

Neues GmbH-Wirtschaftsrecht 2008: Steuerungsformen und praktische Beispiele. –

Updates zum Lehrbuch: Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen¹

Harald Herrmann, Universität Erlangen-Nürnberg

Verf. hat im Lehrbuch zum Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen² zahlreiche Ansätze zusammengestellt und didaktisch verarbeitet, die die Transparenznormen, Unternehmenspublizität sowie die corporate und private governance als wichtige Normzwecke des gesamten Rechtsgebiets erweisen. Nachdem das MoMiG zum 1.11.2008 zahlreiche Änderungen gebracht hat, werden diese nachfolgend erläutert und in Zusammenhang mit den genannten wirtschaftsrechtlichen Zwecken gebracht. – Besonders weit reichende Governance-Funktionen werden für die Publizitätsregeln zum gutgläubigen Anteilerwerb und die damit verbundenen Steuerungsziele zur Veräußerung auf grauen Kapitalmärkten nachgewiesen. Es soll gezeigt werden, dass erst das MoMiG die entscheidenden Regelungen darüber getroffen hat, wie das AnSVG von 2004 bis hinein in das Privatrecht umzusetzen ist.³ Aber auch für die neuen Regeln zur Unternehmergesellschaft und zu den Gesellschafterdarlehen werden spezifisch wirtschaftsrechtliche Steuerungsziele verdeutlicht

Inhalt

I.	Einleitung	1
	1. Untersuchungsziele	
	2. Methodisches und Gegenstandsbereiche	
II.	Darstellender Überblick	4
	1. Gesellschafterliste und Erwerb vom Nicht-Berechtigten	
	2. Unternehmergesellschaft (UG)	
	3. Gesellschafterdarlehen	
	4. Übergangsrecht	
III.	Wirtschaftsrechtliche Funktionen	11
	1. Meinungsstand informations- und marktökonomischer Rechtsanalyse	
	2. Verkehrsschutzzwecke und Marktfunktionen der GmbH-Namensliste	
	3. Der graue Kapitalmarkt als relevantes Verkehrssystem	
	4. UG und Governance der Normativbedingungen	
	5. Transparenzfunktionen für Gesellschafterdarlehen	
IV.	Praktische Folgerungen	19
	1. Zur Haftung in den Vor-Gesellschaften	
	2. Erwerb nicht bestehender Geschäftsanteile?	
	3. Umwandlung zur UG	
	4. Cash Pooling und Gesellschafter-Lieferantenkredite	
	5. Abtretung von Gesellschafterdarlehen	
	6. Darlehen ein- und austretender Gesellschafter	
V.	Zusammenfassung und Ausblick	25

I. Einleitung

1. Untersuchungsziele. Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist am 1.11.2008 kurz nach seiner Verkündung in Kraft getreten.⁴ Es hat wichtige Reformen des GmbHG⁵ und des sonstigen Kapitalgesellschaftsrechts gebracht, die teils durch den internationalen Wettbewerb der Rechtsformen und Standorte veranlasst sind⁶, zu einem weit größeren Teil aber auch auf die

¹ Herrmann/Roth, Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen, 2008, i.F. zit. als Lb.

² A.a.O., Fn. 1

³ Rechtspolitisch dient ein Großteil der neuen Regeln dem Zweck, dem Auftrieb der englischen limited liability company ein Ende zu bereiten. Da diese Rechtsform durch Mausclick im Internet gegründet werden kann, gehört das Thema zumindest unter diesem Aspekt zum „neuen“ Wirtschaftsrecht i.S. der Konzeption dieser Zeitschrift (s. www.NWiR.de: Heft 1/2002 zu II.3). Gleiches gilt, soweit das neue Recht gutgläubigen Anteilerwerbs den Handel mit Stammanteilen auf Internet-Kapitalmärkten fördert.

⁴ BGBl. I Nr. 48 v. 28.10.2008, S. 2026 (Internetversion www.bundesanzeiger.de, download v. 8.12.2008).

⁵ A.a.O. Fn. 2; §§-Angaben ohne Gesetzesbezeichnung beziehen sich durchweg auf dieses Gesetz.

⁶ Vgl. ausführlicher, allerdings mit starker Skepsis, E.-M. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europ. Binnenmarkt, 2002, S. 8 ff., 45 ff., passim.

Intensionen zurückgehen, die bereits bei Erlass des Anlegerschutz-Verbesserungsgesetzes (AnSVG)⁷ von 2004/5 in Angriff genommen wurden. Da es kaum Ausführungen in den Gesetzgebungsmotiven über die ökonomische Regulierungsfunktionen und Steuerungszwecke gibt, bleibt die Analyse dazu der Wissenschaft überlassen.

Verf. hat erst kürzlich eine breit angelegte Untersuchung wirtschaftsjuristischer Lehrinhalte zum Gesellschaftsrecht vorgelegt⁸, die das MoMiG noch nicht umfänglich berücksichtigen konnte. Deshalb wird im Folgenden der Versuch gemacht, die neuen Analysen des MoMiG didaktisch aufzubereiten. Auch wenn bis heute noch, soweit ersichtlich, keine wirtschaftsjuristische Deutung des Gesetzes i. S. der Konzeption des Lehrbuches vorgelegt wurde, gibt es doch bereits einige Überblicksdarstellungen und Kritiken in Einzelpunkten, auf denen aufgebaut werden kann.⁹ Zudem kann auf inzwischen schon recht zahlreiche Untersuchungen zum AnSVG¹⁰ zurückgegriffen werden, die insbes. für die neuen Regeln des gutgläubigen Anteilerwerbs und der damit bezweckten kapitalmarktfördernden Zwecke maßgebliche Bedeutung haben.

In der Verbindung der Schutzzwecke des AnSVG und des MoMiG scheint sogar die eigentlich weiterführende Neuerung des GmbH- und UG-Rechts zu liegen; denn die Bindung des Anteilerwerbs an die Publizität des Handelsregisters, die § 16 GmbHG n.F. bewirkt, ergänzt die vom AnSVG geforderte Prospektspflicht und führt deshalb weg von der irrigen Annahme, das GmbH-Recht verfolge im Gegensatz zum Aktienrecht keine Anleger-schützenden Normzwecke.¹¹ Es wird zu zeigen sein, dass die Steuerung durch Registerpublizität ebenso wie die der corporate governance¹² letztlich auf verbesserte Marktprozesse abzielt und damit auch dazu beiträgt, dass unkontrollierte Marktentwicklungen, wie wir sie in der Zeit der großen Finanzkrise ganz besonders zu beklagen haben, ausbleiben bzw. weitmöglichst zurückgedrängt werden.

Auf insolvenzrechtlicher Ebene liegen die neuen Regeln zu Gesellschafterdarlehen. Gleichwohl lassen sich auch hier Normzwecke und -funktionen nachweisen, die der Verbesserung der Markttransparenz dienen und dadurch auf die allokativen Selektionsprozesse der Kreditmärkte einwirken. Bezüge zur Bewältigung der Finanzkrise gibt es auch hier, insbes. soweit es um die Veräußerung von gesplitteten Einlagen an Finanzinvestoren geht. Doch können diesbezüglich hier nur Vorarbeiten geleistet werden, soweit es um die Abtretung von Gesellschafterdarlehen und den Ein- und Austritt von Gesellschaftern geht.¹³

2. Methodisches und Gegenstandsbereiche. Für diesen Zweck soll hier an die Lehren zur corporate und private governance (PG) angeschlossen werden, die das Lehrbuch in Anlehnung an *Köndgens* Arbeiten zum bürgerlichen Recht¹⁴ ausführlich vorgestellt hat.¹⁵ Governance oder Steuerung wird als Gegenbegriff zu government in dem Sinne aufgefasst,

⁷ BGBl. I, 2004, 2630.

⁸ Mit *St. Roth*, a.a.O. Fn. 1.

⁹ Vgl. nur *Altmeyden*, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601; *Hirte*, Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitaleretzenden) Gesellschafterdarlehen, ZBB 2008, 1429; *ders.*, Die „Große GmbH-Reform“, NZG 2008, 761; *Huber/Habersack*, GmbH-Reform, BB 2006, 1; *Kindler*, Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts, NJW 2008, 3249; *Gehrlein*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846; *K. Schmidt*, Gesellschafterdarlehen, BB 2008, 461.

¹⁰ Vgl. etwa *Spindler*, NJW 2002, 3449, 3454; *Sester*, WM 2005, 1068; *Mülbert/Steup*, WM 2005, 1648; *Benecke*, BB 2006, 2597; *Kiethe*, MDR 2006, 841.

¹¹ So aber noch *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, § 18 I.1a/b, S. 262.

¹² Näher Lb., S. 36 ff., passim.

¹³ S.u. zu IV.5/6.

¹⁴ *Köndgen*, AcP 206 (2006), S. 477 ff.

¹⁵ A.a.O. Fn. 1, S. 61 f., 185 f., 149 f. mit dortiger Fn. 54, und S. 214 ff.; zum Gesellschaftsrecht s. jetzt den Überblick v. *W. Schön*, Fschr. Canaris, 2007, S. 1191, 1193 ff.; weiterführend auch *K. Riesenhuber*, in *Hopt/Veil/Kämmerer* (Hrsg.), Kapitalmarktgesetzgebung im Eur. Binnenmarkt, 2008, 23, 45 ff.

dass es nicht um in sich abgeschlossene Zwecke von Ge- und Verbotsnormen, sondern darum geht, dass auf privaten Vereinbarungszwecken und -funktionen aufgebaut und dafür gewisse Anreize und Begrenzungen reguliert werden.¹⁶ Zu den wichtigsten Instrumenten der PG gehört die Unternehmenspublizität mit den Bereichen der Handelsregister- und Kapitalmarktpublizität, wobei jeweils nicht der Zweck der Information des Mitteilungsadressaten ausschlaggebend ist, sondern auf die Reaktionen des allgemeinen Publikums abgezielt wird.

Anfänglich wurden nur die Auswirkungen auf die an den Aktienmärkten tätigen Aktionäre im Rahmen der sog. corporate governance erforscht.¹⁷ Doch sind heute längst auch die Reaktionen der Teilnehmer an grauen Kapitalmärkten, Waren- und Dienstleistungsmärkten und die Möglichkeiten der Publizitätssteuerung im Blick, wie v. a. das eingangs schon erwähnte AnSVG und die dahinter stehenden EU-Richtlinien¹⁸ beweisen, die die Prospektpflichten des Börsenrechts weitgehend auch auf die nicht börslich gehandelten Wertpapiere¹⁹ ausgedehnt haben.²⁰ Es wird zu prüfen sein, ob damit nun endlich der privatrechtliche Durchbruch erzielt worden ist, der dem AnSVG schon häufiger zugeschrieben wurde.

Man denke nur an die Stimmen der Literatur, die der Prospekthaftung der §§ 8f., 13, 13a VerkProspG i.d.F. des AnSVG und i.V. §§ 44 ff. BörsG eine weitgehend verdrängende Auswirkung auf die cic.-Haftung des § 311 Abs. 2 und 3 BGB wegen unzureichender oder fehlerhafter Anlegerinformation bei Abschluss von Verträgen über den Erwerb von GmbH-Beteiligungen auf den grauen Kapitalmärkten beigemessen haben.²¹ Verf. hat sich schon lange vor dem AnSVG dafür ausgesprochen, die Risikoordnung des Kapitalmarktrechts bei der cic.-Haftung stärker zu berücksichtigen.²² Diese Ansicht scheint sich nun mit dem AnSVG mehr und mehr zu bestätigen und bedarf, für sich genommen, erneuter Untersuchung, nachdem das MoMiG auf Schutzzwecke des grauen Kapitalmarktes zu zielen scheint.²³ Hier geht es um die gesellschaftsrechtlichen Implikationen, die nach dem MoMiG am deutlichsten auf die Publizität des Handelsregisters und deren Steuerungseffekte auf den grauen Kapitalmärkten ausgerichtet sind.

Neben die governance über die Kapitalmarktpublizität sind zudem auch die der Bilanz- und Firmenpublizität sowie sonstiger Formen der Handelsregisterpublizität getreten.²⁴ Beides kann zur Neuregelung der Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG n.F. im Zusammenhang mit der Kapitalmarktpublizität erörtert werden (s.u. III.1/2). Die Firmenpublizität dürfte zudem insbes. für das Recht der UG eine erhebliche Bedeutung haben und wird deshalb im Folgenden ausführlicher mit behandelt (II.2, III.3).

Weitere Steuerungsfunktionen dieser Art wurden im Haftungsrecht entdeckt. Beispiele dafür sind die Haftungserstreckung bei Firmenübernahme²⁵ und die unbegrenzte Innenhaftung in der Vor-GmbH.²⁶ Es liegt deshalb nahe, auch insofern zu fragen, ob das MoMiG an Governance-Strukturen dieser Art anknüpft, wenn es etwa das Recht der Vor-UG dem der Vor-GmbH gleichstellt (zu III.3; IV.1). Auch Umwandlungen auf die UG müssen in

¹⁶ Vgl. Köndgen, a.a.O. S. 514 f.

¹⁷ Vgl. den Überblick zur U.S.-amerikanischen Entwicklung bei Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 219 m.w.Nachw.

¹⁸ Insb. Art. 6 Abs. 1 Marktmissbrauchsrichtlinie, 2003/6/EG, ABl. EG Nr. L 096 v. 12.4.2003.

¹⁹ Vgl. vorerst nur § 2 Abs. 1 vor Nr. 1 WpHG n.F.: "... wenn für sie keine Urkunden ausgestellt sind".

²⁰ § 8f., 13, 13a VerkProspG i.d.F. Art. 2 Nr. 1 AnSVG a.a.O. Fn. 5 i.V. §§ 44 BörsG.

²¹ Vgl. nur Spindler, NJW 2002, 3449, 3454; Kullmann/Sester, WM 2005, 1068; Mülbelt/Steup, WM 2005, 1648; Benecke, BB 2006, 2597; Kiethe, MDR 2006, 841; Palandt/Grüneberg, § 311 BGB, Rdn. 68; MüKo/Emmerich, § 311 BGB, Rdn. 187 ff.

²² Vgl. Herrmann, JZ 1983, 422, 430.

²³ Vgl. Herrmann, DZWIR 2009, unveröffl.

²⁴ Vgl. nur Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 228 ff., 244 ff.; näher schon Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 39 f.

²⁵ Herrmann, Grundlehren BGB/HGB, 2006, S. 85 ff.

²⁶ Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 29 f., 188 ff.

gewissem Umfang möglich sein, obgleich das MoMiG dazu keine ausdrücklichen Regelungen getroffen hat (IV.3).

Haftungsähnliche Steuerungsfunktionen könnten schließlich auch mit der neuartigen Rangrückstufung von Gesellschafterdarlehen verbunden sein. Deshalb wird auch dieses Rechtsgebiet mit in die Untersuchung einbezogen (II.3). Auch und vor allem wird auf die Publizität der GmbH-Namensliste abzustellen sein, die § 16 GmbHG n.F. regelt, und die an die Stelle des bisherigen Eigenkapitalersatzes tritt, dem allenfalls ein schwacher Publizitätseffekt zukommt (III.4; IV.4-6).

