

Zusammenfassung

In dem nachfolgenden Text stellt RA Poppe die wesentlichen Inhalte der am 01.11.2008 in Kraft getretenen Novelle des GmbH-Gesetzes durch das Gesetz zur Modernisierung des Unternehmensrechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vor.

Nutzungsbedingungen

Dieser Text wird nur an ausgewählte Empfänger versandt. Vor der Weitergabe an andere als die von uns bestimmten Empfänger bitten wir, das Einverständnis von RA Poppe einzuholen.

Für Kommentare und Anregungen sind wir dankbar.



Schoor & Poppe
Intervokat Rechtsanwälte



Rechtsanwalt Jens Poppe

Alte Dorfstraße 20
27446 Farven

Telefon: 04762 / 183350

Telefax: 04762 / 183352

Mail: jens.poppe@intervokat.com



Mitglied im Fachverband Biogas e.V.



in Kooperation mit der
Buchstelle des Kreisbauernverbandes Zeven e.V.
sowie der ZELA Steuerberatungsgesellschaft GmbH



Rechtsanwalt Sascha Schoor

Karl-Liebknecht-Straße 5

Dom Aquarée

10178 Berlin

Telefon: 030 / 700140100

Telefax: 030 / 700140150

Mail: sascha.schoor@intervokat.com

Die GmbH-Reform

Das Gesetz zur Modernisierung des Unternehmensrechts sowie zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde am 28.10.2008 im Bundesgesetzblatt verkündet¹. Das Gesetz tritt nach dessen Artikel 25 am 01.11.2008 in Kraft. Der wesentliche Inhalt dieses Gesetzes ist die seit langem erwartete Neuregelung des GmbH-Rechts. Daneben enthält das Gesetz aber auch Änderungen, die Unternehmen aller Rechtsformen betreffen.

1. Gründung der GmbH

Von dem ursprünglichen Vorhaben, das Mindeststammkapital der GmbH von 25.000 € auf 10.000 € zu senken, ist die Bundesregierung abgerückt. Dem Anliegen, eine Gesellschaftsform mit niedrigerem Mindeststammkapital einzuführen, sei durch die Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (dazu unten) schon hinreichend Rechnung getragen. Für die klassische GmbH bleibt es deshalb bei einem Mindeststammkapital von 25.000 €. Hiervon muss – auch dies hat sich nicht verändert – die Hälfte, also 12.500 € - sofort aufgebracht werden. Gleichwohl enthält die GmbH-Reform immer noch Regelungen, die das Leben von GmbH-Gründern erleichtern können.

a) Stückelung des Stammkapitals

Die Reform beseitigt die bisherige Anforderung, wonach jeder Geschäftsanteil mindestens 100,00 € des Stammkapital repräsentieren muss. Das GmbHG verlangt in § 5 Abs. II S. 2 GmbHG² nur noch, dass jeder Geschäftsanteil auf volle Euro lauten muss. Zukünftig sind somit auch Anteile von einem Euro zulässig. Außerdem wird es zukünftig zulässig sein, von vornherein mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen.

Aus § 5 Abs. II S. 2 GmbHG ergibt sich dies ausdrücklich. Dies erleichtert die Weiterübertragung von Anteilen erheblich. Nach bisherigem Recht musste der Gesellschafter einer Ein-Personen-GmbH einen einheitlichen Anteil von mindestens 25.000 € übernehmen. Wollte dieser Gesellschafter dann einen zweiten Gesellschafter aufnehmen und ihm dazu die Hälfte seines bisherigen Anteils übertragen, musste neben der eigentlichen Übertragung auch noch eine Teilung des Anteils vollzogen werden. Zukünftig kann der Ein-Personen-Gesellschafter mit Blick auf eine zukünftige Erweiterung des Gesellschafterkreises von vornherein zwei Anteile zu je 12.500 € übernehmen oder auch 25.000 Anteile zu je 1 €, die theoretisch an 25.000 verschiedene Personen übertragen werden können. Die Handelbarkeit von GmbH-Anteilen ist damit erleichtert worden. Einschränkungen ergeben sich aber nach wie vor aus den Formerfordernissen. An der Anforderung, dass sowohl die Verpflichtung, einen GmbH-Anteil zu übertragen, als auch die Übertragung selbst notariell zu beurkunden sind, hat der Gesetzgeber festgehalten. § 15 Abs. III und Abs. IV GmbHG, die diese Anforderung enthalten, bleiben unverändert. Für einen schnellen Umschlag von Geschäftsanteilen ist die GmbH nach wie vor die falsche Rechtsform.

b) Aufbringung des Stammkapitals

Der Gesetzgeber hat eine wesentliche Haftungsfalle für GmbH-Gründer entschärft. Es geht dabei um die – inhaltlich verwandten – Vorgänge, die im Fachjargon als „verdeckte Sacheinlage“ sowie „Hin- und Herzahlen“ bezeichnet werden. Um die Neuregelung zu verstehen, muss man sich in Erinnerung rufen, was damit gemeint ist.

Bei der verdeckten Sacheinlage übernimmt ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zur Leistung einer Bareinlage. Ein Betrag in Höhe der

¹ BGBl. I, S. 2026ff

² Soweit nicht anders angegeben, werden gesetzliche Vorschriften in der ab dem 01.11.2008 gültigen Fassung zitiert.

