

Berlin, 05.09.2007
Stellungnahme Nr. 43 /07
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

**zum
Regierungsentwurf 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 (Berichterstatter)

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
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 Die Bundesregierung hat am 23. Mai 2007 den Regierungsentwurf für eine weitreichende Reform des GmbH-Rechts vorgelegt. Zu dem vorangehenden Referentenentwurf vom 29. Mai 2006 hat der Handelsrechtsausschuss in seiner Stellungnahme vom Februar 2007 ausführlich Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 06/07, abgedruckt in NZG 2007, 211 ff.).

Der Regierungsentwurf enthält wesentliche Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf und übernimmt eine Reihe von Vorschlägen aus der Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses. Nachfolgend nimmt der Handelsrechtsausschuss ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu einzelnen Regelungen des Entwurfs Stellung, die noch der Diskussion bedürfen oder die es gegen Kritiker zu verteidigen gilt.

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

1. Zu Nr. 2 (§ 2 Absatz 1 a GmbHG-E - Schriftform bei Verwendung des Musters)

- 2 a) Ohne großen Rechtsformaufwand und ohne notarielle Beurkundung des GmbH-Vertrags soll es künftig möglich sein, schnell und kostengünstig eine GmbH zu errichten, wenn der oder die Gründer die Mustersatzung und das übrige „Gründungsset“ verwenden. Allerdings soll es nach wie vor nicht ganz ohne Notar gehen: Wenn auch keine notarielle Beurkundung mehr gefordert wird, so wird der Notar noch gebraucht für die Beglaubigung von Unterschriften, und zwar sowohl der gründenden Gesellschafter (hier hat sich in die Anmerkung 18 zum Muster für den Gesellschaftsvertrag ein Fehler eingeschlichen: nicht die "Anmeldung" ist von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen, sondern der Gesellschaftsvertrag selbst) als auch des Geschäftsführers anlässlich der Anmeldung der GmbH zum Handelsregister.
- 3 Dieses Erfordernis doppelter Beglaubigungstätigkeit des Notars - und damit eben doch nicht die "perfekte" Einfachheit - ist in der Literatur bereits angegriffen worden. Nachdem *Eidenmüller* (ZGR 2007, 168, 199) den Vorschlag unterbreitet hatte, die Möglichkeit zu schaffen, eine GmbH vollständig elektronisch (also papierlos) in Minuten über das Internet mittels eines Standardfor-

mulars (Standardsatzung) zu minimalen Kosten zu gründen (eine Möglichkeit, die es in Dänemark bereits gibt und für Großbritannien vor der Tür steht), hat auch *Noack* (Der Betrieb 2007, 1395, 1398) die mangelnde Möglichkeit der Verwendung von Online-Formularen, die mit einer Signatur gemäß § 126 a BGB zu zeichnen wären, als "Modernisierungsbremse" bedauert. Es mag sein, dass eine Online-Registrierung der Gesellschaft "ein wirklicher Fortschritt" wäre und dass die im Jahre 2001 vom Gesetzgeber geschaffenen §§ 126 Absatz 3, 126 a BGB nebst dem Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen eine passende Grundlage bieten würden. Andererseits wird man sagen müssen, dass, solange der Gesetzgeber für die Anmeldung des Geschäftsführers zum Registergericht an dem Belehrungserfordernis über die uneingeschränkte Auskunftspflicht festhält - die Belehrung erfolgt nun einmal in der Praxis durch den die Unterschrift beglaubigenden Notar -, der Gang zum Notar wegen der Beglaubigung der Unterschrift jedenfalls des Geschäftsführers sinnvoll ist und das Erfordernis der Beglaubigung der Unterschriften der (wenigen) Gesellschafter kein wirkliches Unglück und damit nicht wirklich die beklagte Modernisierungsbremse darstellt. In vielen Fällen werden Gesellschafter und Geschäftsführer überdies identisch sein.

- 4 b) Der Bundesrat befürchtet in seiner Stellungnahme (Drucksache 354/07 unter Nr. 1), dass die mit der Einführung des elektronischen Registerverkehrs erreichten Vorteile wieder aufgegeben werden, wenn der Notar nur noch zur Unterschriftsbeglaubigung und nicht mehr zum Vollzug der Anmeldung verpflichtet ist und die Gründer die Anmeldung selbst in Papierform beim Register einreichen können. In der Tat müsste der beglaubigende Notar gesetzlich verpflichtet werden, die Anmeldung zu vollziehen. Bei einer so weitgehenden Einschaltung des Notars fragt man sich allerdings, warum er dann nicht auch gleich eine einfache Satzung nach seinem eigenen Muster beurkundet und worin noch die Vereinfachung liegen soll.
- c) Zum Muster für den Gesellschaftsvertrag im einzelnen noch folgende Anmerkungen:
- 5 - Zu § 3, der für den Gegenstand des Unternehmens (nur) drei Varianten anbietet (Handel mit Waren, Produktion von Waren, Dienstleistungen), ist mit Recht angemerkt worden, dass die Pauschalität der amtlich verlangten Angabe zur Überprüfung der derzeit herrschenden Meinung zwingt, wonach der Gegenstand "individualisiert" zu sein hat. Einleuchtend erscheint auch nicht, dass nur eine der drei Varianten gewählt werden darf (so Anmerkung 4 des Musters). Warum soll denn z.B. nicht die „Produktion von und der Handel mit Waren“ Gegenstand der Ge-

sellschaft sein können und bei Erfüllung von zwei Varianten die Muster-satzung nicht mehr tauglich sein?

- 6 - Eine juristische Person soll Gründer sein können, nicht dagegen – so muss man schließen – eine BGB-Gesellschaft und auch nicht eine OHG oder KG. Besser wäre es, die vereinfachte Form der Gründung ausschließlich für natürliche Personen zu eröffnen, um die Transparenz der handelnden Personen zu gewährleisten.
- 7 - Dass ein Gründer hier entgegen § 5 Absatz 2 Satz 2 GmbHG-E nicht mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann und dass auch eine Sachgründung oder gemischte Bar-/Sachgründung nicht möglich sein soll, macht Sinn. Die Erleichterung der Gründung passt nur für ganz einfache Sachverhalte.
- 8 - Sinnvoll ist auch, dass die Gesellschaft nur einen Geschäftsführer haben kann. Die Bestellung des Geschäftsführers soll nach dem Muster in Anlage 2 durch einen gesondert zu fassenden Gesellschafterbeschluss erfolgen. Es muss aber auch möglich sein, den Geschäftsführer der Einfachheit halber bereits im Gesellschaftsvertrag zu bestellen, wie das § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG zur Wahl stellt. Das „Gründungsset“ sollte das ausdrücklich als Alternative zulassen.
- 9 c) Die Vereinfachung der Gründung in § 2 Abs. 1 a GmbHG-E und die Einführung einer „Unternehmergesellschaft“ in § 5 a GmbHG-E stehen als Reformvorschläge unverbunden nebeneinander. Es spricht viel dafür, die beiden Ansätze derart zu verbinden, dass nur die „Unternehmergesellschaft“ – besser als „Gründer-GmbH“ bezeichnet, s. unten Rdn. 20 – in der vereinfachten Form gegründet werden kann.

2. Zu Nr. 3 (Neufassung von § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG – Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile)

- 10 Die Neufassung von § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG ändert die Vorschrift sprachlich und inhaltlich. Sprachlich wird in Angleichung an die aktienrechtliche Terminologie auf die Nennbeträge der Geschäftsanteile abgestellt und der Begriff „Stammeinlage“ durch „Geschäftsanteil“ ersetzt. Diese Änderung in der Terminologie, die zu begrüßen ist, wird in den einzelnen Bestimmungen des GmbHG-E konsequent umgesetzt. Der Begriff „Stammeinlage“ soll in § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG-E nur noch als Klammerzusatz für eine Übergangszeit beibehalten werden.

11 Inhaltlich enthält die Neuregelung eine bereits im Referentenentwurf durch
Änderung des § 5 Abs. 2 GmbHG vorgesehene Abkehr von dem Prinzip, dass
ein Gesellschafter bei der Gründung nur einen Geschäftsanteil übernehmen
kann. Die Zulässigkeit der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile ist jetzt ein-
deutig in § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG-E und § 5 Absatz 2 Satz 2 GmbHG-E ge-
regelt.

12 Der neue wie der alte Wortlaut von § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG-E lassen die in
der Praxis unterschiedlich beurteilte Frage offen, wie lange die in der Grün-
dungssatzung enthaltenen Angaben der Gesellschafter und der von ihnen ü-
bernommenen Geschäftsanteile beibehalten werden müssen. Die wohl über-
wiegende Meinung im Schrifttum verlangt die Beibehaltung der Angaben über
die bei der Gründung übernommenen Geschäftsanteile im Gesellschaftsver-
trag nur, wenn diese noch nicht vollständig geleistet sind; die Praxis der Re-
gistergerichte ist uneinheitlich. Zur Schaffung von Rechtssicherheit sollte die
Rechtsslage in geeigneter Weise im Gesetz oder in der Begründung klargestellt
werden. Noch besser wäre es, wenn § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG ersatzlos ge-
strichen würde. Die Angabe der Gründungsgesellschafter und der von ihnen
übernommenen Geschäftsanteile gehört nämlich nicht zum materiellen Sat-
zungsinhalt, sondern ist Bestandteil der Gründungsvereinbarung und als sol-
che für jedermann durch Einsicht in die Registerakten feststellbar. Bezeich-
nenderweise hatte auch § 9 Absatz 2 RegE-GmbHG 1971 von der Aufnahme
der Gründer und der von ihnen übernommenen Stammeinlagen in den Gesell-
schaftsvertrag abgesehen.

