

Berlin, Mai 2007
Nr. 25/07
abrufbar unter www.anwaltverein.de

**Ergänzende Stellungnahme
des Deutschen Anwaltvereins
durch den Insolvenzrechtsausschuss
zum
Referentenentwurf (Stand 29. Mai 2006)
eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts
und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**
(Ergänzung der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 06/07
von Februar 2007, erarbeitet durch den Handelsrechtsausschuss des DAV)

Mitglieder des Insolvenzrechtsausschusses:

RA Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
RA Kolja von Bismarck, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)
RA Dr. Joseph Fuchsl, München
RA Dr. Volker Grub, Stuttgart
RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
RA Kai Henning, Dortmund
RA Wilhelm Klaas, Krefeld
RA Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt a.M.
RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
RA Rolf Rattunde, Berlin
RA Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Udo Henke, Berlin

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz, Berlin
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Bundesnotarkammer, Köln
Deutscher Notarverein e. V., Berlin
Deutscher Richterbund e. V., Berlin
Gravenbrucher Kreis, München/Neu-Ulm
Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V., Berlin
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
Redaktion Insolvenzrecht und Vollstreckung / InVo, Bonn
Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
Redaktion InDat-Report, Köln
Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Recklinghausen

Diese Stellungnahme finden Sie - ebenso wie die DAV-Stellungnahme Nr. 06/07 des Handelsrechtsausschusses von Februar 2007 - auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/03/05/index.html>.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. ÜBERBLICK

Mit dem am 29.05.2006 vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts liegt eine Vielzahl von geplanten Änderungen vor, die entwickelt wurden, um die GmbH im europäischen Wettbewerb konkurrenzfähiger zu machen und dem Missbrauch der Rechtsform der GmbH zu begegnen.

Der DAV hat bereits im Februar 2007 durch den Handelsrechtsausschuss des DAV eingehend Stellung genommen zu dem Referentenentwurf (Stellungnahme Nr. 06/07). Diese ergänzende Stellungnahme des Insolvenzrechtsausschusses des DAV befasst sich ausschließlich mit speziell insolvenzrechtlich relevanten Aspekten des Gesetzesvorhabens.

Aus insolvenzrechtlicher Sicht sind insbesondere die geplanten Neuregelungen hinsichtlich

- des aufzubringenden Mindestkapitals (2.),
- der Ausweitung der Geschäftsführerhaftung (3.),
- der Erstreckung der Insolvenzantragspflicht auf Gesellschafter (4.) sowie
- der Behandlung von Gesellschafterleistungen im Insolvenzfall (5.)

von Bedeutung. Diese Stellungnahme befasst sich ausschließlich mit den insoweit geplanten Neuregelungen.

2. MINDESTKAPITAL

Es ist nach Auffassung des DAV sehr zweifelhaft, ob mit der Senkung des Mindestkapitals auf TEUR 10 das mit der Reform verfolgte Ziel erreicht werden kann, eine der englischen *private limited company by shares* angenäherte gründerfreundlichere Gesellschaftsform zu schaffen, da der Entwurf insoweit inkonsequent am Konzept eines für einen praxisrelevanten Gläubigerschutz ohnehin unzureichenden Mindestkapital festhält.

Im Mittelpunkt der vor diesem Hintergrund anzustellenden Erwägungen steht die Frage, inwieweit das auch in dem Entwurf gesetzlich statuierte Postulat zur Aufbringung eines Mindestkapitals sich in der Praxis tatsächlich gläubigerschützend auswirkt. Nach Auffassung des DAV ist ein Mindestkapital von TEUR 10 als Kapitalausstattung und Betriebsvermögen, das den Gläubigern als Haftungsmasse dienen soll, zum Schutz der Gläubiger indes unzureichend:

- Die tatsächliche Aufbringung des normierten Kapitalbetrages lässt keine Rückschlüsse auf die persönliche Zuverlässigkeit der Gründer zu, so dass unter diesem Gesichtspunkt die Statuierung eines Mindestkapitals für die Gläubiger keine Schutzfunktion entfaltet.
- Weder ein wenigstens aufzubringendes Stammkapital in Höhe von TEUR 25 noch ein Stammkapital in Höhe mindestens TEUR 10 ist ein geeignetes Indiz für die wirtschaftliche Solidität einer Gesellschaft.

- Letztlich bleibt nur die – auch von dem Bundesgerichtshof vielfach vorgebrachte - Überlegung, ein Mindestkapital im Kern als Gegenleistung für den Umstand zu verlangen, dass ein Gesellschafter einer GmbH für deren Schulden nicht persönlich haftet. Hinter dieser Überlegung steht der Gedanke, dass der Zugang zur Haftungsbeschränkung seinen Preis in Form eines eigenen Risikobeitrags der Gesellschaftsgründer haben soll; dabei wird auf den gesetzgeberischen Willen abgestellt, dem zufolge das Haftungsprivileg nur demjenigen zuteil werden soll, der der Gesellschaft zuvor haftendes Kapital zuführt. Insoweit sei das Erfordernis, einen Beitrag aus dem Privatvermögen zu leisten, im kritischen Zeitpunkt der Gründung ein ökonomisch sinnvoller Test, die Ernsthaftigkeit des Vorhabens zu unterlegen. Ökonomisch rationales Handeln regelmäßig dann zu unterstellen, wenn der oder die Gründer ein Stammkapital in Höhe von TEUR 10 aufbringen können, erscheint jedoch nicht lebensnah.

