

**Die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsformen:
Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des
GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

Dr. Moritz Baelz, LL.M., Harvard Law School
Associate Lawyer, Freshfields Bruckhaus Deringer, Frankfurt

3 / 2007

English Summary

On 23 October 2006 the 197th comparative law seminar was held in conjunction with the 17th soft law seminar of the COE program “Soft Law and the State Market Relationship” at Tokyo University. Dr. Moritz Bälz, associate lawyer with the international law firm Freshfields Bruckhaus Deringer, gave a talk on “The Competition among Corporate Forms within the European Union and the German GmbH: The Reform of the German Law on Limited Liability Companies”.

When the new Japanese Corporate Law entered into force on 1 March 2006, Japan’s Law on Limited Liability Companies (*Yûgenkaisha-hô*) was abolished. The Japanese *yûgen kaisha*, which was introduced in 1938 and modelled on its German counterpart, had in practice never gained the same importance as the *GmbH* in Germany, which has long constituted the predominant legal form for small and medium sized enterprises and beyond.

Yet, even if the limited liability company in Germany is generally considered a success story, in recent years calls for a thorough reform have become more frequent. One reason for this is that there are certain abusive practices of the present rules. More importantly, the corporate form of the German GmbH today is facing increased competition within the European Union. This is because a series of groundbreaking decisions by the European Court of Justice on the so-called freedom of establishment have paved the way for a rapidly increasing number of pseudo-foreign companies, which are operating mainly or even exclusively in Germany but organized in corporate forms of other member states, in particular in the form of the English “Limited”. These developments have prompted the Federal Ministry of Justice to issue a proposal on 29 May 2006 for the first major reform of the Law on Limited Liability Companies since 1980 (the “Proposal”). It is designed to prevent abuses of the GmbH and at the same time to strengthen its competitiveness as a corporate form. Even though on first glimpse the reforms in Japan and Germany may seem to move into opposite directions, the ultimate aim for both the Japanese and the German legislator remains the same, namely to stipulate a set of rules for close corporations reflecting the needs of a modern economy. Therefore, the most recent developments in Germany should also still be of interest to Japanese observers.

In order to combat abusive practices the Proposal stipulates various measures. Under German law the directors of a GmbH are obliged to monitor the financial situation of the company and to file for insolvency as soon as the company becomes over-indebted or unable to meet its financial obligations. In the past, there have been cases, where in order to escape this obligation and any resulting liability, all directors were removed. In such a scenario pursuant to the Proposal the shareholders themselves will be obliged to file for insolvency. Furthermore, every company will have to record a valid business address in the Commercial Register where process can be served.

With regard to the objective to bolster the GmbH’s competitiveness, in particular compared to the English limited, the Proposal envisages the following steps: Firstly, the incorporation of a GmbH is to be accelerated. Among other things, it is proposed to reduce the statutory minimal capital from €25,000 to €10,000. Public licenses required for certain businesses will no longer need to be filed with the Commercial Register on incorporation. Secondly, the transfer of shares in a GmbH shall be facilitated by introducing the possibility of a bona fide acquisition of shares from any shareholders, who has been registered in the shareholders list for the past three years. Thirdly, the rules on shareholder loans shall be simplified. Finally, the legal framework for up-stream loans, e.g., in the context of cash-pooling arrangements, which are currently complicated by arcane capital maintenance rules, shall be rationalized.

While some commentators have criticized the Proposal of stepping short of a more radical reform, overall the Proposal has received a warm welcome by German jurists. Therefore, it seems likely that the German law of limited liability companies will see some major improvements in the year 2007. Yet, whether the envisaged reform will prove enough to permanently secure the GmbH’s position as the predominant corporate form in Germany remains to be seen.

Die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsformen: Der Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

I. Einführung

1. Das aktuelle deutsche Reformvorhaben

Am 29. Mai 2006 hat das Justizministerium den Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vorgelegt.¹ Der Entwurf beinhaltet die Planungen für die erste größere Reform des GmbH-Rechts seit dem Jahre 1980. Dies verdient vor allem deswegen ein Augenmerk, weil die Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers im Bereich des Gesellschaftsrechts in den vergangenen Jahren nahezu ausschließlich das Aktienrecht in den Blick nahmen.² Die Phase der offiziellen Stellungnahmen zum Referentenentwurf ist weithin abgeschlossen. Auch der 66. Deutsche Juristentag (DJT) hat sich im September mit dem Entwurf im Rahmen der Diskussion zum Thema "Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes"³ auseinandergesetzt und diesen in wesentlichen Punkten begrüßt.⁴ Vertreter der Wissenschaft, der Anwaltschaft und der Interessenverbände setzen die Diskussion gleichwohl in zahlreichen Aufsätzen zum Thema fort.⁵ Es ist zu erwarten, dass der Regierungsentwurf zum MoMiG unter Würdigung der Eindrücke dieses Diskussionsprozesses in den kommenden Monaten vorgelegt wird. Ein Inkrafttreten der Reform wäre dann realistisch ab Herbst 2007 zu erwarten.

2. Entgegengesetzte Reformentwicklungen in Deutschland und Japan

Die Beschäftigung mit dem neuen japanischen Gesellschaftsgesetz (*Kaisha-hô*)⁶ ist vor diesem Hintergrund ist für einen deutschen Betrachter auch insofern von rechtsvergleichenden Interesse, als sich der japanische Gesetzgeber zu dem radikalen Schritt entschlossen hat, die ursprünglich aus dem deutschen Recht übernommene Rechtsform der GmbH (*yûgen kaisha*) abzuschaffen.⁷ Man könnte daraus folgern, dass Deutschland und Japan im Hinblick auf das GmbH-Recht künftig nicht mehr voneinander lernen können, da sich beide in diametral entgegen gesetzte Richtungen zu bewegen scheinen: Der vollständigen

¹ Der Entwurf (im Folgenden GmbHG-E) ist abrufbar unter: <http://www.bmj.de/files/-/1236/RefE%20MoMiG.pdf>.

