



# MoMiG - Quo vadis, GmbH?

Dr. Stephan Wübbelsmann  
LL.M. Taxation  
Rechtsanwalt

Stand der Bearbeitung: 28.10.2008

## Dr. Stephan Wübbelsmann LL.M. Tax., Rechtsanwalt



geb. 1976, verheiratet

- » Studium in Passau, Münster, Osnabrück
- » Promotion bei Prof. Dr. J. M. Mössner, Osnabrück
- » Referendariat am LG Münster
- » PwC Deutsche Revision AG, Osnabrück
- » Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.
- » seit 12/2007: Dr. Muth & Partner GbR, Fulda

### Tätigkeitsschwerpunkte:

Handels- und Gesellschaftsrecht, M&A,  
Unternehmensnachfolge, Steuerrecht, Internetrecht

Veröffentlichungen im Steuer- und Gesellschaftsrecht

## Inhaltsverzeichnis

### A. Rechtsentwicklung

### B. Was bringt das MoMiG?

1. Gründungserleichterungen (?)
2. Stammkapital und Geschäftsanteil
3. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
4. Internationalisierung
5. Geschäftsanschrift / Zustellungsbevollmächtigter
6. Geschäftsführung
7. Kapitalaufbringung
8. Kapitalerhaltung
9. Genehmigtes Kapital
10. Erwerb von Geschäftsanteilen
11. Insolvenzrecht
12. Sonstiges

## Rechtsentwicklung

- Verkündung des GmbH-Gesetzes am 20.04.1892
- Scheitern der Reformen 1939 und 1969/1971 (Diskrepanz zur AG)
- GmbH-Novelle 1980 (insb. Einmann-GmbH, §§ 32a, b GmbHG)
- Begleitreformen 1994 (UmwG), 1998/99 (Handelsrechtsreform)
- EuGH-Entscheidungen i.S. Centros (1999), Überseering (2002) und Inspire Art (2003)
- Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals im GmbH-Recht (MindestkapG) vom 15.04.2005
- Rechtswissenschaftliche Diskussion zum Reformstau des GmbH-Rechts (neue Rechtsform?)

## Rechtsentwicklung II

- Referentenentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 29.05.2006
- Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140 v. 23.05.2007
- Empfehlung des Rechtsausschusses, BR-Drucks. 354/1/07 v. 26.06.2007
- Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 354/1/07 (B) v. 06.07.2007
- Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/6140 v. 25.07.2007
- Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses am 23.01.2008
- Zusammenstellung des Gesetzesentwurfs mit den Beschlüssen des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/9737) v. 24.06.2008

## Rechtsentwicklung III

- Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/9829 v. 26.06.2008
- Annahme in der 2. und 3. Beratung am 26.06.2008
- Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 28.10.2008 (BGBl I 2008, 2026; Inkrafttreten am **01.11.2008**)

### Recherchehinweis:

<http://www.jura.uni-augsburg.de/prof/moellers/>

Link: „Datenbank zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht“  
⇒ Gesellschaftsrecht

## Was bringt das MoMiG?

### 1. Gründungserleichterungen I

- Beurkundungspflicht bleibt
- aber: vereinfachtes Verfahren durch Musterprotokoll (verwendbar für GmbH und UG)
  - **Problem 1:** Personengesellschaft unzulässig
  - **Problem 2:** Max. 3 Gesellschafter, jeweils nur 1 Geschäftsanteil
  - **Problem 3:** Keine Vinkulierung
  - **Problem 4:** Nur ein Geschäftsführer inkl. Befreiung von § 181 BGB
  - **Problem 5:** Geschäftsführer-Bestellung als Satzungsinhalt?
  - **Problem 6:** Gründungsaufwand beschränkt auf 300 EUR
  - **Problem 7:** Keine Ergänzungs-/Variationsmöglichkeit (str.)

## Was bringt das MoMiG?

### 1. Gründungserleichterungen II

- Vorteil: Kostenreduktion, § 41d KostO  
aber **unklar**, ob Entwurfsgebühr (§ 145 KostO) und Gebühr für die Beurkundung der Geschäftsführer-Bestellung (§ 47 KostO) hinzu kommt
- Wegfall des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (Konzession vor Handelsregisteranmeldung)

