

Überblick über die Änderungen durch das MoMiG¹

Daniel Garcia Calvo/Carl-Philipp Eberlein, Universität Freiburg²

I. Einführung

Nach langem Warten wurde das MoMiG mit seiner Verabschiedung im Bundestag am 26. Juni 2008 endlich auf den Weg gebracht. Nachdem die Reform des GmbH-Rechts schon lange überfällig und angekündigt war, wurde der letzte Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25. Juli 2007³ im Rechtsausschuss nochmals gründlich überarbeitet und in der Fassung der Beschlussempfehlung vom 24. Juni 2008⁴ angenommen. Das Gesetz wird den Bundesrat voraussichtlich am 19. September 2008 passieren und dann am 1. November 2008 in Kraft treten.

Das GmbH-Recht wird durch das MoMiG zum ersten Mal seit über 100 Jahren grundlegend modernisiert und zugleich dereguliert. Existenzgründungen sollen erleichtert und die GmbH soll national und international wieder attraktiver und wettbewerbsfähiger werden. Der

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

² Der Verfasser *Daniel Garcia Calvo* ist Rechtsanwalt in Freiburg und wissenschaftlicher Angestellter an der Universität Freiburg, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht bei Prof. Dr. Uwe Blaurock und befasst sich insbesondere mit dem Steuer- und Gesellschaftsrecht, der Verfasser *Carl-Philipp Eberlein* ist dort geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft.

³ BT-Drucks. 16/6140.

⁴ BT-Drucks. 16/9737.

Deregulierung gegenüber stehen jedoch auch neue Beschränkungen, durch welche Missbrauchsfälle effektiver verhindern werden sollen.

Die wichtigsten Änderungen lassen sich wie folgt einteilen: Die Gründung der GmbH, aber auch Kapitalerhöhungen und Übertragungen von Anteilen sollen maßgeblich erleichtert und beschleunigt werden (II.). Die Kapitalaufbringung soll dereguliert und Risiken für die Gesellschafter durch Fehler bei der Kapitalaufbringung deutlich minimiert werden (III.). Auch die Regeln der Kapitalerhaltung sollen entschärft und die Regelungen zum Kapitalersatzrecht im Insolvenzrecht verortet werden (IV.). Zuletzt tritt der Gesetzgeber dem wuchernden Missbrauch der GmbH durch erhöhte Anforderungen an Gesellschafter und Geschäftsführer insbesondere im Endstadium der Gesellschaft entgegen (V.).

II. Erleichterungen bei Gründung, Kapitalerhöhung und Übertragung

1. Herabsetzung des Mindeststammkapitals⁵, § 5 I GmbHG

Ausgerechnet einer der meist erörterten Änderungsvorschläge und vielleicht sogar der Auslöser für die GmbH-Reformdebatte hat es mehr oder weniger überraschend nicht in die verabschiedete Fassung des MoMiG geschafft: Es kommt zu **keiner Absenkung des Mindeststammkapitals** auf 10.000 €!

Schon durch das MindestkapG⁶ sollte als Antwort auf die Konkurrenz ausländischer Kapitalgesellschaften das Mindestkapital gesenkt werden. Dies sah auch noch der Regierungsentwurf des MoMiG vom 25. Juli 2007⁷ vor. Während Befürworter der Absenkung auf die fehlende internationale

⁵ Siehe dazu ausführlich *Wilhelmi*, GmbHR 2006, 13 ff.

⁶ Entwurf eines MindestkapG vom 12.8.2005, BT-Drucks. 619/05. Siehe dazu *Seibert*, BB 2005, 1061 und ZIP 2006, 1157.

⁷ BT-Drucks. 16/6140.

Wettbewerbsfähigkeit und die mangelnde Attraktivität der GmbH für kleine Existenzgründer und Dienstleistungsunternehmen verwiesen, befürchteten die Gegner der Absenkung Nachteile im Gläubigerschutz, eine höhere Insolvenzanfälligkeit und einen damit einhergehenden Seriositätsverlust der deutschen GmbH. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 24. Juni 2008 wurde die Absenkung des Mindeststammkapitals schließlich gestrichen. Auslöser für die Streichung dürfte nicht so sehr die gegen die Absenkung vorgebrachten Bedenken gewesen sein, zumal davon ausgegangen werden kann, dass sich die Qualität des Gläubigerschutzes nicht so sehr nach der Mindestkapitalfrage richtet⁸, sondern dass durch den Regierungsentwurf vom 25. Juli 2007⁹ eine echte Alternative zur Absenkung des Mindeststammkapitals ins Spiel gebracht wurde.

2. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)¹⁰, § 5a GmbHG-nF

Den Spagat zwischen Gläubigerschutz/Seriosität und Wettbewerbsfähigkeit/Attraktivität soll die „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**“ schaffen. Die „UG (haftungsbeschränkt)“, wie sie nach § 5a Abs. 1 GmbHG auch firmieren darf, stellt keine neue Gesellschaftsform, sondern lediglich einen Sondertypus der klassischen GmbH dar. Für sie gelten sämtliche Regeln der GmbH, soweit nicht in § 5a GmbHG-nF etwas anderes bestimmt wird. Durch die unterschiedliche Firmierung ist im Rechtsverkehr jederzeit erkennbar, dass gegenüber der klassischen GmbH ein geringeres Haftkapital bestehen kann. Für Gründer bestehen Erleichterungen bei der Kapitalaufbringung. So wird die Seriosität der klassischen GmbH nicht beeinträchtigt¹¹, während

⁸ Siehe etwa *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189 (190).

⁹ BT-Drucks. 16/6140.

¹⁰ Siehe dazu auch *Seibert*, GmbHR 2007, 675 ff.

¹¹ Der Vorschlag des Bundesrates, BR-Drucks. 354/07 (B) (S. 4 f.), wonach die Gesellschaft zunächst Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindestkapital bzw. GmbH (o.M.) firmieren sollte, hätte wiederum zur Folge gehabt, dass auf die klassische GmbH schon wegen der Namensähnlichkeit ein schlechtes Licht fallen könnte.

Verfechter der Stammkapitalabsenkung und Gründer doch noch ihre „kleine GmbH“ bekommen.

§ 5a Abs. 1 GmbHG-nF sieht zunächst vor, dass die GmbH mit einem geringeren Stammkapital als 25.000 € gegründet werden kann. Da jedoch auch die Unternehmergesellschaft nach § 5a GmbHG-nF mit einem Stammkapital gegründet werden muss, ist (nach der Streichung des § 5 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) eine Stammeinlage in Höhe von zumindest 1 € zu erbringen. Das Stammkapital ist jedoch in voller Höhe bereits bei der Anmeldung aufzubringen. Sachgründungen sind bei der Unternehmergesellschaft ausgeschlossen, § 5a Abs. 2 GmbHG-nF. Auf das in der Diskussion um die Mindestkapitalherabsenkung öfters angesprochene Problem der Insolvenzreife schon bei Gründung sei hier nur kurz hingewiesen.

Nach § 5 Abs 3 GmbHG ist bei der Unternehmergesellschaft zwingend eine **Rücklage** in Höhe von einem Viertel des Jahresüberschusses einzustellen. Diese Ausschüttungsbeschränkung dient dem Aufbau von bilanziellem Haftvermögen, welches lediglich zum Auffangen von Verlusten oder (optimalerweise) zu einer Erhöhung des Stammkapitals aus Gesellschaftsmitteln nach § 57c GmbHG verwendet werden darf.

Sobald die Unternehmergesellschaft ihr Stammkapital auf mindestens 25.000 € erhöht, entfallen die besonderen Pflichten der § 5a Abs. 1-4 GmbHG-nF. Die Firmierung kann jedoch beibehalten werden. Wird eine Kapitalerhöhung unterlassen, obwohl Stammkapital und Rücklage die Mindeststammkapitalziffern nach § 5 Abs. 1 GmbH erreichen, so ist die Gesellschaft weiterhin nach § 5a Abs. 1-4 GmbH-nF eingeschränkt.

3. Einführung eines Musterprotokolls, § 2 Abs. 1a GmbHG-nF

Der Regierungsentwurf vom 25. Juli 2007 eröffnete in § 2 Abs. 1a GmbHG noch die Möglichkeit, bei Verwendung eines als Anlage zum

GmbHG ersichtlichen „Mustergesellschaftsvertrages“ die Gesellschaft durch schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrages und schlichte öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der Gesellschafter zu gründen. Die Gründung einer GmbH sollte dadurch in unkomplizierten Standardfällen vereinfacht werden.

