



Das Gesellschaftsrecht nach der Reform durch das MoMiG

9. und 10. September 2008

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)

MoMiG

= „Gesetz zur Modernisierung des
GmbH-Rechts und zur
Bekämpfung von Missbräuchen
(MoMiG)“

(Regierungsentwurf vom 23.5.2007)

Auslöser der Diskussion

Beschluss der Justizministerkonferenz auf ihrer Herbstkonferenz am 14. November 2002

- Verbesserung des Gläubigerschutzes
- Bekämpfung der „organisierten Bestattung“ von Gesellschaften (Stellungnahme von *Hirte*, ZInsO 2003, 833)

„Wettbewerb der Rechtsformen“

- Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit
- später auch aufgenommen in Beschlusslage der JuMiKo

doch dann wurden es der
Wünsche immer mehr ...

bis zur größten Reform in der
Geschichte der deutschen GmbH
(seit 1892)

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG

Daily Mail Ltd. (1988)	Auflösungsfolge bei Sitzverlegung ins Ausland
Centros Ltd. (1999)	Gründung von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften
Überseering BV (2002)	Anerkennung der Partei- und Rechtsfähigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften
Inspire Art Ltd. (2003)	niederländisches „Abwehrgesetz“ für ausländische Kapitalgesellschaften
de Lasteyrie du Saillant (2004)	Unzulässigkeit französischer Wegzugsbesteuerung
SEVIC (2005)	Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzung

EuGH-Judikatur durch BGH anerkannt und auf EWR (Liechtenstein) sowie USA erstreckt Nationale Rechtsprechung

Endgültige Anerkennung der EuGH-Judikatur durch

BGH (v. 14.3.2005 - II. Zs.) ZIP 2005, 805 = JZ 2005, 848 (*Rehberg*) = BB 2005, 1016

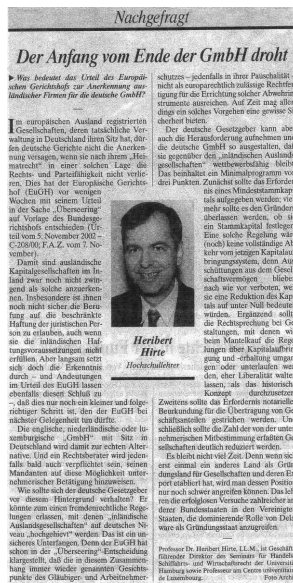
Erstreckung auf

EWR (Liechtenstein): BGHZ 164, 148 = ZIP 2005, 1869 = DStR 2005, 1870

USA (Grundlage: **Deutsch-Amerikanischer Freundschaftsvertrag** vom 29. Oktober 1954 [BGBl. II 1956, 487]; der eine ausdrückliche Anknüpfung an das Gründungsstatut enthält):

- jedenfalls bei *genuine link* (Übertragung der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten innerhalb der EU): BGH (II. Zs.) ZIP 2004, 1549 = NZG 2004, 1001 = NJW-RR 2004, 1618 = DStR 2004, 1841 = EWIR § 128 HGB 1/04, 919 (*Paefgen*)

- *äußerst geringe* wirtschaftliche Beziehungen zu den USA sollen ausreichen: BGH (I. Zs.) ZIP 2004, 2230 = BB 2004, 2595 (*Elsing*) = DStR 2004, 2113 (*Goette*) (GEDIOS)



Quelle: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. Januar 2003, Nr. 18, Seite 19.

Gesetzgeberische Reaktion

- RefE eines „Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (MiKaTraG)“ vom 30.11.2004 (unveröffentlicht)
- RegE eines „Mindestkapitalgesetzes“ (BT-Drucks. 15/5673; wegen Diskontinuität gescheitert)
- RefE eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ vom 29.5.2006
- RegE eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ vom 23.5.2007
- 1. Lesung im Deutschen Bundestag am 20.9.2007
- Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23.1.2008
- Beschlussfassung Rechtsausschuss 18.6.2008
- Beschlussfassung Deutscher Bundestag am 26.6.2008
- Beschlussfassung Deutscher Bundesrat im September 2008 (?)
- Inkrafttreten: 1.11.2008 (?)

Alternativen zum Gesetzgeber?

FRANKFURTER ALLGEMEINE SONNTAGSZEITUNG, 12. SEPTEMBER 2004, NR. 37



Droht Insolvenz?

Selbst in schwierigen Fällen bieten wir konkrete Lösungen an. Binnen 24 Stunden übernehmen bzw. vermitteln wir Ihr Unternehmen (GmbH/KG/AG) in gebotener notarieller Form. In diesem Zusammenhang wird der Geschäftsführer abberufen und entlastet. Wir verfügen über jahrelange Erfahrung, arbeiten bundesweit und qualifizieren uns durch hervorragende Referenzen. Durch ein neues Unternehmenskonzept ermöglichen wir einen Neuanfang. Ausführliche Informationen im Internet.

