (Insolvenzstraf-taten),*
  - c) *der falschen Angaben nach § 82 dieses Gesetzes oder § 399 des Aktiengesetzes,*
  - d) *der unrichtigen Darstellung nach § 400 des Aktiengesetzes, § 331 des Handelsgesetzbuchs, § 313 des Umwandlungsgesetzes oder § 17 des Publizitätsgesetzes oder*
  - e) *nach den §§ 265b, 266 oder § 266a des Strafgesetzbuchs zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr*

*verurteilt worden ist; dieser Ausschluss gilt für die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils, wobei die Zeit nicht eingerechnet wird, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Satz 2 Nr. 3 gilt entsprechend bei einer Verurteilung im Ausland wegen einer Tat, die mit den in Satz 2 Nr. 3 genannten Taten vergleichbar ist.“*

### **a) Bisherige Regelung**

§ 6 Abs. 2 GmbHG bestimmt die Voraussetzungen, unter denen eine natürliche Person Geschäftsführer einer GmbH sein kann.

Die bisherige Regelung ist mit der neuen Regelung fast identisch. So muss der Geschäftsführer auch weiterhin eine natürliche Person und voll geschäftsfähig sein. Er darf auch keinem Einwilligungsvorbehalt unterliegen. Ihm darf die Ausübung seines Berufes pp. nicht durch gerichtliches Urteil oder durch eine vollziehbare Entscheidung der Verwaltungsbehörde untersagt worden sein und Straftaten

### **b) Zukünftige Regelung**

Die zukünftige Regelung strukturiert die Vorschrift neu, erweitert sie jedoch auch, und zwar insbesondere im Bereich der Straftatbestände. Hier wird an solche Straftatbestände angeknüpft, die regelmäßig von Geschäftsführern in Krisensituation einer Gesellschaft verwirklicht werden und die zu einem erneuten oder erstmaligen Bestellungsverbot führen.

Bei den Katalogtaten handelt es sich aber grundsätzlich nur um vorsätzlich begangene Straftaten, so dass eine fahrlässige Insolvenzverschleppung, soweit es diese in der Praxis überhaupt gibt, nicht zum Tragen kommt.

Die Vorschrift wurde auch um eine Verurteilung wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten ergänzt. Die vom Geschäftsführer abzugebende Versicherung könnte danach wie folgt lauten:

*Ich versichere, dass keine Umstände vorliegen, die meiner Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entgegenstehen, und dass ich über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht nach § 53 Abs. 2 Bundeszentralregisterge-*

*setz von dem beurkundenden bzw. beglaubigenden Notar belehrt wurde.*

*Mir ist weder durch gerichtliches Urteil oder durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagt worden, noch bin ich wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten des Unterlassens der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, einer Insolvenzstraftat nach den §§ 383 bis 283d StGB, falschen Angaben nach § 82 GmbHG oder § 399 AktG, der unrichtigen Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, §313 UmwG oder § 17 PubliG oder nach den §§ 265b, 266 oder § 266a StGB zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr (im Inland) verurteilt worden. Ich bin auch nicht im Ausland wegen einer Tat verurteilt worden, die mit einer der in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 genannten Taten vergleichbar ist.*

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Um die Übersichtlichkeit des § 6 Abs. 2 zu erhöhen, werden die bisherigen Sätze 2 bis 4 in dem neu gefassten Satz 2 zusammengeführt. Bei der Aufzählung der zur Inhabilität führenden Fälle in den Nummern 1 und 2 handelt es sich um eine lediglich formale Änderung.

In Nummer 3 werden die bisherigen Ausschlussstatbestände des § 6 Abs. 2 Satz 3 erweitert. Die Regelung greift die Vorschläge des Bundesratsentwurfs eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG, BT-Drucks. 16/511) in modifizierter Form auf. Die Erweiterung erstreckt sich auf zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts.

Zu den Ausschlussgründen gehört zukünftig neben den bereits bisher genannten Straftaten nach den §§ 283 bis 283d StGB eine straf-

rechtliche Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung. Erfasst werden damit Verurteilungen auf Grundlage des neuen § 15a Abs. 4 InsO-E ebenso wie Verurteilungen nach den derzeit geltenden inhaltsgleichen Straftatbeständen in § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG oder § 130b HGB, ggf. i.V.m. § 177a HGB (zur allgemeinen Übergangsregelung vgl. § 3 Abs. 2 EGGmbHG-E). Auch wer als Gesellschafter oder Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft, der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals oder in öffentlichen Mitteilungen vorsätzlich falsche Angaben macht (§ 82), ist für eine Geschäftsführertätigkeit nicht geeignet. Entsprechendes gilt für eine Verurteilung nach dem aktienrechtlichen Paralleltatbestand des § 399 AktG. In die Ausschlussgründe einbezogen wird außerdem eine Verurteilung wegen unrichtiger Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG oder § 17 PubliG.

Darüber hinaus führt zukünftig eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten nach § 265b (Kreditbetrug), § 266 (Untreue) oder § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) zur Annahme der generellen Ungeeignetheit als Geschäftsführer. Der Entwurf greift insoweit Forderungen nach der Aufnahme allgemeiner Vermögensdelikte des Strafgesetzbuchs auf. Für die Aufnahme dieser Straftatbestände unter der Einschränkung einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr sprechen gewichtige Gründe. So wird der Tatbestand des § 266a StGB von einem Geschäftsführer, der verspätet die Insolvenz der GmbH anmeldet, regelmäßig verwirklicht und spielt in der Praxis aufgrund der einfachen Nachweisbarkeit durch die Aufstellungen der Krankenkassen, welche Beiträge nicht oder nicht rechtzeitig abgeführt wurden, eine wichtige Rolle. Die Aufnahme von Verurteilungen nach § 266 StGB wegen Untreue ist schon deshalb erforderlich, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs typische Bankrottstraftaten eines Geschäftsführers dem § 266 StGB

unterfallen, wenn dieser in eigenem Interesse gehandelt hat. Darüber hinaus kann generell davon ausgegangen werden, dass eine Person, die wegen Missbrauchs ihrer Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, oder wegen Verletzung der ihr obliegenden Vermögensbetreuungspflicht zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wurde, auch ungeeignet ist, das Amt eines Geschäftsführers zu bekleiden, welches grundsätzlich mit solchen Befugnissen und Pflichten einhergeht. Schließlich weist auch § 265b StGB einen konkreten unternehmerischen Bezug auf, indem er grundsätzlich an einen Betrieb oder ein Unternehmen anknüpft. Durch die Tathandlungen des Vorlegens unrichtiger oder unvollständiger Unterlagen oder der Abgabe unrichtiger oder unvollständiger schriftlicher Angaben rückt die Vorschrift zudem in die Nähe der in § 6 Abs. 2 Satz 2 neu aufgenommenen Verurteilung wegen unrichtiger Darstellung.

Es wird darauf verzichtet, das Bestellungsverbot darüber hinausgehend an weitere Verurteilungen wegen Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts zu knüpfen. So wird insbesondere davon abgesehen, die Strafvorschriften der §§ 263, 263a, 264, 264a StGB als Ausschlussstatbestände aufzunehmen. Verurteilungen nach diesen Vorschriften stehen nicht regelmäßig im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Geschäftsführers oder einer sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit. Der Anwendungsbereich ist vielmehr so vielgestaltig, dass nicht zwingend auf eine fehlende Eignung als Geschäftsführer geschlossen werden kann. Aus diesem Grund muss eine Aufnahme wegen des starken Eingriffs in die durch Artikel 12 GG gewährte Berufsfreiheit unterbleiben. Insbesondere werden auch durch den Verzicht auf § 263 StGB ungerechte Ergebnisse wegen der teilweise schwierigen Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl vermieden, die dazu führen könnten, dass in einem Fall ein Bestellungshindernis aufgrund Verurteilung wegen Betrugs anzunehmen wäre, während in einem ganz ähnlich gelagertem Fall die Verurteilung wegen Diebstahls der Bestellung zum Geschäftsführer nicht entgegenstün-

de.

Die Erweiterung der Ausschlussstatbestände wird gegenüber dem Vorschlag des Bundesrats dadurch abgemildert, dass allgemein nur vorsätzlich begangene Straftaten zur Amtsunfähigkeit führen sollen. Nicht erfasst werden also fahrlässige Insolvenzstraftaten (§ 283 Abs. 4 und 5, § 283b Abs. 2 StGB, § 15a Abs. 5 InsO-E). Diese Beschränkung soll Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der bisherigen Vorschrift begegnen. Demgegenüber stärkt die Einbeziehung insbesondere der Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Der neu gefasste Satz 3 erstreckt das Bestellungshindernis nach Satz 2 Nr. 3 nunmehr ausdrücklich auf Fälle der Verurteilung wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten, um auch in diesen Fällen einen einheitlichen Schutzstandard vor ungeeigneten Personen als Geschäftsführer zu gewährleisten.

Der Entwurf des FoSiG sieht darüber hinaus zugunsten der Gesellschaft eine Schadensersatzhaftung derjenigen Gesellschafter vor, die eine nach § 6 Abs. 2 amtsunfähige Person die Geschäfte führen lassen. Von der Übernahme einer entsprechenden Regelung wurde jedoch Abstand genommen, weil eine solche Binnenhaftung weder effektiv noch mit der Gesetzessystematik vereinbar wäre. Eine Haftung für geschäftliche Fehlentscheidungen des faktischen Geschäftsführers würde dem Grundsatz des GmbH-Rechts widersprechen, dass der Alleingesellschafter oder die einverständlich handelnden Gesellschafter für einen Schaden nicht verantwortlich sind, den sie selbst oder die mit ihrem Einverständnis handelnden Geschäftsführer ihrer eigenen Gesellschaft zufügen. Ausnahmen hiervon bestehen im Wesentlichen nur in Bezug auf die zwingenden Kapitalerhaltungsregeln. Ergänzend greift die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschafter nach § 826 BGB oder bei existenzvernichtendem Eingriff ein. Die vom Bundesrat vorgeschlagene

weitergehende Haftung zielt insbesondere darauf ab, Umgehungen des § 6 Abs. 2 zu vermeiden (vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 25 f.). Das Gewährenlassen einer amtsunfähigen Person in der Geschäftsführung ist allerdings nicht der einzige Weg, die Bestellungsverbote zu missachten. Vielmehr haben Gesellschafter, die wegen einschlägiger Verurteilungen selbst nicht Geschäftsführer sein können, aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung der Geschäftsführerstellung die Möglichkeit, eine unbescholtene Person als Geschäftsführer einzusetzen und durch Weisungen zu steuern. Hierdurch können amtsunfähige Personen mittelbar die Geschäftspolitik einer GmbH maßgeblich beeinflussen. Gerade derartige ‚Strohmannkonstruktionen‘ lassen sich jedoch mit einer Gesellschafterhaftung, die an der faktischen Geschäftsführung durch amtsunfähige Personen ansetzt, nicht verhindern.

Anders stellt sich die Haftungssituation bei Aktiengesellschaften dar. Die Bestellung des Vorstandes gemäß § 84 Abs. 1 AktG gehört zu den wichtigsten Pflichten des Aufsichtsrats. Verletzen die Aufsichtsratsmitglieder bei der Bestellung oder durch Gewährenlassen einer amtsunfähigen Person ihre Pflichten, haften sie der Gesellschaft auf Schadensersatz. Entsprechendes gilt gemäß § 52 Abs. 1 für GmbHs, die über einen Aufsichtsrat verfügen, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Die Verantwortlichkeit des Kontrollorgans und ihre je nach Rechtsform zwingende oder fakultative Ausgestaltung entsprechen dem nach dem gesetzlichen Leitbild abgestuften Verhältnis von Aktiengesellschaft und GmbH. Dieses Verhältnis, das durch eine unterschiedliche Satzungsstrenge und Kontrolldichte beider Rechtsformen gekennzeichnet ist, soll nicht durch eine Haftung der GmbH-Gesellschafter verschoben werden.

## **8. Anmeldung der Gesellschaft - § 7 GmbHG**

§ 7 Abs. 2 GmbHG soll wie folgt geändert werden:

(2) Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf *jeden Geschäftsanteil*, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein *Viertel des Nennbetrages* eingezahlt ist. Insgesamt muss auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt sein, dass der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich des *Gesamtnennbetrags der Geschäftsanteile*, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 erreicht. *Für die Anmeldung können im Fall des § 2 Abs. 1 a die Muster der Anlage 2 verwendet werden.*

#### **a) Bisherige Regelung**

Gemäß § 7 Abs. 2 darf eine Gesellschaft erst dann zum Handelsregister angemeldet werden, wenn bei der Bargründung einer Mehrpersonengesellschaft auf jede Stammeinlage ein Viertel und insgesamt die Hälfte des Mindeststammkapitals eingezahlt wurde.

Bei einer Ein-Personen-Gründung musste das Stammkapital entweder in bar vollständig oder zur Hälfte eingezahlt werden. Wurde es nur zur Hälfte in bar eingezahlt, musste für den anderen Teil Sicherheit geleistet werden.

#### **b) Zukünftige Regelung**

Der Entwurf stellt zunächst die Begriffe „Nennbetrag“ „Geschäftsanteil“ in den Vordergrund; insoweit handelt es sich um redaktionelle Folgeänderungen.

Bedeutsamer ist aber, dass das Gebot der Volleinzahlung bei der Ein-Personen-Gesellschaft entfallen ist. Dementsprechend braucht auch ein Gesellschafter, der eine GmbH alleine gründet, nur noch die Hälfte des Stammkapitals einzuzahlen, ohne für den anderen Teil Sicherheit leisten zu müssen.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Künftig soll der Geschäftsanteil gegenüber der Stammeinlage im Vordergrund stehen und mit einem Nennbetrag bezeichnet sein. Da die Nennbeträge der Geschäftsanteile nach dem hier vorgeschlagenen § 3 Abs. 1 Nr. 4 notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags sind, soll hinsichtlich der Mindesteinzahlung auf diese abgestellt werden. In Satz 2 kommt wiederum zum Ausdruck, dass der Geschäftsanteil der Bezugspunkt für die zu erbringende Sacheinlage ist.

Die besonderen Sicherungen bei Gründung einer Einpersonengesellschaft sind nach Auskunft der Praxis verzichtbar und bedeuten lediglich eine unnötige Komplizierung der GmbH-Gründung. Diese Regelungen gehen über das von der Einpersonen-GmbH-Richtlinie (89/667/EWG) vom 21. Dezember 1989 Geforderte hinaus und sollen gestrichen werden. Dies führt zu weiteren Deregulierungen durch Streichung der bisher in § 8 Abs. 2 Satz 2 und § 19 Abs. 4 enthaltenen Regelungen.

Mit der vorgeschlagenen Neufassung von Satz 3 werden Muster für die Handelsregisteranmeldung einer gemäß § 2 Abs. 1a gegründeten GmbH und für die der Anmeldung beizufügenden Unterlagen (sog. Gründungs-Set) bereitgestellt. Dadurch wird die Möglichkeit eröffnet, sämtliche Schritte, die bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erforderlich sind, ohne die Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu bewältigen.

## **9. Unterlagen zur Anmeldung - § 8 GmbHG**

(1) Der Anmeldung müssen beigefügt sein:

1. ...
2. ...
3. eine von den Anmeldenden unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die *Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile ersichtlich sind*,
4. ...
5. wenn Sacheinlagen vereinbart sind, Unterlagen darüber, daß der Wert der Sacheinlagen den *Nennbetrag der dafür übernommenen Geschäftsanteile erreicht*,
6. *entfallen*

(2) In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, daß die in § 7 Abs. 2 und 3 bezeichneten Leistungen auf die *Geschäftsanteile* bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. *Die vor Einlage getroffene Vereinbarung einer Leistung an den Gesellschafter, die wirtschaftlich einer Einlagenrückgewähr entspricht und die nicht bereits als verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 zu beurteilen ist, steht der Erfüllung der Einlagenschuld nicht entgegen, wenn sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist. Das Gericht kann bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung Nachweise (unter anderem Einzahlungsbelege) verlangen.*

(3) In der Anmeldung haben die Geschäftsführer zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach *§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3* entgegenstehen, und daß sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. *Die Belehrung nach § 53 Abs. 2 des Bundeszentralregistergesetzes kann schriftlich vorgenommen werden; sie kann auch durch einen*

*Notar oder einen im Ausland bestellten Notar, durch einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder einen Konsularbeamten erfolgen.*

*(4) In der Anmeldung ist ferner anzugeben,*

- 1. eine inländische Geschäftsanschrift*
- 2. Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer*

#### **a) Bisherige Regelung**

§ 8 GmbHG regelt, welche Unterlagen der Anmeldung beizufügen sind. Hier ist insbesondere auf Nr. 6 hinzuweisen, nach der der Anmeldung zwingend die staatliche Genehmigungsurkunde beizufügen war bzw. eine Absichtserklärung der Behörde, wenn die Ausstellung der Genehmigungsurkunde zwingend die Eintragung im Register voraussetzte.

Weiterhin wurden von den Registergerichten zumeist Belege über die erfolgte Einzahlung angefordert.

#### **b) Zukünftige Regelung**

In der Gesellschafterliste sind die Geschäftsanteile zukünftig durchgehend zu nummerieren

Es besteht kein Erfordernis mehr, die Genehmigungsurkunde der Gesellschaft mit einzureichen. Absatz 1 Nr. 6 ist entfallen, was zu begrüßen ist.

§ 8 Absatz 2 Satz 2 GmbHG regelt die Fälle des Hin- und Herzählens, bei der die Einlageleistung aufgrund vorheriger Absprache wieder an den Gesellschafter zurückfließt, aber keine verdeckte

Sacheinlage vorliegt. Als Beispiel kann die Rückzahlung des Stammkapitals in Form eines Darlehens an den Gesellschafter genannt werden. Früher war die Einlage durch Rückzahlung nicht erfüllt, was zu unliebsamen Konsequenzen in der Praxis, insbesondere im Insolvenzverfahren geführt hat. Die neue Regelung sieht vor, dass die Einlage trotz Rückzahlung vollwertig geleistet ist, wenn ihr ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegenübersteht. Damit soll auch das Problem beim sog. Cash-Pooling gelöst sein, also die Rückzahlung im Konzern.

