

ZENTRALER KREDITAUSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN • BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN • DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

Stellungnahme des

Zentralen Kreditausschusses

gegenüber dem Bundesrat

zum

**Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts
und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“
BR-Drucks. 354/07**

18. Juni 2007

Das Bundeskabinett hat am 23. Mai 2007 den Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen. Nach unseren Informationen wird der federführende Rechtsausschuss des Bundesrates am 20. Juni 2007 erstmals den Regierungsentwurf zum MoMiG (MoMiG-RegE) behandeln.

Wir möchten diese Gelegenheit nutzen und den Bundesrat auf eine Reihe von Aspekten aufmerksam machen, die uns im Hinblick auf das weitere Gesetzgebungsverfahren wichtig erscheinen.

I. Vorbemerkung

Das erklärte Ziel der Bundesregierung, durch das MoMiG, die GmbH als Gesellschaftsform international wettbewerbsfähiger zu machen, indem u. a. Existenzgründungen erleichtert, Registereintragungen beschleunigt und Missbrauchsfälle am Ende des Lebens der GmbH bekämpft werden, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Angesichts der durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eröffneten weitgehenden Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht und dem damit einhergehenden verschärften Wettbewerb unter den Gesellschaftsrechtsmodellen in Europa dürfte die Reformbedürftigkeit des GmbH-Rechts außer Frage stehen. Es ist den Justizministerinnen und Justizministern der Länder zuzustimmen, dass die bevorstehende GmbH-Reform die letzte Chance darstellt, dem „deutschen Gesellschaftsrecht seine führende Rolle in Europa zurückzugeben“¹ – diese Gelegenheit sollte daher für eine mutige Reform genutzt werden.

Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, dass das in Deutschland traditionell gewachsene Gesellschaftsrechtssystem nicht ohne hinreichende Folgenabschätzung durchbrochen wird. Insbesondere sollten die Charakteristika der unterschiedlichen Gesellschaftsformen nicht ohne Not verwässert werden.

So stellt sich im Hinblick auf die von der Bundesregierung unterbreiteten Reformvorschläge die Frage, ob die Einführung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft, die de facto die Einführung eines „Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung“

¹ Vgl. 77. Konferenz der Justizministerinnen und -minister der Länder vom 1. bis 2. Juni 2006, Beschluss zu TOP I.8.

bedeutet, mit dem deutschen Gesellschaftsrechtssystem vereinbar ist. Das GmbH- und Aktienrecht gewähren das Privileg einer beschränkten Haftung der Gesellschafter bzw. Aktionäre bisher nur unter der Bedingung, dass zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft das Stamm- bzw. Grundkapital ordnungsgemäß aufgebracht und erhalten wird. Hierfür sehen das GmbHG und das AktG ein differenziertes Regelungssystem vor. Soll mit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft – bis auf 1 Euro – auf jegliches Mindeststammkapital verzichtet werden, so wird dieser für das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht maßgebliche Grundsatz aufgegeben, ohne dass der Regierungsentwurf entsprechende Ausgleichsmaßnahmen, z. B. in Form verschärfter Haftungsregelungen für die Gesellschafter bzw. Geschäftsführer vorsieht. Auch fehlt eine Folgenabschätzung im Hinblick auf die zukünftige Verwendung der OHG bzw. KG als Gesellschaftsformen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob bei Einführung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft an einer Herabsenkung des Mindeststammkapitals der „Standard“-GmbH auf 10.000 Euro festgehalten werden sollte. Kann die GmbH-Variante der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft auch ohne jegliches Mindeststammkapital gegründet werden, bedarf es einer Herabsenkung der „Eintrittsschwelle“ zur „Standard“-GmbH nicht mehr (vgl. hierzu auch die Einzelanmerkung zu II. 3. – §§ 5 Abs. 1, 5a GmbHG-RegE).

Zu bedauern ist, dass nach dem Regierungsentwurf an der u. a. vom ZKA und BDI kritisierten Beurkundungspflicht bei der Abtretung von Geschäftsanteilen festgehalten werden soll. Laut Entwurfsbegründung sollen „gebotene“ – aber nicht näher spezifizierte – Änderungen demnächst in einem Gesetzentwurf zur Erleichterung von beurkundungspflichtigen Vorschriften vorgenommen werden. In der Entwurfsbegründung zum Referentenentwurf des MoMiG wurde noch zu Recht die Frage aufgeworfen, ob im Recht der GmbH überhaupt noch ein schutzwürdiges Regelungsinteresses daran besteht, die Fungibilität der Geschäftsanteile so gering wie möglich zu halten; als größtes Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile identifiziert der Referentenentwurf hierbei § 15 Abs. 3 GmbHG. Um die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH zu erhöhen erscheint es dringend geboten, bereits im Zuge der GmbH-Reform die vorgeschriebene Form der notariellen Beurkundung durch die einfache Schriftform zu ersetzen. Dies würde auch den Einsatz von GmbH-Anteilen als Kreditsicherheiten wesentlich erleichtern².