Juricon GmbH
Tel.: 030/254 60-70, Fax: -730

Web: www.juricon.de
eMail: info@juricon.de
- Keine Rechtsberatung -

Sanierungsbedarf? Insolvenzgefahr?

Die DST Deutsche Sanierungstreuhand GmbH unterstützt Sie, wenn in Ihrem Unternehmen Sanierungsmaßnahmen notwendig sind oder gar die Insolvenz droht. Wir erarbeiten maßgeschneiderte Konzepte zur Lösung Ihrer Finanzprobleme. Dabei vermitteln wir gerne auch erfahrene und qualifizierte Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Sofern Sie sich von Ihrem Unternehmen trennen wollen, können wir auch Käufer für Unternehmen in schwieriger Lage vermitteln. Mit unserer Hilfe können Sie auch die Möglichkeit nutzen, die Geschäftsleitung und den Geschäftssitz Ihres Unternehmens in andere EU-Staaten zu verlegen. Wir verfügen über Niederlassungen in Frankfurt/Main, Berlin, Hamburg, Hannover, Köln, Landau und Leipzig und arbeiten nicht nur in Deutschland, sondern in allen wichtigeren Ländern der EU mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern zusammen. Für eine erste Anfrage steht Ihnen gerne unsere Frankfurter Zentrale zur Verfügung.

DST Deutsche Sanierungstreuhand GmbH
Telefon: 0049-69-97557500

Keine Rechtsberatung

oder so?

Inkasso Team Moskau: Wir sind kein herkömmliches, normales, zugelassenes Inkassounternehmen! Und wollen es auch nicht sein.

Wenn Sie so etwas suchen, wenden Sie sich an ein Inkassounternehmen oder den Bundesverband für Inkassounternehmen. Suchen Sie mehr? Dann ITM – Moskau Inkasso Oder etwas anderes, dann auch ITM, das Inkasso Team Moskau mehr...

Schauen Sie sich unsere Infosciten an mehr... Interessenten erhalten das Passwort (+49(0)30 398 33 838)

Oder sprechen Sie mit uns einmal über Ihre Probleme mehr...

In unserer Deutschen Zentrale von ITM – Moskau Inkasso werden auch die Sprachen:

Englisch, Spanisch, Russisch, Italienisch und Hebräisch gesprochen

Interessanter Artikel aus der BILD Zeitung:



Kernpunkte des Gesetzes (I)

- Deregulierung der GmbH-Gründung
 - Abkopplung der Registereintragung von der Vorlage eventueller Genehmigungen
 - Vereinfachung der GmbH-Gründung bei Gründung mit Musterprotokoll
 - Einführung der Unternehmergesellschaft
- Schließung von Regelungslücken in bezug auf Schein-Auslandsgesellschaften

Kernpunkte des Gesetzes (II)

- Vereinfachungen bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung
 - Verschärfung der Zahlungsverbote
 - Abschaffung der „kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen“
- Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen
- Bekämpfung von Missbrauch bei der Liquidation von Gesellschaften

Wesentliche Änderungen gegenüber dem RegE durch den Rechtsausschuss

- Verbesserung der Durchführbarkeit von Insolvenzverfahren
 - keine „bilanzielle Betrachtungsweise“ mehr bei der verdeckten Sacheinlage i.R. der Kapitalaufbringung
 - keine Absenkung des Mindeststammkapitals bei der „normalen“ GmbH von € 25.000 auf € 10.000
- Einführung einer Gründungsmöglichkeit aufgrund eines *notariell zu beurkundenden* „Musterprotokolls“ anstelle einer nur schriftlich abzufassenden Mustersatzung

Erleichterung der Unternehmensgründung (I)

- Gründung mit Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG)
- Gründung der Einpersonen-GmbH ohne Sicherheitsleistung (Aufhebung von § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 36 Abs. 2 Satz 2 AktG)

Erleichterung der Unternehmensgründung (II)

- keine Vorlage einer staatlichen Genehmigungsurkunde mehr bei der Anmeldung im Falle staatlicher Genehmigungsbedürftigkeit des Unternehmensgegenstandes (Aufhebung der § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG)
 - keine registergerichtliche Kontrolle des Unternehmensgegenstandes mehr
 - keine „konkrete“ Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes mehr erforderlich (ursprünglich auch wegen Mustersatzung)

Erleichterung der Unternehmensgründung (III)

