

Das neue GmbH-Recht

Mandanteninformation zum MoMiG

November 2008

Einleitung	2
Einführung der "1-Euro-GmbH" – die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)	2
Vereinfachung und Beschleunigung der Gründung	3
Erleichterung der Kapitalaufbringung	4
Flexiblere Geschäftsanteile	6
Erleichterungen beim Erwerb von Geschäftsanteilen	7
Freie Wahl des Verwaltungssitzes	8
Cash-Pooling	9
Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts	11
Bekämpfung von Missbräuchen	12
Änderungen für die AG und die KGaA	13
Die wichtigsten Änderungen auf einen Blick	14

Einleitung

Die letzte große Reform des GmbH-Gesetzes ist nun fast 30 Jahre her. In dieser Zeit verzehnfachte sich die Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Deutschland, im Jahr 2005 wurde die Schwelle von einer Million GmbHs überschritten. Trotz des enormen Erfolges der GmbH als Gesellschaftsform traten vor allem in den letzten zehn Jahren die Schwächen der deutschen GmbH – auch im internationalen Vergleich – zunehmend zu Tage. Vor diesem Hintergrund brachte der Gesetzgeber die umfassendste Reform des GmbH-Gesetzes seit seinem Inkrafttreten vor 116 Jahren auf den Weg, die nun abgeschlossen ist. Nach jahrelangem Ringen der Interessenvertreter trat am

1. November 2008 das **Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen ("MoMiG")** in Kraft. Ziel des Gesetzes ist zum einen, Unternehmensgründungen durch eine Modernisierung und Deregulierung des GmbH-Rechts zu erleichtern und zum anderen, die Attraktivität der GmbH als Rechtsform zu erhöhen. Daneben werden Missbrauchsfälle künftig konsequenter bekämpft.

Das MoMiG wird diesen Zielen weitgehend gerecht und führt in der Praxis zu wesentlichen Änderungen.

Einführung der "1-Euro-GmbH" – die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Eines der vehement geforderten und zugleich kontrovers diskutierten Reformvorhaben war die Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH. Bisher lag diese Grenze bekanntlich bei 25.000 Euro. Das ursprüngliche Ziel einer Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 Euro wurde jedoch nach massiver Kritik aus der Wirtschaft aufgegeben. Es war zu befürchten, dass das Image der GmbH als zentrale Gesellschaftsform des Mittelstandes in Deutschland auf Dauer nachhaltig geschädigt würde.

Stattdessen wurde neben der klassischen GmbH eine **zweite Variante** ins Gesetz eingeführt, die **haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft ("UG")**. Die Unternehmergesellschaft muss zwingend den Zusatz "(haftungsbeschränkt)" führen; eine Abkürzung dieses Zusatzes ist unzulässig. Die UG ist eine echte GmbH, auf die bis auf wenige Sonderregelungen das gesamte GmbH-Recht Anwendung findet. Entscheidender Unterschied der UG zur klassischen GmbH ist, dass sie ein Mindeststammkapital von lediglich einem Euro benötigt. Das ermöglicht GmbH-

Gründungen mit jedem beliebigen Stammkapital. Liegt die Stammkapitalziffer unter 25.000 Euro und wird somit die GmbH als UG gegründet, ist eine vollständige Bareinzahlung des Stammkapitals nötig. Bei einer GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 Euro oder mehr reicht im ersten Schritt die hälftige Einzahlung des Stammkapitals. Eine wesentliche Beschränkung der Gründung einer **UG** ist, dass diese **nicht im Wege der Sach-, sondern ausschließlich als Bargründung** erfolgen kann.

Nach Gründung einer UG verlangt das Gesetz jedoch, dass zwingend **25 % des Jahresüberschusses** in eine **gesetzliche Rücklage einzustellen** sind. Diese Rücklage darf lediglich zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, eines Verlustvortrags oder zur Kapitalerhöhung verwendet und **nicht ausgeschüttet** werden. Diese Verpflichtungen sind nicht auf die leichte Schulter zu nehmen, denn Verstöße führen zu einer **direkten Haftung des Geschäftsführers** sowie zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses und des Jahresabschlusses.

Die Verpflichtung zur Rücklagenbildung endet erst dann, wenn das Stammkapital der UG im Rahmen einer Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 Euro erhöht wird. In diesem Falle wird die Unternehmergesellschaft ohne formwechselnde Umwandlung zur normalen GmbH.

Mit Einführung der **haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft** besteht **für Existenzgründer und kleine Gesellschaften aus dem Dienstleistungsbereich** eine kostengünstige **Alternative** zur klassischen GmbH und zur englischen Limited (Ltd.).

Fazit:

Die neu eingeführte **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** ist zu begrüßen. Sie wird in der **Praxis voraussichtlich keine große Rolle** spielen, sondern kleinen und kleinsten Unternehmen vorbehalten bleiben. Sie wird in ihrer öffentlichen Wahrnehmung aller Voraussicht nach deutlich unterhalb der klassischen GmbH

rangieren. Allerdings können Gestaltungen, wie beispielsweise die Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG oder die UG als umwandlungsfähiger Rechtsträger nach dem Umwandlungsgesetz, im Einzelfall interessante Alternativen eröffnen.

Vereinfachung und Beschleunigung der Gründung

Die **Gründung einer GmbH** wurde durch das MoMiG **vereinfacht und beschleunigt** und tritt dadurch in echte Konkurrenz zur englischen Limited und zur geplanten Europäischen Privatgesellschaft.

