



Dr. Volker Lüdemann, Wien

## GmbH versus Limited – Zur Reform des deutschen GmbH-Rechts

*Die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Niederlassungsfreiheit hat in Europa den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen eröffnet. Insbesondere die Rechtsform der britischen private limited company (Limited) erfreut sich seitdem bei Unternehmensgründern aus dem gesamten europäischen Raum eines immer stärkeren Zuspruchs.*

*Zunächst lassen zwei Aspekte, die geringeren Anforderungen an die Gründungsformalia und der Verzicht auf das Mindestkapitalerfordernis, die Limited für Unternehmensgründer attraktiv erscheinen, anderweitige Rechtsnachteile der Gesellschaftsform finden geringere Beachtung.*

*Der nachfolgende Beitrag beleuchtet, mit welchen Maßnahmen der deutsche Gesetzgeber auf die Internationalisierung des Gesellschaftsrechts und Konkurrenz zur deutschen GmbH reagiert und geht der Frage nach, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen ausreichen, um die deutsche GmbH für den Wettbewerb der Rechtsformen ausreichend zu rüsten.*

*Ein Kernanliegen der GmbH-Novelle ist die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen. Neben einer Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland bedarf es zudem der entsprechenden finanziellen und personellen Ausstattung der Registergerichte. Auch die Einführung von Online-Gründungen mittels Verwendung von Online-Formularen und einer qualifizierten elektronischen Signatur wäre zeitgemäß und unter Wettbewerbsgesichtspunkten erforderlich.*

S. 20

- HFR 2/2008 S. 1 -

### 1 I. Einleitung

In den letzten Jahren hat der Europäische Gerichtshof mit einer Reihe von wegweisenden Urteilen den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen begründet.<sup>1</sup> Mit Verweis auf die Niederlassungsfreiheit wurden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, zugezogene Auslandsgesellschaften anzuerkennen. Die britische *private limited company* (im Folgenden *Limited*) zieht seitdem Gründer aus dem gesamten europäischen Raum stark an.<sup>2</sup> Der hierdurch ausgelöste Rechtsformwettbewerb beeinflusst die Gesellschaftsrechte der Mitgliedsstaaten und hat insbesondere in Deutschland zu Bewegung geführt. Mit dem Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25. Mai 2007 beabsichtigt die Bundesregierung das deutsche GmbH-Recht umfassend zu modernisieren.<sup>3</sup> Das Ziel der Reform ist ein Doppeltes: Zum einen soll die Attraktivität der GmbH gegenüber konkurrierenden Rechtsformen gesteigert werden. Zum anderen soll die GmbH besser gegen Missbräuche geschützt werden.<sup>4</sup> Der Schwerpunkt des folgenden Beitrags liegt auf dem ersten Reformanliegen, der Erhöhung der Attraktivität der GmbH auf dem europäischen Markt für Rechtsformen. Im ersten Schritt werden jene Aspekte herausgearbeitet, aufgrund derer die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen an Attraktivität eingebüßt hat

<sup>1</sup> „Inspire-Art“ (EuGH, Urteil v. 30.09.2003, R C-167/01), in NJW 2003, S. 3331 ff., vorangehend „Überseering“ (EuGH, Urteil v. 05.11.2002, R C-208/00), abgedruckt in NJW 2002, S. 3614 ff., und „Centros“ (EuGH, Urteil v. 09.12.1999, R C-212/97), abgedruckt in NJW 1999, 2027 ff. Umfassend zu dieser Judikatur und den Auswirkungen auf das deutsche Recht *Sandrock/Wetzler (Hrsg.)*, Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Heidelberg, 2004.

<sup>2</sup> *Römermann*, NJW 2006, S. 2065; *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, S. 189 ff.; *Lutter*, GmbHR 2005, S. 1 ff.; *Westermann*, GmbHR 2005, S. 4 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25.5.2007, BR-Dr 354/07, 1, Volltext abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de> (im Folgenden zitiert: RegE MoMiG).

<sup>4</sup> RegE MoMiG, S. 55.

(II.). Anschließend werden die an diesen Punkten ansetzenden Lösungsvorschläge des Entwurfs untersucht (III.) und in ein Gesamtbild eingeordnet (IV.).

S. 21

- HFR 2/2008 S. 2 -

## 2 II. Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen

### 1. Wettbewerb um Unternehmensgründer

Der Wettbewerb der Rechtsformen in Europa ist in erster Linie ein Wettbewerb um Unternehmensgründer.<sup>5</sup> Im Anschluss an die Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit hat sich die *Limited* auch in Deutschland zu einer echten Alternative zur GmbH entwickelt.<sup>6</sup> Die exakte zahlenmäßige Erfassung der in Deutschland existierenden *Limited* ist mangels genauer statistischer Erhebungen schwierig.<sup>7</sup> Aktuell dürften aber mehr als 30.000 *Limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland existieren.<sup>8</sup> Nach einer Studie des *Instituts für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht* bezieht die Hälfte der Unternehmensgründer bei der Rechtsformwahl die *Limited* in ihre Überlegungen mit ein.<sup>9</sup> Bereits jede vierte Gründung einer geschlossenen Kapitalgesellschaft erfolgt in Form der *Limited*.<sup>10</sup> Der Wettbewerb um die Gründer von geschlossenen Kapitalgesellschaften in Deutschland ist damit ein Wettbewerb zwischen GmbH und *Limited*. Andere europäische Rechtsformen spielen in der hiesigen Gründungspraxis keine nennenswerte Rolle.<sup>11</sup> Damit ist der Rahmen für die Reformbemühungen gesetzt: Die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH ist gegenüber der *Limited* zu erhöhen. Unergiebig ist in diesem Zusammenhang die Diskussion, ob die *Limited* insgesamt tatsächlich einen Attraktivitätsvorteil bietet oder dieser nur in den Vorstellungen der Gründer existiert. Ausschlaggebend ist, dass sich in der Praxis eine Vielzahl von Unternehmensgründern für die *Limited* und gegen die GmbH entscheidet. Auf diese Entwicklung muss der Gesetzgeber reagieren, will er einer Marginalisierung des deutschen Rechtsformkanons entgegenwirken und den Rechtsstandort stärken.

