

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI

## Einführung

A. Einleitung und Fragestellung.....	1
B. Sinn und Formen des Gläubigerschutzes .....	4
I. Spezifische Gläubigerrisiken im Kapitalgesellschaftsrecht .....	5
II. Einschränkung des Bedürfnisses für umfassenden gesetzlichen Gläubigerschutz.....	9
1. Einschränkung durch Möglichkeit des Gläubiger- Selbstschutzes.....	9
2. Einschränkung durch die gewünschte Funktion institutioneller Haftungsbeschränkung .....	11
III. Arten von Gläubigerschutzinstrumenten – Der Begriff des „institutionellen Gläubigerschutzes“.....	15
C. Aktuelle Entwicklungen .....	17
D. Vergleichsobjekte Limited und GmbH .....	22
E. Gang der Untersuchung.....	24

### I. Teil

#### Institutioneller Gläubigerschutz im Recht der „private company limited by shares“

<i>1. Kapitel: Institutioneller Gläubigerschutz durch Strukturregeln.....</i>	25
A. Das formelle Nominalkapitalsystem.....	26
I. Kein formelles Mindestkapital.....	26

II.	Regulierung der Aufbringung des formellen Kapitals .....	26
III.	Erhaltung des formellen Kapitals.....	31
1.	Ausschüttungen an die Gesellschafter .....	32
a.	Ermittlung des ausschüttungsfähigen Gewinns .....	32
b.	Folgen unzulässiger Ausschüttungen .....	34
2.	Kapitalherabsetzung und Erwerb eigener Anteile .....	37
a.	Bisherige Rechtslage .....	37
b.	Rechtslage nach dem CA 2006 .....	39
IV.	Keine Erweiterung der formellen Kapitalerhaltungsregeln durch Insolvenzanfechtung .....	40
B.	Materieller Vermögensschutz neben formellem Kapitalschutz?.....	43
I.	Kein materieller Vermögensschutz aufgrund Durchgriffshaftung bei gläubigerschädigenden Vermögensverschiebungen .....	44
II.	Materieller Vermögensschutz aufgrund direkторaler Verhaltensregeln („Wrongful trading“, „fraudulent trading“ und „Common-law-Haftung“)? .....	47
III.	Keine Regulierung der Finanzierung durch Eigenkapitalersatzrecht.....	49
2. Kapitel:	<i>Institutioneller Gläubigerschutz durch Verhaltensregeln</i> .....	50
A.	Regulierung des Gesellschafterverhaltens .....	50
I.	Grundsatz: Weitgehende Freiheit der Gesellschafter.....	50
II.	Einschränkung der Freiheit in gewissen Mißbrauchsfällen.....	51
1.	Einschränkung durch section 459 CA 1985 (section 994 CA 2006)? .....	51
2.	Regulierung sonstigen mißbräuchlichen Verhaltens .....	53
III.	Besondere Gesellschafterpflichten bei Annäherung an Direktorenposition.....	54
1.	Allgemeine Treue- und Sorgfaltspflichten bei Handeln als „de facto director“ .....	54
2.	Besondere Pflichtenstellung in der Krise der Gesellschaft .....	57
a.	Teilnehmerhaftung wegen „fraudulent trading“ .....	57
b.	Haftung für „wrongful trading“ und für Ver- letzung der gläubigerschützenden Treuepflicht als „shadow director“ oder „de facto director“ .....	58

