Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen

Vorschläge zur Verbesserung des GmbH-Rechts unter Einbeziehung des MoMiG und besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes

Bearbeitet von
Jens Hollinderbäumer

1. Auflage 2012. Buch. XIX, 393 S. Hardcover
ISBN 978 3 631 62340 4
Format (B x L): 14,8 x 21 cm
Gewicht: 630 g

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Jens Hollinderbäumer

Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen

Vorschläge zur Verbesserung des GmbH-Rechts unter Einbeziehung des MoMiG und besonderer Berücksichtigung des Gläubigerschutzes

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Hollinderbäumer, Jens: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen (ISBN 978-3-631-62340-4)

INHALTSVERZEICHNIS

A. EINLEITUNG 1

I. Problemstellung 1

II. Ziel der Arbeit 4

III. Gang der Untersuchung 6

B. BESONDERHEITEN DER GMBH 7

I. Leitbild, wirtschaftliche Bedeutung und Insolvenzanfälligkeit 7

II. Ökonomische Grundlagen 10

1. Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung 10
   a. Die These von der Notwendigkeit der unbeschränkten Haftung 11
   b. Die Gegenthese von der Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung 11
   c. Stellungnahme 12
      aa. Methodische Anmerkungen 12
         (1) Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts 12
         (2) Alternativer methodischer Ansatz 14
      bb. Abschließende Bewertung 16
2. Gläubigerschutz als Kompensation für Risikoüberwälzung 17
   a. Die Notwendigkeit von Gläubigerschutz im Allgemeinen 17
   b. Die Festlegung des „richtigen“ Schutzniveaus 18
   c. Die „tragenden“ Säulen eines Gläubigerschutzsystems 20

C. DIE GMBH IM WETTBEWERB DER RECHTSFORMEN 23

I. Internationaler Wettbewerb 23

1. Rechtliche Voraussetzungen eines Systemwettbewerbs 23
   a. Rechtsprechung des *EuGH* 25
      aa. „Centros“ 25

bb. „Überseering“ 25
cc. „Inspire Art“ 26
dd. Fazit 26
b. Bewertung der EuGH-Rechtsprechung aus rechtsökonomischer Sicht 27
aa. Ökonomische Notwendigkeit von Systemwettbewerb 27
bb. Systemwettbewerb als europäisches Strukturprinzip 28
c. Höchstrichterlich ungeklärte Fragen und Möglichkeiten der Weiterentwicklung 30
aa. Verlegung des Verwaltungssitzes ins europäische Ausland 30
(1) „Cartesio“ 30
(2) Lösung des Problems durch das „MoMiG“ 31
bb. Statutenwechsel und identitätswahrender Wechsel des Satzungssitzes 32
cc. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf europäische Auslandsgesellschaften 33
2. Ökonomische Voraussetzungen eines Systemwettbewerbs 35
a. Anreize für den Normgeber (EU-Mitgliedsstaaten) 35
b. Anreize für die Rechtsformnachfrager (Unternehmensgründer) 38
c. Schlussfolgerung 39
3. Gefahr eines „race to the bottom“ ? 40
a. Nachteile eines Deregulierungswettbewerbs? 41
aa. Auswirkungen auf die Gläubiger 41
(1) Kosten der Informationsgewinnung und Apathie der Gläubiger 43
(2) Bestehen von Informationsasymmetrien bzw. unvollständigem Vertrag 45
(3) Fehlende Verhandlungsstärke 46
(4) Schlussfolgerung 47
bb. Auswirkungen auf die Arbeitnehmer 48
b. Regulierend wirkende Faktoren des Systemwettbewerbs 50
4. Abschließende Stellungnahme zum Systemwettbewerb 53

II. Ansatzpunkte für eine GmbH-Reform 55
1. Unzulänglichkeiten des GmbH-Rechts (Rechtslage bis zum 31.10.08) 55
a. Erfordernis eines Mindestkapitals 55
b. Gründungsdauer und -kosten 57
aa. Beurkundungsaufwand 57
bb. Aufwändiges Verfahren für die Einbringung von Sacheinlagen 58
cc. Vorlage von Genehmigungsurkunden 60

