



## „Auswirkungen des MoMiG für die Praxis

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 war das wohl umfassendste Reformgesetz zum deutschen GmbH-Recht. Dies stellte nicht nur die Beratungspraxis vor große Herausforderungen, sondern zwang auch die Gerichte dazu, neue (und alte) Rechtsfragen auf der Grundlage des geänderten Rechts zu bewerten. Registerrechtliche Fragestellungen traten dabei erwartungsgemäß als Erstes zutage. Die Rechtsprechung beschäftigte sich aber auch bereits mit materiell-rechtlichen Fragen. Im Mittelpunkt stand dabei u.a. das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung, insbesondere im sog. Cash-Pool.

Zur Erläuterung dieser Thematik lud die Forschungsstelle Anwaltsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät



Herrn

**Rechtsanwalt Dr. Michael Bormann,**

Simmons & Simmons LLP, Düsseldorf,

als Referenten zu einem Vortragsabend ein. Der Kern des Vortrags zielte auf die Gesetzgebung zur Reform des GmbH-Rechts und ihre Umsetzung durch die Rechtsprechung ab. Einen Schwerpunkt bildete dabei die Gesellschafterliste, welche gem. § 40 GmbHG zum Handelsregister einzureichen ist, und die diesbezügliche Frage,

wer zur Einreichung verpflichtet ist. Grundsätzlich muss der Geschäftsführer die Liste nicht einreichen, wenn bereits der an einer Änderung des Gesellschafterbestandes mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung verpflichtet ist. Der Notar ist ebenfalls bei Umwandlungsvorgängen und bei Kapitalerhöhungen zur Einreichung verpflichtet, wobei im Zweifelsfall eine Unterzeichnung sowohl durch den Notar als auch durch den Geschäftsführer zu empfehlen ist. Die Frage nach der Zuständigkeit für die Einreichung der Liste erlangt insbesondere im Zusammenhang mit einer etwaigen Schadensersatzpflicht große Bedeutung. Inhaltlich soll die Gesellschafterliste die Aufnahme der Gesellschafterstellung aufzeigen, dabei können aus Gründen der Übersichtlichkeit Unterabschnitte sowie Veränderungsspalten geschaffen werden. Eine Aufnahme etwaiger Belastungen der Geschäftsanteile sollte jedoch nicht erfolgen.

Die Neuregelungen zur Gesellschafterliste führten zu Ansätzen, Zwischenverfügungen zwischen Abschluss des Kaufvertrages (Signing) und dessen Vollzug (Closing) zu verhindern. Solchen Zwischenverfügungen suchte die Praxis durch zwei Lösungsansätze entgegenzuwirken: Nach dem „Zwei-Listen-Modell“ soll eine Gesellschafterliste eingereicht werden, die neben dem aktuellen Gesellschafter (Verkäufer) auch den künftigen Gesellschafter (Erwerber) ausweist. Einen anderen Lösungsansatz zeigt die „Widerspruchslösung“ auf, nach welcher der künftige Gesellschafter (Erwerber) gegen die aktuelle Gesellschafterliste Widerspruch erhebt. Überzeugen können beide Ansätze nicht, allerdings kann § 826 BGB einen gewissen Schutz vor einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gewähren.

In einem weiteren Schwerpunkt erörterte Herr Dr. Bormann die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen bei Anteilsabtretungen. Diese ist nach Inkrafttreten des MoMiG umstritten. Zweifel werden insoweit mit Blick auf die Pflicht des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste geltend gemacht. Auch ungeachtet einer jüngeren Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 2. 3. 2011 – I-3 Wx 236/10), wonach die Auslandsbeurkundung ungeachtet der Änderungen des deutschen GmbHG und des schweizerischen Obligationenrechts zulässig ist, lässt sich eine herrschende Meinung noch nicht abschließend erkennen. Deshalb sollte der Mandant in der Praxis auf ein insoweit bestehendes Restrisiko aufmerksam gemacht werden.