3. Zu Nr. 5 (Änderung von § 5 GmbHG - Stammkapital und Geschäftsantei- le)

13 Die schon im Referentenentwurf vorgesehene Herabsenkung des Stammkapi-
tals von € 25.000,- auf € 10.000 ist nach wie vor umstritten. Auch der Han-
delsrechtsausschuss hat davon in seiner Stellungnahme zum Referentenent-
wurf abgeraten (Rdn. 10). Im Hinblick auf die nun geplante „Unternehmerge-
sellschaft“ und ihr „Mindeststammkapital“ von € 1,00 (§ 5 a GmbHG-E) stellt
sich diese Problematik unter einem anderen Blickwinkel (vgl. hierzu im Fol-
genden zu Ziff. 4 b Rdn. 16).

14 Die übrigen vorgeschlagenen Änderungen von § 5 GmbHG sind konsequente
Übernahmen des bereits in § 3 Absatz 1 Nr. 4 GmbHG-E angelegten Grund-
satzes. Die im Vergleich mit dem Referentenentwurf klarere Formulierung in
Absatz 2 Satz 2, dass ein Gesellschafter bei der Errichtung der Gesellschaft

mehrere Geschäftsanteile übernehmen kann, entspricht der Anregung des Handelsrechtsausschusses (Rdn. 11).

4. Zu Nr. 6 (§ 5 a GmbHG-E - „Unternehmergesellschaft“)

- 15 a) Der 66. Deutsche Juristentag hat die Schaffung einer neuen Rechtsform „unterhalb“ der GmbH abgelehnt und mit überwältigender Mehrheit dafür votiert, die Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes im Rahmen der bestehenden Gesellschaftsformen und ohne Schaffung einer neuen Rechtsform vorzunehmen. Mit der „Rechtsformvariante“ (Begründung des Entwurfs S. 71) der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ hält sich der Regierungsentwurf insoweit an die Empfehlungen des Juristentags. Die „Unternehmergesellschaft“ ist nämlich eine GmbH (Begründung S. 72) und auch als „Rechtsformvariante“ keine neue Rechtsform. Ob die Schaffung dieser Variante rechtspolitisch erforderlich oder auch nur sinnvoll ist, kann man bezweifeln. Das soll hier aber nicht weiter diskutiert, sondern der politischen Entscheidung überlassen werden. Der Handelsrechtsausschuss beschränkt sich darauf, einzelne Merkmale dieser Sonderform der GmbH zu beleuchten, um möglichst zu gewährleisten, dass sie nur im Anfangsstadium der Gesellschaft verwendet werden darf und sobald als möglich zu einer „normalen“ GmbH entwickelt werden muss.
- b) Zu den einzelnen Regelungen des § 5 a GmbHG-E ist folgendes zu bemerken:
- 16 - Als Stammkapital einer „Unternehmergesellschaft“ genügt der Betrag von € 1,00. Es wird also für diese Form der GmbH auf jede Seriositätsschwelle verzichtet. Für die „normale“ GmbH will der Regierungsentwurf ebenso wie schon der Referentenentwurf das Mindeststammkapital von € 25.000,00 auf € 10.000,00 absenken, um Kleinunternehmern und Existenzgründern zu ermöglichen, bei geringem Kapitalbedarf leichter eine Gesellschaft zu gründen als bisher (Begründung S. 66). Auch hier stellt sich die Frage, ob beide Reformansätze unverbunden nebeneinander gelten sollen. Der Handelsrechtsausschuss empfiehlt dem Gesetzgeber, es für die „normale“ GmbH jedenfalls dann bei dem Mindeststammkapital von € 25.000,00 zu belassen, wenn er für Kleinunternehmer und die Gründer von Gesellschaften mit geringem Kapitalbedarf die „Unternehmergesellschaft“ mit einem Mindeststammkapital von nur € 1,00 zur Verfügung stellt.

- 17 - Da es sich bei der „Unternehmergesellschaft“ nicht um eine eigene Rechtsform handeln soll, muss in § 5 a Abs. 1 GmbHG-E der Begriff „Rechtsformzusatz“ durch „Zusatz“ ersetzt werden.
- 18 - Zur Charakterisierung der „Rechtsformvariante“ will der Entwurf die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ und die Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“ verwenden. In der Begründung (S. 71) äußert der Entwurf selbst Zweifel, ob diese Bezeichnung optimal ist. Tatsächlich ist sie verwirrend und sollte keinesfalls verwendet werden. Ein Gründer, der nicht in der Lage oder nicht bereit ist, als Preis für seine Haftungsbeschränkung die Mindesteinlage zu leisten, die eine „normale“ GmbH erfordert, darf nicht mittelbar über die Bezeichnung seiner GmbH als „Unternehmer“ qualifiziert werden. Dadurch würden die Gründer einer „normalen“ GmbH, die lediglich als „Gesellschafter“ bezeichnet werden, diskriminiert und abqualifiziert. Der Begriff „Unternehmergesellschaft“ würde die tatsächlich schlecht ausgestattete GmbH im Publikum als etwas Besseres erscheinen lassen. Unglücklich ist auch die vorgeschlagene Abkürzung „UG“. Sie ist gesetzestechisch bereits für verschiedene Gesetze belegt (Umlegungsgesetz, Umstellungsgesetz, Universitätsgesetz) und hat umgangssprachlich eine Nähe zu „Untergeschoss“, wenn nicht sogar zu „Untersuchungsgefängnis“.
- 19 - Bei der Suche nach einer Alternative zum Begriff der „Unternehmergesellschaft“ ist zu berücksichtigen, dass auch für diese Sonderform der GmbH ebenso wie für die „normale“ GmbH § 4 Abs. 1 GmbHG gelten sollte, also der Rechtsformzusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder „GmbH“ auch für diese Sonderform vorgeschrieben wird. Auf diese Weise können im Rechtsverkehr Missverständnisse darüber ausgeschlossen werden, ob es sich um eine GmbH handelt oder nicht. Insofern ist dem Bundesrat zuzustimmen, der den Rechtsformzusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindeststammkapital)“ vorschlägt (Stellungnahme des Bundesrats, S. 4 f. unter Nr. 4). Der kennzeichnende Zusatz „ohne Mindeststammkapital“ ist allerdings nicht zutreffend, weil auch die „Unternehmergesellschaft“ ein Mindeststammkapital hat, auch wenn es nur € 1,00 beträgt.
- 20 - Der gesuchte Begriff muss deutlich machen, dass es sich um eine GmbH in der Startphase handelt. Schon durch den Begriff sollen die Gesellschafter dazu angehalten werden, möglichst bald das Mindestkapital von § 5 GmbHG zu schaffen und sich damit in eine „richtige“ GmbH umzuwandeln. Der Handelsrechtsausschuss regt an, den Begriff

der „Gründer-GmbH“ bzw. „Gründer-Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ zu verwenden. Diese Bezeichnung passt zur Zielsetzung, wie sie in der Begründung (S. 70) für diese Variante der GmbH angeführt wird, nämlich es Existenzgründern einfach zu machen, ihre unternehmerischen Ziele in Angriff zu nehmen. Als Abkürzung kommt dann die Bezeichnung „GGmbH“ in Betracht. Wenn die Großschreibung des Buchstabens „G“ nicht ausreichen sollte, um einen hinreichenden Abstand zur gemeinnützigen GmbH („gGmbH“) zu wahren, sollte man auf eine Abkürzung verzichten und es bei der ohnehin kurzen Bezeichnung „Gründer-GmbH“ belassen.

Die Bezeichnung als „Gründer-GmbH“, die hier nachfolgend verwendet wird, kann einen willkommenen faktischen Zwang auslösen, möglichst schnell die Rücklage in die für eine Umwandlung in Stammkapital nach § 5 GmbHG erforderliche Höhe zu bringen. Eine Gesellschaft, die sich nach Jahr und Tag noch „Gründer-GmbH“ nennt, dokumentiert damit, dass sie trotz der ihr durch das Gesetz gebotenen Starterleichterungen erfolglos geblieben ist.

21

- Der Bundesrat (a.a.O. unter Nr. 5) schlägt vor, für die Gründer-GmbH ein vereinfachtes Gründungsverfahren zuzulassen. Es besteht jedoch keine Notwendigkeit, neben der Sonderregelung in § 2 Abs. 1 a GmbHG-E (Gründung durch Verwendung eines Musters) noch eine weitere Sonderregelung vorzusehen. Vielmehr sollte für die Gründer-GmbH und nur für diese das vereinfachte Verfahren des § 2 Abs. 1 a GmbHG-E zugelassen werden (s. schon oben Rdn. 9).

