

GmbH-Dokumentation

Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 29.5.2006

An das
Bundesministerium der Justiz
Herrn Ministerialrat

Prof. Dr. Ulrich Seibert
11015 Berlin

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des
GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
(MoMiG)

Aktenzeichen: III A 2 – 3510/9-32 417/2006

Sehr geehrter Herr Professor Seibert,
für Ihr Schreiben vom 7.6.2006, mit dem Sie uns den o.g.
Referentenentwurf zugeleitet haben, danken wir Ihnen
sehr und nehmen dazu gerne wie folgt Stellung.

Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Anregungen im
weiteren Verfahren berücksichtigen können, und verblei-
ben

mit besten Grüßen

Ihre

Centrale für GmbH
Dr. Otto Schmidt

A. Allgemeines

Der Entwurf beinhaltet keine Reform der deutschen GmbH an Haupt und Gliedern, wie sie vielleicht wünschenswert gewesen wäre und auch vielfach gefordert wurde. Insbesondere behält er das geltende Kapitalschutzsystem bei, das sich nach Meinung der Entwurfsverfasser bewährt hat, obwohl es trotz aller rechtsfortbildenden Bemühungen der Rechtsprechung die steigende Insolvenzfähigkeit der GmbH, insbesondere das Risiko masseloser Insolvenzen, nicht hat verhindern können.

Die **Absenkung des Mindeststammkapitals** auf 10.000 Euro ist zu begrüßen. Sie ermöglicht eine Anpassung der Kapitalisierung der GmbH an die konkreten Verhältnisse des Unternehmens. Sie berücksichtigt auch die geringe Bedeutung der Stammkapitalziffer für die Hauptgläubiger der Gesellschaft, die sich ohnehin nur an Hand einer permanenten Ertragsbewertung des Unternehmens der Gesellschaft wirksam schützen können.

Ein Mangel des Entwurfs ist, dass er das Recht der **Leistung der Stammeinlage** unberührt lässt. Die insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Regeln sind angesichts der geringen Effizienz der Stammkapitalziffer für den Gläubigerschutz unverhältnismäßig. Insbesondere das fresh-money-Prinzip ist als Momentaufnahme wertlos und stößt international auf Unverständnis. Dies gilt z.B. für die Einbringung einer Forderung des Inferenten gegen die Gesellschaft. Sehr zu begrüßen ist daher, dass der Entwurf eine **Deregulierung der Sacheinlage** und eine Entschär-

fung der verdeckten Sacheinlage in Aussicht stellt. Dazu werden im Besonderen Teil unter B.I.2.a) bb) ausformulierte Vorschläge unterbreitet.

Revolutionären Charakter hat die weitgehende Zurücknahme des an §§ 30, 31 GmbHG anknüpfenden, vor allem von der Rechtsprechung des II. Senats des BGH entwickelten Rechts der **eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen**. Das ist im Interesse der Rechtsform der GmbH überaus zu begrüßen. Das Eigenkapitalersatzrecht versucht zwar, mit systemkonformen Mitteln die Kapitalisierung der GmbH zu verbessern, führt aber dazu, dass die Rechtsform der GmbH für den Mittelständler nicht mehr handhabbar ist. Wenn allerdings die für eigenkapitalersetzende Darlehen geltenden Anfechtungsvorschriften unter Verzicht auf den Eigenkapitalersatzcharakter unverändert beibehalten werden, so ist das ein Danaer-Geschenk an den mittelständischen Unternehmer. Es führt zu einer nicht gerechtfertigten Diskriminierung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Im Übrigen krankt das Recht der Kapitalerhaltung – wie auch das Recht der Kapitalaufbringung – an einer unzureichenden Abgrenzung der „Auszahlung“ im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG von den Leistungen im Rahmen des Geschäftsbetriebs.