Der Regierungsentwurf führt mit der vorliegenden Regelung im Bereich der Kapitalerhaltung eine bilanzielle Betrachtungsweise ein. Stehen sich Einlagenschuld und Rückgewähranspruch vollwertig gegenüber, besteht also kein bilanzielles Ungleichgewicht, ist die Einlagenschuld erfüllt.

Mit § 8 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E sollte die automatische Anforderungen von Einzahlungsbelegen ein Ende haben. In dem Entwurf ist nunmehr klipp und klar geregelt, dass die Anforderung von Einzahlungsbelegen nur noch die Ausnahme ist. Grundsätzlich soll die strafbewehrte Versicherung ausreichen.

Gemäß Absatz 4 des Entwurfes muss zukünftig stets eine inländische Geschäftsanschrift angegeben werden. Dieses wird zwar schon jetzt so gehandhabt, wobei als Grundlage die HRV dient. Nunmehr ist die Verpflichtung zur Angabe aber in das Gesetz übernommen worden und flankiert damit die übrigen Regelungen, die versuchen, das Problem der „führungslosen GmbH“ besser in den Griff zu bekommen. Weiterhin wird die Anschrift nunmehr auch in das Register übernommen, was zu mehr Publizität führt als bisher.

Die Pflicht, auch zukünftig Änderungen der Anschrift anzugeben, wird sich aus § 31 HGB ergeben. Wird die Aktualisierungspflicht verletzt, wird dieses zu einer erleichterten öffentlichen Zustellung

führen. Entsprechende Belehrungen sollten in die Verträge aufgenommen werden:

*Der amtierende Notar wies darauf hin, dass die Geschäftsanschrift der zukünftigen Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird und stets aktuell gehalten werden muss, anderenfalls Gefahr besteht, dass behördliche Schriftstücke im Wege öffentlicher Zustellung zugestellt werden, falls eine Zustellung unter der im Register vermerkten Anschrift nicht möglich ist.*

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 1: In der Gesellschafterliste sind künftig die Geschäftsanteile durchgehend zu nummerieren. Die Nummerierung vereinfacht die eindeutige Bezeichnung eines Geschäftsanteils und führt damit zu einer erheblichen praktischen Erleichterung insbesondere im Rahmen von Anteilsübertragungen. Die Nummerierung erhält zusätzliche Bedeutung durch die Freigabe der Teilung von Geschäftsanteilen.

Da die Geschäftsanteile jeweils mit einem Nennwert bezeichnet werden sollen, der auch als Identitätsbezeichnung dient, sollten zudem die Nennbeträge der von jedem der Gesellschafter übernommenen Geschäftsanteile aus der mit der Anmeldung eingereichten Liste hervorgehen.

In Absatz 1 Nr. 5 kommt zudem erneut zum Ausdruck, dass der Geschäftsanteil den Bezugspunkt für die zu erbringende Sacheinlage darstellt.

Mit der Aufhebung von Absatz 1 Nr. 6 soll die Handelsregistereintragung von Gesellschaften erleichtert und beschleunigt werden, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist. Bislang kann die Gesellschaft nur dann eingetragen werden, wenn bereits

bei der Anmeldung zur Eintragung die staatliche Genehmigungsurkunde vorliegt. Zukünftig wird auf dieses Erfordernis verzichtet. Die bisherige Rechtslage erschwert die Unternehmensgründung erheblich. Da die Genehmigung in vielen Fällen nur der Gesellschaft als juristischer Person erteilt werden kann, diese aber mangels Eintragung als solche nicht existiert (§ 11 Abs. 1), müssen im Vorgriff auf die endgültige Genehmigung Vorbescheide erteilt werden. Solange die Gesellschaft wegen fehlender Genehmigung noch nicht eingetragen ist, können mit der Gründung verbundene Rechtsgeschäfte wie etwa die Anmietung von Geschäftsräumen oder die Einstellung von Personal nur durch die Vor-GmbH getätigt werden. Hierdurch sind die Einlageleistungen häufig jedoch schon vor der Eintragung angegriffen, was eine Unterbilanzhaftung der Gesellschafter auslösen kann. Um dies zu vermeiden, behilft sich die Praxis, soweit sie nicht einen genehmigungsfreien neutral gefassten Unternehmensgegenstand angibt, mit der Gründung einer GmbH, deren Geschäftsgegenstand zunächst enger gehalten (etwa: Errichtung eines Gaststättengebäudes) und nach der Erteilung der Genehmigung erweitert wird (im Beispiel: Betrieb einer Gaststätte). Die hierzu erforderliche Satzungsänderung verursacht zusätzliche Kosten und bürokratischen Zeitaufwand, da eine Gesellschafterversammlung einberufen werden muss, deren Beschluss der notariellen Beurkundung bedarf (§ 53 Abs. 2). Zudem muss die Änderung sodann im Register vollzogen werden. Darüber hinaus besteht nicht selten eine Unklarheit, ob der Unternehmensgegenstand tatsächlich einer staatlichen Genehmigung bedarf. Auch hier kommt es zu Verzögerungen im Eintragungsverfahren, wenn das Registergericht beispielsweise einen Negativbescheid anfordert. Die erfolgte Umstellung auf das elektronische Handelsregister kann nur die Eintragung als solche beschleunigen; sie vermag jedoch an den beschriebenen Hemmnissen nichts zu ändern.

Für einen Verzicht auf die Pflicht zur Einreichung der Genehmigungsurkunde spricht auch der Aspekt der Gleichbehandlung mit

Einzelkaufleuten und Personengesellschaften (vgl. § 7 HGB).

Änderung von Absatz 2: Die Änderung in Satz 1 trägt dem Umstand Rechnung, dass die Einlagen auf den Geschäftsanteil zu bewirken sind. Die Streichung des bisherigen Satzes 2 ist Folgeänderung zur Aufhebung der bisher in § 7 Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Regelung.

Der neugefasste § 8 Abs. 2 Satz 2 regelt die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des sog „Hin- und Herzählens“, bei der die Einlageleistung aufgrund einer vorherigen Absprache wieder an den Gesellschafter zurückfließen soll. Ausdrücklich ausgeklammert werden dabei Fallgestaltungen, die zwar auch als Einlagenrückgewähr gewertet werden könnten, zugleich aber die Kriterien einer verdeckten Sacheinlage erfüllen, da für sie in § 19 Abs. 4 künftig eine Sonderregelung getroffen wird. § 8 Abs. 2 Satz 2 in der vorgesehenen Neufassung erlangt damit z. B. in den Fällen Bedeutung, in denen die Gesellschaft dem Gesellschafter aufgrund einer Absprache eine Geldeinlage im Wege eines Neudarlehens direkt wieder auszahlen soll. Diese Fallkonstellation kann insbesondere auch bei der Kapitalaufbringung im Cash-Pool auftreten, wenn die Einlage in Folge der Einzahlung auf das in den Cash-Pool einbezogene Konto im Ergebnis wieder an den Inferenten zurückfließt und dies nicht im Sinne einer verdeckten Sacheinlage zu einer Tilgung bereits bestehender Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Inferenten führt.

Die Rechtsprechung nimmt in entsprechenden Fallgestaltungen einen Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften an, da es infolge des vereinbarten Mittelrückflusses an den Gesellschafter insbesondere an der erforderlichen Leistung zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer fehle. Im Fall der Rückgewähr der Einlage als Darlehen wird dabei eine „Heilung“ im Sinne einer nachträglichen Erfüllung der Einlageschuld angenommen, wenn der Gesellschafter das Darlehen wieder an die Gesellschaft zurückzahlt.

Da dies in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten und Einschränkungen in der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaft führt, sollen die für den Bereich der Kapitalerhaltung (§ 30) in Bezug auf Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit den Gesellschaftern vorgesehenen Erleichterungen ausdrücklich auch auf den Bereich der Kapitalaufbringung übertragen werden. Die bisherige Heilungsrechtsprechung bleibt davon unberührt: Ist es also zu einer Darlehensgewährung gekommen, die nicht den Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 2 entspricht, so kann dann, wenn das Darlehen gleichwohl zurückgezahlt wird, Erfüllung der Einlagenschuld auch künftig angenommen werden.

Die vorgeschlagene Neuregelung führt ebenso wie im Bereich der Kapitalerhaltung eine bilanzielle Betrachtungsweise ein. Der Gedanke der bilanziellen Betrachtungsweise zieht sich damit als roter Faden durch die Neuregelungen zum Haftkapitalsystem. Danach führt eine Verwendungsabrede, die wirtschaftlich als eine Rückgewähr der Einlage an den Gesellschafter zu werten ist, nicht zu einem Verstoß gegen die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Einlagenbewirkung, sofern die Leistung durch einen vollwertigen Rückzahlungs- oder Gegenleistungsanspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Sind die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Satz 2 erfüllt, kann eine ordnungsgemäße Kapitalaufbringung selbstverständlich auch nicht mehr unter Berufung auf § 19 Abs. 2 Satz 1 abgelehnt werden. Zwar könnte man gegen die Neuregelung einwenden, dass auf diese Weise der im Rahmen der Kapitalaufbringung vorgesehene tatsächliche Mittelzufluss im Ergebnis infolge der vereinbarten Einlagenrückgewähr durch eine „schwächere“ schuldrechtliche Forderung ersetzt wird. Andererseits wird das „Hin- und Herzahlen“ auch künftig nur dann zugelassen, wenn der Rückzahlungs- bzw. Gegenleistungsanspruch gleich- und vollwertig ist. Im Ergebnis wird damit ein angemessener Ausgleich zwischen Gesellschafts- und Gläubigerinteressen erreicht. Zudem ist kein Grund ersichtlich, im Bereich der Kapitalaufbringung und der Kapital-

erhaltung unterschiedliche Maßstäbe anzulegen.

Der neue Satz 3 stellt klar, dass die Versicherung nach Satz 1 ausreichend und weitere Nachweise (Einzahlungsbelege etc.) grundsätzlich nicht erforderlich sind. Da die Versicherung des Geschäftsführers strafbewehrt ist, sollte diese deutliche Sanktion für den Regelfall ausreichend sein. Im Übrigen wäre es auch eine nicht zutreffende Verkürzung, wenn das Gericht regelmäßig einen Einzahlungsbeleg über die Einzahlung auf ein Konto der (künftigen) GmbH als Nachweis verlangen würde. Die Leistung der Einlagen kann nämlich auf verschiedene Weise geschehen, es kommt eine Barzahlung in Betracht, eine Einzahlung auf ein Anderkonto des Notars, ein LZB-garantierter Scheck, die Einzahlung auf ein Treuhandkonto des Geschäftsführers zugunsten der künftigen GmbH oder die Einzahlung auf ein kreditorisches Privatkonto des Geschäftsführers. Die Einzahlung auf ein Konto der zu gründenden GmbH ist regelmäßig schwierig, weil diese vor der Eintragung noch nicht existiert. Die Praxis behilft sich damit, dass nach der Beurkundung, aber vor Eintragung ein Konto der Vor-GmbH eröffnet wird. Das ist weiterhin ein denkbarer Weg, angesichts der dadurch eintretenden erheblichen Verzögerung der Gründung aber nur einer von mehreren.

Änderung von Absatz 3: Bei der Änderung handelt es sich um eine Folgeänderung zu Nummer 7. Auf Grundlage der geltenden Fassung des § 8 Abs. 3 Satz 2 ist es in der Praxis zu Unsicherheiten insbesondere im Zusammenhang mit der Belehrung von Geschäftsführern gekommen, die sich im Ausland aufhalten. Durch die Neuregelung soll ausdrücklich klargestellt werden, dass die Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht schriftlich erfolgen und zudem auch durch einen ausländischen Notar oder einen deutschen Konsularbeamten vorgenommen werden kann. Diese Auslegung entspricht bereits heute der herrschenden Meinung. Es wäre u. a. angesichts des begrenzten Schwierigkeitsgehalts der Belehrung nach § 53 Abs. 2 BZRG unverhältnismäßig, den Geschäftsführer al-

lein hierfür zur Einreise nach Deutschland zu zwingen oder eine schriftliche Belehrung des Geschäftsführers im Ausland durch einen deutschen Notar zu verlangen. Die Klarstellung ist insbesondere auch angesichts der vorgeschlagenen Änderung des § 4a geboten, nach der die Geschäftstätigkeit der GmbH auch ganz oder überwiegend aus dem Ausland geführt werden kann. Diese Änderung wird zu einem Anstieg der Fälle führen, in denen der zu belehrende Geschäftsführer im Ausland weilt, so dass eine klare Regelung erforderlich ist.

Darüber hinaus soll die Belehrung auch durch Vertreter eines „vergleichbaren rechtsberatenden Berufs“, also insbesondere durch Rechtsanwälte, vorgenommen werden können.

Änderung von Absatz 4: In der Anmeldung ist künftig neben der Angabe von Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer – insofern ist mit der Formulierung keine inhaltliche Änderung verbunden – stets eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben.

Der bisherige Rechtszustand war unbefriedigend und hat zu Zustellungsproblemen zu Lasten der Gläubiger der GmbH geführt. Die verpflichtende Angabe der Geschäftsanschrift wurde bereits im Zuge der Handelsrechtsreform diskutiert. Zwar sind die Gesellschaften schon heute zur Mitteilung ihrer Geschäftsanschrift und diesbezüglicher Änderungen verpflichtet und ist es schon heute möglich, die säumigen Gesellschaften unter Androhung von Zwangsgeld zur Mitteilung anzuhalten (vgl. § 125 Abs. 3 Satz 2 FGG i.V.m. § 14 HGB, § 24 HRV). Praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit bisher allerdings nicht, da die Registergerichte nur tätig werden, wenn sich Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung der Unternehmen hinsichtlich der Mitteilung der Anschrift und ihrer Änderung ergeben. Die Richtigkeit der Anschriften und der Anschriftenänderungen ist nicht ausreichend sichergestellt. Sie werden bisher zudem nicht Registerinhalt.

Da natürliche Personen einen über das Einwohnermeldeamt feststellbaren zustellungsfähigen Wohnsitz besitzen, soll nun auch für juristische Personen eine in einem öffentlichen Register einsehbare Anschrift fixiert werden. Angelehnt ist die Regelung an § 3 Nr. 4 des österreichischen Firmenbuchgesetzes (FBG).

In der Regel wird die angegebene Geschäftsanschrift mit der Anschrift des Geschäftslokals, dem Sitz der Hauptverwaltung oder des maßgeblichen Betriebes übereinstimmen. Besitzt die Gesellschaft solche Einrichtungen nicht oder nicht mehr, wird eine andere Anschrift als „Geschäftsanschrift“ angegeben werden müssen. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz über eine Zweigniederlassung im Ausland hat. In Betracht kommt in solchen Fällen die (inländische) Wohnanschrift eines Geschäftsführers, eines oder des alleinigen Gesellschafters, sofern er sich dazu bereit erklärt, oder die inländische Anschrift eines als Zustellungsbevollmächtigten eingesetzten Vertreters (z. B. Steuerberater, Rechtsberater). Der Gesellschaft ist freigestellt, den Ort der inländischen Anschrift zu wählen, sie hat aber die gesetzliche Pflicht, eine solche Anschrift zur Eintragung anzumelden.

Unter dieser Anschrift, die für Dritte im Handelsregister jederzeit – auch online – einsehbar ist, kann an den oder die Vertreter der Gesellschaft wirksam zugestellt werden.

Die Pflicht, auch Änderungen der inländischen Geschäftsanschrift anzumelden, ergibt sich künftig aus § 31 HGB. Die betroffenen Gesellschaften haben zudem auch ein eigenes Interesse daran, ständig für die Richtigkeit des Registers zu sorgen. Denn an die Verletzung der Aktualisierungspflicht ist die erleichterte öffentliche Zustellung nach diesem Entwurf geknüpft. Der Hintergrund ist auch hier, dass es der Gesellschaft nicht ermöglicht werden darf, beispielsweise durch Unterlassen von Änderungsmitteilungen bei Verlegung der

Geschäftsräume, durch Schließung des Geschäftslokals, durch Umzug des Geschäftsführers ins Ausland, durch Zulassen der Führungslosigkeit oder ähnlichem sich den Gläubigern zu entziehen.

#### **10. Geldeinlage bei zu geringer Sacheinlage - § 9 GmbHG**

(1) Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den *Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils*, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten. *Sonstige Ansprüche bleiben unberührt.*

(2) Der Anspruch der Gesellschaft *nach Absatz 1 Satz 1* verjährt in zehn Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

Die Änderungen sind sprachlicher Natur bzw. Folgeänderung. Auf die Begründung des Regierungsentwurfs wird verwiesen.

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Da sich nach der vorgeschlagenen Fassung des § 14 die Höhe der Einlageverpflichtung nach dem bei der Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils richtet, ist der Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils Bezugsgröße dafür, ob der Gesellschafter durch die Erbringung der Sacheinlage seine Einlageverpflichtung erfüllt. Dies wird in Absatz 1 Satz 1 sprachlich nachvollzogen.

Die Ergänzung durch einen neuen Satz 2 stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Differenzhaftung nach § 9 Abs. 1 andere denkbare Ansprüche aus anderen Rechtsgründen, also insbesondere Ansprüche auf ein durch den Wert der Sacheinlage nicht vollständig gedecktes Agio, nicht ausschließt. Entsprechendes gilt über

den künftig in § 19 Abs. 4 Satz 1 vorgesehenen Verweis auf § 9 zugleich auch im Fall einer verdeckten Sacheinlage.

### **11. Folgen bei falschen Angaben - § 9a GmbHG**

(4) Neben den Gesellschaftern sind in gleicher Weise Personen verantwortlich, für deren Rechnung die Gesellschafter **Geschäftsanteil** übernommen haben. Sie können sich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gesellschafter kannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte.

Geändert wird lediglich in § 9a Absatz 4 das Wort „Stammeinlagen“; es wird ersetzt durch das Wort „Geschäftsanteil“.

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Durch die Änderung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft keine „Stammeinlage“, sondern einen „Geschäftsanteil“ übernimmt.

