

Stellungnahme zur GmbH-Reform vom 26. September 2003

Gerne nimmt der Deutsche Notarverein die Gelegenheit wahr, sich zum Bezugsschreiben mit ersten Überlegungen zu äußern.

Der berühmte Richter am Supreme Court der Vereinigten Staaten Justice **Louis D. Brandeis** bemerkte einmal¹: „*Sunshine is the best disinfectant, electric light the best policeman*“. Diese eher auf das Kapitalmarktrecht gemünzte Bemerkung bringt jedoch auch für den Bereich des Gesellschaftsrechts auf den Punkt, welche Art Regelung am effektivsten dem Schutz des Rechtsverkehrs dient.

Die Ursachen der von der Justizministerkonferenz angeführten Fehlentwicklungen des GmbH-Rechts sehen wir u.a. darin, dass das GmbH-Recht in der Praxis dem Außenstehenden, ja zum Teil auch dem Gesellschafter selbst, auf folgende Fragen keine befriedigende Antwort gibt:

- (1) Wo ist die Gesellschaft ?
- (2) Wem gehört die Gesellschaft ?
- (3) Wer finanziert die Gesellschaft zu welchen Bedingungen ?

Frage 1 ist schon im Bezugsschreiben angesprochen. Hierunter fallen u.a. die diversen Möglichkeiten, Zustellungen an die Gesellschaft zu vereiteln.

Die Fragen 2 und 3 betreffen die Möglichkeiten, die Besitzverhältnisse an der Gesellschaft und die tatsächliche Machtverteilung im Innenverhältnis nach außen hin zu verbergen. Diese „Schlupflöcher“ schaffen erst die Voraussetzungen für die Verschleierung von Vermögensverschiebungen bis hin zum „existenzgefährdenden Eingriff“ im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des BGH.

Die hier vorgeschlagenen Lösungen konzentrieren sich darauf, in die GmbH-Praxis mehr „*sunshine*“ zu bringen, d.h. durch präventive Maßnahmen teils im materiellen GmbH-Recht, teils im Verfahrensrecht mehr Transparenz zu bewirken und so Missbräuche der juristischen Person zu bekämpfen. Entsprechend dem deutschen Rechtssystem setzen wir Notare primär auf Prävention und erst nachrangig auf Repression.

Bevor Lösungen der in Frageform genannten Probleme vorgeschlagen werden (nachfolgend 2. ff.), sind Überlegungen zu der Frage angebracht, ob eine derartige Reformdiskussion jetzt, nach

¹ *Brandeis, Other People's Money and How Bankers Use It*, 1914, S. 92.

der Entscheidung „Überseering“ des EuGH², überhaupt noch sinnvoll ist. Hat diese Diskussion nicht Bezüge zu Konstantinopel 1453, als während des Ansturms der osmanischen Heere die Theologen in der Hagia Sophia noch darüber debattiert haben sollen, wie viele Engel wohl auf der Spitze einer Nadel tanzen könnten? Auf diese Frage soll vorab unter 1. eingegangen werden.

1. Kollisionsrechtliche Schranken

„Überseering“ zwingt nach unserer Auffassung den Gesetzgeber, über die Schaffung eines für alle juristischen Personen einheitlichen (das heißt nicht diskriminierenden) Mindeststandards zum Schutz des Rechtsverkehrs vor Missbräuchen nachzudenken. Jede Kapitalgesellschaft, deren Verwaltung in Deutschland geführt wird, sollte sich diesem Mindeststandard unterwerfen müssen. Die Frage nach der Schaffung eines solchen Standards für Personengesellschaften wird hier noch ausgeklammert.

Der zu schaffende Mindeststandard liegt in den Antworten des Gesetzgebers und der Handelsregister auf die drei o.g. Fragen.

Ort einer solchen Regelung wäre nicht so sehr das GmbHG als vielmehr ein Allgemeiner Teil eines Gesetzes über die Kapitalgesellschaften, das als Kodifikation das GmbHG, das AktG, die gesellschaftsrechtlichen Teile des VAG, das SEEG und das UmwG in einem „Code des Sociétés“ nach französischem Vorbild zusammenfassen könnte, wenn nicht gar die Rückführung des gesamten Handelsgesellschaftsrechts in das HGB gelänge. Der Allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts wäre auch für im Ausland gegründete Gesellschaften anwendbar, die ihre tatsächliche Verwaltung (und damit ihren Sitz) in das Inland verlegen. Das Gesellschaftsrecht der Republik Irland und des Vereinigten Königreichs sind, konsequent von der Gründungstheorie ausgehend, diesen Weg eines Einheitsgesetzes mit wenigen Sonderregeln für „zugezogene“ Gesellschaften bereits gegangen³.

Welche ausländischen Gesellschaften hiervon betroffen sind, ließe sich am besten über eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Justiz regeln, in der z.B. entschieden werden könnte, ob eine US-amerikanische LLC oder S-Corporation oder eine französische GIE als Personengesellschaft oder als Kapitalgesellschaft anzusehen ist, vergleichbar dem Betriebsstät-

² *EuGH* GmbHHRdsch 2002, 1137 = AG 2003, 37; im Anschluss hieran *BGH* GmbHHRdsch 2003, 527 (Entscheidung im Ausgangsverfahren) sowie *BFH* GmbHHRdsch 2003, 722; *LG Frankenthal*, GmbHHRdsch 2003, 300 und *OLG Zweibrücken*, GmbHHRdsch 2003, 530 (als Beschwerdeinstanz); zur Grundbuchfähigkeit *BayObLG* GmbHHRdsch 2003, 299.

³ Siehe etwa Part XXII Secs. 675 sqq. und Part. XXIII des britischen Companies Act 1985.

tenerlass⁴ des Steuerrechts⁵. Für die Eintragung dieser Gesellschaften würde letztlich nichts anderes gelten als für die Eintragung inländischer Zweigniederlassungen solcher Gesellschaften – insoweit ist das Verfahren bereits bekannt und eingespielt.

Materiell sollten für im Ausland gegründete Kapitalgesellschaften, deren Verwaltung in Deutschland geführt wird, diejenigen Regelungen für im Inland gegründete Kapitalgesellschaften gelten, die Schutzwirkung für oder Reflexwirkung auf Dritte entfalten. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um folgende Fragenkreise:

- Kapitalaufbringung und –erhaltung (Kapitalschutz bei Sitzverlegung in das Inland, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen);
- drittenschutzrelevante Teile des *corporate finance* (z.B. kapitalersetzende Darlehen und Einlagen);
- Vertretungsmacht und Außenhaftung der Vertretungsorgane⁶;
- Publizität der Gesellschaft;
- Außenhaftung der Gesellschafter;
- Recht der Unternehmensumwandlung;
- Inhalt der Handelsregisterpublizität und Folgen der Nichterfüllung dieser Pflichten.

Die Zulässigkeit solcher Regelungen steht mit der Rechtssache „*Inspire Art*“⁷ derzeit auf dem Prüfstand des EuGH. Zu entscheiden ist über die Vereinbarkeit kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfungen bestimmter Einzelfragen im niederländischen Recht, also einem Staat, der an sich der Gründungstheorie folgt, aber dennoch Sondergesetze für in die Niederlande „zugezogene“ Gesellschaften kennt. Nimmt man den bereits veröffentlichten Vortrag des Generalanwalts beim EuGH und die in den Entscheidungen zu den „*Goldenen Aktien*“⁸ zu Tage getretene Auffassung des Gerichtshofs zusammen, so ist damit zu rechnen, dass der EuGH derartige Sonderanknüpfungen allenfalls dann gelten lassen wird, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter haben und durch Bedürfnisse des Gemeinwohls gerechtfertigt sind. Der hier vorgeschlagene „Allgemeine Teil“ des Gesellschaftsrechts mit für alle Kapitalgesellschaften geltenden Regelun-

⁴ Tabelle 1 zum BMFS vom 24.12.1999, BStBl I, 1076 in der Fassung des BMFS vom 20.11.2000 (abgedruckt in der Sammlung Steuererlasse unter Nr. 800 § 12/1).