² Nach Ansicht des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes e.V. (DSGV) erscheint es sinnvoll, die Erörterung der Frage, ob die Abtretung von Geschäftsanteilen weiterhin einer Beurkundungspflicht unterliegen sollte, dem in der Regierungsbegründung bereits angesprochenen Gesetzgebungsverfahren zur Erleichterung von beurkundungsrechtlichen Vorschriften zu überlassen.

Im Übrigen verweisen wir auf die nachfolgenden Anmerkungen zu den einzelnen Vorschlägen des Regierungsentwurfes.

II. Einzelanmerkungen

1. §§ 2 Abs. 1a, 7 Abs. 2 Satz 3, 53 Abs. 2 Satz 2 GmbH-RegE i. V. m. Anlage 1 zum GmbH-RegE – Muster zur Gründung von Standard-GmbHs

Der Regierungsentwurf sieht in §§ 2 Abs. 1a, 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-RegE i. V. m. Anlage 1 zum GmbHG-RegE eine vereinfachte Gründung von GmbHs in unkomplizierten Standardfällen vor. Die Einführung einer solchen vereinfachten Möglichkeit zur Gründung von „Standard“-GmbHs unter Verzicht auf das Beurkundungserfordernis des Gesellschaftsvertrages, wird im Ansatz begrüßt. Hierdurch wird die GmbH als Rechtsform auch für kleinere Unternehmen grundsätzlich attraktiver gestaltet.

Die im Regierungsentwurf hierfür vorgesehenen Regelungen werfen aus unserer Sicht jedoch einige Fragestellungen und Rechtsprobleme auf.

Zunächst ist zu befürchten, dass durch die Mustersatzung bei Unternehmensgründern der Eindruck erweckt wird, sie enthalte Vorschriften zu allen regelungsbedürftigen Punkten. Dieser Eindruck könnte dadurch verstärkt werden, dass die Mustersatzung mit dem „Gütesiegel“ des Gesetzgebers ausgestattet ist. Dieser Eindruck wäre jedoch möglicherweise unzutreffend. So lässt die Mustersatzung z. B. Vorschriften zu den rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer Trennung der Gesellschafter, die gerade bei Existenzgründungen häufig vorkommt, sowie zur Sicherung der Beteiligungsverhältnisse in der Gesellschaft durch entsprechende Regelungen zur Vinkulierung oder zu Vorkaufs- bzw. Andienungsrechten vermissen.

Im Hinblick auf das Beurkundungserfordernis bei der Änderung der Mustersatzung ist zudem fraglich, ob es – bei einer grundsätzlich Beibehaltung der Notwendigkeit zur Beurkundung von Satzungsänderungen – sinnvoll ist, auch dann nach § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE vom Beurkundungserfordernis abzusehen, wenn der Sitz der Gesellschaft ins Ausland verlegt wird. Gerade bei einer durch die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG ermöglichten Verlegung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft ins Ausland kann ein erheblicher Beratungsbedarf für die Gesellschafter entstehen. Auf der anderen Seite stellt

sich die Frage, warum eine Änderung des Gesellschafterbestandes durch Veräußerung eines Geschäftsanteils durch einen der Gesellschafter nicht durch § 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-RegE vom Beurkundungserfordernis ausgenommen wird. Ist bereits die Gründung der Gesellschaft nicht beurkundungspflichtig, wäre zu überlegen, ob Entsprechendes nicht auch für die Veräußerung eines Geschäftsanteils gelten sollte.

Wir halten den Weg einer erleichterten Gründung von Standard-GmbHs durch Einführung einer Mustersatzung grundsätzlich für gangbar. Wir regen jedoch an, dass der Bundesrat die Bundesregierung um ihre Einschätzung zu den angesprochenen Fragen bittet.

2. Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG – Freie Wahl des Verwaltungssitzes

Die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG, wodurch deutschen Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet wird, einen Verwaltungssitz auch außerhalb Deutschlands zu wählen, der nicht notwendig mit dem statuarischen Sitz der Gesellschaft übereinstimmt, ist zu begrüßen. Diese Mobilitäts erleichterung für deutsche Gesellschaften dient der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Gesellschaftsrechts.

Der ZKA hat in diesem Zusammenhang bereits im Rahmen seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf die Frage aufgeworfen, ob mit dem Wegfall der vorgenannten Regelungen eine vollständige Abkehr von der so genannten Sitztheorie und eine Hinwendung zur so genannten Gründungstheorie verbunden ist.

Wir halten eine Klärung dieser Frage in der Gesetzesbegründung für sinnvoll.

3. §§ 5 Abs. 1, 5a GmbHG-RegE - Absenkung des Mindeststammkapitals und haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft

Ebenso wie der Referentenentwurf zum MoMiG und der Referentenentwurf zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG) aus dem Jahr 2005 sieht auch der Regierungsentwurf zum MoMiG eine Absenkung des Mindeststammkapitals von bisher 25.000 Euro auf künftig 10.000 Euro vor. Ob die Herabsetzung des Mindeststammkapitals zu einer Steigerung der Attraktivität der GmbH im internationalen Wettbewerb führen wird, ist ungewiss. In jedem Fall wird durch die Herabsetzung

des Mindeststammkapitals dessen Funktion, als „Seriositätsschwelle“ zu dienen, abgeschwächt.

Dies gilt in noch größerem Maße für die mit § 5a GmbHG-RegE vorgeschlagene Einführung einer „haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft“. Hierdurch wird de facto der „Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung“ eingeführt. Es erscheint fraglich, ob die hierdurch vorgesehene Schaffung einer GmbH-Variante quasi ohne Mindeststammkapital zu einer Förderung des Unternehmensstandortes Deutschland beitragen wird. Die Einführung des neuen Rechtsformzusatzes „UG (haftungsbeschränkt)“ stellt zwar sicher, dass die „GmbH ohne Mindeststammkapital“ im Rechtsverkehr als solche identifiziert werden kann. Es ist jedoch zu befürchten, dass – in noch stärkerem Maße als durch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals der „Standard“-GmbH – die Gründung unrentabler Gesellschaften gefördert wird. Das sich durch die neue Rechtsform etwaige erhoffte Innovationsimpulse für Wirtschaft und Arbeitsmarkt realisieren lassen, ist bereits deswegen zweifelhaft, weil die unternehmerische Betätigung schon heute nicht an die Aufbringung eines Mindeststammkapitals gebunden ist.

Stellt man einerseits die Vorschläge zum Mindeststammkapital in § 5 Abs. 1 GmbHG-RegE und andererseits die Vorschläge zur haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft in § 5a GmbHG-RegE gegenüber, so stellt sich zudem die Frage, ob neben der geplanten Einführung einer „GmbH ohne Mindeststammkapital“ weiterhin eine Herabsetzung des Mindeststammkapitals der „Standard“-GmbH auf 10.000 Euro erforderlich ist. Ist die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft in der Lage, ihr Stammkapital durch Auffüllung der in § 5a Abs. 3 GmbHG-RegE geregelten zweckgebundenen Rücklage auf 10.000 Euro zu erhöhen, so ist kaum ersichtlich, warum dies nicht auch bis zur Erreichung eines Betrages von 25.000 Euro möglich sein sollte. Hierdurch würde der bisher bestehende Gläubigerschutz im Hinblick auf die „Standard“-GmbH gewahrt und gleichzeitig der Unternehmensstandort Deutschland durch die Einführung einer Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung mit geringem Kapitalbedarf gefördert werden (vgl. hierzu auch schon oben I. – Vormerkung).

Wir empfehlen deshalb, von der Einführung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft abzusehen. Der neu einzuführende § 5a GmbHG-RegE sollte deshalb gestrichen werden.

Sollte trotz der geäußerten Bedenken an der Einführung einer haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft festgehalten werden, erscheint jedenfalls die gleichzeitige Herabsetzung des Mindeststammkapitals der „Standard“-GmbH nicht mehr erforderlich.

4. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG-RegE - Wegfall der Vorlage staatlicher Genehmigungen als Eintragungsvoraussetzung

Die Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG und der damit verbundene vollständige Wegfall des Erfordernisses der Vorlage staatlicher Genehmigungen als Eintragungsvoraussetzung der GmbH im Handelsregister wird ausdrücklich begrüßt. Das noch im Referentenentwurf vorgesehene Erfordernis, bei der Anmeldung der Eintragung zum Handelsregister anstelle der staatlichen Genehmigung eine Versicherung des Geschäftsführers vorzulegen, dass die Genehmigung bei der zuständigen Stelle beantragt worden ist, war nicht dazu geeignet, Rechtsicherheit zu schaffen. Insbesondere hätte die vorgesehene Rechtsfolge, die Gesellschaft von Amts wegen zu löschen, wenn die Genehmigung nicht innerhalb von 3 Monaten nachgewiesen wurde, dazu geführt, dass die GmbH unter einem für den Rechtsverkehr nicht ersichtlichen Vorbehalt der drohenden Löschung steht. Dies wäre aus Gründen des Verkehrsschutzes, insbesondere im Hinblick auf die Begründung von Konto- und Darlehensbeziehungen, bedenklich gewesen.

Durch den vollständigen Verzicht auf den Nachweis öffentlich-rechtlicher Genehmigungen als Voraussetzung der Eintragung der GmbH zum Handelsregister wird das Eintragsverfahren wesentlich beschleunigt. Dies ist als echte Erleichterung von Unternehmensgründungen zu begrüßen.

5. § 16 GmbHG-RegE – Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter/ Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen

a) § 16 Abs. 1 GmbHG-RegE

Die in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE angeordnete schwebende Unwirksamkeit der in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommenen Rechtshandlungen des Erwerbers, die bei einer Verzögerung der Aufnahme in die Gesellschafterliste endgültig unwirksam werden, kann sich im Rahmen der Geschäftsverbindung zu der GmbH als kritisch erweisen. Insbesondere bei der Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern

durch den Erwerber sind hierdurch erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Verfügungsbefugnis über das Konto der GmbH und der Berechtigung zur Auftragserteilung gegenüber der Bank zu erwarten.

Wir regen an, dass der Bundesrat die Bundesregierung vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen um eine kritische Überprüfung der vorgeschlagenen Regelung bittet.

b) § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE

Grundsätzlich zu begrüßen ist die – anknüpfend an die Eintragung in die Gesellschafterliste – vorgesehene Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen. Der gute Glaube an die Gesellschaftereigenschaft bzw. den Gesellschafterbestand soll nach § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE allerdings nur insoweit geschützt werden, als die betreffende Angabe bereits mindestens drei Jahre (unrichtig) in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch gegen die Liste eingereicht worden ist.

Dies erscheint unter mehreren Gesichtspunkten als misslich. So weiß der Erwerber eines Geschäftsanteils nicht, wann die für den gutgläubigen Erwerb maßgebliche Drei-Jahres-Frist beginnt, da nicht auf das für ihn erkennbare Datum der Eintragung in die Liste, sondern auf die – gerade ihm nicht ersichtliche – Unrichtigkeit derselben abgestellt wird. So ist er z.B. bei einer mehr als drei Jahre vor dem Erwerb erfolgten, ursprünglich richtigen Eintragung des Veräußerers nicht geschützt, wenn diese Eintragung vor weniger als drei Jahren unrichtig wurde, z.B. durch die Weiterveräußerung des Geschäftsanteils. Lösen ließe sich dieses Problem dadurch, dass bei einer Eintragung seit mindestens drei Jahren deren Richtigkeit vermutet würde. Daher wird – in Anlehnung an die Vorschläge von Müller, GmbHR 2006, 953, 958 sowie Schockenhoff/Höder ZIP 2006, 1841f. – vorgeschlagen, zugunsten des Erwerbers eines Geschäftsanteils mit Ablauf einer bestimmten Frist die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu vermuten, sofern nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein Widerspruch der Liste zugeordnet wurde.

Der im Hinblick auf den Widerspruch vorgeschlagene Zeitraum von drei Jahren erscheint allerdings zu lang bzw. nicht praxisgerecht: Änderungen im Gesellschafterkreis sind durchaus üblich und dürften auch in wesentlich kürzeren Intervallen als den angestrebten drei Jahren vorkommen. Insofern ist nicht ganz nachvollziehbar, weshalb in der Entwurfsbegründung ausschließlich auf die Rechtssicherheit über längere Zeiträume abgestellt wird.