### **12. Eintragungsablehnung - § 9 c GmbHG**

Geändert wird lediglich Absatz 1. Absatz 2 bleibt unberührt.

(1) Ist die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet, so hat das Gericht die Eintragung abzulehnen. Dies gilt auch, wenn Sacheinlagen **nicht unwesentlich** überbewertet worden sind.

### **a) Bisherige Regelung**

Die Vorschrift bestimmt, wie der Registerrichter zu reagieren hat, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet oder angemeldet ist: Er hat die Eintragung abzulehnen. Gemäß § 9 c Absatz 1 Satz 2 gilt dieses auch für den Fall einer Sachgründung, wenn die Sacheinlage überbewertet wurde.

Die Überbewertung von Sacheinlagen stellt in der Praxis ein Standardproblem dar, was zu fast endlosen Eintragungszeiten führt. Dementsprechend wird oft angeraten, von einer Sachgründung Abstand zu nehmen und eine Bargründung vorzunehmen. Folgt der Gesellschafter diesem Rat, wird er häufig gleichwohl eine verdeckte Sachgründung dadurch vornehmen, dass er die einzubringenden Sachen an die Gesellschaft gegen Rückgewähr der Einlagen übereignet. Obwohl diese Problematik durch den Entwurf weitestgehend entschärft wurde, stellt eine solche Handlungsweise nach wie vor ein Problem dar und entspricht eben nicht dem eigentlich Gewollten.

### **b) Zukünftige Regelung**

Die Regelung entschärft das Problem, in dem es dem Registerrichter nur noch dann zugesteht, die Eintragung zurückzuweisen, wenn die Sacheinlage nicht unwesentlich überbewertet wurde. Damit sollte die Problematik vom Tisch sein, obwohl auch dieser unbestimmte Rechtsbegriff einen guten Nährboden für die gesellschaftsrechtliche Kasuistik bietet.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Die Werthaltigkeitskontrolle des Registergerichts bei Sacheinlagen wird künftig in Anlehnung an die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft (§ 38 Abs. 2 Satz 2 AktG) auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt. Damit wird ein inhaltlich nicht begründbarer Widerspruch zwischen AktG und GmbHG

beseitigt.

Bislang prüft das Registergericht die Bewertung der Sacheinlagen jedenfalls in der Theorie umfassend und lehnt bei jeder auch nur geringfügigen Überbewertung die Eintragung ab. Hierdurch können lange Eintragungszeiten auftreten. In der Praxis sind jedoch bereits heute die Gerichte kaum in der Lage, mehr als eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen. Es bestehen aber unterschiedliche Handhabungen und infolgedessen Rechtsunsicherheiten. Mitunter wird auch bei nur befürchteten Überbewertungen eine weitere, externe Prüfung veranlasst. Um eine Überbewertung auszuschließen, wird dabei ggf. zusätzlich zu den mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen ein Sachverständigengutachten eingeholt, das weitere Kosten und Zeitverzögerungen verursacht. Die Prüfung durch das Registergericht kann dennoch in der Regel nur cursorisch erfolgen, denn etwa im Fall der Unternehmensbewertung stehen für eine wirkliche Prüfung die zeitlichen Kapazitäten nicht zur Verfügung. Es ist deshalb auch auf Grundlage der bisherigen Fassung des § 9c Abs. 1 Satz 2 nicht gewährleistet, dass der Wert der betreffenden Vermögensgegenstände beim Registergericht tatsächlich genau ermittelt wird. Die Verzögerung der Eintragung der Gesellschaft steht daher in keinem Verhältnis zu dem Nutzen der Prüfung.

Künftig sind nur für den Fall, dass sich auf Grundlage der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen begründete Zweifel ergeben, die auf eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlage hindeuten, weitere Unterlagen anzufordern. Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, so ist keine Ausforschungsermittlung einzuleiten, ob denn eine wesentliche Überbewertung vorliege. Dies wird die Eintragungszeiten beim Handelsregister deutlich verkürzen und damit die Gründung der GmbH beschleunigen. Die Pflicht zur Einreichung von Sachgründungsbericht und Unterlagen sowie die strafrechtliche Bewehrung falscher Angaben reichen aus, um ein vernünftiges Verhältnis zwischen Richtigkeitsgewähr und Aufwand zu erzielen. Die

Vorschrift steht damit auch im Einklang zur Prüfung des Gerichts bei Bareinlagen.

### 13. Einzutragende Fakten in das HR - § 10 GmbHG

1) Bei der Eintragung in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, eine *inländische Geschäftsanschrift*, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals, der Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages und die Personen der Geschäftsführer anzugeben. Ferner ist einzutragen, welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben.

(2) Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung über die Zeitdauer der Gesellschaft, so ist auch diese Bestimmung einzutragen. *Wenn eine Person, die für Zustellungen an die Gesellschaft empfangsberechtigt ist, mit einer inländischen Anschrift zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, sind auch diese Angaben einzutragen; Dritten gegenüber gilt die Empfangsberechtigung als fortbestehend, bis sie im Handelsregister gelöscht und die Löschung bekannt gemacht worden ist, es sei denn, dass die fehlende Empfangsberechtigung dem Dritten bekannt war.*

#### a) Bisherige Regelung

Die Vorschrift befasst sich mit den eintragungspflichtigen Tatsachen. Die neuen Regelungen finden keine Entsprechung in der jetzigen gesetzlichen Regelung.

#### b) Zukünftige Regelung

Als Folgeregelung sieht Absatz 1 der Vorschrift vor, dass die inländische Anschrift in das Register eingetragen werden muss.

Gemäß Absatz 2 Satz 2 der Vorschrift kann die Gesellschaft darüber hinaus einen Zustellungsempfänger benennen, dessen Anschrift zusätzlich zur Eintragung kommt, wenn dieses gewünscht wird. Im Normalfall wird es einen zusätzlichen Empfangsberechtigten nicht geben.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 1: Es handelt sich um eine Folgeänderung. Die bei der Anmeldung anzugebende inländische Geschäftsanschrift ist in das Handelsregister einzutragen.

Änderung von Absatz 2: Zusätzlich zu der zwingenden Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift wird es den Gesellschaften in Zukunft gestattet sein, eine Person ins Register eintragen zu lassen, die den Gläubigern als zusätzlicher Zustellungsempfänger neben den Vertretern der Gesellschaft dient.

Ob es sich bei dieser weiteren Empfangsperson um einen Gesellschafter oder eine sonstige rechtsgeschäftlich empfangsberechtigte Person wie beispielsweise einen Steuerberater oder Notar handelt, bleibt den Gesellschaften überlassen. Diese Regelung ist ausdrücklich nur als Option ausgestaltet. Es handelt sich dabei nicht um eine gesetzliche Pflicht. Zusätzlicher Aufwand und bürokratische Auflagen für die mittelständische Wirtschaft sollen gerade vermieden werden. Die normale GmbH und damit die ganz überwiegende Zahl der Gesellschaften werden keinen Grund haben, diesen Weg einzuschlagen und werden ihn folglich auch nicht gehen. Von der zusätzlichen Option werden vernünftigerweise nur solche Gesellschaften Gebrauch machen, die Bedenken haben, ob die eingetragene Geschäftsanschrift tatsächlich ununterbrochen für Zustellungen geeignet sein wird und sich dadurch Risiken aus öffentlichen Zustellungen ergeben könnten.

Die Anmeldung steht also im Ermessen der Gesellschaften. Es liegt lediglich eine eintragungsfähige Tatsache vor, keine eintragungspflichtige. Daher kommt § 15 HGB nicht unmittelbar zur Anwendung. Um Unklarheiten zu vermeiden, die bei Anordnung einer entsprechenden Anwendung des § 15 HGB hätten auftreten können, bedurfte es der Klarstellung in Halbsatz 2. Wird von der Möglichkeit der Eintragung dieser weiteren Empfangsperson Gebrauch gemacht, so erstreckt sich auch die Registerpublizität auf die eingetragenen Tatsachen. Hierdurch werden die Gesellschaften dazu angehalten, die Angaben zur Person stets aktuell zu halten, da ansonsten eine Zustellung an eine nicht mehr empfangsberechtigte Person droht, die dem Dritten gegenüber aufgrund des neuen Halbsatzes 2 noch als empfangszuständig gilt. Die Ausdehnung der Registerpublizität nach dem Vorbild des § 15 HGB hilft dem Gläubiger allerdings nur in den Fällen, in denen die rechtsgeschäftliche Vollmacht lediglich im Innenverhältnis beendet wurde. Scheitert hingegen ein Zustellversuch an die eingetragene Person unter der eingetragenen Anschrift aus tatsächlichen Gründen, weil die Anschrift nämlich nicht mehr existiert, so hilft die Fiktion der fortbestehenden Empfangsberechtigung hier nicht weiter. Dem Gläubiger ist aber nun die Möglichkeit der Zustellung nach § 185 Nr. 2 ZPO-E eröffnet.

#### **14. Einlagepflicht - § 14 GmbHG**

*Auf jeden Geschäftsanteil ist eine Einlage zu leisten. Die Höhe der zu leistenden Einlage richtet sich nach dem bei der Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils. Im Fall der Kapitalerhöhung bestimmt sich die Höhe der zu leistenden Einlage nach dem in der Übernahmeerklärung festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils.*

**a) Bisherige Regelung**

§ 14 lautete bisher so: Der Geschäftsanteil jedes Gesellschafters bestimmt sich nach dem Betrage der von ihm übernommenen Stammeinlage.

**b) Zukünftige Regelung**

Die zukünftige Regelung stellt das Recht der GmbH auf andere Begrifflichkeiten um. Inhaltlich tritt keine Änderung ein.

**c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Satz 1 dient lediglich der Klarstellung. Bereits in dem vorgeschlagenen § 3 Abs. 1 Nr. 4 kommt zum Ausdruck, dass der Gesellschafter für die Übernahme eines Geschäftsanteils eine Einlage zu übernehmen hat.

In den Sätzen 2 und 3 wird das Verhältnis zwischen dem bezeichneten Nennbetrag des Geschäftsanteils und der Stammeinlage festgelegt. Die Begriffe „Nennbetrag des Geschäftsanteils“ und „Stammeinlage“ wurden schon bisher in der Praxis häufig als Synonyme verwendet. § 14 soll deutlich machen, dass sich die Nennbeträge der Geschäftsanteile und die Nennbeträge der Stammeinlagen grundsätzlich entsprechen. Die Einlageverpflichtung entsteht in der Höhe, in welcher der Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils festgesetzt wird. In der hier vorgeschlagenen Regelung wird bewusst auf den bei der Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag bzw. bei der Kapitalerhöhung in der Übernahmeerklärung festgesetzten Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils abgestellt. Dadurch wird klargestellt, dass z. B. die Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile nach § 57h Abs. 1 im Rahmen

einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder die Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile im Zuge einer Einziehung gemäß § 34 keine Erhöhung der Einlageverpflichtung zur Folge hat.

### **15. Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderung des Umfangs ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten - § 16 GmbHG**

*(1) Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40) eingetragen ist. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.*

*(2) Für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber gemäß Absatz 1 Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.*

*(3) Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbe-*

*kannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einseitigen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden muss nicht glaubhaft gemacht werden.“*

### **a) Bisherige Regelung**

§ 16 regelt, wann ein Erwerber im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils an ihn gegenüber der Gesellschaft als neuer Gesellschafter gilt. § 16 Absatz 1 GmbHG lautet bisher wie folgt:

(1) Der Gesellschaft gegenüber gilt im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist.

Im Fall einer Veräußerung eines Geschäftsanteils gilt der Erwerber also nur dann als neuer Gesellschafter, wenn sein Erwerb gegenüber der Gesellschaft angemeldet ist. Die Vorschrift ist in der Praxis lange Zeit nicht oder nur kaum beachtet worden. Heikel wurde die Sache immer dann, wenn der neue Gesellschafter *uno actu* nach Anteilsabtretung sich selber zum neuen Geschäftsführer bestellte und Satzungsänderungen vornahm, ohne dass er gegenüber der Gesellschaft als Erwerber angemeldet war.

### **b) Zukünftige Regelung**

Die neue Regelung will dieses Problem entschärfen, in dem sie festlegt, dass derjenige als neuer Erwerber gilt, der in die Gesellschafterliste eingetragen und diese Liste in das Handelsregister aufgenommen ist. Erst ab dann kann der neue Gesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte ausüben. Keinesfalls stellt die Aufnahme der Liste in das Handelsregister aber eine Wirksamkeitsvoraussetzung für

den Erwerb des Geschäftsanteils dar. Dieser ist, abgesehen von den Fällen des gutgläubigen Erwerbs, davon vollkommen unabhängig.

Nimmt der neue Erwerber nach Erwerb des Geschäftsanteils aber schon Rechtshandlungen vor, ohne dass die Liste in das Handelsregister aufgenommen ist, dann ist die Rechtshandlung zunächst schwebend unwirksam. Sie wird von Anfang an wirksam, wenn die Aufnahme der Liste in das Handelsregister unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt. Der Begriff „unverzüglich“ bedeutet wie in anderen Rechtsbereichen auch „ohne schuldhaftes Zögern“. Im Normalfall wird es sich um einen Zeitraum von 2 bis 3 Werktagen handeln. Wird die Frist überschritten, ist die Rechtshandlung unwirksam und muss wiederholt werden.

Der neue Gesellschafter hat einen klagbaren Anspruch auf Einreichung der Liste zum Handelsregister, obgleich dieses gesetzlich nicht geregelt ist. Das Problem wird sich in der Praxis kaum stellen, da die Pflicht zur Einreichung der Liste auf die Notare verlagert wurde.

Vollkommen neu – und sehr zu begrüßen – ist die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils. In der Praxis hat sich die fehlende Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs immer als Problem dargestellt, das nur scheinbar durch vertragliche Garantien gemildert wurde.

Die neu geschaffene Regelung in § 16 Absatz 2 lehnt sich an § 892 BGB an. Wer ein Recht von einem Gesellschafter erwirbt, der in die zum Handelsregister eingereichte Liste eingetragen ist, soll auch sicher gehen, dass er dieses Recht tatsächlich erwerben kann oder erworben hat, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 16 Absatz 2 vorliegen. Dementsprechend ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich, wenn

- die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zuzurechnen ist und
- die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist.

Daraus ergibt sich:

Ist dem Erwerber die Unrichtigkeit zuzurechnen, bedarf es keiner Wartefrist. Er verliert seinen Geschäftsanteil auch schon vor Ablauf von drei Jahren.

Ist dem Erwerber die Unrichtigkeit nicht zuzurechnen - es wird versehentlich oder bewusst eine falsche Liste eingereicht -, dann kann ein Dritter den Geschäftsanteil erst dann erwerben, wenn die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des besagten Geschäftsanteils drei Jahre lang unrichtig ist. Maßgebend ist, dass der wahre Berechtigte drei Jahre lang durchgehend nicht in der Liste der Gesellschaft eingetragen war. Die Dreijahresfrist beginnt mit der Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmals einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Alle eingereichten Listen gelten als eine (fortgeschriebene) Liste. Eine richtige Liste unterbricht die Dreijahresfrist und lässt die Frist neu entstehen, wenn eine neue, falsche Liste eingereicht wird.

Geschützt wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis. Einen nicht existierenden Geschäftsanteil kann man auch gutgläubig nicht erwerben.

Die Vorschrift schützt den wahren Berechtigten, sofern ihm nicht die Unrichtigkeit zuzurechnen ist. Er hat 3 Jahre lang Zeit, eine Korrektur zu erreichen oder Widerspruch zu erheben. Erhebt er Widerspruch, so hemmt dieser aber nicht die Veräußerbarkeit. Ein Streit zwischen den Prätendenten ist vor den Zivilgerichten auszutragen.

Der Widerspruch gegen die unrichtige Liste ist im Wege einstweiliger Verfügung geltend zu machen, falls der falsch Eingetragene der Erhebung des Widerspruchs nicht zustimmt.

Vertragliche Regelungen beim Verkauf eines Geschäftsanteils könnten unter Umständen wie folgt aussehen:

*Der Verkäufer hält an der X-GmbH, eingetragen im HR des Amtsgerichts Charlottenburg zu HRB ..., einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 20.000,-- EUR, in der Liste der Gesellschafter bezeichnet mit der Nr. 1. Er ist mit diesem Geschäftsanteil seit dem <datum>, also seit mehr als drei Jahren, ununterbrochen eingetragener Gesellschafter in der beim Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg zu HRB hinterlegten Gesellschafterliste der Gesellschaft. Der Notar hat das elektronische Handelsregister am ... eingesehen und den Inhalt mit den Beteiligten besprochen.*

Eine etwas andere Formulierung lehnt sich mehr an einen Grundstückskaufvertrag an und könnte wie folgt lauten:

#### I. Status

Der Verkäufer ist seit dem <datum>, also seit mehr als drei Jahren, ununterbrochen eingetragener Gesellschafter in der beim Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg zu HRB ... aufgenommenen Gesellschafterliste der X-GmbH, und zwar bezogen auf einen Geschäftsanteil an dieser Gesellschaft im Nennbetrag von 20.000,-- EUR, dort bezeichnet mit der Nr. 1. Der Notar hat das elektronische Handelsregister am ... eingesehen und den Inhalt mit den Beteiligten besprochen.

#### II Verkauf

Der Verkäufer verkauft den in Abschnitt I genannten Geschäfts-

anteil an den Verkäufer, der das Kaufangebot annimmt.

Eine weitere Abwandlung könnte wie folgt lauten:

#### I. Status

Der Verkäufer ist seit dem <datum>, also seit mehr als drei Jahren, mit einem Geschäftsanteil an der X-GmbH im Nennbetrag von 20.000,- EUR ununterbrochen eingetragener Gesellschafter in der beim Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg zu HRB ... aufgenommenen Gesellschafterliste der X-GmbH. Der Geschäftsanteil ist in der Liste der Gesellschafter bezeichnet mit der Nr. 1. Der Notar hat das elektronische Handelsregister am ... eingesehen und den Inhalt mit den Beteiligten besprochen.

#### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Zu Absatz 1: Die vorgeschlagene Änderung entspricht neben dem konkreten Ziel der Missbrauchsbekämpfung auch dem allgemeinen Anliegen, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern. Diese Transparenzforderungen entsprechen den Empfehlungen der Financial Action Task Force On Money Laundering (FATF), die durch die Richtlinie 2005/60/EG vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in der Europäischen Union umgesetzt worden sind (Artikel 7, 8, 13 Abs. 6). Die Bestimmungen zur Gesellschafterliste sind bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1474 ff.) nachgebessert und verschärft worden. Es bestehen jedoch weiterhin Lücken, z. B. bei der Auslandsbeurkundung, die nunmehr geschlossen werden.

Die Änderung des § 16 lehnt sich an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG an. Danach gilt künftig im Verhältnis zur GmbH nur der

in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Eintragene als Gesellschafter. Eine Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) bzw. den sog. Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG) vom 10. November 2006 (BGBl. I S. 2553) am 1. Januar 2007 geltenden Fassung) aufgenommen ist. Das Abstellen auf diesen Zeitpunkt dient der durch die Neufassung angestrebten Transparenz der Anteilsverhältnisse, da die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann.

Die zeitnahe Information der Geschäftsführer über die Veränderung ist auch in den Fällen gewährleistet, in denen gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 der Notar zur Erstellung und Einreichung der Liste verpflichtet ist, da der Notar zusammen mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister eine einfache Abschrift der Liste an die Gesellschaft zu übermitteln hat. Es obliegt aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht den Geschäftsführern, bei entdeckten Fehlern der Liste für eine Berichtigung gegenüber dem Handelsregister zu sorgen.

Die Vorschrift bedeutet nicht, dass die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung wären. Die Wirksamkeit der Übertragung ist – abgesehen vom neu zu regelnden Fall des gutgläubigen Erwerbs – auch weiterhin unabhängig von der Eintragung in die Gesellschafterliste. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt. Die Gesellschafterliste wird dogmatisch an das Aktienregister bei der Namensaktie angenähert, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben ha-

ben.

Die Sonderregelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 trägt dem Bedürfnis der Praxis Rechnung, dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen, also beispielsweise an einem satzungsändernden Gesellschafterbeschluss oder einer Bestellung neuer Geschäftsführer mitzuwirken. Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam. Unmittelbar nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung kann die neue Gesellschafterliste elektronisch dem Handelsregister übermittelt werden. Die Aufnahme in den Registerordner erfolgt dann regelmäßig ebenfalls binnen sehr kurzer Zeit.

Dem eintretenden Gesellschafter steht ein Rechtsanspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu. Eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter ist bei § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Gleiches gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften künftig auch für die GmbH. Insbesondere finden auch für den Anspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung. In der Praxis wird es auf diese Rechtsfragen aber nur sehr selten ankommen. In der Zukunft wird nämlich im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsabtretung die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung vom Notar veranlasst werden (§ 40 Abs. 2 Satz 1).

Abgesehen davon gilt aber, dass mit dem Anteilserwerb ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und

der Gesellschaft entsteht, aufgrund dessen dem ausscheidenden wie dem eintretenden Gesellschafter ein Anspruch auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zusteht. Bereits nach allgemeinem bürgerlichen Leistungsstörungenrecht folgt aus der Verletzung dieser Pflicht ein Schadensersatzanspruch. Um etwaige Zweifel zu vermeiden, soll dieser Schadensersatzanspruch des Alt- und des Neugesellschafter in § 40 Abs. 3 ausdrücklich fixiert werden.

Durch die Neuregelung wird der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, denn es entspricht nunmehr einem Eigeninteresse des Erwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen. Aber auch der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, sein Ausscheiden wirksam werden zu lassen. Seit der durch die geänderte 1. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie (2003/58/EG) veranlassten vollständigen Einführung elektronischer Handelsregister in Deutschland ist eine Online-Abfrage bzw. eine jederzeitige Einsichtnahme auch hinsichtlich der Gesellschafterliste möglich.

Die Vorschrift gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern bei allen Formen des Anteilsübergangs, insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge. Die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen wird hierdurch nicht eingeschränkt, da die Eintragung in die Gesellschafterliste sehr zeitnah erfolgen kann, wozu auch die elektronische Einreichung zum Handelsregister beiträgt.

Zu Absatz 2: Im neu gefassten § 16 Abs. 2 wird die bisherige Regelung in § 16 Abs. 3 aufgegriffen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt ist hierfür – Absatz 1 folgend – nicht mehr die Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft, sondern der Zeitpunkt der Aufnahme der aktualisierten Gesellschafterliste im Handelsregister. Für die bisherige Regelung in § 16 Abs. 2 besteht kein gesondertes Regelungsbedürfnis, da sich die dort geregelten Rechtsfolgen bisher schon aus § 16 Abs. 1 ableiten ließen.

Zu Absatz 3: Mit dem neuen § 16 Abs. 3 wird der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen ermöglicht. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer zusteht. In der Praxis hat der Erwerber zwei Möglichkeiten, dieses Risiko zu minimieren. Verlangt der Erwerber vom Veräußerer eine möglichst lückenlose Vorlage aller relevanten Abtretungsurkunden bis zurück zur Gründungsurkunde, so ist dies für den Veräußerer – wenn überhaupt – häufig nur mit hohem Aufwand möglich. Selbst dann ist nicht sicher, dass die beurkundeten Abtretungen auch materiell wirksam sind. Der Erwerber verlangt daher vom Veräußerer eine Garantie, dass der Geschäftsanteil dem Veräußerer zusteht. Auch wenn der Erwerber den Veräußerer aus dieser Rechtsmängelhaftung in Anspruch nimmt, kann aber der Veräußerer dem Erwerber gegen den Willen des wahren Berechtigten den Anteil nicht verschaffen. Hat der Erwerber das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen bereits nach seinen Vorstellungen umgestaltet, bevor der Dritte sein Recht geltend macht, ist die Rückabwicklung des Anteilskaufvertrags oft mit großen Schwierigkeiten verbunden. Insgesamt ist dies ein schwerfälliges System mit unnötig hohen Transaktionskosten und Rechtsunsicherheiten.

Der Entwurf begegnet diesen Schwierigkeiten dadurch, dass mit der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister nicht nur der in der Liste eingetragene Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft legitimiert ist, sondern auch gegenüber Dritten Vertrauensschutz entsteht. Die Vorschrift lehnt sich teilweise an § 892 BGB an. Wer einen Geschäftsanteil oder etwa ein Pfandrecht daran erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Das Handelsregister trägt zur Sicherheit des Rechtsverkehrs bei, da nach jeder Veränderung in den Beteiligungsverhältnissen eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss und

dann – online – allgemein zugänglich ist. Seit der Einführung des elektronischen Handelsregisters können die Gesellschafterlisten auch in ihrer historischen Entwicklung eingesehen werden, so dass Veränderungen transparent sind.

Da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Handelsregister nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist, ist ein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste jedoch nicht möglich. Er ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels aber auch nicht nötig. Den an der Abtretung beteiligten Personen sollen die Mühen, Kosten und Unsicherheiten der mitunter sehr langen Abtretungskette seit Gründung der Gesellschaft erspart werden. Es geht vor allem um Rechtssicherheit über längere Zeiträume.

Die Neuregelung sieht den Grundsatz vor, dass der gute Glaube an die Verfügungsberechtigung auf der Basis der Eintragung in der im Handelsregister aufgenommenen Liste geschützt ist. Von diesem Grundsatz macht der Entwurf aber eine Ausnahme für den Fall, dass die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zuzurechnen ist und die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist.

Dem wahren Rechtsinhaber, der sich nach Erwerb seines Geschäftsanteils nicht darum gekümmert hat, dass die Gesellschafterliste geändert wird und seine Rechtsstellung richtig wiedergibt, ist die Unrichtigkeit der Liste ohne Wartefrist zuzurechnen. Eine zurechenbare Unrichtigkeit liegt beispielsweise vor, wenn zunächst der Scheinerbe des früheren Gesellschafters in der Gesellschafterliste eingetragen wird und der wahre Erbe es unterlässt, die Geschäftsführer zur Einreichung einer korrigierten Liste zu veranlassen.

Anders liegt der Fall, wenn einem Gesellschafter die Unrichtigkeit in keiner Weise zuzurechnen ist. Dies ist beispielsweise gegeben, wenn der Geschäftsführer ohne Wissen des Gesellschafters eine falsche Liste einreicht, in der seine Rechtsstellung nicht mehr vollständig aufgeführt ist. In diesen Fällen kann ein gutgläubiger Erwerb durch einen Dritten erst eintreten, wenn die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste hinsichtlich des Geschäftsanteils drei Jahre lang unrichtig ist. Entscheidend ist, dass der- oder diejenigen, die im Laufe der vorangegangenen drei Jahre als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen waren, durchgehend nicht die wahren Berechtigten waren. Unerheblich ist, ob mehrere Listen eingereicht wurden, die den Geschäftsanteil verschiedenen Personen zuweisen. Sämtliche im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterlisten werden insoweit als eine fort-geschriebene Liste behandelt. Die Dreijahresfrist beginnt mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmalig einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Wird anschließend eine bezüglich dieses Geschäftsanteils richtige Liste eingereicht, so beginnt hinsichtlich dieses Geschäftsanteils die Dreijahresfrist erneut, wenn eine neue unrichtige Liste in das Handelsregister aufgenommen wird.

Geschützt wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis. Nichtexistente Geschäftsanteile können demnach nicht gutgläubig erworben werden.

Die vorgesehene Regelung berücksichtigt die schutzwürdigen Interessen des wahren Berechtigten. Sofern ihm die Unrichtigkeit der Liste nicht zuzurechnen ist, hat er nach Eintritt der Unrichtigkeit drei Jahre Zeit, die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste zu veranlassen oder auf Korrektur der Liste hinzuwirken und auf diese Weise einen gutgläubigen Erwerb des ihm zustehenden Anteils auszuschließen. Da die Gesellschafterliste online einsehbar ist, ist es dem Berechtigten auch ohne nennenswerten Aufwand möglich, die Liste zu prüfen.

Auch der Widerspruch ist über das elektronische Handelsregister für Jedermann online einsehbar. Ein solcher Widerspruch zerstört die Gutgläubenswirkung des Absatzes 3, allerdings nicht die relative Gesellschafterstellung nach Absatz 1. Der Widerspruch beseitigt auch nicht die Möglichkeit des tatsächlich Berechtigten, seinen Anteil wirksam zu veräußern. Besteht Uneinigkeit zwischen mehreren Prätendenten, so ist diese zwischen den Beteiligten zivilrechtlich zu klären. Gleichfalls ist in einem zivilrechtlichen Verfahren die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Korrektur der Liste oder die Rücknahme eines Widerspruchs einzuklagen.

Zur Verhinderung von Missbräuchen setzt die Zuordnung eines Widerspruchs in Anlehnung an § 899 Abs. 2 BGB voraus, dass entweder derjenige zustimmt, gegen dessen Inhaberschaft sich der Widerspruch richtet, oder eine entsprechende einstweilige Verfügung vorliegt, die nur erlassen wird, wenn der Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Liste glaubhaft gemacht ist.

Da die Führung der Liste den Geschäftsführern obliegt, ergeben sich durch die Regelung des § 16 Abs. 3 für die Registergerichte keine zusätzlichen Belastungen. Dem Geschäftsführer kann allerdings nicht diejenige Prüfung aufgebürdet werden, die nach bisherigem Recht schon den Erwerber vor erhebliche Schwierigkeiten stellt. Für die Schadensersatzpflicht nach dem geltenden § 40 Abs. 2 (künftig: Abs. 3) ist anerkannt, dass der Geschäftsführer schuldhaft gehandelt haben muss. Den Geschäftsführer wird also, wenn er über einen Gesellschafterwechsel informiert wird, aber von dessen materieller Unwirksamkeit nichts erfährt, regelmäßig kein Verschulden treffen. Auch der Geschäftsführer kann sich ohne weitere Anhaltspunkte darauf verlassen, dass der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter zum Verkauf der Anteile legitimiert war. Er nimmt die Änderung der Gesellschafterliste auf „Nachweis“ vor. Dies bedeutet, dass der Erwerber ihm z. B. den Erwerb im Wege

der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschein nachweist. Eine Haftung kommt daher vor allem in Fällen in Betracht, in denen der Geschäftsführer zu Lasten des wahren Berechtigten mit dem Veräußerer und/oder dem Erwerber kollusiv zusammenwirkt.

## **16. Genehmigungserfordernis zur Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils - § 17 GmbHG**

§ 17 GmbHG wird ersatzlos aufgehoben.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Die Vorschrift kann aufgehoben werden, da im Rahmen der Mindeststückelung nach § 5 Abs. 2 die Teilung und Zusammenlegung wesentlich erleichtert und zusammenfassend in § 46 geregelt werden. Die Aufhebung des § 17 bedeutet zugleich die Aufhebung des Verbots, mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu übertragen. Auf die Begründung zur Änderung des § 46 wird Bezug genommen.

## 17. Einzahlung auf die Stammeinlage - § 19 GmbHG

(1) ...

(2) Von der Verpflichtung zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter nicht befreit werden. Gegen den Anspruch der Gesellschaft ist die Aufrechnung *nur zulässig mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Aufrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden ist*. An dem Gegenstand einer Sacheinlage kann wegen Forderungen, welche sich nicht auf den Gegenstand beziehen, kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

(3) ...

*(4) Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so steht das der Erfüllung der Einlagenschuld nicht entgegen. § 9 gilt in diesem Fall entsprechend, wenn der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, nicht den entsprechenden Betrag der übernommenen Stammeinlage erreicht. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter. Die Verjährung des Anspruchs der Gesellschaft beginnt nicht vor dem Zeitpunkt der Überlassung des Vermögensgegenstandes*

(5) ...

**a) Bisherige Regelung**

Die Regelung betrifft die Einzahlung von Stammeinlagen. Eine Regelung der verdeckten Sacheinlage findet sich in der Vorschrift bisher nicht.

In Absatz 4 ist geregelt, dass alle Geldeinlagen vollständig einzuzahlen sind, wenn sich innerhalb von drei Jahren nach Eintragung der Gesellschaft alle Geschäftsanteile in einer Hand vereinigen.

**b) Zukünftige Regelung**

Der alte Absatz 4 wird aufgehoben, da es auch bei einer Ein-Personen-Gründung keine Volleinzahlung bzw. Sicherheitsleistung mehr gibt.

Vollkommen neu ist die Regelung der verdeckten Sacheinlage in Absatz 4, die auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters beschränkt wird.

Die Rechtsprechung nimmt eine verdeckte Sacheinlage an, wenn zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen entsprechenden Sachwert erhalten soll. Eine solche verdeckte Sacheinlage ist bisher in entsprechender Anwendung des § 19 Abs. 5 wegen der damit verbundenen Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften verboten.

Als Rechtsfolge der verdeckten Sacheinlage wird bislang die Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen Teils der verdeckten Sacheinlage als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG angenommen. Dieses hat in der Praxis enorme Konsequenzen, die in der Insolvenz des Unternehmens richtig zum Tragen kommen. Die Bareinlagepflicht des Inferenten

besteht nämlich fort, so dass sie vom Insolvenzverwalter nochmals angefordert wird und der Gesellschafter sie auch zahlen muss. Sein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Rückgewähr der Leistung erschöpft sich demgegenüber in einer wertlosen Insolvenzforderung. Die von der Rechtsprechung ermöglichte Heilung verdeckter Sacheinlagen durch Umwandlung der Bar- in eine Sacheinlage hat in der Praxis nur geringe Bedeutung, da verdeckte Sacheinlagen häufig erst in der Insolvenz entdeckt werden und eine Heilung in diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich ist.

Der Rechtsprechung wurde vorgehalten, dass der Gesellschaft wirtschaftlich ein vollwertiges oder zumindest gleichwertiges Wirtschaftsgut überlassen wurde, welches im Fall einer Sachgründung Erfüllungscharakter gehabt hätte.

Diese Kritik greift der Entwurf auf und ändert die zivilrechtliche Reaktion auf die verdeckte Sacheinlage dahingehend ab, dass sie – ebenso wie bei einer ordnungsgemäß vereinbarten, jedoch nicht vollwertigen Sacheinlage – einer Differenzhaftung unterstellt werden. Das bedeutet: Ist die verdeckte Sacheinlage vollwertig, dann ist die Einlagepflicht vollständig erfüllt. Ist sie nur teilwertig, dann ist die Differenz in bar zu erbringen.

Die Beweislast dafür, dass die Einlage vollwertig war, trägt der Einzahler, was unter Umständen nach Jahren zu nicht unerheblichen Beweisproblemen führen kann.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 2: Die bislang in Absatz 5 enthaltene Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot der Aufrechnung durch den Gesellschafter gegen die Einlageforderung wird in Absatz 2 überführt. Erfasst wird wie bisher der Fall einer ordnungsgemäß verein-

barten und damit auch der Prüfung durch das Registergericht unterworfenen sog. Sachübernahme, bei der vereinbart wird, dass die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernimmt und die Vergütung auf die Einlagepflicht des Gesellschafters angerechnet werden soll.

Änderung der Absätze 4 und 5: Die bisher in Absatz 4 enthaltene Regelung ist als Folgeänderung zur Aufhebung der im geltenden § 7 Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Regelung zu streichen.

Durch die vorgeschlagene Neufassung von Absatz 4 und die Aufhebung des Absatzes 5 werden die Rechtsfolgen sog. verdeckter Sacheinlagen auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters beschränkt.

Die Rechtsprechung nimmt eine verdeckte Sacheinlage an, wenn zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Eine solche verdeckte Sacheinlage sei in entsprechender Anwendung des § 19 Abs. 5 wegen der damit verbundenen Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften verboten. Als Rechtsfolge der verdeckten Sacheinlage wird bislang die Unwirksamkeit sowohl des schuldrechtlichen Teils der verdeckten Sacheinlage als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG angenommen. Die Bareinlagepflicht des Inferenten besteht fort, so dass dieser in der Insolvenz die übernommene Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis oft zweimal erbringen muss. Sein Anspruch gegen die Gesellschaft auf Rückgewähr der Leistung erschöpft sich hingegen mitunter in einer wertlosen Insolvenzforderung. Die von der Rechtsprechung ermöglichte Heilung verdeckter Sacheinlagen durch Umwandlung der Bar in eine Sacheinlage hat in der Praxis nur geringe Bedeutung, da verdeckte Sacheinlagen häufig erst in der Insolvenz entdeckt wer-

den und eine Heilung in diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich ist. Der Entwurf sieht daher davon ab, Heilungsmöglichkeiten ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen; sie werden durch den Entwurf aber keineswegs eingeschränkt oder gar abgeschafft.

