

De modernisering van het Duitse GmbH-recht – de nieuwe regelingen met betrekking tot de bescherming van het stamkapitaal en cash pooling

Deze nieuwsbrief vormt het slot van een reeks bijdragen over de Duitse Wet ter modernisering van het GmbH-recht en ter bestrijding van misbruiken (MoMiG)¹. Thema in deze nieuwsbrief is de geplande herijking van het Eigenkapitaalrecht² en cash pooling door de Wet MoMiG. Met deze wet staat in de Bondsrepubliek Duitsland de belangrijkste verandering van de regelgeving ten aanzien van besloten vennootschappen voor de deur sinds 1980. De Duitse bondsdag heeft het aangepaste wetsvoorstel MoMiG inmiddels aanvaard. Conform een actuele mededeling van het Duitse Ministerie van Justitie zal de Wet MoMiG thans in het vierde kwartaal van 2008 in werking treden.



Andreas Lutze



Jochen Haukes

1. De deregulering van het *Eigenkapitalrecht*

Naar geldend recht (§ 30 GmbHG) mag het minimumkapitaal van een GmbH niet aan de aandeelhouders teruggestort worden. De jurisprudentie heeft dit verbod zelfs nog aangescherpt voor GmbH's die zich in een financiële crisis bevinden. De ervaring leert namelijk dat vennootschappen in een dergelijke crisis kort voor de crisis of tijdens de crisis een lening van de aandeelhouder(s) ontvangen. Indien de crisis langer voortduurt dan verwacht, hebben aandeelhouders vaak de neiging om de terugbetaling van de lening bij de vennootschap op te eisen. Gezien de geldende jurisprudentie is dit echter niet zonder meer mogelijk. Tijdens de financiële crisis vervangen de leningen van aandeelhouders immers het eigen kapitaal van de onderneming. De terugbetaling van een dergelijke kapitaalvervangende lening wordt gezien als een verboden terugbetaling van het stamkapitaal.

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). Zie ook de nieuwsbrieven nr. 1 t/m 3.

² Het recht ten aanzien van het eigen vermogen van een GmbH.

Voor zover de verboden terugbetalingen het stamkapitaal van de vennootschap te boven gaan, kan de curator deze betalingen zelfs aanvechten, met als gevolg dat de aandeelhouder de desbetreffende vorderingen alleen als niet-preferente vorderingen geldend mag maken conform §§ 32a, 32b GmbHG.

De Wet MoMiG zal deze complexe materie vereenvoudigen en dereguleren. Er zal geen verschil meer bestaan tussen kapitaalvervangende en 'gewone' leningen. Het algemene verbod om het stamkapitaal terug te betalen aan de aandeelhouder zal straks niet meer gelden voor leningen van aandeelhouders. Bovengenoemde regelingen (§§ 32a, 32b GmbHG) worden derhalve door de Wet MoMiG compleet geschrapt. In wezen keren deze regelingen echter in het kader van faillissementswetgeving weer terug. Conform de nieuwe faillissementswetgeving mogen toekomstig alle leningen die door aandeelhouders aan hun vennootschap verstrekt worden, in geval van een faillissement alleen nog als niet-preferente vorderingen geldend gemaakt worden.

Dit heeft invloed op de vraag wanneer een GmbH over een negatief eigen vermogen beschikt. Een negatief eigen vermogen is – anders dan naar Nederlands recht – een faillissementsreden. Indien er sprake is van een faillissementsreden, is de directeur van een GmbH – wederom anders dan naar Nederlands recht – verplicht om onmiddellijk, uiterlijk echter binnen drie weken nadat de faillissementsreden is opgetreden, faillissement aan te vragen. Doet de directeur dit niet, dan pleegt hij een strafbaar feit en kan onder bepaalde voorwaarden ook civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden.

2. Cash pooling

De Wet MoMiG zal ook een verandering betekenen voor de internationaal gebruikelijke financiering van concerns via cash pooling. Cash pooling is een concerninterne liquiditeitsvereffening door een centraal financieel management, waarbij concernondernemingen hun liquiditeitsoverschotten aan een centrale pool uitlenen, waarmee dan eventuele liquiditeitstekorten van andere concernondernemingen vereffent worden.

Conform de meest recente jurisprudentie van de Duitse Hoge Raad over de zogenaamde „Upstream Loan“ mag een GmbH haar stamkapitaal niet gebruiken om een lening aan de aandeelhouder te verstrekken, zelfs als de vordering van de GmbH uit hoofde van de leningsovereenkomst volledig valide is.

De internationaal gebruikelijke financiering van concerns via cash pooling wordt daarom in Duitsland overwegend als niet geoorloofde stamkapitaaluitkering gezien, waarvoor de aandeelhouders en de directeur (persoonlijk) aansprakelijk zijn.

Volgens de geplande nieuwe regeling van § 30 lid 1 GmbHG geldt het uitkeringsverbod niet voor leningen aan een aandeelhouder, die gedekt zijn door een valide eis op terugbetaling van deze lening door de aandeelhouder. Door deze regeling is cash pooling in een concern ogenschijnlijk mogelijk. De vraag of de eis van de GmbH tegen de aandeelhouder volwaardig is, betekent echter een aanzienlijk risico voor de directeur. Bij opzettelijke schending van zijn zorgvuldigheidsplichten is deze namelijk persoonlijk aansprakelijk.

Neem voor meer informatie contact op met [Andreas Lutze](#).

Lutze · Haukes Rechtsanwälte

Hoffmannallee 55

47533 Kleve

Tel.: +49 (0) 2821 – 71 30 79-0

Fax: +49 (0) 2821 – 71 30 79-9

lutze@lutze-haukes.de

www.ondernemingsrecht-duitsland.de

Als u wilt dat we uw naam van onze verzendlijst verwijderen, [klikt u hier](#).

© Deze nieuwsbrief dient ter informatie van de lezer. Het betreft geen individueel advies, inlichting of een bindende offerte en is ook niet geschikt om een persoonlijk advies te vervangen. Hoewel aan deze nieuwsbrief grote zorg is besteed, geeft Lutze · Haukes Rechtsanwälte geen garantie of waarborgen, noch aanvaardt Lutze · Haukes Rechtsanwälte aansprakelijkheid op enig andere wijze voor de inhoud van deze nieuwsbrief. De inhoud van deze nieuwsbrief is het intellectueel eigendom van Lutze · Haukes Rechtsanwälte. Voor de verspreiding, vermenigvuldiging, verandering of publicatie van de inhoud of een gedeelte van de inhoud is toestemming van Lutze · Haukes Rechtsanwälte vereist.