

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort</b> . . . . .	V
<b>Inhalt</b> . . . . .	IX
<b>Erster Teil Einführung</b> . . . . .	1
§ 1 Grundlagen . . . . .	10
<b>Zweiter Teil Das »flex-bv« als Impuls für deutsche Reformbestrebungen</b> . . . .	57
§ 2 Reformbedarf nach dem MoMiG: Gelungene Modernisierung oder Pyrrhussieg? . . . . .	57
§ 3 Neuer Impuls für eine grundlegende Reform durch das »Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht« . . . . .	85
<b>Dritter Teil Funktionsanalysen im Kapitalschutzsystem und Alternativen</b> . . . .	101
§ 4 Stammkapitalsystem . . . . .	102
§ 5 Mindestkapital . . . . .	120
§ 6 Kapitalaufbringung . . . . .	143
§ 7 Kapitalerhaltung . . . . .	159
§ 8 Insolvenz und Haftung . . . . .	183
§ 9 Systemalternativen . . . . .	198
<b>Vierter Teil Notwendigkeit gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes</b> . . . . .	211
§ 10 Publizität und vertraglicher Selbstschutz . . . . .	211
§ 11 Schutz durch zivilrechtliche Gestaltung . . . . .	235
§ 12 Bewertung . . . . .	246
<b>Fünfter Teil Ein modernes Gläubigerschutzrecht für Deutschland</b> . . . . .	259
§ 13 Die »flex-GmbH« . . . . .	259
<b>Sechster Teil Schlussbetrachtung und Thesen</b> . . . . .	321
§ 14 Bewertung des Reformvorschlags und Auswirkungen auf die GmbH . . . . .	321
§ 15 Thesen . . . . .	330
<b>Abkürzungen</b> . . . . .	341
<b>Literatur</b> . . . . .	345
<b>Sachregister</b> . . . . .	381

# Inhalt

<b>Vorwort</b> .....	<b>V</b>
<b>Inhaltsübersicht</b> .....	<b>VII</b>
<b>Erster Teil Einführung</b> .....	<b>1</b>
§ 1 <i>Grundlagen</i> .....	10
A. Die GmbH in ihrer historischen Konzeption .....	10
I. Die GmbH als geschlossene Kapitalgesellschaft .....	12
II. Die GmbH als »Allzweckmöbel« .....	13
III. Entwicklung von Mindestkapital und Gläubigerschutz .....	14
IV. Internationale Wertschätzung: Vom Vorbild zum Auslaufmodell .....	17
1. Die GmbH als Vorbild in Europa .....	18
2. Wettkampf der Gesellschaftsrechte in der EU .....	18
3. Abkehr vom Mindestkapital in Europa .....	19
B. Rechtstatsachen zur GmbH .....	21
I. Verbreitung, Tätigkeit und Ausgestaltung der GmbH .....	21
II. Lebensdauer und Insolvenz .....	24
C. Bedürfnis einer beschränkten Haftung .....	26
I. Gründe für beschränkte Haftung .....	27
1. Absicherung der Beteiligungsrissen .....	27
2. Risikoaversion und volkswirtschaftliche Notwendigkeit .....	29
II. Keine Anwendung auf die GmbH? .....	29
1. Personengesellschaftliche Struktur .....	30
2. Schaden größer als Nutzen .....	30
III. Bewertung .....	31
IV. Faktische Umgehung durch Kreditsicherheiten .....	33
D. Gläubigerschutz als Ausgleich .....	34
I. Gläubigerrissen .....	35
1. Fehleinschätzung bei Vertragsschluss (Auswahlrisiko) .....	35
2. Opportunistische Risikoverlagerung nach Vertragsschluss .....	37
II. Ziel des Gläubigerschutzes .....	38
III. Besondere Gefahren bei beschränkter Haftung .....	39
1. Gründungsphase .....	40
2. Ausschüttungen von Gesellschaftsvermögen .....	42
3. Unternehmenskrise .....	43
4. Zusammenfassung .....	45
E. Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit .....	45
I. Möglichkeiten der Unternehmensfinanzierung .....	46
1. Finanzierung durch Eigenkapital .....	46
2. Finanzierung durch Fremdkapital .....	47
3. Mezzanine Finanzierungsformen .....	48
4. Besondere Finanzierungsformen .....	48

