

# GmbH-Recht nach dem MoMiG

Mit Bezügen zum Aktienrecht und zum Insolvenzrecht

von

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, Dr. Markus Rieder

1. Auflage

GmbH-Recht nach dem MoMiG – Grigoleit / Rieder

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

GmbH-Gesetz



Verlag C.H. Beck München 2009

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59088 7

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
<b>Kapitel 1 Reformziele, wesentliche Regelungskomplexe und Reformprozess .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Deregulierung im Wettbewerb der Rechtsordnungen .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Missbrauchsbekämpfung .....</b>	<b>2</b>
<b>C. Allgemeine Bereinigungen .....</b>	<b>3</b>
<b>D. Reformprozess .....</b>	<b>3</b>
<b>Kapitel 2 Rechtliche Rahmenbedingungen der Reform im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ .....</b>	<b>5</b>
<b>A. Die Entstehung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen .....</b>	<b>5</b>
I. Die Ausgangslage nach der herkömmlichen Sitztheorie .....	5
II. Der vom EuGH erzwungene Paradigmenwechsel zur Gründungstheorie ..	6
1. Das Gebot der Respektierung von Auslandsgründungen in der Rechtsprechung des EuGH .....	6
2. Das Erfordernis des Übergangs zur Gründungstheorie .....	7
3. Außereuropäische Gründungen: Festhalten des BGH an der Sitztheorie und Vorschlag einer umfassenden Einführung der Gründungstheorie durch RefE .....	7
<b>B. Scheinauslandsgründungen als Kernproblem .....</b>	<b>8</b>
I. Gesellschaftsrechtliche Charakteristika der Auslandsrechtsordnung als („legitimer“) Anreiz .....	9
II. Transaktionskosten der Scheinauslandsgründung .....	9
III. Erschwerung der Rechtsverfolgung und Missbrauchstendenz .....	10
<b>C. Der Spielraum für die Durchsetzung nationaler Standards gegenüber Scheinauslandsgesellschaften .....</b>	<b>11</b>
I. Unanwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit wegen Missbrauchs .....	11
II. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe des „4-Konditionen-Tests“ – Das Problem der „Erforderlichkeit“ .....	12
<b>D. Kollisionsrechtliche Absicherung nationaler Standards .....</b>	<b>14</b>
I. Flucht in das Deliktsrecht? .....	14
II. Flucht in das Insolvenzrecht? .....	15
III. Die Alternative einer gesellschaftsrechtlichen Sonderanknüpfung .....	17
<b>Kapitel 3 Reforminhalte in näherer Analyse .....</b>	<b>19</b>
<b>A. Deregulierung im Bereich der allgemeinen Satzungs- und Gründungsförmlichkeiten .....</b>	<b>19</b>
I. Ausgangslage .....	19

II. Reforminhalte .....	20
1. Flexibilisierung der Ausgestaltung der Übernahme von Geschäftsanteilen .....	20
a) Einzelheiten der gesetzlichen Neuregelung .....	20
b) Folgerungen für die Praxis .....	21
c) Bewertung .....	24
2. Satzungs- und Verwaltungssitz (§ 4a GmbHG, § 5 AktG) .....	24
a) Einzelheiten der gesetzlichen Neuregelung .....	24
b) Bewertung .....	26
3. Weitere Vereinfachungen des Gründungsverfahrens .....	27
<b>B. Sonderformen deregulierter Gesellschaftsgründung</b> .....	29
I. Ausgangslage .....	29
II. Die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“: Zulassung einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestkapitals (§ 5a GmbHG) .....	29
1. Gesetzgeberische Konzeption .....	29
2. Einzelheiten der Neuregelung .....	30
a) Zwingender Firmenzusatz .....	30
b) Volleinzahlung des Stammkapitals und Verbot von Sacheinlagen .....	30
c) Gesetzliche Rücklagenbildung .....	31
d) Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit .....	32
e) Suspendierung der Sondervorschriften erst bei Erhöhung des Stammkapitals auf das Mindestkapital .....	32
3. Sonderprobleme .....	32
a) Gründung, Kapitalausstattung und Satzungsgestaltung .....	32
b) Haftungsregime .....	34
c) Beteiligung an gesellschaftsrechtlichen Strukturmaßnahmen .....	34
4. Bewertung .....	37
III. Gründung im vereinfachten Verfahren nach Maßgabe der Muster- protokolle (§ 2 Ia i.V.m. Anlagen 1a und 1b GmbHG) .....	38
1. Einzelheiten der Neuregelung .....	38
2. Praktische Erwägungen .....	39
3. Bewertung .....	40
<b>C. Übertragung von Gesellschaftsanteilen: Gesellschafterstellung –         Gesellschafterliste – Gutgläubiger Erwerb (§§ 16, 40 GmbHG)</b> .....	41
I. Ausgangslage .....	41
II. Reforminhalte .....	42
1. Erhöhung der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) .....	42
a) Einzelheiten der Neuregelung .....	42
b) Koordination der Verantwortlichkeit zwischen Geschäftsführer und Notar .....	44
c) Einzelfragen zur Aktualisierungspflicht des Geschäftsführers (§ 40 I GmbHG) .....	45
d) Einzelfragen zur Aktualisierungspflicht des Notars (§ 40 II GmbHG) .....	46
e) Auslandsbeurkundungen (Art. 11 I EGBGB) .....	48
2. Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste .....	49
a) Maßgeblichkeit für die interne Rechtsstellung des Gesellschafters (§ 16 I, II GmbHG) .....	49