Da mithin festzustellen ist, dass ein Mindestkapital, jedenfalls in der anvisierten Größenordnung, den Gläubigern weder als reale Haftungsmasse noch als Seriositätsschwelle ernsthaft Schutz bietet, erscheint der vom Reformgesetzgeber gewählte Kompromiss, ein gegenüber der jetzigen Gesetzeslage herabgesetztes Mindestkapital zu normieren, nicht sachgerecht. Der Gesetzgeber sollte entweder ein TEUR 25 weit übersteigendes Mindestkapital normieren oder auf ein Mindestkapital verzichten. Eine Erhöhung des Mindestkapitals widerspricht jedoch der Zielsetzung, die GmbH im Rechtsverkehr attraktiver zu machen und im internationalen Vergleich der Rechtsformen anzugleichen. Gleichzeitig wird hierdurch das eigentliche Problem des Konzepts eines Mindestkapitals nicht gelöst. Eine Mindestkapitalausstattung steht nämlich mit dem tatsächlich benötigten Verlustpuffer der Gesellschaft offensichtlich in keinem Zusammenhang. Welches konkrete Risiko von einer wirtschaftlichen Unternehmung ausgeht, berücksichtigt das gesetzliche Mindestkapital gerade nicht.

Ergebnis:

Es bestehen keine überzeugenden Argumente für die Beibehaltung eines Mindestkapitals in der anvisierten Größenordnung im Hinblick auf den verfolgten Zweck, die Gläubiger (in der Gründungsphase der Gesellschaft) zu sichern und zu schützen. Die Variante, das Mindestkapital so hoch zu setzen, dass eine echte Hürde für den Gründer gegeben und Gläubigerschutz zumindest denkbar wäre, ließe sich allerdings sowohl politisch als auch im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden ausländischen Rechtsformen nicht mehr durchsetzen. Der Reformentwurf bewegt sich auf die Variante zu, dem Vorbild der *private limited company by shares* zu folgen und auf ein Mindestkapital zu verzichten, geht diesen Weg aber nicht bis zum Ende; gewählt wird vielmehr eine "Mittellösung", die vor dem Hintergrund des eigentlichen Zwecks, die Gläubiger zu schützen, wenig hilfreich erscheint. Die Gläubiger würden wirksamer durch eine verstärkte Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz als durch die Aufbringung eines Mindestkapitals bei Gründung der Gesellschaft geschützt.

3. AUSWEITUNG DER GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG (§ 64 ABS. 2 SATZ 3 GMBHG-E)

Die im geltenden Recht in § 64 Abs. 2 GmbHG geregelte Ersatzpflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden, erfasst nicht Leistungen an die Gesellschafter, die die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.

Nach § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E soll nunmehr "die gleiche Verpflichtung (...) die Geschäftsführer treffen, wenn durch Zahlungen an Gesellschafter die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird, es sei denn, dass diese Folge auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar war." Der intendierte Gläubigerschutz wird durch diese Neuregelung zeitlich vorverlagert und als eine den Geschäftsführer treffende schadensunabhängige Einstandspflicht für insolvenzverursachende Zahlungen normiert.

Die Haftungstatbestände der § 823 Abs. 2, § 826 BGB i. V. m. § 266 StGB sowie § 43 Abs. 2 GmbHG setzen jeweils einen Schaden voraus. Die Regelung ergänzt das in

§ 30 Abs. 1 GmbHG normierte Gebot, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf insoweit, als nunmehr auch Zahlungen erfasst werden, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht antasten, aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.

In der Praxis werden sich zwei Probleme stellen:

- Bis die Rechtsprechung geeignete Abgrenzungskriterien entwickelt, wird im Einzelfall zweifelhaft sein, ob die jeweilige Leistung des Geschäftsführers kausal die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hervorgerufen hat (3.1).
- Zum anderen ist unklar, welchen Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführer vor jeder Vermögensausschüttung zur Vermeidung einer Haftung anzulegen hat (3.2).

Der DAV ist der Ansicht, dass sich hierdurch einerseits erhebliche Auslegungsprobleme ergeben werden, die Neuregelung mithin im Ergebnis einen sanierungsfeindlichen Effekt haben wird und daher abzulehnen ist.

Im Einzelnen:

3.1 Kausalzusammenhang zwischen Zahlung und Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

§ 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E erfasst nur Zahlungen, die kausal für eine später eintretende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO waren.

