

# GesR. aktuell

Oktober 2010

## Das Unternehmen im Zugewinnausgleich – Gestaltungsmöglichkeiten in Eheverträgen

Rechtsanwältin Katrin Wolf

In der familienrechtlichen Praxis stellt sich regelmäßig das Problem der Wertermittlung eines Unternehmens im Zugewinnausgleich. Lebt ein Unternehmer oder ein Freiberufler im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und lässt sich dieser scheiden, so fällt das Unternehmen in den Zugewinnausgleich. Um die Höhe eines etwaigen Ausgleichsanspruchs berechnen zu können, ist das Unternehmen oder die freiberufliche Praxis monetär zu bewerten.

Das Gebiet der Unternehmensbewertung ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Methoden gekennzeichnet. Vom Institut der Wirtschaftsprüfer sind das Substanzwert- und Liquidationswertverfahren sowie das Ertragswert- und Discounted-Cashflow-Verfahren als Methoden der Unternehmensbewertung zugelassen.

Wenn die Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs und damit der Wert eines Unternehmens Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens wird, wendet die Rechtsprechung in der Regel das Ertragswertverfahren an. Lediglich bei der Bewertung von Freiberuflerpraxen orientiert sich

der Bundesgerichtshof regelmäßig an den Bewertungsrichtlinien der jeweiligen Berufsverbände. Die bewertungstechnische Sonderstellung der Freiberuflerpraxen wird von den Gerichten durch die starke Personengebundenheit der Berufstätigkeit sowie das besondere Vertrauensverhältnis des Freiberuflers zu seinen Auftraggebern gerechtfertigt, was der Bewertung nach der Ertragswertmethode entgegenstehe. Soweit die Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs außergerichtlich verhandelt wird, ist die Wahl der Bewertungsmethode den Parteien freigestellt. Sollte im Gesellschaftsvertrag geregelt sein, welche Bewertungsmethode im Falle einer Auflösung der Gesellschaft oder des Ausscheidens eines Gesellschafters heranzuziehen ist, so entfaltet dies für eine Vermögensauseinandersetzung zwischen dem Gesellschafter und seinem Ehepartner jedoch keine Bindungswirkung.

Neben dem Umstand, dass daher bereits die Auswahl der angemessenen Bewertungsmethode im Scheidungsfall zum Streit führen kann, kann die Bewertung von Unternehmen oder freiberuflichen Praxen aber auch unabhängig von der Wahl der Bewertungsmethode in guten Zeiten gegebenenfalls erheblich vom Normalfall abweichen. Hieraus ergeben sich dann Zugewinnausgleichsansprüche, für deren Erfüllung nicht ausreichend liquide Mittel zur Verfügung stehen, was wiederum zur Notwendigkeit der Veräußerung des Unternehmens führen kann.

Sollten die Gesellschaftsverträge nicht ohnehin eine Verpflichtung der Gesellschafter enthalten, das Unternehmen aus dem Zugewinnausgleich herauszuhalten, ist jedem Unternehmer dringend anzuraten, nach Möglichkeit bereits vor der Eheschließung eine entsprechende vertragliche Regelung zu treffen. Es bestehen zahlreiche Möglichkeiten, das Unternehmen vor einem Zugewinnausgleich durch Ehevertrag zu schützen und hierbei die Interessen beider Ehegatten zu wahren.

Eine Möglichkeit besteht darin, den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnge-



Mit Rechtsanwältin Katrin Wolf konnte die Kanzlei Blanke Meier Evers eine Spezialistin auf dem Gebiet des Familienrechts hinzugewinnen. Als Fachanwältin für Familienrecht berät sie Mandanten in allen familienrechtlichen Angelegenheiten und vertritt sie in gerichtlichen Verfahren. Dazu gehört auch eine Beratung zu familienrechtlichen Regelungen in Gesellschaftsverträgen (z. B. für Scheidungsfälle).

meinschaft beizubehalten und lediglich das Unternehmen vom Zugewinnausgleich auszunehmen. Zum Ausgleich für die Herausnahme des Betriebsvermögens aus dem Zugewinnausgleich erhält der ausgleichsberechtigte Ehegatte eine angemessene Ausgleichszahlung.

