

# „Änderungen des GmbH-Rechts durch das MoMiG“

von RA Franz M. Große-Wilde, Bonn

## Einleitung:

Im Mai 2007 wurde durch das Bundeskabinett ein Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen.<sup>1</sup> Es soll in der 1. Jahreshälfte 2008 in Kraft treten.

Ziel des Gesetzes ist im Wesentlichen, die Vereinfachung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen zu erreichen und die Attraktivität der GmbH als Rechtsform insbesondere gegen ausländischen Rechtsformen umzusetzen.

Schließlich sollen diverse Fragen des Gesellschaftsrechtes, die nach Auffassung der Bundesregierung von der Rechtsprechung nur unzureichend beantwortet worden sind, durch gesetzliche Vorgaben geklärt werden.

## I. Änderungen bei der Kapitalaufbringung

### **1. Mindeststammkapital**

Das **Mindeststammkapital** soll von 25.000 € auf zukünftig **10.000 €** herabgesetzt werden, § 5 Abs. 1 GmbHGRE. Hintergrund für diese Absetzung ist die Tatsache, dass ca. 85% der Neugründungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Dienstleistungssektor erfolgen, da dem erfahrungsgemäß eine deutlich geringere Kapitaldecke erforderlich ist als dies ansonsten der Fall wäre. Hierdurch soll auch die Attraktivität der GmbH erhöht werden.

### **2. Verzicht auf Sicherheitsleistung**

Auch soll es in Zukunft ausreichend sein, die Hälfte des Stammkapitals einzuzahlen. Für den Alleingesellschafter einer GmbH wird die Verpflichtung entfallen, dass er den zweiten Teil dann durch eine Sicherheit zu leisten hat. Insofern wird zwischen der Einmann-GmbH und der Mehrpersonen-GmbH nicht mehr differenziert.

### **3. Teilbarkeit / Mehrfachanteile**

Die Teilbarkeit des Kapitals wird nunmehr auf 1 € beschränkt, § 5 Abs. 2 GmbHGRE. Gleichzeitig wird den Gesellschaftern ermöglicht, auch mehrere Anteile zu halten, was auch schon bei der Gründung möglich ist, Aufhebung des bisherigen § 5 II GmbHG. Gleichzeitig können Geschäftsanteile auch künftig leichter aufgeteilt, zusammengelegt und übertragen

---

<sup>1</sup> BR-Drucksache 354/07 sowie BR-Beschluss zur Drucksache

werden § 5 Abs. III GmbHGRE, Aufhebung des § 17 GmbHG, Änderung des § 46 Nr. 4 GmbHGRE.

#### **4. Regelung der verdeckten Stammeinlage**

Das Gesetz nimmt nunmehr eine gesetzliche Regelung im Bereich der verdeckten Stammeinlage vor. Während es bisher so war, dass eine nicht ordnungsgemäß dokumentierte Sacheinlage dazu führte, dass durch die entsprechende Einbringung die Stammeinlagenverpflichtung (überhaupt) nicht getilgt wurde, wird jetzt eine Tilgung in Höhe des Wertes der eingebrachten Leistung erfolgen. Hierbei ist aber der Gesellschafter verpflichtet, die Werthaltigkeit der von ihm eingebrachten Gegenstände nachzuweisen, § 19 Abs. 4 GmbHGRE i. v. m § 9. Die Differenzhaftung des § 9 wird jetzt auch für die verdeckte Sacheinlage übernommen.

Gelingt dem Gesellschafter der Nachweis also nicht in voller Höhe, so muss er die Differenz zwischen dem von ihm eingebrachten Wert und der Einlageforderung nachzahlen. Dies gilt auch im Falle der Insolvenz.

#### **5. Zulässigkeit des Cash-Pooling**

Das bei der Konzernfinanzierung mittlerweile gebräuchliche Cash-pooling soll für den Bereich der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung auf eine verlässliche Rechtsgrundlage gestellt werden.

