

# Client Alert

Latham & Watkins Corporate  
and Finance Departments

## Das MoMiG - Wesentliche Änderungen im GmbH-Recht

Der Deutsche Bundestag hat am 26. Juni 2008 das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ beschlossen. Nach Zustimmung des Bundesrats soll das Gesetz im Spätherbst in Kraft treten.

Während sich das publizistische Interesse auf die durch das MoMiG neu geschaffene Möglichkeit konzentriert, ohne Eigenkapital eine haftungsbeschränkte Gesellschaft, die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, zu gründen, dürfte die größere Bedeutung des Gesetzes für die Praxis in der grundlegenden Umgestaltung wesentlicher Elemente des „normalen“ GmbH-Rechts liegen. Dabei verdienen die folgenden Punkte besondere Aufmerksamkeit.<sup>1</sup>

### Kapitalaufbringung

Der Mindestbetrag des Stammkapitals bleibt, entgegen der ursprünglichen Absicht der Bundesregierung, unverändert bei € 25.000. Erstmals gesetzlich geregelt werden die besonders praxisrelevanten und bislang mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbundenen Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens.

Bei der **verdeckten Sacheinlage** geht es um Fälle, in denen der Gesellschafter die laut Gesellschaftsvertrag geschuldete Bareinlage zwar erbracht hat, das Geld jedoch aufgrund einer im selben Zusammenhang getroffenen Abrede als Gegenleistung für einen Vermögensgegenstand (z.B. eine Maschine) wieder an ihn zurück fließt. Da die Gesellschaft hier letztlich etwas anderes bekommt als nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldet, muss der Gesellschafter noch einmal zahlen.

Hieran wird, anders als noch im dafür heftig kritisierten Regierungsentwurf, im Grundsatz festgehalten. Neu ist hingegen, dass künftig der Wert des geleisteten Vermögensgegenstandes auf die Bareinlageverpflichtung angerechnet wird. Der Gesellschafter muss also nur noch den Differenzbetrag nachzahlen (§ 19 Abs. 4 GmbHG n.F.). Die Anrechnung geschieht von Gesetzes wegen, jedoch erst mit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Weiß der Geschäftsführer von der verdeckten Sacheinlage, so muss er sie bei der Anmeldung offenlegen, weil sonst seine Versicherung über die Leistung der Bareinlage falsch ist. Maßgeblich für die Differenzhaftung ist der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der

„Wenn das MoMiG in Kraft tritt, wird es die umfassendste Reform seit Bestehen des GmbH-Gesetzes sein.“

Handelsregisteranmeldung oder, falls diese später erfolgt, im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, wobei für die Werthaltigkeit der Gesellschafter die Beweislast trägt.

Diese Neuregelung ist für den betroffenen Gesellschafter nicht nur vorteilhaft. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt das MoMiG nämlich klar, dass alle im Hinblick auf die verdeckte Sacheinlage getroffenen Abreden wirksam sind. Dies hat zur Folge, dass der Gesellschafter das Eigentum an dem geleisteten Vermögensgegenstand unwiederbringlich an die Gesellschaft verliert. Kommt es z.B. bei einer späteren Insolvenz der GmbH zum Streit über den ursprünglichen Wert und kann der Gesellschafter gegenüber dem Insolvenzverwalter dessen - vermutlich niedrigen - Wertansatz nicht widerlegen, muss er u.U. einen Großteil der Einlage noch einmal in bar leisten, ohne - wie bisher - das Aussonderungsrecht nach § 47 InsO, § 985 BGB hinsichtlich des Vermögensgegenstandes geltend machen zu können. Wenn ein Gesellschafter bemerkt, dass versehentlich eine verdeckte Sacheinlage geleistet wurde, sollte er also belastbare Beweise für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes sammeln und diese aufbewahren.