Bareinlage wird auch einbezahlt³, fließt aber an den Gesellschafter zurück⁴, der im Gegenzug einen Sachwert der Gesellschaft zuführt. Als Beispiel mag man sich einen Einzelunternehmer vorstellen, der eine GmbH mit dem Mindestkapital von 25.000 € bar gründet, diesen Betrag auch einzahlt und dann im nächsten Schritt mit sich selbst einen Kaufvertrag schließt, in dem er sein bisheriges Unternehmen gegen Zahlung von 25.000 € an die GmbH verkauft. Die Gerichte haben in solchen Fällen angenommen, dass die Bareinlage nicht wirksam erbracht worden ist, wenn die beschriebene Vorgehensweise vorabgesprochen war, weil die Bareinlage dann niemals zur freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat. Verschärft wurde die Problematik noch dadurch, dass die Vorabsprache vermutet wurde, wenn zwischen der Einbringung des Stammkapitals und dem Vertrag mit dem Gesellschafter, der das Stammkapital wieder abfließen lässt, ein enger zeitlicher Zusammenhang⁵ besteht.

In der Praxis ebenfalls nicht selten sind Fälle, wo der Gesellschafter den Betrag seine Bareinlage einzahlt und sich selbst dann aus der GmbH heraus ein Darlehen gewährt. Auch in diesem Fall nimmt die Rechtsprechung an, dass der Gesellschafter dann, wenn die Gewährung eines Darlehens an den Gesellschafter vorabgesprochen war, seine Einlageverpflichtung nicht erbracht hat, weil die Bareinlage niemals zur freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat⁶. Wirtschaftlich hat der Gesellschafter, so

³ Die wesentlich plumpere Konstruktion, den Kaufpreisanspruch sogleich gegen den Anspruch auf Erbringung der Bareinlage aufzurechnen, ist schon nach dem Gesetzeswort (§ 19 Abs. II S. 2 GmbHG) unzulässig.

⁴ Gleichbehandelt wurde der Fall, dass die Einlage nicht an den Gesellschafter unmittelbar zurück floss, sondern an ein mit diesem verbundenes Unternehmen oder eine diesem nahestehende Person.

⁵ Üblicherweise wurden als enger zeitlicher Zusammenhang sechs Monate angesehen.

⁶ BGH, Urteil v. 02.12.2002, Az. II ZR 101/02.

jedenfalls die Ansicht der Rechtsprechung, keine Bareinlage erbracht, sondern er hat einen Anspruch gegen sich selbst eingelegt. Die Einbringung eines Anspruchs ist aber allenfalls als Sacheinlage zulässig.

Ein Sonderfall ist das sog. Cash-Pooling. Hierbei sind Tochterunternehmen in einem Konzern verpflichtet, am Ende eines Tages überschüssige Liquidität auf den Konten an die Muttergesellschaft oder ein Schwesterunternehmen abzuführen, das dafür sorgte, dass Konten anderer Unternehmen des gleichen Konzerns, die im Soll standen, aufgefüllt wurden. Diese Gestaltung vermeidet, dass im Konzern Zinsverluste entstehen, weil Tochterunternehmen A ein hohes, aber unverzinsliches Guthaben auf einem Konto hat, während Tochterunternehmen B einen teuren Kontokorrentkredit beanspruchen muss. Obwohl dies eine sinnvolle Gestaltung ist, führte sie dazu, dass die Einlage auf dem Konto einer Tochter-GmbH nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführung stand, weil sie ja abends an den Cash-Pool des Konzerns abgeführt werden musste⁷.

Im Insolvenzfall der GmbH brachten beide Gestaltungen die Gefahr mit sich, dass der Gesellschafter das Stammkapital ein zweites Mal aufbringen musste. Weil die vermeintliche Bareinlage nicht zur freien Verfügung der Gesellschaft gestanden hatte, war sie nicht bewirkt worden und konnte vom Insolvenzverwalter noch eingefordert werden. Im Falle der verdeckten Sacheinlage erfüllte der Kaufgegenstand, z.B. das Unternehmen

⁷ Dieses Cash-Pooling ist durch den Fall Bremer Vulkan ins Rampenlicht gerückt worden. Hier hatte eine Tochtergesellschaft des Konzerns überschüssige Liquidität an den Cash-Pool der Muttergesellschaft abgeführt, fiel aber mit dem Rückzahlungsanspruch aus, weil die Muttergesellschaft insolvent wurde. Weil auf diesem Wege auch zweckgebundene Beihilfen der Tochter an die Mutter abflossen, wurde die ganze Angelegenheit sogar zu einem Fall für die Staatsanwaltschaft.

aus dem obigen Beispiel, auch die Voraussetzungen einer Sacheinlage nicht, denn eine Sacheinlage war gar nicht vereinbart und auch die formellen Voraussetzungen waren in aller Regel nicht eingehalten worden, insbesondere war kein Sachgründungsbericht erstellt worden. Die rechtliche Konsequenz daraus war, dass der Gesellschafter die Bareinlage voll an den Insolvenzverwalter zahlen musste und den „verkauften“ Gegenstand zwar theoretisch zurückfordern konnte, im Insolvenzfall auf diesen Rückforderungsanspruch aber nur die Insolvenzquote, also häufig fast nichts, ausgezahlt bekam⁸. Diese Konsequenz ergab sich sogar dann, wenn der Kaufgegenstand, also in obigem Beispielfall das Unternehmen, tatsächlich die 25.000 € wert war, für die er vom Gesellschafter angekauft worden war⁹. Auch im Falle einer Darlehensgewährung der GmbH an den Gesellschafter muss der Gesellschafter die Bareinlage noch einzahlen¹⁰.

Der Gesetzgeber diese Konstellation neu geregelt. In § 19 Abs. IV GmbHG wurde

⁸ Eine Aufrechnung beider Ansprüche durch den Gesellschafter ist nach § 19 Abs. II S. 2 GmbHG unzulässig.