II.	Bedeutung der Finanzierungsmöglichkeiten für die GmbH und Auswirkungen auf die Gläubiger	49
1.	Auswirkungen der Eigenkapitalausstattung	49
2.	Gründe für die geringe Eigenkapitalausstattung der deutschen GmbHs	50
a)	Verteuerung des Eigenkapitals durch Gläubigerschutz	51
b)	Steuerrechtliche Begünstigung von Fremdkapital	52
c)	Höhere Eigenkapitalrendite durch Leverage-Effekt	52
d)	Unternehmen mit geringem Kapitalbedarf	53
e)	Änderung der Finanzierungskultur	54
f)	Basel II, III und Ausblick	55
III.	Keine »richtige« Unternehmensfinanzierung	55
	<b>Zweiter Teil Das »flex-bv« als Impuls für deutsche Reformbestrebungen</b>	<b>57</b>
§ 2	<i>Reformbedarf nach dem MoMiG: Gelungene Modernisierung oder Pyrrhussieg?</i>	57
A.	Reformbedarf vor dem MoMiG und Zielsetzung	57
I.	Die Limited in Deutschland	58
II.	Stammkapitalsystem und Mindestkapital	60
1.	Funktionslosigkeit des Stammkapitalsystems	60
2.	Ablehnung eines Mindestkapitalerfordernisses	61
3.	Überregulierung	61
III.	Kapitalaufbringung	62
1.	Gründungskontrolle	63
2.	Maßlose Sanktion von Verstößen	63
3.	Verhinderung moderner Finanzierungsmethoden	65
IV.	Kapitalerhaltung	66
1.	Zu weitgehende Vermögensbindung durch Bilanztest	66
2.	Verhinderung moderner Kapitalmaßnahmen durch Abrücken von bilanzieller Sichtweise	66
V.	Zusammenfassung	67
B.	Änderungen durch das MoMiG	68
I.	Die UG (haftungsbeschränkt)	68
II.	Kapitalaufbringung	68
1.	Verdeckte Sacheinlage	68
2.	Hin- und Herzahlen	69
III.	Kapitalerhaltung	69
1.	Rückkehr zur bilanziellen Sichtweise in § 30 GmbHG	69
2.	Liquiditätsschutz durch § 64 Satz 3 GmbHG	70
C.	Bewertung und weitergehender Reformbedarf	71
I.	Wettbewerbsfähigkeit des Gesellschaftsrechts und Verdrängen der Limited	71
1.	Erfolgreiches Verdrängen der deutschen Limiteds	71
2.	Die UG (haftungsbeschränkt) und Folgeprobleme	72
a)	Verwendung der UG in der Praxis	72
b)	Die UG als neue »Ramschgesellschaft«?	73
(1)	Hoher Anteil stark unterkapitalisierter Gesellschaften	73
(2)	Frühsterblichkeit	74

(3) Geringe Anzahl an Übergängen zur GmbH . . . . .	75
3. Bewertung . . . . .	76
a) UG keine ernstzunehmende Alternative . . . . .	76
b) Keine Kompensation für den Funktionsverlust des Kapitalsystems . . . . .	77
II. Keine Erleichterung der Gründungsvoraussetzungen . . . . .	78
1. Weiterhin Kontrollaufwand für Sacheinlagen . . . . .	78
2. Schwierigkeiten beim Hin- und Herzahlen . . . . .	79
3. Keine zufriedenstellende Lösung für Cash-Pool-Systeme . . . . .	81
4. Keine Ermöglichung der Einlage von Dienstleistungen . . . . .	81
III. Aushöhlung der realen Kapitalaufbringung und Wertungswidersprüche . .	82
§ 3 <i>Neuer Impuls für eine grundlegende Reform durch das »Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht«</i> . . . . .	85
A. Die Relevanz des niederländischen Rechts für die deutsche Reformdiskussion . . . . .	85
B. Vergleichbare Ausgangslage im Kampf gegen Scheinauslandsgesellschaften . .	86
C. Die bv vor und nach der Reform . . . . .	88
I. Stammkapitalsystem . . . . .	89
II. Mindestkapitalerfordernis . . . . .	90
III. Kapitalaufbringung . . . . .	91
IV. Kapitalerhaltung . . . . .	94
V. Gläubigerschutz durch Haftung . . . . .	97
VI. Zusammenfassung . . . . .	98
<b>Dritter Teil Funktionsanalysen im Kapitalschutzsystem und Alternativen . . . .</b>	<b>101</b>
§ 4 <i>Stammkapitalsystem</i> . . . . .	102
A. Funktionsanalyse . . . . .	102
I. Finanzierungsfunktion . . . . .	102
II. Haftungsfonds . . . . .	103
III. Verlustpuffer . . . . .	103
IV. Risikobeitrag des Gesellschafters und Interessengleichlauf . . . . .	104
V. Seriositätssignal durch kollektive Haftungszusage . . . . .	105
VI. Ausschüttungsbegrenzungsfunktion . . . . .	107
VII. Warnfunktion . . . . .	107
B. Kritik . . . . .	108
I. Wirkungslosigkeit des komplexen Systems, insbesondere im Hinblick auf: moderne Finanzierungs- und Unternehmensstrukturen . . . . .	108
II. Verhinderung einer flexiblen Unternehmensfinanzierung . . . . .	109
III. Keine Verhaltenssteuerung in Krisensituationen . . . . .	110
IV. Das Stammkapital als Scheinsicherheit . . . . .	111
V. Abschwächung des Stammkapitalsystems durch Bilanzrechtsänderungen . . . . .	112
1. Zusammenwirken von Stammkapitalsystem und HGB-Bilanzregeln . .	113
2. Übergang zum »fair-value-Prinzip« . . . . .	114
a) Informationeller Gläubigerschutz im Vordergrund . . . . .	114
b) Gefahr zu hoher Ausschüttungen . . . . .	115
c) Verhinderung des Verschleierns von Krisensituationen . . . . .	116

