

## **MoMiG -- Innovation oder Rückkehr zur Personengesellschaft mit Strafrechtsfallen?**

Die Diskussionen um das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) dauert schon seit einiger Zeit an. Immer wieder wurde die Verabschiedung durch die Gesetzgebungsinstanzen angekündigt und wieder verschoben. Der Widerstand im Bundesrat war größer als offensichtlich erwartet. Nunmehr ist es amtlich! Das Gesetz tritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit am 01.11.2008 in Kraft. In diesem Beitrag möchten wir die Leser nicht mit den einzelnen Stadien im Gesetzgebungsverfahren langweilen, sondern uns auf das Wesentliche konzentrieren, nämlich auf die zu erwartenden Änderungen. Insbesondere die praktischen Folgen für die kleinen und mittelständischen Unternehmen in Deutschland, gleich ob sie als GmbH, als Niederlassung einer britischen Limited oder einer sonstigen, ausländischen Gesellschaft mit Niederlassungssitz hierzulande firmieren, möchten wir in Betracht ziehen.

Zunächst ein paar Worte zur Leitidee dieses Gesetzes: Das GmbHG und einige andere Gesetze, die mit dem Betrieb einer gewerblichen Gesellschaft in Deutschland einhergehen, sollten in Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH modernisiert werden, insbesondere um die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu erleichtern und zeitlich zu beschleunigen. Ferner sollten illegale Bestattungen von GmbHs erschwert werden. Im Prinzip ein guter Ansatz, da sich viele Unternehmer aufgrund der mittlerweile geltenden Niederlassungsfreiheit von europäischen Gesellschaften anderer Mitgliedsstaaten solcher Gesellschaftsformen, in erster Linie der britischen Limited bedienen. Die Gründung einer Limited verläuft schneller, der Haftungsschutz ist sofort nach Gründung hergestellt und die Gründungsgesellschafter müssen kein nennenswertes Stammkapital aufbringen. Außerdem ist das britische Gesellschaftsrecht in fast allen Bereichen praxisnäher und sinnvoller. Hierzu wollte man eine tatsächliche Alternative anbieten.

Nunmehr liegen uns die endgültigen Fassungen der Gesetzesänderungen vor, die zu erwarten sind.

Das GmbHG wird umfangreich geändert, die insolvenzbezogenen Bestimmungen, die zuvor im GmbHG als gesellschaftsrechtliche Bestimmungen zu finden waren, wurden nunmehr in die Insolvenzordnung überführt.

Zunächst zu den wichtigsten Änderungen:

### **1. Insolvenzantragspflicht**

Die Insolvenzantragspflicht (vorher § 64 GmbHG), spiegelt sich nunmehr in § 15a der Insolvenzordnung (InsO) mit der Erweiterung unter Absatz 3 wieder, dass im Falle der so genannten Führungslosigkeit jeder Gesellschafter einer GmbH, bei Genossenschaften oder AGs jedes Mitglied des Aufsichtsrates, zur Stellung des Antrages verpflichtet ist. Die positive Kenntnis wird in bestimmten Fällen vorausgesetzt. Weiterhin wird nach Absatz 4 nicht nur die verspätete Antragsstellung unter Strafe gestellt, sondern auch die "nicht richtige". Was im Einzelnen darunter zu verstehen ist, wird die Rechtsprechung womöglich erst zeigen. Entscheidend für Betreiber von