B. Regulierung des Geschäftsleiterverhaltens .....	61
I. Geschäftsleiterverhalten außerhalb der finanziellen Krise der Gesellschaft.....	61
1. Inhalt der Pflichten.....	62
a. Treuepflichten („fiduciary duties“).....	63
b. Sorgfaltspflichten („duties of care and skill“) .....	64
2. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen .....	69
a. Rechtsfolgen des Common law.....	69
b. Tätigkeitsverbote („disqualification“).....	69
3. Enthaftung .....	72
a. Enthaftung durch Gesellschafterbeschuß: „ratification“ .....	72
b. Enthaftung durch das Gericht: Section 727 CA 1985 (section 1157 CA 2006).....	74
4. Prozessuale Durchsetzung der Rechtsfolgen.....	75
a. Durch Direktoren und Insolvenzverwalter .....	75
b. Durch die Gesellschaftsversammlung .....	76
c. Durch einzelne Gesellschafter .....	76
aa. Geltendmachung von Pflichtverletzungen durch einzelne Gesellschafter als „derivative action“ .....	77
bb. Geltendmachung von Pflichtverletzungen durch einzelne Gesellschafter als „unfair prejudice“? .....	79
II. Geschäftsleiterverhalten in der finanziellen Krise der Gesellschaft.....	80
1. Section 213 IA 1986: „fraudulent trading“ .....	80
2. Section 214 IA 1986: „wrongful trading“ .....	85
a. Subjektiver Anwendungsbereich: „Director“ oder „shadow director“.....	85
b. Insolvenzbedingte (förmliche) Liquidation und Antragsbefugnis .....	85
c. Überschreiten des „moment of truth“.....	86
d. Pflichtinhalt und Einwendung gemäß section 214(3) IA 1986.....	92
e. Rechtsfolgen .....	93
aa. Ersatzpflicht der Direktoren .....	93
bb. „Disqualification“ .....	96
f. Praktische Probleme der Geltendmachung des Anspruchs .....	96
aa. Antragsberechtigung ausschließlich des „liquidator“ .....	96

bb. Feststellung eines bestimmten Anfangszeitpunkts des „wrongful trading“ .....	98
cc. Finanzierung des Verfahrens.....	99
(1) Finanzierung aus dem Gesellschaftsvermögen.....	99
(a) Vorrang der Verfahrenskosten gemäß der Insolvency Rules.....	99
(b) Einschränkung der verfügbaren Vermögensmasse durch „Buchler v Talbot“ .....	100
(c) Abhilfe im Rahmen der Gesellschaftsrechtsreform .....	102
(d) Befriedigung aus dem Erlös eines Wrongful-trading-Verfahrens?.....	102
(2) Finanzierung durch Gläubiger oder Dritte ....	104
(3) Keine Prozeßkostenhilfe.....	105
(4) Zusammenfassung zur Finanzierung.....	105
dd. Rein materiell-situative Ausgestaltung der section 214 IA 1986.....	106
3. Common-law-Haftung wegen Verletzung der Pflicht, Gläubigerinteressen zu beachten .....	107
a. Umstände der Entstehung der gläubigerschützenden Treuepflicht .....	108
b. Keine direkte Pflichtenbindung gegenüber Gläubigern .....	112
c. Begünstigte Gläubiger .....	112
d. Keine Genehmigung durch die Gesellschafter .....	114
e. Geltendmachung einer Pflichtverletzung .....	114
f. Unterschied zur Haftung wegen wrongful trading....	114

## 2. Teil

### Vergleichende Betrachtung des englischen und deutschen Rechts

<i>1. Kapitel: Rahmenbedingungen für die rechtsvergleichende Betrachtung.....</i>	120
A. Unterschiede in der Organisationsstruktur von Limited und GmbH .....	121
B. Unterschiede im Einsatz anderer Gläubigerschutzinstrumente..	122
I. Intensiverer Gläubiger-Selbstschutz im englischen Recht ...	122

1. Ähnliche Ausgestaltung von Informationsregeln .....	123
2. Ähnliche Ausgestaltung von Sicherungsinstrumenten ...	128
3. Weitaus größere Akzeptanz in der Praxis in England ....	131
II. Intensiverer administrativer Gläubigerschutz im englischen Recht .....	134
1. Allgemeine staatliche Untersuchungsbefugnisse nur im englischen Recht.....	134
2. „Disqualification“ englischen Rechts und Tätigkeitsverbote deutschen Rechts.....	136
C. Rechtstatsächliches .....	138
D. Funktionelle Ansatz- und Zielpunkte für institutionellen Gläubigerschutz: Reduzierung des „Erwerbsrisikos“ und des „Entwertungsrisikos“ der Gläubiger.....	141
 <i>2. Kapitel: Institutioneller Gläubigerschutz zur Senkung des „Entwertungsrisikos“ .....</i>	145
A. Unterschiede im institutionellen Gläubigerschutz zur Verhinderung der opportunistischen Verschlechterung der Vermögenssituation der Gesellschaft.....	146
I. Formell-abstrakter Kapitalschutz: Flexibilität im deutschen Recht, verfahrensmäßige Einschränkung im englischen Recht .....	146
1. Umfang des gebundenen Vermögens.....	147
2. „Spezielles Kapitalerhaltungsrecht“: Kapitalherabsetzung und Erwerb eigener Anteile .....	149
3. Weitergehende verfahrensmäßige Absicherung des Kapitalschutzes im englischen Recht – Flexibilität im deutschen Recht .....	150
II. Weiterreichende materiell-situative Vermögenssicherung im deutschen Recht .....	154
1. Keine Ausweitung gläubigerschützender Vermögenssicherung durch zur Disposition der Gesellschafter stehende Instrumente und durch Strafrecht .....	155
2. Reichweite der verbleibenden materiellen Vermögenssicherung.....	157
a. Materielle Vermögenssicherung mit umfangmäßiger Erweiterung der formellen Kapitalerhaltung und zeitlicher Vorverlagerung nur im deutschen Recht .....	158