II. Darstellender Überblick

1. Gesellschafterliste und Erwerb vom Nicht-Berechtigten. Zentrale Bedeutung, auch und vor allem unter Publizitätsaspekten, hat das neue Recht der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Stammanteilen eines in der Liste eingetragenen Scheingesellschafters.

a. Listeneintragung und Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten. Solange ein GmbH-Gesellschafter nicht in die Gesellschafterliste beim Handelsregister eingetragen ist, kann er keine Rechte gegenüber der GmbH geltend machen (§ 16 Abs. 1). Allerdings gilt das nur „im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung“ (Abs. 1 S. 1 n.F.). Folglich ist jede Stimmbeteiligung neuer Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung und die von Alt-Gesellschaftern mit hinzu erworbenen oder abgegebenen Anteilen schwebend unwirksam.

Im Vergleich zum bisherigen Recht hat sich insofern v. a. geändert, dass die Registereintragung an die Stelle der Anmeldung bei der Gesellschaft mit Nachweisen zum Übertragungsgeschäft tritt (Abs. 1 a.F.). Der neue Gesellschafter musste nur Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen, die vor der Anmeldung bei der Gesellschaft vorgenommen wurden (Abs. 2 a.F.); jetzt treten die Rechtswirkungen erst nach der Registereintragung ein, geben also einen erheblichen Anreiz, die Eintragung mit der vollen Publizität des Handelsregisters zu bewirken.

Das Wirksamkeitshindernis kann nicht etwa durch Genehmigung seitens der Gesellschafterversammlung²⁷, wohl aber dadurch behoben werden, dass die Eintragung „unverzüglich“ nach der Rechtshandlung vorgenommen wird. Ein Äquivalent dazu gab es im bisherigen Recht nicht. Aber daran lässt sich besonders gut erkennen, dass es nicht allein um die Individualinteressen der Gesellschafter, sondern um überindividuelle Wertungsanliegen geht. Im Ansatz richtig, aber im Hinblick auf den Schutzbegriff fälschlich ist vom Verkehrsschutz die Rede. Darauf wird zurückzukommen sein.²⁸

Rechtsfolgenorientiert ist hervorzuheben, dass ausgeschüttete Gewinne mangels Rechtsgrundlage gem. § 812 Abs. 1 BGB im Wege der Leistungskondition zurückgefordert werden können.²⁹ Bei unwirksamer Stimmbeteiligung können sich die Mehrheitsverhältnisse rückwirkend anders berechnen, so dass scheinbare Mehrheitsbeschlüsse mangels rechtswirksamer Stimmenmehrheit nicht zustande gekommen sind.

b. Listenunrichtigkeit, Widerspruch, gutgläubiger Erwerb und Verschuldensfragen. Nicht minder wichtig für das Verständnis der Registerpublizität und der privatrechtlichen governance sind die Regelungen zum Erwerb vom Nicht-Berechtigten, d.h. von einer Person,

²⁷ Darin läge eine gewisse Entsprechung zu § 177 Abs. 1 BGB, bliebe aber im Bereich der bekannten Vertragslegitimation durch Einigung auf Wettbewerbsmärkten; dazu *Herrmann*, Grundlehren BGB/HGB, a.a.O. S. 18 f.

²⁸ S.u. zu III.1.

²⁹ Zur Nichtigkeit ex tunc und der dahin gehenden Änderung der Rspr. s. u. III.1.

die im Register, oder besser in der diesem zugrunde liegenden Gesellschafterliste fälschlich als aktueller Gesellschafter ausgewiesen ist. § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. ordnet an, dass der Erwerb wirksam erfolgt, wenn der Veräußerer als Inhaber „in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste“ eingetragen ist. Die Liste und das Register sind also im Zeitpunkt der Umschreibung auf den Erwerber unrichtig.

Die Regelung ist der zum Gutgläubenserwerb im Immobiliarsachenrecht nachgebildet. Wie in § 892 BGB das Grundbuch als öffentliches Register falsch ist, so ist beim gutgläubigen Anteilswerb des § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. die Gesellschafterliste des Handelsregisters falsch. Aber die Unrichtigkeit muss bereits 3 Jahre andauern, es darf kein Widerspruch „zugeordnet“ sein, und der Erwerber darf nicht bösgläubig sein. Widerspruch und Bösgläubigkeit ähneln wiederum dem Gutgläubenserwerb bei falschem Grundbuch.

Allerdings weicht die 3-Jahresfrist vom Immobiliarsachenrecht ab. Man will dem Berechtigten einen hinreichenden Zeitraum lassen, innerhalb dessen er die Unrichtigkeit entdecken und für Beseitigung sorgen kann. Die Widerspruchszuordnung genügt. Sie erfolgt auf Antrag des Anteilsberechtigten, wenn der fälschlich Eingetragene eine entsprechende Bewilligung erklärt oder wenn ohne diese eine einstweilige Verfügung (ewV) erlassen worden ist (§ 16 Abs. 3 S. 4). Einzelheiten dazu gehören zwar ins Verfahrensrecht, sind aber zumindest im Groben auch Sache des Wirtschaftsjuristen. Die Widerspruchsbewilligung muss notariell beglaubigt werden, da die Eintragung nur bei Vorlage öffentlich beglaubigter Urkunden erfolgt.³⁰ Die ewV muss nicht nur zulässiger Weise erhoben, sondern auch vom Gericht erlassen worden sein. Ein etwa eingelegtes Rechtsmittel dagegen schadet nicht.

Gutgläubigkeit setzt – wie im Sachenrecht – die nicht grob fahrlässige Nicht-Kenntnis der Unrichtigkeit der Liste voraus. Die Beweislast liegt beim Berechtigten, wie die Negativformulierung des Gutglaubenstatbestandes zeigt. Der Normzweck besteht nicht nur im Schutz des Erwerbers, sondern auch in der Förderung des Anteilsverkehrs. Insbesondere soll in der Phase der Informationsverarbeitung vor Abschluss des Kaufvertrages (sog. due diligence) vermieden werden, den Käufer mit langwierigen und kostenaufwändigen Nachforschungspflichten zu belasten.³¹ Nur wenn offensichtliche Verdachtsmomente vorliegen und dem Erwerber ohne größere Schwierigkeiten zugänglich sind, kann er als grob fahrlässig bösgläubig anzusehen sein.

c. Rechtsfolgen gutgläubigen Erwerbs. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, so erfolgt der Anteilswerb vollständig rechtswirksam. D.h. zunächst, dass er nicht etwa vom Gutgläubenserwerber nach § 812 Abs. 1 BGB aus Gründen kondiziert werden kann, die den Erwerbstatbestand des § 16 GmbHG n.F. betreffen. Immer ist allerdings die vollständige Verwirklichung des sonstigen Erwerbstatbestandes vorausgesetzt, so dass es z.B. nicht an der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers oder an der Vertretungsmacht der für ihn handelnden Person fehlen darf.³²

Etwas anders ist es auch, wenn § 16 Abs. 3 GmbHG tatbestandlich nicht erfüllt ist, also etwa ein Widerspruch oder eine ewV vorliegt oder der Erwerber nicht in gutem Glauben an die Unrichtigkeit des Handelsregisters war. Bemerkt also der in Wahrheit Berechtigte den Registerfehler, so tut er gut daran, den vom Scheinberechtigten Erwerbenden rechtzeitig bösgläubig zu machen, indem er ihn anschreibt, per e-mail informiert oder anruft.³³

Ist die Umschreibung bereits erfolgt, so bleibt dem materiell richtigen Anteilsinhaber oft kein anderer Weg, als den Erwerbserlös beim Veräußerer einzufordern. Rechtsgrundlage

³⁰ § 12 Abs. 1 HGB i.V. § 129 S. 1 BGB.

³¹ Vgl. RegE, Drs.-BT 16/6140, S. 91.

³² Vgl. RGZ 134, 283; Palandt-Bassenge, § 892 BGB, Rdn. 2.

³³ Dabei ist § 164 Abs. 3 BGB zu beachten, so dass man sich nie damit begnügen darf, Jemanden zu erreichen, der selbst nicht zuständig ist, sich aber erbietet, die Angelegenheit bei geeigneter Stelle auszurichten; vgl. – zur entsprechenden Rechtslage bei § 173 – Herrmann, Grundlehren BGB/HGB, 2006, S. 103.

dafür ist § 816 Abs. 1 S. 1 BGB³⁴, da eine Verfügung vorliegt, die dem Berechtigten gegenüber aufgrund des § 16 Abs. 3 GmbHG wirksam ist. Die Gegenleistung dafür ist das durch die Verfügung Erlangte und muss herausgegeben werden.

2. Unternehmergesellschaft. Regelungsort für die UG ist § 5a GmbHG n.F., der oft zugleich mit der vereinfachten Gründung im Wege des Musterprotokolls i.S. § 2 Abs. 1a zur Anwendung gelangen soll³⁵ und insbes. wegen der Kapitalausstattung eine Lockerung der bisherigen Anforderungen bringt, indem auf 57 c des Gesetzes verwiesen wird. Daraus ergibt sich, dass die Gesellschaftsgründung mit voller Anerkennung als UG der Eintragung in das Handelsregister bedarf, hierbei aber das Mindeststammkapital des § 5 Abs. 1 zunächst ohne weitere Mindestgrenze unterschritten werden darf, wenn nur eine Gewinnthesaurierung bis zur vollständigen Auffüllung des Stammkapitals erfolgt. Folgende Einzelheiten sind hervorzuheben.

a. Rechtstatsächliche Bedeutung. Das Institut für Rechtstatsachenforschung Jena hat bis Mitte Januar über 1.500 UG-Firmengründungen nachgewiesen und rechnet bis Ende 2009 mit deutlich über 10.000 UGs.³⁶ Trotz Aufhebung der Mindest-Kapitalaufbringung scheint die 1-E-UG keine Rolle zu spielen, sondern es werden durchschnittlich ca. 1.000,-€ Startkapital aufgebracht, um die sonst drohende sofortige Überschuldung und Insolvenz abzuwenden.

Viele UGs werden als sog. Vorratsgesellschaften gegründet, um bei späterem Bedarf sogleich eine Rechtsform mit Haftungsbeschränkung zur Verfügung zu haben. Das gilt natürlich auch für einen etwaigen Bedarf bei späterer Gründung von UG (haftungsbeschränkt) & Co.KGs, von denen es bereits jetzt einige gibt.³⁷ Hauptsächlich geht es um wirtschaftliche Dienstleistungen und handwerkliche Tätigkeiten, wo Vorschüsse verkehrüblich sind.³⁸ Aber auch im Handel scheint die UG von Bedeutung, soweit keine nennenswerten Anfangsinvestitionen benötigt werden.

In Hamburg wurden ca. 40 UGs pro 1 Mio. Einwohner registriert. Nr. 2 hinter Hamburg nimmt NRW ein. In absoluten Zahlen führt derzeit Bayern mit fast 25% der Neugründungen. Aber das sind natürlich bei der kurzen Erfahrung von 3 Monaten noch recht unzuverlässige Zahlen. Auch scheint bisher noch nichts Verlässliches über die Zurückdrängung der englischen Ltd. bekannt zu sein. Sicher ist nur, dass dies vom Gesetzgeber bezweckt ist³⁹, und dass der Hauptgrund für die sprunghaft angestiegenen Ltd.-Gründungen seit den Leitentscheidungen zur Zulässigkeit dieser Rechtsform⁴⁰ die dem englischen Gesellschaftsrecht fremde Mindest-Kapitalaufbringung ist.⁴¹ Da das neue UG-Recht in dieser Hinsicht nun deutliche Erleichterungen schafft, kommt ein Wettbewerb der Rechtsformen in Betracht.

b. Musterprotokollarische Beurkundung und Gründungszwecke. Die Gründung kann durch Verwendung eines Musterprotokolls bewirkt werden, das im BGBI. als Anlage zum MoMiG veröffentlicht ist.⁴² Allerdings dürfen nach § 2 Abs. 1a S. 2 GmbHG keine vom Gesetz abweichende Abreden des Gesellschaftsvertrags getroffen werden, so dass es

³⁴ Vgl. Palandt-Sprau, § 816, Rdn. 8.

³⁵ Vgl. nur Begr. Beschlussempfehlung, BT-Drs. 16/9737, S. 93; Hirte, NZG 2008, 761.

³⁶ Vgl. Freudenberg, Klein aber erfolgreich, Legal Success v. 29.1.2009, S. 4.

³⁷ Vgl. auch Tsanakti, Grundstruktur und Verbreitung der UG, NWiR 2009, dieses Heft, mit Angaben aus dem elektronischen Unternehmensregister.

³⁸ Vgl. Freudenberg, a.a.O., vorvorige Fn., S. 4; inwieweit UGs auch bei freien Berufen zulässig und evtl. bereits verbreitet sind, ist bislang nicht untersucht.

³⁹ Begr. Reg-E, Drs.-BT 16/6140, S. 60.

⁴⁰ Vgl. nur EuGH, Slg. 1999 I-1459=NJW 1999, 2027 „Centros“; s. auch Lb. S. S. 380 ff.

⁴¹ Vgl. Lb. S. 384 ff. m.w.Nachw.

⁴² BGBI. 2008, I, S. 2044.

eigentlich verwundert, weshalb die in der rechtspolitischen Diskussion z. T. geforderte Beurkundungsfreiheit⁴³ nicht geregelt wurde. Aber es darf jetzt dafür einen Verzicht auf die Mindestgebühr des Notars gem. § 41d KostO n.F.⁴⁴ geben, so dass zwar die Zeit bis zur notariellen Überprüfung und Terminierung vergeht, die bei der Ltd. eingespart wird. Aber nicht Gründungseile, wie wohl bei vielen der Ltd.-Gründungen via Mausclick⁴⁵, sondern ein geringer Kapitalbedarf bei gleichzeitig gegebener Eile für kurzfristige und riskante Geschäfte sind für die UG praktisch kennzeichnend.⁴⁶ Der Gebührenverzicht gibt die – wenngleich zu starre – Möglichkeit, auf preiswettbewerbliche Erfordernisse zu reagieren.