Eine Leistung der Gesellschaft an einen Gesellschafter kann nicht als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen gewertet werden, wenn ein reiner Aktivtausch vorliegt, der Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter, also die Auszahlung deckt und **vollwertig** ist, § 30 I S. 3 GmbHRE. Damit dürften die bisher in der Rechtsprechung<sup>2</sup> entstandenen Unsicherheiten gelöst sein.

## **II. Vereinfachung von formalen Anforderungen**

### **1. Sitzverlegung**

Nach den neuen Vorschriften ist nunmehr auch die Sitzverlegung ins Ausland zulässig, durch Streichung von § 4a II GmbHG. Diese Sitzverlegung wird allerdings mit einigen zusätzlichen Anforderungen verknüpft, die dann aber ebenso bei Gesellschaften zu berücksichtigen sind, die ihren Sitz in Deutschland haben.

So muss eine in Deutschland ansässige Anschrift der Gesellschaft vorhanden sein, § 10 Abs. I und II GmbHGRE und § 13 HGBRE. Ist eine solche praktisch nicht greifbar, ergeben sich Vereinfachungen bei den Zustellungsmöglichkeiten durch eine öffentliche Zustellung, § 15 a HGBRE.

---

<sup>2</sup> BGH v. 24. 11. 2003 – II ZR 171/01, GmbHR 2004, 302

## 2. Verwendung von Gesellschaftsvertragsmustern

Der Gesetzgeber hat einen Mustergesellschaftsvertrag auf allerdings einfachstem Niveau gemacht, bei dem nur bestimmte Alternativen angekreuzt werden müssen. Wird dieser Mustergesellschaftsvertrag so zugrunde gelegt, so bedarf es für den Gesellschaftsvertrag nicht mehr der notariellen Beurkundung, vielmehr reicht in diesem Falle die Beglaubigung der Unterschriften der Beteiligten aus, § 2 Abs. 1a GmbHGRE. Hierzu wird praktischerweise auch in Zukunft der Notar hinzuzuziehen sein, der allerdings in einem solchen Falle keine Beratungstätigkeiten mehr entfaltet.

Die Verwendung des Mustergesellschaftsvertrages ist darüber hinaus auch selbstverständlich zulässig, wenn der Notar den Vertrag notariell beurkundet. Veränderungen dieses Vertrages sind allerdings nur durch notarielle Beurkundung möglich.

Zu beachten ist, dass die verschiedenen Möglichkeiten, den Geschäftsgegenstand zu bestimmen, im Mustergesellschaftsvertrag zwar alternativ aufgeführt wurden, es ist allerdings nicht zulässig, hier mehrere Geschäftsgegenstände einzeln zugrunde zu legen, es darf grundsätzlich nur einer der entsprechenden Unternehmenszwecke angeführt werden.

## 3. Zusätzliche Genehmigungen

In den Bereichen, in denen für den Zweck der Gesellschaft noch eine gesonderte Genehmigung erforderlich ist (Bankgewerbe, Gaststätten usw.) ist in Zukunft die Erteilung Genehmigung nachträglich möglich. Hierdurch soll insbesondere eine deutliche Entzerrung zwischen Gesellschaftsgründung einerseits und einhalten der Vorgaben andererseits erreicht werden.

## 4. Änderungen bei der Sachgründung

Bei der Sachgründung wird in Zukunft nur noch ausnahmsweise eine Begutachtung erforderlich werden. Dies hängt wesentlich davon ab, ob das Registergericht Bedenken gegen die Bewertung von Gegenständen hat. Nur wenn Bedenken bestehen, dass ein nicht unwesentliche Überbewertung besteht, kann ein Gutachten verlangt werden, § 9c GmbHGRE.