Der Entwurf ändert die zivilrechtliche Reaktion auf die verdeckte Sacheinlage. Künftig sollen verdeckte Sacheinlagen in Anlehnung an die Rechtslage bei ordnungsgemäß vereinbarten und offengelegten Sacheinlagen einer Differenzhaftung unterstellt werden: Erreicht der Wert der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. zum Zeitpunkt ihrer effektiven Überlassung an die Gesellschaft, wenn diese zeitlich später erfolgt, den Betrag der übernommenen Einlage, so ist die Einlagepflicht vollständig erfüllt; bei fehlender Vollwertigkeit liegt eine Teilerfüllung vor und die Differenz ist in bar zu erbringen.

Die Neuregelung trägt einer zunehmenden Kritik in Praxis und Wissenschaft an den derzeit geltenden drastischen Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen Rechnung. Tatsächlich sind die Fallkonstellationen, in denen eine verdeckte Sacheinlage vorliegen kann, oft nicht eindeutig. Zudem sind auch an den gesellschaftsrechtlichen Kenntnisstand der Beteiligten im Bereich kleiner und mittelständischer Unternehmen keine überzogenen Erwartungen zu stellen. Die Betroffenen werden daher sehr häufig von der Aufdeckung unerkannter verdeckter Sacheinlagen überrascht und von ihren Folgen hart getroffen. Das ist nicht Sinn einer gesetzlichen Regelung. Durch die Neuregelung wird eine sachgerechte Rechtsfolge erzielt, denn es wird sichergestellt, dass der Gesellschafter die Einlage wertmäßig nur einmal leisten muss. Aufgrund der generellen Reduzierung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen auf eine Differenzhaftung des Einlegers wird die Rechtslage erheblich vereinfacht, um das ins-besondere an die mittelständische Wirtschaft gerichtete GmbH-Recht leicht handhabbar auszugestalten. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erfüllungswirkung einer verdeckten

Sacheinlage für den Fall der vorsätzlichen Umgehung der gesetzlichen Formvorschriften ist nicht vorgesehen. So werden Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden und die Rechtssicherheit gesteigert; zudem ist zu beachten, dass auch im Rahmen der Kapitalaufbringung im ökonomisch sinnvollen Cash-Pool häufig verdeckte Sacheinlagen angenommen werden.

Gläubigerschutzlücken entstehen dadurch nicht. Ist die verdeckte Sacheinlage vollwertig, so erscheint es nicht gerechtfertigt, als „Strafe“ für die reine Nichteinhaltung der formalen Anforderungen an eine Sachgründung die Einlage nochmals vollständig zu verlangen.

Im Fall der fehlenden Vollwertigkeit ergibt der Wert des Vermögensgegenstandes zusammen mit der Differenzleistung des Gesellschafters den Betrag der übernommenen Einlageverpflichtung. Die Tatsache, dass anders als im direkten Anwendungsfall des § 9 Abs. 1 das Sachgründungsverfahren nicht eingehalten worden ist, bleibt dabei nicht völlig unberücksichtigt, sondern es bleibt in mehrfacher Hinsicht ein „Sanktionsgefälle“ erhalten. So trägt nach § 19 Abs. 4 Satz 3 im Fall der verdeckten Sacheinlage der Einleger die Beweislast für die Vollwertigkeit seiner Leistung, da mangels ordnungsgemäßer Offenlegung der Sacheinlage Unklarheiten über die Werthaltigkeit zu seinen Lasten gehen müssen. Sofern ihm dieser – mit steigendem zeitlichen Abstand zu der Einbringung der Sacheinlage zunehmend schwierigere – Nachweis nicht oder nicht in voller Höhe gelingt, trifft ihn die Haftung auf die Differenz, deren Verjährungsbeginn zudem in dem Fall, dass der Vermögensgegenstand nach der Anmeldung effektiv eingebracht wird, auf diesen Zeitpunkt hinausgeschoben wird. Der Gesellschafter hat dadurch selbst ein Interesse an der ordnungsgemäßen Einbringung einer vollwertigen Sacheinlage, um nicht Jahre später in Beweisnöte für die Werthaltigkeit der Einlage zu geraten. Darüber hinaus kommt eine Haftung der Gesellschafter nach § 9a Abs. 2 bzw. der Geschäftsführer nach § 43 für einen Schaden in Betracht, der der Gesellschaft infolge der

verdeckten Sacheinlage entstanden ist. Diese Sanktionen erscheinen ausreichend, um die Beteiligten davon abzuhalten, die Verpflichtung zur Offenlegung der Sacheinlage bewusst zu missachten. Auch das Strafrecht erscheint als Sanktion unangemessen, § 82 greift den Fall der Versicherung bei verdeckter Sacheinlage daher nicht auf.

Der Anreiz zur Umgehung der Sachgründungsvorschriften wird zudem durch die Vereinfachung der Prüfung des Registergerichts bei einer Sacheinlage und durch die Herabsetzung des Mindestkapitals ohnehin verringert.

Die abstrakte Umschreibung der Voraussetzungen für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage in Absatz 4 Satz 1 setzt auf die in der Rechtsprechung übliche Definition auf, so dass insofern eine Kontinuität gewahrt bleibt. Die verdeckte Sacheinlage erfordert zwei Tatbestandmerkmale: die wirtschaftliche Entsprechung und die vorherige Abrede. Ist nur ein Tatbestandsmerkmal erfüllt, liegt eine verdeckte Sacheinlage nicht vor, die Bareinlage ist nicht zu beanstanden, der Vorgang ist dann möglicherweise nach § 30 zu beurteilen.

Entgegen teilweise geäußerten Forderungen verzichtet der Entwurf auf die Normierung einer festen Frist für den „zeitlichen Zusammenhang“ zwischen der Übernahme der Geldeinlage und dem Verkehrsgeschäft, den die Rechtsprechung als Indiz für eine Abrede über den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage wertet. Eine solche Frist wäre in jedem Fall leicht zu unterlaufen; zudem dürfte infolge der erheblichen Abmilderung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen für den Gesellschafter zugleich das Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung sinken. Angesichts dessen würde eine solche ausdrückliche gesetzliche Fristenregelung eher eine zusätzliche Komplizierung des positiven Rechts anstelle einer Vereinfachung bringen. Die Rechtsprechung ist aber weiterhin frei, die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage innerhalb der gege-

benen Definition zu entwickeln und Beweisregeln mit Zeitfaktoren zu verbinden.

Änderung von Absatz 6: Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Aufhebung des Absatzes 5.

### 18. Haftung des Rechtsvorgängers - § 22 GmbHG

*(1) Für eine von dem ausgeschlossenen Gesellschafter nicht erfüllte Einlageverpflichtung haftet der Gesellschaft auch der letzte und jeder frühere Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen, der im Verhältnis zu ihr als Inhaber des Geschäftsanteils gilt.*

*(2) ...*

*(3) Die Haftung des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von fünf Jahren auf die Einlageverpflichtung eingeforderten Leistungen beschränkt. Die Frist beginnt mit dem Tag, ab welchem der Rechtsnachfolger im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt.*

*(4) ...*

Es handelt sich um eine Folgeänderung verbunden mit einer sprachlichen Modernisierung.

## 19. Einzahlung von Nachschüssen - § 26 GmbHG

(1) Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass die Gesellschafter über *die Nennbeträge der Geschäftsanteile* hinaus die Hinforderung von weiteren Einzahlungen (Nachschüssen) beschließen können.

(2) ...

(3) ...

### Begründung des Regierungsentwurfs

Die Änderung folgt aus dem vorgeschlagenen § 3 Abs. 1 Nr. 4, nach dem die Angabe der Nennbeträge der Geschäftsanteile notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist.

## 20. Zurückzahlungen - § 30 GmbHG

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. *Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.*

(2) ...

### **a) Bisherige Regelung**

§ 30 regelt die Kapitalerhaltung und verbietet eine Rückzahlung des Stammkapitals an den Gesellschafter. Problematisch sind die Fälle der Darlehensgewährung durch die Gesellschaft an einen Gesellschafter bzw. das sog Cash-Poolings, soweit die Zahlungen nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern aus gebundenem Vermögen, nämlich dem Stammkapital, erfolgt. Hier stellt sich die Frage, ob eine verbotene Rückzahlung auch dann vorliegt, wenn dem Darlehensgewährungsanspruch ein vollwertiger Gegenanspruch gegenübersteht. Die Rechtsprechung hat teilweise diesen Standpunkt eingenommen.

Weiterhin problematisch sind Darlehen, die der Gesellschafter der Gesellschaft gibt und die von der Rechtsprechung in der Krise der Gesellschaft als kapitalersetzend angesehen werden und damit auch dem Verbot der Rückzahlung unterliegen.

### **b) Zukünftige Regelung**

Der Entwurf greift die durch die Rechtsprechung entstandenen Unsicherheiten auf und kehrt zum „bilanziellen Denken“ zurück. Soweit der Darlehensgewährung ein vollwertiger Gegenanspruch gegenübersteht, kann es sich bei einer Darlehensgewährung aus Mitteln des Stammkapitals nicht um einen Verstoß gegen § 30 GmbHG handeln. Vielmehr ist von einem bilanziellen Aktivtausch auszugehen, der sanktionslos möglich sein muss. Später eintretende Änderungen in der Bewertung des Gegenanspruchs bzw. bilanzielle Abwertungen führen nicht nachträglich zu einer verbotenen Auszahlung.

Durch die Anfügung eines Satzes 3 in Absatz 1 wird nunmehr auch klargestellt, dass eigenkapitaleretzende Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft und dem gleichgestellte Leistungen nicht wie haftendes Eigenkapital zu behandeln sind. Die Problematik von ei-

genkapitalersetzenden Darlehen, die sowieso nur in der Krise der Gesellschaft auftritt, wird vielmehr dort geregelt, wo sie hingehört, nämlich im Anfechtungsrecht und in der Insolvenzordnung.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Die Ergänzung des § 30 Abs. 1 durch einen zweiten Satz (und parallel die Änderung des § 57 AktG) erfolgt vor dem Hintergrund der Unsicherheit über die Zulässigkeit von Darlehen und anderen Leistungen mit Kreditcharakter durch die GmbH an Gesellschafter („*upstreamloans*“) im Allgemeinen und der in Konzernen sehr verbreiteten Praxis des sog. cash-pooling im Besonderen. Die Praxis des cash-pooling ist im Grundsatz ökonomisch sinnvoll und dient regelmäßig auch dem Interesse von Konzerntöchtern. Die Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln auf das cash-pooling kann abhängig von ihrer Interpretation international tätige Konzerne vor erhebliche praktische Schwierigkeiten stellen. Dies wurde unter anderem in der Folge der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (II ZR 171/01 vom 24. November 2003) deutlich. Es entstand erhebliche Rechtsunsicherheit für die Praxis.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 24. November 2003 ausgeführt, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zulasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, auch dann als verbotene Auszahlungen von Gesellschaftsvermögen zu bewerten sind, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.

Der Entwurf greift die in der Diskussion aufgeworfenen Sorgen der Praxis auf. Eine besondere Unsicherheit war durch den Streit darüber entstanden, ob und wann bei einem Synallagma der Gegenanspruch und bei einer Auszahlung mit Kreditcharakter der Rückerstattungsanspruch gegen den Gesellschafter nicht in Ansatz gebracht

werden darf. In allen Fällen nämlich, in denen die vertragliche Leistung an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch gegen diesen gedeckt wird, kann es zur Annahme einer verbotenen Auszahlung nur kommen, wenn man den Anspruch auf Gegenleistung oder Rückerstattung geistig ausblendet, also Abschied nimmt von der bilanziellen Betrachtungsweise. Dies würde aber zugleich den Schutz des § 30 von einem Vermögensschutz zu einem gegenständlichen Schutz erweitern. In § 30 Abs. 1 Satz 1 heißt es jedoch, dass „das Vermögen“ nicht ausgezahlt werden darf. Das ist auch in der Sache zutreffend. Das Stammkapital ist eine bilanzielle Ausschüttungssperre. Der Entwurf kehrt daher eindeutig zum bilanziellen Denken zurück. Für die Berechnung gelten die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze. Bei einer Leistung, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch gedeckt wird, wird danach ein Aktivtausch vorgenommen. Die Durchsetzbarkeit der Forderung ist Teil der Definition des Begriffs der Vollwertigkeit und bedarf daher keiner besonderen Erwähnung. Spätere nicht vorhersehbare negative Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter und bilanzielle Abwertungen führen nicht nachträglich zu einer verbotenen Auszahlung. Es kann dann aber ein Sorgfaltspflichtverstoß des Geschäftsführers gegeben sein, der diese Forderungen stehen ließ, obwohl er sie hätte einfordern können. Spätere Abwertungen können auch zur Verlustanzeigespflicht nach § 49 Abs. 3 führen.

Die Vorschrift will es den Gesellschaften erleichtern, mit ihren Gesellschaftern - vor allem auch im Konzern - alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln. Diese muss das Gesetz reibungslos ermöglichen. Daher kehrt der Entwurf zur bilanziellen Betrachtungsweise zurück, die bis zum November 2003 problemlos anerkannt war. Keineswegs soll diese klärende Regelung das Ausplündern von Gesellschaften ermöglichen oder erleichtern. Dies wird durch die ausdrückliche Ein-

führung des Vollwertigkeits- und des Deckungsgebots gewährleistet. Die Vollwertigkeit der Rückzahlungsforderung ist eine nicht geringe Schuttschwelle. Ist der Gesellschafter z.B. eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaft oder ist die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen absehbar in Frage gestellt, dürfte die Vollwertigkeit regelmäßig zu verneinen sein. Das Deckungsgebot bedeutet, dass bei einem Austauschvertrag der Zahlungsanspruch gegen den Gesellschafter nicht nur vollwertig sein muss, sondern auch wertmäßig nach Marktwerten und nicht nach Abschreibungswerten den geleisteten Gegenstand decken muss. Die Gläubigerschutzvorschrift des § 30 ist im Übrigen vor dem Hintergrund anderer Schutzinstrumente im Gesellschaftsrecht zu sehen, dem Deliktsrecht, den Rechtsprechungsregeln über den existenzvernichtenden Eingriff, der Geschäftsführerhaftung nach § 43 und der Insolvenzanfechtung. Sie ist auch vor dem Hintergrund des neuen § 64 Abs. 2 zu sehen, der ausdrücklich und zielgenau Ausplünderungen durch Gesellschafter im Vorfeld der Insolvenz adressiert.

Für die Prüfung, ob eine Auszahlung nach Satz 1 vorliegt, dürfen Rückzahlungsansprüche, die sich aus einer Verletzung des Satzes 1 ergeben, natürlich nicht in Ansatz gebracht werden. Das bedarf deshalb keiner ausdrücklichen Erwähnung, da es keine sinnvolle Annahme ist, das Gesetz regele einen Zirkelschluss.

Durch die Anfügung eines neuen Satz 3 soll die Fortgeltung der sog. Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aufgegeben werden, indem generell angeordnet wird, dass Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen nicht wie haftendes Eigenkapital zu behandeln sind. Die Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens wird damit aufgegeben. Tilgungsleistungen auf solche Forderungen können folglich keine nach Satz 1 verbotenen Auszahlungen des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens sein.

Durch den Verzicht auf die Rechtsprechungsregelungen zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen und den gleichzeitigen Ausbau der sog. Novellen-Regelungen wird die Rechtslage erheblich einfacher und übersichtlicher gestaltet. Wie der BGH, der damit den durch diesen Entwurf eingeschlagenen Weg bereits vorzeichnet, in seiner neuesten Rechtsprechung selbst ausführt, dient eine entsprechende Neugestaltung „größerer Rechtssicherheit und einfacherer Handhabbarkeit der Eigenkapitalgrundsätze“ (Urteil vom 30. Januar 2006, II ZR 357/03).

Als Konsequenz der Aufgabe der Rechtsprechungsregeln kann künftig die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht mehr unter Berufung auf eine analoge Anwendung des § 30 verweigert werden. Ernst zu nehmende Schutzlücken entstehen dadurch nicht oder werden durch flankierende Regelungen im Anfechtungsrecht geschlossen. Die Rückzahlung des Gesellschafterkredits ist während des normalen Lebens der Gesellschaft grundsätzlich unproblematisch und wird erst in der Insolvenz kritisch, so dass es wenig Bedarf für andere Instrumente gibt; zudem werden Zahlungen im Vorfeld der Insolvenz regelmäßig im Ein-Jahreszeitraum vor der Insolvenz stattfinden und damit von § 135 InsO erfasst. Des Weiteren ist zugunsten der Gläubiger für den Fall der Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens eine Korrektur der Anfechtungsfrist nach § 6 AnfG vorgesehen. Auch wird im Anfechtungsgesetz eine Schutzlücke geschlossen, die durch das Fehlen einer dem geltenden § 32b entsprechenden Regelung bedingt war. Zuletzt ist auf die geplante Neuregelung in § 64 Satz 3 hinzuweisen, die schon die Zahlungsunfähigkeit herbeiführende Leistungen an Gesellschafter dem Zahlungsverbot unterwirft.

## **21. Erstattungsanspruch bei vorschriftswidrigen Zahlungen - § 31 GmbHG**

(1)...

(2)...

(3)...

(4)...

(5) Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in den Fällen des Absatzes 1 in zehn Jahren sowie in den Fällen des Absatzes 3 in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Zahlung, deren Erstattung beansprucht wird, geleistet ist. In den Fällen des Absatzes 1 findet § 19 Abs. 5 Satz 2 entsprechende Anwendung.

(6)...

