

Stellungnahme des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

Der Bundesrat hat in seiner 835. Sitzung am 6. Juli 2007 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 2 Abs. 1a GmbHG),
Nr. 8 Buchstabe c (§ 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG),
Nr. 31 (§ 53 Abs. 2 Satz 1a GmbHG),
Nr. 50 (Anlage 1 zu § 2 GmbHG)

Artikel 1 Nr. 2, 8 Buchstabe c, Nr. 31 und 50 sind zu streichen.

Begründung:

Die Verwendung von Mustersatzungen wird die GmbH-Gründung nicht merkbar beschleunigen, die damit einhergehende Verringerung der Gründungsberatung und die fehlende Flexibilität der Mustersatzung im jeweiligen Einzelfall führen jedoch zu erheblichen Nachteilen.

Die Prüfung der Satzung in den mittlerweile zumeist ohnehin zügig durchgeführten Registerverfahren verursacht regelmäßig keine besonderen Verzögerungen. Deshalb stellen Mustersatzungen regelmäßig keine Vereinfachung dar. Auch hier müssen die Gründer bzw. der Gründungsberater die Mustersatzung auf Übereinstimmung mit dem konkreten Gründungssachverhalt hin prüfen. Die zusätzlich erforderlichen Vereinbarungen der Gründungsgesellschafter wären entweder in Gesellschaftervereinbarungen zu übernehmen, die nur einen schuldrechtlichen Gehalt aufweisen, oder durch nachfolgende Satzungsänderungen umzusetzen. Eine Beschleunigung wäre damit nicht mehr verbunden, die Rechtsberatungskosten würden steigen.

Schließlich ist zu bedenken, dass die individuelle Ausarbeitung des Gesellschaftsvertrags der Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten dient und späteren Streitigkeiten über Inhalt, Wirksamkeit und Auslegung vorbeugt. Anlässlich der Beurkundung können auch weitere wichtige Fragen im Umfeld der Gründung, wie z. B. die Vererblichkeit der Anteile oder die jeweilige güterrechtliche Situation der Beteiligten erörtert und gegebenenfalls notwendige Regelungen getroffen werden.

Damit erhalten insbesondere Kleinunternehmer und Mittelstand anlässlich der Beurkundung eine häufig notwendige, vergleichsweise kostengünstige und kompetente Beratung. Die Notargebühren für die Beurkundung der Gründung einer Ein-Personen-GmbH mit einem Stammkapital von 25 000 Euro betragen 84 Euro, bei einer Mehr-Personen-GmbH 168 Euro. Der oftmals erhobene Einwand der übermäßigen Kostenbelastung durch die notarielle Beurkundung trifft demnach für den weit überwiegenden Teil der kleinen und mittelständischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht zu.

Letztlich verleitet eine Mustersatzung im Gegensatz zur individuellen Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, bei der jede Bestimmung erörtert wird, dazu, nur unreflektiert den jeweiligen Wortlaut zu übernehmen. Die rechtliche Prüfung, ob die Mustersatzung tatsächlich für die jeweiligen Verhältnisse tauglich ist, sollen nach dem Entwurf die Gesellschafter vornehmen, weil mit dem "Gründungs-Set" die Eintragung "ohne rechtliche Beratung bewältigt" werden kann.

Für eine Mehrpersonengesellschaft ist die Mustersatzung auf Grund der unzureichenden Regelung des Verhältnisses der Gesellschafter zueinander völlig unzureichend.

Darüber hinaus sind die Essentialia einer Unternehmensgründung, nämlich die gewünschte Firma, Höhe und Verteilung der Stammeinlagen etc., auch bei der Gründung einer Gesellschaft mit Mustersatzung klärungsbedürftig und häufig auch beratungsintensiv. Wird dieser Bereich der Alleinverantwortung der Gründer überlassen, besteht das Risiko, dass unzulässige oder bereits vor Ort vorhandene Firmierungen gewählt werden. Die Mustersatzung führt somit zu einer Mehrbelastung der Gerichte und einer Verzögerung für die Gründer im Eintragungsverfahren.

Die formularmäßige Angabe des Unternehmensgegenstandes "Handel mit Waren", "Produktion von Waren" oder "Dienstleistungen" bietet nahezu keinen Aufschluss über die tatsächliche Betätigung der Gesellschaft. Sie schadet dem Wirtschaftsverkehr. In der Praxis droht den Gründern bei Verwendung eines formularmäßigen Unternehmensgegenstandes das Risiko, wegen Verletzung der nach außen nicht mehr ersichtlichen und im Registerverfahren nicht mehr geprüften öffentlich-rechtlichen Genehmigungspflichten sanktioniert zu werden.

Bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung ist der Notar zudem nicht mehr zum Vollzug der Anmeldung verpflichtet und wird diese in vielen Fällen den Beteiligten selbst überlassen. Die mit der Einführung des elektronischen Registerverkehrs zum 1. Januar 2007 erreichten Vorteile würden dadurch wieder aufgegeben. Gleichzeitig entfällt ohne Vollzugauftrag für den Notar auch die Anzeigepflicht gegenüber den Finanzbehörden nach § 54 EStDV, sodass hier

Steuerausfälle in erheblichem Umfang drohen.

Weiterhin werden mit der Einführung von Mustersatzungen neuartige Missbrauchsgestaltungen denkbar. Eine bestehende Gesellschaft kann von der regulären Satzung zunächst auf die Mustersatzung wechseln, nach § 53 Abs. 2 GmbHG-E ohne notarielle Mitwirkung eine Kapitalmaßnahme durchführen und anschließend wieder zur beurkundeten Satzung zurückkehren, etwa um hierdurch die Anzeigepflicht des Notars an das Finanzamt nach § 54 EStDV zu umgehen. Bei einer Kombination mit entsprechenden aufschiebenden Bedingungen wäre dieser Umweg ohne besondere Risiken für die Gesellschafter möglich.

Die mit der Verwendung von Mustersatzungen einhergehende Abkehr vom Prinzip der Satzungsautonomie stellt im Ergebnis einen maßgeblichen Systembruch im Recht der GmbH dar. Durch die notarielle Beratung und Vorprüfung werden die Registergerichte bei der bestehenden Rechtslage maßgeblich entlastet. Eine Verlagerung von Aufgaben auf die öffentliche Hand widerspricht allen hier bekannten Politikzielen.

Als Folge der Streichungen müsste die Anlage 1 zu Artikel 1 Nr. 50 (Anlage zu § 2 GmbHG) ebenfalls gestrichen und die Inhaltsübersicht (Anlage 2 zu Artikel 1 Nr. 51) entsprechend angepasst werden.

2. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 2 Abs. 1a GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens den erforderlichen effizienten und zeitnahen Vollzug einer GmbH-Gründung bei Benutzung der Mustersatzung bzw. des gesamten Gründungspakets sicherzustellen, soweit nicht im weiteren Verfahren an die Stelle der Mustersatzung und des Gründungspakets ein notariell beurkundetes Gründungsprotokoll tritt oder auf die Einführung der Mustersatzung grundsätzlich verzichtet wird.

Begründung

Das mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verfügung gestellte Gründungspaket kann in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung zu einer verzögerten Handelsregistereintragung führen. Bedürfen nur noch die Unterschriften der Gesellschafter in der Mustersatzung und des Geschäftsführers in der Anmeldung der Beglaubigung durch einen Notar, könnten sich Notare unter Berufung auf ein Nebengeschäft einem Vollzug der Urkunden durch Anmeldung beim Handelsregister entziehen wollen. Die Gründer könnten sich mit dem Gründungspaket auch nicht mit Erfolg an das Registergericht wenden, denn gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Eintragungsanträge in elektronischer Form einzureichen. An Fassung und Inhalt des § 12 HGB in der Fassung vom 1. Januar 2007 sollte indes nicht gerüttelt werden. Eine neuerliche Änderung nach so kurzer Zeit würde die Akzeptanz derjenigen, die mit dem Gesetz re-

gelmäßig umgehen, gefährden. Zudem haben die Länder erhebliche finanzielle Mittel für die Umstellung auf das elektronische Handelsregister aufgebracht; es muss vermieden werden, dass es ihnen - über die derzeit noch gegebenen Übergangsprobleme hinaus - dauerhaft obliegt, aus eingereichten Papierurkunden Dokumente zu erstellen, die einer elektronischen Verarbeitung zugänglich sind.

Daher ist sicherzustellen, dass mit der Beglaubigung der Unterschriften im Gründungspaket für die Notare eine Vollzugspflicht einhergeht, den Eintragungsantrag zum Handelsregister in der Form des § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB zu bewirken, wenn ihnen die entsprechenden Aufträge erteilt werden.

3. Zu Artikel 1 Nr. 3a -neu- (§ 4 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob der Rechtsformzusatz "gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung" oder die Abkürzung "gGmbH" in § 4 GmbHG aufgenommen werden kann.