Für **einfache Standardgründungen** wurde ein **Musterprotokoll** als Anlage zum GmbH-Gesetz genommen, welches die für die Gründung erforderlichen Dokumente (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste) beinhaltet. Das Musterprotokoll kann bei reinen **Bargründungen** mit **höchstens drei Gesellschaftern** und **einem Geschäftsführer** verwendet werden. An dem Mustertext darf jedoch keine Veränderung und Ergänzung vorgenommen werden. Die notarielle Beurkundung ist weiterhin vorgesehen, jedoch wird eine Kostenreduzierung bei der Gründung der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft durch Abschaffung des Mindestgeschäftswerts erreicht.

Allerdings wird das Musterprotokoll für Mehrpersonengesellschaften in der Regel nicht in Frage kommen, da keine Bestimmungen über Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse, Abtretbarkeit von Geschäftsanteilen (Vinkulierung), Erbfolge o.ä. zulässig sind und auch nur ein Geschäftsführer – der zwingend vom Verbot des Insichgeschäfts und der Mehrfachvertretung befreit sein muss – bestellt werden kann.

Schließlich wird die Gründung einer GmbH dadurch erleichtert, dass die Vorlage etwaiger **behördlicher Genehmigungen**, wie beispielsweise gewerberechtlicher Erlaubnisse oder Genehmigungen nach dem Kreditwesengesetz, für den geplanten Geschäftsbetrieb **nicht mehr Voraussetzung** für die **Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister** ist. Die Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister kann daher auch bei einem genehmigungspflichtigen Unternehmensgegenstand unmittelbar nach Gründung erfolgen.

Fazit:

Die Gründung einer **Standard-GmbH** wurde erheblich **vereinfacht**. Daneben stellt die Entkoppelung der Eintra-

gung im Handelsregister von behördlichen Genehmigungen einen echten Zeitgewinn dar.

Erleichterung der Kapitalaufbringung

Bislang musste bei der **Bargründung** einer GmbH durch mehrere Personen die Stammeinlage vor Anmeldung der Gesellschaft mindestens zur **Hälfte** eingezahlt werden. Bei einer **Ein-Personen-Gründung** war darüber hinaus für den nicht eingezahlten Teil der Stammeinlage eine **Sicherheitsleistung** zu erbringen, deren Beibringung der Einzahlung letztlich gleich kam. Mit Inkrafttreten des MoMiG ist diese **Verpflichtung weggefallen**, wodurch die Ein-Personen-Gründung erheblich erleichtert wird.

Bei der **Sachgründung** einer GmbH war die Werthaltigkeit der Sacheinlage durch einen Sachgründungsbericht und eine aufwändige, entsprechend teure Werthaltigkeitsbescheinigung eines externen Prüfers mit der Anmeldung darzulegen. Danach erfolgte eine Prüfung durch das zuständige Handelsregister, das ggf. weitere Nachweise verlangte. Zwar gelten diese Voraussetzungen der Sachgründung fort, das Handelsregister kann aber nach dem Gesetzeswortlaut künftig die Eintragung nur noch ablehnen, wenn eine nicht unwesentliche Überbewertung vorliegt.

Besonders kritisch waren bisher sog. verdeckte oder auch verschleierte Sachgründungen bzw. Sachkapitalerhöhungen (**verdeckte Sacheinlage**). Eine verdeckte Sachgründung liegt immer dann vor, wenn die GmbH zwar formal im Wege der Bareinlage gegründet wird, diese Gründung sich aber bei wirtschaftlicher Betrachtung im Nachhinein als Sachgründung herausstellt. Ein solcher Fall ist immer dann anzunehmen, wenn die im Zuge der Bargründung von einem Gesellschafter eingelegten Barmittel unmittelbar oder mittelbar an ihn zurückfließen, beispielsweise wenn

die Bareinlage des Gesellschafters dazu verwendet wird, Vermögensgegenstände von ihm selbst zu erwerben. Entsprechendes gilt für die Sachkapitalerhöhung. Die durch die Rechtsprechung entwickelten Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage waren sowohl für die betroffenen Gesellschafter als auch die betroffene Gesellschaft äußerst hart.

Zum einen galt die **Bareinlage** als **nicht erbracht**, d.h. die Stammeinlageverpflichtung der Gesellschafter bestand über Jahre hinweg fort und war im Falle der Insolvenz der Gesellschaft **nochmals**, somit doppelt, **zu erbringen**. Zum anderen waren sowohl die betroffenen **Kaufverträge** als auch die dinglichen **Erfüllungsgeschäfte** (d.h. die **Eigentumsübertragung** der Vermögensgegenstände) **nichtig**, was im Falle der Insolvenz des einlegenden Gesellschafters zu Rückforderungen des Insolvenzverwalters führte.

Das Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage ist jetzt im Gesetz geregelt, wobei **deutlich mildere Rechtsfolgen** gelten. Zwar wird der einlageverpflichtete Gesellschafter, der statt einer Bareinlage eine verdeckte Sacheinlage erbringt, wie bisher nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit. Jedoch wird der **Wert der geleisteten Sache** auf seine Bareinlageverpflichtung **vollständig angerechnet** und er haftet nur noch auf eine etwaige **Differenz**, soweit der Wert der eingelegten Sache die Höhe der Einlageverpflichtung nicht erreicht. Die Gläubiger der Gesellschaft werden dadurch geschützt, dass den einlegenden **Gesellschafter** die volle **Beweislast** für den tatsächlichen Wert der Sache zum Zeitpunkt der Einlage trifft.

