



AUSGABE 01 | 2009

Newsletter Gesellschaftsrecht und Steuern, Mergers & Acquisitions

VORWORT

Dieser Newsletter beschäftigt sich mit den Auswirkungen des am 01.11.2008 in Kraft getretenen MoMiG (Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen). Die Reform des GmbH-Rechts enthält eine Vielzahl bedeutsamer Regelungen.

Besonders bedeutsame Regelungen finden sich in Bezug auf die Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung. Auch werden die bislang einschneidenden Rechtsfolgen einer sog. verdeckten Sacheinlage deutlich abgemildert. Zudem will das MoMiG Finanzierungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erleichtern.

Im Folgenden stellen die jeweiligen Kollegen unseres Hauses die Neuregelungen vor und beleuchten die Auswirkungen für die Praxis.

ÜBERBLICK ÜBER DIE NEUREGELUNGEN DURCH DAS MOMIG

Am 1. November 2008 ist mit dem „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ die wohl größte Reform des schon weit über 100 Jahre alten GmbH-Gesetzes in Kraft getreten (BGBl 2008 I Nr. 48, Seite 2026 ff.). Sie dient vorrangig dazu, die beliebte Rechtsform GmbH zu modernisieren und international wettbewerbsfähiger zu machen, vor allem auch vor dem Hintergrund der zahlreichen englischen Limiteds, die in Deutschland verwandt werden. Überdies werden Missbrauchsmöglichkeiten beseitigt, so dass man der Reform schon vorab Erfolg bescheinigen kann. Im Kern geht es um Änderungen in den folgenden Bereichen:

1. GMBH-NEUGRÜNDUNGEN. Die GmbH kann zukünftig im Wege einer erleichterten Bargründung nach einem – allerdings nicht abänderbaren – Musterprotokoll errichtet werden. Sie darf dazu höchstens drei Gesellschafter und nur einen Geschäftsführer haben. Der Vorteil liegt in etwas geringeren Notarkosten. Die Verwendung des Musterprotokolls scheidet aber aus, wenn über Firma, Sitz, Stammkapital und Unternehmensgegenstand hinaus weitere individuelle Regelungen, etwa zu Zustimmungspflichten, Abtretung oder Einziehung von Geschäftsanteilen, Nachfolge und Abfindung eines Gesellschafters vereinbart werden sollen. Dies wäre erst im Zuge einer (erneut notariell zu beurkundenden) Änderung des Gesellschaftsvertrages möglich.

2. UNTERNEHMERGESELLSCHAFT. Fortan kann eine sog. „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ – oder „UG (haftungsbeschränkt)“ – und damit eine „Mini-GmbH“ mit einem Stammkapital ab einem Euro gegründet werden. Sie soll im Laufe der Zeit dadurch zur vollwertig kapitalisierten GmbH erstarken,

dass pro Geschäftsjahr ein Viertel des Jahresüberschusses in eine Rücklage einzustellen ist. Erreicht die Gesellschaft dann – z.B. nach Umwandlung dieser Rücklage im Wege der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln – ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000,-, kann sie „normale“ GmbH werden und die sie als Unternehmergeellschaft kennzeichnende Firmenbezeichnung (s.o.) ablegen. Bedeutung könnte die UG in Rechtsformverbindungen wie der UG & Co. KG sowie dann gewinnen, wenn ihr Geschäft (fast) ohne Kapital aufgebaut werden kann.

3. ERLEICHTERTE KAPITALAUFBRINGUNG. Gesellschafter haben auch weiterhin die versprochene Einlage zu leisten. Bei verdeckten Sacheinlagen muss nun aber nicht mehr zwingend vollständig neu geleistet werden, weil der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstands auf die fortbestehende (Bar-) Einlagepflicht des Gesellschafters angerechnet wird. Ferner ist eine Rückzahlung der Einlage im Rahmen eines Gegengeschäfts zulässig, wenn die Leistung durch einen jederzeit fälligen, vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist. Und die Gründung einer Einpersonen-GmbH setzt zukünftig nur noch die Aufbringung des hälftigen Mindest-Stammkapitals (von EUR 12.500,-) voraus, d.h. für den Restbetrag ist keine Sicherheit (mehr) zu leisten.

4. KAPITALERHALTUNG. Die Regeln werden entschlackt und damit die Finanzierung der Unternehmen(-sgruppe) insgesamt einfacher gestaltet: Leistungen im Rahmen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages erklärt das Gesetz nun ebenso ausdrücklich für zulässig wie Leistungen an Gesellschafter, denen ein vollwertiger Rückgewähranspruch gegenübersteht. Diese Rückkehr zur sog. bilanziellen Betrachtungsweise erleichtert das Cash Pooling im Konzern. Gleiches gilt für aufsteigende Sicherheiten, die zugunsten von Gesellschaftern gestellt werden. Da die Neuregelung auch für Aktiengesellschaften gilt, sollten bestehende Finanzierungsstrukturen auf Optimierungsmöglichkeiten hin untersucht werden. Im Ergebnis bedeutet dies indes gesteigerte Haftungsgefahren für Geschäftsführer, weil eine (laufende) Bewertung des Rückzahlungsanspruchs erfolgen muss und dieser ggf. geltend zu machen ist.

5. KAPITALERSATZ – GESELLSCHAFTERDARLEHEN. Es kommt fortan nicht mehr darauf an, ob das Darlehen vor oder nach Eintritt einer Krise gewährt (oder in der Krise stehengelassen) wurde, da Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall stets nachrangig sind. Umgekehrt dürfen sie im Grundsatz zu jeder Zeit von der Gesellschaft bedient werden. Auch die sog. Rechtsprechungsregeln, wonach eine Zahlung, die zum Entste-

hen einer Unterbilanz führte, analog §§ 30, 31 GmbHG zurückzugewähren war, sollen fortan keine Anwendung mehr finden. Rückzahlungen binnen Jahresfrist vor Insolvenzeröffnung sind aber anfechtbar. Ausgenommen bleiben wie bisher Darlehen nicht geschäftsführender Gesellschafter, die mit bis zu 10% beteiligt sind, und Darlehen, die in der Krise zu Sanierungszwecken gewährt wurden. Mit der zudem erfolgten Verlagerung der betreffenden Regeln in das Insolvenzrecht gelten sie fortan rechtsformneutral für jede Gesellschaft ohne voll haftende natürliche Person im Gesellschafterkreis, d.h. insbesondere auch für die Aktiengesellschaft, und überdies für vergleichbare ausländische Gesellschaften.

6. EIGENKAPITALERSETZENDE NUTZUNGS-ÜBERLASSUNG. Hat der Gesellschafter der GmbH Gegenstände zur Nutzung überlassen, kann er diese im ersten Jahr ab Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht aussondern, d.h. nicht zurückverlangen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens von „erheblicher Bedeutung“ ist. Dafür ist – abhängig von den Umständen – ein finanzieller Ausgleich zu gewähren.

7. GENEHMIGTES KAPITAL. Zukünftig kann nach aktienrechtlichem Vorbild ein genehmigtes Kapital geschaffen werden, das – nach entsprechender Änderung des Gesellschaftsvertrages – die Geschäftsführung in die Lage versetzt, das Stammkapital binnen fünf Jahren um bis zu 50% des Ausgangswertes zu erhöhen. Dies erhöht die Flexibilität, dürfte für die ohnehin recht flexible GmbH allerdings zumeist nicht allzu entscheidend sein, jedoch in Betracht kommen, wenn die Gesellschaft einen großen Gesellschafterkreis hat, der ad hoc-Gesellschafterversammlungen unmöglich macht.

8. STÜCKELUNG UND ÜBERTRAGUNG VON GESCHÄFTSANTEILEN.

Geschäftsanteile können fortan frei geteilt werden, sofern der Mindest-Nennbetrag auf EUR 1,- je Geschäftsanteil lautet. Ein Gesellschafter kann auch gleich bei Gründung mehrere Geschäftsanteile erwerben. Das erleichtert die Übertragung, aber insbesondere die Verpfändung von Geschäftsanteilen im Rahmen der Finanzierung. Für die Übertragung kommt der zum Handelsregister einzureichenden Gesellschafterliste größere Bedeutung zu: Wer in ihr steht, darf Gesellschafterrechte wie das Stimmrecht ausüben und an Gewinnausschüttungen teilnehmen; wird jemand drei Jahre (unwidersprochen) als Gesellschafter in der Liste geführt, kann der betreffende Geschäftsanteil zudem durch einen Dritten gutgläubig erworben werden. Dies wird mit verstärkten Anmeldepflichten im Hinblick auf Veränderungen im Gesellschafterkreis flankiert.

9. VERWALTUNGSSITZ, ADRESSE UND INSOLVENZANTRAG. Der tatsächliche Verwaltungssitz der GmbH kann zukünftig abweichend vom Satzungssitz auch ins Ausland verlegt werden. Dies ermöglicht den Rückgriff auf die bekannte Gesellschaftsform auch für die operative Tätigkeit von Tochtergesellschaften im Ausland. Für Zustellungszwecke ist eine Geschäftsanschrift der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, spätestens bis zum 31.10.2009. Bei führungsloser GmbH ist zudem zukünftig auch der Gesellschafter zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.

10. GESCHÄFTSFÜHRERPFLICHTEN. Die Aufgaben des Geschäftsführers – und damit automatisch auch seine Haftungsrisiken – steigen. Zudem haftet der Geschäftsführer zukünftig auch für sorgfaltswidrige Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Dadurch soll ein bewusster Abzug von Vermögenswerten bei drohender Zahlungsunfähigkeit verhindert werden. Zugleich wird der Kanon der Ausschlussgründe für eine Bestellung zum Geschäftsführer erweitert, nämlich insbesondere um die Verletzung von Insolvenzantrags-, Anmelde- und Anzeigepflichten sowie Verurteilung wegen Betrugs oder betrugsähnlicher Straftatbestände.

DR. WOLFGANG KÖNIG



GMBH-GRÜNDUNG NACH MOMIG

I. ÜBERBLICK Durch das MoMiG wurden Erleichterungen bei der Neugründung einer GmbH durch Verwendung eines nicht abänderbaren Muster-Protokolls, bei der Kapitalaufbringung bei Gründung, der Übernahme des Stammkapitals sowie bei der Einpersonengründung eingeführt. Außerdem besteht nun die Möglichkeit, eine sogenannte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) („UG“) zu gründen. Dies ist eine GmbH, deren Stammkapital geringer als EUR 25.000,- ist.

II. GRÜNDUNG NACH MUSTER-PROTOKOLL Nach § 2 Abs.1a GmbHG besteht nun die Möglichkeit, eine GmbH nach einem vereinfachten Verfahren zu gründen. Dafür muss ein durch den Gesetzgeber vorgegebenes Musterprotokoll verwendet werden, das notariell zu beurkunden ist. Änderungen können an dem Muster-Protokoll nicht vorgenommen werden. Es können nur die vorhandenen Lücken ausgefüllt werden. Der Vorteil ist, dass etwas geringere Notarkosten anfallen als bei der „normalen“ GmbH-Gründung.

Bei einer Gründung nach dem Muster-Protokoll besteht keine Obergrenze für das Stammkapital, so dass auch GmbHs mit sehr hohem Stammkapital nach dem Muster-Protokoll gegründet werden können.

Die Gründung nach dem Muster-Protokoll ist jedoch nur möglich, wenn es sich um eine Bar-Gründung mit maximal drei Gesellschaftern handelt und nur ein Geschäftsführer bestellt wird. Außerdem können keine vom Gesetz abweichenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden, da das Muster-Protokoll gleichzeitig als Gesellschaftsvertrag gilt und kein gesonderter Gesellschaftsvertrag geschlossen wird. Der Geschäftsführer wird bei der Muster-Protokoll-Gründung automatisch von § 181 BGB befreit.

Sollen mehr als drei Gesellschafter an der GmbH beteiligt sein, so hat dies durch eine Geschäftsanteilsabtretung nach Eintragung der GmbH im Handelsregister zu erfolgen. Vom Gesetz ab-

weichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag können nach erfolgter Handelsregistereintragung durch eine notariell zu beurkundende Satzungsänderung erfolgen. Weitere Geschäftsführer können ebenfalls nach erfolgter Handelsregistereintragung von den Gesellschaftern bestellt und zum Handelsregister angemeldet werden. Diese sind dann gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gemeinschaftlich vertretungsbefugt. Eine abweichende Vertretungsregelung erfordert eine Änderung der Satzung.

Bei der Gründung von Mehrpersonengesellschaften ist die Verwendung des Muster-Protokolls also wenig attraktiv, da darin keine Regelungen zur Vinkulierung, Vererbung, Abhaltung von Gesellschafterversammlungen oder zur Abfindung bei Ausscheiden eines Gesellschafters enthalten sind. Diese müssten nach erfolgter Handelsregistereintragung durch eine Satzungsänderung vereinbart werden. Empfehlenswert ist die Gründung nach Muster-Protokoll daher nur für Konzernunternehmen und Einpersonen-GmbHs.

