

Berlin, den 22. September 2006

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

Der Deutsche Notarverein e. V. dankt für die Übersendung des oben genannten Entwurfs und die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Aufgrund des Umfangs der Stellungnahme finden Sie zur schnelleren Orientierung auf der nächsten Seite ein Inhaltsverzeichnis und am Ende eine Zusammenfassung (Ziffer VIII.). In der Anlage finden Sie eine gemeinsame Untersuchung der Bundesnotarkammer und des Deutschen Notarvereins zu den Notarkosten bei GmbH-Anteilsabtretungen, auf die in der Stellungnahme Bezug genommen wird.

### **Inhaltsverzeichnis**

I. Vorbemerkungen.....	2
1. Bedarf zur Reform des GmbHG .....	2
2. Bedarf zur Schaffung alternativer Rechtsformen.....	3
II. Aufgabe der Sitztheorie.....	4
1. Wettbewerb durch ausländische Rechtsformen .....	4
2. Folgerungen für den nationalen Gesetzgeber .....	5
3. Außereuropäische und supranationale Rechtsformen .....	6
III. Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrecht .....	7
1. Funktion des Stammkapitals.....	7
2. Höhe des Mindestkapitals.....	8
3. Anteilstückelung, Bestimmbarkeitsgrundsatz, Vorratsteilung .....	9
a) Stückelung .....	9
b) Bestimmbarkeitsgrundsatz.....	9
c) Verbot der Vorratsteilung .....	11
4. Erleichterung für Einpersonengründung .....	12
5. Cash Pooling .....	12
a) Handlungsbedarf im Kapitalschutzrecht .....	12

b) Kapitalerhaltung im Cash Pool.....	13
c) Kapitalaufbringung im Cash Pool.....	14
6. Kapitalersatzrecht .....	15
a) Abschaffung der Novellen- und Rechtsprechungsregeln.....	15
b) Verschiebung des Kapitalersatzrechts ins Insolvenzrecht.....	15
IV. Genehmigungsbedürftiger Gesellschaftszweck.....	17
1. Verfahrensbeschleunigung.....	17
2. Rechtsfolge.....	17
3. Weitergehender Reformvorschlag .....	18
V. Mustersatzungen .....	18
1. Allgemeines .....	18
2. Eignung für KMUs.....	19
VI. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb .....	20
1. Bedeutung der Gesellschafterliste im Innenverhältnis.....	21
a) Wegfall des Anzeigerechts des Erwerbers .....	21
b) Konstitutive Wirkung der Gesellschafterliste.....	22
2. Übertragung von Geschäftsanteilen .....	23
a) Beurkundungserfordernis.....	23
b) Gutgläubiger Erwerb .....	25
aa) Allgemeines.....	25
bb) Interessen des wahren Gesellschafters .....	25
cc) Gesellschafterliste .....	27
dd) Übergangsregel.....	29
ee) Verbleibende Schwächen.....	30
VII. Missbrauchsvorbeugung.....	31
1. Zustellungserleichterungen.....	31
2. Erweiterung der Insolvenzantragspflicht.....	33
3. Erweiterung der Bestellungshindernisse .....	33
VIII. Zusammenfassung .....	34

## I. Vorbemerkungen

### 1. Bedarf zur Reform des GmbHG

Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist eine notwendige, mutige und gelungene Maßnahme zur Behebung der gegenwärtigen Schwächen des GmbH-Rechts. Das GmbHG war und ist eine wirt-

schaftsrechtliche Erfolgsgeschichte. Hierfür sprechen die gegenwärtig rund 900.000 eingetragenen GmbHs, und hieran können die Markterfolge der seit kurzem auch in Deutschland zur Verfügung stehenden Konkurrenz durch ausländische Gesellschaftsformen, insbesondere durch die englische *private limited company (limited)*, nichts ändern.

Mit diesen einleitenden Bemerkungen sind bereits die zwei wichtigsten Aspekte angedeutet, die eine nicht nur punktuelle, sondern weitreichende Modernisierung des GmbH-Rechts erforderlich erscheinen lassen, damit die GmbH in einem immer vielfältiger werdenden Markt der Rechtsformen auch in Zukunft die erste Wahl des deutschen Mittelstands bleibt. Die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns ergibt sich zum einen durch die Europäisierung des Gesellschaftsrechts und den dadurch stetig gewachsenen Reformdruck. Zum anderen hat sich das GmbH-Recht, wenngleich es bis zum heutigen Tag die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs noch zu befriedigen vermochte, unter manchen Gesichtspunkten in eine Richtung entwickelt, die ein gesetzgeberisches Gegenlenken erforderlich erscheinen lässt. Diese Fehlentwicklungen haben ganz unterschiedliche Wurzeln. Teilweise hat die Rechtsprechung die Samen für aus heutiger Sicht diskussionswürdige Schöpfungen wie z. B. das hochkomplexe Kapitalerhaltungsrecht gestreut. Andererseits hat der Rechtsverkehr bestehende Schwächen aufgezeigt, etwa im Rahmen der sog. "Firmenbestattungen".

Der Deutsche Notarverein begrüßt ausdrücklich, dass der vorgelegte Referentenentwurf in erster Linie auf die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen (KMUs) abgestimmt ist. Zwar bedienen sich auch große Unternehmen der Rechtsform der GmbH, insbesondere in Konzernstrukturen. Das darf jedoch nicht den Blick darauf verstellen, dass die ganz überwiegende Mehrheit der gegenwärtig rund 900.000 GmbHs die rechtliche Plattform für den Betrieb eines KMU bildet. Die Reform ist daher nicht an den Wünschen einiger Großunternehmen zu orientieren, sondern an den Interessen der Mittelständler.

## **2. Bedarf zur Schaffung alternativer Rechtsformen**

Die erschöpfende Erneuerung des GmbH-Rechts wird den zahlreichen in die Diskussion gebrachten Alternativmodellen die Grundlage entziehen. Unter diesen Vorschlägen sind beispielsweise die "Unternehmensgründungsgesellschaft" bzw. die „Unternehmergesellschaft“ zu nennen, also haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaften unterhalb der GmbH, oder Konstrukte, nach denen die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für sämtliche Gesellschafter einer Personengesellschaft ("Kommanditgesellschaft ohne Komplementär") oder für natürliche Personen ("Kaufmann mit beschränkter Haftung") bereit stehen soll. Diesen Vorschlägen, um nur einige zu erwähnen, ist gemein, dass sie in vielen Eckpunkten große Ähnlichkeiten mit der GmbH aufweisen und mit der Motivation in die Diskussion gebracht wurden, ein-

zelen Schwächen des bestehenden GmbH-Rechts abzuhelpfen. Sofern diese Alternativvorschläge Mitverantwortung dafür tragen, dass das BMJ sich zu einem mutigen und umfassenden Reformvorhaben entschlossen hat, haben sie zur rechtspolitischen Debatte einen wertvollen Beitrag geleistet. Einen Marktbedarf wird es für sie nach der Erneuerung des GmbH-Rechts durch das MoMiG indes nicht mehr geben. Dies wurde auch von der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages in Stuttgart so gesehen. Nahezu einstimmig hat sich der Juristentag gegen die Schaffung von alternativen Gesellschaftsformen neben der durch das MoMiG modernisierten GmbH ausgesprochen.

## II. Aufgabe der Sitztheorie

### 1. Wettbewerb durch ausländische Rechtsformen

Mit der ersatzlosen Streichung der §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG wird für die GmbH und die AG die Sitztheorie aufgegeben. Nach dieser war es GmbHs und AGs bislang verwehrt, ihren Verwaltungssitz außerhalb des Bundesgebiets zu nehmen. Die Rechtsprechung des BGH hat die Sitztheorie bis vor wenigen Jahren auch auf ausländische Kapitalgesellschaften mit der Folge angewendet, dass es Gesellschaften mit ausländischem Satzungssitz und in ausländischer Rechtsform bislang verwehrt war, ihren Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland zu nehmen.

Die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Rechtssachen *Centros* (Rs. 212/97), *Überseering* (Rs. C-208/00) und *Inspire Art* (Rs. C-167/01), hat diese über Jahrzehnte hinweg gefestigte Sitztheorie ins Wanken gebracht. Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt es gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG), wenn das Recht des Verwaltungssitzes das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz verbietet, obwohl das Recht des Satzungssitzes dies gestattet. Mit anderen Worten muss es einer Gesellschaft gestattet sein, unter Beibehaltung ihres Satzungssitzes und ihrer Rechtsform den Verwaltungssitz und das gesamte operative Geschäft in einem anderen Mitgliedstaat zu betreiben, wenn das Recht des Satzungssitzes dies erlaubt.

Dies hat in der Praxis in Deutschland dazu geführt, dass sich Gewerbetreibende in nicht zu vernachlässigendem Umfang insbesondere der Rechtsform der englischen *private limited company (limited)* bedienen, obwohl sie ausschließlich in Deutschland geschäftlich tätig sind und am englischen Satzungssitz lediglich einen "Briefkasten" unterhalten. Diese Entwicklung wurde dadurch begünstigt, dass sich binnen kurzer Zeit gewerbliche Anbieter von Vorratsgesellschaften in der Rechtsform der *limited* etabliert haben. Diese Anbieter bedienen mehrheitlich gezielt Klischees, wonach der Rechtsstandort Deutschland in seiner Gesamtheit als

bürokratisch und rückständig diskreditiert wird. Diese Form des Marketings ("www.tschuess-deutschland.de") findet in besonderem Maße in solchen Kreisen von Gewerbetreibenden Gehör, denen aufgrund der Unfähigkeit zur Aufbringung des Mindeststammkapitals einer GmbH oder aufgrund einschlägiger Vorstrafen der Weg in die GmbH verschlossen wäre. Es mehren sich die Zeichen, dass die Nachteile ausländischer Kapitalgesellschaften sich selbst in diesen Kreisen herumsprechen und das Phänomen seinen Zenit bereits überschritten hat. Auch die Diskussionsteilnehmer in der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentag in Stuttgart teilten mehrheitlich diese Einschätzung. Belastbare Zahlen hierzu sind leider nicht verfügbar, da viele Erwerber einer ausländischen Vorratsgesellschaft keine inländische Zweigniederlassung anmelden und damit statistisch nicht erfassbar sind.

Dennoch griffe es zu kurz, wollte man diese Entwicklung pauschal als unseriöse Modeerscheinung abtun. Zwar ist es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, die bereitgestellten Rechtsformen unter Vernachlässigung aller ordnungspolitischen Ziele allein von der Nachfrageseite her zu definieren. Es ist aber nicht zu verkennen, dass auch redliche Gewerbetreibende und Investoren, insbesondere solche mit grenzüberschreitendem Hintergrund, ausländische Rechtsformen zunehmend als Alternative für ihre inländische Geschäftstätigkeit in Betracht ziehen. Diesem Wettbewerb der Rechtsformen müssen sich auch die GmbH und die AG stellen.

## **2. Folgerungen für den nationalen Gesetzgeber**

Wettbewerb verläuft jedoch nur fair, wenn der Angegriffene zugleich die Möglichkeit hat, selber anzugreifen. Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten wird dieser Aufgabe nicht ohne weiteres gerecht. Art. 43 EG öffnet der *limited* den deutschen Markt, aber nicht notwendigerweise der GmbH den englischen, da das Hindernis hierfür im deutschen Recht selbst verankert liegt. Zwar mag man einwenden, dass die Freiheit des Zuzugs nicht ohne die Freiheit des Wegzugs bestehen kann. Es sprechen daher gewisse Argumente dafür, dass §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG im Lichte des Art. 43 EG bereits heute dann unanwendbar sein müssen, wenn eine deutsche GmbH bzw. AG ihren Verwaltungssitz im EU-Ausland nehmen möchte. Diese Schlussfolgerung ist allerdings nicht zwingend, da sich die Grundfreiheiten grundsätzlich nur gegen nationale Markteintrittschränken richten und nicht gegen die mit dem Schlagwort "Inländerdiskriminierung" beschriebene gesetzliche Beschränkung eigener Staatsangehöriger und Rechtsformen.

