

GmbH-Dokumentation

Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 2.7.2007 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) nach dem Stand vom 25.5.2007

An den
Vorsitzenden des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages
Herrn Andreas Schmidt, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

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

BR-Drucks. 354/07 vom 25.5.2007

Sehr geehrter Herr Schmidt,

zu dem o.g. Regierungsentwurf nehmen wie gerne wie aus
der Anlage ersichtlich Stellung.

Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie unsere Anregungen
im weiteren Verfahren noch berücksichtigen könnten und
verbleiben

mit den besten Grüßen

Ihre

Centrale für GmbH
Dr. Otto Schmidt

A. Allgemeines

Der Regierungsentwurf steht wie schon der Referentenentwurf (s. auch die Stellungnahme der *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt* vom 1.9.2006 zum Referentenentwurf, GmbHR 2006, 978) in der Tradition der GmbH-Novelle von 1980. Es ist eine starke Tendenz zur Vereinfachung des GmbH-Rechts, und zwar auch der Gesetzes-Formulierungen, zu beobachten. Das ist ebenso zu begrüßen wie das Bemühen, die Flexibilität der Rechtsform zu erhöhen, die nun einmal angesichts der Vielgestaltigkeit der GmbH-Wirklichkeit unerlässlich ist. Der Regierungsentwurf ist **praxisfreundlich** und kommt der mittelständischen Kapitalgesellschaft entgegen. Das gilt insbesondere für die **Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts**, das international einmalig dasteht und das GmbH-Recht zu einer Materie für Spezialisten gemacht hat. Zu begrüßen ist auch die **Herabsetzung des Mindeststammkapitals** verbunden mit dem Bemühen, das außerordentlich strenge und nur schwer überschaubare **Kapitalaufbringungsrecht** zu entschärfen.

Die positive Beurteilung gilt aber nicht uneingeschränkt. Im folgenden Besonderen Teil wird eine Reihe von noch bestehenden **Kritikpunkten** im Interesse der GmbH aufgezeigt, auf deren Abhilfe im Gesetzgebungsverfahren zu hoffen ist.

II. Im Einzelnen

1. Erleichterte Gründung bei Verwendung eines Musters für den Gesellschaftsvertrag (§ 2 Abs. 1 a GmbHG-E)

Der Wert einer gesetzlich vorgegebenen Mustersatzung ist sehr umstritten (*Wachter* in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 55 [88 ff.]). Die Gefahr einer mittelbaren Einschränkung der Satzungsautonomie ist nicht von der Hand zu weisen. Auch folgt daraus keine Verringerung des Beratungsaufwands, denn der Gründer, der von der Standardsatzung Gebrauch machen möchte, muss einen Notar oder einen Anwalt konsultieren, um zu entscheiden, ob er in seinem Fall mit der Mustersatzung auskommt oder ob nicht vielmehr eine individuell gestaltete Satzung anzuraten ist. Schließlich besteht die Gefahr, dass der Gründer leichtfertig auf eine professionelle Beratung verzichtet. Außerdem ist die Einsparung an Beurkundungskosten gering. Denn die GmbH mit Mustersatzung wird häufig nur das Mindeststammkapital haben oder es wird sich gar um eine Unternehmergesellschaft mit einem niedrigeren Stammkapital (§ 5 a GmbHG-E) handeln. Aus all diesen Gründen sind die mit der Regelung des § 2 Abs. 1 a GmbHG-E verbundenen Gründungserleichterungen von zweifelhaftem Wert.

Andererseits ist erstaunlich und nicht sachgerecht, dass es bei der Abtretung von Geschäftsanteilen bei dem Beurkundungserfordernis verbleiben soll. Bei der Abtretung besteht viel weniger Beratungsbedarf als bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrags, eigentlich nur im Hinblick auf die Risiken aus §§ 24, 31 GmbHG. Hier könnte man in der Tat mit einem Standard-Abtretungsvertrag helfen. Die Funktion des Notars im Hinblick auf die Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 2 GmbHG-E) ist kein hinreichender Grund für die Beibehaltung des Beurkundungserfordernisses.