22

- Nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E sollen Sacheinlagen bei der Gründer-GmbH ausgeschlossen sein. Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als eine Sachgründung ausgeschlossen sein muss, und zwar insbesondere, aber nicht nur bei Inanspruchnahme des erleichterten Gründungsverfahrens nach § 2 Abs. 1 a GmbHG-E. Dagegen kann man bezweifeln, ob es auch in der Folge ausgeschlossen sein soll, das Stammkapital der Gründer-GmbH durch Sacheinlagen nach den allgemeinen Regeln für eine Sachkapitalerhöhung zu erhöhen und dadurch gegebenenfalls schneller das Ziel der Umwandlung in eine „normale“ GmbH zu erreichen. Im Übrigen ist es, auch wenn es bei dem umfassenden Verbot von Sacheinlagen nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E bleibt, jedenfalls zulässig, dass Gesellschafter einen Vermögensgegenstand gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB als „andere Zuzahlung“ in die

21

Kapitalrücklage leisten und diese Rücklage später gemäß § 57 c GmbHG in Stammkapital umgewandelt wird.

23

- Nach § 5 a Abs. 3 GmbHG-E ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden und jährlich mit 25 % des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses zu dotieren. Die Rücklage darf nur zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57 c GmbHG verwendet werden. Das ist im Prinzip zu begrüßen, aber die Pflicht zur Bildung der gesetzlichen Rücklage soll auch dann noch weiterhin gelten, wenn die Rücklage bereits eine solche Höhe erreicht hat, dass durch ihre Umwandlung in Stammkapital das Mindeststammkapital des § 5 GmbHG dargestellt werden kann. Das Gesetz sollte für diesen Fall einen Zwang zur Umwandlung in eine „richtige“ GmbH durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vorsehen. Die Pflicht zur Umwandlung durch Kapitalerhöhung könnte durch eine Registersperre sanktioniert werden. Ein solcher Zwang wäre sachgerecht, weil die Gesellschafter, wenn sie aufgrund entsprechender Rücklagenhöhe das „Eintrittsgeld“ für eine Voll-GmbH leisten können, es dann auch tun sollten. Die Sanktion der Registersperre könnte von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass in den zwei vorangegangenen Jahresabschlüssen die gesetzliche Rücklage die notwendige Höhe erreicht hatte.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Kapitalerhöhung erleichtert, indem bei einer gemäß § 2 Abs. 1 a GmbHG-E errichteten Gründer-GmbH auf die notarielle Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses verzichtet wird.

24

- Nach § 5 a Abs. 3 Satz 3 GmbHG-E soll, wie bereits erwähnt, die gesetzliche Rücklage nur zur Umwandlung in Stammkapital gemäß § 57 c GmbHG verwendet werden dürfen. Das ist zu rigoros, weil auch die Verwendung zur Verlustdeckung möglich sein muss. Der Handelsrechtsausschuss schlägt vor, die Formulierung in Anlehnung an § 150 Abs. 4 Nr. 1 und 2 AktG entsprechend zu ergänzen.

25

- § 5 a Abs. 4 GmbHG-E sieht vor, dass abweichend von § 49 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden muss. Die Verpflichtung zur Einberufung bei einem Verlust der Hälfte des Stammkapitals macht in der Tat keinen Sinn, wenn als Stammkapital der Betrag von € 1,00 genügt. Wichtiger ist die Frage, ob auch für die Gründer-GmbH beide Insolvenzgründe gelten sollen, also die Antragspflicht auch bei Über-

schuldung bestehen soll. Davon geht der Entwurf offenbar aus und daran sollte auch festgehalten werden (dazu unten Rdn. 82 zu § 15a InsO-E)

- 26 - Nach § 5 a Abs. 5 GmbHG-E soll die Gründer-GmbH ihre entsprechende Firmierung auch dann beibehalten dürfen, wenn sie ihr Stammkapital auf die Höhe des Mindeststammkapitals nach § 5 GmbHG erhöht hat. Das ist nicht sachgemäß. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine GmbH, die in jeder Hinsicht im Hinblick auf die Höhe des Stammkapitals und der auf sie anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften eine vollwertige GmbH ist, nicht auch die Firma einer „ordentlichen“ GmbH zu führen hat.

5. Zu Nr. 9 (Änderung von § 8 Abs. 1 GmbHG – Nummerierung der Geschäftsanteile)

27 Die laufende Nummerierung der Geschäftsanteile ist eine wesentliche Hilfe bei der Identifizierung der Geschäftsanteile, die wiederum eine wesentliche Voraussetzung ist für den in § 16 Abs. 3 GmbHG-E vorgesehenen gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten. Wie die Nummerierung im Einzelnen bei der Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen zu erfolgen hat, überlässt der Entwurf der Praxis.

28 Der Handelsrechtsausschuss regt an, in der Begründung des Gesetzes klarzustellen, dass für jeden Geschäftsanteil eine eigene, an die letzte Nummer anschließende Nummer vergeben wird und dies auch für die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen gelten soll. So sollten zum Beispiel bei der Teilung des Geschäftsanteils Nr. 3 – von insgesamt fünf Geschäftsanteilen - die beiden neu entstehenden Geschäftsanteile nicht als Nr. 3 A und Nr. 3 B oder ähnlich bezeichnet werden, sondern – bei gleichzeitiger Streichung der alten Nr. 3 – als neue Nr. 6 und Nr. 7; andernfalls könnte bei einer erneuten Teilung des Geschäftsanteils Nr. 3 A oder einer Zusammenlegung des Geschäftsanteils Nr. 3 B mit dem Geschäftsanteil Nr. 4 die Gesellschafterliste unübersichtlich werden. Die Begründung sollte außerdem empfehlen, bei neu entstandenen Geschäftsanteilen in der neuen Gesellschafterliste zu vermerken, wie und aus welchen Geschäftsanteilen die neu entstandenen Geschäftsanteile hervorgegangen sind.

6. Zu Nr. 9 (Änderung von § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG – Versicherung bei der Anmeldung)

29 Neu gegenüber dem Referentenentwurf ist die Änderung in § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E. Danach soll es der Versicherung, dass sich der Gegenstand der Leistungen endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet, nicht entgegenstehen, wenn mit dem Gesellschafter schon vor der Einlage eine Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter vereinbart wurde, die wirtschaftlich einer Einlagenrückgewähr entspricht und nicht bereits als verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG-E zu beurteilen ist, falls die vereinbarte Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist.

30 Diese Bestimmung ist im Ansatz zu begrüßen. Missverständlich und unnötig kompliziert ist jedoch das Verhältnis zur Regelung der verdeckten Sacheinlage in § 19 Abs. 4 GmbHG-E. Nach der Fassung des Entwurfs soll § 19 Abs. 4 GmbHG-E Vorrang vor § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E haben. Das würde bedeuten, dass bei einer verdeckten Sacheinlage nicht die Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgegeben werden kann. Diese Konsequenz sollte vermieden werden, und zwar schon deshalb, weil die Abgrenzung zwischen den Tatbeständen des § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E und § 19 Abs. 4 GmbHG-E in der Praxis schwierig ist. Bei der verdeckten Sacheinlage wird in der Regel eine „vor der Einlage getroffene Vereinbarung“ vorliegen, und in den Fällen des „Hin- und Herzählens“ bei der Kapitalerhöhung im Cash Pool-System kann man die Vereinbarung häufig als verdeckte Sacheinlage qualifizieren.

31 Nach der bilanziellen Betrachtungsweise, die der Entwurf als „roten Faden“ durchgehend verwirklichen will und die der Handelsrechtsausschuss nachdrücklich unterstützt, sollte es auch für die Anmeldung nur darauf ankommen, dass eine vollwertige Leistung erbracht wird. Demgemäß muss für die Anmeldung ausreichen, dass bei einer vereinbarten Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter gewährleistet ist, dass die Gesellschaft einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch erhält. Damit erübrigt sich auch die Regelung eines Konkurrenzverhältnisses zu § 19 Abs. 4 GmbHG-E. Für die Versicherung sollte es auch keine Rolle spielen, ob die Vereinbarung „vor“, „bei“ oder „nach“ Leistung der Einlage getroffen wird.

32 Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen kann § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wie folgt formuliert werden:

„Die Vereinbarung einer Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter, die wirtschaftlich einer Einlagenrückgewähr entspricht, steht der Abgabe der Versicherung

nicht entgegen, wenn die Leistung an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist“.

Ob es sich in einem solchen Fall um eine verdeckte Sacheinlage mit der bei fehlender Vollwertigkeit eingreifenden Differenzhaftung des Einlegers handelt, kann dann nach den Kriterien des § 19 Abs. 4 GmbHG-E beurteilt werden.

33 Entgegen dem Vorschlag des Bundesrats (a.a.O. zu Nr. 13) sollte es aber mit dem Regierungsentwurf dabei bleiben, dass die Versicherung nur abgegeben werden darf, „wenn“ die Deckung gewährleistet ist und nicht „soweit“ ein vollwertiger Gegenanspruch besteht. Hier geht es nämlich anders als in § 19 Abs. 4 GmbHG-E nicht um die Sanktion einer Differenzhaftung bei nicht vollwertiger Leistung, sondern darum, eine nicht vollwertige Leistung nach Möglichkeit von vorneherein auszuschließen.