Eine andere Kernthematik des MoMiG betraf den Unterschied zwischen einer verdeckten Sacheinlage und dem Hin- und Herzahlen. Für das Hin- und Herzahlen verlangt der BGH eine Offenlegung, welche jedoch selten gegeben sein wird, sodass die gesetzliche

Anordnung der Rückwirkung der gesetzlichen Regelungen keine praktische Bedeutung hat. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie eine Kapitalaufbringung im Cash Pool erfolgen kann: Wenn das Konto der Gesellschaft im Cash Pool im Moment der Kapitalerhöhung einen negativen Saldo hat, liegt eine

verdeckte Sacheinlage vor, die als Rechtsfolge eine Differenzhaftung nach sich zieht. Hat das Konto der Gesellschaft im Cash Pool im Moment der Kapitalerhöhung einen positiven Saldo, liegt ein Hin- und Herzahlen vor. Als Rechtsfolge tritt bei Vollwertigkeit der Leistung



Erfüllung ein, ansonsten bleibt die Leistungspflicht bestehen. Für dieses Grundproblem bringen die MoMiG-Regelungen keine praktischen Erleichterungen, sodass eine Lösung über die Herausnahme der Gesellschaft aus dem Cash Pool, der Zahlung auf ein Sonderkonto oder über einen Alternativ-Beschluss in Abhängigkeit von der Situation am Tag der Kapitalerhöhung gesucht werden muss. Wenn Bareinlagen und Beratungsleistungen zusammen treffen, beispielsweise wenn sich ein Finanzinvestor im Zuge einer Barkapitalerhöhung an einer sich in der Krise befindlichen GmbH beteiligt und mit dieser im

zeitlichen Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung einen Beratungsvertrag zur Begleitung der Restrukturierung schließt, so sind unterschiedliche rechtliche Bewertungen möglich: Da Dienstleistungen nicht einlagefähig sind, liegt keine verdeckte Sacheinlage vor. Auch ist kein Hin- und Herzahlen gegeben, wenn die Gesellschaft die im Zuge der Kapitalerhöhung erhaltenen Mittel nicht für die Vergütungen der Dienstleistungen reserviert. Wenn die Vergütung für die Beratung einem Drittvergleich standhält, ist ebenfalls kein Hin- und Herzahlen gegeben. Letztlich können gestundete Vergütungen den Regeln zu Gesellschafterdarlehen unterfallen.

Herr Dr. Bormann erörterte in seinem Vortrag des Weiteren die Kapitalerhaltung bei „upstream-Darlehen“. Die Gesellschafter wollten mit dem MoMiG die Konzernfinanzierung erleichtern und die Kapitalerhaltung entschärfen. Die Rechtsprechung hat jedoch festgelegt, dass die Gewährung unbesicherter, kurzfristig rückforderbarer „upstream-Darlehen“ bei vollwertigem Rückforderungsanspruch weder ein nachteiliges Rechtsgeschäft im Sinne des § 311 AktG noch ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften darstellt. Die Gesellschaft

bleibt zur laufenden Überprüfung des Kreditrisikos und – soweit erforderlich – kurzfristigen Rückforderung oder Nachbesicherung des Darlehens verpflichtet. Daneben kann ein Verstoß gegen die Überwachungspflicht Ersatzansprüche gegen die Obergesellschaft und ihre gesetzlichen Vertreter (§§ 93 AktG, 43 GmbHG) sowie gegen Mitglieder des Aufsichtsrates der Gesellschaft (§ 116 AktG) begründen.

Letzter wesentlicher Reformpunkt war die Abschaffung der Kapitalersatzregeln. Der Gesetzgeber wollte mit dem MoMiG die Kapitalersatzregeln rückwirkend abschaffen, jedoch enthält das MoMiG anders als zu den Kapitalaufbringungs Vorschriften keine ausdrückliche Anordnung der Rückwirkung zur Kapitalerhaltung. Auch aus den Übergangsvorschriften zur InsO lassen sich keine klaren Regeln ableiten, sodass die offenen Fragen nur teilweise geklärt wurden: So finden Novellen und Rechtsprechungsregeln weiterhin Anwendung, wenn das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des MoMiG eröffnet wurde. Umstritten ist jedoch, ob die Rechtsprechungsregeln auch noch Anwendung finden, wenn das Insolvenzverfahren nach Inkrafttreten des MoMiG eröffnet wurde.

Der Vortrag von Herrn Dr. Bormann erfreute sich regen Zuspruchs und zeigte somit die praktische Bedeutung des MoMiG auf. Die Teilnehmer nutzten in der anschließenden Diskussionsrunde die Möglichkeit, die Inhalte des Vortrags zu vertiefen und konnten sich bei einem kleinen Umtrunk im Foyer mit dem Referenten austauschen. Somit war dieser Vortragsabend wieder einmal eine gelungene Veranstaltung und ein guter Start in die Vortragsreihe der Forschungsstelle Anwaltsrecht in diesem Sommersemester 2011.