Unklar bleibt indes nach Wortlaut des Entwurfes und dessen Begründung, wie der Ursachenzusammenhang zwischen geleisteter Zahlung und eingetretener Zahlungsunfähigkeit im Einzelnen ausgestaltet sein soll. Um die in § 64 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E normierte schadensunabhängig Geschäftsführerhaftung nicht ausufern zu lassen, muss eine wertende Betrachtungsweise zugrunde gelegt werden, in die auch ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Zahlung und Zahlungsunfähigkeit einzubeziehen ist und insbesondere solche Zahlungen zu berücksichtigen sind, denen eine gewichtige Bedeutung zukommt und die Funktion der Gesellschaft als Haftungsträger nachhaltig beeinträchtigen. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn die Zahlung die Gesellschaft in einen Zustand versetzt hat, der den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft überwiegend wahrscheinlich macht. Es wäre wünschenswert, wenn sich diese wertende Betrachtungsweise im Gesetzeswortlaut widerspiegeln würde.

Im Ergebnis wird mit der beabsichtigten Neuregelung mithin ein *ex ante* nicht zweifelsfrei abzugrenzender Haftungstatbestand geschaffen. Der entlastende Nachweis der mangelnden Erkennbarkeit wird in der Praxis zu einer Vielzahl von Prozessen führen, die Verwalter mit dem Ziel der Massemehrung gegen Geschäftsführer anstrengen werden. Dies wird die Attraktivität der Rechtsform GmbH nicht erhöhen.

3.2 Prognoseentscheidung des Geschäftsführers

Der Geschäftsführer hat bei der Frage, ob eine Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen kann, eine Prognoseentscheidung zu treffen, die der Konkretisierung bedarf, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dem Geschäftsführer, der für die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt darlegungs- und beweisbelastet ist, müssen praxisnahe, nachvollziehbare Maßstäbe an die Hand gegeben werden. Der Entwurf enthält diese nicht im Ansatz.

In der Literatur wird dazu teilweise vorgeschlagen, der Geschäftsführer möge darlegen und beweisen, dass

- er für einen Zeitraum von 12 Monaten seit der Ausschüttung auf der Grundlage einer detaillierten Geschäftsplanung mit Sicherheit davon ausgehen konnte, dass die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen können wird.

- er für einen Zeitraum von 36 Monaten seit der Ausschüttung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen konnte, dass die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen können wird und
- es nicht offensichtlich ausgeschlossen ist, dass die Gesellschaft auch über den Zeitraum hinaus in der Lage sein wird, ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

Diese Ansätze erscheinen indes im Hinblick auf die offenbaren Schwierigkeiten einer betriebswirtschaftlich sicheren Prognose - gerade auch für die volkswirtschaftlich erwünschten Neugründungen im Mittelstand - wie auch die Wahrscheinlichkeit, dass der durchschnittliche Geschäftsführer eine den Anforderungen entsprechende Prognose selbst anstellen kann, vor allem als ein Beschäftigungsprogramm für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und wirtschaftliche Berater.

3.3 Sanierungsfeindlichkeit der vorgesehenen Neu-Regelung

§ 64 Abs. 2 S. 3 GmbH-E steht in einem nicht abgestimmten Verhältnis zu § 64 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG. Denn soll der Geschäftsführer nach Eintritt der materiellen Insolvenz noch drei Wochen Zeit zur Wahrnehmung außergerichtlicher Sanierungsversuche haben, muss ihm auch in einem zeitlich früheren Stadium, das regelmäßig als Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu qualifizieren sein wird, entsprechende Handlungsfreiheit eingeräumt werden. Eine schadensunabhängige Geschäftsführerhaftung birgt jedoch die Gefahr einer Lähmung der Geschäftsführung vor der Wahrnehmung selbst erfolgversprechender Sanierungschancen.

3.4 Ergebnis

Der Gläubigerschutz würde durch die vorgesehene Neuregelung gegenüber der bisherigen Insolvenzverschleppungshaftung deutlich vorverlagert und erweitert, was im Grunde zu begrüßen wäre. Die in der Tat bestehende Haftungslücke für Leistungen an Gesellschafter, die zwar das Stammkapital nicht antasten, aber im Ergebnis eine spätere Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt haben, können aber *de lege lata* bereits vom Verwalter über das Instrument der Insolvenzanfechtung angegriffen werden. Nach Auffassung des DAV decken die bestehenden Haftungstatbestände die zu konzедierende Lücke in noch hinnehmbarer Weise ab. Es ist indes aus Sicht des Ausschusses fraglich, ob der Geschäftsführer der richtige Adressat der Haftungserweiterung ist. Wie in der Begründung des Referentenentwurfs dargelegt, befindet sich der Fremdgeschäftsführer häufig in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu den Gesellschaftern und steht somit bei der Entscheidung über eine Auszahlung an die Gesellschafter in einem erheblichen Interessenkonflikt. Vor dem Hintergrund, dass Begünstigte der Zahlungen Gesellschafter und nicht Geschäftsführer sind, wäre es folgerichtiger, die Haftungserweiterung auf den Gesellschafter zu beziehen.