² Von den das Aktienrecht betreffenden Reformvorhaben vgl. zuletzt das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005; dazu Koch, ZGR 2006, 769 ff.

³ Zu dieser Seite der Reformdiskussion vgl. einführend Haas, Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Gutachten E, München 2006.

⁴ Vgl. Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages S.21ff abrufbar unter: <http://www.bmj.de/files/-/1236/RefE%20MoMiG.pdf>.

⁵ Siehe beispielsweise: Bayer/Lieder, GmbHHR 2006, 1121 ff.; Drygala, ZIP 2006, 1797; H. Schmidt, BKR 2007,1; K. Schmidt, GmbHHR 2007, 1 ff.; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841; Thiessen, ZIP 2007, 253 ff.

⁶ Gesetz Nr.86/2006.

⁷ Das Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*Yûgen kaisha-hô*), Gesetz Nr.74/1938, wurde aufgehoben. Dieser Schritt hat in Deutschland durchaus Aufmerksamkeit erregt: Siehe u.a. Kübler, ZHR (170) 2006, 213, 216; Lutter, Beilage zu BB 2006 Heft 37, 2; Seibert, ZIP 2006, 1157, 1159.

Abschaffung der *yûgen kaisha* in Japan steht die Stärkung und Bewahrung der GmbH in Deutschland gegenüber. Eine solche Sichtweise ist indes zu vordergründig. Denn beide Reformentwicklungen teilen das gemeinsame Bestreben, angemessene Regeln für kleine Kapitalgesellschaften bereitzuhalten, die den Anforderungen einer modernen Wirtschaft genügen. Insofern ist für einen Deutschen ein Studium des japanischen Gesellschaftsgesetzes auch im Hinblick auf die deutsche GmbH ergiebig, selbst wenn er in Japan künftig ins Recht der Aktiengesellschaft (*kabushiki kaisha*) oder möglicherweise auch ins Recht der neu eingeführten LLC (*gôdô kaisha*) blicken muss. Umgekehrt wird man auch in Japan die Reformpläne zum GmbH-Recht in Deutschland weiter mit Interesse verfolgen.

3. Rechtstatsächliche Unterschiede zwischen Deutschland und Japan:

Die GmbH ist in Deutschland – anders als in Japan – die dominante Rechtsform im Wirtschaftsleben, insbesondere für den Mittelstand. Auf die jüngeren Schätzungen zufolge etwa 1 Million GmbH kommt mit etwa 16.000 nur eine vergleichsweise geringe Zahl von Aktiengesellschaften, selbst wenn sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft in jüngerer Zeit im Zuge der *New Economy* und der Zunahme von Unternehmensfinanzierungen über den Kapitalmarkt gesteigerter Beliebtheit erfreut.⁸ Vor allem kleine und mittlere, seit jeher aber auch einige große Unternehmen bedienen sich der GmbH als Organisationsform.⁹ Gut verdeutlichen lassen sich die Gegensätze am Beispiel des Automobilzulieferers Bosch: die deutsche kapitalmarktferne Robert Bosch GmbH verfügt in Japan über eine börsennotierte Tochtergesellschaft in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Große praktische Bedeutung hat die GmbH in Deutschland ferner auch als Konzerngesellschaft, als Einzweckgesellschaft und nicht zuletzt in ihrer Erscheinungsform als Komplementärin einer GmbH & Co. KG.

Die GmbH als Rechtsinstitut wird in Deutschland ganz überwiegend als Erfolg betrachtet. Lange Zeit galt sie gar als ein Exportschlager des deutschen Rechts.¹⁰ Mittlerweile ist allerdings in das Bewusstsein der Marktakteure die Tatsache gedrungen, dass die Rechtsform der GmbH teilweise zum Missbrauch einlädt und ein gesundes Misstrauen im Rechtsverkehr daher angezeigt ist. Gleichwohl kann nicht gesagt werden, dass die deutsche GmbH aus Prestigegründen gemieden würde, wie dies in Japan in der Vergangenheit der Fall gewesen zu sein scheint und nun zu ihrer Abschaffung beigetragen haben dürfte.¹¹

II. Ziele und Hintergrund der deutschen Reform:

Das Gesetzgebungsvorhaben im Allgemeinen und die Einzelheiten der Ausgestaltung des Referentenentwurfs im Besonderen sind geprägt von einer Reihe behebensbedürftiger Defizite des geltenden Rechts und den Einflüssen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften.

⁸ Vgl. die bei *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., München 2006, § 5 Rz. 1, für das Jahr 2004 genannten Zahlen (976.139 GmbH und 15.835 Aktiengesellschaften).

⁹ Zu Zahlen vgl. *Grziwotz* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., München 2003, § 1 Rz. 29.

¹⁰ *Lutter*, Festschrift 100 Jahre GmbHG, Köln 1992 ("einer unserer wichtigsten und erfolgreichsten Exportartikel"), S. 49.

¹¹ Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass auch die geläufige japanische Abkürzung *yûgen kaisha* (wörtlich: beschränkte Gesellschaft) die Attraktivität der GmbH in Japan gemindert habe.

1. Modernisierungsbedarf

Das GmbHG aus dem Jahr 1892 wurde lediglich im Jahr 1980¹² umfassend reformiert. Selbst diese Reform ging eine Vielzahl der Regelungsprobleme überhaupt nicht oder nur oberflächlich an. Allgemein gesprochen bezweckt der neue Referentenentwurf, wie auch im Namen des MoMiG zum Ausdruck kommt, eine „Modernisierung“ des GmbH-Rechts. Gemeint ist dessen Anpassung an die gewandelten Gegebenheiten der globalisierten Wirtschaft, z.B. an das gesteigerte Bedürfnis nach einer einfacher, schneller und billiger Gründung, nach einer verbesserten Verkehrsfähigkeit von Geschäftsanteilen oder einer erleichterten Sitzverlegung ins Ausland.

