

Auswirkungen des MoMiG auf Aktiengesellschaften und ihre Organmitglieder

Von Dr. Christoph Knapp, Augsburg*

Das viel diskutierte Gesetz zur GmbH-Reform (MoMiG, BGBl I 2008, 2026) ist am 1. 11. 2008 in Kraft getreten. Durch das MoMiG erfährt in erster Linie das Recht der GmbH weit reichende Änderungen (vgl. hierzu *Lips/Randel/Werwig*, DStR 2008, 2220). Mit der neuen „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ bringt das MoMiG nicht nur ein kleines Schwesterchen für die GmbH, sondern wirkt sich auch nicht unerheblich auf den großen Bruder AG aus. Das Gesetz betrifft auch das Recht der Aktiengesellschaft, weil die Novellierung von Vorschriften des GmbHG in weiten Teilen parallel im AktG vorgenommen wird. Besonders erwähnenswert ist, dass künftig auch Aufsichtsratsmitglieder zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet sind, falls die Gesellschaft keinen Vorstand mehr hat. Auch die Änderungen im Rahmen der Kapitalerhaltungsregeln und der Insolvenzverursachungshaftung sind für die Aktiengesellschaft von erheblicher Bedeutung. Diese und weitere wichtige Auswirkungen des MoMiG auf die Aktiengesellschaft und ihre Organmitglieder werden im Folgenden näher dargestellt.

1. Vereinfachungen bei der Gründung einer AG

Das MoMiG bringt zunächst einige wenige Vereinfachungen für die Gründung und Eintragung einer AG.

1.1 Ein-Personen-Gründung

Die Gründung einer Ein-Personen-Gesellschaft wird künftig einfacher möglich sein. Die in § 36 Abs. 2 Satz 2 AktG a. F. bisher vorgesehene Sicherheitsleistung wird ersatzlos gestrichen, d. h. für noch nicht angeforderte und geleistete Geldeinlagen ist künftig keine Sicherheit mehr zu stellen.

1.2 Registereintragung

Die Aufhebung des bisherigen § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG, wonach im Falle einer etwa erforderlichen staatlichen Genehmigungsbedürftigkeit des Unternehmensgegenstands die Genehmigungsurkunde bei der Anmeldung vorzulegen war, bringt eine erhebliche praktische Vereinfachung auch für die Gründung einer AG mit sich. Dadurch sollen Unternehmensgründungen beschleunigt werden. Zukünftig müssen die Gründer von AG und GmbH keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen. Eine Befreiung von der verwaltungsrechtlichen Pflicht zur Einholung einer Genehmigung ist damit freilich nicht verbunden; die Genehmigung muss nur nicht mehr im Registerverfahren vorgelegt werden.

2. Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Es wurde bisher als ein Wettbewerbsnachteil deutscher Kapitalgesellschaften angesehen, dass EU-Auslandsgesellschaften ihren Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – wählen können. Diese Auslandsgesellschaften sind nach der Rechtsprechung des EuGH in Deutschland als solche anzuerkennen. Umgekehrt hatten deutsche Gesellschaften diese Möglichkeit bislang nicht.

Diese Ungleichbehandlung wird durch die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG beseitigt. Deutschen

Kapitalgesellschaften wird es dadurch faktisch ermöglicht, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt und auch im Ausland liegen kann'. Damit wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. Das kann eine attraktive Möglichkeit für deutsche Konzerne sein, ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der vertrauten GmbH oder AG zu führen und dadurch künftig den bislang nicht unerheblichen Aufwand für Rechtsberatungskosten durch ausländische Anwälte zu reduzieren.

3. Kapitalbindung und Cash-Pooling

Mit dem MoMiG werden die Kapitalbindungsvorschriften dereguliert und dadurch insbesondere das Cash-Pooling rechtlich abgesichert.

3.1 Kapitalbindung

Nach §§ 30, 31 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Noch strenger ist das in § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG enthaltene Verbot der Einlagenrückgewähr im Recht der AG. Der BGH hat diese Auszahlungsverbote stets sehr weit verstanden und sie sogar bei Vollwertigkeit eines Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruchs der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter angewandt².

