

## THEMENÜBERSICHT

Vorwort	1
I. Unternehmergesellschaft	2
II. Erleichterungen bei der Gründung und sonstige Deregulierungen	3
III. Kapitalaufbringung	4
IV. Kapitalerhaltung	8
V. Gesellschafterdarlehen - Eigenkapitalersatz	10
VI. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen	12
VII. Insolvenzverursachungshaftung	13
VIII. Sonstige Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung	14
IX. Fazit	16

■ Am 26.06.2008 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) verabschiedet. Der Bundesrat hat dem Gesetz zwischenzeitlich zugestimmt. Das Gesetz wird daher voraussichtlich am 01.11.2008 in Kraft treten.

### Vorwort

Durch das MoMiG erfährt das GmbHG, das seit seinem Inkrafttreten 1892 in großen Bereichen nicht oder nur unwesentlich geändert wurde, die größte Reform in seiner Geschichte.

Wie der Name schon erkennen lässt, verfolgt der Gesetzgeber mit der Neuregelung zwei Ziele: **Modernisierung** und **Flexibilisierung** des geltenden GmbH-Rechts auf der einen Seite und **Bekämpfung von Missbräuchen** auf der anderen Seite.

Während das Bestreben des Gesetzgebers, das Gesetz zu modernisieren und damit attraktiver zu machen, insbesondere als Reaktion auf den Markteintritt zahlreicher Auslandsgesellschaften, wie insbesondere der englischen Limited, zurückzuführen ist, wurde die Bekämpfung von Missbräuchen vor allem von den Bundesländern angestoßen, denen in der Vergangenheit durch zahlreiche masselose Insolvenzen und illegale Firmenbestattungen erhebliche Kosten entstanden sind.

Es ist nicht zu verkennen, dass die genannten Ziele des Gesetzgebers im Gegensatz zueinander stehen und sich nicht ohne weiteres in Einklang bringen lassen.

Das MoMiG wird die Unternehmenspraxis nachhaltig beeinflussen. Schon an dieser Stelle seien folgende Änderungen herausgestellt:

- Einführung einer „kleinen Schwester“ der GmbH - die Unternehmergesellschaft, welche mit nur einem Euro gegründet werden kann;
- Entschärfung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln sowie Abschaffung der Figur der eigenkapitalersetzenden Darlehen;
- Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen;
- Einführung einer Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer.

Im Folgenden werden die Eckpunkte der Reform vorgestellt und erste Praxishinweise gegeben.

## I. Unternehmergesellschaft

■ Im Zuge des MoMiG erhält die GmbH eine „kleine Schwester“ - die „Unternehmergesellschaft“ (UG). Die Schaffung der Unternehmergesellschaft ist insbesondere als Reaktion auf den Markteintritt zahlreicher englischer Limiteds anzusehen.

### 1. Wesensmerkmale der Unternehmergesellschaft

Der Vorteil der Unternehmergesellschaft besteht darin, dass sie mit nur **einem Euro** gegründet werden kann. Die Vorschriften über das Mindeststammkapital – € 25.000,00 – finden keine Anwendung. Das Stammkapital kann somit in den Grenzen von € 1,00 bis € 24.999,00 frei gewählt werden. Die Unternehmergesellschaft eignet sich also insbesondere für Existenzgründungen ohne großen Kapitalbedarf, z. B. im Dienstleistungssektor.

In Höhe des gewählten Stammkapitals ist die Einlage voll in bar zu erbringen. Sacheinlagen sind ausgeschlossen (§ 5a Abs. 1, 2 GmbHG).

Bei der Unternehmergesellschaft handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine Variante der GmbH. Folglich findet das GmbHG im Grundsatz voll Anwendung.

Zwei Besonderheiten sind jedoch zu beachten:

Zum einen muss die Unternehmergesellschaft zwingend die **Bezeichnung** „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ bzw. die Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“ tragen.

Zum anderen darf die Unternehmergesellschaft ihre Gewinne nicht voll ausschütten, sondern unterliegt als Ausgleich für das geringere Stammkapital einem Kapitalaufholungsgebot, wonach jeweils **ein Viertel des Jahresüberschusses** in eine **gesetzliche Rücklage** einzustellen ist (§ 5a Abs. 3 GmbHG).

Solange die Unternehmergesellschaft nicht in eine normale GmbH „umgewandelt“ ist (dazu sogleich), ist die Verpflichtung zur Rücklagenbildung weder betragsmäßig noch zeitlich beschränkt. Ein Verstoß gegen das Kapitalaufholungsgebot führt zur Nichtigkeit des Beschlusses über die Feststellung des Jahresabschlusses und auch zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses.

Die Rücklage darf außer zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln noch zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags oder eines Verlustvortrags verwendet werden. Andere Verwendungen sind unzulässig.

Möchten die Gesellschafter die Unternehmergesellschaft in eine normale GmbH „**umwandeln**“, bietet sich hierzu insbesondere die Umwandlung der Rücklage in haftendes Stammkapital im Wege der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln an. Voraussetzung ist aber, dass durch die Umwandlung der Rücklagen zumindest ein Stammkapital von € 25.000,00 erreicht wird. Alternativ kann der Weg in die normale GmbH durch Einlageleistungen der Gesellschafter beschritten werden.

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Ein praktischer Anwendungsbereich der Unternehmergesellschaft könnte – neben Existenzgründungen – die Verwendung als **Komplementärin** einer Kommanditgesellschaft sein. Dies ist rechtlich jedoch nicht unproblematisch, wenn die Komplementärin wie üblich nicht am Vermögen der KG beteiligt ist, weil eine Rücklagenbildung bei der Unternehmergesellschaft dann praktisch ausgeschlossen ist. Insofern könnte man von einem Gestaltungsmissbrauch ausgehen.