Es soll daher der Vorschlag aus der Stellungnahme der *Centrale für GmbH* zum Referentenentwurf wiederholt werden, die § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG **dispositiv** zu gestalten. **Formulierungsvorschlag** für eine Neufassung von § 15 Abs. 5 GmbHG:

„Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung der Geschäftsanteile in Textform zugelassen sowie die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.“

Durch eine solche Gesetzesänderung würde man den unterschiedlichen Gestaltungen der GmbH-Gesellschaftsverträge gerecht werden.

2. Unternehmergesellschaft (§ 5 a GmbHG-E)

Die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft ist keine eigene Rechtsform, sondern eine Variante der GmbH, weil für sie vorbehaltlich der in § 5 a GmbHG-E geregelten wenigen Besonderheiten das GmbHG gilt. Diese Rechtsformvariante wird dadurch gewählt, dass das Stammkapital der GmbH bei der Gründung unterhalb des Mindeststammkapitals (künftig 10.000 Euro) festgesetzt wird. Als Folge wird der Rechtsformzusatz „GmbH“ unzulässig und muss stattdessen „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ lauten. Bei der Wahl der Höhe des Stammkapitals ist zu beachten, dass dies bei der UG im Zeitpunkt der Gründung in voller Höhe in bar eingezahlt werden muss (§ 5 a

Abs. 2 GmbHG-E). Es ist daher darauf zu achten, dass es mit den für die Anfangszeit erforderlichen Barmittel übereinstimmt.

Der Kern dieser Rechtsformvariante soll offenbar eine gegenüber der Regel-GmbH geringere Kapitalaufbringung sein: Während bei der Regel-GmbH im Zeitpunkt der Gründung mindestens 5.000 Euro eingezahlt sein müssen, kann sich bei der UG die Soforteinzahlung bei entsprechend geringem Kapitalbedarf auf wenige 100 Euro beschränken. Dieser Gesetzeszweck wird aber durch die Vorschrift des § 5a Abs. 3 GmbHG-E weitgehend vereitelt: Bei der UG muss jeweils 1/4 des Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage eingestellt werden, die ausschließlich zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwandt werden darf. Diese Thesaurierungspflicht besteht solange, bis die Gesellschaft ihr Stammkapital auf die Höhe des für die Regel-GmbH geltenden Mindeststammkapitals erhöht hat.

Daraus ergeben sich mehrere **Unstimmigkeiten**:

a) Es ist vom erforderlichen Kapitalschutz nicht gedeckt, dass die Thesaurierungspflicht gemäß § 5a Abs. 3 GmbHG-E noch angewandt wird, wenn die gesetzliche Rücklage zusammen mit dem Stammkapital bereits die Höhe des gesetzlichen Mindeststammkapitals erreicht hat. Denn die gesetzliche Rücklage darf nur zur Erhöhung des Stammkapitals verwandt werden, für sie gilt also bereits das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Sie kann auch nicht herabgesetzt werden. Sie ist also dem eingezahlten Stammkapital mindestens ebenbürtig. Es fehlt ihr lediglich die Publizität.

b) Es ist weiterhin nicht gerechtfertigt, dass die Thesaurierungspflicht erst dann entfällt, wenn Stammkapital und gesetzliche Rücklage das ganze gesetzliche Mindeststammkapital erreichen, während bei der Regel-GmbH nur die Hälfte des Mindeststammkapitals eingezahlt sein muss. Dieser Systemfehler ist darauf zurückzuführen, dass gesetzestechnisch das Rechtsinstitut der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nutzbar gemacht wird, das begriffsnotwendig mit Volleinzahlung verbunden ist. Die **Lösung** besteht darin, dass die Thesaurierungspflicht nach § 5a Abs. 3 GmbHG-E entfällt, wenn die Summe von Stammkapital und gesetzlicher Rücklage die Hälfte des Mindeststammkapitals erreicht.

3. Hin- und Herzahlen (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E)

Hier handelt es sich um den Fall, dass bei einer Bareinlagenschuld der vom Inferenten an die Gesellschaft gezahlte Einlagebetrag gemäß zuvor getroffener Vereinbarung an ihn als Darlehen oder als Vergütung für eine Leistung, die nicht als Sacheinlagegegenstand geeignet ist, zurückfließt. Der Entwurf will die Erfüllung der Bareinlagenschuld eintreten lassen, wenn ein im Zeitpunkt der Rückzahlung vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch der Gesellschaft begründet wird, also bilanziell durch die Rückzahlung keine Vermögensminderung eintritt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass eine Forderung auf Dienstleistung nicht aktiviert werden kann. Es wird also im Wesentlichen nur die Rückgewähr als Darlehen der Gesellschaft an den Gesellschafter (Inferenten) ermöglicht.