S. 22

- HFR 2/2008 S. 3 -

### 3 2. Vorteile der *Limited* für Unternehmensgründer

In der Praxis sind es vor allem zwei Aspekte, welche die *Limited* für Unternehmensgründer attraktiv erscheinen lassen: Die rasche, günstige und unbürokratische Gründung und der Verzicht auf das Mindestkapitalerfordernis.<sup>12</sup> Potentielle Gründer orientieren sich fast ausschließlich an diesen beiden Aspekten. Warnungen vor anderweitigen Rechtsnachteilen verhallen weitgehend ungehört.<sup>13</sup>

4 Hauptgrund für die Attraktivität der *Limited* ist die rasche, günstige und unbürokratische Gründungsmöglichkeit.<sup>14</sup> Im Unterschied zur deutschen GmbH, deren Errichtung

<sup>5</sup> Bayer/Hoffmann, GmbHR 2007, 414; Eidenmüller, ZGR 2007, S. 168 (170).

<sup>6</sup> Römermann, NJW 2006, S. 2065; Grunewald/Noack, GmbHR 2005, S. 189 ff.; Lutter, GmbHR 2005, S. 1 ff; Westermann, GmbHR 2005, S. 4 ff.

<sup>7</sup> Eidenmüller, ZGR 2007, S. 168 (170 ff.).

<sup>8</sup> Mit teils divergierenden Zahlen Bayer/Hoffmann, GmbHR 2007, S. 414; Eidenmüller, ZGR 2007, S. 168 (173); Westhoff, GmbHR 2006, S. 525 (526); Niemeier, ZIP 2006, S. 2337 (2250); Lutter, GesRZ, 2007, S. 365.

<sup>9</sup> Bayer/Hoffmann, GmbHR 2007, S. 414 (415).

<sup>10</sup> Eidenmüller, ZGR 2007, S. 169 (170); Römermann, NJW 2006, S. 2065.

<sup>11</sup> Zur französischen A.R.L., vgl. Recq/Hoffmann, GmbHR 2004, S. 1070 ff., Becker, GmbHR 2003, S. 706 ff. und 1120 f., und zur spanischen „Blitz-GmbH“ (SLNE), vgl. Irujo, RIW 2004, S. 760 ff., Bascopé/Hering, GmbHR 2005, S. 609 ff.

<sup>12</sup> Hommelhoff/Teichmann, StudZR 2006, S. 3 (25f.); Seibert, BB 2005, S. 1061; Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH, Gemeinsame Stellungnahme von BDI und HengelerMueller, S. 47 (im Folgenden: Stellungnahme BDI/HengelerMueller), abrufbar unter, www.bdi-online.de.

<sup>13</sup> Zu den Nachteilen, wie etwa den hohen Kosten für den laufenden Betrieb, vgl. nur Römermann/Mönchmeyer, in: Römermann (Hrsg.), Private Limited Company in Deutschland, 2006, 31 ff.; Römermann, NJW 2006, S. 2065 (2066); Schumann, DB 2004, S. 743 ff.

<sup>14</sup> RegE MoMiG, S. 55.

im internationalen Vergleich als zeitraubend, teuer und bürokratisch gilt,<sup>15</sup> dauert die Gründung einer *Limited* lediglich eine Woche und kostet nur wenige Pfund.<sup>16</sup> Für einen geringen Aufschlag erhält man eine „Blitzgründung“ innerhalb von 24 Stunden. Für die Gründung ist lediglich erforderlich, dass der Gründer zwei kurze Formulare ausfüllt, Geschäftsführer und *Company Secretary* bestellt und die Formulare zusammen mit einem *Memorandum of Associations*, in dem Gesellschaftszweck, Kapital und Kapitalstückelung angegeben ist, an das *Companies House* in Cardiff sendet. Weitere Formalitäten sind nicht erforderlich. Insbesondere kann auf die Abfassung eines Gesellschaftsvertrages (*Articles of Association*) verzichtet werden. Das Hinzuziehen eines Notars sieht das englische Recht nicht vor. Der Registrator erteilt das *Certificate of Incorporation*, wenn die eingereichten Unterlagen formell ordnungsgemäß sind.

- 5 Der zweite Erfolgsfaktor der *Limited* ist der Verzicht auf einen Mindestkapitaleinsatz.<sup>17</sup> Dies belegt die starke Nachfrage nach dieser Rechtsform in wenig kapitalintensiven Bereichen wie dem Dienstleistungssektor.<sup>18</sup> Die Gründung der *Limited* ist als Ein-Pfund-Company möglich und gewährt eine der GmbH im wesentlichen vergleichbare Haftungsbeschränkung.<sup>19</sup> Existenzgründer können somit ohne den im deutschen GmbH-Recht erforderlichen Mindestkapitaleinsatz von EUR 25.000, von denen EUR 12.500 eingezahlt sein müssen, in den Genuss des Haftungsschildes zu kommen.