III. ÜBERNAHME DES STAMMKAPITALS Es ist nun möglich, dass ein Gesellschafter bei Gründung einer GmbH mehrere Geschäftsanteile übernimmt; bisher konnte bei der Gründung von jedem Gesellschafter nur ein Geschäftsanteil übernommen werden. Die Stammeinlage eines Gesellschafters, die jetzt als „Geschäftsanteil“ bezeichnet wird, muss nicht mehr durch EUR 50,- teilbar sein und muss auch nicht mehr mindestens EUR 100,- betragen. Erforderlich ist nur noch, dass ein Geschäftsanteil auf volle Euro lautet.

IV. EINPERSONENGRÜNDUNGEN Bei der Gründung einer GmbH durch nur eine Person, war bisher erforderlich, dass auf die Stammeinlage ein Viertel, mindestens jedoch die Hälfte des Mindeststammkapitals von EUR 25.000,-, mithin EUR 12.500,-, eingezahlt wurde, sowie zusätzlich für den restliche Teil des Stammkapitals eine Sicherheit bestellt wurde. Dieses Erschwernis für die Einpersonengründung ist nun entfallen. Bei der Einpersonengründung genügt nun - wie bei der Mehrpersonengründung auch - dass die erforderliche Einzahlung auf den Geschäftsanteil (Einzahlung von einem Viertel des Geschäftsanteils, mindestens jedoch die Hälfte des Mindeststammkapitals von EUR 25.000,-, mithin EUR 12.500,-) geleistet wird. Eine Sicherheitsleistung für den restlichen Teil des Stammkapitals muss nicht mehr erbracht werden.

V. UNTERNEHMERGESELLSCHAFT Neu ist die Möglichkeit gemäß § 5a GmbHG eine „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder auch „UG (haftungsbeschränkt)“ zu gründen. Dabei handelt es sich sozusagen um eine „kleine GmbH“. Diese Möglichkeit wurde geschaffen, um eine der englischen Limited angenäherte Gesellschaftsform zu schaffen, indem die Gründung einer GmbH mit geringerem Stammkapital als den bei der „normalen“ GmbH vorgeschriebenen EUR 25.000,- ermöglicht wird.

Die UG unterliegt grundsätzlich den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes. Sie darf sich jedoch nicht GmbH nennen. Die UG verfügt über kein Mindeststammkapital, jeder Gesellschafter muss aber einen Geschäftsanteil von mindestens EUR 1,- übernehmen. Eine UG kann also mit einem Stammkapital ab EUR 1,- gegründet werden. Das Stammkapital der UG muss vor der Anmeldung zum Handelsregister in voller Höhe aufgebracht werden. Bei der UG kann nur eine Bar-Gründung erfolgen; eine Gründung mit Sacheinlagen ist nicht möglich.

Die UG ist jedoch nach der Intention des Gesetzgebers nur ein Durchgangsstadium zur GmbH. Deshalb muss nach § 5a Abs. 3 GmbHG jedes Jahr eine gesetzliche Rücklage gebildet werden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Diese Zwangsrücklage kann nur in bestimmten Fällen zur Verlustverrechnung verwendet werden. Vor allem dient diese Zwangsrücklage der Durchführung einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, um aus der UG durch Aufstockung des Stammkapitals auf mindestens EUR 25.000,- eine „normale“ GmbH zu machen. Eine Kapitalherabsetzung bei einer GmbH auf ein Stammkapital unter EUR 25.000,- ist deshalb auch nicht möglich.

ÜBERTRAGUNG VON GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN

1. EINLEITUNG. Die Novellierung des GmbH-Rechts bringt Erleichterungen für die Übertragung von Geschäftsanteilen mit sich. Diese können zudem auch gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben werden. Diese Möglichkeit stützt sich im Kern auf die jeweils zum Handelsregister einzureichende aktuelle Liste der Gesellschafter, der damit größere Bedeutung als zuvor zukommt. Weitergehende Vorschläge, die Übertragung von Geschäftsanteilen noch stärker zu erleichtern, indem man auf das Erfordernis der notariellen Beurkundung verzichtet, erhielten hingegen keinen Eingang in das Gesetz.

2. GESELLSCHAFTERLISTE. Die Gesellschafterliste wird beim Handelsregister (am Sitz der Gesellschaft) geführt. Dasselbe soll ohne inhaltliche Überprüfung jede (aktuelle) Veränderung von Beteiligungsverhältnissen erfassen, die dann insbesondere auch über das Unternehmensregister allgemein online zugänglich sind. Dazu sind ergänzend die einzelnen Geschäftsanteile fortlaufend zu nummerieren. Konsequenterweise besteht die Verpflichtung der Geschäftsführer fort, jeweils unverzüglich nach Wirksamwerden einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Sie ist dazu freilich auf entsprechende Mitteilungen und Nachweise angewiesen. Umgekehrt haben Alt- wie Neugesellschafter einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Einreichen einer aktualisierten Gesellschafterliste, der im Zweifel auch (vorläufig) mittels einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden kann.

Ergänzend werden die Pflichten des Notars neugefasst: Er ist fortan vorrangig vor der Geschäftsführung zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, wenn er an Veränderungen im Gesellschafterkreis mitgewirkt hat. Zugleich muss der Notar bestätigen, dass die angegebenen Veränderungen korrekt sind. Dies gilt nicht nur bei der Abtretung von Geschäftsanteilen, sondern z.B. auch bei Umwandlungen und Kapitalmaßnahmen.

Der Notar muss überdies auch inhaltlich prüfen, ob ein Geschäftsanteil wirksam auf den Erwerber übergegangen ist, insbesondere also, ob aufschiebende Bedingungen eingetreten sind, z.B. eine kartellrechtliche Freigabe. Dazu kann sich der Notar aber auf ein von den Parteien unterzeichnetes sog. Closing Memorandum stützen, das den Eintritt der betreffenden Bedingung – oder den Verzicht darauf – erklärt.

Die Vertragsdokumentation sollte deshalb eine Mitteilungspflicht an den jeweiligen Notar enthalten. Bis zum Bedingungseintritt und einer im Anschluss daran einzureichenden aktualisierten Gesellschafterliste ist der Käufer jedoch im Grundsatz nicht vor Zwischenverfügungen des Veräußerers geschützt, da ein potentieller, gutgläubiger Zweiterwerber bis dahin auf die bisherige Gesellschafterliste vertrauen darf. Um dies auszuschließen,

bietet sich die vorsorgliche Anmeldung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste an, mit der die Parteien den Notar beauftragen.

3. DIE STELLUNG ALS GESELLSCHAFTER

wird ausschließlich durch Eintragung in die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste begründet; Mitgliedschaftsrechte können nur durch denjenigen ausgeübt werden, der eingetragen ist. Die Wirksamkeit eines (rechtsgeschäftlichen) Anteilerwerbs bleibt hingegen von einer Eintragung in der Liste unberührt.

Handlungen eines zukünftigen Gesellschafters, z.B. die Stimmabgabe, gelten jedoch bereits als wirksam vorgenommen, wenn die aktualisierte Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der betreffenden Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Damit ist es – wenn alle Bedingungen eingetreten sind – möglich, dass bereits unmittelbar nach Beurkundung eines Unternehmenskaufvertrages die aus einer (zukünftigen) Gesellschafterstellung erwachsenden Mitgliedschaftsrechte, z.B. das Stimmrecht bei Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern, ausgeübt werden können. Steht die Übertragung hingegen (noch) unter einer aufschiebenden Bedingung, müssen sich die Parteien weiterhin mit Hilfskonstruktionen wie der Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht für den Käufer behelfen.

4. GUTGLÄUBIGER ERWERB VON GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN.

Ein Geschäftsanteil kann fortan wirksam vom Nichtberechtigten erworben werden, wenn der Verkäufer als Inhaber des Geschäftsanteils in der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Voraussetzung ist stets ein wirksames Rechtsgeschäft; z.B. der Erwerb in der Zwangsvollstreckung oder eine erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge genügen demnach nicht. Die sich sachlich ausschließlich auf den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen und Rechten daran erstreckende Norm umfasst hingegen nicht auch einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb,

d.h. etwaige Belastungen wie z.B. Pfandrechte bestehen fort. Es wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt, so dass weder ein Erwerb von in der Gesellschafterliste aufgeführten, tatsächlich jedoch nicht-existenten Geschäftsanteilen noch der gute Glaube an die freie Übertragbarkeit mittels Hinwegwerben über Vorkulierungen, Vorerwerbs-, Andienungs- oder Mitveräußerungsrechte geschützt wird.

Ferner setzt ein gutgläubiger Erwerb voraus, dass die Gesellschafterliste mindestens drei Jahre unrichtig oder die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zurechenbar ist. Entscheidend für den (Ab-) Lauf der Dreijahresfrist ist die durchgehende Eintragung (mindestens) eines veräußernden Nichtberechtigten in der (fehlerhaft fortgeschriebenen) Gesellschafterliste. Werden Nichtberechtigte jeweils aufeinanderfolgend für weniger als drei Jahre in der Liste als berechtigt ausgewiesen, schließt dies die Zulässigkeit des gutgläubigen Erwerbs somit nicht aus (sog. Listenkette). Die Frist beginnt stets erneut, sobald die zum Handelsregister eingereichte Liste (erstmal wieder) einen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist. Umgekehrt gilt es somit fortan, die Gesellschafterliste in regelmäßigen Abständen von weniger als drei Jahren zu kontrollieren. Demgegenüber dürfte die zweite Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs – die Zurechenbarkeit der unrichtigen Gesellschafterliste zum wahren Berechtigten – tendenziell seltener auftreten.

Mit der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen sollte sich, so die Planung des Gesetzgebers, u.a. die in der Praxis notwendigerweise durchzuführende Due Diligence-Prüfung im Hinblick auf die Inhaberschaft an den Geschäftsanteilen weitestgehend erübrigen. Da die Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste jedoch mindestens drei Jahre bestehen muss, und ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb nicht möglich ist, wird die Neuregelung diesem Anliegen nicht vollends gerecht. Denn nun wird insbesondere der Zeitpunkt festzustel-

len sein, ab dem die zum Handelsregister eingereichte Liste (infolge ihrer fortgeschriebenen Fehlerhaftigkeit) erstmals unrichtig geworden ist. Das kann durchaus eine Prüfung der jeweiligen Übertragungsketten für einen drei Jahre überschreitenden Zeitraum erfordern – insbesondere, wenn der Veräußerer den Anteil weniger als drei Jahre hält –, und somit die vollständige Durchführung einer Due Diligence (notfalls bis zurück zur Gründung der GmbH) notwendig machen. Auch zukünftig werden in Unternehmenskaufverträgen deshalb Garantien betreffend die Anteilsinhaberschaft (sog. legal title) aufzunehmen sein.

5. EIN GUTGLÄUBIGER ERWERB IST FERNER AUSGESCHLOSSEN,

wenn der Erwerber Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Berechtigung des Veräußerers hat oder der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist.

Gutgläubigkeit setzt demnach keinen bestimmten Glauben, insbesondere nicht bezogen auf vergangene Verhältnisse, sondern auf die Gegenwart voraus; der Erwerber muss mit anderen Worten (positiv) an die Verfügungsbefugnis des Verkäufers zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts glauben. Dazu muss er die Gesellschafterliste auch nicht zwingend eingesehen haben.

Wird hingegen aufgrund einstweiliger Verfügung (wobei der Verfügungsgrund nicht glaubhaft zu machen ist) oder einer Bewilligung der in der Liste verzeichneten Person, erteilt z.B. im Zuge eines Verkaufs, ein Widerspruch zur Gesellschafterliste zugeordnet, ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Dies beseitigt aber weder die Gesellschafterstellung der in der Liste verzeichneten Person im Verhältnis zur Gesellschaft noch die Möglichkeit, den Anteil zu veräußern.

6. TEILUNG UND ZUSAMMENLEGUNG. Geschäftsanteile können fortan – durch Gesellschafterbeschluss – flexibel geteilt und zusammengelegt werden, was in der Praxis insbesondere die Abläufe bei Sicherheitenbestellung (z.B. durch eine Verpfändung) vereinfacht. Zudem können mehrere (Teil-) Geschäftsanteile an denselben Erwerber übertragen bzw. bei Gründung übernommen werden.

DR. WOLFGANG KÖNIG / DR. STEFAN KLÖCKNER, LL.M.

KAPITALAUFBRINGUNG NACH MOMIG

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, kurz MoMiG, bringt einige Änderungen der Regelungen über die Kapitalaufbringung im Rechte der Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit sich.