Die Änderungen bei der **Stückelung der Geschäftsanteile** und die erweiterte Zulassung mehrerer Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters entsprechen zwar nicht einem dringenden Reformbedarf, sind aber als Beitrag zur Entwicklung einer kapitalistischen Form der GmbH bis hin zur Publikums-GmbH zu begrüßen. Dies dient auch dem Gläubigerschutz, ist es doch zur Erweiterung der Eigenkapitalbasis geeignet. Die Aufwertung der Gesellschafterliste und die **Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen** erscheinen in diesem Zusammenhang ebenfalls sinnvoll. Wünschenswert wäre jedoch eine weitergehende Anpassung des Rechts der Geschäftsanteile an das Aktienrecht. Vor allem ist nicht einzusehen, dass der Gesetzgeber die **Formvorschrift** des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG unberührt lässt. Der immer noch im Vordergrund stehende Zweck zu verhindern, dass GmbH-Geschäftsanteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden (s. zuletzt BGH v. 12.12.2005 – II ZR 330/04, GmbHR 2006, 875 [876]), erscheint für eine kapitalistische GmbH neuer Prägung überholt. Bei der Abtretung von 1-Euro-Geschäftsanteilen besteht schwerlich Bedarf für eine notarielle Beurkundung.

Die vom Entwurf beabsichtigte Ermöglichung einer deutschen GmbH mit **Verwaltungssitz im Ausland** ist ebenfalls revolutionär. Der Entwurf beseitigt aber insoweit nur das sachrechtliche Hindernis. Auch nach Aufhebung des § 4a Abs. 2 GmbHG steht einer solchen GmbH die Sitztheorie entgegen, nach der die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland zu einer Auflösung ohne Fortsetzungsmöglichkeit führt (vgl. *Lutter/Drygala* in Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 1 Rz. 7). Zur Beseitigung auch dieses Hindernisses siehe Vorschlag im Besonderen Teil unter B.I.1.

B. Im Einzelnen

I. Zu Artikel 1: Änderung des GmbHG

1. Zu Nr. 2 (Änderung von § 4a)

Die Intention, eine im Inland eingetragene GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland zuzulassen, ist sehr zu begrüßen, ermöglicht sie doch den Export der deutschen

GmbH. Um auch das kollisionsrechtliche Hindernis zu beseitigen, wird vorgeschlagen, Absatz 2 nicht aufzuheben, sondern wie folgt neu zu fassen:

„Wenn die Gesellschaft im Inland keinen Betrieb hat oder sich die Geschäftsleitung im Ausland befindet oder die Verwaltung im Ausland geführt wird, so steht dies der Festlegung eines inländischen Sitzes im Gesellschaftsvertrag und der Eintragung der GmbH im Handelsregister im Inland sowie der Anwendung dieses Gesetzes nicht entgegen.“

2. Zu Nr. 3 (Änderung von § 5)

a) Zu Abs. 1 (Herabsetzung Mindeststammkapital)

Durch die Herabsetzung des Mindeststammkapitals von bisher 25.000 Euro auf 10.000 Euro soll nach der Begründung die Kapitalaufbringung bei der Gründung erleichtert werden. Es soll insbesondere dem bei Dienstleistungsunternehmen häufig geringeren Kapitalbedarf Rechnung getragen werden. Das ist sehr zu begrüßen. Der Zweck, die Kapitalaufbringung bei der Gründung zu erleichtern, würde aber nur unvollständig erreicht, wenn nicht auch zahlreiche dem Kaufmann gänzlich unverständliche Härten des Kapitalaufbringungsrechts beseitigt werden. Dies gilt insbesondere für diejenigen Gesellschaften, die freiwillig ein höheres Stammkapital wählen, für die also die Herabsetzung des Mindeststammkapitals ohne Bedeutung ist. Daraus ergeben sich folgende über den Entwurf hinausgehende Vorschläge:

aa) In § 8 Abs. 2 wird der folgende neue Satz 2 eingefügt:

„Dem steht eine Verwendung im Rahmen des Geschäftsbetriebs nicht entgegen.“

Diese Einfügung bewirkt, dass bei Drittgeschäften kein schädlicher Rückfluss an den Inferenten angenommen wird.

