

Zwei Jahre MoMiG

Erfahrungen aus der M&A-Praxis

Von Philipp von Braunschweig, Partner, P+P Pöllath + Partners

Am 1. November 2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in Kraft getreten. Das MoMiG hat alte Schwierigkeiten gelöst, aber auch neue Probleme geschaffen. Aus Sicht der Transaktionspraxis haben sich insbesondere die Neuregelungen zur Anteilsteilung und zu Gesellschafterdarlehen als Erleichterung erwiesen. Die Neuerungen zur Gesellschafterliste werden dagegen häufig als Erschwernis empfunden. Denn sie haben zu einer Erhöhung der Notarkostenbelastung geführt.

Neuregelungen zur Stückelung und Teilung von Geschäftsanteilen

Bis 2008 musste der Nennbetrag eines GmbH-Geschäftsanteils mindestens 100 EUR betragen und darüber hinaus durch 50 teilbar sein. Bei einer Akquisitionsholding mit dem Mindeststammkapital von 25.000 EUR betrug somit die Mindestbeteiligungsquote eines einzelnen Gesellschafters umgerechnet 0,4%. Insbesondere bei Managementbeteiligungen mit kleineren Beteiligungssummen mussten daher häufig Umweggestaltungen über die Bildung von Bruchteilsgemeinschaften oder Gesellschaften bürgerlichen Rechts zwischen mehreren Anteilseignern gefunden werden. Nach neuem Recht, das die Bildung von Ein-Euro-Anteilen ermöglicht, ist dies nun nicht mehr erforderlich. Viele Altgesellschaften haben aber weiterhin Anteilstückelungen nach altem Recht. Hier gilt es aufzupassen, wenn Gesellschafter nur einen Teil ihrer Beteiligung übertragen möchten: War hierfür früher eine Teilungserklärung des veräußernden Gesellschafters in der Urkunde ausreichend, bedarf die Teilung nach neuem Recht eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Der veräußerungswillige Gesellschafter hat zwar im Regelfall einen Anspruch auf Zustimmung, doch müssen ggf. umständliche Ladungsformalitäten beachtet werden,

ZUR PERSON: PHILIPP VON BRAUNSCHWEIG

Philipp von Braunschweig (philipp.braunschweig@pplaw.com) ist Rechtsanwalt und Partner der auf Rechts- und Steuerberatung spezialisierten Sozietät P+P Pöllath + Partners in München. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind M&A- und Private Equity-Transaktionen und -Strukturen. www.pplaw.com



Philipp von Braunschweig

was u.a. dazu führt, dass die Mitgesellschafter bereits vor Closing Kenntnis von der beabsichtigten Transaktion erhalten.

Gesellschafterliste und gutgläubiger Anteilserwerb

Der Gesellschafterbestand einer GmbH war schon immer durch Einreichung einer Gesellschafterliste der Öffentlichkeit bekannt zu machen. Bis 2008 war dies aber lediglich eine Ordnungsvorschrift. Nach neuem Recht gilt der in der online einsehbaren Liste Eingetragene gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter, auch wenn er materiell nicht (mehr) Eigentümer der Anteile ist. Gesellschafterbeschlüsse können also im Regelfall nicht mehr mit der Begründung angefochten werden, dass ein Nichtberechtigter mitgewirkt habe. Auch ist ab Ende 2011 ein gutgläubiger Erwerb von Anteilen möglich, wenn der Veräußerer in der Liste eingetragen ist. Gleichzeitig wurde die materielle Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste dadurch erhöht, dass sie im Regelfall nicht mehr vom Geschäftsführer, sondern von dem die Anteilsabtretung beurkundenden Notar einzureichen ist. Es gibt aber weiterhin zahlreiche Fälle (wie z.B. Erbschaft), in denen kein Notar mitwirkt und bei denen nach wie vor die Geschäftsführung für die Änderung der Liste zuständig bleibt. Auch ist eine lückenlose Richtigkeitsgewähr natürlich nur bei Gesellschaften möglich, die nach Inkrafttreten des MoMiG gegründet wurden, da der einreichende Notar zu einer Überprüfung von Vorgängen aus der Vergangenheit weder verpflichtet noch in der Lage ist. So dürfte es noch