aa. Materielle Vermögenssicherung durch Insolvenzanfechtung im deutschen Recht.....	158
bb. Materielle Vermögenssicherung durch deutsches Eigenkapitalersatzrecht .....	159
cc. Materielle Vermögenssicherung durch Verbot „existenzgefährdender Eingriffe“.....	161
b. Lediglich materiell verstärkter gegenständlicher Schutz im englischen Recht.....	166
3. Regelungsobjekt.....	168
4. Zusammenfassende Bewertung der Unterschiede hinsichtlich der materiellen Vermögenssicherung .....	168
B. Unterschiede im institutionellen Gläubigerschutz zur Verhinderung von „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ durch die Übernahme übermäßig großer Risiken .....	170
I. Außerhalb der wirtschaftlichen Krise vergleichbarer dispositiver Schutz vor Spekulation auf Kosten der Gläubiger durch allgemeine Treue- und Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter .....	172
1. Pflichteninhalt und Rechtsfolgen.....	172
2. Dispositionsfreiheit der Gesellschafter und ihre Grenzen .....	174
II. In der wirtschaftlichen Krise unbedingter Schutz vor Spekulation auf Kosten der Gläubiger durch besondere Krisenpflichten: Unterschiede in der praktischen Anwendung von „wrongful trading“, „fraudulent trading“ und „Common-law-Haftung“ gegenüber deutscher Insolvenzverschleppungshaftung .....	179
1. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Auslösung der besonderen Pflichtenstellung.....	179
2. Inhalt der Pflichten: Unbedingte Insolvenzantragspflicht versus allgemeines Handeln im Gläubigerinteresse .....	185
3. Weitergehender Adressatenkreis im englischen Recht...	186
4. Rechtsfolgen und ihre praktische Durchsetzung .....	188
a. Erweiterte Tätigkeitsverbote im englischen Recht ...	188
b. Unterschiede bei der Schadensersatzhaftung.....	189
c. Durchsetzung der Haftungsansprüche .....	191
5. Zusammenfassende Bewertung der Unterschiede im Schutz vor Spekulation auf Kosten der Gläubiger in der Krise der Gesellschaft .....	195
III. Weiterreichende Spekulationsverhinderung im deutschen Recht durch „Spezialtatbestände“? .....	197