bb) Das Sacheinlagerecht sollte reformiert werden. Insbesondere die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage sind unverhältnismäßig (vgl. *Heidenhain*, GmbHR 2006, 455). Um dem abzuhelfen, werden folgende Gesetzesänderungen vorgeschlagen:

aaa) In § 5 wird der folgende neue Abs. 4 eingefügt:

„Sollen Bareinlagen geleistet werden, so müssen etwaige Vereinbarungen über einen Rückfluss des Einlagebetrags ganz oder teilweise an den Inferenten, sei es als Auszahlung oder Rückzahlung eines Darlehens, sei es als Vergütung für die Überlassung von Vermögensgegenständen (§ 19 Abs. 5), im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.“

Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.

bbb) In § 8 Abs. 2 wird der folgende neue Satz 3 eingefügt:

„In der Anmeldung ist ferner die Versicherung abzugeben, dass keine Vereinbarungen über einen Rückfluss der geleisteten Bareinlage an den Inferenten getroffen worden sind, die nicht im Gesellschaftsvertrag festgesetzt wurden.“

ccc) § 9c Abs. 1 Satz 2 wird wie folgt neu gefasst:

„Dies gilt auch, wenn Sacheinlagen überbewertet worden sind oder wenn im Falle einer Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 4 die Forderung der Gesellschaft gegen den Inferenten bzw. die Forderung des Inferenten gegen die

Gesellschaft nicht vollwertig ist oder die überlassenen Vermögensgegenstände nicht werthaltig sind.“

ddd) In § 10 Abs. 3 werden die Worte „nach § 5 Abs. 4 Satz 1 getroffenen“ ersetzt durch die Worte: „nach § 5 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 getroffenen“.

eee) § 19 Abs. 5 wird wie folgt neu gefasst:

„Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 5 Satz 1 getroffenen Bestimmung erfolgt. Eine Leistung in Geld, mit der eine Vereinbarung über einen Rückfluss des Einlagebetrags ganz oder teilweise an den Gesellschafter verbunden ist, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit die Vereinbarung gemäß § 5 Abs. 4 im Gesellschaftsvertrag festgesetzt wurde.“

b) Zu Abs. 2 und 3 (Flexibilisierung der Geschäftsanteile)

Die Herabsetzung des Mindeststammeinlagebetrags auf 1 Euro und die Zulassung der Übernahme mehrerer Stammeinlagen bringt eine gewisse Annäherung an die Aktiengesellschaft. Es fragt sich aber dann, ob nicht auch § 23 Abs. 3 Nr. 4 AktG in das GmbH-Recht übernommen werden sollte. Das hätte den in der Praxis erwünschten Effekt, dass die Stückelung der Geschäftsanteile durch Satzungsänderung verändert werden könnte. Auf diese Weise wäre etwa ein späterer Split der Geschäftsanteile, der die Kapitalbeschaffung erleichtern würde, nicht von der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters abhängig. Konsequenterweise sollte man auch die Formvorschriften des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG **dispositiv** gestalten:

(3) Zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter bedarf es eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages. Der Gesellschaftsvertrag kann statt dessen die Textform bestimmen.

(4) Der Form gemäß Absatz 3 bedarf auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. ...

Auf diese Weise würde eine Publikums-GmbH ermöglicht. Dies ist durchaus ein geeignetes Mittel, um eine ausreichende Kapitalisierung der GmbH zu fördern und würde einen Ausgleich für die Herabsetzung des Mindeststammkapitals darstellen.

3. Zu Nr. 4 (Änderung von § 6 Abs. 2)

Der Entwurf fasst die Sätze 2 bis 4 zusammen. Insoweit handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Änderung. Sachlich sind die §§ 82 und 84 GmbHG sowie die §§ 399 bis 401 Aktiengesetz eingefügt worden, allerdings nur in ihrer vorsätzlichen Begehungsform. Dies ist zu begrüßen, um unseriöse Geschäftsführer fernzuhalten. Die erforderliche Versicherung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 bleibt bestehen.