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurde an der vereinfachten Gründung mittels Mustergesellschaftsvertrag und notarieller Beglaubigung Kritik geäußert. Durch die Verwendung von Mustersatzungen werde die GmbH-Gründung nicht wesentlich vereinfacht. Die fehlende Flexibilität führe aber demgegenüber zu wesentlichen Nachteilen. Zur Gründung der Gesellschaft ohne Rechtsberatung sei die Mustersatzung zudem unzureichend. Außerdem falle damit die Anzeigepflicht des Notars gegenüber der Finanzverwaltung weg¹².

Die vom Bundestag verabschiedete Fassung hält an der **Pflicht den Gesellschaftsvertrag zu beurkunden** fest. Solange die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und nur einen Geschäftsführer hat, kann jedoch das als Anlage zum GmbHG-nF angefügte „Musterprotokoll“ für die Beurkundung verwendet werden. Das Musterprotokoll vereint Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste in einem Dokument. Die Verwendung des Musterprotokolls bringt zumindest für die Unternehmergesellschaft einen **Kostenvorteil**: Nach § 41d KostO-nF ist bei der Gründung mittels Gründungsprotokoll der Mindestgeschäftswert von 25.000 € (§§ 39, 41a KostO-nF) nicht anzuwenden. Bei Gründung einer „normalen“ GmbH wird dies jedoch keine Rolle spielen, da der Geschäftswert ohnehin mindestens 25.000 € beträgt. Ob die Verwendung des Musterprotokolls zu einer Beschleunigung bei der Eintragung führen wird ist zweifelhaft, da der

¹² Vgl. etwa Ziffer 1 der Stellungnahme des Bundesrates vom 6.7.2007, BR-Drucks. 354/07 (B).

Eintragungsvorgang durch die Einführung des elektronischen Handelsregisters¹³ schon weitgehend optimiert wurde.

4. Abkoppelung des Eintragungsverfahrens von Genehmigungen, § 8 I Nr. 6 GmbHG-aF

Zu einer echten Beschleunigung des Gründungsvorganges bei **genehmigungsbedürftigem Unternehmensgegenstand** wird jedoch die Streichung des § 8 I Nr. 6 GmbHG-aF führen. Dadurch ist ab Inkrafttreten des MoMiG die Eintragung der Gesellschaft nicht mehr von der Vorlage öffentlich-rechtlicher Genehmigungen abhängig. Damit ist dem Missstand, dass die Vorlage öffentlich-rechtlicher Genehmigungen bei bestimmten Unternehmensgegenständen erforderlich war, die Genehmigungen aber nur der juristischen Person erteilt werden durften, die aber mangels Eintragung noch nicht bestand (§ 11 II GmbHG), abgeholfen. Statt wie bisher auf die Erteilung von Vorbescheiden angewiesen zu sein oder den Unternehmensgegenstand erst nach Gründung in einen genehmigungspflichtigen zu ändern¹⁴, können die erforderlichen Genehmigungen in Zukunft zum Handelsregister nachgereicht werden.

5. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen, § 16 GmbHG-nF¹⁵

Bereits nach bisheriger Rechtslage war bei der Anmeldung beim Handelsregister eine Gesellschafterliste (vgl. § 40 GmbHG) beizufügen, die in den entsprechenden Registerordner (§ 8 II HRV) aufgenommen wurde. Nach § 9 HGB konnten auch Dritte in die Liste Einsicht nehmen. Das MoMiG verknüpft die Liste mit einer Reihe weiterer materieller Rechtswirkungen. Zweck ist es, über die Anteilsstrukturen der GmbH

¹³ § 8b HGB, Einführung durch das EHUG vom 10.11.2006.

¹⁴ Siehe Begründung des Regierungsentwurfs vom 25.5.2007, BR-Drucks. 354/07, S 77.

¹⁵ Siehe dazu *Mayer*, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, 403 ff.; *Rau*, Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG, DStR 2006, 1892 ff.

Transparenz zu schaffen (Schutz vor Missbräuchen, Verhinderung von Geldwäsche).

§ 16 I GmbHG-nF bestimmt - angelehnt an das Aktienregister bei der Namensaktie (§ 67 II AktG) -, dass **Mitgliedschaftsrechte** gegenüber der GmbH nur von Gesellschaftern ausgeübt werden können, die in die Gesellschafterliste aufgenommen sind. Der Eintragung steht es gleich, wenn die Eintragung unverzüglich nachgeholt wird.

