

EHUG 2007 und Governance-Lehre für nicht börsennotierte Gesellschaften

von Prof. Dr. Harald Herrmann

Universität Erlangen-Nürnberg

I. EHUG als Big Bang im Recht der Unternehmenspublizität Am 1.1.2007 ist das Gesetz über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)¹ in Kraft getreten, das in der Folge der neuen EU Publizitätsrichtlinie v. 2003² und kurz vor Ablauf der Umsetzungsfrist zum Jahresende verkündet wurde. Es ist als „Big Bang im Recht der Unternehmenspublizität“ und dergl. Übertreibungen gefeiert worden.³ Richtig ist daran immerhin, dass die Registerpublizität seither für Jedermann und für jeden erlaubten Zweck hergestellt worden ist, und dass deshalb eine breite Image-Bildung für die registrierenden Unternehmen via elektronisches Handelsregister und elektronischen Bundesanzeiger ermöglicht wird. Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben:

Das Handelsregister beim Amtsgericht am Sitz der Gesellschaft wird nicht aufgegeben oder auf die IHKS übertragen, sondern bleibt bestehen, wird aber im Hinblick auf Einreichung, Führung und Abruf der Daten elektronisch geführt. Es wird bundesweit elektronisch vernetzt und kann in Zusammenfassung über die zentrale Internetseite www.handelsregister.de kostenpflichtig von Jedermann eingesehen werden. Bei Zweigniederlassungen wird das Verfahren dahingehend vereinfacht, dass Anträge auf Eintragung, Änderung oder Löschung nur noch beim Gericht am Ort der Hauptniederlassung zu stellen und einzutragen sind. Die handschriftliche Zeichnung von Unterschriften der Geschäftsleitungsmitglieder und Prokuristen und die Aufbewahrung beim Handelsregister (§ 12 Abs. 1 HGB a.F.) entfallen.

Die Bekanntmachungen erfolgen in den von den Landesjustizverwaltungen bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystemen. Es wird nur der eingetragene Text bekannt gemacht, da dies ausreicht, um sich über die Originalunterlagen online beim elektronischen Handelsregister zu informieren. Zusammenfassungen werden, wie gesagt, über die zentrale Internetseite www.handelsregister.de veröffentlicht. Zudem wird ein deutsches Unternehmensregister geschaffen, das die Daten gebündelt an zentraler Stelle bereit hält und ein Weiterforschen in den weiteren online zugänglichen Informationsquellen ermöglicht.⁴

Insgesamt ergibt sich, dass nicht nur aktuelle und potentielle Gläubiger sowie beitriffsinteressierte Kapitalanleger und Konkurrenten, sondern auch Ratingagenturen und Medien jeder Art berechtigt und in der Lage sind, die veröffentlichten Informationen zur Kenntnis zu nehmen und für ihre Zwecke aufzubereiten. Bezeichnend ist auch, dass die Regierungskommission CG bereits 2001 einen Vorschlag für ein derartiges Unternehmensregister gemacht hat, der von der früheren Bundesregierung aufgegriffen wurde und die Gesetzgebung auf europäischer sowie nationaler Ebene beeinflusst hat.⁵

¹ BGBl. I 2006, 2553, s. auch den Abdruck a.E. dieses Heftes.

² Auch sog. SLIM-IV-Richtlinie (Simpler Legislation for the Internal Market).

³ *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446; zuvor habe man registerrechtlich in der „telekommunikativen Steinzeit“ gelebt, *Gernot*, BB 2004, 837; dagegen *Ries*, BB 2004, 2145.

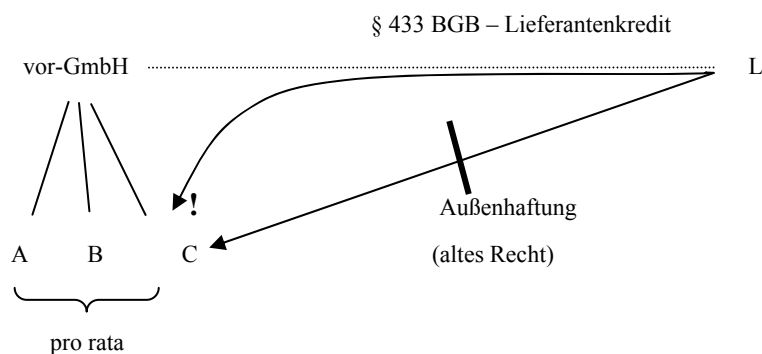
⁴ Die Jahresabschlüsse sind künftig nur noch zum elektronischen Bundesanzeiger einzureichen und werden dort veröffentlicht, soweit dies in §§ 325 ff. HGB vorgesehen ist.