- Darüber hinaus bietet sich die Unternehmergeellschaft zur **Durchführung einzelner, riskanter Geschäfte** an.
- Die Geschäftsführer haben auf eine **angemessene Finanzausstattung** der Unternehmergeellschaft zu achten, weil der Insolvenzgrund der Überschuldung uneingeschränkt gilt. Dies kann jedoch durch mit Rangrücktritt versehene Gesellschafterdarlehen (vgl. dazu unten V.2.) geschehen.

## 2. Normale GmbH-Gründungen

„Normale“ GmbH-Gründungen sind (selbstverständlich) nach wie vor möglich. Diese setzen aber wie bisher ein Mindeststammkapital von € 25.000,00 voraus. Die ursprünglich geplante Absenkung des Mindeststammkapitals von € 25.000,00 auf € 10.000,00 wurde vom Gesetzgeber auf der Zielgeraden des Gesetzgebungsverfahrens fallen gelassen.

■ Die Gründung einer GmbH wird vereinfacht. Überdies werden verschiedene Regelungen, die sich in der Praxis als schwerfällig erwiesen haben, gelockert.

### 1. Musterprotokoll

Künftig kann eine GmbH in einem **vereinfachten Verfahren** gegründet werden, wenn sie **höchstens drei Gesellschafter** und **einen Geschäftsführer** hat (§ 2 Abs. 1a GmbHG). Hierzu sind die dem GmbHG als Anlage beigefügten **Musterprotokolle** – eines für die Einpersonengesellschaft, eines für die Mehrpersonengesellschaft - zu verwenden, welche jeweils Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste beinhalten. Das Musterprotokoll ist notariell zu beurkunden. Vom Inhalt des Musterprotokolls darf nicht abgewichen werden.

II. Erleichterungen bei der Gründung und sonstige Deregulierungen

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Von der Gründung einer GmbH unter Verwendung eines der Musterprotokolle ist, insbesondere was Mehrpersonengesellschaften anbetrifft, u. E. abzuraten. Denn in dem Musterprotokoll fehlen zentrale regelungsbedürftige Punkte, wie die Einziehung von Geschäftsanteilen, die Kündigung der Gesellschaft, Zustimmungsvorbehalte im Falle der Übertragung von Geschäftsanteilen (Vinkulierung) sowie Einzelheiten zur Vorbereitung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen. Die mit der Verwendung der Musterprotokolle verbundene kostenrechtliche Privilegierung, welche auch nur bei der Unternehmergeellschaft greift, wiegt diese Nachteile nicht auf.

## 2. Sitzwahl, insbesondere ausländischer Verwaltungssitz

Durch die Neufassung des § 4a GmbHG werden Satzungs- und Verwaltungssitz der Gesellschaft künftig voneinander entkoppelt. Völlig unabhängig von der Lage des Verwaltungssitzes kann jeder beliebige Ort im Inland als Satzungsitz bestimmt werden. Eine GmbH **mit Sitz im Inland** kann damit nunmehr auch **ausschließlich im Ausland** tätig sein oder werden. Dies hat den Vorteil, dass für Auslandsaktivitäten nicht mehr auf eine ausländische Rechtsform zurückgegriffen werden muss. Dies ist insbesondere im Konzern interessant.

### 3. Flexibilisierung der Regelungen über den Geschäftsanteil des Gesellschafters

Die Regelungen über den Geschäftsanteil des Gesellschafters werden durch den geänderten § 5 Abs. 2 und 3 GmbHG erheblich flexibilisiert.

Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils muss künftig nur noch auf **volle Euro** lauten. Die bisherige Regelung, wonach die Stammeinlage mindestens € 100,00 betragen und durch 50 teilbar sein muss, entfällt.

Weiter kann ein Gesellschafter bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung – anders als bisher – **mehrere Geschäftsanteile** übernehmen. Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes müssen die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile im **Gesellschaftsvertrag** angegeben und die Geschäftsanteile in der **Gesellschafterliste** durchgehend **nummeriert** werden (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Darüber hinaus werden die Vorschriften bezüglich der **Teilung** und der **Zusammenlegung** von Geschäftsanteilen liberalisiert, in dem u. a. das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft (§ 17 GmbHG) aufgehoben und § 46 Nr. 4 GmbH ergänzt wird. Danach können die Gesellschafter die Zusammenlegung ebenso wie die Teilung vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschließen. Umstritten ist allerdings, ob der von der Teilung oder Zusammenlegung betroffene Gesellschafter zustimmen muss.

### 4. Erleichterung der Eintragung bei genehmigungsbedürftigem Unternehmensgegenstand

Bedarf der Unternehmensgegenstand einer staatlichen Genehmigung, wie z. B. im Fall der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, ist zur Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister künftig nicht mehr die Vorlage der Genehmigungsurkunde erforderlich. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG wird ersatzlos gestrichen. Die Handelsregisteranmeldung wird damit von einer ggf. erforderlichen staatlichen Genehmigung entkoppelt, was in den genannten Fällen zur Beschleunigung der Gründung führt.

## III. Kapitalaufbringung

■ Erhebliche Änderungen bringt das MoMiG im Hinblick auf das Recht der Kapitalaufbringung. Die bisher sehr strengen Kapitalaufbringungsregeln werden deutlich entschärft.

### 1. Hin- und Herzahlen

Künftig ist es möglich, die Einlage an den Gesellschafter in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Einlageleistung in Form eines Darlehens zurückzuzahlen („**Hin- und Herzahlen**“), § 19 Abs. 5 GmbHG. Dies gilt sowohl bei der Gründung der Gesellschaft als auch bei Kapitalerhöhungen.

Nach altem Recht scheiterte die wirksame Erbringung der Einlage in diesen Fällen daran, dass sich die Einlage nicht endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befand (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). In der Insolvenz der Gesellschaft drohte dem Gesellschafter - zumindest nach der Auffassung einiger Gerichte - eine nochmalige Zahlung der Einlage.

