

Die große deutsche GmbH-Reform durch das MoMiG – Eine Zwischenbilanz nach zwei Jahren

Florian Jacoby *

- I. Gründungserleichterungen
 - 1. Mindeststammkapital und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
 - 3. Musterprotokoll
- II. Kapitalaufbringung
 - 1. Verdeckte Sacheinlage
 - 2. Hin- und Herzahlen
 - 3. ARUG
- III. Verlagerung aus dem Gesellschafts- in das Insolvenzrecht
 - 1. Insolvenzantragspflicht
 - 2. Gesellschafterhilfen
 - 3. Problemstruktur dieser Verlagerung
- IV. Zusammenfassung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 2026) wurden insbesondere das Recht der GmbH und das Insolvenzrecht erheblich novelliert. Neben der Bekämpfung von Missbräuchen hatte das Gesetz vor allem Gründungserleichterungen durch Musterprotokoll in § 2 Abs. 1a GmbHG und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in § 5a GmbHG, Stärkung der Gesellschafterliste in §§ 40, 16 GmbHG und Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen in § 16 Abs. 3 GmbHG, Erleichterungen bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in §§ 19, 30 GmbHG, Neuregelung der Gesellschafterdarlehen in §§ 39, 44a, 135 InsO und die Einführung einer rechtsformunabhängigen Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO zum Gegenstand.

Das Referat greift drei dieser Modernisierungstendenzen auf: Die Gründungserleichterungen dienen dem Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH im Konkurrenzkampf mit Auslandsgesellschaften zu erhalten. Die Diskussion um die Neuregelung der Kapitalaufbringungsvorschriften zeigt die formale Struktur des Ansatzes im deutschen Recht. Mit der Verlagerung der Rechtsmaterien Insolvenzantragspflicht und Gesellschafterhilfen aus dem Gesellschafts- in das Insolvenzrecht wurde der Zweck verfolgt, insoweit die Anwendung des deutschen Rechts sicher zu stellen.

* Der Text ist auf dem Stand von September 2010.

I. GRÜNDUNGSERLEICHTERUNGEN

Wer in Deutschland Geschäftstätigkeit entfalten will, konnte sich herkömmlich dafür im Grundsatz nur deutscher Gesellschaftsformen bedienen. Denn das (insoweit nicht ausdrücklich kodifizierte) deutsche internationale Gesellschaftsrecht folgt der „Sitztheorie“.¹ Danach muss eine (ausschließlich) in Deutschland tätige Korporation nach dem deutschen Gesellschaftsrecht wirksam gegründet sein, was eine Beschränkung auf deutsche Gesellschaften mit sich bringt. Als maßgebliche Gründe für dieses Verständnis wird der Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter nach deutschen Standards genannt. Ein „Race to the bottom“, die Flucht in Gesellschaftsrechte mit den geringsten Anforderungen, soll verhindert werden.²

Innerhalb der EU tritt die Sitztheorie jedoch hinter die nunmehr in Artt. 49, 54 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit (sowie die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV) zurück. Diese Klärung hat die lange Kette an Vorabentscheidungen des EuGH zu diesen Grundfreiheiten, die bislang von „Daily Mail“ im Jahre 1989 über „Centros“, „Überseering“, „Inspire Art“, „Sevic“ bis zu „Cartesio“ im Jahre 2008 reicht,³ jedenfalls gebracht. Innerhalb der EU müssen daher in einem Mitgliedsstaat wirksam gegründete Gesellschaften in den anderen Mitgliedsstaaten anerkannt werden, selbst wenn sie in dem Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit entfalten, keinen Verwaltungssitz haben. Es kommt allein auf die wirksame Gründung an (sog. Gründungstheorie).⁴ Diese „Auslandsgesellschaften“ haben freilich nach § 13d HGB, der die Richtlinie 89/666/EWG umsetzt,⁵ eine deutsche Zweigniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Der deutsche Gesetzgeber erwog 2008 sogar, durch eine ausdrückliche Regelung im EGBGB die Sitztheorie umfassend durch die Gründungstheorie zu ersetzen.⁶ Ungeachtet einer solchen allgemeinen Regelung erzeugt aber schon die heutige Rechtslage

-
- 1 BGHZ 97, 269, 271, = Neue Juristische Wochenschrift 1986, 2194, 2195; BGH Neue Juristische Wochenschrift 2009, 289, 290 f. Tz. 21; BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 967 ff.
 - 2 BGH Neue Juristische Wochenschrift 2009, 289, 290 f. Tz. 21.
 - 3 EuGH Neue Juristische Wochenschrift 1989, 2186 – Daily Mail; Neue Juristische Wochenschrift 1999, 2027 – Centros; Neue Juristische Wochenschrift 2002, 3614 – Überseering; Neue Juristische Wochenschrift 2003, 3331 – Inspire Art; Neue Juristische Wochenschrift 2006, 425 – Sevic; Neue Juristische Wochenschrift 2009, 569 – Cartesio.
 - 4 Entsprechende Rechtsfolgen können sich aus Staatsverträgen ergeben, siehe zum Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954 (BGBl. II 1956, 488); BGHZ 153, 353, 355 Tz. 10; BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, 1549, 1550.
 - 5 Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, Amtsblatt Nr. L 395 vom 30/12/1989, 36; dazu EuGH Neue Juristische Wochenschrift 2003, 3331, 3332 Tz. 55 ff. – Inspire Art.
 - 6 Vgl. M. ROTHEIMER, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2008, 181 ff.

einen „Wettbewerb der Rechtsordnungen“,⁷ der dem Gesetzgeber des MoMiG Anlass war, die Attraktivität der deutschen GmbH zu erhöhen. Als Konkurrent der GmbH wurde dabei insbesondere die englische Limited ausgemacht, deren Gründung kaum Hürden in Gestalt von Mindestkapital oder Formvorschriften im Wege stehen.

1. *Mindeststammkapital und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*

Dem deutschen GmbH-Recht liegt mit dem nach § 5 Abs. 1 GmbHG aufzubringenden Stammkapital ein Mindestkapitalerfordernis zugrunde. Die Gesellschafter erhalten erst für den Preis dieses Haftkapitals den Eintritt in die Haftungsbeschränkung.⁸ Seit der Novelle des GmbHG aus dem Jahre 1980 beträgt dieses Mindestkapital 50.000 DM, nunmehr 25.000 Euro. Zwar bedeutet dieses Mindestkapital eine Sicherheitszone, die die Gesellschaft vor dem Eintritt in die Überschuldung schützt. Einen wirksamen Gläubigerschutz kann das Mindestkapitalerfordernis allein aber nicht erreichen.⁹ Denn zum einen differenziert die Höhe des Mindestkapitals nicht nach dem Kapitalbedürfnis des Unternehmens, das angesichts seiner Größe und seines Gegenstands besteht. Zum anderen bewirken die Regelungen über die Kapitalerhaltung einen Schutz des Mindestkapitals nur vor Ausschüttungen an die Gesellschafter (§§ 30 f. GmbHG), nicht vor sonstigen Verlusten. So kommt dem Mindestkapital, wie es auch der MoMiG-Gesetzgeber ausdrückt,¹⁰ in erster Linie die Aufgabe zu, eine „Seriositätsschwelle“ zu bilden: Nur wem die eigene Geschäftsidee die Aufbringung dieses Mindestkapitals wert ist, soll in den Genuss beschränkter Haftung kommen.¹¹

Die Vorschläge in der rechtspolitischen Diskussion zum MoMiG reichten so weit, das Mindestkapitalsystem abzuschaffen.¹² Der Regierungsentwurf zum MoMiG sah immerhin vor, das Mindestkapital auf 10.000 Euro abzusenken. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, viele Unternehmen gerade aus dem Dienstleistungssektor könnten betrieben werden, ohne dass sie eines Stammkapitals in Höhe von 25.000 Euro be-

7 Statt vieler H. EIDENMÜLLER, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2007, 168 ff.; E.-M. KIENINGER, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Binnenmarkt (Tübingen 2002).