Begründung:

Das OLG München stellte mit Beschluss vom 31. Dezember 2006 (-31 Wx 84/06-, NJW 2007, 1601) fest, dass die Abkürzung "gGmbH" keine zulässige Angabe der Gesellschaftsform darstelle und daher nicht im Handelsregister eingetragen werden könne. Bei der Abkürzung - und auch der ausgeschriebenen Form - handelt es sich aber um eine langjährig und allgemein bekannte, akzeptierte sowie häufig verwendete Angabe, die lediglich auf einen bestimmten Gesellschaftszweck hinweist und die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse der Gesellschaft unberührt lässt. Um aus Gründen der Publizität jedweden Zweifeln vorzubeugen, gleichzeitig aber auch tradierten Angaben eine gesetzliche Basis zu geben, bietet sich die "Legalisierung" der "gGmbH" an.

Hierbei geht es nicht um die Einführung einer neuen Rechtsform, sondern lediglich um die Möglichkeit der rechtmäßigen Verwendung des Firmenzusatzes.

4. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 5a Abs. 1 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob statt des in § 5a Abs. 1 GmbHG-E aufgeführten Rechtsformzusatzes "Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)" oder der Abkürzung "UG (haftungsbeschränkt)" besser der Rechtsformzusatz "Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindeststammkapital)" oder die Abkürzung "GmbH (o.M.)"

gewählt werden könnte.

Begründung:

Der Gesetzentwurf stellt zu Recht darauf ab, dass das Publikum nicht darüber hinweg getäuscht werden darf, dass es sich bei einer Gesellschaft im Sinne von § 5a GmbHG-E um eine solche handeln kann, die möglicherweise mit sehr geringem Gründungskapital ausgestattet ist. Der Rechtsformzusatz muss das zum Ausdruck bringen, sich aber auch und gerade daran orientieren, dass es sich bei der Gesellschaft im Sinne von § 5a GmbHG-E nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine GmbH handelt, die ohne bestimmtes Mindeststammkapital gegründet worden ist. Sie steht nicht neben oder unter der GmbH, sondern bildet ein Durchgangsstadium hin zur "Voll-GmbH". Vor diesem Hintergrund sollte gerade in diesem Interimsstadium auch ein Rechtsformzusatz gewählt werden, der zielführenden Charakter hat und die neue "Gesellschaftsform" nicht von Anfang an in Misskredit bringt. Es erscheint daher folgerichtig, das Publikum umfassend, aber auch nur darüber zu informieren, woran es der gegenwärtigen Gesellschaft noch mangelt, nämlich am vollen Stammkapital im Sinne von § 5 Abs. 1 GmbHG-E.

Der Rechtsformzusatz "Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindeststammkapital)" oder die Abkürzung "GmbH (o.M.)" genügt Publizitätsanforderungen ebenso, wie dies bei dem eine Liquidationsfirma kennzeichnenden Zusatz im Sinne von § 68 Abs. 2 GmbHG der Fall ist (GmbH i.L.).

5. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 5a Abs. 1a -neu- GmbHG)

In Artikel 1 Nr. 6 § 5a ist nach Absatz 1 folgender Absatz 1a einzufügen:

"(1a) Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. In diesem Fall genügt ein Gründungsprotokoll, das die in § 3 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 Nr. 3 genannten Angaben und die Bestimmung des Geschäftsführers enthält. Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuches befreit. Das Gründungsprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 Euro, höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals. Darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile. Für die Gründung der Gesellschaft und, sofern die Voraussetzungen des Satzes 3 fortbestehen, für Änderungen des Gründungsprotokolls gelten § 39 Abs. 4, § 41a Abs. 1

Nr. 1 Halbsatz 2, Abs. 4 Nr. 1 Halbsatz 2 der Kostenordnung nicht. Im Übrigen finden auf das Gründungsprotokoll die Vorschriften dieses Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung."

Begründung:

Die Notarkammer Sachsen hat den Vorschlag unterbreitet, bei der Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) an Stelle einer Mustersatzung ein vereinfachtes Gründungsverfahren einzuführen. Anstatt in eine Mustersatzung eingetragen zu werden, sollen die individuell festzulegenden Satzungsbestandteile (Firma, Sitz, Höhe und Aufteilung des Stammkapitals sowie auch der Unternehmensgegenstand) in ein zu beurkundendes Gründungsprotokoll aufgenommen werden. Dieses Gründungsprotokoll soll zusätzlich nur noch die Personalien der Gründer und die Hinweise des Notars zur Aufbringung bzw. Erhaltung des Stammkapitals enthalten, gleichzeitig wird auch die Bestellung des Geschäftsführers in das Gründungsprotokoll integriert, ohne dass hierzu ein gesonderter Beschluss gefasst werden muss. Die übrigen bisher in der Mustersatzung getroffenen Regelungen werden unmittelbar in das Gesetz verlagert. Anders als bei der Unterschriftsbeglaubigung unter der Mustersatzung oder unter der Musteranmeldung ist die Auswahl einer zulässigen Firma durch die notarielle Beratung gewährleistet. Hiermit wird registergerichtlichen Zwischenverfügungen vorgebeugt, die mit Zeitverlusten für die Unternehmensgründer und Mehrbelastungen für die Justiz notwendig verbunden wären. Außerdem bleibt der Notar vollumfänglich zum Vollzug der Gründung verpflichtet (§ 53 BeurkG), der angesichts des elektronischen Handelsregisterverkehrs durch elektronischen Datenaustausch schnell gewährleistet werden kann. Das vereinfachte Gründungsverfahren hat gegenüber einer Mustersatzung auch den Vorteil, dass nicht auf einen individuell festgelegten, klar abgegrenzten Unternehmensgegenstand verzichtet wird, wodurch keine Verletzungen öffentlich-rechtlicher Genehmigungspflichten drohen. Daneben entfällt bei einer Beurkundung nicht die notarielle Aufklärung des Gründers über seine umfangreichen Pflichten insbesondere bei Kapitalaufbringung und -erhaltung. Schließlich löst die Beurkundung - anders als die reine Unterschriftsbeglaubigung - Ermittlungs-, Dokumentations- und Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz aus.

Die Aufnahme des Gründungsprotokolls erfordert regelmäßig keinen größeren Zeitaufwand für die Beteiligten als die Unterschriftsbeglaubigung. Um Unternehmensgründer und Kleinunternehmer bei der Gründung und bei Satzungsänderungen kostenmäßig zu entlasten, werden diese Vorgänge bei der UG (haftungsbeschränkt) im vereinfachten Gründungsverfahren von den nach dem MoMiG geplanten (§ 39 Abs. 4, § 41a Abs. 1 Nr. 1 KostO-E) oder bereits bestehenden (§ 41a Abs. 4 Nr. 1, § 41c Abs. 1 KostO) erhöhten Mindestwerten ausgenommen. Lediglich dann, wenn die Gesellschaft durch über den Inhalt des Gründungsprotokolls hinausgehende Satzungsänderungen den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens verlässt, soll die Ausnahme von den erhöhten Mindestwerten entfallen. Das beurkundete Gründungsprotokoll

ist damit insbesondere bei Gesellschaften mit niedrigem Stammkapital günstiger als die Unterschriftsbeglaubigung unter der Mustersatzung bzw. Musteranmeldung, weil der Vollzug hier nicht gesondert berechnet wird (vgl. § 147 Abs. 2 KostO). So kostet die Gesellschaftsgründung mit beurkundetem Gründungsprotokoll bei einer Einpersonengesellschaft bei 1 Euro Stammkapital 40 Euro weniger (20 statt 60 Euro) und bei 10 000 Euro Stammkapital nur 3 Euro mehr (81 statt 78 Euro) als mit Beglaubigung.

6. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 5a Abs. 4 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in § 5a Abs. 4 GmbHG-E die Wörter "Abweichend von" durch die Wörter "Ergänzend zu" ersetzt und nach dem Wort "Gesellschafter" das Wort "auch" eingefügt werden sollten.

Begründung:

In seiner gegenwärtigen Formulierung könnte § 5a Abs. 4 GmbHG-E durch die Formulierung mit "Abweichend" dahin verstanden werden, dass es bei einer Unternehmergesellschaft der Einberufung einer Gesellschafterversammlung im Falle des Aufzehrens der Hälfte eines etwa vorgesehenen und eingezahlten Stammkapitals nicht mehr bedarf. Eine solche Unterscheidung dürfte nicht beabsichtigt sein. Dies erscheint bei einer GmbH etwa mit einem Stammkapital von 10 000 Euro und einer Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von 9 000 Euro auch nicht nachvollziehbar.

Es soll daher klargestellt werden, dass bei der Unternehmergesellschaft ein Einberufungsgrund zu den ansonsten gesetzlich vorgesehenen hinzukommt.

7. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 5a GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Regelungen zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) durch weitere gläubigerschützende Maßnahmen zu ergänzen sind.

Begründung:

Die Einführung der Unternehmergesellschaft unter völligem Verzicht auf ein Stammkapital ohne besondere Gläubigerschutzvorschriften stellt einen Fremdkörper im deutschen GmbH-Recht dar und konterkariert den Gesetzeszweck der Bekämpfung von Missbräuchen.