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

## **22. Rückgewähr eines Darlehens - § 32 a GmbHG**

### **Erstattung eines zurückgezahlten Darlehens - § 32 b GmbHG**

*Die Vorschriften sind aufgehoben*

#### **a) Bisherige Regelung**

Die Vorschriften regelten die Rückgewähr eines Darlehens in der Insolvenz der Gesellschaft.

### **b) Zukünftige Regelung**

Die Regelungen wurden in das Insolvenzrecht verlagert.

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen werden in das Insolvenzrecht verlagert, wo sie systematisch auch hingehören. Zugleich werden damit Regelungs-Redundanzen zwischen GmbH-Recht und Insolvenzrecht abgebaut. Das Anliegen von § 32a Abs. 1 ist der Sache nach seit Inkrafttreten der InsO 1999 dort in § 39 geregelt. Auf die Qualifizierung „kapitalersetzend“ wird künftig verzichtet. Das bedeutet eine erhebliche Vereinfachung des Rechts der GmbH, das sich an die mittelständische Wirtschaft richtet und folglich vor allem einfach und leicht handhabbar sein soll. Grundgedanke der Regelung ist, dass die Organe und Gesellschafter der gesunden GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen vorfinden. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen werden überhaupt erst ein Jahr vor und in der Insolvenz der Gesellschaft kritisch.

## **23. Vertretung durch Geschäftsführer - § 35 GmbHG**

*(1) Die Gesellschaft wird durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Hat eine Gesellschaft keinen Geschäftsführer (Führungslosigkeit), wird die Gesellschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 52) oder, wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist, durch die Gesellschafter vertreten.*

*(2) Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, sind sie alle nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt, es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes be-*

*stimmt. Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, genügt die Abgabe gegenüber einem Vertreter der Gesellschaft nach Absatz 1. An die Vertreter der Gesellschaft nach Absatz 1 können unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke für die Gesellschaft zugestellt werden. Unabhängig hiervon kann die Zustellung auch unter der eingetragenen Anschrift der empfangsberechtigten Person nach § 10 Abs. 2 Satz 2 erfolgen.*

(3) *vormals Absatz 4*

#### **a) Bisherige Regelung**

Die neuen Regelungen finden keine entsprechende Regelung im bisherigen Gesetz.

#### **b) Zukünftige Regelung**

Die neuen Regelungen sollen vor allen Dingen Gläubiger der Gesellschaft schützen. Oftmals wurde in einer Krise der Gesellschaft der Geschäftsführer abberufen, so dass gegenüber der Gesellschaft keine Willenserklärungen mehr abgegeben oder ihr gegenüber keine Zustellungen mehr erfolgen konnten. Das Gesetz begegnet dem damit, dass es die Mitglieder des Aufsichtsrates, falls ein solcher vorhanden ist, anderenfalls alle Gesellschafter als empfangsberechtigt ansieht. Hat die Gesellschaft eine besondere empfangsberechtigte Person benannt, kann auch an diese zugestellt werden.

Kann auch unter der Geschäftsanschrift keine Zustellung mehr erfolgen, zum Beispiel weil das Geschäftslokal geschlossen ist, dann ist die öffentliche Zustellung gemäß § 185 Nr. 2 ZPO-E möglich. Diese Vorschrift lautet:

§ 185 ZPO = Die Zustellung kann durch öffentliche Bekanntmachung (öffentliche Zustellung) erfolgen, wenn

1. der Aufenthaltsort einer Person unbekannt und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist,

2. bei juristischen Personen, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister verpflichtet sind, eine Zustellung weder unter der eingetragenen Anschrift noch unter einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person oder einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist,“.

3. vormals Absatz 2

4. vormals Absatz 3

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 1: Mit der Ergänzung des § 35 Abs. 1 wird insbesondere dem Fall vorgebeugt, dass die Gesellschafter versuchen, durch eine Abberufung der Geschäftsführer Zustellungen und den Zugang von Erklärungen an die Gesellschaft zu vereiteln. Dieser Praxis wird nunmehr ein Riegel vorgeschoben, indem für den Fall der – vorliegend legal definierten – „Führungslosigkeit“ der Gesellschaft jeder einzelne Gesellschafter ersatzweise zum Empfangsvertreter für die Gesellschaft wird. Sollte für die GmbH ein Aufsichtsrat im Sinne des § 52 bestellt sein, so vertreten die Mitglieder des Aufsichtsrats die Gesellschaft anstelle der Geschäftsführer entsprechend.

Verhindert wird hierdurch insbesondere, dass der Gesellschaft im Fall der Vertreterlosigkeit (Führungslosigkeit) nicht mehr zugestellt

werden kann. § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO bestimmt, dass eine Zustellung an die Gesellschaft selbst als nicht prozessfähige Person unwirksam ist. Vielmehr muss an den gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter zugestellt werden, vgl. § 170 Abs. 1 Satz 1, § 171 Satz 1 ZPO. Ist ein solcher jedoch nicht vorhanden, so scheitern die Gläubiger der Gesellschaft bei der Verfolgung ihrer Ansprüche regelmäßig schon daran, dass Zustellungen gegenüber der Gesellschaft nicht bewirkt werden können.

In diesen Fällen würde den Gläubigern auch die Vorschrift des § 185 Nr. 2 ZPO-E nicht weiterhelfen, da § 170 Abs. 1 Satz 2 ZPO einer öffentlichen Zustellung entgegensteht. Durch die inländische Geschäftsanschrift wird lediglich ein Ort, an dem Zustellungen möglich sind, in das Register aufgenommen. Hierdurch allein ist den Gläubigern jedoch nicht gedient, wenn die Gesellschaft führungslos ist, da in diesem Fall keine Person vorhanden ist, der mit Wirkung für die Gesellschaft wirksam zugestellt werden kann. Da von der Eintragung einer weiteren Empfangsperson auch abgesehen werden kann, bringt diese Möglichkeit allein noch keine Besserung der Situation.

Demgegenüber schafft die Änderung des § 35 Abs. 1 Abhilfe, indem bei Führungslosigkeit der Gesellschaft die Gesellschafter bzw. die Mitglieder des Aufsichtsrats zu Empfangsvertretern für die Gesellschaft bestimmt werden. Es kommt für die Wirkung der Norm nicht darauf an, ob die Gesellschafter von der Führungslosigkeit Kenntnis haben.

Änderung von Absatz 2: Durch die Neufassung des Satzes 1 wird § 35 Abs. 2 von überflüssigen Regelungen befreit und klarer formuliert.

Die Neufassung von Satz 2, der die bisherige Regelung in Satz 3 aufgreift, stellt eine Folgeänderung dar.

Durch die Regelungen des neugefassten Satzes 3 sowie des neuen Satzes 4 wird das Verfahren des Zugangs von Willenserklärungen sowie für Zustellungen an die Vertreter der Gesellschaft deutlich vereinfacht. Alle Vertreter der Gesellschaft sind nun unter der eingetragenen Geschäftsanschrift zu erreichen. Unter dieser Geschäftsanschrift können Schriftstücke für die Gesellschaft ohne weiteres an sie zugestellt werden. Hierdurch findet eine Kanalisation auf diese Geschäftsanschrift statt, unter der, solange dort tatsächlich ein Geschäftslokal besteht oder der zurechenbare Rechtsschein eines Geschäftsraums gesetzt worden ist, wirksam Willenserklärungen zugehen und Zustellungen bewirkt werden können. Sollte hier eine Zustellung unmöglich sein, so droht den Gesellschaften künftig die Zustellung im Wege der öffentlichen Bekanntgabe nach § 185 Nr. 2 ZPO-E.

Die vorgesehene Regelung zum Zugang von Willenserklärungen (§ 35 Abs. 2 Satz 3, 1. Alt.) begründet eine unwiderlegliche Vermutung, dass unter der eingetragenen Adresse ein Vertreter der Gesellschaft erreicht werden kann. Irrelevant für den Zugang einer Willenserklärung ist also – wie auch sonst – die tatsächliche Kenntnisnahme; die Vermutung bezieht sich daher auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Irrelevant ist folglich ebenfalls der dem Erklärenden bekannte Umstand, dass die Vertreter der Gesellschaft sich dauerhaft im Ausland aufhalten oder untergetaucht sind.

Für die Abgabe der Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft unter der eingetragenen Geschäftsanschrift ist zudem ohne Bedeutung, ob der Vertreter der Gesellschaft zutreffend bezeichnet wird. Entscheidend ist allein, dass erkennbar zum Ausdruck kommt, dass die Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abgegeben wird. Es ist daher nicht erforderlich, dass der Erklärende weiß, dass ein Fall der Führungslosigkeit vorliegt.

Obwohl es den im Inland tätigen Gesellschaften obliegt, ihren Geschäftspartnern gegenüber erreichbar zu sein, und bei der Verletzung dieser Verpflichtung der sofortige Übergang zur öffentlichen Zustellung nicht unangemessen erscheint, wird den Gesellschaften die Möglichkeit eingeräumt, diese drastische Konsequenz abzuwenden. Künftig eröffnet § 10 Abs. 2 Satz 2 den Gesellschaften den Weg der Eintragung einer zusätzlichen Person nebst Anschrift in das Handelsregister. Dieser weiteren empfangsberechtigten Person kann jederzeit zugestellt werden, unabhängig davon, ob eine Zustellung an die Vertreter der Gesellschaft unter der Geschäftsanschrift möglich ist. Diese Variante bietet dem Gläubiger eine zusätzliche Möglichkeit der Zustellung an die Gesellschaft.

Für die Gesellschaft aber bedeutet die Eintragung einer weiteren Empfangsperson eine zweite Chance zur Kenntniserlangung von einem zuzustellenden Schriftstück, bevor der Gläubiger den Schritt der öffentlichen Bekanntgabe gehen kann (vgl. § 185 Nr. 2 ZPO-E). Doch bleibt es allein den Gesellschaften überlassen, sich gegen öffentliche Zustellungen in dieser Weise abzusichern. Die Kann-Vorschrift der Zustellungsmöglichkeit an die Empfangsperson eröffnet folglich eine zusätzliche Option, von der die durchschnittliche GmbH keinen Gebrauch machen wird. An diese Person kann nur zugestellt werden, wenn eine solche überhaupt in das Handelsregister eingetragen wurde. Verpflichtet zur Zustellung an die Person ist der Gläubiger nur nach Maßgabe von § 185 Nr. 2 ZPO-E, wenn die öffentliche Bekanntgabe beantragt werden soll.

Aufhebung von Absatz 3: Auf die Zeichnungsregeln soll zum Zwecke der Deregulierung verzichtet werden. Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs, denen die Zeichnungsregeln dienen, werden durch die allgemeinen Vertretungsregeln der §§ 164 ff. BGB hinreichend gewährleistet. Denn aus diesen ergibt sich, dass die Gesellschaft nur dann wirksam vertreten wird, wenn die Willenserklärung erkennbar in ihrem Namen abgegeben wird.

## 24. Angaben auf den Geschäftsbriefen - § 35 a GmbHG

(1)

(2)

(3)

(4) Auf allen Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, die von einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland verwendet werden, müssen das Register, bei dem die Zweigniederlassung geführt wird, und die Nummer des Registereintrags angegeben werden; im übrigen gelten die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 *für die Angaben bezüglich der Haupt- und der Zweigniederlassung*, soweit nicht das ausländische Recht Abweichungen nötig macht. Befindet sich die ausländische Gesellschaft in Liquidation, so sind auch diese Tatsache sowie alle Liquidatoren anzugeben.

### a) Bisherige Regelung

keine

### b) Zukünftige Regelung

Die Vorschrift bestimmt, dass auch inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften künftig die Angaben nach § 35 Abs. 1 bis 3 GmbHG auf ihren Geschäftsbriefen machen müssen.

### c) Begründung des Regierungsentwurfs

Durch die Änderung wird klargestellt, dass auch inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften künftig die Angaben nach § 35a Abs. 1 bis 3 auf ihren Geschäftsbriefen machen müssen, und zwar in Form einer doppelten Angabeverpflichtung. Diese bezieht sich sowohl auf die ausländische Haupt- als auch auf die inländische Zweigniederlassung. Damit soll der bisherige Meinungs-

streit über das Bestehen einer doppelten Angabeverpflichtung zugunsten einer Stärkung der Transparenz und des Gläubigerschutzes entschieden werden.

Die Neuregelung ist vereinbar mit der „Zweigniederlassungsrichtlinie“ (89/666/EWG) und stellt eine europarechtskonforme Berücksichtigung der aktuellen EuGH-Rechtsprechung dar. Die Pflichtangaben der Gesellschaft auf den Geschäftsbriefen und Bestellscheinen ergeben sich aus dem ausländischen Recht bzw. auch aus der 1. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (68/151/EWG, „Publizitätsrichtlinie“). Die Angaben haben in deutscher Sprache zu erfolgen. Deutsche Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Auslandsgesellschaften werden damit in vollem Umfang gleichbehandelt

## **25. Rechtsgeschäfte - § 36 GmbHG**

*Die Regelung wird aufgehoben.*

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

§ 36 stimmt inhaltlich mit § 164 Abs. 1 BGB überein und ist daher überflüssig.

## **26. Anmeldung von Änderungen zur Eintragung in das Register - § 39 GmbHG**

(1)

(2)

(3) Die neuen Geschäftsführer haben in der Anmeldung zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestel-

lung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 entgegenstehen und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. § 8 Abs. 3 Satz 2 ist anzuwenden.

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

## **27. Einreichung einer Gesellschafterliste - § 40 GmbHG**

*(1) Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.*

*(2) Hat ein Notar an Veränderungen nach Absatz 1 Satz 1 mitgewirkt, hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Liste muss mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.*

(3) Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften *denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat*, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.

#### **a) Bisherige Regelung**

Die bisherige Regelung in § 40 Absatz 1 war unterteilt in die Pflicht des Geschäftsführers gemäß Satz 1 und die Pflicht des Notars gemäß Satz 2 dieser Vorschrift.

Satz 1 bestimmt: Die Geschäftsführer sind verpflichtet, nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, zum Handelsregister einzureichen.

Satz 2 bestimmt: Hat ein Notar einen Vertrag über die Abtretung eines Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 beurkundet, so hat er diese Abtretung unverzüglich dem Registergericht anzuzeigen.

#### **b) Zukünftige Regelung.**

Die zukünftige Regelung behält die Unterteilung in Pflichten des Geschäftsführers und in Pflichten des Notars bei, regelt diese nunmehr aber in unterschiedlichen Absätzen und mit unterschiedlichen Wertigkeiten. In Absatz 1 sind ausschließlich Pflichten des Geschäftsführers und in Absatz 2 ausschließlich Pflichten des Notars geregelt. Der bisherige Absatz 2 wird Absatz. 3 Die neue Regelung in Absatz 3 ist eine Folgeregelung.

Das besondere an der neuen Regelung ist die starke Einbindung des Notars in das System der Übermittlung von Gesellschafterlisten. Bisher hatte der Notar lediglich die Verpflichtung anzuzeigen, dass er eine Abtretung beurkundet hat. Streitig war hierbei insbesondere, ob er die Namen des Abtretenden und des Annehmenden nennen musste. Nunmehr ist der Notar anstelle des Geschäftsführers verpflichtet, die Liste der Gesellschafter zum Register einzureichen, wenn er den Abtretungsvorgang beurkundet hat. Hierbei hat er zu beachten, dass er die Liste erst dann einreichen darf, wenn die Abtretung wirksam wird. Der Regierungsentwurf nennt als Beispiel für eine mögliche Unwirksamkeit bestehende Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers. Der Notar dürfe die Liste erst dann zum Register einreichen, wenn er bestehende Zweifel beseitigt hat. Es bedarf keines besonderen Hinweises, dass es sich hier nicht nur um ein besonders praxisfernes, sondern auch um ein besonders problematisches Beispiel handelt. Praxisfern deshalb, weil Geschäftsunfähige äußerst selten Geschäftsanteile abtreten (in meiner Praxis noch nie) oder ihre Geschäftsunfähigkeit nicht bemerkt wird, problematisch deshalb, weil der Notar verpflichtet ist, die Beurkundung vorzunehmen, auch wenn er Zweifel an der Geschäftsfähigkeit hat. Er darf nur dann nicht beurkunden, wenn er sicher ist, dass der Beteiligte geschäftsunfähig ist. Muss der Notar also beurkunden, darf aber die Liste nicht einreichen, ist er in einem echten Dilemma. Dieses zu lösen, sollte aber eher der Praxis überlassen werden. Wichtiger ist vielmehr der äußerst praxisrelevante Umstand, dass die Abtretung an die Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung geknüpft ist. Hier wird bedeutsam, dass der Notar sich über die Wirksamkeit der Abtretung Sicherheit verschaffen muss, was er bisher nicht brauchte. Die bisherige Verpflichtung nach § 40 Absatz 1 Satz 2 GmbHG war unabhängig von einer Wirksamkeit der Abtretung. Der Notar wird sich also jetzt Gedanken machen müssen, wie er sicherstellen kann, dass ihm die Wirksamkeit der Abtretung bekannt wird. Mit Einschränkung ist dieses nur durch Abwicklung über ein Notaranderkonto möglich. Sobald der Zahlungseingang vorliegt, ist

der Vertrag wirksam und der Notar ist verpflichtet, die Liste abzusenden.

Bestehen Im Vertrag Rücktrittsrechte oder auflösenden Bedingungen, so hindern diese nicht den Versand. Im Gegenteil: Der Notar darf mögliche spätere Unwirksamkeiten nicht beachten. Vielmehr ist der Geschäftsführer dann anstelle des Notars wieder gehalten, eine neue Liste der Gesellschafter einzureichen, falls der Rücktritt wirksam ausgeübt oder die auflösende Bedingung eingetreten ist.

Die Liste ist zudem mit einer Bescheinigung entsprechend § 54 Absatz 1 Satz 2 GmbH zu versehen, die wie folgt lauten könnte:

*Bescheinigung des Notars gemäß § 40 Absatz 2 Satz 3 GmbHG*

*Ich bescheinige hiermit, dass die geänderten Eintragungen in der Liste der Gesellschafter den Veränderungen entsprechen, an denen ich mitgewirkt habe, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.*

Der Notar hat weiterhin die Verpflichtung, eine Abschrift der Liste der Gesellschaft zu übersenden. Mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung, die der Liste der Gesellschafter nach neuem Recht zukommt, wird es sich besonders empfehlen, sich den Zugang der Liste bei der Gesellschaft nachweisen zu lassen (Einschreiben/ Rückschein, Empfangsquittung).