1.	Geringfügige Ausweitung der Spekulationsverhinderung durch bisheriges deutsches Eigenkapitalersatzrecht: Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im deutschen Recht versus wrongful trading und gläubigerorientierte „Common-law-Haftung“ .....	198
a.	Geringfügige Unterschiede .....	199
b.	Kaum maßgebliche Bedeutung der Unterschiede für den Gläubigerschutz .....	202
2.	Keine Ausweitung durch „Spekulationshaftung“: § 826 BGB und Durchgriffshaftung wegen „Institutsmißbrauchs“ versus fraudulent trading, wrongful trading und gläubigerorientierte „Common-law-Haftung“ .....	204
IV.	Zwischenergebnis zur Verhinderung von Spekulation auf Kosten der Gläubiger: Bedeutung der Unterschiede für den Gläubigerschutz .....	208
C.	Zusammenfassung zur Reduzierung des Entwertungsrisikos.....	211
<i>3. Kapitel: Institutioneller Gläubigerschutz zur Senkung des „Erwerbsrisikos“ .....</i>		213
A.	Wirtschaftliche Schieflage der Gesellschaft: Stärkere Reduzierung des „Erwerbsrisikos“ im deutschen Recht.....	214
I.	Nur geringfügige Unterschiede in den zwingenden Insolvenzgründen .....	214
II.	Unterschiede hinsichtlich der Antragsrechte und -pflichten und der Durchsetzung von gläubigerschützenden Sekundäransprüchen .....	216
B.	Außerhalb der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft: Versuch der generellen Reduzierung des „Erwerbsrisikos“ nur im deutschen Recht .....	220
I.	Übereinstimmend keine Solvenzsicherung durch Pflicht zu materiell angemessener Finanzierung der Gesellschaft... <td>221</td>	221
II.	Deutsches Recht: Versuch der generellen Reduzierung der Insolvenzwahrscheinlichkeit durch gesicherte Aufbringung des Stammkapitals in gesetzlicher Mindesthöhe.....	225
1.	Auf allen Ebenen des Kapitalaufbringungsrechts weitergehende Regelungen im deutschen Recht .....	225
a.	Gesetzliches Mindeststammkapital nur im deutschen Recht .....	226

b.	Gesetzliche Sicherstellung der Kapitalaufbringung in satzungsmäßiger Höhe nur im deutschen Recht .....	227
aa.	Grundlage für die präventive Aufbringungskontrolle: Kapitalaufbringung als Gründungs voraussetzung mit Prüfung durch das Registergericht.....	227
bb.	Sicherstellung vollwertigen Vermögenszuflusses .....	228
cc.	Sicherung der Kapitalaufbringung vor Umgebung: „Verdeckte Sacheinlage“ und „wirtschaftliche Neugründung“ .....	231
2.	Bewertung der Unterschiede: Kaum erhebliche Reduzierung des Erwerbsrisikos im deutschen Recht ....	234
a.	Kein „Haftungsfonds“ für die Gläubiger.....	235
b.	Wenig bedeutsamer „Risikopuffer“ für die Gesellschaft.....	236
c.	„Eintrittsschwelle“ zur Haftungsbeschränkung .....	237
3.	Zwischenergebnis zur krisenunabhängigen Reduzierung des Erwerbsrisikos.....	239
C.	Zusammenfassung zur Reduzierung des Erwerbsrisikos .....	240
<i>4. Kapitel:</i>	<i>Gesamtergebnis des Vergleichs institutionellen Gläubigerschutzes im Recht der englischen Limited und der deutschen GmbH .....</i>	<i>241</i>

### 3. Teil

#### Ausblick auf die Reform der deutschen GmbH

A.	Deregulierung des institutionellen Gläubigerschutzrechts zur Reduzierung des Erwerbsrisikos.....	248
I.	Mindestkapital, Kapitalaufbringung und haftungsbeschränkte „Unternehmergegesellschaft“: Aufgabe der Eintrittsschwelle.....	248
1.	Absenkung des gesetzlichen Mindestkapitals und Einführung einer haftungsbeschränkten Unternehmergegesellschaft.....	249
2.	Änderungen bei der Kapitalaufbringung.....	253
II.	Keine Pflicht zu materiell ausreichender Finanzierung – aber Stärkung der Insolvenzantragspflicht .....	255

B. Wenig Änderungen am institutionellen Gläubigerschutzrecht zur Reduzierung des Entwertungsrisikos .....	260
I. Verbot insolvenzverursachender Zahlungen der Geschäftsführer und Reform des Eigenkapitalersatzrechts ..	261
1. Beibehaltung der formellen Kapitalerhaltung – Ausweitung des Auszahlungsverbots des § 64 Abs. 2 GmbHG: Auf dem Weg zu einem Solvenztest? .....	261
2. Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts – insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen .....	268
II. Verbleibende Lücke bei der Verhinderung der Entwertung durch Spekulation auf Kosten der Gläubiger....	271
C. Zusammenfassende Bewertung der geplanten GmbH-Reform.....	273
 Literaturverzeichnis .....	275
Sachregister .....	299