Mit jeder Form der Haftungsbeschränkung werden unternehmerische Risiken auf die Gesellschaft verlagert. Zum Ausgleich hierfür gibt es im Wesentlichen zwei unterschiedliche Ansätze: Die Beteiligung des Unternehmers am Risiko durch die Vorgabe eines Mindestkapitals oder die Schaffung strenger Vorgaben hinsichtlich Publizität und unternehmerischer Verantwortlichkeit, wie dies z. B. bei der britischen Limited der Fall ist.

Beide Ansätze haben verschiedene Vor- und Nachteile. Bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kommt jedoch keiner dieser Ansätze zum Tragen. Hier wird das Kapitalaufbringungserfordernis aufgegeben, ohne an anderer Stelle einen Ausgleich hierfür zu schaffen. Leider steht zu erwarten, dass diese unausgewogene Risikoverteilung nicht nur Gründer, sondern auch andere, weniger seriöse Kreise für diese Rechtsform gewinnen wird.

Die einzige gläubigerschützende Vorgabe, ein Viertel des Jahresgewinns in eine gesetzliche Rückstellung aufzunehmen, ist in diesem Zusammenhang nur dann hilfreich, wenn - insbesondere nach Abzug des Geschäftsführergehalts - überhaupt nennenswerte Gewinne realisiert werden. Gleichzeitig stellt sich generell die Frage, ob diese konkrete Maßnahme in der Anfangsphase eines Unternehmens nicht sogar kontraproduktiv ist.

Im Ergebnis sollte daher der Verzicht auf ein Mindestkapital durch andere gesellschafts- und insolvenzrechtliche Maßnahmen kompensiert werden, wie z. B. eine Verschärfung der gesellschaftsrechtlichen und deliktischen (Durchgriffs-) Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern. Daneben kämen hierfür höhere Anforderungen an die unternehmerische Transparenz, etwa in Form der Pflicht zur Offenlegung gewisser Financial Covenants (z. B. Verschuldungsgrad, Liquidität), oder die Einführung einer Haftung von Gesellschaftern, die die Gesellschaft nur mit unzureichenden Mitteln ausstatten, wegen materieller Unterkapitalisierung in Betracht.

8. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 6 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Ausschlussgründe auch auf den Fall erstreckt werden sollten, dass einer Person die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit als solche untersagt wurde, und ob die Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG-E erstreckt werden sollte.

Begründung:

§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG-E bezieht sich nur auf den Fall, dass einer Person ein bestimmter Beruf oder ein Gewerbe untersagt wurde. Damit ist die Geschäftsführertätigkeit als solche nicht erfasst, da sie keinen Beruf darstellt. Eine solche Untersagung der Geschäftsführertätigkeit ist beispielsweise möglich nach dem Company Directors Disqualification Act englischen Rechts. Danach

kann insbesondere derjenige von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden, der bereits Direktor oder faktischer Geschäftsführer einer insolventen Gesellschaft war und sich dabei als ungeeignet zur Geschäftsleitung erwiesen hat. Die Ungeeignetheit wird einerseits durch Unredlichkeit beispielsweise gegenüber Gläubigern definiert, andererseits durch Leichtsinns und fachliche Inkompetenz. Weitere Ausschlussgründe sind die Verurteilung wegen einer schweren Straftat im Zusammenhang mit der Gründung oder Führung einer Gesellschaft sowie die kontinuierliche Verletzung von Mitteilungspflichten gegenüber dem Companies House (vgl. Römermann, NJW 2006, 2065).

Diese Fälle sind vergleichbar mit dem in § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG-E geregelten Fall einer Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit. Sie sollten daher in die Aufzählung der Inhabilitätsgründe aufgenommen werden; zugleich sollten auch hier entsprechende ausländische Entscheidungen - jedenfalls anderer EU-Mitgliedstaaten - anerkannt werden.

9. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e, Abs. 5 -neu- GmbHG)

Artikel 1 Nr. 7 § 6 ist wie folgt zu ändern:

a) Absatz 2 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e ist wie folgt zu fassen:

"e) nach den §§ 263 bis 264a oder 265b bis § 266a des Strafgesetzbuches oder nach § 5 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr"

b) Folgender Absatz 5 ist anzufügen:

"(5) Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, zum Geschäftsführer bestellen oder nicht abberufen oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt."

Begründung:

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltene Regelung orientiert sich an den Vorschlägen des Gesetzentwurfs des Bundesrates zum Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz, BR-Drs. 878/05 (Beschluss)), was grundsätzlich zu begrüßen ist, in der vorliegenden Form aber zu kurz greift.

Zum einen erscheint die Aufnahme der Straftatbestände der §§ 263, 263a, 264, 264a StGB als Ausschlussstatbestände angezeigt, weil derjenige, der deswegen

zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine zweifelhafte Einstellung zu fremden Vermögensmassen hat. Da eine GmbH/UG (haftungsbeschränkt) über eine eigene - vom Geschäftsführer zu schützende - Vermögensmasse verfügt, kommt es nicht darauf an, ob eine Verurteilung nach diesen Vorschriften im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Geschäftsführers oder einer sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit steht oder nicht. Personen, die wegen Vermögensdelikten zu hohen Strafen verurteilt worden sind, sind per se nicht geeignet, den Aufgabenbereich eines Geschäftsführers auszuüben. Bei derartigen Verurteilungen besteht regelmäßig keine Vertrauensbasis für eine ordnungsgemäße und entsprechend den Regeln des Wirtschaftslebens ausgerichtete Geschäftsführung. In dieser Strafrechtskategorie spielt auch die eher im Bagatellbereich anzusiedelnde Abgrenzungsproblematik von Betrug und Diebstahl keine Rolle mehr.

Im Übrigen ist vorgesehen, die Straftatbestände der §§ 263 und 264 StGB auch in ein künftiges Gesetz zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen aufzunehmen, dem eine vergleichbare Interessenlage zu Grunde liegt.

Die Aufnahme der Strafvorschrift wegen Zuwiderhandlung gegen die Baugeldverwendungspflicht aus dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in diesen Katalog ist angemessen, da das Interesse der Baugeldgläubiger an der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld ebenso gewichtig ist.

Um zu verhindern, dass die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH durch die Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden, wird - dem Ansatz im Forderungssicherungsgesetz entsprechend - ein neuer Absatz 5 angefügt, der einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter normiert. Die gesamthänderische Haftung ist der Geschäftsführerhaftung in § 43 Abs. 2 GmbHG dergestalt nachempfunden, dass die Gesellschafter haften, wenn sie vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die die für eine Geschäftsführerstellung nach Absatz 2 erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt, zum Geschäftsführer bestellen, nicht abberufen oder ihr faktisch die Führung der Geschäfte überlassen und diese Person die ihr nach § 43 Abs. 1 GmbHG obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

Hierbei handelt es sich nicht um eine Haftung für "geschäftliche Fehlentscheidungen" des Geschäftsführers, sondern um eine die Kapitalerhaltungsinteressen stärkende Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für eigenes Auswahl- bzw. Handlungs- und Unterlassensverschulden im Rahmen der Geschäftsführerbestellung. Sie dient allein dem Anliegen, Verstöße gegen § 6 Abs. 2 GmbHG-E zu sanktionieren.

10. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e GmbHG)

In Artikel 1 Nr. 7 § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e sind nach dem Wort "Strafgesetzbuches" die Wörter "oder wegen einer Steuerstraftat im Sinne der §§ 369 ff. der Abgabenordnung in Verbindung mit den Einzelsteuergesetzen" einzufügen.

Begründung:

GmbH-Geschäftsführer darf nicht sein, wer bestimmte Straftaten begangen hat oder begeht. Bei der Auswahl der Strafrechtsnormen, die Eingang in den Entwurf fanden (Kreditbetrug, Untreue etc.) wird regelmäßig darauf abgestellt, ob die Straftat - auch wenn sie nicht in einem bereits bestehenden Geschäftsführerverhältnis begangen wurde - in einem Zusammenhang mit der typischen Tätigkeit eines Geschäftsführers steht. Dabei wurden jedoch Steuerstraftaten im Sinne von § 369 AO nicht berücksichtigt.

Ein GmbH-Geschäftsführer hat unter anderem auch die steuerlichen Pflichten der Gesellschaft zu erfüllen. Begeht er eine Steuerstraftat, so ist unstrittig an seiner Zuverlässigkeit zu zweifeln. Der Gesetzentwurf sollte deshalb dahingehend ergänzt werden, dass eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Steuerstraftat im Sinne von § 369 AO ebenfalls zur Inhabilität führt.