3.2 Cash-Pooling

Aufgrund der strengen Anwendung der Auszahlungsverbote der §§ 30, 31 GmbHG und § 57 AktG durch neuere Entscheidungen des BGH auch auf Fälle des Cash-Pooling ist in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit dieses Finanzierungsinstruments entstanden³. Cash-Pooling ist ein bei der Konzernfinanzierung international gebräuchliches System zur Zusammenfassung flüssiger Mittel bei der Muttergesellschaft und als Instrument zum Liquiditätsausgleich zwischen den Unternehmensteilen im Konzern. Dazu werden Mittel von den Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft zu einem gemeinsamen Cash-Management geleitet. Im Gegenzug erhalten die Tochtergesellschaften Rückzahlungsansprüche gegen die Muttergesellschaft. Zivilrechtliche Grundlage dafür ist ein Darlehen der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft (sog. *upstream loan*)⁴.

3.3 Neuregelung

Auch nach der neuen Fassung des § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG darf eine AG grundsätzlich keine Einlagen an Aktionäre zurückgewähren. Unverändert darf gemäß § 57 Abs. 3 AktG vor Auflösung der Gesellschaft nur der Bilanzgewinn an die Aktionäre verteilt werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift entspricht damit (vorbehaltlich der Ausnahmetatbestände) der bisherigen Regelung.

Das MoMiG führt nun eine Ausnahme vom strengen Gebot der Kapitalbindung ein (§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F.). Das System des Cash-Pooling wird gesichert und auf eine Rechtsgrund-

¹ *Peer Review* v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 29.

² Vgl. BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, DStR 2004, 427 („November“).

³ BGH v. 24. 11. 2003, II ZR 171/01, DStR 2004, 427; Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 41.

⁴ Ausführlich dazu *Kiefner/Theusinger*, NZG 2008, 801.

* Dr. Christoph Knapp ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Seitz Weckhach Fackler in Augsburg.

AUFSATZ

lage gestellt. Ermöglicht wird dies durch eine Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen des Kapitalerhaltungsgebots und durch eine Aufhebung der Kapitalbindung unter bestimmten Voraussetzungen. Danach ist eine Leistung der Gesellschaft an einen Aktionär dann nicht als verbotene Auszahlung zu werten, wenn ein reiner Aktivtausch vorliegt. Nach dem neuen § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG stellt eine Leistung keine unzulässige Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Grundkapitals erforderlichen Vermögen dar, soweit sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch (z. B. auf Darlehensrückgewähr) gedeckt ist. Dasselbe gilt für Leistungen der Gesellschaft bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG). Für Zahlungen aus Unternehmensverträgen folgte dies bislang bereits aus § 291 Abs. 3 AktG.

3.4 Neue Pflichten und Risiken für Vorstandsmitglieder

Für Vorstandsmitglieder führt das neue Recht zu zusätzlichen Haftungsrisiken. Sie müssen künftig die Vollwertigkeit bzw. Bilanzneutralität des Vorgangs beurteilen, d. h. letztlich ob der Gesellschafter liquide genug ist, die empfangenen Leistungen nach Fälligkeit wieder an die Gesellschaft zurückzuzahlen⁵. Hierbei handelt es sich um eine gesetzlich gebundene Entscheidung, so dass dem Vorstand die *Business-Judgement-Rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) nicht zugute kommt⁶. Trotzdem wird man dem Vorstand aber einen gewissen Spielraum einräumen müssen, weil es sich bei der „Vollwertigkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Erforderlich ist die Schaffung einer umfassenden Informationsbasis durch den Vorstand, die es gestattet, die Bonität des Gesellschafters, gegen den ein Rückgewähranspruch besteht, zu überprüfen (z. B. durch eine konzernweite Cash-Flow-Planung)⁷. Insgesamt ergeben sich erhebliche Interessenkonflikte für die Geschäftsleiter, die nun bei ihrer Muttergesellschaft kritisch zum Stand der Solvenz nachfragen müssen, um eigene Haftungsrisiken auszuschließen.