Versucht man, die Chancen der vereinfachten UG-Gründung im Regulierungswettbewerb mit der Ltd. zu beurteilen, so geben die genannten Vorschriften einigen Anlass zum Optimismus, werden doch die zeitbedingten Vorzüge der Ltd. nicht auf die Dauer der notariellen Terminanberaumung, sondern auf Organisationsschwierigkeiten und zeitliche Engpässe der Handelsregistereintragung gestützt.⁴⁷ Wegen der Vorschrift zur Nichtabweichung vom Gesetz dürfte beim Notar keine längere Vorbereitungszeit benötigt werden. Dauert es dann bei der registergerichtlichen Eintragung länger, so ist wenigstens das Stadium der Vor-GmbH erreicht, und die Gesellschaft besteht mit Ausnahme der Haftungsbeschränkung⁴⁸ und der vollen juristischen Personfähigkeit⁴⁹ als Vor-UG.

c. Gründung ohne gesetzliches Mindestkapital. Das bei der Gründung aufzubringende Stammkapital kann nach § 5a Abs. 1 zwischen ein und 12.499 € betragen; denn wenn weniger als 1 € festgelegt wird, kann man nicht mehr sinnvoll von einem Bilanzposten des Stammkapitals sprechen, von dem in §§ 5, 5a Abs. 2, 7 Abs. 2 die Rede ist. Auch ist die Zeichnung eines Geschäftsanteils schlecht möglich, wenn kein Geldbetrag benannt ist.⁵⁰

Aber wichtig ist nicht die genaue Untergrenze, sondern der Umstand, dass das Prinzip der Mindestkapitalaufbringung aufgegeben ist.⁵¹ An dessen Stelle besteht allerdings nach wie vor das Erfordernis, dass die Gesellschaft nicht insolvent ist; denn wenn das Eigenkapital von vornherein so gering ist, dass gem. § 15a InsO⁵² die Pflicht besteht, Insolvenz anzumelden, dann kann es keine zulässige Gesellschaftsgründung geben. Auch kennt die Rspr. seit Langem das Vorbelastungsverbot⁵³ und die Haftung für Einlageverluste, wenn für die Zwecke der Gründung Einlagen geleistet werden, die GmbH aber bereits insolvent ist.⁵⁴

Jetzt zwingt also nicht mehr das Gesetz, wohl aber der Markt zu angemessener Kapitalausstattung, was v. a. in den Fällen erheblich wird, in denen schon in der Gründungsphase Bankdarlehen aufzunehmen sind; denn dabei wird auf Kreditsicherung in

⁴³ S. die Diskussion der Meinungen bei *Gehrlein*, Konzern, 2007, 771, 775; *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1444; *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 46 ff.

⁴⁴ Auf der Grundlage des Art 15 Nr. 2a MoMiG, a.a.O. Fn. 2.

⁴⁵ Vgl. *Römermann*, NJW 2006, 2065; *Westhoff*, GmbHR 2006, 525.

⁴⁶ Vgl. *Gehrlein*, Konzern, 2007, 771, 779; *Joost*, ZIP 2007, 2242, 2243; *Hirte*, a.a.O., vorige Fn. S. 763.

⁴⁷ Vgl. nur *Westhoff*, GmbHR 2006, 525, Limited Aktuell 1/2006, S. 2.

⁴⁸ Zur unbegrenzten Innenhaftung seit BGHZ 134, 333=NJW 1997, 1507 s. Lb., a.a.O. S. 188 f.

⁴⁹ Wohl aber kommt die Vor-UG der quasi-juristischen Person der GbR gleich, die der BGH in BGH/ 146=ZIP 2001, 330 anerkannt hat.

⁵⁰ So zu Recht *Hirte*, a.a.O. S. 763.

⁵¹ Immer noch lesenswert dazu – mit Blick auf die AG und die US-amerikanische corporation – *Kübler*, Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, 1989.

⁵² Die Vorschrift ist zwar ebenfalls neu und enthält eine Umqualifikation der Anmeldepflicht vom Gesellschafts- zum Insolvenzrecht (näher s. nochmals *Hirte*, a.a.O., S. 765), aber sie entspricht tatbestandlich genau dem bisherigen § 64 Abs. 1 GmbHG.

⁵³ Mit persönlicher Haftung der Gesellschafter, BGHZ 105, 300, 303; Lehrb. S. 192 f.

⁵⁴ Mit persönlicher Haftung des Geschäftsführers nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB (cic.), s. BGH NJW 2002, 2718; zur Konkurrenz wegen Neuregelung der Prospekthaftung auf grauen Kapitalmärkten durch §§ 8 f. i.d.F. des AnSVG, BGBl. 2004 I, 2630 s. *Benecke*, BB 2006, 2597; *Palandt/Grüneberg*, § 311 Rdn. 68.

der Form von ausreichendem Eigenkapital oder von Bürgschaften und etwa vorhandenen Sachsicherheiten⁵⁵ geachtet.

Hinzu kommt noch der neue § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG, wonach Zahlungen, die die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, zur Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers führen. Die Vorschrift soll die von der Rspr. entwickelte Existenzvernichtungshaftung⁵⁶ ergänzen, ohne sie zu ersetzen⁵⁷, zeigt aber zugleich, dass ein vorbeugender Schutz vor rücksichtslosen Eingriffen in die finanzielle Überlebensfähigkeit der Gesellschaft gegeben ist.

d. Ansparmodell und verbleibende Mindestkapitalisierung. Die UG wird ins Handelsregister als solche⁵⁸ eingetragen und erlangt dadurch volle Rechtspersönlichkeit, sobald das von den Gründern für ausreichend erachtete Eigenkapital unterhalb der Mindestsumme für die GmbH, also unter 12.500 € eingezahlt ist. Diese Summe muss aber nach § 5a voll⁵⁹ und zur freien Verfügung des Geschäftsführers bezahlt werden, so dass das Recht etwaiger verdeckter Sacheinlagen⁶⁰ unverändert zur Anwendung gelangt, wenngleich in der Praxis kaum noch Anlass für derartige Schwindelgründungen besteht. Die dogmatisch verwandten Probleme überbewerteter Sacheinlagen stellen sich nicht, da Sacheinlagen in der UG nach § 5a Abs. 2 S. 2 unzulässig sind.

Es bleibt die Differenz zum Mindeststammkapital der GmbH, also 25.000,- € nach § 5 Abs. 1, oder zu dem darüber liegenden und von den Gründern – oft im Einvernehmen mit der Hausbank – für notwendig erachteten gesellschaftsvertraglich vereinbarten Stammkapital. Aber ¼ des Jahresüberschusses ist gem. § 5a Abs. 3 Nr. 1 zur Erhöhung des Stammkapitals zu benutzen, soweit er nicht für Ausgleichspflichten nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 und 3 benötigt wird. Diese Form der Kapitalerhöhungspflicht besteht nach Abs. 5 S. 1 so lange, bis das Mindeststammkapital erreicht ist. Danach darf (nicht muss!) die Firma der UG beibehalten werden (Abs. 5).

Der ¼-Jahresüberschussanteil, der zur Kapitalerhöhung zu verwenden ist, führt also dazu, dass die Gesellschafter mit geringem Aufwand gründen können, aber in den Folgejahren zur Gewinnthesaurierung verpflichtet sind. Der volle Schutz der bisherigen Mindestkapitalisierung greift demzufolge erst nach einigen Jahren, und dies auch nur dann, wenn die Gesellschaft tatsächlich gute Erträge erwirtschaftet. Die UG ist damit der KG angenähert, in der oft die Kapitaleinlage gestundet und aus Gewinnen späterer Jahre aufgefüllt wird. Die Auffüllung kann schwanken, wenn gute und schlechte Jahre wechseln. So lange wird die persönliche Haftung des Kommanditisten in Höhe der nicht erbrachten Einlage erhalten bzw. wieder hergestellt. Aber ist einmal die versprochene Kapitaleinlage erreicht, so können spätere Verluste keine persönliche Haftung des Kommanditisten mehr begründen. Bei der GmbH ist es in gewisser Weise entsprechend, obgleich nach der Eintragung als UG keinerlei persönliche Haftung mehr im Spiel ist. Aber wenn das Mindeststammkapital einmal erreicht ist, kommt bei etwaigen Verlusten in den Folgejahren keine erneute Auffüllungspflicht in Betracht.

3. Gesellschafterdarlehen. Nachdem die neuartige Rechtsform der UG und der gutgläubige Anteilserwerb umrissen sind, können die Neuregelungen zu Gesellschafterdarlehen vorgestellt werden. Sie gelten für die UG nicht anders als für die

⁵⁵ Zur wirtschaftsjuristischen Sicht der dinglichen Besicherung s. jetzt *Herrmann*, BGB/HGB für Bachelor-Studiengänge. Bd.2, 2008, S. 59 ff.

⁵⁶ Vgl. nur BGHZ 149, 10=NJW2001, 3622 (Bremer Vulkan); jetzt teilw. abgeändert durch BGHZ 173, 246=NJW2007, 2689 (Trihotel); näher Lb., a.a.O., Fn. 2, S. 449 f.

⁵⁷ Drs.-BT 16/6140

⁵⁸ So § 5a Abs. 1.

⁵⁹ So § 5a Abs. 2.

⁶⁰ Vgl. Lb., a.a.O. S. 185, 229 ff.

herkömmliche GmbH. Die maßgebenden Vorschriften der §§ 39, 135 InsO n.F. scheinen mit dem Schutz des Eigenkapitals überhaupt nicht mehr in Zusammenhang zu stehen, weil eineregeltrechte Abkoppelung vom Kapitalersatzrecht vorliegt.⁶¹

a. Abkoppelung vom Kapitalersatz. Entscheidend dafür ist zunächst, dass es sich um eine primär insolvenzrechtliche Regelung handelt, bei der es für die Rangrückstufung des Darlehens nur noch darauf ankommt, dass es sich um eine Gesellschafterforderung handelt, und die Frage einer Rückführung von Stammkapital keinerlei Bedeutung mehr hat. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist jeglicher Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in der Insolvenz nachrangig hinter allen Forderungen von Nicht-Gesellschaftern. Wird im Laufe des letzten Jahres vor Insolvenzeröffnung eine Zahlung geleistet, so kann diese nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. durch Insolvenzanfechtung zur Masse gezogen werden. Jede Besicherung eines solchen Kredites kann ebenfalls angefochten werden, selbst wenn sie schon vor 10 Jahren erfolgt ist (Nr.1 der Vorschrift). Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet, so findet die InsO keine Anwendung, aber die Anfechtung kann nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AnfG erfolgen.

Jeweils gibt es keine Voraussetzung mehr, dass das Darlehen in der Krise gewährt sein muss, und dass ein ordentlicher Gesellschafter in dieser Situation besser Eigenkapital als Fremdkapital zugeführt hätte. Man geht einfach davon aus, dass Gesellschafterdarlehen abstrakt-generell eine Gläubigergefährdung darstellen, die die Rangrückstufung bzw. Anfechtung rechtfertigt. Der BGH hatte noch in seiner jüngsten Entscheidung zum Thema besonders betont, dass die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens in der Krise als Verletzung des Rückzahlungsverbots des § 30 GmbHG anzusehen sein sollte.⁶² Die hierauf gestützte Analogie zu § 30 GmbHG a.F. wird vom neuen S.3 dieser Vorschrift nunmehr ausdrücklich aufgegeben und sogar versperrt, so dass die Rspr. auf die Tradition der sog. Rechtsprechungsdarlehen⁶³ künftig nicht mehr oder doch zumindest nicht mehr in der Weise zurückgreifen darf, wie sie es nach der 1980er GmbH-Reform getan hatte.⁶⁴

Der insolvenzrechtlichen Abkoppelung vom materiellen Gesellschaftsrecht entspricht es auch, dass die §§ 32a/b GmbHG a.F. durch das MoMiG gestrichen wurden. Zugleich wird durch die Neuverortung in der InsO bzw. im AnfG geklärt, dass die neuen Vorschriften rechtsformunabhängig und d.h. auch dann gelten, wenn es sich etwa um eine ltd. englischen Rechts handeln sollte. Diese können zwar mit 1 PSt. Minimumkapital beim house of companies in London via Mausclick gegründet und zur Anmeldung gebracht werden. Aber aus den o. zu II.2b angesprochenen Gründen wird doch auch hier häufig ein höheres Eigenkapital im memorandum of association vorgesehen, so dass dessen Unterschreitung mit den Folgen der Umqualifikation alten Rechts auch schon bisher vorkommen konnte. Indes geht es jetzt nur noch darum, dass es sich um ein Gesellschafterdarlehen handeln muss. Auch wenn das Eigenkapital einer Ltd. nur 1 PSt. beträgt, kann dessen Darlehen in der Insolvenz zurückgestuft werden. Lediglich das Privileg für Splitterbeteiligungen nach § 39 Abs.5 InsO ist zu beachten.

b. Einbezogene Gesellschaften und Personen. Die Regeln gelten nach § 39 Abs. 5 InsO, wie frühere Vorschriften für Rechtsprechungs- und Novellendarlehen, nicht nur für die GmbH, sondern auch für alle Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben. Demnach liegt keine

⁶¹ Vgl. nur den im RegE (a.a.O.) weitgehend angezogenen Aufsatz von *Huber/Habersack*, BB 2006, 1, 2 f.

⁶² BGHZ 157, 72, 75=NZG 2004, 233, sog. Novemberurteil.

⁶³ S. Lb., a.a.O., S. 196 ff.

⁶⁴ Vgl. noch BGHZ 90, 370, 376 ff; zum Unterschied gegenüber der damaligen Situation s. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1161 f.

rechtsformunabhängige Regulierung vor, sondern bestimmte Rechtsformen, wie die GbR, die OHG und KG mit natürlichen Personen als Vollhaftern sind ausgenommen.

Folglich ist auch unzutreffend, das Recht der Gesellschafterdarlehen als genuin insolvenzrechtliche Materie einzuordnen.⁶⁵ Es handelt sich nach wie vor um Gesellschaftsrecht, das lediglich, wie die jetzige Regel zur Insolvenzanmeldepflicht⁶⁶, in das Verfahrensrecht verlagert worden ist, um international-privatrechtliche Wirkungen zu entfalten.⁶⁷

Nach wie vor sind auch Splitterbeteiligungen von unter 10 % ausgenommen⁶⁸, was ebenfalls auf Finanzierungszwecke zu Lebzeiten der Gesellschaft zurückgeht und mit dem Insolvenzrecht eigentlich gar nichts zu tun hat. Es sollen nämlich gemischte Finanzierungsmodelle nicht mit Risiken der Rangrückstufung befrachtet werden, die v. a. bei Projektfinanzierungen vorkommen. Kleinere Kapitaleinlagen sorgen hier dafür, dass die Geldgeber mehr Eigeninteressen mit der Verwirklichung des Projekts verbinden.

Auch das Sanierungsprivileg ist im Wesentlichen gleich geblieben. Es gilt nicht nur für Banken (früher sog. Bankenprivileg), sondern ist nur damit verbunden, dass die Beteiligung von einem früheren Nicht-Gesellschafter zu Sanierungszwecken gemacht wurde, und dass die Sanierung ernstlich gewollt war. Nach neuem Recht ist allerdings nicht mehr nur der subjektive Wille zusammen mit nachprüfbarer Planung ausreichend⁶⁹, sondern es muss eine zumindest zeitweise und dennoch „nachhaltige“ Sanierungsfolge tatsächlich eingetreten sein (§ 39 Abs. 4 S.2 InsO).