2. Missbrauchsbekämpfung

Ein weiteres Ziel ist die Bekämpfung von Missbräuchen, insbesondere durch sog. „Firmenbestatter“.¹³ Diese Berater werben in Zeitungen und im Internet damit, finanziell angeschlagene GmbHs einer geordneten Insolvenz oder Liquidation zu entziehen. Geschäftsführer suchen auf diese Weise den Haftungsfolgen und einer Schädigung ihres Rufes zu entgehen. Meist werden sämtliche Geschäftsführer abberufen, die Geschäftslokale aufgegeben und die Spuren durch mehrfache Sitzverlegung verwischt.¹⁴ Trotz ausstehender Verbindlichkeiten haben Gläubiger so keinen Zugriff, Gerichtsdokumente können nicht zugestellt werden. Diese Praxis ist unter dem bestehenden Recht kaum effektiv zu unterbinden.

3. Reformdruck aus Europa: Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit

Einen wesentlichen Grund der Reform bildet schließlich auch das als "Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsformen" bezeichnete Phänomen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Niederlassungsfreiheit (Artt. 43, 48 EGV¹⁵) – zuletzt erneut im Rahmen der Leitentscheidung „Inspire Art“¹⁶ – ermöglicht es, mit einer im europäischen Ausland gegründeten Rechtsform selbst dann in Deutschland tätig zu werden, wenn keine Tätigkeit im Gründungsstaat erfolgt, sog. "Scheinauslandsgesellschaften". Dies hat zur rasanten Verbreitung englischer *private companies limited by shares* („Limiteds“) geführt, die *de facto* nur in Deutschland aktiv sind. Angeblich sind seit 2003 über 30.000 solcher Limiteds gegründet worden und kommen jeden Monat 1200 neue hinzu.¹⁷ Eine neu entstandene Dienstleistungsbranche wirbt damit, für deutsche Gründer eine Limited. für ca. €250 (etwas mehr als ¥ 35.000) innerhalb einer Woche, gegen Aufschlag sogar innerhalb von

¹² BGBl. I 1980, 836.

¹³ Siehe die Gesetzesbegründung: Begr. RefE MoMiG, S. 35.

¹⁴ Zu weiteren Einzelheiten bislang gängiger Praktiken vgl. *Hirte*, ZinsO 2003, 833 ff.

¹⁵ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Amtsblatt C 325 vom 24. Dezember 2002.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 30.9.2003, NJW 2003, 3331 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Haftkapitalvorschriften und entsprechende Haftungsnormen des Sitzstaates dürfen nicht angewandt werden). Dieser Entscheidung voran gingen u.a. voran die Entscheidung „Daily Mail“, NJW 1989, 2186 (aus Niederlassungsfreiheit folgt kein Recht auf identitätswahrende Sitzverlegung), die Entscheidung „Centros“, NJW 1999, 2027 (nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft kann durch Zweigniederlassung in anderem Mitgliedstaat auch dann tätig werden, wenn im Gründungsstaat keine Aktivitäten) sowie die Entscheidung „Überseering“, NJW 2002, 3614 (Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Gründungsstatut anzuerkennen).

¹⁷ Vgl. *Westhoff*, GmbHR 2006, 525 ff.; zu weiteren Zahlen *Niemeier*, ZIP 2006, 2237 ff.

24 Stunden zu gründen. Nicht einheitlich eingeschätzt wird allerdings, ob die Nachfrage nach der englischen Limited in Deutschland möglicherweise nachlassen wird, sobald sich bestimmte Nachteile herumgesprochen haben werden. So warnen Kritiker davor, dass zwar die Gründung einer Limited billig und schnell sei, aber der fortlaufende Beratungsbedarf im englischen Recht, Publizitätspflichten im Vereinigten Königreich mit drastischen Sanktionen und eine scharfe Haftung des Geschäftsführers in der Insolvenz nach englischem Recht für manchen Gründer einer Limited zu einem bösen Erwachen führen könnte.¹⁸

Die Verbreitung der Limited wird in Deutschland mit Sorge beobachtet. Zum einen hat wohl jede Rechtsordnung ein gewisses Interesse daran, dass die Unternehmen, die vornehmlich im Inland operieren, dies in einer Form des nationalen Rechts tun, welches dem Rechtsverkehr bekannt ist und vom nationalen Gesetzgeber beeinflusst werden kann.¹⁹ Befürchtet wird insbesondere, dass bewährte Gläubigerschutzstandards verloren gehen. Allerdings sind einer Abwehrgesetzgebung aus europarechtlichen Gründen enge Grenzen gesetzt.²⁰ Wohl oder übel ist der deutsche Gesetzgeber mittlerweile willens, sich dem Wettbewerb der Rechtsordnungen zu stellen und einer weiteren Verdrängung der GmbH durch die Limited dadurch zu begegnen, dass die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH gestärkt wird.²¹ Die GmbH soll daher flexibler und wettbewerbsfähiger werden. Diese Fortschritte sollen allerdings nicht durch eine Absenkung hinsichtlich der bisher geltenden Gläubigerschutzstandards und einen damit verbundenen Ansehensverlust erkaufte werden (keine „GmbH light“²²).

III. Kernpunkte der Reform

Die geplante Reform umfasst die folgenden Kernpunkte:

1. Erleichterung der GmbH-Gründung

Ein wesentlicher Eckpunkt der Reform, der v.a. vor dem Hintergrund der wachsenden Konkurrenz der Limited zu sehen ist, ist die Deregulierung des Gründungsrechts. Neue Regeln sollen im Zusammenspiel mit der Umstellung des Handelsregisters auf den elektronischen Betrieb per 1. Januar 2007 durch das EHUG²³ künftig die Gründung einer GmbH innerhalb weniger Tage ermöglichen. Bislang haben Gründungen meist mehrere Wochen gedauert. Die Praxis, rasche GmbH-Gründungen durch die Verwendung von Vorratsgesellschaften zu erreichen, ist infolge jüngerer Rechtsprechungsentwicklungen nicht

¹⁸ Zu den Nachteilen der Limited siehe *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 89 m.w.Nachw. in Fn.13. Zur Frage der Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach *deutschem* Recht siehe das Urteil des LG Kiel v. 20.4.2006, NZI 2006, 482 (mit Anm. *Mock*), welches die Anwendung der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG auf die englische Limited für möglich hält.