S. 23

- HFR 2/2008 S. 4 -

### 6 III. Die Erhöhung der Attraktivität der GmbH für Unternehmensgründer

Der Regierungsentwurf setzt an diesen beiden Wettbewerbsvorteilen der *Limited* an und liberalisiert und entbürokratisiert die entsprechenden Regelungen im GmbH-Recht.

#### 7 1. Erleichterung und Beschleunigung der Unternehmensgründung

Einen Schwerpunkt bildet die Erleichterung und Beschleunigung des Gründungsverfahrens.<sup>20</sup>

#### 8 a) Entkoppeln der Eintragung von verwaltungsrechtlichen Genehmigungen

Nach der gegenwärtigen Rechtslage kann eine GmbH nur eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung die erforderlichen verwaltungsrechtlichen Genehmigungen vorliegen.<sup>21</sup> Unternehmensgründungen werden hierdurch erheblich erschwert. Gründer, die eine GmbH mit genehmigungspflichtigem Unternehmensgegenstand betreiben möchten, wie etwa Handwerks- und Restaurantbetriebe, Bauträger und Finanzdienstleister, müssen sich aufgrund der zwingenden Verknüpfung von der Existenz des Rechtsträgers mit der Frage der erlaubten Geschäftstätigkeit einem zeitraubenden, kostenintensiven und bürokratischen Verfahren unterziehen.<sup>22</sup> Da die Genehmigung grundsätzlich nur einer existenten juristischen Person erteilt werden kann, diese aber zum Zeitpunkt des Genehmigungsantrags mangels Eintragung noch nicht existiert,<sup>23</sup> müssen im Vorgriff auf die endgültige Genehmigung Vorbescheide erteilt werden. Ist die Gesellschaft mangels Genehmigung noch nicht eingetragen, können mit

<sup>15</sup> Reg MoMiG, S. 55 ff., 77; Teichmann, NJW 2006, S. 2449; Priester, ZIP 2006, S. 161 f.; Karsten Schmidt, DB 2006, S. 1096; Bormann/Apfelbaum, ZIP 2007, S. 946 ff. Eine aktuelle Studie der Weltbank verweist Deutschland hinsichtlich Dauer und Kosten der Errichtung von geschlossenen Kapitalgesellschaften auf einen Platz im unteren Mittelfeld, abrufbar unter [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org), hierzu auch Eidenmüller, ZGR 2007, S. 168 (195 f.).

<sup>16</sup> Die Eintragungsgebühr beträgt 20 Pfund. Dienstleister, wie „Go Ahead“ bieten die Gründung einer *Limited* zum Komplettpreis von EUR 260 an, abrufbar unter [www.go-limited.de](http://www.go-limited.de).

<sup>17</sup> Bayer/Hoffmann, GmbH 2007, S. 414 (416 f.); Barta, GmbH 2005, S. 657.

<sup>18</sup> Eidenmüller, ZGR 2007, S. 169 (170 ff.).

<sup>19</sup> Zur Haftung bei der *Limited*, Römermann, NJW 2006, S. 2065 (2068 f.).

<sup>20</sup> RegE MoMiG, S. 55 ff., 77; Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 23.5.2007, abrufbar unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de); Römermann, NJW 2006, S. 2066, Teichmann, NJW 2006, S. 2449; Priester, ZIP 2006, S. 161 f.; Karsten Schmidt, DB 2006, S. 1096; Bormann/Apfelbaum, ZIP 2007, S. 946 ff.

<sup>21</sup> § 8 Abs. S. 1 Nr. 6 GmbHG.

<sup>22</sup> RegE MoMiG, S. 77, Noack, DB 2007, S. 1398.

<sup>23</sup> § 11 Abs. 1 GmbHG.

der Gründung verbundene Rechtsgeschäfte nur durch die Vor-GmbH getätigt werden, was eine ganze Reihe weiterer Probleme und Gefahren für die Gründer mit sich bringen kann, wie etwa die Unterbilanzhaftung. Die Praxis behilft sich teilweise damit, dass zunächst eine GmbH mit einem genehmigungsfreien Unternehmensgegenstand gegründet, dann die gewünschte Genehmigung beantragt und nach Erhalt der Genehmigung der Unternehmensgegenstand erweitert wird.<sup>24</sup> Diese Vorgehensweise verursacht aber weitere Kosten, etwa für die Satzungsänderung, und bedeutet eine erhebliche Zeitverzögerung. Der Regierungsentwurf schafft hier wirksam Abhilfe. Während der Referentenentwurf noch vorsah, dass verwaltungsrechtliche Genehmigungen zumindest nachgereicht werden mussten,<sup>25</sup> verzichtet der Regierungsentwurf völlig auf die Einreichung der Genehmigungsurkunde.<sup>26</sup> Er entkoppelt das verwaltungsrechtliche Verfahren damit vollständig von dem Handelsregisterverfahren. Dies ist sowohl aus Sicht der Praxis als auch unter dogmatischen Gesichtspunkten uneingeschränkt zu begrüßen. Es besteht kein Grund, im Unterschied zu Einzelkaufleuten und Personengesellschaften die Existenz des Rechtsträgers mit der Frage der erlaubten Geschäftstätigkeit zu verknüpfen.<sup>27</sup>