Publikums-KGs mit zumindest einem persönlich haftenden Gesellschafter sind nun nicht mehr im Kreis der potentiell betroffenen Gesellschaften, da das Gesetz jetzt eine scharfe Abgrenzung ohne diese getroffen hat. Das gilt erst recht für die einfache KG, für die in der älteren Literatur z.T. anders geurteilt wurde.⁷⁰ Auch diese Rechtsform ist heute nicht mehr berührt.

c. Finanzierungsformen. Zu den Finanzierungsformen ist in § 39 Abs. 1 Nr. 5, wie gesagt, nicht mehr von Kapitalersatz, sondern nur noch von Gesellschafterdarlehen und diesen wirtschaftlich ähnelnden Gestaltungen die Rede. Es kann sich also um Darlehen handeln, die lange vor Eintritt der Krise der Gesellschaft gewährt worden sind, aber ganz oder zum Teil noch zur Rückzahlung anstehen, wenn die Insolvenz eröffnet wird, bzw. wenn es um die Anfechtung mit Vorlauf eines Jahres geht. Das entspricht ziemlich genau der bisherigen Rspr. bei sog. stehen gelassenen Gesellschafterdarlehen. Auch danach konnten ältere Darlehensansprüche zurückgestuft werden, wenn sie in der Krise nicht sogleich gekündigt und eingefordert wurden; denn der Gesellschafter hätte nach der bisherigen Rechtsansicht kündigen und echtes Eigenkapital zur Verfügung stellen müssen.⁷¹ Allerdings geht der Unterschied neuen Rechts nun dahin, dass heute auch bei krisenbedingter Kündigung der Gesellschafterdarlehen nichts mehr an der Rückstufung zu ändern ist, wenn später die Insolvenz eintritt.

Nichts anderes gilt auch bei gesplitteten Einlagen, bei denen der Zutritt zu Publikums-GmbHs und Publikum-KGs davon abhängig gemacht wird, dass eine bestimmte zur Höhe der Einlage ins Verhältnis gesetzte Darlehenssumme bereit gestellt wurde. Das kann auch jetzt noch ökonomisch sinnvoll sein, wird aber wegen der von vornherein feststehenden

⁶⁵ So aber *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1158.

⁶⁶ § 15a Abs. 1 InsO; dazu schon o. zu II.1c.

⁶⁷ Dazu schon o. zu 2a und unten zu IV.4.

⁶⁸ § 39 Abs. 5 InsO; allerdings waren es bei der AG bisher 25%, vgl. BGHZ 90, 381, 388 f.; dazu Lb., a.a.O. S. 250.

⁶⁹ So noch BGH WM 1989, 62; näher Lb., a.a.O. S. 205 f.

⁷⁰ Offen gelassen in BGHZ 112, 31, 39; näher Lb., a.a.O., S. 198 f.

⁷¹ BGH NJW 1995, 326, 329; Lb., a.a.O. S. 207 f.

Rückstufungsgefahr in einer etwaigen Insolvenz mit höherer Zinsverpflichtung der Gesellschaft verbunden sein.

Weitere Finanzierungsformen sind Sachleihen, Betriebsaufspaltungen und sonstige konzernrechtliche Kreditvorgänge⁷², und Finanzierungsverfahren wie das cash pooling.⁷³ Die Sachleihe geht dahin, dass der Gesellschafter kein Geld bereit stellt, sondern ein Grundstück, eine Produktionsanlage oder eine Fabrik- oder Lagerhalle unentgeltlich oder zu einem Pachtzins unter Marktpreis zum Gebrauch überlässt. Dazu regelt § 135 Abs.3 InsO, dass der Herausgabeanspruch im Wege der Aussonderung insoweit nicht geltend gemacht werden kann, als die Nutzung für die Fortführung des Unternehmens von „erheblicher Bedeutung“ ist. Die Erheblichkeit soll also wohl aus der Sicht des insolventen Unternehmens und allein mit Blick auf die Sanierungsaussicht beurteilt werden.

Beim cash pooling handelt es sich im Ausgangspunkt um die Zusammenlegung von Zahlungsgeschäften (cash) bei einer Zentralstelle im Konzern. Aber dabei ergeben sich zwischenzeitlich Darlehensbeziehungen, soweit die abzurechnenden Beträge zunächst von der Zentrale eingezogen und dann mit einer gewissen Zeitverzögerung der Konzerngesellschaft zugeleitet werden, für die die betr. Zahlung bestimmt ist. Da es bei Gesellschafterdarlehen nicht auf kapitalersetzende Funktionen ankommt, muss eigentlich jedes noch so kurzfristige Kreditgeschäft innerhalb von Konzernen der Rangrückstufung unterliegen, wenn Insolvenz bei der Gläubigersellschaft eintritt und die kreditgebende Gesellschaft mehr als 10% Anteile besitzt. Ein Ausweg vor dieser Folge besteht vielleicht darin, den Darlehensbegriff eng auszulegen, so dass die zeitweise Überlassung von Geldbeträgen zur Abwicklung von Zahlungsvorgängen nicht normzweckwidrig darunter fällt. Darauf wird zurückzukommen sein.

4. Übergangsrecht. Das MoMiG ist am 1.11.2008 in Kraft getreten⁷⁴, enthält aber einige Übergangsregeln, die für den hier behandelten Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind. Das gilt zunächst für den Zeitpunkt der Gründung von UGs. Ohne ausdrückliche Regelung versteht es sich, dass UGs nicht vor dem 1.11.2008 gegründet werden konnten, da das die Einfügung von § 5a nicht vor diesem Zeitpunkt geltendes Recht war. Ebenso versteht es sich von selbst, dass eine UG ab diesem Zeitpunkt ohne Verzögerung notariell beurkundet und zur Anmeldung gebracht werden kann.

Für die Geltung der neuen Vorschriften über Gesellschafterdarlehen stellt Art. 103d EinfG InsO i.d.F. des Art. 10 MoMiG darauf ab, dass ein Insolvenzverfahren am 1.11.2008 oder später eingeleitet worden ist. Dem zufolge müssen alle laufenden Insolvenzverfahren noch nach altem Recht abgewickelt werden, so dass u.U. noch jahrelang das bisherige Eigenkapitalersatzrecht gilt.

III. Wirtschaftsrechtliche Zwecke und Funktionen

1. Meinungsstand informations- und marktökonomischer Rechtsanalyse. Für die aus dem Lehrbuch gewohnte Analyse rechtsökonomischer Informationszwecke und Funktionen sei die Gelegenheit dieses update genutzt, um über einige neuere Arbeiten zu berichten, die den Trend zu dieser und ähnlichen Herangehensweisen an das Wirtschaftsrecht teilen und sogar neuerdings als einen grundlegenden Wandel der Privatrechtswissenschaft insgesamt beschreiben.⁷⁵ Verf. hat sich bislang mehr als Anhänger einer noch recht speziellen

⁷² Zum bisherigen Recht vgl. Lb., a.a.O. S. 204 f.

⁷³ Ebd. S. 450 f.

⁷⁴ Art. 25 MoMiG.

⁷⁵ Bes. deutlich *Schön*, F Schr. Canaris, 2007, S. 1191, 1193, der das Informationsmodell als eine „neue Stufe der Rechtsentwicklung“ bezeichnet, die dem „Freiheitsmodell“ des BGB und dem „sozialrechtlichen Modell“ des mittleren 20. Jahrhunderts an Bedeutung gleichkomme; ähnlich grundlegend zum Transparenzschutz auch der

Methodenrichtung im Privat- und Wirtschaftsrecht gesehen⁷⁶, und kann nun natürlich seine Freude darüber nicht verbergen, dass sich seit Kurzem geradezu eine generelle Trendwende anbahnt. Folgendes ist hervorzuheben:

Das Informationsmodell hat sich bereits in den 70er Jahren durch die Untersuchungen von *Hopt* zum Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken⁷⁷ und zum US-Rechtsvergleich der kapitalmarktrechtlichen Besonderheiten des Handelsbilanzrechts⁷⁸ entwickelt. Seit Mitte 80er⁷⁹ und verstärkt seit Mitte der 90er Jahre⁸⁰ erlangte es dann weit über den kapitalmarktrechtlichen Anwendungsbereich hinausgehende Bedeutung und wurde in allgemeiner rechtlicher Funktion des Verbraucherschutzes als Förderung der Selbstbestimmung des Verbrauchers gefasst.⁸¹

Zum Gesellschaftsrecht reicht die informationsökonomische Forschung in Ansätzen zurück bis in die Anfänge der Arbeiten zur Unternehmenspublizität in den 60er Jahren.⁸² Doch schien Vieles davon mit den Publizitätsvorschriften der §§ 325 ff. HGB für Kapitalgesellschaften und deren europarechtlichen Vorgaben abgearbeitet. Trotz wichtiger informationsrechtlicher Forschungen zu den Berichtspflichten des Vorstands⁸³ und dergl. blieb der informationsökonomische Hintergrund nahezu unbeachtet. Erst als die Lehren zur principal agency theory in Deutschland rezipiert wurden, erkannte man, dass auch im Gesellschaftsrecht Informationsungleichgewichte zu systematischen Fehlentwicklungen führen, und Kompensationsregeln zur Image-Bildung auf den Kapitalmärkten dazu beitragen können.⁸⁴

Wichtigstes Anwendungsfeld wurde die corporate governance, die heute in § 161 AktG Anerkennung gefunden hat.⁸⁵ Aber auch zur Publizität des Handelsregisters kam es alsbald zu informationsökonomisch fundierten Entdeckungen, die neben der Firmenpublizität als solcher auch die Öffentlichkeitswirkungen von Haftungsausschlüssen bei Firmenfortführung und dergl. informationsökonomisch problematisierten. Sogar vor Fragen des handels- und zivilrechtlichen Rechtsscheins und Vertrauensschutzes machte die Übernahme rechtsökonomischer Informationskonzepte nicht halt, so dass etwa die Vertrauens- und Anscheinsvollmacht oder das Recht des Scheinkaufmanns⁸⁶ und im Gesellschaftsrecht z.B. auch die Regeln zur Vor-Gesellschaft davon erfasst wurden.⁸⁷

Noch nicht so verbreitet ist die Erkenntnis, dass es sich letztlich auch bei den Informationsmodellen um Marktsteuerung handelt, die nur mit anderen Wettbewerbskonzepten begründet wird, als dies bei den ordoliberalen Lehren zum Zusammenhang von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit der Fall war. Denn

Beitrag von K. Riesenhuber in: Kapitalmarktgesetzgebung im Europ. Binnenmarkt, hrsg. Hopt/Veil/Kämmerer, S. 23 ff.

⁷⁶ Zuletzt *Herrmann*, EWS 2009, 10, 13 ff.

⁷⁷ *Hopt*, Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975.

⁷⁸ *Hopt*, ZHR 140 (1976), 201; 141 (1977), 389; weiterführend *Pellens/Fülbier*, ZGR 29 (2000), 572 ff.

⁷⁹ Vgl. schon *Köndgen/König*, ZIP 1984, 129 ff.; *Herrmann*, WM 1987, 1029 ff.; 1057 ff.

⁸⁰ Vgl. insbes. aus der Hopt-Schule *Grundmann*, JZ 2000, 1133 ff.; *ders.*, NJW 2000, 14 ff.; 17 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001; aber auch *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rdn. 33 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001; zust. *Schön*, Fschr. Canaris, S. 1191, 1195 ff.

⁸¹ *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 193 ff., passim.

⁸² Vgl. die Beiträge von *Wiethölter* u.a. in Barz u.a. (Hrsg.), Frankfurter Publizitätsgespräch, 1962, S. 33 ff.; *Rittner*, Gutachten zum 45. DJT, 1964, Bd. 1 Teil 4, S. 4, passim.

⁸³ S. insbes. *Lutter*, Information und Vertraulichkeit, jetzt in 3. Aufl. 2006.

⁸⁴ Grdl., wenngleich ohne gesellschaftsrechtliche Aspekte, *Akerlof*, Markets for Lemmons, Qu.J.EWc. 1970, 488 ff.

⁸⁵ Schon früh *Teubner*, ZGR 1984, 470 ff.; Ringlieb u.a. (Hrsg.), Deutscher CG-Kodex, 2003; die Beiträge von und in *Hommelhoff/Hopt/v. Werder* (Hrsg.), Hdb. CG, 2003, S. 3 ff., 29 ff., 51 ff.

⁸⁶ Vgl. nur *Merkt*, Unternehmenspublizität, a.a.O., S. 33 ff., 133 ff., passim; *Herrmann*, Grundlehren BGB/HGB, Bd. 1, 2006, S. 26 ff., 72 ff., 85 ff., 153 ff.

⁸⁷ Vgl. Lb., a.a.O. (Fn. 1), S. 188 ff.

informationsökonomische Steuerungseffekte beruhen immer auf der Grundannahme, dass Imagewirkungen schützenswert sind, um Defizite und Anomalien auf Wettbewerbsmärkten zu kompensieren.⁸⁸ In dieser Hinsicht hängen denn auch die im Lb.⁸⁹ sog. wertorientierten Steuerungszwecke des Gesellschaftsrechts mit den informationsökonomischen Normfunktionen zusammen. *Mülbert* hat dies grundlegend am Beispiel des squeeze-out i.S. § 327a AktG verdeutlicht.⁹⁰ Das Gesetz gebe der Ausschlussmöglichkeit von Minderheitsaktionären den Vorrang vor dem Erhalt des Aktienanteils und lege nur die marktadäquate Entschädigung fest, um die Allokation des Kapitals unter den Wettbewerbsbedingungen auf den Kapitalmärkten so weit zur Entfaltung gelangen zu lassen, wie es mit dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG in Einklang zu bringen ist.⁹¹ Darauf wird insbes. im Zusammenhang mit den Gutgläubenserwerb von nicht bestehenden GmbH-Anteilen zurückzukommen sein.⁹²

Insgesamt kann man nach alledem heute durchaus von einer verbreiteten Anerkennung informationsökonomischer Konzepte bei der Auslegung von Informations-, Transparenz und Publizitätsvorschriften des Privat- und Gesellschaftsrechts ausgehen und marktökonomische Zusammenhänge implizit anerkannt sehen. Einige Belege dafür werden im Folgenden zur Analyse der Normzwecke der Publizität beim gutgläubigen GmbH-Anteilserwerb herangezogen und extensiver Anwendung zugänglich gemacht.

2. Verkehrsschutzzwecke und Marktfunktionen der GmbH-Namensliste. Die nähere Untersuchung der Normzwecke und -funktionen setzt bei den erläuterten Vorschriften zur Gesellschafterliste und zum gutgläubigen Anteilserwerb (II.1) an, da diese noch weit deutlicher auf Steuerung durch Publizität gerichtet sind als die zur UG. Eingangs wurde schon darauf hingewiesen, dass das MoMiG im Zusammenwirken mit dem AnSVG als eine Art Durchbruch kapitalmarktbezogenen Gesellschaftsrechts zu betrachten ist.⁹³ Das Nähere dazu ergibt sich zunächst aus dem folgenden Vergleich der Publizität des Grundbuches (a.) und des Aktienregisters (b.).

a. Entsprechungen des Grundbuchs. Die Übereinstimmungen beginnen schon mit der Regelung des § 16 Abs. 1 zur Abhängigkeit der Rechtswahrnehmung von der vorherigen oder unmittelbar nachgeholten Listenberichtigung. Auch Rechte aus einem erworbenen Grundstück, einer Hypothek oder Grundschuld können nach §§ 873, 925, 1115, 1191 erst wahrgenommen werden, wenn die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist.

