

Berlin, im Februar 2007
Stellungnahme Nr. 06/07
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

**zum
Referentenentwurf eines**

**Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts
und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)

Dr. Manfred Balz

Dr. Christian Decher

Dr. Hans Friedrich Gelhausen

Dr. Wilhelm Happ (Berichterstatter)

Dr. Peter Hemeling

Dr. Georg Hohner

Dr. Hans-Christoph Ihrig

Prof. Dr. Gerd Krieger

Dr. Georg Maier-Reimer

Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner

Dr. Welf Müller (Berichterstatter)

Prof. Dr. Arndt Raupach

Dr. Bodo Riegger (Berichterstatter)

Prof. Dr. Johannes Semler

Prof. Dr. Walter Sigle (Berichterstatter)

Prof. Dr. Frank A. Schäfer

Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Landesgruppen und -verbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Handelsrechtsausschuß des DAV
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Richterbund
ÖTV Abt. Richterinnen und Richter
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
ver.di
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung -
GmbH-Rundschau
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Frankfurter Allgemeine Zeitung
NJW
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Das Bundesministerium der Justiz hat am 29. Mai 2006 den Referentenentwurf eines umfangreicheren Gesetzesvorhabens zur Reform des GmbH-Rechts vorgelegt, der den Titel „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ trägt. Der Handelsrechtsausschuss nimmt nachfolgend zu diesem Entwurf Stellung, verbunden mit der Anregung, auch in dem Referentenentwurf nicht behandelte Themen aufzugreifen, nämlich die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage bei GmbH und AG und das Formerfordernis der Beurkundung von Vereinbarungen zur Abtretung von Geschäftsanteilen.

A. Vorbemerkungen

I. Zielsetzung des Gesetzentwurfs

- 2 Im Allgemeinen Teil der Begründung umreißt der Referentenentwurf den Prüfungsbedarf, der sich seit der letzten größeren GmbH-Novelle des Jahres 1980 ergeben hat. Prüfungsbedarf sieht der Entwurf vor allem unter den Aspekten
- des Schutzes vor missbräuchlicher Verwendung und
 - des Wettbewerbs der Rechtsformen, der insbesondere nach der „Inspire Art“-Entscheidung des EuGH entstanden sei.

Die Reform solle dem Umstand Rechnung tragen, dass die GmbH als Beteiligungsform für mittelständische Unternehmen von besonderer Bedeutung ist.

Dem letztgenannten Gesichtspunkt trägt der Entwurf durch eine Vielzahl von Änderungsvorschlägen Rechnung, die in erster Linie darauf gerichtet sind, die Kapitalaufbringung zu erleichtern, praxisunfreundliche Formalismen abzuschaffen und Rechtsunsicherheiten, die durch die Rechtsprechung entstanden sind, durch einen „Federstrich“ zu beseitigen und insbesondere den Gläubigerschutz in der Insolvenz zu verbessern.

- 3 Der Handelsrechtsausschuss begrüßt diese Zielsetzung und auch die meisten der dazu vorgelegten Änderungsvorschläge, die schwerpunktmäßig allerdings weniger mit Missbrauchsbekämpfung zu tun haben und voraussichtlich auch den Wettbewerb der Rechtsformen, und hier insbesondere den zwischen der GmbH und der Ltd., nicht wesentlich beeinflussen werden. Inwieweit die Rechtsform der GmbH durch die Ltd. „bedroht“ ist, lässt sich zurzeit noch nicht zuverlässig beurteilen. In der Literatur und in verschiedenen Stellungnahmen und statistischen Erhebungen hat sich noch kein einheitliches Bild ergeben. Ein solch unklarer rechtstatsächlicher Hintergrund kann keine Grundlage für eine umwälzende Reform des GmbH-Rechts sein. Der vorliegende Entwurf beschränkt sich deshalb mit Recht auf vergleichsweise kleine Reformschritte. Das Gleiche gilt für Überlegungen und Vorschläge, durch neue Rechtsformen (z.B. „Kauf-

mann mit beschränkter Haftung“, „Basis-GmbH“ oder „Unternehmensgründergesellschaft“) Anreize für Unternehmensgründungen für Personen zu geben, die sich ein Mindeststammkapital - in welcher Höhe auch immer – angeblich nicht leisten können. Auch diese Diskussionen mögen weiter geführt werden, sprechen aber jedenfalls nicht gegen den vorsichtigen Reformansatz des vorliegenden Entwurfs.

II. Zusätzliche Themen

4

Der Handelsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber über die im Folgenden zu erörternden Gesetzesvorschläge hinaus weitere Problembereiche aufgreifen sollte, in denen Klärungs- und Reformbedarf besteht. Er beschränkt sich darauf, in Abschnitt C dieser Stellungnahme zwei für die Praxis besonders wichtige Themen anzusprechen. Das ist zum einen die verdeckte Sacheinlage, deren Behandlung durch das Gesetz und die Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfolgen und die Heilungsmöglichkeiten, in der Praxis große Probleme bereitet. Die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage bei GmbH und AG sollten gesetzlich geregelt werden. Dazu unterbreitet der Handelsrechtsausschuss einen Vorschlag (vgl. dazu C.I). Das zweite Thema betrifft die Beurkundung der Verpflichtung zur Übertragung von Geschäftsanteilen und der damit im Zusammenhang stehenden Absprachen. Insbesondere das sog. Vollständigkeitsgebot führt in der Praxis zu großer Rechtsunsicherheit. Der Handelsrechtsausschuss regt hierzu eine Änderung von § 15 GmbHG an (vgl. dazu C.II)

B.

Zum Referentenentwurf

I. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes mit beschränkter Haftung)

1. Zu Nr. 1 (Überschrift des Gesetzes)

5

Der Entwurf ergänzt die Überschrift des Gesetzes durch die Kurzbezeichnung „GmbHG“. Er übernimmt damit die bereits im SE-Ausführungsgesetz verwendete Praxis, die Kurzbezeichnung der Rechtsform in der Überschrift des Gesetzes wiederzugeben. Bei sich bietender Gelegenheit sollte auch in anderen Gesetzen (z.B. dem Genossenschaftsgesetz) analog verfahren werden. Auch wenn die Gesetzesüberschrift des Aktiengesetzes eigentlich keiner Abkürzung bedarf, wäre es aber doch folgerichtig, auch hier hinter der Überschrift „Aktiengesetz“ die Abkürzung „AktG“ hinzuzufügen.

2. Zu Nr. 2 (Änderung von § 4 a GmbHG), Artikel 5 Nr. 1 (Änderung von § 5 AktG) - Sitz der Gesellschaft

6

Mit der vorgeschlagenen Änderung von § 4 a GmbHG und § 5 AktG nimmt der Gesetzgeber Abstand von der Sitztheorie. Der im Gesellschaftsvertrag festzulegende Sitz der Gesellschaft („Satzungssitz“) soll zwar zwingend im Inland liegen, aber es soll nicht mehr erforderlich sein, dass die Gesellschaft auch ihren Verwaltungssitz im Inland hat. Ebenso wie nach der Rechtsprechung des EuGH im EU-Ausland gegründete Gesellschaften ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland unterhalten können, soll es auch deutschen Gesellschaften möglich sein, sich mit der Hauptverwaltung im Ausland niederzulassen. Das ist im Interesse

der Wettbewerbsgleichheit mit EU-Auslandsgesellschaften zu begrüßen. Allerdings geht die vorgeschlagene Änderung darüber hinaus, da sie den in Deutschland eingetragenen GmbH's und AG's auch ermöglicht, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einem Land außerhalb der EU zu wählen. Es soll also die Sitztheorie nicht nur für den Bereich der EU, sondern darüber hinaus aufgegeben werden. Auch das ist nicht zu beanstanden.

- 7 Redaktionell wird angeregt, § 4 a GmbHG ganz zu streichen, den geänderten Abs. 1 als neuen Abs. 2 in § 4 GmbHG zu übernehmen und die Überschrift von § 4 GmbHG entsprechend zu „Firma und Sitz“ zu ergänzen.

3. Zu Nr. 3 (Änderung von § 5 Abs. 1 GmbHG - Mindeststammkapital)

Durch die Änderung soll unter Beibehaltung des Prinzips des festen Stammkapitals das Mindeststammkapital auf € 10.000,-- herabgesetzt werden.

- 8 (1) Mit der Herabsetzung des Mindeststammkapitals bekennt sich der Entwurf - ungeachtet der Höhe des Stammkapitals - zum Prinzip des festen Stammkapitals. Damit wendet sich der Entwurf gegen die Auffassung, nach der das feste Kapital nicht nur nutzlos, kostspielig und überflüssig, sondern sogar schädlich sei. Der Handelsrechtsausschuss begrüßt diesen grundsätzlichen Standpunkt des Entwurfs, der auf Fortführung einer mehr als 100 Jahre bestehenden Tradition gerichtet ist und ungeachtet der Änderungstendenzen als Bestandteil kontinentaler Rechtskultur bezeichnet werden darf. Der Referentenentwurf ist eindrucksvoll bestätigt worden durch die Abstimmung in der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages, die mit einer hohen Mehrheit für die Beibehaltung des Mindeststammkapitals als zwingende Voraussetzung der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter einer GmbH votiert hat.

- 9 Der Entwurf greift nicht die von verschiedenen Seiten gemachten Vorschläge auf, die Zulässigkeit von Ausschüttungen nicht von dem nach den Vorschriften des HGB ermittelten verfügbaren Eigenkapital abhängig zu machen, sondern an einen zukunfts- und liquiditätsorientierten Solvenztest anzuknüpfen. Auch diese Vorschläge sind noch nicht ausdiskutiert. Es ist auch fraglich, ob das mit einem Solvenztest verbundene aufwendige Verfahren von einer mittelständischen GmbH, die durch die anstehende Reform gefördert werden soll, problemlos umgesetzt werden könnte.

- 10 (2) Mit dem Vorschlag, das Mindeststammkapital auf € 10.000,-- festzusetzen, übernimmt der Entwurf den Vorschlag aus dem vorangegangenen Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (vgl. dazu die ablehnende Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses vom Mai 2005, abgedruckt in NZG 2005, 548). Die Argumente für und wider die Beibehaltung des erst 1980 eingeführten Mindeststammkapitals von € 25.000 (DM 50.000) sind in zahlreichen Äußerungen ausgebreitet worden. Wenn der Gesetzgeber zu dem vor 1980 geltenden Mindeststammkapital von € 10.000 (DM 20.000) zurückkehrt, muss man das als politische Entscheidung hinnehmen. Der Gesetzgeber sollte allerdings erwägen, ob er nicht doch der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages folgen will, die mit deutlicher Mehrheit eine Reduzierung des geltenden Mindeststammkapitals abgelehnt hat. Der Handels-

rechtsausschuss schlägt vor, entsprechend diesem Votum das bisherige Mindeststammkapital von € 25.000,-- beizubehalten.

4. Zu Nr. 3 (Änderung von § 5 Abs. 2 und Aufhebung von § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG - Stückelung der Geschäftsanteile und Teilbarkeitsregel)

Nach dem Entwurf soll zum einen das bisherige Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen aufgehoben und zum anderen die Mindeststückelung auf € 1,-- festgesetzt und demgemäß die Teilbarkeitsregelung aufgehoben werden.

- 11 (1) De lege lata ist es bereits zulässig, dass ein Gesellschafter durch den zusätzlichen Erwerb eines bestehenden Anteils oder die Übernahme einer weiteren Stammeinlage im Zuge einer Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile hält. Dann ist es nur konsequent, das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bei der Gründung der Gesellschaft zu streichen.

Es fragt sich, ob allein durch die Streichung des bisherigen Verbots hinreichend klar zum Ausdruck gebracht wird, dass künftig ein Gesellschafter bei der Gründung mehrere Stammeinlagen übernehmen darf. Der Handelsrechtsausschuss regt an, den bisherigen § 5 Abs. 2 GmbHG nicht aufzuheben, sondern das erste Wort des Satzes („kein“) durch „ein“ zu ersetzen.

- 12 (2) Anders als das Thema des Mindeststammkapitals hat die neue Bestimmung über die Höhe einer Mindeststammeinlage mit dem Gläubigerschutz nichts zu tun. Ihr Ziel ist vielmehr, für die Praxis Erleichterungen zu schaffen bei der Gestaltung von Geschäftsanteilen sowie deren Teilung und Übertragung. Das ist zu begrüßen.

- 13 (3) Im Zusammenhang mit der Neuregelung zur Stückelung der Geschäftsanteile stellen sich die Fragen,

- wie und wo die Stückelung der Anteile vereinbart und dokumentiert werden muss und
- unter welchen Voraussetzungen sie durch Teilung oder Zusammenlegung geändert werden kann.

- 14 a) Der Handelsrechtsausschuss schlägt vor, im Gesetz vorzusehen, dass eine Änderung der Stückelung durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter möglich ist und ein solcher Beschluss in Anlehnung an die heutige Regelung von § 17 Abs. 2 GmbHG der Schriftform bedarf.