3.5 Abschaffung der Rechtsprechungsregeln

Der Gesetzgeber schafft im Übrigen mit der Neufassung von § 57 Abs. 1 Satz 4 AktG n. F. die sog. Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 30, 31 GmbHG) ausdrücklich auch für die AG ab⁸, soweit diese in modifizierender Form auf die AG anwendbar waren⁹. Dies bedeutet, dass künftig Tilgungsleistungen auf Forderungen von Aktionären keine verbotenen Auszahlungen i. S. des § 57 Abs. 1 AktG a. F. mehr darstellen.

4. Zustellungen an die Gesellschaft

Mit dem MoMiG nimmt der Gesetzgeber eine Reihe von weiteren Änderungen vor, welche die Zustellung von Schriftstücken und den Zugang von Willenserklärungen an Kapitalgesellschaften betreffen. Diese Änderungen dienen vor allem dem Gesetzeszweck der Bekämpfung von Missbräuchen und richten sich in erster Linie gegen sog. „Firmenbestattungen“, d. h. die stillschweigende Beseitigung von Kapitalgesellschaften außerhalb eines Insolvenz- oder Liquidationsverfahrens.

4.1 Empfangszuständigkeit der Aufsichtsratsmitglieder bei Führungslosigkeit

Das MoMiG bestimmt für den Fall, dass die AG keinen Vorstand hat (legaldefiniert als „Führungslosigkeit“), eine passive Ersatzvertretung für die Abgabe von Willenserklärungen oder die Zustellung von Schriftstücken durch die Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 78 Abs. 1 Satz 2 AktG n. F.). Dabei kommt es auf eine Kenntnis der Aufsichtsratsmitglieder von der Führungslosigkeit nicht an¹⁰. Die bisherige Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrats gemäß § 132 AktG wird dadurch nicht unwesentlich erweitert.

4.2 inländische Geschäftsanschrift

In das Handelsregister muss gemäß §§ 37 Abs. 3 Nr. 3, 39 Abs. 1 Satz 1 AktG n. F. künftig eine inländische Geschäftsanschrift eingetragen werden. Dies gilt sowohl für die GmbH als auch für Aktiengesellschaften, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften und Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften).

Unter dieser im Handelsregister eingetragenen Anschrift, die von Dritten auch online einzusehen ist, kann künftig an den oder die Vertreter der Gesellschaft wirksam zugestellt werden und es können dort Willenserklärungen zugehen (§ 78 Abs. 2 Satz 3 AktG n. F.). Sollte die Gesellschaft eine Aktualisierung dieser Anschrift unterlassen und eine Zustellung deshalb nicht erfolgreich sein, so wird künftig eine erleichterte öffentliche Zustellung möglich sein¹¹.

4.3 Weitere Empfangspersonen

Bevor jedoch auf die öffentliche Zustellung übergegangen wird, ist künftig noch der besondere Zustellungsvertreter („weitere Empfangsperson“ gemäß § 39 Abs. 1 Satz 2 AktG n. F.) zu beachten, sofern ein solcher vorhanden ist. Kapitalgesellschaften können künftig eine Person ihres Vertrauens mit ihrer inländischen Anschrift in das Handelsregister eintragen lassen, die den Gläubigern der Gesellschaft als weiterer Vertreter für die Entgegennahme von Willenserklärungen und die Bewirkung von Zustellungen neben den regulären Vertretern der Gesellschaft dient (§ 78 Abs. 2 Satz 4 AktG).

4.4 Öffentliche Zustellung

Wenn weder unter der eingetragenen Geschäftsanschrift noch unter der Anschrift der weiteren Empfangsperson eine Zustellung (auch durch Niederlegung) möglich ist, wird die Möglichkeit verbessert, gegenüber Kapitalgesellschaften eine öffentliche Zustellung zu bewirken. Die neu gefassten Vorschriften der § 185 Nr. 2 ZPO und § 15a HGB n. F. erlauben künftig die öffentliche Zustellung an eine juristische Person, wenn der Zugang der Willenserklärung weder unter der im Handelsregister eingetragenen inländischen Anschrift, noch einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift eines besonderen Zustellvertreters, noch einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist.

5. Insolvenzantragspflicht und Führungslosigkeit

5.1 Verlagerung in die insolvenzordnung

Durch das MoMiG werden die Insolvenzantragspflichten bei juristischen Personen aus den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen

5 Kindler, NJW 2008, 3249, 3253.

6 Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289, 1293.

