

Prof. Dr. Ulrich Noack, Düsseldorf

Die GmbH in der alten und neuen Wahlperiode

Die Bundestagswahl steht nun kurz bevor. Das Stichwort „GmbH“ wird man beim Stöbern in den Wahlprogrammen der Parteien zwar vergeblich suchen, aber außerhalb des Politikbetriebs steht die GmbH selbstverständlich nicht. Die beliebteste Rechtsform der Wirtschaft darf sich grundsätzlich der Aufmerksamkeit der Politik sicher sein. Was hat die GmbH in der bald zu Ende gehenden Wahlperiode erfahren, und was steht zu erwarten?

Rückblick

Die erste Antwort auf die Doppelfrage ist schnell erteilt. Das GmbH-Gesetz hat die Zeit seit dem Herbst 2009 fast unverändert passiert. Aus legislatorischer Sicht ist Ruhe eingekehrt und angebracht. Die vorletzte Wahlperiode hat durch die große GmbHG-Reform (*MoMiG*) hinreichend gewirkt. Mit den MoMiG-Problemen befassen sich Wissenschaft und Rechtsprechung, der Gesetzgeber konnte sich zurücklehnen. Nur Randkorrekturen und Ergänzungen sind zu verzeichnen: Den (elektronischen) Bundesanzeiger hat man zum alleinigen Gesellschaftsblatt erklärt (2011: § 12 GmbHG), und die Abkürzung „gGmbH“ wurde offiziell eingeführt (2013: § 4 GmbHG, dazu *Wachter*, GmbHR 2013, R 145f.). Auch außerhalb des GmbH-Rechts war der gesellschaftsrechtliche Gesetzgeber nicht gerade aktiv. Das Schicksal der *Aktienrechtsnovelle* wird sich im Bundesrat noch kurz vor der Wahl erweisen. Die Novelle hat durchaus Auswirkung auf die große mitbestimmte GmbH, weil sie das „System der Vergütung“ von Vorständen in die Hände der Hauptversammlung gibt.

Die GmbH & Co. KG bekam in diesem Sommer eine Stiefschwester: die *Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung* (*PartGmbH*). Diese Ausgestaltung der Partnerschaft ermöglicht den freien Berufen eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen für berufliche Fehler, wenn dafür eine Pflichtversicherung vorgesehen ist. Was dem Gewerbe die GmbH & Co. KG ist, ist jetzt für die freien Berufe die PartGmbH. Das Terrain der Rechtsformen wird noch ein Stück unübersichtlicher. Da darf man schon einmal nach Österreich blicken, wo vor sechs Jahren ein Unternehmensgesetzbuch eingeführt wurde, das den freien Berufen den Zugang zu der Kommanditgesellschaft eröffnet.

Im Insolvenzrecht angesiedelt ist das 2012/2013 in Kraft getretene *ESUG* (s. hierzu zuletzt *Römermann*, GmbHR 2013, 337 ff.). Das *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* sieht vor, dass im Planverfahren auch über Geschäftsanteile verfügt werden kann. Die Gesellschafter sind also nicht nur wirtschaftlich, sondern auch in ihrer Rechtsstellung in das Insolvenzverfahren einbezogen. Namentlich die Umwandlung von Gläubigerforderungen in Ge-

sellschaftsbeteiligungen als Sanierungsinstrument muss aufmerksam beobachtet werden. Schillernde Strategien sind im Umlauf, unliebsame Gesellschafter auf diesem Wege loszuwerden.

Ausblick: Wahlprogramme ...

Für die zweite Antwort nach möglichen Rechtsänderungen ist ein zweiter Blick in die Wahlprogramme nützlich. Auch dann wird man keine GmbH entdecken, aber das allgemeine Gesellschaftsrecht kommt in drei Feldern vor: Frauenquote, Vorstandsvergütung, Mitbestimmung.