Die Gesellschafter müssen stets Herr der Stückelung der Geschäftsanteile sein. Von diesem Recht machen die Gesellschafter zum ersten Mal bei der Gründung der Gesellschaft Gebrauch und dokumentieren dies in der Gründungsurkunde. Anders als bei der AG muss die Stückelung bei der GmbH nicht notwendig in der Satzung festgeschrieben werden, was eine Änderung nur unter den schwerfälligen Voraussetzungen einer Satzungsänderung möglich machen würde.

- 15 Auch der Gesetzentwurf verlangt keine Satzungsänderung für eine Änderung der Stückelung. Aber er belässt es bei der Regelung des § 17 GmbHG, wonach eine Änderung der Stückelung nur im Zuge einer Übertragung oder Vererbung von Teilen eines Geschäftsanteils möglich ist. Die Entscheidung der Gesellschafter über eine Änderung der Stückelung sollte jedoch losgelöst davon möglich sein, ob die Teilung im Zusammenhang mit einem Erbgang oder Verkehrsgeschäft konkret erforderlich ist. Die Zulassung einer Teilung „auf Vorrat“ im Hinblick auf etwaige künftige Veräußerungsfälle läge konsequent auf der Linie der neuen Regelung, wonach ein Gesellschafter bei der Gründung mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann. Die Gesellschafter könnten anderenfalls geneigt sein, bereits bei der Gründung in Anlehnung an das Aktiengesetz die Geschäftsanteile kleiner zu portionieren, als dies ökonomisch und praktisch ist.
- 16 Gegen eine Teilung durch schriftlichen Beschluss der Gesellschafter dürften unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes keine Bedenken bestehen. Die Rechtslage ist ähnlich wie bei der Teilung nicht verbrieftter Aktien. Der Gesellschafter kann bei Verkaufsgeschäften gegenüber dem Notar durch Vorlage des Teilungsbeschlusses die Existenz des geteilten Geschäftsanteils nachweisen. Zur besseren Identifizierung der Geschäftsanteile wird es sich empfehlen, Geschäftsanteile mit gleichen Nennbeträgen durch Nummern zu kennzeichnen und dadurch zu individualisieren. Aber das kann der notariellen Praxis überlassen bleiben und braucht nicht im Gesetz vorgeschrieben zu werden. Auch unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes bestehen keine Bedenken gegen einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter, der eine Teilung der Geschäftsanteile zum Inhalt hat. Die Fungibilität der Geschäftsanteile wird nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil sogar verbessert. Auch im Aktienrecht kann ein Aktiensplit durch Mehrheitsbeschluss beschlossen werden.
- 17 Der Gesellschaftsvertrag sollte entsprechend § 17 Abs. 3 des geltenden GmbH-Rechts von dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses befreien können, soweit die Änderung der Stückelung im Rahmen der Veräußerung oder Vererbung erfolgt. Über den heutigen Wortlaut des § 17 Abs. 3 GmbHG hinaus sollte das Gesetz auch zulassen, dass der Gesellschaftsvertrag einen Gesellschafterbeschluss für entbehrlich erklärt, wenn der Geschäftsanteil eines verstorbenen Gesellschafters zur Erfüllung eines Vermächnisses geteilt werden soll.
- 18 Fraglich ist, ob das Gesetz weitergehend die Teilung in das Ermessen jedes betroffenen Gesellschafters stellen und lediglich die Möglichkeit belassen sollte, im Gesellschaftsvertrag für die Teilung von Geschäftsanteilen einen Gesellschafterbeschluss zu verlangen. Eine so weitgehende Liberalisierung könnte jedoch Probleme in der Dokumentation bereiten und Unklarheiten beim Gutgläubensschutz zur Folge haben.
- 19 b) Auch die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, die im Gesetz bislang nicht geregelt ist, kann durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Gesellschaft erfolgen. Sie sollte als Gegenstück zur Teilung in § 17 GmbHG ausdrücklich geregelt werden. Nach allgemeiner Meinung setzt die Zusammenlegung voraus, dass die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind und die betroffenen Gesellschafter zustimmen. Es dürfte genügen, dieses in der Begründung des Gesetzentwurfs klarzustellen.

- 20 c) Bei Übernahme dieser Anregungen ergibt sich über die vom Regierungsentwurf vorgesehenen Änderungen hinaus weiterer Änderungsbedarf für § 17 GmbHG. Der Handelsrechtsausschuss schlägt die folgende Neufassung von § 17 GmbHG und die folgenden Änderungen von § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und § 46 Nr. 4 GmbHG vor:

„§ 17

- (1) Geschäftsanteile können durch Beschluss der Gesellschafter geteilt oder zusammengelegt werden. Der Beschluss bedarf der Schriftform. Er ist der Geschäftsführung unverzüglich zu übermitteln.
- (2) Für die Teilung gilt § 5 Abs. 2 entsprechend.
- (3) Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass für die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils an andere Gesellschafter sowie für die Teilung von Geschäftsanteilen verstorbener Gesellschafter unter deren Erben und Vermächtnisnehmern ein Beschluss der Gesellschafter nicht erforderlich ist.“

In § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG werden die Worte „oder des Umfangs ihrer Beteiligung“ ersetzt durch die Worte „oder in der Zahl oder dem Nennbetrag ihrer Geschäftsanteile“.

In § 46 Nr. 4 GmbHG werden hinter den Worten „die Teilung“ die Worte „und Zusammenlegung“ eingefügt.

5. Zu Nr. 4 (Änderung von § 6 GmbHG - Anforderungen an Geschäftsführer)

- 21 Die Verschärfungen, die durch die Neuregelung von § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hinsichtlich der persönlichen Anforderungen an Geschäftsführer geschaffen werden sollen, sind zu begrüßen, auch wenn sie im Einzelfall zu Härten führen mögen.

- 22 Die Erweiterung der Ausschlussstatbestände auf die Rechnungslegungsdelikte der §§ 399 bis 401 AktG und der §§ 82, 84 GmbHG ist konsequent. Dies sind Straftatbestände, die in einem notwendigen inneren Zusammenhang zur Geschäftsleitungstätigkeit stehen. Konsequent wäre es dann allerdings auch, die Straftatbestände der §§ 331 bis 333 HGB mit aufzunehmen. Auch diese Tatbestände hängen unmittelbar mit dem Pflichtenkreis der Geschäftsführung zusammen.

- 23 Die Beschränkung in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG-E auf Vorsatztaten ist zu begrüßen.

- 24 Wie schon bisher verzichtet auch der Referentenentwurf darauf, die Verurteilung wegen Delikten des allgemeinen Strafrechts (insbesondere Betrug und Untreue) in die Ausschlussstatbestände aufzunehmen. Diese Tatbestände stünden in keinem notwendigen inneren Zusammenhang zur Geschäftsleitertätigkeit. Das ist zwar richtig. Aber es führt zu einem Wertungswiderspruch, wenn insbesondere die im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Geschäftsführer begangenen gravierenden Betrugs- und Untreuedelikte gegenüber den Bilanz-

delikten unbeachtlich bleiben sollen, obwohl häufig Idealkonkurrenz mit den Bilanzdelikten vorliegen wird.

6. Zu Nr. 5 (§ 7 Abs. 2 GmbHG-E – Anmeldung zum Handelsregister)

25 Die Streichung des § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG ist zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der GmbH im europäischen Umfeld empfehlenswert. Sie führt dazu, dass für die Bargründung einer Ein-Mann-GmbH künftig nur ein Barbetrag von EUR 5.000 aufzubringen sein wird, ohne dass eine zusätzliche Sicherheitsleistung erforderlich ist. Die bisher geltenden besonderen Anforderungen an die Gründung einer Ein-Mann-GmbH wurden in der Praxis ohnehin häufig durch Aufnahme eines zweiten Gesellschafters mit geringer Stammeinlage umgangen; die Streichung bedeutet somit keine erhebliche Verringerung des Gläubigerschutzes.

26 Daneben hat der Handelsrechtsausschuss zu § 7 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GmbHG folgende Anregung: Es sollte verhindert werden, dass die Mindesteinlage von einem Viertel zu ungeraden Beträgen, bei einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von EUR 1,00 sogar nur zu EUR 0,25 führt. § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-E könnte daher lauten:

„Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn auf jede Stammeinlage, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel eingezahlt ist; der eingezahlte Betrag muss auf volle Euro lauten.“

7. Zu Nr. 6 und Nr. 7 (§ 8 GmbHG-E - Anlagen zur Anmeldung; § 10 GmbH-E - Eintragung der GmbH)

27 Gemäß § 8 Abs. 4 GmbHG-E ist in der Anmeldung zukünftig eine inländische Geschäftsanschrift der GmbH anzugeben. Neben dem Sitz der Gesellschaft wird diese Geschäftsanschrift gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E zukünftig Registerinhalt. Vergleichbare Regelungen schlägt der Referentenentwurf für die AG, Personenhandelsgesellschaften, Einzelkaufleute und Zweigniederlassungen vor. Die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG macht deutlich, dass die inländische Geschäftsanschrift weder mit dem Satzungssitz noch mit dem möglicherweise ausländischen Verwaltungssitz übereinstimmen muss; es kann nach der Begründung (S. 46) auch die Wohnanschrift eines Geschäftsführers oder Gesellschafters sein. An die Eintragung der Geschäftsanschrift sind für die Praxis bedeutsame Rechtsfolgen geknüpft, wie die Möglichkeit der Zustellung an alle Vertreter der Gesellschaft unter dieser eingetragenen Geschäftsanschrift (§ 35 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHG-E) sowie der erleichterten öffentlichen Zustellung (§ 185 Nr. 2 ZPO-E), die bei juristischen Personen gemäß § 15 a HGB-E auch für die Zustellung von Willenserklärungen genutzt werden kann.

28 Den Gesellschaften steht es gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E frei, zusätzlich dritte Personen als für die Gesellschaft empfangsberechtigt im Handelsregister eintragen zu lassen. Dies hat für die Gesellschaft den Vorteil, dass eine öffentliche Zustellung auch den erfolglosen Zustellungsversuch bei diesem Empfangsberechtigten voraussetzt; der Entzug der Empfangsberechtigung ist Dritten gegenüber aber erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam, es sei denn, die fehlende Empfangsberechtigung war dem Dritten bekannt.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind zu begrüßen.

8. Zu Nr. 8 (§ 16 GmbHG-E - Rechtsstellung bei der Übertragung von Geschäftsanteilen)

(1) Zu § 16 Abs. 1 GmbHG-E

Die Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG-E zielt insgesamt darauf ab, die Anteilseignerstrukturen der GmbH für Dritte transparenter zu machen. Dazu ist anzumerken:

- 29 a) Nach den geplanten Änderungen des § 16 Abs. 1 GmbHG-E wird in Anlehnung an § 67 Abs. 2 AktG künftig im Verhältnis zur Gesellschaft nicht mehr die Anmeldung und der Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft, sondern die Eintragung in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste maßgeblich sein. Die Eintragung in die Gesellschafterliste allein genügt also nicht, die Gesellschafterliste muss auch zum Handelsregister eingereicht sein. Durch diese Regelung wird der Anreiz für den Erwerber eines Geschäftsanteils, die Geschäftsführer der Gesellschaft zu einer Aktualisierung der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste anzuhalten, erhöht.
- 30 b) Eine Verschärfung der vorgeschlagenen Regelung wäre dahingehend denkbar, die Abtretung von Geschäftsanteilen erst mit Einreichung der den Erwerber ausweisenden Gesellschafterliste zum Handelsregister wirksam werden zu lassen. Dies wäre aus Sicht der Praxis jedoch nicht wünschenswert, weil in diesem Fall die häufig genutzte Möglichkeit, die Abtretung auf einen exakt bestimmten Zeitpunkt (etwa 1. Januar, 0:00 Uhr) wirksam werden zu lassen, nicht mehr zur Verfügung stünde.
- 31 c) Abweichend vom Entwurf wurde vorgeschlagen, die Wirksamkeit der Anteilsübertragung im Verhältnis zur Gesellschaft bereits mit der Unterzeichnung des Bestätigungsvermerks nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E durch den Notar und nicht erst mit der Einreichung zum Handelsregister eintreten zu lassen. Diesem Vorschlag ist nicht zu folgen, weil eine solche Regelung die Transparenz der Gesellschafterstruktur einschränken würde. Um dem Erwerber zu ermöglichen, im unmittelbaren Anschluss an die Beurkundung der Abtretung der Geschäftsanteile eine Gesellschafterversammlung abzuhalten, kann der beurkundende Notar die nach dem Referentenentwurf vorgesehene Einreichung elektronisch oder, solange noch zulässig, vorab per Fax vornehmen.
- 32 d) Der Entwurf enthält keine Regelung zur Berichtigung einer zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste seitens der Geschäftsführung. Es sollte daher überlegt werden, eine Regelung in Anlehnung an § 67 Abs. 5 AktG aufzunehmen.