1. STAMMKAPITAL

a) Mindestbetrag des Stammkapitals

Nach der bisherigen Rechtslage musste das Stammkapital einer GmbH gemäß § 5 Abs. 1 1. HS. GmbHG stets mindestens EUR 25.000,00 betragen. Auch wenn der Gesetzesentwurf des Bundestags vom 25. Mai 2007 noch vorsah, dass dieser Grundsatz vollständig geändert und das Mindeststammkapital auf EUR 10.000,00 herabgesetzt werden sollte, bleibt es nunmehr nach der endgültigen Fassung des MoMiG vom 23. Oktober 2008 dabei, dass eine jede GmbH über ein Stammkapital von mindestens EUR 25.000,00 verfügen muss.

b) Unternehmergesellschaft

Nach dem MoMiG ist es jedoch auch möglich, eine GmbH als Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital in Höhe von weniger als € 25.000,00 zu gründen (§ 5a GmbHG, vgl. den Beitrag von Herrn Werner Leipnitz in diesem Newsletter).

c) Geschäftsanteile

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage eröffnet § 5 Abs. 2 GmbHG n.F. die Möglichkeit, dass ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile übernimmt; Mindestnennbetrag der einzelnen Geschäftsanteile ist EUR 1,00 – im Gegensatz zur bisherigen Regelung des § 5 Abs. 1 2. HS GmbHG, wonach die Stammeinlage noch mindestens EUR 100,00 betragen musste.

Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG wurde durch das MoMiG aufgehoben, was zur Folge

hat, dass auch eine Ein-Personen-GmbH in das Handelsregister eingetragen werden kann, sobald auf jede Stammeinlage ein Viertel, insgesamt aber mindestens die Hälfte ihres Stammkapitals einbezahlt ist, ohne dass es im Übrigen einer Sicherheitsleistung bedürfte.

2. VERDECKTE SACHEINLAGE

Nach der bisherigen Rechtslage wurden verdeckte Sacheinlagen als Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften betrachtet und infolgedessen wurde sowohl die schuldrechtliche Vereinbarung als auch das dingliche Erfüllungsgeschäft für unwirksam erachtet. Ihre Grundlage fand diese rechtliche Behandlung der verdeckten Sacheinlagen in der herrschenden Rechtsprechung.

Durch das MoMiG erfährt die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage nunmehr erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die Vorschrift des § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. enthält nicht nur eine Legaldefinition des Begriffs der verdeckten Sacheinlage, sondern regelt ausdrücklich, dass der Gesellschafter, der die verdeckte Sacheinlage erbringt, zwar nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit wird, jedoch die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam sind. Damit wird sich die Frage nach Möglichkeiten zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage zukünftig nicht mehr stellen.

Um den Gesellschafter nicht länger dem Risiko einer doppelten Inanspruchnahme auszusetzen, hat sich der Gesetzgeber schließlich für die so genannte Anrechnungslösung entschieden und diese in § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG n.F. normiert. Nach dieser neuen gesetzlichen Regelung wird der Wert einer verdeckten Sacheinlage auf die Geldeinlagepflicht eines Gesellschafters angerechnet mit der Folge, dass der

Gesellschafter lediglich noch die nach der Anrechnung verbleibende Differenz in bar nachzahlen muss. Allerdings erfolgt die Anrechnung gemäß § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG n.F. nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des als verdeckte Sacheinlage geleisteten Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter, § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG n.F.

3. HIN- UND HERZAHLEN

Die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des so genannten Hin- und Herzahls hat durch das MoMiG in § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. eine neue gesetzliche Regelung erfahren.

Der Abfluss von Barmitteln an den Übernehmer im Zusammenhang mit einer Bareinlage stellte bislang einen Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsregeln dar, weil – so die Rechtsprechung – die eingezahlte Summe aufgrund der Rückgewähr an den Gesellschafter nicht zur freien Verfügung der Gesellschaft im Sinne des § 8 Abs. 2 GmbHG stand. Folglich wurde die Abrede, wonach die Einlageleistung – etwa in Gestalt eines Darlehens – wieder an den Gesellschafter zurückfließen sollte, für unwirksam erachtet. Die Einlageverpflichtung des Gesellschafters bestand hingegen fort und erst die Zahlung auf die durch das Hin- und Herzahlen vermeintlich begründete Forderung führte zur Befreiung des Gesellschafters von seiner Einlagepflicht.

Nach der Neuregelung des § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. steht ein Hin- und Herzahlen einer wirksamen Kapitalaufbringung nicht entgegen, wenn der Rückforderungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter bei bilanzieller Betrachtungsweise voll werthaltig und zudem jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann.

... Durch das MoMiG erfährt die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage nunmehr erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung.

In diesem, aber auch nur in diesem Fall wird ein Gesellschafter auch im Falle eines Hin- und Herzahls von seiner Einlagepflicht befreit.

Stellt sich hingegen heraus, dass auch nur eine geringfügige Wertminderung des Rückforderungsanspruches vorliegt und damit der Kapitalaufbringung entgegensteht, so kann ein Hin- und Herzahlen jedoch ein nicht unerhebliches Risiko einer Haftung nach § 43 GmbHG für Gesellschafter und Geschäftsführer mit sich bringen.

In jedem Fall ist die Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter oder die Vereinbarung einer solchen Leistung in der Anmeldung zum Handelsregister nach § 8 GmbHG anzugeben, § 19 Abs. 5 GmbHG n.F.

4. GENEHMIGTES KAPITAL

Durch das MoMiG wurde die Vorschrift des § 55a GmbHG n.F. neu eingeführt, die erstmals auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Möglichkeit zur Schaffung eines genehmigten Kapitals eröffnet. Im Einzelnen kann entweder bei der Gründung oder bei einer späteren Satzungsänderung der jeweiligen GmbH ein genehmigtes Kapital geschaffen werden, das auf die Dauer von fünf Jahren ab der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister begrenzt ist und dessen Nennbetrag im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein muss. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen.

Mittels des genehmigten Kapitals können neue Geschäftsanteile gegen Einlagen zum Zwecke der Kapitalerhöhung geschaffen werden.



KAPITALERHALTUNG NACH MOMIG

Neben dem Grundsatz der Kapitalaufbringung reformiert das MoMiG auch die bestehenden Kapitalerhaltungsregeln. Der Gesetzgeber hat sich im Recht der Kapitalerhaltung gegen eine grundlegende „Systemreform“ entschieden. Vielmehr wurden innerhalb des bestehenden Systems primär durch die Rechtsprechung geschaffene Unsicherheiten beseitigt. Für eine Ersetzung des Systems einer bilanziellen Ausschüttungssperre durch ein alternatives Modell situativer Ausschüttungsschranken i.S. eines liquiditätsorientierten Solvenztests war die Zeit offenbar noch nicht reif, da auch über die Ausgestaltung eines derart formalisierten Solvenztests im rechtswissenschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Schrifttum noch keine Klarheit herrscht.

Zentrale Norm des Kapitalerhaltungsrechts ist und bleibt daher § 30 GmbHG. Sie will das Stammkapital im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, aber auch im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter vor Verringerung durch willkürliche Leistungen an Gesellschafter schützen. Nach bisherigem Recht durfte das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Zahlungen an Gesellschafter waren verboten, wenn durch die Auszahlung eine sog. Unterbilanz herbeigeführt wurde. Der Begriff Auszahlung war dabei weit zu verstehen und umfasste im Ergebnis nahezu jede Verschlechterung der Vermögenslage bei der Gesellschaft. In diesem Zusammenhang erwiesen sich in der Praxis insbesondere sog. Upstream-Loans (vgl. hierzu den Beitrag von Dr. Oliver Wilken und Dr. Klaus Felke in diesem Newsletter) als problematisch. Der BGH hatte im Jahr 2003 entschieden, dass solche Darlehen auch dann eine verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen darstellten, wenn ihnen ein werthaltiger Darlehensrückzahlungsanspruchs der Gesellschaft gegenüber stand. Begründet wurde dies damit, dass der Darlehensgewährung eine nur bilanzielle, nicht aber eine sofort realisierbare Forderung gegenüberstehe. Durch diese Rechtsprechung war auch die verbreitete Praxis des konzernweiten Cash-Poolings rechtlich zweifelhaft geworden (vgl. speziell zum Cash-Pooling den Beitrag von Dr. Kirsten Schümann-Kleber in diesem Newsletter).

Das neue Recht hält am grundlegenden Verbot der Einlagenrückgewähr fest, macht hiervon jedoch Ausnahmen. Da Upstream-Loans und Cash-Pools als international übliche und letztlich unentbehrliche Bestandteile der Konzernfinanzierung betrachtet werden, soll das MoMiG – wie schon im Bereich der Kapitalaufbringung – auch bei der Kapitalerhaltung durch die Rückkehr zu einer bilanziellen Betrachtungsweise Rechtssicherheit und klare Regeln schaffen. Der Gesetzgeber will so – wie es in der Gesetzesbegründung heißt – den „Gesellschaften erleichtern, mit ihren Gesellschaftern - vor allem im Konzern - alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln“.

Rechtstechnisch hat der Gesetzgeber dies durch eine Ergänzung des § 30 GmbHG um zwei neue Sätze erreicht. Danach gilt die im Grundsatz weiter fortbestehende Ausschüttungssperre des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages i.S.d. § 291 AktG erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Anders als nach § 19 Abs. 5 GmbHG muss dieser Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch allerdings nicht jederzeit fällig sein oder durch die Gesellschaft fällig gestellt werden können. Das gegen Ausschüttung gesperrte Gesellschaftsvermögen wird also nur noch durch das Gebot der Vollwertigkeit geschützt.

Die Suspendierung von Leistungen aufgrund von Unternehmensverträgen von den Kapitalerhaltungsvorschriften ist ein weiteres Anliegen der Gesetzesnovelle. Zwar hebt insoweit schon § 291 Abs. 3 AktG in für Unternehmensverträge maßgeblichen Bereichen die Kapitalbindung auf. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. stellt nunmehr weitergehend aber auch alle Leistungen „bei Bestehen“ eines Unternehmensvertrages von dem Verbot der Einlagenrückgewähr frei, unabhängig davon, ob die Leistung an den Gesellschafter oder einen Dritten erfolgt, und unabhängig davon, ob sie auf diesem Vertrag beruht. Gerechtfertigt wird dies durch die Überlegung, dass es keines Schutzes vor Vermögensverschiebungen im Konzern bedarf. Denn ein Gläubiger kontrahiert dort zumindest wirtschaftlich mit der Unternehmensgruppe als solcher und nicht mit einer einzigen Gesellschaft.

Mit diesen weit gehenden Lockerungen im Kapitalerhaltungsrecht geht ein erhöhtes Haftungsrisiko für die Geschäftsführer einher. Konnten sie bislang die Auszahlung von Mitteln an Gesellschafter schon bei Vorliegen einer Unterbilanz verweigern, kommt es nunmehr allein darauf an, ob zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung an den Gesellschafter ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen diesen besteht. Entscheidend ist damit die Solvenz des Darlehensempfängers, die der Geschäftsführer zu prüfen hat. Dies wird ihm nur möglich sein, wenn er verlässlichen Einblick in die wirtschaftliche Situation des Gesellschafters hat. Hier besteht künftig ein nicht unerhebliches Konfliktpotential im Verhältnis Gesellschafter und Geschäftsführer.

EIGENKAPITALERSATZ/GESELLSCHAFTERDARLEHEN/ FREMDFINANZIERUNG NACH MOMIG

1. DARLEHENSGEWÄHRUNG DER GESELLSCHAFT AN DIE GESELLSCHAFTER (EINSCHLIESSLICH SICHERHEITEN)

Im Recht der Kapitalerhaltung werden die Regelungen zu Darlehen und sonstigen Sicherheiten der GmbH an ihre Gesellschafter wesentlich liberalisiert. Die Problematik betrifft einerseits das Cash-Pooling in Konzernen (vgl. hierzu den Beitrag von Dr. Kirsten Schümann-Kleber in diesem Newsletter), aber auch die sog. upstream loans. Derartige Darlehen werden z.B. im Zusammenhang mit Unternehmenserwerben gewährt, bei der die Zielgesellschaft einen Teil der Finanzierungskosten des Erwerbers tragen soll.

a) Lockerungen bei Darlehen an Gesellschafter

Nach bisherigem Recht waren Darlehen der GmbH an ihren Gesellschafter verboten, soweit die Darlehensmittel aus dem Stammkapital stammten. Nur Beträge oberhalb der Stammkapitalziffer durften im Wege eines Darlehens an den Gesellschafter ausgekehrt werden. Daran änderte es nichts, wenn die GmbH einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gegen ihren Gesellschafter erhielt. Zur Begründung führte der BGH aus, dass der Kapitalschutz sich nicht in der bloßen Rechnungsziffer erschöpfe, sondern die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse gebiete. Damit hatte der BGH der zuvor herrschenden „bilanziellen Betrachtungsweise“ eine Absage erteilt.

Das MoMiG verfolgt das Ziel, zu der bilanziellen Betrachtungsweise zurückzukehren. Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. darf die Gesellschaft dem Gesellschafter ein Darlehen gewähren, soweit die Gesellschaft hierfür einen vollwertigen Darlehensrückzahlungsanspruch erhält.