⁹ Der BGH hatte diese Problematik bereits erkannt. Im Beschluss vom 04.03.1996, Az. II ZB 8/95, hat der BGH die Heilung einer verdeckten Sacheinlage zugelassen, in dem eine Satzungsänderung vorgenommen wird, die die verdeckte Sacheinlage als offene Sacheinlage ausweist. Daran anschließend hat der BGH am 07.07.2003, Az. II ZR 235/01, entschieden, dass der betroffene Gesellschafter unter Umständen die übrigen Gesellschafter sogar zwingen kann, an der Heilung mitzuwirken. Diese Möglichkeit hilft aber natürlich nur dem Gesellschafter, der die Gefahr rechtzeitig, vor einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschafter, erkennt.

¹⁰ Der BGH hat in seinem Urteil vom 02.12.2002 (oben Fn. 6) entschieden, dass der Gesellschafter, wenn er das vermeintliche Darlehen zurückzahlt, in Wirklichkeit auf seine Einlageverpflichtung zahlt. Die Gefahr, zweimal zahlen zu müssen, ergibt sich bei der Darlehensgewährung also nur dann, wenn das vermeintliche Darlehen einem mit dem Gesellschafter verbundenen Dritten gewährt wird und dieser Dritte zur Rückzahlung nicht in der Lage ist.

für den Fall der verdeckten Sacheinlage¹¹ bestimmt, dass der Wert des eingebrachten Gegenstandes auf die übernommene Bareinlage angerechnet wird. Das bedeutet konkret, dass der Gesellschafter bei einer verdeckten Sacheinlage nur noch dann etwas nachzahlen muss, wenn der Wert der eingebrachten Sache niedriger ist als der Betrag des Stammkapitals, der im Gegenzug an den Gesellschafter abgeflossen ist. Damit werden die verdeckte und die offene Sacheinlage rechtlich weitgehend gleichgestellt. Der Anspruch der Gesellschaft beschränkt sich in beiden Fällen darauf, dass der Gesellschafter die Differenz zwischen dem Betrag des übernommenen Stammkapitals und dem tatsächlichen Wert der an die Gesellschaft übertragenen Sache nachzahlen muss¹².

Das bedeutet aber nicht, dass die Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage im zukünftigen GmbH-Recht einfach ignoriert werden könnte. Auf der praktischen Ebene bleibt ein wesentlicher Unterschied zwischen offener und verdeckter Sacheinlage bestehen. Bei der offenen Sacheinlage wird der Wert der eingebrachten Sache bei der Einbringung durch den Sachgründungsbericht festgehalten. Bei der verdeckten Sacheinlage muss der Wert der eingebrachten Sache lange Zeit im Nachhinein festgestellt werden, möglicherweise zu einem Zeitpunkt, zu dem die ursprüngliche Sache gar nicht mehr vorhanden ist. Unklarheiten bei der Wertfeststellung gehen zu Lasten des Gesellschafters: kann der Wert der eingebrachten Sache bei der verdeckten Sacheinlage im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden, muss der betroffene Gesellschafter auch nach neuem Recht die Bareinlage voll einzahlen.

¹¹ Damit hat der Gesetzgeber zugleich erstmals eine gesetzliche Definition der verdeckten Sacheinlage geschaffen.

¹² Diese sog. Differenzhaftung ergibt sich für die offene Sacheinlage aus § 9 Abs. I GmbHG.

Für andere Fälle des Hin- und Herzählens und für das Cash-Pooling hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. V GmbHG geregelt, dass der Gesellschafter von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Einlage befreit wird, wenn der entstehende Rückzahlungsanspruch vollwertig und vor allem auch fällig ist. Das Darlehen muss also jederzeit zurückgeholt werden können¹³, und der Empfänger des Darlehens muss wirtschaftlich so solide sein, dass ein Ausfall nicht zu erwarten ist. Außerdem muss der Vorgang bei der Anmeldung der GmbH gegenüber dem Registergericht offen gelegt werden.

c) Formalitäten bei der Gründung

Mit der Novelle des GmbH-Gesetzes wird ein sog. Musterprotokoll eingeführt. Dieses Protokoll vereinigt alle bei der Gründung der GmbH erforderlichen Vorgänge in sich. Es enthält also neben der Satzung der GmbH auch die Bestellung des Geschäftsführers. Von dem Erfordernis der notariellen Beurkundung des Musters mochte sich der Gesetzgeber entgegen ursprünglichen Plänen aber doch nicht verabschieden. Der verbleibende Vorteil einer Verwendung des Musterprotokolls liegt dann darin, dass die bisher gesondert anfallende Notargebühr für die Bestellung des Geschäftsführers wegfällt und sich die Gesellschafter möglicherweise eine gesonderte Beratung über die Gestaltung der Satzung ersparen¹⁴.

¹³ Gesellschafter, die sich auf diese Regelung stützen wollen, müssen bedenken, dass die Voraussetzung der jederzeitigen Rückholbarkeit bei einem Darlehen, welches zu gesetzlichen Bedingungen gegeben wird, nicht erfüllt ist. Solche Darlehen sind nach 488 Abs. III S. 2 BGB erst nach Ablauf einer dreimonatigen Kündigungsfrist rückholbar. Eine Sondervereinbarung über die Laufzeit ist deshalb unverzichtbar.

