

## Diskussionspapier des BACDJ zur GmbH-Reform

Auf der Grundlage der von der AG GmbH-Reform (Garschina, Hirte, Krings, Pfeiffer) am 10. März, 25. und 26 Juni 2006 erarbeiteten und auf der Mitgliederversammlung des BACDJ in Berlin am 30. Juni 2006 diskutierten Überlegungen.

Die GmbH hat sich seit 1892 als Rechtsform etabliert und sich zu einem echten Erfolgsmodell entwickelt. Gleichwohl gilt es, die GmbH zeitgemäß zu erneuern und damit eine zentrale Weichenstellung für den Wirtschaftsstandort Deutschland im Gesellschaftsrecht vorzunehmen. Das hat vor dem Hintergrund des mangelhaften **Gläubigerschutzes** im deutschen Gesellschaftsrecht (einschließlich der Möglichkeiten einer „organisierten Bestattung von Kapitalgesellschaften“) zu geschehen.

Der deutsche Gesetzgeber muss sich auch stärker als bisher dem **Wettbewerb der Rechtsformen in Europa** stellen und konsequent sein Gesellschaftsrecht hierauf ausrichten. Die bevorstehende Reform ist die letzte Chance, dem deutschen Gesellschaftsrecht seine führende Rolle in Europa zurückzugeben. Diese Gelegenheit sollte durch eine mutige Reform genutzt werden. Hierzu zählt neben der GmbH-Reform auch die Schaffung einer neuen Rechtsform.

Daher fordert der BACDJ eine Reform des deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrechts, insbesondere des GmbH-Rechts, mit folgenden Schwerpunkten:

1. Grundprinzipien:

a) Das **Gründungsverfahren** ist nachhaltig zu beschleunigen. Zugleich sollte durch Aufgabe der „Sitztheorie“ sichergestellt werden, dass deutsche Gesellschaften ihren Verwaltungssitz ohne Sanktionen seitens des deutschen Rechts ins Ausland verlegen können.

b) Der gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz sollte möglichst **einfach** ausgestaltet sein.

c) Durch Erhöhung der **Transparenz** sollten die Möglichkeiten von Gläubigern zur eigenen Risikoabschätzung verbessert werden.

d) Bei gesetzlichen Maßnahmen sollte das Interesse ordnungsgemäß wirtschaftender existierender Gesellschaften, ihrer Geschäftsführer und Gesellschafter, unter dem Gesichtspunkt des **Vertrauensschutzes** angemessen berücksichtigt werden.

## 2. Einzelheiten:

### a) Gründungsverfahren

aa) Im Gründungsverfahren sollte eine vollständige **Entkoppelung** von gesellschaftsrechtlichem Gründungsverfahren und öffentlich-rechtlichen Genehmigungserfordernissen vorgenommen werden. Der von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf eines MoMiG genügt dieser Forderung nicht: Denn wenn bei Nicht-Beibringung einer erforderlichen Genehmigung binnen drei Monaten die Amtslöschung einer Gesellschaft droht, droht nach wie vor in den kritischen Fällen ein Ausweichen auf ausländische Gesellschaftsformen.

bb) Bei Nutzung von **Mustersatzungen** muss eine Gesellschaftsgründung binnen 24 Stunden möglich sein.

cc) Auf eine **notarielle Beurkundung** der Satzung sollte künftig zugunsten einer bloßen Beglaubigung verzichtet werden, wenn eine gesetzlich vorgegebene Mustersatzung verwendet wird oder es sich um eine Einpersonengründung (oder Mehrpersonengründung durch verbundene Unternehmen) handelt.

dd) Die Aufgabe der „**Sitztheorie**“ durch Streichung von § 4a Abs. 2 E-GmbHG ist ein richtiger Schritt dahin, dass deutsche Gesellschaften ihren Verwaltungssitz ohne Sanktionen seitens des deutschen Rechts ins Ausland verlegen können. Allerdings sollte für EU-Auslandsgesellschaften die Reichweite der Gründungstheorie auch für zuziehende Gesellschaften – vorbehaltlich der durch die europäischen Grundfreiheiten gezogenen Grenzen – klargestellt werden, und zwar möglichst auf europäischer Ebene; sie sollte insbesondere hinsichtlich der Organisationsverfassung eindeutig anerkannt werden.

### b) Gläubigerschutz:

aa) Die präventive Kontrolle der **Kapitalaufbringung** durch den Staat sollte in wenigstens einer Rechtsform vollständig aufgegeben werden. Die jetzt im Entwurf eines MoMiG vorgeschlagene Reduktion auf einen Betrag von € 10.000 ist eine halbherzige Lösung.

Die Vorschriften zur Sachgründung und Sachkapitalerhöhung werden dadurch automatisch ihre Zielrichtung ändern und fortan stärker dem (Minderheits-)Gesellschafter- als dem Gläubigerschutz dienen. Sie sollten im Übrigen

hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen auf eine bloße Wertaufbringungskontrolle umgestaltet werden.

bb) Die mit der Kapitalaufbringung bislang verbundene „**Seriositätskontrolle**“ stößt in ihrer jetzigen Ausgestaltung auf Bedenken und sollte durch einen Ausbau der bereits in der Gewerbeordnung vorhandenen öffentlichrechtlichen Instrumentarien (§ 35 GewO) bewerkstelligt werden. Diese sind mit dem Handelsregister zu verzahnen. Dabei sollten die **Bestellungshindernisse** für Geschäftsleiter auch auf weitere Wirtschaftsstraftaten, die über die bisher nur erfassten Insolvenzstraftaten hinausgehen, ausgedehnt werden.