Fazit:

Die Kapitalaufbringung wurde teilweise erleichtert. Bei Zweifeln über das Vorliegen einer verdeckten Sachgründung bzw. Sachkapitalerhöhung kann es durchaus sinnvoll sein, die Vollwertigkeit der Leistung bei Vertrags-

schluss durch ein Werthaltigkeitsgutachten zu dokumentieren, da dieser Beweis möglicherweise Jahre später nicht mehr erbracht werden kann.

Daneben wird auch die Gesellschaft geschützt. Die **Verträge**, auf deren Grundlage sie die Vermögensgegenstände vom Gesellschafter erworben hat, sind nach dem neuen § 19 Absatz 4 GmbHG **wirksam**. Konsequenz daraus ist, dass die **Gesellschaft Eigentümerin** der verdeckt **eingebrachten Vermögenswerte** wird und **keinen etwaigen Rückforderungsansprüchen** des Einlegenden oder dessen Insolvenzverwalter **ausgesetzt** ist. Diese **Neuregelung** der verdeckten Sacheinlage gilt **auch für Altfälle**, d.h. in der Vergangenheit erfolgte verdeckte Sacheinlagen werden durch die Neuregelung **nachträglich geheilt**. Ausgenommen von der Heilung sind allerdings solche Fälle, die am 1. November 2008 bereits endgültig (rechtskräftig) durch Vertrag, Vergleich oder Urteil wirksam erledigt waren.

Eine gesetzliche Regelung wurde auch für den Bereich des sog. **Hin- und Herzahlens** – beispielsweise die Rückzahlung der Einlage an den Gesellschafter als Darlehen – eingeführt. Im Fall des Hin- und Herzahlens muss der Rückgewähranspruch der GmbH (z.B. auf Rückzahlung des Darlehens) vollwertig und jederzeit fällig oder jederzeit fällig zu

stellen sein, um den Grundsatz der Kapitalaufbringung zu gewährleisten. Solche Rückzahlungen sind auch bei der Anmeldung der Gesellschaft dem **Handelsregister offenzulegen**.

Eine weitere Flexibilisierung der Kapitalbeschaffung für die GmbH ist die aus dem Aktienrecht seit langem bekannte Möglichkeit der Schaffung eines **genehmigten Kapitals**. Hierdurch können die Gesellschafter für einen Zeitraum von höchstens **fünf Jahren** die Geschäftsführer ermächtigen, das Stammkapital der Gesellschaft bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen. Die Gesellschafter können so unkompliziert ein erhöhtes Kapital auf "Vorrat" beschließen, welches dann unter bestimmten Voraussetzungen und ohne weitere notariell zu beurkundende Kapitalerhöhung ausgenutzt werden kann. Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf dabei die **Hälfte des Stammkapitals**, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen.

Fazit:

Die rechtlichen **Risiken** der verdeckten Sacheinlage wurden durch den Gesetzgeber **deutlich entschärft**. Allerdings sollten insbesondere akute Altfälle intensiv auf die optimale rechtliche Lösung hin überprüft werden. Auch ist bei Wissen des Geschäftsführers von einer verdeckten Sacheinlage besondere Vorsicht geboten. Bei der Handelsregisteranmeldung darf der Geschäftsführer nicht ver-

sichern, dass die Einlage als Bareinlage erbracht wurde. Tut er es trotzdem, macht er sich strafbar.

Schließlich besteht auch künftig die **Gefahr** für **Geschäftsführer und Gesellschafter** der betroffenen Gesellschaft, mit ihrem **Privatvermögen** für den Schaden zu **haften**, der infolge einer verdeckten Sacheinlage entsteht.

Flexiblere Geschäftsanteile

Durch das MoMiG wurden die **Regelungen** zur **Aufteilung und Übertragung von Geschäftsanteilen deutlich gelockert**. Musste ein Geschäftsanteil bislang mindestens 100 Euro betragen und durch 50 teilbar sein, können die Gesellschafter die Nennbetragshöhe der Geschäftsanteile nun individuell gestalten. Es muss aber jeder **Geschäftsanteil zumindest** auf einen Betrag von **1 Euro** lauten.

Auch durfte jeder Gesellschafter bei Gründung der GmbH **nur einen Geschäftsanteil übernehmen**, eine Übernahme mehrerer Geschäftsanteile vom gleichen Gesellschafter war nicht möglich. Die Gesellschafter können nun auch bei Gründung **mehrere Geschäftsanteile** übernehmen und dabei ihre Anzahl und deren jeweiligen Nennbetrag im Rah-

men der vorgenannten Grenze frei gestalten. Die freie Teilbarkeit von Geschäftsanteilen eröffnet die Möglichkeit, exakte Beteiligungsverhältnisse zu schaffen, ohne eventuelle Spitzenbeträge – mit der Folge erheblicher Mehrkosten – ausgleichen zu müssen.

Bei GmbHs mit mehreren Gesellschaftern empfiehlt es sich, das Verfahren der Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag zu regeln sowie die Nennbeträge der Geschäftsanteile regelmäßig auf 1 Euro festzusetzen. Daneben sollte im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, dass Geschäftsanteile (außer bei Kapitalherabsetzungen) nicht zusammengelegt werden dürfen.

Fazit:

Hinsichtlich der Flexibilisierung zur Aufteilung von **Geschäftsanteilen** sollten auch bestehende **Gesellschaftsverträge** überprüft und **angepasst werden**, insbesondere um

künftige Unsicherheiten bei der Zahl der Geschäftsanteile und der Zahl der Stimmen in der Gesellschafterversammlung zu vermeiden.