Dies ist nun anders: Künftig ist eine Darlehensgewährung oder sonstige Leistung an den Gesellschafter ohne Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG möglich, sofern sie durch einen **vollwertigen** und **liquiden** Rückgewähranspruch gedeckt ist.

Die **Vollwertigkeit** ist gegeben, sofern das Vermögen der GmbH zur Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten ausreicht. Maßgeblicher **Bewertungszeitpunkt** ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückzahlung an den Gesellschafter. Ist der Anspruch in jenem Zeitpunkt also vollwertig, ist die Einlageschuld erfüllt, so dass auch eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 24 GmbHG) ausscheidet, wenn der betroffene Gesellschafter nachträglich illiquide wird.

**Liquide** ist der Rückgewähranspruch, wenn er jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig gestellt werden kann (§ 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG).

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Wird die Einlage an den Gesellschafter im Zusammenhang mit der Gründung oder einer Kapitalerhöhung an den Gesellschafter zurückgewährt, ist dies von dem **Geschäftsführer** in der **Handelsregisteranmeldung offenzulegen**, § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG. Allerdings dürfte nach der Gesetzessystematik die Nicht-Offenlegung der Erfüllungswirkung nicht entgegenstehen. Der Geschäftsführer macht sich in diesem Fall jedoch – zumindest bei Vorsatz – **strafbar** (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG).
- Der Wortlaut des Gesetzes setzt voraus, dass die Rückzahlung vor der Einlage vereinbart worden ist. Es wird jedoch mit guten Gründen vertreten, dass § 19 Abs. 5 GmbHG auch dann Anwendung findet, wenn
  - keine Vereinbarung getroffen worden ist,
  - eine Vereinbarung wegen Identität zwischen Alleingesellschafter und Geschäftsführer gar nicht möglich ist oder
  - die Gesellschaft dem Gesellschafter das Darlehen für die Einlageleistung vorab zur Verfügung stellt.
- Die Neuregelung des § 19 Abs. 5 GmbHG gilt auch für **Altfälle**, sofern über diese noch kein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame (Vergleichs-)Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG).
- Die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs ist im Streitfall vom Gesellschafter zu beweisen. Es ist zu befürchten, dass die Rechtsprechung hier strenge Anforderungen stellen wird, um den Gläubigerschutz, der durch die neuen Regeln zur Kapitalaufbringung weitgehend entwertet wird, nicht noch weiter zu verwässern.

## 2. Verdeckte Sacheinlage

Erheblich **entschärft** werden die Regeln über die verdeckte Sacheinlage. Von einer verdeckten Sacheinlage spricht man, wenn die Einlageleistung eines Gesellschafters formell als Bareinlage deklariert, beurkundet und angemeldet wird, obwohl die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung einen Sachwert erhalten soll. Beispiele hierfür sind der Erwerb von Vermögensgegenständen vom Gesellschafter im Zusammenhang mit der Gründung/Kapitalerhöhung oder die Verrechnung von Forderungen.

Die Folgen einer verdeckten Sacheinlage wurden zum alten Recht treffend als „katastrophal“ bezeichnet. Genau wie in den Fällen des Hin- und Herzählens (siehe dazu oben III.1.) bestand die **Gefahr**, dass der Gesellschafter **zweimal** zahlen musste, weil die Bareinlage nicht wirksam geleistet war und der gegen die Gesellschaft gerichtete Rückzahlungsanspruch lediglich eine einfache Insolvenzforderung darstellte, gegen die nicht aufgerechnet werden konnte. Überdies waren sämtliche Verträge, auf die sich die Sacheinlage bezieht, nichtig (§ 27 Abs. 3 AktG analog) mit der Folge der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung hinsichtlich des Sacheinlagegegenstands und dessen Nutzung.

Nach neuem Recht wird der Gesellschafter erheblich besser gestellt: So wird im Gesetz nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass die **Verträge über die Sacheinlage** und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung **wirksam** sind (§ 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Was die Bareinlageverpflichtung als solche betrifft, wird der Gesellschafter zwar hiervon nicht befreit. Jedoch wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, auf die fortbestehende Bareinlagepflicht **angerechnet** (§ 19 Abs. 4 Satz 1 und 3 GmbHG).

- Entspricht der Wert der verdeckten Sacheinlage auf Basis einer Gesamtsaldierung aller erbrachten Leistungen und Ansprüche dem Betrag der übernommenen Bareinlage, so ist die Einlageschuld im Ergebnis uneingeschränkt getilgt.
- Fehlt es an der vollen Werthaltigkeit, besteht die Bareinlageverpflichtung in Höhe der fehlenden Werthaltigkeit fort.
- Beispiel: Wird eine Bareinlage von € 100.000 vereinbart und eingezahlt und kauft die Gesellschaft vom Gesellschafter anschließend einen Gegenstand, der einen Wert von € 120.000 hat, zum Kaufpreis von € 150.000, bleibt die Verpflichtung zur Leistung der Einlage in Höhe von € 30.000 (Differenz zwischen € 150.000 und € 120.000) bestehen. In Höhe des Rests wird sie angerechnet.

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Wird ein höherer Ausgabebetrag als der Nennwert vereinbart, so muss der Wert der Sacheinlage auch diesen Betrag und nicht nur den Nennwert decken.
- Die Beweislast für die Vollwertigkeit der Sacheinlage trägt der Gesellschafter (§ 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG).
- Erlangt der **Geschäftsführer** Kenntnis von einer verdeckten Sacheinlage, darf er in der Handelsregisteranmeldung **nicht versichern**, dass die (Bar-)Einlage erfüllt ist, weil die Anrechnung gemäß § 19 Abs. 4 Satz 4 GmbHG erst mit der Eintragung der Gesellschaft (bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung) in das Handelsregister erfolgt. Eine falsche Versicherung ist wiederum nach § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG **strafbewehrt**.
- Trifft der Geschäftsführer mit dem Gesellschafter eine Abrede über die verdeckte Sacheinlage, haftet er gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG, soweit die Einlage nicht dem Wert der Bareinlage entspricht.
- Stellt sich nach Eintragung heraus, dass eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, hat der Gesellschafter die Möglichkeit, gemeinsam mit der GmbH ein **Wertgutachten** eines neutralen, etwa von der IHK benannten Sachverständigen einzuholen. Ein erst im Streitfall nachgereichtes, zuvor unter Verschluss gehaltenes „Schubladengutachten“ wird zur Beweisführung hingegen kaum geeignet sein.