Auch ist die Vereinbarung einer Gütertrennung im Ehevertrag möglich, so dass während der Ehe kein gemeinschaftlicher Vermögenszuwachs erfolgt. Da jeder Ehevertrag der Wirksamkeitskontrolle durch die Gerichte unterliegt, ist jedoch in jedem Fall zu beachten, dass die Vereinbarungen nicht einseitig belastend sein dürfen.

Sollte die vollständige Herausnahme des Unternehmens aus dem Zugewinnausgleich oder die Vereinbarung einer Gütertrennung nicht gewünscht sein, so empfiehlt es sich zumindest, eine Begrenzung des Zugewinnausgleichsanspruchs der Höhe nach und gegebenenfalls eine zeitlich gestreckte Erfüllung von Zugewinnausgleichsansprüchen zu vereinbaren. Nur so ist eine Sicherung der Liquidität und somit der Fortführung des Unternehmens möglich. Die Weiterführung des Unternehmens dürfte letztlich auch etwaige Unterhaltsansprüche des Ausgleichsberechtigten stärken und so im Interesse beider Ehegatten liegen.

### Unsere Themen

- Das Unternehmen im Zugewinnausgleich – Gestaltungsmöglichkeiten in Eheverträgen
- Societas Europaea (SE) als geeignete Rechtsform für Familiengesellschaften
- Erwerbsobliegenheit des nicht berufstätigen Ehepartners nach Trennung – insbesondere in der Unternehmerehe
- Bewertungen von Gesellschafterfinanzierungen in der Krise
- Aktuelle Rechtsprechung

# Societas Europaea (SE) als geeignete Rechtsform für Familiengesellschaften

Rechtsanwalt Falko Fährdrich

Seit dem Jahr 2004 besteht die Möglichkeit, Gesellschaften in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) zu gründen oder in diese zu überführen. Während hiervon anfangs nur verhalten Gebrauch gemacht wurde, brachte die Gründung der Allianz SE im Jahr 2006 den Durchbruch. Aktuell sind allein in Deutschland über 150 SE registriert, wenn auch ein Teil davon Vorratsgesellschaften ohne Geschäftstätigkeit sind. Als prominente Unternehmen haben sich etwa BASF, Porsche Automobil Holding, MAN, GfK, Fresenius, E.ON Energy Trading sowie Nordex für die Rechtsform der SE entschieden. Aber auch im Mittelstand ist die Rechtsform inzwischen beliebt, wie etwa der Chemikalienlieferant C.H. Erbslöh mit Sitz in Krefeld zeigt. Vermehrt werden auch Vermögensverwaltungsgesellschaften als SE geführt.

Welche Vorteile bietet eine SE? Zunächst ist der internationale Anstrich zu nennen, der einen Imagegewinn bringen kann und ein Wachstum im Ausland erleichtert. Die Rechtsform der SE ist auch bei ausländischen Banken und Investoren bekannt. Die Unternehmensstrukturen können europaweit vereinheitlicht werden, indem die SE in den verschiedenen Staaten Tochtergesellschaften gleicher Rechtsform oder Zweigniederlassungen gründet. Auch eine Sitzverlegung der SE innerhalb Europas ist relativ einfach, wobei Satzungsitz und tatsächlicher Verwaltungssitz zwingend zusammen verlegt werden müssen.