Erleichterungen beim Erwerb von Geschäftsanteilen

Bislang musste sich der Erwerber von Geschäftsanteilen vollumfänglich gegen das Risiko absichern, dass die zu erwerbenden Geschäftsanteile nicht dem Veräußerer, sondern einem Dritten gehören. Eine Prüfung der Inhaberstellung des Veräußerers durch den Erwerber war äußerst zeit- und kostenintensiv, da letztlich eine lückenlose Dokumentation aller Geschäftsanteilsübertragungen seit Gründung der Gesellschaft erforderlich war. Eine endgültige Sicherheit konnte hierdurch jedoch nicht gewährleistet werden.

Durch das MoMiG wurde eine **wesentliche Erleichterung** geschaffen. Der **Erwerber** eines Geschäftsanteils darf nun grundsätzlich darauf **vertrauen**, dass die in der beim Handelsregister geführten **Gesellschafterliste** verzeichneten Personen auch tatsächlich Gesellschafter sind. Durch diese gesetzliche Anordnung ist nun ein **gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich**. Ist eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Dies gilt ebenso, wenn die Eintragung zwar weniger als drei Jahre unrichtig, die Unrichtigkeit aber dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist.

Ein **gutgläubiger Erwerb** kommt **nicht** in Frage, wenn der Erwerber **Kenntnis** oder grob fahrlässige Unkenntnis von der **Unrichtigkeit** der Gesellschafterliste hat oder wenn aufgrund einer **einstweiligen Verfügung** ein Widerspruch in der Gesellschafterliste beim Handelsregister vermerkt wurde.

Existiert ein Geschäftsanteil nicht oder ist ein Geschäftsanteil belastet, so ermöglicht die Gesellschafterliste weder den Erwerb dieses nichtexistenten Geschäftsanteils noch einen lastenfremen Erwerb.

Die **Gesellschafterliste** wirkt auch gegenüber der Gesellschaft. Neu ist, dass ähnlich dem Aktienregister bei der Aktiengesellschaft, **derjenige als Gesellschafter** gilt, der in der **Gesellschafterliste eingetragen** ist. Der Erwerber eines Geschäftsanteils kann **unmittelbar nach Wirksamkeit** des Erwerbs auch schon vor Einreichung der neuen Gesellschafterliste beim Handelsregister wirksam **Rechtshandlungen als Gesellschafter** vornehmen. Allerdings gilt dies nur, wenn die aktualisierte **Gesellschafterliste unverzüglich** beim Handelsregister **nachgereicht** wird.

Bislang waren **allein die Geschäftsführer** für die **Einreichung** einer aktuellen **Gesellschafterliste** zum Handelsregister verpflichtet. Diese Alleinkompetenz gilt nur noch bedingt. Sofern ein **Notar** an Veränderungen im Gesellschafterbestand mitgewirkt hat, z.B. durch Beurkundung eines Geschäftsanteilskaufvertrages, ist statt des Geschäftsführers nun allein der beurkundende Notar verpflichtet, eine aktuelle Gesellschafterliste zum Register einzureichen. Außerdem wird wegen der Richtigkeitsvermutung der Gesellschafterliste die **Schadensersatzpflicht** des Geschäftsführers bei Pflichtverletzung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auch **auf Erwerber und Veräußerer** des Geschäftsanteils **erweitert**.

Fazit:

Wir empfehlen **weiterhin** eine **umfassende Überprüfung der Berechtigung eines Veräußerers**, da das **wirksame Bestehen** der Geschäftsanteile gerade **nicht** durch Gutgläubigkeit ersetzt werden kann.

Geschäftsführer haben nunmehr verstärkt darauf zu achten, dass die zum **Handelsregister** eingereichten **Gesellschafterlisten** auf dem **aktuellen** Stand sind. Die **Gesell-**

schafter sollten daher in regelmäßigen Abständen **überprüfen**, ob die **Eintragungen** im Handelsregister korrekt sind. Flankierend sollte der Gesellschaftsvertrag um eine Bestimmung erweitert werden, nach der **jeder Gesellschafter verpflichtet** ist, der Geschäftsführung Veränderungen in seiner Person oder seiner Beteiligung schriftlich mitzuteilen.

Freie Wahl des Verwaltungssitzes

Die bisherige Regelung, wonach der satzungsmäßige Sitz der GmbH mit dem Ort des Betriebs oder dem Verwaltungssitz übereinstimmen musste, wurde durch das MoMiG aufgehoben. Der Gesellschaft steht es nun frei, einen **beliebigen Verwaltungssitz zu wählen**, der abweichend vom Satzungssitz ist. Dieser Verwaltungssitz kann **auch im Ausland** liegen, lediglich der Satzungssitz muss sich in Deutschland befinden.

Die **freie Wahl** des Verwaltungssitzes ist in der **Europäischen Union** unproblematisch **möglich**. Außerhalb der Europäischen Union ist sicherzustellen, dass ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz nach dem **Recht des Ziellandes** möglich ist.

Durch diese Neuregelung ist es beispielsweise im Inland möglich, die **Satzungssitze aller Konzerngesellschaften** am Sitz der Konzernmutter **zusammenzufassen**. Daneben können ausländische Betriebe in der Form einer deutschen GmbH geführt werden und ihren Satzungssitz in Deutschland haben.