¹⁴ Dies setzt allerdings voraus, dass die Frage fachkundig beantwortet worden ist, ob das Musterprotokoll für die konkret beabsichtigte Gesellschaft überhaupt geeignet ist. Dieses Musterprotokoll enthält nur das gesetzliche Minimum an Bestimmungen für eine Satzung. Eine nach dem Musterprotokoll gegründete Gesellschaft folgt daher in allen Dingen der gesetzlichen Regelung über die GmbH. Die Verwendung des

d) Entkoppelung von Genehmigungs- erfordernissen

Nach § 8 Abs. I Nr. 6 GmbHG a.F. musste bei der Anmeldung einer GmbH zum Register eine für den Unternehmensgegenstand erforderliche Genehmigung¹⁵ mit vorgelegt werden. Dieses Erfordernis hat der Gesetzgeber abgeschafft. Die GmbH kann bereits vor der Erteilung einer etwa erforderlichen Genehmigung eingetragen werden.

e) Die Bestellung eines Geschäftsführers

Dass die Gesellschafter bei der Gründung der GmbH einen Geschäftsführer bestellen müssen, ist natürlich nicht neu. Ebenfalls nicht neu ist, dass Personen von der Übernahme einer Geschäftsführertätigkeit ausgeschlossen sein können, wenn sie bestimmte Straftaten begangen haben. Neu ist aber, dass der Gesetzgeber die Ausschlussgründe erheblich erweitert hat. Bisher konnte nur derjenige nicht Geschäftsführer sein, dem die Ausübung des von der GmbH betriebenen bzw. beabsichtigten Gewerbes untersagt war oder der wegen einer Insolvenzstraftat der §§ 283 – 283d des Strafgesetzbuches verurteilt worden war. Nach der Neuregelung von § 6 Abs. II S. 2 GmbHG ist zukünftig auch derjenige ausgeschlossen, der z.B. wegen Insolvenzverschleppung oder wegen eines Betruges¹⁶ verurteilt worden ist. Der Kreis

Musterprotokolls ohne fachkundige Beratung kommt daher nur in wirklich einfachen Konstruktionen in Frage. Dies vorausahnend, hat der Gesetzgeber die Verwendung des Musterprotokolls für Gesellschaften mit mehr als drei Gesellschaftern von vornherein ausgeschlossen, weil er davon ausgegangen ist, dass bei Gesellschaften mit größerem Gesellschafterkreis eine besondere Beratung in jedem Fall unumgänglich ist.

¹⁵ Beispiel: die Gaststättenerlaubnis bei einer GmbH, deren Zweck der Betrieb einer Gaststätte sein sollte. Auch die Eintragung einer Handwerker-GmbH in die Handwerksrolle fiel unter diese Regelung.

¹⁶ Oder wegen einiger weiterer Wirtschaftsstraftaten, die hier aber nicht alle aufgezählt werden können.

untauglicher Geschäftsführer ist also erheblich erweitert worden. Neu ist auch, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftern, die grob fahrlässig oder vorsätzlich einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, eine Haftung für den Schaden auferlegt, denn dieser Geschäftsführer seine Obliegenheiten gegenüber der GmbH verletzt. Damit ist nicht nur der Fall gemeint, dass eine untaugliche Person zum Geschäftsführer bestellt wird, das Registergericht dies aber nicht bemerkt. Auch und gerade sollen mit dieser Neuregelung die faktischen Geschäftsführer erfasst werden, die zwar formell nicht zum Geschäftsführer bestellt werden, tatsächlich aber die Geschicke der GmbH leiten. Auch ein Betriebsleiter, der einzelne Führungsfunktionen in der GmbH übernimmt, könnte bereits unter diese Regelung fallen. Zu weit gehen würde es aber, jede leitende Funktion in der GmbH bereits als „Führung der Geschäfte“ anzusehen. Wo die Grenze zwischen einer einfach leitenden Tätigkeit und der „Führung der Geschäfte“ liegt, wird die Rechtsprechung konkretisieren müssen.

2. Kapitalerhaltung

An dem Grundprinzip der Kapitalerhaltung, dass das zur Abdeckung des satzungsmäßigen Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf, hat der Gesetzgeber nicht gerüttelt. Er hat sich aber an das durch allerlei Blüten der Rechtsprechung unüberschaubare Gebiet der Eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen herangewagt.

Die §§ 32a und 32b GmbH-Gesetz alte Fassung, die das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen enthalten haben, werden komplett gestrichen. Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte den Willen des Gesetzgebers, sich von dieser Rechtsfigur zu trennen, ernst nehmen und sich auch von den „Rechtsprechungsregeln“ zum

Eigenkapitalersatzrecht, die über die Gesetzeslage noch hinausgehen, trennen.

Eine Verbesserung für den Gesellschafter ist mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechtes aber nur scheinbar verbunden. Durch eine ebenfalls im MoMiG vorgenommene Novelle der Insolvenzordnung wurde die Rechtslage sogar noch verschärft. Hiernach ist jeder Gesellschafter, der mehr als 10 % der Anteile in der Gesellschaft hält, mit seinen Darlehensforderungen gegen die Gesellschaft immer nachrangiger Insolvenzgläubiger nach § 39 Abs. I Nr. 5 InsO¹⁷. Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechtes bedeutet also nicht etwa, dass z.B. die klassischen Gesellschafterdarlehen jetzt immer wie gewöhnliche Darlehen behandelt werden, sondern sie werden – abgesehen von Gesellschaftern mit Kleinstbeteiligungen – immer nachrangig, also (fast) wie Eigenkapital behandelt. Die Rechtsvereinfachung, die mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechtes unbestreitbar erreicht wurde, wird also mit einer erheblichen inhaltlichen Verschärfung erkaufte. Die Möglichkeit, seiner GmbH wie ein gewöhnlicher Drittgläubiger gegenüber treten zu können, zerschlägt sich zukünftig im Insolvenzverfahren. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens greift die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechtes dagegen durch. Dieser Fortschritt ist aber nur ein scheinbarer. In der Praxis sind die Eigenkapitalersatzregeln ohnehin fast nur im Insolvenzverfahren zur Anwendung gekommen. Man hätte diese Vorschriften auch als „Spielwiese für Insolvenzverwalter“ bezeichnen können.