(2) Zu § 16 Abs. 3 GmbHG-E

- 33 Der Referentenentwurf führt mit § 16 Abs. 3 GmbHG-E ein Novum im GmbH-Recht ein: Als Ausnahme zum Grundsatz, dass Gesellschafterrechte nicht gutgläubig erworben werden können, können GmbH-Geschäftsanteile zukünftig bei Vorliegen bestimmter Voraussetzun-

gen vom Nichtberechtigten wirksam übertragen und belastet werden. Der Inhalt der Gesellschafterliste gilt zu Gunsten des Erwerbers eines Geschäftsanteils oder eines Rechts hieran dann als richtig, wenn die „unrichtige“ Eintragung seit mindestens drei Jahren in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch eingereicht worden ist, es sei denn, der Erwerber wusste von der Unrichtigkeit. Die Vorschrift fingiert zu Gunsten des Erwerbers des Anteils oder der Belastung die Richtigkeit der Gesellschafterstellung des Veräußerers bzw. Bestellers. Die Neuregelung ist grundsätzlich zu begrüßen. Im Einzelnen:

- 34 a) Dem Referentenentwurf ist insbesondere darin zuzustimmen, dass er die beim Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste zum Anknüpfungspunkt der Fiktion der Berechtigung macht und dabei der im Vorfeld diskutierten Forderung nach Einführung eines „Anteilsbriefes“, sei es in Form eines Inhaberpapiers oder eines Oderpapiers, sowie einem hieran anknüpfenden Gutgläubenserwerb eine Absage erteilt. Der zum letztgenannten Konzept geäußerten Kritik, die sich auf das Fälschungsrisiko und die Diversifizierung der Legitimationsgrundlagen stützt, ist zuzustimmen und anzufügen, dass gerade dadurch der geforderten Transparenz der Anteilseignerstruktur entgegengewirkt und dem Handel mit Geschäftsanteilen Vorschub geleistet würde.
- 35 b) Akzeptabel ist auch die vorgesehene Karenzfrist von drei Jahren in dem Sinne, dass die Eintragung in der Gesellschafterliste bereits drei Jahre bestanden haben muss. Kritik ist jedoch insofern zu äußern, als der Erwerb vom Nichtberechtigten bzw. die Belastung durch den Nichtberechtigten erst dann möglich sein soll, wenn die Eintragung seit drei Jahren „unrichtig“ in der Gesellschafterliste enthalten war, ohne dass Widerspruch hiergegen erhoben wurde. Die Fiktion der Gesellschafterstellung zu Gunsten des Erwerbers eines Geschäftsanteils oder Rechts hieran wäre danach nicht anwendbar, wenn die Unrichtigkeit der Eintragung erst während des Karenz-Zeitraums eingetreten ist, etwa weil die während des gesamten Karenz-Zeitraums in der Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragene Person ihren Geschäftsanteil erst während des Karenz-Zeitraums auf einen Dritten übertragen hat und die Gesellschafterliste unverändert blieb. Der Erwerber müsste dann doch eine Due Diligence bezogen auf den Karenz-Zeitraum vor dem beabsichtigten Übertragungs-/Belastungszeitpunkt durchführen und prüfen, ob die in der Gesellschafterliste als Gesellschafter angegebene Person tatsächlich Gesellschafter ist.

Der Handelsrechtsausschuss regt deshalb an, in § 16 Abs. 3 GmbHG-E das Wort „unrichtig“ zu streichen.

Dies ist auch unter Berücksichtigung der Schutzbedürftigkeit des wahren Berechtigten vertretbar. Wird ein von Anfang an Nichtberechtigter in der Gesellschafterliste als Berechtigter ausgewiesen, kann der wahre Berechtigte in der Zeit bis zur Verfügung des Nichtberechtigten einen Widerspruch einreichen. Wird ein in der eingereichten Liste ausgewiesener Berechtigter nachträglich Nichtberechtigter, etwa durch Übertragung seiner Geschäftsanteile, hat es der neue Berechtigte ab diesem Zeitpunkt selbst in der Hand, auf die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste hinzuwirken oder notfalls einen Widerspruch einzureichen.

36 c) Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG-E sagt nicht eindeutig, ob auch der Bestand eines dort ausgewiesenen Geschäftsanteils fingiert wird. Dies sollte klargestellt werden, und zwar in dem Sinne, dass ein nicht bestehender Geschäftsanteil trotz seines Ausweises in der Gesellschafterliste nicht gutgläubig erworben werden kann. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile das Stammkapital übersteigt, beispielsweise in dem Fall, dass eine Kapitalerhöhung rückwirkend vernichtet wird, zuvor aber Geschäftsanteile aus der Kapitalerhöhung abgetreten worden sind.

37 d) Der Referentenentwurf sieht keinen Gutgläubensschutz hinsichtlich der Freiheit der tatsächlich existierenden und in der Gesellschafterliste ausgewiesenen Geschäftsanteile von Belastungen vor. Der Erwerber eines Geschäftsanteils ist demnach weiterhin dem Risiko ausgesetzt, dass nach dem Erwerb des Geschäftsanteils ein Pfandgläubiger oder Nießbrauchsberechtigter Rechte daran geltend macht, die für den Erwerber nicht erkennbar waren.

Man könnte erwägen, den Gutgläubensschutz auf den lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen zu erstrecken. Dies könnte in der Weise geschehen, dass in die Gesellschafterliste nicht nur die Gesellschafter mit ihren jeweiligen Geschäftsanteilen aufzunehmen wären, sondern auch eventuelle Belastungen von Geschäftsanteilen vermerkt werden könnten. Sofern die Belastung dort nicht verzeichnet ist, könnte sie einem gutgläubigen Erwerber des Geschäftsanteils nicht entgegengehalten werden.

Im Gesetzentwurf wird dieses Thema nicht angesprochen, obwohl es von großer praktischer Bedeutung ist. Im Ergebnis rät der Handelsrechtsausschuss davon ab, den Gutgläubensschutz auf die Lastenfreiheit zu erstrecken. Dadurch würden nämlich die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte wirtschaftlich gezwungen, auf der Offenlegung ihrer Rechte in der Gesellschafterliste zu bestehen. Stille Verpfändungen ohne Offenlegung der Belastung, wie sie in der Kreditwirtschaft zur Schonung des Kreditnehmers verbreitet erfolgen, wären praktisch ausgeschlossen.

38 e) Nach der Neuregelung gemäß dem Gesetzentwurf ist damit zu rechnen, dass die Gesellschafterliste häufiger einen Gesellschafter ausweist, der mehrere Geschäftsanteile mit dem gleichen Nominalbetrag hält. In diesen Fällen kann die Übereignung und erst recht der gutgläubige Erwerb am Bestimmtheitsgrundsatz scheitern.

Es ist daher zu erwägen, die Identifizierung der einzelnen Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste etwa mit Hilfe einer Nummerierung gesetzlich vorzuschreiben. Aber es ist auch vertretbar, dies – wie schon oben zur Teilung von Geschäftsanteilen vorgeschlagen (Rdn. 16) – der notariellen Praxis zu überlassen.

39 f) Der Referentenentwurf konkretisiert nicht, wer zum Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste berechtigt ist. Die Begründung nennt nur den „wahren Berechtigten“; darunter müsste zumindest auch derjenige zu verstehen sein, der sich des Eigentums an dem Geschäftsanteil (nur) berüht. Als Widerspruchsberechtigte sollten darüber hinaus jeder Mitgesellschafter und zudem jeder Geschäftsführer zugelassen werden, der den Inhalt der eingereichten Gesellschafterliste nicht mittragen

werden, der den Inhalt der eingereichten Gesellschafterliste nicht mittragen kann und deshalb für diesen nicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG-E haften will.

- 40 g) Der Widerspruch muss konkretisieren, welche Angabe in der Gesellschafterliste bestritten wird. Zudem sollte gefordert werden, dass der Widerspruch eine materielle Begründung enthält, warum und inwieweit die Eintragung unrichtig sein soll; diese Begründung muss ebenso wie der Widerspruch selbst einsehbar sein. Erforderlich ist zumindest eine grobe Umschreibung der behaupteten Berechtigung des Widersprechenden (im Fall des Widerspruchs eines Dritten) oder der fehlenden Berechtigung des Eingetragenen (im Falle des Widerspruchs eines Mitgesellschafters oder eines Geschäftsführers). Ein Widerspruch ohne Begründung schafft bis zu seiner Löschung, die im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage gegen den Widersprechenden durchgesetzt werden müsste, eine Rechtsunsicherheit, die zu einer faktischen Veräußerungsbeschränkung hinsichtlich des betroffenen Geschäftsanteils führen kann; weder Gesellschafter noch Geschäftsführer oder potentielle Erwerber des vom Widerspruch betroffenen Geschäftsanteils wären ohne Begründung in der Lage, die Berechtigung des Widerspruchs und damit die behauptete Fehlerhaftigkeit der Gesellschafterliste zu prüfen.
- 41 h) Zumindest in der Handelsregisterverordnung sollte geregelt werden, dass ein Widerspruch vom Registergericht nur dann zur Gesellschafterliste zu reichen ist, wenn der Widersprechende eine zustellfähige Adresse in Deutschland oder einem Mitgliedsstaat der EU, in dem die EuGVO gilt, angegeben hat. Dies gewährleistet, dass gegen den Widersprechenden Klage auf Rücknahme des Widerspruchs erhoben werden kann.
- 42 i) Der Handelsrechtsausschuss greift den von anderer Seite geäußerten Gedanken auf, ein Widerspruch sei nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu löschen, wenn sich an den Widerspruch kein gerichtliches Verfahren anschließt. Der Widerspruch kann nur einstweiligen Schutz bieten und darf nicht zum Dauerzustand geraten. Nicht der Gesellschaft oder der in der Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragenen Person ist aufzuerlegen, den Widerspruch durch Klage gegen den Widersprechenden zu beseitigen, vielmehr muss es dem Widersprechenden obliegen, die von ihm behauptete Unrichtigkeit der Gesellschafterliste im Streitfalle gerichtlich feststellen zu lassen. Die Löschung auf Antrag eines Berechtigten ist dabei der Löschung von Amts wegen vorzuziehen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist (sinnvoll erscheint eine Frist von einem Jahr) können sowohl der in der Gesellschafterliste Eingetragene, gegen dessen Eintragung sich der Widerspruch richtet, als auch die Geschäftsführer der Gesellschaft beim Handelsregister die Löschung des Widerspruchs mit der Begründung beantragen, der Widersprechende habe bislang Klage nicht erhoben. Hat der Widersprechende auf Anhörung durch das Registergericht nicht nachgewiesen, dass er Klage erhoben hat, ist der Widerspruch zu löschen. Die Löschung auf Antrag würde indes nicht die Möglichkeit beschränken, bereits vor Ablauf der Einjahres-Frist aktiv gegen den Widerspruch vorzugehen.
- 43 j) Der Referentenentwurf legt nicht ausdrücklich fest, wer zur Klage auf Rücknahme des Widerspruchs gegen den Widersprechenden berechtigt ist. Ein solches Recht ist sowohl den Geschäftsführern der Gesellschaft als auch der in der Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragenen Person zuzuerkennen (vgl. dazu auch Buchstabe f.).

9. Zu Nr. 11 (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E - Erhaltung des Stammkapitals)

44 Zu begrüßen ist das Bestreben des Entwurfs, die Unsicherheiten zu beseitigen, die durch die Rechtsprechung des BGH bei Darlehensausreichungen an Gesellschafter entstanden sind, wenn eine Unterbilanz besteht, vergrößert oder erst herbeigeführt wird. Die vorgeschlagene Regelung ist jedoch nicht gelungen. Im Einzelnen ist zu § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E folgendes anzumerken:

45 (1) Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E soll das Auszahlungsverbot des Abs. 1 Satz 1 für das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht gelten für „Vorleistungen“, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Die Begründung (S. 54) macht deutlich, was sie unter „Vorleistung“ verstehen will, nämlich Kreditvergabe und Stundung der Gegenleistung. Offenbar sind schuldrechtliche Verträge gemeint, die zu einer Vermögensumschichtung bei der Gesellschaft führen (Geld gegen Darlehensforderung; Ware gegen Kaufpreisforderung). Bei dem üblichen Verständnis ist der Begriff „Vorleistung“ nicht auf die genannten schuldrechtlichen Verträge beschränkt, sondern kann durchaus auch Fälle erfassen, die nicht zu einer Vermögensumschichtung führen (z.B. Gehaltszahlungen; Zahlung von Nutzungsentgelten etc.). Das BGB kennt nämlich den Begriff „Vorleistung“ bei allen gegenseitigen Verträgen (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). Will man darunter nur Vorgänge der Vermögensumschichtung subsumieren, muss man den Begriff enger fassen, käme dann aber zu dem Ergebnis, dass alles, was dieser engen Definition nicht entspricht, unter § 30 Abs. 1 Satz 1 fällt und ggf. rückerstattet werden muss.