Zur Listenpublizität beim Gutgläubenserwerb scheint sogar weniger der Vergleich mit den für (Inhaber-) Aktien geltenden Regeln der §§ 932 ff. BGB nahe liegend als der mit § 892 BGB, da keine Besitzpublizität, sondern eine Registerpublizität gilt. Aber auch für das Grundbuch gibt es zahlreiche Belege, dass es beim Gutgläubenserwerb nicht nur um den Schutz des Erwerbers und um die Einsparung von Kosten bei der Veräußerung, sondern auch und vor allem darum geht, den Verkehr von Risiken und Unsicherheiten durch Fehlinformationen zu befreien.⁹⁴ Ebenso ist es beim Anteilserwerb vom Nicht-Berechtigten. Demgemäß betont der RegE, wie erwähnt (II.2b), dass der von Rechts wegen erforderliche Aufwand des Erwerbers in der due diligence abgesenkt werden soll.⁹⁵ Wie im Liegenschaftsrecht, kommt also nicht nur der Individualschutz, sondern auch der

⁸⁸ Vgl. nochmals *Akerlof*, Qu.J.EWc. 1970, 488 ff.; näher s. Lb., a.a.O. (Fn. 1), S. 32 ff.

⁸⁹ Ebd., S. 46 ff.

⁹⁰ *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 130 f.; *ders.*, F Schr. Ulmer, 2003, 433, 438 ff.

⁹¹ Dazu BVerfG v. 3.7.2006, www.bverfg.entscheidungen/rk20060703_2bvr029906.html; zur ähnlichen übertragenden Auflösung schon BVerfGE, NJW 2001, 279 „Moto Meter“; Lb., a.a.O. (Fn. 1), S. 419 f.

⁹² S.u. zu IV.3.

⁹³ S.o. zu I.2.

⁹⁴ Vgl. die Belege bei *Herrmann*, Privatrecht für Bachelor-Studiengänge, 2008, S. 54 ff., 56 ff.

⁹⁵ Vgl. nochmals Begr. Reg-E, Drs.-BT 16/6140, S. 91.

Verkehrsschutz in Betracht. Die genannten Parallelen zur Registerpublizität des Grundbuchs, deren Verkehrsschutzzwecken und zum Aktienregister legen diese Normzwecke des § 16 GmbHG n. F. auch objektiv hinreichend nahe.

b. Zur Aktienliste. Der RegE zieht zusätzlich die Parallele zu § 41 Abs. 4 AktG heran, wonach Anteile vor der Eintragung der AG ins Handelsregister nicht übertragen werden können. Handelt es sich nicht – wie regulär – um Inhaberaktien, sondern um Namensaktien, so wird ein Aktienregister geführt. Diesem sollte die Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG angeglichen werden.⁹⁶ Auch dies kann man als einen Beleg für Publizitätszwecke ansehen, wie sie in der AG selbstverständlich sind, auch wenn es sich um eine Gesellschaft mit Namensaktien handelt, die natürlich nicht an der Börse gehandelt werden können. Die Publizität des Aktienregisters dient dem Verkehrsschutz im Inter-Bankenhandel von Namensaktien ebenso, wie dies nun für den Handel mit GmbH-Anteilen geschehen soll.

3. Der graue Kapitalmarkt als relevantes Verkehrssystem. Steuerung durch Öffentlichkeitswirkungen geht zurück auf die Erkenntnisse der principal agent theory, wonach die Vorstände börsennotierter AGs als agents nicht mehr (allein) durch Aufsichtsmaßnahmen der Aktionäre (principals) kontrolliert werden, sondern durch die Bewertung an den Kapitalmärkten in der Form von Aktienkursen zu effizientem Verhalten veranlasst werden.⁹⁷ Die Befunde des vorigen Abschnitts legen die Frage nahe, ob Steuerungseffekte dieser Art auch auf grauen Kapitalmärkten realisiert werden können, und ob das MoMiG auf eben diese Effekte abzielt.

a. Funktionen grauer Kapitalmärkte und rechtliche Vorgaben durch das AnSVG 2005. Zur ökonomischen Betrachtung der Marktfunktionen kommt es auf das Verständnis grauer Kapitalmärkte an. Man fasst mit diesem Begriff den außerbörslichen Handel mit Gesellschaftsbeteiligungen, stillen Gesellschaften, Genußscheinen, Schuldverschreibungen und dergl. zusammen, so dass es sich im Einzelnen um durchaus recht unterschiedliche Märkte und Marktbedingungen handelt.

Auch mit Bezug auf GmbH-Beteiligungen lässt sich kein einheitliches Marktmodell feststellen. Teils handelt es sich um Telefonverkehr oder elektronischen Handel unter Banken und anderen Kreditinstituten, teils sind Anlagevermittler, Unternehmens- und Steuerberater zwischengeschaltet. Noch mehr als in den 80er Jahren ist das Kapital mittelständischer Unternehmen in der Rechtsform der GmbH gebunden⁹⁸, so dass den Allokationsfunktionen auf den GmbH-Anteilsmärkten sehr große wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Auch hier bilden sich im Zeitablauf unterschiedliche Kaufpreise, denen ähnliche Wirkungen wie den Börsenkursen zukommen. Die sog. Marktallokation bewirkt, dass die Unternehmensressourcen langfristig in die Hände derjenigen Marktteilnehmer gelangen, die dafür den besten Verwendungsnutzen haben.

In rechtlicher Hinsicht geht es um die Übertragung von GmbH-Anteilen nach notarieller Beurkundung gem. § 2 Abs. 1 GmbHG. Selbstverständlich steht das Beurkundungserfordernis dem Börsenhandel entgegen. Auch sind die GmbH-Stammanteile nicht als Inhaberpapiere ausgestaltet, so dass auch aus diesem Grunde kein voller Vergleich mit dem Aktienhandel sinnvoll erscheint. Doch gab es schon Mitte der 80er Jahre Vorschläge, die GmbH durch Novellierung in beiden Punkten börsenfähig zu machen.⁹⁹ Auch der damalige DJT hatte sich

⁹⁶ Begr. Reg-E, Drs.-BT 16/6140, S. 60.

⁹⁷ Näher s. Lb., a.a.O., Fn. 1, S37 f.

⁹⁸ Zu den Vergleichszahlen s. Lb., a.a.O., Fn. 1, S. 183 f., 224 f.

⁹⁹ Vgl. nur *Albach*, Welche Maßnahmen empfehlen sich, insbes. im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen langfristig zu verbessern?, 55. DJT (1984) K, S. 9 ff.; dem folgend

dafür ausgesprochen.¹⁰⁰ Aber der Gesetzgeber ist dem zu Recht nicht gefolgt, weil ein Anlegerschutz benötigt würde, der weit über die Kapitalmarktpublizität hinausreichen und tief in das Organisationsrecht der GmbH eingreifen müsste.¹⁰¹ Dadurch würden die Gründungsvereinfachungen und Gestaltungsmöglichkeiten in der GmbH zu weitgehend beseitigt, die für die Bevorzugung dieser Rechtsform in der Praxis sprechen. Es bleibt also dabei, dass die Stammanteile von großen Publikums-GmbHs nicht an der Börse, sondern auf den grauen Kapitalmärkten gehandelt werden.

Dieser – abgeschwächten – Marktfungibilität dienen nunmehr die Angleichung an das Aktienregister und die Neuregelung zum Erwerb vom Nicht-Berechtigten durch § 16 GmbHG n.F. Aber vielleicht noch wichtiger ist, dass die grauen Kapitalmärkte mit dem AnSVG von 2005 mit einem grundlegenden Anlegerschutz ausgestattet worden sind. Vor allem zwei Regelungsbereiche sind für das Zusammenwirken mit der Listenpublizität des MoMiG hervorzuheben: die Prospektpflichten und die Ad-hoc-Publizität. Folgende rechtstechnische Hinweise müssen genügen:

§ 2 Abs. 1 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) erstreckt den Anwendungsbereich des Gesetzes auf die Emission von Wertpapieren, auch wenn für diese keine Urkunden ausgestellt sind. Nr. 2 der Vorschrift fügt hinzu, dass dies auch für „andere Wertpapiere“ gilt, die trotz fehlender Verbriefung „mit Aktien...vergleichbar“ sind und „an einem Markt gehandelt werden können“. Daraus folgt, dass nicht nur die Prospektpflicht nach § 8f VerkProspG auch für die Emission von GmbH-Beteiligungen auf grauen Kapitalmärkten gilt, wie die Begr.-RegE ausdrücklich betont¹⁰², sondern dass auch die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität hierauf erstreckt worden ist; denn diese ist als Insiderinformation nach § 15 WpHG jedem Inlandsemittenten bei Bekanntwerden neuen Tatsachen geboten, wenn sie „geeignet sind, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen“ (§ 13 Abs. 1 S. 1 WpHG). Auch künftige Ereignisse, von denen mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass sie in Zukunft eintreten werden“, sind Insiderinformationen i.S. des Gesetzes (§ 13 Abs. 1 S.3 WpHG).

Die Vorschriften beruhen auf europarechtlicher Grundlage¹⁰³ und zeigen, dass der Gesetzgeber in Umsetzung dieser Vorgaben einen neuen Anlegerschutz im Rahmen des Kapitalmarktrechts einführen wollte. Daraus hat man in der Literatur z. T. geschlossen, dass nun auch sogleich das Privatrecht entsprechend modifiziert ausgelegt werden muss, und etwa das Recht der Sachwalterhaftung für fehlerhaften Anlagerat gem. § 311 Abs. 2 und 3 BGB keine engere oder weiter reichende Auslegung erfahren darf, als dies im AnSVG vorgesehen ist.¹⁰⁴ Verf. hat sich schon früher zur Sachwalterhaftung für eine differenzierende Sicht ausgesprochen.¹⁰⁵

Einerseits muss der Zusammenhang des Kapitalmarktrechts mit dem Privatrecht ernst genommen werden; andererseits besteht aber keine Automatik für die Umsetzung in bürgerlich-rechtliche Haftungstatbestände. Vielmehr ist sorgfältig darauf zu achten, dass die privatrechtlichen Normen erkennen lassen, dass ein entsprechender Anlegerschutz auch privatrechtlich bezweckt ist.¹⁰⁶ Bis zum Inkrafttreten des MoMiG konnte man davon nach bis

auch der Beschluss, ebd. S. 223; Kommission „Zweiter Börsenmarkt“, Börsenzulassung für kleine und mittlere Unternehmen, 1987, S. 101 ff.; ablehnend *Hommelhoff*, ZHR 153 (1989), 181 ff.

¹⁰⁰ Vgl. DJT

¹⁰¹ Ähnlich *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, § 18 I. 4c, S. 266.

¹⁰² Drs.-BT 15/3174, S. 42.

¹⁰³ Insbes. Art. 6 Abs.1 Marktmissbrauchsrichtl., Richtl. 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.1.2003, ABl. EG v. 12.4.2003, ABl. L 96/16.

¹⁰⁴ *Spindler*, NJW 2002, 3449, 3454; *Kullmann/Sester*, WM 2005, 1068; *Mülbert/Steup*, WM 2005, 1648;

Benecke, BB 2006, 2597; *Kiethe*, MDR 2006, 841.

¹⁰⁵ *Herrmann*, JZ 1983, 422.

¹⁰⁶ Ebd. S. 427 ff.

heute h.M.¹⁰⁷ nicht ausgehen. Es gab allerdings schon länger Gegengründe, die im Lb. vielfältig zusammengetragen sind. Aber spätestens seit dem MoMiG v. 1.11.2008 ergibt sich zumindest aus § 16 GmbHG n.F., dass die rechtliche Bedeutung der Namensliste und deren Publizitätsfunktionen anlegerschützende Wirkungen auf den grauen Kapitalmärkten haben sollen. Darin liegt eine bahnbrechende Weiterentwicklung des GmbH-Rechts, auf der im Folgenden aufzubauen ist.

Nicht zu verkennen ist natürlich, dass die Gefahren von unentdeckten Fehlentwicklungen weit größer als auf den amtlichen Märkten sind.¹⁰⁸ Doch ist zu bedenken, dass an den grauen Märkten auf erster Stufe noch mehr Banken und deren Repräsentanten tätig werden, so dass die vielfachen Fehlinformationen über die betr. Unternehmen durch professionelle Markt- und Unternehmenskenntnis der Marktgegenseite relativiert werden können. Hinzu kann und muss aber die Publizitätssteuerung kommen, die das AnSVG gebracht hat, und die u. a. durch vom MoMiG neu geschaffene Möglichkeit des Erwerbs vom Nicht-Berechtigten intendiert sind.

c. Kapitalmarktpublizität und Corporate Governance. Die kapitalmarktrechtliche Publizität der Namensliste hat trotz der Verankerung im Handelsregisterrecht wenig zu tun mit der negativen Publizität des § 15 HGB¹⁰⁹ und ist zudem noch recht weit von den Steuerungswirkungen der corporate governance entfernt. Beide Abgrenzungen dienen der Präzisierung des publizitätsrechtlichen Anlegerschutzes des neuen GmbHG.

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 HGB handelt es sich bei der Gesellschafterliste nicht um eine Registereintragung, sondern um eine bei den Akten des Registers vorhandene Liste. Diese ist einsehbar und kann seit dem EHUG sogar via Internet abgerufen werden. Auch kommt es nach § 16 Abs. 3 GmbHG n.F. nicht darauf, ob die Gesellschafterliste nach einer ursprünglich richtigen Erfassung beim Handelsregister nachträglich hätte geändert werden müssen. Vielmehr gilt die Namensliste bis zu einer etwaigen Änderung auch dann als richtig, wenn sie von Anfang an falsch war. Ganz wie beim Grundbuch nach § 892 BGB handelt es sich um eine positive Publizität und nicht bloß um eine negative.

Der damit verbundene Verkehrsschutz zielt, wie gezeigt, auf Marktverbesserungen, bewirkt aber im Gegensatz zur corporate governance (CG) keinerlei Informationsverbesserungen über die ökonomischen Erfolgsaussichten der Unternehmen der im Markt gehandelten GmbH-Anteile. Denn der Erwerb vom nicht-berechtigten Veräußerer eines GmbH-Anteils wird ohne Zutun der Geschäftsleitung der Gesellschaft bewirkt, so dass deren Organisationsqualität nicht einmal mittelbar indiziert ist, wenn der Anteilserwerb ohne materielle Berechtigung erfolgt.

Dennoch scheint es auch ökonomisch sinnvoll, wenn § 16 GmbHG n.F. auf Verkehrsschutz i.S. von Marktverbesserungen abzielt. Nochmals sei auf die Absichten des Gesetzgebers hingewiesen, die Kosten des Anteilsvertriebs dadurch abzusenken, dass für den Erwerber Informationsaufwand über die Berechtigung des Veräußerers eingespart wird.¹¹⁰ Auch sind nach bisherigem Recht die bekannten Schwierigkeiten zu bedenken, die mit der Rückabwicklung bei fehlerhaftem Beitritt von Gesellschaftern verbunden sind. U. U. sind ausgeschüttete Gewinne, die der unberechtigt aufgenommene GmbH-Gesellschafter über Jahre bezogen hat, zurückzuholen und die neuen Quoten an die rechtmäßig Beteiligten

¹⁰⁷ Vgl. nur *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 2006, § 18 I 2a S. 262; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 1 II. 2d, S. 13: Kapitalmarktrecht als „Marginalie“ des Gesellschaftsrechts; a.A. – aber wohl nur für das Aktienrecht – *Milbert*, F Schr. Ulmer, 2003, 433, 438; zust. Lb. S. 48.

