

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

Jens Hollinderbäumer

Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen

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

LESEPROBE



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Einleitung

I. Problemstellung

Seit der Einführung der juristischen Person, einhergehend mit einer beschränkten Haftung ihrer Gesellschafter, ist die Ausgestaltung des Gläubigerschutzes ein neuralgischer Punkt in der gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Diskussion, die in periodischen Schüben an Brisanz gewinnt.¹ Die jüngste Debatte nahm ihren Ausgangspunkt am Anfang des Jahrzehnts durch Tendenzen in der Praxis, die GmbH und die mit ihr einhergehende Haftungsbeschränkung zum Nachteil der Gläubiger zu missbrauchen (sog. Missbrauchsfälle).²

Zusätzlich angefacht wurde die Diskussion aber vor allen Dingen durch die vom *EuGH* in den Urteilen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*³ ergangene Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit, nach welcher europäische Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland nunmehr grundsätzlich zwingend dem Recht ihres Gründungsstaates unterliegen. Als Folge dieser Rechtsprechung weichen deutsche Unternehmensgründer verstärkt auf ausländische Gesellschaftsformen, insbesondere die mindestkapitallose englische Private Company limited by Shares (Ltd.)⁴ aus, so dass sich die heimische GmbH einem stärker werdenden Konkurrenzdruck durch ausländische Gesellschaftsformen ausgesetzt sieht.

Während die deutsche GmbH in früheren Jahren aufgrund ihrer einst geringen Regeldichte selbst ein „Exportschlager“ war,⁵ drohte sie, bedingt durch eine komplexe und hochregulierte Rechtsprechung⁶ zum Schutze der Gläubiger zunehmend den Anschluss im internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen zu verlieren.⁷ Andere wirtschaftlich bedeutsame Staaten der EU, wie Frankreich und Spanien, haben schnell

1 *Klausling*, Neuordnung der GmbH, 1 ff.; *Gefßler*, BB 1980, 1385; *Lutter*, DB 1980, 1317; *Timm*, GmbHR 1980, 286; zur aktuellen Diskussion vgl. nur überblicksartig *Spindler*, JZ 2006, 839 ff. sowie *Römermann*, GmbHR 2006, 673 ff. jeweils m.w.N.

2 Vgl. dazu *Seibert*, in: FS Röhrich, 585 ff.; jüngst wieder *Haas*, GmbHR 2006, 729 ff.

3 Zu diesen Urteilen des *EuGH* ausführlich unten unter C. I. 1. a.

4 Im Folgenden nur noch „Limited“. Aktuelle Daten sprechen von 30000 Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland zum 1.1.2006 und schon 46000 zum 1.11.2006. Dies scheint auf den ersten Blick im Vergleich zu 996000 GmbHs nicht sehr viel zu sein, berücksichtigt jedoch nicht hinreichend, dass die englische Limited erst seit der *EuGH*-Rechtsprechung aus den Jahren 1999-2003 zur Verfügung steht. Sehr viel aussagekräftiger ist deshalb das Verhältnis der Neugründungen. Dieses beträgt seit der *Überseering*-Entscheidung des *EuGH* in Deutschland 5,5:1. Vgl. dazu Westhoff, GmbHR 2006, 525 ff.; ders, GmbHR 2007, 474 ff.

5 *Mellicke*, GmbHR 2003, 1271, 1273. Gemeint ist die Rezeption des deutschen Rechts durch andere Staaten. Bislang war es nicht möglich, direkt auf das deutsche GmbH-Recht zuzugreifen und den Verwaltungssitz einer hier gegründeten GmbH ins (europäische) Ausland zu verlegen.

6 Als Beispiel sei hier nur die Rechtsprechung des *BGH* zum Eigenkapitalersatzrecht oder zur verdeckten Sacheinlage genannt. Dazu ausführlich unten unter C. II. c. bb. und ee..

7 *Bayer*, BB 2003, 2357, 2366; dies führte auch dazu, dass sich schließlich die Abteilung Wirtschaftsrecht beim „66. Deutschen Juristentag“ ausführlich mit der Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes beschäftigte. Vgl. dazu *Haas*, Gutachten 66. DJT, 1 ff.

reagiert, ihr Gesellschaftsrecht grundlegend reformiert⁸ und damit den auf dem GmbH-Recht lastenden Wettbewerbsdruck weiter erhöht.⁹