Aufgrund dieser neu geschaffenen Freiheit ist von den Gesellschaftern zu entscheiden, inwieweit die Geschäftsführung bei der **Wahl des Verwaltungssitzes freie Hand** haben soll. Statt der Möglichkeit zur freien Wahl des Verwaltungssitzes durch die Geschäftsführer bietet es sich an, in den **Gesellschaftsvertrag Regelungen** aufzunehmen, den Verwaltungssitz entweder an den Satzungssitz zu binden oder die Verlegungen, insbesondere ins Ausland, der Zustimmung der Gesellschafter zu unterwerfen.

Beim **Handelsregister** ist künftig eine **inländische Geschäftsanschrift** von der Gesellschaft anzumelden. Gläubiger einer GmbH sollen dadurch schnell in Erfahrung bringen können, an wen sie sich wegen ihrer Ansprüche wenden können. Wenn unter der eingetragenen Anschrift eine Zustellung faktisch unmöglich ist, wird die Möglichkeit verbessert, gegenüber der GmbH eine öffentliche Zustellung im Inland zu bewirken.

Fazit:

Endlich hat der Gesetzgeber reagiert und für deutsche Gesellschaften die gleichen Voraussetzungen geschaffen, wie sie bisher für unsere europäischen Nachbarn schon länger galten. Unternehmen mit Tochtergesellschaften im Ausland sind nicht mehr gezwungen, auf die dortigen Rechtsformen zurückzugreifen, sondern sie haben nun

die Wahl, die **ausländische Tochtergesellschaft** in der **Rechtsform der deutschen GmbH** zu führen. Der Satzungssitz kann in diesem Fall der Ort der inländischen Muttergesellschaft sein, der Verwaltungssitz im Ausland liegen. Dadurch lässt sich ggf. der Beratungs- und Verwaltungsaufwand im Ausland erheblich beschränken.

Cash-Pooling

Das **Cash-Pooling** ist als Mittel zum **Liquiditätsausgleich** zwischen Gesellschaften **in Konzernen** weit verbreitet. Cash-Pooling dient dazu, Finanzmittel verschiedener Konzerngesellschaften wechselseitig und kurzfristig auszuleihen, um die im Konzern vorhandene Liquidität optimal zu nutzen und externe Kreditkosten zu vermeiden. Beispielsweise zahlen die beteiligten Gesellschaften ihren jeweiligen Kassenbestand auf ein zentrales Konto, regelmäßig ein Konto der Konzernmutter, den Cash-Pool, ein. Im Gegenzug für die abgeführte Liquidität erhalten die Tochtergesellschaften einen Rückzahlungsanspruch in derselben Höhe gegen die Konzernmutter. Aufgrund jüngerer **Rechtsprechung des BGH** entstand zunehmend Verunsicherung auf Seiten der beteiligten Gesellschaften. Denn bereits im Jahre 2003 entschied der BGH, dass Zahlungen einer Gesellschaft an ihre Gesellschafter, auch in Form von Darlehen, grundsätzlich eine verbotene und gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung verstoßende Auszahlung von Gesellschaftsvermögen darstellen, soweit die Zahlungen aus gebundenem Vermögen (d.h. aus dem Stammkapital) erfolgten.

Von diesem Grundsatz macht das MoMiG nun **zwei** wichtige **gesetzliche Ausnahmen**.

Zum einen wird nun klargestellt, dass beim Cash-Pooling auch Zahlungen aus nicht freiem Vermögen keine Schmä-

lerung von Haftungsvermögen für die Gesellschaftsgläubiger bewirken, sondern es sich im Sinne einer rein bilanziellen Sichtweise lediglich um einen vermögensneutralen Aktivtausch handelt. Hierfür ist jedoch unbedingt **erforderlich**, dass ein **vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückzahlungsanspruch** der Tochtergesellschaft besteht, denn nur in diesem Fall steht den Gesellschaftsgläubigern eine äquivalente Haftungsmasse zur Verfügung.

Ferner sind Leistungen aus gebundenem Vermögen an einen Gesellschafter bei Bestehen eines **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags** zulässig.

Wichtig für die Geschäftsführer der betroffenen Tochtergesellschaft ist daher, sicherzustellen, dass Darlehensforderungen gegenüber der Muttergesellschaft jederzeit vollwertig und durchsetzbar sind. Diese hohe Anforderung birgt in der Praxis ein erhebliches Konfliktpotenzial zwischen den Geschäftsleitungen von Mutter- und Tochtergesellschaften. Insbesondere die Geschäftsführer von Tochtergesellschaften müssen in solchen Fällen durch ein Monitoring sicherstellen, dass sie die Werthaltigkeit der Forderung gegen die Muttergesellschaft stetig beobachten.

Fazit:

Die Änderungen durch das MoMiG stellen klar, unter welchen Voraussetzungen Cash-Pooling zulässig ist. Zugleich werden aber die Anforderungen an die Geschäftsführer von Tochtergesellschaften erhöht. Um die gesetz-

lichen Möglichkeiten optimal auszunutzen und Haftung zu minimieren, sollten spätestens jetzt **Cash-Pooling Verträge** aufgesetzt oder bereits vorhandene Verträge an die **neue Rechtslage angepasst** werden.

Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts

Einer der Kernbereiche, die durch das MoMiG **dereguliert** wurden, ist das **Eigenkapitalersatzrecht**. Dieses wurde in seiner bisherigen Form **abgeschafft**. Beim Eigenkapitalersatz geht es um die Frage, ob Kredite der Gesellschafter an ihre GmbH als Darlehen oder (unter bestimmten Voraussetzungen) als Eigenkapital behandelt werden. Diese Frage wurde nun zu Gunsten der Gesellschafter entschieden. **Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen** werden in der Krise der Gesellschaft **nicht** mehr wie **haftendes Eigenkapital** behandelt. Tilgungsleistungen auf solche Forderungen führen daher nicht mehr zu verbotenen Auszahlungen und einem Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung. Die **Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens** ist daher außerhalb der Insolvenz grundsätzlich **möglich**. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen, die in einem Zeitraum von **einem Jahr vor** Insolvenzeröffnung erfolgt sind, sind allerdings wieder **rückgängig** zu machen, unabhängig davon, ob die Gesellschaft im Rückzahlungszeitpunkt in der Krise war oder nicht.

Der Rückzahlungsanspruch für ein Gesellschafterdarlehen ist im Fall der Insolvenz im Übrigen nach wie vor regelmäßig wertlos. Eine Änderung der insolvenzrechtlichen Vorschriften versieht **Gesellschafterdarlehen** nun **kraft Gesetzes** generell mit einem **Rangrücktritt**. Der Gesellschafter ist daher stets nachrangiger Insolvenzgläubiger. Das sog. Kleinstbeteiligungsprivileg (bis 10 %) und das Sanierungsprivileg bleiben auch künftig erhalten.

Vertraglich vereinbarte Rangrücktrittsvereinbarungen sind durch die Gesetzesänderung **nicht obsolet** geworden. Denn die vom Rang des Rückzahlungsanspruchs zu trennende Frage ist nach wie vor, ob die Gesellschaft überschuldet ist und somit ein **Insolvenzgrund** vorliegt. Diese Entscheidung hängt oftmals davon ab, ob die Darle-

hensforderung eines Gesellschafters in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren ist oder nicht. Auch nach der Gesetzesänderung ist die Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter wie jede andere Verbindlichkeit grundsätzlich zu bilanzieren. Diese **Passivierungspflicht entfällt** – wie bisher – nur dann, wenn eine **Rangrücktrittsvereinbarung** zwischen Gesellschaft und Gesellschafter geschlossen wird.

Die **Anforderungen** an eine solche Vereinbarung sind nunmehr gesetzlich geregelt und weichen von den bisherigen durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ab. Vor diesem Hintergrund sollten sowohl bereits bestehende als auch künftige Rangrücktrittserklärungen an die aktuelle Rechtslage angepasst werden, zumal die bisher notwendige Gleichstellung mit Einlagerückgewähransprüchen nicht mehr erforderlich ist.

Die **eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung** einer Sache, wie etwa die mietweise Überlassung einer Betriebsstätte, wird nun konsequenterweise ebenfalls vollständig im **Insolvenzrecht** geregelt. Dies führt dazu, dass ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft ein Wirtschaftsgut überlässt, dieses auch in der Insolvenz der Gesellschaft für **maximal ein Jahr ab Insolvenzeröffnung weiter überlassen** muss. Ansonsten bestünde für die Gesellschaft in der Insolvenz die Gefahr, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens für eine Fortführung des Betriebs notwendige Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stehen. Der Gesellschafter erhält dafür einen **Ausgleich in Höhe der bisherigen Zahlungen**. Bei diesem Ausgleichsanspruch handelt es sich um eine **Masseverbindlichkeit**, d.h. dieser Anspruch ist in aller Regel werthaltig, da er **vor** den sonstigen Insolvenzforderungen zu befriedigen ist, im Zweifel durch den Insolvenzverwalter selbst.

Fazit:

Der Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts in seiner bisherigen Ausgestaltung ist zu begrüßen. Geschäftsführer haben künftig die **Rechtssicherheit**, unter welchen Voraussetzungen **Zahlungen** an die Gesellschafter **zulässig** sind.

Unverändert gilt, dass Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus zu berücksichtigen sind. Diese **Passivierungspflicht** entfällt nur, wenn ein **Rangrücktritt** wirksam erklärt ist.

Bekämpfung von Missbräuchen

Missbrauchsmöglichkeiten, wie etwa die sog. **Firmenbestattung**, sollen durch das MoMiG **unterbunden** werden. Diese war dadurch gekennzeichnet, dass Geschäftsanteile auf eine Person übertragen wurden, die dann Sitz und Firma der Gesellschaft änderte. Die Geschäftsführer wurden sodann abberufen oder haben ihr Amt niedergelegt. Eine fehlende Geschäftsanschrift verzögerte die Geltendmachung von Ansprüchen. Gläubigerinteressen wurden dadurch bisweilen erheblich beeinträchtigt.

Um dies zu verhindern, wurde die bereits erwähnte Verpflichtung eingeführt, eine **inländische Geschäftsanschrift** sowie etwaige Änderungen dem **Handelsregister mitzuteilen**. Weiterhin wurden die Möglichkeiten einer öffentlichen Zustellung erleichtert, wenn unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift keine Zustellung möglich ist.

Die Führungslosigkeit einer Gesellschaft durch Abberufung des Geschäftsführers wird dadurch unterbunden, dass in diesem Fall die **Gesellschafter Empfangsvertreter der Gesellschaft** sind. Bei fehlender Geschäftsführung besteht daneben künftig für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft **eine eigenständige Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter**. Sollten die Gesellschafter in diesem Fall versäumen, rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen, haften sie, wie bislang die Geschäftsführer, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für daraus entstehende

Schäden und machen sich darüber hinaus ggf. strafbar. Die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung besteht nur dann nicht, wenn der Gesellschafter vom Insolvenzgrund oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis hat.