¹⁷ Obwohl ich schon zahlreiche Insolvenzverfahren als Vertreter von Gläubigern oder auch des Insolvenzschuldners begleitet habe, ist mir nur ein einziger Fall bekannt, in dem auch auf die nachrangigen Insolvenzgläubiger noch eine Quote entfallen ist. Die Einordnung als nachrangiger Gläubiger kommt in aller Regel einem Totalverlust der Forderung gleich.

Eine echte Verbesserung hat der Gesetzgeber dagegen für den Spezialfall der Eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung vorgesehen. Dies ist eine besondere Blüte, die die Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz getrieben hat. Hiernach wurde die Überlassung eines Gegenstandes durch einen Gesellschafter¹⁸ oder ein mit diesem verbundenen Unternehmen¹⁹ in einer Krise der Gesellschaft wie Eigenkapital behandelt, das heißt, der Gesellschafter musste der Gesellschaft²⁰ weiterhin den Gegenstand zur Nutzung überlassen und durfte nicht einmal ein Entgelt dafür fordern. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber jetzt in § 135 Abs. III InsO eine zeitliche Begrenzung auf ein Jahr vorgesehen, der Gesellschafter kann den zur Nutzung überlassenen Gegenstand also jetzt nach einem Jahr zurückfordern²¹. Zudem muss der Insolvenzverwalter für die Nutzung ein angemessenes Entgelt zahlen.

3. Die „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“

Der Gesetzgeber hat mit der GmbH-Novelle eine Gesellschaftsform geschaffen, die bereits mit einem Euro Stammkapital wirksam gegründet werden kann und gleichwohl die Vorteile einer Kapitalgesellschaft bietet, insbesondere – wie es schon die Bezeichnung ausdrückt –

¹⁸ Gerade in der Land- und Forstwirtschaft kommen Nutzungsüberlassungen regelmäßig vor: Landwirte bringen ihre Betriebe in eine Gesellschaft ein, halten die bewirtschafteten Flächen aber zurück und gestatten der Gesellschaft nur deren Nutzung.

¹⁹ Praktisch z.B. im Falle der Betriebsaufspaltung, wo ein Besitzunternehmen das Anlagevermögen hält und dieses einem Betriebsunternehmen zur Nutzung überlässt. Werden hier beide Unternehmen – wie im Regelfall – von denselben Gesellschaftern beherrscht, kamen die Regelungen über die eigenkapitalersetzende

Nutzungsüberlassung ohne Weiteres zur Anwendung. Es nützte hier nichts, dass das Besitzunternehmen im Regelfall keine Anteile am Betriebsunternehmen hielt.

²⁰ Auch das bedeutete in der Praxis fast immer: dem Insolvenzverwalter.

²¹ Im Fachjargon: Aus der Insolvenzmasse aussondern.

die Haftungsbeschränkung. Technisch ist die „UG“ keine eigene Rechtsform, sondern ein Sonderfall der GmbH. Das Recht der GmbH ist deshalb auch auf die UG anwendbar, und der Übergang zur klassischen GmbH kann durch einfache Kapitalerhöhung bewirkt werden.

Im Vergleich zur klassischen GmbH ist die UG mit zwei Handicaps ausgestattet. Das eine davon ist die sperrige Firma, die zwingend das Wort „haftungsbeschränkt“, und zwar in ausgeschriebener Form²², enthalten muss. So könnte eine UG z.B. Müller & Sohn UG (haftungsbeschränkt) heißen, dagegen nicht Müller & Sohn UGH.

Das zweite Handicap liegt darin, dass die UG nach § 5a Abs. III GmbHG eine gesetzliche Rücklage bilden muss, in die jedes Jahr 25 % des erzielten Jahresüberschlusses eingestellt werden müssen. Diese Rücklage darf ausschließlich für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57c GmbHG oder für den Ausgleich eingetretener Verluste eingesetzt werden.

Dagegen wird der Gründer einer UG es sicherlich verschmerzen können, dass bei der UG das Stammkapital sofort eingezahlt werden muss²³ und keine Sacheinlagen zulässig sind, muss doch bei dieser Gesellschaft das gesetzliche Mindestkapital von 25.000 € nicht vorhanden sein.

Die Beschränkungen der UG enden, wenn durch eine Kapitalerhöhung das reguläre Stammkapital einer GmbH von 25.000 € erreicht wird. Dagegen reicht es nicht, wenn die gesetzliche Rücklage einen Wert von 25.000 € erreicht hat. In diesem Fall muss die Rücklage erst durch eine

²² § 5a Abs. I GmbHG lässt keine Abkürzung zu.

²³ Während bei der klassischen GmbH nach § 7 Abs. II S. 2 GmbHG die Einzahlung der Hälfte des Stammkapitals genügt; bei Gesellschaften, die ein höheres Stammkapital als 25.000 € haben, sogar noch weniger.

Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in Stammkapital umgewandelt werden.

4. Die Bedeutung des Sitzes und der Geschäftsadresse

§ 3 Abs. I Nr. 1 GmbHG verlangt, dass in der Satzung der GmbH ein Sitz der Gesellschaft festgelegt werden muss. Daran ändert sich auch nichts. Beseitigt wird aber die in § 4a Abs. II GmbH a.F. enthaltene Verpflichtung, als Sitz einen Ort zu wählen, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder an dem die Verwaltung der Gesellschaft geführt wird. Zukünftig sind Gesellschaften mbH in der Wahl ihres Sitzes weitgehend frei, die tatsächliche Erreichbarkeit der GmbH, die der Gesetzgeber durch den alten § 4a Abs. II GmbHG sichern wollte, wird zukünftig durch die notwendige Angabe einer inländischen Geschäftsadresse sichergestellt. Geblieben ist nur die Einschränkung, dass die GmbH ihren Sitz im Inland haben muss. Die bisherige Diskussion zu der Frage, ob ein Gesellschaftsvertrag nichtig ist, wenn die GmbH an ihrem Sitz tatsächlich nicht präsent ist²⁴, hat sich damit erledigt.