Unabhängig von der Frage, ob die Rechtsprechung des EuGH den deutschen Gesetzgeber möglicherweise zur Aufgabe der Sitztheorie zwingt, sollte er jedenfalls die nationalen Rechtsformen nicht länger im europäischen Wettbewerb benachteiligen. Insbesondere Konzerne

habe Interesse daran, europaweit in derselben Rechtsform zu agieren. Wenn beispielsweise eine englische Muttergesellschaft in jedem anderen Mitgliedstaat eine Vertriebstochter in der Rechtsform einer *limited* unterhält, die ihren statuarischen Sitz alle am Sitz der Mutter und ihren Verwaltungssitz im Mitgliedstaat ihrer Geschäftstätigkeit haben, können Angelegenheiten wie eine Firmenänderung für alle 25 Vertriebstöchter einheitlich am Satzungssitz und nach den maßgeblichen englischen Vorschriften durchgeführt werden. Dies spart die Kosten, sich in 25 unterschiedlichen Rechtsordnungen beraten zu lassen. Eine deutsche Muttergesellschaft mit 25 Vertriebstöchtern hat hingegen nicht die Möglichkeit, letztere einheitlich als GmbH zu strukturieren. Sie muss sich entweder unterschiedlicher Rechtsformen bedienen und entsprechend multiplizierte Rechtsberatungskosten in Kauf nehmen oder sie bedient sich unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH einer ausländischen Rechtsform, die nicht der Sitztheorie folgt, beispielsweise eben der *limited*. Die GmbH und die AG sind hier bislang im Nachteil. Die einzige Möglichkeit des deutschen Gesetzgebers, der GmbH und der AG zur Chancengleichheit zu verhelfen, ist die ersatzlose Streichung der §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG. Dieser Schritt ist daher aus Sicht des Deutschen Notarvereins uneingeschränkt zu begrüßen.

### **3. Außereuropäische und supranationale Rechtsformen**

Ergänzend sei angemerkt, dass die nationalen Rechtsformen nicht nur mit der *limited* im Wettbewerb stehen. Zum einen sind auch Gesellschaften aus Mitgliedsstaaten der EU oder des EWR sowie der USA mit Verwaltungssitz in Deutschland und mit Satzungssitz in den genannten Ländern anzuerkennen. Daneben treten zum anderen supranationale Rechtsformen des europäischen Rechts in den Wettbewerb der Gesellschaftsformen ein. Die AG muss sich seit einigen Jahren der Konkurrenz der Societas Europaea (SE) stellen, und auch die GmbH wird sich möglicherweise mittelfristig mit ihrer europäischen Schwester messen lassen müssen. Die Konsultation der Kommission zu den zukünftigen Prioritäten des Aktionsplans zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance hat im Frühjahr 2006 ergeben, dass sich die Mehrheit der befragten Kreise für die Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft ausgesprochen hat. Es ist noch nicht absehbar, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen diese Rechtsform zur Verfügung stehen wird, doch bereits jetzt sollte sie ein Ansporn sein, die GmbH im Wettbewerb der Systeme zu stärken.

### III. Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrecht

#### 1. Funktion des Stammkapitals

Der Deutsche Notarverein begrüßt, dass der Referentenentwurf entgegen der unverkennbar lauter werdenden Forderung nach einer völligen Aufgabe des Mindeststammkapitals an diesem festhält. Das Mindeststammkapital erfüllt auch heute noch eine wichtige Funktion im Gläubigerschutzsystem des GmbH-Rechts.

Es ist den Kritikern zum einen bislang nicht gelungen, den viel zitierten Aspekt der Seriositätsschwelle glaubhaft in Frage zu stellen. Jede Rechtsordnung verlangt für das Privileg der Haftungsbeschränkung einen Preis, sei es in Gestalt von Publizität, Transparenz, Handelndenhaftung oder eben eines Vermögensopfers. Jedoch kann man nicht mehr mit dem Verweis auf das 1892 sehr hohe Mindeststammkapital von 20.000 Mark argumentieren. Im Gegensatz zu den damaligen Verhältnissen sind gerade neu gegründete Unternehmen nur noch zu einem geringen Anteil in der Urproduktion oder der industriellen Fertigung tätig. In vielen Dienstleistungsbranchen setzt die Marktteilnahme vor allem Know How voraus, aber kaum materielle Güter. Ein beträchtlicher Kapitaleinsatz, wie ihn das GmbH-Gesetz von 1892 mit der damals gewaltigen Summe von 20.000 Mark, von der immerhin 5.000 Mark einbezahlt werden mussten, ist daher nicht mehr zu rechtfertigen. Dennoch stellt sich die Frage, ob ein Gewerbetreibender, der entweder nicht willens oder nicht in der Lage ist, einen gewissen Geldbetrag zur Befriedigung seiner Gläubiger bereitzustellen, von der Rechtsordnung ermutigt werden sollte. Die Antwort ist nein, wie auch ein entsprechender Beschluss des Deutschen Juristentages zeigt.

Die französischen Erfahrungen mit der *société à responsabilité limitée* mit einem Stammkapital von EUR 1,00 bestätigen dies. Schon wenige Monate nach ihrer Gründung kommt es, so wird aus Frankreich berichtet, dort zu ersten Kapitalmaßnahmen, um einen den betriebswirtschaftlichen Erfordernissen genügenden Deckungsstock vorzuhalten. Entsprechenden Druck werden hier wohl auch die finanzierenden Banken ausüben. Angesichts dessen erscheint es auch ökonomisch sinnvoll, dem Rechtsverkehr diese späteren Anpassungsmaßnahmen und die damit verbundenen Transaktionskosten zu ersparen und die Gründer anzuhalten, sich gleich mit einem gewissen "Startgewicht" in das Wirtschaftsleben zu begeben.

Wenn ausländische Rechtsordnungen mit nur einem symbolischen Kapital zurecht kommen, darf dabei nicht übersehen werden, dass dort die Anforderungen an Publizität (siehe speziell das Vereinigte Königreich) bzw. die Haftungssanktionen (siehe speziell die Vereinigten Staa-

ten) erheblich höher sind. In einem solchen System tritt der Kapitalstock in seiner Schutzfunktion für den Rechtsverkehr naturgemäß zurück.

## **2. Höhe des Mindestkapitals**

Über die Höhe des Mindestkapitals lässt sich trefflich streiten. Viele gute Argumente streiten für die Beibehaltung des geltenden Rechts und auch der Deutsche Juristentag in Stuttgart hat sich gegen eine Reduzierung des Mindestkapitals ausgesprochen.

Der Betrag von EUR 25.000,00 geht zurück auf die GmbH-Novelle von 1980, die das Mindestkapital mit Wirkung zum 1. Januar 1981 auf DM 50.000,00 festgesetzt hat. Dieser Betrag ist seither nicht der Inflation angepasst worden. Ganz im Gegenteil folgte mit der Euroumstellung eine nominelle Herabsetzung um EUR 564,59. Wenn man das Mindestkapital in Höhe von DM 50.000,00 zur Verdeutlichung der wirtschaftlichen Wertentwicklung unter Zugrundelegung des Verbraucherpreisindexes bereinigt (Basis 2000 = 100; 1981 = 66,3; Juli 2006 = 110,7) und centgenau in Euro umrechnet, ergibt sich ein Wert von 50.000,00 DM \*  $(110,7/66,3) / 1,95583 \text{ DM/EUR} = 42.684,77 \text{ EUR}$ . Das gegenwärtige Mindestkapital in Höhe von EUR 25.000,00 beträgt inflationsbereinigt demnach nur noch etwas mehr als die Hälfte (58,57 %) des Mindestkapitals von 1981. Diese faktische Halbierung trägt aus Sicht des Deutschen Notarvereins dem Umstand bereits ausreichend Rechnung, dass immer mehr Unternehmer in Dienstleistungsbranchen tätig sind und keine hohe Kapitalausstattung benötigen.

Dass die Höhe des Stammkapitals weiterhin eine wichtige Funktion im Gläubigerschutzsystem erfüllt, ergibt sich auch aus einer neueren Studie von *Creditreform*, nach der die Insolvenzanfälligkeit von GmbHs mit einem Stammkapital i. H. v. EUR 25.000,00 signifikant höher ist als die von Gesellschaften mit einem Stammkapital oberhalb der gesetzlichen Mindestanforderung.

Eine weitere Erleichterung sieht der Referentenentwurf zudem in der Streichung des § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG vor, wodurch nun auch bei der Einpersonengründung zunächst die hälftige Kapitalaufbringung ausreicht.

Wenn eine Absenkung des Stammkapitals dennoch für geboten gehalten wird, sollten die gegenwärtig vorgeschlagenen EUR 10.000,00 jedoch die absolute Untergrenze bilden. Da auch hier zunächst nur die Hälfte (EUR 5.000,00) zwingend einzuzahlen ist, bestünde bei noch weitergehender Absenkung keine veritable Seriositätsprüfung mehr und der Rechtsver-

kehr würde mit unnötigen Folgekosten für die häufig schon kurz nach der Gründung erforderlichen Kapitalmaßnahmen belastet.

### **3. Anteilstückelung, Bestimmbarkeitsgrundsatz, Vorratsteilung**

Während nach geltendem Recht Geschäftsanteile durch EUR 50,00 teilbar sein müssen, sieht der Entwurf künftig die Möglichkeit weitergehender Stückelung vor. Nach § 5 Abs. 2 GmbHG-E muss der Betrag der Stammeinlage eines jeden Gesellschafters nunmehr lediglich auf volle Euro lauten. Es soll künftig ferner möglich sein, bereits bei Gründung der Gesellschaft mehrere Einlagen zu übernehmen.

#### *a) Stückelung*

Der Deutsche Notarverein begrüßt die erweiterten Stückelungsmöglichkeiten. Es bereitet in der Praxis vielfach Schwierigkeiten, das von den Gesellschaftern gewünschte Beteiligungsverhältnis abzubilden, wenn die kleinste Einheit EUR 50,00 beträgt. Diese Schwierigkeiten stellen sich in besonderem Maße, wenn unrunde Beteiligungsverhältnisse durch externe Faktoren vorgegeben sind, etwa durch die Erbquote im Falle der Auseinandersetzung eines Nachlasses, zu dem ein Geschäftsanteil gehört. Nicht selten erfolgen in solchen Fällen Kapitalerhöhungen einzig zu dem Zweck, die gewünschte Quote darstellen zu können. Abgesehen davon, dass die Gesellschafter dabei weiteres Kapital aufbringen müssen, entstehen zusätzliche Kosten für die Rechtsberatung. Die Möglichkeit, Geschäftsanteile feiner differenziert zu stückeln, verspricht in vielen Fällen Abhilfe.

Es ist begrüßenswert, dass aus Gründen der Handhabbarkeit und letzten Endes wohl auch der Ästhetik an dem Erfordernis voller Eurobeträge festgehalten wird. Das praktisch nicht seltene Problem, dass z. B. eine paritätische Dreiteilung des (alten wie vorgesehenen neuen) Mindestkapitals nicht möglich ist, würde auch bei der Stückelung in Cent nicht behoben. Die Mathematik bzw. das System des Dezimalbruchs setzt hier gewisse Grenzen. Echte Brüche (ein Drittel Euro) sind mit gängiger Software nicht zu erfassen. Es ist daher sinnvoll, am Erfordernis ganzer Eurobeträge festzuhalten.

#### *b) Bestimmbarkeitsgrundsatz*

Das möglicherweise unterschiedliche rechtliche Schicksal der Anteile eines Gesellschafters erfordert es, bei Verfügungen über einen Geschäftsanteil den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aufs Genaueste zu beachten. Es ist also z. B. bei einer Geschäftsanteilsabtretung klar zu bezeichnen, welcher Geschäftsanteil Vertragsobjekt ist, wenn der Veräußerer mehrere hat. Diese Aufgabe ist heute noch vergleichbar einfach, da Gesellschafter, die mehr

als einen Anteil haben, meist zwei oder drei, selten aber hundert oder tausend Einlagen übernommen haben. Häufig sind diese zwei oder drei Anteile unterschiedlich groß, was die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes weiter erleichtert (Beispiel: "A veräußert seinen Geschäftsanteil zu EUR 10.000,00 an X und den zu EUR 5.000,00 an Y."). Haben diese Anteile aber den gleichen Nennwert, so muss der Notar schon nach geltendem Recht diese in einem Abtretungsvertrag so bezeichnen, dass Verwechslungen ausgeschlossen wird (z. B. "der vom früheren Gesellschafter Alfred Schultze erworben Anteil zu EUR 1.500,00").