⁵ Vgl. auch in Frankreich Art. 15 al. A No. 2 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 in Verbindung mit dem annexe (Décret No. 92-521 du 16 juin 1992).

⁶ Damit verbunden wäre zugleich die Möglichkeit einer zugezogenen Gesellschaft, entsprechend §§ 49 ff. HGB Prokuristen zu bestellen.

⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Albers*, DB 2003, 377 ff.

⁸ Hierzu u.a. *EuGH*, AG 2002, 557 ff; *EuGH* NJW 2002, 2306 ff.; *EuGH*, ZIP 2003, 991 = NJW 2003, 2663 und ZIP 2003, 995 = NJW 2003, 2666.

gen würde sich in dieser Beziehung deutlich von der nur für „zugezogene“ Gesellschaften geltenden niederländischen Regelung unterscheiden, die in der Rechtssache „Inspire Art“ derzeit auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs steht.

Dem Gründungsrecht (also dem Recht des jeweiligen Herkunftslandes) würden dann insbesondere folgende Fragenkreise unterliegen:

- Wirksamkeit der Gründung,
- internes Verfahren der Willensbildung bei Vertrags- und Satzungsänderungen (unbeschadet der Publizitätspflicht bei Kapitalgesellschaften),
- Anfechtung und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen,
- Binnenstruktur der Organe („Corporate Governance“),
- Informationsrechte der Gesellschafter.
- Materielles Recht der Verfügungen über die Beteiligung.

Im Interesse des Schutzes und der Sicherheit des Rechtsverkehrs und der reibungslosen Registereintragung mit möglichst wenig Aufwand für den Justizapparat⁹ beanspruchen aber die Formvorschriften der §§ 2, 53, 55 GmbHG Geltung auch für der GmbH vergleichbare „zugezogene“ Kapitalgesellschaften.

Das bedeutet, dass der Beschluss über eine Satzungsänderung unbeschadet der Vorschriften des Gründungsrechts über ihr Zustandekommen der Beurkundungsform bedarf. Analog § 55 GmbHG bedarf die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung der notariellen Beglaubigung. Der Beurkundungsform bedürfen aus den nachstehend auszuführenden Gründen auch Verfügungen über die Beteiligung (Übertragung und Belastung von Anteilen an der Gesellschaft).

Aber auch im Rahmen des Zuzugs selbst bedarf es einer „Feinabstimmung“ der Gesellschaft auf Besonderheiten des Rechts am neuen Sitz und einer Aufbereitung der in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen, die sich am besten¹⁰ am Modell des Formwechsels nach dem Umwandlungsgesetz orientieren sollte (beurkundeter Beschluss über Sitzverlegung mit der erforderlichen „Feinabstimmung“)¹¹.

⁹ Im Vordergrund stehen hier die Formzwecke der Beweisfunktion, Warnfunktion und der Gerichtsentlastung durch Vorschaltung des Notars als Prüfungsinstanz, die angesichts der komplexen Vorfragen des internationalen Gesellschaftsrechts hier besonders sinnvoll erscheint.

¹⁰ Siehe hierzu auch den Entwurf einer 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff. und ZGR 1999, 157 ff.

¹¹ Zur Frage der Kapitalaufbringungskontrolle siehe weiter unten 4.

Derartige Regelungen bieten um so weniger Angriffsflächen, wenn sie inländische wie ausländische Kapitalgesellschaften in gleicher Weise treffen. Im Rahmen der Regelungen eines „Allgemeinen Teils“ des Gesellschaftsrechts könnte auch klargestellt werden, dass diese – zumindest für eine Übergangszeit - kumulativ neben Vorschriften des ausländischen Gründungsrechts zum Schutz von Gläubigern treten, also die Begründung eines „Günstigkeitsprinzips“ drittschützender Vorschriften.

Denkbar ist allerdings auch, dass der EuGH sich eher an der US-amerikanischen Rechtsauffassung¹² zur Reichweite der sog. „*commerce clause*“ in der US-Bundesverfassung¹³ im Gesellschaftsrecht orientieren könnte und die Grenzen mitgliedstaatlicher kollisionsrechtlicher Sonderanknüpfung sehr viel enger zieht. Dann wären die hier aufgeworfenen Fragen allerdings neu zu durchdenken.

Die eingangs gestellte Frage, ob die Diskussion über eine Reform des GmbH-Rechts nach „*Überseering*“ überhaupt noch sinnvoll ist, wäre daher eher dahin gehend zu stellen, ob ein Handeln des nationalen Gesetzgebers vor einer Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache „*Inspire Art*“ nicht etwa verfrüht ist.

2. Wo ist die Gesellschaft?

a) Bestandsaufnahme

Nach geltendem Recht wird als Sitz einer Gesellschaft eine Gemeinde in das Handelsregister eingetragen. Sitz ist die jeweilige politische Gemeinde. Nach § 23 HRV ist zugleich die Geschäftsanschrift anzugeben, welche über die Handelsregisterakten für Dritte ersichtlich ist. Im elektronischen Handelsregister nach dem System „REGISTAR“ kann die Geschäftsanschrift (allerdings ohne Gewähr) auch online abgefragt werden, was für die Praxis sehr hilfreich ist.

Das Erfordernis der Angabe eines Sitzes in Satzung und Handelsregister hat – dies ist durch die Änderung des AktG und des GmbHG (§§ 5 Abs. 2 AktG, 4a Abs. 2 GmbHG) im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 deutlich geworden – auch Bezüge zum Verfahrensrecht. Der Sitz gemäß Handelsregister liefert nach geltendem Recht zumindest wesentliche Anhaltspunkte¹⁴ für den Ort der Hauptverwaltung und damit für den Ort, an dem Zustellungen an

¹² Zur Gültigkeit von Bestimmungen in Statutes einzelner Bundesstaaten für Gesellschaften, die in anderen Staaten inkorporiert sind, siehe *Pinto/Branson*, *Understanding Corporate Law*, 1999, § 1.08 (S. 14): „*Some states have attempted to apply some of their internal affairs law to corporations incorporated in other states. This practice is infrequent and its validity remains unclear.*“

¹³ Constitution of the United States Article I Sec. 8 (3): „*The Congress shall have PowerTo regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States ...*“

¹⁴ Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNr. 3.

die Gesellschaft bewirkt werden können und an dem die Gesellschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, §§ 17, 21 ZPO, Art. 22 Nr. 2 und Nr. 3 EuGVO.

Bei der Begründung und Verlegung des Sitzes stellt das Registergericht daher nach § 12 FGG Ermittlungen darüber an, ob sich an diesem Ort die tatsächliche Geschäftsleitung befindet. Die Praxis insoweit ist uneinheitlich. Zum Teil können sich die Registergerichte noch auf die Ermittlungsarbeit der Industrie- und Handelskammern stützen. Diese bauen allerdings den Umfang ihrer gutachterlichen Tätigkeit für die Handelsregister immer weiter ab (mit durchaus positiven Auswirkungen auf die Vollzugszeiten).

Hinzu kommt, dass Unternehmen in Deutschland einer Unzahl unkoordinierter Meldepflichten gegenüber Verwaltungs-, Steuer- und Sozialversicherungsbehörden unterliegen, mit dem Ergebnis enormer Datenbestände, die vorgeblich aus Gründen des Datenschutzes, möglicherweise aber auch aus kompetenzwahrungsorientiertem Besitzstandsdenken eifersüchtig gehütet werden. Eine effiziente Nutzung dieses Bestandes zur Bekämpfung missbräuchlicher Verwendung von Gesellschaftsformen ist so nicht möglich. Zeitraubende, aber wenig sinnstiftende Pflichten nach diversen Statistikgesetzen kommen hinzu.

