

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

**Insolvenzrechtliche Implikationen der GmbH-Reform  
unter besonderer Berücksichtigung des neuen  
Eigenkapitalersatzrechts nach dem MoMiG**

Vortrag bei Linklaters  
am 30. Oktober 2008 in Frankfurt

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

**Insolvenzrechtlich relevante Neuregelungen  
in GmbHG + InsO nach dem MoMiG**

**1. Kapitalaufbringung**

- Korrektur der bisherigen, sehr scharfen Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage ⇒ in Zukunft nur Differenzhaftung (§ 19 IV GmbHG)
- Möglichkeit der Befreiung von der Bareinlagepflicht auch bei Rückfluss der Einlage an den Gesellschafter (Hin- und Herzahlung);  
Voraussetzung: vollwertiger Rückgewähranspruch (§ 19 V GmbHG)

## 2. Kapitalerhaltung/-ersatz

- Unanwendbarkeit des § 30 GmbHG auf Leistungen bei Bestehen von Beherrschungs- oder Gewinnabführungsverträgen
  - ⇒ Sonderrecht des Vertragskonzerns (§ 30 I 2 GmbHG)
- Unanwendbarkeit des § 30 GmbHG bei Leistungen mit vollwertigem Gegenleistungs- / Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter
  - ⇒ Sonderrecht des Cashpools (§ 30 I 2 GmbHG)
- Unanwendbarkeit des § 30 GmbHG auf die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (§ 30 I 3 GmbHG) ⇒ s.u. Folien 8 + 9
- Aufhebung der §§ 32a, b GmbHG + Verlagerung ins Insolvenzrecht
  - ⇒ s.u. Folie 7

## 3. Insolvenzantragspflicht / Insolvenzverschleppungshaftung

- Streichung des § 64 I GmbHG
- Verallgemeinerung der Antragspflicht in § 15a InsO
  - ⇒ Geltung auch für Scheinauslandsgesellschaften (Limited)
  - ⇒ Strafbarkeit auch bei „nicht richtig“ gestelltem Antrag (§ 15a IV GmbHG)
- Übertragung der Antragspflicht auf die Gesellschafter bei Führungslosigkeit der Gesellschaft (§ 15a III InsO)
  - ⇒ Haftung auch der Gesellschafter für Insolvenzverschleppung aus § 823 I BGB i.V.m. § 15a III InsO  
(nicht aber aus § 64 GmbHG n.F. = § 64 II GmbHG a.F.)
  - ⇒ Strafbarkeit auch der Gesellschafter bei Verstoß gegen die Antragspflicht (§ 15a IV InsO)

### 3. Insolvenzantragspflicht / Insolvenzverschleppungshaftung

- Ersatzpflicht des Geschäftsführers, wenn Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen (§ 64 Satz 3 GmbHG)
  - Teilregelung für Fälle der „Existenzvernichtung“
  - Parallelen zum „solvency test“

### 4. Einführung der Unternehmergesellschaft (§ 5a GmbHG)

- kein Mindeststammkapital von 25.000 € ⇒ Gründung ab 1 €
- Rücklagenbildung: ¼ des Jahresüberschusses
- Einberufung der Gesellschafterversammlung bei drohender Zahlungsunfähigkeit, nicht bei Verlust von ½ des Stammkapitals

### ➤ Überschuldung (§ 19 InsO)

- Früher: sog. „zweistufiger Überschuldungsbegriff“ (*Karsten Schmidt*)
  - trotz rechnerischer Überschuldung keine Überschuldung im juristischen Sinn bei positiver Fortführungsprognose
- Neudefinition durch die InsO: positive Fortführungsprognose ändert nur den Berechnungsmaßstab: Fortführungs- statt Zerschlagungswert
  - *Karsten Schmidt*: keine materielle Änderung
  - BGHZ 171, 46 (Tz. 19): keine Fortgeltung des sog. „zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
- Achtung: Rückänderung durch Art. 5 FMStG bis zum 1.1.2011
  - § 19 II InsO: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

## 1. Verlagerung ins Insolvenzrecht

- Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG, 129a, 172a HGB
- Konzentration auf die insolvenzrechtlichen Regelungen
  - Rangrücktritt der Gesellschafterdarlehen – § 39 I Nr. 5 InsO
  - Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen – § 135 InsO
  - gesellschafterbesicherte Drittdarlehen – § 44a InsO
- rechtsformneutrale Ausgestaltung - § 39 IV InsO
  - alle Gesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person
  - Erfassung auch von Auslandsgesellschaften
- Ergänzung durch §§ 6, 6a AnfG für masselose Insolvenzen