1. Die CDU will bis zum Jahr 2020 eine feste **Quote** von 30 % **für Frauen** in Aufsichtsräten mitbestimmungspflichtiger börsennotierter Unternehmen einführen; die SPD nennt dafür 40 %, die Grünen 50 % generell „in Aufsichtsräten“ und perspektivisch auch „auf anderen Ebenen“ im Unternehmen. Nur die FDP erklärt sich deutlich gegen derartige Eingriffe in die „Eigentümer- und Aktionärsrechte“. Die Einführung einer Geschlechterquote ist in der 17. Wahlperiode noch am Widerstand der Koalitionsmehrheit gescheitert. Da bis auf die FDP alle für eine Regierung in Betracht kommenden Parteien eine Quote propagieren, ist die Umsetzung eines solchen Vorhabens in der nächsten Wahlperiode durchaus wahrscheinlich. Für die GmbH wird entscheidend sein, ob eine Begrenzung auf börsennotierte Unternehmen oder wenigstens auf Aktiengesellschaften erfolgt. Ist das nicht der Fall und wird rechtsformneutral die Quote angeordnet, wäre die mitbestimmte GmbH mit ihrem Aufsichtsrat erfasst. Eine radikale Variante bestünde in der Erstreckung auf die Geschäftsleitung. Spätestens dann dürfte angesichts des weitreichenden Eingriffs in die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter das BVerfG angerufen werden. Für die Verfolgung gesellschaftspolitischer Zwecke ist das Gesellschaftsrecht nun einmal die falsche Bühne.

2. Die **Vorstandsvergütung** ist ebenso wie die Frauenquote ein rechtspolitischer Dauerbrenner. Möglicherweise erlischt das Feuer, wenn die Aktienrechtsnovelle durch den Bundesrat kommt. CDU, FDP und Grüne wollen die Hauptversammlung der AG grundsätzlich für zuständig erklären; die SPD enthält sich einer Aussage und plädiert für eine „Begrenzung der steuerlichen Absetzbarkeit von Vorstands- und sonstigen Managergehältern.“ Klar ist, dass den Aufsichtsrat schwächt, wer die Hauptversammlung stärkt. Dass die SPD diese Verschiebung der Kräfte mit Blick auf den mitbestimmten Aufsichtsrat nicht mag, ist verständlich. Die Gesetzgebung (*Aktienrechtsnovelle*) bzw. die Pläne sind für die große GmbH bedeutsam, deren Aufsichtsrat nach dem MitbestG zu bilden ist. Dort entscheidet bislang der Aufsichtsrat über den Abschluss

des Anstellungsvertrags mit dem Geschäftsführer. Ein Kern dieses Vertrags ist das Gehalt. Wird in der AG die Hauptversammlung zuständig (und sei es auch nur dem Grunde nach für das „System“), so kann man für die mitbestimmte GmbH nicht anders entscheiden. Diese für das Aktiengesetz geltende Änderung würde die in der Literatur vertretene Meinung bestätigen, wonach schon nach geltendem Recht dort die Gesellschafterversammlung befugt ist, Richtlinien zur Vergütung zu erlassen.

3. Die **Mitbestimmung** schließlich ist von den Grünen allgemein zum „Ausbau“, die paritätische von der SPD für alle Unternehmen ab 1000 Beschäftigten vorgesehen. Auch auf „Unternehmen ausländischer Rechtsform und Sitz in Deutschland“ soll das deutsche Mitbestimmungsrecht erstreckt werden. Letzteres würde eine schwierige europarechtliche Klärung erfordern, dessen sollten sich die Protagonisten bewusst sein. Die Senkung des Schwellenwerts um die Hälfte würde vor allem die mittelständische GmbH treffen. Kommt es tatsächlich zu dieser drastischen Ausweitung, ist der Wechsel in die Societas Europea (SE) für viele eine Möglichkeit, das bisherige Mitbestimmungsregime auf Dauer zu bewahren. Das SPD-Vorhaben steht im strikten Gegensatz zu einer rechtspolitischen Strömung, die eine Reduktion auf eine Drittelparität erreichen will bzw. eine gesetzliche Öffnung für Verhandlungslösungen nach dem Vorbild der SE anstrebt. Nur finden sich diese Vorstellungen in keinem Parteiprogramm, weshalb ihre Realisierung ganz fernliegend erscheint.