⁵ Vgl. *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission CG, 2001, Rdn. 252.

Es kann deshalb gezeigt werden, dass das EHUG eine entscheidende Voraussetzung für die Steuerungswirkung handelsrechtlicher Publizität geschaffen hat, die als kooperative Governance-Funktion i.S. einer modernen Forschungsrichtung bezeichnet wird.⁶ Zahlreiche Regelungen des Rechts publizitätspflichtiger Handelsgesellschaften können mit Blick auf die steuernde Handelsregisterpublizität gelockert bzw. modifiziert werden. Zur Veranschaulichung sei hier in aller Kürze auf das Haftungsrecht der Vor-GmbH eingegangen.

II. Bedeutung für das Haftungsrecht der Vor-GmbH. Die Vor-GmbH ist, wie gesagt, nicht als „bloße“ BGB-Gesellschaft oder als OHG anzusehen. Sie soll nach dem notariell beurkundeten Willen der Gesellschafter GmbH werden, und deshalb kann ihr die Besonderheit kapitalgesellschaftlicher Organisationsstruktur auch bereits in diesem Gründungsstadium anerkannt werden, soweit es nicht um ihre Eigenschaft als juristische Person und um die Haftungsbegrenzung geht. Aber auch über diese Vorbehalte ist die Rspr. seit langem erheblich hinausgegangen. Vor allem wurde die Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH bis 1997 noch bis zu einem gewissen Grade als beschränkt anerkannt.⁷ Dies hat der BGH⁸ am 27.1.1997 geändert, und damit für alle Vor-GmbHs neues Recht geschaffen, das bei jeder GmbH-Gründung zu berücksichtigen ist.

Zur Veranschaulichung dient folgender Fall: Die Vor-GmbH nimmt einen Lieferantenkredit von 3 Mio Euro bei L auf. Kann sie diesen nicht zurückzahlen, so fragt sich, ob L sich an die A/B/C-Gesellschafter halten kann, die jeder eine Einlage von 20.000,- Euro erbracht haben.



Nach altem Recht musste jeder Gesellschafter 20.000,- Euro direkt an L zahlen. Neuerdings schuldet jeder 1 Mio. an die Vor-GmbH. Die Ansprüche können von den Gesellschaftsgläubigern gepfändet und dann auch direkt vollstreckt werden.

Interessanter Weise macht der BGH Ausführungen über die durch die neue Rspr. bezweckten Anreize zur Eintragung der gegründeten GmbH ins Handelsregister, die auf Verbesserungen der Unternehmenssteuerung hinauslaufen. Die Eintragung sei zunächst unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter erreicht werden könne. Es soll deshalb ein spürbarer Anreiz dafür gegeben werden, dass die Eintragung bewirkt wird, und dass dies ohne unnötige Zeitverzögerungen erfolge. Die unbegrenzte

⁶ Vgl. nur *Köndgen*, AcP 2006, 477 ff.; weiterführend *Herrmann/Roth*, Gesellschafts- und Konzernrecht, Lehrbuch für Wirtschaftsjuristen und Wirtschaftsrechtler, i. Ersch.

⁷ Vgl. nur BGHZ 65, 378, 382 ff.; 72, 45, 48 f. (für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten); für unbeschränkte Außenhaftung bei gesetzlichen Verbindlichkeiten vgl. allerdings BSG ZIP 1986, 645 (damals str.). Andererseits war die sog. Vorbelastungshaftung nach Eintragung potentiell unbeschränkt, BGHZ 80, 129 ff.

⁸ BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

Haftung soll demzufolge nicht nur ex post mit Vermögensnachteilen für die Gründungsgesellschafter verbunden werden, sondern zugleich auch ex ante steuernd auf die Eintragungsbereitschaft einwirken; und zwar nicht wegen der Eintragung als Selbstzweck oder als reine Ordnungsbestimmung, sondern um der mit der Registerpublizität verbundenen Informationsfolgen für Gläubiger jeder Art (Banken, Lieferanten, Arbeitnehmer, Versicherungen).