Das MoMiG verlagert die Verantwortung für den Kapitalschutz auch insoweit auf den Geschäftsführer der GmbH. Dieser muss nicht nur verifizieren, dass der Rückzahlungsanspruch

der GmbH vollwertig ist. Er hat auch laufend zu überwachen, dass der Rückzahlungsanspruch auch vollwertig bleibt und bei einer Vermögensverschlechterung des Gesellschafters das Darlehen zu kündigen (§ 490 BGB). Tut er dies nicht, macht er sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Idealerweise sollte die GmbH sich – vergleichbar einem gewöhnlichen Kreditgeber – weitgehende Informationsrechte gegen ihren Darlehensnehmer / Gesellschafter einräumen lassen. Des Weiteren hat die Neuregelung den Nachteil, dass in einem Unternehmensverbund im Zweifel alle nachgeordneten Gesellschaften zeitgleich zur Geltendmachung des jeweiligen Rückzahlungsanspruchs verpflichtet wären. Ein solcher „Wettlauf“ der einzelnen Gesellschaften könnte die Krise des Unternehmensverbunds noch verschärfen, ist aber im Sinne des Kapitalschutzes auf der Ebene jeder einzelnen Gesellschaft hinzunehmen.

b) Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten des Gesellschafters

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Stellung von Sicherheiten durch die GmbH für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters. Im Gegensatz zu der bisherigen Rechtslage darf die GmbH Sicherheiten für Verbindlichkeiten des Gesellschafters stellen, wenn sie einen vollwertigen Rückgriffsanspruch (z.B. aus § 774 BGB) gegen den Gesellschafter erhält. Noch nicht geklärt ist die Frage, ob bei der Vollwertigkeit auf den Zeitpunkt der Stellung der Sicherheit abzustellen ist oder auf den Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit. Wäre Letzteres der Fall, so wäre der Rückzahlungsanspruch fast nie vollwertig.

In diesem Zusammenhang bleibt abzuwarten, wie die Praxis der Unternehmensfinanzierung auf die Neuregelung reagiert. Bislang wurde im Wege der sog. limitation language regelmäßig vereinbart, dass eine Befriedigung des (Dritt-) Gläubigers aus dem Vermögen der GmbH nur in-

soweit erfolgen darf, als damit das Stammkapital nicht angegriffen würde. Teilweise wird bereits vonseiten der Drittgläubiger (i.d.R. der finanzierenden Banken) darauf hingewiesen, dass die sog. limitation language entbehrlich geworden sei. Ein vorsichtiger Geschäftsführer der GmbH wird allerdings – vor dem Hintergrund der genannten Unsicherheiten – weiterhin auf eine Beschränkung der Sicherheit bestehen müssen.

c) Suspendierung der Kapitalerhaltung im GmbH-Vertragskonzern

§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F. stellt klar, dass Leistungen aus dem Stammkapital der Gesellschaft zulässig sind, wenn ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag vorliegt. Die Regelung knüpft an § 291 Abs. 3 AktG a.F. an und suspendiert auch für den GmbH-Vertragskonzern (ein Vertragskonzern mit einer abhän-

gigen GmbH) die Kapitalerhaltung. Grundgedanke ist, dass die Funktion der Kapitalerhaltung dadurch ersetzt wird, dass die abhängige Gesellschaft analog § 302 AktG einen Anspruch auf Verlustausgleich gegen die herrschende Gesellschaft hat und Gläubiger der Gesellschaft analog § 303 AktG Sicherheitsleistung von der herrschenden Gesellschaft verlangen können, wenn der Unternehmensvertrag beendet wird.

Hervorzuheben ist, dass nicht nur ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (bzw. in steuerlicher Terminologie Ergebnisabführungsvertrag) hinreichend ist, sondern auch ein isolierter Gewinnabführungsvertrag (Ergebnisabführungsvertrag). Letzteres war bisher umstritten.

Fraglich ist die Behandlung sog. notleidender Vertragskonzerne. In solchen Fällen ist die herrschende Gesellschaft voraussichtlich nicht in der Lage, am Ende des laufenden Geschäftsjahrs den Verlustausgleich analog § 302 AktG zu leisten. Diese Frage wurde schon für das AG-Konzernrecht diskutiert; dabei wird erwogen, dass die Kapitalerhaltung im notleidenden Vertragskonzern (wieder) voll gilt. Es ist zu erwarten, dass die Frage in dem viel häufigeren Fall des notleidenden GmbH-Vertragskonzerns nunmehr größere praktische Bedeutung erlangt.



2. DIE NEUREGELUNG DES RECHTS DER GESELLSCHAFTERDARLEHEN UND GESELLSCHAFTERFREMDFINANZIERUNG

Ein Kernstück der Reform des GmbH-Rechts ist die völlige Neuregelung des Rechts der (früher: eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen. Nach bisherigem Recht waren Leistungen auf eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft anfechtbar (§§ 32a, b GmbHG). Daneben galten die vor Inkrafttreten dieser Bestimmungen entwickelten Rechtsprechungsregeln, die im Wesentlichen vorsahen, dass Leistungen auf solche Darlehen einer verbotenen Einlagenrückgewähr gleichstehen. Diese Grundsätze galten auch außerhalb einer Insolvenz der Gesellschaft und waren – abgesehen von der Verjährung – nicht auf Leistungen eines bestimmten Zeitraums vor der Insolvenzeröffnung beschränkt.

a) Neuregelung und Neukonzeption im Insolvenzrecht

Die Regelung wird nunmehr in das Insolvenzrecht verlagert. Gesellschafterdarlehen sind demnach nur dann anfechtbar, wenn die Gesellschaft in die Insolvenz gefallen ist. Außerhalb einer Insolvenz bestehen keine Beschränkungen mehr bei der Rückführung von Gesellschafterdarlehen.

Künftig sind jegliche Leistungen auf Gesellschafterdarlehen anfechtbar, soweit diese im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags oder nach Stellung des Insolvenzantrags und vor Verfahrenseröffnung erfolgt sind.

Rechtsgrundlage ist nunmehr § 135 InsO n.F. Diese Vorschrift gilt rechtsformneutral für alle Kapitalgesellschaften und soll insbesondere auch in Deutschland tätige Gesellschaften ausländischer Rechtsform (insbesondere die englische Limited) erfassen.

Zweites Hauptmerkmal der Neuregelung ist die Abschaffung der bisherigen Erfordernisses einer Krise der Gesellschaft (§ 32a GmbHG a.F.).

Künftig sind alle Leistungen auf Gesellschafterdarlehen anfechtbar, gleich ob das Darlehen im Zeitpunkt der Krise gewährt oder stehengelassen wurde oder nicht. Für die Praxis dürfte sich insofern wenig ändern, als regelmäßig die Gesellschaft sich im letzten Jahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens regelmäßig in der Krise befindet.

Auf der anderen Seite beschränkt sich die Anfechtbarkeit auf solche Leistungen, die im letzten Jahr vor der Insolvenzeröffnung erfolgt sind. Leistungen vor diesem Zeitraum sind nicht anfechtbar, und zwar auch dann nicht, wenn nach bisherigem Recht eine Verstrickung aufgrund des Eigenkapitalersatzrechts gegriffen hätte.

Kernpunkt ist neben der Neuregelung und Verlagerung der bisherigen §§ 32a, b GmbHG in das Insolvenzrecht die Abschaffung der sog. „Rechtsprechungsregeln“, die bislang neben dem gesetzlichen Eigenkapitalersatz gegolten hatten. Nach § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F. finden diese Regelungen nunmehr keine Anwendung mehr.

b) Ausnahmen: Kleinbeteiligungsprivileg und Sanierungsprivileg

Die bisher bestehenden Ausnahmen, nämlich das Sanierungsprivileg und das Kleinbeteiligungsprivileg bleiben erhalten (§§ 135 Abs. 4, 5 InsO n.F.). Das Kleinbeteiligungsprivileg schützt – wie bisher – denjenigen Gesellschafter, der mit weniger als 10 % an dem Gesellschaftskapital beteiligt und nicht Geschäftsführer ist.

Keine Änderungen ergeben sich auch bei dem Sanierungsprivileg. Dabei werden Darlehen solcher Gesellschafter von der Anfechtung nach § 135 InsO ausgenommen, die ihre Beteiligung in der Krise zum Zwecke der Sanierung erwerben. Dies setzt voraus, dass der Beteiligungserwerb subjektiv der Sanierung der Gesellschaft (und nicht allein zur Durchsetzung von Rückzahlungsansprüchen) dient und die Gesellschaft auch objektiv sanierungsfähig ist. Voraussetzung ist in diesem Zusammenhang ein objektiv geeignetes Sanierungskonzept.

c) Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

Die vorgenannten Grundsätze gelten auch für Sicherheiten. Dabei gewährt der Gesellschafter der Gesellschaft kein Darlehen, sondern bestellt für das Darlehen eines Dritten (in der Regel eines Kreditinstituts) eine Sicherheit, z.B. eine Bürgschaft.

Nach bisherigem Recht war im Falle einer eigenkapitalersetzenden Sicherheit (die in der Krise der Gesellschaft bestellt oder stehen gelassen wurde) der Drittgläubiger dazu verpflichtet, sich primär an den Gesellschafter zu halten. Nur soweit er mit der Sicherheit ausfiel, konnte er Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen. Leistete die Gesellschaft trotz Krise an den Gläubigern, so stand ihr ein Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter zu. Dieser konnte – z.B. bei der einfachen oder mehrfachen Rückführung besicherten Kontokorrentkrediten – eine erhebliche Höhe erreichen.

Nach neuem Recht gilt, dass in der Insolvenz der Gesellschaft der Gläubiger sich weiterhin primär an den Gesellschafter (= Sicherungsgeber) halten muss. Nur wenn er bei diesem keine volle Befriedigung erlangt, kann er insoweit einen Anspruch gegen die Insolvenzmasse (§ 44a InsO n.F.) erlangen. Des Weiteren sind Leistungen auf gesellschafterbesicherte Drittdarlehen – ohne Rücksicht auf eine Krise der Gesellschaft – anfechtbar, wenn diese im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags oder nach Stellung des Insolvenzantrags erfolgt sind. Zur Zahlung ist allerdings nicht der Drittgläubiger als Leistungsempfänger, sondern – wie bisher – der Gesellschafter (§ 143 Abs. 3 InsO n.F.) verpflichtet.

d) Bilanzielle Auswirkungen, Rangrücktritt

Wie bisher, sind auch Darlehen des Gesellschafters in der Überschuldungsbilanz zu passivieren. Etwas anderes gilt wie bisher nur, sofern der Gesellschafter eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung abgegeben hat. Auf diesen bewährten Wahneffekt soll auch künftig nicht verzichtet werden. Der Inhalt der Rangrücktrittserklärung

ergibt sich allerdings nunmehr aus dem Gesetz (§ 135 Abs. 2 InsO). Nach neuem Recht muss der Rangrücktritt nunmehr in der Weise ausgestaltet sein, dass die Forderung des Gesellschafters in dem Rang vor den Ansprüchen auf Rückgewähr der Einlagen zurücktritt (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO n.F.).

e) Nutzungsüberlassung

Neu geregelt wird auch das Recht der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung. Nach bisheriger Rechtslage führte eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung – deren Voraussetzung im Einzelnen oftmals streitig war – dazu, dass das Nutzungsrecht an dem Gegenstand (nicht aber das Eigentum) kapitalersatzrechtlich verstrickt war. Folge war, dass die Gesellschaft auch im Insolvenzverfahren den Gegenstand ohne zeitliche Begrenzung und ohne Entgelt nutzen konnte. Bedeutung hat dies vor allem für Fälle erlangt, in denen das Vermögen einer Gesellschaft in eine Betriebs-GmbH oder eine Besitz-GmbH aufgespalten worden war.

Nach § 135 Abs. 3 InsO gilt nunmehr, dass ohne Rücksicht auf die Kapitalersatzfunktion nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Gegenstand weiter, längstens aber für ein Jahr, benutzt werden kann. Allerdings ist der Insolvenzverwalter im Gegenzug zur Zahlung eines entsprechenden angemessenen Entgelts (als Masseverbindlichkeit) verpflichtet. Die Angemessenheit bemisst sich danach nach den Leistungen, die die Gesellschaft vorher an den Gesellschafter erbracht hat.

Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Gesellschaft nach § 135 Abs. 1 InsO die Zahlung von Nutzungsentgelten aus der Zeit vor der Insolvenz anfechten kann. Dies hängt davon ab, ob die Nutzungsüberlassung – wie nach bisherigem Recht – als einem Darlehen gleichgestellte Finanzierungshilfe angesehen wird.

f) Übergangsregelungen

Für die Übergangszeit bestimmt § 103d EGIInsO, dass das neue Recht Anwendung auf solche Verfahren findet, die ab dem 01.11.2008 eröffnet werden. Der Zeitpunkt des Insolvenzantrags ist unerheblich. In solchen Fällen erfasst § 135 InsO n.F. auch Vorgänge vor dem Inkrafttreten des MoMiG. Zum Schutz des Gesellschafters gilt aber, dass eine Anfechtung ausscheidet, wenn diese nach altem Recht nicht möglich gewesen wäre (im Wesentlichen, wenn ein Gesellschafterdarlehen nicht kapitalersetzend war).

Außerhalb des Insolvenzverfahrens findet sich keine ausdrückliche Übergangsregelung. Vor diesem Hintergrund dürften – darauf deuten erste Stellungnahmen hin – bereits begründete Ansprüche analog §§ 30, 31 GmbHG a.F. (den sog. Rechtsprechungsregeln) erhalten bleiben. Das Gesetz beabsichtigte offenbart nicht, diese Ansprüche durch das Inkrafttreten des MoMiG untergehen zu lassen.

CASH POOLING NACH MOMIG

1. CASH POOL SYSTEME IN DER PRAXIS

Cash Pool Systeme existieren in der Praxis in unterschiedlichsten Ausprägungen. Am weitesten verbreitet ist wohl das sog. „Zero-Balancing“. Hierbei führt die Bank für die poolbeteiligten Gesellschaften sog. Quellkonten sowie für die Poolführerin ein Zielkonto. Die Salden der Quellkonten werden bankarbeitstäglich auf das Zielkonto umgebucht und dadurch miteinander verrechnet. Bei Unterdeckung wird das Zielkonto zugunsten des entsprechenden Quellkontos in dieser Höhe belastet. Die Quellkonten werden somit am Ende jedes Bankarbeitstages „auf Null gestellt“.

Daneben bestehen in der Regel Cash Pool bzw. Cash Management Verträge zwischen den teilnehmenden Konzerngesellschaften, die die Rechte und Pflichten zwischen den Poolteilnehmern umfassend festlegen. In Cash Pool Systemen kommt es täglich zu einer Liquiditätsabfuhr von dem Quellkonto, das über einen positiven Saldo verfügt, zu dem Zielkonto der Poolführerin.

Die Vorteile dieser Systeme liegen auf der Hand. Fremdfinanzierungskosten werden gering gehalten und damit auch die Zinsbelastung im Konzern. Daneben wird das Liquiditätsmanagement auf den unterschiedlichen Ebenen erleichtert. Durch die ständigen Liquiditätsabflüsse von den Konten der beteiligten Gesellschaften riefen diese Systeme aber stets rechtliche Probleme im Hinblick auf die deutschen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften auf, die durch das MoMiG zwar reduziert, aber leider nicht ausgeräumt wurden.

2. KAPITALAUFBRINGUNG

Wurde eine neugegründete GmbH unmittelbar in ein bestehendes Cash Pool System des Konzerns aufgenommen, so galt eine Bareinlage bislang als nicht geleistet (und musste folglich noch einmal erbracht werden), wenn sie im Wege eines „Hin- und Herzählens“ sofort im Rahmen eines Cash Pools auf das Zielkonto der Poolführerin abgeführt wurde.

... Die Vorteile dieser
Cash Pool Systeme liegen
auf der Hand.

Gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. wird dieses „Hin- und Herzählen“ der Einlageleistung nunmehr als grundsätzlich zulässig angesehen, wenn die (Tochter-)Gesellschaft, die die Zahlung leistet, einen vollwertigen und jederzeit fälligen bzw. fällig stellbaren Rückgewähranspruch hat. Bei der Anmeldung der neu gegründeten GmbH zum Handelsregister ist eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung jedoch explizit anzugeben, § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG. Unklar ist derzeit noch, ob eine unterlassene Anmeldung die Erfüllungswirkung verhindert. Mit hoher Wahrscheinlichkeit handelt es sich bei § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n.F. lediglich um eine Ordnungsvorschrift.

3. KAPITALERHALTUNG

Zahlungen von poolbeteiligten Gesellschaften zugunsten der Poolführerin wurden in der Vergangenheit vor dem Hintergrund der Kapitalerhaltungsvorschriften, §§ 30 Abs. 1 GmbHG, 57 Abs. 1 AktG, als problematisch angesehen (siehe zu den Kapitalerhaltungsnormen generell den Beitrag von Dr. Oliver Wilken / Dr. Klaus Felke in diesem Newsletter). Bisher hatte der BGH Darlehen der GmbH an den Gesellschafter aus dem gebundenen Vermögen als unzulässig angesehen, auch wenn die GmbH einen vollwertigen Darlehensrückzahlungsanspruch erhielt. Im Lichte dieser Rechtsprechung konnten Cash Pool Systeme bislang im Grunde nicht mehr ohne erhebliche Haftungsrisiken für die involvierten Geschäftsführer betrieben werden. Zahlungen der poolbeteiligten (Tochter-)Gesellschaften zu Gunsten des Zielkontos (der Muttergesellschaft) durften im Grunde nur dann noch erfolgen, wenn sie aus Vermögen oberhalb der Stammkapitalziffer der zahlenden Gesellschaft möglich waren, es sei denn, der Gegenanspruch gegen die Poolführerin würde durch entsprechende marktübliche Sicherheiten abgesichert. Eine Absicherung der Ansprüche durch marktübliche Sicherheiten sind in Cash Pool Systemen aber selten anzutreffen.

Nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG n.F. sind Darlehen und andere Leistungen mit Kreditcharakter der GmbH an Gesellschafter nunmehr zulässig, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist oder ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht. Der neue § 57 Abs. 1 S. 2 AktG enthält entsprechende Regelungen für das Aktienrecht.

Die Ausnahme bei Bestehen eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs stellt klar, dass der Gesetzgeber unter ausdrücklicher Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung zur bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen der Haftkapitalvorschriften zurückkehrt. Ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn das Aktivvermögen nicht vermindert wird. Entscheidend für die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs ist die Bonität des Gesellschafters bei Darlehensgewährung.

Bezogen auf Cash Pool Systeme bedeutet dies, dass bei jeder bankarbeitstäglichen Überweisung von Liquidität von den Quellkonten auf das Zielkonto der Poolführerin die Bonität der Poolführerin geprüft werden muss, um Haftungsrisiken für die beteiligten Geschäftsführer und Vorstände zu vermeiden. Erforderlich ist ein andauerndes Monitoring der Bonität der Poolführerin, und damit im Grunde der gesamten Unternehmensgruppe. Die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften müssen beurteilen, ob die Poolführerin jederzeit in der Lage wäre, die empfangenen Leistungen bei Fälligkeit wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen. Hierin liegt ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential.

Ein Cash Pool System ist ohne die vorerwähnten Einschränkung möglich, wenn zwischen der GmbH und dem Gesellschafter ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht (§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F.). Für den Geschäftsführer der beteiligten Tochtergesell-

schaft ist das Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages damit eine sichere Alternative zur Ausräumung von persönlichen Haftungsrisiken wegen Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften. Auf der anderen Seite wird die Entscheidung für oder gegen einen Unternehmensvertrag regelmäßig auch mit Blick auf dessen mögliche Nachteile (insbesondere Ende der Haftungstrennung / Verlustausgleichspflicht) getroffen werden. Auch dabei können die Interessen der Konzernmutter denen ihrer Tochterunternehmen widersprechen.

Das MoMiG enthält zudem eine auch für Cash Pool Systeme relevante Verschärfung des Gläubigerschutzes bei Liquiditätsabzug durch Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft über eine Haftungsverschärfung für den Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 GmbHG n.F. Hiernach sind Geschäftsführer der Gesellschaft nunmehr grundsätzlich zum Ersatz von an Gesellschafter geleistete Zahlungen verpflichtet, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Eine Gesellschafterweisung hinsichtlich dieser Zahlungen wirkt nicht entlastend; §§ 64 S. 4, 43 Abs. 3 GmbHG n.F.

Diese Haftungsverschärfung erweitert die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Haftung der Gesellschafter für existenzvernichtende Eingriffen auf den diese Eingriffe unterstützende Geschäftsführung. Betroffen sind auch Zahlungen, die das Stammkapital unangetastet lassen, die aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführten.

4. ERGEBNIS

Die durch das MoMiG eingeführten Ausnahmen zu den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sind sicher zu begrüßen, da sie das betriebswirtschaftlich sinnvolle Cash Pooling auf sicherere Grundlagen stellen. Jedoch bringen die geänderten Normen insbesondere für die Geschäftsführer und Vorstände der poolbeteiligten Gesellschaften auch zusätzliche Haftungsrisiken und bieten Potential für Interessenkonflikte zwischen der Konzernmutter und den Konzernunternehmen. Sofern kein Vertragskonzern besteht, muss während des Bestehens des Cash Pools fortwährend die Werthaltigkeit von Rückzahlungsansprüchen geprüft werden. Zudem müssen im Hinblick auf die Haftungsverschärfung in § 64 GmbHG n.F. für die teilnehmenden Tochtergesellschaften fortwährend Liquiditätsprognosen angestellt werden. Es muss sichergestellt werden, dass die Einspeisung von Zahlungen in den Cash Pool keine Zahlungsunfähigkeit bei den teilnehmenden Poolgesellschaften herbeiführt. Dies kann letztendlich nur dann beurteilt werden, wenn ein umfassendes Monitoring auch der Liquiditätssituation in der gesamten Gruppe erfolgt und diese Informationen den Geschäftsführern der teilnehmenden Gesellschaften auch fortlaufend übermittelt werden.

GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG NACH DEM MOMIG

EINFÜHRUNG Auch die Regelungen zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers haben durch das MoMiG wesentliche Änderungen erfahren. Im Zentrum des Interesses steht dabei die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutierte Regelung des neuen § 64 S. 3 GmbHG, die eine erhebliche Haftungsverschärfung darstellt. Ausgehend von der bereits bekannten Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind und nach Eintritt der Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) geleistet werden, werden nunmehr weitere Zahlungen vor Insolvenz in die Geschäftsführerhaftung einbezogen:

„Die gleiche Verpflichtung [zum Ersatz sorgfaltswidriger Zahlungen] trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der [...] Sorgfalt [eines ordentlichen Geschäftsmannes] nicht erkennbar.“

Entsprechende Regelungen enthält auch § 92 Abs. 2 S. 3 AktG für den Vorstand der AG und § 130a Abs. 1 S. 3 HGB, dieser insbesondere für den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der GmbH & Co. KG.