... und rechtspolitische Tagesarbeit

Nach dieser Höhentour durch die parteipolitischen Vorstellungen sind es die Mühen der Ebenen, welche die Tagesarbeit im Gesellschaftsrecht bestimmen. Auf der rechtspolitischen Agenda stehen vornehmlich die AG betreffende Gegenstände. Deren **Beschlussmängelrecht** ist seit langem in der Diskussion. Eine grundlegende Reform ist unwahrscheinlich, aber Einzelmaßnahmen denkbar. Dazu gehört in erster Linie die Bestandskraft von Aufsichtsratswahlen, was dann ebenso für die GmbH mit Aufsichtsrat zu gelten hätte. Die **Organhaftung** ist ein Thema, das der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des nächsten Deutschen Juristentages 2014 vorliegt. Auch insoweit ist evident, dass Geschäftsführer von Neuerungen auf diesem Felde betroffen wären.

Das GmbH-Gesetz ist – wie eingangs erwähnt – im Jahr 2008 kräftig geändert worden. Und seither? *Walter Bayer* hat den **Kapitalschutz** in der GmbH einer fulminanten General-

kritik unterzogen, insbesondere die halbherzige Neuregelung durch das *MoMiG* (*Bayer* in VGR 18, 2013, S.25 ff.; s. auch bereits *Bayer*, GmbHR 2010, 1289 ff.). Er plädiert für eine Freigabe der Kapitalaufbringung nach dem Vorbild der KG. Nur darauf soll es ankommen, dass die Einlage wertmäßig geleistet wird. Über Höhe, Art und Modalitäten der Erfüllung sollen die Gesellschafter frei disponieren können. Diesen m.E. beifallswürdigen Überlegungen für ein „MoMiG II“ dürfte sich der Gesetzgeber, wenn überhaupt, nur nach intensiver Diskussion anschließen.

Weniger umstürzlerische Vorschläge setzen an Praxisproblemen an, die mit der **Gesellschafterliste** zusammenhängen. Es erscheint kaum eine Ausgabe der GmbH-Rundschau, die nicht Rechtsprechung oder einen Beitrag zu den §§ 16, 40 GmbHG enthält. Die gesetzgeberische Idee, das Handelsregister zur Verwahranstalt für die Liste zu machen und eine Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar zu bestimmen, erscheint überprüfungsbedürftig. Konsequenter wäre es, die Gesellschafter im Register einzutragen, was ein Verfahren und einen Gutgläubensschutz wie im Grundbuchrecht nach sich ziehen würde.

Für manche auf der Wunschliste bleibt die Zurückdrängung des notariellen Erfordernisses bei **Anteilstransaktionen**. Eine Totalabsage an die Beurkundung dürfte keine Chance haben, aber vielleicht der schon zu MoMiG-Zeiten geforderte Verzicht beim „Umhängen“ der Beteiligungen im Konzern.

Schließlich ist die dienstrechtliche **Stellung des Geschäftsführers** in neuerer Zeit durch EuGH („Danosa“) und BGH (Anwendung des AGG) in den Fokus gerückt. Ob und wann der Geschäftsführer (w/m) als Arbeitnehmer anzusehen ist bzw. sog. Diskriminierungsschutz einsetzt ist eine offene Frage (*Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 ff.; *Forst*, GmbHR 2012, 821 ff.; *Kothe-Heggemann*, GmbHR 2012, R197). Die Rechtsprechung urteilt naturgemäß nur über den ihr vorgelegten Fall, mit dem vielfältigen Chor der Fachliteratur kann sich die Praxis nicht anfreunden. Hier könnte ein Anlass für eine gesetzgeberische „Klarstellung“ (wie es zuweilen heißt) gegeben sein.

Fazit

Alles in allem ist für das GmbH-Recht eine eher ruhige nächste Legislaturperiode zu prognostizieren. Weder dürfte der Ruf aus der Wissenschaft nach einem „MoMiG II“ erhört werden noch auch nur eine kleine GmbHG-Novelle die offenen Baustellen angehen. Rechtsprechung und Fachliteratur werden weiterhin das GmbH-Bild bestimmen.