- Erleichterungen bei der Stückelung des Kapitals
 - Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss nur noch auf volle Euro lauten (§ 5 Abs. 2 GmbHG-E)
 - Übernahme mehrerer Geschäftsanteile durch einen Gesellschafter auch schon bei der Gründung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 5 Abs. 2 GmbHG-E)
 - Aufhebung des grundsätzlichen Verbots, GmbH-Anteile zu teilen oder mehrere Teile von Geschäftsanteilen auf denselben Erwerber zu übertragen (§ 17 GmbHG a.F.)
 - Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung: jeder Euro Nennwert eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG-E)

Gründung mit Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG-E) (I)

- nicht mehr als drei Gründer
- höchstens ein Geschäftsführer
- höchstens ein Geschäftsanteil je Gesellschafter und keine Sacheinlagen
- kostenrechtliche Privilegierung (keine Mindestgebühren) nach § 41d KostO

Gründung mit Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1a GmbHG-E) (II)

- Festlegung von
 - Firma
 - Sitz
 - Stammkapital
 - Nennbeträgen der Geschäftsanteile (bei Gründung durch mehrere)
 - Unternehmensgegenstand (nicht nur aus einer Auswahlliste wie nach dem RegE: Handel, Produktion oder Dienstleistungen)

Mindestkapital bei der „klassischen“ GmbH?

Erhöhung der Eigenkapitalquote; aber:

- kein Bezug zum realen Kapitalbedarf; deshalb
 - teilweise zu hoch
 - teilweise zu niedrig
- „punktueller Ansatz“

„Seriositätskontrolle“; aber:

- wenig zielgenau
- deshalb verfassungsrechtlich bedenklich

Alternativen?

Eigenkapital: „Solvenzttest“

- zeitliche Perspektive?
- zusätzliches Polster?
- im Ansatz in Rspr. zum „existenzvernichtenden Eingriff“ und jetzt in § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG
- indirekte Mechanismen?

Seriositätskontrolle: *Directors' Disqualification*

- Abkoppelung vom Strafrecht
- aufbauend auf dem vorhandenen § 35 GewO
- Verzahnung (zentralisiert) mit dem Handelsregister

MoMiG

Lösung



```
graph TD; A[Lösung] --> B[Schaffung einer neuen Rechtsform]; A --> C[Begrenzte Reform der vorhandenen GmbH];
```

Schaffung einer
neuen
Rechtsform

Begrenzte
Reform der
vorhandenen
GmbH

Forderungen nach einer neuen Rechtsform
als „echte Alternative“ zur Limited:

- Unternehmensgründergesellschaft (UGG) (*Gehb*)
- Gründergesellschaft (NRW)
- Kaufmann mit beschränkter Haftung (Bayern)
- GmbH *light*?
- und noch mehr ...

Unternehmergesellschaft (UG) als Variante der GmbH (§ 5a GmbHG-E) (I)

- keine zwingende Mindest-Kapitalaufbringung (mindestens ein Euro, da mindestens ein Geschäftsanteil)
- besondere (nicht abgekürzte) Bezeichnung als „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ (UG) (Abs. 1)
- vollständige Einzahlung des Kapitals vor Anmeldung und Ausschluss von Sacheinlagen (Abs. 2)
- unverzügliche Verlustanzeige schon (und nur) bei drohender Zahlungsunfähigkeit (Abs. 4)

Unternehmergesellschaft (UG) als Variante der GmbH (§ 5a GmbHG-E) (II)

- Pflicht zur Rücklagenbildung aus den Gewinnen als Ausgleich für ein gleich zu Anfang eingezahltes Kapital (Abs. 3)
- Fortbestand der Pflicht bis zum Erreichen der Mindestkapitalziffer durch (Abs. 5)
 - effektive Kapitalerhöhung
 - Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln
- Fortführung der Bezeichnung „UG“ möglich

Unternehmergesellschaft (UG) als Variante der GmbH (§ 5a GmbHG-E) (III)

Verwendung für/als

- kurzfristige, riskante, aber wenig kapitalintensive Geschäfte
- kombinierbar mit Gründung durch Musterprotokoll
- auch durch Umwandlung (str.)
- Komplementär-GmbH (str.)
- abhängiges Unternehmen (str.)