7. Zu Nr. 10 (Änderung von § 9)

34 Der neue § 9 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E stellt klar, dass sonstige Ansprüche der Gesellschaft, die neben der Differenzhaftung bei wertmäßiger Unterschreitung des Nennbetrags des übernommenen Geschäftsanteils bestehen können, unberührt bleiben sollen. Aus der Begründung (S. 81) ergibt sich, dass insbesondere ein Anspruch der Gesellschaft auf wertmäßige Deckung des Agios unberührt bleiben soll. Im Umkehrschluss wird dadurch die herrschende Meinung bekräftigt, wonach sich bei der GmbH (anders als bei der AG) die gesetzliche Differenzhaftung nicht auf die Deckung eines festgesetzten Agios erstreckt. Eine Haftung für das Agio muss also rechtsgeschäftlich in der Sacheinlagevereinbarung begründet werden.

8. Zu § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG – Beurkundung der Abtretung und der Verpflichtung zur Abtretung

35 Der Handelsrechtsausschuss hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf (Rdn. 129 ff.) vorgeschlagen, den Beurkundungszwang für das schuldrechtliche Geschäft nach § 15 Abs. 4 GmbHG ersatzlos zu streichen, die notarielle Beurkundung des dinglichen Abtretungsgeschäfts nach § 15 Abs. 3 GmbHG jedoch zur Beweissicherung beizubehalten. Der Regierungsentwurf will diesem Thema ausweichen; von einer Änderung des Beurkundungsgesetzes sei im Hinblick auf ein ohnehin für die nächste Zeit geplantes Gesetz zur Erleichterung von beurkundungsrechtlichen Vorschriften Abstand genommen wurden (Begründung S. 57).

36 Diese Haltung der Bundesregierung ist zu bedauern. Eine Änderung des Beurkundungsgesetzes wäre nicht erforderlich, da es nicht um das Beurkundungsverfahren, sondern die Beurkundungspflicht geht. Die Streichung von § 15 Abs. 4 GmbHG ist

dringend angezeigt, um die Wirksamkeitsrisiken und praktischen Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Vollständigkeitsgrundsatz für die Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts ergeben, auszuräumen. Der Handelsrechtsausschuss wiederholt deshalb seinen Vorschlag und bittet den Rechtsausschuss des Bundestags, diesen Punkt in seinen Bericht aufzunehmen.

9. Zu Nr. 15 (Neufassung von § 16 - gutgläubiger Erwerb)

37 Der Regierungsentwurf hat die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen, wohl nicht zuletzt aufgrund der zum Referentenentwurf geäußerten Vorschläge, neu bestimmt. Die Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf sind durchweg zu begrüßen.

38 a) Der gutgläubige Erwerb ist nach dem Regierungsentwurf grundsätzlich ab dem ersten Tag der unrichtigen Eintragung in der Gesellschafterliste möglich, wenn dem wahren Rechtsinhaber die Unrichtigkeit zuzurechnen ist. Ist sie ihm nicht zuzurechnen, ist der gutgläubige Erwerb hingegen erst dann möglich, wenn die im Handelsregister aufgenommene Liste hinsichtlich des betroffenen Geschäftsanteils seit mindestens drei Jahren unrichtig ist. Für die Praxis bedeutet dies, dass beim Kauf eines Geschäftsanteils auf eine Due Diligence nicht gänzlich verzichtet werden kann. Jedenfalls dann, wenn der Verkäufer seit weniger als drei Jahren in der Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, ist eine Prüfung der Erwerbsskette unumgänglich. Dem Risiko des Käufers eines Geschäftsanteils, dass der als Gesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragene Verkäufer den Geschäftsanteil zuvor auf einen Dritten übertragen hat, wird durch die neue Regelung jedoch begegnet. Für diesen praktisch wohl am häufigsten vorkommenden Fall der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste stellt die Begründung zum Regierungsentwurf klar, dass dem Dritten, der sich nicht um die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kümmert, deren Unrichtigkeit zuzurechnen ist. Registerseitige Verzögerungen im Verfahren zur Einstellung der neuen Gesellschafterliste in das elektronische Handelsregister sind dem Erwerber dagegen nicht zuzurechnen. Insofern ist der gutgläubige Erwerb des Geschäftsanteils vom vorherigen, noch als solchem in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter in der Praxis nicht bereits ab dem ersten Tag der Unrichtigkeit möglich, weil es regelmäßig aufgrund nicht in der Sphäre des neuen Gesellschafters liegender Gründe einige Tage dauern dürfte, bis eine neue Gesellschafterliste elektronisch einsehbar ist.

39 b) Die im Regierungsentwurf vorgesehene Möglichkeit, einen Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste durch eine einstweilige Verfügung durchzusetzen, wird begrüßt.

40 Der Handelsrechtsausschuss geht davon aus, dass Antragsteller in diesem einstweiligen Verfügungsverfahren nur derjenige sein kann, der sich als „wahrer Berechtigter“ darstellt. Ebenso ist davon auszugehen, dass Antragsgegner in diesem einstweiligen Verfügungsverfahren nur derjenige ist, gegen dessen in der Gesellschafterliste behauptete Inhaberschaft sich der Widerspruch richtet, weil dessen Zustimmung zum Widerspruch anstelle einer einstweiligen Verfügung genügen würde. Das Hauptsacheverfahren wird sich im Regelfall ebenfalls nur gegen diese in der Gesellschafterliste als Inhaber des Rechts ausgewiesene Person auf Duldung der Berichtigung der Gesellschafterliste richten, weil davon auszugehen ist, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft auf der Grundlage eines rechtskräftigen Urteils zugunsten des wahren Berechtigten eine berichtigte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen werden. Nur wenn sie diese Einreichung verweigern, hat der wahre Berechtigte auch gegen die Gesellschaft selbst, vertreten durch ihre Geschäftsführer, Klage auf Einreichung einer neuen, berichtigten Gesellschafterliste zu erheben. Insofern unterscheidet sich das Verfahren von dem zum Vorbild genommenen Grundbuchberichtigungsverfahren, weil bei Letzterem das Grundbuchamt nach rechtskräftiger Verurteilung des Verpflichteten das Grundbuch berichtigt, eine solche Berichtigung durch das Handelsregister im Falle der Gesellschafterliste aber nicht zur Verfügung steht.

41 Erweist sich die Anordnung der einstweiligen Verfügung auf Zuordnung des Widerspruchs zur Gesellschafterliste als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird sie später aufgehoben, ist grundsätzlich § 945 ZPO anwendbar, der den Ersatz des durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung adäquat kausal verursachten Vermögensschadens vorsieht. Obwohl der zugeordnete Widerspruch keine Übertragungssperre für den vom Widerspruch betroffenen Geschäftsanteil auslöst, könnte eine beabsichtigte Veräußerung des Geschäftsanteils allein wegen des aus dem Register ersichtlichen Widerspruchs scheitern und einen solchen Vermögensschaden auslösen.

42 Der Handelsausschuss regt an, in der Handelsregisterverordnung ein Formular sowohl für den Widerspruch als auch für den Antrag an das Registergericht auf Zuordnung des Widerspruchs aufgrund Bewilligung oder einstweiliger Verfügung vorzusehen.

Da es sich bei dem Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste nicht um eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister i.S.von § 12 Absatz 1 S. 1 HGB handelt, bestimmen sich die Anforderungen für die elektronische Einreichung des Antrags auf Zuordnung nach § 12 Absatz 2 Satz 1 HGB und damit nach den gemäß § 8a Absatz 2 HGB zu erlassenden Rechtsverordnungen der Länder, soweit nicht das Bundesministerium der Justiz gemäß § 125 Absatz 3 FGG entsprechende Vorschriften erlassen hat.

10. Zu Nr. 16 (Aufhebung von § 17 GmbHG)

43 Im Hinblick auf die grundlegende Neuordnung im Recht der Stückelung der Geschäftsanteile, insbesondere das Recht der Gesellschafter, über die Stückelung frei disponieren zu können, ist es konsequent und zu begrüßen, wenn § 17 GmbHG vollständig aufgehoben wird. Nach Streichung dieser Vorschrift steht es den Gesellschaftern frei, in den Gesellschaftsvertrag Regelungen aufzunehmen, die es einzelnen Gesellschaftern auch außerhalb der bisher in § 17 Absatz 3 GmbHG geregelten Fälle ermöglichen, ihre Geschäftsanteile ohne zustimmenden Gesellschafterbeschluss zu teilen. Vgl. dazu auch unten Rdn. 66 ff. zu § 46 Nr. 4 GmbHG-E.

11. Zu Nr. 17 (Änderung von § 19 Absatz 4 GmbHG - verdeckte Sacheinlage)

44 Der Handelsrechtsausschuss begrüßt, dass der Entwurf in § 19 Absatz 4 GmbHG-E das Recht der verdeckten Sacheinlage gesetzlich regelt. Den Ausführungen in der Begründung über die nicht sachgerechten drastischen Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen nach der noch geltenden Rechtslage kann man nur zustimmen.