Eine vor allem Rechtsunsicherheit auslösende Neuregelung erscheint zur weiteren "Abdichtung" der Lücke indes nicht geeignet zu sein.

4. INSOLVENZANTRAGSPFLICHT AUCH FÜR DIE GESELLSCHAFTER

Bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes im Zustand der Führungslosigkeit der Gesellschaft sowie für den Fall, dass der Aufenthalt der Geschäftsführer unbekannt ist, normiert § 64 Abs. 1 S. 2 GmbH-E für jeden Gesellschafter die eigenständige Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages. Damit dem Gesellschafter die Antragstellung überhaupt erst möglich wird, soll das Antragsrecht des § 15 InsO auch auf Gesellschafter erweitert werden.

Nach der geplanten Neuregelung wird vermutet, dass die Gesellschafter sowohl den Insolvenzgrund als auch die Führungslosigkeit kennen. Den Gesellschafter trifft die volle Darlegungs- und Beweislast für den Umstand, dass er von der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung oder der Geschäftsführerlosigkeit keine Kenntnis hat. Nach der Begründung des Reformentwurfs hat der Gesellschafter bei Kenntnis von der Führungslosigkeit der Gesellschaft einen Anlass nachzufor-

schen, in welcher Vermögenslage sich die Gesellschaft befindet; in diesem Fall wird angenommen, dass er auch den Insolvenzgrund kennt.

Hinsichtlich der Auslegung des Merkmals der Führungslosigkeit ist aufgrund der Tatsache, dass eine Abberufung eines ausscheidenden Geschäftsführers vom Registergericht regelmäßig zurückgewiesen wird, wenn nicht gleichzeitig die Bestellung eines neuen Geschäftsführers zur Eintragung angemeldet wird, einzig auf die materielle Rechtslage abzustellen, also ob die Abberufung als Geschäftsführer als solche wirksam erfolgt ist.

Ergebnis:

Die geplante Regelung ist im Grundsatz zu begrüßen und ist nach Ansicht des DAV wertungsgerecht, da es die ureigenste Aufgabe der Gesellschafter ist, für eine ordnungsgemäße Organvertretung der GmbH zu sorgen. Untragbare Härten werden vermieden, weil die Antragspflicht nur bösgläubige Gesellschafter trifft.

5. GESELLSCHAFTERDARLEHEN IN DER INSOLVENZ

Der Entwurf enthält Neu- bzw. neuplatzierte Regelungen im Hinblick auf die Finanzierung einer Kapitalgesellschaft aus Gesellschafterleistungen. Diese sind überwiegend zu begrüßen, bedürfen indes nach Auffassung des DAV im Detail noch der Präzisierung.

Der DAV beschränkt sich auch insoweit auf die nachfolgend dargestellten wesentlichen Neuregelungsvorhaben:

5.1 Insolvenzzrechtliche Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen

Der Reformentwurf sieht vor, dass Gesellschafterdarlehen im Falle der Insolvenz generell nachrangig sein sollen, so dass die bisherige Abgrenzung kapitalersetzender von nicht kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen obsolet wird (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E).

Korrespondierend zu dieser Neuregelung wird vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO-E klargestellt, dass Gesellschafterdarlehen bei der Aufstellung eines Überschuldungsstatus nicht zu passivieren sind. Mithin entfällt der Zwang für Gesellschafter, zur Beseitigung einer rechtlichen Überschuldung einen Rangrücktritt mit der Gesellschaft zu vereinbaren. Bei "echten" Drittgläubigern sowie Minderheitsgesellschaftern im Sinne von § 39 Abs. 5 InsO-E verbleibt es allerdings bei dem Erfordernis einer (qualifizierten) Rangrücktrittsvereinbarung.

Unklar bleibt, wie Gesellschafterdarlehen steuerlich bei dem kreditierenden Gesellschafter und wie bei der kreditierten Gesellschaft zu behandeln sind.

5.2 Behandlung von eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen

Unklar erscheint daneben auch, wie sich die Neuregelung auf Grund der ersatzlosen Streichung der §§ 32 a, b GmbHG und der vollständigen Überführung der Beregelung des Kapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht auf das von der Rechtsprechung unter dem bisherigen Recht für "kapitalersetzende Nutzungsüberlassungen" - also die Überlassung von Sachen oder Rechten durch den Gesellschafter an seine Gesellschaft in deren Krise - entwickelte "Abzugsverbot in der Krise" auswirkt. Denn das durch eine Einrede des Geschäftsführers gegen das Herausgabeverlangen des Gesellschafters geltend zu machende Recht der Gesellschaft, eine ihr vom Gesellschafter überlassene Sache oder ein ihr auf Zeit übertragenes Recht auch in der Krise weiter zu nutzen und eben nicht an den Gesellschafter herauszugeben, dürfte mit der Neuberegelung des Kapitalersatzrechts die Rechtsgrundlage, nämlich die von der Rechtsprechung geschaffene Rechtsfigur der "eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung" verloren haben.

