

Die GmbH-Reform 2008

Vortrag von

RA Thomas Heimes

am 11.02.2009

bei der IHK Saarlouis

Die GmbH-Reform 2008

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen ("MoMiG") ist am 1. November 2008 in Kraft getreten. Das Gesetz stellt die umfassendste Reform seit Bestehen des GmbHG dar. Es verfolgt die Ziele, die GmbH für den deutschen Mittelstand und den Wirtschaftsstandort Deutschland attraktiver zu gestalten und Missbräuchen vorzubeugen.

Durch die Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), die über kein Mindestkapital (sieht man von 1 EUR ab) verfügt, werden gerade für junge Unternehmen bessere Rahmenbedingungen für eine unkomplizierte Unternehmensgründung geschaffen.

Die Einführung einer vereinfachten Gründung mit einem Musterprotokoll soll zur Senkung der Kosten führen, die ebenfalls in erster Linie gerade Kleinunternehmen zu Gute kommt.

Im Einzelnen:

I. Gründung der GmbH

1. Gesellschaftsvertrag

Der zur Gründung einer GmbH erforderliche Gesellschaftsvertrag bedarf weiterhin nach § 2 Abs. 1 GmbHG der notariellen Form. Der Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages wird durch § 3 Abs. 1 GmbHG festgelegt, nämlich Firma und Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Betrag des Stammkapitals und der Betrag der Stammeinlagen.

Nach dem neu eingefügten § 2 Abs. 1 a GmbHG kann die Gesellschaft in einem **vereinfachten** Verfahren gegründet werden, wenn sie

höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung in diesem vereinfachten Verfahren ist das dem Gesetz beige-fügte Musterprotokoll, das gleichzeitig als Gesellschafterliste gilt, zu verwenden. Die Verfahrensvereinfachung besteht darin, dass das Mus-terprotokoll somit Satzung, Geschäftsführerbestellung und Gesell-schafterliste in einem Dokument vereint. Die Notwendigkeit der notari-ellen Beurkundung besteht aber auch für das Musterprotokoll.

Es sind zwei Musterprotokolle vorgesehen: Das eine für die Gründung einer Einpersonengesellschaft, das andere für die Gründung einer Gesellschaft mit bis zu drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer.

Um diese Vereinfachungseffekte und die kostenmäßige Privilegierung zu erhalten, dürfen über die in dem jeweiligen Muster enthaltenen Bestim-mungen hinaus keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getrof-fen werden.¹

Ob sich diese Form der Gründung im vereinfachten Verfahren am Markt durchsetzen wird – sieht man von Ein-Personen-Gesellschaften ab -, **ist** zu bezweifeln. Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft mag dies noch ange-hen. Denn der Gesellschaftsvertrag braucht über die von Gesetzes-wegen vorgegebenen Mindestangaben (§ 3 GmbHG), nämlich Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Betrag des Stammkapitals, Betrag der Stammeinlagen sowie einer Regelung zur Bekanntmachung der Gesellschaft und Überbürdung der Gründungskosten auf die Gesell-schaft grundsätzlich nicht hinauszugehen. Bei Unternehmens-gründungen durch mehr als einen Gesellschafter fehlt es dem Muster-protokoll hingegen an wesentlichen Regelungen, die zu einem Standard-GmbH-Vertrag gehören, wie z.B.

¹ Wedemann, WM 2008, 1381 ff., 1383.

- Vererbung von Geschäftsanteilen
- Einziehung von Geschäftsanteilen (und Ausschließung von Gesellschaftern) (Gegen Abfindung – vgl. § 34 GmbHG)
- Vinkulierung (Beschränkung der Übertragbarkeit) von Geschäftsanteilen.

Bei mehreren Gründungsgesellschaftern wird regelmäßig auch die Beschränkung auf lediglich einen Geschäftsführer problematisch werden. Kaum praktikabel dürfte es sein, dass in der Mehr-Personen-Gesellschaft der einzige Geschäftsführer zwingend stets von § 181 BGB zu befreien ist, wenn die Gesellschaft im vereinfachten Verfahren errichtet werden soll: Gründe, gerade in diesem Fall vom gesetzlichen Verbot des In-Sich-Geschäftes und der Mehrfachvertretung zwingend Befreiung zu erteilen, sind nicht ersichtlich. In der Beratungspraxis wird man gerade in einem solchen Fall an dem sinnvollen, weil Interessenkonflikte vermeidenden gesetzlichen Verbot des § 181 BGB festhalten.

Auch die Regelung, wonach die Gesellschaft Gründungskosten nur bis zu 300,00 € trägt, scheint nur dann praktikabel, wenn ein niedriges Stammkapital gewählt wird. Der Gesetzgeber scheint mit dem "Angebot" des vereinfachten Verfahrens vor allem auf die Unternehmergesellschaft (UG) (haftungsbeschränkt) abzielen.

2. Sitz der Gesellschaft

§ 4 a Abs. 2 GmbHG bestimmte bisher, dass der satzungsgemäße Sitz i.d.R. entweder am Ort der Betriebsstätte oder am Ort der Verwaltung belegen war. Diese Vorschrift wurde ersatzlos gestrichen. Nach § 4 a

GmbHG ist der Sitz der Gesellschaft der Ort **im Inland**, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.

Durch diese Änderung wurde ein erheblicher Wettbewerbsnachteil beseitigt. Durch die Streichung des § 4 a Abs. 2 GmbHG wird es deutschen Gesellschaften ermöglicht, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Dieser Verwaltungssitz kann auch im Ausland liegen. Dadurch wird ausländischen Investoren ermöglicht, die Rechtsform einer GmbH zu wählen, ohne den Verwaltungssitz in Deutschland führen zu müssen. Lediglich eine inländische Geschäftsanschrift muss im Register angemeldet werden.

Deutschen Unternehmen eröffnet dies die Möglichkeit, im Ausland gegründete Tochterunternehmen in der Rechtsform der vertrauten deutschen GmbH zu führen.