3. Bewertung	117
C. Bewertung des Stammkapitalsystems	119
§ 5 <i>Mindestkapital</i>	120
A. Funktionsanalyse	120
I. Preis für beschränkte Haftung	120
II. Seriositätsschwelle	121
III. Unterstützung der Funktionen des Stammkapitals	123
1. Verlustpuffer	123
2. Finanzierungsfunktion	124
3. Risikobeitrag	124
4. Ausschüttungsbegrenzungsfunktion	126
B. Kritik	127
I. Keine wirksame Funktionserfüllung wegen geringer Höhe	127
II. Keine Eignung eines starren Grenzwerts für so vielfältige Unternehmungen	128
III. Gründungshemmnis und Kosten	129
C. Alternativen und Bewertung	131
I. Abschaffung des Mindestkapitals (flex-bv)	131
II. Absenkung des Mindestkapitals	133
III. Erhöhung des Mindestkapitals	135
IV. Haftung für materielle Unterkapitalisierung	136
V. Flexible Kapitalisierungsregeln	138
1. Eigenkapitalquote	138
2. Gewinnrücklagen und akkumuliertes Stammkapital	140
VI. Bewertung	142
§ 6 <i>Kapitalaufbringung</i>	143
A. Funktionsanalyse	143
I. Wahrung der Funktionen des Stammkapitals durch den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	143
II. Einzelfälle	144
1. Bareinlage und Hin- und Herzahlen	144
2. Sacheinlagefähigkeit und verdeckte Sacheinlage	145
3. Vorbelastungshaftung	147
4. Mantelkauf und wirtschaftliche Neugründung	148
B. Kritik	150
I. Komplexes System mit schwerwiegenden Haftungsrisiken	150
II. Verzögerung und Verteuerung der Gründung durch präventive Kontrolle	151
C. Alternativen und Bewertung	152
I. Erweiterung der Einlagefähigkeit	152
II. Abschaffung der präventiven Kontrolle	153
III. Absenkung der Mindesteinlagepflicht	155
IV. Verlagerung der Kapitalaufbringung ins Innenrecht der Gesellschaft (flex-bv)	156
V. Bewertung	157
§ 7 <i>Kapitalerhaltung</i>	159
A. Funktionsanalyse	160