Die Gesetzesänderung ermöglicht nicht nur die weitgehend freie Sitzwahl, sondern auch den „Export“ der GmbH ins Ausland. Nach der bisherigen Gesetzeslage wurde eine GmbH bei einer Verlegung ins Ausland gleichsam an der Grenze erschlagen. Da nach § 4a Abs. II a.F. GmbHG der Sitz der GmbH zwingend dort sein musste, wo die GmbH einen Betrieb oder ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hatte, konnte die GmbH nach einer Verlegung ihres Betriebes und ihrer Verwaltung ins Ausland keinen zulässigen Sitz in Deutschland mehr haben und musste deshalb aufgelöst werden. Der Unternehmer, der beispielsweise seine Betriebsstätte aus Flensburg wenige Kilometer nach Norden auf dänisches Hoheitsgebiet verlegt, musste nach

bisherigem Recht seine GmbH auflösen und eine Gesellschaft dänischer Rechtsform neu gründen. Nach neuem Recht kann der Unternehmer seine GmbH dagegen mitnehmen. Er behält einen inländischen Briefkasten als Geschäftsadresse und Sitz bei und zieht mit der Produktion über die Grenze²⁵.

Neu eingeführt wird die Anforderung, bei der Anmeldung der GmbH eine inländische Geschäftsadresse anzugeben²⁶. Die Geschäftsadresse wird nach § 10 Abs. I GmbHG in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht. Damit soll die Erreichbarkeit der GmbH nach der Aufhebung von § 4a Abs. II GmbHG nach wie vor sichergestellt werden. Die Bedeutung dieser Vorschrift erschließt sich erst, wenn man zugleich die Zustellvorschriften in den Blick nimmt. Die Zustellung eines Schriftstückes an eine GmbH kann nach § 170 Abs. I ZPO nur durch Zustellung an den Geschäftsführer bewirkt werden, da die GmbH als solche nicht handlungsfähig ist. Die Zustellung an eine GmbH ist daher unmöglich, wenn diese keinen Geschäftsführer hat. Das gleiche gilt, wenn zwar ein Geschäftsführer bestellt, aber nicht erreichbar ist, und auch kein Geschäftslokal der GmbH existiert. Die Neuregelung erleichtert die Zustellung an eine GmbH in zwei Schritten. Zum einen wird in § 35 Abs. I S. 2 GmbHG geregelt, dass eine GmbH, die keinen Geschäftsführer hat²⁷, bei der Zustellung durch ihre Gesellschafter vertreten wird. Nach § 35 Abs. II S. 2 GmbHG genügt es, wenn an einen von mehreren Gesellschaftern zugestellt wird. Dadurch wird sichergestellt, dass überhaupt ein nach § 170 Abs. I ZPO tauglicher Zustellungsadressat vorhanden ist.

²⁴ Dazu z.B. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage 2004, § 4a Rdnr. 24f.

²⁵ Das „Auswandern“ einer GmbH funktioniert natürlich nur, wenn der ausländische Zielstaat die GmbH auch als rechtsfähiges Gebilde anerkennt. Bei Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ist dies gewährleistet, außerhalb davon dagegen nicht.

²⁶ § 8 Abs. IV Nr. 1 GmbHG

²⁷ Der Gesetzgeber hat dafür den neuen Gesetzesbegriff der „Führungslosigkeit“ eingeführt.

Zum zweiten wird ein neuer § 15a HGB eingeführt, der beinhaltet, dass umstandslos zur öffentlichen Zustellung übergegangen werden kann, wenn die Gesellschaft unter ihrer angegebenen Geschäftsadresse nicht erreichbar ist und auch sonst keine zustellfähige Anschrift bekannt ist. Die Zustellung erfolgt dann durch Aushang des Schriftstückes im Gerichtskasten sowie durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger. Die wesentliche Erleichterung im Vergleich zum allgemeinen Zustellungsrecht liegt hier darin, dass nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut des § 15a S. 1 HGB²⁸ von demjenigen, der die Zustellung an die GmbH begehrt, keine weiteren Ermittlungen angestellt werden müssen. Wenn also die Zustellung an der angegebenen Geschäftsanschrift scheitert, kann sofort und ohne weitere Prüfung die öffentliche Zustellung durchgeführt werden kann. Im allgemeinen Zustellungsrecht wird dagegen von demjenigen, der eine öffentliche Zustellung begehrt, verlangt, dass er alle bestehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, den Aufenthalt des Zustellungsempfängers ausfindig zu machen²⁹. § 185 Nr. 1 ZPO verlangt, dass der Aufenthalt des Zustellungsempfängers unbekannt ist.

Die Gefahr dieses Verfahrens für die GmbH liegt darin, dass auf diese Weise Zustellungen bewirkt und Fristen in Lauf gesetzt werden können, ohne dass die Geschäftsführung der GmbH davon etwas erfährt, denn welcher Geschäftsführer liest

²⁸ Entsprechend der Thematik dieses Aufsatzes werden hier nur die Folgen für die GmbH dargestellt; diese Neuregelung gilt aber, weil sie im HGB eingefügt wurde, für alle Gesellschaften, die eine inländische Geschäftsadresse angeben müssen. Diese Anforderung wird auch auf Aktiengesellschaften eingeführt.