8 BGHZ 142, 315, 322; D. KLEINDIEK, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2006, 335, 341 f.; A. SCHALL, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2009, 126, 129 f.

9 KLEINDIEK (Fn. 8) 337 ff.; G. BACHMANN, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2001, 351, 365; B. GRUNEWALD / U. NOACK, GmbH-Rundschau 2005, 189 f.

10 Beschlussempfehlung RA zu § 5 GmbHG, BT-Drucks. 16/9737, 55; RegE zu § 5 GmbHG, BT-Drucks. 16/6140, 29.

11 H. EIDENMÜLLER / A. ENGERT, GmbH-Rundschau 2005, 433, 435 ff.; D. KLEINDIEK, Hommelhoff (Hrsg.), Festschrift für Priester (Köln 2007) 369, 379 f.; SCHALL (Fn. 8) 131 ff.

12 EIDENMÜLLER (Fn. 7) 188 ff.; U. HAAS, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. deutschen Juristentages (München 2006), Gutachten E, 133 f.

dürften.¹³ Im Ergebnis haben die parlamentarischen Beratungen aber doch dazu geführt, im Grundsatz weiterhin ein Mindestkapital von 25.000 Euro zu verlangen.

Der Gesetzgeber hat in § 5a GmbHG den Existenzgründern allerdings die Möglichkeit eingeräumt, eine GmbH mit einem 25.000 Euro unterschreitenden Stammkapital zu gründen. Die Gesellschaft darf dann aber nicht als GmbH firmieren, sondern muss die Bezeichnung Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder kurz UG (haftungsbeschränkt) tragen (§ 5a Abs. 1 GmbHG). Mit dieser Konzeption hat sich der Gesetzgeber gegen die Schaffung einer speziellen Rechtsform entschieden. Die unter der Bezeichnung UG (haftungsbeschränkt) auftretende Gesellschaft ist eine GmbH, für die § 5a GmbHG allerdings Spezialregelungen vorsieht.¹⁴ Die Höhe des Mindestkapitals folgt indessen allein aus der Notwendigkeit, dass jeder Gesellschafter einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von mindestens einem Euro übernehmen muss (§ 5 Abs. 2 GmbHG). Nur eine Ein-Personen-Gesellschaft kann also eine Ein-Euro-Gesellschaft sein.

§ 5a Abs. 3 GmbHG statuiert für die UG (haftungsbeschränkt) allerdings die Verpflichtung, in der Bilanz eine besondere gesetzliche Rücklage zu bilden. Ein Viertel des (ggf. um Verlustvorträge geminderten) Jahresüberschusses ist in diese Rücklage einzustellen. Auch darf die Rücklage – abgesehen vom Ausgleich von Verlusten – nur dazu genutzt werden, mittels einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 57c ff. GmbHG) die Rücklagenmittel in statuarisches Eigenkapital umzuwandeln. Ziel dieser Rücklagenkonstruktion ist es, einen faktischen Druck auf die Gesellschafter auszuüben, das Stammkapital bis zum Mindestkapital der klassischen GmbH zu erhöhen.¹⁵ Dann entfällt für die Gesellschaft nämlich das Sonderregime des § 5a GmbHG nach dessen Absatz 5. Es handelt sich um eine „klassische“ GmbH, der allein erlaubt bleibt, ihre bisherige Firmierung als UG (haftungsbeschränkt) fortzuführen. So wollte der Gesetzgeber erreichen, dass die Unternehmergesellschaft nur ein Übergangsstadium zwischen Gründung der Gesellschaft und ihrer „Blüte“ als klassische GmbH darstellt. Inwieweit sich diese Erwartung erfüllt,¹⁶ bleibt abzuwarten. Bislang lässt sich anhand von statistischen Daten nur nachweisen, dass die UG (haftungsbeschränkt) vom Rechtsverkehr angenommen wird. Am 28. Februar 2011 waren in Deutschland 47.605 Gesellschaften im Handelsregister eingetragen.¹⁷

Aus der Pflicht zur Rücklagenbildung wird teilweise auch gefolgert, dass die UG nicht Komplementärin einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG werden könne, bei der

13 RegE zu § 5 GmbHG, BT-Drucks. 16/6140, 29.

14 So ausdrücklich das Konzept des Gesetzgebers, siehe RegE zu § 5a GmbHG, BT-Drucks. 16/6140, 31; Beschlussempfehlung RA zu § 5a GmbHG, BT-Drucks. 16/9737, 55.

15 RegE zu § 5a GmbHG, BT-Drucks. 16/6140, 32.

16 Kritisch M. BORMANN, GmbH-Rundschau 2007, 897, 899; R. VEIL, GmbH-Rundschau 2007, 1080, 1083.

17 http://www.rewi.uni-jena.de/Forschungsprojekt+Unternehmergesellschaft_p_15120-path-88632.html mit näherer Aufschlüsselung zur Entwicklung und einzelnen Bundesländern (Zuletzt abgerufen am 29. Juni 2011).

die Gewinnbeteiligung ausgeschlossen werde.¹⁸ Es widerspreche dem Sinne und Zweck des Thesaurierungsgebots aus § 5a Abs. 3 GmbHG, wenn die UG (haftungsbeschränkt) systematisch von der Gewinnerzielung ausgeschlossen werde. Denn dieses Gebot solle ja gerade dem Umstand Rechnung tragen, dass die UG (haftungsbeschränkt) nur als ein Durchgangsstadium zur „klassischen“ GmbH vorgesehen ist.¹⁹ Indes hat der Gesetzgeber es bei der Anordnung des Thesaurierungsgebotes belassen. Er hat keinen Zeitraum festgelegt, zu der eine UG (haftungsbeschränkt) das Mindestkapitalerfordernis der „klassischen“ GmbH erreicht haben muss oder eine generelle Pflicht zur Wirtschaftlichkeit der UG (haftungsbeschränkt) aufgestellt.²⁰ Daher ist auch eine gewinnlose UG (haftungsbeschränkt) zulässig.²¹ Dem folgt die Praxis. Am 28. Februar 2011 waren 3.111 UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG registriert.²²

2. Kapitalaufbringung bei der Unternehmergesellschaft

Für die Kapitalaufbringung schreibt § 5a Abs. 2 GmbHG die Volleinzahlung vor und schließt Sacheinlagen aus. Der Gesetzgeber begründete das recht knapp:²³ Der Teilzahlungsmöglichkeit des § 7 Abs. 2 GmbHG bedürfe es nicht, weil die Gesellschafter in der Festlegung des Mindeststammkapitals frei seien. Sacheinlagen seien nicht erforderlich und daher unzulässig.