45 a) Der Handelsrechtsausschuss hat in seinen Vorschlägen vom Juni 1996 (abgedruckt in WIB 1996, 707 ff.) und vom Februar 2007 (abgedruckt in NZG 2007, 211 Rdn. 110 ff.) an die Rechtsfolgen angeknüpft, wie sie sich insbesondere aus der von der Rechtsprechung analog angewendeten Vorschrift des § 27 AktG ergeben. Danach besteht bei verdeckter Sacheinlage die Barzahlungspflicht fort und sind die dinglichen Erfüllungsgeschäfte nichtig. Um die Unzumutbarkeiten zu beseitigen, die sich aufgrund der doppelten Leistungspflicht des Inferenten ergeben, hat der Handelsrechtsausschuss vorgeschlagen, dass der Inferent auf die fortbestehende Einzahlungspflicht den Wert der von ihm erbrachten Sacheinlage anrechnen darf. Von diesem dogmatischen Ansatz aus bot es sich an, dem nichtigen Einlagengeschäft durch die Möglichkeit eines Heilungsbeschlusses Wirksamkeit zu verleihen.

- 46 Der Regierungsentwurf wählt einen anderen Ansatz und geht über die Vorschläge des Handelsrechtsausschusses noch hinaus. Wie sich bereits aus der Formulierung von § 19 Absatz 4 GmbH-E und der Streichung von § 19 Absatz 5 GmbHG, aber noch deutlicher aus der Begründung (S. 90 f.) ergibt, sieht der Gesetzgeber nun bei der verdeckten Sacheinlage sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft als auch die dingliche Erfüllung der Einlageleistung als wirksam an. Der Inferent wird lediglich dazu verpflichtet, entsprechend § 9 GmbHG etwaige Differenzen zwischen Ausgabebetrag und Wert der Sacheinlage in bar auszugleichen. Die Begründung weist hierzu ausdrücklich darauf hin, dass die neue Regelung „in Anlehnung an die Rechtslage bei ordnungsgemäß vereinbarten und offengelegten Sacheinlagen“ erfolge und dass die „Einlagepflicht vollständig erfüllt“ sei, wenn der Wert der Sacheinlage dem Betrag der übernommenen Einlage entspreche (Begründung, S. 91). Aufgrund dieses dogmatischen Ansatzes – Erfüllung der Bareinlagepflicht durch Sacheinlage – entfällt das bisher sich stellende und vom Bundesgerichtshof für die GmbH gelöste Thema der Heilung des Einbringungsgeschäftes und erübrigen sich die in dieser Hinsicht gemachten Vorschläge des Handelsrechtsausschusses. Es geht nach dem Regierungsentwurf nicht mehr darum, Unwirksamkeiten zu heilen, sondern nur noch darum, Wertdifferenzen auszugleichen.
- 47 b) Zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage weist die Begründung (S. 92) zutreffend darauf hin, dass die Normierung einer festen Frist einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage (dieser Begriff sollte durch „Bareinlage“ ersetzt werden) getroffenen Abrede nicht sachdienlich wäre, weil sie zu leicht unterlaufen werden könnte. Unklar ist, ob es sich bei der Formulierung des Gesetzes, die lediglich von einem „Zusammenhang“ spricht, um ein redaktionelles Versehen handelt, weil in der Begründung vom „zeitlichen Zusammenhang“ gesprochen wird. Aber auch, wenn dies nicht so deutlich im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht wird, liegt die Bedeutung des „Zeitfaktors“ auf der Hand. Darauf weist die Begründung (S. 92) hin, wenn sie sagt, dass die Rechtsprechung weiterhin frei sei, „die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage innerhalb der gegebenen Definition zu entwickeln und Beweisregeln mit Zeitfaktoren zu verbinden.“
- 48 Die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG-E entspricht im Übrigen weitgehend den Vorschlägen des Handelsrechtsausschusses.
- 49 c) Die Rechte und Pflichten von Geschäftsführung, Gesellschaftern und Gläubigern im Falle einer verdeckten Sacheinlage werden sich nach neuem Recht nicht wesentlich von der geltenden Rechtslage unterscheiden. Die Risiken, die

sich künftig ergeben können, weil Gesellschafter versucht sein mögen, vorsätzlich Sacheinlagen verdeckt einzubringen (vgl. dazu weiter unten), werden ausgeglichen durch die wirtschaftlich in sich stimmige Gesamtregelung.

50 Ändern wird sich insbesondere die wirtschaftliche Position der Insolvenzverwalter. Diesen war und ist es nach der noch bestehenden Rechtslage möglich, zu Lasten des Inferenten sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile für die Masse zu vereinnahmen. Nach neuem Recht geht es - sachlich zutreffend - nur noch um die „Reparatur“ von Wertdifferenzen.

51 Nach geltendem wie nach neuem Recht ist die Geschäftsführung verpflichtet, Sacheinlagen nur nach Maßgabe der zu beachtenden gesetzlichen Vorschriften (insbesondere § 5 Absatz 4 GmbHG) zu vereinbaren. Im Falle eines schuldhaften Verstoßes hiergegen sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gemäß § 43 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet. Auf Gesellschafterweisungen dürfen sie sich nicht berufen. Eine Änderung ergibt sich nur insoweit, als der Schadensersatz nach geltendem Recht unter Umständen, wenn die noch zu leistende Bareinlage nicht beigetrieben werden kann, bis zur Gesamthöhe dieser Bareinlage geleistet werden muss zuzüglich gegebenenfalls nicht beizutreibbarer Kosten. Nach neuem Recht wird ein Schadenersatzanspruch auf eine nicht beizutreibbare Wertdifferenz und gegebenenfalls Kosten der Rechtsverfolgung begrenzt sein. Das ist sachlich gerechtfertigt. Ist der Gegenstand der verdeckten Sacheinlage voll werthaltig, stellt er aber eine Fehlinvestition dar, besteht nach geltendem Recht im Hinblick auf die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäftes zwar die Möglichkeit der Rückabwicklung, jedoch auch die nach der BGH-Rechtsprechung gegebene Möglichkeit einer Heilung. In derartigen Fällen beschränkt sich die Haftung nach § 43 GmbHG nur auf einen messbaren Vermögensschaden der durch die Sacheinlage bewirkten Investition. Das wird nach neuem Recht ebenfalls der Fall sein.

52 Nach altem wie nach neuem Recht haben Minderheitsgesellschafter die Möglichkeit, durch die verdeckte Sacheinlage bewirkte Schäden, die nicht von der Geschäftsführung geltend gemacht werden, im Wege der actio pro socio für die Gesellschaft notfalls gerichtlich durchzusetzen oder Wertminderungen ihres Beteiligungsrechts gegenüber dem Inferenten geltend zu machen. Machen Minderheitsgesellschafter die Geschäftsführung auf das Vorliegen des Tatbestandes einer verdeckten Sacheinlage aufmerksam, wird die Geschäftsführung im Zweifel zur Vermeidung einer eigenen Haftung den Hinweisen nachgehen und gegebenenfalls den Inferenten zum Nachweis der Werthaltigkeit der verdeckt eingebrachten Sacheinlage auffordern.

- 53 Für die Position der Gläubiger wird sich nach neuem Recht keine Verschlechterung gegenüber dem geltenden Recht ergeben. Die Gläubiger haben nicht gegen die Gesellschafter, sondern gegen die Gesellschaft einen Anspruch, den sie unabhängig von der Werthaltigkeit der Sacheinlage geltend machen und gegebenenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen können. Führt diese nicht zur Befriedigung des Anspruchs, kann eine etwaige Unterdeckung bei einer verdeckten Sacheinlage durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.
- 54 Verbessert hat sich die Position des Einlegers, der nur noch für Wertdifferenzen haften wird. Erkennt er nach der Einbringung das Vorliegen eines Tatbestands der verdeckten Sacheinlage, stellt sich für ihn allerdings die Frage nach dem zweckmäßigen Verhalten. Im Hinblick auf die im Entwurf klar geregelte Beweislast wird er im Zweifelsfalle ein Interesse daran haben, durch zeitnahe Prüfung des Werts der Einlage den Nachweis der Werthaltigkeit zu erbringen. Verweigert die Geschäftsführung hierbei die Mitwirkung, kann der Einleger eine Feststellungsklage erheben. Ist er dagegen der Auffassung, dass der Nachweis der Werthaltigkeit später geführt werden kann, mag er geneigt sein, zu spekulieren und die Sache auf sich beruhen zu lassen. Ob ihm im Falle späterer Prüfung noch der Nachweis der Werthaltigkeit gelingen wird, ist aber fraglich und jedenfalls riskant. Wer es unterlässt, den Wert bei der Einbringung sachgerecht prüfen zu lassen, später aber Werthaltigkeitsnachweise durch vorsorglich eingeholte „Schubladengutachten“ nachreicht, wird bei Gericht berechtigte Zweifel auslösen. Dieses Risiko sollte hinreichend gewährleisten, dass Gesellschafter nach der neuen Rechtslage nicht die „Flucht in die verdeckte Sacheinlage“ antreten.
- 55 d) Die Begründung weist darauf hin, dass sich die vorgeschlagenen Änderungen des GmbHG mit Ausnahme der Regelungen über das Mindestkapital sinnvoll auf die Aktiengesellschaft übertragen lassen (vgl. Begründung, S. 118). Dem ist zuzustimmen. Auch die Begründung der Regelung zur verdeckten Sacheinlage bei der GmbH lässt sich sinnvoll auf das Recht der Aktiengesellschaft übertragen. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn es hier zu einem Gleichlauf in der gesetzlichen Regelung kommen würde, wie sie der Handelsrechtsausschuss vorgeschlagen hat. Ohne eine Änderung des AktG ist es nicht einmal möglich, die von der Rechtsprechung für die GmbH zur Heilung der verdeckten Sacheinlage entwickelten Grundsätze für die Aktiengesellschaft anzuwenden; dem steht § 27 AktG entgegen. Der Hinweis in der Begründung, dass die Deregulierung der Sacheinlage im Aktienrecht im Rahmen der Umsetzung der durch die Richtlinie 2006/68/X/EG geänderten 2. gesell-

schaftsrechtlichen Richtlinie in Angriff genommen werden solle, gibt Hoffnung. Aber warum wird die Angleichung durch Änderung des AktG nicht sogleich vorgenommen?