In der Praxis kann man dennoch selbst eine überdurchschnittliche Kontrolle der tatsächlichen Sitzbegründung durch das Registergericht dadurch umgehen, dass die postalische Erreichbarkeit unter der angegebenen Anschrift durch einen Nachsendeantrag sichergestellt wird. Da keine periodische Überprüfung der postalischen Erreichbarkeit stattfindet, können Zustellungen an die GmbH danach auch durch faktischen Wegzug ohne Sitzverlegung ohne Weiteres vereitelt werden.

Des Weiteren gibt § 4a GmbHG den Gleichlauf zwischen statutarischem Sitz und Ort einer Betriebsstätte nur als „Soll-Vorschrift“ vor. Allerdings hat diese Öffnungsklausel keine große praktische Bedeutung¹⁵.

Beides, der fehlende Gleichlauf zwischen Sitz und Ort der Geschäftsleitung und die aufgezeigten Vollzugsdefizite sind eine der Ursachen für die im Bezugsschreiben aufgezeigten Missstände.

¹⁵ Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNr. 10.

b) Lösungen

Mehrere kombinierte Maßnahmen bieten sich hier als Lösung an:

aa) Geschäftsanschrift im Handelsregister

Zum ersten sollte neben dem statutarischen Sitz der Gesellschaft oder an Stelle desselben die Geschäftsanschrift der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden. Dies entspricht der Handhabung in unseren Nachbarländern (vgl. das österreichische Firmenbuch sowie die Handelsregister in den Niederlanden, in Frankreich¹⁶, in Schweden, in der Schweiz und die Daten des *Companies' House* im Vereinigten Königreich¹⁷ bzw. des *Companies Registration Office* in der Republik Irland¹⁸).

Auch die Änderung der Anschrift, nicht nur die Änderung des statutarischen Sitzes¹⁹ sollte anmeldepflichtig und mit den entsprechenden Mitteln erzwingbar sein. Das Ausland ist, wie der drakonische Strafkatalog in Sec. 730 i.V.m. Schedule 24 des britischen *Companies Act 1985* zeigt, hier nicht gerade zimperlich²⁰. Ohnedies erscheint es wenig einleuchtend, warum der Umzug einer Gesellschaft von Berlin-Zehlendorf nach Kleinmachnow eine Satzungsänderung nach sich zieht, während beim Umzug in den unübersichtlichen Großstadtdschungel der Stadtteile Wedding oder Prenzlauer Berg gar nichts zu veranlassen ist.

¹⁶ Art. 8 al. A No. 1 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 in der Fassung des Décret No. 95-374 du 10 avril 1995. Für juristische Personen siehe Art. 15 al. A No. 4 Décret No. 84-406.

¹⁷ Siehe Sec. 287 para 1 Companies Act 1985 („*A company shall at all times have a registered office to which all communications and notices may be addressed.*“) in Verbindung mit Sec. 725 (para 1: „*A document may be served on a company by leaving it at, or by sending it by post to, the company's registered office.*“). Für *directors* siehe Sec. 289 (Angabe der genauen Wohnanschrift) mit den Ausnahmen nach Sec. 723B-723F (Personenschutz), aber der Zustellungsfiktion nach Sec. 289 para. 1A. Sanktion: Schedule 24 zu Sec. 288 (4).

¹⁸ Siehe Secs. 113, 379 Companies Act, 1963 (in Ermangelung einer ladungsfähigen Anschrift kann an das Handelsregister zugestellt werden).

¹⁹ Zu den Sanktionsmöglichkeiten insoweit *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 4a RNr. 16.

²⁰ Die Notwendigkeit eines solchen - repressiven - Strafkatalogs liegt allerdings in Konsequenz des Fehlens eines Systems vorsorgender Rechtspflege.

bb) Gerichtsstand und Zustellung

Im Verfahrensrecht wäre zum zweiten vorzusehen, dass eine Zustellung an die zum Handelsregister angemeldete Anschrift durch Niederlegung dort als bewirkt gilt und die Gesellschaft dort ihren allgemeinen Gerichtsstand hat. Damit wäre zugleich den Gesellschaften die Möglichkeit verbaut, Zustellungen durch die Niederlegung des Amtes durch sämtliche Geschäftsführer oder durch die Bestellung eines Ausländers mit Wohnsitz in einem anderen Staat innerhalb oder außerhalb der EU zu vereiteln. Insoweit bedarf es einer Änderung des § 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO (wahlweise neben dem Ort der Verwaltung Schaffung einer Fiktion des Sitzes der Gesellschaft am Ort gemäß der Handelsregistereintragung) und des § 181 ZPO (Schaffung einer Möglichkeit der Ersatzzustellung durch Niederlegung auch an die dem Handelsregister bekannt gegebene Anschrift). Zu prüfen ist auch Änderungsbedarf im ZVG (Zustellung der Beschlagnahme) und der InsO.

Auch hier lohnt der Blick über die Grenzen. Im Register des britischen Companies' House wird zwar als Anschrift der *directors* oftmals nur die Geschäftsanschrift der Gesellschaft angegeben, dies aber zugleich mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass Zustellungen an diese Anschrift bewirkt werden können.

Sinnvoll wäre weiter ein besonderer Gerichtsstand für Haftungsklagen gegen Gesellschafter und Geschäftsführer im Zusammenhang mit ihrer Gesellschafterstellung bzw. Geschäftsführertätigkeit am Sitz der Gesellschaft mit ebenfalls der oben vorgeschlagenen Zustellungserleichterung.

Ohnedies passen Beschränkungen dergestalt, dass ein ausländischer Geschäftsführer im Inland eine Aufenthaltserlaubnis haben muss, nicht in unsere Zeit, wiewohl sie in der handelsregistergerichtlichen Praxis durchaus vorkommen²¹. Das Handelsregister ist keine ausgelagerte Ausländerbehörde. Beschränkungen insoweit sind diskriminierend: Denn auch deutsche Staatsbürger, denen hier der Boden zu heiß wird, sind typischerweise plötzlich in einem Kraftfahrzeug der Luxusklasse mit Schweizer oder monegasischem Kennzeichen anzutreffen. Diese Inländer würden von solchen Beschränkungen jedoch nicht erfasst.

cc) Effizienzsteigerung des Vollzugs

Zum dritten sollten durch Verbesserungen der Verwaltungsabläufe die „Schlupflöcher“ verstopft werden, die staatliche Vollzugsdefizite für Rechtsbrecher derzeit noch bieten.

²¹ Vgl. hierzu jüngst *OLG Dresden, GmbHRdsch* 2003, 537 (mit zust. Anm. *Wachter*), das diesen Tendenzen zu Recht eine deutliche Absage erteilt.

Das registerrechtliche Verfahren der Sitzverlegung weist derzeit allein wegen seiner Dauer noch Vollzugsdefizite auf, die in der Praxis dazu führen, dass bei einer Sitzverlegung eine Gesellschaft oft für Monate im Bermudadreieck der justiziellen Aktenversendung „verschwinden“ kann. Wird eine Sitzverlegung in den Bezirk eines anderen Handelsregisters angemeldet, so versendet das bisherige Registergericht die Akten an das neue Gericht. Dieses prüft, oft unter Einschaltung der IHK, ob dort tatsächlich eine Geschäftsleitung besteht²² und trägt dann die Sitzverlegung ein. Das bisherige Gericht erhält hiervon Nachricht und verlautbart ebenfalls die Tatsache der Sitzverlegung.

Der Zeitbedarf hierfür ist höchst unterschiedlich und reicht von wenigen Wochen bis zu nahezu einem Jahr. Die Ursachen hierfür liegen zum einen in den je nach den Gebräuchen des Gerichts unterschiedlichen Ermittlungen dazu, ob hinsichtlich des neuen Sitzes tatsächlich die Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 GmbHG erfüllt sind. Hier kommt der Kooperationsbereitschaft der Beteiligten große Bedeutung zu, so dass gewissermaßen „der Bock zum Gärtner gemacht wird“. Zum anderen können derzeit auch unterschiedliche Handhabungen bei der Aktenversendung zwischen den beteiligten Gerichten sowie eine unterschiedlich hohe Arbeitsbelastung der Gerichte nicht ausgeschlossen werden²³.