Niederlassungen ausländischer Unternehmen, z.B. auch derer der britischen Limiteds, ist aber vielmehr, dass die Insolvenzantragspflicht nach diesem Gesetz auch für sie verpflichtend vorgeschrieben ist. Dies war zuvor nicht der Fall, da die Vorschriften des GmbHG auf die Limited nicht anzuwenden waren. Lediglich das Landgericht Kiel kam in einem bekannten Urteil zu einer anderen Bewertung. Durch die Anerkennung der sog. Gründungstheorie durch den Bundesgerichtshof stand jedoch fest, dass gesellschaftsrechtliche Bestimmungen aus dem GmbHG für ausländische Unternehmen nicht bindend sind, auch nicht wenn sie inhaltlich dem Insolvenzrecht zuzuordnen sind. Nunmehr wurde die Bestimmung einfach von einem Gesetz in das andere überführt und erheblich verschärft. Mit einer unmittelbaren Folge: Dadurch, dass die hiesige Insolvenzordnung nur für den deutschen Rechtsraum gilt, gäbe es für den Geschäftsführer oder die Gesellschafter einer GmbH in einem Land ohne entsprechenden insolvenzrechtlichen Bestimmungen keine Insolvenzantragspflicht, und schon gar keine, die sich aus § 15a der neuen InsO herleiten ließe. In der Praxis nicht besonders relevant, weil kein mündiger, ausländischer Unternehmer freiwillig eine GmbH, z.B. mit Niederlassungssitz in Spanien oder dem Vereinigten Königreich, betreiben würde. Ob die Bestimmungen, die eindeutig mit den englischen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Verhalten des Directors im Krisenfall konkurrieren, standhalten, wird leider erst die höchstrichterliche Rechtssprechung beantworten. Für die Autoren ist dies nicht vorstellbar, weil durch Anerkennung der Gründungstheorie die britischen Bestimmungen Vorrang haben dürften und die Einhaltung beider, ihrem Wortlaut nach sich gegenseitig ausschließenden, Gesetze für den Unternehmer nicht praktikierbar sein dürften. **Trotzdem raten wir jedem Limited-Director ab dem 01.11.2008 dringend, im Zweifelsfalle den Insolvenzantrag beim zuständigen Insolvenzgericht zu stellen.** Die Antragspflicht wird sich aber nach dem Gesetzeswortlaut keineswegs auf die Shareholder ausweiten, da demnach nur die Funktionsträger der GmbH, der AG und der Genossenschaften zur Antragspflicht bei Führungslosigkeit herangezogen werden können.

## 2. Stammkapitalvorschriften

Das Mindeststammkapital bleibt für die "konventionelle" GmbH bei 25.000 Euro, erbracht werden muss mindestens die Hälfte. Die Herabsetzung auf 10.000 Euro ist vom Tisch, um den präventiven Gläubigerschutz nicht zu gefährden. Eigentlich zur Erhaltung des Rufes der GmbH eine gute Entscheidung, wenn man nicht in Betracht ziehen würde, dass es \*nach dem GmbHG nun auch die so genannte "Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt", kurz "U.G. haftungsbeschränkt" gibt, bei der lediglich ein voll einzuzahlendes Stammkapital in Höhe von einem Euro einzubringen ist\*. Die Gesellschaften nach dem GmbHG werden nun in eine Zweiklassengesellschaft unterteilt. Selbst bei einer U.G. mit einem Stammkapital von 10.000 Euro wird jeder von vorne herein denken, dass es sich um eine dieser Ein-Euro-Firmen handelt. Die Kreditwürdigkeit dieser Rechtsform dürfte sich noch unterhalb der einer Limited bewegen. Die U.G. bietet abgesehen von den Kapitalaufbringungsbestimmungen nämlich überhaupt keine Vorteile gegenüber der normalen GmbH. Bei der Limited ist dies im Vergleich zur GmbH etwas völlig anderes, hier gelten die mannigfaltigen Vorteile des britischen Gesellschaftsrechts, wie es zuletzt im geltenden Companies Act 2006 kodifiziert wurde.

## 3. Geschäftsführervoraussetzungen

Die Bestimmungen für die Geschäftsführerzulassung wurden verschärft: Wer wegen Betrugsdelikten oder des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt (meistens nicht entrichtete Sozialversicherungsanteile), d.h. nach den §§ 263-264a oder §§ 265b bis 266a, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, darf für fünf Jahre nach Rechtskraft des Urteil kein GmbH-Geschäftsführer werden. Die schon vorher gegebenen Ausschlußgründe wegen insolvenzrechtlicher Straftaten bleiben fast unberührt daneben bestehen. Ob die Erweiterung sinnvoll ist oder nur Strohmanschaften fördert, wird sich zeigen.