12. Zu Nr. 20 (§ 30 GmbHG-E - Erhaltung des Stammkapitals)

- 56 a) Der Handelsrechtsausschuss begrüßt die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, die in der Formulierung des Regierungsentwurfs deutlich zum Ausdruck kommt (Vollwertigkeit, Deckungsgleichheit) und sich der Sache nach mit den Empfehlungen des Handelsrechtsausschusses (NZG 2007, 211/215 f. Rdn. 44 ff.) deckt.

Das Wort „Rückkehr“ (Begründung S. 94) darf nicht so verstanden werden, als hätte in der Zeit seit der Entscheidung des BGH vom 24. November 2003 eine durch Richterrecht geschaffene andere Rechtslage bestanden, die nun verändert wird. Eine solche rechtsfortbildende Wirkung hatte die BGH-Entscheidung nicht und hat sie auch selbst nicht für sich in Anspruch genommen. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung Altfälle nach der Leitlinie des BGH-Urteils entscheidet. Wenn das mit Sicherheit verhindert werden soll, müsste eine Übergangsregelung getroffen werden.

- 57 b) Der Regierungsentwurf stellt klar, dass in der GmbH das Verbot der Einlagenrückgewähr ebenso wie in der AG durch einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag suspendiert wird. Das ist zu begrüßen. Anders als in der bisherigen Formulierung des § 291 Abs. 3 AktG soll die Ausnahme von dem Verbot nicht für Leistungen „aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags“ gelten, sondern weitergehend für Leistungen „zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags“. Nach der geänderten Formulierung kommt es nicht darauf an, dass die Leistung im Falle eines Beherrschungsvertrags nachweislich aufgrund einer Weisung erfolgt. Dies ist ebenfalls zu begrüßen und wird den Bedürfnissen der Praxis gerecht, da ausdrückliche Weisungen in der Praxis der Vertragskonzerne nur selten vorkommen. Die Beschränkung der Ausnahme auf Leistungen „zwischen den Vertragsteilen“ ist allerdings auch noch zu eng. Oft geht es nämlich um Leistungen an Dritte auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens, beispielsweise an andere Konzernunternehmen oder an Unternehmen, die mit dem herrschenden Unternehmen oder anderen Konzernunternehmen in Geschäftsverbindungen stehen. Um sicher zu sein, dass auch solche Leistungen vom Verbot der Einlagenrückgewähr freigestellt sind, kann es sich empfehlen, nur auf das Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags abzustellen. Der erste Satzteil sollte dann wie folgt formuliert werden:

„Satz 1 gilt nicht für Leistungen, die während des Bestehens eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des AktG) erfolgen, oder ...“.

- 58 c) Anzumerken ist noch, dass der Handelsrechtsausschuss zu Nr. 27b (§ 64 Absatz 2 Satz 3 GmbHG-E angeregt hat, entweder bei § 64 GmbHG, jedoch vorzugsweise bei § 30 GmbHG einen neuen Absatz anzufügen, der der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, wenn Auszahlungen an Gesellschafter erfolgen sollen, die drohen, die Gesellschaft zahlungsunfähig i.S.d. § 18 Absatz 2 InsO zu machen. Mit einer solchen Bestimmung würde vermeiden, dass die Geschäftsführer in Haftung genommen werden (§ 64 Absatz 2 Satz 3 GmbHG-E), obwohl die Gesellschaft grundsätzlich zur Leistung nicht nur berechtigt, sondern ggf. sogar verpflichtet ist (§ 30 Absatz 1 Satz 3 GmbHG-E). Der Handelsrechtsausschuss wiederholt deshalb seinen Vorschlag für einen neuen § 30 Absatz 3 GmbHG mit dem folgenden Wortlaut:

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

13. Zu Nr. 21 (§ 31 Absatz 3 GmbHG – Ausfallhaftung der Mitgesellschafter)

- 59 Der Bundesrat bittet in seiner Stellungnahme (a.a.O. unter Nr. 15) um Überarbeitung der §§ 24 und 31 Absatz 3 GmbHG, die eine Gesamthaftung der Gesellschafter für ausstehende Einlagen auf Geschäftsanteile und für verbotene Einlagerückzahlungen vorsehen. Aus der Begründung ergibt sich, dass der Bundesrat zumindest für § 24 GmbHG, vielleicht aber auch für § 31 Absatz 3 GmbHG zu einer Aufhebung der Gesamthaftung neigt.

Die kollektive Ausfallhaftung der GmbH-Gesellschafter ist jedoch - auch wenn sie in der Praxis selten zur Anwendung kommt – ein Kernelement der nach wie vor personalistischen GmbH, das diese Rechtsform wesentlich von der AG unterscheidet, die eine ähnliche Solidargemeinschaft nicht kennt. Ein Merkmal, das den personenbezogenen Charakter der GmbH besonders hervorhebt, sollte nicht ohne Not aufgegeben werden. Das gilt umso mehr, wenn mit der Gründer-GmbH eine kleine und damit noch mehr personenbezogene Abart der GmbH geschaffen werden soll.

- 60 Zutreffend ist allerdings die Kritik des Bundesrats an dem komplizierten und vielfach ineffektiven „Vorverfahren“ zur Gesamthaftung mit den drei Schritten: Kaduzierung, Staffelregress, Versteigerung. Zumindest der dritte Schritt, die öffentliche Versteigerung des Geschäftsanteils, ist als Vorbedingung der Gesamthaftung nach § 24

GmbHG entbehrlich, ganz abgesehen davon, dass die Versteigerung in den seltensten Fällen zu einer Deckung der Einlageschuld führen dürfte. Diese Vorschrift kann gestrichen werden, so dass nach erfolglosem Staffelfregress unmittelbar die Gesamthaftung der anderen Gesellschafter zum Zuge kommt (natürlich gegen anteilige Herausgabe des Geschäftsanteils, was bei einem Minimal-Nominalbetrag pro Geschäftsanteil von einem Euro keine Probleme machen kann).

14. Zu Nr. 23 (Änderung von § 35 - Führungslosigkeit der Gesellschaft)

61 Der Regierungsentwurf sieht in Absatz 1 vor, dass im Falle der Führungslosigkeit die Aufsichtsratsmitglieder zur Vertretung der Gesellschaft bei der Entgegennahme von Willenserklärungen und Schriftstücken berechtigt sind und nur dann, wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist, die Gesellschafter diese Vertretungsberechtigung haben. Der Regierungsentwurf folgt damit nicht der Anregung des Handelsrechtsausschusses (Rdn. 57), im Falle der Führungslosigkeit die Gesellschafter wegen ihrer leichteren Identifizierbarkeit (aufgrund der gegenüber der Gesellschaft verbindlichen und im elektronischen Handelsregister leicht einsehbaren Gesellschafterliste) stets, also auch bei Bestehen eines Aufsichtsrats, zur Vertretung der Gesellschaft bei der Entgegennahme zu berechtigen. Die Gläubiger sind nach dem Regierungsentwurf gezwungen, in den Gesellschaftsblättern nach den (nicht verbindlichen) Bekanntmachungen über die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu suchen.

62 Als vertretungsberechtigt nennt der Regierungsentwurf die Mitglieder des Aufsichtsrats nach § 52 GmbHG. Damit ist nur der fakultative Aufsichtsrat erfasst, nicht jedoch der obligatorische. Der Handelsrechtsausschuss regt daher an, § 35 Absatz 1 GmbHG-E wie folgt zu ändern:

„..., durch die Mitglieder des nach dem Gesellschaftsvertrag oder zwingenden gesetzlichen Vorschriften bestellten Aufsichtsrats oder, wenn kein Aufsichtsrat bestellt ist, ...“.

15. Zu Nr. 27 (Änderung von § 40 GmbHG - Einreichung der Gesellschafterliste)

63 Zu § 40 Abs. 1 GmbHG-E schließt sich der Handelsrechtsausschuss dem Vorschlag des Bundesrats in dessen Stellungnahme (unter Nr. 17) an, wonach die Gesellschafterliste „elektronisch in beglaubigter Form“ einzureichen ist.

64 Die Anregung des Bundesrats (unter Nr. 18), die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft auf die Gesellschafter zu übertragen, ist zu begrüßen. Dies sollte aber nicht auf den Fall des unbekannt

Aufenthalts der Geschäftsführer ausgedehnt werden, weil auch die Übertragung der Insolvenzantragspflicht und der Empfangsbevollmächtigung - zu Recht - nur für den Fall der Führungslosigkeit vorgesehen ist.