Die *Centrale für GmbH* hat in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf weitergehend wie bei einer Sacheinlage eine entsprechende Festsetzung im Gesellschaftsver-

trag bzw. im Kapitalerhöhungsbeschluss verlangt, ohne allerdings die sonstigen Sacheinlagevorschriften anzuwenden. Diese Publizität ist nach Meinung der *Centrale für GmbH* für einen angemessenen Gläubigerschutz unerlässlich. Denn es macht für die Gläubiger einen deutlichen Unterschied, ob dem Geschäftsführer einmal flüssige Mittel zur Verwendung im Geschäftsbetrieb zur Verfügung gestanden haben, oder ob die Gesellschaft lediglich einen aktivierungsfähigen Anspruch gegen den zur Bareinlage verpflichteten Gesellschafter erhalten hat. Die Festsetzung im Gesellschaftsvertrag ist nicht belastend. Sie kann inhaltlich dahin gehen, dass der Geschäftsführer ermächtigt wird, den Einlagebetrag bei Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs an den einlageverpflichteten Gesellschafter als Darlehen auszureichen. Beim **Cash Pool** wäre in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, dass die Gesellschaft in einen konkreten Cash Pool einbezogen ist. Die Bestimmung kann aufgehoben werden, sobald das Darlehen vom Gesellschafter an die Gesellschaft zurückgezahlt bzw. der Cash Pool beendet ist.

Daraus ergibt sich in Einklang mit § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E der folgende einfache **Formulierungsvorschlag** für § 8 Abs. 2 Satz 2:

„... wenn sie nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden und durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist.“

4. Aufrechnung gegen Einlageforderung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E)

Es sollte wie beim Hin- und Herzahlen (§ 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E) die Aufrechnung mit einer Geldforderung des Inferenten gegen die Gesellschaft, etwa auf Rückzahlung eines Darlehens oder Auszahlung einer Dividende, unter der Voraussetzung zugelassen werden, dass eine entsprechende Vereinbarung in den Gesellschaftsvertrag bzw. Kapitalerhöhungsbeschluss aufgenommen wurde. Die von der Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzung, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Aufrechnung ausreichende Liquidität haben muss, um ihre sämtlichen fälligen Verbindlichkeiten zu tilgen, ist unter der Voraussetzung einer Vereinbarung im Kapitalerhöhungsbeschluss und der damit verbundenen Handelsregisterpublizität entbehrlich. Damit wird auch hier die bilanzielle Betrachtungsweise eingeführt und die international gebräuchliche **Umwandlung einer Darlehensforderung in Haftkapital durch Barkapitalerhöhung** ermöglicht. Auch die Kapitalerhöhung im **Cash Pool** wird erleichtert.

Daraus ergibt sich der – einfache – **Formulierungsvorschlag**, in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E die Worte: „aus der Überlassung von Vermögensgegenständen“ zu streichen.

5. Verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG-E)

Der Entwurf stellt im Ergebnis der ordnungsgemäßen Sacheinlage die verdeckte Sacheinlage zur Seite, die weder publiziert wird noch im Zeitpunkt der Eintragung erbracht sein muss und deren Werthaltigkeit auch nicht vor Eintragung geprüft werden muss. Damit wird das Sacheinlagerecht in unvertretbarer Weise entwertet. Der Entwurf sieht als Ausgleich lediglich auch bei einer verdeckten Sacheinlage eine Differenzhaftung vor, und dass der Inferent im Rechtsstreit das Risiko trägt, dass sich die Wert-

haltigkeit der verdeckten Sacheinlage nicht mehr beweisen lässt. Letzteres lässt sich leicht dadurch vermeiden, dass der Inferent die bei einer ordnungsgemäßen Sacheinlage zum Handelsregister einzureichenden Werthaltigkeitsunterlagen bereithält. Was den Differenzhaftungsanspruch der Gesellschaft betrifft, der auch bei der verdeckten Sacheinlage an die Stelle der Einlageforderung treten soll, so wird übersehen, dass es nur bei der Einlageforderung eine Haftung der Mitgesellschafter (§ 24 GmbHG) gibt. Das **Risiko einer Zahlungsunfähigkeit des Inferenten** geht also bei der Regelung des Entwurfs allein zu Lasten der Gesellschaft, ohne dass zuvor die Werthaltigkeit der Sacheinlage geprüft wurde. Deshalb ist die Lösung des Entwurfs im Interesse des Gläubigerschutzes bei der GmbH abzulehnen.