Über eine Transaktion, die die Zulässigkeit der Sacheinlage voraussetzt, hatte nun aber der BGH zu entscheiden. Eine UG (haftungsbeschränkt) sollte durch eine Abspaltung zur Neugründung entstehen. Das setzt nach § 135 Abs. 2 UmwG die Einhaltung der Gründungsvorschriften voraus. Weil hier eine Sachgründung notwendig ist, war eine teleologische Reduktion des § 5a Abs. 2 Fall 2 GmbHG befürwortet worden.²⁴ Der BGH indessen folgt dem Wortlaut dieser Bestimmung und erklärt die Neugründung durch Spaltung für unzulässig. Dieses Ergebnis steht auch mit dem wohl verstandenen Sinn und Zweck dieser Bestimmung in Einklang. Die UG (haftungsbeschränkt) soll schnell und einfach gegründet werden.²⁵ Damit verträgt sich die Gründung durch Spaltung nicht.

Inzwischen hat der BGH auch den Streit entschieden, ob die Verbote des § 5a Abs. 2 GmbHG für Kapitalerhöhungen gelten, mit denen das Stammkapital die Mindestgrenze des § 5 Abs. 1 GmbHG von 25.000 Euro erreicht. Teilweise werden unter Hinweis auf

18 Zum Meinungsstand H. WICKE, in: Wicke, GmbHG (München 2011) § 5a Rn. 19.

19 C. SCHÄFER, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 53, 59.

20 HECKSCHEN (Fn.14) 171; RÖMERMANN (Fn. 17) 909; I. STENZEL, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, 168, 172.

21 M. LUTTER, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz (Köln 2009) § 5a Rn. 18.

22 Siehe die in Fn. 17 genannte Quelle.

23 RegE zu § 5a GmbHG, BT-Drucks. 16/6140, 32.

24 J. HENNRICH, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2009, 1161, 1163 f.

25 W. BAYER, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz (Köln 2009) § 19 Rn. 59; LUTTER (Fn. 21) § 5a Rn. 3.

den Wortlaut von § 5a Abs. 5 GmbHG diese Verbote auch bei solchen Kapitalerhöhungen für anwendbar gehalten. Wer die Rechtsform der UG (haftungsbeschränkt) gewählt habe, müsse die Nachteile dieser Rechtsform hinnehmen, bis durch Eintragung der Kapitalerhöhung das Sonderregime entfalle.²⁶ Der BGH hält indessen diese Verbote unter Hinweis auf ihren Sinn und Zweck nicht für einschlägig.²⁷ Nicht nur § 5a Abs. 3 GmbHG, sondern sämtliche Regelungen zur UG (haftungsbeschränkt) sollen doch keineswegs hindern, dass die Gesellschaft zu einer „klassischen GmbH“ mit einem Mindestkapital von 25.000 Euro wird. Da dürfen diese Vorschriften nicht so ausgelegt werden, dass die Gründung einer Gesellschaft mit entsprechendem Stammkapital über den Weg einer UG (haftungsbeschränkt) beschwerlicher ist als die direkte Gründung einer GmbH mit entsprechendem Stammkapital. Freilich muss in Ergänzung von § 56a GmbHG sichergestellt sein, dass entsprechend § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Hälfte des Mindestkapitals, mithin 12.500 Euro eingezahlt sind. Von diesem Erfordernis sieht § 56a GmbHG für die klassische GmbH ab, weil diesem Erfordernis schon bei der Gründung genügt sein muss.²⁸

3. *Musterprotokoll*

Was die Form des Gesellschaftsvertrags betrifft, so bestand die grundsätzliche Weichenstellung für den MoMiG-Gesetzgeber in der Entscheidung, ob er am Beurkundungserfordernis festhalten oder Forderungen nach der Liberalisierung bis hin zur „Gründung vom Wohnzimmer aus“ nachgeben wollte. Während der Regierungsentwurf noch eine öffentliche Beglaubigung als hinreichend erachtete, hat der Gesetzgeber sich im Ergebnis für eine Beibehaltung des Beurkundungserfordernisses entschieden.

Neu ist allerdings die Möglichkeit der Gründung im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG. Als Anlage zu dieser Bestimmung enthält das GmbHG zwei Musterprotokolle. Das eine dient zur Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft, das andere zu der einer Mehrpersonengesellschaft, wobei allerdings mehr als drei Gesellschafter nicht zugelassen sind (§ 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG). Wird ein solches Musterprotokoll, das zur Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) wie zu der einer klassischen GmbH taugt, vom Notar beurkundet, ersetzt dieses Protokoll Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste.²⁹ Das Musterprotokoll entspricht in seinem Inhalt voll den materiellen Anforderungen auch im „normalen“ Gründungsverfahren.³⁰ Zu

26 OLG München Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 1991 ff., L. FASTRICH, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbH-Gesetz (München 2010) Rn 33.

27 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 955; SCHÄFER (Fn. 19) 56 f.

28 Vgl. LUTTER (Fn. 21) § 56a Rn. 1.

29 OLG München Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 1081, 1082; Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 2392, 2392; H. HECKSCHEN, Deutsches Steuerrecht 2009, 166 ff.; BAYER (Fn. 25) § 2 Rn. 35.

30 SCHÄFER (Fn. 19) 54.

dieser Neuerung lassen sich parallele Regelungen in anderen europäischen Staaten finden.³¹

Das Musterprotokoll gibt für die Gesellschaftsgründung ein enges Korsett vor. Insbesondere ist nur die Bestellung eines Geschäftsführers zulässig, der notwendigerweise vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit wird. Änderungen irgendwelcher Art am Gründungsprotokoll sind unzulässig (§ 2 Abs. 1a S. 3).³² Diesen Einschränkungen steht allerdings allein für die Gründer einer UG (haftungsbeschränkt) ein (Kosten-)Anreiz zur Gründung im vereinfachten Verfahren gegenüber. Denn grundsätzlich richten sich die Kosten einer GmbH-Gründung gleich in welchem Verfahren nach der Höhe des Stammkapitals. Die Kostenordnung sieht aber einen Mindestwert von 25.000 Euro vor, so dass die Gründungskosten bei der Ein-Euro-UG nicht geringer sind als bei einer klassischen 25.000 Euro-GmbH. Dieser Mindestwert gilt jedoch bei der Gründung im vereinfachten Verfahren nach § 41d KostO nicht.