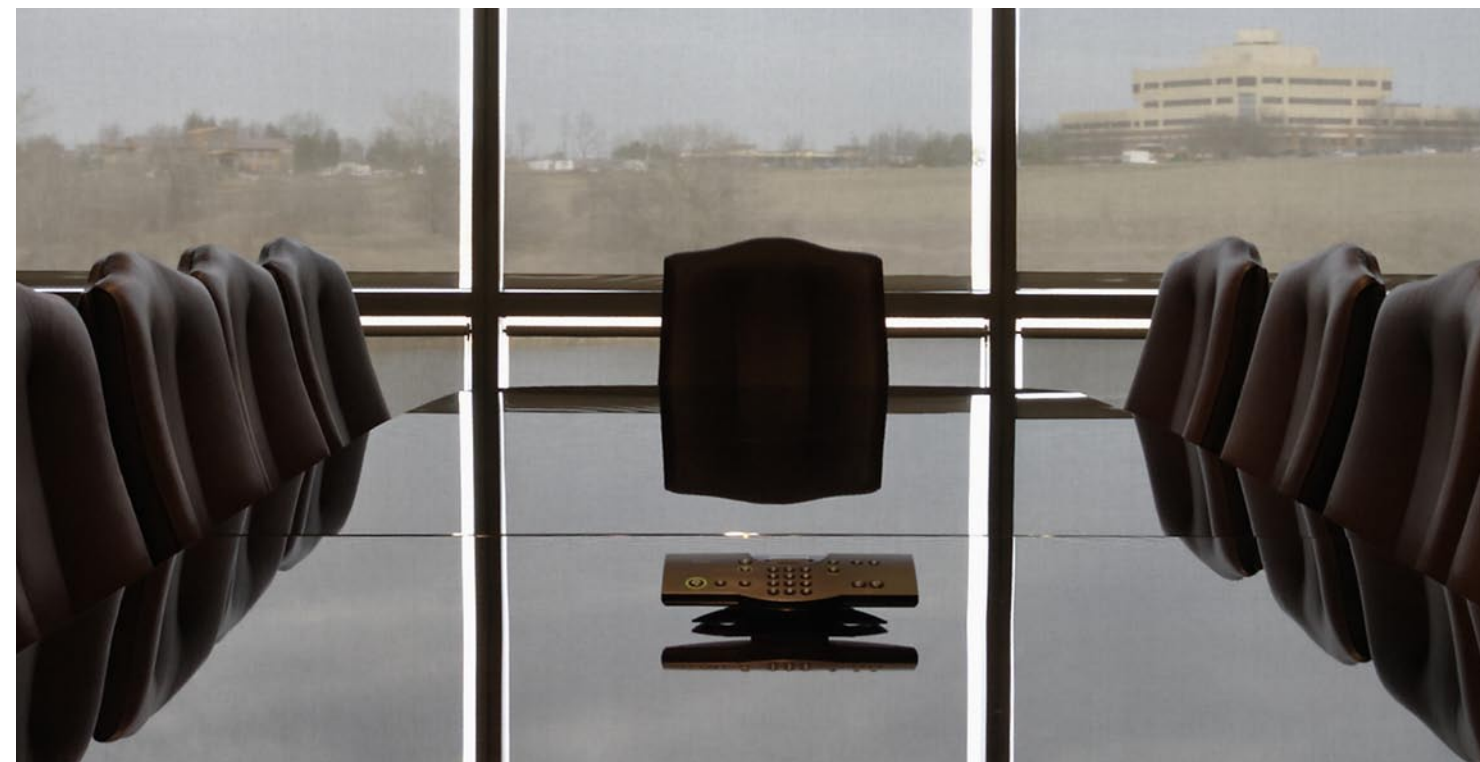
Die Normierung einer Insolvenzverursachungshaftung für den Geschäftsführer steht im Zusammenhang mit den Erleichterungen, die das MoMiG im Bereich der Kapitalaufbringung und -erhaltung eingeführt hat. Genannt seien die Einführung der sog. Unternehmungsgesellschaft mit reduziertem Stammkapital (§ 5a GmbHG) sowie die Aufweichung der Auszahlungssperre bei Unterbilanz durch Berücksichtigung von (vollwertigen) Gegenleistungs- und Rückgewähransprüchen (§ 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG) und durch die Ausklammerung von Tilgungen auf Gesellschafterdarlehen (§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG). Die insoweit bewirkte Reduktion des Gläubigerschutzes soll durch eine verschärfte Haftung des Geschäftsführers kompensiert werden. § 64 S. 3 GmbHG richtet sich gegen den Entzug von Vermögenswerten der GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, und sichert damit die Vorrangstellung der Fremdkapitalgeber in der Insolvenz. Die neue Regelung flankiert das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG, indem auch solche Zahlungen erfasst werden, die zwar das zum Erhalt des Stammkapitals erforderliche Vermögen unangetastet lassen, die aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen (und tatsächlich auch herbeiführen). Insofern normiert § 64 S. 3 GmbHG Teilbereiche der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Existenzvernichtungshaftung für missbräuchliche, zur Insolvenz führende kompensationslose Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen. Überdies weist die Vorschrift Parallelen zu dem im Rahmen der Reformierung des GmbH-Rechts ebenfalls diskutierten sog. solvency test auf, nach dem eine (jede) Ausschüttung aus dem Gesellschaftsvermögen nur dann zuzulassen ist, wenn

die Gesellschaft auch danach noch ihre fällig werdenden Verbindlichkeiten erfüllen kann.

HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN Die neue Regelung des § 64 S. 3 GmbHG knüpft an den Begriff der Zahlung an, der - ausweislich der Gesetzesbegründung - in Anlehnung an seine Verwendung in der bisherigen Regelung des § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu verstehen ist. Das heißt, dass hiermit nicht nur Zahlungen im engeren Sinne, sondern auch alle vergleichbaren Leistungen zulasten des Gesellschaftsvermögens - insbesondere auch Sachleistungen - gemeint sind. Kompensierende Gegenleistungen für die Auszahlung, etwa im Rahmen von Austauschgeschäften, werden von der Rechtsprechung nur unter der Voraussetzung haftungsmindernd berücksichtigt, dass diese unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen fließen und dort voll erhalten bleiben.

Im Gegensatz zur Vorschrift des jetzigen § 64 S. 1 GmbHG (vormals § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG) erfasst der neue S. 3 im Vorfeld der materiellen Insolvenz ausschließlich Zahlungen an die Gesellschafter. Auch Umgehungen, etwa durch Zahlungen an Dritte, die mit einem Gesellschafter wirtschaftlich oder rechtlich eng verbunden sind, dürften die Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG nach sich ziehen.

Die komplexeste Haftungsvoraussetzung umschreibt das Gesetz mit der Formulierung „soweit diese [Zahlungen] zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“. Hierdurch wird dem Geschäftsführer, der eine Zahlung an Gesellschafter beabsichtigt, eine schwierige und mit erheblichen Unsicherheiten behaftete Einschätzung aufgebürdet: Er hat zunächst die voraussichtlichen zukünftigen Zahlungsströme (Einnahmen und Ausgaben) unter Einbeziehung der beabsichtigten Zahlung an den Gesellschafter zu prognostizieren und gegenüberzustellen. Sodann hat er zu prüfen, ob sich auf dieser Grundlage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Zukunft eine Situation einstellen wird,



die als Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 InsO zu qualifizieren ist.

Der Gesetzgeber stellt insoweit in der Begründung zum Regierungsentwurf in Anknüpfung an die Wendung „zur Zahlungsunfähigkeit [...] führen mussten“ klar, der Geschäftsführer habe nicht jegliche Zahlungen an Gesellschafter zu ersetzen, die in irgendeiner Weise ursächlich für eine - möglicherweise erst viel später eintretende - Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft geworden sind. Vielmehr müsse die Zahlung ohne Hinzutreten weiterer Ursachen zur Zahlungsunfähigkeit führen. Entscheidend sei, dass sich im Moment der Zahlung klar abzeichne, „dass die Gesellschaft unter dem normalen Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr wird erfüllen können“. Diese Begründung enthält wiederum eine Vielzahl wertausfüllungsbedürftiger Begriffe und macht deutlich, wie schwierig sich die Einschätzung im Einzelfall gestalten kann.

Im Ergebnis fordert die neue Vorschrift eine ex ante Einschätzung anhand objektiver Maßstäbe, wie auch die Entlastungsmöglichkeit des § 64 S. 3, letzter Halbsatz, belegt. Entlastet wird der Geschäftsführer hiernach, wenn er die Tatbestandsmerkmale des Zahlungsverbots, insbesondere ihre Geeignetheit, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, auch unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufgrund besonderer

Umstände subjektiv nicht erkennen konnte. Für entsprechendes Vorbringen trägt der Geschäftsführer im Prozess allerdings die Darlegungs- und Beweislast.

ANWENDBARKEIT AUF AUSLANDSGESELLSCHAFTEN Die Erweiterung des § 64 GmbHG hat einen starken insolvenzrechtlichen Bezug. Gemäß Artikel 3 Abs. 1, Artikel 4 Abs. 1 und 2 Satz 1 EuInsVO ist das Insolvenzrecht des Landes anzuwenden, in dem die Gesellschaft den Schwerpunkt ihrer Interessen hat. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass § 64 GmbHG als insolvenzrechtliche Norm zu qualifizieren ist und die erweiterte Geschäftsführerhaftung daher auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften anzuwenden ist, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland liegt. Insbesondere der director der englischen private company limited by shares (Ltd.) wäre demnach der neuen Insolvenzverursachungshaftung ausgesetzt, sofern die Gesellschaft schwerpunktmäßig in Deutschland tätig ist.

VERPFLICHTUNG ZU VORAUSSCHAUENDER UNTERNEHMENSFÜHRUNG Deutlich wird, dass der Gesetzgeber eine stärker vorausschauende und planerische Unternehmensführung einfordert, die nicht nur bei kleineren Unternehmen noch immer keine Selbstverständlichkeit darstellt. Ähnlich wie schon der durch die Insolvenzordnung 1999 eingeführten Begriff der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ (§ 18 InsO), an den ein - frühzeitiges - Insolvenzantragsrecht geknüpft ist, bezweckt auch der neue § 64 S. 3 GmbHG, durch vorausschauende Unternehmensführung die zur Gläubigerbefriedigung erforderliche Haftungsmasse zu erhalten. In vergleichbarer Stoßrichtung enthält auch der Überschuldungsbegriff des § 19 InsO in Form der Fortbestehensprognose zukunftsgerichtete Anteile. Der Geschäftsführer wird nur dann von der Pflicht zur Insolvenzantragstellung entbunden, wenn trotz rechnerischer Überschuldung (die Verbindlichkeiten übersteigen den Wert der unter Liquidationsgesichtspunkten bewerteten Vermögensgegenstände) positive Fortführungsaussichten bestehen.

DOKUMENTIERTE FINANZPLANUNG

Es stellt sich damit die Frage, wie der Geschäftsführer der Verpflichtung zu vorausschauendem Wirtschaften, die durch die neue Insolvenzverursachungshaftung indirekt statuiert worden ist, gerecht werden kann.

Ein weitgehend zutreffendes Bild von der zukünftigen Liquiditätssituation wird sich allein durch eine ständige, betriebswirtschaftlichen Anforderungen genügende Finanzplanung gewinnen lassen. Hierbei werden die voraussichtlichen Zahlungs- und -ausgänge zeitpunktgenau, üblicherweise für das laufende und das folgende Geschäftsjahr, gegenübergestellt. Ein solcher Liquiditätsplan stellt jedoch zunächst nicht mehr dar als einen formalen Rahmen, der mit realistischen, auch für objektive Dritte nachvollziehbaren Planzahlen ausgefüllt werden muss. Entscheidend wird es darauf ankommen, dass die zukünftigen Zahlungsströme seriös und mit entsprechender kaufmännischer Vorsicht geplant werden. Sollten Zweifel darüber bestehen, ob die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse für eine lege artis erstellte Finanzplanung unternehmensintern vorhanden sind, empfiehlt sich angesichts der schwerwiegenden Haftungsfolgen die Beauftragung eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers.

Eine solche dokumentierte Finanzplanung ist insbesondere für den Fall von Bedeutung, dass sich die zum Zeitpunkt der Zahlung positiv erscheinende Prognose nicht bewahrheitet: Zwar trägt grundsätzlich der klagende Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, mithin auch dafür, dass die Zahlungen an die Gesellschafter „zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“. Ist dem Insolvenzverwalter aber ein substantiiertes Vortrag deshalb unmöglich, weil keine Finanzplanung durchgeführt oder diese nicht dokumentiert wurde, ist es nach den prozessualen Grundsätzen der sekundären Behauptungslast Sache des beklagten Geschäftsführers, darzulegen, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht durch die Zahlungen an Gesellschafter herbeigeführt worden ist. Ohne eine sorgfältig dokumentierte Finanzplanung wird sich dieser Beweis aber kaum führen lassen. Auch der dem Geschäftsführer obliegende Entlastungsbeweis, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit selbst bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehbar war, wird ohne einen dokumentierten Finanzplan regelmäßig scheitern.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Die neue Regelung des § 64 S. 3 GmbHG führt nicht nur zu einem erheblichen Haftungsrisiko für den Geschäftsführer, gegen das er sich durch eine sorgfältig dokumentierte Finanzplanung absichern sollte. Sie birgt überdies gesellschaftsintern erhebliches Konfliktpotential: Kommt der Geschäftsführer, der grundsätzlich gegenüber den Gesellschaftern auch dann weisungsgebunden ist, wenn er die Weisung für unternehmerisch verfehlt hält, zu dem Ergebnis, dass die Zahlung an den Gesellschafter zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit führen wird, steht er vor der Entscheidung, den die Zahlung einfordernden Gesell-

schaftern zu folgen oder aber dem Normbefehl des § 64 S. 3 GmbHG.

Zwar muss der Geschäftsführer eine Weisung nicht befolgen, wenn er sich damit der Haftung des § 64 S. 3 GmbHG aussetzen würde. Für die Gesellschaft bestünde in diesem Fall ein Leistungsverweigerungsrecht, so dass die Gesellschafter die Zahlung auch nicht einklagen könnten. Der Geschäftsführer, der die Leistung unter Hinweis auf das gesetzliche Verbot verweigert, ist allerdings dem persönlichen Risiko ausgesetzt, deswegen als Geschäftsführer abberufen zu werden. Ob die Gesellschafter auf diesem Wege ihrem Ziel näher kommen, ist indes zweifelhaft, müssen sie doch erst einen Geschäftsführer finden, der sich in ihrem Interesse einer persönlichen Haftung auszusetzen bereit ist.

Der Geschäftsführer kann in einer solchen Situation den Vorschlag unterbreiten, die gewünschte Zahlung einstweilen zurückzustellen, bis sich die finanziellen Verhältnisse wieder entspannt haben. Erreicht die Gesellschaft nicht mehr das sichere Ufer, spricht vieles dafür, dass die unterbliebene Zahlung die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt und eine persönliche Haftung des Geschäftsführers nach sich gezogen hätte. Lassen sich die Gesellschafter nicht auf eine Vertagung ein und bedrängen den Geschäftsführer nachhaltig, die Zahlung vorzunehmen, empfiehlt die Gesetzesbegründung, er müsse sein Amt niederlegen, statt die von den Gesellschaftern gewünschte Zahlung vorzunehmen. Auf die (rechtswidrige) Weisung der Gesellschafter könne er sich im Rahmen eines Haftungsprozesses nicht berufen. Der Gesetzgeber macht hiermit unmissverständlich klar, dass der Geschäftsführer trotz wirtschaftlicher Abhängigkeit von den Gesellschaftern den Gläubigerinteressen den Vorrang einzuräumen hat, will er nicht später gegenüber dem Insolvenzverwalter haftbar sein.