S. 24

- HFR 2/2008 S. 5 -

### 9 b) Erleichterungen bei Standardgründungen

Eine weitere Gründungserleichterung eröffnet der Regierungsentwurf für einfache Standardgründungen (Bargründung, höchstens drei Gesellschafter, ein Geschäftsführer, einfache Vertretungsregelung, *numerus clausus* von Unternehmensgegenständen). Dem Regierungsentwurf ist in Anlage ein „Gründersset“ beigefügt, das aus einem Muster-Gesellschaftsvertrag, einer Muster-Handelsregisteranmeldung sowie dem Muster einer Niederschrift über eine Gesellschafterversammlung und der Liste der Gesellschafter besteht. Mit diesen Unterlagen sollen Unternehmensgründer in einfach gelagerten Fällen in die Lage versetzt werden, ohne kostenträchtige rechtliche Beratung sämtliche Schritte bis zur Eintragung in das Handelsregister selbst vorzunehmen.<sup>28</sup> Bei Verwendung des Muster-Gesellschaftsvertrages entfällt die notarielle Beurkundung. Der Notar ist nur noch zur Beglaubigung der Unterschriften gem. § 129 BGB hinzuzuziehen.<sup>29</sup> Der Regierungsentwurf setzt damit ein deutliches rechtspolitisches Signal, dass es ihm mit der Entbürokratisierung des Gründungsverfahrens und dem Wettbewerb der Rechtsformen ernst ist. Der Prüfungsaufwand des Handelsregisters wird durch die Standardisierung erheblich reduziert, der Registrierungsprozess damit beschleunigt.<sup>30</sup> Die gegen den Wegfall des Beurkundungserfordernisses vorgebrachte Kritik der Standesvertreter<sup>31</sup> ist nachvollziehbar, aber nicht durchgreifend. Erstens ist das Beurkundungserfordernis bei einfachen Standardgründungen nicht wirklich mit guten Gründen zu rechtfertigen.<sup>32</sup> Einer Beratung und Belehrung bedarf es in diesen Fällen nicht. Das Verlesen des standardisierten Mustervertrages wäre reine Förmerei und liefe dem Ziel zuwider, die Gründung zu entschlacken und die GmbH im internationalen Wettbewerb zu stärken. Zweitens kommt auch die *Limited* bei der Eintragung in das deutsche Handelsregister ohne Satzungsbeurkundung aus und bedarf nur der notariell beglaubigten Anmeldung. Drittens führt die Verwendung eines Mustervertrages unter Verzicht auf notarielle Beratung weder zu einer mittelbaren Einschränkung der Satzungsautonomie noch engt sie den Handlungsspielraum der Gründer ein.<sup>33</sup> Es ist den Gründern unbenommen,

<sup>24</sup> Reg MoMiG, S. 77.

<sup>25</sup> Hierzu Bormann/Apfelbaum, ZIP 2007, S. 946 (951).

<sup>26</sup> § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG wird durch den Entwurf aufgehoben, vgl. RegE MoMiG, S. 4.

<sup>27</sup> Ebenso Noack, DB 2007, S. 1395 (1398); Triebel/Otte, ZIP 2006, S. 1321 (1322); Priester, DB 2005, S. 1315 (1319).

<sup>28</sup> RegE MoMiG, S. 7.

<sup>29</sup> § 2 Abs. 1a GmbHG-E.

<sup>30</sup> Kritisch hierzu BR-Drucksache 354/07 (Beschluss), S. 3 ff.

<sup>31</sup> Vgl. nur Wicke, ZIP 2007, S. 977, und die Bedenken der Notarkammer Sachsen, die in die Stellungnahme des Bundesrats vom 6.7.2007 Eingang gefunden haben, s. BR-Drucksache 354/07 (Beschluss), S. 6.

<sup>32</sup> Ebenso Seibert, GmbHR 2007, S. 674, Römermann, NJW 2006, S. 2065 (2066); Gehb/Drange/Heckelmann, NZG 2006, S. 88 (91); Stellungnahme BDI / Hengeler/Mueller (o. FuBn. 11), S. 42 ff.

<sup>33</sup> So die Befürchtung in der Stellungnahme der *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt* zum Regierungsentwurf vom 2.7.2007, GmbHR 2007, S. 754.

auch bei Verwendung des Mustervertrages die Beratung eines Notars oder eines anderen rechts- oder wirtschaftsberatenden Berufes in Anspruch zu nehmen.

S. 25

- HFR 2/2008 S. 6 -

- 10 Bedauerlich ist allerdings, dass der Regierungsentwurf nicht noch einen Schritt weiter geht und die Verwendung von Online-Formularen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zulässt. Der Regierungsentwurf bleibt insoweit auf halbem Wege stehen. Erst das Angebot einer Online-Registrierung wäre ein wirklicher Fortschritt.<sup>34</sup> Die GmbH könnte damit innerhalb von Minuten vollständig elektronisch zu minimalen Kosten gegründet werden. Dies ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten besonders ärgerlich, da für die *Limited* die Online-Registrierung kurz bevorsteht.<sup>35</sup> Die Verfasser des Entwurfs begründen den Verzicht auf die Online-Registrierung mit dem Verweis darauf, dass eine rechtssichere Authentifizierung der Gesellschafter nur mittels öffentlicher Beglaubigung der Namensunterschrift möglich sei.<sup>36</sup> Angesichts dessen, dass der Gesetzgeber im Jahr 2001 die §§ 126 Abs. 3, 126a BGB nebst dem Gesetz über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen geschaffen hat,<sup>37</sup> kann diese Begründung nicht überzeugen.