¹⁹ Vgl. Lutter, Beilage zu BB 2006 Heft 37,

²⁰ *Hirte* in *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl., Köln-Berlin-München 2006, § 1 Rz. 40 ff.

²¹ Begr. RefE MoMiG, S. 33 f.; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1158.

²² Vgl. *Priester*, NJW 2005, 921.

²³ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10. November 2006, BGBl. I, 2553.

mehr problemfrei, nachdem nunmehr auch bei Ankauf einer solchen Vorratsgesellschaft die Haftungsregeln des Gründungsrechts Anwendung finden sollen.²⁴

Zur Vereinfachung der Gründung ist geplant, das Mindestkapital von gegenwärtig €25.000 auf €10.000 (ca. ¥ 1,5 Mio.) herabzusetzen (§ 5 GmbHG-E). Da im Falle einer Gründung mit Barmitteln nur die Hälfte des Stammkapitals vor der Anmeldung zum Handelsregister aufgebracht werden muss (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG), wäre damit künftig eine Gründung mit €5.000 möglich. Anders als das englische, japanische Recht und beispielsweise auch das jüngst reformierte französische Recht²⁵ hält der Referentenentwurf damit am Erfordernis eines nennenswerten Mindestkapitals fest, obwohl die Überzeugungskraft eines Festhaltens an diesem Institut in den letzten Jahren zunehmend in Zweifel gezogen worden ist.²⁶

Ferner sollen anders als bisher die für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Genehmigungen bei der Anmeldung zum Handelsregister noch nicht vorliegen müssen. Stattdessen genügt nach dem Entwurf die Versicherung, dass diese beantragt worden sind, soweit die Genehmigungen innerhalb einer regelmäßig auf drei Monate bemessenen Frist nachgereicht werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 GmbHG-E).²⁷

Schließlich ist vorgesehen, dass die Stammeinlage eines jeden Gesellschafters künftig nicht mehr mindestens €100 betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG-E) und auch nicht mehr in Euro durch 50 teilbar sein muss. Auch kann ein Gesellschafter künftig auch mehrere Stammeinlagen zugleich übernehmen (Streichung des bislang in § 5 Abs. 2 GmbHG enthaltenen Verbots).

2. Gutgläubiger Anteilswerb

Neben der Gründung soll auch die Anteilsübertragung erheblich erleichtert werden. Es entspricht dem hergebrachten Verständnis, die Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen zu beschränken – auch um die Kapitalmarktfähigkeit der GmbH zu unterbinden. Deshalb bedürfen sowohl die Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Anteilen (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG) als auch die Abtretung selbst (§ 15 Abs. 3 GmbHG) der notariellen Beurkundung. Trotz des damit gesicherten Bestehens eines formalisierten Übertragungsverfahrens kam es bislang nicht selten zu Unsicherheiten hinsichtlich der Berechtigung des Übertragenden. Bei einem Anteilskauf war daher im Rahmen der *due diligence* stets das Vorliegen einer ununterbrochenen Kette von Übertragungsvorgängen seit der Gründung zu prüfen. Selbst dadurch ließ sich jedoch das Risiko verdeckter Zwischenübertragungen nicht ausschließen und durch vertragliche Gewährleistungen nur in unzureichendem Umfang abfangen.²⁸

²⁴ BGHZ 153, 158; im Anschluss daran OLG Hamburg, ZIP 2004, 2431, 2432.

²⁵ Dort wurde das Mindestkapital der s.à.r.l. auf den Betrag von 1,- € gesenkt; vgl. dazu Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346 ff.

²⁶ Grunewald/Noack, GmbHR 2005, 189, 193; für die Abschaffung des Mindestkapitals zumindest bei der GmbH Müllert/Birke, EBOR 3 (2002), 695, 732; Schön, Konzern 2004, 162, 165 f.; wohl auch Meilicke, GmbHR 2003, 1271, 1273.

²⁷ Kritisch zur Pauschalität der dreimonatigen Regelfrist Triebel/Otte, ZIP 2006, 311.

²⁸ Noack, DB 2006, 1475, 1478; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841f.

Zur Beseitigung dieses Missstands soll nunmehr eine Regelung über den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen eingeführt werden (§ 16 Abs. 3 GmbHG-E). Der Erwerber darf auf die Richtigkeit der gemäß § 40 GmbHG zum Handelsregister gereichten Gesellschafterliste vertrauen, soweit die den Gesellschaftsanteil betreffende Eintragung seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten war und weder ein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht ist, noch der Erwerber die Unrichtigkeit kennt (§ 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG-E).²⁹ Die Regelung ermöglicht, die Prüfung der Berechtigung im Rahmen der *due diligence* auf die vorangegangenen drei Jahre zu beschränken und dürfte gerade im Hinblick auf die Veräußerung von Anteilen an älteren Gesellschaften einen wesentlichen Fortschritt darstellen. Neben kritikwürdigen Aspekten der Formulierung und der Wirkungsweise der vorgeschlagenen neuen Norm³⁰ bleibt freilich unbefriedigend, dass der gegenwärtige Entwurf einen gutgläubigen lastenfreien – d.h. unter Erlöschen etwaiger Pfandrechte erfolgenden – Erwerb nicht ermöglicht, weil solche Belastungen *per se* nicht in der Gesellschafterliste ausgewiesen werden.³¹

3. Verlagerung der Sonderregeln über Gesellschafterdarlehen ins Insolvenzrecht

Wichtige Neuerungen bringt der Entwurf auch für Gesellschafterdarlehen. Gewährt ein Gesellschafter der GmbH in der Krise³² ein Darlehen oder übt er ihm zur Verfügung stehende Kündigungsrechte nicht aus, muss er mit seiner Forderung eine Sonderbehandlung in Kauf nehmen. Nach der GmbHG und der Insolvenzordnung gilt ein solches Darlehen als "kapitalersetzend" und eine etwaige Tilgungsleistung ist im Falle der Insolvenz nach erfolgter Anfechtung zurückzugewähren. (§ 32a GmbHG, § 135 InsO). Ergänzend hierzu wendet der BGH auf die Rückzahlung kapitalersetzender Darlehen das Ausschüttungsrecht (§§ 30, 31 GmbHG) an, als ob es sich bei der Tilgungsleistung um eine Ausschüttung gehandelt hätte (sog. Rechtsprechungsregeln). Der demzufolge zweispurige Regelungsansatz ist stetig weiter ausdifferenziert worden und hat dazu geführt, dass das Kapitalersatzrecht als undurchdringliche Spezialmaterie wahrgenommen wird, die selbst für Fachleute kaum mehr durchschaubar ist.³³ Auch im internationalen Vergleich stellte der bisherige Regelungsansatz einen Sonderweg und deswegen auch einen Grund für die schwindende Wettbewerbsfähigkeit der GmbH dar.