DR. MICHAEL DOLFEN / DR. SVEN ERDMANN

AUSWIRKUNGEN DES MOMIG AUF DIE GMBH & CO. KG

Grundsätzlich sind die Auswirkungen des MoMiG auf die GmbH & Co. KG gering. Am nachhaltigsten sind die Auswirkungen des MoMiG noch in Bezug auf die Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG (Rückgewähr von Darlehen). Diese Regelungen galten kraft der Verweisvorschriften der §§ 129a, 172a HGB auch für offene Handelsgesellschaften sowie Kommanditgesellschaften, für die weder unmittelbar noch mittelbar eine natürlich Person als Vollhafter auftrat. Da die §§ 32a, 32b GmbHG nunmehr rechtsformneutral in die Insolvenzverordnung aufgenommen wurden (§ 135 InsO, vgl. insoweit die Ausführungen im Beitrag von Dr. Oliver Wilken / Dr. Klaus Felke in diesem Newsletter), konnten die nicht nur die §§ 32a, 32b GmbHG, sondern auch die §§ 129a, 172a HGB gestrichen werden.

Die durch das MoMiG erstmals geschaffene Unternehmergesellschaft, eine GmbH mit einem Stammkapital von weniger als EUR 25.000,00, kann wie jede GmbH Komplementärin einer Kommanditgesellschaft werden. Die Gesellschaft müsste dann allerdings mit der etwas sperrigen Bezeichnung „GmbH UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG“ ausgewiesen werden. Damit besteht künftig die Möglichkeit, eine GmbH UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG zu gründen, ohne für den Erwerb oder die Gründung der Komplementär-GmbH UG (haftungsbeschränkt) einen größeren Geldbetrag zu binden.

Zumindest ebensoviel Sorgfalt wie bisher sollte auf die in der Satzung der Kommanditgesellschaft festzulegende Vergütung der Komplementär-GmbH für die Übernahme der unbeschränkten Haftung verwandt werden. Nach der Rechtsprechung des BGH soll hierfür eine Vergütung in Anlehnung an die Avalgebühren einer Bank bestimmt werden. Die Rechtsprechung hält regelmäßig einen Betrag von ungefähr 2-5% des (bilanziellen) Eigenkapitals der Komplementär-GmbH für angemessen. Da mit steigendem Eigenkapital der Komplementär-GmbH der wirtschaftliche Wert dieser Haftungsübernahme steigt, soll dies auch seinen Niederschlag in einer erhöhten Haftungsvergütung der Kommanditgesellschaft finden.

Häufig findet man in älteren Satzungen einer GmbH & Co. KG noch die Regelung, nach der sich die Haftungsvergütung nicht nach dem Eigen- sondern nach dem Stammkapital der GmbH bestimmt. Dies führte bei einer Komplementär-GmbH UG (haftungsbeschränkt) auf Grund des geringen Stammkapitals zu einer geringen Haftungsvergütung. Da bei der Unternehmergesellschaft aber gemäß § 5a Abs. 3 GmbHG eine Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage besteht, besteht die Tendenz, dass das Eigenkapital der Unternehmergesellschaft das Stammkapital im Laufe der Jahre übersteigen wird, ohne dass dies zu einer angemessenen Erhöhung der Haftungsvergütung führte. Als Bezugsgröße für die Haftungsvergütung sollte deshalb in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH gerade bei einer Unternehmergesellschaft das Eigen- und nicht das Stammkapital gewählt werden.

ALLGEMEINES Das MoMiG bestimmt in seinen Artikeln 5 und 6 einige Änderungen des AktG und des EGAktG. Ziel dieser Änderungen ist es, die grundlegenden Leitideen des MoMiG zur GmbH gleichermaßen auf die AG anzuwenden, soweit die Besonderheiten des Aktienrechts dem nicht entgegenstehen. Entsprechend gibt es für die AG keine vergleichbaren Regelungen zur Unternehmergeellschaft und dem „Musterprotokoll“. Die Absenkung des Mindestkapitals wurde im Gesetzgebungsverfahren – anders als zur GmbH – nicht diskutiert. Eine solche ließe sich weder mit der EU-Kapitalrichtlinie noch mit der anders gearteten Struktur der AG vereinbaren. Die Bestimmungen über die Sacheinlagen blieben unberührt, da deren Erneuerung erst mit der Umsetzung der zweiten EU-Gesellschaftsrichtlinie in Angriff genommen werden soll.

ÄNDERUNGEN ENTSPRECHEND DER NOVELLIERUNG DES GMBHG

SITZVERLEGUNG INS AUSLAND In § 5 AktG wurde der zweite Absatz aufgehoben. Entsprechend § 4 a GmbHG n.F. soll auch der AG die Möglichkeit eröffnet werden, ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung eines inländischen Sitzungssitzes vollständig ins Ausland zu verlegen. Damit soll der Export der AG ins Ausland ermöglicht werden. Im Interesse von Minderheitsaktionären kann es sich empfehlen, künftig auch den Verwaltungssitz in der Satzung zu regeln. Seine Verlegung bedarf dann einer Satzungsänderung.

GRÜNDUNG Bei der Einmanngründung einer AG entfällt jetzt das Erfordernis, für den nicht eingeforderten Teil des Grundkapitals Sicherheit zu leisten (§ 36 Abs. 2 S. 2 AktG a.F.). Bei Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister ist, wie bei der GmbH, künftig eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. Für die bei Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 bereits im Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften ist die Anmeldung mit der ersten nachfolgenden Handelsregisteranmeldung, spätestens am

31.10.2009 nachzuholen. Für die Eintragung in das Handelsregister bedarf es bei einem genehmigungspflichtigen Unternehmensgegenstand nicht mehr der Vorlage der staatlichen Genehmigungsurkunde.

KAPITALERHALTUNG Zur Kapitalerhaltung sah schon bisher § 57 Abs. 1 AktG das Verbot der Einlagenrückgewähr vor. Hiervon bestand bereits eine Ausnahme bei Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien; daran wird festgehalten. Wie in § 30 GmbHG wird das Verbot der Einlagenrückgewähr gelockert und ist künftig nicht anwendbar auf Leistungen bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages oder Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. Insoweit geht auch das Aktienrecht auf die bilanzielle Betrachtung über. Ferner werden Rückzahlungen von Aktionärsdarlehen und diesen wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen nicht als Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gewertet. Statt dessen gelten die allgemeinen, nunmehr rechtsformneutralen Beschränkungen für Gesellschafterdarlehen gem. §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44 a, 135 InsO n.F. unmittelbar auch für die AG. Wie bei der GmbH wird nunmehr bei Aktionärsdarlehen nicht mehr zwischen kapitalersetzenden und sonstigen Gesellschafterdarlehen unterschieden. Nicht privilegierte Gesellschafterdarlehen sind ausnahmslos im Fall der Insolvenz als nachrangig zu behandeln. Rückzahlungen innerhalb von einem Jahr vor Insolvenzantrag können vom Insolvenzverwalter angefochten werden. Wurden der Gesellschaft Gegenstände, die zur Fortführung des Unternehmens von erheblicher Bedeutung sind, von einem Aktionär überlassen, so hat er sie weiterhin der Gesellschaft gegen Ausgleich bis zu einem Jahr nach Insolvenzeröffnung zu belassen (§ 135 Abs. 3 InsO n.F.). Dabei gelten die aus dem aufgehobenen § 32 a Abs. 3 GmbHG a.F. abgeleiteten Privilegierungen nunmehr ausdrücklich auch für die AG (§ 39 Abs. 4 u. Abs. 5 i.V.m. § 135 Abs. 4 InsO n.F.). Für das bis

her geltende Aktienrecht nahm die herrschende Meinung den kapitalersetzenden Charakter eines Aktionärsdarlehens erst ab einer Mindestbeteiligung von 25 % des Grundkapitals an. Unterhalb dieser Schwelle sollte es in der Regel sogar unschädlich sein, wenn der kreditgewährende Aktionär Funktionen in Vorstand oder Aufsichtsrat einnahm. Künftig greift das Kleinbeteiligungsprivileg bei der AG nicht mehr bei Beteiligungen von mehr als 10 % des Grundkapitals oder wenn der kreditgebende Aktionär Mitglied des Vorstandes ist (§ 39 Abs. 5 InsO n.F.). Hinsichtlich des Kleinbeteiligungsprivilegs verschlechtert sich die Rechtsposition des kreditgewährenden Aktionärs somit gegenüber dem bisherigen Recht.

Durch die Novellierung des § 57 AktG soll außerhalb der Insolvenz der Leistungsaustausch mit Aktionären, namentlich innerhalb eines Konzerns vereinfacht werden. Das gilt insbesondere für das Cash-Pooling und bestimmte Formen der Financial Assistance. Soweit die Werthaltigkeit einer Rück- oder Gegenforderung verlangt wird, wird der Vorstand zu deren Ermittlung, Überprüfung und Dokumentation mit Blick auf seine Haftung künftig verstärkt Anlass haben. § 71 a Abs. 1 letzter Satz AktG n.F. stellt klar, dass die Financial Assistance zum Erwerb eigener Aktien innerhalb eines AG-Vertragskonzerns nicht unwirksam ist. Die bisher in § 92 Abs. 2 AktG a.F. geregelte Insolvenzantragspflicht ist, wie bei der GmbH, durch eine gesellschaftsformneutrale, für alle Gesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, nunmehr in § 15 a InsO n.F. geregelt. Gleichzeitig wird eine persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder für die Insolvenzverursachung in § 92 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG n.F. geschaffen. Vorstandsmitglieder sind danach zum Ersatz von Zahlungen an Aktionäre verpflichtet, soweit diese Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten und der Vorstand nicht nachweisen kann, dass er mit der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt hat.

Ziel dieser Änderungen ist es, die grundlegenden Leitideen des MoMiG zur GmbH gleichermaßen auf die AG anzuwenden ...

MISSBRAUCHSBEKÄMPFUNG Nach § 39 Abs. 1 AktG n.F. wird neben dem Sitzungssitz eine inländische Geschäftsanschrift im Handelsregister eingetragen. An diese Geschäftsanschrift können gem. § 78 Abs. 2 AktG n.F. Erklärungen gerichtet und Schriftstücke zugestellt werden. Ist das nicht möglich, kommt gem. § 185 Nr. 2 ZPO n.F. eine öffentliche Zustellung unter erleichterten Bedingungen in Frage.

Die Bestellungshindernissen für Vorstandsmitglieder wurden in § 76 Abs. 3 S. 2 bis 4 AktG n.F. entsprechend denen für GmbH-Geschäftsführer erweitert. Der Bestellung zum Vorstandsmitglied stehen nicht nur wie bisher Verurteilungen wegen Insolvenzstraftaten, sondern nunmehr auch Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben oder unrichtiger Darstellungen nach GmbHG, AktG und HGB sowie wegen allgemeiner Straftaten wegen Betruges oder ähnlicher Delikte sowie schließlich auch ausländische Verurteilungen wegen vergleichbarer Taten entgegen.

Führungslose Aktiengesellschaften (ohne Vorstand) werden künftig durch den Aufsichtsrat passiv vertreten (§ 78 Abs. 1 AktG n.F.). Willenserklärungen können jedem einzelnen seiner Mitglieder gegenüber abgegeben werden. Da die AG stets einen Aufsichtsrat hat, bedarf es der Empfangszuständigkeit der Aktionäre – anders als bei der GmbH – nicht. Soweit gegenüber dem Vorstand die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat gem. § 112 AktG vertreten wird, wird nunmehr durch Verweisung auf § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG klargestellt, dass die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied ausreichend ist.

