

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhalt	IX
Erster Teil Einführung	1
§ 1 Grundlagen	10
Zweiter Teil Das »flex-bv« als Impuls für deutsche Reformbestrebungen	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
Dritter Teil Funktionsanalysen im Kapitalschutzsystem und Alternativen	101
§ 4 Stammkapitalsystem	102
§ 5 Mindestkapital	120
§ 6 Kapitalaufbringung	143
§ 7 Kapitalerhaltung	159
§ 8 Insolvenz und Haftung	183
§ 9 Systemalternativen	198
Vierter Teil Notwendigkeit gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes	211
§ 10 Publizität und vertraglicher Selbstschutz	211
§ 11 Schutz durch zivilrechtliche Gestaltung	235
§ 12 Bewertung	246
Fünfter Teil Ein modernes Gläubigerschutzrecht für Deutschland	259
§ 13 Die »flex-GmbH«	259
Sechster Teil Schlussbetrachtung und Thesen	321
§ 14 Bewertung des Reformvorschlags und Auswirkungen auf die GmbH	321
§ 15 Thesen	330
Abkürzungen	341
Literatur	345
Sachregister	381

Inhalt

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Erster Teil Einführung	1
<i>§ 1 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 Beteiligungsrisiken	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. Gläubigerrisiken	35
1. Fehleinschätzung bei Vertragsschluss (Auswahrlisiko)	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
Zweiter Teil Das »flex-bv« als Impuls für deutsche Reformbestrebungen		57
§ 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 Herzählen	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 Neuer Impuls für eine grundlegende Reform durch das »Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht«	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
Dritter Teil Funktionsanalysen im Kapitalschutzsystem und Alternativen	101
§ 4 Stammkapitalsystem	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 Gesellschaftsvermögens	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
<i>§ 8</i>	<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
<i>§ 9</i>	<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
Vierter Teil Notwendigkeit gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes		211
<i>§ 10</i>	<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? a) Fehlende Marktmacht zur Durchsetzung von Covenants	226
b) Kein »Drittschutz« der Vereinbarungen mit Großgläubigern	227
3. Kollidierende Vertragswerke, wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und rechtliche Probleme	229
4. Transaktionskosten	232
5. Zusammenfassung	234
<i>§ 11 Schutz durch zivilrechtliche Gestaltung</i>	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
<i>§ 12 Bewertung</i>	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
Fünfter Teil Ein modernes Gläubigerschutzrecht für Deutschland	259
§ 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. Solvenztest bei Ausschüttungen	279
1. Vorzugswürdigkeit des Solvenztests	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
Sechster Teil Schlussbetrachtung und Thesen	321
<i>§ 14 Bewertung des Reformvorschlags und Auswirkungen auf die GmbH</i>	321
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>	330
Abkürzungen	341
Literatur	345
Sachregister	381