Durch die Aufnahme des Merkmals "im Inland" in § 4 a GmbHG wird zugleich klar gestellt, dass die Gesellschaft künftig durchaus ihren satzungsmäßigen Sitz im Inland haben (und behalten kann), auch wenn sie ihrer betrieblichen Tätigkeit im Ausland nachgeht. Bislang wäre dies mit einer insgesamt zu beurteilenden Sitzverlegung ins Ausland gleichbedeutend gewesen und hätte zur Folge gehabt, dass die Gesellschaft als im Inland aufgelöst gilt. Diese regelmäßig (z.B. wegen steuerlicher Aufdeckung stiller Reserven oder Verlust der Haftungsbeschränkung) negative Konsequenz wird künftig vermieden.

Die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes der Gesellschaft ins Ausland wird nicht möglich sein. Ob dies durch zukünftige EU-Kommissions-Richtlinien anders sein wird, bleibt abzuwarten.

3. Stammkapital und Geschäftsanteile

Um die GmbH angesichts der Wettbewerbsverhältnisse zu ausländischen Rechtsformen , attraktiver zu machen, werden die Vorschriften zum Stammkapital und zur Stückelung von Gesellschaftsanteilen dereguliert.²

Der Gesellschaftsvertrag muss den Betrag des Stammkapitals angeben, dessen Höhe durch § 5 GmbHG näher konkretisiert wird. Es bleibt bei einem Mindeststammkapital von 25.000,00 €.

Für Existenzgründer, die nicht über dieses erforderliche Mindestkapital verfügen, wurde durch die Änderung des GmbHG die sog. **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft** eingeführt, die ohne bestimmtes Mindeststammkapital gegründet werden kann.

§ 5 Abs. 1 GmbHG wurde dahingehend geändert, dass die Stammeinlage jedes Gesellschafters nicht mehr mindestens hundert Euro betragen muss.

§ 5 Abs. 2 GmbHG lautet nunmehr: "Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle EUR lauten. Ein Gesellschafter kann bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen".

Die Gesellschafter können somit künftig individueller über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen und sie dadurch besser nach ihren Bedürfnissen und finanziellen Möglichkeiten ausrichten. Bislang musste die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 100 Euro betragen und durfte nur in Einheiten aufgeteilt werden, die durch 50 teilbar sind. Künftig muss jeder Geschäftsanteil nur noch auf einen Betrag von mindestens einem Euro oder einem Vielfachen davon lauten. Vorhandene Geschäftsanteile können künftig leichter gestückelt werden.

² Oppenhoff, BB 2008, 1630 ff.

Zudem kann ein Gesellschafter bei Errichtung, anders als bislang, mehrere Geschäftsanteile gleichzeitig übernehmen.

In Anlehnung an die Regelung des § 5 Abs. 2 GmbHG gewährt nach der Neufassung des § 47 Abs. 2 GmbHG jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme bei Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung. Dadurch wird im Vergleich zur jetzigen Rechtslage die Feststellung der Stimmverhältnisse erheblich vereinfacht.

Auch die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen wird erleichtert. Die bisher zur Teilung von Geschäftsanteilen nach § 17 GmbHG erforderliche Genehmigung der Gesellschaft wurde durch die Aufhebung des § 17 beseitigt. Somit können die Beteiligungsverhältnisse bei Gründung und Anteilsübertragung individueller an die konkreten Bedürfnisse der Beteiligten angepasst werden.³ Durch die Ergänzung des § 46 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG können die Gesellschafter, vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die Zusammenlegung bzw. Teilung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschließen.⁴ Da lediglich die Mindeststückelung des § 5 Abs. 2 GmbHG zu beachten ist, kommt äußerstenfalls eine Teilung auf Nennbeträge von jeweils einem Euro in Betracht.⁵ Die Zustimmung des von der Zusammenlegung oder Teilung betroffenen Gesellschafters ist darüber hinaus nicht erforderlich.⁶ Auch das bislang in § 17 Abs. 5 GmbHG enthaltene Verbot, mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an einen Erwerber zu übertragen, wird gestrichen.

³ Oppenhoff, BB 2008, 1630 ff, 1631.

⁴ Wedemann, WM 2008, 1381 ff., 1383.

⁵ BegrRegE MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 102.

⁶ BegrRegE MoMiG, BR-Drucks. 354/07, S. 102.

4. Genehmigtes Kapital

§ 55 a GmbHG sieht die Möglichkeit einer Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals bei der GmbH vor, die der Regelung in § 202 AktG nachgebildet ist.

§ 55 a Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführer für höchstens fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft ermächtigen kann, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag (genehmigtes Kapital) durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen. Dabei darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen. Nach § 55 a Abs. 3 GmbHG dürfen Geschäftsanteile **gegen Sacheinlagen** gem. § 56 GmbHG nur ausgegeben werden, wenn die Ermächtigung es vorsieht. Es ist zu beachten, dass diese Ermächtigung, begrenzt auf einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren, nicht nur bei Gründung der GmbH erteilt werden kann, sondern auch danach durch Änderung des Gesellschaftsvertrages. Entscheidend für den Beginn der 5-Jahres-Frist ist die Eintragung im Handelsregister.

II. Anmeldung der Gesellschaft

Die Anmeldung der Gesellschaft darf nach § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel und insgesamt die Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals einbezahlt wurde. Im Falle der Gründung einer Gesellschaft in dem vereinfachten Verfahren, kann zur Anmeldung das entsprechende Musterprotokoll verwendet werden.

III. Genehmigungen

Die Geschäftstätigkeit der GmbH kann der Genehmigung aufgrund von Spezialgesetzen bedürfen. Solche Genehmigungen sind künftig keine Voraussetzung mehr für die Eintragung einer GmbH in das Handelsregister und müssen zum Zeitpunkt der Anmeldung weder vorliegen noch beantragt sein. Die Genehmigungspflicht als Voraussetzung für die Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit entfällt aber nicht.