11. Zu Artikel 1 Nr. 8 Buchstabe c (§ 7 Abs. 2 Satz 4 -neu- GmbHG),

Nr. 9 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa1 -neu- (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG),

Doppelbuchstabe bb (§ 8 Abs. 2 Satz 3 -neu-, 4 -neu- GmbHG)

Nr. 17 Buchstabe b (§ 19 Abs. 5 GmbHG)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) Nummer 8 Buchstabe c ist wie folgt zu fassen:

'c) Folgender Satz wird angefügt:

"<... wie Gesetzentwurf>" '

b) Nummer 9 Buchstabe b ist wie folgt zu ändern:

aa) Nach Doppelbuchstabe aa ist folgender Doppelbuchstabe aa1 einzufügen:

- 'aa1) In Satz 2 werden die Wörter "auch zu versichern" durch die Wörter "der Anmeldung auch ein Nachweis darüber beizufügen" ersetzt.'
- bb) Doppelbuchstabe bb ist wie folgt zu fassen:
- 'bb) Folgende Sätze werden angefügt:
- "<... wie Gesetzentwurf>" '
- c) Nummer 17 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:
- 'b) Absatz 5 wird wie folgt gefasst:
- "(5) <... wie Gesetzentwurf>" '

Begründung:

Zu den Buchstaben a und b Doppelbuchstabe bb, Buchstabe c

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Streichung des Vollaufbringungsgrundsatzes bei der so genannten Ein-Personen-GmbH ist erst recht, aber nicht nur im Kontext der zugleich vorgesehenen Zurückführung des Mindeststammkapitals abzulehnen. Da das Gesellschaftsrecht bei der Ein-Personen-GmbH nicht der Förderung des - volkswirtschaftlich wünschenswerten - wirtschaftlichen Zusammenwirkens mehrerer dient, sondern allein dem Haftungsbegrenzungsinteresse eines (weiterhin) alleine wirtschaftenden Unternehmers, ist dem Gläubigerschutz in diesen Fällen besondere Beachtung geschuldet. Die zur Streichung vorgesehenen Bestimmungen des geltenden Rechts dienen dem effektiven Gläubigerschutz und erschöpfen sich nicht in weithin nutzloser, den Unternehmensgründer lediglich belastender Bürokratie, auf die verzichtet werden kann. Zudem erschiene es inkonsequent, einerseits ein bestimmtes Mindeststammkapital zu fordern, es damit aber andererseits nicht so recht "ernst" zu meinen und folglich im Falle der problematischen Ein-Personen-GmbH nicht hinreichend sicherzustellen, dass das Stammkapital aufgebracht wird. Dass eine gewisse Umgehungsmöglichkeit der derzeit geltenden Vorschriften insofern besteht, als ein zweiter Gesellschafter mit einer minimalen Einlage hinzugezogen werden kann, spräche allenfalls dafür, diese Möglichkeit durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen zu verhindern, nicht aber die Umgehung dadurch gleichsam zu legalisieren, dass die umgangenen Vorschriften abgeschafft werden. Im Übrigen dürfte nicht jedem Unternehmer, der im Wege der Gründung einer Ein-Personen-GmbH seine Haftung reduzieren will, ein (Schein-) Mitgesellschafter ohne Weiteres zur Verfügung stehen, so dass die bestehenden Vorschriften nicht gänzlich ohne praktische Wirkung sind.

Als redaktionelle Folgeänderung ist Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe c und d zu streichen.

Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe aa

Bei Anmeldung der GmbH zum Handelsregister sollte künftig nicht mehr die

bloße Versicherung des Gesellschafters, die Sicherheit bestellt zu haben, ausreichen (so derzeit aber § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), sondern ein entsprechender Nachweis erforderlich sein. Auch dies würde dem Schutz der Gläubiger dienen, deren Interessen im Falle der Nichteinzahlung einer Geldeinlage gesteigert gefährdet sind. Andererseits dürfte die Beibringung einer Bestätigung den Gesellschafter nicht nennenswert belasten, da er wegen der Sicherheitenbestellung ohnehin im Kontakt mit dem Sicherungsgeber steht.

12. Zu Artikel 1 Nr. 8 (§ 7 Abs. 2 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, sofern nicht die Regelung zur Reduzierung des Stammkapitals ohnehin im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens entfällt, zu prüfen, ob in § 7 Abs. 2 GmbHG-E eine Pflicht zur Bareinzahlung der Hälfte des Mindeststammkapitals aufgenommen werden kann.

Begründung:

Im Bereich der Hälfte des durch § 5 Abs. 1 GmbHG-E reduzierten Mindeststammkapitals (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E) sollte in Anlehnung an § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E vollständig auf die Möglichkeit von Sachgründungen verzichtet werden. Der mit der Bewertung von Sacheinlagen verbundene Aufwand erscheint bei einem Mindeststammkapital von 10 000 Euro in Ansehung des § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E unverhältnismäßig. Für die Hälfte des Mindeststammkapitals eine Pflicht zur Bareinzahlung vorzusehen, würde zu einer erheblichen Vereinfachung und Straffung des Gründungsvorgangs führen.

13. Zu Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG)

In Artikel 1 Nr. 9 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb § 8 Abs. 2 Satz 2 ist das Wort "wenn" durch das Wort "soweit" zu ersetzen.

Begründung:

§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E sieht vor, dass ein "Hin- und Herzahlen" der Erfüllung der Einlageschuld nicht entgegensteht, wenn ein vollwertiger Gegenanspruch besteht. Es ist unklar, ob dies so zu verstehen ist, dass ohne einen vollwertigen Anspruch die Einlageschuld insgesamt als nicht erfüllt anzusehen ist. Das Vorliegen eines vollwertigen Gegenanspruchs würde dann im Sinne eines Alles-oder-Nichts-Prinzips über die Frage der Erfüllung der gesamten Einlageschuld entscheiden.

Durch den Gebrauch des Wortes "soweit" könnte dagegen klarer zum Ausdruck gebracht werden, dass die Einlageschuld jedenfalls in Höhe des tatsächlichen Wertes des Gegenanspruchs als erfüllt anzusehen und nur hinsichtlich des ungedeckten Restbetrages eine Nachzahlung erforderlich ist.

Eine solche differenzierte Betrachtung erscheint zur Vermeidung neuer Unsicherheiten erforderlich. Denn durch die gleichzeitig erfolgende Änderung in § 19 Abs. 4 GmbHG-E wird die Haftung bei verdeckter Sacheinlage auf eine Differenzhaftung beschränkt; hier hat der Gesellschafter nur den Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert der Sache und dem Betrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils nachzuschließen.

Da wegen der bisher einheitlichen Rechtsfolge eine Unterscheidung nicht notwendig war, besteht keine klare Grenzziehung zwischen der verdeckten Sacheinlage einerseits und dem "Hin- und Herzahlen" andererseits (vgl. nur OLG Köln, Urteil vom 2. Februar 1999 - 22 U 116/98 -, ZIP 1999, 400). Sollte nun eine unterschiedliche Rechtsfolge angeordnet werden, wird dies zu Abgrenzungsproblemen zwischen beiden Fallgruppen und damit zu neuen Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung und zu Umgehungsversuchen führen. Unterschiedliche Rechtsfolgen für diese nah beieinander liegenden Strategien zur Umgehung der Verpflichtung zur Bar-Kapitalaufbringung wären auch nicht sachlich gerechtfertigt.

Daher sollte der Interpretation im Sinne einer bloßen Differenzhaftung der Vorzug gegeben, und dies auch durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden.

14. Zu Artikel 1 Nr. 15 (§ 16 Abs. 3 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils mit dem Ziel zu überarbeiten, den Verlust der Rechtsposition in allen Fällen an einen hinreichenden Rechtsscheins- und Vertrauenstatbestand anzuknüpfen.

Begründung:

Der gutgläubige Erwerb eines Geschäftsanteils soll an den Inhalt der Gesellschafterliste anknüpfen. Eine solche wird bisher nach der Beurkundung der Übertragung eines Geschäftsanteils und der entsprechenden Überprüfung vom Notar in elektronischer Form an das Register weitergereicht. Die Beurkundung und Überprüfung durch den Notar stellt eine notwendige, aber auch hinreichende Anknüpfungstatsache dar.

Außerhalb der Abtretung von Geschäftsanteilen, also etwa im Erbfall oder bei der Einziehung, ist derzeit nicht einmal eine notarielle Beglaubigung notwendig. Vielmehr kann jedermann ohne Überprüfung seiner Identität die Gesellschafterliste mit beliebigem Inhalt beim Registergericht einreichen. Eine derartige Regelung kann keine Grundlage für den möglichen Verlust erheblicher

Vermögenswerte sein. Auch der reine Zeitablauf - der Gesetzentwurf sieht einen dreijährigen offenen Zeitraum vor, innerhalb dessen ein gutgläubiger Erwerb grundsätzlich nicht möglich ist - stellt keine angemessene Anknüpfungstatsache dar.

Vielmehr muss auch hier ein Tatbestand geschaffen werden, der es rechtfertigt, erhebliche Rechtsverluste zu Lasten des Berechtigten hinzunehmen.

Deshalb müssen bei der Regelung des gutgläubigen Erwerbs ein Missbrauch weithin ausgeschlossen und eine Überprüfung aller Veränderungen im Gesellschafterbestand über die Abtretungsfälle hinaus sichergestellt werden.

15. Zu Artikel 1 Nr. 18a -neu- (§ 24 GmbHG)

Nr. 21 (§ 31 Abs. 3 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Vorschriften über die Ausfallhaftung der Mitgeschafter bei ausstehenden Einlagen und bei der Einlagenrückgewähr zu überarbeiten.