4. Zu Nr. 5 (Aufhebung von § 7 Abs. 2 Satz 3)

Die geltende Vorschrift des § 7 Abs. 2 Satz 3 war von Anfang an unpraktikabel. Es ist auch nicht einzusehen, dass das Kapitalaufbringungsrisiko bei einer Einpersonen-

Gründung größer sein soll als bei einer Mehrpersonen-Gründung. Die Aufhebung ist daher mit allen Folgeänderungen nur zu begrüßen.

5. Zu Nr. 6 (Änderung von § 8)

Die bisherige Vorschrift in § 8 Abs. 1 Nr. 6, dass bei Erlaubnispflichtigkeit des Unternehmensgegenstands der Anmeldung die Genehmigungsurkunde beizufügen ist, wird durch eine umständliche Regelung ersetzt, nach der einerseits bei der Anmeldung die Versicherung genügen soll, dass die Genehmigung bei der zuständigen Stelle beantragt worden ist, andererseits aber die Gesellschaft von Amts wegen im Handelsregister gelöscht wird, wenn die Erteilung der Genehmigung nicht innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft nachgewiesen wird. Diese Regelung ist für den Gründer ein Danaer-Geschenk. Der Gründer kann von dieser Erleichterung nur Gebrauch machen, wenn die Erteilung der Genehmigung mit Sicherheit kurz bevor steht. Man sollte daher stattdessen die gesetzliche Regelfrist großzügig bemessen. Erst wenn die Genehmigung etwa nach einem Jahr noch nicht erteilt ist, kommt eine Amtslöschung in Betracht. Dies ist für den Gesetzgeber hinnehmbar, zumal es sich lediglich um ein Ordnungsanliegen handelt.

6. Zu Nr. 7 (Änderung von § 10)

In das Handelsregister sollen künftig eine inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft sowie eine inländische Anschrift eines etwaigen Zustellungsbevollmächtigten eingetragen und bekannt gemacht werden. Das ist insbesondere im Hinblick auf das elektronische Handelsregister praktikabel und daher zu begrüßen.

7. Zu Nr. 8 (Neufassung von § 16)

Die Maßgeblichkeit der Gesellschafterliste im Verhältnis zur Gesellschaft ist sinnvoll. Dabei ist zu begrüßen, dass entsprechend der bisherigen Rechtslage dem Geschäftsführer keine weitgehenden Prüfungspflichten anlässlich der Eintragung in die Gesellschafterliste aufgebürdet werden.

Die Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs (Absatz 3 --) ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Die Voraussetzung einer mindestens dreijährigen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ist aber unzutreffend. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Entweder ist die Eintragung des Veräußerers in die Liste, etwa wegen materieller Unwirksamkeit der Abtretung an ihn, von Anfang an unrichtig. Dann genügt die Formulierung, dass die Eintragung seit mindestens drei Jahren widerspruchsfrei besteht. Oder der Veräußerer hat den Geschäftsanteil zuvor an einen anderen Erwerber veräußert und dieser Erwerber ist noch nicht in die Gesellschafterliste eingetragen. Dann genügt es zu seinem Schutz, wenn der gutgläubige Erwerb von dem Zeitpunkt an ausgeschlossen ist, in dem der Erwerb dem Geschäftsführer mitgeteilt und nachgewiesen wurde. Denn es wäre nicht gerechtfertigt, wenn die Säumnisse des Geschäftsführers insoweit zu Lasten des Erwerbers gehen würde. Es entspricht aber dem Eigeninteresse des Dritterwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen. Daher ist auch insoweit eine Frist angebracht, aber nicht von drei Jahren sondern allenfalls von drei Monaten. Es wird daher vorgeschlagen,

in Absatz 3 Satz 1 das Wort „unrichtig“ zu streichen und Satz 3 wie folgt zu ergänzen:

„... oder dem Geschäftsführer höchstens drei Monate vor dem Erwerb ein entgegenstehender Vorerwerb mitgeteilt und nachgewiesen wurde.“

8. Zu Nr. 9 (Änderung von § 17)

Die Aufhebung von Absatz 5 ist konsequent im Rahmen der Flexibilisierung der Geschäftsanteile. S. dazu oben unter B.I.2. zu Nr. 3 (Änderung von § 5).