MoMiG zur Kapitalaufbringung

- (fast) vollständige Abschaffung in der UG
- *nicht mehr*: Senkung des Mindeststammkapitals der normalen GmbH von € 25.000 auf € 10.000 (§ 5 Abs. 1 RegE-GmbHG)
- Erstreckung der Differenzhaftung auf das Agio (§ 9 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E; klarstellend)
- Reduktion der Kontrolle des Registergerichts bei Einbringung von Sacheinlagen darauf, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung der Sacheinlage vorliegt (§ 9c Abs. 1 GmbHG-E; Vorbild § 38 Abs. 2 Satz 2 AktG)
- Einführung eines „genehmigten Kapitals“ (§ 55a GmbHG)

MoMiG zur „Umgehung“ der Kapitalaufbringung (I)

- Einführung der „Anrechnungslösung“ bei der „verdeckten Sacheinlage“ (§ 19 Abs. 4 GmbHG)
 - angelehnt an frühere Rechtsprechung zur Änderung der Einlagendeckung
 - keine Befreiung von der Einlagepflicht durch Abrede über verdeckte Sacheinlage (anders RegE); Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung sind aber nicht unwirksam (§ 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG)
 - Anrechnung des Wertes des anstelle der offen gelegten Bareinlage eingebrachten Vermögensgegenstandes auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters
 - im *Zeitpunkt der Anmeldung* der Gesellschaft zum Handelsregister oder einer eventuellen späteren Überlassung des Gegenstandes an die Gesellschaft (§ 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG)
 - nicht aber vor Eintragung der Gesellschaft (§ 19 Abs. 4 Satz 4 GmbHG)

MoMiG zur „Umgehung“ der Kapitalaufbringung (II)

- Nach „Anrechnungslösung“ bei der „verdeckten Sacheinlage“ (§ 19 Abs. 4 GmbHG) muss
 - Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Sacheinlage erwähnen (Einlageschuld ist – noch – nicht erloschen bzw. durch Anrechnung erfüllt)
 - Gericht i.R. von § 9c GmbHG prüfen, ob der Wert der verdeckten Sacheinlage den Wert der geschuldeten Geldeinlage erreicht
 - Stärkung der (praktisch nur!) öffentlich-rechtlichen Sanktionen (gegenüber RegE)
 - indirekte Sanktion durch Beweislast (mit Zeitablauf schwieriger!) für die Werthaltigkeit des übernommenen Vermögensgegenstandes (sonst Differenzhaftung nach § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG)
 - daneben möglicherweise Haftung der Gesellschafter (§ 9a Abs. 2 GmbHG) bzw. Geschäftsführer (§ 43 GmbHG)

MoMiG zur „Umgehung“ der Kapitalaufbringung (III)

- Abschaffung des bislang aus § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG abgeleiteten Verbots des „Hin- und Herzahlens“ (§ 19 Abs. 5 GmbHG-E): Ersatz der „Kapital“-Aufbringung durch „Wert“-Aufbringung
 - *wenn* (nicht soweit) Leistung durch einen – im Zeitpunkt der Rückgewähr – *vollwertigen Rückgewähranspruch* gedeckt ist, der (nach Rechtsausschuss)
 - jederzeit fällig oder
 - durch eine fristlose Kündigung seitens der Gesellschaft fällig stellbar ist
 - bei Offenlegung in der Versicherung nach § 8 GmbHG (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG)
 - indirekte Sanktion durch Beweislast (mit Zeitablauf schwieriger!) für die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs
 - daneben möglicherweise Haftung der Gesellschafter (§ 9a Abs. 2 GmbHG) bzw. Geschäftsführer (§ 43 GmbHG)

MoMiG zur „Umgehung“ der Kapitalaufbringung (IV)

- Nachweis korrekter Einlageleistung nur noch durch Abgabe der strafbewehrten Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-E (§ 8 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E): Nachweise nur „bei erheblichen Zweifeln“ an der Richtigkeit der Versicherung (Begr RegE)
- Rückwirkung der GmbH-rechtlichen Neuregelungen zur verdeckten Sacheinlage/zum Hin- und Herzahlen (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG-E); außer
 - rechtskräftige Entscheidung
 - Gegenstand einer wirksamen Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

MoMiG zur Kapitalerhaltung

- ausdrückliche Gestattung des *cash pooling* (§ 57 AktG-E, § 30 GmbHG-E): Ersatz der „Kapital“-Aufbringung durch „Wert“-Aufbringung
 - Leistung an Gesellschafter stellt keine Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Grund- oder Stammkapitals erforderlichen Vermögen dar, *soweit* sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist
 - Unanwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften auf Leistungen bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages (erstmal ausdrücklich im GmbH-Recht)
 - Privilegierung erfasst jetzt auch Leistungen an Dritte
 - Unanwendbarkeit auch des Verbots der *financial assistance* (§ 71a Satz 3 AktG-E)

Vollwertigkeitskontrolle?