#### **4. Bürokratieabbau und Formvorschriften**

Die Pflichten zur notariellen Beurkundung haben sich scheinbar gelockert. Soweit man eine Mustersatzung verwendet, bedarf die Gründung der GmbH nach einem Musterprotokoll nicht mehr der notariellen Beurkundung. Dies dürfte in der Praxis für einen Kleinunternehmer nicht besonders sinnvoll sein, da individuelle, auf den Geschäftsbetrieb zugeschnittene Regelungen fast immer erforderlich sind. Selten ist es, dass bei einer Beurkundung nicht einer der Beteiligten mit einem Änderungswunsch an den Notar herantritt, der ja schließlich selbst immer seine eigenen Mustersatzungen für die Gründer bereithält. Die Mitwirkung des Notars ist nunmehr aber bei der Gesellschafterliste, der nun eine neue Rolle zufällt, in besonderem Maße erforderlich. Siehe hierzu auch Pos.5. Die Gründung im sog. "vereinfachten Verfahren" ist auch nur zulässig bis zu einer Höchstzahl von drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer. Für Konzerntöchter ist diese Lösung interessant, nicht aber für ein Klein-, Familien-, oder Mittelstandsunternehmen.

#### **5. Eigenkapitalersatzrecht**

Die Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechtes hat zwar stattgefunden, wurde aber auch auf Kosten der Geschäftsführerhaftung, was in diesem Einzelfall allerdings nicht wirklich zu beanstanden ist, vollzogen. Der Geschäftsführer hat nach kaufmännischer Sorgfalt die Wertigkeit des Ersatzes prüfen. Diese Änderung kann man insoweit begrüßen. Auch das so genannte "Cash-Pooling" ist nun gesetzlich geschützt. Kleinunternehmer dürfte das allerdings nicht wirklich interessieren.

#### **6. Verwaltungssitz**

Der Verwaltungssitz Deutschland ist nicht mehr vorgeschrieben. Eine deutsche GmbH darf ihren Verwaltungssitz auch aus Deutschland heraus verlegen. Damit soll die GmbH im europäischen Wettbewerb interessanter gemacht werden. Wir glauben jedoch kaum, dass diese Änderung überhaupt ins Gewicht fällt, da sich Unternehmer außerhalb Deutschlands wegen des deutschen Gesellschaftsrechtes, insbesondere nach Inkrafttreten des MoMiG, wohl kaum der deutschen Rechtsform bedienen werden.

#### **7. Anteilsübertragungen**

Die Übertragung von Geschäftsanteilen wurde erleichtert. Die Stückelung ist nunmehr in Ein-Euro-Schritten möglich. Ein Gesellschafter kann sogleich mehrere Anteile innehaben und diese ggf. auch einzeln oder gebündelt an Dritte übertragen. Der Erwerber von Anteilen darf sich künftig in Hinblick auf die tatsächliche Gesellschafterstellung beim Erwerb von Geschäftsanteilen auf die Angaben der Gesellschafterliste verlassen.

Selbstverständlich wurden darüber hinaus viele weitere Änderungen beschlossen, die man im Internet u.a. auf den Seiten der Bundesregierung nachlesen kann. Wir hoffen jedoch, zunächst eine kurze Übersicht über die wichtigsten Punkte samt unserer Kommentierung hierzu angeboten zu haben.

#### **Fazit:**

Einige Änderungen sind zu definitiv zu begrüßen, insbesondere in Hinblick auf die neuen Regelungen im Eigenkapitalersatzrecht und auf die Beschleunigung der Handelsregistereintragung. Dies dürften insbesondere für Unternehmen erfreulich sein, welche Zulassungen, wie etwa § 34c GewO (Maklerzulassung), für ihre werbende Tätigkeit benötigen. Hier wird künftig die Eintragung nicht mehr von der gewerberechtlichen Genehmigung abhängig gemacht.