Es liegt auf der Hand, dass diese Aufgabe schwieriger wird, wenn der Gesellschafter nicht mehr zwei Anteile zu EUR 10.000,00 und EUR 5.000,00 hat, sondern 15.000 Anteile zu je EUR 1,00. Die Praxis wird diese Aufgabe jedoch bewältigen. Da der Referentenentwurf an dem Erfordernis notarieller Beurkundung bei Anteilsabtretungen festhält (§ 15 Abs. 3 GmbHG), ist aber sichergestellt, dass die Beteiligten bei jeder Veräußerung qualifizierten Rechtsrat erhalten und die Frage, welche Anteile eigentlich abgetreten werden sollen, geklärt wird. Auch wenn sich die Gesellschafter vielfach nicht darüber im Klaren sind, dass ihre Anteile rechtlich selbständig sind und eben nicht wie Bargeld vermengt werden können, wird der Notar für die nötige Bestimmtheit sorgen. Selbst wenn der Geschäftsführer bei Erstellung der letzten Gesellschafterliste rechtlich selbständige Anteile in unzulässiger Weise (d. h. ohne entsprechenden Beschluss der Gesellschafter) zusammengefasst hat (ein geradezu typischer Fall), wird der Notar nachforschen, da ihm bekannt ist, dass den Gesellschaftern und Geschäftsführern hierfür vielfach die Sensibilität fehlt. Dieser Aufgabe muss und wird der Notar auch bei einer Erweiterung der Stückelungsmöglichkeit gerecht werden.

Um Fehlerquellen zu minimieren, ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins jedoch zu überlegen, ob die Geschäftsanteile in ähnlicher Weise nummeriert werden sollten, wie dies bei Namensaktien geschieht (vgl. § 67 Abs. 1 AktG). Hierzu könnten § 8 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG und § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wie folgt gefasst werden:

### **§ 8. Inhalt der Anmeldung.**

*(1) Der Anmeldung müssen beigefügt sein:*

1. (...)
2. (...)
3. *eine von den Anmeldenden unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie der Betrag und die laufende Nummer der von einem jeden derselben übernommenen Stammeinlage ersichtlich sind,*
4. (...)

#### **§ 40. Liste der Gesellschafter.**

*(1) <sup>1</sup>Die Geschäftsführer haben nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich [nach Wirksamwerden der Veränderung (zum Hintergrund dieser Ergänzung siehe unten Ziffer VI. 2. b) cc)] eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie der Betrag und die laufende Nummer der von einem jeden derselben übernommenen Stammeinlage ersichtlich sind, zum Handelsregister einzureichen. <sup>2</sup>(...)*

Da bereits das geltende Recht die Darstellung der Beteiligungsverhältnisse in einer Liste erfordert, wäre die Nummerierung mit keinem nennenswerten Mehraufwand verbunden. Sie würde die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes jedoch beträchtlich erleichtern und Unklarheiten vermeiden helfen, da die Gesellschafter und ihre Berater gleichermaßen förmlich mit der Nase darauf stoßen, dass klargestellt werden muss, welcher von mehreren nominell identischen Geschäftsanteilen Vertragsobjekt sein soll. Bei der Führung von Aktienregistern bereitet die Nummerierung keine praktischen Schwierigkeiten. Es ist nicht zu erwarten, dass dies im GmbH-Recht anders sein sollte.

#### *c) Verbot der Vorratsteilung*

Der vorgelegte Referentenentwurf ermöglicht wesentlich flexiblere Beteiligungsstrukturen. Durch Aufhebung des bisherigen § 5 Abs. 2 GmbHG soll es künftig möglich sein, bereits bei Gründung der Gesellschaft mehrere Einlagen Stammeinlagen zu übernehmen. Durch den Verweis in § 17 Abs. 4 GmbHG-E wird es ferner möglich sein, mehrere Geschäftsanteile unvereinigt an denselben Erwerber zu übertragen. Die Teilung eines Geschäftanteils ohne besonderen Anlass ("auf Vorrat") soll durch Fortgeltung des § 17 Abs. 5 GmbHG-E (§ 17 Abs. 6 GmbHG a. F.) jedoch weiterhin nicht möglich sein. Es ist nicht ersichtlich, warum die Vorratsteilung bei originärem Erwerb, also bei Gründung der Gesellschaft möglich sein soll, wohingegen sie einem Gesellschafter, der seinen Anteil nach der Gründung, also derivativ erwirbt, verwehrt sein soll. Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, § 17 Abs. 5 GmbHG-E (§ 17 Abs. 6 GmbHG a. F.) wie folgt zu fassen:

#### **§ 17. Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils.**

*(...)*

*(5) Der Gesellschaftsvertrag kann die Teilung von Geschäftsanteilen für den Fall der Veräußerung oder Vererbung oder für sonstige Fälle ausschließen.*

Da sich diese Gestaltungsmöglichkeit bereits aus dem Grundsatz der Satzungsfreiheit ergibt, könnte § 17 Abs. 5 GmbHG-E (§ 17 Abs. 6 GmbHG a. F.) auch ersatzlos aufgehoben werden.

#### **4. Erleichterung für Einpersonengründung**

Wie eben erwähnt, sieht der Referentenentwurf Erleichterungen für die Gründung einer Einpersonen-GmbH vor. Auch in diesem Fall ist zur Eintragung im Handelsregister zunächst die hälftige Einzahlung des Stammkapitals ausreichend.

Der Deutsche Notarverein begrüßt diesen Schritt. Zumindest die Beteiligung unkundiger Familienangehöriger mit einem Zwerganteil nur zum Zwecke der Vermeidung der Volleinzahlung würde so überflüssig. Die bisherige Regelung, wonach bei GmbHs, die als Einpersonengesellschaft gegründet werden (§ 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) oder die sich innerhalb von drei Jahren ab Ersteintragung hierzu entwickeln (§ 19 Abs. 4 GmbHG), entweder das Kapital in voller Höhe aufzubringen oder Sicherheit zu leisten ist, hat sich in der Praxis nicht bewährt, und zwar auch nicht unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes.

#### **5. Cash Pooling**

##### *a) Handlungsbedarf im Kapitalschutzrecht*

Der Deutsche Notarverein begrüßt, dass der Referentenentwurf auf die Probleme reagiert, welche die weit verbreiteten Cash Pools unter dem Gesichtspunkt des Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts aufwerfen. Diese Schwierigkeiten betreffen eine nicht zu überblickende Anzahl von Konzerngesellschaften. Die Haftungsrisiken des Worst-case-Szenarios mag man sich gar nicht ausdenken. Die Situation kann nicht länger der (Nicht-)Lösung der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Die Grundsatzentscheidung des BGH zum Kapitalschutzrecht im Cash Pool vom 16. Januar 2006 (II ZR 76/04) bildet nur die Spitze des Eisbergs, die auch dem letztem Zweifler offenbart, dass die Rechtsprechung aus der Sackgasse, in die sie sich manövriert hat, ohne Hilfe des Gesetzgebers nicht mehr herausfinden wird. Auch außerhalb von Cash-Pool-Konzernen bereitet das Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrecht in der Praxis Schwierigkeiten. Es stimmt schlichtweg nicht, dass man auch ohne juristische Fachkenntnisse die Kapitalschutzregeln ganz einfach einhalten könne, indem man sich schlicht wie ein ordentlicher Kaufmann verhalte und keine "krummen Dinge drehe". Beispiel: Die Gesellschafter teilen dem Notar nach der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses mit, dass sie den Erhöhungsbetrag am Tag zuvor bereits einbezahlt haben. Dies zeugt eher von vorseilendem Gehorsam

als von Gläubigerbenachteiligungsabsicht. Anderes Beispiel: Ein Gesellschafter, der mit mehr als 10 % beteiligt ist, vermietet eine Immobilie an die GmbH. Auch hier kann man dem Gesellschafter nicht ernsthaft vorwerfen, das Unrecht hätte sich bei gehöriger Gewissensanspannung aufgedrängt. Der Hinweis in Rn. 8 des BGH-Urteils vom 30. Januar 2006 (II ZR 357/03) auf die zu erwartende legislatorische Vereinfachung des Kapitalschutzrechts klingt daher wie ein Hilferuf. Das MoMiG hat diesen aufgegriffen und einer insgesamt gelungenen Lösung zugeführt.

#### *b) Kapitalerhaltung im Cash Pool*

Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E (parallel: § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG-E) soll es künftig nicht als Einlagerückgewähr gelten, wenn die Leistung aufgrund eines Vertrags zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erfolgt und dieser Vertrag "im Interesse der Gesellschaft" liegt. Damit sollen insbesondere das Cash Pooling, aber auch andere unter Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes unbedenkliche und international gebräuchliche Instrumente der Corporate Finance mit dem Kapitalschutzrecht in Einklang gebracht werden. Diese Finanzierungsformen haben sich nicht zufällig entwickelt, sondern entsprechen dem gebotenen schonenden Umgang mit der knappen Ressource Kapital. Es hat keinen Vorteil, wenn die Mutter oder die Schwester vergleichsweise hoch verzinsten Bankkredite in Anspruch nimmt, wenn gleichzeitig bei einer anderen Konzerngesellschaft kaufmännisch nicht benötigtes Kapital vorhanden ist. Auch dem Gläubiger, den das Kapitalerhaltungsrecht schützen möchte, wäre damit nicht letztlich gedient. Cash Pooling und vergleichbare Instrumente der Unternehmensfinanzierung sind aus Sicht des Gläubigers neutral oder vorteilhaft. Es ist zu begrüßen, dass sich das Kapitalschutzrecht nicht länger gegen diese Art der inneren Finanzverfassung eines Unternehmens wendet, zumal sich Deutschland damit international ins Abseits stellen würde bzw. gestellt hat.

Es ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf nicht den Versuch unternimmt, das Cash Pooling und vergleichbare Instrumente der Corporate Finance im Detail zu regeln, sondern es bei einem einzigen Satz bewenden lässt. Der Versuch der Novellenregeln von 1980, das Recht des eigenkapitalersetzenden Darlehens in den §§ 32 a, 32b GmbHG zu kodifizieren, ist bekanntlich fehlgeschlagen. Die Rechtsprechung hat schon bald (teilweise berechtigten) Bedarf gesehen, neben dem Gesetzesrecht oder an diesem vorbei weiterzubasteln. Der Versuch, das Cash Pooling nun umfassend zu regeln, würde ein ähnliches Schicksal erleiden. Von daher ist es erfreulich und ehrlich, dass der Referentenentwurf mit einer knappen Generalklausel arbeitet.

Trotz der eindeutigen Aussagen in der Begründung erscheint das Merkmal "im Interesse der Gesellschaft" nicht als eindeutig. Maßgebend für den Cash Pool ist das Interesse der Unternehmensgruppe. Wir schlagen daher vor, in § 30 Abs. 1 S. 2. GmbHG-E nach den Worten "Interesse der Gesellschaft" noch einzufügen „oder mit ihr verbundener Unternehmen, mit denen ein Vertrag im Sinne des § 291 des Aktiengesetzes besteht“. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E würde dann lauten:

### **§ 30. Rückzahlungen**

*(1)(...) <sup>2</sup>Wird das Stammkapital durch eine Vorleistung aufgrund eines Vertrags mit einem Gesellschafter angegriffen, so gilt das Verbot des Satzes 1 nicht, wenn die Leistung im Interesse der Gesellschaft oder im Interesse mit ihr verbundener Unternehmen liegt, mit denen ein Vertrag im Sinne des § 291 des Aktiengesetzes besteht.*

*(2) (...)*

#### *c) Kapitalaufbringung im Cash Pool*

Die Problematik der Kapitalerhaltung im Cash Pool stellt sich in gleicher Weise bei der Kapitalaufbringung. Der Referentenentwurf selbst regelt hierzu gar nichts. Die Begründung merkt auf S. 55 in zweieinhalb Zeilen an, dass die in § 30 GmbHG geregelten Maßstäbe ohne weiteres auf die parallel gelagerte Problematik im Rahmen der erstmaligen Kapitalaufbringung übertragen werden können. Dies erscheint vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts des § 8 Abs. 2 GmbHG, der Verortung der Cash-Pool-Klausel in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E und der Verliebtheit der Rechtsprechung in das Kapitalschutzrecht jedoch eine gewagte Annahme. Man sollte in § 8 Abs. 2 GmbHG eine entsprechende Regelung aufnehmen, sei es auch nur zum Zwecke der Klarstellung. Da § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a. F. aufgehoben wird, könnte dem verbleibenden Satz 1 folgender neuer Satz 2 angefügt werden:

### **§ 8. Inhalt der Anmeldung.**

*(1) (...)*

*(2) <sup>1</sup>In der Anmeldung ist die Versicherung abzugeben, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. <sup>2</sup>Wenn das Stammkapital durch eine Vorleistung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 angegriffen wird, ist dies zu versichern.*

*(3) (...)*

## **6. Kapitalersatzrecht**

### *a) Abschaffung der Novellen- und Rechtsprechungsregeln*

Die Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG ist zu begrüßen. Der Versuch der Novellenregeln von 1980, der Rechtsprechung das Kapitalersatzrecht aus der Hand zu nehmen, konnte bereits im Jahre 1985 mit der *Autokran*-Entscheidung (BGHZ 95, 330) als gescheitert betrachtet werden. Gegenwärtig bildet der auf die Entscheidung *Bremer Vulkan* (BGHZ 149, 10) zurückgehende existenzvernichtende Eingriff das praktisch bedeutsamste Konstrukt. Kaum etwas ist für den Rechtsanwender verwirrender als eine gescheiterte Kodifikation, die zwar nie aufgehoben worden, aber von einer unsteten Rechtsprechung rechts überholt worden ist.