¹⁰⁸ Zur Analyse des Staats- und Marktversagens im Rahmen der gegenwärtigen Finanzkrise vgl. *Horn*, BKR 2008, 441, 456 ff. m.w.Nachw.

¹⁰⁹ S. *Sonntag*, Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Anteilen, Dipl.-Arbeit, Nürnberg, 2008.

¹¹⁰ Vgl. nochmals die Angaben des RegE zur due diligence, Drs.-BT 16/6140, S. 91; auch *Hirte*, NJW 2008, 761, 766.

abzuführen. Unabsehbare bilanzielle und steuerliche Folgen sind dadurch impliziert¹¹¹, so dass auch die partiellen Abhilfen des § 16 GmbHG a. F. keine hinreichende Risikoeinschätzung für den Erwerber ermöglicht haben. V. a. konnten den Risiken dieser Art nicht mit angemessenen Preisabschlägen begegnet werden, so dass dem Erwerber gar nichts anderes übrig blieb, als kostenaufwändige Nachforschungen über die in der Vergangenheit an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter und deren Berechtigung anzustellen.

Hinzu kommen marktentzerrende strukturelle Effekte der Neuregelung. Die genannten Schwierigkeiten bei der Anteilsübertragung sind keineswegs immer gleicher Art und Intensität, sondern von Fall zu Fall höchst unterschiedlich. Die Höhe des Nachforschungsaufwandes hat aber nichts zu tun mit der Erfolgsaussicht der vom Erwerbsgeschäft betroffenen GmbH, so dass auch mit einer Kostenübernahme des Veräußerers keine marktadäquate Preisentwicklung gewährleistet wäre. Es entstanden schlicht Kostenverzerrungen, die auf die Anteilspreise in wettbewerbswidriger Weise durchschlagen mussten. Man darf erwarten, dass der Anteilsverkehr mit der neuen Register- und Listenpublizität von Marktverzerrungen dieser Art befreit und damit kräftig gestärkt wird. Die genannten Allokationseffekte sind gerade im Bereich der für die GmbH typischen mittelständischen Wirtschaft zu begrüßen.

4. UG und Governance der Normativbedingungen. Auch die neuen Regeln des MoMiG zur UG sollen auf etwaige Steuerungszwecke der Unternehmenspublizität untersucht werden. Zunächst zu der eingangs schon erwähnten Intension, die Wahl der Rechtsform der englischen limited liability company (Ltd.).

a. Wider die Limited englischen Rechts. Die neue Rechtsform der UG ist, wie eingangs schon erwähnt, im Wettbewerb der Rechtsordnungen u. a. mit dem Ziel statuiert worden, der zunehmenden Verbreitung der englischen Ltd. ein Ende zu bereiten.¹¹² Da hier kein Kapitalaufbringungsschutz besteht, erschien die Ltd. vielen Gründern vorzugswürdig vor der GmbH alten Rechts. Die anfänglich im innereuropäischen Ausland praktizierten Ltd.-Verbote und -Beschränkungen scheiterten an erfolgreichen Klagen gegen Dänemark¹¹³ bzw. gegen die Niederlande.¹¹⁴ Im Falle Dänemarks ging es um eine klare justizrechtliche Anordnung: das zuständige Handelsregister weigerte sich, die Eintragung der Ltd. auf dänischem Staatsgebiet vorzunehmen. Im Falle Niederlande war die Regulierungsvariante schon etwas weicher: die Ltd. wurde gesetzlich zugelassen, musste aber als ausländische Kapitalgesellschaft gekennzeichnet werden. Jetzt versucht es Deutschland mit der noch weicheren Variante der Rechtsformenwahl bei bloßer Anordnung einer Thesaurierungspflicht.

Dazu ist im Hinblick auf die Steuerungstechnik bloß zu sagen, dass es sich nicht um einen Rechtsformzwang, sondern um eine zur freien Auswahl der Unternehmensleitung gestellte Entscheidung handelt, die lediglich mit voller Öffentlichkeitswirkung der Firmeneintragung in das Handelsregister vorgenommen werden muss. Natürlich spielen dafür eine ganze Reihe von Faktoren eine Rolle, wie etwa die Notwendigkeit der Rechnungslegung und Berichterstattung nach englischem oder deutschem Recht und die etwaige Haftung von shadow directors nach englischem Recht, welche wegen der neuen deutschen Regeln des Insolvenzrechts u. U. neben Rangrückstufung und Anfechtungsmöglichkeiten der §§ 39, 135 InsO treten könnte. Aber ein wesentlicher Anreiz für die Wahl der UG soll in der Einführung

¹¹¹ Die Rspr. hat sich früher mit einer Analogie zu fehlerhaften Gesellschaftsverträgen beholfen (vgl. Lb., a.a.O., Fn. 1, S. 80 f.) und nur ex nunc rückabgewickelt (BGHZ 84, 47 = NJW 1982, 2822), hält daran aber heute nicht mehr fest (BGH NJW 1990, 1915; K. Schmidt, BB 1988, 1053 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 35 II 1a, S. 1046 f.

¹¹² Drs.-BT 16/6140, S. 91.

¹¹³ EuGH-Centros, Slg. 1999, I-1459; NJW 1999, 2027 ; dazu Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 382.

¹¹⁴ EuGH-NJW 2003, 3331 *Inspire Art.*; dazu Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 383.

der sukzessiven Kapitalaufbringung im Wege des Thesaurierungszwangs liegen. Darin wird man allenfalls im Zusammenhang mit anderen Regelungen zur UG, insbes. mit den zuvor erörterten zur Gesellschafterliste eine publizitätsbedingte Steuerung zu sehen haben.

b. Steuerungseffekte im System der Normativbedingungen. Andererseits spielt der Ausweis des Eigenkapitals nach wie vor eine erhebliche Rolle bei der Publizität der GmbH und der UG. Zwar ist die Kapitalaufbringungspflicht, wie gezeigt¹¹⁵, auf 1 € abgesenkt; aber die Thesaurierungspflicht dauert bis zur Erreichung der Grenze des Mindest-Stammkapitals oder des höheren vertraglichen Stammkapitals an, wie es in der veröffentlichten Bilanz im elektronischen Handelsregister ausgewiesen ist.

Die Bedeutung dieses öffentlichen Ausweises könnte sogar noch erheblich dadurch gestiegen sein, dass mit dem Erreichen dieser Anspargrenze die Möglichkeit (wenn auch nicht die Pflicht¹¹⁶) verbunden ist, von der Firma der UG auf die der GmbH umzustellen. Sollte sich, wie zu vermuten, die Bezeichnung als UG als Kennzeichen einer schwach kapitalisierten Gesellschaftsform einbürgern, so könnte von der Umfirmierung reger Gebrauch gemacht werden. Wird die Gesellschaft dann als GmbH eingetragen, so verschwindet der Ausweis der Kapitalschwäche.

Widerum wird aber auch die kapitalansparende unternehmerische Beteiligung nicht mehr verdeutlicht, wenn aus der UG eine gewöhnliche GmbH wird, und dies auch so zur Eintragung gebracht wird. Es gibt deshalb durchaus auch Gründe, die Firmierung als UG aufrecht zu erhalten. Dem entspricht es, dass das Gesetz keinen Zwang zur Umfirmierung regelt.

Die Regelung entspricht ziemlich genau dem sog. Prinzip der Normativbedingungen¹¹⁷ mit der hierfür geltenden AGB-Inhaltskontrolle bei unangemessenen Benachteiligungen von Mit-Gesellschaftern und – außerhalb des Gesellschaftsvertragsrechts – von Vertragspartnern der Gesellschaft. Im Hinblick auf diese beiden Begrenzungen der Gesellschaftsvertragsfreiheit spricht man von private governance in der Form der co-operative governance.¹¹⁸

5. Transparenzfunktionen für Gesellschafterdarlehen. Zur ökonomischen Analyse des neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen ist in erster Linie davon auszugehen, dass die bisherige Voraussetzung des Eigenkapitalersatzes weggefallen ist, so dass die undurchsichtige Beurteilung des Zeitpunktes fehlender Kreditwürdigkeit der Gesellschaft keine Rolle mehr spielt. Statt dessen geht es nur noch darum, ob das Darlehen von einem Gesellschafter stammt, der in der Gesellschafterliste als solcher ausgewiesen ist. Deshalb fragt sich, ob es sich – wie bei den bisher behandelten Bereichen des MoMiG – um eine wirtschaftsrechtliche Steuerungsfunktion der Handelsregisterpublizität handelt.

Alle GmbH-Gesellschafter sind mit Wohnsitz und Höhe der Kapitalanteile zum Handelsregister anzumelden (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 i.V. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Jede Änderung der Gesellschafterliste bedarf sogleich der Mitteilung an das Handelsregister (§ 40 Abs. 1 GmbHG). Bei Änderung durch Abtretung von Geschäftsanteilen, die gem. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet werden muss, hat der Notar die Abtretung unverzüglich beim Registergericht anzuzeigen (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Für Zweigniederlassungen muss jetzt nicht nur deren Ort, sondern auch die inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung gebracht werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 HGB i.d.F. des MoMiG). Wegen der elektronischen Version des Unternehmens- und Handelsregisters durch das UMAG v.1.1.2007 ist die Publizität dieser Angaben via Mausclick realisierbar. Die Einsichtnahme in das Handelsregister ist Jedem zu

¹¹⁵ S.o. zu II 1b.

¹¹⁶ § 5a Abs. 5, zweiter Halbs.

¹¹⁷ Näher s. Lb., a.a.O., Fn. 1, S. 59 ff.

¹¹⁸ S. ebd. S. 64.

Informationszwecken gestattet (§ 9 Abs. 1 HGB). Die Publizität des unternehmerisch beteiligten Gesellschafters ist demzufolge schon seit 2007 gegeben und wurde durch das MoMiG nochmals erheblich verbessert.

Letztlich trägt der Publizitätsgedanke aber nicht, sondern es geht um nicht mehr und nicht weniger als um marktfunktionale Transparenznormen. Denn der Öffentlichkeit wird via Gesellschafterliste nicht bekannt, ob und in welchem Umfang von ebendiesen Gesellschaftern Darlehen an die Gesellschaft begeben worden sind. Folglich bilden nicht öffentliche Informationen über die Darlehensvergabe den Ausgangspunkt. Erst wenn bekannt ist, dass ein bestimmter Darlehensvertrag abgeschlossen worden ist, kann mit Hilfe register-öffentlich bekannter Informationen beurteilt werden, ob es sich um ein Gesellschafterdarlehen handelt.¹¹⁹

Dennoch scheint es angesichts der aufgezeigten Publizitätshilfen der Gesellschafterlister richtig, von marktadäquaten Transparenzzwecken des MoMiG auszugehen. Auch für das Insolvenzrecht sind seit Langem wirtschaftsjuristische Steuerungszwecke und -funktionen anerkannt, die insbes. auf Insolvenzvermeidung gerichtet sind.¹²⁰ Dazu passt es auch, dass größere Sicherheit der Rangherabsetzung bei Darlehen von Gesellschaftern erzielt wird, wenn nicht mehr auf den Eigenkapitalersatz, sondern bloß noch auf den Umstand der Gesellschafterstellung abgestellt wird. Schon vor Eintritt der Insolvenz ist dazu alles Nötige aus der mit der Publizität des Handelsregisters verbundenen Gesellschafterliste abzulesen. Solange der Steuerungszweck auf die Hypothese abstellt, dass ein „ordentlicher“ Kaufmann Eigenkapital anstatt eines Darlehens gegeben hätte, war dies stets von der Voraussetzung abhängig, dass die Darlehensrückzahlung das Eigenkapital verbrauchte. Ob dies der Fall war, ließ sich nicht von außen erkennen. Jetzt ist das anders: die Gesellschafterliste gibt verlässliche Auskunft. Man kann deshalb insoweit immerhin von Transparenzverbesserungen des MoMiG sprechen.

IV. Praktische Folgerungen

1. Zur Haftung in den Vor-Gesellschaften. Die theoretische Einschätzung wäre wenig hilfreich, wenn mit ihr keine praktischen Konsequenzen verbunden wären. Doch lassen sich eine ganze Reihe von Argumenten für die Auslegung zu Einzelproblemen gewinnen, die im Folgenden allerdings wiederum nur exemplarisch zusammen gestellt sind. Zunächst zu den Vor-Gesellschaften; denn je mehr die Normzwecke des GmbHG auf Verbesserungen des Anteilsverkehrs durch Listenpublizität zielen, umso deutliche müssen die Anreize zur Eintragung der Vor-Gesellschaften ausfallen.

a. Vor-GmbH. Bestätigt werden die die Anreizfunktionen zunächst dadurch, dass der Gesetzgeber es bei der unbeschränkten persönlichen Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und bei der unbeschränkten Innenhaftung der nicht handelnden Gesellschafter bei der neueren Rspr. belassen hat. Der BGH hatte zur Innenhaftung zuletzt ausgeführt, dass sein Abgehen von der Haftungsbeschränkung der früheren Rspr. v. a. den Zweck hat, der verbreiteten Praxis säumiger Eintragung entgegenzuwirken.¹²¹ Dem kann man mit Blick auf die Steuerung durch Publizität nur zustimmen.¹²² Zwar sind mit der Haftung keine Publizitätsfolgen verbunden. Aber die Eintragung, auf die hingewirkt werden soll, bewirkt die Publizität der Gesellschaft und der in ihr tätigen Gesellschafter.

¹¹⁹ Anders ist es zwar in der Überschuldungsbilanz, da § 19 Abs. 2 InsO regelt, dass das Gesellschafterdarlehen nicht passiviert wird. Aber diese Bilanz ist im Gegensatz zur Handelsbilanz (§ 325 HGB) nicht öffentlich.

¹²⁰ Vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 1 II.7c, S. 25 f.

¹²¹ BGHZ 134, 333=NJW 1997, 1507; ähnlich zur Innenhaftung wegen Existenzgefährdung in BGH NZG 2007, 667, Rdn. 28b.

¹²² Vgl. schon Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 29 f, 216.

Auch bleibt es bei der unbegrenzten Außenhaftung, wenn sich erweist, dass die Eintragung nicht oder nicht mehr ernstlich gewollt ist. Die erörterten Anreizzwecke sind nur umso mehr gegeben, wenn die Eintragung und die mit ihr bewirkte Registerpublizität nicht nur verzögert, sondern sogar aufgegeben werden, oder niemals beabsichtigt waren. Kommt dies in der GmbH vor, so folgt die unbeschränkte Außenhaftung auch für die Nicht-Handelnden. Die diesbezüglichen Haftungsrisiken sollen dazu anregen, entweder die Teilnahme der Vor-GmbH am Geschäftsverkehr nicht mehr fortzusetzen, oder die Haftungsfolge in Kauf zu nehmen.

