

Legal Update 2012/01

**Die Eireli ist da:
Ein-Mann-GmbH nun auch in Brasilien zulässig.
Inhaber kann allerdings nur eine natürliche Person sein.**

Jan Gerd Mietzel
Mariana Afonso Carneiro
Leonardo Peixoto Barbosa

Mit Inkrafttreten des Gesetzes 12.441/2011 am 09. Januar 2012 ist nunmehr auch in Brasilien die Gründung einer „Ein-Mann-GmbH“ möglich geworden. Durch Einführung des Art. 980-A und Änderung der Artikel 44 und 1.033 im brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuch [*Código Civil*; CC] wurde den bisher nach brasilianischem Recht verfügbaren Unternehmensformen die *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada* bzw. EIRELI, also das „Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung“ hinzugefügt. Drei am 30. November 2011 veröffentlichte Durchführungsverordnungen konkretisieren die gesetzlichen Vorschriften und klären bis dahin offene Fragen (insbesondere zum möglichen Inhaber einer EIRELI). Die Regelung zum Mindestkapital bleibt umstritten und ist bereits Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Klage sowie eines Gesetzentwurfs zur Änderung des neuen Art. 980-A CC. Der vorliegende Artikel geht, nach einem kurzen Überblick über die Vorteile der EIRELI gegenüber den Unternehmensformen des *Empresário Individual* und der *Limitada*, auf die aktuellen Entwicklungen ein und zieht abschließend ein bewertendes Resümee aus der Perspektive des ausländischen Investors.

Vorteile gegenüber *Empresário Individual* und *Limitada*

Im Gegensatz zum *Empresário Individual* (in etwa vergleichbar mit dem eingetragenen Kaufmann nach deutschem Recht), der für seine Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen einstehen muss, birgt die neue Rechtsform für Einzelunternehmer den Vorteil einer limitierten, auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung.

Gegenüber der haftungsbeschränkten *Limitada* (in wesentlichen Punkten ver-

gleichbar mit der deutschen GmbH) als bereits bestehender und auch weiterhin verfügbarer Rechtsform, hat die EIRELI den Vorteil, dass sie durch eine Einzelperson gegründet werden kann, während die *Limitada* zu ihrer ordnungsgemäßen Gründung mindestens zweier Gesellschafter bedarf. Der hier teilweise praktizierte Rückgriff auf einen „Platzhalter“ (im brasilianischen umgangssprachlich als *laranja*, also „Orange“ bezeichnet), der kein eigenes Interesse an der Gesellschaft hat, sondern nur als (zweiter) Gesellschafter aufgenommen wird, um formal die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen, wird mithin unnötig.

Auch die Gründungssatzung [*ato constitutivo*] der EIRELI dürfte – trotz praktisch übereinstimmender Bestimmungen zum Mindestinhalt – mit geringerem Aufwand zu erstellen sein als der Gesellschaftsvertrag [*contrato social*] einer *Limitada*, da eben keine Notwendigkeit der Abstimmung mit einem weiteren Gesellschafter besteht und diesbezügliche Regelungen dementsprechend entfallen können.

Notwendiges Mindestkapital und mögliche Verfassungswidrigkeit der diesbezüglichen Vorschrift

Als den Vergleich zur *Limitada* (deren Gründung, von der pro Anteil vorgesehene Untergrenze von einem Centavo abgesehen, ohne Mindestkapital erfolgen kann) trübender Wermutstropfen mag zunächst das gemäß Art. 980-A caput CC für die EIRELI vorgeschriebene Mindestkapital in Höhe vom Hundertfachen des in Brasilien jeweils geltenden gesetzlichen Mindestlohns [*salário mínimo*] angesehen werden. Auf Basis des aktuellen (durch Dekret 7.655/2011 festgelegten und seit 1. Januar 2012 geltenden) Mindestlohns in Höhe von R\$ 622,00 ergibt sich damit ein Mindestkapital von

R\$ 62.200,00. Dies entspricht beim derzeitigen Umrechnungskurs etwa EUR 27.000,00 und liegt somit knapp über dem gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG für die Gründung einer GmbH nach deutschem Recht erforderlichen Stammkapital.

Auch wenn eine Unternehmensgründung ohne bzw. mit nur sehr geringer Kapitalausstattung in der Praxis üblicherweise zum Scheitern verurteilt sein dürfte (in der Diskussion über die zum 01. November 2008 durch das MoMiG in Deutschland eingeführte Untermögensgesellschaft, die bereits mit einem Stammkapital in Höhe von einem Euro gegründet werden kann, wurde regelmäßig von einem realen Kapitalbedarf von mindestens einigen tausend Euro ausgegangen), muss die Höhe des für die EIRELI nunmehr vorausgesetzten Mindestkapitals überraschen. Dies gilt insbesondere, weil der brasilianische Gesetzgeber mit dem Gesetz 12.441/2011 unter anderem darauf abzielte, „kleinste, kleine und mittlere“ Unternehmen zu fördern. Diese dürften mit der Aufbringung des erforderlichen Betrages aber regelmäßig deutliche Schwierigkeiten haben.