I.	Kapitalerhaltung zur Absicherung der fortdauernden Erfüllung der Funktionen des Stammkapitalsystems	160
II.	Zuordnung des Gesellschaftskapitals zu Gesellschaftern und Gläubigern	161
B.	Kritik	162
C.	Alternativen und Bewertung	164
I.	Ausschüttungsbegrenzung auf (realisierte) Gewinne	165
II.	Ausschüttungsbegrenzung anhand bilanzieller Quoten	165
III.	Trennung in freies und haftendes Eigenkapital	166
IV.	Ausschüttungsbegrenzung durch Insolvenzanfechtung	167
V.	Situative Ausschüttungskontrolle (flex-bv)	169
1.	Die Ausschüttungskontrolle nach niederländischem Recht	170
2.	Verlagerung der Haftung auf Geschäftsführer	172
3.	Vorteile eines Solvenztests	174
a)	Solvenzkriterien als passgenaue Trennung des Gesellschafts- vermögens	174
b)	Zukunftsbezogenheit des Solvenztests	176
4.	Nachteile gegenüber dem bisherigen Kapitalerhaltungssystem	176
a)	Kurzer Planungszeitraum	176
b)	Hohe Kosten	178
c)	Unsicherheiten der Prognoseentscheidung	179
5.	Konflikt mit Funktionen des Stammkapitalsystems	181
§ 8	<i>Insolvenz und Haftung</i>	183
A.	Funktionsanalyse	183
I.	Existenzvernichtungshaftung	183
II.	Insolvenzauslösung und Haftung für die Verschleppung	184
III.	Gläubigerschutz durch besondere Pflichten in Krisensituationen	185
B.	Kritik	187
C.	Alternativen und Bewertung	188
I.	Vorverlagerung des Insolvenzzeitpunkts	188
II.	Wrongful-trading-Haftung	189
III.	Durchgriffshaftung	191
IV.	Haftungstatbestände im niederländischen Recht	192
V.	Bewertung	197
§ 9	<i>Systemalternativen</i>	198
A.	Garantiesummenmodell	198
B.	KG-Modell	200
C.	Das niederländische bv-Recht als Alternative?	203
D.	Gläubigerschutz durch Haftungs- und Insolvenzrecht	205
E.	Ergebnis	208
<b>Vierter Teil Notwendigkeit gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes</b>		<b>211</b>
§ 10	<i>Publizität und vertraglicher Selbstschutz</i>	211
A.	Publizität als Grundlage vertraglichen Selbstschutzes	211
I.	Warnsignal »beschränkte Haftung«	214
II.	Unbekannte »Qualität« der Gesellschaft	214

1. Angabe des Stammkapitals auf Geschäftsbriefen	214
2. Angabe der Eigenkapitalquote auf Geschäftsbriefen	216
III. Bewertung	216
B. Gläubigerschutz durch Covenants	217
I. Begriff und Arten der Covenants	218
1. Begriff	218
2. Arten und Inhalte von Covenants	218
II. Durchsetzung und Sanktionen	220
1. Leistungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche	220
2. Vorzeitige Fälligkeit des Anspruchs	221
3. Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsleitung und Nachbesicherung	222
III. Wirkweise der Covenants	223
1. Begrenzung des Ausfallrisikos	223
2. Verhinderung des »moral hazard«-Problems	223
3. Frühzeitiger Krisenindikator	224
IV. Bewertung des Schutzes durch Covenants	225
1. Großgläubiger und Banken	225
2. »Free-Ride« der Kleingläubiger?	226
a) Fehlende Marktmacht zur Durchsetzung von Covenants	226
b) Kein »Drittenschutz« der Vereinbarungen mit Großgläubigern	227
3. Kollidierende Vertragswerke, wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und rechtliche Probleme	229
4. Transaktionskosten	232
5. Zusammenfassung	234
§ 11 Schutz durch zivilrechtliche Gestaltung	235
A. Schutz durch Zurückbehaltungsrechte und Zug-um-Zug-Leistung	235
B. Schutz durch Pfandrechte und Immobiliarsicherheiten	236
I. Gesetzliche Pfandrechte	236
II. Vertragliches Pfandrecht	237
III. Grundpfandrechte	238
IV. Bewertung	239
C. Schutz durch andere Sicherungsmittel	240
I. Eigentumsvorbehalt	240
II. (Global-)Zession und Sicherungsübereignung	241
III. Factoring und Warenkreditversicherung	242
IV. Bürgschaften und Sicherheiten aus dem Gesellschaftervermögen	243
D. Zusammenfassung	245
§ 12 Bewertung	246
A. Finanzgläubiger und andere große Vertragsgläubiger	246
B. Kleingläubiger	247
I. Waren-, Werk- und Dienstleistungsgläubiger	248
II. Vermieter	249
III. Arbeitnehmer	250
IV. Verbraucher und andere Kunden	252
C. Deliktsgläubiger	253
D. Fiskus und Sozialkassen	255