11 **c) Einführung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft**

Eine neue GmbH-Variante, die ohne Mindeststammkapital auskommt, soll Gründungen zusätzlich erleichtern und beschleunigen. Um den Bedürfnissen von Existenzgründern entgegenzukommen, die über wenig Kapital verfügen, enthält der Entwurf eine Einstiegsvariante der GmbH, die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft.<sup>38</sup> Es handelt sich dabei nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine Unterform der GmbH.<sup>39</sup> Rechtstechnisch sind alle Vorschriften des GmbH-Rechts auf die Unternehmergesellschaft anwendbar, mit Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen in § 5a GmbHG-E.<sup>40</sup> Reiz dieser Einstiegsvariante ist, dass die Gründung mit einem geringeren Stammkapital als bei der Regel-GmbH erfolgen kann.<sup>41</sup> Ausreichend ist ein Euro.<sup>42</sup> Im Gegenzug ist vorgesehen, dass die Unternehmergesellschaft ihre Gewinne nicht voll ausschütten darf, bis das Mindeststammkapital der Regel-GmbH angespart ist. Ein Viertel des Jahresüberschusses ist bis dahin in die gesetzlich vorgesehene Gewinnrücklage einzustellen.<sup>43</sup> Diese Regelung kompensiert das geringere Mindeststammkapital. Die Unternehmergesellschaft unterliegt damit einer Kapitalaufholung. Bis das Mindeststammkapital angespart ist, muss die Unternehmergesellschaft als „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ firmieren, um den Seriositätsvorteil der angestammten GmbH nicht zu gefährden. Erst wenn das Stammkapital auf die gesetzliche Mindestziffer angewachsen ist, ist die Umfirmierung als GmbH möglich.<sup>44</sup> Insgesamt ist die Idee der Unternehmergesellschaft zu begrüßen. Wünschenswert wäre allerdings, dass *de lege ferenda* deutlich klargestellt wird, dass die Unternehmergesellschaft nur als eine auf Existenzgründungen beschränkte, transitorische Unternehmensform zur Verfügung steht.<sup>45</sup> Es kann nur darum gehen, Existenzgründungen zu erleichtern, nicht dauerhaft eine Rechtsform unterhalb der GmbH zu etablieren.

<sup>34</sup> Ebenso Noack, DB 2007, S. 1398; Eidenmüller, ZGR 2007, S. 167 (199).

<sup>35</sup> Hierzu mit Nachweisen Eidenmüller, ZGR 2007, S. 167 (197).

<sup>36</sup> Reg MoMiG, S. 61.

<sup>37</sup> Hierzu Lüdemann/Adams, K&R 2002, S. 8 ff.

<sup>38</sup> Kritisch zum Begriff Unternehmergesellschaft Wilhelm, DB 2007, S. 1510 (1511 f).

<sup>39</sup> Noack, DB 2007, S. 1395 (1396 f.), Seibert, GmbHR 2007, S. 673 (675). Damit hat sich der Vorschlag von Gehb (MdB) durchgesetzt, vgl. Gehb/Drange/Heckelmann, NZG 2006, S. 88.

<sup>40</sup> Kritisch zu dieser Konzeption Drygala, NZG 2007, S. 561 ff., der für den rechtssicheren Betrieb der Unternehmergesellschaft Anpassungen auch in anderen GmbH-Vorschriften für erforderlich hält.

<sup>41</sup> § 5a Abs. 1 GmbHG-E.

<sup>42</sup> Seibert, GmbHR 2007, S. 673 (675). Der Entwurf nennt keinen Mindestbetrag, dieser ergibt sich aus § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG-E, wonach der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss.

<sup>43</sup> § 5a Abs. 3 GmbHG-E.

<sup>44</sup> Seibert, GmbHR 2007, S. 673 (676).

<sup>45</sup> So auch Römermann, GmbHR 2007, R 193 f.; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, S. 1485 (1486).

## 12 2. Herabsetzung des Mindeststammkapitals und Entschärfung des Kapitalaufbringungsrechts

Flankiert und ergänzt werden die Maßnahmen zur Erleichterung und Beschleunigung des Gründungsverfahrens durch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals und die Deregulierung des Kapitalaufbringungsrechts.<sup>46</sup>

### 13 a) Herabsetzen des Mindeststammkapitals

Der Regierungsentwurf setzt das Mindeststammkapital für die GmbH von EUR 25.000 auf EUR 10.000 herab.<sup>47</sup> Diese Entscheidung ist mit Blick auf die Bedürfnisse von Dienstleistungsunternehmen und den internationalen Vergleich zu begrüßen.<sup>48</sup> Zum einen handelt es sich bei der ganz überwiegenden Zahl der GmbH-Neugründungen nicht mehr um kapitalintensive Produktionsunternehmen sondern um Dienstleistungsgesellschaften mit geringerem Kapitalbedarf.<sup>49</sup> Zum anderen wird sich damit dem europäischen Durchschnitt angenähert.<sup>50</sup>