9. Zu Nr. 11 (Änderung von § 30 Abs. 1)

a) Zu Satz 2 – neu –

Der neue Satz 2 dient ausweislich der Begründung der Präzisierung des § 30. Er liegt seiner Intention nach im Interesse der Unternehmen, ist deshalb zu begrüßen. Insbesondere soll er die laut Begründung ökonomisch sinnvolle in Konzernen verbreitete Praxis des sog. Cash Pooling sanktionieren. Seine Fassung erscheint aber nicht ausreichend und ist auch irreführend. Sie ist in zweierlei Hinsicht zu beanstanden:

aa) Richtigerweise ist statt auf das Interesse der Gesellschaft auf den Drittvergleich abzustellen, zu dem im Falle der Kreditvergabe auch die Prüfung der Kreditwürdigkeit und der Sicherheiten gehört. Das stimmt mit den Ausführungen in der Begründung überein. Im Falle des positiven Drittvergleichs liegt keine Auszahlung von Gesellschaftsvermögen im Sinne von § 30 Abs. 1 Satz 1 vor. Es handelt sich vielmehr um eine im Hinblick auf § 30 Abs. 1 neutrale Maßnahme der Geschäftsführung. Der Gesellschafter ist insoweit Geschäftspartner der Gesellschaft wie jeder andere, die Leistung beruht nicht auf seiner Gesellschafterstellung. So wie Maßnahmen des Geschäftsbetriebs die wirksame Kapitalaufbringung nicht beeinträchtigen, sind sie auch für die Kapitalerhaltung unbeachtlich.

Für die Abgrenzung kann nicht auf § 43 Abs. 1 abgestellt werden. Auch wenn das Drittgeschäft für die Gesellschaft nachteilig wäre und der Geschäftsführer deshalb bei Abschluss mit einem Dritten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes missachtet hätte, kann der Abschluss mit dem Gesellschafter ein Drittgeschäft sein. Wenn z.B. Leistung und Gegenleistung objektiv nicht gleichwertig sind, so handelt es sich trotzdem um ein neutrales Drittgeschäft, wenn hierfür Gründe bestehen, die außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses liegen, wenn also der Geschäftsführer mit einem Dritten in der Situation des Gesellschafters das Geschäft ebenfalls abgeschlossen hätte.

Demgegenüber kann nach h.M. das Gesellschaftsinteresse nicht in Gegensatz zu dem Interesse der Gesellschaftergemeinschaft gestellt werden (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Anh § 13 Rz. 28). Es ist also nicht tauglich, die zulässigen von den verbotenen Auszahlungen abzugrenzen.

bb) Die Ausgrenzung von Drittgeschäften ist nicht auf die Kreditvergabe, also auf die „Vorleistung“ zu beschränken, gilt vielmehr ganz allgemein als Bestandteil des Auszahlungsbegriffs. Der neue Satz 2 ist also zu eng und möglicherweise irreführend.

Daraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag für den neuen Satz 2:

„Eine Auszahlung im Sinne von Satz 1 liegt nicht vor, wenn die Leistung im Rahmen des Geschäftsbetriebs erfolgt und wenn im Falle einer Vorleistung aufgrund eines Vertrags mit einem Gesellschafter der Anspruch auf die Gegenleistung oder die Darlehensrückzahlung bilanziell vollwertig ist (§ 253 HGB).“

b) Zu Satz 3 – neu –

Was für den neuen Satz 2 gilt, gilt auch für den neuen Satz 3. Das Ziel ist außerordentlich zu begrüßen und entspricht einer seit langem erhobenen Forderung der Praxis. Die sog. Rechtsprechungsregeln zu eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen sind feinsinnig erdacht, sind aber für den Praktiker nicht mehr überschaubar und machen die GmbH zu einer außerordentlich komplexen Rechtsform. Würde man diese Rechtsregeln aufrechterhalten, so wäre die GmbH etwa gegenüber der englischen Limited allein aus diesem Grund nicht konkurrenzfähig. Hinzu kommen die Überlappungen mit den Anfechtungsvorschriften der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes. Lediglich das ohnehin problematische Rechtsinstitut der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung entfällt ersatzlos.