Der Referentenentwurf unternimmt den einzig richtigen Schritt, indem er von weiteren Reparaturversuchen Abstand nimmt und die Novellenregeln und Rechtsprechungsregeln gleichermaßen beseitigt, indem § 30 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 GmbHG-E Gesellschafterdarlehen rigoros aus dem Kapitalersatzrecht ausgegliedert werden. Da die Materie zur Gänze ins Insolvenzrecht verschoben wird, ist nicht davon auszugehen, dass die Rechtsprechung die Gefolgschaft verweigern und neue Rechtsprechungsregeln schmieden wird. Der zweite Halbsatz des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E, wonach gleiches für Rechtshandlungen gilt, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen, sollte hinreichend deutlich klarstellen, dass damit auch seit jeher fragwürdige Gebilde wie die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung der Vergangenheit angehören.

### *b) Verschiebung des Kapitalersatzrechts ins Insolvenzrecht*

Der Referentenentwurf gibt die Unterscheidung zwischen eigenkapitalersetzenden und sonstigen Gesellschafterdarlehen konsequent auf. Solange die Gesellschaft floriert, wird das Gesellschafterdarlehen nicht anderes behandelt wie das Darlehen eines Dritten. In der Insolvenz ist das Gesellschafterdarlehen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E immer nachrangig, unabhängig davon, ob es sich nach der bisherigen Unterscheidung um ein eigenkapitalersetzendes oder ein sonstiges Darlehen handeln würde. Für diesen Schritt spricht folgendes:

Das Eigenkapitalersatzrecht wird hierdurch zum einen ganz erheblich vereinfacht. Zum anderen wird es rechtsformneutral ins Insolvenzrecht verschoben. Da es in der Mehrheit der Insolvenzen entweder mangels Masse nicht zur Eröffnung des Verfahrens kommt oder schon gar kein Insolvenzantrag gestellt wird, wird es sich für den Gesellschafter nie nachteilig auswirken, dass er ein Darlehen hingegeben hat, das bislang als eigenkapitalersetzend eingestuft worden wäre. Im Ergebnis bringt die Aufgabe der Differenzierung in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E wenig Neues, da auch nach gegenwärtigem Recht Gesellschafterdarlehen spä-

testens beim Stehenlassen in der Unternehmenskrise zum eigenkapitalersetzenden Darlehen umqualifiziert werden, dies im Insolvenzverfahren also immer sind. Zudem werden die Aufgriffsgrenzen für das Kapitalersatzrecht zwischen GmbH (10 %) und AG (25 %) vereinheitlicht. Manches spricht allerdings dafür, bei dieser Gelegenheit die Grenze von 10 % für die GmbH zu erhöhen.

Die Verlagerung des Kapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht soll vermutlich eine rechtsformübergreifende Gleichbehandlung auch ausländischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland sicherstellen. Ob dies gelingt, erscheint fraglich. Trotz der rechtssystematischen Verortung in der Insolvenzordnung dürfte das Kapitalersatzrecht als Teil des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzregimes funktional zum Gesellschaftsrecht gehören und damit auch europarechtlich Teil der Niederlassungsfreiheit bleiben. Auch die Haftung für *wrongful trading* englischen Rechts wird allgemein als Teil des Gesellschaftsrechts angesehen, obwohl sie im *Insolvency Act* geregelt ist.

Die vollständige Verlagerung des Kapitalersatzrechts stärkt zudem die Motivation der GmbH-Gesellschafter, den an sich erforderlichen Insolvenzantrag möglichst lange hinauszuzögern oder gar nicht zu stellen. Sie werden versuchen, ihre Darlehen bei ersten Anzeichen der Krise abzuziehen, dann die Zahlungsunfähigkeit durch wohldosierte Liquiditätszufuhr hinauszögern und schließlich die Gesellschaft kontrolliert in die masselose Insolvenz gehen zu lassen. Schon jetzt sind 50 % der GmbH-Insolvenzen masselos. Die Regelungen des Anfechtungsgesetzes haben sich als Mittel des Gläubigerschutzes außerhalb des Insolvenzverfahrens seit jeher als stumpfes Schwert erwiesen. Hieran wird voraussichtlich die Neufassung der §§ 6, 6a AnfG-E nichts ändern. Unser Gläubigerschutzrecht vertraut auf den Insolvenzverwalter und gibt dem einzelnen Gläubiger wegen der hohen Hürden der Darlegungs- und Beweislast im Prozess nur wenig belastbare Individualrechte. Aus der Sicht des GmbH-Gesellschafters ist es daher attraktiv, den lästigen Insolvenzverwalter zu vermeiden, der die "Leichen aus dem Keller hervorholt". "Der Köhner macht nicht einfach Konkurs, der Köhner macht masselos Konkurs", hat *Hartmut Kilger* schon vor fast 20 Jahren gesagt. An diesem Befund wird auch das MoMiG in der bisher vorliegenden Fassung nichts ändern. Möglicherweise lassen sich jedoch den intensiven Diskussionen des Deutschen Juristentages noch Anregungen für das weitere Gesetzgebungsverfahren entnehmen, um auch bei masselosen Insolvenzen den Gläubigerschutz zu verbessern.

Insgesamt jedoch befürwortet der Deutsche Notarverein die vorgelegte Lösung. In allen Rechtsordnungen und unabhängig von der Rechtsform kommt es bei Unternehmensinsolvenzen zu großflächigen Forderungsausfällen. Dies ist wirtschaftspolitisch auch durchaus

gewünscht, da die Möglichkeit, Verluste im Falle des Scheiterns zu sozialisieren, ein wichtiger Motor für Unternehmergeist und Fortschritt ist. Ein Gläubigerschutzsystem, bei dem jeder zufrieden nach Hause geht, wird sich daher nie finden lassen. Es ist immer leicht aufzuzeigen, welche Schwächen des jeweils zu untersuchenden Systems zum Ausfall von Gläubigern beitragen werden. Diese Herangehensweise ist daher wenig hilfreich. Sinnvoller erscheint es aus Sicht des Deutschen Notarvereins, im Sinne einer ökonomischen Analyse die Kosten und den Nutzen der unterschiedlichen Systeme zu vergleichen. Dabei ist nicht ersichtlich, dass das bisherige Kapitalersatzrecht zu einem effektiveren Gläubigerschutz geführt hat als das stark vereinfachte neue System dies tun wird.

#### **IV. Genehmigungsbedürftiger Gesellschaftszweck**

##### ***1. Verfahrensbeschleunigung***

Im Falle eines genehmigungsbedürftigen Unternehmensgegenstandes erfolgt die Eintragung einer neu gegründeten Kapitalgesellschaft ins Handelsregister gegenwärtig nur gegen Vorlage der erforderlichen Genehmigung (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG). Dies kann, wie auf S. 43 f. der Begründung ausgeführt wird, zu einem nur durch Vorbescheide lösbaren rechtlichen Zirkelschluss führen, den Gesellschafter in die Gefahr der Unterbilanzhaftung bringen und ihn dadurch in letzter Konsequenz motivieren, wahrheitswidrig einen erlaubnisfreien Gesellschaftszweck anzugeben. Die Verpflichtung zur Vorlage der Genehmigung stellt in der Praxis vielfach das quantitativ bedeutsamste Verzögerungselement dar. Es ist nicht ungewöhnlich, wenn sich die Eintragungsdauer hierdurch von einer auf acht Wochen verlängert, ohne dass die Gesellschafter, das Registergericht oder der Notar hierauf Einfluss hätten. Der Deutsche Notarverein begrüßt daher ausdrücklich, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems annimmt. Zugleich regt der Deutsche Notarverein an, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG in entsprechender Weise zu ändern. Die Problematik stellt sich bei AGs in derselben Weise. Diese Maßnahme wird das Eintragungsverfahren in vielen Fällen beschleunigen.

##### ***2. Rechtsfolge***

Der Referentenentwurf sieht vor, dass die gewissermaßen vorläufig eingetragene Gesellschaft von Amts wegen gelöscht werden kann, wenn die erforderliche Genehmigung nicht binnen einer Frist von i. d. R. drei Monaten nachgereicht werden kann. Die Löschung einer GmbH ist grundsätzlich nur möglich, wenn das Liquidationsverfahren abgeschlossen oder die Gesellschaft vermögenslos ist. Beides wird nach Ablauf der Frist zur Vorlage der Genehmigung nicht der Fall sein. Die Löschung ist daher nicht die geeignete Rechtsfolge. Die Gesellschaft müsste, wie jede sonstige Gesellschaft, bei der später noch Vermögen auftaucht, eine Nachtragsliquidation durchführen. Die Nachtragsliquidation ist aber als Repara-

turinstrument nach vorschneller Löschung gedacht. Wenn ersichtlich Vermögen vorhanden ist, sollte allenfalls die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung eines Liquidators von Amts wegen zur Eintragung gelangen können.

Zudem wird die sofortige Löschung unverhältnismäßig sein. Es gibt Genehmigungen, wie z. B. nach § 32 KWG, wo das Verfahren mindestens sechs Monate dauert. Das Registergericht wird also zunächst um Sachstandsbericht bitten, sodann die Löschung androhen, evtl. ein Zwangsgeld festlegen und erst dann löschen können. Blicke es beim Vorschlag des Entwurfs, würde die Belastung der Registergerichte steigen.

### **3. Weitergehender Reformvorschlag**

Überdies wäre zu überdenken, ob es überhaupt einer neuen Sanktionsmöglichkeit bedarf. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht hält de lege lata ausreichend Sanktionsmittel für den Fall ungenehmigter erlaubnispflichtiger Tätigkeiten bereit. Der Gesellschaftsgründer könnte das Unternehmen auch als nicht eingetragener Einzelkaufmann führen. Gegebenenfalls müsste über belastbarere Rechtsgrundlagen für ein Löschungsersuchen der Verwaltungsbehörde an das Registergericht nachgedacht werden. Das öffentliche Gewerberecht und das Handelsregisterrecht verfolgen gänzlich unterschiedliche Zielsetzung. Wenn der Gesetzgeber nun das begrüßenswerte Projekt aufgreift, diese Materien zu entkoppeln, könnte er dabei noch einen Schritt weiter gehen und die § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG ersatzlos streichen. Wenn eine Gesellschaft nach heutigem Recht die erforderliche Genehmigung zunächst erteilt bekommt, sodann ins Handelsregister eingetragen wird und die Genehmigung Jahre später widerrufen wird, sind das öffentliche Gewerberecht und das Registerrecht ausreichend gerüstet, hierauf zu reagieren. Ebenso könnte der Fall behandelt werden, in dem die Genehmigung gar nicht erst erteilt wird. Der zuständigen Verwaltungsbehörde müsste hier nur die Möglichkeit offen stehen, bei Nichterteilung der Genehmigung von sich aus die Löschung zu beantragen.

## **V. Mustersatzungen**

### **1. Allgemeines**

KMUs sind hinsichtlich ihrer Gesellschafterstruktur und ihrer Arbeitsweise im operativen Geschäft oft ähnlich beschaffen. Von daher ist es nicht immer erforderlich, dass jede einzelne Satzungsregelung individuell formuliert wird. So wird beispielsweise bei einer Gesellschaft, die mit 5 Mitarbeitern Malerarbeiten verrichtet und deren Alleingesellschafter zugleich Geschäftsführer ist, die Frage nach der Form der Ladung zu einer Gesellschafterversammlung keine bedeutende Rolle spielen. Ein gewisses Maß an Standardisierung ist nicht zu bean-

standen und unter Gesichtspunkten der Ökonomie sogar wünschenswert. Es gibt Rechtsordnungen, deren nationales Pendant zur GmbH auf der Grundlage einer Mustersatzung gegründet werden kann, was dann durch einen reduzierten Prüfungsumfang bei der Registereintragung prämiert wird. Prominente Beispiele hierfür sind die *Table A* des englischen *Companies Act* oder die spanische *Sociedad de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa*.