KONZERNHAFTUNG BEI DER GMBH UNTER DEM MOMIG

1. DIE ENTSTEHUNG VON KONZERNEN

Konzerne können entweder durch den Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages oder aber aufgrund tatsächlicher Herrschaftsmacht eines herrschenden Unternehmens entstehen.

a) *Vertragskonzern*

Ein Vertragskonzern besteht, wenn zwischen dem Mutterunternehmen und der Tochtergesellschaft ein Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag („Unternehmensvertrag“) abgeschlossen wurde. Durch einen Beherrschungsvertrag unterstellt sich die abhängige GmbH der Leitung eines herrschenden Unternehmens. Ein solcher Beherrschungsvertrag ist aber bei der GmbH – anders als bei einer AG – wegen der Weisungsmacht der Gesellschafterversammlung regelmäßig nicht erforderlich, um die einheitliche Konzernleitung durchzusetzen. Er hat daher in der Praxis bei der GmbH keine große Bedeutung. Dem Gewinnabführungsvertrag kommt jedoch auch bei der GmbH eine hohe praktische Bedeutung zu, da der Abschluss gem. §§ 14 und 17 KStG Voraussetzung für die Anerkennung einer körperschafts- und gewerbsteuerlichen Organschaft ist. Ein Gewinnabführungsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen.

b) *Faktischer Konzern*

Ein faktischer Konzern entsteht aufgrund tatsächlicher Herrschaftsmacht eines herrschenden Unternehmens, die sich aus dessen Beteiligung ergibt, ohne dass ein Unternehmensvertrag abgeschlossen wurde. So reicht es aus, dass ein Unternehmen mehr als 50% der Anteile an einer GmbH hält, dass ein faktischer Konzern entstehen kann.

2. DIE KONZERNHAFTUNG BEI DER GMBH

Das gesetzliche Leitbild des GmbHG geht von einer unabhängigen Gesellschaft aus, in der die Organe und Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft handeln. In der Praxis sind aber die meisten GmbHs als Konzernunternehmen in einer Unternehmensgruppe eingegliedert. Da der Geschäftsführer einer GmbH – anders als der Vorstand einer Aktiengesellschaft – den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen ist, besteht bei der GmbH besonders die Gefahr, dass ein Mehrheitsgesellschafter seine Interessen auf Kosten der Gesellschaft und etwaiger Minderheitsgesellschafter durchsetzt. Dieser konzernspezifischen Gefahr soll u.a. durch die Kon-

zernhaftung begegnet werden. Trotz der großen praktischen Bedeutung kennt das GmbHG kein eigenständiges Konzernrecht, nur im Aktienrecht ist das Konzernrecht teilweise kodifiziert. Neben den allgemeinen Begriffsbestimmungen (§§ 15 ff. AktG) können die aktienrechtlichen Regelungen über Vertragskonzerne (§§ 291 ff. AktG) und über faktische Konzerne (§§ 311 ff. AktG) jedoch nur herangezogen werden, soweit sie den besonderen Gegebenheiten der GmbH gerecht werden.

a) *Haftung im GmbH-Vertragskonzern*

Besteht ein GmbH-Vertragskonzern, ist also eine GmbH durch einen Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag einem anderen (herrschenden) Unternehmen untergeordnet, gilt im Grundsatz das Gleiche wie bei der Aktiengesellschaft. Das herrschende Unternehmen darf rechtmäßig bei einem Gewinnabführungsvertrag den Gewinn entnehmen und bei einem Beherrschungsvertrag der GmbH (auch für diese negative) Weisungen erteilen. Im Gegenzug ist das herrschende Unternehmen zu einem Verlustausgleich verpflichtet, d.h. es muss alle Verluste der GmbH ausgleichen (vgl. § 302 AktG).

b) *Haftung im faktischen GmbH-Konzern*

Existiert nur ein faktischer GmbH-Konzern, gelten die Regelungen des Aktienrechts für faktische Aktienkonzerne nicht. Da es auch keine spezifischen Konzernregelungen im GmbHG gibt, gelten zunächst die allgemeinen Haftungs- und Kapitalschutzvorschriften des GmbHG, aber auch die Normen zum Schutz der etwaigen Minderheitsgesellschafter und Treuepflichten des herrschenden Unternehmens.

Von besonderer Bedeutung gerade im faktischen GmbH-Konzern sind die §§ 30, 31 GmbHG. Diese sollen gewährleisten, dass das in der Satzung



festgelegte Stammkapital nicht wieder an die Gesellschafter, insbesondere an das herrschende Unternehmen zurückfließt. Wenn also ein herrschendes Unternehmen die GmbH zwingt, ihr das gesamte GmbH-Vermögen im Wert von EUR 50.000 für EUR 1,- zu verkaufen, und dadurch bilanziell kein Stammkapital mehr vorhanden ist, muss das herrschende Unternehmen gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG zumindest das dadurch verminderte Stammkapital wieder ersetzen.

Dieser Kapitalerhaltungsschutz des GmbHG vermittelt jedoch nur einen unzureichenden Schutz, denn er greift nur, wenn das herrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar etwas aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögen erhalten hat. Entzieht das herrschende Unternehmen Vermögen, ohne dadurch unmittelbar eine Unterbilanz im Sinne des § 30 GmbHG herbeizuführen oder zu vertiefen, bleibt dieses Handeln nach dem gesetzlichen Regelungsmodell auch dann sanktionslos, wenn der Eingriff so gravierende Nachteile für die GmbH mit sich bringt, dass sie über kurz oder lang zur Insolvenz der Gesellschaft führen. Insbesondere konzernintegrierte Maßnahmen wie der Abzug von Führungskräften, der Entzug von Geschäftschancen oder von betriebsnotwendiger Liquidität fallen in der Regel nicht in den Anwendungsbereich der §§ 30, 31 GmbHG. Beträgt das Stammkapital der GmbH bspw. EUR 25.000,00, das Eigenkapital aber EUR 2 Mio. und veranlasst das herrschende Unternehmen einen Verkauf eines Betriebsteils im Wert von EUR 1,5 Mio. an sich für einen „Kaufpreis“ von EUR 1,-, wäre der Anwendungsbereich des § 31 GmbHG nicht eröffnet. Denn schließlich deckt das dann vorhandene Eigenkapital der GmbH mit 500.001 noch deutlich das Stammkapital in Höhe von EUR 25.000.

Selbst wenn der Anwendungsbereich des § 31 GmbHG eröffnet ist, beschränkt sich die Haftung des Gesellschafters auf die Rückzahlung des verbotswidrig entzogenen Betrags. Nicht von der Erstattungspflicht des § 31 GmbHG umfasst sind etwaige Folgeschäden, die beispielsweise

aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft entstehen.

c) Erweiterung der Konzernhaftung durch die Rechtsprechung

Um diese eklatante Haftungslücke zu schließen, entwickelte der BGH über den Umweg des (heute obsoleten) qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs. Danach haftete der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkt für deren Forderung gegen die GmbH unter der Voraussetzung, dass er gezielt in das Vermögen der Gesellschaft eingriff und er ihr hierdurch die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nahm.

Mit der Tri-Hotel-Entscheidung (Urteil vom 16.07.2007, Az. 2 ZR 3/04, NJW 2007, 2689) hat der BGH die Haftung des Gesellschafters einer GmbH für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt. Der Gesellschafter haftet nunmehr gemäß § 826 BGB wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf Schadensersatz gegenüber der GmbH im Innenverhältnis. Anstelle einer Durchgriffshaftung des Gesellschafters (d.h. des herrschenden Unternehmens) zugunsten der GmbH-Gläubiger trat nunmehr ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft im Innenverhältnis gegen den Gesellschafter.

3. KONZERNHAFTUNG NACH DEM MOMIG

Auch durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde kein umfassendes GmbH-spezifisches Konzernrecht eingeführt. Das MoMiG ändert auch die grundsätzliche Konzeption nicht vollständig. So hält das modifizierte GmbHG an den oben beschriebenen Kapitalerhaltungsregelungen im Grundsatz fest, welche nur das eingetragene Stammkapital absolut schützt. Auch die Haftung auf der Grund-

lage des § 826 BGB wird nach dem MoMiG die Anspruchsgrundlage für existenzvernichtende Eingriffe sein. Denn ausweislich der Gesetzesbegründung sollen drohende Haftungslücken durch das Deliktsrechts und die Rechtsprechung über den existenzvernichtenden Eingriff geschlossen werden. Doch ergeben sich durch das MoMiG einige wesentliche Änderungen und Modifikationen der Existenzvernichtungshaftung. Auch gibt es Änderungen bei den Kapitalerhaltungsregelungen.

a) Kodifizierung der Existenzvernichtungshaftung in Teilbereichen

Erstmals ist mit § 64 S. 3 GmbHG n.F. ein Teilbereich der Existenzvernichtungshaftung gesetzlich kodifiziert. Der Geschäftsführer einer GmbH muss nunmehr Ersatz für Zahlungen an Gesellschafter leisten, soweit diese Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen, außer dies war auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar. Die bereits im Vorfeld einer Insolvenz anwendbare Vorschrift richtet sich gegen den Abzug von Vermögenswerten, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Damit überschneidet sich die Neuregelung, welche den Geschäftsführer trifft, teilweise mit der Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB, welche den Gesellschafter in die Pflicht nimmt. Denn der Gesellschafter, der einer GmbH unberechtigt Vermögenswerte entzieht, haftet der GmbH aus § 826 BGB.

Der Anspruch aus § 64 S. 3 n.F. GmbHG ist jedoch enger. So ist er nicht nur gegen den Geschäftsführer, sondern auch nur auf die Rückführung der Auszahlungen gerichtet. Eigenständige Bedeutung neben der Haftung aus § 826 BGB kommt der Norm in dem (eher unwahrscheinlichen) Fall zu, in dem der Geschäftsführer in vorauseilendem Gehorsam ohne Veranlassung durch einen Gesellschafter Vermögenswerte an die Gesellschafter auszahlt. Eine Rolle könnte § 63 S. 3 GmbHG n.F. aber auch bei sog.

Leveraged-Finance Transaktionen spielen, in denen Private Equity-Unternehmen den für ihre Akquisition benötigten Fremdkapitalanteil letztendlich durch das Zielunternehmen finanzieren lassen, was zu einem erheblichen Liquidationsabfluss führt. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung den Wertungswiderspruch auflösen wird, dass § 826 BGB einen Schadensersatzanspruch von einem doppelten Vorsatz abhängig macht, § 64 S. 3 n.F. GmbHG aber schon Fahrlässigkeit genügen lässt.

b) Cashpooling im GmbH-Konzern

Cashpooling-Konstruktionen sind in jedem GmbH-Konzern von großer praktischer Bedeutung (vgl. hierzu den Beitrag von Dr. Kirsten Schümann-Kleber in diesem Newsletter). Weitgehend unklar war bisher, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Cashpooling einen Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darstellte. Das MoMiG sieht nun in § 30 Abs. 1 GmbHG n.F. eine klarstellende Regelung vor. Leistungen an Gesellschafter sind zukünftig ohne Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot in drei Fällen zulässig:

- im Rahmen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages;
- bei Deckung durch einen bilanziell vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruch;
- bei Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Leistung auf wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung eines Gesellschafters.

§ 30 GmbHG n.F. ermöglicht somit der GmbH Darlehen an Gesellschafter (z.B. im Rahmen eines Cashpoolings) zu gewähren, sofern ein werthaltiger Rückerstattungsanspruch besteht. Das MoMiG lockert damit die Kapitalerhaltungsregelung des GmbHG. Auch eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB ist in diesen Fällen zumindest so lange nicht gegeben, wie das Cashpooling nicht zur Insolvenz führt.

INHALTSVERZEICHNIS

2	Überblick über die Neuregelungen durch das MoMiG
4	GmbH-Gründung nach MoMiG
6	Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen
8	Kapitalaufbringung nach MoMiG
11	Kapitalerhaltung nach MoMiG
12	Eigenkapitalersatz/Gesellschafterdarlehen/Fremdfinanzierung nach MoMiG
16	Cash Pooling nach MoMiG
18	Geschäftsführerhaftung nach dem MoMiG
21	Auswirkungen des MoMiG auf die GmbH & Co. KG
22	Auswirkendes MoMiG auf das Recht der Aktiengesellschaft
24	Konzernhaftung bei der GmbH unter dem MoMiG

UNSERE STANDORTE

BERLIN

Klingelhöferstraße 5
D-10785 Berlin

ESSEN

Alfredstraße 279
D-45133 Essen

FRANKFURT/M.

Neue Mainzer Straße 69-75
D-60311 Frankfurt/M.

KÖLN

Sachsenring 81
D-50677 Köln

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22
D-80538 München

WWW.GOERG.DE

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

— Dr. Roland Hoffmann-Theinert
rhoffmann-theinert@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-112

— Wolf Kansteiner
wkansteiner@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-180

— Dr. Kirsten Schümann-Kleber
kschuemann-kleber@goerg.de / Tel +49 – 30 – 88 45 03-130

ESSEN

— Dr. Joern Christian Nissen
jnissen@goerg.de / Tel +49 – 201 – 437 76-26

FRANKFURT/M.

— Werner Leipnitz
wleipnitz@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-130

— Dr. Werner Mielke
wmielke@goerg.de / Tel +49 – 69 – 17 00 00-190

KÖLN

— Dr. Michael Dolfen
mdolfen@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-604

— Dr. Wolfgang König
wkoenig@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-614

— Dr. Oliver Wilken
owilken@goerg.de / Tel +49 – 221 – 33 660-674

MÜNCHEN

— Dr. Stefan Heyder
sheyder@goerg.de / Tel +49 – 89 – 30 90 667-81

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an kbuettnner@goerg.de