

Nikolaus Bunting

Die Gründung von Kapitalgesellschaften in Deutschland, dem Vereinigten Königreich und den USA

Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie



101

Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien

1. Teil: Einleitung

I. Problemdarstellung und Gang der Untersuchung

Die Gründung von Kapitalgesellschaften ist in Deutschland vergleichsweise aufwändig, teuer und langwierig. Zu diesem Ergebnis kommen verschiedene Untersuchungen.¹ Hingegen weisen insbesondere die angelsächsischen Rechtsordnungen ein simples Gründungsrecht auf, das schnelle und kostengünstige Gründungen von Kapitalgesellschaften ermöglicht.²

Dieser Befund hat dazu geführt, dass viele Stimmen in der juristischen Literatur das deutsche Gründungsrecht als überreguliert bezeichnet und Deregulierungen gefordert haben.³ Diese Reformbestrebungen basieren auf der Annahme, dass schnelle und kostengünstige Gründungen per se vorteilhaft sind.

Davon gehen auch die Studien aus, die Gründungskosten und Gründungsdauer innerhalb der EU und weltweit verglichen haben. Eine Studie der Weltbank⁴ etwa erstellt jährlich ein entsprechendes Ranking der untersuchten Volkswirtschaften, das allein danach platziert, wie viele Tage die Gründung dauert und welche Kosten dabei für die Gründer anfallen – je schneller und kostengünstiger die Gründung, desto besser die Platzierung. Auch eine Studie der EU-Kommission⁵ untersucht jährlich das Recht der Gründung von Kapitalgesellschaften hinsichtlich der Anzahl der administrativen Schritte, der Dauer und der Kosten der Gründung und geht davon aus, dass einfache, schnelle und kostengünstige Gründungen stets wünschenswert sind. Das Ergebnis der Studie der EU-Kommission führte zu einem Aktionsplan, der den Mitgliedstaaten der EU Zielwerte hinsichtlich Dauer und Kosten der Gründung vorgab, die die Mitgliedstaaten so schnell wie möglich umsetzen sollen.

Tatsächlich geben jüngste empirische Untersuchungen Grund zur Annahme, dass ein simples und kostengünstiges Gründungsrecht nicht nur die Anzahl der neu gegründeten Kapitalgesellschaften erhöht, sondern darüber hinaus insgesamt die Start-up-Aktivität fördert.⁶

1 Dazu sogleich sowie ausführlich in Kapitel 1.

2 Siehe Kapitel 2.

3 Nachweise im Hauptteil der Arbeit unter Kapitel 5, Kapitel 6 und Kapitel 7.

4 *Worldbank*, Doing Business Report (ausführlich dazu sogleich in Kapitel 1).

5 Dazu ebenfalls ausführlich sogleich in Kapitel 1.

6 Dazu ausführlich unter Kapitel 5.

Diejenigen, die eine Deregulierung fordern, verweisen zudem auf einen Wettbewerb der Kapitalgesellschaftsformen in Europa, aus dem Deutschland bislang als Verlierer hervorgegangen sei.⁷ In der Tat haben seit den Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zur Unvereinbarkeit von Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit (*Centros*⁸, *Überseering*⁹, *Inspire Art*¹⁰) viele deutsche Gründer für ihre Unternehmung die Rechtsform der britischen *private company limited by shares* (im Folgenden: *Ltd.*) gewählt – und zwar vor allem auch dann, wenn ein Betrieb des Geschäfts allein in Deutschland geplant war. Es hat also tatsächlich ein Verdrängungswettbewerb zu Lasten der deutschen GmbH stattgefunden.

Ein solcher Verdrängungswettbewerb ist aus deutscher Sicht aus verschiedenen Gründen nicht wünschenswert.¹¹ Zunächst einmal kommt es durch das Agieren ausländischer Kapitalgesellschaften in Deutschland zu einem Verlust von Rechtsetzungshoheit der deutschen Legislative. Für die in Deutschland tätigen *Ltds.* gilt auf Basis der Gründungstheorie nämlich ganz überwiegend das britische *Company Law* und nicht deutsches Kapitalgesellschaftsrecht. Damit ist ein wesentlicher Teil der wirtschaftlichen Aktivität in Deutschland dem Einfluss des deutschen Gesetzgebers entzogen. Die Geltung ausländischen Rechts führt außerdem zu Einbußen im Geschäft der deutschen Anwälte. Denn Rat zum *Company Law* wird regelmäßig im Vereinigten Königreich eingeholt und nicht in Deutschland. Auch für die deutschen Gerichte führt die Tätigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften zu einer Mehrbelastung. Sie müssen im Rechtsstreit gegebenenfalls teure und zeitaufwändige Gutachten zum ausländischen Recht einholen.

