

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	23
A. Funktionsweise des in der GmbH verwirklichten Kapitalschutzsystems	23
I. Verbindung zwischen Haftungsbeschränkung und einem gesetzlich festgelegten Mindestmaß an Risikoteilhabe der Gesellschafter	24
II. Grundsäulen: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	27
B. Problemstellung	28
C. Gegenstand der Arbeit	30
D. Gang der Darstellung	32
Erster Teil: Ausgangspunkt und rechtspolitische Rahmenbedingungen der GmbH-Reform	35
§ 1 Grundlagen des in der GmbH verwirklichten Kapitalschutzes	35
A. Das gesetzliche Mindestkapital	35
I. Funktion des Mindestkapitals im Gefüge des Kapitalschutzsystems	35
II. Absenkung der Mindestkapitalziffer	37
III. Einführung der Unternehmergegesellschaft (haftungsbeschränkt)	39
B. Reale Kapitalaufbringung und Gebot der Kapitalerhaltung	40
C. Das HGB-Bilanzrecht und seine Verbindung zum GmbH-Recht	41
I. Ermittlung des ausschüttungsfähigen Gewinns auf der Grundlage der Handelsbilanz	42
1. Berücksichtigung des Vorsichtsprinzips	43
2. Die durch das BilMoG neu eingeführte Ausschüttungs- und Abfindungssperre des § 268 Abs. 8 HGB	44
	9

II.	Verknüpfung der gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutz- mit den Bilanzvorschriften	45
III.	Die Bedeutung von internationalen Rechnungslegungsstandards	46
1.	Die „Bilanzphilosophie“ der IAS/IFRS	47
2.	Einführung der IAS/IFRS als „europäisches Bilanzrechtssystem“ und Abkehr vom deutschen HGB-Bilanzrecht	48
§ 2	Wettbewerb der Gesellschaftsrechtssysteme	51
A.	Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	53
B.	Der Standpunkt des europäischen Gesetzgebers in der Kapitalrichtlinie	54
I.	Ansätze zur Überarbeitung der Kapitalrichtlinie	55
1.	SLIM-Arbeitsgruppe	55
2.	High Level Group of Company Experts	55
3.	Aktionsplan der EU-Kommission und Machbarkeitsstudie	56
II.	Verzicht auf eine grundlegende Reform der Kapitalrichtlinie	58
§ 3	Die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG	60
A.	Zielsetzungen der GmbH-Reform	60
I.	Insolvenzanfälligkeit und Missbrauch der Rechtsform	60
II.	Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit	62
B.	Das Gesetzgebungsverfahren vom Entwurf des MindestKapG bis zur Verabschiedung des MoMiG	62
I.	Der Entwurf des MindestKapG	62
II.	Reformvorschläge vor dem MoMiG	63
III.	Der Gesetzentwurf zum MoMiG	66
Zweiter Teil:	Verantwortlichkeit der GmbH-Gesellschafter für den Kapitalschutz nach MoMiG	69
§ 4	Haftung der Gesellschafter für die Kapitalaufbringung	70
A.	Erfüllung der Einlageleistungen	70
I.	Grundsatz	70
II.	Erleichterungen durch das MoMiG	71
1.	Hin- und Herzahlen	72
a)	Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	72
b)	Einfügung des § 19 Abs. 5 GmbHG	74
aa)	Gesetzgeberische Begründung zu und kritische Auseinandersetzung mit der Einführung des § 19 Abs. 5 GmbHG	74
bb)	Voraussetzungen der Privilegierung des „Hin- und Herzahlens“ nach § 19 Abs. 5 GmbHG	78
(1)	Vereinbarung über das „Hin- und Herzahlen“	78