14 Eine Aushöhlung des Gläubigerschutzes ist mit der Absenkung des Mindeststammkapitals, nicht zu befürchten. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Mindestkapitalausstattung nur einen sehr beschränkten Beitrag zum Gläubigerschutz zu leisten vermag.<sup>51</sup> In den meisten Betrieben steht die Höhe des Mindestkapitals ohnehin nicht in angemessenem Verhältnis zu Umfang und Art der ausgeübten Geschäftstätigkeit und der sich daraus ergebenden Risiken für die Gläubiger.<sup>52</sup> Die Mindestkapitalziffer besagt zudem lediglich, dass die Gesellschaft dieses Kapital einmal zur Verfügung hatte, nicht dass sie aktuell darüber verfügt.<sup>53</sup> Das Mindestkapital kann bereits kurz nach der Gründung geschmälert oder aufgebraucht sein. Eine Nachschusspflicht besteht nicht.<sup>54</sup> Denn das Mindestkapital ist nur gegen den Rückfluss an die Gesellschafter geschützt, nicht gegen Verwirtschaftung. Der Entwurf verzichtet daher zu Recht darauf, sich bei der Festsetzung des erforderlichen Mindestkapitals von der Idee des gläubigerschützenden Haftungsfonds leiten zu lassen sondern setzt auf die moderne Konzeption des Mindeststammkapitals als einer die Seriosität der Gründung gewährleistenden finanziellen Eingangshürde.<sup>55</sup> Mit dem vorgesehenen Mindestkapital von EUR 10.000 dürfte eine ausreichende „Seriositätsschwelle“ gegeben sein. Kaum jemand wird bereit sein, einen solchen Beitrag zu investieren, wenn das Unternehmen keine Aussicht auf Erfolg hat.<sup>56</sup> Als „Lackmustest“ für die Ernsthaftigkeit des unternehmerischen Vorhabens reicht es aus, wenn sichergestellt ist, dass die Gründer bei der Unternehmensgründung einen nennenswerten Beitrag aus dem Privatvermögen beisteuern.<sup>57</sup> Mit der Absenkung der Mindestkapitalziffer ist schließlich auch kein generelles Abnehmen der wirtschaftlichen Solidität der Gründungsvorhaben zu befürchten. Eine eindeutige Korrelation zwischen Höhe des

<sup>46</sup> Entsprechend der Zielsetzung des Beitrags wird sich auf die Gründungsphase und damit die Regelungen zur Kapitalaufbringung beschränkt. Die ebenfalls grundlegend überarbeiteten Bestimmungen zur Kapitalerhaltung sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

<sup>47</sup> Der Entwurf hält damit an der im „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals“, BR-Druck 619/05 - hierzu *Karsten Schmidt*, DB 2005, S. 1095; *Seibert*, BB 2005, S. 1061 ff., - eingeleiteten Reduktion der Kapitalziffer fest.

<sup>48</sup> AA *Priester*, ZIP 2006, S. 161 f.; ders. ZIP 2005, S. 921 ff.

<sup>49</sup> Auf den Dienstleistungssektor entfallen derzeit etwa 85% der GmbH-Neugründungen.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu auch Gemeinsame Stellungnahme von BDA, BDI, DIHK, GBV und Bankenverband zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH – MindestkapG, S. 2, abrufbar unter: [www.bdi-online.de](http://www.bdi-online.de).

<sup>51</sup> Vgl. nur *Karsten Schmidt*, GmbHR 2007, S. 3; *Bayer*, ZGR 2007, S. 220 (233); *Wilhelm*, DB 2007, S. 1510 (1513). *Noack*, DB 2007, S. 1397 mwN; *Drygala*, ZGR S. 587 (593) und die Stellungnahme des Insolvenzausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum RefE MoMiG, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de).

<sup>52</sup> Stellungnahme BDI / HengelerMueller (o. Fußn. 11), S. 19.

<sup>53</sup> *Drygala*, ZGR 2006, S. 587 (593).

<sup>54</sup> § 26 Abs. 1 GmbHG.

<sup>55</sup> *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, S. 1289 (1291).

<sup>56</sup> *Karsten Schmidt*, GmbHR 2007, S. 3; *Seibert*, BB 2005, S. 1061.

<sup>57</sup> Wie hier *Teichmann*, NJW 2006, S. 2446; *Kleindiek*, ZGR 2006, S. 335 (341 f.), *Karsten Schmidt*, GmbHR 2007, S. 3.

Mindeststammkapitals und wirtschaftlicher Solidität ist empirisch nicht belegt. Im Gegenteil: Die im Zuge der GmbH-Reform von 1980 erfolgte Verdoppelung des Mindeststammkapitals auf DM 50.000 hat entgegen den damals gehegten Erwartungen nicht zu einem Rückgang der Insolvenzen geführt.<sup>58</sup>

- 15 Fraglich ist allenfalls, ob die Absenkung des Mindeststammkapitals mit einer Verringerung der Kreditwürdigkeit erkaufte wird.<sup>59</sup> Denn eine Gesellschaft, die nicht mit einem nennenswerten Stammkapital ausgestattet ist, muss den Banken zwangsläufig andere Sicherheiten anbieten. Es ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen, dass mit der Absenkung des Mindestkapitals die Gefahr der Gründung unterkapitalisierter Gesellschaften zunimmt. Die Lösung kann indes der Praxis überlassen werden. Die Mindestkapitalausstattung ist bei der Kreditwürdigkeitsprüfung nur ein Punkt von vielen. Die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens hängt zuallererst an der Geschäftsidee, der Seriosität der handelnden Personen und den Ertragsaussichten des Unternehmens.<sup>60</sup> Für Unternehmen mit solidem Geschäftsmodell, einem überzeugenden Management und guten Wachstums- und Ertragsaussichten wird auch in Zukunft die Mindestkapitalausstattung nur eine untergeordnete Rolle spielen. Unternehmen mit hohem Kapitalbedarf ist es zudem unbenommen, ein höheres Kapital zu zeichnen.