II. KAPITALAUFBRINGUNG

Die Gesellschafter haben den von ihnen übernommenen Anteil am Stammkapital im Grundsatz bar zu leisten. Üblich ist die Überweisung des vereinbarten Betrags auf das Konto der Gesellschaft. Dabei muss die Einlage „zur freien Verfügung“ der Geschäftsleiter geleistet werden, wie es im GmbH-Recht die Regelung zur Anmeldung in § 8 Abs. 2 GmbHG andeutet, während es im Aktienrecht § 54 Abs. 3 AktG ausdrücklich anordnet. Das ist der Fall, wenn die GmbH das Geld tatsächlich und rechtlich für ihre Zwecke verwenden kann, der Betrag also insbesondere nicht für Gesellschafterzwecke reserviert ist.³³

Im Gesellschaftsvertrag kann abweichend allerdings auch die Einbringung einer Sacheinlage vereinbart werden (§ 5 Abs. 4 GmbHG). Die Sacheinlage muss dann zumindest den Wert des Nennbetrages erreichen (§ 9 GmbHG). Diesem Erfordernis geschuldet sind auch formelle Anforderungen an die Sacheinlage: Die Gesellschafter haben nach § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG in einem Sachgründungsbericht die Umstände darzulegen, die für die Beurteilung der Angemessenheit der Sacheinlage wesentlich sind.

Häufig wird zwar eine Bareinlage vereinbart, aber mit der Abrede verbunden, dass die Gesellschaft dem Inferenten die Einlage – etwa als Gegenleistung für eine Leistung

31 Vgl. P. BECKER, GmbH-Rundschau 2003, 706 ff.; S. COHNEN, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften 104 (2005) 479, 482; J. DIRKSMEIER / M. SCHARBERT, Betriebsberater 2006, 1517, 1518.

32 OLG München Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 1081 zur Abänderung des Umfangs, zu dem die Gesellschaft den Gründungsaufwand trägt. – OLG München Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 2044 hält Änderungen in Satzstellung und Zeichensetzung für zulässig.

33 BGHZ 180, 38 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 713, 716 Rn. 17 – Quivive; BAYER (Fn. 25), § 7 Rn. 20; T. WACHTER, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2010, 1240, 1241.

des Gesellschafters oder als Darlehen – zurückgewährt. In diesen Fällen fehlt es an einer Leistung der Bareinlage „zur freien Verfügung“. Nach altem Gesellschaftsrecht wurden die Abrede über die Verwendung des Einlagebetrags und alle Erfüllungsgeschäfte als nichtig angesehen, wie es ausdrücklich nur § 27 Abs. 3 AktG a.F. für das Aktienrecht anordnete. Das führte vielfach dazu, dass der Inferent in der Insolvenz der Gesellschaft seine Einlage ein zweites Mal erbringen musste.³⁴ Denn der Insolvenzverwalter nahm den Inferenten auf die Leistung der Einlage in Anspruch. Dem standen zwar regelmäßig Rückabwicklungsansprüche des Inferenten gegen die insolvente Gesellschaft wegen der nichtigen verdeckten Sacheinlage entgegen. Diese Ansprüche waren aber bloße Insolvenzforderungen, und eine Aufrechnung gegen Einlageansprüche verbot (damals wie heute) § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Die sich so ergebende Doppeleinzahlungspflicht wurde weithin als eine zu scharfe Sanktion empfunden.³⁵ Das MoMiG hat nunmehr für die GmbH folgende Regelungen eingeführt:

1. Verdeckte Sacheinlage

In § 19 Abs. 4 GmbHG hat der Gesetzgeber die verdeckte Sacheinlage im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung legaldefiniert. Die (1.) vereinbarte Geldeinlage muss sich angesichts (2.) einer im Zusammenhang mit der Einlagenübernahme getroffenen Abrede (3.) wirtschaftlich als Sachleistung darstellen. Typisches Beispiel ist, dass die Einlage als Gegenleistung (Kaufpreis) für eine vom Gesellschafter erbrachte Leistung (Über-eignung der Kaufsache) an den Gesellschafter zurückfließt (Fallgruppe der sog. Gesellschaftergeschäfte). Dann wird die Einlage dieser Gesellschafterleistung (Kaufgegenstand) verdeckt. Ein anderes Beispiel ist, dass mit der Einlage eine Darlehensforderung des Inferenten gegen die Gesellschaft getilgt wird. Dann wird dieser Darlehensanspruch des Inferenten gegen die Gesellschaft verdeckt eingelegt. Stets wird die erforderliche Abrede vermutet, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Bareinlage und dem Vollzug des weiteren Geschäfts vorliegt.³⁶

Auch nach neuem Recht bewirkt der Inferent mit einer solchen verdeckten Sacheinlage nicht die von ihm geschuldete Einlage (§ 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG). Eine § 8 Abs. 2 GmbHG entsprechende Erklärung der Geschäftsführer, dass eine Einzahlung zu ihrer „freien Verfügung“ erfolgt ist, ist falsch. Die Geschäftsführer machen sich mit Abgabe

34 Siehe zuletzt etwa BGHZ 173, 145, 153 f. = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 1751, 1753 Rn. 16 – Lurgi I; BGHZ 166, 8, 15 ff. = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, 665, 668 Rn. 20 ff. – Cash-Pool I.

35 H. ALTMEPPEN, Neue Juristische Wochenschrift 2010, 1955, 1955; M. HEIDENHAIN, GmbH-Rundschau 2006, 455 ff.; M. LUTTER / C. GEHLING, Wertpapier-Mitteilungen 1989, 1445, 1453.

36 BGHZ 175, 265, 271 f. = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, 788, 789 f. Tz. 13 – Rheinmöve; BGHZ 166, 8, 15 ff. = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, 665, 667 Tz. 13 – Cash-Pool I; BGHZ 153, 107, 109 f. = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003, 211, 212.

der Erklärung schadensersatzpflichtig (§§ 9a, 43 Abs. 2 GmbHG) und bei Vorsatz strafbar (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Für den Inferenten sind aber die Rechtsfolgen abgemildert. Die Abrede über die Sacheinlage ist ebenso wie die diesbezüglichen Vollzugsgeschäfte wirksam (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Auch ist der Wert der verdeckt eingebrachten Sache auf die offene Einlageschuld anzurechnen. Allerdings trifft den Gesellschafter die Beweislast für den Wert der Einlage.

a) *Rückwirkungsproblematik*

Im Unterschied zum alten Recht hat sich also insbesondere geändert, dass ein Inferent dem Insolvenzverwalter, der ihn auf die noch offene Einlageschuld in Anspruch nimmt, entgegenhalten kann, dass auf die Einlageforderung der Wert der verdeckt eingelegten Sache anzurechnen ist. Bemerkenswert ist insoweit das Übergangsrecht. § 3 Abs. 4 EGGmbHG ordnet an, dass auch auf Altfälle grundsätzlich das neue Recht anzuwenden ist, sofern das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Inferent nicht durch ein rechtskräftiges Urteil oder eine wirksame Vereinbarung etwa in Form eines Vergleichs geregelt ist. Eine begründete Klage, die ein Insolvenzverwalter vor Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 erhoben hat, kann somit mit diesem Tag unbegründet geworden sein.³⁷

Diese Rückwirkung der Neuregelung hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung aufkommen lassen.³⁸ In der Entscheidung ADCOCOM vom 22. März 2010 ist der BGH zu einer abweichenden Bewertung gelangt.³⁹ Die Übergangsregelung halte einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Es handele sich nämlich lediglich um eine sog. unechte Rückwirkung, die in keine Positionen eingreife, auf die Gesellschafter oder Inferent in schutzwürdiger Weise vertrauen durften. Es werde keinesfalls in einen, bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgang eingegriffen, weil die Kapitalaufbringung vor Inkrafttreten des MoMiG mangels Erfüllung der Einlageforderung noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Zugleich werde mit der Neuregelung nur das erreicht, worauf der Wille von Gesellschaft und Inferent bei Vereinbarung der verdeckten Sacheinlage abzielte.