Die Formulierung kann jedoch nicht als geglückt bezeichnet werden. Außerdem geht sie wiederum zu weit, indem sie die bevorzugte Rückzahlung eines Darlehens an den Gesellschafter in der Liquiditätskrise der GmbH für zulässig erklärt. Angenommen die Rückzahlungsforderung des Gesellschafters wäre zwar fällig und auch unbestritten, aber der Gesellschaft fehlen im Zeitpunkt der Rückzahlung die liquiden Mittel, um alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger zu befriedigen. Das ist die Situation, in der die Gesellschaft mit einer Einlageforderung nicht aufrechnen dürfte (*Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 19 Rz. 22, 23). Diesen Grundsatz aus dem Recht der Kapitalaufbringung sollte man auch im Recht der Kapitalerhaltung anwenden. Daraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag für den neuen Satz 3:

„Eine Auszahlung im Sinne des Satz 1 liegt ferner nicht vor, wenn mit der Leistung eine Forderung des Gesellschafters erfüllt wird, die im Zeitpunkt der Leistung fällig, liquide und vollwertig ist.“

10. Zu Nr. 13 (Aufhebung von §§ 32 a und 32b)

Diese Vorschriften werden insgesamt in die Insolvenzordnung übernommen, dabei wird der Eigenkapitalersatzcharakter nicht mehr vorausgesetzt. Dies ist aus Vereinfachungsgründen sehr zu begrüßen. Da auch das Stehenlassen in der Krise für den Eigenkapitalersatzcharakter ausreicht, wird die Ausdehnung auf alle Gesellschafterdarlehen bzw. Gesellschafter-Sicherheiten keine nennenswerten Veränderungen bringen.

11. Zu Nr. 14 (Änderung von § 35)

Die Ergänzung von Absatz 1 erscheint zweckentsprechend. Dadurch wird die Abgabe von empfangsbedürftigen Willenserklärungen gegenüber Briefkastengesellschaften und die Zustellung an Briefkastengesellschaften ermöglicht.

Die Ergänzung von Absatz 2 ist problematisch. Sie sollte nur als ultima ratio eingreifen, wenn auch die Bestellung

eines Notgeschäftsführers analog § 29 BGB nicht in Betracht kommt. Antragsberechtigt für die Bestellung eines Notgeschäftsführers ist auch jeder Dritte, der sein Recht nicht gegen die Gesellschaft durchsetzen kann, weil diese nicht wirksam vertreten ist (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, Vor § 35 Rz. 18).

12. Zu Nr. 17 (Änderung von § 40)

Die Neufassung von Abs. 1 Satz 2 und die Anfügung von Satz 3 – neu – ist sinnvoll. Die Einbeziehung des Notars in die Aktualisierung der Gesellschafterliste unterstützt deren Richtigkeitsgewähr. Auch ist es zweckentsprechend, die Pflicht nicht allein an die Beurkundung von Abtretungen nach § 15 Abs. 3 anzuknüpfen. Es ist z.B. auf § 52 Abs. 2 UmwG hinzuweisen.

13. Zu Nr. 18 (Neufassung § 47 Abs. 2)

Bisher galt der zwingende Grundsatz, dass aus einem Geschäftsanteil nur einheitlich abgestimmt werden kann (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 47 Rz. 4). Dieser Grundsatz ist jedoch nicht unangefochten (vgl. *Beerner/Stadler*, GmbHR 2003, 1407 ff.). Durch den Entwurf wird er vollends in Frage gestellt. Die uneinheitliche Stimmabgabe entspricht auch einem praktischen Bedürfnis. Ihre Zulässigkeit sollte daher durch folgende Fassung von § 47 Abs. 2 klargestellt werden:

„Jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt das Recht zur Abgabe einer Stimme.“

14. Zu Nr. 19 (Neufassung § 55 Abs. 4)

Die Verweisung auf § 19 Abs. 6 (jetzt § 19 Abs. 5) ist wohl versehentlich weggefallen.