(2) Vollwertiger und jederzeit fälliger Rückgewähranspruch	79
(3) Offenlegung gegenüber dem Registergericht	80
(4) Subsidiarität gegenüber § 19 Abs. 4 GmbHG	82
(5) Rechtsfolgen	83
2. Deregulierung des Rechts der verdeckten Sacheinlage	83
a) Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	83
b) Einführung von § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG	85
aa) Tatbestandsvoraussetzungen	86
bb) Rechtsfolgenanordnung	87
3. Kapitalaufbringung im Cash Pool	88
a) Erscheinungsformen von Cash Pool-Gestaltungen	88
b) Kapitalaufbringung im Cash Pool vor MoMiG	90
c) Kapitalaufbringung im Cash Pool nach MoMiG	90
aa) Abgrenzung zwischen verdeckter Sacheinlage und „Hin- und Herzahlen“ in Cash Pool-Situationen	91
bb) Bewertung im Lichte der Reformansatzes des MoMiG-Gesetzgebers	92
B. Folgen einer fehlerhaften Kapitalaufbringung	94
I. Kaduzierung gem. § 21 GmbHG und Verwertung des kaduzierten Geschäftsanteils gem. § 23 GmbHG	94
II. Haftung der Rechtsvorgänger gem. § 22 GmbHG	94
III. Ausfallhaftung der Mitgesellschafter gem. § 24 GmbHG	95
C. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 4	95
§ 5 Das Verbot der Rückzahlung gebundenen Vermögens nach §§ 30, 31 GmbHG	97
A. Tatbestand des § 30 GmbHG	100
I. Das „zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen“	100
1. Bestimmung des geschützten Gesellschaftsvermögens	101
2. Unterbilanz	103
3. Überschuldung	103
II. Auszahlung	104
1. Berechnung einer Vermögensschmälerung	105
a) Bilanzielle Betrachtungsweise und Drittvergleich	105
b) Verbot von realen Vermögensminderungen bei Bestehen einer Unterbilanz	106
c) Fortgeltung der Grundsätze nach Inkrafttreten des MoMiG – Vollwertigkeitsgebot aus § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG	108
2. Darlehensgewährungen	109
a) Bilanzielle Betrachtungsweise	110

b)	Die Entscheidung des BGH vom 24. November 2003	110
c)	Reaktion des Gesetzgebers in § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG	113
aa)	Bewertungsmaßstäbe für die Vollwertigkeit	114
bb)	Ausreichende Besicherung als notwendige Voraussetzung der Vollwertigkeit?	118
cc)	Pflicht zur angemessenen Verzinsung	119
d)	Besonderheiten im Cash Pool	121
3.	Bestellung von Sicherheiten zu Gesellschaftergunsten	122
a)	Bilanzielle Betrachtungsweise	124
b)	Übertragung der Kriterien der „November“- Entscheidung	125
c)	Auswirkungen der Änderung in § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG auf die Zulässigkeit von Sicherheitenbestellungen	126
aa)	Übertragbarkeit der Kriterien aus § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG	126
bb)	Zeitpunkt der Auszahlung - Bestellung der Sicherheit oder Zeitpunkt ihrer Verwertung?	127
III.	Adressaten des Leistungsverbots	131
1.	Grundsätzlich: Leistungen an Gesellschafter	132
2.	Einbeziehung von Dritten in den Adressatenkreis	133
a)	Dritte mit einer gesellschafterähnlichen Stellung	135
b)	Einflussnahme eines Gesellschafters auf einen Dritten bzw. auf dessen Vermögen	136
aa)	Zurechnung aufgrund eines rechtlichen Näheverhältnisses	137
bb)	Zurechnung aufgrund persönlicher Bindungen zwischen Gesellschafter und Zuwendungsempfänger	137
cc)	Zurechnung bei Leistungen in Unternehmensverbünden	139
(1)	Rechtslage im Vertragskonzern	139
(2)	Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG im faktischen Konzern	141
dd)	Kritische Würdigung der Zurechnung bei Einflussnahme eines Gesellschafters auf einen Dritten	143
B.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG	144
I.	Leistungsverbot	145
II.	Der Erstattungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG	146
1.	Gläubiger und Schuldner des Anspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG	147