Begründung:

Während § 24 GmbHG eine Ausfallhaftung der Geschafter für nach den §§ 21, 22 und 23 GmbHG nicht einbringliche Einlagebeträge begründet, richtet sich die Ausfallhaftung gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG auf die Rückgewähr verbotener Leistungen (§ 31 Abs. 1 GmbHG). Hierbei handelt es sich jeweils um komplizierte Gebilde - mit zum Teil umständlichen Verfahren (vgl. etwa die der Haftung nach § 24 GmbHG vorgelagerte, meist nicht zielführende öffentliche Versteigerung von Geschäftsanteilen, § 23 GmbHG) -, die zudem rechtspolitisch umstritten, in der Literatur erheblicher Kritik ausgesetzt sind und den GmbH-Geschaftern ein finanzielles Risiko aufbürden, welches weder anfangs noch später durch den Betrag ihrer Stammeinlagen oder ihres Geschäftsanteils begrenzt ist (vgl. dazu J. Meyer, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, 2000, S. 529 ff., 542 ff.). Es bietet sich daher an, im Rahmen der GmbH-Reform auch diesen Bereich mit einzubinden.

16. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe b (§ 35 Abs. 2 GmbHG)

Artikel 5 Nr. 7 Buchstabe b (§ 78 Abs. 2 AktG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Berechtigung des Geschäftsführers zur Einzelvertretung sowie die Befreiung von § 181 BGB als gesetzliche Regelfälle in das Gesellschaftsrecht aufgenommen werden sollten.

Begründung:

Derzeit ist die Geltung von § 181 BGB sowie die Gesamtvertretung durch alle Geschäftsführer bzw. Vorstände gemeinschaftlich die im Gesetz vorgesehene Regel. In der Praxis werden jedoch in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Geschäftsführer bzw. Vorstände von § 181 BGB befreit und ihnen die Befugnis zur Einzelvertretung eingeräumt. Beide Umstände müssen jeweils im Handelsregister eingetragen werden.

Eine Vereinfachung in einer Vielzahl von Fällen lässt sich dadurch erreichen, dass man die gesetzliche Regelung an die Praxis anpasst. Das Gesetz sollte hierfür von dem Regelfall ausgehen, dass ein Geschäftsführer bzw. Vorstand grundsätzlich zur Einzelvertretung berechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB in beiden Richtungen befreit ist. Entsprechende Gesellschafterbeschlüsse über die Vertretung nach außen, Registeranmeldungen und die Eintragung im Handelsregister würden sich dadurch in den meisten Fällen erübrigen. Sofern ausnahmsweise das Prinzip der Gesamtvertretung durch mehrere Geschäftsführer bzw. Vorstände, die Geltung von § 181 BGB oder eine sonstige zulässige Gestaltung der Vertretungsmacht gewünscht ist, kann dies entsprechend geregelt und die jeweilige Beschränkung mit Wirkung nach außen im Handelsregister eingetragen werden.

Die vorgeschlagene Regelung hätte darüber hinaus den entscheidenden Vorteil, dass der handelnde Geschäftsführer bzw. Vorstand das, was in der Praxis der Regelfall ist, nicht mehr umständlich nachweisen müsste. Gleichzeitig bliebe die gebotene Flexibilität für abweichende Vereinbarungen erhalten. Die registergerichtliche Prüfung im Rahmen der Neugründung einer GmbH sowie bei Veränderungen in der Geschäftsführung könnte dadurch deutlich vereinfacht und das Registerverfahren somit gestrafft werden.

Für die bereits eingetragenen Gesellschaften könnte eine Übergangslösung dergestalt geschaffen werden, dass bei diesen vorbehaltlich einer anderweitigen Anmeldung die bisherige Vertretungsregelung und die Geltung von § 181 BGB im Handelsregister innerhalb einer gewissen Frist eingetragen werden.

17. Zu Artikel 1 Nr. 27 Buchstabe a (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)

In Artikel 1 Nr. 27 Buchstabe a § 40 Abs. 1 Satz 1 sind nach den Wörtern "Liste der Gesellschafter" die Wörter "elektronisch in öffentlich beglaubigter Form" einzufügen.

Begründung:

Bis zum 31. Dezember 2006 musste die Gesellschafterliste im Original beim Registergericht eingereicht werden. Mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in Registersachen wurde dieses Erfordernis bewusst auf die Einreichung einer elektronischen Aufzeichnung reduziert. Dagegen war nach dem bisherigen Zweck der Gesellschafterliste, nämlich im Wesentlichen der Information des Registergerichts über die Beteiligungsverhältnisse zu dienen, nichts einzuwenden. Nunmehr soll jedoch die Gesellschafterliste deutlich aufgewertet und die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs an die Eintragung in die Gesellschafterliste geknüpft werden.

Nach den entsprechenden Rechtsverordnungen der Länder werden Gesellschafterlisten über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) übermittelt, dabei findet keine Kontrolle der Identität des Einreichenden statt. Grundsätzlich ist es jedermann möglich, einen EGVP-Zugang auf einen beliebigen Namen einzurichten.

Bisher diente die eigenhändige Unterschrift der Geschäftsführer - in Verbindung mit der im Registerakt befindlichen Namenszeichnung - noch als ein Mindestkriterium für die Feststellung der Authentizität. Durch die Veränderungen zum Jahreswechsel reicht mittlerweile ein gegebenenfalls nur schlecht lesbares grafisches Abbild einer Unterschrift aus, das ohne weitere Identitätskontrolle bei Gericht eingereicht wird. Eventuelle Manipulationsabsichten werden durch den Umstand, dass Registerdokumente, auf denen sich häufig auch Unterschriftszüge befinden, nunmehr online abgerufen werden können, erleichtert. Damit lässt sich im einfachsten Fall die Unterschrift vom abgerufenen Dokument per Grafikprogramm in eine manipulierte Gesellschafterliste hineinkopieren.

In den in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fällen, nämlich in denen der Anteilsabtretung, besteht nach dem Entwurf kein Manipulationsrisiko, weil hier die Gesellschafterliste vom Notar in signierter Form beim Handelsregister eingereicht wird. Allerdings sind in anderen Fällen, insbesondere bei Erbfällen, der Einziehung oder Zusammenlegung von Anteilen, Veränderungen im Gesellschafterbestand ohne Mitwirkung des Notars möglich.

Jede Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs geht zu Lasten des tatsächlichen Rechtsinhabers. Zu dessen Schutz darf ein gutgläubiger Erwerb nur auf der Grundlage eines verlässlichen Rechtsscheinträgers zugelassen werden. Die vom Geschäftsführer nach der Formerleichterung durch das EHUG unmittelbar eingereichte Gesellschafterliste erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Hier bestehen erhebliche Missbrauchsrisiken, die dem Ziel des Entwurfs, die Transparenz zu erhöhen und Missbräuche zu vermeiden, deutlich entgegenstehen.

18. Zu Artikel 1 Nr. 27 (§ 40 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in § 40 GmbHG-E für den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft oder bei unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer eine Pflicht der Gesellschafter zur Einreichung von Gesellschafterlisten eingeführt werden sollte.

Begründung:

Insbesondere in den klassischen Bestattungsfällen führen die Beteiligten eine Intransparenz der Beteiligungsverhältnisse bewusst herbei oder lassen zumindest jedes Interesse an der Offenlegung der Gesellschafterstellung gegenüber dem Registergericht vermissen. Hier besteht eine Schutzlücke in den Fällen der Führungslosigkeit der Gesellschaft oder bei unbekanntem Aufenthalt der Geschäftsführer, da die Pflicht zur Einreichung einer Liste bei Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E nur für die Geschäftsführer besteht.

Als Folge dieses Vorschlags müsste ein Verstoß gegen die Pflicht der Gesellschafter zur Einreichung der Gesellschafterliste entsprechend der für den Geschäftsführer vorgesehenen Regelung ebenfalls eine Schadenersatzpflicht auslösen.

19. Zu Artikel 1 Nr. 28 (§ 41 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in § 41 GmbHG eine Intransparenzhaftung als ergänzende gläubigerschützende Maßnahme aufgenommen werden sollte.

Begründung:

In der Praxis ist häufig festzustellen, dass die Durchsetzung eventueller Haftungsansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter - die oftmals die einzigen vermögenswerten Positionen im Gesellschaftsvermögen darstellen - durch eine völlig unzureichende oder nicht vorhandene Buchhaltung wesentlich erschwert oder sogar unmöglich gemacht wird. Ohne eine ausreichende unternehmensinterne Dokumentation können Vermögenswerte der Gesellschaft dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden, ohne dass entsprechende gläubigerschützende Haftungsvorschriften durchgreifen können. Ein Großteil des durch das Insolvenzverfahren vermittelten Gläubigerschutzes wird dadurch nahezu ersatzlos ausgehebelt. Von Wissenschaft und Praxis wird daher vorgeschlagen, in das Gesellschaftsrecht eine so genannte Intransparenzhaftung aufzunehmen, die in erster Linie den Geschäftsführer, ergänzend gegebenenfalls auch die Gesellschafter trifft.