Umgekehrt haben Staaten ein Interesse daran, dass ihre Kapitalgesellschaftsformen auch als Rechtsträger der Unternehmen im Ausland verwendet werden.¹² Entsprechend war es im Rahmen der Erarbeitung der jüngsten Reform des britischen *Company Law* (das letztlich zur Neufassung des *Companies Act* im Jahre

7 Ausführlich dazu und Nachweise aus der juristischen Literatur unter Kapitel 6.

8 EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1997, I-1459.

9 EuGH, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

10 EuGH, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

11 Dazu ausführlich unter Kapitel 6.

12 Eingehend zum Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa siehe *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, S. 330 ff.; *Armour*, Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, ILF Working Paper Nr. 41, 11/2005.

2006 geführt hat) auch ausdrücklich erklärtes Ziel des britischen Gesetzgebers, die internationale Vormachtstellung des britischen Gesellschaftsrechts zu verteidigen und weiter auszubauen. Vor allem die Gründung britischer *Ltds.* durch Gründer, die allein außerhalb des Vereinigten Königreichs agierten, sollte durch weitere Deregulierungen des Gründungsrechts gefördert werden.¹³

Die Studien zur Gründung von Kapitalgesellschaften und der Vormarsch der britischen *Ltd.* in Deutschland scheinen zu belegen, dass das deutsche Gründungsrecht veraltet, überflüssig streng und zu bürokratisch ist.

Ganz in diesem Sinne wird das deutsche Gründungsrecht mitunter in der rechtswissenschaftlichen Literatur behandelt.¹⁴ Die notarielle Beurkundung sei überflüssig und deren geplante Abschaffung im Rahmen des MoMiG¹⁵ allein durch eine starke Notar-Lobby verhindert worden. Das Mindestkapital diene schon lange nicht mehr dem Schutz der Gläubiger und sei aufzugeben. Die präventiven Regeln der Kapitalaufbringung seien ebenfalls überflüssig und zu teuer – insbesondere die Regeln zur Sacheinlage müssten dereguliert werden.

Steht es wirklich dermaßen schlecht um das deutsche Gründungsrecht? Ist es wirklich so „verstaubt“ und schädlich streng überreguliert? Muss es tatsächlich schnellstmöglich nach angelsächsischem Vorbild reformiert werden, damit die deutschen Kapitalgesellschaftsformen nicht vollkommen von ihren ausländischen Pendanten verdrängt werden?

Zur Beantwortung dieser Fragen möchte die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

Das Ergebnis der Arbeit soll hier bereits vorweggenommen werden und es wird – nach dem bisher einleitend Gesagten – manchen erstaunen. Denn am

13 *Department of Trade and Industry, Company Law Reform: The White Paper, 2005, Cm 6456, S. 6:* „*We want to remove unnecessary burdens to directors and preserve Britain’s reputation as a favored country in which to incorporate.*“; *Department of Trade and Industry, aaO, S. 13:* “*Making it easier to set up and run a company: Compared with many other countries, it is relatively easy and cheap to set up a company here. The Government believes this is an important benefit to Britain – start-ups are one of the crucial motors of our economic growth, and more and more companies from overseas are seeking to incorporate here. But there are still some procedural requirements that can complicate both the setting up of a company, and its initial operation – for example, the default requirement for all companies, even the smallest, to hold an Annual General Meeting, and the requirement to appoint a company secretary. Where these obstacles can sensibly be removed, the Bill will remove them.*”.

14 Nachweise dazu in Kapitel 5, Kapitel 6 und Kapitel 7.

15 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 (BGBl. I S. 2026).

Ende der vorliegenden Studie wird es heißen: Das deutsche Gründungsrecht ist gar nicht zu streng oder zu aufwändig und eine Deregulierung nach angelsächsischem Vorbild wäre nicht nur überflüssig, sondern sogar schädlich.

Die Gesichtspunkte, die die vorliegende Arbeit Kapitel für Kapitel herausarbeitet und die letztlich zu dem positiven Befund des deutschen Gründungsrechts führen, sollen hier bereits einleitend skizziert werden.