c. Komplexität des deutschen Kapitalschutzsystems alter Prägung 60
aa. Gründerhaftung 61
(1) Der Unversehrtheitsgrundsatz 62
(2) Die Haftung in der Vor-GmbH 63
(3) Strategien zur Reduzierung der Haftungsgefahren 65
(4) Schlussfolgerung 65
bb) Die Problematik der verdeckten Sacheinlage 66
(1) Unbestimmter Tatbestand 67
(2) „Katastrophale“ Rechtsfolgen 70
(a) Anerkennung einer Heilungsmöglichkeit 71
(b) Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts 72
(3) Fazit zur verdeckten Sacheinlage 73
cc. Die Vorratsgesellschaft und der Mantelkauf 73
(1) Tatbestand 73
(2) Rechtsfolgen 76
dd. Probleme der Kapitalerhaltung § 30 GmbHG, insbesondere Cash-Pooling 77
(1) § 30 GmbHG: Abkehr von der bilanziellen Sichtweise 78
(a) Urteil des *BGH* vom 24.11.2003 78
(b) Bewertung 80
(2) Kein Sonderrecht für die Kapitalaufbringung im Cash-Pool 82
(a) Urteil des *BGH* vom 16.1.2006 82
(b) Bewertung 83
ee. Das Eigenkapitalersatzrecht 84
(1) Unbestimmter Tatbestand 86
(a) Das Merkmal der „Krise“ 86
(b) Stehenlassen von Darlehen 88
(c) Wirtschaftlich vergleichbare Leistungen und Einbeziehung von Dritten 89
(d) Fazit 91
(2) Fragwürdiges Nebeneinander der Rechtsfolgen 91
(a) Grundsätzliche methodische Bedenken 91
(b) Kein Vorhandensein von Schutzlücken 91
(c) Unangemessenheit der Rechtsfolgen 93
ff. Fazit zum Kapitalschutz 93
2. Das allgemeine Probleme der Anspruchsdurchsetzung bei masseloser Insolvenz 94

a. Aushebelung der Insolvenzverschleppungshaftung bei masseloser Insolvenz 95
b. Schwierigkeiten der Anspruchsdurchsetzung bei masseloser Insolvenz 97
c. Schwierigkeiten der Anspruchsdurchsetzung bei Masseunzulänglichkeit 100
d. Schlussbetrachtung 101
3. Die Missbrauchs- und Ausplünderungsproblematik 102
a. Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung durch unzureichende Dokumentation 102
aa. Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Geschäftsführern 103
bb. Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Gesellschaftern 105
b. Probleme der Rechtsdurchsetzung bei geschäftsführerlosen Gesellschaften 106
c. Gewerbliche Bestattung von Unternehmen durch sog. „Firmenbestatter“ 109
4. Fazit zum alten Recht 112

D. MÖGLICHKEITEN ZUR VERBESSERUNG DER KONKURRENZFÄHIGKEIT UND DES GLÄUBIGERSCHUTZES UNTER EINBEZIEHUNG DES „MOMIG“ 113

I. Mindeststammkapital/Nennkapitalsystem 113
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 114
a. Einführung der „UG“ und Abschaffung des Mindeststammkapitals 114
b. Bewertung eines Mindeststammkapitals im Allgemeinen 116
aa. Funktionen des Mindeststammkapitals 116
(1) Gläubigerschutzfunktion 116
(a) Erhöhung der Eigenkapitalquote durch ein Mindestkapital 117
(b) Verringerung der Insolvenzwahrscheinlichkeit 119
(2) Mittel zur Verhaltenssteuerung (indirekter Gläubigerschutz) 121
(3) Ausstattungsfunktion 123
(4) Seriositätsschwelle (Ordnungspolitische Funktion) 124
(a) Persönliche Seriosität 124
(b) Wirtschaftliche Seriosität 125
(5) Verlustpufferfunktion 126
(6) Ausschüttungsbegrenzungsfunktion 128
(7) Krisenwarnfunktion des Stamm-/Mindestkapitals 133
(8) Fazit 135
bb. „Kosten“ eines Mindestkapitals 136