- Bei „verdeckter Sacheinlage“, „Hin- und Herzahlen“ und *cash pooling* weg von der dinglich-gegenständlichen Betrachtung (Denkweise der Einzelzwangsvollstreckung) und hin zur Perspektive der Gesamtverwertung (wie bei Unternehmensbewertung und IFRS)
- Daher: Ersatz der präventiven Registerkontrolle durch retroaktive Bilanzkontrolle: steigende Bedeutung korrekter Bilanzierung
 - *Impairment*-Test bei Ansprüchen gegen den Gesellschafter/das herrschende Unternehmen)
 - Ansprüche gegen Bilanzersteller und Abschlussprüfer bei fehlerhafter Bilanzierung

„Solvenztest“ des § 64 (Abs. 2) Satz 3
GmbHG n.F.:
(= § 92 Abs. 2 [früherer Abs. 3] Satz 3 AktG)

„Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.“

Dogmatischer Ansatz:

Ersetzung des
präventiven
Gläubigerschutzes

...

... durch
retroaktiven
(nachgelagerten)
Gläubigerschutz

(= von „*rules*“ zu
„*standards*“)

und:

weg von der
Gesellschafter-
haftung ...

... hin zur *Geschäfts-*
leiterhaftung

(rechtsvergleichend
fehlendes Element:
Haftung des faktischen
Geschäftsführers)

„Solvenztest“ des § 64 (Abs. 2) Satz 3 GmbHG n.F. (I)

- jede Zahlung *an Gesellschafter* beinhaltet die (konkludente) Erklärung, dass die konkrete Zahlung nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft *führt*
 - nicht erst: Zahlungen *nach* Eintritt der Insolvenzreife (diese bleiben nach wie vor von § 64 (Abs. 2) Satz 1 GmbHG erfasst!)
 - Zahlung „musste“ zur Zahlungsunfähigkeit führen (= überwiegende Wahrscheinlichkeit aus *Ex-ante*-Perspektive)

„Solvenztest“ des § 64 (Abs. 2) Satz 3 GmbHG n.F. (II)

- Voraussetzung daher: Solvenzprognose als Fortbestehensprognose
 - weg vom „statischen“ (man belässt, was man eingelegt hat), und hin zum „situativen Ansatz“ (man belässt, was die Gesellschaft braucht)
 - Zahlungsunfähigkeitsprognose (IDW-Empfehlungen)
 - zeitlicher Horizont: unbegrenzt (Begr RegE); zu Recht abw. *Hirte*, DJT-Referat; *Knof*, DStR 2007, 1536, 1582
- unklar: Darlegungs- und Beweislast für Kausalität
 - wohl: Pflicht des Geschäftsleiters, Nachweis zu erbringen, dass Zahlung nicht zur Zahlungsunfähigkeit geführt hat

(Kapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen

- Verlagerung in das Insolvenzrecht (§§ 39, 44a InsO-E)
 - Subordination *aller* Gesellschafterdarlehen unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Gewährung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F.)
 - (erneut!) Abschaffung der „Rechtsprechungsregeln“ (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F.)
 - grundsätzlich keine Verhaftung des Nutzungsrechts mehr (aber: § 135 Abs. 3 InsO n.F.)
 - Verbindlichkeiten aus Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen nicht im Rahmen der Überschuldungsbilanz nach § 19 InsO zu berücksichtigen, wenn ein Rangrücktritt hinter § 39 Abs. 1 InsO erklärt wurde (§ 19 Abs. 2 Satz 3 InsO n.F.)
- Rückforderung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 InsO n.F.

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (I) -

- Subordination *aller* Gesellschafterdarlehen unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Gewährung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F.)
 - Erhaltung des Kleinbeteiligtenprivilegs (§ 39 Abs. 5 InsO n.F. [allgemein – auch bei Aktiengesellschaft – nur bis 10 % Beteiligung])
 - Erhalt des Sanierungsprivilegs (§ 39 Abs. 4 Satz 2 InsO n.F.)
 - Kein Erfordernis einer Finanzierungsentscheidung („Krise“) mehr

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (II) -

- Anwendungsbereich
 - auch: „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ (Übernahme von § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG in persönlicher [„Dritte“) und sachlicher Hinsicht)
 - rechtsformneutrale Ausgestaltung (§ 39 Abs. 4 Satz 1 InsO n.F.)
 - alle Gesellschaftsformen
 - außer unbeschränkte persönliche Haftung eines Gesellschafters
 - auch Limited

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (III) -

- Abschaffung der „Rechtsprechungsregeln“ (§ 57 Abs. 1 Satz 4 AktG-E, § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E)
 - Keine „präventive“ Durchsetzungssperre mehr
 - Keine Geschäftsführerhaftung mehr bei Auszahlung
 - aber u.U. Verstoß gegen Geschäftsleiterpflichten nach §§ 93, 92 AktG, §§ 43, 64 GmbHG
 - Steuerliche Implikationen ungeklärt