#### **Beachte noch:**

#### **Änderung zum MindestKapG:**

Stammkapital muss in Geschäftsbriefen weiterhin nicht genannt werden

## Was bringt das MoMiG?

### 2. Stammkapital und Geschäftsanteil

- Mindeststammkapital weiterhin 25.000 EUR (Ausnahme: UG)
- Redaktionelle Änderung: „*Geschäftsanteil*“ statt „*Stammeinlage*“
- Mindestdotierung eines Geschäftsanteils: 1,00 EUR  
(Folgeänderung in § 47 Abs. 2 GmbHG bzgl. Stimmrecht)
- Keine Begrenzung der anlässlich Gründung / Kapitalerhöhung übernommenen Geschäftsanteile
- Vorratsteilung zulässig (Wegfall des § 17 GmbHG)
- Einmann-Gründung: Streichung des § 7 Abs. 1 Satz 3 GmbHG  
(Sicherheitsleistung bei Teil-Kapitalaufbringung)
- **Durchnummerierung** der Geschäftsanteile zwingend (str.)

## Was bringt das MoMiG?

### 3. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) I

- Grundlage: § 5a GmbHG, keine besondere Rechtsform
- Firmenzusatz zwingend „*Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG (haftungsbeschränkt)*“, Warnfunktion
- Mindestdotierung des Stammkapitals: 1,00 EUR
  - **Problem:** ggf. anfängliche Überschuldung wegen der Gründungskosten
- nur Bareinlage (voll aufzubringen!)
  - **Problem:** verdeckte Sacheinlage (Rechtsfolge str.)

## Was bringt das MoMiG?

### 3. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) II

- Gesetzliche Rücklage (1/4 des J, ohne Begrenzung nach oben?)  
⇒ **Rechtsfolge bei Nichtbeachtung:** Nichtigkeit des Jahresabschlusses
- Kapitalerhöhung aus der gesetzlichen Rücklage  
⇒ **Steuern:** Sonderausweis nach § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG  
⇒ **Folge:** Wechsel des Firmenzusatzes zulässig
- Sonderregelung: Gesellschafterversammlung nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit (nicht bei Verlust des hälftigen Stammkapitals) (aber wohl str.; § 84 GmbHG sieht nur unterlassene Verlustanzeige als strafrechtlich erheblich)

## Was bringt das MoMiG?

### 4. Internationalisierung I

- Wegfall des § 4a Abs. 2 GmbHG (früher: Verw.-sitz = Sitzungssitz)  
(analog: Wegfall des § 5 Abs. 2 AktG)
- Konsequenz bei Verlegung des **Satzungssitzes** unverändert:  
Auflösung der Gesellschaft (vgl. BayObLG DStR 2004, 1224)

## Was bringt das MoMiG?

### 4. Internationalisierung II

- Konsequenz bei Verlegung des **Verwaltungssitzes**:  
**bislang** (BGH II ZB 1/06): Amtsaufhebungsverfahren (§ 144a FGG)  
**nunmehr**: Fortbestand der Gesellschaft im Ausland, wenn
  - (1) Sitz in einem Ausland, das der sog. Gründungstheorie folgt
  - (2) Sitz in einem EU-/EWR-Ausland (EuGH-Rechtsprechung)
  - (3) Sitz in einem Partnerstaat eines bilateralen Abkommens  
(bspw. dt.-amerik. Freundschafts-, Handels- und  
Schiffahrtsvertrag v. 29.10.1954)  
**unklar**, wenn Sitz in einem Ausland, das der sog. Sitztheorie folgt  
(bislang EuGH i.S. Daily Mail, neue Entscheidung i.S. Cartesio  
abzuwarten; Entwurf eines Gesetzes zum intern. Privatrecht der  
Gesellschaften zur Kodifizierung der Gründungstheorie)

## Was bringt das MoMiG?

### 4. Internationalisierung III (Exkurs zum Steuerrecht)

#### Ebene der Gesellschaft

- Auflösende Sitzverlegung: § 11 KStG
- Identitätswahrende Sitzverlegung (Drittstaat):  
§ 12 Abs. 3 KStG: Gesellschaft gilt als aufgelöst; § 11 KStG gilt entsprechend
- Identitätswahrende Sitzverlegung (EU/EWR):  
§ 12 Abs. 1 KStG (allg. Entstrickungsfall), Rechtsfolge abhängig davon, ob deutsche Besteuerungshoheit bestehen bleibt bzw. bereits zuvor nicht bestand

