



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum
**Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des
GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)**

erarbeitet durch die

**Arbeitsgruppe Insolvenzrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

- RA Dr. Lucas F. **Flöther**, Halle
RA Hans **Hänel**, Peissenberg, Vorsitzender
RA Markus M. **Merbecks**, Chemnitz
RA Dr. Wilhelm **Wessel**, Lübeck
RA Dr. Thomas **Westphal**, Celle,
RAin Friederike **Lummel**, Geschäftsführerin, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesjustizministerium
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Bundesrat
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl
Redaktion Juristenzeitung/JZ
Redaktion Monatszeitschrift für Deutsches Recht/MDR
Redaktion Neue Juristische Wochenzeitschrift/NJW
Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht/ZInsO
Verlag C. H. Beck

November 2007

BRAK-Stellungnahme-Nr. 48/2007

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) beschränkt sich in dieser Stellungnahme auf insolvenzspezifische Themen. Auf die BRAK-Stellungnahme-Nr. 41/2007 des Gesellschaftsrechts-Ausschusses wird verwiesen.

Art. 9 Nr. 1 – § 10 Abs. 2 InsO-E

Die vorgeschlagene Neuregelung ist grundsätzlich zu begrüßen.

Die Fälle der Führungslosigkeit kommen jedoch nicht so häufig vor wie die, in denen ein organschaftlicher Vertreter zwar existiert, jedoch sein Aufenthalt unbekannt ist (vgl. § 15 Abs. 1 InsO-E) bzw. er nicht erreichbar ist. Auf diese Fälle sollten §§ 10 Abs. 2, 15, 15a InsO-E ausgedehnt werden. Dies könnte ggf. durch Erweiterung der Definition von „Führungslosigkeit“ auch auf diese Fälle (damit entsprechende Anpassung auch in § 15 Abs. 1) geschehen.

Art. 9 Nr. 4 – § 19 Abs. 2 InsO

Die Änderungen bezüglich der Behandlung von Gesellschafterdarlehen in den §§ 19 Abs. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 Abs. 2, 4 und 5 InsO-E werden in weiten Teilen für verfehlt gehalten.

Gesellschafterdarlehen sollen einerseits grundsätzlich nur nachrangige Insolvenzforderungen darstellen (Ausnahme: Sanierungsdarlehen und Kleingeschäftsdarlehen), andererseits aber im Überschuldungsstatus in keinem Fall zu passivieren sein. Die Neuregelung würde dazu führen, dass faktisch überschuldete Gesellschaften, die das von den Gesellschaftern gestellte Fremdkapital als solches behandelten und daher auch mit Zahlungen bedienen dürften bzw. müssten, rechtlich nicht als überschuldet zu qualifizieren wären. Es erscheint geradezu widersinnig, durch Abschaffung des Eigenkapitalersatzes Gesellschafterdarlehen aufzuwerten und regulärem Fremdkapital außenstehender Kapitalgeber gleichzustellen; gleichzeitig aber Gesellschafterdarlehen aus dem Überschuldungsstatus zu entfernen, der gerade den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend, die bestehenden Verbindlichkeiten den Aktiva gegenüber-

stellen soll. Damit wird unter Privilegierung der Gesellschafter der bereits jetzt bestehende Missstand noch verschärft, dass faktisch überschuldete Gesellschaften die Insolvenz verschleppen und bis zur Antragstellung „ausgeblutet“ sind. Die Jahresfrist für die Anfechtung von Leistungen an Gesellschafter ist als Korrektiv unzureichend. Ein Überschuldungsstatus nach den Vorstellungen des Entwurfs wird die tatsächliche Vermögenslage einer Gesellschaft nicht mehr zutreffend abbilden, weil ein Teil des Fremdkapitals nicht erscheint. Die Überschuldung wird durch diese Neuregelung künstlich verzögert. Bislang mussten Gesellschafterdarlehen in der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz passiviert werden, wenn sie nicht mit einem Rangrücktritt versehen waren. Jetzt sollen Gesellschafterdarlehen von Anfang an bzw. generell behandelt werden, wie ein Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen ohne Rangrücktritt. Die Konsequenz ist, dass die Insolvenzantragsstellung in allen Fällen, in denen Gesellschafterdarlehen gewährt worden sind, ohne sachlichen Grund verzögert wird.