Klage der PPS auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit

Durch die PPS [*Partido Popular Socialista*] wurde am 12. August 2011 beim brasilianischen Bundesverfassungsgericht [*Supremo Tribunal Federal*; STF] bereits eine Klage auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit [*Ação Direta de Inconstitucionalidade*] des letzten Halbsatzes von Art. 980-A caput CC anhängig gemacht.

Das unter N° 4.637 beim STF geführte Verfahren stützt die Annahme der Verfassungswidrigkeit zum einen auf einen Verstoß gegen das in Art. 7, IV der brasilianischen Verfassung [*Constituição Federal*;

CF] normierte Verbot, den gesetzlichen Mindestlohn als „Anknüpfungspunkt zu jedwedem Zweck“ zu nutzen. Allerdings wird diese Norm vom STF bisher einschränkend nur als Verbot einer am Mindestlohn – als Index – orientierten Anpassung von Bonifikationen für Arbeitnehmer und den öffentlichen Dienst verstanden.

Darüber hinaus wird auch ein Verstoß gegen das in Art. 1, IV und 170 caput CF festgeschriebene Prinzip der freien Marktwirtschaft [*livre iniciativa*] geltend gemacht, da kleineren Unternehmern durch das Mindestkapital faktisch die Möglichkeit zur Gründung einer EIRELI genommen werde.

Aktueller Gesetzesentwurf zur Änderung des Art. 980-A CC

Mit dem *Projeto de Lei* N° 2.468/2011 wurde am 4. Oktober 2011 aus dem brasilianischen Abgeordnetenhaus [*Camera dos Deputados*] heraus bereits ein Gesetzesentwurf vorgelegt, der unter anderem eine Änderung des Art. 980-A CC insoweit vorsieht, als das dort vorgesehene Mindestkapital auf das Fünzigfache des jeweils geltenden gesetzlichen Mindestlohns (aktuell also R\$ 31.100,00 bzw. etwa EUR 13.500,00) herabgesetzt wird.

Ob die Regelung des Art. 980-A caput CC in ihrer derzeitigen Form Bestand haben wird, bleibt angesichts derartiger gesetzgeberischer Bestrebungen sowie der laufenden verfassungsgerichtlichen Überprüfung also abzuwarten.

Durchführungsverordnungen der Nationalen Handelsregisterbehörde

Am 30. November 2011 hat die Nationale Handelsregisterbehörde [*Departamento Nacional do Registro do Comércio*; DNRC] im Zusammenhang mit der bevorstehenden Einführung der EIRELI parallel drei Durchführungsverordnungen zur Konkretisierung des Gesetzes 12.441/2011 veröffentlicht.

Die Durchführungsverordnung [*Instrução Normativa*; IN] N° 116/2011 trifft Vorschriften zur Namensgebung, die danach für die EIRELI im Gleichklang mit den bestehenden Regelungen zur *Limitada* erfolgt.

Instrução Normativa N° 118/2011 beschäftigt sich mit dem Prozess einer Umwandlung vom *Empresário Individual* zur EIRELI und vice versa.

Mit der *Instrução Normativa* N° 117/2011 legt das DNRC den (als Annex zur Durchführungsverordnung veröffentlichten) „Leitfaden zur Registrierung der EIRELI“ [*Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI*] vor. Dabei handelt es sich um ein 49-seitiges Handbuch, das Rechtsanwendern und Handelsregistern bindende Vorgaben unter anderem zu Gründungsvoraussetzungen und Ablauf der Gründung, Satzung- und Satzungsänderungen, Eröffnung von Niederlassungen und Sitzverlegung sowie Beendigung und Abwicklung einer EIRELI macht.

Der Leitfaden entspricht in weiten Teilen dem als Anhang zur *Instrução Normativa* N° 98/2003 veröffentlichten *Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada*, enthält aber selbstverständlich auch eine Reihe von Vorschriften, die speziell auf die EIRELI zugeschnitten sind bzw. die besonderen Anforderungen dieser Unternehmensform reflektieren.

Klarstellende Regelung zum möglichen Inhaber einer EIRELI

Geklärt wird dabei unter anderem auch eine der wichtigsten Fragen, die im Zusammenhang mit den Gründungsvoraussetzungen der EIRELI nach Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs 18/2011 (bzw. 4.605/2009, wie der Entwurf in seiner ersten Fassung bezeichnet war) aufgekomen war, und zwar die Frage nach dem möglichen Inhaber einer EIRELI.