65 Zu § 40 Abs. 2 GmbHG-E greift der Regierungsentwurf die Anregung des Handelsrechtsausschusses auf, den Notar zu verpflichten, mit Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister eine Abschrift der Liste der Gesellschaft zu übermitteln. Hierdurch wird sichergestellt, dass die Geschäftsführung über Änderungen in der Gesellschafterliste zeitnah informiert wird.

16. Zu Nr. 29 (Ergänzung von § 46 Nr. 4 GmbHG)

66 Diese Vorschrift befasst sich mit den Möglichkeiten der Teilung und - nach Ergänzung gemäß dem Regierungsentwurf - der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Hierzu verweist die Begründung (S. 102) darauf, dass die neu gefasste Vorschrift die Teilung und die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen unter der Voraussetzung der Zustimmung „der Gesellschaft“ freigebe. Aus dem Gesetzesinhalt und auch den übrigen Ausführungen in der Begründung ergibt sich, dass es sich hierbei um ein Schreibversehen handelt. Es muss „der Gesellschafterer“ heißen.

67 Wie bereits vom Handelsrechtsausschuss in seiner Stellungnahme zum Referententwurf betont (Rdn. 14), ist es Sache der Gesellschafter, zu entscheiden, wie sie die Geschäftsanteile bei ihrer Entstehung stückeln und wie sie sie später teilen oder zusammenlegen wollen. Durch § 46 Nr. 4 GmbHG-E wird nunmehr klargestellt, dass es zur Teilung und zur Zusammenlegung nicht eines zu beurkundenden Beschlusses über die Änderung des Gesellschaftsvertrags bedarf. Der Beschluss kann vielmehr formfrei gefasst, sollte allerdings aus Beweisgründen in einer Niederschrift festgehalten werden.

68 Wenn Teilung und Zusammenlegung Gegenstand eines einfachen Gesellschafterbeschlusses sein können, stellt sich die Frage des Minderheitenschutzes. Die Minderheit kann gegen die Mehrheit nicht die Teilung der Geschäftsanteile durchsetzen. Das mag in vielen Fällen dazu führen, die Stückelung der Geschäftsanteile bereits bei ihrer Ausgabe so gering zu halten, dass es einer Teilung voraussichtlich nicht bedarf. Dort aber, wo das nicht der Fall ist, sollten Minderheiten jedenfalls in bestimmten Fällen auch gegen die Mehrheit die Teilung der Geschäftsanteile durchsetzen können. Der Handelsrechtsausschuss hatte hierzu für § 17 GmbHG eine klarstellende Vorschrift vorgeschlagen, nach der der Gesellschaftsvertrag bestimmen kann, 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. Dies entsprach dem Inhalt des jetzt aufzuhebenden § 17 Abs. 3 GmbHG. Nach dem Regierungsentwurf können die Gesellschafter eine derartige Regelung und auch eine weitergehende „Liberalisierung“ in ihren Gesellschaftsvertrag aufnehmen. Hierauf weist auch die Begründung hin (S. 102). § 45 Absatz 2 GmbHG gibt ihnen dazu die Möglichkeit.

69 Der Feststellung in der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 102), dass es für eine Zusammenlegung der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter nicht bedürfe, trifft nicht zu. Es entspricht der herrschenden Auffassung und ist durch die Rechtsprechung bestätigt, dass die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen einen Eingriff in die Rechte des betroffenen Gesellschafters darstellt, der nicht gegen seinen Willen beschlossen werden kann.

17. Zu Nr. 43 (Ergänzung zu § 64 Abs. 2 GmbHG)

70 Nach dem Referentenentwurf sollten die Geschäftsführer haften, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter „die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschafter herbeigeführt wird.“ Der Regierungsentwurf will das Kausalitätserfordernis strenger fassen. Nunmehr soll die Haftung nur dann eingreifen, wenn die Zahlungen an Gesellschafter „zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“. Damit ist gemeint, dass die Zahlungen auch ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge, also „monokausal“ zur Zahlungsunfähigkeit geführt hätten (Begründung S. 106 a.E.). Selbstverständlich soll die Haftung auch nach der neuen Formulierung voraussetzen, dass die Zahlungen auch tatsächlich zur Zahlungsunfähigkeit geführt haben. Das ergibt sich deutlich aus der Begründung (S. 106 oben), sollte aber auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen, etwa durch den Zusatz „...führen mussten und geführt haben“.

II. Zu Artikel 2 (Einführungsgesetz zum GmbHG)

Zu § 3 Absatz 1 EGGmbHG – Geschäftsanschrift

71 Ab dem 1. April 2009 gilt die gemäß § 24 Absatz 2 Handelsregisterverordnung bekannte inländische Geschäftsanschrift unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Eintragung als eingetragene Geschäftsanschrift der Gesellschaft, wenn sie im Handelsregister abrufbar ist. Der Handelsrechtsausschuss begrüßt, dass seine dahingehende Anregung (Rdn. 75) aufgegriffen wurde.

III. Zu Artikel 5 (Änderung des AktG)

Zu Nr. 5 (§ 57 Absatz 1 AktG-E - Verbot der Einlagerückgewähr)

72 Die vorgesehene Ergänzung zu § 57 Abs. 1 AktG entspricht inhaltlich der Ergänzung von § 30 Abs. 1 GmbHG. Nach Satz 2 sollen Leistungen, die „zwischen den Vertragsteilen des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291) erfolgen“, vom Verbot der Einlagenrückgewähr ausgenommen werden. Auch hier ist ebenso wie bei § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E (oben Rdn. 57) zu überlegen, ob nicht besser auf „Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291) erfolgen“, abgestellt werden sollte. Im Übrigen muss die Formulierung in § 291 Abs. 3 AktG angepasst werden. Dort wird bislang noch die zu enge Formulierung verwendet, wonach nur Leistungen „aufgrund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags“ privilegiert sind. Die dem vorstehenden Vorschlag zu § 30 GmbHG-E angepasste Formulierung würde lauten:

„Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.“

IV. Zu Artikel 9 (Änderung der Insolvenzordnung)

73 Der Regierungsentwurf bringt gegenüber dem Referentenentwurf erhebliche systematische und teils auch inhaltliche Änderungen zum Insolvenzantrag und zur Insolvenzhaftung. Die Antragspflicht einschließlich der korrespondierenden Straftatbestände wird in dem neu eingefügten § 15a InsO-E rechtsformneutral geregelt. Die spezialgesetzlichen Regelungen der Antragspflicht in §§ 130a, 177a HGB, 64 GmbHG, 92 AktG und 99 GenG werden gestrichen. Die Zahlungsverbote verbleiben in den neu gefassten Regelungen der §§ 64 GmbHG-E, 130a Abs. 2 HGB-E, 92 Abs. 2 AktG-E und 99 GenG-E.

1. Zu Nr. 2 (Änderung von § 15 InsO)

74 Die neue Regelung in § 15a InsO-E wird durch die Änderung von § 15 InsO flankiert. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme (unter Nr. 28) mit Recht angemerkt, dass in § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO-E auch den Aufsichtsratsmitgliedern einer AG oder Genossenschaft das Recht zur Antragstellung eingeräumt werden sollte. Wenn der Gesetzgeber der nachstehenden Anregung des Handelsrechtsausschusses (Rdn. 78) folgt, die Antragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO-E auch auf die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH zu erstrecken, ist § 15 Abs. 1 und 2 InsO-E entsprechend anzupassen.

75 Der Handelsrechtsausschuss schließt sich auch dem Vorschlag des Bundesrats (unter Nr. 28) an, bei einer Antragstellung durch Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder zu verlangen, dass die Führungslosigkeit glaubhaft gemacht wird.

2. Zu Nr. 3 (Einfügung von § 15a InsO-E)

76 a) In § 15a InsO-E werden die Insolvenzantragspflichten einheitlich zusammengefasst. Das ist zu begrüßen. Die Beibehaltung der Regelung in § 42 Abs. 2 BGB für den rechtsfähigen Verein erscheint mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten des Vereinswesens sachlich gerechtfertigt.

77 b) Im Grundsatz begrüßt der Handelsrechtsausschuss, dass der Regierungsentwurf eine Rechtsgrundlage für die Insolvenzantragspflicht bei vergleichbaren ausländischen Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland schafft. Die Neuregelung ist rechtspolitisch wünschenswert und dient der Rechtsklarheit. Die Frage, ob die Ausdehnung auf EU-europäische Gesellschaften mit dem europäischen Recht und bestehenden Staatsverträgen vereinbar ist, wird die Rechtsprechung im Einzelfall zu entscheiden haben. Der Handelsrechtsausschuss teilt nicht die Bedenken des Bundesrats (a.a.O. unter Nr. 30), durch die Neuregelung würden deutsche Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Ausland nicht mehr erfasst. Die einheitliche Regelung in der Insolvenzordnung präjudiziert nicht die Frage, wie kollisionsrechtlich anzuknüpfen ist. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob künftig auch Auslandsgesellschaften mit einer bloßen Zweigniederlassung im Inland einen Insolvenzantrag nach deutschem Recht zu stellen haben. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung sollte bis zu einer eindeutigen gesetzgeberischen oder staatsvertraglichen Regelung Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben. Dies sollte in der Gesetzesbegründung klar zum Ausdruck gebracht werden.