S. 27

- HFR 2/2008 S. 8 -

16 **b) Deregulierung und Modernisierung des Kapitalaufbringungsrechts**

Der Regierungsentwurf sieht darüber hinaus eine weitgehende Deregulierung und Modernisierung des Kapitalaufbringungsrechts vor, um die Attraktivität der GmbH für Unternehmensgründer zu steigern. Ein Ansatz, der auch unter Kostengesichtspunkten zu begrüßen ist. Die hohen Gründungskosten bei der GmbH sind zu einem weiten Teil Kosten einer überperfektionierten Kapitalaufbringungskontrolle.<sup>61</sup>

- 17 Erste wesentliche Neuerung ist die Reduzierung der registergerichtlichen Prüfung im Rahmen der Kapitalaufbringung. Anstelle des bisher umfassenden Prüfungsauftrags sieht der Entwurf vor, dass das Registergericht künftig nur noch dann die Vorlage von Einzahlungsbelegen oder sonstigen Nachweisen verlangen kann, wenn „erhebliche“ Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Kapitalaufbringung bestehen.<sup>62</sup> Bei Sacheinlagen sieht der Entwurf vor, die Werthaltigkeitsprüfung analog der Aktiengesellschaft auf die Frage zu reduzieren, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt.<sup>63</sup> Nur bei entsprechenden Hinweisen kann im Rahmen der Gründungsprüfung künftig noch eine externe Begutachtung veranlasst werden.<sup>64</sup> Beide Maßnahmen sind sinnvoll, um die Eintragungszeit zu verkürzen. Angesichts der erwartbaren Schwierigkeiten bei der Auslegung der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe („erheblich“, „nicht unwesentlich“) bleibt einzig die Frage, ob es nicht besser gewesen wäre, die präventive Kontrolle ganz zu streichen und es ausreichen zu lassen, dass der Gesellschafter seine Einlage zusagt und die Einbringungskontrolle auf einen späteren Zeitpunkt verlagert wird.<sup>65</sup> Im Ergebnis dürften die Vorteile der vom Entwurf gewählten präventiven Kontrolle jedoch überwiegen. Mit der präventiven Kontrolle wird neben dem Mindestkapitalerfordernis ein weiteres Bonitätssignal ausgesandt.<sup>66</sup> Ein kleiner, aber feiner Unterschied, welcher der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen zugute kommen dürfte.

<sup>58</sup> Stellungnahme BDI / HengelerMueller (o. Fußn. 11), S. 19.

<sup>59</sup> So Römermann, NJW 2006, S. 2064 (2065).

<sup>60</sup> In diese Richtung auch Kallmeyer, DB 2004, S. 636 (637).

<sup>61</sup> Karsten Schmidt, GmbHR 2007, S. 10; Drygala, ZGR 2006, S. 587 (591).

<sup>62</sup> § 8 Abs. 2 S. 3 GmbHG-E, zum *status quo* vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 II 3 b.

<sup>63</sup> § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG-E. Kritisch hierzu die Stellungnahme der *Centrale für GmbH, Dr. Otto Schmidt* zum Regierungsentwurf, GmbHR 2007, S. 754 (756), die mit Blick auf den Gläubigerschutz bei der Sacheinlage eine Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht befürwortet.

<sup>64</sup> RegE MoMiG, S. 82.

<sup>65</sup> Noack, DB 2007, S. 1395 (1397), in diese Richtung auch Bayer, ZGR 2007, S. 220 (235 ff.) und Drygala, ZIP 2006, S. 1797 ff.

<sup>66</sup> Ebenso Teichmann, NJW 2006, S. 2444 (2450).

S. 28

- HFR 2/2008 S. 9 -

- 18 Die zweite wesentliche Neuerung im Kapitalaufbringungsrecht ist die Neuordnung der verdeckten Sacheinlage. Der Entwurf sieht vor, dass die Gesellschafter künftig auch mit einer verdeckten Sacheinlage ihre Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft erfüllen können.<sup>67</sup> Der Gesellschafter muss aber beweisen, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Betrag der geschuldeten Bareinlage erreicht hat. Kann er das nicht, muss er für die Differenz einstehen und diese in bar erbringen.<sup>68</sup> Die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage werden damit auf eine Differenzhaftung beschränkt. Dies ist ungeschränkt zu begrüßen. Denn die bisherige Rechtslage führt aufgrund ihrer Komplexität zu erheblicher Unsicherheit in der Praxis.<sup>69</sup> Die Betroffenen werden von der Aufdeckung unerkannter verdeckter Sacheinlagen überrascht und von den Folgen hart getroffen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben führen dazu, dass der Gesellschafter die Einlage im Ergebnis häufig zweimal leisten muss.<sup>70</sup> Es ist wirtschaftlich jedoch nicht gerechtfertigt, für die reine Nichteinhaltung der formalen Anforderungen an eine Sachgründung die Einlage nochmals vollständig zu verlangen.<sup>71</sup> Es reicht sicherzustellen, dass der Gesellschafter die Einlage einmal wertmäßig leistet. Dies wird durch den Entwurf gewährleistet.
- 19 Weitere Änderungen runden die Deregulierung der Kapitalaufbringung ab. Der Regierungsentwurf gibt die bisherige Stückelung der Nennbeträge von Geschäftsanteilen auf. Die Gründer können die Höhe der Stammeinlage künftig individuell bestimmen. Das Erfordernis einer Mindeststammeinlage von EUR 100 und der Teilbarkeit der Stammeinlagen durch EUR 50 wird aufgegeben. Der Entwurf verlangt lediglich, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss.<sup>72</sup> Dies bedeutet eine weitere Erleichterung für Unternehmensgründer. Die Beteiligungsverhältnisse lassen sich auf die Bedürfnisse der Gründer besser zuschneiden. Vorteile entfaltet diese Regelung zudem bei der Anteilsübertragung und im Erbfall. In diesen Fällen sehen sich die Gesellschafter derzeit häufig zu Kapitalerhöhungen gezwungen, damit die Geschäftsanteile durch EUR 50 teilbar sind. Dereguliert wird auch das Kapitalaufbringungsrecht bei Einpersonengesellschaften. Der Regierungsentwurf verzichtet zu Recht darauf, bei Einpersonengesellschaften für den nicht eingezahlten Teil des Mindeststammkapitals Sicherheiten zu verlangen.<sup>73</sup> Diese Sonderregelung für die Einpersonengesellschaft ist weder sachlich erforderlich noch im europäischen Rechtsvergleich geboten.<sup>74</sup> Die bestehende Regelung führt lediglich zu einer Bürokratisierung und Erschwerung von ökonomisch sinnvollen und gewünschten Unternehmensgründungen.<sup>75</sup>