Zwar hatte eine Reihe von Beratern schon kurz nach Veröffentlichung des Gesetzes 12.441/2011 die Ansicht vertreten, die EIRELI könne sowohl durch eine natürliche, wie auch durch eine juristische Person gegründet werden und sich diesbezüglich auf bestimmte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses vorgenommene Änderungen gestützt. Es handelte sich dabei zum einen um die Modifikation der im Art. 985-A caput CC des Entwurfs 4.605/2009 enthaltenen Formulierung „*por um único sócio, pessoa natural*“ hin zur nunmehrigen Fassung „*por uma única pessoa*“ des Art. 980-A caput CC, zum an-

deren um die spätere Streichung von § 4 des Art. 980-A CC im Entwurf 18/2011.

Bei näherer Betrachtung des Gesetzes blieb die Antwort auf die Frage, wer Inhaber einer EIRELI werden konnte, jedoch im besten Falle unklar, denn die mit der Einführung der neuen Unternehmensform bezweckte Förderung von (üblicherweise kleinen) Einzelunternehmern machte ersichtlich nur die Öffnung gegenüber natürlichen Personen notwendig. Die Inhaberschaft einer EIRELI durch eine juristische Person (siehe die Aufzählung in Art. 44 CC), deren Gründung und Verwaltung ja bereits einen deutlich höheren Aufwand erfordert hätte, als er den Inhabern der EIRELI zugemutet werden sollte, schien sich nur schwer in dieses Konzept einzupassen. Auch die in Art. 980-A § 2 CC getroffene Regelung, nach der eine natürliche Person lediglich Inhaber einer einzigen EIRELI sein darf, wäre schwer zu erklären gewesen, wenn man damit juristischen Personen gleichzeitig eine unbegrenzte Zahl von durch sie gehaltenen EIRELIs zugestanden hätte. Schließlich erfolgten auch die oben genannten Änderungen im Gesetzgebungsverfahren nicht unter Hinweis auf eine damit angestrebte Öffnung der Inhaberschaft an einer EIRELI zugunsten von juristischen Personen.

Der Leitfaden zur Registrierung der EIRELI stellt nun unter Ziffer 1.2.11 ausdrücklich fest, dass eine juristische Person nicht Inhaber einer EIRELI werden kann („*Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.*“) und führt damit die in Bezug auf diesen maßgeblichen Punkt notwendige Klarstellung herbei.

Bewertende Stellungnahme im Hinblick auf ausländische Investoren

Während die Einführung der neuen Unternehmensform – insbesondere bei weiterer Modifikation der Regelungen zum Mindestkapital – sicherlich ihren Zweck erreichen dürfte, die Unternehmensgründung durch brasilianische Kleinunternehmer zu fördern und die Zahl solcher Gründungen zu erhöhen, bleibt festzustellen, dass die EIRELI für den ausländischen Investor nur eine relativ geringe Attraktivität bietet.

Dies gilt allein schon deswegen, weil der ausländische Investor im Regelfall eine juristische Person sein wird. Einer solchen ist die Inhaberschaft an einer EIRELI aber gerade verwehrt, so dass es hier wiederum der Zwischenschaltung einer natürlichen Person bedürfte. Da auf diese Weise keine Konzernstruktur geschaffen werden kann, können Schwierigkeiten sowohl bei der steuerlichen Gestaltung als auch bei der Gewinnabführung entstehen.

Tritt der ausländische Investor wirklich als natürliche Person auf (etwa der Unternehmensgründer selbst oder ein enger Mitarbeiter) und wird in dieser Form Inhaber der EIRELI, so wird ein gravierendes anderes Problem relevant. Es handelt sich dabei um die in Brasilien in stärkerem Maße gesetzlich angelegte (siehe etwa Art. 28 *Código de Defesa do Consumidor* sowie Art. 50 CC), bzw. – im Bereich des Arbeits- und Steuerrecht – auf Basis des Art. 2 § 2 *Consolidação das Leis do Trabalho* bzw. des Art. 135 *Código Tributário Nacional* durch Richterrecht geschaffene Durchgriffshaftung [*desconsideração da pessoa jurídica*]. Bei dieser wird der Haftungsschirm der juristischen Person durchstoßen und eine unmittelbare Haftung ihrer jeweiligen Gesellschafter angenommen. Dieser Aspekt lässt die unmittelbare (persönliche) Beteiligung des Investors an einer juristischen Person wenig ratsam erscheinen.

Organisiert ein deutscher Unternehmer seinen Markteintritt in Brasilien etwa unter Verwendung zweier zu diesem Zweck gegründeten GmbHs, die er als Gesellschafter einer (brasilianischen) *Limitada* einsetzt, so wird er (bzw. sein Privat- sowie sein erweitertes Unternehmensvermögen) deutlich besser gegen eine Durchgriffshaftung abgesichert sein, als wenn er in eigener Person die Inhaberstellung in einer EIRELI einnimmt. Die mit der EIRELI zunächst einhergehende Vereinfachung im Hinblick auf den Gründungsaufwand würde insoweit mit einem deutlich erhöhten Haftungsrisiko bezahlt.

Rückfragen oder Anmerkungen:
legalupdates@pellon-associados.eu