Die *Centrale für GmbH* hat demgegenüber in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf (aaO) für die Erfüllungswirkung der verdeckten Sacheinlage wie bei der offenen Sacheinlage eine **Publizität** durch Aufnahme der Vereinbarung in den Gesellschaftsvertrag bzw. Kapitalerhöhungsbeschluss und die **Werthaltigkeitsprüfung** durch das Registergericht gefordert. An dieser Forderung wird festgehalten. Die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschafterbeschluss dient nicht nur dem Gläubigerschutz, sondern ist auch im Interesse des Schutzes der Mitgesellschafter unerlässlich. Die Formulierung kann wie beim Hin- und Herzahlen in einer Verwendungsabrede bestehen. Außerdem sollte wie bei einer ordentlichen Sacheinlage deren Leistung vor Anmeldung der Gesellschaft vorgeschrieben und die Vereinbarung über die verdeckte (besser: wirtschaftliche) Sacheinlage in die Handelsregisterveröffentlichung aufgenommen werden.

Zugegebenermaßen wird damit die verdeckte Sacheinlage allen Vorschriften der ordentlichen Sacheinlage unterworfen. Das ist aber auch sachgerecht. Das Problem ist in der Praxis nicht durch diese Regeln, sondern durch die auch für den ordentlichen Geschäftsmann (§ 43 Abs. 1 GmbHG) überraschende und nicht einsichtige Ausweitung des Tatbestands der verdeckten Sacheinlage entstanden. Es verhält sich hier insoweit ähnlich wie beim Eigenkapitalersatzrecht. Richtigerweise sollte man deshalb nicht die Sacheinlagevorschriften ändern, sondern sie auch im Bereich der verdeckten Sacheinlage auf den Kerntatbestand zurückführen. Dieser Kerntatbestand besteht im Kaufvertrag zwischen Gesellschafter als Verkäufer und Gesellschaft als Käufer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung bzw. Kapitalerhöhung, wie er allein im geltenden § 19 Abs. 5 GmbHG angesprochen ist, nicht dagegen in der Verwendung von sonstigen Gesellschafterforderungen. Die Erbringung der Bareinlage durch Verzicht auf eine Geldforderung gegen die Gesellschaft ist keine Sacheinlage, wird auch international nicht so gesehen. Ihre Zulässigkeit ist in § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu regeln (s. dazu oben zu II.4.). In die verdeckte Sacheinlage einbezogen werden sollte lediglich der Fall des Hin- und Herzählens, der aber eng begrenzt werden sollte. Eine verdeckte Sacheinlage sollte nicht mehr vorliegen, wenn die Barkapitalaufbringung ordnungsgemäß abgeschlossen ist, die Gesellschaft die zugeflossenen Geldmittel für ihre unternehmerischen Zwecke verwendet hat und ein hinreichender Zeitraum dazwischen liegt (*Priester* in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 1 [19]). Diese Abgrenzung kann aber der Rechtsprechung überlassen bleiben. Für das Gesetz ge-

nügt die Formulierung: „der Aufrechnung wirtschaftlich gleichwertiges Hin- und Herzahlen“.

Daraus ergibt sich der **Formulierungsvorschlag**, § 19 Abs. 4 GmbHG-E wie folgt zu fassen:

„Eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung einschließlich des wirtschaftlich gleichwertigen Hin- und Herzählens bewirkt wird, befreit den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit hinsichtlich der Überlassung alle gesetzlichen Vorschriften über Sacheinlagen eingehalten sind. Dies gilt nicht für die Aufrechnung bzw. Tilgung einer sonstigen Geldforderung durch Hin- und Herzahlen.“

Der Gesetzgeber möchte auch nicht die verdeckte Sacheinlage als erleichterte Form der Sacheinlage kreieren, sondern nur die drastischen Rechtsfolgen der Nichteinhaltung der Sacheinlagevorschriften in der Insolvenz vermeiden. Auch dafür reicht es aus, die verdeckte Sacheinlage auf ihren Kernbereich zu beschränken und die Forderungsverwendung auszuklammern. Denn im Kernbereich hat die Rechtsprechung, nach der sich die Unwirksamkeit auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG erstreckt, Abhilfe geschaffen. Diese Rechtsfolge ermöglicht es dem Inferenten, in der Insolvenz der Gesellschaft den geleisteten Gegenstand auszuheben, so dass es nicht zu einer doppelten Leistungserbringung kommt. Weiterer Regelungsbedarf zur Lösung dieses Problems besteht daher nicht.