78 c) Durch § 15a Abs. 3 InsO-E wird die Insolvenzantragspflicht im Falle der Führungslosigkeit einer GmbH auf deren Gesellschafter und im Falle der Führungslosigkeit einer AG oder Genossenschaft auf deren Aufsichtsratsmitglieder erstreckt. Im Grundsatz erscheint es dem Handelsrechtsausschuss sachgerecht, die im Referentenentwurf noch auf die GmbH beschränkte Regelung auf die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft zu erweitern. Nicht erkennbar ist aber, weshalb die Antragspflicht bei der GmbH nicht ebenfalls die Aufsichtsratsmitglieder treffen soll, wenn ein Aufsichtsrat besteht. In diesem Fall sollten die Aufsichtsratsmitglieder zumindest neben, gegebenenfalls auch an Stelle der Gesellschafter zur Antragstellung verpflichtet sein. Das sollte jedenfalls dann gelten, wenn es sich um einen gesetzlich vorgeschriebenen Auf-

sichtsrat handelt. Aber auch bei einem freiwillig gebildeten Aufsichtsrat mit der Kompetenz zur Bestellung der Geschäftsführer sollten die Mitglieder bei Führungslosigkeit der Gesellschaft zur Antragstellung verpflichtet sein.

- 79 d) Der Regierungsentwurf ist der Anregung des Handelsrechtsausschusses nicht gefolgt, das Kleinbeteiligungsprivileg des Kapitalersatzrechts (§§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG, § 39 Abs. 5 InsO-E) auch in die Neuregelung der Insolvenzantragspflichten zu übernehmen. Der Handelsrechtsausschuss bedauert dies und hält an seinem Vorschlag fest. § 15a Abs. 3 InsO-E sollte um folgenden Satz ergänzt werden:

„Die Antragspflicht besteht nicht für Gesellschafter, die mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt sind.“

- 80 e) Sachgerecht ist, dass § 15a Abs. 3 InsO-E die Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter und Aufsichtsräte auf den Fall der Führungslosigkeit beschränkt. Der im Referentenentwurf enthaltene weitere Tatbestand, dass der Aufenthalt der organschaftlichen Vertreter unbekannt ist, ist zu Recht wegen der offenen Zweifelsfragen gestrichen worden (Begründung S. 127). Es kann der Rechtsprechung überlassen bleiben, sachgerechte Lösungen für die Fälle unbekanntes Aufenthalts der Geschäftsleiter zu entwickeln.

- 81 f) Der Handelsrechtsausschuss begrüßt, dass die Ausnahmeregelung in § 15a Abs. 3 InsO-E im Gegensatz zum Referentenentwurf schon greift, wenn der Gesellschafter entweder vom Insolvenzgrund oder von der Führungslosigkeit keine Kenntnis hat.

Der Handelsrechtsausschuss hält allerdings die Anregung des Bundesrats (a.a.O. unter Nr. 29) für erwägenswert, die Antragspflicht bestehen zu lassen, wenn die Unkenntnis des Gesellschafters oder Aufsichtsratsmitglieds auf grobem Verschulden beruht. Auch nach der Begründung des Entwurfs (S. 128) soll ein bewusstes Verschließen vor der Kenntnis der positiven Kenntnis gleichstehen. Aber einen entsprechenden Vorsatz wird man dem Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglied nur selten nachweisen können. Es spricht deshalb einiges dafür, die Antragspflicht auch bei grobfahrlässiger Unkenntnis eingreifen zu lassen.

- 82 g) Im Schrifttum ist vorgeschlagen worden, die Gründer-GmbH („Unternehmer-gesellschaft (haftungsbeschränkt)“ gemäß § 5a GmbHG-E) für die ersten zwei Jahre von der Antragspflicht bei Überschuldung freizustellen (*Drygala*, NZG 2007, 561/563). Der Handelsrechtsausschuss stimmt diesem Vorschlag nicht

zu. Soll die Gesellschaft am Markt bleiben, müssen die Gesellschafter eine Überschuldung durch geeignete Finanzierungsmaßnahmen vermeiden. Wollen sie die Gesellschaft nicht mit Eigenkapital ausstatten, müssen sie ihr Gesellschafterdarlehen geben. Diese schließen eine Überschuldung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E künftig aus. Gesellschafter, die auch zu einer Darlehenshingabe nicht bereit oder imstande sind, sollten weiterhin auf Rechtsformen ohne Haftungsbeschränkung verwiesen bleiben.

- 83 h) Der Bundesrat hat vorgeschlagen (unter Nr. 31), dem Insolvenzverschlepper die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die Befriedigungsaussichten der Gläubiger nicht verschlechtert worden sind. Der Handelsrechtsausschuss anerkennt das Anliegen des Bundesrats, möchte sich aber seinem Vorschlag in der vorliegenden Form nicht anschließen. Auf der Grundlage des geltenden Rechts hat die Insolvenzverschleppungshaftung (z. B. gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 64 Abs. 1 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG) gegenüber der Haftung für „Zahlungen“ im Stadium der Insolvenzreife (z. B. aus §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG) zunehmend an Bedeutung verloren. Der Grund liegt darin, dass die Altgläubiger kaum in der Lage sind, im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung einen Quotenschaden nachzuweisen. Die Praxis weicht deshalb oftmals auf die Haftung für „Zahlungen“ aus, weil die Rechtsprechung den Geschäftsführer oder Vorstand ohne Rücksicht auf eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens für sämtliche „Zahlungen“ ungekürzt Ersatz leisten lässt. Diese Rechtsprechung geht zu weit. Zu Recht wird in der Lehre dafür plädiert, die Haftung für „Zahlungen“ als Schadenshaftung zu verstehen, bei welcher der Schadensnachweis erleichtert ist. Folgt man dem, wäre nach Ansicht des Handelsrechtsausschusses im Zuge der Reform zu erwägen, das Nebeneinander der Haftungen wegen Insolvenzverschleppung und für Zahlungen zugunsten einer einheitlichen Schadenshaftung aufzugeben. Im Hinblick auf eine solche Haftung wäre gegen eine Beweislastumkehr nichts einzuwenden.
- 84 i) In § 15a Abs. 4 und 5 InsO-E wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit rechtsformübergreifend zusammengefasst, die spezialgesetzlichen Straftatbestände werden gestrichen. Ebenso wie die Antragspflicht wird nunmehr auch die täterschaftliche Strafbarkeit auf Aufsichtsräte der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft sowie vergleichbarer Gesellschaften ausländischen Rechts erstreckt. Folgt der Gesetzgeber der Anregung (oben Rdn. 78), auch in der GmbH bei Bestehen eines Aufsichtsrats die Aufsichtsratsmitglieder zur Antragstellung zu verpflichten, wäre diese Entscheidung auch bei § 15a Abs. 4 InsO-E nachzuvollziehen.

3. Zu Nr. 4 (§ 19 Abs. 2 Satz 3 InsO-E)

85

Der Regierungsentwurf beschränkt das Passivierungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO zu Recht auf die gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E nachrangigen Gesellschafterdarlehen. Für Forderungen aus „wirtschaftlich gleich stehenden“ Rechtshandlungen muss es bei der bisherigen Rechtslage verbleiben, um den Insolvenzantragspflichtigen eine rechtssichere Grundlage für die Antragstellung zu bieten.

4. Zu Nr. 5 (Änderung von § 39 InsO)

86 Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Anregung (Rdn. 29), die Gliederung von § 39 InsO-E im Interesse der systematischen Klarheit zu ändern.

87 § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO-E wurde gegenüber dem Referentenentwurf lediglich redaktionell geändert. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme (unter Nr. 32) Bedenken geäußert, ob die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch Kapitalgesellschaften erfasst. Der Handelsrechtsausschuss teilt die Bedenken des Bundesrats nicht, hat aber keine Einwände dagegen, wenn im weiteren Gesetzgebungsverfahren der Anregung des Bundesrats Rechnung getragen wird.

88 Die Fassung des Sanierungsprivilegs durch den Referentenentwurf ist vielfach, auch vom Handelsrechtsausschuss (Rdn. 95), kritisiert worden. Der Handelsrechtsausschuss begrüßt, dass der Regierungsentwurf diese Kritik aufgegriffen hat, und stimmt der Neufassung im Wesentlichen zu. Es ist sachgerecht, das Sanierungsprivileg auch dann greifen zu lassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt des Sanierungserwerbs bereits eingetreten ist, und das Privileg bis zu einer nachhaltigen Sanierung zu gewähren. Der Handelsrechtsausschuss bedauert hingegen, dass entgegen seinem Vorschlag nicht im Gesetzeswortlaut klargestellt wurde, dass das Sanierungsprivileg auch für den kleinbeteiligten Altgesellschafter gilt.

5. Zu Nr. 6 und 8 (§§ 44a InsO-E, 135 InsO-E)

89 § 32b GmbHG galt bereits bisher als insolvenzrechtlicher Anfechtungstatbestand. Der Referentenentwurf sah vor, diese Regelung in § 44a InsO zu integrieren. Der Regierungsentwurf übernimmt die Vorschrift in die §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO. Dies entspricht den Überlegungen des Handelsrechtsausschusses zum Referentenentwurf (Rdn. 100) und ist sachgerecht.