



**Herbsttagung 2008  
der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat  
im Deutschen Anwaltverein**

**17. und 18. Oktober 2008**

**RAMADA PLAZA BERLIN**

**„Die Einflüsse des Gesetzes zur Modernisierung des  
GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)  
im Bereich der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung“**

**Rechtsreferendar Frank Utikal, LL.M., Köln**

**17. Oktober 2008**

# Die Einflüsse des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Bereich der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung

Referent: Rechtsreferendar Frank Utikal, LL.M., Köln

## I. Europarechtliche Rahmenbedingungen/ Einführung

Das MoMiG wurde vom Deutschen Bundestag am 26.06. dieses Jahres beschlossen und wird nun in diesem Herbst in Kraft treten. Viele werden diesen Schritt als längst überfällig bezeichnen.

Laut einer Kommentierung des Bundesministeriums der Justiz gilt es, den Wettbewerbsnachteil der GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen wie der britischen Limited, die bekanntlich mit einem Pence gegründet werden kann, auszugleichen<sup>1</sup>. Dieser Wettbewerbsnachteil besteht bereits seit geraumer Zeit; er wurde durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur ermöglicht, sondern auch verschärft. Der EuGH stellte durch die Urteile Centros (1999)<sup>2</sup>, Überseering (2002)<sup>3</sup> und Inspire Art<sup>4</sup> (2003) klar, dass ausländische Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union eine Zweigniederlassung selbst dann betreiben können, wenn diese Unternehmen in ihrem Gründungsstaat keinerlei Aktivität entfalten (sog. Scheinauslandsgesellschaften). Darüber hinaus verstießen Beschränkungen des Aufnahmestaates in Bezug auf das Gesellschaftsstatut gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag. Fortan konnten sich ausländische Gesellschaften nicht nur ausschließlich auf dem deutschen Markt betätigen; vielmehr waren Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts auf diese gar nicht anwendbar. Die Limited konnte sich dadurch auf dem deutschen Markt nach den Anforderungen ihres Gründungsstaats betätigen.

Das MoMiG reagiert auf diese Situation u. a. mit der Ermöglichung der sog. Unternehmergesellschaft, die kein Stammkapital benötigt, jedoch den Firmenzusatz UG zu führen hat. Das Stammkapital der GmbH wurde hingegen nicht, wie im Regierungsentwurf vorgesehen, auf 10.000 € reduziert.

## II. Veränderungen im Bereich der Kapitalaufbringung durch das MoMiG

### 1. Verdeckte Sacheinlage

Verdeckte Sacheinlagen sind bei der Kapitalaufbringung nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage zu berücksichtigen. Die verdeckte Sacheinlage führt nun im Vergleich zum Regierungsentwurf des MoMiG nicht zu einer unmittelbaren Erfüllung der Einlageverpflichtung, ist jedoch auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung zum Eintragungszeitpunkt anrechnungsfähig<sup>5</sup>.

---

1 [Schwerpunkte des MoMiG](#), Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, S. 1  
2 EuGH Rs. [C-212/97](#) (Centros Ltd), GmbHR 1999, 474 ff.  
3 EuGH Rs. [C-208/00](#) (Überseering), GmbHR 2002, 1137 ff.  
4 EuGH Rs. [C-167/01](#) (Inspire Art), JZ 2004, 37 ff.  
5 Hirte, WM 2008, S. 1429

## 2. Kapitalaufbringung im Rahmen von § 19 Abs. 5 GmbHG n. F.

Nach § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. wird der Gesellschafter auch von seiner Einlageverpflichtung befreit, wenn vor der Einlage eine Rückzahlungsverpflichtung an die Gesellschafter vereinbart wurde, welche nicht als verdeckte Sacheinlage zu bewerten und durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist. Letzterer muss allerdings im Gegensatz zum Regierungsentwurf jederzeit fällig sein oder durch fristlose Kündigung fällig werden können. Dieser Fall galt nach bisheriger Rechtslage nicht einmal als verdeckte Sacheinlage, da es an einer Leistung zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG fehlte<sup>6</sup>.

## 3. Einführung der bilanziellen Betrachtung des Gesellschaftsvermögens durch das MoMiG

Der Gesetzgeber versucht durch die Modifikationen im Bereich des § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG n. F. und bei der Kapitalerhaltung nach § 30 Abs. 1 GmbHG n. F. die bilanzielle Betrachtung des Gesellschaftsvermögens zu gewährleisten<sup>7</sup>.