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (IV) -

- *grundsätzlich* keine Verhaftung des Nutzungsrechts mehr
 - Text: nur „Darlehen“
 - Begr RegE: Anwendung der §§ 103 ff. InsO auf das Nutzungsrecht
 - Reichweite unklar (z.T. abw. *Haas*: bei mittelbarer Gläubigerbenachteiligung Anfechtung der Zahlungen nach § 135 InsO unter Ausschluss von § 142 InsO)
 - u.U. Entzug betriebsnotwendigen Vermögens aus der Masse

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (V) -

- *aber*: insolvenzspezifische Sonderregelung in § 135 Abs. 3 InsO (Rechtsausschuss)
 - keine Geltendmachung des Aussonderungsanspruchs (§ 47 InsO) eines Gesellschafters (Satz 1)
 - für Gegenstand, den er der Schuldner-Gesellschaft zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen hat
 - während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für ein Jahr ab Eröffnung des Verfahrens
 - wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (VI) -

- Ausgleichsanspruch des Gesellschafters für den Gebrauch des Gegenstandes oder seine Nutzung (Satz 2)
 - Berechnung nach dem Durchschnitt der im *letzten Jahr* vor Verfahrenseröffnung (tatsächlich!) geleisteten Vergütung
 - bei *kürzerer Dauer* der Überlassung nach dem Durchschnitt dieses Zeitraums
 - Masseverbindlichkeit

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (VII) -

- Rückforderung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 InsO n.F.
 - beinhaltet Vermutung der Krise
 - kein Gegenbeweis möglich
 - andererseits auch keine Ausdehnung geplant
 - vor diesem Zeitraum § 133 InsO
- Gesellschafterbürgschaften jetzt in § 44a, § 135 Abs. 2 InsO n.F. geregelt
 - jetzt ebenfalls rechtsformneutral
 - Rechtsfolgen der Anfechtung in § 143 Abs. 3 InsO n.F.

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (VIII) -

- Klagen des Insolvenzverwalters gegen die Gesellschafter am Gerichtsstand der Mitgliedschaft (§ 22 ZPO)
 - auch wenn Ansprüche nicht (mehr) auf Gesellschaftsrecht beruhen
 - insbesondere: Anfechtung der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen

Gesellschafterdarlehen - Einzelheiten (VIII) -

- Übergangsvorschrift (Art. 103d EGIInsO)
- geänderte bzw eingefügte neue Vorschriften sind auf solche Insolvenzverfahren anwendbar, die nach Inkrafttreten des MoMiG eröffnet wurden (Satz 1)
- Anwendung des bislang geltenden Rechts für vorher eröffnete Verfahren (Satz 2)
- Unklar: rückwirkende Unanwendbarkeit auch der Rechtsprechungsregeln?

Flucht aus dem Recht der Gesellschafterdarlehen?

- Verlagerung vom Gesellschafts- ins Insolvenzrecht
 - erleichterte Anwendung auf Schein-Auslandsgesellschaften mit COMI im Inland
 - bisher kaum diskutierte Nebenfolge: Möglichkeit der Flucht (auch) für inländische Gesellschaften durch Verlagerung des COMI ins Ausland
- Gelegenheit für Absprachen zwischen (Groß) Gläubigern und Schuldern

(Weitere) Reform des Anfechtungsrechts?

- Ersatz von Kapitalaufbringung/-erhaltung durch §§ 133, 134 InsO?
- Verbesserung der Anfechtung bei Grenzüberschreitung
 - Einschränkung von Art. 4 Abs. 2 m) EulnsVO
 - Ausdehnung der *vis attractiva concursus* auf Insolvenzanfechtungsklagen
- Kollektive Feststellung des *moment of truth* (§ 157 RegE InsO)

MoMiG zu Bestellungsverboten (I)

- Erweiterung der Inhabilitätsgründe bei der Bestellung (nochmals erweitert durch Rechtsausschuss; § 6 Abs. 2 GmbHG-E, § 76 Abs. 3 AktG-E)
- aber: bislang nicht auf Stellung als Geschäftsführer bezogen (anders CDDA)
- auch in Bezug auf „Zweigniederlassungen“ (§ 13 Abs. 3 Satz 2 HGB-E; für die Strafbarkeit § 399 Abs. 1 Nr. 6 AktG, § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG n.F.)