Während dieses Schwebezustands ist es, jedenfalls in einem Handelsregister, das nicht mit REGISTAR geführt wird, z.B. weder für die Gesellschaft noch für Dritte möglich, einen beglaubigten Handelsregisterauszug zu erhalten.

Durch die Kombination fehlender Geschäftsanschriften mit mehrfachem Wechsel in der Geschäftsführung lassen sich Zustellungen wirksam (und im Fall des Geschäftsführerwechsels wegen des konstitutiven Beschlusses der Gesellschafter sogar legal) über einen erheblichen Zeitraum vereiteln.

Im Vergleich zum Ausland ist dies kein Ruhmesblatt des deutschen Rechtssystems. Diese Situation sollte für sich genommen Anlass bieten, sowohl die Verfahrensabläufe innerhalb der Justiz als auch – insbesondere – die grundsätzliche Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern im registergerichtlichen Verfahren sowie die weiteren bestehenden Meldepflichten von Unternehmen einer Effizienzprüfung zu unterziehen.

²² Die Ermittlungsarbeit der IHK ist, wie ein Blick über die Grenzen zeigt, letztlich überflüssig. In Frankreich muss zum Nachweis des Sitzes z.B. eine Kopie des Mietvertrages mit näher spezifizierten Anforderungen vorgelegt werden, vgl. Art. 26-1 Décret No. 84-406 du 30 mai 1984 (Ausnahmen etwa für Tochtergesellschaften mit gleicher Anschrift).

²³ Als vorbildlich hervorzuheben ist hier etwa die Praxis des Handelsregisters Düsseldorf, das dem die Sitzverlegung anmeldenden Notar umgehend eine Nachricht über die Abgabe der Akten übersendet.

Die Vollzugszeiten lassen sich aus unserer Sicht senken:

- (1) durch weitere Zentralisierung der Handelsregister innerhalb des jeweiligen Bundeslands (Zuständigkeitskonzentration durch Bildung von Schwerpunktgerichten), wodurch sich aufwändige Aktenversendungen weiter reduzieren lassen;
- (2) durch einen bundesweiten einheitlichen EDV-Standard für die elektronische Datenübermittlung zwischen den Handelsregistern mit dem Ziel, die Kommunikation zu elektronisieren und die zeitaufwändige Aktenversendung erst als Abschluss des Verfahrens vorzunehmen;
- (3) durch eine unternehmensfreundliche Zentralisierung der Datenbanken anderer Stellen (Gewerbeämter, Arbeitsämter, AOKs, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, andere Genehmigungsbehörden), bei denen der Unternehmer zumeist immer wieder dieselben Daten aufs Neue angeben muss;
- (4) durch den Wegfall der zeitraubenden Befassung der Industrie- und Handelskammern nach § 126 FGG²⁴.

Hierzu bedarf es verstärkter Koordination und Standardisierung von Verfahrensabläufen unter den Bundesländern, also einer klaren Absage an die bisherigen Tendenzen, die Handelsregistergerichtsbarkeit (neben anderen Sachgebieten) zur bloßen Verhandlungsmasse im Kompetenzgeschachere zwischen Bund und Ländern herabzuwürdigen.

Zu allen diesen Punkten empfiehlt sich zum einen der Blick nach Österreich, wo die Vollzugsprobleme bei der Sitzverlegung schon dank der konsequenten Elektronisierungen des Firmenbuchs unter einem bundeseinheitlichen Standard sehr viel besser gelöst sind, zum anderen der Blick nach Frankreich, wo den Unternehmen außer dem R.C.S. und den Finanzbehörden in Gestalt der örtlichen „*Centre des formalités des entreprises*“ (CFE) seit 1994 eine weitgehend zentralisierte Anlaufstelle für die Datenerfassung zur Verfügung steht²⁵.

²⁴ Im Bereich der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern erstattet die IHK wegen Personalmangels seit Oktober 2002 keine Gutachten zu Sachgründungen/Sachkapitalerhöhungen mehr. Die zwangsläufige Alleinzuständigkeit des Gerichts hierfür hat nicht nur zu einer (nochmals) deutlichen Verbesserung der Vollzugszeiten bei derartigen Vorgängen geführt, sondern vor allem auch zu klaren und berechenbaren Vorgaben für den Inhalt von Sachgründungs- und Sachkapitalerhöhungsberichten. Der Wegfall der Befassung der IHK in diesem Bereich hat sich damit als deutlich vorteilhaft für die Rechtspraxis erwiesen. Eintragungszeiten von wenigen Tagen für Sachkapitalerhöhungen oder einen Formwechsel in die AG sind dadurch bei Einhaltung der richterlichen Vorgaben fast schon Standard.

²⁵ Décret No. 96-550 du 19 juillet 1996; hierzu *Gras/Placé*, Guide des formalités des sociétés, 1^{ière} édition 2002, chapitre B. Aus deutscher Sicht *Becker*, GmbHRdsch 2003, 706 (im Zusammen-

Diese Datenanlaufstelle könnte zum einen über einen Online-Zugang organisiert werden oder zum anderen über die Einschaltung jeder Gemeinde als zentraler Anlaufstelle für eine bundesweit einheitliche Datenbank, die von den Ländern gemeinsam eingerichtet und getragen wird. Letztlich könnte auf demselben Zentralserver auch das Handelsregister selbst verwaltet werden, so dass z.B. die Anmeldung einer Anschriftenänderung zum Handelsregister automatisch eine Benachrichtigung der zuständigen Gewerbeämter nach sich ziehen würde (und auch umgekehrt mit der Folge, dass ein Umzug in eine andere politische Gemeinde dem Handelsregister frühzeitig bekannt würde). Eine solche Maßnahme wäre zugleich zum einen ein wirklicher Beitrag zur Schaffung eines „schlanken“ und zugleich effizienteren Staates, zum anderen ein wichtiger Schritt der Weiterentwicklung des Handelsregisters zu einer Unternehmensdatenbank mit Informationsfunktion für den Kapitalmarkt.

Fragen des Datenschutzes sollten hier zurückstehen. Zum einen kann der Datenschutz es nicht rechtfertigen, dass ein Unternehmen eine Unzahl von Formularen statt eines einzigen ausfüllen muss. Fragen des Datenschutzes sollten sich erst beim Zugriff auf diese Datenbank stellen, nicht bei deren Einrichtung. Insbesondere müsste diese Datenbank dem Zugriff der Registergerichte offen stehen, da die in der Praxis oft mühsame Ermittlungsarbeit nach § 12 FGG, für die ein Richter oder Rechtspfleger eigentlich überqualifiziert ist, durchaus durch eine online-Anfrage durch einen Beamten des mittleren Dienstes nach Registrierung des Eingangs und vor der Vorlage der Akte an den Richter/Rechtspfleger erledigt werden könnte. Gleiches gilt im Übrigen für die firmenrechtlichen Prüfungen nach § 18 HGB, die sich heutzutage ohne Weiteres mittels der CD-ROM für Deutschland der Deutschen Telekom erledigen lässt.

Insbesondere durch die vorgeschlagene Änderung im Recht der Zustellung und des Gerichtsstands und die Schaffung einer zentralen Datenbasis nach französischem Vorbild könnte zum einen Missbräuchen der Rechtsform der GmbH effektiv vorgebeugt werden. Zum anderen wären die Registergerichte entlastet, da die Amtsermittlung nach § 12 FGG letztlich durch das Prinzip der Selbstverantwortung der Gesellschaft für ihre Erreichbarkeit ergänzt wäre. Zum dritten ließe sich daher die in der Praxis zeitaufwändige Mitwirkung der Industrie- und Handelskammern reduzieren, was auch dort zur Kostensenkung und über die positive Auswirkung auf die IHK-Beiträge zur Senkung der Belastung der gewerblichen Wirtschaft beitragen würde.