Die Eintragung ist weiterhin **keine Voraussetzung für den Erwerb des Anteils**. Die Gesellschafterliste fungiert aber gem. § 16 III GmbHG-nF als Rechtsscheintatbestand für den **gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen**. Der gutgläubige Erwerb orientiert sich an den aus dem bürgerlichen Recht bekannten Strukturen: (1) Der Veräußerer muss als Inhaber des Geschäftsanteils aus der Gesellschafterliste hervorgehen, (2) der Rechtsschein muss dem tatsächlichen Inhaber zuzurechnen sein, (3) der Erwerber muss gutgläubig sein (wobei Kenntnis und grobe Unkenntnis schadet) und (4) der Liste darf kein Widerspruch zugeordnet sein.

(1) Nach der Begründung des Regierungsentwurfs vom 25. Mai 2007 soll mit § 16 III GmbHG-nF der gute Glaube in die Verfügungsbefugnis geschützt werden¹⁶. § 16 III GmbHG-nF sieht aber vor, dass der Veräußerer in die Gesellschafterliste eingetragen ist (was nur Gesellschafter sein können), somit nur der gute Glaube in die Inhaberschaft des Geschäftsanteils geschützt ist. Zumindest missverständlich nimmt § 16 III GmbHG-nF bezüglich der Bestimmung des guten Glaubens auf die „Berechtigung“ Bezug. Sinnvollerweise kann damit nur die Inhaberschaft gemeint sein, da die Gesellschafterliste keinen Bezugspunkt für Verfügungsbeschränkungen liefert. Bspw. können daher keine vinkulierten Geschäftsanteile gutgläubig erworben werden.

¹⁶ Regierungsentwurf vom 25.5.2007, BR-Drucks. 354/07 (S. 87 ff.).

(2) Unabhängig davon, ob dem Inhaber der Rechtschein zuzurechnen ist, sieht § 16 III GmbHG-nF vor, dass ein Gutgläubiger Geschäftsanteile erwerben kann, wenn der Nichtberechtigte seit drei Jahren unbeanstandet als Gesellschafter eingetragen gewesen ist. Ist dem Berechtigten der Rechtschein zuzurechnen, spielt die Dauer der Unrichtigkeit jedoch keine Rolle¹⁷. Als Zurechnungsgründe nennt der Regierungsentwurf vom 25. Mai 2007 z. B. das Unterlassen von Maßnahmen zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch den Gesellschafter, nachdem er einen Geschäftsanteil erworben hat oder wenn ein wahrer Erbe es unterlässt, auf die Korrektur einer aufgrund Erbscheins des Scheinerben fehlerhaften Gesellschafterliste hinzuwirken¹⁸.

(3) Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen sieht anders als § 892 BGB vor, dass neben der Eintragung eines Widerspruchs und Vorsatz auch grobe Fahrlässigkeit den Erwerb hindert. Zwar handelt es sich auch beim Handelsregister wie beim Grundbuch um ein öffentliches Register. Die abweichende Bewertung rechtfertigt sich aber daraus, dass hinsichtlich der Gesellschafterliste keine Richtigkeitsprüfung durch das Register vorgesehen ist.

6. Weitere Erleichterungen

Nach § 5 II GmbHG-nF soll ein Gesellschafter zukünftig auch mehrere **Geschäftsanteile** übernehmen können. Entsprechend wird in § 5 II GmbHG-nF nur noch ein **Mindestnennbetrag** von 1 € verlangt. Die Nennbeträge können in unterschiedlicher Höhe bestimmt werden (§ 5 III GmbHG-nF). Hiermit wurde auf Kritik der Praxis reagiert, die die starren Regelungen über die Höhe der Geschäftsanteile bisher als unnötige Beschränkungen sahen. § 17 GmbHG fällt konsequenterweise weg.

¹⁷ Der Bundesrat sieht die Regelung des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG-nF kritisch, BR-Drucks. 354/07 (B), S. 14.

¹⁸ Regierungsentwurf vom 25.5.2007, BR-Drucks. 354/07 (S. 88).

Bei der Einpersonengründung wird auf das Erfordernis der **Sicherheitsleistung** nach § 7 Abs. 2 GmbHG verzichtet.