Art. 9 Nr. 5 – § 39 InsO-E

Das Sanierungsprivileg in § 39 Abs. 4 InsO-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Fraglich ist, warum diese Regelung auf Gläubiger beschränkt werden soll, weil dadurch eine Umgehungsmöglichkeit geschaffen wird. Eine Begründung, warum Darlehensgeber, die zuvor nicht Gläubiger waren, von der Privilegierung zukünftig ausgenommen sein sollten, ist dem Entwurf nicht zu entnehmen. Praktisch könnte dies dazu führen, dass potentielle Investoren zunächst zu Kleingläubigern gemacht würden, um die Verschärfung zu umgehen.

Das in § 39 Abs. 5 verankerte sogenannte Kleingesellschafterprivileg ist positiv zu bewerten. Diese Privilegierung rechtfertigt sich aus der Überlegung heraus, dass Kleingesellschafter den Geschicken der Gesellschaft ausgeliefert sind, ohne dass sie Einflussmöglichkeiten haben. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG entspricht dem neuen § 39 Abs. 5 InsO-E. Deshalb gilt diese Regelung nicht für geschäftsführende Gesellschafter. Bei der Unternehmergesellschaft gibt es diese Konstellation ebenfalls.

Art. 9 Nr. 6 – § 44a InsO-E

Die BRAK warnt vor einer durch den Entwurf zusätzlich eröffneten Missbrauchsmöglichkeit:

Die Neuregelung in § 44a InsO-E entspricht dem jetzigen § 32b GmbHG. Eine Sitzverlegung ins Ausland lässt nach der Neuregelung den ins Anfechtungsrecht verlagerten Kapitalschutz leer laufen. Durch den Entwurf sollen deutsche GmbH in die Lage versetzt werden, ihren Sitz ins Ausland zu verlagern, um insoweit Wettbewerbsfähigkeit mit ausländischen Gesellschaftsformen zu schaffen. Für die deutsche GmbH mit Sitz im Ausland wird – nach der die Gründungstheorie gegenüber der Sitztheorie favorisierenden Rechtsprechung des EuGH – aller Voraussicht nach deutsches Gesellschaftsrecht anwendbar sein bzw. bleiben. Allerdings wird – zumindest innerhalb der EU – nach Art. 4 Abs. 1 EulnsVO im Fall eines Insolvenzverfahrens das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates gelten, i. d. R. also dasjenige des Sitzstaates (Art. 3 Abs. 1 EulnsVO). Mit Verlegung des Sitzes ins EU-Ausland wird eine deutsche GmbH somit unproblematisch den nach dem Entwurf ins deutsche Insolvenzrecht verlagerten Kapitalschutz (und die weiteren insolvenzrechtlichen bzw. insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Bestimmungen, wie z. B. § 64 GmbHG) umgehen können. Verhindern lässt sich eine derartige Umgehung nur durch eine Parallelität gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Regelungen.

Art. 9 Nr. 7 – § 101 InsO-E

Durch die Neuregelung in § 101 Abs. 1 Satz 2 wird, wenn es keinen Vertreter gibt, auf die Gesellschafter verwiesen. § 101 verweist insgesamt auf die §§ 97, 98 und 99 InsO. Zum einen stellt sich die Frage, warum kein Verweis auf die „Führungslosigkeit“ als definierten Rechtsbegriff erfolgt? Zweitens ist fraglich, warum kein Verweis auf § 10 Abs. 2 InsO vorgenommen wird.

Die vorgeschlagene Neuregelung in § 101 Abs. 3 InsO-E wird begrüßt.

Art. 9 Nr. 8 – § 135 InsO-E

Die Ein-Jahres-Anfechtungsfrist in § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E ist nach Ansicht der BRAK zu kurz. Die Behauptung, die in der Begründung aufgestellt wird, ist nicht belegt. Die Neuregelung bewirkt eine deutliche Verbesserung für die Gesellschafter gegenüber der jetzigen Situation. Durch die kurze Frist wird Insolvenzverschleppung begünstigt.

Die BRAK hält demgegenüber eine Vier-Jahres-Frist wie bei der Schenkungsanfechtung in § 134 Abs. 1 InsO für sinnvoll. Diese Anknüpfung ist auch deshalb sinnvoll, weil, so wie in § 134, auch hier eine Leistung auf eine Nicht-Schuld vorliegt.

* * *