## 2. Abschaffung der „Zweispurigkeit“

- „Nichtanwendungserlass“ für die Rechtsprechungsregeln in § 57 I 3 AktG und § 30 I 3 GmbHG
- keine Umqualifizierung in Eigenkapitalersatz trotz Eingriffs in das Stammkapital bei Rückführung
- Konsequenzen s.u. Folie 9

## 2. Abschaffung der „Zweispurigkeit“

- Verkürzung der Rückforderungsfrist ⇔ § 31 V 1 GmbHG: 10 Jahre
- keine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter über § 31 III GmbHG
- keine Anknüpfung der Geschäftsführerhaftung über § 43 III GmbHG
- kein „Abzugsverbot“ ⇒ keine Einwendung des Geschäftsführers gegen die Rückforderung des Gesellschafters
  - partieller Ausgleich durch § 64 Satz 3 GmbHG n.F.: Verbot von Zahlungen, die die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen
  - **Sonderfall:** Nutzungsüberlassung ⇒ s.u. Folie 18

## 3. Abkoppelung von der „Krise der Gesellschaft“

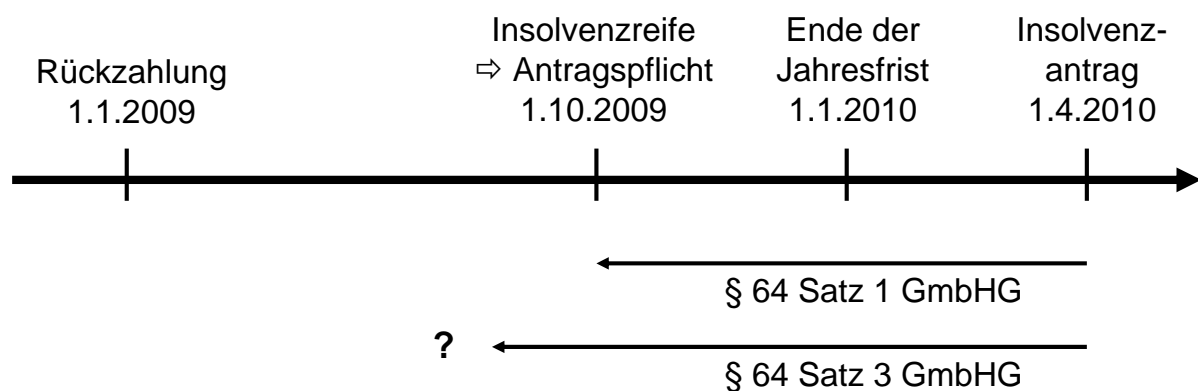
- genereller Rangrücktritt von Gesellschafterdarlehen und Forderungen aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen (§ 39 Nr. 5 InsO)
  - Eigenkapitalersatz ist nicht mehr Tatbestand, sondern „Rechtsfolge“
  - keine große praktische Änderung für Darlehen, da bisher Rechtsfigur des „Stehenlassens“ in der Krise
  - Problem: Vergleichsbasis für „wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen“ ist nicht mehr der eigenkapitalersetzende Charakter
- generelle Anfechtbarkeit bei einer Befriedigung im letzten Jahr vor Insolvenzantrag (§ 135 I Nr. 2 InsO)
- keine Berücksichtigung bei Überschuldung (§ 19 II 2 InsO)
  - Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO erforderlich

#### 4. Kleinbeteiligungsprivileg (§ 39 V InsO)

- 10 %-Regel für alle Gesellschaftsformen
  - Absenkung der Beteiligungsschwelle bei der AG
- Anknüpfung an die Beteiligung am „Haftkapital“
  - Problem bei (deutschen + ausländischen) Gesellschaftsformen ohne Grund- oder Stammkapital

#### 5. Sanierungsprivileg (§ 39 IV 2 InsO)

- Anteilserwerb bei „drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit“
- Privileg bis zur „nachhaltigen Sanierung“



**Problem:** Kann der Gesellschaftergeschäftsführer die Anfechtungsmöglichkeit des § 135 I Nr. 2 InsO (nur binnen Jahresfrist) durch Insolvenzverschleppung verhindern?