²⁹ § 185 Nr. 1 ZPO verlangt, dass der Aufenthalt des Zustellungsempfängers unbekannt ist. Unbekannt ist er nicht schon dann, wenn derjenige, der die Zustellung beantragt, den Aufenthalt aktuell nicht weiß, sondern erst dann, wenn er auch mit zumutbaren Anstrengungen nicht ermittelt werden kann.

schon regelmäßig den Bundesanzeiger oder betrachtet die Aushänge im Gerichtsschaukasten? Allein die Tatsache, dass der Geschäftsführer vergessen hat, einen Umzug des Geschäftslokals beim Handelsregister anzumelden, führt dann dazu, dass z.B. gegen die GmbH ein Versäumnisurteil ergehen könnte und dieses dann auch noch rechtskräftig wird, weil der Geschäftsführer der GmbH weder die Klage zu sehen bekommt noch das anschließende Versäumnisurteil. Die einzige Ausnahme von dieser sehr scharfen Vorgehensweise ist für den Fall vorgesehen, dass derjenige, der die Zustellung veranlasst, positiv weiß, wo sich die wahre Geschäftsanschrift der GmbH befindet. Dieses neue Zustellungsrecht ist sicherlich ein probates Mittel, um sog. Firmenbestattern ihr Geschäft zu erschweren, kann aber auch im Falle funktionierender GmbHen bei einem schlichten Vergessen des Geschäftsführers zu harschen Konsequenzen führen. Zukünftig wird man deshalb immer dann, wenn die Geschäftsadresse der GmbH verlegt werden soll, auf rechtzeitige Information des Handelsregisters zu achten haben. Dabei reicht es aber nicht, wenn das Handelsregister formlos informiert wird. Die inländische Geschäftsanschrift ist Bestandteil der Registeranmeldung nach § 8 GmbHG. Die Anmeldung muss deshalb von dem Geschäftsführer in notariell beglaubigter Form beim Registergericht vorgelegt werden³⁰.

5. Veräußerung von Geschäftsanteilen

Wie bereits oben dargestellt, können die Geschäftsanteile nun beinahe beliebig gestückelt werden, sie müssen nur noch auf volle Euro lauten.

³⁰ Für bereits eingetragene Gesellschaften wird nach § 3 GmbHG eine dem Registergericht bekannte Geschäftsanschrift kostenfrei eingetragen; die Formalitäten einer notariell beglaubigten Anmeldung der Geschäftsanschrift müssen daher von Altgesellschaften erst bei ihrem ersten Umzug absolviert werden.

Zusätzlich hat der Gesetzgeber in diesem Rahmen eine der wesentlichsten Neuregelungen der Reform vorgesehen: den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Schon bisher waren GmbHen verpflichtet, eine Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen. Dieser Liste kam aber bisher kaum Bedeutung zu. Dies wird sich in Zukunft ändern. Der Gesetzgeber knüpft an die Gesellschafterliste in § 16 Abs. III GmbHG die Vermutung, dass derjenige, der darin als Gesellschafter aufgeführt ist, auch tatsächlich Gesellschafter der GmbH ist. Die Folge dieser Vermutung ist, dass derjenige, der einen Geschäftsanteil einer GmbH von einer Person abgetreten bekommt, die nicht Gesellschafter, aber in der Gesellschafterliste eingetragen ist, wirksam einen Geschäftsanteil erwirbt. Die notwendige Folge ist, dass der wahre Inhaber des Geschäftsanteils diesen an den Erwerber verliert. Zum Schutz des wahren Inhabers des Geschäftsanteiles hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass der gutgläubige Erwerb des Geschäftsanteils nicht möglich ist, wenn die Eintragung des Gesellschafters in der Gesellschafterliste seit höchstens 3 Jahren falsch ist und dieser Fehler dem betroffenen Gesellschafter auch nicht zurechenbar ist. Hinter diesen Einschränkungen steht die Erwägung, dass die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. I GmbHG nur vom Geschäftsführer erstellt und verantwortet wird³¹, vom Gericht aber nicht geprüft wird. Deswegen kann sie nicht in gleichem Maße verlässlich sein wie z.B. das Grundbuch. Der Gedanke ist sicher richtig, ist aber mit dem Nachteil verbunden, dass der Kauf eines Geschäftsanteils nach wie vor mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist. Insbesondere wird der potentielle Übernehmer des Anteils kaum die

Möglichkeit haben zu prüfen, wie lange die Gesellschafterliste schon falsch ist. Die Praxis wird daher gut daran tun, sich bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen nach wie vor nicht auf die Gesellschafterliste zu verlassen, sondern sich wie bisher vom übertragenden Gesellschafter die Inhaberschaft an dessen Anteil nachweisen zu lassen. Ob mit diesem gesetzlichen Kompromiss zwischen dem Interesse an Rechtssicherheit und dem Interesse des zu Unrecht nicht eingetragenen Gesellschafters am Erhalt seines Anteils für die Rechtspraxis wirklich etwas gewonnen ist, mag man bezweifeln können. Allenfalls mag die Änderung dazu führen, dass die Geschäftsführer zukünftig stärker auf die Richtigkeit der Gesellschafterlisten achten werden, wodurch diese rein praktisch dann verlässlicher werden.

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist im deutschen Zivilrecht durchaus kein unbekannter Vorgang, aber im Recht der GmbH ist er völlig neu. Schon bisher war es z.B. möglich, ein Grundstück von einer im Grundbucheingetragenen Person zu erwerben, auch wenn diese Person in Wirklichkeit nicht Eigentümer, das Grundbuch also falsch ist.