Dies ist deshalb der Fall, weil sich die Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter nicht grundsätzlich als eine der Darlehensgewährung "wirtschaftlich entsprechende" Rechtshandlung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E) qualifizieren lässt, so dass unter der Neuregelung auch die aus der Überlassung - die regelmäßig als Miete oder Pacht ausgestaltet sein wird - entstehenden Gesellschafterforderungen nicht generell subordiniert würden. Eine Subordination von Forderungen aus der entgeltlichen Überlassung von Rechtsgütern durch den Gesellschafter an seine Gesellschaft ist nämlich dann nicht begründbar, wenn das Gesetz nicht zugleich auch bei Vorleistungen des Gesellschafters auf Grund sonstiger Verträge (z. B. Kauf-, Werk- oder Dienstverträge) den grundsätzlichen Nachrang der Forderung des Gesellschafters gegenüber Forderungen nicht verbundener Gläubiger anordnet. Nachrangig oder subordiniert würden nach dem Wortlaut der Neuregelung Forderungen aus von Gesellschaftern mit der Gesellschaft geschlossenen Verträgen erst, wenn der Gesellschafter die Gegenleistung der Gesellschaft stundet.

Jedenfalls würde unter dem neuen Recht die von der Rechtsprechung der Regelung des § 32 a Abs. 3 GmbHG entnommene Pflicht des Gesellschafters, dem Insolvenzverwalter die überlassene Sache - in der Praxis regelmäßig das Grundstück - für die vertraglich vereinbarte oder unter bestimmten Umständen auch übliche Frist ohne Gegenleistung zu überlassen, nicht mehr bestehen. An die Stelle der vom Geschäftsführer der notleidenden Gesellschaft gegenüber dem die Herausgabe oder Rückübertragung verlangenden überlassenden Gesellschafter zu erhebende Einrede ("Abzugsverbot") träte nunmehr die nachträgliche Sanktion der vom Verwalter im eröffneten Verfahren geltend zu machenden Anfechtung. Dabei würde das von der Gesellschaft an die Gesellschafter gezahlte Nutzungsentgelt trotz möglicher "Überlassungsunwürdigkeit" bei Begründung des Miet- bzw. Pachtvertrages dann nicht zurückgezahlt werden müssen, wenn sich der überlassende Gesellschafter auf ein "Bargeschäft" (§ 142 InsO) beruft. Wenn es mithin Absicht des Gesetzgebers wäre, die Rechtsfigur der kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung in das neue Recht zu übernehmen, so müsste zumindest auch § 142 InsO im Tatbestand neben dem ausdrücklich ausgenommenen § 133 InsO auch § 135 InsO-E von der Möglichkeit des Bargeschäftseinwandes ausnehmen.

Wenn der Gesetzgeber allerdings nur die Leistung auf eine in der Krise kreditierte oder gestundete Gesellschafterforderung im eröffneten Insolvenzverfahren der Anfechtung unterwerfen wollte, also die bisherige Figur der "kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung" abschaffen wollte, ist die Neuregelung sachgerecht.

5.3 Sanierungsprivileg

Das Sanierungsprivileg soll abweichend von der bisherigen Rechtslage (§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG) in der Insolvenzordnung normiert und so ausgestaltet werden, dass Gesellschafterdarlehen zeitlich ab dem Erwerb von Gesellschaftsanteilen bei drohender Zahlungsunfähigkeit und bis zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit vom Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-RefE ausgenommen sind.

Die Neuregelung des Sanierungsprivilegs ist nach Ansicht des DAV wenig sanierungsfreundlich. Die Beschränkung auf einen Anteilserwerb "bei drohender Zahlungsunfähigkeit" privilegiert zunächst keine frühzeitigen Sanierungsmaßnahmen. Darüberhinaus greift das Ende der Privilegierung bei "Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit" zu früh ein und birgt die Gefahr, dass Gesellschafter und an der Sanierung beteiligte Banken unmittelbar nach Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit zur Sanierung bereitgestellte Fremdmittel refinanzieren werden, um der Gefahr nachrangiger Befriedigung bei sich stetig verschlechternder Vermögenslage zu entgehen.

Praxisrelevanz könnte das neu gestaltete Sanierungsprivileg daher nur dann bekommen, wenn dem Sanierungsgesellschafter zeitlich hinreichend Spielraum gelassen wird, sich von seiner zum Zwecke der Sanierung erworbenen Beteiligung durch Veräußerung zu trennen, bevor von ihm ebenfalls gehaltene Darlehensforderungen subordiniert werden. Dies dürfte in der Praxis jedoch kaum möglich sein, wenn das Privileg schon mit dem Ende der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausläuft. Denn zum einen wird sich zu diesem Zeitpunkt kaum ein Käufer - wenn dann nur zu sehr schlechten Bedingungen - finden und zum anderen wird der Gesellschafterwechsel unmittelbar

nach Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit - die eben nicht zwingend mit einer nachhaltigen Abwendung der Ertrags- oder finanzwirtschaftlichen Krise einhergeht - dem Markt und den Geschäftspartnern der zu sanierenden Gesellschaft das Signal geben, dass die Gesellschafter dem Sanierungserfolg selbst nicht trauen.