Dem sollte im Rahmen dieser Reform gefolgt werden. Bei schwerwiegenden

Verstößen gegen die Pflicht zur unternehmensinternen Dokumentation von Geschäftsvorgängen, insbesondere bei gänzlichem Fehlen oder schwerer Mangelhaftigkeit der vorhandenen Buchführung, macht sich der nach § 41 GmbHG zur ordnungsgemäßen Buchführung verpflichtete Geschäftsführer den Gläubigern gegenüber schadenersatzpflichtig. Die einzuhaltenden Standards lassen sich aus dem HGB bestimmen, wonach die Rechnungslegung so beschaffen sein muss, dass ein sachkundiger Dritter innerhalb einer angemessenen Zeit einen ausreichenden Überblick über die Lage des Unternehmens und die Geschäftsvorfälle erlangen kann. Zumindest sollte eine Haftung für die Fälle eingeführt werden, in denen neben einer undurchsichtigen oder unzureichenden Buchführung auch noch Vermögensbewegungen zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen festzustellen sind, die im Nachhinein zu einer undurchsichtigen Vermögensvermischung führen.

20. Zu Artikel 1 Nr. 32 (§ 55 GmbHG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob das in der wissenschaftlichen Diskussion von verschiedenen Seiten geforderte Institut des genehmigten Kapitals auch in das GmbH-Recht integriert werden sollte.

Begründung:

Mit diesem aus dem Aktienrecht stammenden Mittel würde es der Gesellschaft ermöglicht, flexibel und unkompliziert auf schnelle Weise neues Kapital zu beschaffen. Damit könnten für den Erwerb von Beteiligungen, Unternehmen oder zur Realisierung von Kapitalerhöhungen kurzfristig neue Anteile geschaffen werden. Bereits im Vorfeld einer solchen Transaktion könnten damit die formellen Voraussetzungen geschaffen werden, um im richtigen Moment rasch handeln zu können.

Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft sollte bei der Einführung des genehmigten Kapitals im GmbH-Recht keine wertmäßige Begrenzung erfolgen.

21. Zu Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe b (§ 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG)

Artikel 5 Nr. 17 Buchstabe b (§ 399 Abs. 1 Nr. 6 AktG)

a) Artikel 1 Nr. 47 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

b) In Nummer 5 werden nach dem Wort "Geschäftsführer" die Wörter "einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Geschäftsleiter einer ausländischen juristischen Person" eingefügt.'

b) Artikel 5 Nr. 17 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

'b) In Nummer 6 werden nach dem Wort "Vorstands" die Wörter "einer Aktiengesellschaft oder des Leitungsorgans einer ausländischen juristischen Person" eingefügt.'

Begründung:

Der "Geschäftsleiter einer inländischen juristischen Person" existiert im GmbHG bislang nicht, ebenso wenig das "Leitungsorgan einer inländischen juristischen Person" im AktG. Die strafrechtlichen Bestimmungen in § 82 GmbHG und § 399 AktG sollten einerseits mit der notwendigen Genauigkeit formuliert werden, andererseits auch für den durchschnittlichen Normadressaten noch verständlich sein. Auf die Schaffung neuer gesellschaftsrechtlicher Termini sollte daher verzichtet werden.

22. Zu Artikel 2 (§ 3 Abs. 1 Satz 3 EGGmbHG),

Artikel 4 (Artikel 64 Satz 3 EGHGB),

Artikel 6 Nr. 2 (§ 18 Satz 3 EGAktG)

In Artikel 2 § 3 Abs. 1 Satz 3, Artikel 4 Artikel 64 Satz 3 und Artikel 6 Nr. 2 § 18 Satz 3 sind jeweils nach dem Wort "bekannte" die Wörter "oder in sonstiger Weise bekannt gewordene" einzufügen.

Begründung:

§ 3 Abs. 1 Satz 3 EGGmbHG-E, § 18 Satz 3 EGAktG-E und Artikel 64 Satz 3 EGHGB-E bestimmen, dass nach Ablauf der Übergangsfrist, innerhalb derer die Anmeldung der Geschäftsanschrift zum Handelsregister zu erfolgen hat, das Registergericht ersatzweise die ihm nach § 24 Abs. 2 HRV bekannte Anschrift als Geschäftsanschrift ohne Prüfung auf Richtigkeit in das Handelsregister einträgt. Gleiches gilt hinsichtlich der Zweigniederlassungen für die nach § 24 Abs. 3 HRV mitgeteilte Anschrift.

Dabei geht der Entwurf davon aus, dass einfach die dem Registergericht gemäß § 24 HRV bisher mitgeteilte Anschrift automatisch durch technische Umschreibung eingetragen werden soll. Bei den dem Gericht bekannten und im System gespeicherten Adressen handelt es sich jedoch nicht stets um solche, die gemäß § 24 HRV mitgeteilt wurden, sondern auch um Adressen, die dem Gericht auf sonstige Art und Weise, z.B. durch den üblichen Schriftverkehr oder im Zuge von Zustellungen, bekannt geworden sind.

Es wäre daher - im Gegensatz zu dem mit dem Entwurf verfolgten Ziel - mit

Mehrarbeit für die Registergerichte verbunden, müssten sie in jedem Fall die ursprüngliche, nach § 24 HRV mitgeteilte Anschrift ermitteln. Wird jedoch entsprechend dem oben genannten Vorschlag auch die Eintragung einer anderen dem Gericht bekannten Anschrift ermöglicht, dient dies nicht nur der Arbeitserleichterung für die Gerichte, sondern geht auch mit einer erhöhten Aktualität der von Amts wegen eingetragenen Anschrift einher.

23. Zu Artikel 3 Nr. 01 -neu- (§ 8a Abs. 2 HGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in § 8a Abs. 2 HGB nach dem Wort "Handelsregisters," die Wörter "die elektronische Übermittlung gerichtlicher Dokumente," eingefügt werden sollten.

Begründung:

Mit dieser Regelung könnte die Möglichkeit geschaffen werden, die mit dem EHUG eingeführten Regelungen zur elektronischen Einreichung von Dokumenten an die Registergerichte auch für die Rückübermittlung von gerichtlichen Dokumenten zu nutzen. Hierzu bedarf es der Ermächtigung für die Landesregierungen, Vorgaben hinsichtlich der elektronischen Übermittlung von gerichtlichen Dokumenten sowie der Dateiformate der Dokumente zu machen. Um zu gewährleisten, dass Dokumente im Handelsregisterbereich bundesweit in einem einheitlichen Datenformat übermittelt werden können, haben sich die Länder bereits auf die Einführung einheitlicher Standards verständigt.

Mit der Regelung kann dem Bedürfnis nach einer verbindlichen Normierung, gegebenenfalls auch für einzelne Nutzergruppen, zur Einführung einer elektronischen Übermittlung von Eintragungsmittellungen, gerichtlichen Entscheidungen und sonstigen Schriftstücken Rechnung getragen werden. Dadurch können insbesondere der mit den Eintragungsmittellungen verbundene Aufwand reduziert und die entsprechenden Kosten gesenkt werden.

24. Zu Artikel 3 Nr. 1 (§ 13 HGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Möglichkeit zur Bestellung eines weiteren Empfangsvertreters auf alle im Handelsregister eingetragenen Firmen ausgedehnt werden kann.

Begründung:

Aus § 13 HGB-E ergibt sich die Verpflichtung zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift für alle eingetragenen Kaufleute unabhängig von der Rechtsform, in welcher das Unternehmen organisiert ist. Das ist folgerichtig und sinnvoll. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum die Möglichkeit, einen weiteren Empfangsvertreter eintragen zu lassen, ausschließlich juristischen Personen vorbehalten bleibt. Die Überlegungen, die zur Möglichkeit der Eintragung eines Empfangsvertreters bei diesen führen (Vermeidung von Risiken aus öffentlichen Zustellungen) gelten in gleicher Weise auch für Firmeninhaber anderer Rechtsformen.

25. Zu Artikel 3 Nr. 2 (§ 13d HGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Erfüllung der in der Praxis häufig missachteten Eintragungspflicht für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften durch geeignete Sanktionen und Maßnahmen unterstützt werden sollte.

Begründung:

Eine Vielzahl von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften wird trotz der gesetzlichen Verpflichtung hierzu nicht zum Handelsregister angemeldet. Die Möglichkeit, die Anmeldung der Zweigniederlassung durch ein Zwangsgeld zu erzwingen (§ 14 HGB i. V. m. §§ 132 ff. FGG) stellt keine hinreichende Sanktion dar, da das Registergericht in den meisten Fällen überhaupt keine Kenntnis vom Bestehen der Zweigniederlassung erlangt. Hier könnte durch Schaffung weitergehender Sanktionen zusätzlicher Druck auf die jeweiligen Vertretungsorgane ausgeübt werden, die Zweigniederlassung zum Handelsregister anzumelden.

Weiterhin könnten die Registergerichte durch einen verbesserten Informationsfluss mit den Gewerbe- und Finanzämtern zusätzliche Erkenntnisse zum Bestehen von Zweigniederlassungen erlangen. Hierzu sollte eine Rechtsgrundlage geschaffen werden. Ein gegenseitiger Informationsaustausch dieser Stellen findet derzeit nicht statt.