S. 29

- HFR 2/2008 S. 10 -

#### 20 IV. Gesamtwürdigung

Tritt man einen Schritt zurück, um nach den Details nun das Gesamtbild zu betrachten, ist der Eindruck insgesamt überzeugend.

- 21 Der vom Bundeskabinett beschlossene Regierungsentwurf beinhaltet die umfassendste Reform seit Bestehen des GmbH-Gesetzes. Tritt er wie geplant 2008 in Kraft, macht er die GmbH wieder zu einer modernen, schlanken und wettbewerbsfähigen Rechtsform für Unternehmensgründer. Der Reformgesetzgeber reagiert ursachen- und dimensionsgerecht auf die Wettbewerbssituation. Die bestehenden Wettbewerbsnachteile der GmbH werden mit der Erleichterung der Unternehmensgründung sowie der Absenkung

<sup>67</sup> § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG-E.

<sup>68</sup> § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG-E.

<sup>69</sup> Hierzu ausführlich *Veil*, ZIP 2007, S. 1241 (1242 ff.).

<sup>70</sup> Zur praktischen Relevanz im Fall der Insolvenz *Veil*, ZIP 2007, S. 1241 (1242).

<sup>71</sup> Wie hier *Noack*, DB 2007, S. 1395 (1397).

<sup>72</sup> § 5 Abs. 1 und 2 GmbHG-E.

<sup>73</sup> §§ 7 Abs. 2 S. 3, 19 Abs. 4 E-GmbHG.

<sup>74</sup> Die deutschen Regelungen gehen über das von der Einpersonen-GmbH-Richtlinie (89/667/EWG) vom 21. Dezember 1989 Geforderte hinaus.

<sup>75</sup> RegE MoMiG, S. 76.



des Mindeststammkapitals und der Deregulierung des Kapitalaufbringungsrechts wirksam abgebaut. Die Effizienz der Rechtsform wird deutlich gesteigert. Insbesondere bei einfachen Standardgründungen, bei denen die *Limited* verstärkt nachgefragt wird, ist die GmbH infolge der Addition der vorgesehenen Verbesserungen (Standardgründung, haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft) künftig gut aufgestellt. Auch wenn der Entwurf in einigen Teilbereichen, wie etwa der Möglichkeit der Online-Gründung, hinter dem Wünschenswerten zurückbleibt – unter Effizienz, Zeit- und Kostengesichtspunkten muss die novellierte GmbH den Vergleich mit der *Limited* nicht scheuen. Mit Blick auf Sicherheit, Image und Transaktionskosten dürfte die GmbH der *Limited* auch weiterhin überlegen sein.<sup>76</sup> Insofern zahlt sich aus, dass die Verfasser der Versuchung widerstanden haben, das Mindestkapitalerfordernis aufzugeben. Denn unabhängig davon, wie man dogmatisch zur Frage des Festkapitalsystems steht:<sup>77</sup> Im Wettbewerb der Rechtsformen verschafft das Festhalten am Mindestkapitalerfordernis einen klaren Vorteil beim Kampf um Unternehmensgründer und sichert der GmbH gegenüber der *Limited* einen nicht zu unterschätzenden Seriositätsvorsprung.<sup>78</sup>

- 22 Es gilt aber auch hier: Neue gesetzliche Regelungen sind erforderlich, aber nicht hinreichend. Um den Kampf um die Unternehmensgründer zu gewinnen, bedarf es neben der Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen auch der entsprechenden finanziellen und personellen Ausstattung der Registergerichte. Der Wettbewerb der Rechtsformen entscheidet sich letztendlich an der Einfachheit und Geschwindigkeit der Gründung. Eine Schlüsselstellung kommt in diesem Zusammenhang den Registergerichten zu. Hier müssen die rechtlichen Verbesserungen in konkrete Effizienz- und Zeitvorteile für Unternehmensgründer umgesetzt werden. Für den Erfolg der GmbH-Novelle ist es daher entscheidend, dass die im Entwurf vorgesehenen Maßnahmen in der registriergerichtlichen Praxis ihre volle Wirksamkeit entfalten können. Wenn diese Verzahnung gelingt, wird der Regierungsentwurf sein Ziel erreichen und die GmbH im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen nachhaltig stärken.

*Zitierempfehlung:* Volker Lüdemann, HFR 2/2008, Seite

---

<sup>76</sup> Wie hier *Bormann/Apfelbaum*, ZIP 2007, S. 946; *Happ/Holler*, DStR 2004, S. 730 ff.

<sup>77</sup> Zu den unterschiedlichen Ansätzen vgl. nur *Eidenmüller*, ZGR 2007, S. 168 (182 ff.); *Teichmann*, NJW 2006, S. 2444 ff. mwN.

<sup>78</sup> *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, S. 414 (416); *Karsten Schmidt*, GmbHR 2007, S. 3; *Kleindiek*, ZGR 2006, S. 335 (341 f.).