Ein weiterer Vorteil der SE kann sein, dass sie nicht den strikten deutschen Vorschriften über die Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer unterliegt. Während bei deutschen Kapitalgesellschaften mit einer Arbeitnehmerzahl von mehr als 500 zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten und ein Drittel bzw., bei mehr als 2000 Arbeitnehmern, die Hälfte seiner Mitglieder mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist, kann die Mitbestimmung bei der SE in einer Beteiligungsvereinbarung frei verhandelt werden. Nur falls die Verhandlungen scheitern, kommt (unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) eine gesetzliche Auffangregelung zum Tragen, wonach sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter nach dem höchsten Anteil in den an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften richtet. Die Mitbestimmung oder Mitbestimmungsfreiheit der SE zum Zeitpunkt ihrer Gründung wird zudem „eingefroren“: Ein späteres Anwachsen der Arbeitnehmerzahl hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Mitbestimmung. Die Beschränkung von Mitbestimmungsrechten sollte allerdings, auch wenn dies in der Praxis häufig der Fall ist, nicht der wesentliche Zweck der SE-Gründung sein, da zum einen der Missbrauch einer SE zur Entziehung oder Vorenthaltung von Mitbestimmungsrechten strafbar ist und sich zum anderen auch andere rechtliche Konstruktionen für eine Mitbestimmungsminderung eignen.

Die SE ist schließlich flexibler als eine nationale Aktiengesellschaft. Zum Beispiel ist bei ihr nicht zwingend ein Aufsichtsrat



“

Falko Fährdrich ist bei Blanke Meier Evers in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Unternehmensnachfolge und Energierecht tätig.

einzurichten, sondern sie kann von einem einheitlichen Verwaltungsorgan geleitet werden, das aus geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Direktoren bestehen kann. Wie bei einer deutschen GmbH und im Gegensatz zu einer deutschen AG kann das Leitungsorgan den Weisungen der Gesellschafter unterworfen werden. Damit können der oder die Inhaber des Unternehmens die Gesellschaft weitgehend ungeschränkt regieren.

Wie bei einer nationalen Aktiengesellschaft ist die Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt; die Aktionäre haften nur bis zur Höhe des von ihnen gezeichneten Kapitals. Das Grundkapital der SE muss dabei mindestens Euro 120.000,00 betragen.

Insbesondere wenn eine Familiengesellschaft in verschiedenen europäischen Staaten tätig werden will, bietet sich die SE angesichts dieser Vorteile auch für sie als Rechtsform an.

## Aktuelle Rechtsprechung

**Konkrete Regelungen zur Beschränkung des Rederechts der Aktionäre in Satzung einer AG zulässig**  
Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. Februar 2010 – II ZR 94/08

Nach § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG kann die Satzung oder die Geschäftsordnung einer Aktiengesellschaft den Leiter der Hauptversammlung ermächtigen, das Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich angemessen zu beschränken. Der BGH hat hierzu klargestellt, dass dies konkrete Regelungen in der Satzung ermöglicht, die über die bloße Regelung des Verfahrens oder die Festschreibung einer gesetzestwiederholenden Angemessenheitsklausel hinausgehen. So ist etwa die Bestimmung eines angemessenen konkreten Zeitrahmens für die Gesamtdauer der Hauptversammlung, für die auf den einzelnen Aktionär entfallende Frage- und Redezeit sowie die Regelung eines Debattenschlusses um 22:30 Uhr zulässig. Die Satzung kann Beschränkungen des Frage- und Rederechts auch in das Ermessen des Versammlungsleiters stellen, der sich dann insbesondere an den Geboten der Sach-

dienlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung orientieren muss.

**Gründungssitz einer Gesellschaft bestimmend für die Frage der internationalen Zuständigkeit bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten**  
Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 3. Februar 2010 – 21 U 54/09 (n. rkr.)