Die Registrierung von im Ausland gegründeten Gesellschaften mit Sitz im Inland ließe sich relativ leicht dadurch erzwingen, dass für alle noch nicht im Handelsregister eingetragenen, aber eintragungspflichtigen Rechtsträger eine Außenhaftung der Handelnden, evtl. auch der Gesellschafter eingeführt würde, die nach dessen Eintragung durch den Rechtsträger übernommen

hang mit dem Vorhaben, das Gründungsverfahren in Frankreich nach spanischem Vorbild zu beschleunigen).

werden kann (vgl. die *reprise* nach Art. 16 SE-VO, dazu die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 24.06.2003, Ziff. 8).

3. Wem gehört die Gesellschaft?

a) Bestandsaufnahme

aa) Gesellschafterliste

Anlässlich des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 hatte der Gesetzgeber bereits erkannt, dass der Ansatz, die Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH mittels der Liste der Gesellschafter transparenter zu machen, wegen der damit verbundenen Vollzugsdefizite verbesserungsbedürftig ist.

Die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister selbst (wie z.B. in den Niederlanden oder in Österreich) stieß auf den Widerstand der Länder, die die damit verbundene Mehrbelastung der Justiz fürchteten. Statt dessen wurde die Pflicht der Geschäftsführer zur alljährlichen Einreichung einer Gesellschafterliste durch die Geschäftsführung ersetzt durch die Anzeigepflicht des Notars, der eine Geschäftsanteilsabtretung beurkundet hat, verbunden mit der Pflicht der Geschäftsführer, eine aktualisierte Liste nach Wirksamkeit der Abtretung einzureichen, § 40 Abs. 1 GmbHG.

Jedoch vermag nach nunmehr fünfjähriger Praxis auch dieses Verfahren nicht völlig zu befriedigen²⁶. Die Anzeige der Abtretung führt dazu, dass das Gericht an die Gesellschaft herantreten muss, welche dann ihrerseits aktiv wird. Somit löst die Anzeigepflicht zahlreiche Arbeitsvorgänge aus (beim Notar, beim Gericht, bei der Gesellschaft, die sich oftmals dann wieder an ihren Berater wendet).

Notare, die statt dessen gleich eine neue Liste unterschreiben lassen und diese statt einer Anzeige der Abtretung bzw. als solche bei Gericht einreichen, wurden schon des öfteren gebeten, die Abtretung zunächst einmal anzuzeigen²⁷.

Zudem lässt sich die Anzeigepflicht (ebenso wie die Anzeigepflicht nach § 54a EStDV) leicht durch Vornahme der Beurkundung im Ausland umgehen. Die Beurkundung eines „call“ oder

²⁶ Siehe hierzu auch *Ziegler*, GmbHRdsch – GmbH-Report 2000 R201 und *ders.*, GmbHRdsch – GmbH-Report 2002, R45, der die Gesellschafterliste mit Recht als „Stiefkind“ im Registerwesen bezeichnet.

²⁷ Vgl. hierzu die zutreffenden Ausführungen von *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 40 RNr. 11 letzter Satz.

„put“ in der Schweiz oder in Österreich ist gängige Praxis gerade auch in Fällen, in denen damit keine Ersparnis an Notarkosten verbunden ist.

Auch beschränkt sich die Anzeige nur auf die Tatsache, dass bei einer zu bezeichnenden GmbH eine Anteilsabtretung vorgenommen wurde. Nicht anzugeben ist, wer an wen zu welchen Bedingungen abgetreten hat. Es ist somit immer noch – auch ohne Einschaltung eines Treuhänders – ein Leichtes, die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH zu verschleiern. Dies wirkt sich sowohl zum Nachteil der Gesellschafter als auch zum Nachteil Dritter aus, die auf die Gesellschafter durchgreifen wollen („*piercing the corporate veil*“). Für börsennotierte Gesellschaften ist diese Tatsache bereits von der EU-Kommission erkannt, die in ihrem Aktionsplan zur Reform des Gesellschaftsrechts die Offenlegung derartiger Vereinbarungen (einschließlich von Konsortialverträgen) erreichen will²⁸.

bb) § 15 GmbHG

Hinzu kommt, dass man beim Nachvollziehen der Beteiligungsverhältnisse an einer GmbH auf eine atavistische „*title search*“ angewiesen ist. Im Grundstücks- und im Wertpapierrecht leistet sich unser Land zu Recht ein hochentwickeltes System öffentlicher Register bzw. einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers, während für den Besitztitel an einem Unternehmen in Form der GmbH (der häufigsten Gesellschaftsform) die Regelungen der §§ 398 ff. BGB gelten²⁹. Der Wirtschaft und auch zahlreichen Juristen ist erstaunlicherweise noch nicht hinreichend bewusst geworden, dass die Übertragung von GmbH-Anteilen ein höchst komplexer Vorgang ist. Denn im Rahmen der „*title search*“ ist Folgendes zu prüfen:

- (1) Wer war mit welchem Anteil Gründungsgesellschafter ?
- (2) Liegen Vorabtretungen vor und sind diese wirksam geworden (durch Erteilung von Genehmigungen nach § 17 GmbH bzw. der Zustimmungserklärungen, die aufgrund der Satzung in der zur Zeit der Wirksamkeit der Abtretung geltenden Fassung vorgesehen waren oder durch Eintritt/Nichteintritt sonstiger Bedingungen in den Rechtsgeschäften, z.B. der Erbringung der Gegenleistung sowie durch Anmeldung der *inter partes* wirksam gewordenen Abtretung bei der Gesellschaft nach § 16 GmbHG) ?

Letzteres ist kaum feststellbar, da der beurkundende Notar hier nur auf die Angaben der Beteiligten angewiesen ist. Die GmbH als die klassische Gesellschaftsform für den Mittelstand wird somit mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit belastet. Nicht zuletzt beeinträchtigt dieser Zu-

²⁸ Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward, COM (2003) 284 final, No. 3.1.1.

²⁹ Hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 11.

stand die Tauglichkeit von GmbH-Anteilen als Kreditsicherheit und damit die Refinanzierungsmöglichkeiten für den Mittelstand.

b) Lösungen

Über die Fragestellung des Bezugsschreibens hinaus, aber auch im Rahmen der Bekämpfung von Missbräuchen der juristischen Person, wäre daher mehr Transparenz bei den Beteiligungsverhältnissen wünschenswert.

aa) Nachweis des Anteilsübergangs

Die Eintragung der Gesellschafter in das Handelsregister nach dem Vorbild Österreichs oder der Niederlande, wobei diese Eintragung sogar einen Gutgläubensschutz des Anteilserwerbers begründen könnte, dürfte wegen der damit verbundenen erheblichen Mehrbelastung der Registergerichte und dem hohen Staatshaftungsrisiko ausscheiden. Denkbar wäre allenfalls, in Anlehnung an die französische Rechtsfigur der „*opposabilité aux tiers*“ vorzusehen, dass die aus der eingereichten Gesellschafterliste ersichtlichen Personen Dritten und der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter der Gesellschaft gelten, es sei denn, dem Dritten/der Gesellschaft ist etwas anderes bekannt³⁰.

Alternativ denkbar (und möglicherweise vorzugswürdig) wäre allerdings die Einführung eines notariellen Attests über die Wirksamkeit einer Anteilsabtretung bzw. einer sonstigen Verfügung (Verpfändung, Nießbrauchsbestellung). Statt einer Kette oft komplexer Anteilsabtretungen wäre nur noch eine Kette von Wirksamkeitsattesten bis hin zur Gründungsurkunde zurück zu verfolgen. Ein solches Attest findet sein Vorbild in den gutachterlichen Bescheinigungen des Notars nach Art 8 Abs. 8, 25 Abs. 2 und 26 Abs. 1 SE-VO und würde bescheinigen, dass eine Abtretung von GmbH-Anteilen vom Veräußerer an den Erwerber sowohl *inter partes* als auch *erga omnes* wirksam geworden ist. Ein vergleichbares Attest ist z. B. im französischen Grundstücksrecht gebräuchlich und bescheinigt dort den Eigentumserwerb des Käufers bis zur Registrierung des Eigentumsübergangs. Ein solches Attest würde zudem die Möglichkeiten, Kredite durch Geschäftsanteile zu besichern, erheblich verbessern.