## Was bringt das MoMiG?

### 4. Internationalisierung III (Exkurs zum Steuerrecht)

#### Ebene der Gesellschafter

- Anteile in inländischem Betriebsvermögen:  
Grundsätzlich § 4 Abs. 1 Satz 4 EStG bzw. § 12 Abs. 1 KStG:  
Rechtsfolge abhängig davon, ob deutsche Besteuerungshoheit bestehen bleibt bzw. bereits zuvor nicht bestand
  - Anteile i.S.d. § 17 EStG (vgl. § 17 Abs. 5 Satz 1 EStG):  
Rechtsfolge abhängig davon, ob deutsche Besteuerungshoheit bestehen bleibt bzw. bereits zuvor nicht bestand
- DBA regelmäßig: D; Ausnahme bspw. Tschechien (innerhalb EU beachte aber Schutz des Art. 10d stFRL: Ausgleichsposten und Nachversteuerung bei Verkauf; § 4g EStG)

## Was bringt das MoMiG?

### 5. Geschäftsanschrift / Zustellungsbevollmächtigter

- Zwingend: Angabe einer Geschäftsanschrift (gilt auch für Handelsgesellschaften und Einzelkaufleute, HRegVO)
- Recht auf Registrierung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten
- Bei Führungslosigkeit der Gesellschaft (Wegfall aller GF'er): Ersatzzustellung an jeden Gesellschafter möglich (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG)

#### **Beachte:** Flankierende Änderung in HGB und ZPO

§§ 15a HGB, 185 ZPO: öffentliche Zustellung, wenn Gesellschaft unter inländischer (eintragungspflichtiger) Geschäftsanschrift oder über Zustellungsbevollmächtigten nicht erreichbar

## Was bringt das MoMiG?

### 6. Geschäftsführung I

- Erweiterung der Inhabilitätsbestimmung (§ 6 Abs. 2 GmbHG):  
**wie bisher:** Betreuung und Vorverurteilung wegen Insolvenzstraftaten (§§ 283-283d StGB)  
**neu:** Vorverurteilung wegen vorsätzlicher
  - Insolvenzverschleppung (§§ 84 GmbHG, 401 AktG = § 15a Abs. 4 InsO-neu),
  - falscher Angaben (§§ 82 GmbHG, 399 AktG),
  - unrichtiger Darstellung (§§ 400 AktG, 331 HGB, 313 UmwG, 17 PublG),
  - §§ 263-264a, 265b-266a StGB (mind. 1 Jahr Freiheitsstrafe;  
**Folgeproblem:** Gesamtstrafenbildung)

## Was bringt das MoMiG?

### 6. Geschäftsführung II

- **neu:** Erstreckung auf Fälle der Verurteilung im Ausland wegen vergleichbarer Straftaten Haftung der Gesellschafter (§ 6 Abs. 5 GmbHG)
- Haftung der Gesellschafter, falls inhabile Personen als Geschäftsführer bestellt worden sind; **Problem:** Anspruchsberechtigter nach Wortlaut nur die Gesellschaft; vermutlich aber Schutzgesetzeigenschaft und daher Haftungsdurchgriff
- deregulatorische Aufhebung des § 35 Abs. 3 GmbHG (Vertretungsangabe überflüssig, wegen klarem Wortlaut der §§ 164 ff. BGB)

## Was bringt das MoMiG?

### 6. Geschäftsführung III

- Haftung der Geschäftsführer nach § 64 GmbHG wie bisher (Altgläubiger / Neugläubiger)
  - **Beachte aber:** „Ersatzanspruch“ = Erstattungsanspruch, daher Haftung auch dann, wenn zeitlich nachfolgende Ereignisse ebenfalls zu Insolvenzantragspflicht geführt hätten; erfasst D&O diese Ansprüche?
- **neu:** Insolvenzverursacherhaftung der Geschäftsführer „für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“ (§ 64 S. 3 GmbHG)
  - lesenswert: *Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258 (1260 ff.)
  - Wortlaut geht über die Intention des Gesetzgebers (Schutz der Gläubiger vor überzogenen leveraged finance Gestaltungen) hinaus und erfasst jeden konzerninternen Leistungsaustausch; „Eigenkapitalersatzrecht n.F.“?

## Was bringt das MoMiG?

### 7. Kapitalaufbringung I

- Aufrechnung der Stammeinlageforderung zukünftig zulässig mit Forderungen aus der Überlassung von Vermögensgegenständen (§ 19 Abs. 2 GmbHG)
- Regelung der „verdeckten Sacheinlage“ (§ 19 Abs. 4 GmbHG)
  - bislang: Haftungsverdoppelung
  - nunmehr: **keine Erfüllungswirkung** (beachte: GF darf bei Anmeldung daher Erfüllung nicht versichern!), **aber Anrechnungslösung** (automatische Anrechnung der Einlage zum Wert im Zeitpunkt der HR-Anmeldung bzw. der späteren Überlassung)
  - Grenze des zeitlichen Zusammenhangs i.d.R. 6 Monate (str.)

