

WELLENSIEK RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft

**„GmbH-Reform – Deutsche Limited &
MoMiG – GmbH in der Krise“**

Banken- und Sparkassenforum,
München, 20.09.2007

RA Dr. Christoph Herbst

RA Alexander Reus

Themen

I. MoMiG – GmbH Reform

II. „Deutsche Limited“

III. MoMiG – GmbH in der Krise

I. MoMiG – GmbH Reform

„Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts
und zur Bekämpfung von Missbräuchen“

In-Kraft-Treten: Erstes Halbjahr 2008

I. MoMiG – GmbH Reform

1. Deregulierung
2. Gründungserleichterung
3. Eigenkapitalersatz
4. Cash-Pooling
5. Mißbrauchsbekämpfung

1. Deregulierung

- Sitzverlegung ins Ausland möglich
- Keine Stückelung mehr notwendig
- Gutgläubiger Erwerb von Gesellschaftsanteilen auf Grund hinterlegter Gesellschafterliste nach drei Jahren möglich
- Vereinfachung der Sachgründung - Differenzhaftung

- Gründungserleichterungen ...

2. Gründungserleichterungen

- Verringerung Mindestkapital auf EUR 10.000
- Variante Unternehmergesellschaft – ohne Eigenkapital
- Versicherung der Beantragung statt Vorlage von Genehmigungsurkunden (zB Gewerbeerlaubnis)
- Erleichterte Einpersonengründungen (Volleinzahlung entfällt)
- Entfall Beurkundungspflicht bei Mustersatzung
- „Gründungs-Set“

3. Eigenkapitalersatz - Einführung

- Kompensation Informationsvorsprung Gesellschafter
- Finanzierungsfolgenverantwortung
- Grundregel: Festhalten an Finanzierungsentscheidung
- Erweiterung: Erstreckung auf Dritte Personen und kreditähnliche Finanzierungsentscheidungen = Umgehungsschutz
- Ausnahmen: Kleingesellschafter und Sanierungsprivileg

3. Eigenkapitalersatz

Kapitalerhaltungsregeln:

- Verlagerung in Insolvenzrecht
- Rechtsformunabhängigkeit
- Versuch Abschaffung Rechtsprechungsregelungen
- Neues Recht greift erst in der Insolvenz – wird von „Krise“ abgekoppelt
- Keine Berücksichtigung bei Überschuldungsprüfung

3. Eigenkapitalersatz - Anfechtung

Vorsicht Kreditinstitute:

- Verschärfung Primat Verwertung Gesellschaftersicherheit
- Unabhängig davon, ob Besicherung in der Krise erfolgte!
- Verkürzung des relevanten Anfechtungszeitraums auf ein Jahr vor Insolvenzantrag, § 135 Nr. 2 InsO einjährige Anfechtungsfrist

4. Cash-Pooling - Einführung

- Gesellschaftsübergreifender Liquiditätsausgleich durch zentrales Finanzmanagement
- Liquiditätsüberschüsse von Konzerngesellschaften decken gemeinsam den Liquiditätsbedarf (idR durch tägliches Kontenclearing; alternativ: unechtes Cash-Pooling („Notional-Pooling“) – fiktive Gegenverrechnung zur Zinsoptimierung
- Konzerninnenfinanzierung versus Dominoeffekt in der Krise

4. Cash-Pooling – „Kapitalerhaltung“

- Rechtsprechung zur Eigenkapitalerhaltung (§ 30 GmbHG) stellt Cash-Pooling in Frage:
 - BGH: Verstoß gegen das Rückzahlungsverbot der Stammeinlage auch möglich, wenn Rückzahlungsanspruch zum Zeitpunkt Darlehensausreichung vollwertig
 - durch OLG München für Cash-Pooling bestätigt
 - Ggf. Geschäftsführerhaftung für Zahlungen innerhalb eines Cash-Pools?