Die bisherigen **Ausschlussgründe** für das Amt des **Geschäftsführers** wurden um zentrale Bestimmungen des Strafrechts, wie beispielsweise Betrug oder Untreue, **erweitert**. Der Gesetzgeber hat im Zuge dessen auch klargestellt, dass auch Verurteilungen im Ausland hierunter fallen. Ferner wurde auch ein Haftungstatbestand für die Gesellschafter **bei fehlerhafter Auswahl von Geschäftsführern** eingeführt. Hiernach haften Gesellschafter, sofern sie vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein darf, die Führung der Gesellschaft überlassen.

Darüber hinaus wurde durch das MoMiG die bestehende Verpflichtung des Geschäftsführers zum Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistet werden, **erweitert**. Der **Geschäftsführer** hat auch der Gesellschaft **Zahlungen an Gesellschafter zu erstatten**, die unter **Missachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zur Zahlungsunfähigkeit** führen mussten. Hierdurch soll ein bewusster Abzug von Vermögenswerten zu Gunsten der Gesellschafter bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit verhindert werden.

Fazit:

Für **Gläubiger** sind die Neuerungen positiv zu beurteilen, da sie zu einer **Beschleunigung der Rechtsverfolgung** führen.

Gesellschafter haben bei der Auswahl von Geschäftsführern künftig besondere Sorgfalt walten zu lassen. Neu ist auch eine drohende Strafbarkeit und Haftung für Gesell-

schafter, die bei Insolvenz und Führungslosigkeit der Gesellschaft zu spät oder gar keinen Insolvenzantrag stellen.

Geschäftsführer müssen im Lichte einer drohenden Zahlungsunfähigkeit künftig jede einzelne anstehende Zahlung prüfen, um nicht selbst haftbar gemacht zu werden.

Änderungen für die AG und die KGaA

Das MoMiG enthält auch zahlreiche **parallele Änderungen des Aktiengesetzes**, wobei sich in Details teilweise Abweichungen ergeben. Auch bei der Gründung der AG und der KGaA muss im Falle staatlicher Genehmigungserfordernisse die Genehmigungsurkunde nicht mehr zum Handelsregister eingereicht werden. Der Satzungssitz kann wie im GmbH-Recht nun unabhängig vom Ort der Verwaltung oder von Betrieben im Inland frei gewählt werden. Die bei der Anmeldung der AG anzugebende Geschäftsanschrift wird in das Handelsregister eingetragen. Die Bargründung der AG durch einen Alleinaktionär wird ebenso wie bei der GmbH durch Wegfall der Erforderlichkeit einer Sicherheitsleistung bei teileingezahlten Aktien erleichtert.

Erleichterungen in Form von geringeren Anforderungen an das Mindestgrundkapital von 50.000 Euro oder von Mustersatzungen sieht das MoMiG für die AG/KGaA hingegen nicht vor.

Zudem beschränkt das MoMiG die Modifikation der Rechtsfolgen von **verdeckten Sacheinlagen** sowie des **Hin- und Herzählens** von Bareinlagen **bedauerlicherweise** vorerst auf das GmbH-Recht, obwohl sich die Problematik bei der AG/KGaA in gleicher Schärfe stellen kann und dort **keine Möglichkeit** einer nachträglichen **Heilung** besteht. Insofern dürfte auch eine entsprechende Anwendung der Regelungen zur GmbH nicht in Frage kommen. Hingegen wurde die zentrale Vorschrift des Aktiengesetzes zur Vermögensbindung dahingehend angepasst, dass nicht im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen stehende Zahlungen an Aktionäre zulässig sind, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. Dies betrifft insbesondere wie im GmbH-Recht die Gewährung von aufsteigenden Darlehen etwa im Wege des Cash-Pooling.

Ferner wurden die bislang geltenden Regelungen zu **eigenkapitalersetzenden Aktionärsdarlehen** wie bei der GmbH zu Gunsten einer **rein insolvenzrechtlichen Behandlung** abgeschafft, die nun einheitlich für alle Kapitalgesellschaften (sowie Personengesellschaften, die über keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter verfügen) gilt.

Dies führt indessen dazu, dass auch die Ausnahmen von der Nachrangigkeit von Gesellschafter- bzw. Aktionärsdarlehen bei Sanierungsdarlehen und Kleinbeteiligungen vereinheitlicht wurden. Auch bei der AG/KGaA sind nunmehr Darlehen von Minderheitsaktionären mit einer Beteiligung von über 10 % in der Insolvenz nachrangig zu befriedigen bzw. können Rückzahlungen solcher Darlehen, die im letzten Jahr vor einem Insolvenzantrag erfolgt sind, angefochten und zurückgefordert werden. Die kritische **Beteiligungsschwelle sinkt** damit gegenüber dem bislang im Aktienrecht regelmäßig geltenden Wert von mehr als 25 % deutlich ab.

Die Neuregelungen zur **Bekämpfung von Missbräuchen** sind **weitgehend parallel zur GmbH** auch im Aktienrecht verankert worden. Hat die AG keinen Vorstand (Führungslosigkeit), wird sie durch den Aufsichtsrat passiv vertreten. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind bei Führungslosigkeit im Falle einer ihnen bekannten Insolvenz zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet, woraus sich bei schuldhafter Insolvenzverschleppung eine Schadensersatzpflicht für die Aufsichtsratsmitglieder ergeben kann.