IV. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Durch die Einführung der Unternehmergesellschaft in § 5 a GmbHG soll den Interessen von Existenzgründern Rechnung getragen werden, die nur wenig Startkapital benötigen, bzw. die nicht über das für die Gründung einer GmbH erforderliche Mindestkapital in Höhe von 25.000,00 € verfügen und somit ihre unternehmerischen Ziele ohne großen Gründungsaufwand verfolgen. Mit der Unternehmergesellschaft soll eine attraktive Alternative zur englischen stammkapitalfreien Limited geschaffen werden.

Durch die Unternehmergesellschaft wird keine neue Rechtsform begründet, sondern es handelt sich um eine GmbH für die einige Besonderheiten gelten. Soweit § 5 a GmbHG keine abweichenden Regelungen enthält, finden im Übrigen die Bestimmungen des GmbHG Anwendung.⁷

Nach § 5 a Abs. 1 GmbHG ist eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG unterschreitet, zwingend verpflichtet, in der Firma, abweichend von § 4 a GmbHG die Bezeichnung „Unternehmergesell-

⁷ Bohrmann, GmbHR 2007, 897 f.

schaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ zu führen, um dem Rechtsverkehr das Fehlen eines Mindeststammkapitals offenzulegen.

Unter Berücksichtigung der Änderung des § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG, wonach der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss, kann eine Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital gegründet werden, das den Betrag von 25.000,00 € unterschreitet, wobei ein Mindestbetrag von einem Euro notwendig ist. ⁸ **Nach § 5 a Abs. 2 GmbHG sind Sacheinlagen ausgeschlossen.** Eine Anmeldung zum Handelsregister kann abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG erst nach vollständiger Einzahlung des Stammkapitals erfolgen.

Die Unternehmergesellschaft hat eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die jeweils $\frac{1}{4}$ des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses zwingend einzustellen ist und zwar so lange, wie die Gesellschaft kein **eingetragenes** Stammkapital i.H.v. mindestens 25.000,00 € hat. Die zu bildende Rücklage kann nur für Zwecke einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages oder Verlustvortrages genutzt werden. Dadurch soll gesichert werden, dass die möglicherweise mit einem sehr geringen Stammkapital gegründete Unternehmergesellschaft durch Thesaurierung innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht. Ein Verstoß gegen die Bildung von Rücklagen, sofern diese nicht zur Verlustdeckung genutzt werden, führt zur Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses. Dies führt wiederum zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses. Daraus resultieren zum einen Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter und zum anderen macht sich der Geschäftsführer haftbar.

⁸ Wedemann, WM 2008, 1381 ff., 1381.

Mit der Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens 25.000,00 € entfällt die Thesaurierungspflicht und die Unternehmergesellschaft wird zu einer „normalen“ GmbH.⁹ Die Gesellschaft kann sich nach § 4 GmbHG umfirmieren in eine "normale" GmbHG. Eine Pflicht dazu besteht jedoch nicht, da es sich auch bei einer Gesellschaft nach § 5 a GmbHG um eine GmbH handelt.¹⁰

Die Erhöhung des Stammkapitals **kann** auch durch eine Einlage der Gesellschafter bewirkt werden. Die nach Abs. 3 gebildete Rücklage kann dann, soweit sie nicht für die Erhöhung des Stammkapitals verwendet wurde, aufgelöst werden.¹¹

Wichtig ist es zu erkennen, dass der "Wechsel" von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Form der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in die "normale" GmbH kein Wechsel der Rechtsform, erst recht kein Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz ist. Die UG (haftungsbeschränkt) ist von Anbeginn an Gesellschaft mit beschränkter Haftung; sie kann lediglich zu einer solchen "normalen" GmbH heranreifen.

Mangels eines Mindeststammkapitals verpflichtet § 5 a Abs. 4 GmbHG zur unverzüglichen Einberufung der Gesellschafterversammlung **bei drohender Zahlungsunfähigkeit**.

Die UG (haftungsbeschränkt) kann unzweifelhaft als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft eingesetzt werden, um auf diesem Wege faktisch deren Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu erreichen. Die Kapitalisierung der Komplementärgesellschafterin einer KG wird in der Praxis häufig als überflüssig empfunden, da diese am

⁹ Oppenhoff, BB 2008, 1630 ff., 1630.

¹⁰ BR-Drucks. 354/07 S. 72

¹¹ BR-Drucks. 354/07 S. 72.

Vermögen und den operativen Geschäften der KG selbst nicht beteiligt ist.

V. Gesellschafterstellung

Wie bereits zu Beginn ausgeführt, ist der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eine Gesellschafterliste beizufügen. Diese muss enthalten

- Name,
- Vorname
- Wohnort
- Geburtsdatum
- Geschäftsanteile nach lfd. Nr. und
- Angabe des jeweiligen Nennbetrages.

Nach § 40 GmbHG hat der Geschäftsführer bei jeder Veränderung im Gesellschafterbestand unverzüglich auf Mitteilung und Nachweis eine neue von ihm unterschriebene aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, wobei dem Geschäftsführer eine Prüfpflicht obliegt, ob die Rechtsänderungen tatsächlich eingetreten sind. Vollzieht sich der Gesellschafterwechsel und folglich der Rechtsübergang des Geschäftsanteils unter amtlicher Beteiligung eines Notars, so hat nach § 40 Abs. 2 GmbHG der Notar die aktualisierte Gesellschafterliste bei dem Registergericht einzureichen und eine Abschrift an die Gesellschaft zu übermitteln.¹² Erst bei weiteren Veränderungen ohne Beteiligung des Notars, z.B. im Falle später eintretender Unwirksamkeit

¹² BR-Drucks. 354/07, S. 100.

des beurkundeten Vertrages, geht die Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste auf den Geschäftsführer über.¹³

Als Gesellschafter gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Diese Regelung ist jedoch nicht so zu verstehen, dass Eintragung und Aufnahme der Liste in das Handelsregister Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb des Geschäftsanteils wären. Die Übertragung eines Geschäftsanteils durch einen Berechtigten ist unabhängig von einer Eintragung in die Gesellschafterliste wirksam. Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister kann der Neugesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt.¹⁴

Mit dem Anteilserwerb entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft, aufgrund dessen dem eintretenden Gesellschafter ein Rechtsanspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zusteht. Dieser Anspruch kann gerichtlich durchgesetzt werden, wobei auch die Möglichkeit besteht, eine einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft zu erwirken.