In der Tat wirkt sich die Neuregelung insbesondere zu Lasten der durch den Insolvenzverwalter repräsentierten Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger aus. Denn in der Insolvenz der Gesellschaft wird deren Insolvenzmasse um die Ansprüche auf die Einlage verkürzt. Mit guten Gründen hätte die Übergangsregelung daher auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abstellen können. Dafür ließe sich argumentieren, in diesem

37 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 978, 981 Tz. 29 – ADCOCOM; M. WINTER, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis (Köln 2009) Rn. 2.43.

38 J. BADENHOP, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2009, 793 ff.; M. BORMANN, GmbH-Rundschau 2007, 897, 901; A. PENTZ, GmbH-Rundschau 2009, 505, 506 f.

39 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 978, 980 ff. Tz. 21 ff., 37 f., 41 ff. – ADCOCOM; ähnlich zuvor bereits BAYER (Fn. 25) § 19 Rn. 110; zustimmend ALTMIPPEN (Fn. 35) 1955.

Zeitpunkt sei die Kapitalaufbringung gerade nicht erfolgt, aber eben gescheitert. Jedoch verweist der BGH darauf, dass die Gläubiger (und der Insolvenzverwalter) keinen Vertrauensschutz beanspruchen können, der über den der Gesellschaft hinausgeht.⁴⁰ Sie sind nicht unmittelbar am geregelten Rechtsverhältnis beteiligt, sondern nur mittelbar, weil das Gesellschaftsvermögen ihnen als Haftvermögen dient.

b) Verdeckte gemischte Sacheinlage

Vielfach gehen die Beteiligten bei der verdeckten Sacheinlage davon aus, dass der Wert der verdeckt eingelegten Sache die Höhe der Einlageleistung noch übertrifft. Das Entgelt, das die Gesellschaft dann (als Kaufpreis) an den Inferenten für diese Sache zurückfließen lässt, überschreitet regelmäßig die vom Inferenten in bar erbrachte Leistung. In dieser Fallgruppe, die als verdeckte gemischte Sacheinlage bezeichnet wird, bringt das MoMiG zwei neue Fragestellungen.

aa) Die erste Fragestellung betrifft den Umfang der Anrechnung nach § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG. In diesen Fällen kann nicht schlicht der Wert der Sache angerechnet werden. Denn zu berücksichtigen ist zunächst, dass die Gesellschaft für die Sache mehr aufgewendet hat, als sie vom Inferenten als Bareinlage erhalten hat. Dieses Mehr ist ein echter Kaufpreis, der daher vom Wert der Sache vor der Anrechnung abzuziehen ist.⁴¹

Beispielsweise können eine Bareinlage in Höhe von 10.000 Euro vereinbart, und Betriebsmittel für 25.000 Euro vom Inferenten an die Gesellschaft verkauft worden sein. Dann ist der Wert der Betriebsmittel nach § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG nur anrechenbar, soweit sie 15.000 Euro übersteigen. Bei einem Wert etwa von 22.000 Euro sind 7.000 Euro anrechenbar, so dass die Einlage noch im Umfang von 3.000 Euro offen bleibt.

bb) Die zweite Frage stellt sich, wenn der Wert der verdeckt eingelegten Sache sogar den vereinbarten Kaufpreis abzüglich des Nominalwerts der Einlage unterschreitet. Im Beispiel wäre das der Fall, falls der Wert geringer als 15.000 (= 25.000 – 10.000) Euro wäre. Dann scheidet erstens nach dem gerade Gesagten unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung eine Anrechnung nach § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG aus. Die Einlageverpflichtung des Inferenten besteht vollen Umfangs fort.⁴²

Es ergibt sich zweitens aber die Frage, inwieweit die zusätzlichen Nachteile auszugleichen sind, die dieser Einbringungsvorgang mit sich bringt. Beträgt beispielsweise der Wert der Betriebsmittel lediglich 11.000 Euro, führt die nach § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG wirksame Abrede dazu, dass unter dem Strich 4.000 Euro aus dem Vermögen der GmbH abgeflossen sind. Der BGH will diesen Vorgang daher unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung nach §§ 30 f. GmbHG bewerten. Der Kaufvertrag sei so ungünstig für

40 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 978, 983 Tz. 46 – ADCOCOM.

41 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 978, 984 Tz. 57 f. – ADCOCOM; BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 178, 180 f. Tz. 17 ff.; WINTER (Fn. 37) Rn. 2.37; G. MAIER-REIMER / A. WENZEL, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, 1449, 1452; PENTZ (Fn. 38) 678 f.

42 PENTZ (Fn. 38) 680.

die Gesellschaft, dass nicht nur der Wert der Sache nicht auf die Einlage angerechnet werden könne, sondern darüber hinaus – bei der für §§ 30 f. GmbHG gebotenen bilanziellen Betrachtung – noch eine Auszahlung an den Gesellschafter vorliege.⁴³ Diese Auszahlung würde im Beispiel (Wert der Betriebsmittel: 11.000 Euro) also 4.000 Euro betragen. Daraus folgt ein Anspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG freilich nur, wenn bereits im Zeitpunkt dieser Auszahlung die von §§ 30 f. GmbHG ebenfalls vorausgesetzte Unterbilanz vorlag.

In der Literatur wird indessen eine Analogie zu § 9 Abs. 1 GmbHG vorgezogen.⁴⁴ Diese Lösung hält die hergebrachte Trennung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung aufrecht. Sie führt auch zu anderen Ergebnissen, weil die Haftung des Inferenten von einer Unterbilanz gerade nicht abhängt. Das ist auch angemessen. Entgegen seinem Einlageversprechen entzieht der Inferenten im Rahmen des Aufbringungsvorgangs Kapital. Für diese Differenz zwischen seinem Versprechen und dem tatsächlichen Resultat des wegen § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG wirksamen Aufbringungsvorgangs hat er ohne weitere Voraussetzungen einzustehen.

c) *Geltung in der UG*

Noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen war die höchst umstrittene Frage, ob das Sacheinlageverbot in der UG (haftungsbeschränkt) nach § 5a Abs. 2 Fall 2 GmbHG auch die Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG sperrt.⁴⁵ Für die Sperre wird ins Feld geführt, dass die Regeln über die verdeckte Sacheinlage nur anwendbar seien, wenn der verdeckt eingelegte Gegenstand auch im Wege einer offenen Sacheinlage hätte eingebracht werden können.⁴⁶ Dieser Grundsatz stimmt aber nur insoweit mit dem Wortlaut von § 19 Abs. 4 GmbHG überein, als er ausschließt, dass der Art nach nicht sacheinlagefähige Gegenstände nach dieser Bestimmung behandelt werden. Denn die fehlende Sacheinlagefähigkeit eines Gegenstandes schließt nicht nur die offene Sacheinlage aus, sondern auch, dass seine verdeckte Einbringung – wie es § 19 Abs. 4 GmbHG formuliert – „als Sacheinlage zu bewerten ist“.