Andererseits ist mit der Beurkundung beim Notar nach Ansicht des BGH bereits ein verbindlicher Wille der Parteien zur GmbH-Gründung zum Ausdruck gelangt, der nur noch von der Einreichung beim Amtsgericht abhängig und deshalb vom Einfluss der Gesellschafter weitgehend unabhängig geworden sei. Deshalb könne man die Innenhaftung vorsehen, damit der gesellschaftsinternen Haftungsaufteilung nach Kräften entsprochen werde. Bleibe der Eintragungsvorgang aber dann zu lange liegen, oder werde er sogar überhaupt nicht mehr ernstlich angestrebt, so müsse diese Anreizwirkung entfallen und eine volle Außenhaftung wie bei der Vorgründungs-GmbH angenommen werden.⁹

Diese Ausführungen können vertiefend vom Publizitätszweck der Registereintragung her verstanden werden, der bekanntlich in einer öffentlichen Mitteilung über die wichtigsten und für eine verantwortliche Unternehmensführung wesentlichen Bestandteile des Gesellschaftsvertrags unterrichtet. Im Verhältnis zur Öffentlichkeit liegt darin eine Art Selbstbindung ohne Vertrag, die spätere Abweichungen zwar nicht klagebewehrt unter Erfüllungszwang stellt¹⁰, aber Haftungsfolgen wie im Bereich der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen schafft. Hier kommt nun eine Art öffentlicher Erklärungsdruck hinzu, der dahin geht, die beim Notar vereinbarte Rechtsform zu Anmeldung beim Handelsregister zu bringen und dadurch die erwähnte Selbstbindung einzugehen.

Man kann diese Wirkung durchaus mit derjenigen des § 161 AktG vergleichen, wonach sich die AG über ihre compliance mit dem CGK öffentlich zu erklären hat. Zwar bestehen auch erhebliche Unterschiede, zumal § 161 AktG sehr viel detailliertere Angaben verlangt als die Registereintragung. Aber es handelt sich in beiden Fällen um eine erhebliche Druckwirkung zur Offenlegung gesellschaftsrechtlicher Organisationsregeln; und diese soll via Selbstbindung steuernd auf die Unternehmensleitung einwirken.

Nachdem die Rspr. des BGH bis heute ohne wesentliche Änderungen bestätigt worden ist¹², scheint es müßig, die hier erkennbare Governance-Konstruktion gegen die BGH-Kritiker¹³ ins Feld zu führen. Aber ein kurzer Blick auf die Ausnahmetatbestände, die der BGH für die Überwindung der Innenhaftung vorgesehen hat, zeigt die Praxisrelevanz wenigstens ansatzweise. Bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH kommen schon nach der Ausgangsentscheidung direkte Ansprüche gegen die Gesellschafter in Betracht, weil in diesen Fällen im Anschluss an *P. Ulmer*¹⁴ eine Art Durchgriffshaftung gegeben sei.¹⁵ Str. ist hierzu, ob die Vermögenslosigkeit bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit¹⁶ oder schon dann gegeben sein muss, wenn die Vor-GmbH außer den Verlustdeckungsansprüchen gegen die im Innenverhältnis haftenden Gesellschafter kein wesentliches Vermögen

⁹ BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

¹⁰ Dazu vgl. die öffentlichen Werbebehauptungen des Verkäufers gem. § 434 Abs. 1 nach Nr. 2 BGB; zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform von 2002 s. *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981.

¹² BGHZ 149, 273, 274; die abweichende Beurteilung durch das BAG und das BSG ist inzwischen aufgegeben, s. BAG NJW 1997, 3331; 2000, 2915, 2917; BSG ZIP 2000, 494, 496.

¹³ Für unbeschränkte gesamtschuldnerische Außenhaftung vgl. nur *Altmeppen*, NJW 1997, 1509 f. und 1998, 457 ff.; *Beuthien*, WM 2002, 2261, 2262.

¹⁴ *P. Ulmer*, ZIP 1996, 735 f.

¹⁵ BGHZ 134, 341; BAG, GmbHR 2001, 919.

¹⁶ Vgl. BAG NJW 1997, 3331; BSG ZIP 2000, 494, 497: Insolvenzverfahren mangels Masse eingestellt oder abgelehnt.

mehr hat.¹⁷ Damit zusammenhängend ist aber die weitere Streitfrage, ob bei der Durchgriffshaftung eine Gesamtschuld aller persönlich haftender Gesellschafter anzunehmen ist¹⁸, oder ob auch hier die quotale Aufteilung gilt, die nur dann und nur in dem Umfang ausgeweitet wird, in dem einer oder mehrere Gesellschafter ausfallen.¹⁹ Für Letzteres spricht nicht nur die Unzumutbarkeit einer Vollhaftung von Gesellschaftern mit Splitterbeteiligung, sondern auch der hier begründete steuerungsfunktionale Sinn und Zweck, der eine Haftungsabstufung im Verhältnis zur Schein-Vorgesellschaft rechtfertigt.