7 Kiefner/Theusinger, NZG 2008, 801, 805 f.

8 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 52.

9 Dazu Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 57 Rn. 16 ff.

10 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 42.

11 Dazu näher unter Ziff. 4.4.

AUFSATZ

Gesetzen in einen neuen § 15a InsO verlagert. Diese Maßnahme dient vor allen Dingen dazu, auch den Schein-Auslandsgesellschaften eine Insolvenzantragspflicht nach deutschem Recht aufzuerlegen¹². Die bislang geltenden § 92 Abs. 2 AktG, § 64 Abs. 1 GmbHG, § 130a Abs. 1 HGB werden ebenso wie die korrespondierenden Strafvorschriften (§ 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 130b HGB) aufgehoben. Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist aber nach wie vor strafbewehrt (§ 15a Abs. 4 und Abs. 5 InsO) und begründet zudem eine zivilrechtliche Haftung unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB¹³.

5.2 Insolvenzantragspflicht der Aufsichtsratsmitglieder

Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden künftig im Falle der Führungslosigkeit der Aktiengesellschaft verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Hat die Gesellschaft keinen Vorstand mehr (Führungslosigkeit), muss jedes Aufsichtsratsmitglied an dessen Stelle Insolvenzantrag stellen, es sei denn, es hat vom Insolvenzgrund oder von der Führungslosigkeit keine Kenntnis (§ 15a Abs. 3 InsO n. F.). Dadurch soll verhindert werden, dass die Insolvenzantragspflicht durch „Abtauchen“ der Vorstände bzw. Geschäftsführer – wie in der Praxis bei Fällen sog. „Firmenbestatungen“ häufig zu beobachten – umgangen wird.

Ein de facto grundsätzlich zur Insolvenzantragstellung verpflichtetes Aufsichtsratsmitglied kann sich durch den Beweis darüber entlasten, dass es darlegt, entweder von der Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung oder von der Führungslosigkeit keine Kenntnis gehabt zu haben (§ 15a Abs. 3 InsO n. F.). Kenntnis bedeutet hier positive Kenntnis, grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht¹⁴.

Neben der bereits oben erwähnten passiven Empfangszuständigkeit (§ 78 Abs. 1 Satz 2 AktG n. F.) in Fällen der Führungslosigkeit und angesichts der nicht unerheblichen (u. U. auch persönlichen) Folgen einer solchen Situation haben Aufsichtsratsmitglieder daher künftig einen (noch) größeren Anreiz, dafür zu sorgen, dass ein Vorstand tatsächlich vorhanden ist.

6. Neue Vorstandshaftung in § 92 Abs. 2 AktG n. F.

Vorstandsmitglieder, die Beihilfe zur Ausplünderung der Gesellschaft durch die Gesellschafter leisten und dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, sollen stärker in die Pflicht genommen werden. Dazu wird das Zahlungsverbot in § 92 AktG um eine sog. Insolvenzverursachungshaftung erweitert¹⁵.

6.1 Regelung des § 92 Abs. 2 AktG n. F.

Die Erweiterung des bisherigen § 92 Abs. 3 AktG (jetzt § 92 Abs. 2 AktG n. F.) um einen neuen Satz 3 lautet wie folgt: „Die gleiche Verpflichtung trifft den Vorstand für Zahlungen an Aktionäre, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in § 93 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.“ Bei dieser Regelung handelt es sich um eine zentrale Neuerung des MoMiG.

Die Erweiterung des Zahlungsverbots, welches sich bislang auf sorgfaltswidrige, masseschmälernde Zahlungen erstreckte,

betrifft zunächst das Auszahlungsverbot des § 57 Abs. 1 AktG, indem künftig auch Zahlungen an Aktionäre erfasst werden, die zwar das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Vermögen nicht antasten, aber die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen müssen und tatsächlich auch herbeiführen¹⁶. Nur ein Verhalten des Vorstands, das zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste, d. h. ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge zur Zahlungsunfähigkeit führte, ist dabei haftungsbe gründend (d. h. adäquate, keine äquivalente Kausalität)¹⁷. Allerdings begrenzt sich diese Vorstandshaftung dem Wortlaut nach auf die Höhe der veranlassten Zahlungen. Eine darüber hinausgehende Einstandspflicht für etwaige, wesentlich höhere Reflexschäden besteht nicht, so dass daher in der Neuregelung keine Kodifizierung der aus dem anglo-amerikanischen Recht bekannten „wrongful trading rule“ zu sehen ist¹⁸. Die Neuregelung betrifft aber auch einen Teil der Existenzvernichtungshaftung¹⁹. Eine Organhaftung war in diesen Fällen bislang lediglich als Beihilfe denkbar (§ 830 BGB). Diese Lücke soll mit der neuen Vorschrift § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG n. F. geschlossen werden²¹.