Darüber hinausgehend wird freilich vertreten, § 19 Abs. 4 GmbHG sei nach seinem Sinn und Zweck auf eine Regelung für die Konstellation beschränkt, dass die Formvorschriften für eine offene Sacheinlage umgangen werden. Diese Umgehung setze aber die Zulässigkeit der Sacheinlage voraus. Jedoch stellt diese These lediglich eine Beschreibung des Anwendungsbereichs von § 19 Abs. 4 GmbHG bei der „klassischen“ GmbH dar.

§ 19 Abs. 4 GmbHG ermöglicht die Anrechnung des Werts einer Sachleistung und bewahrt so – wie dargestellt – den Inferenten insbesondere in der Insolvenz der Gesell-

43 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 978, 984 Tz. 59 ff. – ADCOCOM.

44 BAYER (Fn. 25), § 19 Rn. 77; J. KOCH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 175 (2011), 55, 70 ff. m. w. Nachw. in Fn. 51.

45 Zum Meinungsstand SCHÄFER (Fn. 19) 57 in Fn. 38/39.

46 SCHÄFER (Fn. 19) 57 unter Berufung auf BGHZ 180, 38 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 713, Tz. 11.

schaft vor einer doppelten Einlageleistung, die für eine unangemessene Sanktionierung des Gesellschafters gehalten wurde. Diese Regelung ist angemessen, gleich ob die offene Sacheinlage nur deswegen unterblieben ist, weil sie den Beteiligten zu mühsam war oder weil sie nach § 5a Abs. 2 GmbHG verboten war. Denn dieses Sacheinlageverbot will in erster Linie nur die einfache Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) sicherstellen.⁴⁷ Dass die Gläubiger der Gesellschaft bei der UG (haftungsbeschränkt) vor verdeckten Sacheinlagen stärker geschützt werden sollten als bei der klassischen GmbH,⁴⁸ lässt sich dem Sacheinlageverbot und seiner Begründung in den Gesetzesmaterialien⁴⁹ nicht entnehmen.

2. *Hin- und Herzahlen*

Der verdeckten Sacheinlage vergleichbare Rückflüsse der Einlage an den Inferenten gibt es auch, ohne dass der Inferent eine sacheinlagefähige Leistung an die Gesellschaft erbringt. Paradebeispiel dieser als Hin- und Herzahlen betitelten Fallgruppe ist die Konstellation, dass der entsprechende Betrag als Darlehen der Gesellschaft an den Inferenten zurückfließt. Es handelt sich also um die Sachlage, dass die Gesellschaft selbst dem Inferenten die Einlage in Gestalt eines Darlehens finanziert. Keinen Unterschied macht es dabei, ob im Wege des Darlehens die Einlage zurückfließt (Hin- und Herzahlen) oder ob zunächst die Darlehensvaluta an den Inferenten fließt, der damit die Einlage leistet (Her- und Hinzahlen).⁵⁰ In keinem Fall liegt eine Leistung der Einlage zur „freien Verfügung“ der Geschäftsführung vor. Dennoch ermöglicht § 19 Abs. 5 GmbH nunmehr, dass ein solches Hin- und Herzahlen den Inferenten von seiner Einlagepflicht befreit. Voraussetzung dafür ist jedenfalls, dass der für die Gesellschaft bestehende (Darlehensrückzahlungs-)Anspruch vollwertig ist und jederzeit durchgesetzt werden kann.

Problematisch ist, welche Bedeutung dabei dem Publizitätserfordernis in § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG zukommt. Nach dieser Bestimmung hat der Geschäftsführer bei der Anmeldung der Kapitalmaßnahme (§ 8 GmbHG) die Vereinbarung des Hin- und Herzahlens anzugeben, was dem Registergericht ermöglicht, die Voraussetzungen der Vollwertigkeit und Durchsetzbarkeit des Rückzahlungsanspruchs zu prüfen.⁵¹ Der BGH hat in zwei Entscheidungen mit ganz knapper Begründung dieses Publizitätserfordernis zur Tatbestandsvoraussetzung für die Befreiungswirkung erhoben.⁵² Aus dem Wortlaut und der Systematik von § 19 Abs. 5 GmbHG lässt sich dieses Ergebnis freilich nicht ab-

47 HENNRICHS (Fn. 24) 1164; ferner oben bei Fn. 25.

48 So C. SCHÄFER, in: Bork/Schäfer (Hrsg.), GmbHG (Köln 2010), § 5a Rn. 20.

49 Dazu bereits oben bei Fn. 23.

50 BGH Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 423, 426 Tz. 24; Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, 1633, 1634 Rn. 11 f; BAYER (Fn. 24) § 19 Rn. 103.

51 OLG München Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 567.

52 BGHZ 182, 103 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 1561, 1564 Tz. 25 – Cash-Pool II; BGHZ 180, 38, = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 713, 715 f. Tz. 16 – Quivive.

lesen.⁵³ Überzeugender ist es daher, die Rechtsfolgen dieses Geschäftsführerverhaltens – wie im Fall der von ihm verschwiegenen Abrede über die verdeckte Sacheinlage –⁵⁴ allein den Geschäftsführer tragen zu lassen. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG führt dann zur zivilrechtlichen (§§ 9a, 43 Abs. 2 GmbHG) und strafrechtlichen (§ 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) Verantwortlichkeit des Geschäftsführers, lässt die Befreiungswirkung für den Inferenten aber unberührt, soweit diesem der Nachweis ihrer Voraussetzungen nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG gelingt.⁵⁵

Auswirkung der Sichtweise des BGH ist indessen, dass die Voraussetzungen für die (neue) Befreiungswirkung des § 19 Abs. 5 GmbHG kaum einmal erfüllt sind. Das betrifft zunächst die Altfälle, in denen die Möglichkeit einer solchen Anmeldung durch den Geschäftsführer gar nicht bestand. Aber auch in den Neufällen wird eine entsprechende Anmeldung meist unterbleiben. Die Rechtsfolgen ergeben sich dann aus der Rechtsprechung des BGH zum alten Recht. Zu dem hatte der BGH entschieden, dass eine spätere Leistung des Inferenten, die als Rückzahlung des (vermeintlich) offenen Darlehens gewollt ist, auf die Einlageforderung anzurechnen ist, wenn sie sich dem Umfang nach dieser zuordnen lasse.⁵⁶ Die Möglichkeit dieser Zuordnung hat der BGH bei typischen Fällen eines Finanzierungsdarlehens bejaht, in Cash-Pool-Systemen indessen abgelehnt.⁵⁷