- Nach dieser ist das Stammkapital nicht gegenständlich, sondern lediglich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu schützen.
- Die bilanzielle Betrachtungsweise wurde vom Bundesgerichtshof im Bereich der Kapitalaufbringung bisher eindeutig abgelehnt<sup>8</sup>.
- Im Bereich der Kapitalerhaltung wurde sie hingegen als zulässig erachtet. Durch das sog. Novemberurteil<sup>9</sup> aus dem Jahr 2003 verschärfte der BGH allerdings die Kriterien für die Zulässigkeit einer Auszahlung nach § 30 GmbHG.

## 4. Hin- und Herzahlen sowie das sog. Cash-Pooling

Die bilanzielle Betrachtung soll das Hin- und Herzahlen insbesondere im Bereich des Cash-Pooling sichern<sup>10</sup>.

- Ein Hin- und Herzahlen ist gegeben, wenn nach Einzahlung der Bareinlage diese umgehend wieder an die Gesellschafter ausgezahlt wird.
  - Wird durch die Rückzahlung eine bereits bestehende Darlehensverbindlichkeit getilgt, so liegt eine verdeckte Sacheinlage und damit ein Fall des § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. vor.
  - Handelt es sich dagegen bei der Zahlung um die Neugewährung eines Darlehens, so ist ein Fall des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. gegeben.
- Das Cash-Pooling ist ein weit verbreitetes Finanzierungssystem zwischen mehreren verbundenen Unternehmen eines Konzerns.
  - Der Liquiditätsbedarf eines Unternehmens wird durch die Liquiditätsüberschüsse eines anderen gedeckt.
  - Die Salden der einzelnen Unternehmen werden auf einem Zielkonto zusammengeführt.
  - Liquide Mittel werden vom jeweiligen Unternehmen durch Darlehen übertragen.
  - Bei der Darlehensgewährung treten häufig die Fälle des Hin- und Herzahlens nach §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG n. F. auf<sup>11</sup>.

6 König/Bormann, NotBZ 2008, S. 661

7 [Schwerpunkte des MoMiG](#), Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, S. 5

8 BGH ZIP 2006, 665 ff.

9 BGH ZIP 2004, S. 263 ff.

10 [Schwerpunkte des MoMiG](#), Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, S. 5

11 Seibert/Decker, ZIP 2008, S. 1210

## 5. Vereinbarkeit des Cash-Pooling mit § 19 GmbHG n. F.

Das Cash-Pooling wird vermutlich mit § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. kollidieren. Besteht für jedes am Cash-Pooling beteiligte Unternehmen die Möglichkeit, das gewährte Darlehen fällig zu stellen, so erscheint der konzernweite Koordinierungsbedarf empfindlich eingeschränkt.

Aufgrund der bisherigen restriktiven Rechtsprechung im Bereich der Kapitalaufbringung ist es darüber hinaus nicht unwahrscheinlich, dass der BGH den Rückgewähranspruch eines an das Poolkonto gewährten Darlehens nicht als vollwertig erachtet.

## 6. Vereinbarkeit des Cash-Pooling mit § 30 GmbHG n. F.

Nach § 30 Abs. 1 GmbHG n. F. darf künftig das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen ausgezahlt werden, wenn die Auszahlung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen die Gesellschafter gedeckt ist. Damit stellt sich im Bereich des § 30 Abs. 1 GmbHG n. F. ebenso die Frage der Vollwertigkeit eines Rückgewähranspruchs.

## 7. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in Bezug auf die Limited

Die Kapitalaufbringungsvorschriften des britischen Gesellschaftsrechts können als liberal bezeichnet werden.

- Eine Mindesteinlage ist nicht erforderlich.
- Ferner können Sacheinlagen eingebracht werden, welche zwar von den Geschäftsführern zu bewerten sind, was allerdings nur in Ausnahmefällen überprüft wird<sup>12</sup>.

Die auf die Limited anwendbaren Kapitalerhaltungsvorschriften sind hingegen wesentlich restriktiver.

- Vermögenswerte dürfen nur aus verfügbarem Gewinn ausgeschüttet werden.
- Verluste früherer Perioden müssen ausgeglichen werden.
- Unzulässige Ausschüttungen führen zu einer verschuldensunabhängigen Haftung der Geschäftsführer.
- Ferner besteht ein direkter Anspruch gegen bösgläubige Gesellschafter.