Aus ähnlichen Gründen soll es auch bei der Voll-Haftung der Gesellschafter der Vor-Gründungs-GmbH bleiben, da hier noch nicht einmal die notarielle Beurkundung erfolgt ist. Auch dafür wird man den Normzweck zugrunde zu legen haben, die Gesellschafter anzuregen, auf die Eintragung im Handelsregister hinzuwirken. Ob zugleich auch Anreize zur Beurkundung gesetzt werden sollen, lässt sich bezweifeln, da die notarielle Urkunde ja nicht veröffentlicht und auch nicht öffentlich zugänglich gemacht wird, wenn die Eintragung schließlich unterbleibt. Aber mit der Beurkundung durch einen Notar wird doch dessen Veranlassung der Verfahrensschritte zur Eintragung im Regelfall ausgelöst.

b. Vor-UG. Wie bei der GmbH, so muss es auch bei der UG entsprechende Vorgesellschaften geben, wobei wiederum danach zu unterscheiden ist, ob die Aufnahme von Geschäftstätigkeiten durch die Gesellschaft vor oder nach dem Gang zum Notar erfolgt.¹²³ Denn auch bei der UG geht es darum, dass die Gesellschaft vor Eintragung als solche nicht bestehen soll (§ 11 Abs. 1 GmbHG), und dass sie deshalb aber nicht auf die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurückgedrängt werden muss. Mit der Rspr. zur Vor-GmbH kann vielmehr anerkannt werden, dass sie alle Merkmale der beurkundeten Rechtsform mit Ausnahme der vollen Rechtsfähigkeit und der Haftungsbeschränkung haben darf.

Allerdings kann die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 Nr. 1 noch nicht greifen, da noch keine Eintragung vorliegt; denn nur für die Zwecke der Eintragung und die dadurch herbeigeführte Haftungsbeschränkung muss die anzuspärende Mindest-Kapitalaufbringung im Wege der Rücklagenbildung erfolgen. Vorher besteht die persönliche Haftung der Gesellschafter, so dass kein Mindest-Eigenkapital erfordert wird.

Zur Haftung ist nochmals auf die moderne Rspr. hinzuweisen, die keine begrenzte Außenhaftung der Vor-GmbH mehr bejaht, sondern die unbegrenzte Innenhaftung annimmt.¹²⁴ Dies war mit dem von der Haftung ausgehenden Anreiz zur Eintragung begründet worden. Insoweit liegt zwar keine unmittelbare Publizitätsfolge vor, wohl aber handelt es sich um eine gewollte mittelbare Auswirkung der Haftungsregel, die man als co-operative governance einordnen kann.¹²⁵

2. Begrenzung der Publizität auf Verkehrsgeschäfte. Die theoretische Einschätzung ist, wie eingangs schon thematisiert, mit erheblichen praktischen Konsequenzen verbunden, von denen zunächst wiederum einige Lösungsansätze zu § 16 Abs. 3 GmbHG vorgestellt werden. Nach einhelliger Ansicht ist der Rechtsscheinswerb wie bei allen Gutglaubenstatbeständen des Privatrechts auf Verkehrsgeschäfte beschränkt. Das gilt auch für § 892 BGB¹²⁶, obgleich hier eine weitergehende Rechtsscheinsgrundlage besteht, als in § 16 Abs. 3 GmbHG n.F.¹²⁷ Demzufolge sind Erwerbsvorgänge kraft Gesetzes, wie insbes. erbschaftlicher Anteilswerb, vom Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 ausgeschlossen.

¹²³ Zur notariellen Beurkundung bei der UG s. § 2 Abs. 1 GmbHG; vor Beurkundung handelt es um eine Vorgründungsgesellschaft; vgl. Lb., a.a.O., Fn.1, S. 187.

¹²⁴ BGHZ 134,333 = NJW 1997, 1507; Lb., a.a.O. Fn. 1, S. 188 f.

¹²⁵ Lb., ebd.

¹²⁶ Vgl. nur BGH, NJW 2007, 3204; Palandt/Bassenge, § 892 BGB Rdn. 2.

¹²⁷ Näher s.o. zu IV.2a.

Man kann dies als Bestätigung für die hier vertr. Ansicht auffassen, wonach die Publizität nicht allein auf den Individualschutz des Erwerbers abzielt, sondern auch der Verkehrsförderung auf den (grauen) Anteilsmärkten dient. Die Förderung von Erbvorgängen gehört nicht zum marktfunktionalen Wirtschaftsrecht, da selbst im Rahmen der Testierfreiheit nicht an Allokationsvorgänge, sondern an die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung ohne wesentliche ökonomische Ausrichtung zu denken ist.¹²⁸

3. Erwerb nicht bestehender Geschäftsanteile? Noch recht umstritten ist hingegen, ob nur ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich ist, die als solche oder dem Umfange nach zur Entstehung gelangt sind (Existenzlehre), oder auch Listenfehler erfasst sind, die nicht existente Anteile betreffen (Begründungslehre). V.a. bei Beschlussfehlern zu Kapitalerhöhungen kommen solche Begründungsfälle vor, etwa wenn die nötigen Mehrheitsverhältnisse nicht erreicht wurden, oder Fehler beim Bezugsrechtsausschluss gemacht wurden, die zur Anfechtung berechtigt haben. Auch Mängel bei der Bezugsrechtsausübung können dazu führen, dass der Ausübende den Bezugsanteil nicht wirksam erwirbt, listenmäßig aber zugeschrieben erhält und dann an einen Gutgläubigen weiter überträgt.

Die Problematik kann soll hier schon mit Blick auf den Beitrag von *Schürnbrand* in diesem Heft nur andiskutiert werden. Für die Erarbeitung eines eigenen Forschungsbeitrags sei auf eine besondere Untersuchung verwiesen, die derzeit noch nicht abgeschlossen ist.¹²⁹ Die wohl h.M.¹³⁰ verlangt Wirksamkeit der Anteilsbegründung, da ansonsten das Stammkapital insgesamt erhöht oder die quotale Beteiligung der übrigen Gesellschafter gemindert würde. Veränderungen der Stimmverhältnisse und Gewinnquoten mit oder ohne Rückwirkung wären die Folge. Das scheint mit kaum lösbaren Problemen der Praxis verbunden, obgleich man auch etwa fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlüsse mit ähnlichen Folgen zu kämpfen hat und dort zu praktikablen Ergebnissen gelangt.

Für die hier anzukündigende Untersuchung ist wohl ausschlaggebend, ob dem Erwerber die Nachprüfung der o. a. Entstehungsfehler zugemutet werden soll, obgleich er die Verfahrensvorgänge als Außenstehender nicht kennt. Nach hier vertr. Ansicht soll der Gutgläubenserwerb gerade den Nachprüfungsaufwand aus Gründen des Verkehrsschutzes begrenzen. Stärker verkehrsfördernd wirkt insofern natürlich die Begründungslehre. Doch darf dies nicht allein berücksichtigt werden, sondern es kommt auf eine Gewichtung und Abwägung mit weiteren Interessen der Beteiligten und des Verkehrsschutzes an. Immerhin sei aber konstatiert, dass der Aspekt der steuernden Verkehrsförderung auch in diesem Zusammenhang erheblich wird.

Zur Güterabwägung soll hier besonders auf die kapitalmarktökonomischen Parallelen zum aktienrechtlichen squeeze-out des § 327a AktG hingewiesen werden. Auch hier geht es letztlich darum, dass den 5%igen Minderheitsaktionären die gesellschaftsrechtliche Beteiligung gegen marktadäquate Entschädigung genommen wird. Das BVerfG hat dem unter Aspekten des Enteignungsschutzes zugestimmt.¹³¹ Entsprechendes wird man wohl auch dann anzunehmen haben, wenn die Entschädigung gesetzlich als Bereicherungsausgleich normiert ist.¹³² Gem. § 816 Abs. 1 S.1 BGB muss der Veräußerer des nicht bestehenden GmbH-Anteils

¹²⁸ Vgl. *Herrmann*, Grundfragen BGB/HGB, Bd. 1 2006, S.

¹²⁹ Vgl. *Herrmann*, Gutgläubenserwerb und Gesesellschafterdarlehen, zur Veröffl. gedacht in DZWiR 2009.

¹³⁰ Vgl. Begr. RegE, Drs. BT 16//6140, S. 39; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2300; *Schürnbrand*, NWiR 2009/1 zu III. 2b; a.A. *Grunewald*, DK 2007, 13, 14 (zit. n. *Schürnbrand*, a.a.O., Fn. 9).

¹³¹ BVerfG v. 3.7.2006, www.bverfg.entscheidungen/rk20060703_2bvr029906html; zur ähnlichen übertragenden Auflösung schon BVerfGE, NJW 2001, 279 „Moto Meter“; Lb., a.a.O. (Fn. 1), S. 419 f. und oben zu III.1 a.E.

¹³² Zur Entschädigung mit Verweis auf §§ 812 ff. BGB s. § 684 BGB als Fall der auftragslosen aber im übergeordneten Interesse wirksamen Geschäftsführung. Ein direkter Bezug dazu ist bei der gesetzlichen

den Erlös herausgeben, den er für am (grauen) Kapitalmarkt erzielt hat. Soweit hier – auch mit Hilfe des AnsVG und dessen legitimierender Wirkung¹³³ – hinreichende Wettbewerbsbedingungen bestehen, stehen dem durch Kapitalverwässerung eintretenden Wertverlust der aktuellen Anteilsinhaber keine unüberwindlichen verfassungsrechtlichen Erwägungen mehr im Wege.

Nicht wesentlich anders sind wohl auch die Fälle zu diskutieren, in denen dem Veräußerer zwar die Gesamtheit der Stammanteile zugestanden haben, aber in der Liste falsche Stückelungen eingetragen waren. Es kommt auch vor, dass bei der Fehleintragung irrtümlich von einer Teilung des oder der Geschäftsanteile ausgegangen wurde. Bei Weiterübertragung im Einklang mit der fehlerhaften Gesellschafterliste spricht man vom Erwerb vom Nicht-so – Berechtigten. Die überwiegende Lehre¹³⁴ bejaht den Gutgläubenserwerb unter Hinweis darauf, dass die Gesamtheit der Anteile – im Unterschied zur vorigen Fallgruppe – ja nicht vermehrt wird. Hinzu kommt aber auch hier, dass dem Erwerber ein normzweckwidriger Nachforschungsaufwand auferlegt würde.

4. Umwandlung zur Unternehmergesellschaft. Die hier positiv kommentierte neue Rechtsformenwahl ist in der wissenschaftlichen Diskussion bereits dahin gehend ausgeweitet worden, dass die UG nicht nur zur Unternehmensgründung verwendet werden dürfe, sondern auch dann bereit stehe, wenn eine schon bestehende GmbH oder andere Gesellschaft umgewandelt werden soll.¹³⁵ Art. 17 MoMiG enthält zwar zahlreiche Regelungen zum UmwG, sieht die Umwandlungsmöglichkeit aber nicht eigens vor. Im Gegensatz zu den ausländischen zulässiger Weise umwandlungsbeteiligten Rechtsformen¹³⁶ sind die inländischen einzeln aufgezählt.¹³⁷ Andererseits ist sogar die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG aufgeführt, obgleich ihr auch nach der neueren Rspr.¹³⁸ nur quasi-Rechtsfähigkeit zukommt, und die UG mit der Eintragung volle Rechtsfähigkeit erlangt.¹³⁹ Das Fehlen der UG scheint also in der Liste des § 191 UmwG als Regelungslücke interpretierbar.

Hier ist nicht der Ort, die Argumente pro und contra Umwandlungsfähigkeit umfassend zu erörtern. Aus der Sicht der wirtschaftsrechtlichen Steuerlehre lässt sich aber doch beitragen, dass eine fehlende Umwandlungsmöglichkeit die UG im Wettbewerb der Gesellschaftsformen zu stark benachteiligen würde. Selbst die Ltd. ist nach der Gesetzesänderung in der Folge der *Sevic*-Entscheidung des EuGH¹⁴⁰ umwandlungsfähig, da das UmwG, wie erwähnt, alle ausländischen Kapitalgesellschaftsformen der EU-Länder umfasst. Also wird man prinzipiell auch die UG so zu behandeln haben, es sei denn, dass die Besonderheiten der Thesaurierungspflicht bis zur Erreichung des nötigen Stammkapitals keinen Sinn machen.

Das ist aber z.B. eindeutig nicht der Fall bei den Personengesellschaften, da diese ohne jede Kapitalaufbringungspflicht gegründet werden können. Sie können auf die Ltd. ebenso umgewandelt werden wie auf die UG.

Gutgläubensregel natürlich nicht gegeben; doch interessiert der Bereicherungsausgleich in dogmatischer Hinsicht.

¹³³ Vgl. o. zu III.3.

¹³⁴ *Böttcher/Blasche*, NZG 2007, 565 ff.; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 897; *Schürnbrand*, NWiR 2009/I, zu III. 2b

¹³⁵ Vgl. etwa *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1084; wohl auch *Hirte*, NJW 2008, 761, 762; a.A. *Freitag/Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485, 1491; *Gehrlein*, Konzern 2007, 771, 779.

¹³⁶ Dazu s. § 122a UmwG.

¹³⁷ S. § 3 UmwG.

¹³⁸ BGHZ 146, 341=ZIP 2001, 330; s. Lb., a.a.O., S. 488 m.w.Nachw.

¹³⁹ § 13 Abs. 1 GmbHG.

¹⁴⁰ EuGH NJW 2006, 425 „*Sevic*“; dazu *Oechsler*, ebd. S. 812 ff.

Andererseits wird man eine eingetragene GmbH, AG oder Ltd. nicht in eine UG umwandeln können, da hier die Thesaurierungspflicht nicht ohne Weiteres Sinn macht. Das zur Eintragung benötigte Eigenkapital ist einmal aufgebracht worden, so dass eine Rücklage zum Zwecke der Kapitalaufbringung logisch ausgeschlossen erscheint. Anders ist es nur, wenn die Sperre des § 30 Abs. 1 GmbHG überwunden werden soll. Dagegen ist unter der Voraussetzung der Umwandlung und dementsprechender Umfirmierung mit Publizitätswirkung nichts einzuwenden.

5. Cash Pooling und Gesellschafter-Lieferantenkredite. Zudem gibt es zahlreiche praxisrelevante Implikationen zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen. Bereits erwähnt wurde das Problem des cash pooling, dessen Einbeziehung in die Regeln der Rangrückstufung und Anfechtbarkeit praktisch v. a. deshalb unpassend erscheint, weil andernfalls zu befürchten ist, dass diese ökonomisch durchaus vorteilhafte Verfahrensweise aufgegeben wird.¹⁴¹ Doch ist das natürlich kein Rechtsargument.