## Was bringt das MoMiG?

### 7. Kapitalaufbringung II

- „Hin- und Herzahlen“ **hat Erfüllungswirkung** (§ 19 Abs. 5 InsO, „alles oder nichts“), wenn:
  - bei Anmeldung angegeben
  - Rückzahlungsanspruch gegen Gesellschafter ist voll werthaltig
  - Rückzahlungsanspruch gegen Gesellschafter ist jederzeit fällig bzw. kann jederzeit fällig gestellt werden
  - **Beachte:** § 56 GmbHG verweist nur auf § 19 Abs. 4 (= verdeckte Sacheinlage) nicht auf § 19 Abs. 5 (Hin- und Herzahlen); daher bei Kapitalerhöhung Erfüllungswirkung fraglich
- „Unwesentliche“ Überbewertungen einer Sacheinlage kein Eintragungshindernis (§ 9c GmbHG)

## Was bringt das MoMiG?

### 8. Kapitalerhaltung

- Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts (Wegfall des Begriff der „Krise“)
- **Leistungen an Gesellschaft** (Cash-Pooling) verstößt nicht gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze (§ 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), wenn vollwertiger Rückzahlungsanspruch des Geschafters besteht, sowie zwischen Parteien eines Ergebnisabführungsvertrags (§ 291 AktG)
  - **Problem 1:** § 31 GmbHG sieht grundsätzlich Rückforderung beim Empfänger und nur Haftung des Gesellschafters vor!
  - **Problem 2:** Kündigung von Darlehensverhältnissen / Gewinnabführungsverhältnissen, wenn absehbar ist, dass Rückzahlungsanspruch nicht mehr vollwertig; sonst droht Haftung des Geschäftsführers (§ 43 GmbHG)
- **Rückgewähr von Geschafterdarlehen** verstößt nicht gegen Kapitalerhaltungsgrundsätze (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG); Streichung von §§ 32a, b GmbHG

## Was bringt das MoMiG?

### 9. Genehmigtes Kapital

- Neuregelung in § 55a GmbHG (§ 202 AktG nachempfunden)
  - 5 Jahre nach Eintragung der Gesellschaft (bzw. Satzungsänderung)
  - bis max. ½ des Stammkapitals
  - Ausübung wohl durch Geschäftsführer (Regelung übersehen), erfordert keine (weitere) notariell beurkundete Satzungsänderung
  - offen, ob Bezugsrechtsausschluss möglich (m.E. § 186 Abs. 3 AktG analog)

## Was bringt das MoMiG?

### 10. Erwerb von Geschäftsanteilen

- Bedeutung der Liste der Gesellschafter (an Aktienregister angelehnt):  
Nur wer in der zum Handelsregister eingereichten Liste eingetragen ist, gilt gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter
- Gutgläubiger Erwerb von Anteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG), es sei denn:
  - Kenntnis oder Kennenmüssen des Erwerbers von Nichtberechtigung (Pflicht zur Einsichtnahme in die Liste?);
  - Widerspruch gegen die Liste im Handelsregister hinterlegt;
  - Liste ist weniger als 3 Jahre im Handelsregister hinterlegt;
  - Unrichtigkeit der Liste ist dem wahren Rechtsinhaber nicht zurechenbar.

## Was bringt das MoMiG?

### 11. Insolvenzrecht I

- Gesetzliche Subordination aller Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, bspw. Darlehen, Regressansprüche (bei Besicherung von Drittdarlehen, vgl. *K. Schmidt*, BB 2008, 1966) (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; Ausnahme: Nicht-GF und Beteiligung < 10%, Sanierungsprivileg)
- § 19 Abs. 2 InsO: Ausklammerung der Gesellschafterdarlehen und vergleichbarer Rechtshandlungen aus der Überschuldungsprüfung, wenn Gläubiger ausdrücklich Rangrücktritt hinter die (bereits gesetzlich subordinierten) Ansprüche nach § 39 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 InsO) erklärt hat
  - **Beachte:** Bei Gesellschafterbesicherung bedarf es einer ausdrücklichen Freistellungsverpflichtung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, deren Vollwertigkeit und Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters bezüglich des Regressanspruchs gegen die Gesellschaft.