**Problem: Maßgeblicher Zeitpunkt für Gesellschaftereigenschaft**

- Bisheriges Recht: Zeitpunkt der Gewährung oder des Stehenlassens des Darlehens in der „Krise der Gesellschaft“
  - Abtretung + Austritt haben keine Wirkung auf die gesetzliche Bindung
- Geplantes Recht: Zeitpunkt der Insolvenz
  - Frage: Kann sich der Gesellschafter durch Abtretung der Forderung oder durch Austritt aus der Gesellschaft den insolvenzrechtlichen Regeln über Gesellschafterdarlehen entziehen?
  - Antwort: Nein ⇒ Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 135 I Nr. 2 InsO
    - ⇒ Bindung greift ein, wenn Verknüpfung zwischen Gesellschaftereigenschaft und Darlehen im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag bestand

**Folgen für die Abtretung**

- Bei einer Abtretung innerhalb der Jahresfrist bleibt die Forderung nachrangig (§ 39 I Nr. 5 InsO).
- Bei einer der Abtretung innerhalb der Jahresfrist nachfolgenden Rückzahlung ist der Dritte der Anfechtung ausgesetzt (§ 135 I Nr. 2 InsO).

## Folgen für das Ausscheiden

- Bei einer Rückzahlung vor dem Ausscheiden besteht die Anfechtungsmöglichkeit aus § 135 I Nr. 2 InsO für ein Jahr fort
  - ⇒ **Achtung beim Unternehmenskauf:** besser Mitverkauf des Darlehens als Rückzahlung an Altgesellschafter + Neudarlehen durch Neugesellschafter
- Bei einem Ausscheiden + Fortbestand des Kreditverhältnisses
  - ⇒ bleibt die Forderung für ein Jahr nachrangig (§ 39 I Nr. 5 InsO).
  - ⇒ bleibt der Gesellschafter bei einer innerhalb der Jahresfrist nachfolgenden Rückzahlung der Anfechtung ausgesetzt (§ 135 I Nr. 2 InsO).
- Die Gesellschaftersicherheit unterliegt bei einem Ausscheiden innerhalb der Jahresfrist weiter der Bindung aus § 44a RefE-InsO.

## 1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum bisherigen Recht

- *BGHZ 109, 55 = NJW 1990, 516*
- *BGHZ 121, 31 = NJW 1993, 392*
  - Wirtschaftliche Vergleichbarkeit von Darlehen und Gebrauchsüberlassung i.S.d. § 32a III GmbHG
    - ⇒ Überlassungsunwürdigkeit entscheidend
  - keine Anmeldung der Mietzinsforderung im Konkurs – § 32a I GmbHG
  - Rückgewähr gezahlter Mietzinsen (1) gemäß § 32a KO / § 135 InsO bzw. (2) gemäß § 31 GmbHG, wenn die Zahlung aus Mitteln erfolgt, die zur Deckung des Stammkapitals erforderlich sind.



## 1. Rechtsprechung des II. Zivilsenats zum bisherigen Recht

- BGHZ 127, 1 = NJW 1994, 2349
- BGHZ 127, 17 = NJW 1994, 2760
  - Pflicht des Gesellschafters, dem Insolvenzverwalter die Nutzung für die vereinbarte bzw. – bei Vereinbarung nicht hinnehmbar kurzer Kündigungsfristen – die übliche Zeit unentgeltlich zu überlassen
    - ⇒ Nutzungsrecht ist wie eine Sacheinlage zu behandeln
  - grundsätzlich keine Pflicht des Gesellschafters, den Wert des Nutzungsrechts in Geld zu ersetzen
  - kein Recht des Insolvenzverwalters zur Verwertung der Sachsubstanz

## 2. Neuregelung im MoMiG (§ 135 III InsO)

- *Tatbestand:*
  - Gesellschafter hatte dem Schuldner einen Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen
  - Gegenstand ist für die Fortführung des Unternehmens „von erheblicher Bedeutung“
    - ⇒ Problem: geplante „übertragende Sanierung“ nach Verfahrenseröffnung
- *Rechtsfolgenseite:*
  - „Abzugsverbot“ = Aussonderungsanspruch kann während des Insolvenzverfahrens (höchstens für 1 Jahr) nicht geltend gemacht werden
  - Finanzieller Ausgleich ⇒ Berechnung: Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung

### 3. Mietzahlungen nach neuem Recht

- jetzt allgemeiner Vergleich zwischen Darlehensgewährung und wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen erforderlich
- keine Differenzierung zwischen Mietforderungen und Forderungen aus sonstigen Verträgen (z.B. Kauf-, Werk-, Dienstvertrag)
- Vergleich mit Darlehensgewährung nur bei Stundung
  - ⇒ Anfechtung (§ 135 I Nr. 2 InsO) nur bei verspäteten Mietzahlungen

© 2008

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)