¹⁵

Eine wesentliche Neuerung stellt die neu geschaffene Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen durch Rechtsgeschäft in § 16 Abs. 3 GmbHG dar. Wie bereits dargestellt, haben Geschäftsführer und/oder Notare Änderungen im Gesellschafterbestand gegenüber dem

¹³ BR-Drucks. 354/07, S. 101.

¹⁴ BR-Drucks. 354/07, S. 85.

¹⁵ BR-Drucks. 354/07, S. 85 f.

Handelsregister zu melden. Bei schuldhafter Verletzung ist eine Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern, dem Verkäufer und/oder dem Käufer eines Anteils denkbar.

Wenn eine Eintragung in die Gesellschafterliste besteht, kann ein Erwerber grundsätzlich auf die Richtigkeit der Eintragung vertrauen (eingeschränkter Gutgläubensschutz). Dies gilt nicht, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils weniger als 3 Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist ferner nicht möglich, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist. Die Zuordnung eines Widerspruchs erfolgt aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet. Eine Gefährdung des Rechts des widersprechenden Berechtigten muss nicht glaubhaft gemacht werden.

VI. Geschäftsführer

Vor allem § 6 Abs. 2 GmbHG wurde im Hinblick auf die dort geregelten Ausschlussstatbestände für die Bestellung als Geschäftsführer erheblich erweitert. Einbezogen werden nach dem neu gefassten § 6 Abs. 2 GmbHG künftig Verurteilungen wegen Betrugs (§ 263 StGB), Computer- § 263 a StGB), Subventions- (§ 264 StGB), Kapitalanlage- (§ 264 a StGB) und Kreditbetrugs (§ 265 b StGB), Untreue (§ 266 StGB) sowie wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266 a StGB) zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, wegen Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

(Insolvenzverschleppung), wegen falscher Angaben (§ 82 GmbHG, § 399 AktG) und wegen unrichtiger Darstellung (u.a. § 400 AktG).¹⁶

§ 6 Abs. 5 enthält eine weitere Neuerung. Danach 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.

VI. Kapitalaufbringung

1. Gesetzliches Mindestkapital

§ 5 Abs. 1 GmbHG lautet künftig:

"Das Stammkapital der Gesellschaft muss mindestens EUR 25.000,00 (in Worten: EURO fünfundzwanzigtausend) betragen".

2. Teilaufbringung bei Gründung

Auch durch das MoMiG bleibt es bei den bisherigen wertmäßigen bzw. quotalen "Schwellen", wenn das gesetzliche Mindeststammkapital weiterhin bei 25.000,00 € verbleibt. Eine nur teilweise Aufbringung des satzungsmäßigen Stammkapitals wird künftig allerdings **ausgeschlossen bei der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)**. Hierfür besteht bei der freien Wahl des Stammkapitals auch kein Grund. Im Übrigen bleibt es bei der bisherigen Rechtslage

- Sacheinlagen müssen vollständig bewirkt sein (§ 7 Abs. 3 GmbHG),

¹⁶ Wedemann, WM 2008, 1381 ff., 1386.

- auf jede bar zu bewirkende Stammeinlage muss $\frac{1}{4}$ eingezahlt sein (§ 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und
- insgesamt muss auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt werden, dass durch Bareinlagen und Sacheinlagen mindestens die Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals, also 12.500,00 € aufgebracht sein.

3. Ein-Personen-GmbH

Soweit der alleinige Gesellschafter bei Gründung das Stammkapital nicht eingezahlt hatte, musste er für den übrigen Teil der Geldeinlage, der nicht durch Bar- und Sacheinlagen zur Aufbringung des Mindeststammkapitals abgedeckt ist (§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG), eine Sicherheit bestellen. Dieses Erfordernis entfällt durch das MoMiG, so dass künftig auch die Ein-Personen-GmbH errichtet werden kann, indem das Stammkapital zunächst

4. Verdeckte Sacheinlage

Die Einlage in eine GmbH kann sowohl in Geld als auch durch andere Vermögenswerte erbracht werden, wobei im Falle einer Sachgründung besondere Vorschriften zu beachten sind. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn ein GmbH-Gesellschafter zwar formell eine Bareinlage vereinbart, er aber wirtschaftlich gesehen der Gesellschaft lediglich einen Sachwert zur Verfügung stellt, d.h. der Gesellschafter vermeidet dabei die formellen Anforderungen der Prüfung und Offenlegung. Nach

den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die verdeckte Sacheinlage kam der Bareinzahlung keine Erfüllungswirkung zu, wenn sie der Umgehung der gesetzlichen Vorschriften diene. Dies galt für sämtliche Leistungen, z.B. auch die Einbringung des Sachwertes. Damit bestand die Bareinlageverpflichtung der betroffenen Gesellschafter fort.

Nach dem MoMiG sind die Rechtsfolgen der sog. verdeckten Sacheinlagen auf eine Differenzhaftung des Gesellschafters beschränkt: Decken sich der Wert der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. zum Zeitpunkt ihrer effektiven Überlassung an die Gesellschaft, wenn diese zeitlich später erfolgt, wird der Betrag der übernommenen Einlage dem Wert der Sacheinlage angerechnet, ohne dass dazu eine Willenserklärung erforderlich ist. Bei fehlender Vollwertigkeit kommt es zu einer Teilanrechnung, und die Differenz ist in bar zu erbringen. Durch diese Neuregelung wird sichergestellt, dass der Gesellschafter die Einlage wertmäßig nur einmal leisten muss.