Der Entwurf des MoMiG beinhaltet eine radikale Vereinfachung im Vergleich zum geltenden Regelungsansatz. Künftig sollen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E³⁴ grundsätzlich alle³⁵

²⁹ Kritisch zur – überlangen – Dauer der Frist *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812 f.

³⁰ *Flesner*, NZG 2006, 641, 643; *Schockenhoff/Höder*, ZIP 2006, 1841, 1843ff.

³¹ So *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, *Noack*, DB 2006, 1475, 1478; für eine Erweiterung der Gesellschafterliste um Belastungen daher *Grunewald*, ZIP 2006, 685, 688.

³² Nach der Legaldefinition des § 32a Abs. 1 GmbHG ist Krise der Zeitpunkt, in dem die Gesellschafter der GmbH als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Näher zum Begriff *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., München 2006, § 32a Rz. 48 ff.

³³ *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189, 193 f.; *Priester*, DB 2005, 1315, 1317; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160 f.

³⁴ Wie sogleich noch auszuführen ist, ändert der Entwurf des MoMiG insoweit die Insolvenzordnung (InsO).

³⁵ Die bislang in § 32a Abs. 3 S. 2, 3 GmbHG enthaltenen Ausnahmetatbestände für Kleinbeteiligungen bis 10 % sowie im Fall des Anteilerwerbs zu Sanierungszwecken sollen freilich als § 39 Abs. 4 S. 2 InsO-E bzw. § 39 Abs. 5 InsO-E erhalten bleiben.

Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz als nachrangig behandelt und alle Regelungen zu Gesellschafterdarlehen unter Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG nahezu vollständig in die Insolvenzordnung verlagert werden. Wird ein solches Darlehen binnen eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückgezahlt, soll die Rückzahlung anfechtbar sein (§ 135 Nr. 2 InsO-E). Auf die häufig schwierig zu beantwortende Frage, wann die Krise der Gesellschaft eingetreten ist, käme es demzufolge nicht mehr an. Außerdem würde das Nebeneinander von Gesetzrecht und ungeschriebenen Rechtsprechungsregeln beseitigt.

Der künftige Standort der Regelung im Insolvenzrecht ermöglicht zudem die Anwendung der neuen Vorschriften auf, wie § 39 Abs. 4 S. 1 InsO-E dies formuliert, sämtliche "Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist." Hiervon bewusst ebenfalls erfasst wird ein Großteil der in Deutschland tätigen Scheinauslandsgesellschaften³⁶, also etwa ausschließlich in Deutschland tätigen, jedoch nach englischem Recht gegründeten Limiteds. Ein solcher Regelungsansatz steht der bisherigen Einschätzung nach nicht im Widerspruch zu den Europarechtlichen Vorgaben, insbesondere zur in Artt. 43, 48 EGV verankerten Niederlassungsfreiheit. Denn gemäß Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 EuInsVO³⁷ ist Insolvenzstatut für eine Scheinauslandsgesellschaft, welche in Deutschland tätig ist, das deutsche Recht, während die deutschen Gerichte durch die Rechtsprechung des EuGH gehindert sind, auf diese Scheingesellschaften das deutsche Gesellschaftsrecht als Gesellschaftsstatut (Sitzrecht) anzuwenden.³⁸

4. Neuregelung betreffend aufsteigende Gesellschafterdarlehen

Änderungen sieht der Entwurf ferner für Darlehen vor, welche eine GmbH an einen Gesellschafter gewährt. Im Rahmen einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 stellte der Bundesgerichtshof klar, dass die Ausreichung eines solchen aufsteigenden Darlehens (sog. *up-stream loan*) an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft ist. *Up-stream loans* seien selbst dann grundsätzlich an den Maßstäben des Ausschüttungsrechts zu messen, wenn die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich standhalten und der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter werthaltig ist.³⁹ Diese Rechtsprechung bricht mit der im Übrigen für die Feststellung einer Ausschüttung maßgeblichen bilanziellen Betrachtungsweise und macht zum gegenwärtigen Stand die Einrichtung eines konzerninternen Cash Pools in vielen Fällen nahezu unmöglich.⁴⁰ Das MoMiG unternimmt den Versuch, die Tür zum Cash Pool wieder aufzustoßen: Nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E soll keine nach § 30 GmbHG zu beurteilende Ausschüttung vorliegen, wenn "die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt". Die Entwurfsbegründung nennt Indizien, bei deren Vorliegen vom Bestehen eines solchen "Interesses" ausgegangen werden kann.⁴¹ Unbeschadet dieser Konkretisierungsmaßgaben

³⁶ Seibert, ZIP 2006, 1157, 1162.

³⁷ Europäische Insolvenzverordnung.

³⁸ Forsthoff/Schulz in Hirte/Bücker (Fn. 20), § 16 Rz. 53, 61; Schön, Konzern 2004, 162, 168.

³⁹ BGHZ 157, 72.

⁴⁰ Wessels ZIP 2006, 1701; Wilhelm DB 2006, 2729.

