

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Problemstellung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Ziel der Arbeit .....</b>	<b>4</b>
<b>III. Gang der Untersuchung .....</b>	<b>6</b>
<b>B. BESONDERHEITEN DER GMBH .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Leitbild, wirtschaftliche Bedeutung und Insolvenzanfälligkeit .....</b>	<b>7</b>
<b>II. Ökonomische Grundlagen .....</b>	<b>10</b>
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
<b>C. DIE GMBH IM WETTBEWERB DER RECHTSFORMEN .....</b>	<b>23</b>
<b>I. Internationaler Wettbewerb .....</b>	<b>23</b>
1. Rechtliche Voraussetzungen eines Systemwettbewerbs .....	23
a. Rechtsprechung des <i>EuGH</i> .....	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. Höchststrichterlich 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 .....**

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

<b>D. MÖGLICHKEITEN ZUR VERBESSERUNG DER KONKURRENZFÄHIGKEIT UND DES GLÄUBIGERSCHUTZES UNTER EINBEZIEHUNG DES „MOMIG“ .....</b>	<b>113</b>
---	------------

<b>I. Mindeststammkapital/Nennkapitalsystem.....</b>	<b>113</b>
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 <i>OLG Düsseldorf</i> 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) Rechtspolitische Argumente .....	167
(c) Verbesserung des Krisenwarnsystems.....	168

(4) Absicherung der Einzahlungsverpflichtung/Haftung im Außenverhältnis ....	169
(a) Kautio <b>n</b> 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 Herzählens“ .....	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
<b>III. Sonstige Gründungserleichterungen .....</b>	<b>211</b>
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
<b>IV. Kapitalerhaltung .....</b>	<b>226</b>
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
<b>V. Eigenkapitalersatzrecht / Umgang mit Gesellschafterleistungen .....</b>	<b>275</b>
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 .....**

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
<b>VII. (Sonstige) Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung.....</b>	<b>323</b>
1. Neuregelungen im „MoMiG“.....	323
a. Erleichterung des Zugangs von Willenserklärungen bzw. öffentlichen Zustellung ...	323
aa. Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift .....	323
bb. Unwiderlegbare 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
<b>VIII. Zusammenfassende Schlussbewertung des „MoMiG“ .....</b>	<b>343</b>
<b>E. ERGEBNISSE.....</b>	<b>347</b>
<b>LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS .....</b>	<b>355</b>