Nach Ansicht des DAV sollte daher ein klar definierter Zeitraum eingeführt werden, in dem zum Zwecke der Sanierung eingegangene Beteiligungen vom Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E, also der Subordination, ausgenommen sind. Insofern könnte an die Regelung des § 24 UBGG a.F. angeknüpft werden, der eine Ausnahme von der Anwendung der Kapitalersatzregeln für einen Zeitraum von vier Jahren vorsah. Dies erscheint auch aus Sicht des DAV als ein überschaubarer Zeitraum, der dem Sanierungsgesellschafter einerseits ausreichend Gelegenheit gibt, die zum Zwecke der Sanierung erworbene Beteiligung nach erfolgreicher Sanierung und damit unter Realisierung des wieder geschaffenen Wertes und ohne ein Risiko für seine anderweitigen Forderungen gegen die Gesellschaft zu veräußern, andererseits erscheint der Zeitraum nicht zu lang, jedenfalls nicht so lang, dass er die Kapitalersatzregeln dem Grunde nach aushöhlen würde.

5.4 Kleinbeteiligtenprivileg

Die Überführung des Kleinbeteiligtenprivilegs in die Insolvenzordnung ist grundsätzlich zu begrüßen. Auch erscheint eine einheitliche Grenze für AG und GmbH bei einer Beteiligung in Höhe von 10% der Anteile der Gesellschaft sinnvoll.

Unklar erscheint jedoch die Anwendbarkeit des Kleinbeteiligungsprivilegs mit seinem Bezug auf eine 10 % Beteiligung am "Haftkapital" bei deutschen und ausländischen Gesellschaftsformen ohne Grund- oder Stammkapital. Hier erscheint eine Bezugnahme auf nicht vom Stimmrecht ausgeschlossenen Anteile sachgerechter.

5.4.1 § 135 Nr. 2 InsO-E

Korrespondierend zum Wegfall der Unterscheidung zwischen kapitaleretzenden und nicht kapitaleretzenden Darlehen behandelt der Entwurf auch die Anfechtungsregelungen bei Gesellschafterdarlehen nunmehr einheitlich.

Die Regelung hat zur Folge, dass ihre Gesellschaft kreditierende Gesellschafter künftig in allen Fällen der Tilgung ihrer Darlehen damit rechnen müssen, dass sie die tilgungshalber erlangten Mittel nach Anfechtung der Leistung durch den Verwalter zurückgewähren müssen, wenn innerhalb eines Jahres die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft beantragt wird. Insoweit stellt die Regelung eine im Grundsatz zu begrüßende Verschärfung zu Lasten der Gesellschafter dar, da es nunmehr nicht mehr darauf ankommt, ob das Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt oder stehen gelassen wurde, in der sich die Gesellschaft in einer Krise befunden hat.

In der Praxis liegt jedoch insbesondere der Eintritt der Kreditunwürdigkeit nicht selten deutlich länger als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag zurück. Insofern ist es auch kein Zufall, dass Kapitalersatzklagen häufig Zeiträume betreffen, die länger als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag zurückliegen.

Vor diesem Hintergrund sieht der DAV die Gefahr, dass eine Jahresfrist zur Verschleppung von Insolvenzanträgen verleiten könnte. Die Verschärfung der Haftung des Geschäftsführers durch die in § 64 Abs. 3 S. 3 GmbHG-E vorgesehene Neuregelung und Verschärfung der persönlichen Haftung des Geschäftsführers dürfte demgegenüber kaum hinreichenden Schutz bieten, da sie eben nur den handelnden und in der Praxis regelmäßig weder selbst hinreichend vermögenden noch versicherten Geschäftsführer, nicht aber die Gesellschafter trifft.

Es erscheint daher geboten, eine Verlängerung der Frist auf zwei Jahre zunächst zu erwägen. Jedenfalls wäre es nach Auffassung des Ausschusses sinnvoll, bei der Berechnung der Jahresfrist

zumindest jenen Zeitraum nicht zu berücksichtigen, während dessen die Organe der notleidenden Gesellschaft ihre Insolvenzantragspflicht (§§ 92 Abs. 2 AktG, 64 Abs. 1 GmbHG, 130 a, 177 a HGB, 99 Abs. 1 GenG) verletzt haben.