⁴¹ Begr. RefE MoMiG, S. 53 ff.

wird – angesichts des deutungsoffenen Regelungswortlauts zu Recht – bezweifelt, dass die Regelung in der vorgelegten Fassung zur Klärung der aufgeworfenen Sachfragen geeignet ist.⁴²

5. Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Gegenwärtig können Gesellschaften, die sich wie die Limited auf die Niederlassungsfreiheit berufen können, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen und müssen dort anerkannt werden. Eine deutsche GmbH hat diese Möglichkeit bislang nicht, zumal eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland auf Grundlage der Sitztheorie, welche die Gesellschaft kollisionsrechtlich dem Recht ihres effektiven Verwaltungssitzes unterwirft, für unzulässig gehalten wird.⁴³ § 4a GmbHG-E soll daher dergestalt neu gefasst werden, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland unter Beibehaltung des Satzungssitzes unschwer möglich wird. Auf diese Art soll auch deutschen Konzernen ermöglicht werden, ihre Tochtergesellschaften im Ausland in Form der ihnen vertrauten GmbH zu betreiben.⁴⁴

6. Missbrauchsbekämpfung

Einige der geplanten Neuerungen dienen vornehmlich dem Ziel, die bereits erwähnten Missbräuche des bestehenden Rechts zu unterbinden:

So war es bislang möglich, die Haftung der Geschäftsführer bei einer Verletzung der Insolvenzantragspflichten durch eine Abberufung sämtlicher Geschäftsführer oder eine Amtsniederlegung durch dieselben zu umgehen. Eine solche Situation definiert § 35 Abs. 2 S. 4 GmbHG-E nunmehr als "Führungslosigkeit". Tritt sie ein, trifft die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags künftig (statt die Geschäftsführer) subsidiär die Gesellschafter selbst (§ 64 Abs. 1 S. 2 GmbHG-E).

Im Falle der Führungslosigkeit soll die Gesellschaft künftig zudem, soweit ihr Schriftstücke zugestellt oder ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben werden, durch jeden Gesellschafter vertreten werden (§ 35 Abs. 2 S. 4 GmbHG-E). Die Praktiken der Firmenbestatter, die Zustellung von Schriftstücken an die Gesellschaft zu verhindern, dürften damit zumindest erschwert werden. Zugleich soll die Zustellungen an die Gesellschaft dadurch erleichtert werden, dass nach dem Referentenentwurf jede Gesellschaft, insbesondere auch jede ausländische Gesellschaft mit einer Niederlassung in Deutschland, künftig eine inländische Geschäftsanschrift ins Handelsregister eintragen lassen muss. Ist eine Zustellung an die eingetragene inländische Geschäftsanschrift nicht möglich, soll künftig im Wege der öffentlichen Zustellung zugestellt werden können (§ 15a HGB-E⁴⁵).

⁴² Pointiert K. Schmidt, GmbHR 2007, 1, 5 ("Dass diese Regelung, würde sie geltendes Recht, Fragen über Fragen aufwerfen müsste, ist mit Händen zu greifen"); vgl. auch Flesner, NZG 2006, 641, 644.

⁴³ BGHZ 29, 320, 328; OLG Hamm NJW 2001, 2183; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., Köln 2004, § 4a Rz. 22.

⁴⁴ Vgl. Begr. RefE MoMiG, S. 37.

⁴⁵ Diese Neuerung soll ins Handelsgesetzbuch eingefügt werden.

Ferner vorgesehen ist eine Verschärfung der Geschäftsführerhaftung im Hinblick auf Zahlungen der Gesellschaft im Krisenstadium. Gegenwärtig besteht nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG eine Ersatzpflicht bezogen auf Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach der Feststellung der Überschuldung geleistet werden. § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG-E weitet diese Ersatzpflicht auf Fälle aus, in denen durch Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erst herbeigeführt wird, es sei denn diese Folge war unvorhersehbar. Präzise Voraussetzungen, unter welchen sachlichen und zeitlichen Umständen von einer derartigen Herbeiführung ausgegangen werden kann, lassen sich der Entwurfsbegründung freilich nicht entnehmen. Wegen der verbleibenden Unsicherheiten wird der Entwurf insoweit für verbesserungsbedürftig gehalten.⁴⁶ Interessant ist die Erweiterung des Zahlungsverbots in § 64 Abs. 2 GmbH auch insoweit, als damit ein erster Schritt in Richtung auf ein solvenzbasierendes Ausschüttungssystem gemacht ist.⁴⁷

Verschärft wurden schließlich Tätigkeitsverbote für Geschäftsführer, welche sich in der Vergangenheit etwa wegen Insolvenzdelikten strafbar gemacht haben (§ 6 Abs. 2 GmbH-G). Dieser Schritt ist auf große Zustimmung gestoßen.⁴⁸

IV. Beurteilung des Referentenentwurfs

Abschließend soll kurz auf einige der Leitlinien eingegangen werden, entlang derer die Diskussion bezüglich des MoMiG-Entwurfes gegenwärtig verläuft:

1. Hinreichende Impulse zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit?

Zunächst kann man sich fragen, ob der Entwurf sein Ziel, die GmbH wieder wettbewerbsfähig zu machen, in seiner gegenwärtigen Form erreichen dürfte, mit anderen Worten, ob der Entwurf nicht wesentliche Wettbewerbsnachteile der GmbH bestehen lässt:

Es kann als sicher prognostiziert werden, dass die englische Limited auch bei einer Umsetzung des MoMiG und der Umstellung des Handelsregisters auf den elektronischen Betrieb weiterhin billiger und schneller zu gründen sein wird, selbst wenn der Unterschied insoweit schrumpft. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass nach dem Entwurf die Pflicht, die Gründung einer GmbH notariell zu beurkunden, bestehen bliebe. In Anlehnung an ausländische Vorbilder unterbreitete Vorschläge,⁴⁹ für Standardfälle nach dem Vorbild anderer europäischer Länder beurkundungsfreie Mustersatzungen einzuführen, sind bislang nicht aufgegriffen worden.