Der Gesellschafter trägt die Beweislast für die Werthaltigkeit.

Wenn der **Geschäftsführer** zum Zeitpunkt der Anmeldung bereits weiß, dass der Gesellschaft wirtschaftlich eine "verdeckte" Sacheinlage zugeführt wird, darf er nicht versichern, dass die Geldeinlage zumindest nach Anrechnung erfüllt und dadurch erloschen sei. Zudem darf der Registerrichter in einem solchen Fall die Eintragung der Gesellschaft ablehnen, weil sie nicht ordnungsgemäß gegründet wurde. Somit bleibt die Erbringung einer verdeckten Sacheinlage in eine Gesellschaft weiterhin stark eingeschränkt.

Der Anspruch auf Leistung der Einlage verjährt binnen zehn Jahren ab Einbringung des Gegenstandes.

Zu beachten ist, dass ein Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig ist, wenn er eigenmächtig mit einem Gesell-

schafter eine Abrede bezüglich einer Sacheinlage trifft, und die Sacheinlage nicht dem Wert der Bareinlage entspricht.¹⁷

Durch die Neuregelung wird insgesamt die sachgerechte Rechtsfolge erzielt, dass der Gesellschafter die Einlage wertmäßig nur einmal leisten muss.¹⁸

Durch die Anrechnungslösung, wonach die Anrechnung erst nach Eintragung ins Handelsregister erfolgt, bleibt das Verbot einer verdeckten Sacheinlage im Grundsatz bestehen, es wird lediglich milder sanktioniert als bisher.

5. Hin- und Herzahlen

Wird beispielsweise der Einlagebetrag eines Gesellschafters absprachegemäß als Darlehen wieder an den Gesellschafter ausgezahlt, stellte dies nach der bis zum 31.10.2008 geltenden Rechtslage einen Verstoß gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften dar. Nach der Rechtsprechung führt dies dazu, dass die Einlageverpflichtung des Gesellschafters fortbesteht, die Einlagepflicht somit nicht erfüllt ist, weil es an einer Zahlung zur endgültigen freien Verfügung des Geschäftsführers fehlt.¹⁹ Auch die Darlehensabrede über die Zahlung an den Gesellschafter ist unwirksam.

Nach dem MoMiG tritt die Erfüllung der Einlageschuld auch bei Hin- und Herzahlungsvorgängen unter bestimmten Bedingungen ein und zwar dann, wenn

¹⁷ K. Schmidt, GmbHR 2008, 449, 452.

¹⁸ BR-Drucks. 354/07, S. 91.

¹⁹ BGH, Urt. V. 12.06.2006 – II ZR 334/04, BB 2006, 1878.

- die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist und
- der Rückgewähranspruch jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung seitens der Gesellschaft fällig werden kann.

Nur bei einem liquiden Anspruch wird dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung Rechnung getragen, wonach der Einlagebetrag der Gesellschaft endgültig zur freien Verfügung stehen muss.²⁰ Der Geschäftsführer darf die Einlage daher nicht als Darlehen an einen Gesellschafter auszahlen, dessen Solvenz zweifelhaft ist.²¹

Maßgeblich für die Bewertung der Vollwertigkeit des Gegenleistungsanspruchs ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückzahlung an den Gesellschafter.²²

Diese Leistung oder Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister nach § 8 GmbHG anzugeben, damit dem Registerrichter die Prüfung ermöglicht wird, ob die Voraussetzungen der nunmehr in § 19 Abs. 5 geregelten Erfüllungswirkung gegeben sind,²³ der Gesellschafter also von seiner Einlageverpflichtung frei geworden ist.

Wichtig für die Gesellschafter und den/die Geschäftsführer wird die Frage sein, welche Verpflichtung der Geschäftsführer bzw. die Geschäftsführer der Gesellschaft treffen, die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches zu "beobachten" und ggf. rechtzeitig den Anspruch der Gesellschaft etwa durch Kündigung fällig zu stellen und inwieweit die Verletzung einer dahingehenden Sorgfaltspflicht Schadenersatzansprü-

²⁰ Oppenhoff, BB 2008, 1630 ff., 1631.

²¹ Karsten Schmidt, GmbHR 2008, 449 ff., 452.

²² Bormann, GmbHR 2007, 897, 902.

²³ BT-Drucks. 16/9737, S. 98.

che der Gesellschaft gegen den/die Geschäftsführer begründet. Der zugrunde liegende Tatbestand des verabredeten "Hin- und Herzählens" ist jedenfalls bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister bereits dokumentiert und damit aktenkundig.

VII. Gesellschafterdarlehen und Gesellschaftersicherheiten

1. Abschaffung von Eigenkapital ersetzenden Darlehen und Ersetzung durch insolvenzrechtliches Nachrang- und Anfechtungsregelungen

Gesellschafter haben die Wahl, der Gesellschaft Fremd- oder Eigenkapital zur Verfügung zu stellen. Gesellschafterdarlehen sind in der Regel nicht anders zu behandeln als Fremddarlehen. Ausnahmen galten bisher aber dann, wenn zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung ein ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt und die Gesellschaft ein Darlehen von einem Dritten entweder überhaupt nicht oder nur zu ungünstigen Konditionen erhalten hätte oder wenn ein Gesellschafter Darlehen in der Krise der Gesellschaft "stehen" lässt, d.h. ein bestehendes Kündigungsrecht nicht ausübt. In diesen Fällen werden die Mittel als Eigenkapitalersatz angesehen und können nicht frei oder endgültig zurückgezahlt werden.