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Bei der Aufnahme des Erfordernisses, die Geschäftsanteile durchgehend zu nummerieren, handelt es sich um eine Folgeänderung. Im Übrigen kann es bei der herkömmlichen Gesellschafterliste bleiben. Dies minimiert auch den Prüfungsaufwand bei den Registerge-

richten. Da aber an die Gesellschafterliste, die über mehrere Jahre unrichtig und zudem widerspruchlos geblieben ist, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs geknüpft ist, soll die Richtigkeitsgewähr der Liste erhöht werden.

Der Entwurf macht nicht den Vorschlag, die Gesellschafter der Eintragungspflicht in das Handelsregister zu unterwerfen. Unverändert bleibt die Pflicht der Geschäftsführer, die Liste neu zu formulieren und zu unterzeichnen. Gemäß Absatz 3 haften die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste denjenigen auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat – im Fall einer Anteilsübertragung also sowohl dem Erwerber als auch dem Veräußerer. Nach Absatz 1 Satz 2 erfolgt die Änderung der Liste – entsprechend der Regelung beim Aktienregister (§ 67 Abs. 3 AktG) – auf Mitteilung und Nachweis. Den Geschäftsführern obliegt daher eine Prüfpflicht. Dadurch sollte im Regelfall die gebotene Sorgfalt bei Abgabe der Liste gewährleistet sein. Das Registergericht nimmt die Listen lediglich entgegen und hat keine inhaltliche Prüfungspflicht. Ein besonderes Eintragsrecht gegenüber dem Registergericht benötigen die Gesellschafter hingegen nicht. Erlangt das Registergericht glaubhafte Kenntnis davon, dass die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Gesellschafterliste nicht nachkommen, kann es sie nach § 132 Abs. 1 FGG dazu anhalten, eine neue Liste einzureichen. Diese Kenntnis kann dem Registergericht auch dadurch vermittelt werden, dass der Veräußerer oder der Erwerber dem Registergericht die Abtretung mitteilt. Veräußerer und Erwerber sind demnach nicht schutzlos, wenn sie Zweifel daran haben, ob der Geschäftsführer eine neue Liste zum Register gereicht hat. Darüber hinaus ist nach der vorgesehenen Neufassung des § 40 Abs. 2 der Notar zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, sofern er an der Veränderung mitgewirkt hat. Ferner kann ein Dritter, der sich eines Anteils berührt, die Zuordnung eines Widerspruchs herbeiführen.

Durch die vorgesehene Neufassung des § 40 Abs. 2 soll nun der Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einbezogen werden. Nicht gemeint sind Fälle, in denen ein Notar selbst Gesellschafter war oder wird, also Beteiligter ist. In den meisten Fällen der Veränderung der Personen oder der Beteiligungshöhe wirkt ein Notar in amtlicher Eigenschaft mit. Diese historische Ausgangslage wird vom vorliegenden Entwurf nicht geändert. Es bietet sich unter dieser Voraussetzung aber an, dass der z. B. an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar zugleich dafür Sorge trägt, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird. Dadurch wird das Verfahren besonders einfach und unbürokratisch und die Änderung der Gesellschafterliste kann gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden. Schon bisher war der Notar zu einer Mitteilung an das Registergericht verpflichtet. Die bisherige Regelung in § 40 Abs. 1 Satz 2 war aber unbefriedigend, da die Mitteilung an das Gericht erstens redundant war und die eigentliche geänderte Liste nicht ersetzte, zweitens nach Meinung mancher nur einen bloßen Hinweis ohne Nennung der betroffenen Personen enthielt und drittens bereits vor Wirksamkeit einer Abtretung erfolgte, also möglicherweise ins Leere ging, wenn die Abtretung nachträglich am Nichteintritt einer Bedingung o.ä. noch scheiterte. Es ist daher sinnvoll und drängt sich zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe im Interesse aller Beteiligten geradezu auf, mit der Abtretung zugleich auch die Folgeformalien mit zu erledigen. Ohne Eintragung in der Gesellschafterliste wird der neue Gesellschafter relativ zur Gesellschaft nicht berechtigt. Also muss die Berichtigung der Liste ohnehin in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Abtretung erledigt werden.

Die Formulierung „anstelle“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 stellt klar, dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen. Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt. Die

Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste bleibt unberührt.

Für die Pflicht des Notars, die Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung einzureichen, ist unerheblich, ob anschließend Unwirksamkeitsgründe eintreten können. Der Notar hat die Liste also auch dann unverzüglich nach Wirksamwerden einer Anteilsübertragung einzureichen, wenn die Beteiligten eine auflösende Bedingung oder eine Rückübertragungsklausel vereinbart haben. Ihn trifft auch keine Pflicht, den Vertrag im Hinblick auf den Eintritt der für das Wirksambleiben maßgeblichen Umstände zu überwachen. Bei Eintritt entsprechender Ereignisse besteht vielmehr eine Pflicht der Geschäftsführer zur Einreichung einer weiteren Liste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 oder es entsteht, wenn der Notar bei dem Ereignis mitwirkt, eine neue Pflicht des Notars aus § 40 Abs. 2 Satz 1.

Hat der Notar Zweifel, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam ist – etwa wegen Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers – darf er erst dann eine entsprechende Liste zum Handelsregister einreichen, wenn die Zweifel beseitigt sind.

Die Übermittlung der Liste an die Gesellschaft dient der Information der Gesellschafter. Dies ist zum einen wegen der Regelung des § 16 Abs. 1 und zum anderen wegen der Pflicht der Geschäftsführer zur Erstellung künftiger Gesellschafterlisten gemäß § 40 Abs. 1 notwendig. Für die Übermittlung der Liste gilt § 35 entsprechend. Das bedeutet: Für die Übermittlung an einen Vertreter der Gesellschaft genügt es, die Liste an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift zu übermitteln. Alternativ kann die Liste einer empfangsberechtigten Person nach § 10 Abs. 2 Satz 2 zugestellt werden. Im Fall der Führungslosigkeit ist die Übermittlung an einen Gesellschafter bzw. ein Aufsichtsratsmitglied möglich.

Die nach § 40 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Bescheinigung des Notars, die an die bereits bisher übliche Bescheinigung nach § 54 angelehnt ist, erhöht zusammen mit seiner vorangehenden Mitwirkung an der Veränderung die Richtigkeitsgewähr, welche neben der mehrjährigen Widerspruchsmöglichkeit den Rechtsverlust des wahren Berechtigten rechtfertigt.

In Fällen, in denen der Notar an einer Veränderung nicht mitwirkt (Gesamtrechtsnachfolge, Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen), bleibt die Einreichungspflicht mit Haftungsdrohung allein bei den Geschäftsführern.

§ 40 enthält keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass ein Geschäftsführer eine Änderung der Liste vornehmen möchte, weil er der Ansicht ist, eine Eintragung sei zu Unrecht erfolgt. Bereits aus den allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsführer folgt, dass in diesem Fall – wie in § 67 Abs. 5 AktG für das Aktienregister ausdrücklich ausformuliert – den Betroffenen vor Veranlassung der Berichtigung die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben ist.

## 28. Aufgaben der Gesellschafter - § 46 GmbHG

Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen:

1. ...

1a. ...

1b. ...

2. *die Einforderung der Einlagen;*

3. ...

4. die Teilung, *die Zusammenlegung* sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen

...

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Neufassung der Nummer 2: Die Formulierung wird entsprechend der Formulierung in § 28 Abs. 2 vereinfacht. Der Gesellschafter übernimmt einen Geschäftsanteil gegen die Verpflichtung, hierauf eine Einlage zu erbringen. Eingefordert werden kann daher die Einlage.

Änderung der Nummer 4: Die Vorschrift gibt die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen unter der Voraussetzung der Zustimmung der Gesellschaft frei. Indem sie das Verfahren regelt, setzt sie die Zulässigkeit von Teilung und Zusammenlegung voraus. Nach Aufhebung des § 17 bedarf es dazu keiner weiteren Ausführungen.

Es ist Sache der Gesellschafter zu entscheiden, ob und was sie an Teilungen und Zusammenlegungen zulassen wollen. Der Grundsatz wird auch in Zukunft sein, dass jeder Gesellschafter einen Geschäftsanteil hat. Eine Stückelung auf Nennbeträge von jeweils einem Euro macht, wiewohl rechtlich zulässig, praktisch keinen Sinn. Die Zustimmung der Gesellschaft bedarf eines Gesellschafterbeschlusses. Jede Teilung hat die Mindeststückelung nach § 5 Abs. 2 zu beachten. Dies bedarf keiner ausdrücklichen Erwähnung. Der Katalog des § 46 ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann die Teilung und Zusammenlegung an höhere oder geringere Voraussetzungen knüpfen. Der Grundsatz der Zustimmung der Gesellschaft ist jedoch sinnvoll. Der Zustimmung des Gesellschafters, dessen Geschäftsanteile von der Zusammenlegung oder Teilung betroffen werden, bedarf es darüber hinaus nicht. Ist bei Zusammenlegung ein Geschäftsanteil noch nicht voll eingezahlt oder ist er mit einer Nachschusspflicht oder mit Rechten Dritter belastet oder nach dem Gesellschaftsvertrag mit verschiedenen Rechten und Pflichten ausgestattet als der andere, so kann die Gesellschaft dies bei ihrer Zustimmung berücksichtigen. Nach Zusammenlegung oder Teilung haben die Geschäftsführer eine aktualisierte Gesell-

schafterliste zum Handelsregister einzureichen. Da Änderungen der Liste auf Antrag und Nachweis erfolgen, ist es dringend anzuraten, die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse schriftlich zu fassen.

## 29. Beschlussfassung nach Stimmenmehrheit - § 47 GmbHG

(1) ...

(2) *Jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme.*

(3) ...

(4) ...

### a) Bisherige Regelung

Jede 50 Euro eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme.

### b) Zukünftige Regelung

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu § 5 GmbHG. Da die Geschäftsanteile nicht mehr durch 50 teilbar sein müssen, muss auch die Regelung entfallen, dass sich die Stimmbildung an dem Mindestbetrag von 50 orientiert. Da der kleinste Geschäftsanteil mindestens einen Euro betragen muss, ist es sinnvoll, die Stimmbindung an diesen Wert zu binden. Ob es sinnvoll ist, Geschäftsanteile im Nennbetrag von einem Euro auszugeben, sei dahingestellt.

### c) Begründung des Regierungsentwurfs

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Da die Geschäftsanteile nicht mehr notwendigerweise durch fünfzig teilbar sein müssen, kann die Regelung in § 47 Abs. 2 nicht mehr aufrechterhalten werden. Insbesondere sind künftig Geschäftsanteile mit weniger als 50 Euro denkbar. Gesellschafter mit solchen Geschäftsanteilen müs-

sen dennoch im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft stimmberechtigt sein können.

Es erscheint daher sinnvoll, für jeden Euro eines Geschäftsanteils, der nach neuer Rechtslage auf volle Euro lauten muss, eine Stimme bei Abstimmungen zu gewähren. Zu erwägen wäre zwar auch die Vergabe jeweils einer Stimme pro Geschäftsanteil mit einer Gewichtung im Verhältnis der Beteiligung an der Gesellschaft. In diesem Fall wären jedoch bei einem Stimmrechtsausschluss eines Gesellschafters nach § 47 Abs. 4 schwierige und unnötige Umrechnungen erforderlich. Insofern erleichtert die gewählte Lösung die Bestimmung der Stimmgewichte zueinander auch gegenüber der jetzigen Rechtslage ganz erheblich. Jeder hat danach so viele Stimmen wie Anteile. Es wird sich durch einen reduzierten Umrechnungsaufwand wesentlich einfacher feststellen lassen, ob in einer Abstimmung die erforderliche Stimmenmehrheit zustande gekommen ist.

### **30. Abänderung nur durch Beschluss - § 53 GmbHG**

(1) ...

(2) Der Beschluss muss notariell beurkundet werden, derselbe bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. *Anstelle der notariellen Beurkundung reicht eine von dem Geschäftsführer unterzeichnete Niederschrift aus, wenn der Beschluss bei einem Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 2 Abs. 1a die Änderung der Firma oder der Höhe des Stammkapitals ohne Sacheinlagen, die Verlegung des Sitzes oder 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.* Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

(3) ...

**a) Bisherige Regelung**

Keine

**b) Zukünftige Regelung**

Die Vorschrift regelt den Fall, dass bei einer Gesellschaft, die nach der Mustersatzung gegründet wurde und nach wie vor nicht mehr als drei Gesellschafter hat, Veränderungen eintreten, die bei einer „richtigen“ GmbH beurkundungspflichtig wären. Der Entwurf sieht vor, dass die Beurkundungspflicht entfällt, wenn es um Änderungen der Firma, der Höhe des Stammkapitals ohne Sacheinlagen, der Verlegung des Sitzes oder der Auswahl eines anderen Unternehmensgegenstandes aus der Mustersatzung geht.

Ob die Regelung wirklich sinnvoll ist, muss stark bezweifelt werden.

**c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Beschlüsse über spätere Änderungen eines unter Verwendung des in Anlage 1 enthaltenen Musters geschlossenen Gesellschaftsvertrags sollen ebenso wie der Gründungsvertrag nicht der Beurkundungspflicht unterfallen, sofern weiterhin nicht mehr als drei Gesellschafter vorhanden sind und sich die Änderungen auf die Firma, den Sitz der Gesellschaft, die Höhe des Stammkapitals (bei einer Kapitalerhöhung ohne Vereinbarung von Sacheinlagen) oder die Auswahl eines anderen der in dem Muster vorgegebenen Unternehmensgegenstände beschränken. Eine Beurkundung scheint hinsichtlich dieser Punkte, die schon bei der Gründung variabel eingegeben werden können, auch zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern nicht erforderlich. Es reicht aus, dass der Geschäftsführer die Beschlussfassung niederlegt und unterzeichnet; dieses Dokument ist dann im Rahmen einer Anmeldung der Satzungsänderung dem Notar zwecks Vornahme der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 vorzulegen.

### 31. Erhöhung des Stammkapitals - § 55 GmbHG

(1) Wird eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so bedarf es zur Übernahme *jedes Geschäftsanteils an dem erhöhten Kapital* einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers.

(2) Zur Übernahme *eines Geschäftsanteils* können von der Gesellschaft die bisherigen Gesellschafter oder andere Personen, welche durch die Übernahme ihren Beitritt zu der Gesellschaft erklären, zugelassen werden. Im letzteren Falle sind außer dem *Nennbetrag des Geschäftsanteils* auch sonstige Leistungen, zu welchen der Beitretende nach dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet sein soll, in der in Absatz 1 bezeichneten Urkunde ersichtlich zu machen.

(3) Wird von einem der Gesellschaft bereits angehörnden Gesellschafter *ein Geschäftsanteil an dem erhöhten* Kapital übernommen, so erwirbt derselbe einen weiteren Geschäftsanteil.

(4) *Die Bestimmungen in § 5 Abs. 2 und 3 über die Nennbeträge der Geschäftsanteile sowie die Bestimmungen in § 19 Abs. 5 über die Verjährung des Anspruchs der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen sind auch hinsichtlich der an dem erhöhten Kapital übernommenen Geschäftsanteile anzuwenden.*

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Wie bei der Gründung der Gesellschaft übernimmt der Gesellschafter bei der Kapitalerhöhung einen „Geschäftsanteil“ an dem erhöhten Kapital und keine „Einlage“. Bei der Änderung in Absatz 4 handelt es sich zudem um eine Folgeänderung.

## 32. Sacheinlagen - § 56 GmbHG

(1) Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen ihr Gegenstand und der *Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den* sich die Sacheinlage bezieht, im Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals festgesetzt werden. Die Festsetzung ist in die in § 55 Abs. 1 bezeichnete Erklärung des Übernehmers aufzunehmen.

(2) Die §§ 9 und *19 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4* finden entsprechende Anwendung.

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 1: Die Formulierung entspricht der für § 5 Abs. 4 vorgeschlagenen Fassung.

Änderung von Absatz 2: Durch die Änderung werden die künftig in § 19 Abs. 2 Satz 2 enthaltene Regelung zur Aufrechnung durch den Gesellschafter sowie die Neuregelung der Rechtsfolgen bei verdeckten Sacheinlagen (§ 19 Abs. 4) auf die Kapitalerhöhung erstreckt. Die Aufnahme einer entsprechenden Verweisung in § 56 Abs. 2 ist erforderlich, da sich die genannten Vorschriften (anders als z. B. die allgemeine Regelung in § 19 Abs. 2 Satz 1) aufgrund der Bezugnahme auf § 5 Abs. 4 bzw. auf die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister unmittelbar nur auf die GmbH-Gründung beziehen.

### 33. Leistung der Einlagen auf das neue Stammkapital - § 56 a GmbHG

Für die Leistungen der Einlagen auf das neue Stammkapital *und die Bestellung einer Sicherung* findet § 7 Abs. 2 Satz 1 und 3, Abs. 3 entsprechende Anwendung.

#### Begründung des Regierungsentwurfs

Es handelt sich um eine Folgeänderung.

### 34. Anmeldung der Erhöhung der Stammkapitals - § 57 GmbHG

(1) Die beschlossene Erhöhung des Stammkapitals ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, nachdem das erhöhte Kapital durch Übernahme von *Geschäftsanteilen* gedeckt ist.