Anders als nach englischem Recht bliebe es nach dem gegenwärtigen Stand des Reformvorhabens auch künftig bei der generellen gerichtlichen Werthaltigkeitsprüfung von Sacheinlagen (§ 8 Abs.1 Nr. 5 i.V. mit § 9c GmbHG), obwohl den Gerichten eine effektive

⁴⁶ K. Schmidt, GmbHR 2007, 1, 7; für eine umfassendere Reform etwa Poerzgen, NZI 2007, 15ff.

⁴⁷ Greulich/Bunnemann, 2006, 681, 683. K. Schmidt, GmbHR 2007, 1, 5f..

⁴⁸ Vgl. Beschlüsse des 66. DJT (Fn.4) S.22.

⁴⁹ Gebh/Drange/Heckelmann, NZG 2006, 88, 91. Dies erwägen auch BDI/Hengeler Müller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, S.13f. Zu entsprechenden spanischen Regelungen siehe Irujo, RIW 240, 960.

Prüfung hier häufig kaum möglich ist und der Inferent ohnehin auf die Differenz haftet (§ 9 Abs. 1 GmbHG).⁵⁰ Insoweit hat sich allerdings auch der Deutsche Juristentag klar für die Beibehaltung des *status quo* ausgesprochen.⁵¹ Dies mag aus Sicht des japanischen Rechts interessant sein, dessen Vorschriften zur Sacheinlage (*genbutsu shusshi*) in den letzten Jahren schrittweise dereguliert worden sind.

Praktisch noch wichtiger ist, dass das Erfordernis der notariellen Beurkundung außer für Gründungen und Satzungsänderungen auch für jede Abtretung und die (möglicherweise nur indirekte⁵²) Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen bestehen bleiben soll (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG). Der bei Anteilsübertragungen mit der Beurkundung verbundene Aufwand – grundsätzlich muss die Urkunde verlesen werden – ist oft schon wegen des Umfangs der Anteilskaufverträge enorm. Die Gebühren werden zumindest dort, wo ohnehin Rechtsanwälte oder Rechtsabteilungen beratend mitwirken, von den Beteiligten häufig als unverhältnismäßig empfunden. Die Praxis weicht für Anteilsübertragungen mitunter in die billigere Schweiz aus. Restzweifel an dieser Praxis bestehen indes fort.⁵³ Das auf die erste Fassung des GmbHG aus dem Jahre 1892 zurückgehende Beurkundungserfordernis für Anteilsübertragungen soll spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen verhindern. Dies scheint heute jedoch kaum mehr zeitgemäß.⁵⁴ Die zumindest teilweise hinter dem Beurkundungserfordernis stehende Beweisfunktion⁵⁵ ließe sich auch durch zwingende Schriftform erreichen. Es spräche daher wohl vieles für eine Aufhebung oder Einschränkung des Beurkundungserfordernisses.

Als unbefriedigend wird vielfach auch empfunden, dass der Entwurf in seiner gegenwärtigen Fassung keine Regelung darüber enthält, welche Rechtsfolgen eingreifen, wenn der Gesellschafter im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage leistet, obwohl er sich zuvor zur Leistung von Bareinlagen verpflichtet hatte (sog. verdeckte Sacheinlage). Es entspricht einer weit verbreiteten Auffassung, dass die bislang geltenden Haftungsfolgen, die eine vollständige Neuleistung der Bareinlage verlangen,⁵⁶ über das Ziel hinausschießen und *de lege ferenda* auf eine reine Differenzhaftung beschränkt werden sollten.⁵⁷ Möglicherweise wird dieser Punkt angesichts des klaren Votums des Deutschen Juristentages noch in die endgültige Fassung des Gesetzes aufgenommen werden.⁵⁸

⁵⁰ *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321, 1323.

⁵¹ Beschlüsse des 66. DTJ (Fn. 4) 22.

⁵² Nicht selten ist Beurkundungsbedürftigkeit eines Vorgangs zweifelhaft, wenn sich aus diesem nur indirekt eine Verpflichtung zur Anteilsübertragung ableiten lässt. Hier finden Beurkundungen nicht selten aus bloßen Sicherheitserwägungen heraus statt.

⁵³ Vgl. aus jüngerer Zeit *Böttcher/Blasche*, NZG 2006, 766; *Pilger*, BB 2005, 1285 m.w.Nachw.

⁵⁴ *BDI/Hengeler Müller* (Fn. 49), S.42f. *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321, 1325.

⁵⁵ BGH NJW 1996, 3338, 3339; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck (Fn. 32).

⁵⁶ BGHZ 155, 329; BGH NZG 2006, 346f.

⁵⁷ *Fastrich*, DStR 2006, 656, 660; *Heidenhain*, GmbHR 2006, 455, 459; *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321, 1323.

⁵⁸ 66. DTJ (Fn. 4) 22.

2. Absenkung des Mindestkapitals als unbefriedigender Kompromiss?

Eine vieldiskutierte, in ihrer Bedeutung möglicherweise überschätzte Frage ist diejenige des gesetzlichen Mindestkapitals. Die im Entwurf vorgenommene bloße Absenkung des Mindeststammkapitals auf € 10.000,- dürfte – auch aus japanischer Sicht - wenig mutig erscheinen.⁵⁹ Weitgehende Einigkeit besteht insoweit, als die nunmehr vorgesehenen €10.000 einen willkürlichen Kompromiss darstellen.⁶⁰ Der tatsächliche Mindestkapitalbedarf liegt in der Praxis oft eher bei €100.000.⁶¹ Auch in Deutschland wird teilweise eine gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals gefordert,⁶² wie sie in Japan nunmehr mit Inkrafttreten des *Kaisha-hô* oder faktisch auch in Frankreich erfolgt ist. Da das Mindestkapital durch Verluste der Gesellschaft aufgezehrt werden kann, schützt dieses die Gläubiger nach Ansicht vieler ohnehin nur wenig.⁶³ Gleichwohl hat sich eine breite Stimmmehrheit auf dem Deutschen Juristentag⁶⁴ für die Beibehaltung des gegenwärtigen Betrages von €25.000 ausgesprochen.⁶⁵ Denn überwiegend hält man die Beibehaltung einer „Seriositätsschwelle“ für das Privileg der beschränkte Haftung auch weiterhin für gerechtfertigt.⁶⁶