(1) Kosten eines zu hohen Mindestkapitals ... 136
(2) Kosten für die Durchsetzung des Schutzsystems ... 139
cc. Fazit zur Abschaffung des Mindestkapitals ... 139
c. Konsequenzen der Abschaffung des Mindestkapitals bei der „UG“ im Besonderen . 139
aa. Vorbelastungen bis zur Eintragung der Gesellschaft ... 140
(1) Gründungsaufwendungen ... 140
(2) Sonstige Vorbelastungen ... 141
bb. Überschuldung unmittelbar nach Eintragung der Gesellschaft ... 142
cc. Zwischenergebnis ... 145
d. Bewertung des sonstigen Sonderrechts der „UG“ in § 5a GmbHG n.F. ... 145
aa. Gläubigerschutz durch Thesaurierungspflicht ... 146
(1) Umgehung der Thesaurierungspflicht ... 146
(2) Einsatz der Rücklage zum Verlustausgleich ... 147
(3) Weitere Unstimmigkeiten ... 147
bb. Der Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ ... 148
cc. Krisenwarnsystem durch Anknüpfung an die drohende Zahlungsunfähigkeit ... 150
e. Fazit zur „UG“ ... 151
2. Alternativen ... 151
a. Signifikante Erhöhung des Mindestkapitals ... 152
b. Ausstattung mit „angemessenem“ Kapital ... 152
aa. Urteil des *OLG Düsseldorf* vom 26.10.2006 ... 154
bb. Bewertung ... 154
cc. Ausblick ... 155
c. Financial Covenants (Vertraglicher Selbstschutz) ... 157
d. Schaffung einer Insolvenzeröffnungshaftung ... 161
aa. Das grundsätzliche Defizit der vorgestellten Konzepte ... 161
bb. Die in der Literatur vertretenen Ansätze ... 162
cc. Stellungnahme ... 163
(1) Grundsätzlicher Vorteil eines Systemwechsels ... 163
(2) Zeitpunkt der Fälligkeit der Einzahlungsverpflichtung ... 164
(3) Einzahlungsadressaten eines Insolvenzeröffnungskapitals ... 166
(a) Rechtssystematische Argumente ... 166
(b) Rechtspoltische Argumente ... 167
(c) Verbesserung des Krisenwarnsystems ... 168

(4) Absicherung der Einzahlungsverpflichtung/Haftung im Außenverhältnis 169
(a) Kaution bzw. Sicherheitsleistung 169
(b) Gesamtschuldnerische Haftung 170
(c) Absicherung durch Versicherungspflicht 171
(5) Höhe der Einzahlungsverpflichtung 172
(6) Einziehungsverfahren 173
dd. Zwischenergebnis 173
e. Nennkapitalziffer als „kollektives Vertragsangebot“ 173
f. Verbesserung der Transparenz 174
3. Fazit zum Mindeststammkapital/Nennkapitalsystem 176

II. Kapitalaufbringung 178
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 178
a. Vereinfachte Sachgründung 178
b. Die verdeckte Sacheinlage 179
aa. Die Erfüllungslösung des Regierungsentwurfs 179
bb. Die aktuelle Fassung - die „Anrechnungslösung“ 182
(1) Tatbestand 182
(2) Rechtsfolgen 183
(a) Anrechnung 184
(b) Beweislast 184
(c) Sanktionen 185
(3) Bewertung 186
cc. Die verdeckte Sacheinlage bei „UG“ und Musterprotokoll 188
c. Vorlage von Einzahlungsbelegen 189
d. Die Regelung des sog. „Hin- und Herzahlens" 189
aa. Die Regelung im Regierungsentwurf, § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG-RegE 190
bb. Die überarbeitete Neufassung 191
(1) Auswirkungen auf die Versicherung des Geschäftsführers 192
(2) Aushebelung von Sicherungsmechanismen durch das Hin- und Herzahlen? 193
(3) Beobachtungspflichten des Geschäftsführers 194
(4) Ungereimtheiten gegenüber der Neuregelung zur verdeckten Sacheinlage .. 194
(a) Keine Differenzhaftung 194
(b) Beweislast für die Vollwertigkeit und die Liquidität der Forderung 196

(5) Ungereimtheiten im Vergleich zur Neuregelung der Kapitalerhaltung 197
e. Das genehmigte Kapital 197
f. Fazit 199
2. Alternativen 200
a. Die Heilung der verdeckten Sacheinlage durch Satzungsänderung 200
b. Freie Einzahlung des Kapitals (Kontrolle der Werthaltigkeit ex-post) 201
aa. Vorteile einer umfassenden Deregulierung 201
(1) Wegfall des Problems der verdeckten Sacheinlage 201
(2) Wegfall der registerrichterlichen Werthaltigkeitskontrolle 202
(3) Erhöhung der Finanzierungsfreiheit 203
bb. Nachteile einer umfassenden Deregulierung 204
(1) „Vorsorge“ besser als „Nachsorge“? 205
(a) Bedenken gegenüber der Wirksamkeit des präventiven Systems 205
(b) Ordnungspolitische Funktion 207
(c) Schlussfolgerung 208
(2) Kosten der Rechtsdurchsetzung 208
3. Fazit zur Kapitalaufbringung 209