Die neue Vorschrift gibt dem Vorstand eine Entlastungsmöglichkeit, wenn er die Tatbestandsmerkmale des Zahlungsverbots, insbesondere die Geeignetheit der Zahlung, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, auch unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht erkennen konnte. Hierfür trifft den Vorstand jedoch die Beweislast. Beispielhaft ist hier an Fälle zu denken, in denen der Vorstand die Zahlungsunfähigkeit durch Zahlungen an Aktionäre etwa aufgrund eines „exogenen Schocks“ nicht voraussehen konnte²⁰. Die Inanspruchnahme von Beratung und die Erstellung entsprechender Dokumentation der finanziellen Situation der Gesellschaft vor der Vornahme entsprechender Zahlungen ist daher unbedingt zu empfehlen.

4.2 Offene Auslegungs- und Anwendungsfragen

Die Neuregelung wirft umstrittene Fragen der Anwendung und Auslegung auf.

6.2.1 Auslegungsfragen

In Anlehnung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum existenzvernichtenden Eingriff wird die Vorschrift – auch nach der mahnden Begründung des Gesetzgebers – restriktiv auszulegen sein²². Die Entscheidung des Vorstands zur Leistung von tatbestandsmäßigen Zahlungen muss praktisch mit einer „Weichenstellung ins Aus“ vergleichbar sein²³. Zudem dürfen die Anforderungen an die vom Vorstand vorzunehmende Solvenzprognose²⁴ nicht überzogen werden, weil die Rechtsfolgen drastisch sind. Bei der neuen Haftung nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG handelt es sich nämlich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Erstattungsanspruch eigener Art in Höhe des ungekürzten Werts der geleisteten Zahlungen²⁵.

16 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 46.

17 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 46 f.; Knof, DStR 2007, 1536, 1539.

18 Spindler, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2008, § 92 Rn. 70.

19 Vgl. dazu BGH v. 16. 7. 2007, II ZR 3/04, DStR 2007, 1586 („Trihotel“); bestätigt durch BGH v. 7. 1. 2008, II ZR 314/05, DStR 2008, 886.

20 Zur Parallelvorschrift des § 64 GmbHG n. F. Wicke, GmbHG, 2008, § 64 Rn. 25.

21 Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 796.

22 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 47.

23 So zum Referentenentwurf Greulich/Bunemann, NZG 2006, 681, 685; zur Existenzvernichtungshaftung Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 13 Rn. 19.

24 Ausführlich dazu Knof, DStR 2007, 1580.

12 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 55.

13 Ausführlich zu den insolvenzrechtlichen Auswirkungen des MoMiG Wälzholz, DStR 2007, 1914.

14 Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 55 f.

15 Ausführlich dazu Knof, DStR 2007, 1536 und 1580.

AUFSATZ

Eine weitere Streitfrage betrifft die Anwendbarkeit der Neuregelung auf Auslandsgesellschaften. Nach Auffassung des Gesetzgebers habe die Norin einen „starken insolvenzrechtlichen Bezug“ und sei daher auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften mit Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland – insbesondere also die britische Limited – anwendbar²⁵! Nachdem die Vorschrift jedoch nicht in der Insolvenzordnung steht, sondern vom Gesetzgeber im GmbHG und im AktG angesiedelt wurde, wird diese Frage – auch in europarechtlicher Hinsicht – erst noch zu klären sein²⁷. Denn eine ausländische Kapitalgesellschaft ist keine deutsche GmbH oder AG, so dass das GmbHG und das AktG prinzipiell nicht anwendbar sind.