³⁰ Vgl. hierzu etwa auch Sec. 124 des irischen Companies Act, 1963: „*The register of members shall be prima facie evidence of any matters by this Act directed or authorised to be inserted herein.*“

bb) Reform des § 24 GmbHG

Zusätzlich könnte die komplexe Haftung nach § 24 GmbHG durch eine gesamtschuldnerische Haftung aller jetzigen und früheren Gesellschafter ersetzt werden, falls man nicht ohnedies aus Vereinfachungsgründen zum ausnahmslosen Gebot der Volleinzahlung übergeht (vgl. nachstehend 4.). Der Regress im Innenverhältnis würde sich dann nach den Vereinbarungen in den jeweiligen Erwerbsverträgen bzw. nach § 426 BGB richten.

cc) Neuer Formzweck für § 15 GmbHG

Die erforderliche Bewusstseinsbildung der Wirtschaft und der Fachkreise dahin gehend, dass Verfügungen über Geschäftsanteile an einer GmbH rechtlich anspruchsvolle und fehlerträchtige Vorgänge sind, lässt sich letztlich nur durch eine Aufwertung der Funktion der Form im Rahmen des § 15 GmbHG erreichen. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers stand neben der Beweisfunktion der Form die Erschwerung des Handels mit GmbH-Anteilen im Vordergrund³¹ (vergleichbar etwa dem historischen Zweck der Form des Schenkungsversprechens³²).

Vor allem Letzteres ist als Formzweck anachronistisch. Verfügungen über GmbH-Anteile sind ein gängiges Rechtsgeschäft. In der heutigen Praxis der Beurkundungsform gewinnen hingegen die Belehrungs- und Warnfunktion sowie der Übereilungsschutz neben der Beweisfunktion zunehmend an Gewicht. Nur wenn auch § 15 GmbHG diese Formzwecke *de lege lata* zugrunde lägen, ließen sich Missbräuche wie die im Bezugsschreiben angesprochene Veräußerung von Geschäftsanteilen an sogenannte GmbH-Bestatter effektiv bekämpfen. Solange es in der Praxis sanktionslos zulässig ist, Anteile im Rahmen einer abstrakten Urkunde abzutreten und damit zugleich ein formnichtiges (und damit verschleiertes) schuldrechtliches Grundgeschäft zu heilen, solange kann das Notariat seine Fähigkeiten nicht zum Wohle der Gesellschaft einsetzen. Im Übrigen macht die sofortige Heilung umfangreichster formnichtiger Abreden durch eine in einem Absatz enthaltene Abtretung das Abstraktionsprinzip des deutschen Rechts zur Farce.

Im Gegensatz zu § 311b BGB, wo die Frage der Reichweite des Formerfordernisses eine große Rolle spielt, wird dies im Rahmen des § 15 GmbHG nur wenig problematisiert³³. Das fehlende Problembewusstsein führt dazu, dass Vereinbarungen im Rahmen der Anteilsübertragung nicht etwa nur privatschriftlich niedergelegt werden, sondern vielmehr gar nicht getroffen werden.

³¹ Dieses Motiv wird heute noch in den Kommentaren hervorgehoben, vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 1 und 12.

³² Hierzu *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1990, S. 500 f.

³³ Vgl. etwa *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 15 RNr. 18.

So stellen Notare in der Praxis immer wieder fest, dass sich die Beteiligten einer Geschäftsanteilsabtretung über geschäftswesentliche Dinge wie die Freigabe der vom Veräußerer (evtl. auch seines Ehegatten) gestellten dinglichen und persönlichen Sicherheiten gegenüber Banken nicht geeinigt haben. Im Gegensatz zum Grundstückskauf, im Rahmen dessen solche Fragen selbstverständlich angesprochen und geregelt werden, bedarf es bei der Geschäftsanteilsübertragung seitens des Notars schon ausgefeilter Techniken des Kreuzverhörs, um den Sachverhalt insoweit erst einmal zu ermitteln. Gleiches gilt etwa für im Rahmen der Abtretung versprochene Einlagen in die Gesellschaft, der Ablösung von Gesellschafterdarlehen, für Gewährleistungsfragen oder für Verträge über die Nutzung von Privat- bzw. Sonderbetriebsvermögen durch die Gesellschaft.

Sinnvoll wäre daher die Schaffung einer Vorschrift nach dem Vorbild des § 925a BGB mit dem Inhalt, dass die Abtretung eines Anteils nur beurkundet werden soll, wenn auch das schuldrechtliche Grundgeschäft beurkundet ist, d.h. die Gesamtheit aller Abreden, die mit der Abtretung des GmbH-Anteils „stehen und fallen“. Da Geschäftswert und Gebühr für das schuldrechtliche Grundgeschäft identisch sind mit Geschäftswert und Gebühr für die Abtretung, wäre eine solche Maßnahme mit einer Verbesserung der Rechtsvorsorge ohne Mehrkosten für die Beteiligten verbunden. Im Gegenteil: ebenso wie im Grundstücksverkehr würden den Beteiligten die Potenziale offenbar werden, die das Notariat zur Kostenersparnis bereithält.

Anstelle der Heilungsvorschrift des § 15 GmbHG, die ohnedies nicht viel weiterhilft, da sie zum Eintritt von Bedingungen der Abtretung nichts sagt, könnte das oben aa) vorgeschlagene notarielle Wirksamkeitsattest auch die Heilung von Mängeln des Grund- und des Erfüllungsgeschäfts bewirken.

Alternativ könnte ein unwirksames Grundgeschäft in Anwendung des Rechtsgedankens der Heilung nichtiger Beschlüsse nach Ablauf von drei Jahren ab der Wirksamkeit der dinglichen Abtretung geheilt werden. Bis dahin bliebe die Abtretung somit u.U. kondizierbar. Mit der Analogie zur Heilung der Nichtigkeit wäre zugleich im Wesentlichen ein Gleichlauf mit der Regelverjährung des Kondiktionsanspruchs gegeben, §§ 195, 199 Abs. 4 BGB.

Zu gefährlich wäre es hingegen, auf den Tag des Eingangs der entsprechenden Gesellschafterliste beim Handelsregister abzustellen und diesem Ereignis konstitutive Bedeutung beizumessen. Hierdurch würde den Geschäftsführern ein zu hohes Maß an Verantwortung und Haftungsrisiko aufbürden.

Dieser geänderte § 15 GmbHG wäre wegen ihrer Formzwecke nicht nur auf die GmbH anzuwenden, sondern auch auf der GmbH vergleichbare im Ausland gegründete Kapitalgesellschaften mit Verwaltung im Inland, z.B. auf eine Limited englischen Rechts, eine niederländische B.V., eine Schweizer GmbH, eine belgische, luxemburgische, französische oder italieni-

sche SARL bzw. eine spanische S.L., evtl. auch auf eine amerikanische Inc. als „*closely held corporation*“.

Wie wirksam die Formzwecke eines auf das Niveau des § 311b BGB angehobenen § 15 GmbHG auch gegen „GmbH-Bestatter“ schützen könnten, zeigen Beispiele aus der jüngeren Praxis des Grundstücksrechts.

So tauchten vor knapp zehn Jahren Modelle des Verkaufs überschuldeter Immobilien auf mit anschließendem *lease back* und dem Versuch des Erwerbers, zu Lasten der Grundpfandgläubiger § 416 BGB zu nutzen. Hier kamen die Strategien der „Entsorger“ dank der umfassenden Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 BGB (BGH-Formel vom „Stehen und Fallen“) rasch auf den Tisch; Missbräuche wurden durch entsprechende Rundschreiben der Notarkammern im Keim erstickt.

