

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 244

# Kapitalschutz ohne Kapital

Die Haftung der Gesellschafter  
am Beispiel der englischen Private Limited Company  
und der Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE)  
bei IFRS-Bilanzierung

Von

Jan Christoph Mosch



Duncker & Humblot · Berlin

JAN CHRISTOPH MOSCH

Kapitalschutz ohne Kapital

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 244

# Kapitalschutz ohne Kapital

Die Haftung der Gesellschafter  
am Beispiel der englischen Private Limited Company  
und der Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE)  
bei IFRS-Bilanzierung

Von

Jan Christoph Mosch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit  
im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X  
ISBN 978-3-428-13827-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-53827-0 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-83827-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*

*zumal*

*meinem Vater Dr. jur. Wolfgang Mosch*

*meinem Großvater Dr. jur. Günter Mosch*

*meinem Urgroßvater Dr. jur. Paul Mosch*

*meinem Ur-Urgroßvater Ass. jur. Bruno Mosch*



## Vorwort

Möge der Bessere gewinnen – bereits der Konjunktiv drückt aus, daß jeder Wettbewerb anfällig für Wettbewerbsverzerrungen ist. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen bildet hiervon keine Ausnahme; auch die innereuropäische Rechtsangleichung als sein Ergebnis erfolgt nicht bar sachfremder Einflüsse. Die etwa im Rahmen der Fiskalpolitik feststellbare europarechtliche „race for the bottom“ unter Aufgabe deutscher Errungenschaften treiben (auch) nationale Egoismen und manifeste Partikularinteressen an. Sie könnten zukünftig das kontinental-europäische Kapitalschutz- und Bilanzrecht stärker noch durchdringen:

Einerseits reden angloamerikanisch geprägte Rechtsanwender der Übernahme der entsprechenden Kapitalschutzkonzepte, insbesondere einem „Solvenztest“, das Wort. Andererseits treibt mit dem *International Accounting Standards Board* eine – nahezu ausschließlich mit (ehemaligen) Angestellten von Banken, Industrieunternehmen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften besetzte – privatwirtschaftliche Einrichtung die Ausbreitung der angloamerikanisch verwurzelten *International Financial Reporting Standards* (IFRS) auch in den Einzelabschlüssen voran.

Ersteres erscheint wegen der – auch anhand kurzlebiger europäischer Auslandsgesellschaften erkennbaren – Defizite des Kapitalschutzes zumal der englischen *Private Limited Company* (Limited) überaus fraglich. Im Hinblick auf Letzteres läßt die sogenannte Finanzkrise die Schwierigkeiten der Zeitwertbilanzierung nach IFRS hervortreten: Ein Rechnungslegungsregelwerk, das es etwa der Commerzbank AG im Geschäftsjahr 2011 ermöglichte, dem in ihrem Einzelabschluß gemäß HGB ermittelten Verlust von 3,619 Mrd. € im IFRS-Konzernabschluß (ohne entsprechende anderweitige Erträge im Konsolidierungskreis) einen *Gewinn* von 0,638 Mrd. € gegenüberzustellen, begegnet einer Vielzahl von Fragen.

Diese Arbeit möchte am Beispiel der Limited und der zukünftigen EPG/SPE, der sogenannten Europa-GmbH, einen Beitrag zu Antworten an der Schnittstelle von Kapitalschutz-, Bilanz-, Insolvenz- und internationalem Privatrecht leisten.

Meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Haimo Schack, LL.M., danke ich herzlich für die vorbildliche Betreuung meines Themas. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich ihm dafür, daß er in Vorlesungen, bei Seminaren und Exkursionen stets den Blick für den Unterschied von Recht und Gerechtigkeit geschärft und die Freude an einer eigenen (juristischen) Meinung gestärkt hat. Herrn Prof.

Dr. Joachim Jickeli danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Danken möchte ich zudem Herrn Dr. Andreas Rittstieg für die Förderung der Promotion.

Ein ganz besonders herzlicher Dank gebührt meinen Eltern Ingrid und Dr. Wolfgang Mosch für ihre humorvolle Herzlichkeit und ihre unentwegte Unterstützung. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich geworden. Danken möchte ich außerdem meinen Geschwistern und meinen Freunden für ihren Rückhalt. Meiner Eva danke ich dafür, daß es sie gibt.