Die Neufassung des § 4a GmbHG soll Gesellschaften ermöglichen, einen **Verwaltungssitz** zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz im Inland übereinstimmt. Damit geht der Bundesgesetzgeber über die Vorgaben des EuGH aus *Inspire Art*¹⁹ hinaus. Zum einen ermöglicht es den rechtsformwahrenden Wegzug einer Gesellschaft aus Deutschland, unabhängig davon, ob dies durch die Niederlassungsfreiheit geboten ist. Zum anderen gilt dies nicht nur im Raum der EU. Damit sollen in erster Linie gleiche Wettbewerbsbedingungen im Vergleich zu Auslandsgesellschaften geschaffen werden, denen der Zuzug kraft Europarecht garantiert wird. Die Neuregelungen zur Zustellung in Deutschland erhalten dadurch zusätzlich an Gewicht.

Gemäß § 55a GmbHG-nF können Kapitalerhöhungen in Zukunft, ähnlich wie bei der AG auch in Form des **genehmigten Kapitals** durchgeführt werden.

III. Deregulierung bei der Kapitalaufbringung

1. Einführung einer Differenzhaftung bei verdeckter Sacheinlage, § 19 IV GmbHG-nF

Mit § 19 IV GmbHG-nF regelt der Gesetzgeber die verdeckte Sacheinlage. Die Rechtsprechung nahm bisher die Unwirksamkeit der schuldrechtlichen Vereinbarung und des Erfüllungsgeschäfts der verdeckten Sacheinlage in analoger Anwendung von § 27 III 1 AktG an²⁰. In der Insolvenz musste der Gesellschafter demgemäß die Einlageleistung oft zweimal erbringen, ohne dass er mit seinem Rückforderungsanspruch hätte aufrechnen können, § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-aF.

¹⁹ EuGH v. 30.1.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

²⁰ BGH v. 7.7.2003 (II ZR 235/01) BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127.

Das MoMiG sieht in diesem Bereich die Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft und die **Anrechnung** der Sacheinlageleistung vor, § 19 Abs. 4 GmbHG-nF. Die Bareinlageverpflichtung der Gesellschafter besteht zunächst unverändert bis zur Anmeldung fort. Im Gegensatz zur ebenfalls diskutierten Erfüllungslösung²¹ bleibt die **Strafbarkeit des Geschäftsführers bei falscher Versicherung** der erfolgten Bareinlageleistung daher erhalten. Nach Anmeldung wird der Wert der Sacheinlage auf die Bareinlageleistung angerechnet, wobei der Gesellschafter die Beweislast für die Werthaltigkeit des eingelegten Vermögensgegenstandes trägt. Die Wertdifferenz ist in bar zu erbringen. Trotz der weiterhin bestehenden Strafbarkeit des Geschäftsführers führt dies zu einer deutlichen Entschärfung der Rechtsfolgen, nicht nur für mittelständische Gesellschaften, die von der verdeckten Sacheinlage oft völlig überrascht werden, sondern auch für das ökonomisch sinnvolle Cash Pooling.

2. Hin- und Herzahlung bei der Gründung, § 19 Abs. 5 GmbHG-nF

§ 19 Abs. 5 GmbHG-nF²² regelt die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe des „Hin- und Herzahlens“, bei der die Einlageleistung aufgrund vorheriger Absprache z. B. als Darlehen wieder an die Gesellschafter zurückfließen soll (v. a. im Cash Pool). Die Rechtsprechung nimmt bisher in diesen Konstellationen eine Verletzung der Grundsätze effektiver Kapitalaufbringung an, unabhängig davon, ob der Rückzahlungsanspruch (z. B. voll liquide Muttergesellschaft im Cash Pool) vollwertig ist²³. Das MoMiG führt eine **bilanzielle Betrachtungsweise** ein. Eine Rückzahlung steht danach der Kapitalaufbringung bei vollwertigem Rückzahlungsanspruch nicht mehr

²¹ Siehe dazu *Seibert*, ZIP 2008, 1208 (1210).

²² Ursprünglich § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E. Die Regelung des Hin- und Herzahlens wurde jedoch nach § 19 GmbHG verschoben, um die Nähe zur Sacheinlage hervorzuheben.

entgegen, soweit der Rückzahlungsanspruch jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden kann. Das Hin- und Herzahlen ist jedoch in der Anmeldung offenzulegen, damit die registergerichtliche Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG-nF gewährleistet ist.