- Die neuen Regeln zur verdeckten Sacheinlage gelten wiederum auch für **Altfälle**, sofern hierüber noch kein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG).

### 3. Einschränkung der registergerichtlichen Kontrolle bei Sachgründungen

Nach bisherigem Recht hat das Registergericht die Eintragung der Gründung oder Kapitalerhöhung abzulehnen, wenn Sacheinlagen überbewertet worden sind (§ 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F.). Schon geringe Überbewertungen hinderten die Eintragung. Nach neuem Recht ist die Eintragung hingegen erst dann abzulehnen, wenn Sacheinlagen **nicht unwesentlich überbewertet** wurden (§ 9c Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

### 4. Nachweise über die Kapitalaufbringung

Das Gründungsverfahren wird bisweilen dadurch behindert, dass einige Registergerichte stets die Vorlage eines Nachweises über die Einzahlung der Bareinlagen verlangen. Zur Beseitigung dieses Hemmnisses wird in § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Regelung aufgenommen, dass das Registergericht (nur) bei **erheblichen Zweifeln** an der Richtigkeit der Versicherung über die Bewirkung der Leistungen und die endgültige freie Verfügung der Geschäftsführer Nachweise verlangen kann.

### 5. Genehmigtes Kapital

Mit dem genehmigten Kapital wird künftig ein aus dem Aktienrecht bekanntes Rechtsinstitut in das GmbH-Recht importiert (vgl. § 55a GmbHG).

Die Gesellschafter haben künftig also die Möglichkeit, die Geschäftsführer – im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder später durch satzungsändernden Beschluss – für (höchstens) fünf Jahre zu **ermächtigen**, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Betrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen.

Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die  **Hälfte des Stammkapitals**, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen (§ 55a Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

Gegen **Sacheinlagen** dürfen Geschäftsanteile nur ausgegeben werden, wenn die Ermächtigung es vorsieht (§ 55a Abs. 3 GmbHG).

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Der **praktische Nutzen** des genehmigten Kapitals hält sich bei der GmbH in Grenzen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft, wie üblich, nur wenige Gesellschafter hat.
- Fraglich ist, ob ein **Bezugsrechtsausschluss** möglich ist. Hierzu treffen weder das Gesetz noch die Gesetzesbegründung eine Aussage. Da das Bezugsrecht bei der GmbH anders als bei der AG auch im Rahmen der ordentlichen Kapitalerhöhung nicht ausdrücklich geregelt ist, bei entsprechender Beschlussfassung aber zulässig ist, dürfte die Zulässigkeit auch beim genehmigten Kapital – unter Beachtung der im Aktienrecht entwickelten Schranken – zu bejahen sein.

## IV. Kapitalerhaltung

■ Wie die Kapitalaufbringungsregeln werden auch die Kapitalerhaltungsregeln durch das MoMiG erheblich entschärft.

### 1. Zulässigkeit von Vermögensabflüssen bei vollwertigem Gegenleistungsanspruch

§ 30 Abs. 1 GmbHG, der Eckpfeiler der Kapitalerhaltungsvorschriften, wird durch das MoMiG zwar nicht aufgehoben. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf demnach auch weiterhin nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden.

Künftig sind Vermögensabflüsse aus dem Stammkapital jedoch dann zulässig, wenn sie durch einen vollwertigen **Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch** gegen den Gesellschafter aufgewogen werden (unschädlicher Aktiventausch), § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Damit kehrt das Gesetz, ebenso wie bei der Kapitalaufbringung, zu einer rein **bilanziellen Betrachtungsweise** zurück, was nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2003 zweifelhaft war.

Zahlungen sind bei Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs sowohl bei Bestehen einer Unterbilanz – das Reinvermögen ist kleiner als das Stammkapital – als auch bei Bestehen einer Überschuldung – die Aktiva decken die Passiva nicht mehr – möglich.

Anders als bei der Kapitalaufbringung ist die jederzeitige Fälligkeit des Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruchs gegen den Gesellschafter (**Liquidität**) keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Auszahlung. Insofern sind die Kapitalerhaltungsregeln also weniger streng als die Kapitalaufbringungsregeln.

Maßgeblicher **Bewertungszeitpunkt** für die Zulässigkeit der Auszahlung ist – wie bei der Kapitalaufbringung – der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückzahlung an den Gesellschafter. Nicht vorhersehbare negative Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter und etwaige bilanzielle Abwertungen führen also nicht nachträglich zu einer verbotenen Auszahlung. Allerdings kommt ein **Sorgfaltspflichtverstoß** des **Geschäftsführers** in Betracht, wenn er die Forderung in einem solchen Fall stehen lässt oder eine dem Gesellschafter gewährte Sicherheit nicht zurückfordert, obwohl dies rechtlich möglich wäre.

Die Neuregelung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gilt nicht nur für Darlehensverträge, sondern für **sämtliche Austauschverträge** zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern.