Die wichtigsten Änderungen auf einen Blick

	Alte Rechtslage	Neue Rechtslage
Gründung GmbH	<ul style="list-style-type: none"> ■ Stammkapital mind. 25.000 Euro ■ notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ■ Vorlage behördlicher Genehmigungen zusammen mit der Anmeldung zum Handelsregister 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Stammkapital mind. 25.000 Euro ■ Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ab 1 Euro ■ bei Standardgründungen Verwendung Musterprotokoll, aber weiterhin notarielle Beurkundung erforderlich ■ Vorlagepflicht entfällt
Kapitalaufbringung	<ul style="list-style-type: none"> ■ Ein-Personen-Gründung nur mit Sicherheitsleistung bei nicht vollständiger Einzahlung des Stammkapitals ■ bei verdeckter Sacheinlage bestand Bareinlagepflicht in voller Höhe fort; Verpflichtungs- und Erfüllungsverträge waren unwirksam 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Sicherheitsleistung nicht erforderlich ■ bei verdeckter Sacheinlage wird der Wert der Sacheinlage in voller Höhe auf die Bareinlageverpflichtung angerechnet, Gesellschafter trägt allerdings die Beweislast für die Werthaltigkeit. Verpflichtungs- und Erfüllungsverträge sind wirksam ■ Schaffung eines genehmigten Kapitals wird ermöglicht
Erwerb von Geschäftsanteilen; Gesellschafterliste	<ul style="list-style-type: none"> ■ kein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich ■ Angaben der Gesellschafterliste rein informativ ■ Gesellschafterliste stets von den Geschäftsführern zu unterzeichnen und beim Handelsregister einzureichen 	<ul style="list-style-type: none"> ■ gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich ■ Angaben der Gesellschafterliste tragen Vermutung der Richtigkeit ■ soweit Notar an Veränderungen des Gesellschafterkreises oder der Beteiligungshöhe mitgewirkt hat, ist Notar anstelle der Geschäftsführer zur Anzeige verpflichtet

	Alte Rechtslage	Neue Rechtslage
Aufteilung/ Übertragung Geschäftsanteile	<ul style="list-style-type: none"> ■ Geschäftsanteil mind. 100 Euro, durch 50 Euro teilbar 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Geschäftsanteil mind. 1 Euro, beliebige Stückelung möglich
Verwaltungssitz	<ul style="list-style-type: none"> ■ notwendige Identität des Satzungs- u. Verwaltungssitzes; Verwaltungssitz nur im Inland möglich 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Verwaltungssitz kann unabhängig von Sitzungssitz sein; Verwaltungssitz kann nun auch im Ausland sein
Cash-Pooling	<ul style="list-style-type: none"> ■ bei Verstoß gg. Kapitalaufbringung/ Kapitalerhaltung ggf. doppelte Inanspruchnahme 	<ul style="list-style-type: none"> ■ bei Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruches und ausreichender Liquidität kein Risiko mehr
Eigenkapitalersatz	<ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschafterdarlehen in der Krise galten regelmäßig als Eigenkapital ■ Rückzahlung in der Krise unzulässig ■ unentgeltliche Gebrauchsüberlassung für Restlaufzeit 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Darlehen in der Krise gelten als nachrangiges Fremdkapital ■ Rückzahlung zulässig, aber Anfechtungsrisiko im Insolvenzfall ■ Herausgabe bei Gebrauchsüberlassung eingeschränkt für max. ein Jahr
Bekämpfung von Missbräuchen	<ul style="list-style-type: none"> ■ verzögerte Zustellungen nur an Notgeschäftsführer möglich ■ Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen nach Eintritt Überschuldung/ Zahlungsunfähigkeit ■ Insolvenzantragsrecht der Geschäftsführer bei drohender Zahlungsunfähigkeit 	<ul style="list-style-type: none"> ■ öffentliche Zustellung wird erleichtert ■ Verpflichtung dem Handelsregister inländische Geschäftsanschrift mitzuteilen ■ Gesellschafter wird Empfangsvertreter der Gesellschaft ■ Haftung Geschäftsführer auch für Zahlungen an Gesellschafter, die zur Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit führen ■ bei Führungslosigkeit u. drohender Zahlungsunfähigkeit nun Antragspflicht der Gesellschafter

Dr. Axel Klumpp, Rechtsanwalt / Dr. Christoph Winkler, Rechtsanwalt / Dr. Torsten G. Lörcher, Rechtsanwalt

In den einzelnen Beiträgen können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall die individuelle Rechtsberatung. Sollten Sie Beratungs-

oder Handlungsbedarf erkennen, sprechen Sie bitte den Ihnen vertrauten Anwalt bei Menold Bezler an. Für Fragen, Anregungen und Kritik zu dieser Mandanteninformation haben wir jederzeit ein offenes Ohr.

Impressum

Verleger: Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 (711) 8 60 40 00, Telefax +49 (711) 8 60 40 01, kontakt@menoldbezler.de

V. i. S. d. P.: Dr. Axel Klumpp, Dr. Christoph Winkler, Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 (711) 8 60 40 46, Telefax +49 (711) 8 60 40 01, axel.klumpp@menoldbezler.de, christoph.winkler@menoldbezler.de

MENOLD BEZLER
RECHTSANWÄLTE

Menold Bezler Rechtsanwälte
Rheinstahlstraße 3 · 70469 Stuttgart · Anfahrt über Stresemannstraße 79
Tel. +49 (711) 8 60 40 00 · Fax +49 (711) 8 60 40 01 · www.menoldbezler.de