6. Kapitalerhaltung (§ 30 GmbHG-E)

Der Entwurf hat den von der *Centrale für GmbH* in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf gemachten Vorschlag nicht aufgegriffen, für die Ausnahme vom Auszahlungsverbot außer der Vollwertigkeit eines Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs lediglich zu verlangen, dass es sich um ein Drittgeschäft handelt. Der Regierungsentwurf verlangt stattdessen die Gleichwertigkeit nach Marktwerten. Dies steht nicht nur mit der bilanziellen Betrachtungsweise in Widerspruch, sondern führt auch dazu, dass die Befreiung vom Auszahlungsverbot einerseits zu weit geht, in anderer Hinsicht zu eng ist. Soll es wirklich zulässig sein, dass die GmbH im Zustand der Unterbilanz einem Gesellschafter ein Darlehen für private Zwecke, etwa Bau eines eigengenutzten Wohnhauses, gewährt? Soll es andererseits in jedem Fall unzulässig sein, dass die Gesellschaft mit einem Unternehmer-Gesellschafter einen langfristigen Liefervertrag abschließt, in dessen Rahmen im Einzelfall im Zustand der Unterbilanz Waren unter Marktwert abgegeben werden, obwohl die Gegenleistungsansprüche in allen Fällen vollwertig sind?

Es wird nunmehr vorgeschlagen, außer der Vollwertigkeit eines Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs statt der Gleichwertigkeit nach Marktwerten zusätzlich zu verlangen, dass die Leistung durch den Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist. Daraus ergibt sich folgender **Formulierungsvorschlag**: In § 30 Abs. 1 Satz 2 sollte hinter „erfolgen“ ein Punkt gesetzt und folgender neue Satz 3 eingefügt werden:

„Satz 1 gilt ferner nicht bei Leistungen, denen ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gegenübersteht und die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.“

Dadurch wird eine Parallele zum Verbot der Masseschmälerung nach § 64 gezogen, was im Hinblick auf § 43 Abs. 3 sinnvoll ist. Auch ist dies eine angemessene und flexible Lösung für das **Cash Pooling**.

7. Anfechtbarkeit der Gewährung von Sicherung oder Befriedigung für Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO-E)

Der Entwurf erstreckt die Anfechtbarkeit nach § 135 InsO bzw. § 6 AnfG auf alle Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens. Er verzichtet auf die Voraussetzung des Eigenkapitalersatzes, behält die bisherige Regelung aber vollinhaltlich bei.

Die *Centrale für GmbH* hat in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf gewarnt, dass dies zu einer übermäßigen Ausdehnung des Anfechtungstatbestands führen könnte. Die Bedenken richteten sich vor allem auf § 135 Abs. 1 Nr. 1. Wirtschaftlicher Hintergrund dieser Bedenken ist, dass es dem Gesellschafter freigestellt sein muss, der Gesellschaft statt eines Gesellschafterdarlehens im Sinne von Risikokapital ein Drittdarlehen wie jede Bank zu geben, das marktüblich besichert ist. Dieses Darlehen darf nicht als Risikokapital behandelt werden. Die Besicherung würde auch dem Eigenkapitalersatzcharakter des Darlehens entgegengestanden haben. Deshalb darf die Besicherung eines solchen Darlehens nicht anfechtbar sein, nur weil der Kreditgeber zufällig Gesellschafter ist. Das würde dann auch die Kredit gebende Bank treffen, wenn sie zufällig daneben eine Beteiligung hielte. Jedenfalls ist die Frist von 10 Jahren erheblich zu lang.