Hamburg, im Oktober 2012

*Jan Christoph Mosch*

# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

<b>Einleitung – Gegenstand und Ziel der Arbeit</b>	25
--	----

## *Teil 2*

<b>Kapitalschutz bei der Private Limited Company</b>	29
<b>A. Wesensmerkmale der Private Limited Company</b>	29
I. Einheit der Kapitalgesellschaft	29
II. Haftungsbeschränkung auf juristische Person	30
III. Organisation	31
<b>B. Präventive Kapitalschutzinstrumente</b>	33
I. Bedeutung des (gebundenen) Eigenkapitals	33
1. Innenfinanzierung	33
2. Außenfinanzierung	33
a) Fremdfinanzierung	33
b) Mezzanine-Kapital	34
c) Eigenfinanzierung	35
II. Primäre präventive Kapitalschutzinstrumente	36
1. Kapitalaufbringung	36
a) Struktur des Eigenkapitals	36
b) Geschäftsanteile und Nennkapital	39
c) Einlageverpflichtung	41
d) Kapitalerhöhung	44
e) Beurteilung	44
2. Kapitalerhaltung	46
a) Überblick	46
b) Ausschüttbarer Gewinn	47
aa) Bisherige Darstellungen im deutschen Schrifttum	48
bb) Grundlagen	55
cc) Erster Summand: Ergebnis des letzten Abschlußzeitraums i. S. d. Ausschüttungsbemessung	57
(1) Ergebnis der Rechnungslegung der Limited als Ausgangs- punkt	57

(a)	Einschlägige Rechnungslegungswerke .....	57
(b)	Ergebnis der Rechnungslegung .....	60
(c)	Ermittlung der Erträge .....	62
(d)	„Realisierte“ Erträge nach IFRS .....	63
(e)	„Realisierte“ Erträge nach UK GAAP .....	68
(f)	Aufwendungen nach IFRS und UK GAAP .....	71
(g)	Ergebnis der Rechnungslegung durch Verrechnung .....	73
(2)	Modifizierung des Ergebnisses der Rechnungslegung durch den <i>Companies Act</i> 2006 .....	73
(3)	Weitere Modifizierung des Ergebnisses nach dem <i>Compa-</i> <i>nies Act</i> 2006 .....	75
(a)	Problem .....	75
(b)	Lösung der Praxis .....	77
(c)	Problem der Lösung der Praxis .....	82
(d)	Exkurs: Rechtslage bei <i>Public Limited Companies</i> und Europarecht .....	83
dd)	Zweiter Summand: Gewinn- oder Verlustvortrag .....	84
ee)	Dritter Summand: Entnahme aus Gewinnrücklage .....	85
ff)	Beurteilung .....	87
c)	Ausschüttungen (im engeren Sinne) .....	93
aa)	Überblick .....	93
(1)	Offene Ausschüttungen .....	95
(2)	Verdeckte „Ausschüttungen“ .....	96
bb)	Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	98
(1)	Offene Ausschüttungen .....	98
(2)	Verdeckte Ausschüttungen .....	99
(a)	Anwendbare Vorschriften .....	100
(b)	Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen verdeckter Ausschüt- tungen .....	101
(aa)	Grundsatz .....	101
(bb)	Ausnahmen für Gesellschaftervergütungen und Konzernumlagen .....	101
(cc)	Ausnahmen für Sachausschüttungen .....	104
(dd)	Weitere Ausnahmen .....	104
cc)	Rechtsfolgen einer verbotenen Ausschüttung .....	107
(1)	Haftung des Gesellschafters .....	107
(a)	Gesetzesrecht .....	107
(b)	Fallrecht .....	109
(2)	Exkurs: Haftung des Geschäftsführers .....	112
(3)	Konkurrenzverhältnis und Gesamtschuldner-Innenausgleich .....	114
(4)	Weitere Rechtsschutzmöglichkeiten .....	115

dd) Beurteilung .....	116
d) Erwerb eigener Anteile .....	118
aa) Erwerb zurücknehmbarer Anteile .....	118
(1) Überblick .....	118
(2) Verfahren .....	120
(3) Rückerberwerb aus ungebundenem Kapital .....	121
(4) Rückerberwerb aus gebundenem Kapital .....	123
(5) Nichterfüllung der Verpflichtung zum Rückerberwerb .....	125
bb) Erwerb gewöhnlicher eigener Anteile .....	126
cc) „Financial assistance“ .....	128
dd) Fehlerfolgen .....	130
e) Kapitalherabsetzung .....	130
aa) Ordentliche Kapitalherabsetzung .....	130
(1) Überblick .....	130
(2) Vereinfachte Kapitalherabsetzung .....	131
(3) Herkömmliches Verfahren der Kapitalherabsetzung .....	133
bb) Außerordentliche Kapitalherabsetzungen .....	134
f) Beurteilung .....	134
III. Andere präventive Kapitalschutzinstrumente .....	136
1. Berufsverbot für Geschäftsleiter .....	136
2. Publizität .....	137
<b>C. Reaktive Kapitalschutzinstrumente .....</b>	<b>138</b>
I. Primäres reaktives Kapitalschutzinstrument: <i>wrongful trading</i> .....	139
1. Überblick .....	139
2. Voraussetzungen .....	141
a) Einschlägiges Krisenreaktionsverfahren eröffnet .....	141
aa) Nicht hinreichende Krisenreaktionsverfahren .....	142
bb) Einschlägige Krisenreaktionsverfahren .....	143
(1) Abwicklungsverfahren unter alleiniger Verantwortung des Insolvenzverwalters .....	143
(2) Abwicklungsverfahren unter Aufsicht des Gerichts .....	145
(3) Abgrenzung beider Verfahrensarten .....	150
cc) Beurteilung .....	151
b) Überschuldung bei Einleitung des Krisenreaktionsverfahrens .....	156
aa) Begriff der Überschuldung im Sinne des s. 214 IA 1986 .....	156
bb) Wertansätze in der Überschuldungsbilanz .....	159
cc) Darlegungs- und Beweislast .....	163
dd) Beurteilung .....	163
c) Gesellschafter als Normadressat .....	167
aa) Voraussetzungen .....	167