Ein weiteres Beispiel für den Nutzen der notariellen Form sind auch die Betrügereien am „Grauen Kapitalmarkt“ vor etwa zehn Jahren mit dem Handel mit Bankgarantien, die über Nachfragen der Notare bei Grundpfandrechtsbestellungen rasch aufkamen und über die Notarkammern rasch zur Befassung der Strafverfolgungsbehörden führten.

4. Wer finanziert die Gesellschaft zu welchen Bedingungen?

a) Bestandsaufnahme

Die Frage der Finanzierung der Gesellschaft ist für den Schutz Dritter von großer Bedeutung und reicht weit über die bloße Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung hinaus.

Dieser Tatsache ist vom Gesetzgeber bereits anlässlich der GmbH-Reform 1980 durch die sog. Novellenregeln der §§ 32a und 32b GmbHG Rechnung getragen worden³⁴. Daneben wird dieses Rechtsgebiet durch ein hoch entwickeltes Richterrecht geprägt. Zu nennen sind hier nur die Stichworte der kapitalersetzenden Darlehen nach den BGH-Regeln³⁵, die kapitalersetzende Nutzungsüberlassung³⁶, Finanzplankredite³⁷, der Supermarktbeschluss des BGH zu Unternehmensverträgen³⁸ und die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe im Recht der Unterneh-

³⁴ Eingehend hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNR. 10-17.

³⁵ Vgl. statt aller die Nachweise gemäß der vorhergehenden Fußnote.

³⁶ Hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNR. 138 ff.

³⁷ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., §§ 32a/b RNR. 169 ff.

³⁸ BGHZ 105, 324.

mensverbindungen³⁹.

Die Rechtsentwicklung hat somit zum einen das Konzept der Kapitalerhaltung zwar mit Vorsicht, aber dennoch in einer Vielzahl von Fällen in Richtung einer Pflicht der Gesellschafter zur angemessenen Kapitalausstattung der Gesellschaft weiterentwickelt, wenngleich man zu Recht national wie international davor zurückscheut, das Konzept der juristischen Person durch die Schaffung eines allgemeinen Außenhaftungstatbestands für Unterkapitalisierung zu konterkarieren.

In jüngster Zeit hat der BGH, mit den Beschlüssen vom 09.12.2002⁴⁰ und vom 07.07.2003⁴¹, auch das Recht der Kapitalaufbringung fortgebildet, indem er bei der Verwendung von GmbH-Mänteln (Vorratsgesellschaften) die tatsächliche Kapitalaufbringung nicht nur auf den Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft, sondern auch auf den Zeitpunkt ihrer effektiven Geschäftsaufnahme (Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung) abstellt.

Damit korrigiert der BGH allerdings primär zunächst einmal eine Entwicklung, die er selbst mit dem Übergang vom Vorbelastungsverbot zur Differenzhaftung eingeleitet hat. Denn dieses Konzept, das die Beweislast für die fehlende wertgleiche Deckung vom Gesellschafter auf den klagenden Insolvenzverwalter verlagert, stellt genau genommen eine Abschwächung des Kapitalaufbringungsschutzes dar. Schon in seiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines SEEG vom 24.06.2003 hat der Deutsche Notarverein (aaO, Ziff. 8.) empfohlen, das Konzept der Gesamtrechtsnachfolge der GmbH in die Geschäfte der Vor-GmbH mit der hieraus resultierenden Differenzhaftung aufzugeben und das Gründungsrecht der deutschen Kapitalgesellschaft wieder stärker an das gemeineuropäische Konzept der „*reprise*“ französischen Rechts heranzuführen. Auf diese Überlegungen wird hier verwiesen.

Als Ergebnis dieser Rechtsentwicklung ist allerdings ein Fallrecht entstanden, dessen Verästelungen selbst die Fachleute kaum noch durchschauen. Der Ausgang eines Rechtsstreits wird hierdurch nur schwer prognostizierbar, was wegen des Kostenrisikos letztlich auch dem Vertragspartner der insolventen GmbH nicht hilft. Dieser hat ohnedies bereits bei Vertragsschluss gewusst, dass sein Geschäftspartner nur über begrenzte finanzielle Ressourcen verfügt und hätte damals schon Vorsorge treffen können. Letztlich hat diese Rechtsentwicklung der Attraktivität der Rechtsform der GmbH geschadet, die vor 100 Jahren einmal ein Exportschlager des deutschen Gesellschaftsrechts war. Inzwischen reicht die Komplexität der deutschen GmbH

³⁹ Hierzu zuletzt der Überblicksaufsatz von *Döser*, Die AG 2003, 406 ff.

⁴⁰ BGH DB 2003, 330 = ZIP 2003, 251.

⁴¹ BGH DB 2003, 2055.

ohne weiteres an die der Rechtsformen der *corporation* nach anglo-amerikanischem Privatrecht heran⁴².

Eine Vereinfachung in diesem Bereich bietet die Chance, die deutsche GmbH in einem Europa der Gründungstheorie zu einem Rechtsträger zu machen, der dank der Berechenbarkeit und Klarheit seines Rechtsregimes in Verbindung mit einer effizienten und kostengünstigen Rechtsvorsorge durch Notare und Registergerichte den Rechtsformen des angelsächsischen *case law* überlegen ist.

b) Lösungen

Zusätzlich wäre zu erwägen, die Möglichkeit teilweiser Einzahlung des Grundkapitals bei Gründungen und Kapitalerhöhungen⁴³ zugunsten zwingender Volleinzahlung aufzugeben.

Anstatt die überstimmten (Minderheits-)Gesellschafter mit einem (bei Kapitalerhöhungen ohne Volleinzahlung sogar gegen deren Willen) u.U. enormen Haftungsrisiko⁴⁴ nach § 24 GmbH zu belasten, wäre es ehrlicher, das Mindeststammkapital abzusenken⁴⁵. Die Einbeziehung gutgläubiger vermögensloser Ehegatten oder Verwandter, die nur zum Zwecke der Umgehung der Volleinzahlungspflicht aus Gefälligkeit bei Gründung einen Zwerganteil übernehmen, in den Haftungsverband wäre somit vermeidbar. Zudem wäre der Existenzgründer gezwungen, sich mehr Gedanken über sein Unternehmen, seinen Geschäftsplan und seinen Finanzbedarf zu

⁴² Wer auf die angebliche „Einfachheit“ z.B. der Gründung einer englischen *Limited* verweist, übersieht (oder verschweigt bewusst) sowohl die Notwendigkeit komplexer „*by-laws*“ in Ergänzung der im Schreibwarenhandel verfügbaren Gründungsformulare („*Articles of Incorporation*“) als auch die hohe „Wartungsintensität“ (d.h. der hohe Bedarf an Rechtsberatung) dieser Rechtsform im täglichen Geschäft. Dem gegenüber kann eine deutsche GmbH auch mit einer komplexen Satzung immer noch zu Notarkosten gegründet werden, die unter dem Niveau einer einzigen Partner-Stunde in einer Londoner Wirtschaftskanzlei liegen.

⁴³ Vgl. §§ 7 Abs. 2 Sätze 1-2, 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

⁴⁴ Beispiel: A und B sind Gesellschafter einer GmbH mit Stammeinlagen von €24.900,00 und €100,00. A setzt gegen den Willen des B eine Kapitalerhöhung um €1.000.000,00 mit 25 % Einzahlung durch und zeichnet den Anteil allein, da B hierzu die Mittel fehlen. Wenig später wird die Gesellschaft insolvent. Der Insolvenzverwalter kann von B über § 24 GmbHG die Resteinzahlung verlangen. Hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 55 RNr. 38, der als Lösung letztlich nur die Aufgabe der Beteiligung über ein Austrittsrecht anbietet und damit zu einem faktischen *squeeze-out* der Minderheitsgesellschafter gelangt.