26. Zu Artikel 3 Nr. 6 (§ 15a Satz 1 HGB),

Artikel 8 Nr. 1 (§ 185 Nr. 2 ZPO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob in § 15a Satz 1 HGB-E und § 185 Nr. 2 ZPO-E jeweils die Wörter "anderen inländischen Anschrift möglich" durch die Wörter "anderen Anschrift, die im räumlichen Geltungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedsstaaten gelegen ist, durch die Post möglich" ersetzt werden sollten.

Begründung:

Aus europa- und verfassungsrechtlicher Sicht stößt die in § 15a Satz 1 HGB-E und § 185 Nr. 2 ZPO-E vorgesehene Regelung auf Bedenken, wonach eine öffentliche Zustellung (lediglich) dann nicht erfolgen darf, wenn "die Zustellung ... unter einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich [ist]".

Denn innerhalb der Europäischen Union - mit Ausnahme Dänemarks - hat die Auslandszustellung nicht mehr den aufwändigen Weg des § 183 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZPO zu nehmen, sondern kann durch schlichtes Einschreiben mit Rückschein bewirkt werden (§ 1068 Abs. 1 ZPO i.V.m. Artikel 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten). Ein sachliches Unterscheidungskriterium zwischen Zustellungen, die im Inland möglich sind, und solchen, die im EU-Ausland möglich sind, ist daher nur schwer zu erkennen. Zwar mag die Zustellung durch Einschreiben und Rückschein in manchen EU-Mitgliedstaaten längere Zeit in Anspruch nehmen als im Inland. Die hierdurch verursachte Verzögerung dürfte jedoch gegenüber dem zeitlich langwierigen Prozess, den die alternativ durchzuführende, öffentliche Zustellung darstellt, kaum ins Gewicht fallen. Daher läuft die Entwurfsregelung in den Fällen mit Bezug zu einem EU-Mitgliedstaat Gefahr, eine gleichheitswidrige (Artikel 3 GG) und sachlich nicht gerechtfertigte Verkürzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Artikel 103 Abs. 1 GG) in Folge der voreilig ermöglichten öffentlichen Zustellung zu bewirken.

27. Zu Artikel 5 Nr. 6 (§ 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e AktG)

Artikel 5 Nr. 6 § 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Buchstabe e ist wie folgt zu fassen:

"e) nach den §§ 263 bis 264a oder 265b bis § 266a des Strafgesetzbuches oder nach § 5 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr"

Begründung:

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltene Regelung orientiert sich an den Vorschlägen des Gesetzentwurfs des Bundesrates zum Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz, BR-Drs. 878/05 (Beschluss)), was grundsätzlich zu begrüßen ist, in der vorliegenden Form aber zu kurz greift.

Die Aufnahme der Straftatbestände der §§ 263, 263a, 264, 264a StGB als Ausschlussstatbestände erscheint angezeigt, weil derjenige der deswegen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine zweifelhafte Einstellung zu fremden Vermögensmassen hat. Da eine Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft über eigenes, dem Vorstand überantwortetes Vermögen verfügt, kommt es nicht darauf an, ob eine Verurteilung nach den genannten Vorschriften im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Vorstandsmitglied oder einer sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit steht oder nicht. Personen, die wegen Vermögensdelikten zu hohen Strafen verurteilt worden sind, sind per se nicht geeignet, Aufgaben innerhalb des Vorstandes einer Aktiengesellschaft auszuüben. Bei derartigen Verurteilungen besteht regelmäßig keine Vertrauensbasis für eine ordnungsgemäße und an den Regeln des Wirtschaftslebens ausgerichtete Geschäftsführung. In dieser Strafrechtskategorie spielt auch die eher im Bagatellbereich anzusiedelnde Abgrenzungsproblematik von Betrug und Diebstahl keine Rolle mehr.

Im Übrigen ist die Aufnahme der Straftatbestände der §§ 263 und 264 StGB auch innerhalb eines künftigen Gesetzes zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen geplant, dem eine vergleichbare Interessenlage zu Grunde liegt.

Die Aufnahme der Strafvorschrift wegen Zuwiderhandlung gegen die Baugeldverwendungspflicht aus dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in den Katalog des § 76 Abs. 3 AktG-E ist angemessen, da das Interesse der Baugeldgläubiger an der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld ebenso gewichtig ist.

28. Zu Artikel 9 Nr. 2 (§ 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1, 1a -neu-, 2 InsO)

Artikel 9 Nr. 2 ist wie folgt zu fassen:

2. § 15 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

"Im Fall der Führungslosigkeit ist bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch jeder Gesellschafter, bei einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft auch jedes Mitglied des Aufsichtsrates zur Antragstellung berechtigt."

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort "Gesellschaftern" die Wörter "allen Gesellschaftern der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, allen Mitgliedern des Aufsichtsrates" eingefügt.

bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

"Wird der Antrag von dem Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einem Mitglieder des Aufsichtsrates gestellt, ist auch die Führungslosigkeit glaubhaft zu machen."

cc) In Satz 2 werden nach dem Wort "Gesellschaftern" die Wörter "Gesellschafter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Mitglieder des Aufsichtsrates" eingefügt.'

Begründung:

Vom Ansatz her ist das geplante Antragsrecht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit einer GmbH zu begrüßen. Es ist notwendig als Ergänzung zur Antragspflicht des § 15a Abs. 3 InsO-E. Die Fassung des Gesetzentwurfs dürfte indes zu Problemen in der insolvenzgerichtlichen Praxis führen. Eine falsche rechtliche Einschätzung bzw. Bewertung des Gesellschafters über die Wirksamkeit der Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer wird zu einem Streit über die Antragsberechtigung führen. So könnte z.B. der Geschäftsführer den Standpunkt vertreten, er habe sein Amt nicht niedergelegt oder die Amtsniederlegung oder die Beschlussfassung über seine Abberufung seien unwirksam. Er - und nicht die Gesellschafter - sei weiterhin antragsbefugt. Nach seiner Auffassung liege ein Insolvenzgrund nicht vor, so dass eine Antragspflicht nicht bestehe. Der Insolvenzantrag sei mithin zu Unrecht durch den Gesellschafter gestellt worden.

Dass ein unbegründeter Insolvenzantrag der Gesellschaft großen Schaden zufügen kann, liegt auf der Hand. Vor diesem Hintergrund sollte die Zulässigkeit

des Insolvenzantrags eines Gesellschafters davon abhängig gemacht werden, dass er die Führungslosigkeit der Gesellschaft glaubhaft zu machen hat. Nur auf diese Weise kann ein hinreichender Schutz vor unbegründeten Insolvenzanträgen eines Gesellschafters erreicht werden.

Darüber hinaus ist das Antragsrecht auch den Mitgliedern des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft einzuräumen, da § 15a Abs. 3 InsO-E auch für sie eine Antragspflicht vorsieht.

29. Zu Artikel 9 Nr. 3 (§ 15a Abs. 3 InsO)

In Artikel 9 Nr. 3 § 15a Abs. 3 sind vor den Wörtern "keine Kenntnis" die Wörter "ohne grobes Verschulden" einzufügen.

Begründung:

Unbefriedigend ist die Regelung der subjektiven Tatbestandsseite von § 15a Abs. 3 InsO-E ("es sei denn, ..."), und zwar im Hinblick auf den dort geforderten Verschuldensmaßstab.

Verschuldensmaßstab ist nach dem Wortlaut der Entwurfsregelung die positive Kenntnis des Gesellschafters; nur wenn er Kenntnis von den objektiven Tatbestandsvoraussetzungen hatte, trifft ihn die Insolvenzantragspflicht. Dies ist sachlich zu kurz gegriffen. Denn es ist nicht einzusehen, warum derjenige Gesellschafter, der grob fahrlässig keine Kenntnis hat, nicht ebenso der Antragspflicht und insbesondere den sich daraus ergebenden Haftungsfolgen im Falle pflichtwidrigen Unterlassens (§ 823 Abs. 2 BGB) unterliegen soll, zumal das Erfordernis positiver Kenntnis allzu weite Missbrauchs- und Umgehungsmöglichkeiten bietet. Im Übrigen steht der Wortlaut in gewissem Widerspruch zu der Entwurfsbegründung (BR-Drs. 354/07, S. 128), wonach die subjektive Tatbestandsvoraussetzung immerhin auch dann bejaht werden soll, wenn sich der Gesellschafter bewusst der Kenntnis verschließt.

30. Zu Artikel 9 Nr. 3 (§ 15a InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens die Auswirkungen des § 15a InsO-E auf nach deutschem Recht gegründete, aber mit Schwerpunkt im Ausland tätige Gesellschaften zu überprüfen.

Begründung:

Der vorgesehene § 15a InsO-E erfasst die Insolvenzantragspflicht abstrakt für alle juristischen Personen unabhängig von ihrer Rechtsform und verschiebt diese Regelung von den bisherigen Standorten in den einzelnen Gesellschafts-

gesetzt in das Insolvenzrecht. Erklärtes Ziel dieser Änderungen ist es unter anderem, zukünftig auch "Auslandsgesellschaften" unter die Antragspflicht fallen zu lassen, also Gesellschaften mit nur statuarischem Sitz im Ausland, aber tatsächlicher Geschäftstätigkeit in Deutschland. Hintergrund hierfür ist, dass das Insolvenzstatut an den Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit und nicht an die Rechtsform des schuldnerischen Unternehmens anknüpft, vgl. die §§ 4 und 335 InsO, Artikel 3 Abs. 1 EuInsVO. Durch die Einbeziehung der Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz und Betrieb in Deutschland sollen Schutzlücken vermieden werden (vgl. die Entwurfsbegründung, BR-Drs. 354/07, S. 127).