E.	Zusammenfassung	256
<b>Fünfter Teil Ein modernes Gläubigerschutzrecht für Deutschland</b>		<b>259</b>
§ 13	Die »flex-GmbH«	259
A.	Ausgangslage	259
B.	Abschaffung des Mindestkapitals	260
C.	Gründungsfinanzplan	260
I.	Funktionen des Finanzplans	262
1.	Finanzierungsfunktion	262
2.	Übereilungsschutz	263
3.	Kontrollfunktion	264
4.	Insolvenzmaßstab für die Gründungsphase	265
5.	Informationsfunktion	266
II.	Ausgestaltung	267
1.	Zeitraum der Planung	267
2.	Inhalt des Finanzplans	268
3.	Aufstellungsprozess	269
4.	Mindestkapital anstelle des Finanzplans: »Comply or explain«?	271
5.	Nachträgliche Kontrolle und Haftung	272
6.	Verhalten bei Negativentwicklungen	273
III.	Kritik am Gründungsfinanzplan	274
IV.	Zusammenfassung	277
D.	Kapitalaufbringung	277
E.	Kapitalerhaltung	279
I.	Solvenzttest bei Ausschüttungen	279
1.	Vorzugswürdigkeit des Solvenzttests	279
2.	Konkrete Ausgestaltung	281
II.	Bilanzielle »Nulllinie«?	283
III.	Folgen gesetzwidriger Ausschüttungen	285
1.	Geschäftsführerhaftung	285
2.	Gesellschafterhaftung	286
3.	Haftungsvorrang und Ausgleich im Innenverhältnis	287
4.	Höhe der Haftung	288
F.	Insolvenznachschuss	290
I.	Funktionen	291
1.	Beteiligung am Unternehmensrisiko	291
2.	Seriositätssignal	291
3.	Verhinderung des »gambling for resurrection«	292
4.	Sicherstellung des Insolvenzverfahrens	293
a)	Wirksame Durchsetzung der Haftungsansprüche	294
b)	Gläubigergleichbehandlung zum Schutz der Kleingläubiger	296
5.	Erhöhung der Befriedigungsquote	298
II.	Kritik	299
1.	Belastung mit dem Insolvenzrisiko der Gesellschafter	299
2.	Probleme beim Gesellschafterwechsel	300
a)	Zustimmungsbedürftiges Geschäft durch Schuldnerwechsel?	300
b)	Firmenbestattungen und Nachhaftung ausscheidender Gesellschafter	301



3. Gefahr der doppelten Inanspruchnahme . . . . .	302
III. Ausgestaltung . . . . .	304
1. Höhe des Nachschusses . . . . .	304
2. Zahlungsmodalitäten . . . . .	305
a) Keine vorherige Zahlungsmöglichkeit . . . . .	305
b) Einziehung durch Insolvenzgericht . . . . .	306
c) Keine Beschränkung der Zahlungspflicht auf Masselosigkeit . . . . .	306
3. Adressat des Eröffnungskapitals . . . . .	308
a) Gesellschafter oder Geschäftsführer . . . . .	308
b) Gesamtschuld oder pro-rata-Haftung . . . . .	309
4. Publizität . . . . .	310
5. Anwendbarkeit auf die GmbH und Auslandsgesellschaften? . . . . .	311
IV. Zusammenfassung . . . . .	313
G. Haftung und Insolvenz . . . . .	314
H. Organisationsverfassung . . . . .	317
<b>Sechster Teil Schlussbetrachtung und Thesen . . . . .</b>	<b>321</b>
<i>§ 14 Bewertung des Reformvorschlags und Auswirkungen auf die GmbH . . . . .</i>	<i>321</i>
A. Auswirkungen auf die GmbH . . . . .	321
I. Schwester-Rechtsform statt runderneuerter GmbH . . . . .	321
II. Fruchtbare Wettbewerb der Gesellschaftsrechte im Inland . . . . .	323
III. Mögliche Änderungen im GmbH-Recht . . . . .	325
B. Bewertung des Reformvorschlags . . . . .	326
<i>§ 15 Thesen . . . . .</i>	<i>330</i>
<b>Abkürzungen . . . . .</b>	<b>341</b>
<b>Literatur . . . . .</b>	<b>345</b>
<b>Sachregister . . . . .</b>	<b>381</b>