6.2.2 Anwendungsfälle im Aktienrecht

6.2.2.1 Cash-Pooling

Die Neuregelung kann für die AG insbesondere deshalb praktische Bedeutung erlangen, weil das MoMiG, wie oben ausgeführt, Ausnahmen von der strengen Kapitalbindung des § 57 AktG schafft. So werden etwa *upstream loans* im Rahmen des *Cash-Pooling* (auch außerhalb des Konzerns) rechtlich zulässig, so dass Auszahlungen an Aktionäre trotz § 57 AktG in der Praxis tatsächlich vorkommen können²⁶! Die bislang zum Bereich der Existenzvernichtungshaftung zählenden Fälle des Liquiditätsentzugs²⁹ können daher künftig unter den neuen § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG subsumiert werden.

6.2.2.2 Verhaltenssteuerung bei Leveraged Buy-outs?

Zu begrüßen ist die neue Vorstandshaftung des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG vor dem Hintergrund des immer häufiger anzutreffenden Verhaltens von Großaktionären bei sog. *Leveraged Buy-Outs*³⁰. Hier ist durch den neuen Haftungstatbestand eine präventive Verhaltenssteuerung des Managements gegenüber der Einflussnahme von Großaktionären zu erwarten. Der Begriff des *Leveraged Buy-out* (LBO) bezeichnet die Akquisition eines Unternehmens unter Einbeziehung eines großen Anteils an Fremdkapital zur Begleichung des Kaufpreises. Typischerweise erfolgt dabei die ausschließliche oder überwiegende Besicherung der Akquisitionsfinanzierung durch die Zielgesellschaft und deren Vermögensgegenstände selbst.

Aktuelles Beispiel einer solchen Transaktion ist die Übernahme der *Hugo Boss AG* im Herbst 2007 durch die britische Private-Equity-Gesellschaft *Permira*. Bereits ein halbes Jahr nach der Übernahme setzte *Permira* durch, dass neben einer regulären Dividende von 100 Mio. Euro eine Sonderdividende von 345 Mio. Euro an die Aktionäre ausbezahlt wurde³¹. *Permira* als Großaktionär übte dabei erheblichen Druck auf das Management aus; die Beschlussfassung im Aufsichtsrat erfolgte gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter und nur mit der Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden. Die Sonderdividende musste dabei von der Gesellschaft größtenteils mit Fremdkapital finanziert werden, was zur Folge hatte, dass die Eigenkapitalquote von 52 % auf 20 % sank³². *Permira* als Großaktionär nutzte die Sonderdivi-

dende hingegen, um die überwiegend fremdfinanzierte Übernahme der *Hugo Boss AG* zu refinanzieren.

Vor dem Hintergrund dieser Ereignisse bei der *Hugo Boss AG* kann man die neue Insolvenzerstattungs haftung in § 92 Abs. 2 AktG durchaus auch als (zusätzliche) gesetzgeberische Maßnahme gegen das geschilderte Verhalten von Großaktionären auffassen. Verstößt die Zahlung zugleich gegen § 57 AktG, haftet der Vorstand auch gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Die gesamte Dimension dieser neuen Vorschriften scheint bislang wenig erkannt, dürfte aber eine nicht zu unterschätzende präventive Wirkung gegen Sonderausschüttungen an Großaktionäre und ähnliche Konstellationen haben.