3. ARUG

Die Neuregelung von Hin- und Herzahlen sowie verdeckter Sacheinlage durch das MoMiG beschränkte sich zunächst auf das Recht der GmbH. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2479) übernahm der Gesetzgeber diese Änderungen aber in § 27 Abs. 3 u. 4 AktG auch in das Aktienrecht. Dabei verwies der Gesetzgeber darauf, dass die Regelungen im GmbHG von Wissenschaft und Praxis „überwiegend gut aufgenommen“ wurden.⁵⁸

Im System des Aktienrechts ergeben sich allerdings einige erhebliche Abweichungen zu den zum GmbH-Recht aufgezeigten Rechtsfolgen. Diese Unterschiede beruhen insbesondere darauf, dass im Aktienrecht die Kapitalerhaltungsregelungen in §§ 57 ff. AktG sehr viel strikter ausgestaltet und Gesellschaftshilfen zur Finanzierung der Beteiligung durch § 71a AktG verboten sind. So bleibt insbesondere für die dem § 19 Abs. 5 GmbHG entsprechende Regelung in § 27 Abs. 4 AktG zum Hin- und Herzahlen kaum

53 BAYER (Fn. 25), § 19 Rn. 99.

54 Dazu gerade unter II. 1.

55 BAYER (Fn. 25), § 19 Rn. 99; F. WEDEMANN, GmbH-Rundschau 2008, 1131, 1133.

56 BGHZ 165, 113, 117, = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, 2203, 2204 f.

57 BGHZ 182, 103, = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 1561, 1564 Tz. 22 – Cash-Pool II; BGHZ 166, 8, 17, = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, 665, 668 Tz. 25 – Cash-Pool I.

58 Beschlussempfehlung RA zu § 27 AktG, BT-Drucks. 16/13098, 36.

ein Anwendungsbereich neben § 71a AktG.⁵⁹ Bei der verdeckten gemischten Sacheinlage ist zu berücksichtigen, dass nach § 57 AktG – unabhängig von einer Unterbilanz – jede Auszahlung an Gesellschafter verboten ist. Von diesem Verbot erfasst werden damit gerade auch Austauschverträge, bei denen ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung besteht.⁶⁰ Im Fall der gemischten verdeckten Sacheinlage greift folglich dieses Verbot, sobald der Wert der verdeckt eingelegten Sache sogar den vereinbarten Kaufpreis abzüglich des Nominalwerts der Einlage unterschreitet. Auf eine Unterbilanz wie bei §§ 30 f. GmbHG kommt es nicht an. So muss die Rechtsprechungslösung über die Kapitalerhaltung bei der AG zum gleichen Ergebnis kommen, wie es die Literatur über eine analoge Anwendung des § 9 GmbHG erzielt.⁶¹

III. VERLAGERUNG AUS DEM GESELLSCHAFTS- IN DAS INSOLVENZRECHT

Schließlich soll auf zwei Materien eingegangen werden, die durch das MoMiG in der Insolvenzordnung geregelt wurden, nachdem sie zuvor überwiegend in GmbH-Gesetz und Aktiengesetz geregelt waren. Die Verlagerung eröffnete die Möglichkeit, diese Regelungen rechtsformneutral auszugestalten, so dass sie nicht nur für deutsche, sondern auch für ausländische Gesellschaftsformen greifen sollen.⁶²

1. Insolvenzantragspflicht

Eine rechtsformneutrale Insolvenzantragspflicht trifft die Organe juristischer Personen aus dem durch das MoMiG neu eingefügten § 15a InsO (früher z.B. aus § 42 Abs. 2 S. 1 BGB, §§ 130a, 177a HGB, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG, § 64 Abs. 1 GmbHG). Die Antragspflicht entsteht mit dem Eintritt der materiellen Insolvenzreife, also bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer Gesellschaft, spätestens jedoch nach Ablauf von drei Wochen nach diesem Ereignis. Die Antragspflicht muss von den vertretungsberechtigten Organen der Insolvenzschuldnerin bzw. den Organen der zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafterin ausgeübt werden. Bei mehreren Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern trifft diese Pflicht jeden Einzelnen unabhängig von einer bestehenden Gesamtvertretungsberechtigung oder internen Geschäftsverteilung.

Versäumt der Verpflichtete eine rechtzeitige Antragstellung, droht ihm die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 u. 5 InsO). Daneben können weitere allgemeine Straftatbestände wie Betrug (§ 263 StGB), Vorenthalten und Veruntreuen von

59 J. EKKENGA, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, 2469, 2470; U. HÜFFER, Aktiengesetz (München 2010) § 27 Rn. 45; unklar insoweit Beschlussempfehlung RA zu § 27 AktG, BT-Drucks. 16/13098, 38.

60 HÜFFER, (Fn. 59) § 57 Rn. 8; T. RAISER / R. VEIL, Recht der Kapitalgesellschaften (München 2010) § 19 Rn. 4.

61 Vgl. KOCH (Fn. 44) 73 f.

62 Begründung zu § 15a InsO-RegE sowie zu § 39 InsO-RegE, BT-Durcks, 16/6149, 55 u. 57.

Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) und die in §§ 283 ff. StGB geregelten Insolvenzstraftaten greifen. Auch die zivilrechtlichen Sanktionen für die Antragspflichtigen sind empfindlich. Im Innenverhältnis droht dem Geschäftsleiter eine Schadensersatzhaftung aus § 43 GmbHG, § 93 AktG, § 130a HGB, weil das Versäumen des Insolvenzantrags eine Verletzung der Organpflichten darstellt. Zudem knüpft das Zahlungsverbot der § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 130a HGB mit seinen erheblichen Haftungsfolgen ebenfalls an die materielle Insolvenz an. Im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern droht den Geschäftsleitern eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB, weil § 15a InsO als Schutzgesetz angesehen wird.⁶³

2. *Gesellschafterhilfen*

Das MoMiG hat das dem GmbH-Recht entstammende Eigenkapitalersatzrecht abgeschafft, indem zum einen § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG die Anwendung der Rechtsprechungsregeln (d. h. die analoge Anwendung der §§ 30 f. GmbHG auf Tatbestände des Eigenkapitalersatzes) sperrt und zum anderen der Begriff des Eigenkapitalersatzes aus dem Gesetz getilgt wurde (Streichung der §§ 32a f. GmbHG und Änderung der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO). An diese Stelle ist das rechtsformneutral ausgestaltete Recht der Gesellschafterhilfen in §§ 39, 44a, 135 InsO getreten. Herzstück der Neuregelung ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Diese Bestimmung erklärt Forderungen von Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer Gesellschaft für nachrangig, wenn die Gesellschaft über keine natürliche Person als Vollhaftenden verfügt (§ 39 Abs. 4 S. 1 InsO), unterscheidet also nicht weiter nach bestimmten Gesellschaftsformen.