Ebenso ist str., ob der Durchgriff, wie der BGH angedeutet hat, auch dann stattfinden muss, wenn kein Geschäftsführer der Vor-GmbH eingesetzt ist.²⁰ Kritisch hat man hierzu eingewendet, dass eine voreilige Geltendmachung der Außenhaftung ausgelöst werden könnte.²¹ In der Tat wäre die Haftungsverschärfung unpassend, wenn etwa die Einstellung eines Geschäftsführers sich bloß deshalb verzögert, weil keine geeignete Person gefunden wird. Es kann doch nicht Zweck der Durchgriffshaftung sein, die Vor-GmbH zu übereilten Personalentscheidungen zu veranlassen. Andererseits soll die hier vorgestellte Governance-Konzeption Anreizeffekte zur Eintragung mit deren Publizitätsfolgen auch im Hinblick auf die öffentliche Information über die Person des Geschäftsführers entfalten. Man sollte deshalb vorsätzliche oder mindestens grob fahrlässige Verschleppung bei der Einstellung des Geschäftsführers voraussetzen.

Für die Praxis scheint es im Übrigen empfehlenswert, die Vertretungsmacht der Gründungsgeschäftsführer darauf zu begrenzen, keine Verträge ohne Haftungsabrede zu schließen. Ob das wirksam ist, ist in der Rspr. trotz langer Diskussion in der Literatur bislang noch unentschieden geblieben. Die neue gesetzliche Innenhaftung macht aber eine Stellungnahme praktisch besonders dringend. Verf. hat die Frage schon vor einiger Zeit umfassender untersucht und bejaht, wenn mit der Gestaltung keine Bezeichnung als Gesellschaftsform „mit beschränkter Haftung“ verbunden wird (s. *Herrmann*, in: Bodendorf/ders. u. a., *Existenzgründungen – Rahmenbedingungen und Strategien*, 2000, S. 115 ff.). Auch die neue Sichtweise der Unternehmens-Governance, die durch das EHUG stark gestützt worden ist, spricht für diese Ansicht. Die Steuerungswirkung der persönlichen Haftung vor Eintragung der GmbH wird zwar abgemildert, doch geschieht dies in verhältnismäßiger und für jeden Vertragspartner in zumutbarer Weise. Übermäßiger Steuerungsdruck wäre mit der Governance-Konzeption von vornherein unvereinbar. Hinzu kommt, dass sogar ein zusätzlicher Anlass gegeben wird, auf die Eintragung im Handelsregister hinzuwirken. Denn wenn Verträge mit über das Gesellschaftsvermögen hinausgehender Belastung abgeschlossen werden, aber nach hier vertretener Ansicht nur schwebend wirksam sind, bedürfen sie jeweils der Zustimmung der Gesellschafter gem. § 177 Abs. 1 BGB. Den damit verbundenen Verwaltungsaufwand wird man nicht lange hinnehmen wollen, so dass zur Vermeidung dessen die Registereintragung nahe gelegt ist.

Es gibt noch eine große Fülle von ungelösten gesellschafts- und konzernrechtlichen Fragen, zu deren Diskussion durch Anwendung der Governance-Lehren i.V. mit der Publizität des elektronischen Handelsregisters beigetragen werden kann. Im schon zitierten Lehrbuch zum Gesellschafts- und Konzernrecht werden diese Ansätze zusammengestellt und alsbald der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Vorab sei aber auf die neue Aufl. des Verf. zu den Grundlagen des BGB und des HGB verwiesen, in der Näheres zu den handelsrechtlichen Governance-Wirkungen dargelegt ist. Diese Veröffentlichung liegt immerhin bereits jetzt in

¹⁷ Vgl. *Brandes*, WM 1998, 2.

¹⁸ LAG Hessen, GmbHR 1998, 783; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, § 11 GmbHG, Rdn. 100.

¹⁹ *Baugmbach/Hueck/Fastrich*, § 11 GmbHG, Rdn. 27.

²⁰ BGHZ 134, 341.

²¹ *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 11 GmbHG, Rdn. 27.

einer Print-Version vor und kann am Lehrstuhl für Wirtschaftsprivatrecht und Versicherungsrecht der Universität Erlangen-Nürnberg angefragt werden.