Das MoMiG gibt die Begriffe Eigenkapital ersetzendes Darlehen und Eigenkapital ersetzende Nutzungsüberlassung komplett auf. Die bisherigen Bestimmungen der §§ 32 a, b GmbHG bzw. diesen Bestimmungen

entsprechende Bestimmungen im AktG bzw. im HGB zur GmbH & Co. KG sind ersatzlos aufgehoben.

Neu ist die Regelung, dass zukünftig Gesellschafterdarlehen – von 2 Ausnahmen abgesehen – generell nachrangig sind, d.h. derartige Darlehensrückzahlungsansprüche werden in einem Insolvenzverfahren nur und erst dann berücksichtigt, wenn alle übrigen Gläubiger zu 100 % bedient sind.

Neu ist darüber hinaus die Regelung, ausweislich derer ein Insolvenzverwalter berechtigt ist, sämtliche Darlehensrückzahlungen (einschl. Zinszahlungen) an einen Gesellschafter anzufechten, vorausgesetzt, dass diese Leistungen innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantragstellung erfolgt sind. Hierbei kommt es nicht auf den Tatbestand der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der GmbH zum Zeitpunkt der Rückzahlung an, es kommt auch nicht auf etwaige subjektive Kenntnisse an. Allein entscheidend ist die Tatsache, dass innerhalb von 12 Monaten vor Insolvenzantragstellung eine Zahlung auf Gesellschafterdarlehen erfolgt ist.

Die Auswirkungen der neuen Regelungen seien an folgendem Beispielfall erläutert:

G1 als alleiniger Gesellschafter verkauft per 31.07.2008 seine Geschäftsanteile komplett an G 2. Zuvor lässt sich G1 ein von ihm vor Jahren gegebenes Gesellschafterdarlehen i.H.v. 200.000 € von der GmbH zurückzahlen. Hierzu ist die GmbH aufgrund ihrer guten finanziellen Situation völlig unproblematisch in der Lage. Im März 2009 erleidet die GmbH einen Auftragseinbruch und ist wegen Zahlungsunfähigkeit gezwungen, am 01.04.2009 Insolvenzantrag zu stellen. Das Verfahren wird am 01.07.2009 eröffnet. Im August 2009 fordert der Insolvenzverwalter von dem Gesellschafter G 1 Rückzah-

lung der an ihn geflossenen 200.000 €, wobei er sich zur Begründung auf die gleichzeitig ausgesprochene Anfechtung beruft.

Nach dem zuvor Gesagten greift der Anspruch ohne Weiteres. G 1 ist zur Rückzahlung verpflichtet. Darüber hinaus kann G 1 im anhängigen Insolvenzverfahren seine Forderung nur als nachrangige Forderung anmelden mit der Folge, dass aus Sicht des G 1 ein wirtschaftlicher Totalverlust zu verzeichnen ist.

Ähnlich ist die Situation bei Sicherheiten, die die Gesellschaft zur Absicherung eines Gesellschafterdarlehens dem Gesellschafter zur Verfügung gestellt hat. Auch wenn diese Sicherheiten zu einem Zeitpunkt gegeben wurden, als es der Gesellschaft noch gut ging, sind auch diese Sicherheiten im Insolvenzfall anfechtbar, vorausgesetzt, dass die Sicherheitenbegebung innerhalb eines 10 Jahres-Zeitraumes vor Insolvenzantragstellung erfolgt ist.

Die Regelung sei an folgendem Beispielfall erläutert:

Ausgangsbasis wie zuvor, allerdings G 1 lässt sich das Darlehen nicht auszahlen, sondern lässt es in der GmbH stehen und zwar deshalb, weil die GmbH ihm vor 5 Jahren – zu einem Zeitpunkt, als es der GmbH ebenfalls gut gegangen ist – Sicherheitseigentum am Anlagevermögen eingeräumt hat.

Rechtliche Folgen im Fall der Insolvenzeröffnung:

a. Das von G 1 gewährte Darlehen wird als Gesellschafterdarlehen behandelt, ist also nur nachrangig anzumelden.

b. Auf Sicherheiten kann sich der Gesellschafter G 1 nach Anfechtung durch den Insolvenzverwalter gem. § 135 Abs. 1 S. 1 InsO

deshalb nicht berufen, weil die Sicherheit innerhalb der letzten 10 Jahre bestellt worden ist.

Ähnlich hart geht die neue gesetzliche Regelung auch mit dem Gesellschafter um, der sich für ein Bankdarlehen der GmbH verbürgt oder hierfür Sicherheiten gestellt hat:

Zahlt in diesem Fall die GmbH das Darlehen zurück, ohne dass der Darlehensgläubiger (Bank) auf die Gesellschaftersicherheit zurückgreift, bleibt der Gesellschafter gegenüber dem Insolvenzverwalter zur Auslösung der Sicherheit verpflichtet.

Beispiel:

Ausgangsvariante wie zuvor, allerdings mit dem Unterschied, dass sich G 1 für ein seitens der Bank der GmbH gewährtes Darlehen selbstschuldnerisch verbürgt hat. Nach erfolgter Insolvenzeröffnung kann sich die Bank wegen ihrer Rückzahlungsforderung komplett aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen, so dass sie nicht gezwungen ist, den Bürgen G 1 in Anspruch zu nehmen. Dies erfolgt anschließend durch den Insolvenzverwalter und zwar deshalb erfolgreich, weil G 1 sich innerhalb des 10 Jahres-Zeitraums verbürgt und damit nach dem Willen des Gesetzgebers dem Insolvenzverwalter heraus erstattungspflichtig ist.

Die vorstehend genannten teilweise verheerenden Folgen für einen Gesellschafter/Gläubiger lassen sich nur dann vermeiden, wenn

- der Darlehensgeber zwar Gesellschafter ist, aber mit nicht mehr als 10 % Geschäftseinlagen beteiligt und kein Geschäftsführer der Gesellschaft ist oder

- ein außenstehender Dritter der Gesellschaft zu Sanierungs-zwecken beitrifft (§ 39 Abs. 4 und 5 InsO).