Für Klagen, welche die Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung zum Gegenstand haben, sind gemäß Art. 22 Nr. 2 Satz 1 EuGVVO die Gerichte des Mitgliedstaates ausschließlich zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat. Im Rahmen des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO ist die Bestimmung des Gesellschaftssitzes nach der Gründungstheorie vorzunehmen, weshalb grundsätzlich der Sitz der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gründung maßgeblich und eine zeitlich nachfolgende Sitzverlegung insoweit unbeachtlich ist. Diese (nicht rechtskräftige) Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main knüpft damit die gerichtliche Zuständigkeit in Fragen des Gesellschaftsrechts an den Gründungsstaat der Gesellschaft, obgleich in anderen Fragen internationa-

ler Zuständigkeiten zunehmend auf den Ort der wirtschaftlichen Teilnahme der Gesellschaft abgestellt wird (vgl. etwa Art. 3 EuInsVO). Eine solche ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Gründungsstaates ist von Gesellschaftern zu beachten, wenn diese eine ausländische Rechtsform wählen, da diese dann – sollte die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main Bestand haben – in der Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten an ein anderes Rechtssystem gebunden sind.

**Aufsichtsrat muss seinen Bericht an die Hauptversammlung über den Jahresabschluss förmlich beschließen und durch seinen Vorsitzenden unterzeichnen lassen**  
Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. Juni 2010 – II ZR 24/09

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft muss über den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag des Vorstands für die Verwendung des Bilanzgewinns einen Bericht verfassen. Dieser ist von der Einberufung der Hauptversammlung an in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Nach dem Urteil des BGH muss der Bericht vom

# Erwerbsobliegenheit des nicht berufstätigen Ehepartners nach Trennung – insbesondere in der Unternehmerehe

Rechtsanwältin Katrin Wolf

Wenn Ehepartner sich trennen, stellt sich regelmäßig die Frage, ob der wirtschaftlich schwächere Ehegatte von seinem Ehepartner Unterhalt verlangen kann. Solange Ehepartner in häuslicher Gemeinschaft zusammenleben, schulden sie sich wechselseitig Familienunterhalt. Beide Partner sind daher verpflichtet, je nach Aufgabenteilung ihren Beitrag zum Unterhalt der Familie zu leisten. Nach der Trennung wandelt sich der Familienunterhalt für den bedürftigen Ehegatten in einen Anspruch auf Trennungunterhalt und nach der Scheidung auf nachehelichen Unterhalt um.

Mit der seit dem 1. Januar 2008 eingeführten Unterhaltsrechtsreform ist die Eigenverantwortlichkeit des Unterhaltsberechtigten gestärkt worden. Gemäß § 1574 BGB ist von dem Unterhaltsberechtigten zu erwarten, dass er eine objektiv „angemessene“ Tätigkeit ausübt. Für die Frage der Angemessenheit ist neben der Dauer der Ehe, dem Alter des bedürftigen Ehepartners, der eigenen Berufsbildung, der Betreuung gemeinsamer minderjähriger Kinder und den finanziellen Verhältnissen während der Ehe nunmehr das Kriterium der „bisherigen Erwerbstätigkeit“ hinzugekommen. Danach ist darauf abzustellen, welche Erwerbstätigkeit früher ausgeübt worden ist und inwieweit der bedürftige Ehegatte wieder in den ursprünglich ausgeübten oder einen vergleichbaren Beruf eingegliedert werden kann.

Zu einer früheren Erwerbstätigkeit zählt auch die frühere Tätigkeit des einen Ehegatten im Unternehmen des anderen. Hierbei ist jedoch zu prüfen, ob die frühere Tätigkeit der nunmehr erreichten sozialen Stellung noch entspricht. So wird zum Beispiel die Arztgattin in der Regel nicht verpflichtet sein, ihre ursprüngliche Tätigkeit als Sachbearbeiterin bei einer Krankenkasse wieder aufzunehmen, wenn sie diese Tätigkeit mehr als 25 Jahre nicht mehr ausgeübt hat und mangels aktueller Kenntnisse lediglich untergeordnete Büro-tätigkeiten übernehmen könnte, die ihrer in der Ehe erlangten sozialen Stellung nicht entsprächen. Gleichwohl ist die Ehefrau verpflichtet, sich um eine sozialadäquate Aus- oder Fortbildung zu bemühen, die ihr eine Wiedereingliederung in das Berufsleben möglich macht.