III. Sonstige Gründungserleichterungen 211
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 211
a. Vorschlag des Regierungsentwurfs – Schaffung einer Mustersatzung 211
aa. Einführung einer Mustersatzung/Entbehrlichkeit der notariellen Beurkundung .. 211
bb. Kritik 212
(1) Fehlende Satzungskomplexität 212
(2) Firmenrecht 213
(3) Gang zum Notar 214
(4) Kosten 214
b. Aktuelle Fassung – Schaffung eines Gründungsprotokolls 214
aa. Ausgestaltung des Musterprotokolls im Einzelnen 215
bb. Kostenprivilegierung 217
cc. Anwendungsbereich 217
dd. Zusammenfassende Würdigung des Musterprotokolls 218
c. Wegfall der Vorlagepflicht von Genehmigungsurkunden 219
2. Alternativen/Weitergehende Vorschläge 220

a. Abschaffung der notariellen Beurkundung/Beglaubigung insgesamt 220
b. Einholung von Gutachten durch die Industrie- und Handelskammer 221
c. Abschaffung der materiellen Satzungskontrolle vor Eintragung 222
d. Online Gründung in „Echtzeit“ 223
3. Fazit zur Gründungserleichterung 224

IV. Kapitalerhaltung 226
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 226
a. Die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtung im Rahmen von § 30 GmbHG 226
aa. Vollwertigkeitsgebot 228
bb. Deckungsgebot 228
cc. Einhaltung eines Drittvergleichs bei der Darlehensgewährung? 230
dd. Behandlung von sog. „Upstream-Sicherheiten“(aufsteigende Sicherheiten) 231
ee. Absenkung des Gläubigerschutzniveaus? 234
(1) Überspannung des Gläubigerschutzgedankens 235
(2) Überwachungspflicht des Geschäftsführers bzgl. Vollwertigkeit 235
(3) Beweislastumkehr für die Vollwertigkeit 237
(4) Kompensation durch § 64 S. 3 GmbHG n.F. 237
(5) Verhaltenssteuerung durch das befürwortete Insolvenzeröffnungskapital 238
ff. Auswirkungen auf die Geschäftsführer 238
gg. Fazit 239
b. Einführung eines Solvenztests durch § 64 S.3 GmbHG n.F. 239
aa. Gesetzgeberische Intention 240
bb. Die Neuregelung im Detail 242
(1) Der Tatbestand 242
(a) Der Begriff der Zahlung 242
(b) Gesellschafter als Zahlungsempfänger 244
(c) Folge: Zahlungsunfähigkeit 245
(d) Zurechnungszusammenhang 246
(aa) Adäquanz 247
(bb) Schutzzweck der Norm 248
(cc) Zeitliche Einschränkung des Prognosezeitraums 249
(e) Verschulden 250
(2) Rechtsfolgen 253

(a) Leistungsverweigerungsrecht (gegenüber Gesellschafterweisungen) 253
(b) Doppelnormcharakter von § 64 S. 3 GmbHG n.F. 254
(c) Auflösend bedingte Haftung 255
(d) Der Leistungsaustausch im Konzern 256
(3) Auswirkungen auf das bestehende Haftungsgefüge 256
(a) Das Verhältnis zur Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB 257
(b) Das Verhältnis zur Untreuehaftung 260
(c) Das Verhältnis zu den Anfechtungsregeln 260
(d) Schlussfolgerung 261
cc. Abschließende Bewertung von § 64 S. 3 GmbHG n.F. 262
(1) Vorteile 262
(2) Nachteile 264
(a) Erhöhte Haftungsrisiken für die Geschäftsführer? 264
(b) Sanierungsfeindlichkeit? 266
dd. Fazit zu § 64 S. 3 GmbHG n.F. 266
2. Alternativen/Weitergehende Vorschläge 267
a. Einheitliche Anknüpfung der gesamten Kapitalerhaltungsvorschriften als Lösung ... 267
b. Abschaffung des starren bilanziellen Kapitalschutzes 268
c. Verschärfung der bilanziellen Ausschüttungssperre 270
d. Übernahme des KG-Modells 271
3. Fazit zur Kapitalerhaltung 273