## **2. Eignung für KMUs**

Der Deutsche Notarverein begrüßt, dass sich der Referentenentwurf dennoch gegen die Mustersatzung entschieden hat. Gegen Mustersatzungen sprechen folgende Gesichtspunkte:

Mustersatzungen sind entweder so vereinfacht, dass sie nur eine kleine Zahl der Fälle treffen (z.B. Einmann-GmbH, in die auf Dauer kein weiterer Gesellschafter aufgenommen werden soll) oder so ausführlich, dass ihre Formulierungen für einen Großteil der Fälle wieder nicht passen (z.B. die englische *Table A* zum *Companies Act*). Aus diesem Grunde entscheidet sich selbst die britische *Company Law Reform* gegen eine einheitliche Mustersatzung und will nach dem Grundsatz "think small first" mehrere Satzungen anbieten. Dann aber entsteht wieder Beratungsaufwand für die Entscheidung zwischen diesen Satzungen.

Fehler in staatlicherseits zur Verfügung gestellten Mustersatzungen führen – ähnlich wie im Produkthaftungsfall – zu einem Serienschaden mit erheblichen Auswirkungen. Die Gestaltungsverantwortung ist daher außerordentlich hoch. Letztlich wird bei Fehlern wohl ein Reparaturgesetz erforderlich sein.

Mustersatzungen werden in der Praxis nicht wegen ihrer Geeignetheit gewählt. Dies zu unterstellen wäre ein deutlicher Ausdruck von Missachtung gegen die Kautelarjurisprudenz als solche. Gewählt werden sie in der – oftmals begründeten – Hoffnung, dadurch rasch eine Registereintragung zu erlangen. Unzulänglichkeiten der Mustersatzung werden dann dadurch ausgeglichen, dass parallel zu ihr eine schuldrechtliche Konsortialvereinbarung zwischen den Gesellschaftern geschlossen wird. Das "*Shareholders' Agreement*" der englischen Rechtspraxis ist ein typisches Beispiel für diese Folge. Im Gegensatz zur Satzung steht die Konsortialvereinbarung jedoch nicht über das Handelsregister zur Verfügung; der für die Kapitalgesellschaft kennzeichnende Schutz des Rechtsverkehrs durch Publizität wird so unterlaufen. Zudem führt ein Konsortialvertrag auch zu erhöhtem Beratungsaufwand, und zwar sowohl bei seiner Konzeption als auch, wenn Anteile an der Gesellschaft übertragen werden, da neben der reinen Anteilsübertragung mindestens der Beitritt des Erwerbers zur Konsortialvereinbarung erforderlich ist, eventuell auch eine Vereinbarung über das Ausscheiden des

Veräußerers aus dieser, seine Freistellung von Verpflichtungen hieraus und die Einhaltung schuldrechtlicher Veräußerungsbeschränkungen.

Das System eines dispositiven "*default set*" im Gesetz ist daher der Mustersatzung letztlich auch rechtsökonomisch überlegen. Abweichende Regelungen in der Satzung sind nur punktuell erforderlich und können daher mit wenig Aufwand auf die Bedürfnisse der Gesellschafter hin fokussiert werden. Die außerordentlich geringe Zahl von Gerichtsentscheidungen zur Inhaltskontrolle von Satzungen (im Gegensatz zu Personengesellschaftsverträgen) belegt zudem die ökonomische Effizienz des Erfordernisses notarieller Beurkundung in diesem Bereich eindrucksvoll.

Hierzu ist anzumerken, dass in einfach gelagerten Fällen die Beratung und Entwurfsfertigung für den oder die Unternehmensgründer nur einen geringen Zeit- und Kostenaufwand zur Folge hat. Dieser Stellungnahme ist als Anlage eine gemeinsame Untersuchung der Bundesnotarkammer und des Deutschen Notarvereins zu den Notarkosten bei Geschäftsanteilsabtretungen beigelegt. Auf den letzten beiden Seiten dieser Anlage finden sich einige Modellrechnungen zu den typischen Notarkosten bei Gründung einer GmbH nach gegenwärtigem Recht. Wie daraus zu ersehen ist, kann eine GmbH inklusive Handelsregisteranmeldung und Schreibauflagen beim Notar ab ca. EUR 125,00 gegründet werden. Die möglichen Einsparungspotentiale stehen daher in keinem günstigen Verhältnis zu den Gefahren, die der unbedachte Einsatz von Mustersatzungen birgt. Gerade die Gründer von KMUs würden im Gründungsstadium vielmehr auf eine rechtliche Beratung verzichten oder müssten diese bei anderen Rechtsberatern (vermutlich teurer) einkaufen.

Schließlich stellen die Notarkosten nur einen Teil der Gründungskosten dar, so dass der Verzicht auf eine notarielle Beurkundung keinesfalls zu einer Unternehmensgründung zum Nulltarif führen würde. Als weitere Gründungskosten wären etwa Gerichtskosten (Handelsregister), die Veröffentlichungskosten (typischerweise rund EUR 300,00 bis EUR 400,00) oder auch die kurz nach der Gründung bereits anfallenden Kosten für die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer zu nennen.

## **VI. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb**

Mehr Transparenz ist eine zeitgemäße und in den meisten Fällen vernünftige Alternative zu engmaschigeren Regelungen. Mehr Transparenz ist daher eine der, wenn nicht die wichtigste Rahmenzielsetzungen des vorgelegten Referentenentwurf. Ein wichtiges Instrument zur

Herstellung dieser Transparenz ist die Gesellschafterliste. Der Deutsche Notarverein begrüßt das Streben nach mehr Transparenz.

### **1. Bedeutung der Gesellschafterliste im Innenverhältnis**

Die Gesellschafterliste wird durch § 16 Abs. 1 GmbHG-E beträchtlich aufgewertet. Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt demnach nur noch derjenige als Gesellschafter, der als solcher in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste eingetragen ist. Diese Regelung bedeutet aus zweierlei Gründen eine beträchtliche Verschärfung der bisherigen Rechtslage.

#### *a) Wegfall des Anzeigerechts des Erwerbers*

Die Gesellschafterliste kann nur vom Geschäftsführer oder im Falle des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E vom Notar eingereicht werden, wohingegen die Anzeige nach § 16 Abs. 1 GmbHG de lege lata von unterschiedlichen Personen, insbesondere auch vom Erwerber eines Geschäftsanteils vorgenommen werden kann. Diese Verengung ist aber die notwendige Folge der Aufwertung der Gesellschafterliste. Sie ist auch unter Berücksichtigung der Rechte des Erwerbers nicht bedenklich.

Im Regelfall wird dem Erwerb eines Geschäftsanteils eine Beurkundung vorausgehen. Dann ist der Notar gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E zur Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste verpflichtet, ebenso wie dies bereits nach heutigem Recht der Fall ist. Der Notar ist zur Einreichung der Gesellschafterliste erst berechtigt und verpflichtet, wenn die Anteilsabtretung wirksam geworden ist. Dies kann den Notar vor schwierige Aufgaben und hohe Haftungsrisiken stellen, insbesondere wenn die Anteilsabtretung bedingt ist. Beispiele: Die Wirksamkeit der Abtretung ist durch vollständige Kaufpreiszahlung bedingt. Der Verkäufer verweigert inzwischen jede Mitwirkung. Der Käufer kann nur Überweisungsaufträge und eigene Kontoauszüge vorlegen. Ob und auf welchem Empfängerkonto tatsächlich und unwiderruflich eine Gutschrift erfolgt ist, kann im Einzelfall schwer zu beurteilen sein. Weiteres Beispiel: Die Abtretung erfolgt unter der Bedingung der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit. Die Kartellbehörde erteilt dann aber nur einen nicht der Bestandskraft fähigen *Comfort Letter* oder eine Genehmigung unter Auflage. Der Notar ist hier mehr noch als bisher gefordert, etwaige Bedingungen an klar zu beurteilende Tatsachen zu knüpfen, da die Absendung der Gesellschafterliste infolge der gewachsenen Bedeutung derselben eine neue rechtliche Qualität bekommt. Die Notare sind bereit und in der Lage, diese Aufgabe zu übernehmen. Sie ist vergleichbar mit den Aufgaben, die Notare beispielsweise im Rahmen der Vollzugsüberwachung bei Immobilienkaufverträgen wahrnehmen.

In Fällen, in denen die neue Gesellschafterliste nur vom Geschäftsführer, nicht aber von einem Notar eingereicht werden kann, beispielsweise bei Erwerb eines Geschäftsanteils von Todes wegen oder bei der Einziehung oder im Wege der Versteigerung, sind die Interessen des neuen Gesellschafters ebenfalls angemessen gewahrt. Der neue Gesellschafter hat gem. § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E einen Anspruch gegen den Geschäftsführer auf Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste. In Fällen, in denen der Erwerb unter den Beteiligten unstreitig ist, wird der Geschäftsführer i. d. R. keinen Anlass haben, dieser Verpflichtung nicht nachzukommen. Ist hingegen die Gesellschafterstellung streitig, wird sich eine gerichtliche Klärung der Frage und ggf. die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes ohnehin kaum vermeiden lassen.

#### *b) Konstitutive Wirkung der Gesellschafterliste*

Nach der vorgesehenen Neufassung des § 16 Abs. 1 GmbHG-E kommt der eingereichten Gesellschafterliste für das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter konstitutive Wirkung zu. Diese Regelung ist zwar ein sehr effektives Druckmittel zur möglichst raschen Einreichung einer aktuellen Liste. Jedoch schießt die Regelung aus Sicht des Deutschen Notarvereins in der vorgelegten Fassung übers Ziel hinaus.

Nach der Abtretung von Geschäftsanteilen möchten die neuen Gesellschafter häufig zu einer Gesellschafterversammlung zusammentreten. Praktisch häufig ist der Fall, dass sämtliche Anteile an einer GmbH vom bisherigen Alleingesellschafter und Geschäftsführer an den Erwerber veräußert werden, der in unmittelbarem Anschluss an den Erwerb (oft in derselben oder unmittelbar folgenden Urkunde) die Satzung ändern und sich selbst zum Geschäftsführer bestellen möchte. Dies ist nach bisherigem Recht problemlos möglich. Die Anzeige nach § 16 Abs. 1 GmbHG erfolgt in der Urkunde und wird von dem noch amtierenden bisherigen Geschäftsführer entgegengenommen.

Dieses alltägliche Anliegen der Parteien könnte nach der vorgesehenen Neufassung des § 16 GmbHG-E nicht ohne weiteres gelöst werden, da der Erwerber bis zur Einreichung der Gesellschafterliste nicht berechtigt ist, Beschlüsse zu fassen. Der scheidende Gesellschafter wird nicht immer bereit sein, die gewünschten Änderungen noch vor der Veräußerung durchzuführen, da er damit im Verhältnis zum Notar und zum Registergericht Kostenschuldner würde.

Zudem erschwert die Anknüpfung des Rechtserwerbs an die Einreichung der Liste die Kaufpreissicherung beim Anteilskauf. Der Verkäufer hat bereits die Gegenleistung erhalten, die den Käufer als Erwerber ausweisende Liste ist noch nicht beim Handelsregister eingereicht.

Eine Lösung des Problems wäre die Anknüpfung der Wirksamkeit der Anteilsübertragung im Verhältnis zur Gesellschaft an die Unterzeichnung (nicht die Einreichung) des Bestätigungsvermerks nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E durch den Notar. § 16 Abs. 1 könnte hierzu um folgenden Satz 3 ergänzt werden:

**§ 16. Rechtsstellung bei der Übertragung von Geschäftsanteilen**

*(1) (...) <sup>3</sup>Ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 ein Notar zur Einreichung einer Gesellschafterliste verpflichtet, so gilt abweichend von Satz 1 im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der in der aktuellen vom Notar gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 bestätigten Gesellschafterliste verzeichnet ist.*

*(2) (...)*

Durch diese Ergänzung bliebe die konstitutive Wirkung der Gesellschafterliste unberührt. Da der Notar den Bestätigungsvermerk unter die neue Gesellschafterliste dann unterzeichnen darf und muss, wenn die Rechtsänderung dinglich wirksam geworden ist, er dann aber auch zur unverzüglichen Einreichung beim Registergericht verpflichtet ist, würde das Anliegen des Referentenentwurfs, die Gesellschafterliste aufzuwerten und dadurch für mehr Transparenz zu sorgen, nicht in Frage gestellt. Der Erwerber könnte sein Anliegen dennoch wie bislang in einem einzigen Notartermin erledigen. Unnötige Verzögerungen und Mühen blieben dem Erwerber erspart.