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Die Gegenleistung des Gesellschafters muss bei einem Austauschvertrag trotz der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise nicht nur dem bilanziellen Wert sondern dem Marktwert des empfangenen Gegenstandes entsprechen, so dass stille Reserven zu kompensieren sind. Nicht aktivierungsfähige immaterielle Vermögenswerte sind vom Gesellschafter zum wirklichen Preis zu entgelten.
- Bei Darlehensverträgen mit längerer Laufzeit (größer als 1 Jahr) ist *im Falle der Unverzinslichkeit* bilanziell eine Abzinsung vorzunehmen, ohne die die Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs nicht gewährleistet wäre und entsprechend eine verbotene Auszahlung in Höhe der Zinsdifferenz vorläge.
- Die Vollwertigkeit der Gegenleistung ist in Frage gestellt, wenn es sich bei der Darlehensempfängerin um eine mit geringen Mitteln ausgestattete Erwerbsgesellschaft („Special Purpose Vehicle“, „SPV“) handelt oder die Durchsetzbarkeit der Forderung aus anderen Gründen in Frage gestellt ist.

- Anders als bei der Kapitalaufbringung und der verdeckten Sacheinlage findet sich bei der Kapitalerhaltung im Gesetz **keine Regelung für Altfälle**. Hier bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung entwickelt.
- **Sonstige Schutzinstrumente** im Gesellschaftsrecht, wie insbesondere Deliktsrecht, die Regeln über den existenzvernichtenden Eingriff (§ 826 BGB), die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 GmbHG sowie die Insolvenverschleppungs- und Insolvenzverursachungshaftung bleiben unverändert **anwendbar**.

## 2. Cash Pool

Die oben (III.1. und IV.1.) dargestellten Änderungen der Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften haben insbesondere Bedeutung für die Konzernfinanzierung mittels eines Cash Pools. Hier war es in der Vergangenheit durch mehrere Urteile des BGH zu erheblicher Verunsicherung in der Unternehmenspraxis gekommen. Durch das MoMiG wird die Cash-Pool-Finanzierung zumindest insoweit wieder auf eine sichere rechtliche Basis gestellt als eine Tochtergesellschaft wieder Darlehen an ihre Konzernmutter geben kann, ohne einen Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG befürchten zu müssen ("upstream loan"). Nach dem neuen Recht sind Zahlungen der GmbH (Tochtergesellschaft) in einen Cash Pool bei Vollwertigkeit und Liquidität des Darlehensanspruchs gegen den Gesellschafter (Konzernmutter) stets als zulässig anzusehen.

### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Bei der **Gestaltung des Cash Pools** ist insbesondere im Hinblick auf eine sonst drohende Haftung des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft darauf zu achten, dass der Rückzahlungsanspruch **liquide**, das heißt jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig gestellt werden kann. **Bestehende Cash-Pool-Systeme** sollten entsprechend **überprüft** werden.
- Vor dem Hintergrund der Änderungen der Regelungen über Gesellschafterdarlehen (dazu sogleich V.) wird zum Teil allerdings darauf hingewiesen, dass sich die Stellung der Konzernmutter im Falle einer Darlehensgewährung an die Tochtergesellschaft ("downstream loan" im Rahmen des Cash Pools) gegenüber der alten Rechtslage verschlechtere, da das Gesetz den Gesellschaftern künftig keine Überlegungsfrist mehr einräumt, das Darlehen abzuziehen und etwaige Sicherheiten wegen der Nachrangigkeit von der Konzernmutter nicht geltend gemacht werden können. Somit werde der Konzernmutter jede Reaktions- und Sicherungsmöglichkeit genommen. Dies gelte auch und gerade für den Cash Pool. Wir halten diesen Einwand jedoch nur zum Teil für stichhaltig.

## 3. Keine Vermögensbindung bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags

Der neue § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bestimmt außerdem, dass das Kapitalerhaltungsgebot des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags nicht gilt. Eine entsprechende Regelung gibt es schon heute im Aktienrecht (vgl. § 291 Abs. 3 AktG). Es war aber streitig, ob die Regelung im GmbH-Recht entsprechend gilt.

## 4. Aktiengesellschaft

Was die Aktiengesellschaft anbetrifft, werden die Kapitalerhaltungsvorschriften entsprechend angepasst (vgl. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG). Leider ist der Gesetzgeber nicht so konsequent gewesen, auch die Kapitalaufbringungsregeln und die Regeln über die verdeckte Sacheinlage (vgl. dazu III.1. und 2.) an die neue Rechtslage bei der GmbH anzupassen. Insofern gelten bei der AG die bisherigen (sehr strengen) Regeln weiter.

- Die Regelungen über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen werden grundlegend reformiert und vereinfacht.

### 1. Aufhebung des bisherigen Kapitalersatzrechts

Die Rechtsfigur der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, welche in der Praxis erhebliche Probleme bereitet hat, wird abgeschafft.

Gesellschafterdarlehen werden künftig vielmehr **bis zum Eintritt der Insolvenz** unterschiedslos wie Fremdkapital behandelt. Kommt es allerdings zur **Insolvenz** der Gesellschaft, so sind sämtliche **Rückzahlungen** auf Gesellschafterdarlehen, die **im letzten Jahr** vor der Stellung des Insolvenzantrages – oder danach – erfolgt sind, **anfechtbar**, ohne dass es auf die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ankäme (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

Nach früherem Recht kam es für die rechtliche Beurteilung des Darlehens dagegen darauf an, ob das Darlehen **in der Krise** der Gesellschaft gewährt worden war oder nicht. Wenn ja, wurde es – **auch schon vor Eintritt der Insolvenz** – funktional wie Eigenkapital behandelt. Dem in der Krise gewährten Darlehen gleichgestellt war das Stehenlassen von Darlehen in der Krise. Das alte Recht war unter anderem deshalb so kompliziert und fehleranfällig, weil zwei Normengefüge parallel angewendet wurden: In der Insolvenz der Gesellschaft galten unmittelbar die §§ 32a, 32b GmbHG. Daneben wandte die Rechtsprechung die §§ 30, 31 GmbHG analog an (so genannte Rechtsprechungsregeln).

Durch das MoMiG werden die §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben. Die Anwendung der Rechtsprechungsregeln wird durch einen „Nichtanwendungserlass“ in § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG verhindert. Eine Umqualifizierung von Darlehen in haftendes Eigenkapital ist damit ausgeschlossen.