b) „Aufnahme im Handelsregister“ als maßgeblicher Zeitpunkt und vorläufige Wahrnehmung der Gesellschafterrechte (§ 16 I 1, 2 GmbHG) .....	50
c) Grenzen der Legitimationswirkung einer unrichtigen Gesellschafterliste .....	52
3. Zulassung gutgläubigen Erwerbs (§ 16 III GmbHG) .....	53
a) Grundsatz und Normzweck .....	53
b) Gegenstand des gutgläubigen Erwerbs und Rechtscheintatbestand (§ 16 III 1 GmbHG) .....	54
c) Drei-Jahres-Regel und die Frage der Zurechenbarkeit (§ 16 III 2 GmbHG) .....	55
d) Keine Bösgläubigkeit des Erwerbers (§ 16 III 3 GmbHG) .....	57
e) Keine Zuordnung eines Widerspruchs (§ 16 III 3 GmbHG) .....	59
III. Übergangsregelung (§ 3 III EGGmbHG) .....	60
IV. Bewertung .....	60
<b>D. Neuordnung der Sanktionen für verdeckte Sacheinlagen (§ 19 IV GmbHG) .....</b>	<b>61</b>
I. Ausgangslage .....	61
II. Einzelheiten der Neuregelung .....	63
1. Die Anrechnung der (verdeckten) Sachleistung (§ 19 IV GmbHG) .....	63
2. Verbleibende Sanktionen .....	65
III. Sonderprobleme .....	66
IV. Übergangsrecht (§ 3 IV EGGmbHG) .....	67
V. Bewertung .....	68
<b>E. Erleichterung von Darlehen der Gesellschaft an Gesellschafter, Legalisierung von Cash-Pool-Systemen und sonstige Modifikationen der Kapitalbindung (§§ 19 V, 30 I 2 GmbHG) .....</b>	<b>69</b>
I. Ausgangslage .....	69
1. Rahmenbedingungen von Cash-Pool-Systemen .....	69
2. Darlehensausreichung bzw. Cash-Pool und Kapitalaufbringung: Keine Erfüllungswirkung beim Hin- und Herzahlen von Einlagen .....	69
3. Darlehensausreichung bzw. Cash-Pool und Kapitalerhaltung: Problem der Kompensation der Auszahlung durch den Rückforderungsanspruch .....	70
II. Reforminhalte .....	71
1. Darlehen an Gesellschafter und Kapitalaufbringung (§ 19 V GmbHG) ..	71
a) Einzelheiten der gesetzlichen Neuregelung: Befreiung von Einlagepflicht bei Vollwertigkeit und Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs; Offenlegungspflicht (§ 19 V GmbHG) .....	71
b) Konkretisierung der Anforderungen an die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs (§ 19 V 1 GmbHG) .....	74
c) Sonderprobleme .....	76
d) Übergangsrecht (§ 3 IV EGGmbHG) .....	77
2. Darlehen an Gesellschafter und Ausschüttungsverbot .....	77
a) Einzelheiten der Neuregelung: Der Vorbehalt des vollwertigen Rückgewähranspruchs (§ 30 I 2 Alt. 2 GmbHG) .....	77
b) Konkretisierung der Anforderungen an die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs; maßgeblicher Zeitpunkt .....	78
c) Berücksichtigung des Werts der Gegenleistung bei Austauschverträgen? .....	79