In der AG ist vor einer entsprechenden Auszahlung an Aktionäre zwar regelmäßig ein Aufsichtsratsbeschluss als Zwischenstufe vorgeschaltet. Die Konflikte, die sich dabei für die Organmitglieder im Verhältnis zu Großaktionären ergeben können, sind jedoch von nicht zu unterschätzender Intensität. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob sich der Vorstand durch entsprechende Beschlüsse des Aufsichtsrats entlasten kann. Zumindest im Zusammenhang mit einer im GmbH-Recht möglichen Weisung der Gesellschafter hat der Gesetzgeber das Konfliktpotential wenigstens erkannt: Der Geschäftsführer solle im Zweifelsfall sein Amt niederlegen, heißt es dazu lapidar in der Gesetzesbegründung³³. Eine praktikable Lösung ist dies jedoch nicht, da Vorstand und Geschäftsführer im Regelfall nicht ohne weiteres ihr Amt niederlegen können, sondern ihren Lebensunterhalt mit ihrer Organtätigkeit bestreiten müssen³⁴. Rein rechtlich ist es möglich und sogar geboten, die Ausführung von Weisungen bzw. Aufsichtsratsbeschlüssen, die gegen § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG verstoßen und damit rechtswidrig sind, zu verweigern³⁵. Die Weisung durch einen Mehrheitsaktionär schließt die Haftung eines Vorstandsmitglieds nicht aus, denn der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG)³⁶. Nur wenn die Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands über eine Frage der Geschäftsführung gemäß § 119 Abs. 2 AktG entschieden hat, kann der Beschluss, sofern er gesetzmäßig ist, die Haftung gemäß § 93 Abs. 2 und Abs. 3 AktG ausschließen (§ 93 Abs. 4 Satz 1 AktG). Dieser Haftungsausschluss gilt jedoch nicht für die Insolvenzerstattungs haftung des § 92 Abs. 2 AktG n. F., da diese Norm in erster Linie als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger anzusehen ist³⁷.

In der tatsächlichen Situation der Einflussnahme durch Großaktionäre wird dies aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Vorstandsmitglieder zu erheblichen Interessenkonflikten führen.

7. Erweiterung der Bestellungshindernisse für Vorstandsmitglieder

Die bisherigen Ausschlussgründe für Vorstandsmitglieder (§ 76 Abs. 3 Satz 2 bis 4 AktG) werden – parallel zu den neuen Regelungen für GmbH-Geschäftsführer – um Verurteilungen wegen Insolvenverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellung sowie Verurteilungen auf Grund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 bis 264a und §§ 265b bis 266a StGB) erweitert. Zum Vorstand kann künftig

25 Näher hierzu *Wicke*, (Fn. 20), § 64 Rn. 26, 33.

26 *Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 1616140, S. 47.*

27 Ausführlich dazu *Greulich/Rau*, NZG 2008, 565.

28 Siehe dazu oben unter Ziff. 3.2. ff.

29 Vgl. hierzu bspw. BGH v. 17. 9. 2001, II ZR 178/99, DStR 2001, 1853 („Bremer Vulkan“); v. 25. 2. 2002, II ZR 196/00, DStR 2002, 1010 („L-Kosmetik“).

30 *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1167; *Knof*, DStR 2007, 1580, 1586.

31 F.A.Z. v. 13. 3. 2008, S. 17.

32 Handelsblatt v. 12. 3. 2008.

33 *Begr. RegE v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 1616140, S. 47.*

34 So auch *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 286.

35 Nach § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG befreit ein Beschluss des Aufsichtsrats, der die Handlung des Vorstands gebilligt hat, die Vorstandsmitglieder nicht von ihrer Verantwortlichkeit. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Beschluss des Aufsichtsrats gesetzwidrig oder gesetzmäßig war, *Spindler*, (Fn. 18), § 93 Rn. 217.

36 *Hüffer*, (Fn. 9), § 93 Rn. 25.

37 *Spindler*, (Fn. 18), § 92 Rn. 68.

also nicht mehr bestellt werden, wer in einem Zeitraum von fünf Jahren vor der Bestellung wegen eines Verstoßes gegen zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts rechtskräftig verurteilt wurde. Dies gilt auch bei Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland. Der neu gefasste § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB erstreckt die Bestellungenverbote auch auf Niederlassungen ausländischer Gesellschaften im Inland, so dass diese nicht mehr wie bisher durch Rückgriff auf eine Schein-Auslandsgesellschaft unterlaufen werden können³⁸.

Der neue Haftungstatbestand des § 6 Abs. 5 GmbHG, wonach GmbH-Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, der Gesellschaft für daraus entstehende Schäden haften, ist nicht in das Aktienrecht übernommen worden.

8. Zusammenfassung und Ausblick

Mit dem MoMiG wurde die erste grundlegende Reform des GmbH-Rechts überhaupt durchgeführt. Das Gesetz bringt dabei aber nicht nur erliebliche Änderungen für die GmbH, sondern auch für die Aktiengesellschaft. Der Gesetzgeber reagiert damit in angemessener Weise auf die vor allem durch ausländische Rechtsformen und die Folgen der Globalisierung bedingte Notwendigkeit einer Flexibilisierung der Kapitalgesellschaft im internationalen Wettbewerb.