In den Fällen, in denen keine Notarbestätigung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E erfolgt, etwa beim Erwerb von Todes wegen, bliebe es bei der vorgesehenen Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E, wonach die Gesellschafterrechte erst mit Einreichung der neuen Liste ausgeübt werden können.

## **2. Übertragung von Geschäftsanteilen**

### *a) Beurkundungserfordernis*

Der Deutsche Notarverein begrüßt, dass entgegen teilweise sehr aggressiv und reklamehaft vorgetragener Forderungen die Formvorschriften der §§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG aufrecht erhalten bleiben. Die Beteiligung des Notars sorgt für ein hohes Maß an Rechtssicherheit bei niedrigen Transaktionskosten.

Wie bereits zum Thema Mustersatzung ausgeführt, dient die GmbH in erster Linie als gesellschaftsrechtliche Plattform für mittelständische Unternehmen. Diese haben weder eine eige-

ne Rechtsabteilung, noch werden sie laufend durch eine große Kanzlei mit spezialisierten M&A-Anwälten betreut. Unternehmen dieses Zuschnitts haben einen Steuerberater für die Lohn- und Finanzbuchhaltung und einen Anwalt, der säumige Kunden mahnt und in arbeitsrechtlichen Fragen berät. Wenn die Übertragung eines Geschäftsanteils ansteht, ist der Notar im Regelfall der einzige Berater, der hierin Routine hat.

Diese Routine ist wichtig, denn gar so einfach, wie Kritiker des bestehenden Formerfordernisses oft glauben machen wollen, sind Geschäftsanteilsabtretungen keineswegs. So erlebt man in der notariellen Praxis etwa häufig primär steuerlich motivierte Vertragsentwürfe, die vom Notar dann im Hinblick auf ihre zivilrechtliche Ausgewogenheit ergänzt und überarbeitet werden. Dabei kann insbesondere, wie bereits ausgeführt, der Bestimmtheitsgrundsatz bei rechtlich selbständigen Stammeinlagen in der Hand ein und desselben Gesellschafters Probleme bereiten. Diese werden durch die vorgesehene Stückelung zu EUR 1,00 und die Übernahme mehrerer Einlagen bei Gründung nicht geringer. Die Formulierung praktisch handhabbarer Bedingungen für den dinglichen Rechtsübergang und die Einreichung der neuen Gesellschafterliste sind ebenfalls ohne qualifizierten Rechtsrat nicht zu bewerkstelligen.

Der Notar ist für diese Aufgabe nicht nur ideal geeignet. Er ist zugleich am kostengünstigsten. Da die Kosten für die Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung vom Verkehrswert des Anteils abhängen, kann eine belastbare Aussage zu den Kosten nur durch eine flächendeckende statistische Erhebung gewonnen werden. Die Bundesnotarkammer und der Deutsche Notarverein haben von April bis Juli 2006 deshalb alle deutschen Notare (hauptberufliche Notare und Anwaltsnotare) befragt, wie viele Geschäftsanteilsabtretungen sie im Jahr 2005 in welcher Wertkategorie beurkundet haben. Auf einer sehr breiten Datenbasis (Rücklauf teilweise über 80 %, s. Anlage) und ohne signifikante regionale Unterschiede zeigte sich, dass knapp die Hälfte der Anteilsabtretungen EUR 120,00 oder weniger und nur rund 10 % der Abtretungen mehr als EUR 400,00 gekostet haben, jeweils zuzüglich Auslagen und Umsatzsteuer. Kein hierfür einigermaßen qualifizierter Rechtsanwalt würde solche Transaktionen zu ähnlich günstigen Preisen begleiten. Die Gebührenstaffelung der Kostenordnung gewährleistet kleinen und mittleren Unternehmen konkurrenzlos günstige Preise. Eine für die Parteien lästige Formalität ist die Beteiligung des Notars allenfalls in einer verschwindend geringen Anzahl von Transaktionen, die von Anfang bis Ende von internationalen Großkanzleien betreut werden, und auch bei diesen Abtretungen erfüllt der Notar eine wichtige, wenngleich anders gelagerte Funktion. Es ist nur zu begrüßen, dass der Referentenentwurf die bestehenden mittelstandsfreundlichen Strukturen nicht zugunsten einer undifferenzierten Deregulierungswelle geopfert hat, die jede Formvorschrift unter den Generalverdacht nutzloser Bürokratie stellt.

Die eben bereits angedeutete andere Funktion des Beurkundungserfordernis des § 15 Abs. 3, 4, GmbHG besteht in der Bekämpfung der Geldwäsche und der Steuerhinterziehung. Der Notar muss bei jeder Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung die Personalien der Beteiligten festhalten sowie weitere Angaben wie Personalausweisnummer. Zudem muss er gem. § 54 EStDV eine Anzeige an das zuständige Finanzamt (Körperschaftssteuerstelle) erstatten. Die Anzeigepflicht des § 54 EStDV wird in Kürze voraussichtlich beträchtlich ausgeweitet werden. Sie ist für die Finanzverwaltung die wichtigste Erkenntnisquelle für die Erhebung von Steuern nach § 17 EStG. Auch unter dem Gesichtspunkt der effektiven Steuererhebung ist es zu begrüßen, dass das MoMiG an § 15 Abs. 3, 4 festhält.

### *b) Gutgläubiger Erwerb*

#### *aa) Allgemeines*

Der Deutsche Notarverein begrüßt die Grundsatzentscheidung, künftig den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen zu ermöglichen. Die Vorteile liegen auf der Hand. Gegenwärtig ist vor dem Erwerb eines Geschäftsanteils eine langwierige und kostspielige Due Diligence vielfach unentbehrlich. Da die Gesellschafterliste keine verlässliche Auskunft über den Gesellschafterstand bietet, ist es erforderlich, alle Erwerbsvorgänge bis hin zur Gründung der Gesellschaft zurück zu verfolgen und auf ihre Rechtswirksamkeit zu überprüfen. Trotz des oft erheblichen Zeit- und Kostenaufwands sind die Ergebnisse vielfach unbefriedigend. Der Grund hierfür liegt nicht in eher theoretischen Risiken wie der möglichen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten einer vorangegangenen Veräußerung. Praktisch relevanter sind Probleme wie die oft schwer mit Gewissheit zu klärende Frage der wirksamen Vertretung ausländischer juristischer Personen oder die Möglichkeit, dass z. B. aufgrund eines bislang nicht aufgefundenen privatschriftlichen Testaments von einer unzutreffenden Erbfolge ausgegangen wird. Da es keine Möglichkeit der Ersitzung oder Heilung gibt, können solche Störfaktoren unter Umständen auch dann noch ein Erwerbshindernis bilden, wenn sie Jahrzehnte in der Vergangenheit liegen. Das einzige wirksame Instrumentarium, für einen rechtlich abgesicherten Erwerb zu sorgen, ist die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs.

#### *bb) Interessen des wahren Gesellschafters*

Der gutgläubige Erwerb steht für Immobilien und beweglich Sachen seit jeher zur Verfügung und hat sich dort bewährt. Der Schutz des guten Glaubens gehört zur den großen Leistungen des deutschen Zivilrechts. Die offensichtliche Gefahr beim gutgläubigen Erwerb besteht darin, dass der wahre Berechtigte einen endgültigen Rechtsverlust erleidet und auf bereicherungsrechtliche Ansprüche gem. § 816 BGB mit den allseits bekannten Schwächen be-

schränkt ist. Die Interessen des wahren Rechtsinhabers und die des Erwerbers sind dadurch in Ausgleich zu bringen, dass der gutgläubige Erwerb an einen hinreichend verdichteten Rechtsscheinträger anknüpfen und der wahre Rechtsinhaber leicht realisierbare Möglichkeiten an die Hand bekommen muss, diesen Rechtsschein zu zerstören.

Die vom Referentenentwurf vorgesehene Anknüpfung an eine drei Jahre unwidersprochen gebliebene Gesellschafterliste bringt diesen strukturellen Interessengegensatz gelungen zum Ausgleich. Die über drei Jahre hinweg unwidersprochen gebliebene Gesellschafterliste ist als Rechtsscheinträger zwar noch nicht dem unrichtigen Grundbuch ebenbürtig, wohl aber dem freiwillig aufgegebenen Besitz an einer beweglichen Sache. Vor diesem Hintergrund wäre jedoch zu überlegen, ob auf Erwerberseite außer der (praktisch seltenen) positiven Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste auch – wie bei der Fahmis gem. § 935 Abs. 2 BGB – die grob fahrlässige Unkenntnis den gutgläubigen Erwerb ausschließen sollte (Formulierungsvorschlag s. unten).

Andererseits ist zu überdenken, ob die Zerstörung des Rechtsscheins durch Widerspruch wirklich durch die bloße, nicht auf Plausibilität überprüfte Behauptung von jedermann möglich sein soll. Es ist zu bedenken, dass nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E jeder, auch der geschäftliche Konkurrent oder gar jemand, der in keinerlei wie auch immer geartetem Bezug zur Gesellschaft steht oder stand, die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs vereiteln kann. Der Erwerber wird dadurch vor die Wahl gestellt, das Risiko einzugehen oder eine zeit- und kostenintensive Due Diligence durchzuführen. Wenn der Widersprechende auch sonst nichts erreicht, kann er damit wenigstens die Gesellschaft und den Veräußerer in Misskredit und Sorge bringen. Es ist zu erwarten, dass vor größeren Transaktionen § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG-E zum beliebten Werkzeug für verbitterte ehemalige Mitarbeiter, radikale Globalisierungsgegner etc. wird, Sand ins Getriebe zu streuen. Es sollte daher in Anlehnung an § 899 Abs. 2 BGB der Widerspruch nur möglich sein, wenn entweder der Inhaber des vom Widerspruch betroffenen Anteils zustimmt oder eine entsprechende einstweilige Verfügung ergangen ist, in der zumindest summarisch geprüft wird, ob Zweifel an der Richtigkeit der Gesellschafterliste bestehen. Wie in § 899 Abs. 2 BGB sollte es ausreichen, dass der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht wird, also die möglicherweise bestehende materielle Berechtigung des Widersprechenden. Der im Rahmen einer einstweiligen Verfügung normalerweise glaubhaft zu machende Verfügungsgrund, also die Eilbedürftigkeit, muss wie in § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht glaubhaft gemacht werden, da die abstrakte Gefahr des Rechtsverlusts im Wege des gutgläubigen Erwerbs als typisierter Verfügungsgrund ausreicht.

Die mit dem Erfordernis einer einstweiligen Verfügung verbundenen Kosten sind vor dem Hintergrund der Wirkung des Widerspruchs und des Missbrauchspotentials hinnehmbar. Ein Formulierungsvorschlag lautet:

**§ 16. Rechtsstellung bei der Übertragung von Geschäftsanteilen.**

(1) (...)

(2) (...)

(3) <sup>1</sup>Zugunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. <sup>2</sup>Ein Widerspruch kann entweder von demjenigen eingereicht werden, dessen Geschäftsanteil betroffen ist, oder er kann aufgrund einer einstweiligen Verfügung erhoben werden. <sup>3</sup>Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird. <sup>4</sup>Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn dem Erbwerber die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

*cc) Gesellschafterliste*

Die vorgeschlagene Neufassung des § 40 Abs. 1 GmbHG-E ist zu begrüßen. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gesellschafterliste eine erhebliche Aufwertung erfährt, sie insbesondere zum Anknüpfungspunkt des gutgläubigen Erwerbs wird. Der vorgeschlagene Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG-E enthält jedoch einige Formulierungen, die Anlass zu Unklarheiten geben könnten.

In § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E ist vorgesehen, dass der Notar die Gesellschafterliste "in Vertretung" der Geschäftsführer einzureichen hat. Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass der Notar die Zustimmung der Geschäftsführer benötigt oder diese bei Meinungsverschiedenheiten dem Notar Vorgaben zum Inhalt der Gesellschafterliste machen könnten. Dies ist offensichtlich nicht gewollt. Die gesteigerte Bedeutung der Gesellschafterliste, insbesondere im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs, setzt vielmehr voraus, dass der Notar als unabhängiges Organ der vorsorgenden Rechtspflege die Gesellschafterliste in eigener Verantwortung erstellt. Die Worte "in Vertretung" sollten daher durch den Begriff "anstelle" ersetzt werden (vollständiger Formulierungsvorschlag für § 40 Abs. 1 GmbHG s. unten).