a) Grundsatz	147
b) Passivlegitimation bei Einbeziehung von Dritten in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG	147
aa) Haftung von Gesellschafter und Dritten in Treuhandfällen	147
bb) Haftung bei Leistung an einen Dritten	148
2. Art und Inhalt des Erstattungsanspruchs	149
3. Fortbestehen des Anspruchs trotz „nachhaltiger Wiederauffüllung des Stammkapitals“	151
III. Haftung der Mitgesellschafter	152
1. Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG	152
a) Subsidiarität	152
b) Art und Umfang der solidarischen Mithaftung	153
2. Verschuldenshaftung der Mitgesellschafter	154
C. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 5	155
§ 6 Recht der Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen	158
A. Überblick über die Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	159
I. Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts	159
1. Rechtsprechungsgrundsätze, §§ 30, 31 GmbHG analog	159
2. Novellenregeln	161
3. Verhältnis von Rechtsprechungs- und Novellenregeln	162
II. Legitimationsgrundlagen und Grundtatbestand des Eigenkapitalersatzrechts a.F.	164
1. Finanzierungsfolgenverantwortung	164
2. Gewährung im Zeitpunkt der Gesellschaftskrise	165
a) Insolvenzreife	166
b) Kreditunwürdigkeit	167
3. Zeitpunkt und Dauer der Verhaftung	167
B. Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG	168
I. Inhalt der Neuregelung im Überblick	169
II. Legitimationsgrundlagen	171
1. Beibehaltung der Finanzierungsfolgenverantwortung - Verhaftung wegen Finanzierung bei vermuteter Krise	173
2. Missbrauch der Haftungsbeschränkung	174
3. Aus dem Näherverhältnis folgende Finanzierungszuständigkeit des Gesellschafters als Legitimationsgrundlage	175
III. Tatbestandsvoraussetzungen des Rechts der Gesellschafterdarlehen	177
1. Sachlicher Anwendungsbereich	178
a) Gesellschafterdarlehen und ihnen gleichgestellte Forderungen	178

b)	Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen	179
aa)	Der Grundfall eines gesellschafterbesicherten Drittdarlehens und seine Rechtsfolgen im neuen Recht	180
bb)	Der Sonderfall der doppelbesicherten Drittdarlehen	182
c)	Nutzungsüberlassungen	185
aa)	Rechtslage bis zum 1. November 2008	185
bb)	Gesetzgebungsprozess des MoMiG zur Nutzungsüberlassung	186
cc)	Tatbestand und Rechtsfolgen des neuen Rechts der Nutzungsüberlassung seit dem MoMiG	187
(1)	Verhältnis des Wahlrechts aus § 135 Abs. 3 InsO zu den Wahlrechten der §§ 103 ff. InsO	189
(2)	Isolierte Anfechtbarkeit der Nutzungsentgelte	191
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	192
a)	Erfasste Gesellschaften	192
b)	Erfasste Kreditgeber	193
aa)	Gesellschafter	193
(1)	Übertragung des Geschäftsanteils	194
(2)	Abtretung der Darlehensforderung	196
bb)	Gesellschaftergleiche Dritte	197
(1)	Inanspruchnahme Dritter im Kapitalersatzrecht	197
(2)	Inanspruchnahme Dritter auf der Grundlage des neuen Rechts	200
cc)	Ausnahmetatbestände – Privilegien für Kleinbeteiligungen und Sanierungsgesellschafter	203
(1)	Sanierungsprivileg	204
(2)	Kleingesellschafterprivileg	207
IV.	Rechtsfolgen	208
1.	Subordination der Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	209
2.	Anfechtung nach § 135 Abs. 1 InsO bzw. §§ 6, 6a AnFG	209
3.	Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus, § 19 Abs. 2 InsO	211
C.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 6	212
§ 7 Haftung wegen Existenzvernichtung		215
A.	Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung	216
I.	Haftung im qualifiziert faktischen Konzern	216
II.	Die zentralen Entwicklungsschritte zur Existenzvernichtungshaftung	218
1.	„Bremer Vulkan“ und „KBV“	218
2.	„Trihotel“ und „GAMMA“	221
III.	Grundlagen der Existenzvernichtungshaftung	223