Bei der Fallgruppe des **Hin- und Herzahlens** geht es um Fälle, in denen von vornherein beabsichtigt war, dass der als Bareinlage gezahlte Betrag z.B. in Form eines Darlehens unmittelbar an den Gesellschafter zurückfließen soll. Dies ist auch dann der Fall, wenn bei Gründung der Gesellschaft feststand, dass sie an einem vom Gesellschafter gesteuerten *Cash-Pool* oder *Cash-Management* teilnehmen wird. Bislang galt hier die Einlage als nicht erbracht, da das Geld den Geschäftsführern nicht endgültig zur freien Verfügung stand. Zukünftig soll der Gesellschafter immer dann von seiner Einlageschuld frei werden, wenn die Leistung der GmbH durch einen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist, der nicht nur vollwertig, sondern auch liquide ist, d.h. jederzeit fällig gestellt

werden kann (§ 19 Abs. 5 GmbHG n.F.). Eine Bestellung von Sicherheiten zugunsten der Gesellschaft ist dagegen nicht vorgeschrieben. Die an den Gesellschafter erfolgende Leistung oder die hierauf gerichtete Vereinbarung ist bei Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister offenzulegen. Bei Abfassung einer solchen Vereinbarung muss der Gesellschafter zukünftig darauf achten, dass die GmbH ein unbeschränktes Recht zur fristlosen Kündigung des Darlehens hat, da nur dann ein liquider Rückzahlungsanspruch besteht.

Das MoMiG sieht vor, dass diese neuen Regeln auch auf Altfälle, d.h. auf vor seinem Inkrafttreten erbrachte Einlageleistungen, Anwendung finden, soweit diese nach der bis dahin geltenden Rechtslage keine Erfüllungswirkung gehabt haben. Besteht die Möglichkeit, dass in der Vergangenheit versehentlich eine verdeckte Sacheinlage geleistet worden ist, gilt der obige Hinweis entsprechend.

## Kapitalerhaltung

Auch nach Eintragung der GmbH in das Handelsregister muss das Stammkapital erhalten bleiben: es darf also nicht einem Gesellschafter zurückgezahlt werden. Geschieht dies doch, ist der Gesellschafter zur sofortigen Wiedereinzahlung, der mitwirkende Geschäftsführer zum Schadensersatz verpflichtet. Fällt der Gesellschafter aus, haften die Mitgesellschafter. Diese in §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1, 3 und 43 Abs. 3 GmbHG niedergelegten Grundsätze werden auch in Zukunft gelten, jedoch zwei nicht unwesentliche Einschränkungen erfahren, die auch im Aktienrecht gelten (§ 57 Abs. 1 AktG n.F.). Leistungen der GmbH an ihren Gesellschafter, insbesondere im Rahmen eines **Cash-Pools**, stellen keine verbotene Einlagenrückgewähr mehr dar, wenn die Leistung der Gesellschaft durch vollwertigen, d.h. nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich durchsetzbaren Rückzahlungsanspruch gedeckt ist. Wie bei der Kapitalaufbringung ist die Bestellung von Sicherheiten nicht

vorgeschrieben. Anders als dort braucht der Anspruch nicht jederzeit liquide zu sein. Eine später eintretende Verschlechterung der Bonität des Gesellschafters führt nicht zu einer Haftung nach § 31 GmbH, kann aber Grundlage eines Schadensersatzanspruchs gegen den Geschäftsführer sein, wenn dieser die Umstände kennt und trotzdem Maßnahmen unterlässt, den Rückzahlungsanspruch zu realisieren.

Eine weitere Ausnahme bilden die Fälle, in denen ein **Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag** (§ 291 AktG) zwischen der GmbH und dem Gesellschafter besteht. Hiervon erfasst sind Leistungen sowohl an den Gesellschafter als auch auf dessen Veranlassung an Dritte. In diesen Fällen steht der Gesellschaft statt des Rückzahlungsanspruchs ein Verlustausgleichsanspruch nach Maßgabe des § 302 AktG gegen den Gesellschafter zu.

Anders als bei den Vorschriften zur Kapitalaufbringung ist eine Anwendung der neuen Regeln auf Altfälle hier nicht vorgesehen. Bei Rückzahlungen vor Inkrafttreten des MoMiG besteht also auch in Zukunft die Gefahr einer Haftung nach den §§ 31 Abs. 1, 3 und 43 Abs. 2 GmbHG.