## Was bringt das MoMiG?

### 11. Insolvenzrecht II

- **Recht** (§ 15 InsO) und (bei Kenntnis und Führungslosigkeit) **Pflicht** der Gesellschafter (bei AG und Gen: auch AR) zur Stellung des Insolvenzantrags (§ 15a Abs. 3 InsO)
  - **Problem:** Führungslosigkeit (GF nicht erreichbar, im Ausland ...)
- Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO (Zentralvorschrift, statt bisher § 64 GmbHG, 130a HGB, 92 f. AktG; Ausnahme: § 42 Abs. 2 BGB)
  - Hintergrund: auf (Schein-)Auslandsgesellschaften findet i.d.R. nur ausländisches Gesellschaftsrecht Anwendung, so dass Insolvenzantragspflicht im GmbHG leerläuft
  - Partikularinsolvenzverfahren (§ 354 InsO) bei unselbständigen Niederlassungen
  - weiterhin: Schutzgesetz (*Poertzgen*, GmbHR 2007, 1258)
    - ⇒ **Problem:** Übertragung von Beteiligung an Minderjährige (keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mehr zu erwarten)

## Was bringt das MoMiG?

### 11. Insolvenzrecht III

- Mehrstockkonstruktionen (§ 15a Abs. 2 InsO = § 130a Abs. 4 HGB)
- Straftatbestände (bspw. § 84 GmbHG, 130b HGB) zentral in § 15a Abs. 4, 5 InsO
- Anfechtbarkeit von Befriedungshandlungen der Gesellschaft innerhalb eines Jahres vor Insolvenzantrag (§§ 135 f. InsO, 6 f. AnfG)
  - **Beachte:** Vertragliche Absicherung bei Verkauf der Beteiligung, da sonst bspw. der Ex-Gesellschafter, die anlässlich des Verkaufs zurückgewährten Darlehen erstatten muss!
- Gebrauchsüberlassung bedeutsamer Vermögensgegenstände durch Gesellschafter an Gesellschaft: Fortdauer von 1 Jahr nach Insolvenzeröffnung (§ 135 Abs. 3 InsO; Entgelt = **Masseverbindlichkeit**)

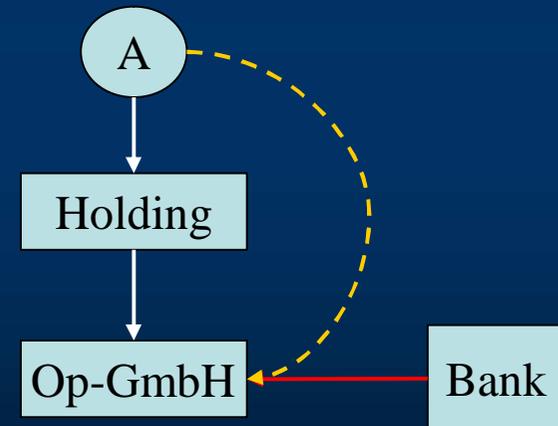
## Was bringt das MoMiG?

### 11. Insolvenzrecht IV (steuerrechtlicher Exkurs)

Die Übernahme von (eigenkapitalersetzenden) Bürgschaften für eine Gesellschaft, an welcher der Anteilseigner nur mittelbar beteiligt ist, führt nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der (unmittelbaren) wesentlichen Beteiligung (BFH v. 04.03.2008).

⇒ BFH v. 20.08.2008: Rückstellung wegen potentieller Rückforderung wegen Eigenkapitalersatzqualität führt zu vGA (Schwestergesellschaftskonstruktion).

⇒ fraglich, wie sich Wegfall des „Eigenkapitalersatzrechts“ auf die Rechtsprechung des BFH auswirkt (vgl. nur *Groh*, FR 2008, 267, der einen wirtschaftlich Zusammenhang zwischen Aufwand und Beteiligung für § 17 EStG genügen lassen will).



## Was bringt das MoMiG?

### 12. Sonstiges

- Redaktionelle Folgeänderungen in anderen Gesetzen
- Sonstige laufende Gesetzesgebungsverfahren:
  - Gesetz zum internationalen Privatrecht der Gesellschaften (Kodifizierung der Gründungstheorie)
  - Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen (Haftung der GF bei unzureichender Insolvenzsicherung von Zeitkonten; aber § 8 AltTzG wohl bereits Schutzgesetz)

## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



### **Dr. Stephan Wübbelsmann** **LL.M. Tax., Rechtsanwalt**

c/o Dr. Muth & Partner GbR

Klosterweg 3

36039 Fulda

Tel. 0661 / 9736 – 152

Fax. 0661 / 9736 – 165

[stephan.wuebbelsmann@muth-partner.de](mailto:stephan.wuebbelsmann@muth-partner.de)

Die vorliegende Präsentation wurde mit aller gebotenen Sorgfalt erstellt, vermag jedoch eine Rechtsberatung unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Umstände des Einzelfalls nicht zu ersetzen.