Diese insolvenzrechtliche Qualifizierung der Insolvenzantragspflicht hat aber auch Auswirkungen auf die Pflichten von nach deutschem Recht gegründeten juristischen Personen, die ihrerseits Verwaltungssitz und Betrieb im Ausland unterhalten. Das beabsichtigte MoMiG ermöglicht durch Änderung des § 4a GmbHG Gesellschaften mit beschränkter Haftung erstmals, in Deutschland lediglich einen statuarischen Satzungssitz zu unterhalten, während der gesamte Geschäftsbetrieb im Ausland angesiedelt ist. Gleichartige Änderungen sind für Aktiengesellschaften vorgesehen.

Bei einer insolvenzrechtlichen Anknüpfung der Insolvenzantragspflicht an den Mittelpunkt des tatsächlichen Interesses würde diese Pflicht zukünftig für die im Ausland ansässigen Gesellschaften deutscher Rechtsform nicht mehr gelten. Vielmehr würde für die Beurteilung der Insolvenzantragspflicht das am Ort der betrieblichen Niederlassung geltende Recht anzuwenden sein. Demnach werden zwar durch § 15a InsO-E Schutzlücken betreffend die in Deutschland ansässigen Auslandsgesellschaften vermieden, aber eventuelle neue Schutzlücken bei den im Ausland ansässigen Gesellschaften deutscher Rechtsform geschaffen.

Die Begründung des Gesetzentwurfs setzt sich mit dieser Folge der beabsichtigten Neuregelung nicht auseinander. Bei der gebotenen Abwägung der Vor- und Nachteile der beabsichtigten Änderung wird nach Ansicht des Bundesrates auch zu berücksichtigen sein, dass eine insolvenzrechtliche Abknüpfung der Insolvenzantragspflicht zu einer Flucht deutscher Gesellschaften führen könnte, indem in einer (drohenden) Krise der Betriebssitz in ein anderes Land mit weniger strengen oder ohne Insolvenzantragspflichten verlegt wird.

31. Zu Artikel 9 Nr. 3 (§ 15a InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Insolvenzverschleppungshaftung mit einer Beweislastumkehr verbunden werden sollte. Die Beweislast dafür, dass die Befriedigungsaussichten der Gläubiger durch Insolvenzverschleppungsverluste nicht verschlechtert worden sind, sollte dem Insolvenzverschlepper obliegen.

Begründung:

Nach bislang geltendem Recht haftet der Insolvenzverschlepper gegebenenfalls aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf Ersatz des durch die Insolvenzverschleppung entstandenen Schadens. Durch die Überführung der Antragspflicht in die Insolvenzordnung dürfte sich hieran nichts ändern.

In der Praxis führt jedoch häufig der Nachweis zu Schwierigkeiten, dass durch die Insolvenzverschleppung die Befriedigungsaussichten des jeweiligen Gläubigers tatsächlich geringer geworden sind. Dem in Anspruch genommenen Insolvenzverschlepper ist in entsprechenden Fällen der Gegenbeweis eher möglich und damit zumutbar, als einem außen stehenden Gläubiger.

Durch eine Beweislastumkehr zu der Frage, ob durch die Insolvenzverschleppung ein Quotenschaden entstanden ist, könnte man die Situation vieler Gläubiger verbessern und gleichzeitig Verstöße gegen die Insolvenzantragspflicht effektiv sanktionieren.

32. Zu Artikel 9 Nr. 5 (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5 InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der generellen Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen zu § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5 InsO-E genauer definiert werden sollte.

Begründung:

Nach dem Gesetzentwurf soll in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E auf das Merkmal "kapitalersetzend" verzichtet und damit jedes Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nachrangig gestellt werden. Nach der Begründung (BR-Drs. 354/07, S. 130) soll der Anwendungsbereich rechtsformneutral festgelegt werden und neben den deutschen Kapitalgesellschaften auch Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist, sowie ausländische Gesellschaften erfassen.

Problematisch erscheint insoweit jedoch die im Entwurf vorgesehene Kombination der Formulierungen "nach Maßgabe der Absätze 4 und 5" in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E und "Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist" in § 39 Abs. 4 InsO-E. Beide Bestimmungen zusammen vermitteln den Eindruck, als sei die Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E lediglich auf die in Absatz 4 näher beschriebenen Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter zulässig.

Die in der Praxis äußerst relevante Anwendung auf Kapitalgesellschaften, insbesondere auch auf die GmbH und Unternehmergesellschaft, lässt sich aus dem

Wortlaut der Bestimmungen dagegen nicht ohne Weiteres erschließen, denn bei diesen gibt es bereits begrifflich keinen persönlich haftenden Gesellschafter. Um hier Missverständnisse zu vermeiden und einen Gleichlauf zwischen Begründung und Gesetzeswortlaut herzustellen, sollte der Anwendungsbereich der Bestimmung im weiteren Gesetzgebungsverfahren deutlicher formuliert werden, etwa durch die ausdrückliche Erstreckung des § 39 Abs. 4 InsO-E auf inländische und ausländische Kapitalgesellschaften sowie die genannten Personengesellschaften.

33. Zu Artikel 12 Nr. 2 -neu- (§ 141b -neu- FGG)

Artikel 12 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 12

Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten
der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. Nach § 141a wird folgender § 141b eingefügt:

"§ 141 b

**Löschung von Zweigniederlassungen von Unternehmen
mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland**

(1) Das Registergericht kann die Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland löschen, wenn das Unternehmen in dem für seinen Sitz oder seine Hauptniederlassung zuständigen Register gelöscht ist.

(2) Das Registergericht hat den Inhaber des Unternehmens oder bei einer juristischen Person ihren ständigen Vertreter von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

(3) Für das weitere Verfahren gilt § 141a Abs. 2 und 3 entsprechend."

2. § 144b wird aufgehoben.'

Begründung:

Aus Anlass der Änderung des FGG in Artikel 12 des Entwurfs sollte eine weitere Ergänzung der Löschungsvorschriften erfolgen.

Erfährt das Registergericht, bei dem die Zweigniederlassung eines im Ausland ansässigen Unternehmens eingetragen ist, von dem Erlöschen eines Unternehmens im Register der Hauptniederlassung, sollte aus Gründen des Verkehrsschutzes eine Möglichkeit geschaffen werden, auch die Zweigniederlassung von Amts wegen zu löschen. Da die Eintragungen in dem ausländischen Register sich dem hiesigen Rechtsverkehr nicht ohne Weiteres erschließen, könnte sonst das bereits gelöschte Unternehmen "als Zweigniederlassung" jahrelang wenn nicht rechtlich, so doch dem Anschein nach weiter existieren.

Es kann nicht unbedingt damit gerechnet werden, dass das Erlöschen der Firma stets vom Leitungsorgan des Unternehmens auch dem Register der Zweigniederlassung mitgeteilt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eintragung der Hauptniederlassung in dem Gründungs-Mitgliedstaat nur wegen der dortigen besonders einfachen Gründungsvorschriften erfolgte und es dem Unternehmen für seine unternehmerischen Zwecke allein auf die Eintragung der Zweigniederlassung ankommt. Auch kann es vorkommen, dass dem Leitungsorgan jegliches weitere Interesse an dem Gesamtunternehmen fehlt, etwa nach durchgeführtem Insolvenzverfahren oder einer Löschung der Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit.

Die registergerichtliche Praxis behilft sich zur Zeit bei derartigen Fallkonstellationen noch mit einer analogen Anwendung der übrigen Löschungsvorschriften der §§ 141 ff. FGG. Im Hinblick auf die Vielzahl der zwischenzeitlich hier eingetragenen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften sollte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfolgen.

34. Zu Artikel 25 (Inkrafttreten)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die Bestimmungen zum gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen abweichend von den übrigen Bestimmungen des beabsichtigten Gesetzes erst zum 1. Juli 2008 in Kraft treten sollten.

Begründung:

Die beabsichtigten Regelungen der Zuordnung eines Widerspruchs zu einer Gesellschafterliste sind nur mit aufwändigen technischen Veränderungen der eingesetzten Software umzusetzen. Vor diesem Hintergrund sollte diese beson-

dere Regelung frühestens am 1. Juli 2008 in Kraft treten.

Eine zeitnähere technische Umsetzung ist auf Grund der erforderlichen gravierenden Strukturänderungen in den IT-Anwendungen nicht sicherzustellen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass neben den Anpassungen der jeweils in den Ländern eingesetzten Softwarelösungen die entsprechenden Anpassungen auch im Gemeinsamen Registerportal der Länder nachvollzogen werden müssen. Derzeit sind die Portale noch nicht darauf ausgelegt, auch Abhängigkeiten zwischen einzelnen Dokumenten darzustellen.