Üblicherweise wird ein Inhaber von Geschäftsanteilen im Rahmen des Jahresabschlusses seine Prüfungen vornehmen und in diesem Zusammenhang auch die Gesellschafterliste im Handelsregister einsehen. Zudem kann der wahre Berechtigte künftig ohne großen Aufwand online die Gesellschafterliste einsehen und Korrekturen veranlassen, wofür er die vorgesehene Frist von drei Jahren nicht benötigt. Insofern erscheint es sachgerecht, die Frist auf ein Jahr zu verkürzen. Andernfalls würde der angestrebte Zweck des § 16 Abs. 3 GmbHG-RegE, die Erhöhung der Rechtssicherheit und Senkung der Transaktionskosten, entwertet werden.

Begrüßt wird auch, dass der Regierungsentwurf im Unterschied zum Referentenentwurf nicht mehr jegliche Form des Widerspruchs zur Zerstörung des guten Glaubens ausreichen lässt, sondern nur noch einen Widerspruch, der auf einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung desjenigen beruht, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet.

Wir empfehlen deshalb, § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-RegE so zu ändern, dass der gutgläubige Erwerb nicht an die für den Erwerber nicht erkennbare Dauer der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste anknüpft, sondern an den Ablauf einer vom Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellschafterliste zum Handelsregister an zu berechnenden Frist. Zudem empfehlen wir, die bisher vorgesehene Frist von drei Jahren auf ein Jahr zu verkürzen.

6. § 17 Abs. 5 GmbHG-RegE - Teilverpfändung von GmbH-Anteilen

In der Kreditsicherungspraxis von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Verpfändung von GmbH-Anteilen. In diesem Zusammenhang besteht nicht selten das Bedürfnis, dass ein Gesellschafter nicht einen gesamten Geschäftsanteil, sondern nur einen Teil hiervon als Kreditsicherheit verpfändet.

Nach geltender Rechtslage entstehen bei einer Teilverpfändung besondere Schwierigkeiten daraus, dass nach § 17 Abs. 6 GmbHG eine Teilung von Geschäftsanteilen nur bei der Veräußerung oder Vererbung statthaft ist. Da vor Teilung eines Geschäftsanteils noch kein Pfandrecht an einem Teil eines Geschäftsanteils entstehen kann, erlangt der Sicherungsnehmer einer Teilverpfändung eines GmbH-Anteils erst mit dessen Teilung im Wege der Veräußerung (also der Verwertung) eine werthaltige Sicherheit.

Dieses Problem wird durch die geplante Aufhebung von § 17 GmbHG wesentlich entschärft, da für die Teilung eines Geschäftsanteils nicht mehr die Veräußerung oder Vererbung, sondern gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG-RegE nur noch die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist. Das ist zu begrüßen.

7. § 19 Abs. 4 GmbHG-RegE – Sacheinlage und verdeckte Sacheinlagen

a) § 19 Abs. 4 GmbHG-RegE

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass der Regierungsentwurf – anders als noch der Referentenentwurf zum MoMiG – die bisher mit dem Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage bestehenden Schwierigkeiten aufgreift und einer Lösung zuführt, die der Unternehmenspraxis entgegen kommt. Dadurch, dass verdeckte Sacheinlagen nach dem Regierungsentwurf zukünftig einer Differenzhaftung unterstellt werden sollen, werden die bisherigen unzumutbaren Folgen einer verdeckten Sacheinlage (Unwirksamkeit sowohl der schuldrechtlichen Vereinbarung, als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts) eingegrenzt. *Das ist als wesentliche Erleichterung zu begrüßen.*

b) Zusätzlich: Regelungsbedarf im Aktienrecht

Ein gleich gelagertes Regelungsbedürfnis besteht selbstverständlich auch im Aktienrecht. Dort ist der Handlungsbedarf zudem noch größer als bei der GmbH, weil sich wegen § 27 Absatz 3 und § 183 Absatz 2 AktG die zum GmbH-Recht ergangene Rechtsprechung des BGH zur Heilung verdeckter Sacheinlagen nicht auf die Aktiengesellschaft anwenden lässt. Es erscheint grundsätzlich sachgerecht, wenn der Gesetzgeber die entsprechenden Änderungen in die sich aus der EU-Richtlinie zur Änderung der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie notwendige Deregulierung der Sacheinlage im Aktienrecht eingliedern möchte. Dies sollte – wenn nicht bereits im Zuge der GmbH-Reform - dann allerdings auch zum Anlass genommen werden, festzuschreiben, dass eine uneingeschränkte Anwendung der Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage auf Kreditinstitute über die vom Bundesgerichtshof³ im Zusammenhang mit einer Bezugsrechtskapitalerhöhung (§ 186 Abs. 5 AktG) postulierte „Privilegierung“ hinaus auch bei anderen Aktienemissionen nicht geboten ist, sofern die Emissionsbank die Aktien nur vorübergehend als „treuhänderischer Intermediär“ zum Zwecke der Weiterplatzierung übernimmt und keine Rechte aus ihnen ausübt.