Zunächst einmal greift es zu kurz, isoliert den Vorgang der Gründung zu betrachten und schnelle und kostengünstige Gründungen als per se überlegen zu qualifizieren. Und gleichzeitig geht es zu weit, jedes strengere Gründungsrecht als überflüssig abzutun, weil in anderen Staaten schließlich ein simples Gründungsrecht genügt, um Kapitalgesellschaften entstehen zu lassen. Vielmehr muss ein Rechtsvergleich berücksichtigen, welche Interessenkollisionen denn von den untersuchten Normen gelöst werden und wie dieses Regelungsbedürfnis im Ausland bewältigt wird. Denn es ist ja denkbar, dass das Recht der zu vergleichenden Jurisdiktion letztlich materiell dieselben Funktionen erfüllt, allerdings durch einen ganz anderen Ansatz und damit möglicherweise dogmatisch an ganz anderem Ort.¹⁶

Für die vorliegende Arbeit bedeutet dies, dass das deutsche Gründungsrecht dahin zu untersuchen ist, welche Funktion es im Recht der Kapitalgesellschaften einnimmt. In einem zweiten Schritt ist danach zu fragen, ob und wie das angelsächsische Recht diese Funktion erfüllt.

Die Analyse wird zeigen, dass das deutsche Gründungsrecht bereits vor dem Entstehen der Gesellschaft Interessen von Mitgründern, künftigen Gläubigern und Anlegern schützt. Das angelsächsische Gründungsrecht hingegen ignoriert die Interessen der genannten Gruppen weitestgehend. Diese werden erst nach dem Entstehen der Gesellschaft durch verschiedene Mechanismen geschützt. Es stehen sich damit zwei unterschiedliche Systeme gegenüber, die im Ergebnis aber die gleichen Funktionen verfolgen: Ein deutsches *ex ante*-Schutzsystem und ein angelsächsisches *ex post*-Schutzsystem. Die Arbeit wird zu dem Ergebnis kommen, dass eine weitgehende Deregulierung des deutschen Gründungsrechts unter Berücksichtigung schützenswerter Interessen nach angelsächsischem Vorbild nur durch einen vollständigen Systemwechsel zu erzielen wäre.

16 Grundlegend zur Methode des funktionellen Rechtsvergleichs siehe *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 25 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 ff.; zum funktionellen Rechtsvergleich speziell im Gesellschaftsrecht siehe *Cahn/Donald*, Comparative Company Law, S. 6 ff.; *Donald*, Approaching Comparative Company Law, ILF Working Paper Nr. 77, S. 17 ff.

Ob ein solcher Systemwechsel zu empfehlen ist, untersucht die Arbeit in einem zweiten Schritt. Dazu werden die Vor- und Nachteile beider Systeme herausgearbeitet. Den Schwerpunkt wird hierbei eine ökonomische Analyse bilden. Im Ergebnis wird sich keines der beiden Systeme als klar vorzugswürdig erweisen, weshalb auch ein Systemwechsel nicht empfohlen wird. Vielmehr wird sich zeigen, dass das deutsche Gründungsrecht Teil eines effektiven Schutzsystems ist, das im Vergleich mit dem angelsächsischen Ansatz einige Vorzüge aufweist.

Was den Wettbewerb der Kapitalgesellschaftsformen angeht, wird die Arbeit darlegen, dass ein solcher Wettbewerb bereits seit dem Jahre 2006 stark rückläufig ist und heute nahezu zum Erliegen gekommen ist, weshalb auch Forderungen nach Deregulierung des deutschen Gründungsrechts darauf nicht mehr gestützt werden können.

Der letzte Abschnitt der Arbeit wird aufzeigen, was die gewonnenen Erkenntnisse für das geltende deutsche Gründungsrecht bedeuten. Hierzu werden aktuelle Reformvorschläge und umstrittene Auslegungsfragen dahin überprüft, ob sie sich im Einklang mit dem wünschenswerten Erhalt des geltenden ex ante-System befinden. Außerdem werden punktuelle Reformen vorgeschlagen, die sich konsequent in das geltende System einfügen und dieses verbessern.

II. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der Untersuchung ist das Gründungsrecht der Kapitalgesellschaften von Deutschland, des Vereinigten Königreichs und der USA. Der Vergleich des deutschen Rechts gerade mit dem angelsächsischen Recht ist aus verschiedenen Gründen gewinnbringend. Das Gründungsrecht der angelsächsischen Rechtsordnungen weist die größten Unterschiede zum deutschen Gründungsrecht auf. Zudem haben die angelsächsischen Rechtsordnungen in den oben genannten Studien die besten Platzierungen erreicht und werden daher häufig als vorbildlich dereguliert bezeichnet. Innerhalb des angelsächsischen Rechts kommt dem britischen Recht aufgrund des Wettbewerbs der Kapitalgesellschaftsformen in Europa besondere Bedeutung zu. Aber es lohnt auch, zusätzlich das US-amerikanische Recht zu betrachten. Denn das *Corporate Law* der USA ist, historisch gesehen, früh adaptiertes britisches *Company Law*. Es ist frei geblieben vom europarechtlichen Einfluss, der insbesondere durch die Kapitalrichtlinie¹⁷