Abzuwarten bleibt, wie sich die gesetzgeberische Wertung und Liberalisierung bei der verdeckten Sacheinlage und Hin- und Herzahlen auf andere Probleme der Kapitalaufbringung zur freien Verfügung des Geschäftsführers auswirkt, so z. B. wenn die Einlage schon vor Beurkundung der Gründung oder der Kapitalerhöhung geleistet worden ist.

IV. Änderungen im Bereich der Kapitalerhaltung, § 30 GmbHG

1. bei aufsteigenden Darlehen, § 30 I 2 Hs. 2 GmbHG-nF

§ 30 I GmbHG-aF verhindert Zahlungen an die Gesellschafter, wenn dadurch das Stammkapital der Gesellschaft angegriffen wird. Aufgrund dieser bilanziellen Betrachtungsweise wurden bis zur Novemberentscheidung des BGH²⁴ **Kreditleistungen** der GmbH an ihre Gesellschafter (sog. *upstream loans*, v. a. Cash Pool-Konstellationen) nicht unter diese Vorschrift gefasst. Bei einem vollwertigen Rückzahlungsanspruch fand bei diesen Leistungen nur ein Aktivtausch statt. Die Transaktion blieb daher bilanzneutral.

Der BGH stellte aber fest, dass § 30 I GmbHG-aF nicht bloß eine Bilanzsperre darstelle, sondern Ausdruck der effektiven Kapitalerhaltung sei. Der Tausch liquider Mittel gegen einen zeitlich aufgeschobenen Rückzahlungsanspruch werde dem aber nicht gerecht. Daher fasste er in

²³ BGH v. 4.11.2003 (II ZR 171/01, sog. Novemberentscheidung) BGHZ 157, 72-79 = NJW 2004, 1111-1112; BGH v. 16.1.2006 (II ZR 76/04) BGHZ 166, 8-18 = NJW 2006, 1736-1739.

²⁴ BGH v. 4.11.2003 (II ZR 171/01) BGHZ 157, 72-79 = NJW 2004, 1111-1112

der Folgezeit auch Darlehensgewährungen an die Gesellschafter unter die Vorschrift des § 30 I GmbHG-aF, soweit eine Unterbilanz besteht. Dass der Rückzahlungsanspruch im Einzelfall vollwertig sein soll, galt als unbeachtlich²⁵.

§ 30 I 2 Hs. 2 GmbHG-nF kehrt nun zu einer rein **bilanziellen Betrachtungsweise** zurück. Ausdrücklich werden danach von § 30 I 1 GmbHG-nF Kreditleistungen nicht erfasst, wenn sie zwischen den Parteien eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags²⁶ erfolgen oder durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gedeckt sind.

In diesem Zusammenhang ist auch § 64 S. 2 GmbHG-nF zu sehen. Dieser weitete die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers ausdrücklich auf Zahlungen der Gesellschaft an die Gesellschafter aus, verortet die Haftung aber - systematisch richtiger - im Bereich der **Pflichtverletzungen**. Konsequenterweise tritt die Haftung deswegen nicht ein, wenn der Geschäftsführer nachweisen kann, dass die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind. Dadurch soll ein Teil der vieldiskutierten sog. existenzvernichtenden Eingriffe abgedeckt werden, die Haftung setzt jedoch bei der Organstellung an.

Nach Rechtsprechung des BGH²⁷ waren nicht nur Darlehensgewährungen an einen Gesellschafter der Kapitalerhaltung nach § 30 I GmbHG unterworfen, sondern auch die **Rückzahlung eines Darlehens** (sowie dementsprechende Rechtshandlungen) an den Gesellschafter in der Krise. Auf diese Rechtsprechung reagiert § 30 Abs. 1

²⁵ Eine Ausnahme galt, wenn der Gesellschafter nachweisen konnte, dass die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft lag, der Vertrag einem Drittvergleich standhielt und der Rückzahlungsanspruch durch werthaltige Sicherheiten gedeckt war.