bb) Beurteilung .....	171
d) Kenntnis oder Kennenmüssen der ohne Sanierungsmaßnahmen fehlenden Aussicht auf Vermeidung der insolvenzbedingten Ab- wicklung .....	171
aa) Ausgangspunkt der Prüfung .....	172
bb) Sorgfaltsmaßstab .....	173
cc) Hinweise auf den Eintritt des maßgeblichen Zeitpunkts .....	175
(1) Keine klare gesetzliche Regelung .....	175
(2) Keine ausweglose Lage erforderlich .....	175
(3) Keine vorherige werbende Tätigkeit notwendig .....	177
(4) Weiter Entscheidungsspielraum der Gerichte .....	179
(a) Überschuldung .....	179
(b) Zahlungsunfähigkeit .....	181
(c) Weitere Anhaltspunkte für die finanzielle Lage .....	182
(d) Anhaltspunkte anderer Art .....	184
dd) Fehlende „vernünftige“ Aussicht .....	185
ee) Darlegungs- und Beweislast .....	186
(1) Zulässigkeit von Hilfsbegründungen .....	186
(2) Präklusion des Vortrags des Insolvenzverwalters .....	188
(3) Reichweite des Beibringungsgrundsatzes .....	189
ff) Beurteilung .....	189
e) Antrag des Insolvenzverwalters .....	191
aa) Prozeßführungsbefugnis .....	192
bb) Möglichkeiten der Einflußnahme durch Gläubiger .....	193
cc) Zustimmung Dritter, zeitliche Grenzen .....	194
dd) Beurteilung .....	194
f) Keine Haftungsbefreiung .....	195
aa) Keine Einwendung gemäß s. 214 (3) IA 1986 .....	195
(1) Fiktion der Kenntnis des maßgeblichen Zeitpunkts .....	196
(2) „Jeder“ Schritt .....	196
(3) Erforderliche vernünftige Schritte .....	198
(4) Darlegungs- und Beweislast .....	202
bb) Billigkeitsentscheidung des Gerichts gemäß s. 1157 CA 2006 ..	203
cc) Beurteilung .....	204
3. Rechtsfolgen .....	205
a) Verpflichtung zur Ausgleichszahlung nach Ermessen .....	205
aa) Anspruchsentstehung .....	205
bb) Anspruchsschuldner .....	206
cc) Anspruchsgläubiger .....	206
dd) Anspruchsumfang .....	210

(1) Keine klare gesetzliche Regelung .....	210
(2) Ausgangspunkt der Anspruchsbemessung nach der Rechtsprechung .....	211
(a) Verringerung des Reinvermögens .....	211
(b) Berechnungsmethode .....	214
(c) Hinzugetretene Verbindlichkeiten .....	216
(3) Weitere Gesichtspunkte der Anspruchsbemessung .....	218
(4) Beurteilung .....	221
(5) Exkurs: Ausgangswert der Anspruchsbemessung nach s. 214 IA 1986 und „Quotenschaden“ .....	223
ee) Anspruchserfüllung, Verteilung, zeitliche Schranken .....	225
b) Weitere Rechtsfolgen .....	227
c) Beurteilung .....	228
4. Verfahrenskosten .....	229
5. Beurteilung .....	230
II. Andere reaktive Kapitalschutzinstrumente .....	233
1. Insolvenzanfechtung .....	233
a) S. 238 IA 1986 .....	233
aa) Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	233
bb) Beurteilung .....	235
b) S. 423 IA 1986 .....	236
aa) Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	236
bb) Beurteilung .....	238
c) S. 239 IA 1986 .....	239
aa) Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	239
bb) Beurteilung .....	241
d) Weitere Gründe für die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen .....	242
e) Beurteilung .....	242
2. „Fraudulent trading“ .....	244
3. „West Mercia doctrine“ .....	245
4. Weitere Regelungen .....	246
<b>D. Ergebnis zum Kapitalschutz bei der Private Limited Company .....</b>	<b>246</b>