17 „Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres

das (Gründungs-)Recht der britischen *PLC* „kontinentaleuropäisiert“ hat. Außerdem entspricht das US-amerikanische Gründungsrecht, was die *public corporation* angeht, wohl der Wunschvorstellung der meisten britischen Kapitalgesellschaftsrechtler. Dies hat der vergeblich gebliebenen Vorstoß der britischen gesellschaftsrechtlichen Wissenschaft und Praxis, die Kapitalrichtlinie und damit das kontinentaleuropäische Kapitalsystem und das kontinentaleuropäische Gründungsrecht abzuschaffen, deutlich werden lassen.¹⁸

Die Untersuchung beschränkt sich auf den Vergleich der Gründung von *Kapitalgesellschaften*. Die Gründung von Personengesellschaften und sonstigen juristischen Zusammenschlüssen ist nicht Gegenstand der Arbeit. Verglichen werden die in ihren Staaten jeweils wirtschaftlich bedeutendsten Kapitalgesellschaften. In Deutschland sind dies die AG, die GmbH und deren Sonderform, die Unternehmergeellschaft haftungsbeschränkt (UG). Die KGaA wird nicht separat behandelt. Deren Gründung erfolgt sinngemäß nach den Regeln der Gründung der AG (§ 278 Abs. 3 AktG), sodass hier keine wesentlichen Unterschiede zum Recht der AG bestehen.

Die untersuchten britischen Kapitalgesellschaften sind die *private company limited by shares* (kurz: *Ltd.*) und die *public company limited by shares* (kurz: *PLC*). Die *company limited by guarantee* ist nur noch von geringer praktischer Bedeutung und unterscheidet sich in der Gründung auch nicht von der *limited*, sodass deren gesonderte Darstellung unterbleibt.

Aus dem amerikanischen Recht werden als bedeutendste Kapitalgesellschaften die *private corporation* und die *public corporation* untersucht. Nicht in den Vergleich aufgenommen wird die vergleichsweise junge US-amerikanische Gesellschaftsform der *limited liability company (LLC)*. Zwar weist auch diese Gesellschaftsform Merkmale der Kapitalgesellschaft auf und wird von mittelständischen Unternehmen häufig als Rechtsträger gewählt. Das gerade für den Rechtsvergleich interessante, weitreichende *case law* der *corporation* fehlt dieser Gesellschaftsform jedoch bislang. Zahlreiche *common law*-Regeln, die das

Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“; aufgehoben durch „Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“.

18 Dazu ausführlich unter Kapitel 5.

Kapitalgesellschaftsrecht der *corporation* ausformen, sind auf die *LLC* gerade nicht anwendbar. Außerdem bestehen hinsichtlich des kodifizierten Gründungsrechts der *LLC* keine wesentlichen Unterschiede zur *corporation*, sodass ein zusätzlicher Vergleich auch keine zusätzlichen Erkenntnisse verspricht.

Anders als das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht und das britische *company law* ist das US-amerikanische *corporate law* kein Bundesrecht. Jeder Staat in den USA hat daher ein eigenes *corporate law*. Für eine Vereinheitlichung sorgt allerdings ein Modellgesetz, der *Model Business Corporation Act (MBCA)*. Dieses Modellgesetz haben die meisten Staaten in weiten Teilen übernommen, sodass es eine weitreichende Harmonisierung des *corporate law* nach dem Vorbild des *MBCA* gibt. Daher ist das Gründungsrecht des *MBCA* auch Gegenstand des Vergleichs. Außerdem wird besonderes Augenmerk auf das Recht der Einzelstaaten von Delaware, New York und Kalifornien geworfen. Diese Staaten ziehen seit jeher die meisten Unternehmen an, was aus Gründersicht für ein besonders attraktives Recht spricht.¹⁹ Die übrigen Staaten werden nur dann gesondert erwähnt, falls deren Gründungsrecht in entscheidender Weise vom *MBCA* oder dem Recht der Staaten Delaware, New York oder Kalifornien abweicht.

Die Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung des Rechts der Neugründung. Die Gründung durch Umwandlung wird nicht separat behandelt.

19 Zum Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in den USA und dem Erfolg Delawares siehe grundlegend *Romano*, *The Genius of American Corporate Law*, S. 32 ff.