## 5. Erweiterung der Ausschlussgründe für Geschäftsführer

Die bisherigen Regelungen für Ausschlussgründe waren dem Gesetzgeber nicht ausreichend. Insbesondere sind nun auch weitere Straftaten hinzugetreten, soweit diese in irgendeiner Form mit wirtschaftlichen Fragen im Zusammenhang stehen, § 6 Abs. 2 S. 2-4 GmbHGRE. In Zukunft wird also deswegen neben der Begehung von Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB; Insolvenzverschleppung) auch eine erhebliche<sup>3</sup> Bestrafung nach den § 265b<sup>4</sup>, 266<sup>5</sup>, 266 a<sup>6</sup> StGB für die Dauer von 5 Jahren eine Beteiligung an der Geschäftsführung ausschließen.

---

<sup>3</sup> Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr

<sup>4</sup> Kreditbetrug

<sup>5</sup> Untreue

<sup>6</sup> Vorenthalten von Arbeitsentgelt gegenüber der Sozialversicherung

### III. Änderungen im Eigenkapitalrecht/bei der Insolvenz

#### **1. Änderung des § 30 GmbH-Gesetz**

Die Rechtsprechungsregeln nach § 30 GmbH-Gesetz werden durch die Neufassung praktisch aufgehoben. Zwar bleibt auch nach dieser Änderung noch ein gewisser restlicher Spielraum für richterrechtliche Gestaltungen, dieser wird allerdings deutlich reduziert.

#### **2. Kapitalersetzende Darlehen**

Die Rechtsprechungsregeln über die kapitalersetzenden Gesellschafterregeln, die in den § 32a und 32b GmbH-Gesetz niedergelegt worden sind, werden im GmbHG aufgehoben, teilweise ins Insolvenzrecht übernommen und vollständig neu geordnet.

§ 30 Abs. 1 wird in Zukunft lauten:

*Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.*

Eine Unterscheidung zwischen kapitalersetzenden und sonstigen Gesellschafterdarlehen wird es in Zukunft nicht mehr geben.

Um im Insolvenzfall die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen gleichwohl möglichst auszuschließen, hat der Insolvenzverwalter (bzw. wenn keine Insolvenz durchgeführt wird, auch der einzelne Gläubiger) die Möglichkeit, die Rückzahlung derartiger Darlehen anzufechten.

Hierbei kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich um kapitalersetzende oder nicht kapitalersetzende Darlehen handelt.

Nach § 135 Abs. 1 InsORE ist die Rückzahlung anfechtbar binnen einer Frist von einem Jahr. Hiervon ausgenommen sind gemäß § 39 Abs. 4 InsORE nur Sanierungsdarlehen.

#### **3. Gesetzlicher Rangrücktritt**

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 sowie § 19 Abs. 2 InsORE führen dazu, dass die bisher notwendigen Rangrücktrittserklärungen bei einer bilanziell überschuldeten Gesellschaft nicht mehr erforderlich sind, wenn die Gesellschaft durch Gesellschafterdarlehen finanziert ist.

Durch die Neuregelung werden Gesellschafterdarlehen grundsätzlich mit einem gesetzlichen Rangrücktritt versehen, und zwar unabhängig davon, ob sie nach heutigem Recht als kapitalersetzend angesehen werden oder nicht. Gleichzeitig ergibt sich hieraus auch zwangsläufig, dass sie in einer Überschuldungsbilanz des Unternehmens nicht in Ansatz zu bringen sind,

also letztlich die Vorgaben, wie sie die Rechtsprechung bisher verlangt hat, nunmehr ins Gesetz übernommen wurden.

Die steuerrechtlichen Konsequenzen der Neuregelung lassen sich noch nicht in allen Feinheiten absehen. Die bisherigen Fragen zum Inhalt von Rangrücktrittserklärungen sind mit der gesetzlichen Regelung gelöst. Neue Fragen werden sich aber dadurch stellen, dass es keine kapitalersetzenden Darlehen mehr gibt. Damit fällt auch die Rechtsprechung des BFH zum Veranlassungszusammenhang weg, der für die Möglichkeit von Teilwertabschreibungen von Bedeutung war.