Weiterhin fällt eine Abweichung im Wortlaut von § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E auf. Nach Satz 2 hat der Notar die neue Gesellschafterliste "unverzüglich nach (...) Wirksamwerden" der Rechtsänderung einzureichen. Die gesetzliche Bestimmung des Zeitpunkts ist wegen der konstitutiven Wirkung in § 16 Abs. 1 GmbHG-E wichtig. Insbesondere im Falle noch nicht eingetretener aufschiebender Bedingungen darf der Notar die Gesellschafterliste keinesfalls unverzüglich nach der Beurkundung einreichen. In den Fällen, in denen die Gesellschafterliste von den Geschäftsführern selbst eingereicht wird, beispielsweise also im Falle einer Auslandsbeurkundung oder im Falle des Gesellschafterwechsels von Todes wegen, gilt mit Blick auf § 16 Abs. 1 GmbHG-E nichts anderes. Daher sollte auch § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG um die Wörter "unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung" ergänzt werden (vollständiger Formulierungsvorschlag für § 40 Abs. 1 GmbHG s. unten).

Im Übrigen begrüßt der Deutsche Notarverein, dass die vom Notar gem. § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E abzugebende Richtigkeitsbestätigung darauf abstellt, dass "aus dem ihn vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt." Eine positive Bestätigung der Richtigkeit ist vielfach nicht möglich. Auch bei einer umfangreicher Due Diligence steht am Ende meist nur der Befund, dass nichts gefunden werden konnte, was gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste spricht. Der Notar würde mit unkalkulierbaren und nicht im Verhältnis zu den Gebühren stehenden Haftungsrisiken belastet, wenn er weitergehende Bestätigungen abgeben müsste.

§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E gibt dem Notar, in Anlehnung an § 54 GmbHG, den Wortlaut der Richtigkeitsbestätigung weitgehend vor. Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, dass auch Fälle denkbar sind, in denen Zweifel an der Richtigkeit der Gesellschafterliste bestehen, die Beteiligten aber nach Belehrung durch den Notar an ihrem Beurkundungersuchen festhalten. Dabei ist nicht nur an Fälle zu denken, in denen die Parteien sich über jede Vernunft hinwegsetzen. Bedeutend naheliegender ist etwa der Fall, dass ein Widerspruch gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E zum Handelsregister eingereicht worden ist, Veräußerer und Erwerber diesen aber für offensichtlich unbegründet halten. Noch besser nachvollziehbar wird die Motivation der Parteien, wenn der (stichhaltige) Widerspruch einen anderen als den vertragsgegenständlichen Geschäftsanteil betrifft. Wenn man § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E wörtlich nimmt, "muss" der Notar auch in diesem Fall – letztlich wahrheitswidrig – bestätigen, dass "nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt". Es muss dem Notar hier die Möglichkeit eröffnet werden, eine wahrheitsgemäße Bestätigung abzugeben. Die Alternative wäre die vollständige Versagung der Amtstätigkeit mit der Folge, dass die Richtigkeit der Beteiligungsverhältnisse im Verfahren nach § 15 BNotO geprüft werden müsse –

mit Sicherheit ist das nicht die richtige Verfahrensart, da hieran nur der die die Bestätigung begehrende Partei beteiligt ist. Unter Berücksichtigung der oben angeregten Änderungen könnte § 40 Abs. 1 GmbHG daher wie folgt gefasst werden:

#### **§ 40. Liste der Gesellschafter.**

*(1) <sup>1</sup>Die Geschäftsführer haben nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie der Betrag [und die laufende Nummer (zum Hintergrund dieser Ergänzung siehe oben Ziffer III. 3. b)] der von einem jeden derselben übernommenen Stammeinlage ersichtlich sind, zum Handelsregister einzureichen. <sup>2</sup>Hat ein Notar an Veränderungen nach Satz 1 mitgewirkt, so hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden die Liste anstelle der Geschäftsführer zum Handelsregister einzureichen. <sup>3</sup>Ist die Liste durch den Notar einzureichen, so muss sie mit seiner Bescheinigung versehen sein, dass er an den Veränderungen mitgewirkt und die geänderte Liste den Geschäftsführern übermittelt hat, die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt; verbleibende Zweifel hat der Notar in der Bescheinigung zu vermerken.*

*(2) (...)*

Wenn der oben in Ziffer VI. 2. b) bb) unterbreitete Vorschlag aufgegriffen werden sollte, in Anlehnung an § 935 Abs. 2 BGB bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis von Bösgläubigkeit auszugehen, dann wird bei negativer Notarbescheinigung im Regelfall ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen sein. Dies wäre stimmig, denn wenn die Bescheinigung des Notars der Gesellschafterliste zu mehr Gewicht verhelfen soll und dies neben der dreijährigen Wartefrist eine tragende Rechtfertigung für die Einführung des gutgläubigen Erwerbs ist, muss der Notar auch die Möglichkeit haben, diese Bekräftigung zu versagen und späteren gutgläubigen Erwerb damit im Regelfall verhindern, wenn er als unabhängiges Organ der vorsorgenden Rechtspflege Zweifel an der Richtigkeit der Liste hat, sie aufgrund einer Beurkundung aber erstellen und einreichen muss.

#### *dd) Übergangsregel*

Die Übergangsregel des § 3 Abs. 3 EGGmbHG-E ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins zweckmäßig. Die Differenzierung zwischen Gesellschaften, die bereits eine notariell bestätigte Gesellschafterliste auf der Grundlage des reformierten GmbHG eingereicht haben, und solchen, bei denen es nach Inkrafttreten der Reform zu keinem Wechsel im Gesellschafter-

bestand gekommen ist, trägt dem Umstand Rechnung, dass die unbestätigte Gesellschafterliste eine wesentlich geringere Richtigkeitsgewähr bietet. Dennoch erscheint es vertretbar, nach einer von drei auf gut fünf Jahre verlängerten Frist ab dem 1. Januar 2013 auch bei Gesellschafterlisten bisherigen Rechts den gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen.

#### *ee) Verbleibende Schwächen*

Vereinzelten Schwächen kann das Modell des gutgläubigen Erwerbs in der vorgelegten Fassung nicht beikommen.

Zum einen ist das Problem der Mehrfachveräußerung zu erwähnen: A ist seit drei Jahren unwidersprochen als Gesellschafter eingetragen. Er veräußert mit sofortiger dinglicher Wirkung an B und eine Stunde später bei einem anderen Notar an C. Die sich aufdrängende Lösung ist hier das aus dem Recht der Forderungsabtretung bekannte Prioritätsprinzip, wonach die zeitlich erste Veräußerung wirksam ist und die zweite ins Leere geht. Hierdurch wird jedoch die vom gutgläubigen Erwerb angestrebte Rechtssicherheit jedenfalls für den zweiten Erwerber nicht gewährleistet. Das Problem sollte indes vertragsgestalterisch in den Griff zu bekommen sein, z. B. durch Bewilligung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der bereits eingereichten Liste durch den Veräußerer, dessen Einreichung dann späteren Gutgläubenserwerb hindern würde (ähnlich den bei der Erbteilsübertragung gebräuchlichen kautelarjuristischen Gestaltungen). Im Übrigen ist dies aus Sicht des Deutschen Notarvereins eher akademischer Natur.

Eine weitere, praktisch relevante Gefahr für den Erwerber besteht in der Möglichkeit dinglicher Belastungen. Der Referentenentwurf sieht den gutgläubigen Wegerwerb bestehender dinglicher Belastungen, etwa in Form des Nießbrauchs oder der Verpfändung, bewusst und in Abweichung vom Recht der beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht vor. Dies ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins zu begrüßen. Bei Liegenschaften sind dingliche Belastungen in Abteilung II und III des Grundbuchs ersichtlich, da für sämtliche dinglichen Rechte an einer Immobilie die Eintragung ins Grundbuch konstitutiv ist. Es gibt hier also einen Anknüpfungspunkt für den guten Glauben an die Lastenfreiheit. Anders liegt es bei beweglichen Sachen. Bei diesen ist gem. § 936 BGB der gutgläubige Wegerwerb auch solcher dinglicher Rechte möglich, die besitzlos bestehen können, wie z. B. der Nießbrauch oder das Pfändungspfandrecht. Der Gesetzgeber konnte dies in Kauf nehmen, da besitzlose dingliche Rechte an Fahrnissen in der Praxis keine große Rolle spielen. Bei Geschäftsanteilen ist dies anders. Ein gutgläubiger Wegerwerb dinglicher Rechte scheint hier nur vertretbar, wenn zugleich die Gesellschafterliste um eine "Abteilung II" ergänzt würde, die Belastung von Geschäftsanteilen also der konstitutiven Kenntlichmachung in der Gesellschafterliste bedürfte.

Dieser Schritt wäre gesetzgeberisch durchaus konsequent, denn der gutgläubige Erwerb eines nießbrauchbelasteten Geschäftsanteils ist wirtschaftlich wertlos; der Erwerber erhält hier nur eine leere Hülle. Es ist jedoch zu bedenken, dass dieses Risiko auch beim Erwerb vom Berechtigten nach gegenwärtigem Recht besteht. Der Rechtsverkehr kann es – zugegebenermaßen in Ermangelung von Alternativen – verschmerzen, dass der Erwerber sich mit der vertraglichen Garantie der Lastenfreiheit durch den Veräußerer und den daraus resultierenden Schadensersatzansprüchen und Rücktrittsrechten zufrieden geben muss. Vor diesem Grund ist es angemessen, zunächst von einem allzu radikalen Systemwechsel abzu- sehen und die Gesellschafterliste nicht zu einem "kleinen Grundbuch" umzugestalten. Wenn der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen sich in der Praxis bewährt und ein Bedürfnis gesehen wird, ihn um den Wegerwerb von Belastungen zu erweitern, kann dieses Projekt ohne Schaden zu einem späteren Zeitpunkt aufgegriffen werden.

## **VII. Missbrauchsvorbeugung**

Der Deutsche Notarverein begrüßt vorgesehenen Regelungen zur Bekämpfung von Missbräuchen. Gesellschaften, die trotz Insolvenzzreife diese nicht angemeldet haben oder denen Schriftstücke nicht mehr ohne weiteres zugestellt werden können, sind in erster Linie eine Gefahr für die Gesellschaftsgläubiger. Doch der Notar kennt das leidige Problem unerreichbarer Gesellschaften zur Genüge aus seinem eigenen Tätigkeitskreis. Die vom Referentenentwurf vorgesehenen Gegensteuerungsmaßnahmen versprechen mit einfachen Mitteln wirkungsvolle Abhilfe. Da erweiterte Insolvenzantragspflichten, Zugangsfiktionen und ähnliches in den von den Neuregelungen erfassten Fällen gewiss nicht den Falschen treffen, bestehen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit keine Bedenken. An diesem Befund ändert sich auch dadurch nichts, dass nicht alle betroffenen Gesellschaften Fälle böswilliger "Firmenbestattung" sind, sondern auch Konstellationen erfasst werden, in denen nicht mehr operativ tätige Gesellschaften seit langer Zeit nicht mehr betreut werden und "brach liegen".

### **1. Zustellungserleichterungen**

Nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG-E bzw. § 37 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E ist künftig in der Handelsregisteranmeldung eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. § 13e Abs. 2 Satz 3 HGB-E erweitert diese Verpflichtung, was sehr zu begrüßen ist, auf Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften. Die Regelungen unterscheiden sich von der heute bereits bestehenden Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 HRV dadurch, dass die Geschäftsanschrift künftig Inhalt des Registers wird und damit auch im Wege einer Online-Einsicht in Erfahrung gebracht werden kann, wohingegen die Geschäftsanschrift *de lege lata* nur – sofern die Gesellschaft der Verpflichtung nach § 24 Abs. 2 HRV überhaupt nachgekommen ist – in der

Registerakte ersichtlich ist, die nicht online einsehbar ist. Dieser vordergründig unbedeutende Unterschied kann in der Praxis eine beträchtliche Erleichterung bewirken. Immer wieder kommt es in Notariaten vor, dass man etwas an eine Gesellschaft versenden möchte, deren Geschäftsanschrift man nicht kennt. Die jederzeit und rasch mögliche elektronische Registerinsicht hilft gegenwärtig nicht weiter. Telefonische Auskünfte werden von manchen Registergerichten generell nicht erteilt. Bei anderen bestehen faktische Probleme wie ständig belegte Telefone und unzureichende Öffnungszeiten. Es ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins zu begrüßen, wenn die Geschäftsanschrift künftig zum zwingenden Registerinhalt werden soll.