MoMiG zu Bestellungsverboten (II)

- unverändert: nur Straftaten, jetzt sogar nur Vorsatz; andererseits aber auch Verurteilungen wegen vergleichbarer Taten im Ausland
- Neu durch Rechtsausschuss: Gesellschafterhaftung für „Überlassung der Geschäfte“ an inhabilen Geschäftsführer (§ 6 Abs. 5 GmbHG-E)

MoMiG zur Erweiterung von Insolvenz-antragsrecht und -pflicht auf Gesellschafter

- alle Gesellschafter, auch Minderheitsgesellschafter, und Aufsichtsratsmitglieder (§ 15 Abs. 1 Satz 2 InsO-E, § 15a Abs. 3 InsO-E)
- im Falle von „Führungslosigkeit“ (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG-E)
 - rechtliche (Abberufung/Amtsniederlegung des einzigen/letzten Geschäftsführers)
 - nicht aber faktische (Geschäftsführer mit unbekanntem Aufenthaltsort); anders noch RefE
- Kenntnis von Führungslosigkeit und Insolvenzgrund wird vermutet

MoMiG zur Erweiterung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten auf Gesellschafter

- Erstreckung der insolvenzrechtlichen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten auf Gesellschafter (§ 101 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 InsO-E)
- Kostentragung der nach § 101 Abs. 1 und 2 InsO Mitwirkungsverpflichteten (§ 101 Abs. 3 InsO-E)
 - bei unterlassener Auskunft oder Mitwirkung
 - im Falle der Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

und: Verlagerung der Insolvenzantragspflicht in das Insolvenzrecht (§ 15a InsO-E)

- Umwandlung in eine rechtsformunabhängige verfahrensrechtliche Pflicht
- Ziel: Erfassung der „Schein-Auslandsgesellschaften“
- „Nebeneffekt“: Auswanderung deutscher Gesellschaften
- europarechtliche Zulässigkeit zweifelhaft

Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit (= Schutz *vor* der GmbH) (I)

- Ersatzvertretung bei „Führungslosigkeit“ durch Gesellschafter bzw. (bei der Aktiengesellschaft) durch Aufsichtsrat (§ 78 Abs. 1 Satz 2 AktG-E, § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E)
 - Einzelvertretung (ausdrücklich § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG-E für den Aufsichtsrat)
 - Kenntnis der Gesellschafter bzw. der Aufsichtsratsmitglieder von Führungslosigkeit nicht erforderlich

Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit (= Schutz *vor* der GmbH) (II)

- Pflicht zur Eintragung der *inländischen* Geschäftsanschrift in das Handelsregister (§ 39 Abs. 1 Satz 1 AktG-E, § 10 Abs. 1 GmbHG-E)
 - Angabe bei Anmeldung (§ 37 Abs. 3 AktG-E, § 8 Abs. 4 GmbHG-E, §§ 29, 106 HGB-E)
 - Abgabe von Willenserklärungen oder Bewirkung von Zustellungen gegenüber Vertreter der Gesellschaft unter dieser Anschrift (§ 78 Abs. 2 Satz 3 AktG-E, § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E)
 - Anmeldung bei bestehenden Gesellschaften bis spätestens zum 31. Oktober 2009 (§ 18 EGAktG-E, § 3 Abs. 1 EGGmbHG-E)

Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit (= Schutz *vor* der GmbH) (III)

- Vertreter für Willenserklärungen oder Bewirkung von Zustellungen („weitere Empfangsperson“) *kann* ins Handelsregister eingetragen werden (§ 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, § 39 Abs. 1 Satz 2 AktG-E, § 13e Abs. 2 Satz 4, Abs. 3a HGB-E)
- Erleichterung der öffentlichen Zustellung (§ 132 BGB) bei fehlender bekannter *inländischer* Anschrift (einschließlich des neuen Zustellvertreters) (§ 15a HGB-E, § 185 Nr. 2 ZPO-E, § 10 Abs. 1 Nr. 2 VwZG-E)

Aufwertung der Gesellschafterliste

- Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten setzt Eintragung in Gesellschafterliste (nicht mehr nur „Anmeldung“) voraus (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)
- vor Eintragung vorgenommene Rechtshandlungen des Erwerbers (etwa: Teilnahme an Abstimmung) sind schwebend unwirksam, werden aber nach unverzüglich vorzunehmender Eintragung wirksam (§ 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG)

Erleichterung der Unternehmensnachfolge

- Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen durch
 - Eintragung in Gesellschafterliste als „Gutgläubensgrundlage“ (§ 16 Abs. 3 GmbHG-E)
 - erleichtert durch Angabe von „laufenden Nummern“ der Geschäftsanteile bei der Anmeldung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG-E)
- aber: hier *keine* Änderungen bei den Beurkundungserfordernissen

Grenzen des gutgläubigen Erwerbs

- nicht dem Gesellschafter zurechenbare falsche Eintragung, wenn die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs weniger als drei Jahre unrichtig ist (§ 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG-E)
- Kenntnis des Erwerbers von der fehlerhaften Berechtigung oder grob fahrlässige Unkenntnis (§ 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 GmbHG-E)
- Eintragung eines Widerspruchs in der Liste (§ 16 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 GmbHG-E)