Als nachträgliche Anschaffungskosten werden in Zukunft dann nur noch echte verdeckte Einlagen, etwa beim Forderungsverzicht, akzeptiert werden.<sup>7</sup>

#### **4. Zahlungsverbot in § 64 GmbH-Gesetz**

Das bisher bereits in § 64 Abs. 2 enthaltene Zahlungsverbot, das sich ausschließlich an den Geschäftsführer richtete, wird erweitert. Nunmehr müssen die Geschäftsführer auch für Zahlungen an die Gesellschafter einstehen, soweit diese erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 64 S. 2 GmbHGRE. Wegen des starken insolvenzrechtlichen Bezugs der Norm ist diese entsprechend der Begründung des Regierungsentwurfs auch auf ausländische Gesellschaftsformen anzuwenden.<sup>8</sup>

#### **5. Insolvenzantragspflicht**

Die bisherige Insolvenzantragspflicht ist von § 64 Abs. 1 und einigen begleitenden Vorschriften, etwa im HGB oder im AktG, nunmehr in die Insolvenzordnung (§ 15a Abs. 1 InsORE) umgesetzt worden. Wesentlicher Effekt dieser Veränderung ist die Tatsache, dass damit auch **zweifelsfrei** ausländische Gesellschaften und andere Gesellschaften die dem deutschen Insolvenzrecht unterliegen, hiervon betroffen werden.

Gleichzeitig ist die Insolvenzantragspflicht nunmehr auch auf die Gesellschafter für den Fall erweitert worden, dass eine Gesellschaft nicht mehr ordnungsgemäß durch die Geschäftsführer geführt wird, § 15a Abs. 3 InsORE. Der Gesellschafter kann allerdings nachweisen, dass er von den Vorgängen keine positive Kenntnis hatte.

Auch die bisherige Strafbewehrung bei der Insolvenzverschleppung ist in die InSO verlegt worden und findet sich in § 15a Abs. IV und V InsORE.

### **IV. Neueinführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**

Als Sonderform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird nun in Zukunft die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), abgekürzt UG (haftungsbeschränkt) geführt. Die Regelungen enthält § 5a GmbHGRE

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu auch Levedag, GmbHRep 2007, 182

<sup>8</sup> Siehe S. 107 RE

## 1. Kapitalaufbringung

Die UG kann sich ohne ein nennenswertes Gründungskapital gründen. Erforderlich ist wegen § 5 Abs. II GmbHGRE 1 € Stammkapital pro Gesellschafter. Da auch wenigstens ein Gesellschafter gründen muss, ergibt sich so, dass die UG mit 1 € Stammkapital auskommen kann.

Sacheinlagen sind im Bereich der UG grundsätzlich verboten, § 5a II 2 GmbHGRE. Zwar ist nicht geklärt, welche Folgen sich aus einem Verstoß gegen das Verbot ergeben, so dass hier noch ein erheblicher Spielraum für die Rechtsprechung bestehen dürfte, falls es hierauf ankommt.

Ebenso ist der Gesellschafter einer solchen Unternehmensgesellschaft zur Volleinzahlung des Stammkapitals verpflichtet, § 5a II 1 GmbHGRE.

Beide Regelungen sind allerdings angesichts der geringen Höhe des möglichen Stammkapitals von praktisch nur geringer Bedeutung.

## 2. Rücklagenbildung

An die Erleichterungen bei der Kapitalaufbringung wird allerdings die Verpflichtung angeknüpft, die Gewinne nicht voll ausschütten zu dürfen. Grundsätzlich ist jeweils  $\frac{1}{4}$  des Jahresüberschusses in eine gesonderte Rücklage einzustellen, um diese zur Stärkung der Kapitaldecke der Gesellschaft später verwenden zu können, § 5a III GmbHGRE. Diese Rücklage darf nur für Zwecke einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem. § 57 c GmbHG verwendet werden.