Die Neuregelung hat auch zur Folge, dass es in der Insolvenz einer ausländischen Kapitalgesellschaft, über deren Vermögen in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, nicht mehr auf die umstrittene Frage ankommt, ob die international-privatrechtliche Qualifikation eines Darlehens als kapitalersetzend gesellschaftsrechtlich oder insolvenzrechtlich zu erfolgen hat. Die klare Einordnung der Anfechtbarkeit von Gesellschafterdarlehen unter das Insolvenzstatut hat zur Folge, dass die Regelung in der Insolvenz einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland Anwendung findet, der Insolvenzverwalter also zur Anfechtung berechtigt ist. International zuständig für die Klage des Insolvenzverwalters sind die deutschen Gerichte in analoger Anwendung des Art. 3 EUnVO (sog. *vis attractiva concursus*). Die kollisionsrechtliche Einordnung ist allerdings für die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit der Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften im Grundsatz ohne Bedeutung. Selbst im Anwendungsbereich der EUnVO wird die Anwendung deutschen Insolvenzrechts auf ausländische Gesellschaften am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen, im Ergebnis indes europarechtlich unbedenklich sein.

5.4.2 § 44a InsO-E

Die geplante Neuregelung des § 44a InsO-E entspricht inhaltlich den § 32a Abs. 2 und § 32b GmbHG. Durch den Verweis in Abs. 3 auf § 39 Abs. 4 und 5 InsO-E werden die Regelungen ebenfalls rechtsformneutral gefasst. Der Kreditgeber behält auch nach dem Reformentwurf weiterhin das Recht, wahlweise gegenüber dem Insolvenzverwalter oder dem Gesellschafter vorzugehen.

Gleichwohl ergeben sich durch die geplanten Neuregelungen Änderungen zu Lasten der besicherten Kreditgeber, da diese aus der Insolvenzmasse nur insoweit Befriedigung erlangen können, als sie bei Inanspruchnahme des Gesellschafters ausgefallen sind. Nur die nach Inanspruchnahme verbleibende Restforderung kann als Insolvenzforderung angemeldet und ggf. mit der Insolvenzquote bedient werden. Auch wenn hierin eine Benachteiligung des Gläubigers im Hinblick auf den Grundsatz der Doppelberücksichtigung (§ 43 InsO) liegt, erscheint diese im Hinblick auf die gewollte haftungsrechtliche Verschärfung zu Lasten der Gesellschafter angemessen.

In systematischer Hinsicht ist zu erwägen, ob die Regelung des § 44a Abs. 2 InsO-E, die einen Anspruch des Insolvenzverwalters gegenüber dem Gesellschafter statuiert, als Abs. 2 zu § 135 InsO normiert werden sollte. § 44a Abs. 1 InsO-E passt von seinem Regelungsgehalt zu § 43 InsO und könnte als Abs. 2 statuiert werden. Auf eine eigenständige Normierung des Regelungsinhalts der Abs. 1 und 2 des § 44a InsO-E könnte somit verzichtet werden.

5.5 Kapitalerhaltung, § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-E

Vor dem Hintergrund der durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. November 2003 verursachten Rechtsunsicherheit möchte der Referentenentwurf mit der Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RefE die Gewährung aufsteigender Darlehen und insbesondere das konzernweite *Cash Pooling* gesetzlich normieren. Das Ausschüttungsverbot nach Satz 1 soll nicht gelten, wenn das Stammkapital durch eine Vorleistung aufgrund eines Vertrages mit einem Gesellschafter angegriffen wird und die Leistung im Interesse der Gesellschaft liegt, wobei die Begründung zum Referentenentwurf unter einer Vorleistung sowohl die Kreditvergabe an Gesellschafter als auch eine Leistung bei Stundung der Gegenleistung versteht.

Während der Bundesgerichtshof entschieden hatte, dass der (vollwertige) Rückzahlungsanspruch für die Beurteilung des Nettovermögensverlustes der Gesellschaft außer Betracht bleiben muss, stellt der Entwurf Darlehen vom Ausschüttungsverbot frei, sofern seine Gewährung auch im Interesse der Gesellschaft liegt, und zwar auch dann, wenn das Darlehen im Stadium einer Unterbilanz gewährt wird oder selbst erst die Unterbilanz herbeiführt. Das hierfür erforderliche Interesse der Gesellschaft an der Vorleistung soll nach der Begründung mit weniger strengen Maßstäben

beurteilt werden, als dies vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 24. November 2003 angedeutet wurde.