*Teil 3*

<b>Kapitalschutz bei der Europäischen Privatgesellschaft</b>	253
<b>A. Grundzüge der Europäischen Privatgesellschaft .....</b>	<b>253</b>
I. Schaffung der Europäischen Privatgesellschaft .....	253
1. Begriff .....	253
2. Ideengeschichte .....	254

3. Ziel der Einführung .....	256
II. Rechtsgrundlage .....	257
1. Art. 352 I 1 AEUV (Art. 308 EGV a. F.) .....	257
a) Voraussetzungen der Rechtsgrundlage .....	258
b) Regelungen des Kommissionsentwurfs .....	259
c) Regelungen nach Forderung des Europäischen Parlaments .....	260
d) Beurteilung .....	260
aa) Notwendigkeit der Schaffung der Rechtsform der EPG? .....	260
bb) Notwendigkeit der Ermöglichung der Neugründung einer EPG? .....	262
cc) Notwendigkeit der vereinfachten Sitzverlegung? .....	263
dd) Notwendigkeit der Zulassung der Gründung bei rein nationalen Sachverhalten? .....	264
ee) Geeignetheit des EPG-VO-E? .....	267
ff) Ergebnis .....	268
2. Andere Rechtsgrundlagen .....	269
3. Zwischenergebnis .....	269
III. Rechtsquellen .....	270
1. Verordnung .....	271
2. Sonderverweisungen auf das nationale Recht .....	271
a) Rangordnung .....	272
b) Berufenes Recht .....	272
c) Einzelverweisungen und Bereichsverweisungen .....	273
3. Satzung .....	274
4. Allgemeinverweisung auf Recht der Mitgliedstaaten .....	278
5. Einfache Gesellschafterbeschlüsse .....	278
6. Beurteilung .....	278
IV. Wesensmerkmale .....	279
1. Allgemeines .....	279
2. Entstehung .....	280
3. Organe .....	283
a) Geschäftsleitung .....	283
b) Gesellschafterversammlung .....	287
c) Aufsichts- oder Beirat .....	288
4. Sitzverlegung, Auflösung und Insolvenz .....	289
5. Besteuerung .....	290
6. Beurteilung .....	291
<b>B. Präventive Kapitalschutzinstrumente .....</b>	<b>296</b>
I. Kapitalisierungsmöglichkeiten der EPG .....	296
1. Innenfinanzierung .....	296

2. Außenfinanzierung .....	297
a) Fremdfinanzierung .....	297
b) Mezzanine-Kapital .....	298
c) Eigenfinanzierung .....	298
II. Primäre präventive Kapitalschutzinstrumente .....	299
1. Kapitalaufbringung .....	299
a) Struktur des Eigenkapitals .....	299
aa) Geschäftsanteile .....	299
(1) Anzahl .....	299
(2) Nennwert .....	299
(3) Ausgestaltung .....	300
(4) Verbot des öffentlichen Angebots .....	301
(5) Beurteilung .....	302
bb) Mindestnennkapital .....	303
(1) Regelung des EPG-VO-E .....	303
(2) Forderung des Europäischen Parlaments .....	304
(3) Beurteilung .....	304
b) Einlageverpflichtung .....	305
aa) Originäre Einlageverpflichtung .....	305
(1) Entstehung .....	305
(2) Erlöschen .....	306
(a) Erfüllung .....	306
(aa) Erfüllbarkeit .....	306
(bb) Fälligkeit .....	307
(cc) Erfüllung und Nachweis der Erfüllung .....	309
(dd) Beurteilung .....	310
(b) Aufhebung .....	312
(c) Aufrechnung .....	313
(aa) Kommissionsentwurf .....	313
(bb) Forderung des (sogenannten) Europäischen Parla- ments .....	316
(cc) Beurteilung .....	317
bb) Surrogate der Einlageverpflichtung .....	318
(1) Differenzhaftung bei Sacheinlageverpflichtung .....	318
(a) Regelung des EPG-VO-E .....	318
(b) Forderung des Europäischen Parlaments .....	320
(c) Beurteilung .....	320
(2) Ausfallhaftung der Mitgesellschafter .....	322
(a) Regelung des EPG-VO-E .....	322
(b) Forderung des Europäischen Parlaments .....	323