Der Gesetzgeber erwartet nach seiner Begründung, dass diese Rücklage nach Erreichen von 10.000 € dazu verwendet wird, dass das Stammkapital aufgestockt wird. Allerdings sind die Gesellschafter hierzu nicht verpflichtet, die entsprechende Umwandlung ist nicht zwingend.<sup>9</sup>

Dies hat allerdings dann auch zur Folge, dass auch nach Erreichen einer Rücklage von 10.000 € die Rücklagepflicht für eine UG fortbesteht. Diese Regeln gelten auch dann, wenn die Beteiligten in einem Konzernverhältnis stehen. Auch hier ist trotz des Bestehens einer entsprechenden Verlustausgleichspflicht davon auszugehen, dass die Ergebnisabführung erst nach Bildung einer entsprechenden Rücklage stattfinden kann.

## 3. Verschärfte Einberufungspflichten

Wesentlicher für die Unternehmergesellschaft ist die Pflicht, bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen. Auch diese Verpflichtung des Geschäftsführers ist strafbewehrt, § 84 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Ob und inwieweit zusätzlich auch noch die Regelung des § 49 Abs. 3 GmbH-Gesetz anzuwenden ist (Einberufung beim Verbrauch der Hälfte des Stammkapitals) ist derzeit noch in der Diskussion<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Siehe Seite 72 der Begründung

<sup>10</sup> Zur Diskussion siehe Wälzholz GmbH-StB 2007, 319

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass gerade wegen der Tatsache, dass die Gesellschaft über ein geringes Stammkapital verfügt, hier eine besondere Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter besteht. Würde die Gesellschaft etwa aufgrund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet sein, die Gründungskosten zu tragen, die unter Berücksichtigung der Mustersatzung mit 400 € in Ansatz gebracht werden, so wäre die Gesellschaft bei einem Stammkapital von 1 € schon bei der Gründung insolvent. Insofern müssen die Gesellschafter unabhängig vom Stammkapital von vornherein für ausreichende Liquidität und Rücklagen Sorge tragen.

#### **4. Auch die UG ist GmbH**

Auch die Unternehmensgesellschaft ist grundsätzlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so dass die Formvorschriften im übrigen in gleicher Form zu beachten sind.

Mit der Erhöhung des Stammkapitals auf die Mindestsumme nach § 5 GmbHG ist keine Umwandlung verbunden, es bleibt die gleiche Gesellschaft.

### **V. Sonstige Regelungen**

#### **1. Registerpublizität**

Durch die Neuregelung soll die Bedeutung der Gesellschafterliste im Register verbessert und der Inhalt ausgeweitet werden.<sup>11</sup> Die Gesellschafterliste ist nunmehr grundsätzlich beim Handelsregister zu führen, der Geschäftsführer ist verpflichtet, Änderungen im Gesellschafterbestand unverzüglich dem Registergericht mitzuteilen, § 40 I GmbHG. Werden an derartigen Vorgängen Notare beteiligt, müssen diese dies von sich aus entsprechend übermitteln, § 40 II GmbHG. Damit verbunden wird eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer nach § 40 III GmbHG.<sup>12</sup>

#### **2. Gutgläubiger Erwerb**

Gleichzeitig wird auch der gutgläubige Erwerb von Gesellschaftsanteilen hierdurch gefördert. In Zukunft hat die Gesellschafterliste auch die Bedeutung, dass nach einem Ablauf von 3 Jahren ohne Beanstandung ein gutgläubiger Erwerb des Geschäftsanteils von demjenigen möglich ist, der in der Gesellschafterliste eingetragen ist, § 16 III GmbHG.

Ein Widerspruch kann aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden, wobei eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden (Arrestgrund) nicht glaubhaft gemacht werden muss, § 16 III 5 GmbHG.

Damit dürfte die Veräußerung von Anteilen älterer GmbHs deutlich erleichtert werden, weil das bisherige Problem, eine direkte Herleitung auf die ursprünglichen Gründer umzusetzen, in manchen Fällen nicht ganz einfach war.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Die Verpflichtung hierzu ergibt sich aus der EU-Richtlinie 2005/60/EG vom 26. 10. 2005

<sup>12</sup> Bisher § 40 II GmbHG

<sup>13</sup> So auch die Begründung, S. 87