An die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils knüpfen sich eine Reihe von Folgefragen. Die wichtigste ist diejenige, wie der wahre Inhaber eines Geschäftsanteils sich davor schützen kann, diesen Anteil durch Verfügung eines Schein-Gesellschafters zu verlieren. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit selbst bedacht und in § 16 Abs. III S. 3 GmbHG vorgesehen, dass ein Widerspruch des wahren Berechtigten zur Gesellschafterliste hinzugefügt werden kann. Ohne weiteres wird dieser Widerspruch aber nur dann der Gesellschafterliste beigeheftet, wenn der – möglicherweise – zu Unrecht eingetragene Gesellschafter die Beiheftung des Widerspruchs bewilligt. Diese Bewilligung

³¹ In § 40 Abs. II GmbHG werden allerdings auch Notare verpflichtet, die Gesellschafterliste zu aktualisieren, wenn sie an einer Veränderung des Gesellschafterkreises mitgewirkt haben. Die Verpflichtung der Notare ist gegenüber § 40 Abs. I S. 2 GmbHG, wo sie nur für den Fall der Beurkundung einer Abtretung des GmbH-Anteils vorgesehen war deutlich erweitert worden.

wird in den hier in Frage kommenden Fällen, in denen die Gesellschafterstellung streitig ist, nur selten freiwillig zu bekommen sein. In allen übrigen Fällen bleibt der wahre Berechtigte des Geschäftsanteiles darauf verwiesen, seinen Widerspruch im Wege einer einstweiligen Verfügung in das Handelsregister zu bringen. Auch diesen Fall hat der Gesetzgeber bedacht und in § 16 Abs. III S. 5 geregelt, dass für diese einstweilige Verfügung nicht glaubhaft gemacht werden muss, dass das Recht desjenigen, der der Gesellschafterliste widersprechen müsste, gefährdet ist. Das bedeutet, der wahre Berechtigte des Geschäftsanteiles muss nur glaubhaft machen, dass ihm der streitige Geschäftsanteil zusteht und nicht demjenigen, der fälschlicherweise in der Gesellschafterliste steht. Dagegen muss nicht noch eigens glaubhaft gemacht werden, dass eine Veräußerung des Anteils an einen gutgläubigen Dritten konkret beabsichtigt ist. Die Gefahr für den Widersprechenden ergibt sich bereits daraus, dass eine falsche Person in der Gesellschafterliste steht und deshalb jederzeit die Gefahr besteht, dass diese Person über den Geschäftsanteil wirksam verfügen kann. In Zukunft muss deshalb in allen Fällen, in denen die Inhaberschaft eines Geschäftsanteils streitig ist, daran gedacht werden, einen Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen oder diesen Widerspruch notfalls per einstweiliger Verfügung durchzusetzen. Die ganze Regelung ist sehr stark an das Grundbuchrecht angelehnt. Auch dort kann derjenige, der mit dem Inhalt des Grundbuches nicht einverstanden ist, mit Bewilligung des eingetragenen Rechtsinhabers einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen oder diese Eintragung mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung erzwingen³².

³² Ob es wirklich überzeugend ist, der Einschätzung des Geschäftsführers, wer Gesellschafter sei, so starke Bedeutung beizumessen, dass diese Einschätzung erst durch die Entscheidung eines

Sollte es tatsächlich zu einem gutgläubigen Erwerb eines Anteils kommen, haftet der Geschäftsführer nach § 40 Abs. III GmbHG auch gegenüber dem wahren Gesellschafter für den Schaden, den dieser durch den Verlust seines Anteils erleidet. Eine Haftung des Geschäftsführers für Fehler in der Gesellschafterliste gab es auch bisher, aber diese galt nur gegenüber Gläubigern der Gesellschaft.

6. Die GmbH in der Krise

In diesem Bereich hat der Gesetzgeber wenige inhaltliche Neuheiten geschaffen. Neben einer Vielzahl kleinerer Änderungen besteht die Reform vor allem darin, dass Regelungen aus dem GmbH-Gesetz in die Insolvenzordnung verlagert werden.

Die bisher im GmbH-Gesetz enthaltene Pflicht des Geschäftsführers, bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH Insolvenz anzumelden, wird aus dem GmbH-Gesetz gestrichen und neu in § 15a Insolvenzordnung geregelt. Dabei wird sie zugleich abstrakter gefasst und gilt jetzt nicht mehr nur für bestimmte Gesellschaftsformen, sondern generell für alle Gesellschaften, die juristische Personen sind. Damit ist die Regelung nicht nur – systematisch auch richtig – dem Insolvenzrecht zugeordnet, mit der Neuregelung ist zugleich das Problem gelöst, dass die bisherige Regelung, die speziell Gesellschaften bestimmter Rechtsform erfasste, auf Kapitalgesellschaften ausländischer Rechtsform nicht ohne weiteres angewendet werden konnte³³.

Neu ist auch, dass die Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs.

Gerichts überwunden werden muss, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

³³ Das wurde insbesondere im Fall der häufig kapitalschwachen Limited als misslich empfunden, über die man gelegentlich den Kommentar hört, „die Kindersterblichkeit dieser Gesellschaftsform sei erschreckend“.

III InsO für den Fall einer „führerlosen“ GmbH auch die Gesellschafter trifft³⁴. Bisher galt die Antragspflicht ausschließlich für den oder die Geschäftsführer. Die Insolvenzordnung definiert in § 10 Abs. II S. 3 die führerlose Gesellschaft als Gesellschaft, die keinen gesetzlichen Vertreter hat³⁵. Die gesetzliche Formulierung wird man so verstehen müssen, dass sie nur für Gesellschaften gilt, die keinen bestellten Geschäftsführer haben, nicht dagegen für Gesellschaften, die zwar einen Geschäftsführer haben, dieser aber nicht handlungsfähig ist³⁶. Für die sog. Firmenbestattungen, die der Gesetzgeber bekämpfen will, bleibt damit sein Schlupfloch offen.

³⁴ Entsprechendes gilt bei einer AG oder Genossenschaft ohne amtierenden Vorstand für den Aufsichtsrat.

³⁵ Insoweit deckungsgleich mit § 35 Abs. I S. 2 GmbHG.

³⁶ Weil er z.B. „unbekannt verzogen“ ist.