## Gutgläubiger Erwerb

§ 16 Abs. 3 GmbHG n.F. sieht vor, dass künftig unter bestimmten Umständen Geschäftsanteile an einer GmbH auch dann wirksam erworben werden können, wenn der Veräußerer tatsächlich nicht Gesellschafter war. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass der Veräußerer in die beim Handelsregister hinterlegte **Gesellschafterliste** eingetragen und diese Eintragung seit mindestens drei Jahren unrichtig ist. Es genügt also nicht, dass der Veräußerer unverändert seit drei Jahren als Gesellschafter eingetragen ist. Da die Drei-Jahres-Frist den wirklichen Gesellschafter schützen und ihm die Möglichkeit zum Widerspruch eröffnen soll, kommt es vornehmlich darauf an, dass die Gesellschafterliste über den vollen Zeitraum der Frist in

demselben Punkt unrichtig war. Auf den Ablauf der Drei-Jahres-Frist kommt es hingegen nicht an, wenn dem wirklichen Gesellschafter die Unrichtigkeit zuzurechnen ist, etwa weil er die unrichtige Eintragung kannte oder kennen musste, aber nicht auf eine Korrektur hingewirkt hat. Zusätzlich ist für einen gutgläubigen Erwerb erforderlich, dass dem Erwerber die Unrichtigkeit der Eintragung nicht bekannt oder grob fahrlässig unbekannt war und kein Widerspruch in der Liste eingetragen ist. Das neu geschaffene Institut des Widerspruchs ist ähnlich ausgestaltet wie im Grundbuchrecht.

Für Altfälle, d.h. für alle vor Inkrafttreten des MoMiG gegründeten GmbH, gilt Folgendes: Ist die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste dem Berechtigten zuzurechnen, so ist ein gutgläubiger Erwerb frühestens bei Rechtsgeschäften möglich, die sechs Kalendermonate nach dem Inkrafttreten des Gesetzes getätigt werden. Ist sie ihm nicht zuzurechnen, ist ein gutgläubiger Erwerb sogar erst bei Rechtsgeschäften möglich, die drei Jahre nach Inkrafttreten vorgenommen werden. Die auf Erwerberseite herbeigesehnte Rechtssicherheit wird somit in der Praxis noch einige Zeit auf sich warten lassen.

Mit dieser Neuregelung wird die bisher schon im GmbH-Recht existierende Gesellschafterliste zum Rechtsscheinträger des gutgläubigen Erwerbs. Die Zuständigkeit für die Führung der Gesellschafterliste ist nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG n.F. zweigleisig ausgestaltet. Grundsätzlich sind die Geschäftsführer für die Aktualisierung und Einreichung der Gesellschafterliste zuständig (Abs. 1); wirkt hingegen ein Notar an der Veränderung im Gesellschafterkreis und/oder im Beteiligungsumfang mit, so trifft ihn an Stelle der Geschäftsführer diese Verantwortung (Abs. 2).

In der Praxis dürfte die **notarielle Zuständigkeit** zur Regel werden. Typische Fälle sind etwa die Abtretung von Geschäftsanteilen, Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen sowie

Gesamtrechtsnachfolgen nach dem Umwandlungsgesetz. (z.B. Verschmelzung und Spaltung), die allesamt der notariellen Beurkundung bedürfen. Für die M&A-Praxis zu beachten ist, dass der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. die Gesellschafterliste unverzüglich nach Wirksamwerden der Beteiligungsveränderung zum Handelsregister einzureichen und der Gesellschaft eine Abschrift zu übermitteln hat. Das Wirksamwerden ist aber häufig vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung (z.B. kartellrechtliche Vollzugsfreigabe, Kaufpreiszahlung, Fassung von Zustimmungsbeschlüssen) abhängig, und Erwerber und Veräußerer sind nicht ohne weiteres verpflichtet, den Notar von dem Eintritt einer solchen aufschiebenden Bedingung zu unterrichten. Es empfiehlt sich daher, eine entsprechende Verpflichtung ausdrücklich in den Kauf- und Übertragungsvertrag aufzunehmen.