Statt dessen hilft es auch wenig weiter, wenn man darauf abstellt, dass der Gesetzgeber in §§ 39, 135 InsO n.F. bewusst den Darlehensbegriff i.S. §§ 488 ff. BGB verwendet und nur die solchen Geschäften ähnlichen Kreditvorgänge einbezogen hat. Zwar muss es sich deshalb zunächst um ein „Zur Verfügung Stellen“ von Geld gem. § 488 Abs. 1 BGB handeln, für das die Zahlung von Zins erwartet wird. Zinsabreden setzen wirtschaftlich im Regelfall eine gewisse Zeitdauer der Geldhingabe sowie den Zweck voraus, dass der Darlehensnehmer das Geld für einen gewinnbringenden Zweck verwendet, der ihn befähigt, aus den Erträgen die geschuldeten Zinsen zu erwirtschaften. Verneint man dies für die cash pooling Fälle mit Kreditierungswirkung, so bleiben immer noch die darlehensähnlichen Geschäfte i.S. § 39 Abs. 1 Nr. 5 zweite Satzhälfte InsO, die sogar sämtliche Austauschgeschäfte von Kauf bis Miete und Pacht umfassen sollen, wenn nur eine Stundungsabrede enthalten ist, die bei wirtschaftlicher Betrachtung als Kreditierung anzusehen ist.¹⁴²

Einer derart weit greifenden Auslegung ist aus der Sicht der Analyse transparenzfördernder Zwecke zu widersprechen. Wegen der Publizitätsfunktionen der Neuregelungen der Gesellschafterdarlehen ist besser darauf abstellen, dass die vom cash pooling erfassten Gutschriften, die für die Einschätzung als Gesellschafterdarlehen allenfalls in Betracht kämen, immer nur Zwischenposten in der konzernweiten Abrechnung der Zahlungsströme sind und deshalb laufend und unregelmäßig verändert werden. Bei Feststellung einer Überschuldungsbilanz wäre ein Saldo auf den Stichtag zu berechnen, der von den Zufälligkeiten im Zahlungsverkehr aller Konzerngesellschaften abhinge. Eine transparenzbedingte Steuerungsfunktion zur Insolvenzvermeidung, wie sie oben (zu III.4) für den Ausweis einfacher Gesellschafterdarlehen angenommen wurde, ist damit nicht verbunden.

Hingegen steht bei den Lieferantenkrediten, die von Gesellschaftern als Zulieferern gewährt werden, der Kreditierungszweck klar im Vordergrund. Die Bonität der schuldnerischen Gesellschaft wird bewusst und gewollt belastet. Deshalb wird auch bei der hier vertretenen auf Markttransparenz zielenden Betrachtung ein Gesellschafter-Darlehen gewährt, das in der Insolvenz nachrangig ist.

6. Abtretung von Gesellschafter-Darlehen. Praktisch ebenfalls große Bedeutung hat die Abkoppelung vom Kapitalersatz dadurch erlangt, dass die rechtliche Einordnung als Gesellschafter-Darlehen nach vorherrschender Ansicht der Literatur¹⁴³ auch dann erhalten bleiben soll, wenn die Forderung auf Rückzahlung später verkauft, oder aus sonstigen

¹⁴¹ S.o. zu II.2c.

¹⁴² Vgl. nur *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2150; *Gehrlein*, BB 2008, 846, Text mit Fn. 61.

¹⁴³ Vgl. nochmals *Habersack*, ZIP 2007, 2145, 2149; *Gehrlein*, BB 2008, 846, Text mit Fn. 51; beide mit den unten erörterten Einschränkungen.

Gründen an einen Dritten abgetreten wird, der kein Gesellschafter ist. Denn bisher wurde ein Gesellschafter-Darlehen erst dann zum Eigenkapital umqualifiziert, wenn es in der Krise der Gesellschaft stehen gelassen wurde. Vorherige Abtretung an einen Dritten war also unbedenklich. Jetzt ist das Darlehen von Anfang an potentiell nachrangig, weil es nicht mehr darauf ankommt, ob ein ordentlicher Gesellschafter statt des Darlehens Eigenkapital gegeben hätte. Also kann bei Abtretung zu jedem Zeitpunkt eine Art Fortsetzungswirkung des GterDarl. begründet sein.

Dieser Ansicht sollte man aufgrund der hier¹⁴⁴ erläuterten informationsökonomischen Rechtsanalyse nicht folgen. Sicht nur teilweise zustimmen. Denn es kommt auf die informationelle Situation von zwei grundverschiedenen Gruppen von Fremdgäubigern der Gesellschaft an: diejenigen, die im Abtretungszeitpunkt bereits Forderungen gegen die Gesellschaft hatten (Altgläubiger), und denen, die erst nach der Abtretung des Gter-Darl. hinzukommen (Neugläubiger). Wegen der nach neuem Recht gegebenen Transparenz der möglichen Subordination haben die Altgläubiger damit gerechnet, dass das GterDarl. ihnen im Insolvenzfall nachgeht, und dementsprechend auch die Bonität der Gesellschaft eingeschätzt, um den Kredit überhaupt zu gewähren bzw. den Zins risikokonform zu vereinbaren. Ganz anders ist die Informationssituation für die Neugläubiger. Sie können nach der Abtretung gar keinen Zusammenhang mehr zwischen der Gesellschafterstellung und der Darlehensgewährung entdecken. Rechtsökonomisch richtig wäre es also, die Fortsetzungswirkung den Altgläubigern gegenüber zu bejahen, den Neugläubigern gegenüber hingegen abzulehnen.

Die geeignete Rechtsgrundlage dafür kann man in einer teleologischen Reduktion des viel zu weit geratenen Begriffes „Gesellschafterdarlehen“ sehen. Der Transparenzweck der insolvenzrechtlichen Verhaftung ist gegenüber den Neugläubigern gar nicht mehr erreichbar, so dass eine Beschränkung der §§ 39 Abs. 5, 135 Abs. 1 auf die Altgläubigern in Betracht kommt.

Die hier vorgeschlagene Lösung wird auch dadurch gestützt, dass die h.L. ein ähnliches Ergebnis befürwortet, indem analog § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO n.F. auf die Jahresfrist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgestellt wird.¹⁴⁵ Nach Ablauf eines Jahres soll die abgetretene Forderung von der Gefahr der Nachrangigkeit in der Insolvenz befreit werden.¹⁴⁶ Zahlungen, die während dieses Jahres an den Forderungserwerber als neuen Gläubiger geleistet wurden, sollen via Anfechtung zur Insolvenzmasse gezogen werden können, spätere Zahlungen dagegen nicht. Damit wird die Unterscheidung von Alt- und Neugläubigern, wie sie hier vorgeschlagen wird, ebenfalls anerkannt. Es passen eben nur die Analogie zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht, und auch ist Zeitpunkt der Unterscheidung vom Normzweck des § 39 Abs. 5 InsO her nicht zutreffend. In ersterer Hinsicht geht es bei der Forderungsabtretung des GterDarl., selbst wenn diese, wie regelmäßig, entgeltlich erfolgen sollte, nicht um Mittel, die die Gesellschaft an den Gter-Darlehensgeber abführt, sondern um Zahlungen aus Drittvermögen. Zweitens und v. a. werden aber auch noch für ein ganzes Jahr noch Neugläubiger vorrangig gestellt, die ganz unverhofft in diese Position gelangen, weil die neue Transparenz nach der Abtretung keine Wirkung mehr entfaltet.

7. Darlehen ein- und austretender Gesellschafter. Hat man diese Lösung erst einmal vor Augen, so bleibt eigentlich gar nichts anderes übrig, als auch beim Ein- und Austritt von Gesellschaftern entsprechend zu differenzieren. Zunächst zur Fallgruppe, dass der Darlehensgeber erst nach Abschluss des Darlehensvertrages mit der bestehenden Gesellschaft in diese eintritt? Es fragt sich, ob das bisherige Fremddarlehen dadurch zu einem Gter-Darl. wird. Auch hierzu wird in der Literatur die Ansicht vertreten, die §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs.

¹⁴⁴ S.o. zu IV.3.

¹⁴⁵ S. die Nachw. o., vorvorige Fn.

¹⁴⁶ Insoweit wohl a.A. Haas, ZinsO 2007, 617, 619.

1 InsO analog anzuwenden.¹⁴⁷ Entsprechend hätte man dann wohl auch für den Fall zu urteilen, dass der Gesellschafter erst nach Abschluss des Darlehensvertrages eine qualifizierte Beteiligung von 10 % des Stammkapitals erwirbt.

Indessen scheint auch in dieser Hinsicht die Differenzierung des potentiellen Nachranges gegenüber Alt- und Neugläubigern dem Normzweck des § 39 Abs. 5 InsO besser zu entsprechen. Den Neugläubigern wird normzweckadäquat transparent, dass der Darlehensgeber jetzt ein Gter ist. Demzufolge muss der potentielle Nachrang des § 39 Abs. 5 InsO für diesen Gläubigerkreis Geltung erlangen. Für die Altgläubigern wäre diese Wirkung aber unpassend, weil sie ihre Entscheidungen über die Vergabe und Zinsberechnung von Krediten an die Gesellschaft bereits vor dem Zeitpunkt des Gesellschafterbeitritts des Darlehensgebers getroffen haben.

Umgekehrt ist es beim Austritt des darlehensgebenden Gesellschafters: man kann nach der hier vertretenen Ansicht wieder ebenso wie bei der Forderungsabtretung nach Alt- und Neugläubigern differenzieren. Auch hierzu meint ein Teil der Literatur, man könne analog §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 InsO erst nach Jahresfrist eine Entlastung gegenüber Neugläubigern einräumen.¹⁴⁸ Aber auch in dieser Fallgruppe scheint die vorgeschlagene teleologische Reduktion der Vorschriften mit einfacher Unterscheidung zwischen Alt- und Neugläubigern besser auf die verschiedene Informationslage von Alt- und Neugläubigern zu passen.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Für die Zusammenfassung des darstellenden Teils kann zum neuen § 16 GmbHG hervorgehoben werden, dass die Vorschrift sich von der bisherigen Regelung v. a. durch die Maßgeblichkeit der Handelsregistereintragung und der dieser zugrunde zu legenden Gesellschafterliste unterscheidet (II.1a). Die Bedeutung der Gesellschafterliste ist zudem erheblich dadurch gesteigert worden, dass ihr Inhalt zum Erwerb vom Nicht-Berechtigten maßgeblich ist (II.1b).

Als ökonomische Steuerungszwecke wurden v. a. Publizitätswirkungen analysiert, die nicht nur den Informationsaufwand im Verkehr mit den GmbH-Anteilen verringern (III.1), sondern auch zur Beseitigung von Kostenunterschieden und den entsprechenden preiswettbewerblichen Verzerrungen auf den sog. grauen Kapitalmärkten beitragen. Belebungen des Anteilshandels sollen die Allokation auf den typisch mittelständischen GmbH-Anteils- und Unternehmensmärkten verbessern (III.2/3). Konkret werden die Haftungsanreize bestätigt, die für die unbegrenzte Innenhaftung der Vor-GmbH bekannt sind. Gleiches muss für die Vor-UG gelten (IV.1). Publizitätsgründe spielen offenbar auch eine Rolle bei der Beurteilung der Reichweite des Gutgläubenserwerbs. Das gilt für die Beschränkung auf Verkehrsgeschäfte (IV.2) ebenso wie für den gutgläubigen Erwerb nicht existierender Stammanteilen und bei falscher Stückelung (IV.3).

Weitere ökonomische Steuerungszwecke können bei der UG darin gesehen werden, dass diese neuartige Rechtsform als Alternative gegenüber der Ltd. bei wenig kapitalintensiven und eilig durchzuführenden Projekten zu etablieren sein soll (III.4a). Die nähere Untersuchung der Steuerungstechnik hat zudem gezeigt, dass auf die Firmenpublizität der UG abgezielt wird, und der Wechsel zur GmbH-Firmierung nach Ablauf der Thesaurierungsphase offen gelassen wird. Es liegt eine Form der private governance vor, die in der Literatur auch als co-operative governance bezeichnet wird (III.4). In der Vor-UG haften die Gesellschafter unbeschränkt, aber nur im Wege der Innenhaftung, um hinreichende Anreize für die Eintragung im Handelsregister auszulösen (IV.1) Die Umwandlung von Personengesellschaften in eine UG sollte ermöglicht werden, während die von

¹⁴⁷ Vgl. *Gehrlein*, BB 2008, 846, Text mit Fn. 52; *Haas*, ZinsO 2007, 617, 619.

¹⁴⁸ Vgl. nochmals die Nachw. o., vorvorige Fn.

Kapitalgesellschaften mit eingebrachtem Mindestkapital sinnwidrig und deshalb versperrt ist (IV.4).

Die Neuregelung der Gesellschafterdarlehen ist systematisch ins Insolvenzrecht verlagert worden, um die Vorschriften zur Rangrückstufung im Insolvenzverfahren und zur Anfechtung auch auf die Ltd. erstrecken zu können (II.3). Dennoch handelt es sich um transparenzbedingte Steuerungsregeln, da die Voraussetzung einer von außen unerkennbaren Aufzehrung des Eigenkapitals aufgegeben worden und an dessen Stelle die Publizität der GmbH-Gesellschafterliste getreten ist (III.5). Daraus kann konkret abgeleitet werden, dass das cash pooling regelmäßig nicht, wohl aber Gesellschafter-Lieferantenkredite zu subordinierbaren Gesellschafterdarlehen führen (IV.5).

Bei Abtretung von Gter-Darl. kommt die insolvenzrechtliche Verhaftung nur im Verhältnis zu den vor der Abtretung kreditierenden Altgläubigern, nicht aber gegenüber den Neugläubigern in Betracht (IV.6). Die gleiche Unterscheidung sollte in den Fallgruppen des Zutritts von Gesellschaftern, die zuvor Darlehen an die Gesellschaft gegeben haben, und bei qualifiziertem Beteiligungserwerb von Gesellschafter-Darlehensgebern sowie mit Umkehrung auch bei Austritt von Gter-Darlehensgebern gelten (IV.7).

Die Untersuchung der Steuerungstechniken des neuen GmbH-Rechts ist durch die genannten Themen nicht abgeschlossen. Vielmehr ging es im Vorigen um eine exemplarische Behandlung, so dass eine umfassende Analyse weiterer Untersuchung vorbehalten bleiben muss. Gleichwohl soll hier ein Ausblick unter Hinweis darauf gegeben werden, dass auch das gesamte GmbH-Konzernrecht erneuter Analyse bedarf. Beispielsweise fragt sich, wie das Verhältnis der neuen Regeln über Gesellschafter-Darlehen zum qualifizierten faktischen GmbH-Konzern, zum existenzvernichtenden Eingriff und zur Neukonstruktion dieser Haftung durch die Trihotel-Entscheidung des BGH¹⁴⁹ zu sehen ist. Auch ist etwa – um beim qualifizierten faktischen Konzern zu bleiben – für die neue Rechtsform der UG nicht sicher, ob auch hier die Haftung bei Vermögensvermischung durch die Muttergesellschaft in Betracht kommt. Sogar die Fragen zum Ausweis des Gesellschafterdarlehens im regulären Jahresabschluss mussten offen bleiben, obgleich § 19 Abs. 2 InsO n.F. ein Passivierungsverbot für die Überschuldungsbilanz enthält. Auch für diese und zahlreiche weitere Bereiche des MoMiG muss untersucht werden, welcher Art die wirtschaftsrechtliche Steuerungstechnik ist. Es darf vermutet werden, dass auch insoweit praktische Folgerungen für die Reichweite der Neuregelung und für weitere Einzelfragen hergeleitet werden können.

¹⁴⁹ BGHZ 173, 246=NJW2007, 2689 (*Trihotel*); näher Lb., a.a.O., Fn. 2, S. 449 f.