Demgegenüber ist festzuhalten, dass es Auszahlungen an Gesellschafter gibt, die zur Vermögensumschichtung führen (z.B. Darlehen, Kaufgeschäft), und solche, die sofortigen Aufwand zur Folge haben (z.B. Gehalt, Nutzungsentgelte). Für beide Sachverhaltsgestaltungen muss eine unmissverständliche Abgrenzung gefunden werden, ob und wann sie aus dem Anwendungsbereich von Satz 1 herausfallen.

Vorleistung ist dafür kein griffiges Kriterium.

46 (2) Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E soll das „Interesse der Gesellschaft“ zum entscheidenden Abgrenzungskriterium für die Zulässigkeit der Auszahlung werden. Dieses Merkmal ist offenbar aus dem Urteil des BGH vom 24.11.2003 abgeleitet. Als obiter dictum hat es der BGH offen gelassen, ob die Gewährung eines Darlehens aus gebundenem Vermögen ausnahmsweise zulässig sein kann,

„wenn die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt, die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb eines jeden vernünftigen Zweifels steht, oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.“

Wenn auch nicht ganz widerspruchsfrei zu seinen vorangehenden grundsätzlichen Ausführungen, dass die Darlehenshingabe aus gebundenem Vermögen auch bei ei-

nem vollwertigen Rückgewähranspruch unzulässig ist, will der BGH mit dieser Bemerkung offenbar einen Ausweg aus dem Darlehensdilemma aufzeigen. Der Entwurf greift aus diesen Merkmalen nunmehr ausschließlich das „Interesse der Gesellschaft“ als einziges Kriterium heraus. Auf den Drittvergleich und die Kreditwürdigkeit soll es nicht mehr ankommen. Dem ist für den Drittvergleich zuzustimmen. Insbesondere für konzerninterne Transaktionen und Abrechnungssysteme kann der Drittvergleich kein Kriterium sein, da es in der Mehrzahl der Fälle vergleichbare Drittgeschäfte nicht gibt und darüber hinaus häufig sogar unter günstigeren Bedingungen abgeschlossen und abgerechnet wird als im Verhältnis zu Dritten.

- 47 (3) Problematisch erscheint es allerdings, auf das Merkmal der Kreditwürdigkeit zu verzichten. Bei einer Vorschrift, deren erklärter Zweck die Erhaltung des Stammkapitals durch werthaltiges Aktivvermögen ist, gerade im sensiblen Bereich der Forderungen an Gesellschafter die Werthaltigkeit und Kreditwürdigkeit nicht zum ausschlaggebenden Kriterium zu machen, ist nicht einleuchtend. Insbesondere sollte das „Interesse der Gesellschaft“ auch nicht im Ausnahmefall das Werthaltigkeitserfordernis überkompensieren können. § 30 GmbHG ist eine Gläubigerschutzbestimmung. Deshalb steht – wenn es überhaupt auf ein „Interesse“ ankommen soll – nur das Gläubigerschutzinteresse im Blickpunkt. Der Gläubiger ist jedoch ausschließlich an einer vollwertigen Deckung des Stammkapitals interessiert. Ihm kommt es mehr auf die Qualität der Vermögensgegenstände als auf die Person des Vertragspartners der GmbH an (Gesellschafter oder Dritter). Eine vollwertige Forderung gegen den Gesellschafter ist unter diesem Gesichtspunkt ggf. höherwertig als eine zweifelhafte Forderung gegen einen Dritten. Darüber hinaus gibt es im GmbH-Recht bislang kein Dogma, dass das Stammkapital nicht durch Forderungen an Gesellschafter gedeckt sein dürfte. Wäre dem so, so dürfte es keine Teileinzahlung auf die Stammeinlage geben (§ 7 Abs. 2 GmbHG), denn bei der Mindesteinzahlung sind 75 v.H. der Stammeinlage durch eine Forderung gegen den Gesellschafter gedeckt, die meist eine lange Laufzeit hat oder sogar ein „ewiges“ Darlehen sein kann. Ähnliches gilt bei Verlustübernahme- bzw. Ergebnisübernahmeverträgen im Verlustfalle: dort entsteht die Ausgleichsforderung geraume Zeit vor ihrer betragsmäßigen Feststellung und dem zahlungsmäßigen Ausgleich. Es ist deshalb – im Gegensatz zur Entscheidung des BGH – nicht verständlich, warum eine Vermögensumschichtung durch Begründung einer vollwertigen Gegenforderung gegen den Gesellschafter bei Unterbilanz gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verstoßen sollte.
- 48 (4) Wenn der Entwurf eine solche Vermögensumschichtung nur zulassen will, wenn sie im „Interesse der Gesellschaft“ liegt, so knüpft er an ein sehr unscharfes, weiches, auslegungsbedürftiges Kriterium an. Das im Entwurf angesprochene „Interesse der Gesellschaft“ weist gewisse Ähnlichkeit mit dem Begriff „zum Wohl der Gesellschaft“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf. Allerdings wird das „Wohl der Gesellschaft“ in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG durch die Sicht des Vorstands relativiert („vernünftigerweise annehmen durfte, ... zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“). Auch im Rahmen der Geschäftsführerplichten, Auszahlungen, die § 30 Abs. 1 GmbHG verletzen, zu unterlassen (§ 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG), kommt es auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters im Sinne der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG klarstellend formulierten Business Judgement Rule an.

Im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E wäre dagegen aber das „Interesse der Gesellschaft“ objektiv und ggf. sogar ex post aus der Sicht der Gesellschaft zu beurteilen. Das ist jedenfalls dann nicht angemessen, wenn die Gesellschafter nach § 31 GmbHG und die Geschäftsführer nach § 43 Abs. 3 GmbHG in Haftung genommen werden sollen.

Der schillernde Begriff „Interesse“ erscheint deshalb als Abgrenzungskriterium wenig tauglich.

49 (5) Insbesondere im Zusammenhang mit der Cashpool-Problematik ist im Schrifttum vorgeschlagen worden, statt auf das „Interesse der Gesellschaft“ auf die „betriebliche Motivation“ oder das „betriebliche Interesse“ abzustellen. Das mag schon eher eingrenzbar sein. Will man überhaupt den Begriff des „Interesses“ bemühen, so würde es dem Zweck des § 30 GmbHG noch am ehesten entsprechen, wenn danach unterschieden würde, ob Auszahlungen ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben (causa societatis) oder nicht und ob im Zeitpunkt der Auszahlung und aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsmannes der Auszahlung eine vollwertige Gegenleistung gegenübersteht. Diese Kriterien sind eher objektivierbar und der ex ante Beurteilung zugänglich als das „Interesse der Gesellschaft“ oder das „betriebliche Interesse“. Damit könnte auch ohne Schwierigkeiten auf der bisherigen handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Rechtsprechung und Literatur aufgebaut werden.

50 (6) Für den Gläubigerschutz, den eigentlichen Zweck des § 30 GmbHG, kommt es aber schlussendlich allein auf die Werthaltigkeit und Liquidisierbarkeit des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens an. Dies ist im Vergleich zum „Interesse“ jedweder Art ein Merkmal, das der Geschäftsführer relativ sicher beurteilen kann. Es gilt hier nichts anderes als für die übrigen Aktivposten seiner Bilanz.

Bei einer Auszahlung an den Gesellschafter genügt für diese Prüfung nicht, dass keine Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Gesellschafters bestehen, sondern es muss auch aus Sicht der Gesellschaft eine Gleichwertigkeit ihrer Vermögenslage vor und nach der Auszahlung gegeben sein. Diese beiden Gesichtspunkte bringt der Begriff „Gleichwertigkeit“ zum Ausdruck.

Der Handelsrechtsausschuss ist der Auffassung, dass man sich auf dieses Kriterium beschränken und damit zu der vor dem BGH-Urteil vom 24.11.2003 praktizierten und bewährten Rechtslage zurückkehren sollte.

51 (7) Damit würde auch die Problematik von Cashpoolsystemen und sonstigen Abrechnungssystemen in Unternehmensgruppen abgedeckt: Ein ordentliches Cashpoolsystem oder ein ordentliches Umlageverfahren wird nicht societatis causa praktiziert, sondern weil es für alle Beteiligten finanzwirtschaftliche Vorteile bringt. Diese Systeme müssen solange zulässig sein (auch bei Unterbilanz), solange die poolführende Stelle über eine ausreichende Bonität verfügt und die sich jeweils ergebenden Forderungen den vorgenommenen Auszahlungen gleichwertig gegenüberstehen.

52 (8) Der Handelsrechtsausschuss hat erörtert, ob eine ausdrückliche Bereichsausnahme für Cashpoolsysteme in das Gesetz aufgenommen werden sollte, um dieses wichtige Finanzierungsinstrument gesellschaftsrechtlich abzusichern. Er hat von einem entsprechenden Vorschlag abgesehen, weil – wie auch der Entwurf zeigt – jeder Definitionsversuch entweder zu weit oder zu eng gerät und das entscheidende Kriterium der Gleichwertigkeit die notwendige, aber auch ausreichende Voraussetzung für die Zulässigkeit von Cashpoolsystemen bezeichnet.

53 (9) Der Handelsrechtsausschuss schlägt aufgrund der vorstehenden Überlegungen vor, § 30 Abs. 1 GmbHG nur durch einen klarstellenden Satz 2 wie folgt zu ergänzen:

„Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Eine Auszahlung nach Satz 1 liegt nicht vor, wenn der Leistung der Gesellschaft eine gleichwertige Leistung oder ein gleichwertiger Anspruch gegenübersteht.“

54 (10) Bei einer Novellierung des § 30 GmbHG könnte außerdem klargestellt werden, dass nicht nur Leistungen an Gesellschafter, sondern auch an nahestehende Personen von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfasst werden. Das könnte z.B. durch eine Ergänzung in Satz 1 wie folgt erfolgen:

„... an Gesellschafter und diesen nahestehende Personen ...“.

10. Zu Nr. 11 (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E - kapitalersetzende Darlehen)

55 Zu begrüßen ist das Bestreben des Entwurfs, die Rechtsprechungsgrundsätze zum eigenkapitalersetzenden Darlehen außer Kraft zu setzen und den Eigenkapitalersatz zur Gänze im Insolvenzrecht zu regeln (Begründung S. 55, 56). Nach der Konzeption des Entwurfs spielt das Kriterium „kapitalersetzend“ oder „eigenkapitalersetzend“ auch im Insolvenzrecht keine Rolle mehr. Es wird in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E gestrichen; alle Gesellschafterdarlehen sind ohne Rücksicht auf ihre Qualifikation in der Insolvenz nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E) oder, bei Rückzahlung vor Insolvenzeröffnung, nach Maßgabe von § 135 InsO-E anfechtbar. Damit hat sich das von der Rechtsprechung entwickelte Eigenkapitalersatzrecht erledigt.

Es ist deshalb nicht erforderlich und eher verwirrend, wenn § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E wieder auf den Eigenkapitalersatz Bezug nimmt. Gesellschafterdarlehen werden generell wie Drittdarlehen behandelt; ihre Tilgung fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG (wohl aber in den Anwendungsbereich der InsO). § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E sollte deshalb gestrichen werden.

11. Zu Nr. 14 (§ 35 GmbHG-E – Vertretung)

(1) Zu § 35 Abs. 1 GmbHG-E

56 Die Ergänzung des § 35 Abs. 1 GmbHG-E, wonach an alle Vertreter der Gesellschaft unter der eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke zugestellt werden können, ist zu begrüßen. Diese Regelung gilt allerdings nur dann, wenn un-

ter der angegebenen Adresse tatsächlich Geschäftsräume, ein Briefkasten oder zumindest der zuzurechnende Rechtsschein einer Zustellmöglichkeit vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall und kann auch an eine im Handelsregister gemäß § 10 Abs. 2 GmbHG-E als zustellungsberechtigt eingetragene Person nicht zugestellt werden, muss der Weg der öffentlichen Zustellung gemäß § 15a HGB-E, § 185 Nr. 2 ZPO-E gewählt werden.

(2) Zu § 35 Abs. 2 GmbHG-E

Die Ergänzung von Abs. 2 ist aus Sicht der Praxis grundsätzlich empfehlenswert.