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Der **Hauptunterschied** zum alten Recht besteht darin, dass die am Stammkapital orientierte und schon vor der Insolvenz eingreifende „präventive Ausschüttungssperre“ entfällt.
- Tilgungsleistungen der Gesellschaft auf Gesellschafterdarlehen stellen mithin künftig keine verbotenen Auszahlungen aus dem Stammkapital mehr dar. Die Gesellschaft kann die Rückzahlung des Darlehens auch nicht mehr unter Hinweis auf eine Unterbilanz verweigern.
- Tilgungsleistungen sind künftig unkritisch, es sei denn, sie erfolgen im letzten Jahr vor der Insolvenzantragsstellung. Überdies darf die Zahlung wegen der neu eingefügten Insolvenzverursachungshaftung (siehe dazu unter VII.) nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen.
- Die neuen Regelungen gelten auch für Forderungen aus Rechtshandlungen, die **einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen** (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Hierunter fällt insbesondere jede Form der Stundung.
- Eine **Schlechterstellung der Gesellschafter** ergibt sich im Vergleich zur alten Rechtslage im Falle einer spontan eintretenden Insolvenz, etwa wegen Eintritts der Überschuldung durch außerplanmäßige Abschreibungen auf Vermögensgegenstände. Nach altem Recht hätten die Darlehen in einem solchen Fall zurückgezahlt werden können, weil die Darlehen nicht in der Krise gewährt oder stehengelassen wurden. Nach neuem Recht ist die Rückzahlung, wenn sie im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgt ist, hingegen ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Krise anfechtbar.

- Dem **Verkäufer eines GmbH-Anteils** ist zur Vermeidung einer Anfechtung stets zu raten, ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen **mitzuverkaufen**. Nach dem Verkauf hat der Verkäufer keinen Einfluss mehr auf die Geschicke der Gesellschaft und der Verkäufer ist der Anfechtung auch dann ausgesetzt, wenn die Insolvenz ausschließlich vom Käufer der Gesellschaft verursacht wurde.

## 2. Nachrang/Rangrücktrittserklärung

Gesellschafterdarlehen haben in der Insolvenz der Gesellschaft künftig immer **Nachrang** gegenüber den Forderungen der übrigen Gläubiger (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Eine Ausnahme gilt nur für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 % oder weniger am Stammkapital beteiligt ist (§ 39 Abs. 5 InsO) oder der zum Zwecke der Sanierung Anteile an der Gesellschaft erwirbt (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO).

Auf den ersten Blick wird der Gesellschafter schlechter gestellt als nach dem alten Recht, weil nach altem Recht nur eigenkapitalersetzende Darlehen nachrangig waren, nicht aber sonstige Gesellschafterdarlehen. Bei näherer Betrachtung erweist sich dies jedoch nicht als zutreffend, weil es sich in den allermeisten Fällen um stehengelassene und damit eigenkapitalersetzende Darlehen handelte, welche dementsprechend ebenfalls nachrangig waren.

Maßgeblich ist die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Darlehensgewährung, so dass der Verlust der Gesellschafterstellung nicht den insolvenzrechtlichen Nachrang beseitigt. Wenn umgekehrt ein Darlehensgeber erst in dem relevanten Zeitraum Gesellschafter wird, wird die Nachrangigkeit unter dem Gesichtspunkt des stehengelassenen Darlehens begründet.

Aufgrund des eben beschriebenen Nachrangs von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz wären diese in der **Überschuldungsbilanz** an und für sich ohnehin nicht zu passivieren. Aus Gründen der Rechtssicherheit hält der Gesetzgeber jedoch am Kriterium der **Vereinbarung eines Nachrangs** fest, was die Passivierung der Gesellschafterdarlehen anbelangt. Diese sind also nur dann bei der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz zu eliminieren, wenn eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde. Einer qualifizierten Rangrücktrittserklärung bedarf es allerdings nicht. Es genügt vielmehr eine schlichte Erklärung des Rücktritts hinter die gesetzlichen subordinierten Ansprüche des § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO (vgl. § 19 Abs. 2 InsO).

## 3. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung

Hat der Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise einen Gegenstand zur Nutzung überlassen oder nicht herausverlangt, war der Gesellschafter nach bisherigem Recht in der Insolvenz der Gesellschaft verpflichtet, den Gegenstand der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter weiter unentgeltlich zur Nutzung zu überlassen (so genannte **eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung**). Das Nutzungsrecht wurde mithin in haftendes Eigenkapital umqualifiziert. Mit dem Wegfall der Figur des Eigenkapitalersatzes wäre das Nutzungsrecht nach neuem Recht an und für sich entfallen.

Weil der Gesetzgeber aber fürchtete, dass Gegenstände, die zur Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren notwendig sind, abgezogen werden könnten, hat er nun eine ausdrückliche Regelung für diesen Fall getroffen: Künftig ist der Gesellschafter während der Dauer des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, **nicht berechtigt**, seinen **Anspruch auf Aussonderung** des Gegenstands geltend zu machen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung ist (§ 135 Abs. 3 Satz 1 InsO).

Anders als nach dem alten Recht billigt die gesetzliche Regelung dem Gesellschafter nun aber einen **Ausgleich** zu, bei dessen Berechnung der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen ist (§ 135 Abs. 3 Satz 2 InsO).

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Maßgeblich ist die **tatsächlich** gezahlte Vergütung. Hat der Gesellschafter etwa mit Rücksicht auf die angespannte finanzielle Situation der Gesellschaft im letzten Jahr vor Antragstellung auf die vertraglich vereinbarte Vergütung verzichtet, kann er in der Insolvenz auch keine Vergütung verlangen.
- Rückständige Mietzinsen unterliegen ausnahmslos dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

## VI. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

- Erstmals ist ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich. Dieser knüpft an die Eintragung in die Gesellschafterliste an, die auch sonst aufgewertet wurde.