Jahre, wenn nicht Jahrzehnte dauern, bis die Neuregelungen zur Gesellschafterliste die gewünschte Sicherheit liefern. Lästig für die Transaktionspraxis ist der Umstand, dass der Käufer nicht ohne weiteres schon am Closing-Tag Gesellschafterbeschlüsse fassen kann, da die elektronische Veröffentlichung der geänderten Liste einige Tage in Anspruch nimmt. Das Gesetz erklärt zwar Gesellschafterbeschlüsse des Neugesellschafters für rückwirkend wirksam, wenn die neue Gesellschafterliste „unverzüglich“ nach Closing in das Handelsregister aufgenommen wird. Der Käufer muss hier aber entweder auf die Zuverlässigkeit des Notariats und des Handelsregisters vertrauen oder sich vorsorglich eine Vollmacht des (in der Liste noch eingetragenen) Verkäufers besorgen. Zu Blanko-Vollmachten sind Verkäufer aber schon aus Haftungsgründen selten bereit.

Auswirkungen auf die Notarkosten

Wichtigste negative Auswirkung des MoMiG für die Transaktionspraxis ist die Erhöhung der Notarkostenbelastung bei vielen Transaktionen. Die inländischen Notarkosten für Verkauf und Abtretung von GmbH-Anteilen richten sich nach dem Geschäftswert, nicht etwa nach dem Arbeitsaufwand des Notariats. So kann die Beurkundung der Abtretung eines Anteils bis zu 55.000 EUR kosten, auch wenn der Vertragstext nur wenige Seiten umfasst und von den Anwälten vorbereitet wurde. Der gleiche oder

ein kaum geringerer Betrag fällt ein zweites Mal an, wenn der gekaufte Anteil mit einem Standard-Formular an die finanzierende Bank verpfändet wird. Jahrzehntlang war es daher gängige Praxis, Anteilskaufverträge zu einem Bruchteil der inländischen Kosten im Ausland beurkunden zu lassen. Eine Mindermeinung in der Literatur, aber auch das LG Frankfurt, glaubt, dass das MoMiG nur noch die Inlandsbeurkundung zulasse, da ausländische Notare zur Einreichung der Gesellschafterliste weder Verpflichtung noch Sachkunde hätten. Insbesondere Rechtsabteilungen finanzierender Banken sind seither nicht mehr bereit, auf die Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen zu vertrauen. Der „Beurkundungs-Tourismus“ in die Schweiz ist daher nahezu zum Erliegen gekommen, und inländische Notare bezeichnen das MoMiG hinter vorgehaltener Hand als „Segen für unseren Berufsstand“. Allen übrigen Transaktionsbeteiligten bleibt nur die Hoffnung, dass der Gesetzgeber in Zukunft entweder die Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung klarstellt oder eine aufwandsgerechte Notarvergütung auch im Inland ermöglicht. Denn die praktischen Kostenauswirkungen des MoMiG stehen in Widerspruch zum vorgeblichen Gesetzesziel, die GmbH als Rechtsform im internationalen Vergleich attraktiver zu machen.

Neuregelungen zu Gesellschafterdarlehen

Nach altem Recht musste ein verkaufender Gesellschafter, der in der Vergangenheit Gesellschafterdarlehen gewährt und zurückerhalten hatte, befürchten, zeitlich unbegrenzten Rückforderungsansprüchen ausgesetzt zu werden, wenn die Gesellschaft nach der Transaktion in die Insolvenz fiel. Die Folge waren oft umfangreiche Rechtsstreitigkeiten mit komplexen Beweiserhebungen zum wirtschaftlichen Zustand der Gesellschaft zum Zeitpunkt der (dann lange zurückliegenden) Darlehenstilgung. Das MoMiG brachte hier Klarheit: Leistungen auf Gesellschafterdarlehen können vom Insolvenzverwalter nur zurückgefordert werden, wenn weniger als zwölf Monate zwischen Zahlung und Insolvenz lagen, dies aber unabhängig vom wirtschaftlichen Zustand der Gesellschaft zum Rückführungszeitpunkt. Für den Verkäufer bedeutet dies, dass Gesellschafterdarlehen bei Closing keinesfalls rückgeführt, sondern vorzugsweise an den Käufer abgetreten werden sollten.



So leicht ist es leider nicht – viele der alten Schwierigkeiten wurden gelöst, doch die Neuerungen im MoMiG werfen auch neue Fragen auf.