Ab wann eine eigene Tätigkeit ausgeübt werden muss, hängt wiederum von dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Unterhalts ab. Da während der Trennung noch nicht endgültig abzusehen ist, ob die Ehe tatsächlich geschieden wird, werden beim Trennungunterhalt weniger strenge Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit des bedürftigen Ehegatten gestellt als beim nachehelichen Unterhalt. Der Zustand der bisherigen Aufgabenverteilung, insbesondere des Umfangs der Erwerbstätigkeit, soll zunächst möglichst aufrechterhalten werden. Dies hat zur Folge, dass der bisher nicht erwerbstätige Ehegatte insbesondere im ersten Jahr der Trennung nicht unmittelbar verpflichtet werden

kann, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um seinen Lebensbedarf selbst zu decken. Ob nach dem Ablauf des ersten Trennungsjahres dann eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen ist, hängt vom Einzelfall ab.

Insbesondere von der Ehefrau in der sog. Unternehmerehe, die mehrere Jahre selber nicht erwerbstätig war, sondern sich um den Haushalt und ggfs. die Kindererziehung gekümmert hat, wird auch unmittelbar nach Ablauf des Trennungsjahres noch nicht die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gefordert. Zur Aufnahme einer Aus- oder Fortbildung wird der Ehefrau zudem eine angemessene Orientierungsphase von etwa zwei Jahren zugebilligt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach den seit dem 1. Januar 2008 geltenden Unterhaltsrechtsregeln die Eigenverantwortung des bedürftigen Ehegatten gestärkt worden ist und dass somit auch der bedürftige Ehepartner aus einer Ehe mit günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen grundsätzlich verpflichtet ist, sich nach einer angemessenen Übergangszeit um eine sozialadäquate Erwerbstätigkeit zu bemühen, um hierdurch seinen Lebensbedarf zumindest teilweise selbst zu decken. Inwieweit ein Ehegatte, der sich viele Jahre ausschließlich um familiäre Belange gekümmert hat, realistische Chancen auf eine Wiedereingliederung auf dem Arbeitsmarkt hat und somit den erhöhten Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit gerecht werden kann, sei dahingestellt.

Aufsichtsrat durch förmlichen Beschluss festgestellt und dessen Urschrift zumindest durch den Aufsichtsratsvorsitzenden unterschrieben werden. Mangelt es an diesen Formalitäten, können die Aktionäre Beschlüsse über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats und über die Neuwahl seiner Mitglieder anfechten.

## Beteiligungsfähigkeit einer Kommanditgesellschaft nach Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

Hessischer Verwaltungsgerichtshof in Kassel, Urteil vom 3. März 2010 – 6 A 1176/08

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat die einhellige Rechtsprechung bestätigt, dass in einer Kommanditgesellschaft die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des einzigen Kommanditisten dieser Kommanditgesellschaft mangels abweichender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag zu dessen Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft führt und die Komplementärin Gesamtrechtsnachfolgerin der Kommanditgesellschaft wird. Der Verlust des vorletzten Gesellschafters in einer Personengesellschaft führt zur liquidationslosen Vollbeendigung der Personengesellschaft unter Gesamt-

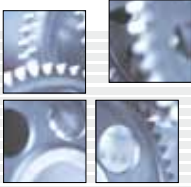
rechtsnachfolge des letzten Gesellschafters (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB). Diese Vorschrift sei, so der Hessische Verwaltungsgerichtshof, auch bei einer Simultaninsolvenz von Komplementärin und Kommanditgesellschaft anwendbar, was rechtlich umstritten ist. Infolgedessen ist in der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung zu beachten, dass bei Personengesellschaften, die aus zwei Gesellschaftern bestehen, stets eine alternative Gestaltung und eine Abweichung von § 131 Abs. 3 Satz 1 HGB gewählt wird, wenn eine Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter von Gesetzes wegen ausgeschlossen werden soll.