3. Sollte dem Wettbewerb der Rechtsformen grundlegend anders begegnet werden?

Eine andere Frage ist, ob den Herausforderungen des Wettbewerbs der Rechtsformen in einer vollkommen anderen Form als dem vom MoMiG gewiesenen Weg begegnet werden sollte:

US-amerikanische Vorbilder aufgreifend wird teilweise gefordert, das geltende allein bilanzbasierte Kapitalerhaltungssystem komplett durch andere Maßstäbe zu ersetzen.⁶⁷ Diskutiert wird insbesondere die Einführung einer an der zukünftigen Liquidität orientierten Ausschüttungsschranke (Solvenzttest oder *equity solvency test*).⁶⁸ Die Kritiker eines solchen Regelungsansatzes bezweifeln jedoch die Justiziabilität der ermessensbeladenen Einschätzung der künftigen Solvenz.⁶⁹ Vor allem aufgrund dieses Aspekts hat sich der Juristentag mit einer deutlichen Mehrheit⁷⁰ gegen die Einführung eines Solvenzttests ausgesprochen.

Von verschiedenen Seiten und in verschiedenem Gewande ist ferner vorgeschlagen worden, statt das GmbH-Recht zu reformieren, besser eine zusätzliche neue Rechtsform für

⁵⁹ Kritisch deswegen *Haas*, DStR 2006, 993, 1000.

⁶⁰ So auch der zuständige Referatsleiter im Bundesjustizministerium *Seibert*, BB 2005, 1061 („gegriffene Größe“). Ferner etwa *Lutter*, Beilage zu BB 2006 Heft 37, 2 („nicht Fisch noch Fleisch“).

⁶¹ Dies entspricht im übrigen in etwa dem heutigen Wert von 20.000 Goldmark, welche das GmbHG im Jahre 1892 als Mindeststammkapital festgesetzt hatte. *Altmeyen*, NJW 2005, 1911, 1912;

⁶² *Haas*, DStR 2006, 993; *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 1321f.

⁶³ Vgl. die oben in Fn. 26 genannten Stimmen.

⁶⁴ Beschlüsse des 66. DTJ (Fn.4) 21.

⁶⁵ So schon der RegE des der parlamentarischen Diskontinuität zum Opfer gefallenem MindestkapG, BT-Drs. 15/5673, S. 4; ferner *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 92; *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189, 190.

⁶⁶ So etwa *Kleindieck*, DStR 2005, 1366, 1369; *Priester*, DB 2005, 1315, 1316 f., *Seibert*, BB 2005, 1061; *K. Schmidt*, DB 2005, 1095.

⁶⁷ Vgl. exemplarisch *Mülbert*, Konzern 2004, 151, 162; *Rickford*, EBLR 2004, 919, 966 ff.; wohl auch *Micheler*, ZGR 2004, 324, 341.

⁶⁸ Zu dieser Diskussion *Veil*, ZGR-Sonderheft 17, S. 91, 96 ff.

⁶⁹ *Hennrichs*, StuW 2005, 256, 261; *Rammert*, BFuP 56 (2004), 578, 590 f.

⁷⁰ Beschluss Nr. 11a: 153 Stimmen dagegen, 17 dafür.

geschlossene Kapitalgesellschaften neben die GmbH zu stellen.⁷¹ Nach diesen Autoren würde eine Reform, welche die GmbH wirklich wettbewerbsfähig machen würde, derart weitgehende Einschnitte in bewährte Strukturen und Schutzstandards erfordern, dass zuviel preisgegeben werden müsste. Stattdessen solle man den Wettbewerb mit Gesellschaftsformen wie der englischen Limited durch eine neue Gesellschaftsform aufnehmen. Auch diesen Vorschlägen für "Brüderchen oder Schwesterchen für die GmbH" hat sich die Mehrheit der deutschen Juristen und der Deutsche Juristentag bislang allerdings nicht angeschlossen, u.a. da man meint, die GmbH auch vor inländischer Konkurrenz schützen zu müssen.⁷²

Diese radikaleren Reformvorschläge dürften ebenso wie die Idee, die Hauptunterscheidung statt wie bisher zwischen GmbH und AG künftig vergleichbar dem japanischen Gesellschaftsgesetz zwischen *close companies* und *public companies* zu machen,⁷³ vorerst nicht verwirklicht werden. Angesichts der Tragweite, welche eine Reform für rund 1 Mio. Gesellschaften in der Form der GmbH hätte und der Wertschätzung, welche die GmbH in Deutschland trotz aller Defizite weiterhin genießt, ist vielmehr zu erwarten, dass es in 2007 zunächst zu einer behutsamen Reform entlang den Leitlinien des Referentenentwurfs kommen wird.

V. Fazit

Mit dem Referentenentwurf für das MoMiG hat der deutsche Gesetzgeber die erste große GmbH-Reform seit 1980 in Angriff genommen. Ziel ist es, einerseits bestehende Missbräuche einzudämmen, andererseits die GmbH im Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsrechtsformen zu stärken. Der Referentenentwurf legt den Schwerpunkt dabei auf eine maßvolle Fortentwicklung der bewährten Regeln, um bewährte Schutzstandards nicht aufzugeben. Damit ist der Entwurf überwiegend auf Zustimmung gestoßen. Die Chancen, dass die Reform im Jahre 2007 in Kraft tritt, stehen gut. Ob sie freilich ausreichen wird, damit sich die GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsformen wieder besser behaupten kann, wird die Zukunft erst noch zeigen müssen.

⁷¹ So etwa der Vorschlag für eine Unternehmensgründergesellschaft von *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88 ff.; oder auch der von *Drygala*, ZIP 2006, 1797 ff., vorgelegte Entwurf einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KmbH). *Lutter*, Beilage zu BB 2006 Heft 37, 2, spricht sich für die Einführung einer Unternehmensgesellschaft aus.

⁷² *K. Schmidt*, DB 2006, 1096.

⁷³ *Kübler*, ZHR (170) 2006, 213, 216.