³ BGHZ 118, 83.

Wir regen an, dass der Bundesrat die Bundesregierung auffordern sollte, nochmals zu prüfen, ob die für die GmbH vorgesehene sachgerechte Erleichterung jetzt und nicht erst bei einer künftig anstehenden Änderung des Aktiengesetzes in das Aktienrecht mit aufgenommen werden sollte.

8. §§ 30 GmbHG-RegE, 57 AktG-RegE - Kapitalaufbringung und Cash-Pooling;

a) § 30 GmbHG-RegE

Zu begrüßen ist auch das Bestreben der Bundesregierung, durch Änderungen im GmbHG und AktG das bei der Konzernfinanzierung auch international gebräuchliche Cash-Pooling auf eine „verlässliche Rechtsgrundlage“ zu stellen. Bei der nunmehr im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelung hat die Bundesregierung die zahlreichen Kritikpunkte, die u. a. auch der ZKA in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf aufgeworfen hatte, berücksichtigt. Dabei hat sich die Bundesregierung begrüßenswerter Weise dafür entschieden, in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE eine Klausel aufzunehmen, nach der sämtliche Gesellschafterdarlehen im Rahmen der internen Konzernfinanzierung aus dem Tatbestand des § 30 GmbHG herausgenommen werden. Geprüft werden sollte jedoch insbesondere, inwieweit die Formulierung in Satz 2 auch geeignet ist, die bislang bestehende Rechtsunsicherheit bei der Sicherheitenbestellung zu beseitigen. Sie unterscheidet sich von anderen Leistungen durch das Zeitelement und die Ungewissheit des realen Abflusses von Gesellschaftsvermögen. Fraglich ist damit insbesondere der Beurteilungszeitpunkt für die Vermögensminderung; hier dürfte es sich anbieten, auf den Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit abzustellen. Es sollte nicht der Rechtsprechung überlassen bleiben, welche (konkreten) Anforderungen künftig an die Annahme eines „vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch“ gegen den Gesellschafter zu stellen sind. Eine weitere Konkretisierung dieser Begriffe durch den Gesetzgeber erscheint daher geboten.

Wir regen an, dass der Bundesrat die Bundesregierung bitten sollte, den Begriff des „vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruchs“ weiter zu konkretisieren.

b) § 57 AktG-RegE

Vollkommen abgesehen werden sollte von dem Versuch, durch die geplante Änderung in § 57 AktG (vgl. Art. 5 Ziffer 5 des Regierungsentwurfs) einen Gleichlauf mit § 30 GmbHG herzustellen. Soweit der Gesetzgeber auch hier Leistungen zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags von der strengen Vermögensbindung des § 57 AktG ausnehmen will, wurde übersehen, dass eine entsprechende Regelung bereits heute in § 291 Abs. 3 AktG enthalten ist. Diese versehentliche Duplizierung ist daher rückgängig zu machen. Aber auch für die faktisch konzernierte AG verdrängen die §§ 311 ff. AktG nach h.M. die Bestimmungen zur Kapitalerhaltung, sofern ein (zeitlich aufgeschobener) Nachteilsausgleich erfolgt (§ 311 Abs. 2 AktG). Angesichts des aktienrechtlichen Konzernrechts sollte daher von einer Änderung insgesamt abgesehen und allenfalls nochmals geprüft werden, ob hier tatsächlich Klärungsbedarf besteht. Dieser könnte im Rahmen der noch ausstehenden Umsetzung der EU-Richtlinie zur Änderung der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie aufgegriffen werden. Gleiches gilt letztlich auch für Satz 3 betreffend die Gesellschafterdarlehen. Sie sind nach praktischer Bedeutung und Verlauf der Rechtsprechung in erster Linie ein Problem der GmbH, für die auch die Teilregelung in §§ 32a, 32b GmbHG besteht, die nunmehr aufgehoben werden soll. Da bereits bislang die GmbH-Regeln modifiziert auf das Aktienrecht übertragen wurden, sollte bereits mit der Änderung im GmbHG alles Erforderliche auch für die Aktiengesellschaft getan sein.

Wir empfehlen, von einer Änderung des § 57 AktG Abstand zu nehmen.