Andererseits ist die Anfechtbarkeit einer Besicherung berechtigt, wenn der Kredit einmal mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung als Risikokapital gegeben wurde. Die spätere Besicherung würde daran nichts ändern nach dem Motto: „**Einmal Risikokapital – immer Risikokapital**“. Aus dem Anfechtungstatbestand ist also die gleichzeitig mit der Darlehensgewährung gewährte Sicherung auszuschneiden. Auch sollte der Fall ausgeschieden werden, dass nur auf die nachträgliche Besicherung von als Risikokapital, also ungesichert gegebenen Gesellschafterdarlehen beziehen. War die Besicherung bereits bei Darlehensgewährung vereinbart, so ist die spätere Besicherung ebenso wie die gleichzeitige Besicherung nicht anfechtbar. Diese Auslegung wird durch den Wortlaut: „...die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens Sicherung gewährt hat, ...“ nahe gelegt. Trotzdem ist es wünschenswert, diese Auslegung eindeutig klarzustellen.

Daraus ergibt sich folgender **Formulierungsvorschlag** für die Nr. 1:

„Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag und nicht vor oder gleichzeitig mit der Darlehensgewährung vorgenommen worden ist“.

Für die *Centrale für GmbH*

Dr. Otto Schmidt

gez. RA Dr. *Harald Kallmeyer*, Düsseldorf

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Haftung des Geschäftsführers: Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer trotz Insolvenzureife der GmbH – Änderung der Rechtsprechung

AktG § 92 Abs. 2, § 92 Abs. 3; § 93 Abs. 2, § 93 Abs. 3 Nr. 6; GmbHG § 64 Abs. 2

1. Ein organschaftlicher Vertreter, der bei Insolvenzureife der Gesellschaft den sozial- oder steuerrechtlichen Normbefehlen folgend Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung oder Lohnsteuer abführt, handelt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters und ist nicht nach § 92 Abs. 3 AktG oder § 64 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber erstattungspflichtig (– insoweit – Aufgabe von BGH v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = GmbHR 2001, 190 m. Komm. *Felleisen*; v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, ZIP 2005, 1026 = GmbHR 2005, 874 u. 1192 m. Komm. *Schröder*).

2. Ein organschaftlicher Vertreter einer Gesellschaft verletzt seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft, wenn er bei fehlender eigener Sachkunde zur Klärung des Bestehens der Insolvenzureife der Gesellschaft den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholt, diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände ordnungsgemäß informiert und nach eigener Plausibilitätskontrolle der ihm daraufhin erteilten Antwort dem Rat folgt und von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.

BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06

► Aus dem Tatbestand:

[1] Der Beklagte (Bekl.) war Vorstand der e-AG (Schuldnerin), die am 10.4.2000 ins Handelsregister eingetragen worden ist. Gegenstand des Geschäftsbetriebs der Schuldnerin war insbesondere die Entwicklung einer Digitalsignatursoftware und deren Vertrieb (sog. Start-Up-Unternehmen). Das Grundkapital der Gesellschaft betrug zuletzt 205.700€. Aktionäre der Schuldnerin waren mit Aktien im Nennwert von jeweils 80.000€ der Bekl. und sein (inzwischen verstorbener) Mitvorstand M und mit 45.700€ die I-Beteiligung-GmbH (im Folgenden: I). Diese war außerdem stille Gesellschafterin der Schuldnerin mit einer Einlage von 988.916€. Weitere stille Gesellschafterin war seit dem 17.1.2001 die t-Beteiligungs-GmbH der D-Bank mit einer Einlage i.H.v. 1,1 Mio. €.

[2] Der Beteiligungsvertrag der I enthält in § 10 folgende „Rangrücktrittsklausel“:

„Der BG (I) wird seinen Anspruch auf das Auseinandersetzungs-guthaben in einem gerichtlichen Insolvenz- oder Vergleichsverfahren des BN (Schuldner) im Range nach den übrigen Insolvenz- oder Vergleichsgläubigern geltend machen, jedoch vor den Forderungen der anderen Gesellschafter sowie verbundenen Unternehmen des BN, und soweit es sich um natürliche Personen handelt, deren Angehörigen.“

[3] Ausweislich der im August 2001 aufgestellten Bilanz zum 31.12.2000 war die Schuldnerin mit einem Betrag von 327.847,70DM bilanziell überschuldet. Am 17.8.2001 prüfte ein Wirtschaftsprüfer im Auftrag des Bekl., der hierzu vom Aufsichtsrat angehalten worden