In den **Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer** fallen hingegen Beteiligungsänderungen infolge von Erbfällen sowie der Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Die Richtigkeit der Gesellschafterliste ist insoweit jedoch nur unzureichend gewährleistet, weil die Geschäftsführer die Aktualisierung schon aufgrund von bloßen „Mitteilungen und Nachweisen“ über Beteiligungsänderungen vornehmen müssen. § 40 Abs. 2 GmbHG n.F. sieht weder vor, von wem diese Mitteilungen und Nachweise stammen sollen, noch dass es sich hierbei um qualifizierte Unterlagen wie z.B. öffentliche Urkunden handeln muss. So ist etwa bei einem Erbfall nicht einmal die Vorlage eines Erbscheins vorgeschrieben. Angesichts der drohenden Haftung des Geschäftsführers für unrichtige Gesellschafterlisten - nunmehr auch gegenüber dem wirklichen Berechtigten (§ 40 Abs. 3 GmbHG n.F.) - ist ihm zu einer sorgsamsten Prüfung zu raten.

Die vorstehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Richtigkeit der Gesellschafterliste sind zunächst für den wahren Berechtigten misslich, weil diesem der Verlust seines Geschäftsanteils infolge

des gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten droht. Dies gilt vor allem deshalb, weil das MoMiG keine Unterrichtung der Betroffenen, also der zuvor in der Gesellschafterliste eingetragenen Personen, von dort vorgenommenen Veränderungen vorsieht. Deshalb ist jedem Inhaber eines Geschäftsanteils anzuraten, die Gesellschafterliste spätestens vor Ablauf von drei Jahren seit seiner erstmaligen Eintragung einzusehen und ggf. die Zuordnung eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG n.F. zu beantragen.

Die unzureichende Richtigkeitsgewähr ist aber auch aus Erwerbersicht misslich. Für diesen ist nämlich typischerweise nicht erkennbar, wann die Gesellschafterliste unrichtig geworden ist. Falls etwa eine jahrelang richtige Eintragung infolge einer nicht eingetragenen Beteiligungsveräußerung innerhalb der letzten drei Jahre unrichtig geworden ist, ohne dass dies dem wahren Berechtigten zuzurechnen wäre, z.B. weil der Notar eine ihm obliegende Änderungsanmeldung versäumt hat, so entfällt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs. Der Erwerber kann sich also nicht einfach auf eine in den letzten drei Jahren unwidersprochene Gesellschafterliste verlassen. Jedenfalls für diesen Zeitraum ist deshalb weiterhin eine *Due Diligence* zu empfehlen. Auch darüber hinaus sollte der Erwerber mindestens die Plausibilität der Gesellschafterliste im Rahmen einer *Due Diligence* überprüfen, um dem Vorwurf einer den gutgläubigen Erwerb ausschließenden grob fahrlässigen Unkenntnis der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste vorzubeugen.

Ein gutgläubiger Erwerb tatsächlich nicht bestehender Geschäftsanteile wird nach richtiger Auffassung durch die Neuregelung nicht ermöglicht. Die Begründung des Regierungsentwurfs ist insoweit eindeutig. Hingegen sollte eine falsch eingetragene Stückelung der Anteile einen gutgläubigen Erwerb nicht stets verhindern. Wenn der Veräußerer z.B. einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von € 1.000 hält, in der Gesellschafterliste aber zwei Geschäftsanteile zu je € 500 eingetragen sind, so

würde ein gutgläubiger Erwerber den Geschäftsanteil zu € 1.000 erwerben.

Nicht ermöglicht wird durch die neue Regelung ein sog. „gutgläubig lastenfreier“ Erwerb. Ist der Geschäftsanteil mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet, so bleibt diese Belastung auch dann bestehen, wenn sie dem Erwerber nicht bekannt war. Ob seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, ist dabei unerheblich. Der lastenfreie Erwerb wird vielmehr schon dadurch verhindert, dass Belastungen nicht in der Gesellschafterliste eingetragen werden und es damit an einem Vertrauenstatbestand fehlt.

Für Unternehmensgruppen, bei denen einzelne Beteiligungsverhältnisse an Tochtergesellschaften unklar sind - ein keineswegs seltener Fall -, mag der Gedanke naheliegen, die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs für konzerninterne „Heilungsaktionen“ zu nutzen. Das Umhängen von Beteiligungen innerhalb eines Konzerns wird allerdings wohl kaum als ausreichend für einen gutgläubigen Erwerb anzusehen sein. Überträgt z.B. Konzerngesellschaft A ihre Beteiligung an einer GmbH auf Konzerngesellschaft B, so ist dies kein für den gutgläubigen Erwerb erforderliches Verkehrsgeschäft, da die beiden Parteien wirtschaftlich zumindest teildentisch sind. Unsicherheiten in der Erwerbsskette hin zu A können dadurch also nicht beseitigt werden.