Ein Ausbau von § 35 GewO würde auch ermöglichen, ausländische Bestellungsverbote im Inland zu berücksichtigen, wenn man der Untersagungs-Behörde dafür Ermessen einräumt. Dann bräuchte diese Frage nicht – worauf der Entwurf des MoMiG hinweist – vom Registergericht geprüft zu werden. Nach der jetzigen Lage könnte jemand, dem etwa in England die Tätigkeit als *director* verboten ist, es bei uns noch einmal „versuchen“, während man in England durchaus jemanden, der bei uns „nicht mehr dürfte“, sperren könnte; das ist unbefriedigend.

cc) **Ausschüttungen** aus dem Gesellschaftsvermögen sollten in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum „existenzvernichtenden Eingriff“ unzulässig sein, wenn sie in der überschaubaren Zukunft zur Illiquidität der Gesellschaft führen würden („**Solvenztest**“). Die vom MoMiG vorgeschlagene Umstrukturierung von § 64 Abs. 2 GmbHG geht insoweit zwar in die richtige Richtung, weil sie in der Tat den *solvency test*, wie ihn die Rechtsprechung der Sache nach schon entwickelt hatte, in das Gesetz integriert. Doch sollte dieser „Test“ nicht nur „negativ“ (in Form einer Haftungsbestimmung) formuliert werden, sondern positiv als aktive Pflicht der Gesellschafter.

Die Ausgestaltung eines solchen „Tests“ darf sich in der GmbH aber sicher nicht an den für große Aktiengesellschaften entwickelten Standards orientieren; denn dies würden den Mittelstand überfordern. Zu erwägen ist, unter bestimmten Umständen mit Blick auf den angesprochenen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eine frühere Kapitalaufbringung auch als Solvenztest ausreichen zu lassen.

dd) Für einen solchen Solvenzttest spricht auch, dass mit großer Wahrscheinlichkeit künftig auch der Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen wird aufgestellt werden müssen; eine Orientierung von Ausschüttungssperren am HGB-Abschluss würde dann eine kostspielige doppelte Rechnungslegung erforderlich machen. Deshalb sollte im Gegenteil erwogen werden, im Zusammenhang mit der hier vorgeschlagenen Umgestaltung des Gläubigerschutzes auch jetzt schon einen **Einzelabschluss nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen** als Option zuzulassen.

ee) Die **Haftung der Geschäftsführer** sollte deutlich vereinfacht werden. Zudem sollte die Krisenverantwortung von Geschäftsführern möglicherweise schon in einem früheren Zeitpunkt eingreifen.

ff) Forderungen von der Gesellschaft nahestehenden Personen sollten nach wie vor in der Insolvenz der Gesellschaft nur nachrangig berücksichtigt werden. Allerdings sollte das Recht der **kapitaleretzenden Gesellschafterleistungen** („kapitaleretzende Darlehen“) zum einen von seinem Bezug zur Kapitalaufbringung gelöst und zum anderen einheitlich im Insolvenzrecht verankert werden.

Bei der hierzu im MoMiG vorgeschlagenen Lösung ist allerdings die Anfechtungsfrist in § 135 Nr. 2 E-InsO mit einem Jahr deutlich zu kurz geraten, vor allem wenn man bedenkt, dass die bislang in diesen Fällen eingreifende Verjährungsfrist zehn Jahre beträgt (§ 31 Abs. 5 GmbHG).

gg) Die Möglichkeiten einer „organisierten Bestattung von Kapitalgesellschaften“ sollten durch eine **Vereinfachung der Zustellung** an Gesellschaften eingeschränkt werden.

An die Stelle der **Insolvenzantragspflicht** (als einer Pflicht, unter allen Umständen binnen einer bestimmten Frist ein staatliches Insolvenzverfahren zu eröffnen), sollten allgemeine Handlungspflichten von Geschäftsführern und Gesellschaftern bei Insolvenzeintritt treten. Im Falle der Führungslosigkeit von Gesellschaften sollten diese Pflichten auf Gesellschafter ausgedehnt werden.

hh) Durch die Einführung einer „**Unternehmenshypothek**“ sollen die Möglichkeiten der Gesellschaften zur Kreditbesicherung vereinfacht und beschleunigt werden.

ii) Der Markt für Information über die finanzielle Lage von Gesellschaften sollte dadurch verbessert werden, dass – nach dem Vorbild des Aktionärsforums im Aktienrecht (§ 127a AktG) - ein **Gläubigerforum** auf der Homepage von Kapitalgesellschaften eingerichtet wird.

jj) Die Möglichkeiten des Insolvenzverwalters zur **Prozessführung zugunsten der Masse** sind zu verbessern. Dabei sollte geprüft werden, ob eine haushaltsneutrale Gewährung von Prozesskostenhilfe an den Insolvenzverwalter durch Einführung eines Umlageverfahrens sinnvoll ist.

c) Binnenorganisation:

aa) Die Möglichkeit eines **gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen** auf der Grundlage einer transparent geführten Gesellschafterliste sollte eröffnet werden. Sie sollte auch die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs umfassen. Die Liste sollte von einer Stelle geführt werden, die eine erhöhte Richtigkeitsgewähr sicherstellen kann.

bb) Die Zulässigkeit der Schaffung von **bedingtem und genehmigtem Kapital** auch bei der GmbH sollte klargestellt werden.