Ebenso stimmt der Deutsche Notarverein den vorgesehenen Regelungen gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E, § 78 Abs. 2 Satz AktG-E und § 13e Abs. 3a Satz 2 HGB-E zu. Diese ermöglichen es, an der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift einer GmbH, einer AG oder einer Zweigniederlassung einer Auslandsgesellschaft Erklärungen abzugeben und Schriftstücke zuzustellen, auch wenn dort keine vertretungsberechtigte Person auffindbar ist. Diese sinnvollen und im Kampf gegen "Firmenbestatter" erfolgversprechenden Regelungen werden stimmig flankiert durch die Regelung des § 15a HGB-E, wonach am Ort der Geschäftsanschrift die öffentliche Zustellung ermöglicht wird, wenn unter der Geschäftsanschrift keine Geschäftsräume mehr existieren. Die bei "Firmenbestattern" gebräuchliche Praxis, Obdachlose oder Personen mit regelmäßigem Aufenthalt im Ausland zum Vertretungsorgan zu bestellen und damit die Zustellung von Erklärungen an die Gesellschaft zu stören, könnte durch die vorgesehenen Maßnahmen wirksam eingedämmt werden, ohne dass die Gefahr besteht, redliche Gesellschaften zu beeinträchtigen.

Bei Führungslosigkeit der GmbH soll nach § 35 Abs. 2 Satz 4 GmbHG-E künftig jeder Gesellschafter passiv vertretungsberechtigt sein, bei Führungslosigkeit der AG gem. § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG-E jedes Aufsichtsratsmitglied (wenngleich der Referentenentwurf etwas unpräzise von "dem Aufsichtsrat" spricht). Führungslosigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn die Gesellschaft keinen Geschäftsführer bzw. Vorstand hat. Die Regelung ist zu begrüßen, da diese Fälle in der Praxis häufig Schwierigkeiten bereiten und durch die Neuregelung mittelbar Druck auf die Gesellschafter bzw. den Aufsichtsrat ausgeübt wird, möglichst rasch wieder ein Vertretungsorgan zu bestellen. Es ist auch zu begrüßen, dass der Referentenentwurf nicht so weit geht, Führungslosigkeit bereits dann anzunehmen, wenn der bestellte Geschäftsführer bzw. Vorstand unerreichbar ist oder sein Amt faktisch nicht mehr ausübt. Diese Kriterien wären nicht sonderlich scharf konturiert. Abgrenzungsprobleme wäre die Folge. Solange ein Geschäftsführer oder Vorstand, und sei es nur noch formal, im Amt ist, sollte

die Möglichkeit der (erforderlichenfalls öffentlichen) Zustellung an der Geschäftsadresse ausreichend sein.

## **2. Erweiterung der Insolvenzantragspflicht**

Nach § 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E soll künftig auch der Gesellschafter insolvenzantragspflichtig werden, wenn die Gesellschaft führungslos ist oder der Aufenthalt der Geschäftsführer nicht zu ermitteln ist. Diese Regelung ist uneingeschränkt zu begrüßen, da es bei "Firmenbestattungen" verbreitet ist, der Insolvenzantragspflicht dadurch zu entgehen, dass eine unerreichbare Person zum Geschäftsführer bestellt wird. Das Insolvenzantragsrecht der Gläubiger ist ungenügend, da der Antragsteller einen Kostenvorschuss zu leisten hat, der in den praktisch häufigen Fällen, in den das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet wird, verloren geht. Aus Angst, "dem schlechten Geld gutes hinterher zu werfen", ist vielfach trotz offensichtlicher Insolvenzreife keiner der Gläubiger willens, den Insolvenzantrag zu stellen. Es ist sachgerecht, hier künftig auch die Gesellschafter maßvoll in die Pflicht zu nehmen. Vor allem aber ist zu erwarten, dass die abstrakte Gefahr, insolvenzantragspflichtig zu werden und sich bei unterlassener Antragstellung möglicherweise strafbar zu machen, ein Anreiz für die Gesellschafter ist, den Zustand der Führungslosigkeit möglichst rasch zu beenden oder gar nicht erst herbeizuführen.

Die erweiterte Haftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG-E ist konsequent. Wie in der Begründung des Referentenentwurfs auf S. 64 ausgeführt wird, überschneidet sich der Tatbestand teilweise mit der Haftung nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs. Der Referentenentwurf widersteht jedoch der Versuchung, Rechtsprechungsregeln kodifizieren zu wollen (siehe hierzu schon Ziffer III. 6. a).

## **3. Erweiterung der Bestellungshindernisse**

Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, § 76 Abs. 3 Satz 2 AktG-E sollen die Bestellungshindernisse für organschaftliche Vertreter der GmbH bzw. AktG um Straftaten nach §§ 82, 84 GmbHG, 399 bis 401 AktG erweitert werden. Dies wird vom Deutschen Notarverein grundsätzlich begrüßt. Zugleich begrüßt der Deutsche Notarverein, dass der Referentenentwurf die im Bereich der Insolvenzstraftaten existierenden Fahrlässigkeitsdelikte aus dem Katalog der Bestellungshindernisse ausnimmt. Fahrlässig begangene Delikte sind nicht notwendigerweise Ausdruck für die generelle Ungeeignetheit einer Person, als Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstand einer AG tätig zu sein. Dasselbe gilt für die Taten nach §§ 263-264a, 265b-266a Abs. 1, 2 StGB. Diese, insbesondere der einfache Betrug nach § 263 StGB, sind zu vielgestaltig und unspezifisch, als dass sich daraus zwingend auf die fehlende Eignung

zur organschaftlichen Vertretung einer Kapitalgesellschaft schließen ließe. Der Deutsche Notarverein begrüßt daher, dass der Referentenentwurf die weitergehenden Forderungen des Bundesratsentwurfs eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Sicherung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG, BT-Drucks. 16/511) nicht aufgegriffen hat. Strengere Gesetze sind nicht notwendig bessere Gesetze. Es erscheint zweifelhaft, ob die Bestellungshindernisse der §§ 6 Abs. 2 GmbHG, 76 Abs. 3 AktG praktisch von großer Bedeutung sind. Mit einem Bestellungshindernis belastete Personen finden in der Regel problemlos einen Strohmann. Die zur weiteren Teilnahme am Geschäftsverkehr gänzlich ungeeigneten Personen werden in der Praxis in erster Linie über negative Schufa-Auskünfte ausgeschlossen, nicht über die Bestellungshindernisse der §§ 6 Abs. 2 GmbHG, 76 Abs. 3 AktG.

Der Deutsche Notarverein begrüßt die vom Referentenentwurf vorgesehene Regelung des § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB-E, wonach die Bestellungshindernisse nach § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E und § 76 Abs. 3 Satz 2 AktG-E künftig auch für die organschaftlichen Vertreter an der Zweigniederlassung einer Auslandsgesellschaft gelten. Wie in Ziffer II. 1. bereits erwähnt, unterlassen viele Auslandsgesellschaften die Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung. In diesen Fällen greift § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB-E naturgemäß ins Leere, was indes die Berechtigung der Vorschrift nicht in Frage stellt.

### **VIII. Zusammenfassung**

Das Recht der GmbH ist reformbedürftig. Hierfür sind sowohl der gewachsene Konkurrenzdruck durch ausländische Gesellschaftsformen verantwortlich als auch nationale Fehlentwicklungen wie das hypertrophe Kapitalschutzrecht oder die Möglichkeit, durch "Firmenbestattung" ein geregelter Insolvenz- oder Liquidationsverfahren zu vermeiden. Der Referentenentwurf des MoMiG wird dieser schwierigen Aufgabe gerecht. Der Entwurf greift alle bestehenden Problemkreise auf und führt sie einer mutigen und gelungenen Lösung zu. Die zahlreichen in die rechtspolitische Debatte eingeführten Alternativen, wie die Unternehmergesellschaft oder der Kaufmann mit beschränkter Haftung, werden nach einer gelungenen Reform des GmbH-Rechts entbehrlich (hierzu Ziffer I.).

Der Deutsche Notarverein begrüßt die Aufgabe der Sitztheorie. Aufgrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit kann diese für Auslandsgesellschaften nicht mehr angewendet werden und hat sich dadurch zu einem einseitigen Wettbewerbsnachteil für die GmbH und AG entwickelt (hierzu Ziffer II.).

Die Beibehaltung eines gesetzlichen Mindeststammkapitals ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins richtig. Es erfüllt weiterhin eine wichtige Funktion im Gläubigerschutzsystem. Die

gegenwärtige Höhe von EUR 25.000,00 sollte beibehalten werden. Keinesfalls sollten die im Referentenentwurf vorgesehenen EUR 10.000,00 unterschritten werden. Die entschlossene Entrümpelung des Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts und die rechtsformneutrale Verlagerung der Materie ins Insolvenzrecht sind zu begrüßen. Das Nebeneinander von Gesetzes- und Richterrecht hat zu einem unübersichtlichen, wenig stringenten und unter Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes ineffizienten System geführt, das mit punktueller Gegensteuerung nicht wieder in gerade Bahnen zu zwingen ist. Die gelungene Neuordnung mit wenigen Generalklauseln ermöglicht nun auch international gebräuchliche Instrumente der Corporate Finance wie insbesondere das Cash Pooling im Rahmen des allgemeinen Kapitalschutzrechts, ohne hierfür sperrige und fehleranfällige Spezialregeln zu schaffen (hierzu Ziffer III.).

Es ist zu begrüßen, dass künftig bei erlaubnispflichtigem Unternehmensgegenstand die Vorlage der Genehmigung nicht mehr Voraussetzung für die Handelsregistereintragung sein soll. Dies wird zu einer deutlichen Beschleunigung der Gesellschaftsgründung führen und zugleich die unglückliche Vermengung des öffentlichen Gewerberechts mit dem Registerrecht lockern. Leider bleibt der Entwurf dabei auf halber Strecke stehen. Aus Sicht des Deutschen Notarvereins besteht hier Raum für weitergehende Veränderungen (hierzu Ziffer IV.).

Der Referentenentwurf verzichtet auf die Beifügung einer Mustersatzung, deren Verwendung zu einem reduzierten Prüfungsumfang des Registergerichts führen könnte. Diese Entscheidung ist richtig, da auch bei vermeintlich einfachen Konstellationen ein Grundbedarf für Beratung besteht. Der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand ist im Vergleich zum sonstigen Aufwand einer Unternehmensgründung (Gerichtskosten, Veröffentlichungskosten, IHK-Beiträge) auch ohne Mustersatzung unerheblich (hierzu Ziffer V.).

Die Aufwertung der Gesellschafterliste sorgt für mehr Transparenz und ist daher ebenso zu begrüßen wie die darauf aufbauende Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs. In Detailfragen bestehen aus Sicht des Deutschen Notarvereins jedoch Verbesserungsmöglichkeiten:

- Die geplante konstitutive Wirkung der Gesellschafterliste für das Innenverhältnis sollte dahingehend ergänzt werden, dass bei Beteiligung eines Notars der Erwerber seine Gesellschafterrechte bereits ab Unterzeichnung der Bestätigung nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E durch den Notar ausüben kann. Alltägliche Vorgehensweisen wie die Gesellschafterversammlung im unmittelbaren Anschluss an den Anteilserwerb müssten sonst in zwei separaten Terminen wahrgenommen werden.
- Die vorgesehene Bescheinigung des Notars unter die neue Gesellschafterliste darf nicht als einzigen gesetzlich möglichen Inhalt die Bestätigung vorsehen, dass der Notar keine

Zweifel an der Richtigkeit hat. Wenn solche Zweifel bestehen, muss der Notar diese auch zum Ausdruck bringen können.

- Bösgläubigkeit des Erwerbers sollte nicht erst bei positiver Kenntnis der Unrichtigkeit, sondern bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis angenommen werden. Andererseits sollte die Möglichkeit, durch Einreichung eines Widerspruchs gutgläubigen Erwerb auszuschließen, nicht ohne Plausibilitätsprüfung jedermann offen stehen, sondern der parallelen Regelung im Immobiliarsachenrecht angepasst werden (zu allem Ziffer VI.).

Die vorgesehenen Regelungen zur Missbrauchsbekämpfung sind uneingeschränkt zu begrüßen. Sie versprechen Abhilfe gegen die Praktiken von "Firmenbestattern". Dabei wahren die vorgesehenen Neuerungen das nötige Augenmaß und laufen nicht Gefahr, auch redliche Gesellschaften zu treffen (hierzu Ziffer VII.).

Für etwaige Rückfragen und die weitere Erörterung steht Ihnen der Deutsche Notarverein jederzeit gerne zur Verfügung.