Die Missbrauchsbekämpfung betrifft rechtstatsächlich in erster Linie die GmbH und spielt bei der AG eine eher untergeordnete Rolle. Die neue Empfangszuständigkeit und Insolvenzantragspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern in Fällen der Führungslosigkeit führt aber auch für die Aufsichtsorgane der AG – gemäß

³⁸ Hirte, NZG 2008, 761, 765.

dem gesetzgeberischen Trend der letzten Jahre – zu einer weiteren Ausdehnung von persönlichen Pflichten und Risiken. Die Neuregelungen zur Kapitalbindung und die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung sind aus Sicht der AG zu begrüßen, weil sie den Leistungsverkehr zwischen Gesellschaft und Aktionären vereinfachen. Sie bringen jedoch auch neue Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder mit sich. Die neue Flexibilität im Rahmen des *Cash-Pooling* und von *upstream loans* beispielsweise verlangt dem Vorstand eine im Einzelfall schwierige Prüfung ab, ob ein Rückzahlungsanspruch vollwertig i. S. von § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F. ist. Auch die neue Insolvenzverursachungshaftung des § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG erlegt dem Vorstand neue Pflichten auf, speziell im Verhältnis zu Großaktionären und Gläubigern.

Zu begrüßen ist schließlich die Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland. Eine echte Mobilität für deutsche Gesellschaften wird allerdings erst das derzeit aufgeschobene „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ bringen, weil auch nach dem MoMiG die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland, d. h. ein Umzug in einen Staat, der seinerseits der Sitztheorie folgt, nicht positiv ermöglicht ist³⁹. Zudem bekommen die deutschen Kapitalgesellschaften wohl schon bald ernsthafte Konkurrenz durch die von der EU-Kommission geplante Europäische Privatgesellschaft („Societas Privata Europaea“ – SPE)⁴⁰. Die Entwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts bleibt daher in jedem Fall spannend.

³⁹ Kindler, NJW 2008, 3249, 3251.

⁴⁰ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft v. 25. 6. 2008, KOM(2008) 396, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/

REPORT

Blick ins Sozialversicherungsrecht

Von Ronald Richter, Hamburg, Hajo A. Köhler und Michael Klatt, beide Oldenburg*

1. Beitragsrecht

1.1 Erneut: Beitragspflicht von Kapitalleistungen aus einer Direktversicherung

Mit Beschluss der zweiten Kammer des 1. Senates des BVerfG vom 7. 4. 2008 (1 BvR 1924/07, BeckRS 2008, 35227) bestätigte das BVerfG die Urteile des BSG vom 25. 4. 2007 (B 12 KR 25/05 R, DStR 2007, 2219 und B 12 KR 26/05 R, BeckRS

* Ronald Richter ist Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht und Inhaber der Kanzlei Richter Rechtsanwälte in Hamburg. Hajo A. Köhler, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht und Sozialrecht, und Michael Klatt, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Sozialrecht und Familienrecht, sind Inhaber der Kanzlei Köhler & Klatt in Oldenburg.

2007, 45270). Kapitalzahlungen aus einer Direktlebensversicherung unterliegen der Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung.

1.2 Zur Berechtigung zur freiwilligen Versicherung in der sozialen Pflegeversicherung

Der Kläger ist spanischer Staatsangehöriger. Er bezieht seit April 1998 aufgrund früherer Beschäftigungen in Deutschland eine Rente. Daneben erhält er seit März 1998 auch eine Rente des spanischen Rentenversicherungsträgers. Im August 1998 verlegte der Kläger seinen Wohnsitz nach Spanien. Solange er in Deutschland wohnte, war er als Rentner in der gesetzlichen Krankenversicherung und der sozialen Pflegeversicherung pflichtversichert. Seit der Verlegung des Wohnsitzes ist er wegen des Bezugs der spanischen Rente nach den spanischen Rechtsvorschriften krankenversicherungspflichtig und hat Anspruch auf Leistungen gegen den zuständigen spanischen Versicherungsträger. Gegen die Feststellung seiner früheren Pflegekasse, dass seit Verlegung des Wohnsitzes nach Spanien mit der deutschen