²⁶ Die Ausdehnung auf Konzerne war notwendig geworden, weil der BGH die analoge Anwendung des § 291 Abs. 3 AktG auf den GmbH-Vertragskonzern abgelehnt hat, BGH v. 10. Juli 2006 (II ZR 238/04) BGHZ 168, 285 (294). Nach neuer Rechtslage gilt bei Bestehen eines GmbH-Vertragskonzerns daher keine Kapitalbindung mehr.

Satz 3 GmbHG-nF. Der richterrechtliche Kapitalschutz nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-aF wird auf diese Weise suspendiert.

2. Verlagerung des Eigenkapitalersatzrechtes in das Insolvenzrecht §§ 32a, b GmbHG-aF, §§ 19 II, 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO-nF²⁸

Die Regelungen über die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen in der Krise nach **§§ 32a und 32b GmbHG-aF werden aufgehoben**, die Thematik wird in das **Insolvenzrecht** verlagert, wo sie systematisch auch hingehören. Dadurch sollen Regelungs-Redundanzen zwischen GmbH-Recht und Insolvenzrecht abgebaut werden.

Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-nF werden alle **Gesellschafterdarlehen oder vergleichbare Forderungen** unabhängig davon, ob sie nach altem Recht als „kapitalerersetzend“ galten oder in der „Krise“ gewährt wurden, in der Insolvenz der Gesellschaft als **nachrangig** behandelt. Ausgenommen sind Sanierungsdarlehen und Darlehen von Kleinbeteiligten, § 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO-nF.

Obwohl Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft letzttrangig behandelt werden, sind sie in der **Überschuldungsbilanz** nach wie vor zu passivieren, es sei denn es ist ein **Rangrücktritt** nach § 39 Abs. 2 InsO vereinbart, § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO-nF. Der Regierungsentwurf vom 25. Juli 2007 sah wegen des ohnehin bestehenden Nachrangs aller Gesellschafterdarlehen den Verzicht auf die Passivierung in der Überschuldungsbilanz vor, selbst wenn kein Rangrücktritt vereinbart war. Da ein Rangrücktritt aber Signalwirkung für die Beteiligten hat und die Beteiligten über die Passivierung der Gesellschafterdarlehen selber entscheiden sollen, wurde das Erfordernis des Rangrücktrittes in § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO-nF ausdrücklich festgelegt.

²⁷ Ständige Rechtsprechung seit BGH v. 26. März 1984 (II ZR 14/84) BGHZ 90, 370. Diese Rechtsprechung fand Anwendung neben §§ 32a, b GmbHG-aF.

²⁸ Siehe dazu auch *Gehrlein*, BB 2008, 846 ff; *Habersack*, ZIP 2007, 2145 ff.

Nach § 135 InsO-nF sind alle Leistungen auf ein Gesellschafterdarlehen, welche im Jahr vor oder nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens getätigt wurden, **anfechtbar**.

Die beschlossene MoMiG-Fassung enthält in § 135 Abs. 3 InsO-nF auch eine gesetzliche Regelung der **eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung**. Der Gesellschafter kann einen Aussonderungsanspruch nach einem Jahr ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltend machen, soweit der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, kann er sogleich Aussonderung verlangen. Für den Gebrauch des Gegenstandes erhält er eine Vergütung, welche sich nach dem Durchschnitt des letzten Jahres richtet. Durch diese gesetzliche Regelung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung wird Rechtssicherheit in diesem Bereich und ein interessengerechter Ausgleich zwischen Gesellschafter und Gläubiger/Insolvenzverwalter geschaffen.

Bemerkenswert ist auch, dass die Vorschriften zum Eigenkapitalersatzrecht mit der Verortung im Insolvenzrecht nun rechtsformneutral geregelt sind. Damit ist die Anwendung dieser Regelungen nicht auf deutsche Gesellschaften beschränkt, sondern erfasst auch **ausländische Gesellschaften**, z. B. die englische Ltd. (vgl. Art. 3 I, 4 I EulnsVO).

V. Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung

1. Möglichkeit der Zustellung, § 35 I 2, II GmbHG n. F.

Das MoMiG reagiert durch verschiedene Vorschriften auf betrügerische Praktiken aus der jüngeren Vergangenheit. Dabei ging es um sog. Firmenbestatter, die die Geschäftsführer der GmbH abberiefen und die GmbH dadurch führungslos machten. Die geprellten Gläubiger hatten nun das Problem, dass ihnen die Zustellungsmöglichkeit fehlte, um etwaige

Ansprüche zu verfolgen (vgl. §§ 170, 171 ZPO). § 35 GmbHG n. F. reagiert in mehrfacher Weise darauf. Zunächst begründet Satz 1 eine **subsidiäre Empfangszuständigkeit der Gesellschafter** für den Fall der Führungslosigkeit. Satz 2 bestimmt außerdem, dass für die **Zustellung** die im Handelsregister angegebene Geschäftsanschrift maßgeblich ist. Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang daher die Pflicht, **inländische Geschäftsanschrift** sowie Art und Umfang der Vertretungsbefugnis bei der Anmeldung anzugeben (§ 8 IV GmbHG-nF). Ist eine Zustellung nicht möglich, besteht die Möglichkeit unter vereinfachten Voraussetzungen die **öffentliche Zustellung** zu betreiben, § 185 ZPO-nF.

2. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter, § 15a Abs. 3 InsO-nF

§ 15a InsO-nF regelt nun in seinem Absatz 3 die **subsidiäre Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit** der Gesellschaft. Gesellschafter sind aber davon befreit, wenn sie nachweisen können, dass sie von der Führungslosigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung keine Kenntnis hatten, was v. a. Gesellschaftern mit geringer Beteiligung gelingen wird. Die Verletzung der Pflicht ist in § 15a Abs. 4, 5 InsO-nF strafbewehrt und führt iVm. § 823 Abs. 2 BGB zur persönlichen Haftung.

3. Einschränkungen bei der Bestellung zum Geschäftsführer, 6 II 2-4 GmbHG-nF

Die Inhabilitätsgründe bei der Bestellung der Geschäftsführer wurden durch das MoMiG erweitert. Bislang konnte nur ein gem. §§ 283 - 283d StGB Verurteilter (Insolvenzstraftaten) nicht Geschäftsführer werden. Nunmehr sollen strafrechtliche Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung falscher Angaben oder unrichtiger Darstellungen nach § 82 GmbHG, §§ 399, 400 AG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PubiG und wegen nahezu aller **Betrugs- und Vermögensdelikte** einbezogen werden. Letztere aber nur dann, wenn eine Freiheitsstrafe von

mindestens einem Jahr ausgesprochen wurde. Daraus soll sich generell ergeben, dass sich die Person für die Erfüllung der vermögensbezogenen Geschäftsführerpflichten als ungeeignet erwiesen hat. Hieraus ergeben sich im Zusammenhang mit Art. 12 GG interessante verfassungsrechtliche Fragen, insbesondere bezüglich der Verhältnismäßigkeit der Regelung und der Ungleichbehandlung zu den Eigentumsdelikten. Entsprechende Regeln sind allerdings international üblich (vgl. insbes. USA nach dem Enron-Skandal, *Company Directors Disqualification Act* in Großbritannien) und dürften verfassungsrechtlich im Ergebnis nicht zu beanstanden sein.

4. Weitere Maßnahmen

§ 6 Abs. 5 GmbHG-nF begründet zudem eine **Schadensersatzpflicht des Gesellschafters**, wenn dieser vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die wegen den erweiterten Inhabilitätsvorschriften nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlässt.

Schon bisher haftete der Geschäftsführer für Zahlungen die er nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft tätigt, § 64 Abs. 2 GmbHG. Der Schutz der Gesellschaft vor Ausplünderung wird jetzt vorverlagert, indem nach dem neuen § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG der Geschäftsführer schon der Haftung unterliegt, wenn er Zahlungen tätigt, **durch die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erst verursacht wurde.**

VI. Beurteilung und Ausblick

Wie sich das MoMiG im Rechtsalltag bewähren wird, bleibt abzuwarten. Insgesamt betrachtet kann aber gesagt werden, dass es sich um eine längst überfällige und im Wesentlichen durchdachte und ausgewogene Revision des GmbH-Rechts handelt. Es werden alte Probleme beseitigt oder geklärt, sicherlich aber auch neue geschaffen. Für Gesellschafter dürften insbesondere die Gründungserleichterungen und die Deregulierung des Kapitalersatzrechtes erfreulich sein, während auf Geschäftsführer neue Pflichten und Risiken zukommen. Dem ohnehin

schon stark abgeebbten Limited-Boom in Deutschland dürfte weiterer Wind aus den Segeln genommen worden sein.