### 1. Aufwertung der Gesellschafterliste

Schon nach bisherigem Recht sind die Geschäftsführer verpflichtet, beim Handelsregister eine aktuelle Gesellschafterliste einzureichen (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Diese Pflicht wird in der Praxis jedoch oft nicht beachtet. Die in § 40 Abs. 2 GmbHG statuierte Schadensersatzpflicht änderte daran nichts.

Mit dieser Praxis dürfte es künftig vorbei sein, und zwar aus folgenden Gründen:

- Nach der Neufassung des § 16 Abs. 1 GmbHG **gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Inhaber eines Geschäftsanteils**, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste **eingetragen** ist. Nur der eingetragene Gesellschafter kann also seine Gesellschafterrechte, wie insbesondere das Stimmrecht, geltend machen. Die Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer liegt also im ureigensten Interesse des Gesellschafters. Rechtstechnisch ist der neue § 16 Abs. 1 GmbHG dem § 67 Abs. 2 AktG nachgebildet. Hiernach gilt bei Namensaktien im Verhältnis zur Gesellschaft nur als Aktionär, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist.
- Unterlässt der Gesellschafter die Aktualisierung der Gesellschafterliste, besteht für den Gesellschafter künftig die Gefahr, seinen Anteil durch gutgläubigen Erwerb zu verlieren (dazu sogleich unter VI.2.).
- Hat ein **Notar** an einer Veränderung im Gesellschafterbestand mitgewirkt, so hat künftig **er** an Stelle der Geschäftsführer die Gesellschafterliste zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Die Gesellschaft erhält vom Notar eine Abschrift. Die Liste muss überdies mit der Bescheinigung des Notars versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).
- Die Haftung der Geschäftsführer – jetzt § 40 Abs. 3 GmbHG – wird erweitert. Künftig haftet der Geschäftsführer nicht nur den Gläubigern, sondern auch denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, für Pflichtverletzungen.

### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Der Erwerber eines Geschäftsanteils kann schon **vor** Aufnahme der Liste in das Handelsregister Rechtshandlungen vornehmen, also insbesondere Gesellschafterbeschlüsse fassen, wenn die Liste **unverzüglich** nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird (§ 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

## 2. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

Das MoMiG ermöglicht mit dem neuen § 16 Abs. 3 GmbHG erstmals den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen vom Nichtberechtigten.

Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist, dass der Veräußerer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist. Die Gesellschafterliste stellt also den für jeden gutgläubigen Erwerb notwendigen Rechtsscheinträger dar.

Ein gutgläubiger Erwerb ist **ausgeschlossen**, wenn

- die Unrichtigkeit dem wahren Rechtsinhaber nicht zurechenbar und die Liste hinsichtlich des Geschäftsanteils weniger als drei Jahre unrichtig ist;
- der Erwerber die Unrichtigkeit kennt oder ihm die Unrichtigkeit in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder
- der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Letzteres erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund der Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet (§ 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG).

### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- § 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht nur den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten. § 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht hingegen nicht den gutgläubigen Erwerb eines **nicht-existent** oder in einer **bestimmten Höhe nicht bestehenden Geschäftsanteils** ebenso wenig wie den gutgläubigen **lastenfreien Erwerb**. Insofern reduzieren sich die Prüfungspflichten im Rahmen einer Due Diligence, anders als vom Gesetzgeber erhofft, nicht.
- Nach Ablauf der 3-Jahres-Frist ist ein gutgläubiger Erwerb auch im Falle einer gefälschten Gesellschafterliste möglich. Jeder Gesellschafter sollte die Richtigkeit der Gesellschafterliste also regelmäßig kontrollieren. Eine Kontrolle würde sich auch aktuell anbieten.

■ Durch das MoMiG wird eine Insolvenzverursachungshaftung eingeführt.

Nach bisherigem Recht sind die Geschäftsführer der Gesellschaft (nur) zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die **nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft oder **nach Feststellung ihrer Überschuldung** geleistet werden.

§ 64 Satz 3 GmbHG erweitert die Haftung der Geschäftsführer und erstreckt diese nunmehr auch auf Zahlungen an Gesellschafter, die zur **Zahlungsunfähigkeit** der Gesellschaft **führen mussten**, es sei denn, dass dies aus Sicht eines sorgfältigen Geschäftsführers **nicht erkennbar** war.

## VII. Insolvenzverursachungshaftung

Die Vorschrift richtet sich gegen den Abzug von Vermögenswerten, welche die Gesellschaft bei objektiver Betrachtung zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt und soll als **situative Ausschüttungssperre** Lücken in dem allein an der Bilanz orientierten Gläubigerschutzsystem schließen. Die Regelung überschneidet sich mit der von der Rechtsprechung entwickelten und aus § 826 BGB hergeleiteten Existenzvernichtungshaftung. Im Ergebnis wird den Gesellschaftern nur der Zugriff auf das nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten benötigte Gesellschaftsvermögen gestattet.

Die Regelung gilt für die Aktiengesellschaft entsprechend (§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG).

#### ➤ Praxistipps/Hinweise:

- Der Begriff der „Zahlung“ umfasst nicht nur Geldleistungen, sondern auch sonstige vergleichbare Leistungen, insbesondere **Sachleistungen**, und die **Übernahme einer Sicherheit** durch die GmbH für Verbindlichkeiten des Gesellschafters.
- Der Geschäftsführer sollte bei angespannter wirtschaftlicher Lage tunlichst **vor jeder Zahlung** einen **kontinuierlichen Finanzplan** aufstellen, um die im eigenen Interesse liegende Solvenzprognose abgeben zu können. Die Fortbestehensprognose hat die gesamte Finanzlage der Gesellschaft bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten des laufenden und des darauf folgenden Geschäftsjahres zu berücksichtigen.
- Gelangt der Geschäftsführer zu dem Ergebnis, dass eine Zahlung gegen § 64 Satz 3 GmbHG verstößt, hat er diese zu unterlassen und ggf. sein Amt niederzulegen.
- Die Beweislast trägt nach allgemeinen Grundsätzen die Gesellschaft oder an ihrer Stelle der Insolvenzverwalter. Zu beachten ist jedoch, dass im Falle des Fehlens einer Finanzplanung die Grundsätze über die sekundäre Behauptungslast anwendbar sind, so dass dem Geschäftsleiter in diesem Fall im Prozess eine Darlegung über die Finanzlage der Gesellschaft abverlangt wird.
- Die entsprechende Anwendung der vorverlagerten Haftung auf **Gesellschafter einer führungslosen GmbH** wird diskutiert. Die Entwicklung in der Praxis bleibt abzuwarten.