15. Zu Nr. 27 (Änderung von § 64)

Die Ergänzung von Abs. 1 ist zu begrüßen, trifft sie doch nur den „bösgläubigen“ und daher nicht schutzbedürftigen Gesellschafter. Diese Einschränkung muss jedoch wie folgt formuliert werden: „... es sei denn, er hat von Zahlungsunfähigkeit *oder* der Führungslosigkeit keine Kenntnis.“

Die Ergänzung von Abs. 2 wird keine große praktische Bedeutung haben, weil die Zahlung regelmäßig schon nach § 30 Abs. 1 unzulässig ist und zur Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 3 führt. Außerdem lässt sie offen, welche Anforderungen an die erforderliche Solvenzprüfung durch den Geschäftsführer zu stellen sind. Schließlich ergibt sich das Problem, dass die Gesellschafter möglicherweise Druck auf den Geschäftsführer ausüben. Es ist daher zu empfehlen, auf diese Bestimmung ganz zu verzichten, zumal die Gesellschafter wegen existenzvernichtenden Eingriffs haften werden.

II. Zu Artikel 9: Änderung der Insolvenzordnung

1. Zu Nr. 3 (Änderung von § 19 Abs. 2)

Die Ergänzung macht die Abgabe von Rangrücktrittserklärungen zur Überschuldungsvermeidung entbehrlich. Sie ist daher außerordentlich zu begrüßen, zumal die vom

BGH aufgestellten Anforderungen an eine sog. qualifizierte Rangrücktrittserklärung zu vielen Zweifeln Anlass geben.

2. Zu Nr. 4 (Änderung von § 39)

Die Änderungen erstrecken die Nachrangigkeit auf sämtliche Kreditforderungen von Gesellschaftern, übernehmen aber die Ausnahmen für Kleingesellschafter und Sanierungsgesellschafter aus dem geltenden § 32a Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG. Diese Änderungen sind aus Vereinfachungsgründen zu begrüßen. Im Insolvenzverfahren wird es praktisch nur eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen geben.

3. Zu Nr. 5 (Einfügung § 44a)

Die Vorschrift fügt die geltenden § 32a Abs. 2 und § 32b GmbHG in die Insolvenzordnung ein. Auch hier wird auf die Voraussetzung des Eigenkapitalersatzcharakters verzichtet. Das ist aus Vereinfachungsgründen zu begrüßen, ohne dass der Verzicht auf das Merkmal des Eigenkapitalersatzcharakters nennenswerte Auswirkungen haben wird.

4. Zu Nr. 7 (Neufassung § 135)

Hier bedeutet der Verzicht auf die Voraussetzung des Eigenkapitalersatzcharakters eine wesentliche Ausweitung der Anfechtbarkeit. Denn es wird sich häufig nicht um eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen handeln, die im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag zurückgezahlt oder in den letzten zehn Jahren besichert wurden. Nach geltendem Recht reicht es für die Anfechtbarkeit der Besicherung nicht aus, dass das Darlehen nachträglich eigenkapitalersetzend wird. § 135 Nr. 1 InsO setzt vielmehr das Vorhandensein eines eigenkapitalersetzenden Darlehens und dessen gleichzeitige oder nachträgliche Besicherung voraus (*Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, §§ 32a, 32b Rz. 73). Die Meinung des OLG Hamburg (Hanseatisches OLG Hamburg v. 6.12.1985 – 11 U 158/85, GmbHR 1986, 88 [89]), die Sicherheit sei bei späterem Stehenlassen des Kredits als neu bestellt zu behandeln, ist nicht haltbar und vor allem mit dem Wortlaut von § 135 Nr. 1 InsO nicht vereinbar. So sehr daher diese Gesetzesänderung aus Vereinfachungsgründen zu begrüßen ist, so sehr ist die dadurch bewirkte extreme Ausweitung bedenklich. Man kann schließlich nicht die Gesellschafter-Fremdfinanzierung gegenüber der Fremdfinanzierung durch Dritte dermaßen benachteiligen. Dafür gibt es keinen rechtfertigenden Grund. Der neu gefasste § 135 InsO muss vielmehr einem Vergleich mit § 131 InsO standhalten. Daher sollten jedenfalls die Fristen halbiert werden. Das gilt erst recht für die parallele Änderung des Anfechtungsgesetzes.