Auch der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft dürfte nicht durch die Regeln des gutgläu-

bigen Erwerbs geschützt sein. Da dem Geschäftsführer die Verantwortung für die Gesellschafterliste obliegt und diese Verantwortung der GmbH zuzurechnen sein dürfte, wird sie sich als erwerbende Gesellschaft nicht auf den durch die Liste gesetzten Vertrauenstatbestand berufen können.

Unklar ist, ob ein Mehrheitsgesellschafter sich bei Zukäufen auf gutgläubigen Erwerb berufen könnte. Aufgrund der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers der GmbH besteht ein erhebliches Risiko, dass die Verantwortung für die Gesellschafterliste dem erwerbenden Mehrheitsgesellschafter zugerechnet wird und er daher ebenfalls nicht den durch die Liste gesetzten Vertrauenstatbestand in Anspruch nehmen kann. Hier bleibt eine Klärung durch die Rechtsprechung abzuwarten.

#### **Endnote**

<sup>1</sup> Weitere Schwerpunkte des MoMiG sind die Flexibilisierung der Struktur von Geschäftsanteilen, die zukünftig mögliche Verlegung des Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland, die Einführung eines genehmigten Kapitals bei einer GmbH sowie die Schaffung eines einfachen und klaren Rechtsrahmens für die der GmbH von einem Gesellschafter gewährten Darlehen. Die zukünftige Behandlung derartiger Gesellschafterdarlehen ist Gegenstand eines gesonderten Client Alerts mit dem Titel „New Legislation on Equitable Subordination in Germany“ (Autoren: Dr. Philipp von Randow, Daniel Ehret, Latham & Watkins, Frankfurt am Main).

Fragen zu diesem  
*Client Alert* beantworten  
Ihnen gern

**Dr. Mathias Hansen**  
Hamburg

**Dr. Liane Bednarz**  
München

**Dr. Malte Iversen**  
München

**Christoph von Teichman**  
Hamburg

Standorte:

**Barcelona**  
**Brüssel**  
**Chicago**  
**Dubai**  
**Frankfurt**  
**Hamburg**  
**Hongkong**  
**London**  
**Los Angeles**  
**Madrid**  
**Mailand**  
**Moskau**  
**München**  
**New Jersey**  
**New York**  
**Northern Virginia**  
**Orange County**  
**Paris**  
**Rom**  
**San Diego**  
**San Francisco**  
**Shanghai**  
**Silicon Valley**  
**Singapur**  
**Tokio**  
**Washington, D.C.**

Der *Client Alert* wird von Latham & Watkins für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite [www.lw.com/LathamMail.aspx](http://www.lw.com/LathamMail.aspx) für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

<b>Barcelona</b> +34.93.545.5000	<b>Madrid</b> +34.91.791.5000	<b>Rom</b> +39.02.3046.2000
<b>Brüssel</b> +32.2.788.6000	<b>Mailand</b> +39.02.3046.2000	<b>San Diego</b> +1.619.236.1234
<b>Chicago</b> +1.312.876.7700	<b>Moskau</b> +7.495.785.1234	<b>San Francisco</b> +1.415.391.0600
<b>Dubai</b> +971.4.704.6300	<b>München</b> +49.89.20.80.3.8000	<b>Shanghai</b> +86.21.6101.6000
<b>Frankfurt</b> +49.69.6062.6000	<b>New Jersey</b> +1.973.639.1234	<b>Silicon Valley</b> +1.650.328.4600
<b>Hamburg</b> +49.40.41.40.30	<b>New York</b> +1.212.906.1200	<b>Singapur</b> +65.6536.1161
<b>Hongkong</b> +852.2522.7886	<b>Northern Virginia</b> +1.703.456.1000	<b>Tokio</b> +81.3.6212.7800
<b>London</b> +44.20.7710.1000	<b>Orange County</b> +1.714.540.1235	<b>Washington, D.C.</b> +1.202.637.2200
<b>Los Angeles</b> +1.213.485.1234	<b>Paris</b> +33.1.40.62.20.00	