Wie bereits ausgeführt, können Forderungen aus Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz stets nur nachrangig geltend gemacht werden. Dennoch muss die entsprechende Forderung des Gesellschafters in dem Überschuldungsstatus der Gesellschaft grundsätzlich passiviert werden. Die Passivierungspflicht entfällt erst, wenn für die Forderung der qualifizierte Rangrücktritt vereinbart worden ist. Diese Praxis zur Überschuldungsvermeidung war zuvor bereits von der Rechtsprechung entwickelt worden und hat nun durch das MoMiG – allerdings modifiziert – eine Kodifizierung erfahren. Die ausdrückliche Rangrücktrittsvereinbarung soll einerseits dem Gesellschafter als Warnfunktion dienen, andererseits dem Geschäftsführer ermöglichen, rechtssicher zu erkennen, wann eine Forderung zu passivieren ist.

Überließ ein Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand zur Nutzung, konnte dies nach bisherigem Recht eine sog. Eigenkapital ersetzende Nutzungsüberlassung darstellen, eine durch den BGH entwickelte Fallgruppe der Eigenkapital ersetzenden Darlehen. Nach dem MoMiG kann ein Gesellschafter seinen Aussonderungsanspruch für die Dauer des Insolvenzverfahrens nicht geltend machen, höchstens jedoch für 1 Jahr nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dies soll gewährleisten, dass ein Gesellschafter, auch wenn er nicht an der Fortführung einer insolventen Gesellschaft interessiert ist, aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht veranlassen darf, was die Gesellschaft nachhaltig schädigt. Der Entzug eines z.B. zur Nutzung überlassenen Grundstücks würde regelmäßig dazu führen, dass die Sanierung einer Gesellschaft nicht möglich ist. Der Insolvenzverwalter kann diesen Gegenstand also während eines einjährigen Zeitraumes nutzen, muss

allerdings einen Ausgleich zahlen, der sich danach richtet, was der Gesellschafter im Jahr vor der Verfahrenseröffnung für die Nutzungsüberlassung als Vergütung erhalten hat.

2. Aufsteigende Darlehen und Cash-Pool

Nach den bislang geltenden Kapitalerhaltungsregeln durfte das für die Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht ausgezahlt werden. Der BGH hat vor einiger Zeit diese Regelung verschärft, so dass aufsteigende Darlehen (z.B. im Cash-Pool), die nicht aus dem freien, das Stammkapital übersteigende Vermögen erfolgen, unzulässig sein können, selbst dann, wenn ihnen ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegenüber stand.

Das MoMiG hat diese Materie grundlegend überarbeitet und kehrt zur bilanziellen Betrachtung zurück. Nach wie vor darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht ausgezahlt werden. Hiervon gelten jedoch ausdrückliche Ausnahmen. Zu diesen Ausnahmen gehören neben Leistungen bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages auch Leistungen an die Gesellschafter, die durch einen vollwertigen Rückerstattungsanspruch gedeckt sind, so dass das Cash-Pooling damit auf einer verlässlichen Rechtsgrundlage stehen sollte. Danach kann eine Leistung der Gesellschaft an einen Gesellschafter dann nicht als verbotene Auszahlung vom Gesellschaftervermögen gewertet werden, wenn ein reiner Aktivtausch vorliegt, also der Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter die Auszahlung deckt und vollwertig ist. Die Durchsetzbarkeit der Forderung ist im Hinblick auf die **Definition von Vollwertigkeit** zu beurteilen. Spätere unvorhergesehene negative Entwick-

lungen der Forderung gegen den Gesellschafter oder bilanzielle Abwertungen führen nicht nachträglich zum Auszahlungsverbot. Allerdings kann sich der Geschäftsführer haftbar machen, wenn er die Forderung stehen ließ, obwohl er sie hätte einfordern können.

VIII. Weitere Änderungen der Insolvenzordnung

An den Insolvenzgründen – Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – hat das MoMiG nichts geändert.

Zahlungsunfähigkeit ist nach der Rechtsprechung des BGH dann zu verzeichnen, wenn – vereinfacht gesprochen –

- bei einem Unternehmen eine Liquiditätslücke von mehr als 10 % der fälligen Verbindlichkeiten zu verzeichnen ist und
- das Unternehmen nicht in der Lage ist, diese Lücke innerhalb von 21 Tagen derart zu schließen, dass der vorstehende Prozentsatz unter 10 % sinkt.

Die Rechtsprechung ist in dieser Hinsicht sehr formal. Angesichts der relativ schmalen Vorgabe von lediglich 10 % wird deutlich, dass dieser Insolvenzgrund bei sehr vielen Unternehmen, ohne dass man dies zur Kenntnis genommen hat, vorliegen dürfte.

Eine wesentliche Erleichterung bei der Prüfung der Voraussetzung des Insolvenzgrundes "Überschuldung" ist durch Art. 5 zum Gesetz zur

Stabilisierung des Finanzmarktes und ihm folgend die Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO geschaffen worden.

§ 19 Abs. 2 lautete bisher wie folgt:

"Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung zu Grunde zu legen, wenn diese nach den Umständen wahrscheinlich ist".

Die neue Bestimmung des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO lautet wie folgt:

"Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich".

Nach dem neuen Recht ist zu überprüfen, ob die Gesellschaft über eine positive Fortführungsprognose verfügt. Ist dies der Fall, ist insolvenzrechtlich die Überschuldung beseitigt. Fällt die Fortführungsprognose dagegen negativ aus, ist die Überschuldung gegeben. Auf weitergehende Gesichtspunkte wie Beseitigung der buchmäßigen Überschuldung durch eine etwaige Rangrücktrittserklärung oder durch Aufdeckung stiller Reserven oder durch Aktivieren von Wirtschaftsgütern kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Entscheidend ist allein die Bejahung der positiven Fortführungsprognose. Hierbei reicht es sicherlich nicht aus, unter Hinweis auf eine Äußerung des Geschäftsführers, dass sich die Geschäfte verbessern würden und dass alles für ein optimales Folgejahr spräche, von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen.