## Fälligkeit eines Ausgleichsanspruchs beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft

Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Juli 2010 – II ZR 57/09; II ZR 58/09

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Erstellung der Abfindungsbilanz keine Fälligkeitsvoraussetzung für den Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens oder eines Verlustausgleichs ist. Nach seiner ständigen Rechtsprechung entsteht ein Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungsgutha-

bens grundsätzlich mit dem Ausscheiden des Gesellschafters und kann nach seiner Fälligkeit klagweise geltend gemacht werden. Regelt der Gesellschaftsvertrag die Fälligkeit, so tritt diese ein, auch wenn eine Abfindungsbilanz zu diesem Zeitpunkt fehlt. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Fälligkeit des Abfindungsanspruches vor, so ist dieser im Zweifel sofort fällig (§ 271 BGB). Der Eintritt der Fälligkeit hängt danach nicht davon ab, dass der Anspruch auch beziffert werden kann. Für die sich daran anschließende Frage der Verjährung des Anspruchs ist sodann auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem der Anspruchsberechtigte Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen hatte oder hätte haben müssen (§ 195 BGB). Dazu gehört etwa beim Verlustausgleichsanspruch die Kenntnis, dass das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden nicht ausreichen wird. Offen ist weiterhin, ob damit auch stets seit dem Ausscheiden ein Abfindungsanspruch zu verzinsen ist, wenn im Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung getroffen ist. Gesellschafter sollten über Entstehen, Fälligkeit und Verzinsung von Abfindungsansprüchen ausdrückliche Regelungen im Gesellschaftsvertrag treffen.



## Bewertungen von Gesellschafterfinanzierungen in der Krise

Rechtsanwalt Dr. Jochen Rotstegge

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauch (kurz: MoMiG) zum 1. November 2008 und der damit einhergehenden Reform des Eigenkapitalersatzrechts und der Neuregelung des Überschuldungsbegriffs mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. Oktober 2008 haben sich wesentliche Neuerungen zur früheren Sach- und Rechtslage ergeben, die für Gesellschafter bei der Finanzierung ihres Unternehmens von erheblicher Bedeutung sein können. Insbesondere der neu gefasste Überschuldungsbegriff und die Frage nach der (wirksamen) Abgabe von Rangrücktrittserklärungen sind zu beachten.

Zumeist erhält eine Gesellschaft zur Finanzierung ihres unternehmerischen Tätigkeitsbereichs, zur Steigerung der Liquidität oder als Mittel sonstiger Finanzierung von Gesellschaftern oder deren nahestehenden Personen Darlehen. Derartige Finanzierungshilfen sind – soweit keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen werden – regelmäßig als Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu passivieren. Insofern ergibt sich dem Grunde nach keine unterschiedliche Behandlung von Dritt- und Gesellschafterdarlehen.

Die Änderungen in der Gesetzeslage seit Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 haben zur Folge, dass sich die vormaligen bekannten und gelebten Regelungen des GmbH-Rechts (§§ 32a, 32b GmbHG) inhaltlich geändert haben. Grundsätzlich wird eine Finanzierungsleistung eines Gesellschafters nicht mehr als Eigenkapital ersetzend qualifiziert und mit einer Rückzahlungssperre belegt, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise eine Finanzierung gewährt oder die Finanzierung der Gesellschaft über den Eintritt der „Krise“ hinaus „belassen“ hat, sondern nunmehr hat der Gesellschafter jedwede Leistung, die er zur Befriedigung der von ihm der Gesellschaft gewährten Finanzierung erhalten hat, im Falle der Insolvenz der Gesellschaft an die Insolvenzmasse