## VIII. Sonstige Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung

■ Gerade vor dem Hintergrund einer Vielzahl masseloser Insolvenzen hat der Gesetzgeber neben der eben behandelten Insolvenzverursachungshaftung weitere Maßnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen ergriffen.

### 1. Erweiterung der Ausschlussstatbestände für die Tätigkeit als Geschäftsführer

Die Ausschlussstatbestände für die Tätigkeit als Geschäftsführer (so genannte Bestellungshindernisse) werden erweitert. Neben den bisher schon einschlägigen Straftaten nach §§ 283 bis 283d StGB führt nunmehr auch die Verurteilung wegen

- Insolvenzverschleppung,
- falscher Angaben nach § 82 GmbHG oder § 399 AktG,
- unrichtiger Darstellung (unter anderem § 400 AktG)

sowie – bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr – wegen

- Betrugs (§ 263 StGB),
- Computer- (§ 263a StGB), Subventions- (§ 264 StGB), Kapitalanlage- (§ 264a StGB) und Kreditbetrugs (§ 265b StGB),
- Untreue (§ 266 StGB) und
- wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)

zum Ausschluss der Befähigung als Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 GmbHG). Der Ausschluss gilt für fünf Jahre und auch für vergleichbare Auslandsstraftaten.

## 2. Erleichterung von Zustellungen

Künftig ist beim Handelsregister eine **inländische Geschäftsanschrift** anzugeben und ständig zu aktualisieren (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG).

An die Vertreter der Gesellschaft können nach dem neuen § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen abgegeben und Schriftstücke für die Gesellschaft zugestellt werden.

Daneben eröffnet die Neuregelung des § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG jeder GmbH die Möglichkeit, eine **Person**, die für Willenserklärungen und Zustellungen an die Gesellschaft empfangsberechtigt ist, mit einer inländischen Anschrift **in das Register eintragen** zu lassen. Dies betrifft insbesondere ausländische Gesellschaften. Auch unter dieser Anschrift können nach dem neuen § 35 Abs. 2 Satz 4 GmbHG Willenserklärungen abgegeben werden und Zustellungen erfolgen.

Im Falle der **Führungslosigkeit** der GmbH, d. h., dass die Gesellschaft ohne Geschäftsführer ist, wird durch § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine **Ersatz-Empfangszuständigkeit der Gesellschafter** begründet, welche weiterhin den Zugang von Willenserklärungen sowie förmliche Zustellungen ermöglicht.

Durch den neuen § 185 Nr. 2 ZPO wird schließlich die Möglichkeit einer **öffentlichen Zustellung** wesentlich erleichtert.

## 3. Erweiterung der Pflichten der Gesellschafter

Künftig haften **Gesellschafter**, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die **Führung der Geschäfte überlassen**, der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt (§ 6 Abs. 5 GmbHG). Daneben kommt in solchen Fällen auch weiterhin eine Haftung aus § 826 BGB in Betracht.

Im Falle der **Führungslosigkeit der Gesellschaft** werden die Gesellschafter durch den neuen § 15a Abs. 3 InsO im Wege einer Ersatzzuständigkeit **zur Stellung des Insolvenzantrages** verpflichtet. Entsprechendes gilt für Aufsichtsratsmitglieder der AG. Die Verpflichtung entfällt nur dann, wenn der Gesellschafter von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis hatte. Die Beweislast hierfür trifft den Gesellschafter. Mit der Insolvenzantragungspflicht im Falle der Führungslosigkeit korrespondiert ein **Insolvenzantragsrecht** des Gesellschafters (§ 15 Abs. 1 Satz 2 InsO).

## IX. Fazit

■ Die Reform des GmbH-Rechts verdient Lob, insbesondere deshalb, weil sie überzogene rechtliche Regularien, die sich in der Praxis als Hemmschuh erwiesen haben, lockert bzw. aufhebt, die GmbH hierdurch im Vergleich zu ausländischen Rechtsformen wieder (bzw. noch) attraktiver macht. Hervorzuheben sind:

- aus Gesellschaftersicht die Deregulierung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (einschließlich der Regeln über die verdeckte Sacheinlage);
- die Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts und die damit verbundene Neuregelung der Vorschriften für Gesellschafterdarlehen;
- der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen.

Allerdings ist die Reform auch nicht frei von Kritik. Negativ zu beurteilen ist insbesondere, dass es versäumt wurde:

- einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen zu ermöglichen;
- das Beurkundungserfordernis für die Abtretung von Geschäftsanteilen aufzugeben;
- die Änderung der Kapitalaufbringungsregeln auf die Aktiengesellschaft zu erstrecken.

## Impressum

### Herausgeber:

SUSAT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Domstraße 15  
20095 Hamburg

### Verantwortliche Redaktion:

WP/RA/StB Dipl.-Kfm. Dr. Frank Roser

### Schriftleitung:

WP/RA/StB Dipl.-Kfm. Dr. Frank Roser  
RA Stefan Thoß

Nur für unsere Mandanten. Das Sonderrundschreiben kann die Rechtslage weder umfassend noch verbindlich darstellen und eine individuelle Beratung nicht ersetzen.