9. Neuregelung des Rechts der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (Eigenkapitalersatzrecht)

Das Bestreben der Bundesregierung, die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts wesentlich zu vereinfachen, ist zu begrüßen. Die Sanierungsfeindlichkeit des deutschen Rechts wird hierdurch allerdings nicht beseitigt. Auch die Änderungen des Regierungsentwurfes im Vergleich zum Referentenentwurf vermögen hieran nichts zu ändern.

a) § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE – Sanierungsprivileg

Wir begrüßen die geplante Abschaffung des komplexen Nebeneinanders der auf einer analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG basierenden Rechtsprechungsregeln und der

gesetzlichen Bestimmungen (§§ 32a, 32b GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO). Auch erscheint die vorgesehene klare und pauschale Regelung, nach der alle Darlehen von Gesellschaftern in der Insolvenz zurücktreten sollen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-RegE), annehmbar.

Die nunmehr in § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE vorgesehene Regelung, wonach eine Sanierungsbeteiligung bis zur „nachhaltigen Sanierung“ der Gesellschaft privilegiert werden soll, erscheint auf den ersten Blick im Unterschied zu der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Beschränkung der Privilegierung bis zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit eine gewisse Erleichterung zu bieten. Der Begriff „nachhaltige Sanierung“ dürfte zwar über den Zeitpunkt der Überwindung der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung hinausgehen. Die vorgesehene Begrenzung des Sanierungsprivilegs bis zur nachhaltigen Sanierung ist allerdings mit erheblichen Unsicherheiten aus dem jeweiligen Sachverhalt und der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs verbunden.

Anstelle des für § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE vorgesehenen unbestimmten Rechtsbegriffs der nachhaltigen Sanierung sollte eine angemessene zeitliche Befristung vorgesehen werden. Anhaltspunkte für eine solche Frist bieten andere Vorschriften, die Ausnahmen von der Anwendung der Regeln über kapitalersetzende Darlehen vorsehen oder Anreize zur Krisenfinanzierung bieten. So nahm zum Beispiel der ehemalige § 25 UBGG Kredite von Banken, die mit einer Unternehmensbeteiligungsgesellschaft verbunden sind, für vier Jahre von den Regeln über kapitalersetzende Darlehen aus. Des Weiteren gilt nach § 268 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Vorrang des § 266 InsO für Kredite, die in einem Insolvenzplanverfahren eingeräumt werden, nur für höchstens drei Jahre nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Eine klare und eindeutig bestimmbare Frist von drei oder vier Jahren würde in Krisensituationen den Gläubigern gute Argumente geben, sich für die Übernahme einer Sanierungsbeteiligung zu erwärmen. Kürzer dürfte diese Frist allerdings nicht sein

Teilweise bleibt die Sanierungsfeindlichkeit des bisherigen Rechts, die bereits zahlreiche Kritik erfahren hat⁴, in der Insolvenz der Gesellschaft allerdings auch nach dem MoMiG-RegE bestehen. Auch nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE greift das Sanierungsprivileg nur dann ein, wenn beispielsweise ein Kreditinstitut eine Beteiligung an der Gesellschaft zum Zweck ihrer Sanierung erwirbt. Wird der Geschäftsanteil hingegen aus sozialpoliti-

⁴ Siehe hierzu etwa Uhlenbruck, KTS 1981, 513, 572; ders., GmbHR 1982, 143; H.P. Westermann, ZIP 1982, 390, 386; Stürmer ZIP 1982, 761; Menzel AG 1982, 197; Karsten Schmidt, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und insolvenzrecht, Gutachten D zum 54. Deutschen Juristentag 1982, S. 106; Rümker, ZIP 1982, 1385; Götz/Hegerl, DB 1997, 2365.

schen Gründen⁵ erworben oder um eine geordnete Abwicklung zu gewährleisten und die Rückzahlung schon früher gegebener Kredite zu sichern – wenn sie also von Anfang an typische Gläubigerabsichten verfolgt⁶ –, werden Darlehen dieser Gesellschafter auch nach dem MoMiG-RegE in der Insolvenz nachrangig behandelt.

Wir empfehlen, das Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE klar und eindeutig zeitlich zu befristen.