zurückzugewähren. Dies umfasst alle Beträge, die der Gesellschafter innerhalb von einem Jahr vor der Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft erhalten hat. Wesentlich und neu für die Gesellschafter ist dabei, dass es nach dem Wortlaut des Gesetzes – auch wenn dies rechtspolitisch umstritten sein mag – nicht darauf ankommt, ob der Gesellschafter die Gesellschaft durch die erlangte Befriedigung seiner Forderungen schädigte oder bei der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Rückführung der Leistungen ein Insolvenzgrund vorlag. Solche Leistungen an den Gesellschafter sind also auch dann anfechtbar, wenn die Krise der Gesellschaft erst nach der Leistungsgewährung (unvorhersehbar) entsteht oder sich verschärft. Nur bei der artverwandten Frage der Gebrauchsüberlassung durch die Gesellschafter an die Gesellschaft besteht fortwährend Uneinigkeit über die Handhabung im Fall der Insolvenz der Gesellschaft.

Soweit der Gesellschafter derartige Finanzierungshilfen in Form eines Darlehens an die Gesellschaft geleistet hat, wurde vor dem 1. November 2008 zumeist ein sog. qualifizierter Rangrücktritt vereinbart. Durch einen derartigen qualifizierten Rangrücktritt wurde die Passivierungspflicht der Forderung nach ständiger Rechtsprechung aufgehoben und einer möglichen Überschuldung der Gesellschaft entgegengewirkt. Seit dem 1. November 2008 sind derartige qualifizierte Rangrücktrittserklärungen nicht mehr geeignet, eine formale Überschuldung der Gesellschaft zu beseitigen. Vielmehr ist zur Vermeidung einer Überschuldung und einer möglichen Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) aufgrund einer vom Gesellschafter gewährten Finanzierungshilfe ausdrücklich eine neue schriftliche Rangrücktrittserklärung abzugeben. Eine solche muss eine Nachrangigkeit gegenüber den übrigen nachrangigen Insolvenzgläubigern beinhalten. Werden derartige Rangrücktrittsvereinbarungen zugunsten der Gesellschaft nicht abgeschlossen oder werden nur vormalige Rangrücktrittserklärungen unver-

ändert beibehalten, so führt dies ggf. zum Vorliegen einer Überschuldung der betroffenen Gesellschaft mit der Folge, dass der Geschäftsführer einer Insolvenzantragspflicht unterliegt, soweit keine oder eine negative Fortführungsprognose vorliegt. In den Fällen einer formalen Überschuldung und der Ermittlung einer (positiven) Fortführungsprognose zur Beseitigung der bestehenden Insolvenzantragspflicht hat die Geschäftsleitung stets schriftlich und belastbar eine Dokumentation aufzustellen, die ihre wesentlichen Kriterien und Entscheidungsgrundlagen in dieser Sache beinhaltet und aufzeigt, weshalb sie von der Stellung eines Insolvenzantrags absieht.

### Ihre kompetenten Partner im Gesellschaftsrecht

- **Dr. Gernot Blanke**  
Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Unternehmensfinanzierung
- **Dr. Volker Besch**  
Gesellschaftsrecht, M&A, Unternehmensnachfolge
- **Rainer Heidorn**  
Gesellschafts- und Steuerrecht, Projektfinanzierung
- **Lars Schlüter**  
Handels- und Gesellschaftsrecht, Recht der erneuerbaren Energien
- **Mirja Sabetta**  
Gesellschaftsrecht, Recht der erneuerbaren Energien
- **Dr. Jochen Rotstegge**  
Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, M&A
- **Falko Fähndrich**  
Gesellschaftsrecht, Unternehmensnachfolge, Energierecht
- **Katrin Wolf**  
Familienrecht

Verlag und  
Herausgeber: Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft  
Kurfürstenallee 23  
28211 Bremen

Tel: 0421 - 94 94 6 - 0  
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66  
Internet: www.bme-law.de  
E-Mail: info@bme-law.de

Redaktion: Rechtsanwalt Falko Fähndrich

Druck: Schintz Druck, Bremen

Layout und DTP: Stefanie Schürle