Andere Änderungen, die scheinbar überflüssige Bürokratie vermeiden sollen, werfen wiederum andere Probleme neu auf. Der Gutgläubenserwerb von Geschäftsanteilen dürfte die Rechtssicherheit von Gesellschaftern, insbesondere bei Auseinandersetzungen innerhalb der Gesellschaft, gefährden. Dies könnte sich beispielsweise nach einem Gesellschaftsbeschluss über die Freisetzung eines Gesellschafters ereignen, indem der Geschäftsführer den "ehemaligen" Gesellschafter einfach von der Gesellschafterliste streicht und kurz darauf die verbleibenden Gesellschafter eine Veräußerung von Anteilen an der Gesellschaft vollziehen. Durch solche Handlungen möchte sich der Geschäftsführer zwar schadenersatzpflichtig und möglicherweise auch strafbar, jedoch dürfte dies die Wirksamkeit einer solchen Übertragung nach der neuen Rechtslage nicht mehr tangieren. Nach drei Jahren verliert der möglicherweise tatsächlich berechnigte Gesellschafter sogar jede Möglichkeit, gegen eine falsche Gesellschafterliste Einspruch einzulegen. Beiwerbenden Gesellschaftern eine lange Zeit, bei Gesellschaften, die nur Vermögen o.ä. verwalten, eine denkbar kurze.

Insgesamt bleibt festzustellen, dass das ohnehin schon erhebliche Risiko eines Geschäftsführers, für Verbindlichkeiten einer GmbH in die privatschuldnerische Haftung genommen zu werden, nach Inkrafttreten der neuen Regelungen erheblich steigen wird. Dies dürfte die Position eines GmbH-Geschäftsführers nicht unbedingt attraktiver machen. Insbesondere vermögende Personen dürften sich angesichts dieser Risiken immer weniger freiwillig in diese Position bestellen lassen. Das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit hat ohnehin schon einen derartig schlechten Standpunkt bei Unternehmern, dass selbst bei ordnungsgemäßem Handeln das Risiko einer Verurteilung gesehen werden dürfte.

Daneben ist aber auch die Gesellschafterposition in Mitleidenschaft gezogen worden. Neben der schwindenden Rechtssicherheit in Bezug auf die Gesellschafterposition ist die neue, mögliche Insolvenzantragspflicht eines Gesellschafters einmalig im europäischen Vergleich. Eine Führungslosigkeit kann bekanntlich nicht nur im Falle eines Missbrauches vorliegen, sondern auch z.B. durch schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers. In einem solchen Falle müssten die Gesellschafter, die womöglich selbst vom Verhalten des Geschäftsführers geschädigt wurden, faktisch auch noch die Pflichten dieser Person gegenüber den Ämtern und Gerichten erfüllen. Für Investoren, insbesondere aus dem Ausland, eine klare Absage für den Standort Deutschland.

Eine guter Wille, der offensichtlich tatsächlich vorhanden war, reicht bei politischen Gesetzgebungsverfahren leider nicht aus, um ein zufrieden stellendes Produkt zu erzielen. Zu viele Köche mit fehlendem Praxisbezug und die Nähe zur verschiedenen Lobby haben dazu beigetragen, die wenigen Vorteile der GmbH-Rechtsform auch noch zu zerstören. Ob die Autoren mit ihren Bedenken Recht bekommen oder nicht, wird leider erst die Rechtsprechung in den kommenden Jahren zeigen. Es wäre sinnvoller gewesen, überflüssige Reglementierungen aus dem GmbHG durch sinnvolle Regelungen zu ersetzen und zusätzlich eine "kleine GmbH" mit anderen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ins Leben zu rufen. §15a der Insolvenzordnung (Insolvenzantragspflicht) wird nunmehr auch für die "U.G. haftungsbeschränkt" uneingeschränkt gelten. Bei den erweiterten Risiken für die Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH, die ab dem 01.11.2008 bestehen, dürfte bei einer Gesellschaftsgründung bei objektiver Betrachtung der Sach- und Rechtslage die Rechtsformen aus dem Handelsgesetzbuch (oHG), des BGB (GbR) und die Einzelfirma wieder eine gewichtige Rolle spielen, soweit Bonität von einer Gesellschaft gefordert wird. Andernfalls kommen aus Sicht der Autoren nur noch fremde Rechtsformen in Frage, die im Übrigen bei den vorgesehenen Gesetzesänderungen auch nicht ungeschoren davon gekommen sind. Ob die beschlossene Überführung der Insolvenzantragspflicht in das Insolvenzrecht Bestand haben wird, müssen leider noch die höchsten Gerichte klären. Bis dahin bleibt viel Raum für die neu geschaffene Rechtsunsicherheit.