(c) Beurteilung .....	323
cc) Weitere Ausgestaltung der Einlageverpflichtung .....	324
(1) Kaduzierung von Geschäftsanteilen bei verzögerter Erfüllung .....	324
(2) Wiederaufleben der Einlageverpflichtung im Wege der Vorbelastungshaftung? .....	325
(3) Beurteilung .....	326
c) Kapitalerhöhung .....	327
d) Beurteilung .....	329
2. Kapitalerhaltung .....	329
a) Ausschüttungshöchstbetrag .....	330
aa) Bilanzbezogene Betrachtung .....	330
(1) Maßgebliche bilanzielle Bemessungsgrundlage .....	330
(a) Rechnungslegung der EPG als Ausgangspunkt .....	330
(b) Teilweise eigenständiger Begriff des Ergebnisses im Sinne der Ausschüttungsbemessung .....	333
(c) Beurteilung .....	334
(2) Verbot der Einlagenrückgewähr? .....	335
(a) Kommissionsentwurf .....	335
(b) Forderung des Europäischen Parlaments .....	338
(c) Beurteilung .....	339
(3) Satzungsmäßige Rücklagen .....	339
(4) Beurteilung .....	340
bb) Solvenzbezogenes Erfordernis .....	341
(1) Kommissionsentwurf .....	341
(a) Solvenzerklärung im Allgemeinen .....	341
(aa) Begriff .....	341
(bb) Verfahrensbezogenes Merkmal .....	342
(cc) Inhaltliches Merkmal .....	343
(dd) Zwecke .....	344
(ee) Betriebswirtschaftlicher Hintergrund .....	346
(ff) Bisherige Gesetzgebungsvorhaben .....	348
(b) Solvenzerklärung im Sinne des EPG-VO-E .....	351
(aa) Begriff .....	351
(bb) Inhalt .....	351
(cc) Zwingende Übernahme der Jahresfrist des Art. 21 II Unterabs. 1 S. 1 EPG-VO-E? .....	353
(2) Forderung des Europäischen Parlaments .....	355
(3) Beurteilung .....	355
b) Ausschüttungen (im engeren Sinne) .....	359
aa) Begriff der Ausschüttung .....	359

(1) Kommissionsentwurf .....	359
(2) Forderung des Europäischen Parlaments .....	360
(3) Beurteilung .....	362
bb) Verfahren .....	363
(1) Vorschlag der Geschäftsleitung .....	363
(2) Solvenzerklärung .....	363
(3) Gesellschafterbeschluß .....	364
cc) Fehlerfolgen .....	366
(1) Vorschlag der Geschäftsleitung .....	366
(2) Solvenzerklärung .....	366
(a) Kommissionsentwurf .....	366
(aa) Mangelnde Solvenzerklärung .....	366
(bb) Mangelhafte Solvenzerklärung .....	367
(cc) Mangelnde oder mangelhafte Bereitstellung der Solvenzerklärung .....	367
(b) Forderung des Europäischen Parlaments .....	369
(3) Gesellschafterbeschluß .....	369
(4) Überschreitung des Höchstbetrags .....	370
dd) Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Ausschüttung .....	371
(1) Haftung des Gesellschafters .....	371
(a) Kommissionsentwurf .....	371
(b) Forderung des Europäischen Parlaments .....	372
(2) Beurteilung .....	372
(3) Exkurs: Haftung des Geschäftsleiters .....	372
(4) Beurteilung .....	373
c) Kapitalherabsetzung .....	374
aa) Voraussetzungen .....	374
(1) Höchstbetrag der Kapitalherabsetzung .....	374
(a) Bilanzbezogenes Erfordernis .....	374
(b) Solvenzbezogenes Erfordernis .....	377
(2) Kapitalherabsetzungsbeschluß .....	378
(3) Sicherheitsleistung .....	378
bb) Rechtsfolgen .....	379
(1) Eintritt der Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung .....	379
(2) Pflicht zu weiterer Bekanntmachung .....	380
(3) Geltung von Art. 22 und Rückverweisung auf Art. 24 EPG- VO-E .....	381
cc) Beurteilung .....	382
d) Erwerb eigener Anteile .....	383
aa) Voraussetzungen .....	383