⁴⁵ Dieser Weg erscheint sinnvoller zu sein als der Weg des französischen Gesetzgebers, der durch die *Loi NRE* die Mindesteinzahlungspflicht auch für Einmanngründungen auf 20 % des gezeichneten Stammkapitals abgesenkt hat, wobei innerhalb von fünf Jahren 100 % eingezahlt werden müssen (hierzu *Wachter/Frank*, GmbHHRdsch 2002, 54, 56 f.). Im Hinblick auf den tatsächlichen Kapitalbedarf einer Existenzgründung erscheint Letzteres als bloßer gesetzgeberischer Aktionismus.

machen, was, wie die Insolvenzanfälligkeit gerade neu gegründeter Unternehmen zeigt, durchaus von gesamtwirtschaftlichem Nutzen wäre.

Nicht zuletzt sollten die Entwicklungen des Kapitalersatzrechts auf wenige einfache Regeln zurückgeführt werden.

Andererseits sind zahlreiche praxisrelevante Gestaltungen des *corporate finance* noch gar nicht Gegenstand der Rechtsprechung des BGH gewesen. Zu denken ist vor allem an

- (1) schuldrechtliche Abreden unter den Gesellschaftern neben der Satzung,
- (2) die stille Gesellschaft in Form des Teilgewinnabführungsvertrages bzw.
- (3) hybride Finanzierungsformen wie z.B. *mezzanine loans*, evtl. mit sog. *equity kicker* (Wandlungsrecht)⁴⁶.

Diese Gestaltungen werden im deutschen Recht zumeist recht stiefmütterlich behandelt, wenn man vom Teilgewinnabführungsvertrag im Aktienrecht einmal absieht. Die Folgen sind zweierlei:

Zum einen machen sich die Beteiligten oft gar keine Gedanken darüber, dass eine Existenzgründung in aller Regel meist mehr Kapital benötigt als das Mindeststammkapital nach dem GmbHG. Welche Leistungen sonst noch aus dem Privatvermögen der Existenzgründer oder ihrer Angehörigen gefordert sind, wird wenn überhaupt, frühestens bei Kreditgesprächen mit den Banken klar (z.B. die Leistung weiterer Einlagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 4 HGB, die Gewährung von Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt, die Stellung persönlicher oder dinglicher Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft). Tauchen diese Fragen auf, so kommt es oft zu Verwerfungen im Gesellschafterkreis, die im günstigsten Fall mit der Anpassung der Beteiligungsverhältnisse an das wirtschaftliche Engagement, im schlechten Fall mit Streitigkeiten schon in der ersten Aufbauphase enden. Die Praxis zeigt, dass in der Startphase einer GmbH sich die Beteiligungsverhältnisse in Konsequenz dieser Erkenntnisse oft schneller ändern als in späteren Lebensphasen eines Unternehmens.

Hier erscheint zum einen wegen der Belehrung des Existenzgründers, zum anderen wegen der Beweisfunktion (Schutz des Rechtsverkehrs vor willkürlicher Datierung bzw. dem Verschwinden derartiger Verträge) geboten, alle Abreden, die Einlagen der Gesellschafter im weitesten Sinne umfassen, der Form des § 2 GmbHG zu unterwerfen, und zwar auch dann, wenn diese Abre-

⁴⁶ Andeutungsweise hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl., § 55 RNr. 43-47. Eingehend *Jänisch/Moran/Weibel*, DB 2002, 2451.

den nur im Verhältnis der Gesellschafter untereinander getroffen worden sind. Gleiches sollte in Anlehnung §§ 53, 55 GmbH für die Verpflichtung zur Vornahme einer Kapitalmaßnahme gelten („*equity kicker*“). Die Folge dieser Formpflicht wäre in den meisten Fällen, dass diese notwendigen Abreden überhaupt einmal getroffen und nicht wie meist schlicht vergessen werden.

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit formal höherer Anforderungen etwa am Beispiel eines Teilgewinnabführungsvertrages. Im Gegensatz zur Rechtslage bei einer Aktiengesellschaft sind nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts⁴⁷ solche Verträge, ungeachtet ihrer enormen Auswirkung auf die Vermögenslage der Gesellschaft gegenüber Dritten (und ungeachtet der enormen Manipulationsmöglichkeiten, die stille Beteiligungen im Steuerrecht dank der Möglichkeit der Rückdatierung bieten), nicht im Handelsregister einzutragen.

Schließlich wäre im Rahmen der Frage nach der Gesellschaftsfinanzierung auch über eine Außenhaftung der Geschäftsführung nachzudenken. Hierzu kann auf die Überlegungen des Deutschen Notarvereins im Rahmen der bereits zitierten Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines SEEG vom 24.06.2003 verwiesen werden (dort Ziff. 7.4). Zu analysieren wäre auch, ob die Beweislast für die Nachrangigkeit einer Gesellschafterfremdfinanzierung immer angemessen verteilt ist.

Diese Überlegungen treffen nicht nur die deutsche GmbH, sondern auch die „zugezogene“, der GmbH vergleichbare ausländische Kapitalgesellschaft. Bei dieser kommt im Rahmen der Ersteintragung in das deutsche Handelsregister auch eine gewisse Form der Kapitalaufbringungskontrolle in Betracht. Denkbar wäre zum einen eine Orientierung am Formwechselmodell des Entwurfs einer Richtlinie der EU über die grenzüberschreitende Sitzverlegung in Betracht⁴⁸ (d.h. eine Versicherung der Anmelder zur Kapitaldeckung (etwa entsprechend § 220 UmwG), evtl. verbunden mit einem Bericht über die Kapitaldeckung entsprechend dem Sachgründungsbericht). Diese Versicherung könnte auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bzw. als Haftungstatbestand im Rahmen einer zu schaffenden Außenhaftung ausgestaltet sein.

⁴⁷ *BayObLG* GmbH Rdsch 2003, 534 mit abl. Anm. *Weigl*.

⁴⁸ Entwurf einer 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff. und ZGR 1999, 157 ff.

5. Weitere Folgerungen

Der deutsche Gesetzgeber hat allen Anlass, sich Gedanken darüber zu machen, wie im künftigen europäischen Wettbewerb der Gesellschaftssysteme deutsche Gesellschaftsformen positioniert sein werden.

In ihrer gegenwärtigen Verfassung dürfte die deutsche GmbH nur geringe Wettbewerbschancen haben, weil hoch bürokratischen und rigoros kontrollierten Kapitalaufbringungspflichten im Vergleich zu ausländischen Formen so gut wie keine sichtbaren Vorteile gegenüberstehen. Ein hypertrophierendes Kapitalerhaltungsrecht kommt hinzu.

In dieser Situation sind zwei Strategien denkbar: Entweder beteiligt sich das deutsche Recht am *race to the bottom* oder es geht den umgekehrten Weg, die Qualität der GmbH zu steigern und sie dadurch attraktiv zu machen. Der Deutsche Notarverein befürwortet den Weg der Qualitätssteigerung. Dabei sollte man sich der traditionellen Stärken des deutschen Rechtssystems erinnern, die darin begründet sind, dass das deutsche Recht wie kein anderes auf Rechtssicherheit angelegt ist. Die GmbH sollte daher zu einem Instrument ausgebaut werden, das dem Rechtsverkehr einen sicheren Umgang ermöglicht. Sichere, haftungsvermeidende Gründung unter klarem Rechtsregime, sichere Übertragung von Geschäftsanteilen, sicheres Kontrahieren mit der GmbH, sichere Rechtsverfolgung gegen die GmbH sind Werte, die der Rechtsverkehr schätzen und honorieren wird. Dass damit zugleich der Gründungsschwindel, der Stoßbetrug (einschließlich des Umsatzsteuerschwindels) und der Ausschlagungsbetrug bekämpft werden, sollte nur als – erwünschter – Nebeneffekt verstanden werden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stefan Zimmermann
(Präsident)