4. Cash-Pooling – „Rettung(sversuch)“?

- Intention Gesetzgeber: Rettung Cash-Pooling
- § 30 I 2 GmbHG-E:
 - alle das Stammkapital angreifenden Leistungen mit Kreditcharakter an Gesellschafter werden vom Verbot des § 30 GmbHG ausgenommen, sofern sie
 - zwischen Parteien eines Beherrschungs- bzw. GAV erfolgen oder
 - durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gegen Gesellschafter gedeckt sind.
- Kritik: „Sonderrecht für Konzerne“

5. Mißbrauchsbekämpfung – „*Wider die Bestatter*“

- Zustellungserleichterungen:
 - im Handelsregister einsehbare inländische Zustellungsadresse
 - rasche öffentliche Zustellung möglich
- Bei Führungslosigkeit der Gesellschaft:
Antragspflicht / Strafbarkeit Gesellschafter
- Die übliche Bestattung durch „Verschwinden“ der Gesellschaft wird erheblich erschwert, insbesondere durch die (strafrechtliche) Haftung der Gesellschafter

5. Mißbrauchsbekämpfung - Haftung

- Verschärfung Haftung Geschäftsführer, § 64 II 2 GmbHG-E – Solvenzhaftung – bei krisenauslösenden Zahlungen an Gesellschafter (Gedanke „solvency test“).
- Ausweitung Bestellungsverbote für Geschäftsführer u.a. auf vorsätzliche Insolvenzverschleppung sowie § 266a StGB und auf Zweigniederlassungen ausl. Kapitalgesellschaften
- Antragspflicht und Haftung jetzt auch für Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit

II. „Deutsche Limited“

- Gläubigerschutz: Publizität statt Kapitalfonds
- Auch Limited „im Fluss“ – Companies Act, Oct. 2007
– unterscheidet stärker small von mid-caps
- Gründungszahlen rückläufig - nur noch Abarbeitung von Altfällen?

„Deutsche Limited“ - Bestandsaufnahme

Beworbene Vorteile:

- Haftungsbeschränkung ohne Eigenkapital
- Schnelle und einfache Gründung
- Keine Beurkundung

„Deutsche Limited“ - Bestandsaufnahme

- Kompliziertes und teures Handling
 - Verwaltungskosten
 - Doppelabschluss: engl. Handelsbilanz, dt. Steuerbilanz
 - Dokumentationspflichten in englischer Sprache
- Rigide Sanktionen bei Publizitätsverstoß (Reports an Companies House, Cardiff - Registrar):
 - Geldstrafen
 - Dissolution
 - persönliche Haftung bei Fortsetzung
- Haftung Gründungsberater?

III. MoMiG – GmbH in der Krise

1. Gesellschafterdarlehen
2. Gutgläubenserwerb
3. Anfechtung
4. Nutzungsüberlassung
5. Haftungsverschärfung
6. Verwaltungssitz

MoMiG-GmbH in der Krise

1. Gesellschafterdarlehen

- In der Insolvenz grundsätzlich nachrangig
 - Keine Passivierungspflicht - Rechtssicherheit oder Substanzverlust?
- Kleingesellschafter- und Sanierungsprivileg bleiben erhalten
- Primat der Gesellschaftersicherheit unabhängig davon, ob Besicherung in der Krise erfolgte

2. Gutgläubenserwerb – M&A in der Krise

- Verkauf GmbH als Beteiligung: Erleichterung „Gutgläubenserwerb“ für Anteilserwerb:
 - Fungibilität, Garantien, Due Dilligence
 - kürzere Frist sinnvoll?

3. Anfechtung

- Rechtsformunabhängige Anwendung – wachsender Anwendungsbereich
- Tilgungen von gesellschafterbesicherten Darlehen bis zu einem Jahr rückwirkend anfechtbar (krisenunabhängig)
 - Vereinfachung für Insolvenzverwalter (Krisen- und Kenntnisnachweis entfällt)
 - „Aufruf“ oder Verleitung zur Insolvenzverschleppung?

4. Nutzungsüberlassung

- Ende Nutzungsüberlassung, § 39 I 5 InsO (-) ?
- Schlechte Nachricht für Insolvenzverwalter? – Rechtsprechung?

5. Haftungsverschärfung

- Bei Führungslosigkeit treffen Aufsichtsorgane und die Gesellschafter Antragspflicht und strafrechtliche Haftung
- Haftung der Gesellschafter über Deliktsrecht
- Verstecken bzw. Verschwindenlassen der Gesellschaft schützt Gesellschafter und ehemalige Gesellschafter nicht
- Haftung der Geschäftsführer schon für krisenauslösende Zahlungen an Gesellschafter („solvency test“) - Anknüpfung an „Zahlungen“ im Ergebnis sanierungsfeindlich?
Überforderung Geschäftsführer: Scylla & Charybdis noch verschärft?
Cash-Pooling?

6. Verwaltungssitz

- Dann möglich:
Falls Verwaltungssitz in England, englisches Insolvenzstatut für GmbH mit Satzungssitz in Deutschland nutzbar.
- Verschärfung Wettbewerb der nationalen Insolvenzrechtsordnungen (vgl. „Deutsche Nickel“)