bb) Rechtsfolgen .....	385
(1) Aufnahme in das Gesellschafterverzeichnis .....	385
(2) Auswirkungen auf die mit den Anteilen verbundenen Rechte .....	385
(3) Bilanzielle Behandlung .....	387
cc) Handhabung der eigenen Anteile .....	388
(1) Halten und Veräußerung eigener Anteile .....	388
(2) Einziehung eigener Anteile .....	388
III. Andere präventive Kapitalschutzinstrumente .....	390
1. Keine Regelungen in EPG-VO-E .....	390
2. Publizitätsvorschriften der Mitgliedstaaten .....	390
3. Amtsunfähigkeitsvorschriften der Mitgliedstaaten .....	391
<b>C. Reaktive Kapitalschutzinstrumente .....</b>	<b>392</b>
I. Regelungen des EPG-VO-E .....	392
II. Beispielhaft: Anwendbarkeit der deutschen Durchgriffshaftung auf die deutsche EPG .....	395
1. (Unechte) Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ..	395
a) Anwendbarkeit kraft Sonderverweisung des EPG-VO-E .....	395
b) Anwendbarkeit kraft Allgemeinverweisung des EPG-VO-E .....	398
2. (Echte) Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung .....	398
<b>D. Folgerungen de lege ferenda .....</b>	<b>399</b>
I. Beschränkung des EPG-VO-E auf Rahmenregeln? .....	399
II. Punktuelle Änderungen des EPG-VO-E und Ergänzung der Kapitalrichtlinie? .....	400
III. Ergänzung der Kapitalschutzregeln des EPG-VO-E .....	402
1. Mindestkapital mit erhöhtem Mindestbetrag? .....	402
2. Kapitalaufbringungsregeln .....	404
a) Einzahlungspflicht .....	404
b) Sacheinlagen .....	404
aa) Werthaltigkeitsnachweis .....	404
bb) Sacheinlagefähigkeit von Dienstleistungen .....	405
c) Differenzhaftung .....	406
d) Schuldübernahme durch die EPG .....	407
3. Kapitalerhaltungsregeln .....	410
a) Abkopplung der Ausschüttungsbemessung von der Rechnungslegung? .....	410
b) Solvenzerklärung? .....	412
c) Verschärfung der Abschlußprüferhaftung? .....	413
d) Gesetzliche Rücklage .....	414
e) Rückzahlungshaftung .....	416

Inhaltsverzeichnis 19

f) Exkurs: Pflicht der Geschäftsleiter zur ständigen Prüfung der wirtschaftlichen Lage .....	418
4. Insolvenzbezogener gesellschaftsrechtlicher Kapitalschutz .....	419
a) Haftung aufgrund „wrongful trading“? .....	419
b) Durchgriffshaftung .....	420
5. Insolvenzzrechtlicher Kapitalschutz .....	421
a) Insolvenzanfechtung? .....	421
b) Insolvenzantragsverschleppungshaftung? .....	422

*Teil 4*

**Zusammenfassende Thesen** 424

**Anhang: Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft** .....

426

**Literaturverzeichnis** .....

468

**Sachverzeichnis** .....

487

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG(s)	Aktiengesellschaft(en); Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
apdo.	apartado (Absatz)
arg.	argumentum
Art., Artt.	Artikel
Austr. J. Corp. Law	Australian Journal of Corporate Law
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
B.C.C.	Butterworth's Company Law Cases (Entscheidungssammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
B.J.I.B. & F.L.	Butterworths Journal of International Banking & Financial Law
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
B.T.R.	British Tax Review (Zeitschrift)
Buchst.	Buchstabe
BV	Besloten Vennootschap (niederländische GmbH)
C.A.	Court of Appeal (englisches Gericht)
CA [Jahr]	englischer <i>Companies Act</i> des jeweiligen Jahres
Ch. D.	Chancery Division (englischer Gerichtszweig)
Co.L.N.	Company Law Newsletter (Zeitschrift)
Comp. Law.	Company Lawyer (Zeitschrift)
Constr. L.J.	Construction Law Journal
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DK	Der Konzern (Zeitschrift)

DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften i. d. F. bis 30.11.2009
EPG	Europäische Privatgesellschaft
EPG-VO-E	Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	und der/die folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	und der/die folgenden
Fn.	Fußnote(n)
FRS	Financial Reporting Standards
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH(s)	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
H.L.	House of Lords (englisches Gericht)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IA 1986	englischer Insolvency Act

IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
i. d. F.	in der Fassung
IFRS	International Financial Reporting Standards
I.L. & P.	Insolvency Law and Practice (Zeitschrift)
InsO	Insolvenzordnung
Insolv. L.	Insolvency Lawyer (Zeitschrift)
Int. Insolv. Rev.	International Insolvency Review
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
IO	österreichische Insolvenzordnung (Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren)
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
i. e. S.	im engeren Sinne
Ins. Int.	Insolvency Intelligence (Zeitschrift)
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
J.B.L.	Journal of Business Law
J. Corp. Law	Journal of Corporation Law
J.I.B.L.R.	Journal of International Banking Law and Regulation
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LC	Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) (spanische Insolvenzordnung)
Legislative Entschließung	Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
LF	Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267) (italienische Insolvenzordnung)
Limited	Private Limited Company (englische GmbH)
L.M.C.L.Q.	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (Zeitschrift)
L.Q.R.	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mod. Law Rev.	Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
No.	Number
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
oHG	offene Handelsgesellschaft
O.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
para.	paragraph (Absatz)
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
Reg-E	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie(n)
Rn.	Randnummer(n)
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n); Satz, Sätze
s(s).	section(s) (Paragraph, Paragraphen)
S. à r. l.	Société à responsabilité limitée (französische GmbH)
S.A.S.	Société par actions simplifiée (französische Klein-GmbH)
SCE	Societas Cooperativa Europaea (Europäische Genossenschaft)
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SE-VO	Verordnung des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (2157/2001/EG)
S.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada (spanische GmbH)
Slg.	Sammlung
S.L.N.E.	Sociedad Limitada Nueva Empresa (spanische Klein-GmbH)
SSRN	Social Sciences Research Network
u. a.	und andere; unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapier-Mitteilun- gen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
Yale L.J.	Yale Law Journal

z. B.	zum Beispiel
Zeus	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## Teil I

### Einleitung – Gegenstand und Ziel der Arbeit

Die Arbeit untersucht überraschende Ähnlichkeiten zwischen der zukünftigen Europäischen Privatgesellschaft (EPG/SPE)<sup>1</sup> – der „Europa-GmbH“ – und der im Rechtsverkehr in Mißkredit geratenen<sup>2</sup> englischen Private Limited Company. Dargestellt wird die Haftung des Gesellschafters der jeweiligen Rechtsform gegenüber Gläubigern der Gesellschaft in und außerhalb der Krise. Denn eine unter bestimmten Umständen unbeschränkte, persönliche Haftung des Gesellschafters ist bei Rechtsformen mit einer Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, wie bei Limited und EPG, ein wesentliches Element des Gläubigerschutzes<sup>3</sup>. Zudem hat die Ausgestaltung der Gesellschafterhaftung – als Haftung der die Rechtsform bestimmenden Personen – im Fall der Fremddorganschaft bei der Rechtsformwahl ein größeres Gewicht als etwa die Haftung der Geschäftsführer. Die Ausgestaltung der Gesellschafterhaftung ist daher auch ein wesentliches Kriterium für den Erfolg einer Rechtsform. Eine gemeinsame Betrachtung der Limited und der EPG ist zunächst deshalb erkenntnisreich, weil beide Rechtsformen ein Mindestkapital ohne erhöhten Mindestbetrag aufweisen<sup>4</sup>. Zudem kann der Ausschüttungsbemessung mit den IFRS bei Limited und EPG das gleiche Rechnungslegungsregelwerk zugrunde zu legen sein<sup>5</sup>. Die beiden Rechtsformen ähneln sich auch sonst frappierend, wie gezeigt werden wird.

Zur Gesellschafterhaftung bei der Limited liegen zwar verschiedene deutschsprachige Monographien vor<sup>6</sup>. Diese berücksichtigen jedoch regelmäßig englische Originalquellen nicht hinreichend<sup>7</sup>. Vor allem aber vernachlässigt der bisherige Forschungsstand wesentliche systematische Zusammenhänge. Zu kurz kommen insbesondere die Verknüpfungen der Haftung des Gesellschafters mit (i) der Preisgabe des Vorsichtsprinzips im Wege der „Internationalisierung“ der Rechnungslegung durch die IFRS, (ii) den lückenhaften jeweiligen Kapitalschutzregimes sowie (iii) den unzureichenden jeweils anwendbaren insolvenzrechtlichen

---

<sup>1</sup> Auch als *Societas Privata Europaea* bezeichnet.

<sup>2</sup> Vgl. *Tebben*, in: Michalski, § 7 Rn. 3.

<sup>3</sup> Vgl. *Roth*, in: Roth/Altmeyden, Einl. Rn. 32 (zur GmbH).

<sup>4</sup> Dazu siehe den Text bei Fn. 113 ff. in Teil 2.

<sup>5</sup> Siehe den Text bei Fn. 268 ff. in Teil 2 und 630 ff. in Teil 3.

<sup>6</sup> Siehe *Otte*, *Buchmann*, *Jansen*, jeweils *passim*.

<sup>7</sup> Vgl. *Otte*, S. 78 ff.; *Buchmann*, S. 44 f.; *Jansen*, S. 75 ff.