- 57 a) Unklar ist allerdings, ob nach dem neuen Satz 4 2. Halbsatz im Falle der Bestellung eines Aufsichtsrats dieser anstelle der Gesellschafter oder zusätzlich zu diesen zur Vertretung der „führungslosen“ Gesellschaft bei der Entgegennahme von Willenserklärungen und der Zustellung von Schriftstücken berufen ist. Eine passive Vertragsmacht nur des Aufsichtsrats wäre nicht sinnvoll, weil ein Dritter, der gegenüber der Gesellschaft eine Willenserklärung abgeben will, sich erst durch Recherchen in den Gesellschaftsblättern kundig machen müsste, ob ein Aufsichtsrat bestellt ist und wer seine Mitglieder sind. Da das Ergebnis einer solchen Recherche nicht ebenso zuverlässig ist wie das Ergebnis einer Einsichtnahme in die (gegenüber der Gesellschaft verbindliche) Gesellschafterliste, würde häufig eine Unsicherheit verbleiben, welches Organ zur Vertretung berufen ist; dies ist dem Dritten in der konkreten Situation nicht zuzumuten.
- 58 b) Nicht eindeutig ist des Weiteren, auf welcher Grundlage der zur Entgegennahme von Erklärungen berechtigte Aufsichtsrat der Gesellschaft bestellt sein muss: Der obligatorische Aufsichtsrat ist von der Vorschrift sicher erfasst. Ob dies auch für den fakultativen Aufsichtsrat oder gar einen Beirat gilt, der einem Aufsichtsrat ähnliche Funktionen wahrnimmt, ist zweifelhaft; dies sollte aus Gründen der Rechtssicherheit klargestellt werden.
- 59 c) Es sollte zudem, wie dies für die Geschäftsführer in § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG geschehen ist, klargestellt werden, dass für den Zugang an den Aufsichtsrat der Gesellschaft der Zugang bei einem Aufsichtsratsmitglied genügt.

12. Zu Nr. 17 (§ 40 GmbHG-E – Gesellschafterliste)

- 60 § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E sieht nunmehr vor, dass der Notar nicht mehr unverzüglich nach der Abtretungserklärung des Geschäftsanteils diese dem Registergericht anzuzeigen hat, sondern künftig unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung der Gesellschafterliste eine solche in Vertretung der Geschäftsführer, versehen mit einer Bescheinigung über die Richtigkeit, einzureichen hat. Die Pflicht erstreckt sich nicht mehr nur auf Notare, die Abtretungen beurkunden, sondern auf alle Notare, die an Veränderungen (etwa umwandlungsrechtlichen Maßnahmen) mitwirken. Ist das Ziel der Neufassung auch zu begrüßen, Anzeigen über möglicherweise nie wirksam werdende Abtretungen (etwa bei einer nie eingetretenen aufschiebenden Bedingung) zu vermeiden, wird sich in der Praxis jedoch erst noch zeigen müssen, wie die Notare sich Gewissheit über das Wirksamwerden der Veränderung im Gesellschafterbestand verschaffen werden. Veränderungen im Gesellschafterbestand, die auf Beurkundungen im Ausland zurückgehen oder außerhalb von beurkundungspflichtigen

Rechtsgeschäften stattfinden (Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile, Erbfall) werden sich in der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste nach wie vor nur dann wiederfinden, wenn die Geschäftsführer eine aktualisierte Liste eingereicht haben.

61 Der Handelsrechtsausschuss regt an, § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E dahingehend zu ergänzen, dass der beurkundende Notar gleichzeitig mit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister den Geschäftsführern der Gesellschaft eine Abschrift zu übermitteln hat, damit diese über den aktuellen Gesellschafterbestand informiert sind.

62 Um den Bedenken des Deutschen Notarvereins hinsichtlich der Reichweite der Notarbestätigung Rechnung zu tragen, könnte entweder in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Notarbestätigung, insbesondere der letzte Halbsatz („...und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt.“), sich nicht auf eventuell zum Handelsregister eingereichte Widersprüche und ihre Berechtigung erstreckt, oder der letzte Halbsatz des § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E ganz gestrichen werden.

13. Zu Nr. 27 a (§ 64 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHG-E - Haftung der Gesellschafter)

63 Der Handelsrechtsausschuss begrüßt das Bestreben, die Insolvenzantragspflicht auf Gesellschafter auszudehnen, wenn die Gesellschaft führungslos oder der Aufenthaltsort der Geschäftsführer unbekannt ist.

64 (1) Der Begriff der Führungslosigkeit ist in § 35 Abs. 2 Satz 4 GmbHG-E definiert. Zweifeln kann man, unter welchen Voraussetzungen von einem „unbekannten Aufenthalt der Geschäftsführer“ auszugehen ist. Dass ein Gesellschafter den Aufenthalt nicht kennt, kann, wenn der Aufenthalt anderen Gesellschaftern bekannt ist, für diesen schwerlich zur Antragspflicht führen. Andererseits wird man von einem „unbekannten Aufenthalt“ auch dann auszugehen haben, wenn nur einer oder einige der Mitgesellschafter (etwa die Ehefrau oder die Kinder) den Aufenthaltsort kennen, diesen jedoch nicht preisgeben. Hier die sachgerechte Abgrenzung zu finden, muss der Rechtsprechung überlassen werden. Sie findet Anhaltspunkte in den Entscheidungen zu den §§ 185 Nr. 1 ZPO, 141 Abs. 2 Satz 1 FGG, wengleich die Lage insofern eine andere ist, als dort der unbekannte Aufenthalt Rechte und keine Pflichten auslöst.

65 (2) Zu fragen ist, ob die Formulierung der Ausnahmeregelung „es sei denn, er hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Führungslosigkeit keine Kenntnis“ sachgerecht ist. Zum einen muss die Ausnahmeregelung schon greifen, wenn der Gesellschafter von der Zahlungsunfähigkeit oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis hat. Zum anderen müsste eine Entlastung auch möglich sein, wenn der Gesellschafter nicht weiß, dass der Aufenthalt der Geschäftsführer – scil. im oben angesprochenen Sinne – unbekannt ist.

66 Ferner ist zu überlegen, ob das Kleinbeteiligungsprivileg (§§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG, § 39 Abs. 5 InsO-E) nicht auch hier Eingang finden sollte. Der Handelsrechtsausschuss befürwortet dies, denn bei einer Abwägung zwischen den Gläubigerinteressen und den Interessen gering Beteiligter, die zumeist nur wenig über die Interna

der GmbH wissen, erscheint es nicht angemessen, die gering Beteiligten dem Haftungsrisiko nach § 64 GmbHG-E auszusetzen.

- 67 (3) Folgt man dem, können die Sätze, die den geltenden § 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ersetzen sollen, wie folgt formuliert werden:

„Im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft (§ 35 Abs. 2 Satz 4) oder bei unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer ist auch jeder Gesellschafter zur Stellung des Antrags verpflichtet, wenn er Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder davon hat, dass die Gesellschaft führungslos oder der Aufenthalt der Geschäftsführer unbekannt ist. Die Antragspflicht besteht nicht für Gesellschafter, die mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt sind.“

Zu den flankierenden Regelungen in den §§ 10 Abs. 2 und 15 Abs. 1 InsO-E ist nichts anzumerken.

14. Zu Nr. 27b (§ 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E - Haftung der Geschäftsführer)

- 68 (1) Die Bestimmung soll zu einer schärferen Haftung der Geschäftsführer im Insolvenz- bzw. drohenden Insolvenzfall führen. Bisher haften Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auf den Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden. Durch die vorgeschlagene Ergänzung des § 64 Abs. 2 GmbHG sollen die Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter haften, die vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleistet worden sind, aber eben diese Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.

- 69 (2) Im Grundsatz ist dieser Vorschlag, der die Schutzinstrumente des § 30 Abs. 1 GmbHG ergänzen soll (Begründung S. 64), zu begrüßen. Im Einzelnen wirft der Vorschlag aber doch eine Reihe von Fragen auf:

- 70 Die Haftung soll einsetzen, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter „die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt wird“. Mit anderen Worten muss die Zahlung an den Gesellschafter ursächlich dafür sein, dass nachfolgend die Gesellschaft ihre Zahlungen einstellt (§ 17 Abs. 2 InsO). Da in der Regel die Verursachung der Zahlungsunfähigkeit ein multikausaler Vorgang ist, können sich schwierige Abgrenzungsprobleme ergeben. Dabei ist insbesondere der zeitliche Zurechnungszusammenhang zu bedenken. Z.B. kann der Abzug von Liquidität durch Auszahlung eines Gesellschafterdarlehens ursächlich sein (i.S. der *conditio sine qua non*-Formel) für eine sofortige Zahlungsunfähigkeit oder für eine Zahlungsunfähigkeit in drei, sechs, neun oder zwölf Monaten (drohende Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 18 Abs. 2 InsO). Zwar wird der Zurechnungszusammenhang auch hier i.S. der adäquaten Kausalität modifiziert werden müssen. Festzuhalten ist aber, dass sich Ursächlichkeit auch im Sinne der Adäquanz aus einem kurz- bis mittelfristigen Zahlungsplan ergeben kann, dessen Aufstellung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) in einer solchen Situation i.d.R. erforderlich machen wird. Es erscheint im Interesse des Gläubigerschutzes und ggf. des Schutzes der Insolvenzmasse geboten, auch diese Fälle zweifelsfrei zu erfassen.

71 Um diesen Punkten Rechnung zu tragen, wäre es zutreffender, statt auf die Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO auf die „drohende Zahlungsunfähigkeit“ i.S.d. § 18 Abs. 2 InsO abzustellen. „Drohende Zahlungsunfähigkeit“ liegt vor, wenn die Gesellschaft durch die Zahlung zahlungsunfähig zu werden droht, weil sie „voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitraum der Fälligkeit zu erfüllen“. Der Haftungstatbestand ergibt sich aus einer mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellten Finanz- oder Zahlungsplanung mit dem Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Auszahlung. Das erscheint zum einen zielführender, zum andern auch eher justiziabel als die unmittelbar zur Zahlungsunfähigkeit führende Kausalität.

72 (3) Darüber hinaus wird nicht klar, ob und warum ein Geschäftsführer vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eine rechtlich begründete Auszahlung an den Gesellschafter verweigern darf. Der Umstand, dass er ggf. in Haftung genommen wird, ist kein Leistungsverweigerungsgrund. § 30 GmbHG kann auch nicht weiterhelfen, insbesondere nachdem bei Gesellschafterdarlehen an die Stelle der Leistungsverweigerung nach der Konzeption des Entwurfs die Nachrangigkeit und die Anfechtbarkeit in der Insolvenz tritt.

73 Wenn die Gesellschafter für die Aufrechterhaltung der Solvabilität bei drohender Insolvenz herangezogen werden sollen, so sollte das durch eine Vorschrift gesichert werden, die sich in erster Linie an die Gesellschafter und erst in zweiter Linie an die Geschäftsführer wendet. In Anbetracht der Rechtsprechung zum existenzbedrohenden Eingriff und der Diskussion über einen Solvency-Test wäre eine solche Ausgestaltung zu begrüßen. Dies ist im Kern auch das Ziel der vorgeschlagenen Ergänzung des § 64 Abs. 2 GmbHG durch einen weiteren Satz 3. Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, „dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit Mittel entnommen werden“ (Begründung S. 64). Ob das allerdings allein mit einer Haftungsandrohung an die Geschäftsführer erreicht werden kann, erscheint zweifelhaft; als primärer Haftungsadressat kommt eigentlich nur der Gesellschafter in Frage.

74 (4) Der Handelsrechtsausschuss schlägt vor, der Gesellschaft ein Leistungsverbot für den Fall aufzuerlegen, dass die Auszahlung an den Gesellschafter die drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 18 Abs. 2 InsO herbeiführen würde. Ein solches Auszahlungsverbot könnte ähnlich dem § 30 Abs. 1 GmbHG ausgestaltet werden. Daran anknüpfen sollte - bei einem Verstoß - die Geschäftsführerhaftung. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung wäre es sinnvoll, § 64 Abs. 2 GmbHG unverändert zu lassen und vorzugsweise bei § 30 (oder – systematisch allerdings nicht recht passend – bei § 64) einen Abs. 3 neu anzufügen, etwa mit folgendem Wortlaut:

„Vermögen darf an Gesellschafter nicht ausgezahlt werden, wenn die Gesellschaft durch die Auszahlung i.S.d. § 18 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig zu werden droht. § 64 Abs. 2 gilt entsprechend.“

II. Zu Artikel 2 - Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG-Einführungsgesetz - EGGmbHG)

1. Zu § 3 - Übergangsvorschriften zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

(1) Zu § 3 Abs. 1

75

Es ist zu befürchten, dass viele Gesellschaften von der Möglichkeit, bis 31. März 2008 eine inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, keinen Gebrauch machen werden. Beginnen die Handelsregister erst ab 1. April 2008 mit der Eintragung der ihnen gemäß § 24 Abs. 2 oder Abs. 3 Handelsregisterverordnung bekannt gemachten Anschrift als Geschäftsanschrift in das Handelsregister, dürfte es gerade bei großen Handelsregistern zu erheblichen Verzögerungen bei der Eintragung der Geschäftsanschriften kommen. Da die Erleichterungen, die mit der Geschäftsanschrift verbunden sind, nach dem derzeitigen Entwurf erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister gelten, sollte entweder den Handelsregistern ein verbindliches Enddatum für die Eintragung der Geschäftsanschrift vorgegeben oder bestimmt werden, dass nach einem bestimmten Datum die bisher nach der Handelsregisterverordnung zur Handelsregisterakte gereichte Geschäftsanschrift auch dann als Geschäftsanschrift im Sinne des § 8 GmbHG-E gilt, wenn sie noch nicht im Handelsregister eingetragen ist.