Ferner empfehlen wir, in das Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO-RegE nicht nur solche Darlehen einzubeziehen, die durch einen Gesellschafter gewährt werden, der seine Beteiligung nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit erworben hat, um die Gesellschaft zu sanieren. Vielmehr sollte Entsprechendes auch dann gelten, wenn die Beteiligung an der insolvenzreifen Gesellschaft aus sozialpolitischen Gründen oder typischen Gläubigerabsichten erfolgt.

b) § 39 Abs. 5 InsO-RegE – Grenze des Kleinbeteiligungsprivilegs

Die mit § 39 Abs. 5 InsO-RegE vorgesehene Anpassung der Grenzen des Kleinbeteiligungsprivilegs bei der GmbH und der AG auf 10% stößt auf grundsätzliche Bedenken: Die vorgeschlagene Regelung trägt nicht dem Umstand Rechnung, dass insbesondere viele mittelständische Unternehmen aufgrund ihrer schwachen Eigenkapitalausstattung in hohem Maße auf eine ergänzende Finanzierung angewiesen sind. Diese erfolgt zunehmend nicht nur über klassische Darlehen, sondern auch über Direktbeteiligungen oder Mezzaninefinanzierungen (stille Beteiligungen, Genussrechte etc). Letztere sind oft so ausgestaltet, dass der Mezzanine-Kapitalgeber wirtschaftlich einem Gesellschafter nahe steht, da nur auf diese Weise die Eigenmittelbasis des Unternehmens gestärkt werden kann (Gewinnabhängigkeit der Vergütung, Mitspracherechte, Nachrangigkeit, Verlustbeteiligung, bilanzielle Wertung als echtes Eigenkapital etc.). Diese Verbreiterung der Eigenmittelbasis des Unternehmens ermöglicht es diesem, gleichzeitig weitere Darlehen zu erhalten und so eine für seine Zwecke günstige Finanzierung zu erreichen. Oft werden Beteiligungs- oder Mezzaninekapital und Darlehen von derselben Bank gegeben. Dies führt nach derzeitiger Rechtslage dazu, dass während der Laufzeit des Mezzaninevertrages (und der anschließenden "cool off"-Periode nach InsO) nicht nur das Beteiligungs- bzw. Mezzaninekapital, sondern auch die Darlehen gefährdet sind. Dies erschwert unnötig die Bereitschaft der Kreditwirtschaft, die Eigenkapitalausstattung insbesondere von deut-

⁵ OLG Düsseldorf, ZIP 1995, 465.

⁶ BGH, WM 1981, 1200.

schen mittelständischen Unternehmen durch die Vergabe von Beteiligungskapital oder eigenkapitalähnlicher Mittel zu verbessern. An dieser Lage ändert der MoMiG-Entwurf, der das Thema der Gesellschafterdarlehen zu einem reinen Thema der Insolvenz machen will, leider nichts, weil sich die Frage des Ausfalls für die Darlehen eines Kreditinstituts gerade in der Insolvenz stellt.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Verringerung der Beteiligungsgrenze bei der AG sachlich nicht gerechtfertigt. Hinzu tritt, dass der Entwurf eine Übergangsregelung für bestehende Beteiligungen nicht vorsieht. Stattdessen sollten die Grenzen in § 39 Abs. 5 InsO-RegE insgesamt auf 25% erhöht werden.

Wir empfehlen daher, Artikel 9 Nr. 5 b) MoMiG (§ 39 Abs. 5 InsO-RegE) wie folgt zu fassen:

„(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinn des Absatzes 4 Satz 1, der mit ~~zehn~~ 25 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.“

c) § 39 Abs. 5 InsO-RegE – Zusammenrechnung von Anteilen mehrerer Aktionäre bei der Ermittlung des Kleinbeteiligungsprivilegs

Weiterhin bleibt die – wohl auch definitiv schwer lösbare – Auslegungsfrage offen, wann eine Forderung aus einer Rechtshandlung vorliegt, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht. Nachdem die bisherige Grenze für die Einordnung von Aktionären als Gesellschafter im Sinne der Kapitalersatzregeln von 25% auf 10% herabgesetzt werden soll, wäre jedoch insbesondere eine Klärung der Streitfragen wünschenswert, unter welchen Umständen die Zusammenrechnung von Anteilen mehrerer Aktionäre zulässig ist.

Aus unserer Sicht sollte eine Zusammenrechnung von Anteilen mehrerer Aktionäre nur dann zugelassen werden, wenn zwischen diesen Aktionären gesellschaftsrechtliche Bindungen bestehen. Keine Zusammenrechnung darf hingegen bei Konsortialkrediten oder Zusammenwirken in Krisensituationen, insbesondere gemeinsamen Maßnahmen zur Beseitigung einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, erfolgen.