Aktualisierung der Gesellschafterliste (I)

- Geschäftsführer: Einreichung einer von ihnen unterschriebenen Gesellschafterliste zum Handelsregister
 - unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung im Gesellschafterbestand oder im Umfang deren Beteiligung (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG-E)
 - Prüfpflicht, für deren Verletzung die Geschäftsführer (jetzt auch) gegenüber den Beteiligten haften, deren Beteiligung sich geändert hat (§ 40 Abs. 3 GmbHG-E)

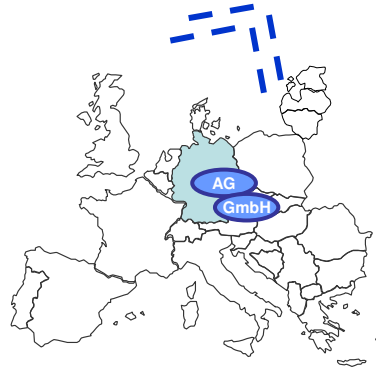
Aktualisierung der Gesellschafterliste (II)

- bei Mitwirkung eines Notars an Veränderungen im Gesellschafterbestand: unverzügliche Einreichung einer von ihm unterschriebenen Gesellschafterliste zum Handelsregister und Übermittlung einer Abschrift an die Gesellschaft (§ 40 Abs. 2 GmbHG)
 - nach Wirksamwerden der Veränderung im Gesellschafterbestand, aber ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe (Anfechtung, auflösende Bedingung etc.)
 - gleichzeitig Bestätigung, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen

Ermöglichung der Sitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften ins Ausland durch Aufhebung von § 4a Abs. 2 GmbHG, § 5 Abs. 2 AktG

Bislang h.M.:
Keine Sitzverlegung ins
Ausland möglich, da
Auflösungsfolge

Daher: Schlechterstellung
deutscher
Gesellschaften
gegenüber ausländischen
Gesellschaften



Problematik der Inländerdiskriminierung

Die Limited nach dem MoMiG

- Wesentliche Neuregelungen (I) -

- Pflicht zur Eintragung einer inländischen *Geschäftsanschrift* auch für Niederlassungen ausländischer Gesellschaften im Inland (§ 13d Abs. 2 HGB)
 - Frage: wenn keine Eintragung ?
 - unmittelbare Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung?
- Erstreckung der *Bestellungsverbote* auf Niederlassungen ausländischer Gesellschaften im Inland (§ 13e Abs. 3 Satz 2 HGB-E; für die Strafbarkeit § 399 Abs. 1 Nr. 6 AktG, § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG n.F.)

Die Limited nach dem MoMiG

- Wesentliche Neuregelungen (II) -

- Verlagerung zahlreicher Fragen des Gläubigerschutzes ins *Insolvenzrecht* in der Hoffnung auf Anwendbarkeit zu Lasten von Schein-Auslandsgesellschaften
- *Löschung* von inländischen Zweigniederlassungen im Heimatland gelöschter Gesellschaften (§ 142 Abs. 1 Satz 1 FGG n.F.)

Ursprüngliche politische Folgerungen

Im Wettbewerb mit dem ausländischem Recht ist eine Reform des deutschen Rechts erforderlich

- Aufnahme des Wettbewerbes mit dem ausländischen Recht
 - in vielen Punkten durch MoMiG erledigt
- aber einige offene Punkte:
 - weitere Verringerung der Beurkundungserfordernisse
 - Diskussion über die Grenzen des Mitbestimmungsrechts
 - Lobby für die deutsche GmbH

Die Limited nach dem geplanten Gesetz zum
Internationalen Privatrecht der Gesellschaften,
Vereine und juristischen Personen

- Kodifikation der (unstreitigen) Qualifikationsfragen auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH

IPR-Gesetz

- Bewusst offen gelassene Fragenkreise -

- Mitbestimmungsrecht
- Insolvenzantragspflicht (nur in der Begründung als Insolvenzrecht qualifiziert)
- Deliktsrecht
- Rechnungslegungsrecht
 - Kapitalmarktrecht (= Ortsrecht)
 - Gesellschaftsrecht (= Gründungsrecht)

MoMiG in summa:

- zahlreiche Erleichterungen bei der Gründung
- (gewisse) Erleichterungen bei der Unternehmensnachfolge
- Verbesserung und Vereinfachung des Gläubigerschutzes

Das „MoMiG“ - eine
Wiedergeburt der deutschen
GmbH
- vielleicht ... 