Für die Centrale für GmbH
Dr. Otto Schmidt

gez. RA Dr. *Harald Kallmeyer*, Düsseldorf

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Stammeinlage: Erfüllung einer Einlagenschuld mit Darlehenstilgung nach „Hin- und Herzahlen“

GmbHG § 19 Abs. 1 u. 2, § 55; BGB § 362

1. Einlagezahlungen aus Mitteln der GmbH, die dem Inferenten im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung als „Darlehen“ oder in sonstiger Weise überlassen worden sind, sind mit dem Grundsatz der realen Kapitalerhöhung unvereinbar, weil sie wirtschaftlich einer verbotenen Befreiung von der Einlagenschuld i.S.v. § 19 Abs. 2 GmbHG gleichstehen.

2. In einem solchen Fall der sog. verdeckten Finanzierung leistet der Inferent bei dem „Her- und Hinzahlen“ – nicht anders als in der spiegelbildlichen Konstellation des sog. Hin- und Herzahlens – unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts; eine im Zusammenhang mit der „Herzahlung“ getroffene „Darlehensabrede“ ist unwirksam.

3. Mit der späteren Zahlung auf die vermeintliche „Darlehensschuld“ erfüllt der Inferent die offene Einlageverbindlichkeit.

BGH, Urt. v. 12.6.2006 – II ZR 334/04

► Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin (Kl.in) verlangt aus einem mit der Beklagten (Bekl.) zu 1) am 17.3.2000 geschlossenen Unternehmenskaufvertrag (UV) über den Erwerb sämtlicher, von der Bekl. zu 1) gehaltenen Geschäftsanteile an der P-GmbH (im Folgenden: P) Schadensersatz von den Beklagten als Gesamtschuldnern, weil die Bekl. zu 1) entgegen der in dem Vertrag erteilten Zusicherung – für deren Erfüllung die Bekl. zu 2) zusätzlich die Garantie übernommen habe – die Stammeinlage von 950.000 DM aus einer Kapitalerhöhung bei der P nicht wirksam geleistet habe.

[2] Die P gewährte auf der Grundlage einer Abrede v. 10.1.1995 der Bekl. zu 1), ihrer damaligen Alleingesellschafterin, am 24.2.1995 ein – bis 30.9.1995 rückzahlbares – verzinsliches Darlehen von 1 Mio. DM; bereits am 1.3.1995 überwies diese 950.000 DM an die P unter Angabe des Verwendungszwecks „Kapitalerhöhung“ zurück. Am 13.3.1995 beschloss die Gesellschafterversammlung der P, das Stammkapital von 50.000 DM auf 1 Mio. DM zu erhöhen, wobei die – sofort bar zu leistende – neue Stammeinlage von 950.000 DM wiederum von der Bekl. zu 1) übernommen wurde. Die von der Bekl. zu 1) voreingezahlten 950.000 DM wurden sodann bei der P als Erhöhung der Stammeinlage verbucht. Bis zum 17.3.2000 zahlte die Bekl. zu 1) zudem einen Betrag i.H. der als Darlehen empfangenen Valuta von 1 Mio. DM in nicht näher bekannten Raten – am 13.1.1997 betrug die noch offene Restforderung 496.230 DM – vollständig zurück. Durch den notariellen Unternehmenskaufvertrag v. 17.3.2000 veräußerte die Bekl. zu 1) an die Kl.in sämtliche von ihr an der P gehaltenen Geschäftsanteile zu einem Kaufpreis von 1 DM. In dem Vertrag sicherte die Bekl. zu 1) u.a. die vollständige Einzahlung des Stammkapitals zu und verpflichtete sich zum Schadensersatz für den Fall der Un-