Gleiches gilt für § 135 Abs. 1 InsO. Nach dieser Bestimmung ist eine Befriedigung oder Sicherung unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO fallender Forderungen anfechtbar, die ein Gesellschafter vor Insolvenzeröffnung erhalten hat. Das alte Eigenkapitalersatzrecht ging weiter, indem es mit der analogen Anwendung der §§ 30 f. GmbHG ein präventives Ausschüttungsverbot beinhaltete, das unabhängig von der Insolvenzeröffnung eine Haftung nicht nur des betroffenen Gesellschafters, sondern auch von Mitgesellschaftern und Geschäftsführern begründete. Der Anwendungsbereich des alten Rechts war aber enger wegen seiner Voraussetzung, dass der Gesellschafter das Darlehen unter Verletzung seiner Finanzierungsfolgenverantwortung in der Krise gegeben haben musste, in der ein ordentlicher Gesellschafter seiner Gesellschaft nicht ein Darlehen (Fremdkapital), sondern Eigenkapital zugeführt hätte. Stattdessen bestimmt das neue Recht nunmehr starre Fristen: Eine Befriedigung ist anfechtbar, wenn sie im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder danach erfolgte (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO); für eine Sicherung beträgt die Frist 10 Jahre (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

⁶³ BGHZ 126, 181, 198 = Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 1103, 1106 ff; D. KLEINDIEK, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz (Köln 2009), Anh. zu § 64 Rn. 61 ff; C. POERTZGEN, Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2007, 574, 575.

3. *Problemstruktur dieser Verlagerung*

Auch wenn diese insolvenzrechtlichen Regelungen ihrem Wortlaut nach auf Auslandsgesellschaften anwendbar sind, bleibt auf zwei Probleme hinzuweisen.

Erstens müssen die vorgenannten, im deutschen Insolvenzrecht beheimateten Regelungen in der Insolvenz einer Auslandsgesellschaft überhaupt anwendbar sein. Das ist eine Frage des Kollisionsrechts. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO verweist für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen auf das Insolvenzrecht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Neben diese Generalklausel treten aber Ausnahmetatbestände wie insbesondere Art. 4 Abs. 2 lit. m, Art. 13 EuInsVO für die Insolvenzanfechtung.⁶⁴ Dabei stellt sich nicht nur, aber gerade für die Insolvenzantragspflicht und darauf aufbauend die Insolvenzverschleppungshaftung die Frage, inwieweit diese Materie insolvenzrechtlich und nicht etwa gesellschaftsrechtlich oder gar deliktsrechtlich zu qualifizieren ist.⁶⁵ Allein in welchem Gesetz der nationale Gesetzgeber eine Norm platziert, kann jedenfalls nicht den Ausschlag geben. Im Ergebnis ist also schon aus kollisionsrechtlicher Sicht keinesfalls geklärt, inwieweit der Plan des deutschen Gesetzgebers aufgegangen ist.⁶⁶

Aber selbst wenn das Kollisionsrecht die Anwendbarkeit der deutschen rechtsformneutralen Vorschriften gebietet, stellt sich ein weiteres Problem. Diese Regelungen müssen sich an der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV messen lassen, weil es sich um nationale Maßnahmen handelt, die die Ausübung der durch den AEUV garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können.⁶⁷ Solche Maßnahmen sind nach der Rechtsprechung des EuGH, die auch Eingang in die deutsche Rechtsprechung gefunden hat,⁶⁸ gerechtfertigt, wenn die Maßnahmen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sind.⁶⁹ Dabei stellt sich bei Prüfung der Erforderlichkeit insbesondere die Frage, welche Regelungen für die jeweilige Auslandsgesellschaft nach dem Sachrecht ihres Herkunftslandes gelten würden.⁷⁰ Auch diese Fragen harren also noch einer Klärung.

64 Mahnend P. BEHRENS, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010, 230 ff.

65 Für insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung S. WORMS, *Insolvenzverschleppung bei der „deutschen“ Limited* (München 2009) 129; POERTZGEN (Fn. 63) 575 f.; H. VALLENDER, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2006, 425, 440 ff.; kritisch aber O. BERNER / L. KLÖHN, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 106.

66 Zu Gesellschafterhilfen AG Hamburg *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, 532; zustimmend M.-P. WELLER, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, 2029, 2030; differenzierend BEHRENS (Fn. 64) 230 ff.; skeptisch K. ZAHRTTE, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht* 2009, 223 ff.

67 Vgl. S. RIEDEMANN, *GmbH-Rundschau* 2004, 345, 348; VALLENDER (Fn. 45) 441; WORMS (Fn. 65) 158 f. für Insolvenzantragspflicht und Verschleppungshaftung; ferner A. STAUDINGER, *Anwaltsblatt* 2008, 316, 324 f.; zur Existenzvernichtungshaftung P KINDLER, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010, 430, 431 f.

68 BGHZ 172, 200, 206 f. = *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 1306, 1308, Tz. 18 ff.

69 EuGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 3331, 3334 Tz. 133 – *Inspire Art.*

70 Vgl. STAUDINGER (Fn. 67) 325.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

1. Das MoMiG hatte neben der Bekämpfung von Missbräuchen vor allem Gründungserleichterungen durch Musterprotokoll und Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), Stärkung der Gesellschafterliste und Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen, Erleichterungen bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Neuregelung der Gesellschafterdarlehen und die Einführung einer rechtsformunabhängigen Insolvenzantragspflicht zum Gegenstand.
2. Die Bedeutung der Gründungserleichterungen steht im Kontext des „Wettbewerbs der europäischen Gesellschaftsrechtsordnungen“. Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (Centros, Überseering und Inspire Art) ermöglicht aus den innerhalb der Union angebotenen Gesellschaftsformen frei zu wählen. Die Schaffung des Musterprotokolls und die Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sind insbesondere dem Wettbewerbsdruck durch die einfach und billig zu gründende Limited (Ltd.) geschuldet.
3. Die Neuerungen bei der Kapitalaufbringung hatten zum Ziel, als unausgewogen empfundene Sanktionen des alten Rechts zu beseitigen. Diese Änderungen im GmbH-Recht wurden vom Gesetzgeber als so gelungen angesehen, dass er sie im Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) ins Aktienrecht übertragen hat. Die Praxis zeigt aber, dass viele Einzelprobleme zu klären sind. Insbesondere ist die Anwendbarkeit der Neureglung über das sog. Hin- und Herzahlen auf die Aktiengesellschaft (§ 27 Abs. 3 AktG) angesichts des Verbots in § 71a AktG, Beteiligungen durch die AG zu finanzieren, bedenklich.
4. Insolvenzantragspflicht und das Recht der Gesellschafterhilfen werden nicht mehr im Gesellschaftsrecht, sondern nunmehr rechtsformneutral im Insolvenzrecht geregelt. Das soll die Möglichkeit eröffnen, diese Regelungen nicht nur auf deutsche, sondern auch auf ausländische Gesellschaftsformen anzuwenden. Noch ungelöste Probleme ergeben sich aber sowohl in Bezug auf die kollisionsrechtliche Qualifizierung dieser Regelungen als auch innerhalb Europas im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.