(2) In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, dass die Einlagen auf das neue Stammkapital nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und 3 , Abs. 3 bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. *§ 8 Abs. 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.*

(3) Der Anmeldung sind beizufügen:

1. die in § 55 Abs. 1 bezeichneten Erklärungen oder eine beglaubigte Abschrift derselben;
2. eine von den Anmeldenden unterschriebene Liste der Personen, welche die neuen *Geschäftsanteile* übernommen haben; aus der Liste *müssen die Nennbeträge der von jedem übernommenen Geschäftsanteile* ersichtlich sein;

**Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung von Absatz 1: Folgeänderung.

Änderung von Absatz 2: Bei der Änderung in Absatz 2 Satz 1 handelt es sich um eine Folgeänderung. In Satz 2 erfolgt eine sprachliche Anpassung an die vorgesehene Neufassung des § 8 Abs. 2 Satz 2, der künftig keine Regelung über den Anmeldungsinhalt mehr enthält, sondern die Auslegung des Merkmals der Leistung zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer betrifft; zudem wird auch die für § 8 Abs. 2 Satz 3 vorgesehene Neuregelung zur Anforderung von Nachweisen einbezogen.

Änderung von Absatz 3: Folgeänderung.

**35. Bekanntmachung der Eintragung - § 57 b GmbHG**

*Die Regelung wurde aufgehoben.*

**Begründung des Regierungsentwurfs**

Es handelt sich um die Fortsetzung des durch das EHUG begonnenen Verzichts auf Zusatzbekanntmachungen.

**36. Formen der Kapitalerhöhung - § 57 h GmbHG**

(1) Die Kapitalerhöhung kann vorbehaltlich des § 57i Abs. 2 durch Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile ausgeführt werden. Die neuen Geschäftsanteile und die Geschäftsanteile, deren

Nennbetrag erhöht wird, *müssen auf einen Betrag gestellt werden, der auf volle Euro lautet.*

(2)...

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung.

### **37. Formen der Kapitalerhöhung - § 57 I GmbHG**

(1) ...

(2) Teileingezahlte Geschäftsanteile nehmen entsprechend ihrem Nennbetrag an der Erhöhung des Stammkapitals teil. Bei ihnen kann die Kapitalerhöhung nur durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile ausgeführt werden. Sind neben teileingezahlten Geschäftsanteilen vollständig eingezahlte Geschäftsanteile vorhanden, so kann bei diesen die Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile und durch Bildung neuer Geschäftsanteile ausgeführt werden. *Die Geschäftsanteile, deren Nennbetrag erhöht wird, können auf jeden Betrag gestellt werden, der auf volle Euro lautet.*

### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung

### **38. Voraussetzung für eine Herabsetzung des Stammkapitals - § 58 GmbHG**

(1) ...

(2) Die Bestimmung in § 5 Abs. 1 über den Mindestbetrag des Stammkapitals bleibt unberührt. *Erfolgt die Herabsetzung zum Zweck der Zurückzahlung von Einlagen oder zum Zweck des Erlasses zu leistender Einlagen, dürfen die verbleibenden Nennbeträge der Geschäftsanteile nicht unter den in § 5 Abs. 2 und 3 bezeichneten Betrag herabgehen.*

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung.

### **39. Zulässigkeit der vereinfachten Kapitalherabsetzung - § 58 a GmbHG**

(1) ...

(2) ..

(3) Im Beschluss über die vereinfachte Kapitalherabsetzung sind die Nennbeträge der Geschäftsanteile dem herabgesetzten Stammkapital anzupassen. *Die Geschäftsanteile müssen auf einen Betrag gestellt werden, der auf volle Euro lautet.*

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung

#### 40. Gleichzeitige Kapitalherabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals - § 58 f GmbHG

(1) Wird im Fall des § 58e zugleich mit der Kapitalherabsetzung eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so kann auch die Kapitalerhöhung in dem Jahresabschluss als vollzogen berücksichtigt werden. *Die Beschlussfassung ist nur zulässig, wenn die neuen Geschäftsanteile übernommen, keine Sacheinlagen festgesetzt sind und wenn auf jeden neuen Geschäftsanteil die Einzahlung geleistet ist, die nach § 56a zur Zeit der Anmeldung der Kapitalerhöhung bewirkt sein muss.* Die Übernahme und die Einzahlung sind dem Notar nachzuweisen, der den Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals beurkundet.

(2)...

(3)...

#### Begründung des Regierungsentwurfs

In der Formulierung kommt wiederum zum Ausdruck, dass der Gesellschafter im Fall der Kapitalerhöhung einen neuen Geschäftsanteil und nicht eine Stammeinlage übernimmt.

#### 41. Gründe für die Auflösung - § 60 GmbHG

1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird aufgelöst

...

*6. mit der Rechtskraft einer Verfügung des Registergerichts, durch welche nach § 144a des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Mangel des Gesellschaftsvertrags festgestellt worden ist;*

...

## **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung.

### **42. Antragspflicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens - § 64 GmbHG**

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. *Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.* Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

#### **a) Ursprüngliche Regelung**

In § 64 Abs. 1 GmbHG ist die Verpflichtung der Geschäftsführer enthalten, bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen, Insolvenzantrag zu stellen

#### **b) Zukünftige Regelung**

Diese Regelung findet sich nunmehr einheitlich in § 15 a InsO.

Weiterhin wird § 64 Abs. 2 um einen Satz 3 ergänzt, der die Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen noch einmal erheblich ver-

schärft. Nach dem bisherigen Absatz 2 haftete der Geschäftsführer schon für Zahlungen, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung leistet. Nunmehr ist die Haftung auch für solche Zahlungen begründet worden, die an die Gesellschafter gehen und die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Hierdurch sollen wiederum die Gläubiger der GmbH vor den Gesellschaftern der GmbH geschützt werden, die noch versuchen, bei einer sich abzeichnenden Krise Geld aus der Gesellschaft abzuziehen oder mit der Auszahlung an sie die Krise überhaupt erst heraufbeschwören (Stichwort: existenzvernichtender Eingriff).

Für eine Ersatzpflicht müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Leistung an einen Gesellschafter
- Eintritt der Zahlungsunfähigkeit
- Kausalität
- Keine Entlastung

### **c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Aufhebung von Absatz 1: Die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrages ist nunmehr in § 15 a InsO geregelt.

Änderung des bisherigen Absatzes 2: Nach bisheriger Rechtslage sind die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden. Durch die Ergänzung des bisherigen § 64 Abs. 2 sollen künftig die Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter haften, die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Folge haben mussten, es sei denn, dass dies aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers nicht erkennbar war. Der Entwurf ergänzt hiermit die bestehenden Mechanismen, welche die Gesellschaftsgläubiger

gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern schützen.

Die Neuregelung überschneidet sich mit den Schutzinstrumenten des geltenden Rechts in mehreren Punkten: Nach § 30 Abs. 1 darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Der Entwurf ergänzt dieses Verbot, indem er auch Zahlungen erfasst, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht antasten, die aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen und tatsächlich auch herbeiführen. Das ist auch vor dem Hintergrund der Absenkung des Mindeststammkapitals eine wichtige Ergänzung des Gläubigerschutzes. Die §§ 129 ff. InsO und das Anfechtungsgesetz beschreiben einen umfassenden Katalog von gläubigerbenachteiligenden, insbesondere gesellschafterbegünstigenden Rechtshandlungen als anfechtbar. Die geplante Vorschrift geht über die Anfechtungsregeln hinaus, wenn deren zum Teil kurze Fristen abgelaufen sind, der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die entsprechende Kenntnis des Empfängers nicht bewiesen werden können und die Vermutungsregeln namentlich gegenüber nahestehenden Personen nicht erfüllt sind.

Der erweiterte § 64 richtet sich gegen den Abzug von Vermögenswerten, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Damit erfasst der Entwurf einen Teilbereich der Haftung, die unter dem Stichwort „existenzvernichtender Eingriff“ bekannt geworden ist. Es finden sich in dieser Bestimmung überdies Parallelen zum sog. „*solvency test*“. Der Entwurf setzt nicht beim Gesellschafter als Empfänger der existenzbedrohenden Vermögensverschiebung an, sondern beim Geschäftsführer als deren Auslöser oder Gehilfen. Vor diesem Hintergrund beabsichtigt der Entwurf keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greift demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor.

Mit der Änderung wird der Gefahr vorgebeugt, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit von den Gesellschaftern Mittel entnommen werden. Der Begriff der „Zahlungen“ ist wie in Satz 1 nicht auf reine Geldleistungen beschränkt, sondern erfasst auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die der Gesellschaft im Ergebnis Liquidität entzogen wird. Indem der Entwurf auch im neuen Satz 3 von Zahlungen spricht, ist jedenfalls keine Einschränkung des bisherigen Begriffsverständnisses – auch hinsichtlich der Berücksichtigung von Gegenleistungen – bezweckt.

Eine Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach dem neuen Satz 3 setzt dabei zunächst eine Kausalität für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit voraus. Dies ist z. B. dann nicht der Fall, wenn der Gesellschaft durch eine Gegenleistung des Gesellschafters im Ergebnis in gleichem Maße wieder liquide Vermögenswerte zugeführt werden. Weiter soll der Geschäftsführer keineswegs verpflichtet werden, jegliche Zahlungen an Gesellschafter zu ersetzen, die in irgendeiner Weise kausal für eine - möglicherweise erst mit erheblichem zeitlichem Abstand eintretende - Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geworden sind. Vielmehr muss die Zahlung ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Das bedeutet nicht, dass im Moment der Leistung die Zahlungsunfähigkeit eintreten muss, es muss sich in diesem Moment aber klar abzeichnen, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen können. Außergewöhnliche Ereignisse, die die Zahlungsfähigkeit hätten retten können, mit denen man aber im Moment der Auszahlung nicht rechnen konnte, bleiben außer Betracht. Das Tatbestandsmerkmal „führen musste“ macht umgekehrt aber unmissverständlich deutlich, dass nicht jede Leistung gemeint ist, die erst nach Hinzutretenden weiterer im Moment der Zahlung noch nicht feststehender Umstände zur Zahlungsunfähigkeit führt. Die Ersatzpflicht besteht zudem

nur in dem Umfang („soweit“), wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen und nicht z. B. durch eine Gegenleistung des Gesellschafters ausgeglichen worden sind.

Der Satz 2 gibt dem Geschäftsführer eine Entlastungsmöglichkeit, wenn er die Tatbestandsmerkmale des Zahlungsverbots, also insbesondere ihre Geeignetheit, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, auch unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht erkennen konnte. Da die Herbeiführung der künftigen Zahlungsunfähigkeit zu den objektiven Bedingungen des Tatbestandes gehört, betrifft der Entlastungsbeweis Fälle, in denen der Geschäftsführer diese subjektiv aufgrund besonderer Umstände nicht erkennen konnte.

Die Erweiterung der Haftung der Geschäftsführer ist nur mit Vorsicht und Zurückhaltung vorzunehmen, weil Geschäftsführer grundsätzlich an Weisungen der Gesellschafter gebunden sind und im Falle der Fremdgeschäftsführung ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zum Gesellschafter bestehen kann. Grundsätzlich muss der Geschäftsführer Weisungen auch dann befolgen, wenn er sie für unternehmerisch verfehlt hält. Die Weisungsgebundenheit endet jedoch dort, wo der Geschäftsführer durch Ausführung der Weisung eine ihn treffende gesetzliche Pflicht verletzen und sich selbst gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig machen würde. Dementsprechend schneidet § 43 Abs. 3, auf den § 64 verweist, dem Geschäftsführer den Einwand ab, er habe einen Beschluss der Gesellschafter befolgt. Zweifelt der Geschäftsführer, ob eine Zahlung an die Gesellschafter gegen den erweiterten § 64 verstoßen würde, muss er sein Amt niederlegen, statt die von den Gesellschaftern gewünschte Zahlung vorzunehmen. Die hier vorgeschlagene Regelung ist in ihrem Anwendungsbereich eng begrenzt und in ihren Voraussetzungen klar erkennbar und stellt damit keine Überforderung der Geschäftsführer dar.

Die in diesem Entwurf vorgenommene Erweiterung des § 64 hat einen starken insolvenzrechtlichen Bezug. Dies erleichtert es, § 64 als insolvenzrechtliche Norm zu qualifizieren und gemäß Artikel 3 Abs. 1, Artikel 4 Abs. 1 und 2 Satz 1 EuInsVO auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften anzuwenden, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland liegt. Die Neuregelung trägt so dazu bei, die zum Teil geringeren Gründungsvoraussetzungen ausländischer Gesellschaften zu kompensieren, die bei einer Tätigkeit in Deutschland nicht dem strengen Insolvenzrecht ihres Herkunftsstaats unterliegen.

#### **43. Anmeldung der Auflösung und Bekanntmachung - § 65 GmbHG**

(1) Die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Dies gilt nicht in den Fällen der Eröffnung oder der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der gerichtlichen Feststellung eines Mangels des Gesellschaftsvertrags *oder der Nichteinhaltung der Verpflichtungen nach § 19 Abs. 4*. In diesen Fällen hat das Gericht die Auflösung und ihren Grund von Amts wegen einzutragen. Im Falle der Löschung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 7) entfällt die Eintragung der Auflösung

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Folgeänderung

#### 44. Liquidation - § 66 GmbHG

(1)...

(2)...

(3)...

(4) Für die Auswahl der Liquidatoren findet § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 entsprechende Anwendung.

(5)...

#### Begründung des Regierungsentwurfs

Es handelt sich einmal um eine Folgeänderung. Zum anderen wird durch den uneingeschränkten Verweis auf § 6 Abs. 2 Satz 2 nunmehr auch ausdrücklich derjenige vom Amt des Liquidators ausgeschlossen, der als Betreuer einem Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB unterliegt.

#### 45. Rechte und Pflichten der Liquidatoren - § 71 GmbHG

(1)...

(2)...

(3)...

(4) Im übrigen haben sie die aus §§ 37, 41, 43 Abs. 1, 2 und 4, § 49 Abs. 1 und 2, § 64 sich ergebenden Rechte und Pflichten der Geschäftsführer.

(5) *Auf den Geschäftsbriefen ist anzugeben, dass sich die Gesellschaft in Liquidation befindet; im Übrigen gilt § 35a entsprechend.*

## Begründung des Regierungsentwurfs

Änderung von Absatz 4: Folgeänderung.

Änderung von Absatz 5: Es wird gegenüber der bisherigen Rechtslage keine inhaltliche, sondern eine lediglich formale Änderung verfolgt. Das Gewollte lässt sich gesetzestechnisch sinnvoller und überschaubarer durch eine entsprechende Verweisung auf § 35a regeln. Die dort geforderten Angaben auf den Geschäftsbriefen bezüglich der Geschäftsführer gelten im Rahmen des § 71 entsprechend für die Angaben bezüglich der Liquidatoren. Im Übrigen sind auf den Geschäftsbriefen einer Gesellschaft in Liquidation die gleichen Angaben zu machen wie im Rahmen des § 35a.

### 46. Rechte und Pflichten der Liquidatoren - § 71 GmbHG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. als Gesellschafter oder als Geschäftsführer zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die Übernahme der **Geschäftsanteile**, die Leistung der Einlagen, die Verwendung eingezahlter Beträge, über Sondervorteile, Gründungsaufwand **und Sacheinlagen**,
2. als Gesellschafter im Sachgründungsbericht,
3. als Geschäftsführer zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Stammkapitals über die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals oder über Sacheinlagen,
4. als Geschäftsführer in der in § 57i Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Erklärung oder
5. als **Geschäftsleiter einer inländischen oder ausländischen juristischen Person** der nach § 8 Abs. 3 Satz 1 oder § 39 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung oder als Liquidator in der nach § 67 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung falsche Angaben macht.

**a) Bisherige Regelung**

Keine

**b) Zukünftige Regelung**

Die Regelung in Nr. 1 ist eine reine Folgeregelung.

Die Regelung in Nr. 5 ist neu und zielt auf eine Änderung des § 13 g Abs. 2 HGB ab. Nunmehr müssen auch Geschäftsführer einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, insbesondere also einer englischen Limited, eine Versicherung nach § 8 Abs. 3 über das Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen abgeben. Entsprechendes gilt für spätere Änderungen im Geschäftsführerbereich nach § 39 Abs. 3.

**c) Begründung des Regierungsentwurfs**

Änderung der Nummer 1: In Nummer 1 wird erneut auf die Übernahme von „Geschäftsanteilen“ durch die Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft abgestellt. Die Differenzierung zwischen der Übernahme der Geschäftsanteile einerseits und der Einlageverpflichtung andererseits kommt in der Vorschrift wiederum zum Ausdruck. Im Übrigen handelt sich um eine Folgeänderung zu Nummer 8.

Änderung der Nummer 5: Nach § 13g Abs. 2 HGB-E ist künftig auch in der Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine Versicherung nach § 8 Abs. 3 über das Nichtvorliegen von Bestellungshindernissen abzugeben; Entsprechen des gilt in Bezug auf spätere Anmeldungen für die Versicherung nach § 39 Abs. 3. In Folge dieser Änderungen wird auch die Strafbarkeit nach § 82 Abs. 1 Nr. 5 auf falsche Angaben in entsprechenden Versicherungen ausgedehnt. Auf die ausführliche Begründung zu Artikel 3 Nr. 3 Buchstabe

b Doppelbuchstabe bb, Nr. 4 Buchstaben a und c, Nr. 5 Buchstaben a und c – Änderung von § 13e Abs. 3, §§ 13f und 13g HGB wird im Übrigen verwiesen.

#### **47. Freiheits- oder Geldstrafe wegen Pflichtverletzung bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung - § 84 GmbHG**

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es als Geschäftsführer unterläßt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen.

(2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

##### **a) Bisherige Regelung**

§ 84 GmbHG sanktionierte bisher in Absatz 1 Nr. 2 die unterlassene Verpflichtung des Geschäftsführers, wenn dieser entgegen § 64 Abs. 1 oder als Liquidator entgegen § 71 Abs. 4 es unterlassen hatte, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

##### **b) Zukünftige Regelung**

Der bisherige Absatz 1 Nr. 2 ist nunmehr in das Insolvenzrecht verlagert worden, so dass § 84 Abs. 1 nur noch sanktioniert, wenn der Geschäftsführer es unterläßt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen.

#### **48. Beibehaltung und Umstellung des Stammkapitals - § 86 GmbHG - und Anwendung des § 42 a - § 87 GmbHG**

Die Regelungen wurden aufgehoben

#### **Begründung des Regierungsentwurfs**

Der bisherige Wortlaut der §§ 86 und 87 wird in das neu geschaffene Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung überführt.