1.	Schutzlücken des bestehenden Kapitalschutzesystems	223
2.	Herleitung der Existenzvernichtungshaftung	226
a)	Anerkennung eines Bestandsinteresses der Gesellschaft	227
b)	Verletzung innergesellschaftlicher (Treu-)Pflichten	228
c)	Sorgfaltshaftung der Gesellschafter als Quasi-Geschäftsführer	230
d)	Umsetzung durch die Rechtsprechung	231
3.	Anspruchsgrundlage der Existenzvernichtungshaftung	233
a)	Durchgriffshaftung	233
b)	Schadensersatzhaftung nach § 826 BGB	235
c)	Würdigung	237
B.	Tatbestand und Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung	239
I.	Tatbestandsvoraussetzungen	239
1.	Abhängigkeit der Gesellschaft keine notwendige Voraussetzung der Existenzvernichtungshaftung	239
2.	Eingriff in das Vermögen der Gesellschaft	240
a)	Planmäßiger Vermögensentzug	240
b)	Vermögenszufluss beim Gesellschafter nicht erforderlich	242
c)	Fallgruppen	242
aa)	Abzug von Finanzmitteln oder anderen Vermögensgegenständen	243
bb)	Verlagerung von Erwerbschancen oder Überbürdung sämtlicher Risiken (sog. „Aschenputtel“-Konstellationen)	244
3.	Insolvenzeintritt oder Insolvenzvertiefung als Folge des existenzvernichtenden Eingriffs	246
4.	Kausalität	248
5.	Verschulden	249
6.	Keine Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung gegenüber der Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG	252
II.	Rechtsfolgen der Haftung wegen Existenzvernichtung	253
1.	Anspruchsinhaber	253
2.	Anspruchsgegner	255
a)	Der eingreifende Gesellschafter	255
b)	Haftung von Mitgesellschaftern	256
c)	Haftung von sonstigen Beteiligten	258
3.	Umfang der Haftung	259
a)	Auf der Grundlage des Durchgriffshaftungsmodells	260
b)	Auf der Grundlage der „Trihotel“-Rechtsprechung des BGH	261
aa)	Schaden der Gesellschaft	261

bb) Haftungsbegrenzung	262
III. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	264
IV. Konkurrenzen	267
C. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 7	268
 Dritter Teil: Gesellschafterhaftung und EU-Auslandsgesellschaften	271
§ 8 Kollisionsrechtliche Grundbedingungen	271
A. Die primärrechtlichen Vorgaben der Niederlassungsfreiheit	272
I. Inhalt und Schranken der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff. AEUV	273
II. Konkretisierung der Niederlassungsfreiheit durch die Rechtsprechung des EuGH zur Binnenmarktmobilität von Gesellschaften	275
1. Daily Mail	276
2. Centros	276
3. Überseering	277
4. Inspire Art	280
5. Sevic	281
6. Cartesio	283
III. Zusammenfassende Schlussfolgerungen zur Binnenmarktmobilität der Gesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH	285
1. Klare Unterscheidung zwischen Zuzugs- und Wegzugsszenarien	285
2. Niederlassungsfreiheit als Kollisionsnorm mit rein negatorischem Charakter	287
B. Sekundärrechtliche Bestimmungen zum Gesellschaftskollisionsrecht	289
I. Entwurf zur Sitzverlegungsrichtlinie	290
II. Gemeinschaftsrechtlichen Regelung zum Gesellschaftskollisionsrecht?	291
C. Gemeinschaftsrechtliche Kollisionsregelungen außerhalb des Gesellschaftsrechts	292
I. Rom-Verordnungen	292
II. EuInsVO	293
1. Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen	293
2. Zuständigkeitsverteilung durch die EuInsVO	296
D. Bestimmungen des deutschen Gesellschaftskollisionsrechts	298
I. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts – de lege lata	298
1. Sitz- und Gründungstheorie	298