(2) Zu § 3 Abs. 3

76

Sofern zuvor keine Gesellschafterliste mit notarieller Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E eingereicht wurde, kann nach § 3 Abs. 3 EGGmbHG-E der erste gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen frühestens am 1. Januar 2013 stattfinden, weil die Dreijahresfrist erst am 1. Januar 2010 zu laufen beginnt. Die Übergangsfrist ist zu lang geraten. Sofern man überhaupt zusätzlich zu dem Karenz-Zeitraum von drei Jahren eine Übergangsfrist benötigt, in welcher Gesellschafter über die Neuerungen des GmbH-Gesetzes informiert werden, dürfte ein Zeitraum von einem Jahr ausreichend sein. Die Frist des § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E würde dann am 1. Oktober 2008 beginnen.

III. Zu Artikel 3 (Änderung des Handelsgesetzbuchs)

1. Zu Nrn. 1-5 (§§ 13, 13d, 13e, 13f, 13g HGB-E - Zweigniederlassung)

77

Auch bei der Zweigniederlassung wird zum Zweck der Zustellungserleichterung zu Gunsten der Gläubiger zukünftig eine inländische Geschäftsanschrift im Handelsregister eingetragen werden. Schon heute ist dem Handelsregister eine Geschäftsanschrift zumindest mitzuteilen. Allein die Eintragung der mitzuteilenden Geschäftsanschrift im Handelsregister überschreitet noch nicht den von der Zweigniederlassungsrichtlinie festgelegten Rahmen für Offenlegungspflichten. Durch die Möglichkeit der erleichterten öffentlichen Zustellung von Dokumenten und Willenserklärungen für Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Ausland wird – zu Lasten der Gesellschaft – zudem eine Zustellungserleichterung geschaffen. Nach der Begründung des Entwurfs fällt diese Regelung nicht in den Regelungsbereich der Zweigniederlassungsrichtlinie, weil es sich um Regelungen über die inländische Zustel-

lung (§ 185 ZPO-E) bzw. des materiellrechtlichen Zugangs von Willenserklärungen (§ 15a HGB-E) handelt. Dies erscheint zutreffend.

2. Zu Nr. 6 (§ 15a HGB-E – Öffentliche Zustellung)

78

Die Möglichkeit einer öffentlichen Zustellung von Willenserklärungen ist grundsätzlich zu begrüßen, weil dadurch die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber juristischen Personen ermöglicht wird, die - nicht selten aus unredlichen Motiven - ihr Geschäftslokal ohne Angabe einer neuen zustellfähigen Anschrift aufgegeben haben, so dass bei ihnen eine Zustellung auf normalem Wege scheitert. Auf die GmbH & Co. KG ist diese Regelung anwendbar, weil die Zustellung an die Komplementär-GmbH als juristische Person vorgenommen wird. Die Einschränkung auf juristische Personen ist insofern gerechtfertigt als bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften Rechtsträger vorhanden sind, die unbeschränkt persönlich haften.

IV. Zu Artikel 4 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch)

79

In Art. 62 EGHGB-E sollte, wie schon zu § 3 Abs. 1 EGGmbHHG-E vorgeschlagen, ein verbindliches Enddatum für die Eintragung der Geschäftsanschrift im Handelsregister festgelegt oder nach einem bestimmten Datum die gemäß § 24 Abs. 2 oder Abs. 3 Handelsregisterverordnung eingereichte Geschäftsanschrift auch ohne Eintragung in das Handelsregister als solche nach §§13, 13d, 13e, 29 und 106 HGB-E gelten.

V. Zu Artikel 5 Nr. 4 (§ 57 Abs. 1 AktG-E)

80

Dem § 57 Abs. 1 AktG sollen als Sätze 3 und 4 Bestimmungen angefügt werden, die inhaltlich gleich dem § 30 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHHG-E sind.

Dazu kann vollinhaltlich auf die vorstehenden Ausführungen zu Artikel 1 Nr. 11 des Entwurfs verwiesen werden (Rdn. 44 ff.). Auch zu § 57 Abs. 1 AktG genügt es, einen Satz etwa mit dem folgenden Wortlaut anzufügen:

„Eine Rückgewähr von Einlagen liegt nicht vor, wenn der Leistung der Gesellschaft eine gleichwertige Leistung oder ein gleichwertiger Anspruch gegenübersteht.“

VI. Zu Artikel 6 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz)

81

Es gilt das zu § 3 Abs. 3 EGGmbHHG-E und Artikel 62 EGHGB-E Gesagte.

VII. Zu Artikel 8 (Änderung der Zivilprozessordnung)

82

Die Ergänzung des § 185 ZPO-E, wonach zukünftig öffentliche Zustellungen bei juristischen Personen, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister verpflichtet sind, dann vorgenommen werden können, wenn eine Zustellung auf normalem Wege nicht möglich ist, ist zu begrüßen. Gemeinsam mit § 15a HGB-E erleichtert sie die Abgabe von Willenserklärungen und Zustellung von Dokumenten an juristische Personen, die -

nicht selten in der Absicht, sich der Insolvenz und Liquidation zu entziehen - über ihre Geschäftsadresse nicht mehr erreicht werden können.

VIII. Zu Artikel 9 Nr. 3, 4, 5 und 7 sowie Artikel 11 (§§ 19 Abs. 2, 39, 44a, 135 InsO-E, §§ 6, 6a, 11 AnfG-E - Gesellschafterdarlehen)

- 83 Ein Kernstück des Gesetzentwurfs ist die Neuregelung des Eigenkapitalersatzrechts. Es soll „die verwirrende Doppelspurigkeit der sog. Rechtsprechungsregelungen und der Novellen-Regelungen über die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen beseitigt“ werden (Begründung S. 35). Reformbedarf besteht in der Tat. Die heutigen Regelungen sind unscharf und von juristischen Laien kaum zu verstehen. Mit ihrer Unterscheidung von „kapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen knüpfen sie an den Zeitpunkt an, in dem die Gesellschafter der Gesellschaft „als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft)“, vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG. Wann dieser Zeitpunkt erreicht ist, lässt sich in vielen Fällen nur schwer sagen. In der Praxis ist es darüber zu einer Vielzahl von prozessualen Auseinandersetzungen gekommen mit einem enormen Kostenaufwand und einer verwirrenden Kasuistik.
- 84 (1) Der Entwurf löst sich ganz von der Unterscheidung zwischen kapitalersetzenden und normalen Darlehen. Der Begriff der Krise ist kein Anknüpfungspunkt mehr. Von wenigen Ausnahmen abgesehen werden alle Gesellschafterdarlehen in der Weise gleich behandelt, dass sie in der Insolvenz an letzter Rangstelle nach allen übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger zu befriedigen sind. Die Regelung erfolgt rechtsformübergreifend in der Insolvenzordnung und im Anfechtungsgesetz für alle Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Es ist darüber diskutiert worden, ob es richtig ist, in solcher Weise alle Gesellschafterdarlehen über einen Kamm zu scheren und den Nachrang der Darlehensforderung allein mit der Gesellschafterstellung zu begründen. Die Mehrheit der Stimmen bejaht dies. Auch der Handelsrechtsausschuss begrüßt die Regelung im Grundsatz. Sie ist klar, leicht verständlich und schafft damit in weit höherem Maße Rechtssicherheit als dies bislang der Fall ist. Die Gesellschafter wissen zukünftig genau, welches Risiko sie eingehen, wenn sie ihrer Gesellschaft Darlehen gewähren und die Gesellschaft später insolvent werden sollte. Der Regelung liegt auch ein vernünftiger rechtspolitischer Gedanke zu Grunde: Wer seine Gesellschaft mit eigenen Darlehen finanziert, ist generell weniger schutzwürdig als ein fremder Geldgeber.
- 85 (2) Mit der Neuregelung entfallen zwangsläufig die bisherigen Rechtsprechungsregelungen zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung, denn der Begriff Eigenkapitalersatz ist kein Anknüpfungspunkt mehr. Ob die Regelungen ersatzlos entfallen können, ist eine andere Frage. Die Rechtsprechungsregelungen konnten nie ganz befriedigen und gaben zu vielen Auseinandersetzungen Anlass. Sie haben ihre Grundlage in § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG, wonach Rechtshandlungen, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen, bei Fragen des Kapitalersatzes den Darlehen gleich behandelt werden sollen. Aber entspricht die Nutzungsüberlassung wirtschaftlich wirklich einer Darlehensgewährung? Der wesentliche Unterschied ist der, dass der Eigentümer, der

einen Gegenstand zur Nutzung überlässt, sein Eigentum an dem Gegenstand behält. An diesem Eigentum können Rechte Dritter bestehen, deren Verwertung die Insolvenz nicht entgegenstehen kann. Den Eigentümer zu Ersatzleistungen in die Masse zu verpflichten, wenn solche Rechte Dritter durchgesetzt und der Masse das zur Nutzung überlassene Gut entzogen wird, ist kaum eine angemessene Lösung. Andererseits sollte nicht entscheidend sein, ob solche Rechte Dritter bestehen und durchgesetzt werden oder nicht. Es fragt sich, ob man die Lösung der Rechtsprechung überlassen kann.

(3) **§§ 32a und 32b GmbHG**

86 Die Bestimmungen werden ersatzlos aufgehoben. Dies ist die Voraussetzung für die rechtsformübergreifenden Regelungen im InsO-E und im AnfG-E.

(4) **§ 19 Abs. 2 Satz 3 InsO-E**

87 Der neue Satz 3 bestimmt, dass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen im Überschuldungsstatus nicht als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind. Das erscheint folgerichtig, weil diese Forderungen im Insolvenzverfahren nur nachrangig befriedigt werden können.

88 Die Abteilung Wirtschaftsrecht des 66. Deutschen Juristentags hat unter IV, 23 allerdings (mit 109:50:11) Stimmen beschlossen, Gesellschafterdarlehen sollten auch in Zukunft im Überschuldungsstatus passiviert werden, wenn nicht eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung vorliegt. Das mag damit zusammenhängen, dass sich die Mehrheit (59:63:15 Stimmen) auch dafür ausgesprochen hat, die generelle Einbeziehung von Gesellschafterdarlehen als Eigenkapitalersatz durch eine widerlegliche Vermutung zu ersetzen. Der Handelsrechtsausschuss möchte diesen Beschlüssen nicht folgen. Er gibt der einfachen und klaren Regelung des Gesetzentwurfs den Vorzug vor einer Regelung, die erhebliche Beurteilungsspielräume offen lässt und bei der im Widerspruch zu den fundamentalen Grundsätzen der Neuregelung weiterhin eine Rolle spielen soll, ob ein Darlehen in der Krise gewährt wurde und deshalb eigenkapitalersetzenden Charakter hat. Wenn Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz an letzter Rangstelle nach allen übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger zu befriedigen sind, dann verlangt der Schutz der Gläubiger nicht die Passivierung im Überschuldungsstatus. Werden nicht passivierte Gesellschafterdarlehen abgezogen, kann dies zwar zur Insolvenz führen. Für diesen Fall reichen aber die dann vorhandenen Instrumentarien (§ 64 GmbHG-E, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 135 InsO-E, § 6 AnfG-E) zur Gläubigersicherung aus.

(5) **§ 39 InsO-E**

a) **§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E**

89 Nach der neuen Fassung sollen – mit den aus den nachfolgenden Absätzen sich ergebenden Einschränkungen – nicht mehr nur Rückgewährforderungen aus kapitalersetzenden Darlehen und gleichgestellte Forderungen nachrangig sein, sondern Rückgewährforderungen aus allen Darlehensgewährungen und wirtschaft-

lich entsprechenden Rechtshandlungen. Der Handelsrechtsausschuss stimmt dem aus den bereits dargelegten Gründen zu.

90 Zweifelhaft kann sein, welche Rechtshandlungen einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen. Man wird hier nicht ohne Vorbehalt auf die Kasuistik zu § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG zurückgreifen können, weil es dort im Schwerpunkt um die Entsprechung zu „kapitalersetzenden“ Darlehensgewährungen ging. Vor allem mit Rücksicht auf diesen Schwerpunkt wurde die Rechtsprechung zur kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entwickelt. Die Lösung wird von den Gerichten zu finden sein.

91 Es ist vorgeschlagen worden, die Nachrangigkeit generell auf entsprechende Forderungen von nahe stehenden Personen auszudehnen. Der Handelsrechtsausschuss hält dies nicht für angezeigt. Nahe stehende Personen eines Gesellschafters können der Gesellschaft durchaus wie fremde Geldgeber gegenüberstehen. Wo dies nicht der Fall ist, dürfte in der Regel § 44a InsO-E deshalb greifen, weil der Gesellschafter für die Forderungen der ihm nahe stehenden Personen Sicherheiten bestellt oder sich verbürgt hat.