V. Eigenkapitalersatzrecht / Umgang mit Gesellschafterleistungen 275
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 275
a. Wertungsgrundlagen 275
aa. Rechtfertigung für die Subordination von Gesellschafterdarlehen 275
(1) Verminderung der Risikoneigung durch die Subordination 277
(2) Erschwerung von Sanierungen 278
(3) Abwägung 279
bb. Rechtfertigung für die Anfechtung von Rückzahlungen und Besicherungen 282
cc. Zwischenergebnis 283
b. Bewertung der Regelungen im „MoMiG“ 283
aa. Adressaten der Neuregelungen 284
(1) Gesellschafter und gleichgestellte Dritte 284

(2) Kleinbeteiligungsprivileg 285
(3) Sanierungsdarlehen 288
bb. Verzicht auf das zentrale Merkmal der „Krise“ 290
cc. Darlehen oder gleichgestellte Rechtshandlungen 293
(1) Stehengelassene Forderungen 293
(2) Anfechtbarkeit von Geldleistungen bei Austauschverträgen 293
(3) Die Nutzungsüberlassung 295
dd. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen 296
ee. Anfechtungsfrist 297
ff. Flankierung durch Änderungen des Anfechtungsgesetzes 298
gg. Nichtanwendungserlass hinsichtlich §§ 30, 31 GmbHG analog 299
hh. Nachrangigkeit von Forderungen in der Überschuldungsbilanz 300
ii. Verlagerung in das Insolvenzrecht 302
c. Fazit 303
2. Alternativen/Weitergehende Vorschläge 304
a. Anfechtungstatbestand auf der Basis der hier vertretenen Wertungsgrundlagen 304
b. Abschaffung der Regelungen über die Rangrückstufung 305
c. Geschäftsführerhaftung für sorgfaltswidrige Geschäftsfortführung 307
d. Zeitliche Vorverlagerung der Insolvenzantragspflichten 308
3. Fazit zum Eigenkapitalersatzrecht 310

VI. Insolvenzverschleppungshaftung/Missbrauchsbekämpfung 312
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 312
a. Rechtsformneutrale Ausgestaltung in § 15a Abs. 1 InsO n.F. 312
b. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter, § 15a Abs. 3 InsO n.F. 313
aa. Reichweite des Tatbestands der Führungslosigkeit 314
bb. Freistellung von der Antragspflicht 315
cc. Korrespondierendes Insolvenzantragsrecht nach § 15 Abs. 1 S. 2 InsO n.F. 316
dd. Rechtsfolgen 317
c. Fazit 317
2. Alternativen/Weitergehende Vorschläge 317
a. Ausdehnung der übrigen Insolvenzhaftungstatbestände bei Führungslosigkeit 317
b. Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter ab Kenntnis des Insolvenzgsgrundes 318
c. Beweiserleichterungen im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung 319

d. Verbesserte Auswahl der Insolvenzverwalter 321
3. Fazit zur Insolvenzverschleppungshaftung 322

VII. (Sonstige) Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung 323
1. Neuregelungen im „MoMiG“ 323
a. Erleichterung des Zugangs von Willenserklärungen bzw. öffentlichen Zustellung ... 323
aa. Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift 323
bb. Unwiderlgebare Vermutung der Erreichbarkeit der Gesellschaft 325
(1) Der Zugang von Willenserklärungen 325
(2) Die Zustellung von Schriftstücken 326
cc. Erweiterung der Passivvertretung im Zustand der Führungslosigkeit 327
dd. Erleichterung der öffentlichen Zustellung gem. § 185 Nr. 2 ZPO n.F. 328
ee. Die Einführung der Figur der „empfangsberechtigten Person“ 330
ff. Zusammenfassende Bewertung der Neuregelungen 331
b. Erweiterung der Inhabilitätsvorschriften 332
aa. Einbeziehung von Vermögensdelikten 332
bb. Ausweitung auf Zweigniederlassungen 334
cc. Rechtsfolgen 336
c. Schadensersatzhaftung bei faktischer Geschäftsführung durch inhabile Personen 336
2. Alternativen/Weitergehende Vorschläge 338
a. Verschärfung der strafrechtlichen Rechtsfolgen 338
b. Ausbau der subsidiären Selbstorganschaft im Falle der Führungslosigkeit 339
c. Eigener Straftatbestand für Firmenbestattungen 340
3. Fazit zur Missbrauchsbekämpfung 341

VIII. Zusammenfassende Schlussbewertung des „MoMiG“ 343

E. ERGEBNISSE 347

LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS 355