d) Bestellung von Sicherheiten zugunsten des Gesellschafters (upstream security) .....	80
e) Privilegierung von Ausschüttungen im Vertragskonzern (§ 30 I 2 Alt. 1 GmbHG) .....	82
f) Rechtslage bei der AG .....	83
g) Übergangsrecht; Heilung durch Erstattung und Neuausreichung .....	83
III. Bewertung .....	84
<b>F. Vom Eigenkapitalersatzrecht zum Recht der Gesellschafterfinanzierung</b> .....	<b>85</b>
I. Ausgangslage: Finanzierungsfolgenverantwortung bei Gewährung von Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH .....	85
II. Einzelheiten der Neuregelung .....	87
1. Insolvenzzrechtliche Verortung und genereller Nachrang von Gesellschafterdarlehen (§§ 30 I 3 GmbHG, 39 I Nr. 5, IV, V InsO; Aufhebung der §§ 32a/b GmbHG) .....	87
2. Tatbestandsvoraussetzungen für den Nachrang von Gesellschafterforderungen (§ 39 I Nr. 5, IV, V InsO) .....	89
III. Sonderprobleme .....	91
1. Neuregelung für Nutzungsüberlassungen (§ 135 III InsO) .....	91
2. Beibehaltung und Kodifizierung der Rangrücktrittsobligiertheit (§ 19 II 2 InsO) .....	92
3. Anfechtung (§ 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG) .....	94
4. Bestellung von Sicherheiten durch einen Gesellschafter gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger (§§ 44a, 135 II, 143 III InsO) .....	95
5. Stille Gesellschaft .....	95
6. Finanzplankredit .....	96
IV. Übergangsrecht (Art. 103d EGIInsO) .....	97
V. Bewertung .....	98
<b>G. Missbrauchsbekämpfung</b> .....	<b>99</b>
I. Ausgangslage: Allgemeiner Rechtsformmissbrauch, Scheinauslandsgesellschaften, Firmenbestattung .....	99
II. Reforminhalte .....	100
1. Verschärfung der für Geschäftsführer geltenden Bestellungsverbote (§ 6 II GmbHG) .....	100
2. Gesellschafterhaftung für Überlassung der Geschäftsführung an eine einem Tätigkeitsverbot unterliegende Person (§ 6 V GmbHG) .....	101
a) Haftungsvoraussetzungen .....	101
b) Bewertung .....	103
3. Erleichterung von Zugang bzw. Zustellung; Eintragung der Geschäftsanschrift und subsidiäre Passivvertretungsmacht der Gesellschafter .....	104
a) Geschäftsanschrift (§§ 8 IV Nr. 1, 10 I GmbHG) .....	104
b) Subsidiäre Passivvertretungsmacht der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit (§ 35 I 2, II 3 GmbHG und § 78 I 2, II AktG) .....	105
c) Bewertung .....	106
4. Einheitliche Verortung der Insolvenzantragspflicht im Insolvenzrecht (§ 15a InsO) .....	106
5. Erstreckung der Insolvenzantragspflicht auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO) .....	107
a) Einzelheiten der Neuregelung .....	107
b) Bewertung .....	108

6. Einführung der Insolvenzverursachungshaftung (§ 64 S. 3 GmbHG) . . . . .	109
a) Einzelheiten der Neuregelung . . . . .	109
b) Bewertung . . . . .	111
III. Exkurs: „Vorübergehende“ Wiedereinführung des „alten“ Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (§ 19 II InsO) . . . . .	114
1. Positive Fortführungsprognose: Ausschlussgrund statt Bewertungsmaßstab . . . . .	114
2. Bewertung . . . . .	115
<b>H. Gesetzliche Regelung genehmigten Kapitals (§ 55a GmbHG) . . . . .</b>	<b>116</b>
I. Einzelheiten der Neuregelung . . . . .	116
II. Bewertung . . . . .	118
<b>Kapitel 4 Praxishinweise und Gestaltungsvorschläge . . . . .</b>	<b>119</b>
<b>A. GmbH-Gründung und Satzungsgestaltung . . . . .</b>	<b>119</b>
I. Empfehlenswerte Regelungen in GmbH-Satzungen nach MoMiG . . . . .	119
II. Empfehlungen zur Überarbeitung bestehender GmbH-Satzungen . . . . .	122
III. Versicherungen der Geschäftsführer im Rahmen von Anmeldungen zum Handelsregister . . . . .	122
<b>B. Unternehmenskauf . . . . .</b>	<b>123</b>
I. Allgemeine Hinweise . . . . .	123
II. Gestaltungsvorschläge im Rahmen einer Geschäftsanteilsveräußerung . . . . .	123
<b>C. Rangrücktrittsvereinbarung . . . . .</b>	<b>125</b>
<b>D. Geschäftsführerhaftung – Wesentliche Haftungstatbestände . . . . .</b>	<b>125</b>
<b>E. Gesellschafterhaftung – Wesentliche Haftungstatbestände . . . . .</b>	<b>126</b>
<b>Sachverzeichnis . . . . .</b>	<b>129</b>