92 Der Handelsrechtsausschuss regt an, das in § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO-E Geregelter in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E einzugliedern, den jetzigen Abs. 5 dem verbleibenden Abs. 4 hinzuzufügen und den so geänderten Abs. 4 als Abs. 2 vor den jetzigen Abs. 2 zu stellen.

b) **§ 39 Abs. 4 InsO-E**

93 Satz 1 stellt klar, dass die neu gefasste Nr. 5 des Abs. 1 für alle Gesellschaften gilt, bei denen keine natürliche Person als Gesellschafter unmittelbar oder mittelbar für die Gesellschaftsschulden persönlich haftet. Die Bestimmung erfasst damit insbesondere die AG, die GmbH, die GmbH & Co. KG, die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, die Europäische Gesellschaft (SE) und Auslandsgesellschaften wie die englische Limited. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs erfasst sie auch die Genossenschaft, nicht jedoch den rechtsfähigen Verein, weil es sich bei diesem um keine Gesellschaft handelt. Das ist sachgerecht.

94 Im Schrifttum ist die Frage problematisiert worden, ob die Verlagerung der Eigenkapitalersatzregeln in die Insolvenzordnung vor dem Gemeinschaftsrecht Bestand hat. Aus Sicht des Handelsrechtsausschusses spricht viel dafür, dass dem so ist. Letztlich wird diese Frage der EuGH zu entscheiden haben. Die Reform mit Rücksicht auf diese offene Frage zu unterlassen, kann nicht befürwortet werden.

95 § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-E normiert das Sanierungsprivileg im Wesentlichen im Sinne des geltenden § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG. Es ist konsequent, statt wie bisher an den Begriff der „Krise“ an den der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ anzuknüpfen. Bedenken bestehen indessen gegen die Bestimmung, der Anteilserwerb solle „bis zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit“ nicht zur Anwendung von Abs. 1 Nr. 5 führen. Liest man die Bestimmung so, dass die Forde-

rungen so lange nicht in den Anwendungsbereich von Abs. 1 Nr. 5 fallen, bis die drohende Zahlungsunfähigkeit beseitigt ist, dann macht sie keinen Sinn, weil Abs. 1 Nr. 5 nur zur Anwendung kommen kann, wenn die Insolvenz tatsächlich eingetreten ist. Man wird die Bestimmung deshalb dahin verstehen müssen, dass, wenn die im Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile drohende Zahlungsunfähigkeit einmal beseitigt ist, die privilegierten Forderungen ihre Privilegierung verlieren und fortan so zu behandeln sind wie alle anderen Forderungen von Gesellschaftern. Dann ergibt sich aber ein anderes Problem. Wann eine drohende Zahlungsunfähigkeit beseitigt ist, wird sich in vielen Fällen nicht exakt bestimmen lassen. Zieht der Sanierer die zugeführten Mittel aber zu spät wieder ab, ist seine Forderung in den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E gefallen mit den entsprechenden Folgen, wenn es später – vielleicht aus Gründen, die mit der früher drohenden Zahlungsunfähigkeit nichts zu tun haben – zur Insolvenz kommt. Bislang gibt es dieses Problem nicht, weil nur kapitalersetzende Darlehen nachrangig und solche Darlehen nach der Krise nicht mehr kapitalersetzend sind. Dem Handelsrechtsausschuss erscheint es daher richtig, die Wörter „bis zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit“ aus dem Entwurf zu streichen. Es wird dann Sache der Rechtsprechung sein, im Einzelfall zu entscheiden, ob und wann sich die einst privilegierten Forderungen in normale Forderungen von Gesellschaftern umgewandelt haben.

96 Gibt ein Altgesellschafter, der kein Kleinbeteiligter ist, zum Zweck der Sanierung ein Darlehen, verdient er das Privileg nicht, und zwar auch dann nicht, wenn er zum Zweck der Sanierung Anteile hinzu erwirbt. Die Privilegierung verdienen hingegen ein bislang nicht beteiligter Gläubiger, der zum Zweck der Sanierung Anteile erwirbt, sowie ein nicht geschäftsführender Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt ist und zum Zweck der Sanierung Anteile hinzu erwirbt, auch wenn er dadurch aus dem Kleinbeteiligungsprivileg herausfällt. Letzteres sollte im Gesetz ausdrücklich klar gestellt werden.

c) **§ 39 Abs. 5 InsO-E**

97 Die Bestimmung übernimmt das Kleinbeteiligungsprivileg aus § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Das ist sachgerecht.

(6) Folgt man den Anregungen des Handelsrechtsausschusses, könnte wie folgt formuliert werden:

a) **§ 39 Abs. 1 Nr. 5**

98 „vorbehaltlich von Abs. 2 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, gegen Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.“

b) **§ 39 Abs. 2**

99 „Erwirbt ein Gläubiger einer in Abs. 1 Nr. 5 näher bezeichneten Gesellschaft bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies nicht zur Anwendung von Abs. 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen und auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. Abs. 1 Nr. 5 gilt des Weiteren nicht für derartige Forderungen eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Haftkapital beteiligt ist, auch wenn er zum Zweck der Sanierung Anteile an der Gesellschaft hinzu erwirbt und dadurch seine Beteiligung die Zehn-vom-Hundert-Grenze überschreitet.“

Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden zu Absätzen 3 und 4.

(7) **§ 44a InsO-E**

100 Die Bestimmung übernimmt im Hinblick auf gesicherte Darlehen § 32a Abs. 2 und § 32b GmbHG in angepasster Form rechtsformneutral in das Insolvenzrecht. Im Schrifttum ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Regelungsgehalt der Bestimmung aus Gründen der Gesetzessystematik nicht besser in § 135 InsO zu platzieren wäre. Dafür sprechen gute Gründe.

101 Die Bestimmung knüpft nicht mehr an den Zeitpunkt an, „in dem [...] Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten“. Das ist konsequent, nachdem künftig nicht nur die kapitalersetzenden sondern grundsätzlich alle Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz mit Nachrang berichtigt werden sollen.

102 Folgt man den Anregungen des Handelsrechtsausschusses zu § 39 InsO-E, müsste § 44a Abs. 3 Satz 1 InsO-E folgenden Wortlaut erhalten:

„§ 39 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden; § 39 Abs. 1 Nr. 5 gilt sinngemäß.“

(8) **§ 135 InsO-E**

103 Die Bestimmung erstreckt die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die im Zusammenhang mit kapitalersetzenden Darlehen und gleichgestellten Forderungen stehen, auf Rechtshandlungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen und gleichgestellten Forderungen, die nicht kapitalersetzend sind. U.a. unterliegen der Anfechtung danach weiterhin nicht die Erfüllung von Forderungen aus beiderseits sofort erfüllten Austauschgeschäften sowie termingerechte Auszahlungen von Tätigkeitsvergütungen der Gesellschafter. Das ist folgerichtig.

104 Im Schrifttum wird mit beachtlichen Argumenten empfohlen, die Zehnjahresfrist in § 135 Nr. 1 InsO zu streichen mit der Folge, dass die Gewährung von Sicherungen ohne zeitliche Begrenzung anfechtbar ist. Der Handelsrechtsausschuss möchte sich diesem Vorschlag nicht anschließen, weil Vorgänge, die besonders lange zurückliegen, nicht mehr in einen Zusammenhang mit einer späteren Zahlungsunfähigkeit gestellt werden sollten. Die Zehnjahresfrist erscheint angemessen.

105 Die Abteilung Wirtschaftsrecht des 66. Deutschen Juristentags hat (mit 64:48:22 Stimmen) dafür votiert, die Jahresfrist in § 135 Nr. 2 InsO, die für die Anfechtbarkeit von Erfüllungshandlungen gilt, zu verlängern. Der Handelsrechtsausschuss hält dies nicht für angezeigt. Die Unsicherheit, ob vor Einleitung des Insolvenzverfahrens erbrachte Erfüllungsleistungen zurückgefordert werden dürfen, ist – abgesehen von Sondertatbeständen – für die Leistungsempfänger eine erhebliche Belastung. Anfechtbar sollten deshalb nur Erfüllungsleistungen sein, die während eines Zeitraums erfolgen, der im Regelfall vor einer Insolvenz als kritisch gesehen werden muss. Das ist keine längere Zeit als ein Jahr.

Von alledem abgesehen sollten Gesetze und namentlich gesetzliche Fristen nur geändert werden, wenn dafür ein dringendes Bedürfnis besteht. Daran fehlt es hier. Die Kontinuität der Rechtsordnung hat einen hohen Stellenwert.

(9) **§ 6 AnfG-E**

106 Auch diese Bestimmung erstreckt die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die im Zusammenhang mit kapitalersetzenden Darlehen und gleichgestellten Forderungen stehen, auf Rechtshandlungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen und gleichgestellten Forderungen, die nicht kapitalersetzend sind. Dem ist zuzustimmen.

107 Abs. 1 Satz 2 verschiebt den Beginn der Anfechtungsfrist für den Fall, dass ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen wurde, auf den Zeitpunkt der Antragstellung nach vorne, wenn der Gläubiger zu dieser Zeit noch keinen vollstreckbaren Schultitel erlangt hat. Die Begründung zum Referentenentwurf trägt dies.

108 Eine Änderung der bisher geltenden Anfechtungsfristen von zehn Jahren und von einem Jahr ist nicht angezeigt. Das ergibt sich aus den Anmerkungen zu § 135 InsO-E.

(10) **§ 6a AnfG-E**

109 Die Bestimmung ist die konsequente Umsetzung des § 44a InsO-E in den Bereich des Anfechtungsrechts. Der Regelung ist zuzustimmen.

Folgt man den vorstehenden Anregungen zu § 39 InsO-E, müsste § 6a Abs. 1 Satz 2 AnfG-E folgenden Wortlaut erhalten:

„§ 39 Abs. 2 und 3 InsO und § 6 Abs. 2 sind entsprechend anzuwenden, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gilt sinngemäß.“

C.

Ergänzende Gesetzesvorschläge

I. Verdeckte Sacheinlage

110 Wie einleitend bemerkt (vgl. zu A. II), sollte das „Rechtsinstitut“ der verdeckten Sacheinlage im Zuge der GmbH-Reform einer für die Praxis befriedigenden Lösung zugeführt werden. Der Handelsrechtsausschuss hat zu diesem Thema bereits im Jahre 1996 auf die für die Praxis schwer nachvollziehbare Kasuistik der Rechtsprechung hingewiesen und einen Vorschlag unterbreitet, wie die drakonischen Rechtsfolgen im Falle einer verdeckten Sacheinlage, die sich insbesondere aus § 27 AktG und der analogen Anwendung dieser Vorschrift für das GmbH-Recht ergeben, abgemildert werden könnten (DAV-Stellungnahme vom Juni 1996, abgedruckt in WiB 1996, 707 ff.).

111 Der vom Handelsrechtssausschuss seinerzeit unterbreitete Vorschlag zur Lösung der Probleme lief im Wesentlichen darauf hinaus, im Falle verdeckter Sacheinlagen Heilungsmöglichkeiten zu öffnen und die Haftung des Inferenten im Prinzip auf eine Differenzhaftung zurückzuführen. Diesem Lösungsweg scheinen auch das neuere Schrifttum und die Diskussionen auf dem 66. Deutschen Juristentag zuzuneigen. Der Handelsrechtsausschuss möchte deshalb, ohne auf seinen damaligen Vorschlag nochmals im Einzelnen einzugehen, diesen in modifizierter Form wiederholen.

112 Der nachfolgende Vorschlag beruht in erster Linie auf der Überlegung, dass im Fall einer verdeckten Sacheinlage für die in § 27 Abs. 3 AktG angeordnete Unwirksamkeit von schuldrechtlichem Geschäft und dinglicher Übertragung, die nach der Rechtsprechung des BGH auch bei der GmbH gilt, kein überzeugender Grund gegeben ist. Das Gleiche gilt für die bei der AG durch § 27 Abs. 4 AktG angeordnete Unmöglichkeit einer Heilung durch Satzungsänderung.

Die den Kern der verdeckten Sacheinlage ausmachende Absprache, im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Gründung oder einer Kapitalerhöhung anstelle einer vereinbarten Bareinlage eine Sacheinlage einzubringen, verstößt, abgesehen von der geltenden Formulierung von § 27 Abs. 3 AktG, nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Einen Verstoß gegen das Kapitalaufbringungsgebot stellt lediglich die unterlassene Offenlegung und deshalb unterbliebene Werthaltigkeitsprüfung der Sacheinlage dar. Es sollte deshalb im Gesetz die Möglichkeit geschaffen werden, diese Offenlegung im Wege eines Heilungsbeschlusses

nachzuholen und den Beschluss nach einer Werthaltigkeitsprüfung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wie dies der Bundesgerichtshof für die GmbH bereits im Grundsatz zugelassen hat.