Die deutsche Rechtsordnung wurde daher, insbesondere mit Blick auf die GmbH, vor eine wichtige Frage gestellt: Sollte man auf dem bisherigen Recht beharren und versuchen, sich damit auf europäischer Ebene durchzusetzen, oder sollte man das alte GmbH-Recht modernisieren und reformieren.¹⁰ Der Gesetzgeber hat diese Frage im Sinne der zweiten Alternative beantwortet und hat seinerseits bereits am 29.5.2006 den Referenten- und am 23.5.2007 den Regierungsentwurf eines „*Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*“ (MoMiG)¹¹ vorgelegt. Ziel des Gesetzes ist es, ausweislich der Entwurfsbegründungen, einerseits die Rechtsform der GmbH besser gegen Missbräuche zu schützen, zum anderen aber durch Deregulierung die Attraktivität der GmbH gegenüber vergleichbaren ausländischen Rechtsformen zu steigern.¹² Der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 26.6.2008 in zweiter und dritter Lesung den Regierungsentwurf schließlich mit einigen Änderungen, welche überwiegend auf Verbesserungsvorschlägen des Rechtsausschusses beruhten,¹³ verabschiedet; einen Einspruch des Bundesrates hat es nicht gegeben. Am 1.11.2008 ist das „MoMiG“ in Kraft getreten. Es kann zweifelsohne als die umfassendste Reform des GmbH-Rechts seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahre 1892 angesehen werden.

Die beiden Entwurfsbegründungen deuten allerdings bereits einen inhärenten Zielkonflikt an: Das Recht der GmbH soll durch eine Verschlankeung und Vereinfachung für den Rechtsformwettbewerb im einundzwanzigsten Jahrhundert konkurrenzfähig gemacht werden („**Mo**“), gleichzeitig aber ein möglichst hohes Maß an gesetzlich vermitteltem Gläubiger- bzw. Missbrauchsschutz gewährleisten („**Mi**“), welcher letztlich ein gewisses Maß an Regulierung voraussetzt. Dieser Zielkonflikt verschärft sich bei näherer Betrachtung noch weiter, weil sich die Rechtsform der GmbH überwiegend an den in Deutschland volkswirtschaftlich wichtigen und starken Mittelstand, aber auch an Existenzgründer und Kleinunternehmer richtet,¹⁴ welche mangels eigenen Rechtsabteilungen und den mit der Rechtsberatung verbundenen Kosten in besonderem Maße ein Bedürfnis nach schlanken und transparenten Regelungen haben, andererseits aber seit jeher eine eher schwache Eigenkapitalbasis aufweisen und somit

8 Zur französischen S.A.R.L siehe *Meyer/Ludwig*, GmbHR 2005, 346 ff.; zur spanischen SLNE siehe *Müller/Müller*, GmbHR 2006, 583 ff.

9 Zudem wurde von der Europäische Kommission jüngst ein Vorschlag für das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft publiziert, die in naher Zukunft als supranationale Rechtsform ebenfalls in Konkurrenz zur deutschen GmbH treten wird. Ausführlich zu den Einzelheiten Maul/Röhrich, BB 2008, 1574 ff.

10 Vgl. auch *Goette*, ZGR 2006, 261, 262 f.

11 Vgl. zum Ganzen auch den zuständigen Referenten *Seibert*, zum Referentenentwurf in, ZIP 2006, 1157 ff. und zum Regierungsentwurf in, GmbHR 2007, 673 ff., sowie *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 ff. Bereits zuvor hatte der Gesetzgeber ein Gesetz zur Neureglung des Mindestkapitals (MindestKapG) geplant, das aber den vorgezogenen Bundestagswahlen im Jahre 2005 zum Opfer gefallen ist, vgl. dazu *Seibert*, BB 2005, 1061 ff.

12 Vgl. die Begründungen zum „MoMiG-Entwurf“, S. 33 RefE bzw. S. 55 RegE.

13 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 24.6.2008, BT-Drucks. 16/9737; eine gute und übersichtliche Zusammenstellung der Gesetzgebungsmaterialien findet sich bei *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht.

14 Dazu ausführlich unten unter B. I.

besonders in einem System ohne persönlich haftende Gesellschafter ein dauerhaftes latentes Risiko für die Gläubiger darstellen.¹⁵ Nur so ist es auch zu erklären, dass die GmbH die Rechtsform mit der höchsten Insolvenzanfälligkeit ist und, was noch schwerwiegender ist, überproportional viele masselose Insolvenzen produziert.¹⁶

15 Dieser Zielkonflikt wird in der Literatur oft nicht hinreichend erkannt und herausgearbeitet. Vgl. aber zutreffend *Fastrich*, DStR 2006, 656; *Kleindiek*, Referat 66. DJT, P 45 f.; erneut in diese Richtung auch *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449.

16 Die Eröffnungsquote liegt bei der GmbH bei 49,17 %. Vgl. dazu *Meyer/Hermes*, GmbHR 2005, 807, 809. Ausführlich zum Problem der masselosen Insolvenzen und der damit verbundenen Gläubigerschädigung, *Stobbe*, Die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der GmbH in Insolvenz und masseloser Liquidation, S. 144 f., 452 f. und unten unter C. II. 2.