Der Gesetzgeber wird die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entstehende Rechtsunsicherheit indes kaum dadurch zuverlässig beseitigen können, dass er diese Rechtsprechung, unter Verwendung des unbestimmten neuen Terminus "im Interesse der Gesellschaft liegend" fortschreibt. Der Geschäftsführer stünde auch nach neuem Recht vor der für ihn schwer zu beurteilenden Frage, ob eine Darlehensvergabe an Gesellschafter, insbesondere aber die Teilnahme an einem *Cash Pool* im Interesse der von ihm vertretenen Gesellschaft ist. Vor diesem Hintergrund hätte der Ausschuss es für empfehlenswert, das Interesse der Gesellschaft gesetzlich näher zu bestimmen, oder zumindest gesetzlich klarzustellen, dass die Teilnahme einer Gesellschaft an einem *Cash Pool* stets in deren Interesse liegt, wenn (i) die Bedingungen des *Cash Pools*, insbesondere die Verzinsung, marktüblichen Bedingungen für *Cash Pools* entspricht, (ii) der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft bilanziell voll werthaltig i.S.d. § 253 HGB ist, (iii) ein Rückzahlungsanspruch kurzfristig fällig gestellt werden kann, und (iv) Vorkehrungen getroffen sind, die den Geschäftsführer der Gesellschaft in die Lage versetzen, eine wesentliche Verschlechterung der Bonität der *Cash Pool* führenden Gesellschaft frühzeitig zu erkennen. Ohne eine solche Präzisierung steht der Geschäftsführer insbesondere in der ersten Zeit nach der Gesetzesänderung vor dem Problem, dass er sich bei der Auslegung des "Interesses der Gesellschaft" nicht auf eine gefestigte Rechtsprechung stützen kann. Es bestünde die Gefahr, dass die Rechtsprechung an den im Urteil vom 24. November 2003 durch den Bundesgerichtshof aufgestellten Kriterien des "Drittvergleichs", der "unzweifelhaften Kreditwürdigkeit des Schuldners" oder der Gewährung von "Sicherheiten" festhält. Dies würde für die praktische Umsetzung bedeuten, dass das Ziel der Neuregelung, bei dieser Problematik eine Klarstellung zugunsten von *upstream*-Darlehen und *Cash Pool*-Systemen zu schaffen, verfehlt wird. Eine Darlehensgewährung an den Gesellschafter würde von einem Geschäftsführer ohne persönliches Haftungsrisiko nur akzeptiert werden können, wenn der Gesellschafter entweder unzweifelhaft kreditwürdig ist oder vollwertige Sicherheiten stellt, unabhängig davon, ob es sich – wie in einem *Cash Pool* regelmäßig der Fall – lediglich um sehr kurzfristige Darlehen handeln würde. Da auch das Kriterium der unzweifelhaften Kreditwürdigkeit nicht geklärt ist, würde dies in der Praxis auf die Notwendigkeit der Stellung von vollwertigen Sicherheiten hinauslaufen. Zumindest für ein *Cash Pooling* ist die Gewährung von vollwertigen Sicherheiten aufgrund der damit verbundenen Kosten und sonstiger wirtschaftlicher Nachteile aber derart unattraktiv, dass die Durchführung des *Cash Pools* wesentliche Vorteile verlieren würde und unter Umständen wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll wäre. Eine derartige Entwicklung kann nicht gewollt sein.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die mit der Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise verbundene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 30 Abs. 1 GmbHG überhaupt kodifizieren sollte bzw. ob dies erforderlich ist, um dem Schutzzweck der Kapitalerhaltungsvorschriften zu genügen. Denn der vom Bundesgerichtshof befürworteten erweiterten Auslegung der Kapitalerhaltungsvorschriften, die auch die Liquidität der Gesellschaft und den vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen der Gläubiger schützt, bedurfte es nach Auffassung des DAV nicht. Entziehen die Gesellschafter der Gesellschaft nämlich Liquidität, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, greifen regelmäßig die Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs. Ferner wird der insolvenz- und vollstreckungsrechtliche Zugriff auf Vermögenswerte durch die überarbeiteten Vorschriften des AnfG und der InsO geschützt. Insbesondere sind Vermögensübertragungen auf Gesellschafter, die einem Zeitraum von einem Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, rückgängig zu machen. Damit wird die Liquidität und das Gesellschaftsvermögen für den vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Zugriff der Gläubiger bereits hinreichend geschützt, ohne dass es einer Abkehr von der bis zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. November 2003 vorherrschenden bilanziellen Betrachtungsweise bedurft hätte. Insofern ist zu erwägen, ob das mit den Gesetzesänderungen verfolgte Ziel nicht auch dadurch erreicht werden kann, dass die bilanzielle Betrachtungsweise in § 30 Abs. 1 GmbHG festgeschrieben wird. Dies hätte den Vorteil, dass damit unverzüglich Rechtssicherheit geschaffen wird und die derzeit bestehenden praktischen Probleme gelöst werden, ohne dass es zu einer Lockerung des Schutzes des Gesellschaftsvermögens kommen würde.

Vorstehende Überlegungen gelten selbstverständlich entsprechend für die im Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung von § 57 AktG.

Ergebnis:

Die vorgesehene Regelung erscheint in der Gesamtschau ein Schritt in die richtige Richtung zu sein, weil sie Konzerngesellschaften grundsätzlich die Teilnahme an einem *Cash Pool* – und damit eine kostengünstige Konzern-Innenfinanzierung – ermöglicht. Zur Vermeidung von praktischen Problemen bei der Umsetzung und der Beurteilung der Konsequenzen einer Teilnahme an einem *Cash Pool* durch die Geschäftsführung der Gesellschaft würden wir es jedoch begrüßen, wenn der Terminus "im Interesse der Gesellschaft liegend" gesetzlich - wie oben vorgeschlagen – präzisiert würde.