2. Die Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftskollisionsrecht	299
II. Neufassung des § 4a GmbHG durch das MoMiG – Einführung der Gründungstheorie für die deutsche GmbH?	302
III. Kodifikation des Gesellschaftskollisionsrechts – de lege ferenda	303
§ 9 Übertragbarkeit von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften	304
A. Kollisionsrechtliche Qualifikation	305
I. Reichweite des Gesellschaftsstatuts	305
II. Einordnung der Kapitalaufbringungsvorschriften	306
III. Einordnung der Kapitalerhaltungsvorschriften	307
IV. Zwischenergebnis	310
B. Übertragbarkeit der als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Kapitalaufbringung und -erhaltung auf EU-Auslandsgesellschaften	310
I. Grundsätzlich: Geltung der Niederlassungsfreiheit und damit Gründungsrechtsanknüpfung	311
II. Reichweite der gebotenen Gründungsrechtsanknüpfung	311
1. Anwendung des Gründungsstatuts auf alle Gründungsvorschriften	311
2. Anwendung des Gründungsstatuts in allen weiteren gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen	313
a) Einheitliche Anwendung des Gründungsstatuts	314
b) Der Ansatz von Altmeppen und Wilhelm	315
c) Bewertung	316
aa) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	317
bb) Rechtfertigungsmöglichkeiten	320
(1) Vorbehalt des ordre public nach Art. 52 AEUV	320
(2) Rechtfertigung aufgrund der „Gebhard“-Formel	320
(3) Missbrauchsausnahme	322
3. Zwischenergebnis	324
C. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 9	324
§ 10 Anwendbarkeit des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf EU-Auslandsgesellschaften	326
A. Kollisionsrechtliche Einordnung	326
I. Meinungsstand zur Altregelung	326
II. Kollisionsrechtliche Einordnung der Neuregelung	328
1. Der Ansatz des nationalen Gesetzgebers im Rahmen des MoMiG	328
2. Maßgeblichkeit der Einordnung nach Art. 4 EuInsVO	330
a) Grundlagen der kollisionsrechtlichen Qualifikation	331
b) Anwendungsvorrang der Bestimmungen des gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsrechts	332

c) Qualifikation des Rechts der Gesellschafterdarlehen im Rahmen der EuInsVO	333
B. Anwendbarkeit des als insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Rechts der Gesellschafterdarlehen auf EU-Auslandsgesellschaften	336
I. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich auch durch nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen	336
1. Begriff der Beschränkung im Rahmen von Art. 49 AEUV	338
2. Reduktion des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung	339
3. Bewertung	341
II. Beschränkung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit durch die EuInsVO	342
III. Berücksichtigung von Sonderanknüpfungen	345
1. Berücksichtigung der Einrede aus Art. 13 EuInsVO	345
2. Verhaftung als gesellschaftsrechtliche Vorfrage?	345
C. Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 10	346
§ 11 Übertragbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf EU-Auslandsgesellschaften	348
A. Kollisionsrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung	348
I. Insolvenzrechtliche Qualifikation	350
1. Perplexität der Sichtweise des MoMiG-Gesetzgebers	351
2. Kritische Auseinandersetzung mit den Begründungsansätzen des Schrifttums	352
II. Deliktsrechtliche Qualifikation	353
1. Berücksichtigung der unveränderten Legitimationsgrundlagen der Existenzvernichtungshaftung trotz veränderter Anspruchsgrundlage	354
2. Gemeinschaftlich autonome Auslegung nach Maßgabe der Rom II-Verordnung	355
3. Zwischenergebnis	357
III. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation	357
B. Gemeinschaftskonformität der Übertragung der (gesellschaftsrechtlichen) Existenzvernichtungshaftung auf EU-Auslandsgesellschaften	359
I. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	359
II. Möglichkeiten der Rechtfertigung	360
1. Möglichkeiten der Rechtfertigung über eine Sonderanknüpfung oder den Vorbehalt des „ordre public“?	360

a)	Keine Rechtfertigung durch Sonderanknüpfung	361
b)	Rechtfertigung über den Vorbehalt des <i>ordre public</i> ?	362
2.	Rechtfertigung auf der Grundlage der „Gebhard“-Formel	363
	a) Geeignetheit der Existenzvernichtungshaftung	364
	b) Erforderlichkeit der Existenzvernichtungshaftung	365
	III. Ergebnis	368
C.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu § 11	369
	§ 12 Zusammenfassung der Ergebnisse des dritten Teils	370
	Literaturverzeichnis	377