Notwendig wird es in diesem Zusammenhang viel mehr sein, eine detaillierte Ertragsvorausschau, eine G+V sowie eine Liquiditätsplanung vorzulegen, aus der sich ergibt, dass die GmbH einmal aus eigener Kraft in der Lage ist, sich auch für die Zukunft zu finanzieren und darüber hinaus auf überschaubare Zeit (längstens 2 Jahre) in der Lage ist, wieder ein ausgeglichenes Ergebnis darzustellen.

IX. Änderungen im Insolvenzstrafrecht

Dem bisherigen Insolvenzantragsrecht in § 15 InsO wird im Zuge der Neuregelung zur Bekämpfung von Missbräuchen eine strafbewehrte Insolvenzantragspflicht in § 15 a InsO angefügt. Ein Unterlassen wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.²⁴

Bislang waren lediglich Geschäftsführer bzw. Liquidatoren zur Antragsstellung verpflichtet. Künftig sind im Falle der Führungslosigkeit der GmbH alle Gesellschafter verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen, sobald sie von der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung oder der Führungslosigkeit Kenntnis erlangen. Für eine Entlastung trifft den Gesellschafter die volle Beweislast. Er muss darlegen, dass er die Umstände, die auf die Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung und die Geschäftsführerlosigkeit schließen lassen, nicht kannte.²⁵

Zivilrechtlich sind in derartigen Fällen auch die Gesellschafter der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die die Gesellschaft nach Insolvenzreife leistet, es sei denn, die Insolvenzreife war auch bei Be-

²⁴ Vgl. Leipold, NJW-Spezial 2008, S. 472.

²⁵ BR-Drucks. 354/07, S. 128.

achtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers nicht erkennbar.

X. Missbrauchsbekämpfung

1. Pflicht zur Eintragung einer Geschäftsanschrift

Bislang war es so, dass nur der Sitz der Gesellschaft beim Handelsregister eingetragen wurde. Seit Inkrafttreten des MoMiG muss auch eine inländische Geschäftsanschrift zum Handelsregister angemeldet und eingetragen werden. Unter dieser Anschrift, die für Dritte im Handelsregister jederzeit einsehbar ist, kann an den oder die Vertreter der Gesellschaft wirksam zugestellt werden. Damit wird auch für inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften die Verpflichtung geschaffen, eine inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung ins Handelsregister anzugeben.

2. Bestellungshindernisse für Geschäftsführer

Bislang konnte zum Geschäftsführer nicht bestellt werden, wer einem Berufsverbot unterlag oder wegen einer Insolvenzstraftat verurteilt wurde.

Das MoMiG erweiterte die Ausschlussstatbestände, so dass künftig nicht mehr als Geschäftsführer bestellt werden kann, wer gegen zentrale Bestimmungen des deutschen Wirtschaftsrechts verstoßen hat, wie z.B. Betrug, Computer-, Subventions-, Kapitalanlage- und Kreditbetrug, Untreue. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt und Insolvenzverschleppung. Eine Verurteilung wegen vergleichbarer Straftaten im

Ausland gilt ebenfalls als Ausschlussstatbestand. Die Bestellungshindernisse gelten künftig auch für die gesetzlichen Vertreter der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft.

Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein darf, die Führung der Geschäfte überlassen, haften zudem künftig gegenüber der Gesellschaft für Schäden, die diese Person der Gesellschaft zufügt.

3. Erweiterte Haftung der Geschäftsführer

Bisher hafteten die Geschäftsführer für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Eintritt der Überschuldung geleistet wurden.

Künftig haften die Geschäftsführer der Gesellschaft auf Ersatz der weggegebenen liquiden Vermögensmittel, wenn Zahlungen an die Gesellschafter zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen müssten, es sei denn, dies war auch unter Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar. Den Geschäftsführern ist es dabei verwehrt, sich auf eine (in diesem Fall rechtswidrige) Weisung der Gesellschafter zu berufen. Es obliegt somit künftig der Verantwortung der Geschäftsführer, die ausreichende Liquidität der Gesellschaft sicherzustellen. Dies gilt auch im Rahmen eines Cash-Pools. Damit wird es künftig noch größerer Überzeugungskraft der Gesellschafter bedürfen, wenn ihnen Liquidität außerhalb einer Gewinnausschüttung zur Verfügung gestellt werden soll.

4. Verantwortung der Gesellschafter beim Wegfall der Geschäftsführer

Haben die Geschäftsführer ihr Amt niedergelegt oder wurden sie ohne Bestellung eines Ersatzes abberufen, so ist die Gesellschaft führungslos und somit für Gläubiger nicht erreichbar.

Zur Vermeidung der sog. "Firmenbestattungen" wird es zukünftig schwieriger werden, die Gesellschaft für Gläubiger praktisch unerreichbar zu machen. Versuchen die Gesellschafter, durch eine Abberufung der Geschäftsführer Zustellungen und den Zugang von Erklärungen zu vereiteln, werden die Gesellschafter ersatzweise zu Empfangsvertretern für die Gesellschaft. Die Gesellschafter werden im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft ihrerseits verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer, muss jeder Gesellschafter Insolvenzantrag stellen, es sei denn, er hat von Insolvenzgrund oder Führungslosigkeit keine Kenntnis. Die Insolvenzantragspflicht soll durch Wegfall der Geschäftsführer nicht umgangen werden können.

Fazit:

Im Ergebnis ist die Reform des GmbH-Rechts auch aus Sicht des Beraters zu begrüßen. Wie bei allen Reformen wird die Beratungspraxis neben den Erleichterungen auch die Unsicherheiten aus zahlreichen Fragestellungen, die im Laufe der Zeit aufgeworfen werden, zu tragen haben.