Angesichts dieser restriktiven Kapitalerhaltungsvorschriften erscheint der Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers vermindert. Allerdings bleibt zu bedenken, dass sich der deutsche Bundestag nun gegen eine Herabsetzung des Stammkapitals entschieden hat. Eine Liberalisierung der Kapitalerhaltungsvorschriften ist geeignet, diese Hürde gewissermaßen zu kompensieren.

## III. Haftungserweiterung nach § 64 S. 3 GmbHG n. F.

§ 64 S. 3 GmbHG n. F. deckt sich mit der Fassung des Regierungsentwurfs. Die Vorschrift führt zu einer Haftungserweiterung der Geschäftsführer. Letztere haften nun gegenüber der Gesellschaft für solche Zahlungen, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, diese waren mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar.

- § 64 S. 3 verlangt keinen Schadensnachweis<sup>13</sup>.
- § 64 S. 3 enthält einen Prognosecharakter.  
Die Kausalität der Zahlungen für eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft scheint bei späteren, das Vermögen betreffenden Ereignissen, schwer nachzuweisen<sup>14</sup>.
- Die Haftung der Geschäftsführer für eine Auszahlung an die Gesellschafter mutet aufgrund der Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer problematisch an<sup>15</sup>.

### 1. § 64 S. 3 GmbHG n. F. und die Existenzvernichtungshaftung

Bis auf den Haftungsadressaten existieren zwischen § 64 S. 3 GmbHG n. F. und der Existenzvernichtungshaftung weitgehende Übereinstimmungen. Insbesondere besteht seit der sog. „Trihotel“-Entscheidung Einigkeit über eine Innenhaftung der Gesellschafter nach § 826 BGB.

### 2. Anwendbarkeit des § 64 S. 3 GmbHG n. F. auf die Limited

- Die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die Limited ist aufgrund einer fraglichen europarechtlichen Qualifikation ungewiss.
- Die Anwendbarkeit des § 64 S. 3 GmbHG n. F. scheint hingegen gewährleistet.
  - Zwar ist der insolvenzrechtliche Bezug der Norm<sup>16</sup> nicht ausreichend für eine Subsumtion unter Art. 4 Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO), die zu einer Anwendbarkeit von Bestimmungen des Aufnahmestaates führen würde.
  - Jedoch ist im sog. wrongful trading eine im britischen Gesellschaftsrecht mit § 64 S. 3 GmbHG n. F. übereinstimmende Regelung zu sehen, die auch die Geschäftsführer in die Verantwortung nimmt.
  - Bei der Qualifikation des § 64 S. 3 GmbHG n. F. als gesellschaftsrechtliche Norm wäre eine Anwendung des wrongful trading durch die deutschen Gerichte geboten.  
Gleichwohl würde die Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG n. F. aufgrund der Übereinstimmung mit diesem Institut des britischen Rechts kaum zu einem Rechtsstreit vor dem EuGH führen.
- --> § 64 S. 3 GmbHG n. F. scheint somit neben der Existenzvernichtungshaftung entwickelt worden zu sein, um die Haftung im Vorfeld der Insolvenz auch in Bezug auf die britische Limited zu gewährleisten.

---

13 Greulich/Rau, NZG 2008, S. 286

14 Poertzgen, NZI 2008, S. 11

15 Schmidt, GmbHR 2008, S. 455

16 [Begründung des Regierungsentwurfs](#), S. 107

**Literaturhinweise:**

- Apfelbaum, Sebastian      Der gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz im Recht der englischen private limited company  
in: NotBZ 2007 S. 153 ff.
- Greulich, Sven  
Rau, Thomas                Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE  
in: NZG 2008, S. 284 ff.
- Hirte, Heribert             Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG)  
in: WM 2008, S. 1429 ff.
- König, David  
Bormann, Jens             Die Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
in: NotBZ 2008, S. 652 ff.
- Poertzgen, Christoph     Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung – Der Regierungsentwurf des MoMiG  
in: NZI 2008, S. 9 ff.
- Schmidt, Karsten         GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?  
Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung  
in: GmbHR 2008, S. 449 ff.
- Seibert, Ulrich  
Decker, Daniela            Die GmbH-Reform kommt!  
Zur Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Deutschen Bundestag  
in: ZIP 2008, S. 1208 ff.
- Wälzholz, Eckard         Das MoMiG kommt: Ein Überblick über die neuen Regelungen Mehr Mobilität, Flexibilität und Gestaltungsfreiheit bei gleichzeitigem Gläubigerschutz  
in: GmbHR 2008, S. 841 ff.