113

Aus dem Kapitalaufbringungsgebot folgt, dass der Inferent einer - offenen oder verdeckten - Sacheinlage in jedem Fall für die Werthaltigkeit der Sacheinlage einzustehen hat und im Falle einer Differenz in bar nachschießen muss (§ 9 GmbHG). Im Falle einer offenen Sacheinlage steht hierfür das im Gesetz vorgesehene Prüfungsverfahren zur Verfügung. Lässt man eine Heilung zu, muss die Möglichkeit eröffnet werden, die Prüfung nachzuholen und eine dabei festgestellte Differenz in bar auszugleichen. Das Prüfungsverfahren hat für den Inferenten den Vorteil, dass er auf diese Weise den Nachweis der Werthaltigkeit der verdeckt geleisteten Sacheinlage erbringen kann und im Falle später auftretender Werthaltigkeitsfragen nicht beweisbelastet ist.

114

Geht man von der Wirksamkeit der schuldrechtlichen Einbringungsvereinbarung und des dinglichen Erfüllungsgeschäfts aus, kann es bei der nachgeholten Prüfung hinsichtlich des Bewertungsstichtags, anders als im Falle von § 9 Abs. 1 GmbHG nicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung, sondern nur auf den Zeitpunkt der Einbringung ankommen. Vom Zeitpunkt der Einbringung an konnte die Gesellschaft die Sacheinlage, die zu ihrer vollen Verfügung stand und gegebenenfalls auch noch steht, und sei es auch nur durch ein Surrogat, nutzen. Deshalb ist es sachlich gerechtfertigt und geboten, bei der Heilung der verdeckten Sacheinlage für ihre Werthaltigkeit nicht auf den Zeitpunkt der Heilung, sondern auf den Zeitpunkt der Einlageleistung abzustellen. Nur in dem Sonderfall, dass die Sacheinlage vor der Anmeldung der Bargründung oder Barkapitalerhöhung geleistet wurde, ist nicht der Zeitpunkt der Leistung, sondern der späteren Anmeldung maßgeblich.

115

Wenn man die Heilung einer verdeckten Sacheinlage zulässt, bleiben Fälle offen, in denen es nicht zu einer solchen Heilung kommt, sei es, weil sie bewusst nicht betrieben wurde oder sich die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung geändert haben und daran ein Heilungsbeschluss scheitert. Für diese Fälle ergibt sich aus der Logik der Wirksamkeit des schuldrechtlichen und dinglichen Geschäfts, dass zwar ungeachtet der wirksam erfolgten Einbringung die Verpflichtung zur Einzahlung der Bareinlage bestehen geblieben ist, der Gesellschafter aber auf diese fortbestehende Einzahlungsverpflichtung den Wert der in die Gesellschaft eingebrachten und seit der Einbringung genutzten Sacheinlage anrechnen darf. Er läuft hierbei jedoch das Risiko, dass ihm eine gerichtlich überprüfte Bewertung nicht zur Verfügung steht. Deshalb trägt er auch im Gegensatz zur Rechtslage, die im Falle der Eintragung nach gerichtlicher Überprüfung des Wertes der Sacheinlage gegeben ist, gegenüber der die Einzahlung verlangenden Gesellschaft die Beweislast für die Werthaltigkeit seiner Sacheinlage im Zeitpunkt der Einbringung. Wegen dieses Beweislastrisikos und wegen des Risikos einer Haftung für falsche Angaben nach § 9 a GmbHG ist davon auszugehen, dass bei Übernahme des Gesetzgebungsvorschlags keine „Flucht in die verdeckte Sacheinlage“ einsetzen wird. Es ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die eingebrachten Wirtschaftsgüter und ihr Wert der Öffentlichkeit nicht verborgen bleiben. Sie müssen jährlich in der Bilanz angesetzt, bewertet und geprüft werden. Hinzuweisen ist auch auf die nach § 43 GmbHG und § 93 AktG bestehende Haftung der Vertretungsorgane bei schuldhafter Vereinbarung nicht werthaltiger Einbringungen.

Dies vorausgeschickt, schlägt der Handelsrechtsausschuss vor, in das GmbHG und das AktG folgende Änderungen und Ergänzungen einzufügen:

I. GmbHG

- 116 1. In § 5 GmbHG wird folgender neuer Abs. 5 eingefügt:
- „Werden im Falle der Übernahme von Bareinlagen aufgrund einer Absprache zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Sacheinlagen geleistet, die nicht gemäß Abs. 4 Satz 1 festgesetzt wurden (verdeckte Sacheinlagen), wird der Gesellschafter von seiner Verpflichtung zur Leistung der Bareinlagen frei, wenn die Gesellschafter der Leistung der Sacheinlagen durch Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrages zugestimmt haben. Der Beschluss muss die Angaben nach Abs. 4 Satz 1 enthalten. Abs. 4 Satz 2 gilt entsprechend.“
- 117 2. § 8 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 GmbHG wird wie folgt neu gefasst:
- „4. im Fall von § 5 Abs. 4 und Abs. 5 die Verträge, die den Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind, und der Sachgründungsbericht,
5. wenn Sacheinlagen gemäß § 5 Abs. 4 oder Abs. 5 vereinbart sind, Unterlagen darüber, dass der Wert der Sacheinlagen den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlagen erreicht; im Falle von § 5 Abs. 5 ist der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt ihrer Leistung maßgeblich.“
- 118 3. § 9 GmbHG erhält folgenden neuen Abs. 2. Der bisherige Abs. 2 wird Abs. 3:
- „Erreichte der Wert einer verdeckten Sacheinlage, der die Gesellschafter nach Maßgabe von § 5 Abs. 5 zugestimmt haben, im Zeitpunkt ihrer Leistung oder, wenn die Leistung früher erfolgt ist, im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Betrag der übernommenen Stammeinlage, so hat der Gesellschafter in Höhe des Differenzbetrages eine Einlage in Geld zu leisten.“
- 119 4. § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG wird wie folgt geändert und erhält folgenden neuen Satz 2:
- „Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung bewirkt wird, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit sie in Ausübung einer nach § 5 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 getroffenen Bestimmung erfolgt. Wird bei einer verdeckten Sacheinlage der Gesellschafter nicht gemäß § 5 Abs. 5 von seiner Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage frei, bleibt er zur Zahlung des Nennbetrages verpflichtet, gemindert um den von ihm zu beweisenden Wert seiner Sacheinlage im Zeitpunkt ihrer Leistung oder, wenn die Leistung früher erfolgt ist, im Zeitpunkt der Anmeldung

der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister. Ein Anspruch auf Rückgewähr des Gegenstands der verdeckten Sacheinlage steht dem Gesellschafter nicht zu.“

120 5. § 56 Abs. 2 GmbHG erhält folgende Neufassung:

„Die §§ 5 Abs. 5, 9 und 19 Abs. 5 finden entsprechende Anwendung.“

II. AktG

121 1. § 27 Abs. 3 AktG wird wie folgt neu gefasst:

„3) Verträge über Sacheinlagen und Sachübernahmen und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung bleiben vorbehaltlich der Regelung in § 52 sowie § 54 Abs. 2 Satz 2 bis 8 und Abs. 3 auch ohne eine Festsetzung nach Abs. 1 wirksam.“

122 2. § 27 Abs. 4 AktG wird gestrichen; § 27 Abs. 5 wird Abs. 4.

123 3. § 54 Abs. 2 AktG erhält die folgenden neuen Sätze 2 bis 6:

„Werden im Falle der Übernahme von Bareinlagen aufgrund einer Absprache zwischen Gesellschaft und Aktionär Sacheinlagen geleistet, die nicht gemäß § 27 Abs. 1 festgesetzt wurden (verdeckte Sacheinlagen), wird der Aktionär von seiner Verpflichtung zur Leistung der Bareinlagen frei, wenn die Hauptversammlung der Leistung der Sacheinlagen zugestimmt hat und der Beschluss in das Handelsregister eingetragen wurde. Der Hauptversammlungsbeschluss muss die Angaben nach § 27 Abs. 1 enthalten. Er bedarf der für eine Kapitalerhöhung vorgeschriebenen Mehrheit. §§ 33 bis 35 sind entsprechend mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt ihrer Leistung oder, wenn die Leistung früher erfolgt ist, im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft maßgeblich ist. Der Beschluss darf nur gefasst werden, wenn die Zustimmung zur Leistung der Sacheinlagen und die Festsetzungen nach § 27 Abs. 1 ausdrücklich und ordnungsgemäß (§ 124 Abs. 1) bekannt gemacht worden sind. § 37 Abs. 4 Nr. 2 1. Halbsatz und Nr. 4 gilt entsprechend.“

124 4. § 54 AktG erhält folgenden neuen Absatz 3:

„Falls der Wert einer verdeckten Sacheinlage, der die Hauptversammlung gemäß Abs. 2 Satz 2 zugestimmt hat, im Zeitpunkt der Leistung der Sacheinlage oder, wenn die Leistung früher erfolgt ist, im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft nicht den Ausgabebetrag erreichte, hat der Aktionär in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten.“

125 5. § 54 AktG enthält folgenden neuen Absatz 4:

„Wird bei einer verdeckten Sacheinlage der Aktionär nicht gemäß Abs. 2 Satz 2 von seiner Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage frei, bleibt er gemäß Abs. 2 Satz 1 zur Zahlung des Ausgabebetrags verpflichtet, gemindert um den von ihm zu beweisenden Wert seiner Sacheinlage im Zeitpunkt ihrer Leistung oder, wenn die Leistung früher erfolgt ist, im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft. Ein Anspruch auf Rückgewähr des Gegenstands der verdeckten Sacheinlage steht dem Aktionär nicht zu.“

126 6. § 54 Abs. 3 AktG wird Abs. 5, § 54 Abs. 4 wird Abs. 6.

127 7. § 183 Abs. 2 AktG wird gestrichen, § 183 Abs. 3 AktG wird Abs. 2 und folgender neuer § 183 Abs. 3 AktG wird eingefügt:

„§ 54 Abs. 2, 3 und 4 gilt entsprechend.“

128 8. In § 188 Abs. 3 werden die Nr. 3 und 4 zu Nr. 4 und 5. Die folgende neue Nr. 3 wird eingefügt:

„bei der Zustimmung zu einer verdeckten Sacheinlage nach § 54 Abs. 2 Satz 2 die Verträge, die den Festsetzungen zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind, und den Bericht über die Prüfung der Sacheinlagen;“.

III. Beurkundungszwang (§ 15 GmbHG)

129 Der Gesetzentwurf greift die Frage der notariellen Beurkundungspflicht der Abtretung von Gesellschaftsanteilen und eines entsprechenden schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) nicht auf. In Literatur und Praxis wird allerdings über den Sinn der Beurkundungspflicht sowohl des dinglichen wie des schuldrechtlichen Geschäfts heftig und kontrovers diskutiert. In der Praxis führt der Umfang des Formzwangs insbesondere beim schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft zu erheblichen Problemen. Nach dem Vollständigkeitsgrundsatz muss die notarielle Urkunde sämtliche Punkte des Rechtsgeschäfts einschließlich aller Nebenabreden umfassen, was z.B. bei der Verpflichtung zur Abtretung von Anteilen an einer GmbH & Co. KG dazu führt, dass das gesamte Vertragswerk auch in Bezug auf die Personengesellschaft beurkundet werden muss.

130 Es erscheint ernstlich zweifelhaft, ob der ursprüngliche Zweck der Vorschrift, den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu verhindern, heute noch überzeugend ist. In der Tendenz entgegengesetzt will der Gesetzentwurf durch Zulassung einer Stückelung in Ein-Euro - Geschäftsanteile und die Zulässigkeit der gleichzeitigen Übernahme mehrerer Geschäftsanteile gerade die Fungibilität fördern.

Für eine Beurkundungspflicht auch des Verpflichtungsgeschäfts spricht allenfalls die Überlegung, dass eine Belehrung der Beteiligten durch den beurkundenden Notar über die mit der Stellung eines GmbH-Gesellschafters verbundenen Risiken zweckmäßig sein kann. Zu bemerken ist allerdings, dass für die Übertragung und Verpflichtung zur Übertragung der in der

Regel viel risikobehafteteren Personengesellschaftsanteile (GbR, OHG, KG) die notarielle Form nicht vorgeschrieben ist.

Sinnvoll ist aber nach wie vor eine notarielle Beurkundung des dinglichen Abtretungsgeschäfts zur Beweissicherung. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die im Gesetzentwurf vorgesehene Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Gesellschaftsanteils auf der Grundlage der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG-E und der dazu vorgesehenen Mitwirkung des Notars gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E.

131 Der Handelsrechtsausschuss schlägt deshalb vor, § 15 Abs. 4 GmbHG ersatzlos zu streichen, § 15 Abs. 3 GmbHG jedoch bestehen zu lassen.