Bestimmungen<sup>8</sup>. Zur EPG in Gestalt des EPG-VO-E sind jüngst zwei deutschsprachige Monographien zum Gläubigerschutz im Allgemeinen erschienen, welche auch die Kapitalschutzregeln darstellen, die Rechnungslegungsvorschriften<sup>9</sup> und die anwendbaren insolvenzrechtlichen Regelungen<sup>10</sup> jedoch nur knapp behandeln.

Indes drohen im Spannungsfeld aller drei Regelungsbereiche sowohl bei der Limited als auch bei der EPG Schutzlücken und eine unausgewogene Bevorzugung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Bei den in Folge der Rechtsprechung des EuGH<sup>11</sup> (nach wie vor) europaweit<sup>12</sup> in nennenswerter Zahl<sup>13</sup> anzutreffenden Limiteds mit einem vom Satzungssitz abweichenden ausländischen Verwaltungssitz, sogenannten Auslandsgesellschaften, verschärft sich diese Erscheinung noch durch die schwierige internationalprivatrechtliche Qualifikation der Schutzinstrumente des nationalen Rechts. Das gilt stärker noch für die EPG, auf die – abhängig von der Qualifikation der jeweiligen Norm – in erheblichem Umfang das Recht desjenigen Mitgliedstaats zur Anwendung kommen soll, in dem die EPG ihren eingetragenen Sitz hat<sup>14</sup>.

In dieser Arbeit werden die Schutzinstrumente im Hinblick auf die Haftung des Gesellschafters präventive und reaktive Kapitalschutzinstrumente unterschieden: Präventive Kapitalschutzinstrumente wirken vor allem außerhalb der Krise der Gesellschaft (Beispiel: Ausschüttungsregeln), reaktive Kapitalschutzinstrumente nur in der Krise (Beispiel: Insolvenzantragsverschleppungshaftung i. w. S.). Bei der Darstellung der präventiven Kapitalschutzinstrumente werden die einschlägigen Rechnungslegungsregelwerke einbezogen, welche die Reichweite bilanzieller Kapitalerhaltungsregeln naturgemäß maßgeblich bestimmen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Verdrängung des Vorsichtsprinzips durch die Zeitwert-Bewertung der IFRS<sup>15</sup>. Ein weiterer Schwerpunkt der Untersuchung

---

<sup>8</sup> Das gilt – entgegen ihrem Titel – jedenfalls im Hinblick auf das Insolvenzrecht auch für die Arbeit *Röhrichts*, siehe dort S. 229 ff., 259 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Pfennig*, S. 118 ff. Zu früheren Überlegungen zu einer EPG vgl. *Fröhlich*, passim (zur Frage des Kapitalersatzrechts).

<sup>10</sup> Vgl. *Maschke*, S. 261 ff.

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, Rs. C-212/97 („Centros“), NJW 1999, 2027; Urteil vom 05.11.2002, Rs. C-208/00 („Überseering“), NJW 2002, 3614; Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-167/01 („Inspire Art“), NJW 2003, 3331.

<sup>12</sup> Und sogar weltweit: *Becht/C. Mayer/Wagner*, S. 27, nennen für die USA eine Zahl von 15.100 (mutmaßlichen) Auslandsgesellschaften.

<sup>13</sup> Im Jahr 2008 gingen Schätzungen von einem Bestand von allein 40.000 Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland aus (Sueddeutsche.de, 26.06.2008, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/181/302177/text/>; Manager-Magazin.de, 26.06.2008, <http://www.managermagazin.de/unternehmen/mittelstand/0,2828,562274,00.html>).

<sup>14</sup> Siehe den Text bei Fn. 140 ff. in Teil 3.

<sup>15</sup> Auch (euphemistisch) als „fair-value“-Bewertung bezeichnet, siehe den Text bei Fn. 318 ff. in Teil 2.

der präventiven Kapitalschutzinstrumente liegt bei dem sogenannten Solvenzttest, dessen Einführung im Schrifttum rechtsformübergreifend vorgeschlagen wird, um bilanzielle Kapitalerhaltungsregeln zu ersetzen<sup>16</sup>. Dessen Einführung fordert für EPGs mit einem Nennkapital von weniger als 8.000 € auch das Europäische Parlament<sup>17</sup>. Bei der Darstellung der reaktiven Kapitalschutzinstrumente liegt ein Schwerpunkt bei dem auf die Limited anwendbaren Haftungsinstitut des „wrongful trading“. Die Einführung dieser Sanierungsverschleppungshaftung<sup>18</sup> wird im Schrifttum für die EPG und sogar für die GmbH gefordert<sup>19</sup>. Die Rechtslage bei der GmbH findet in dieser Arbeit Erwähnung, soweit dies dem Verständnis der Regelungen betreffend Limited und EPG dienlich erscheint. (Dabei wird die GmbH in Gestalt der „UG (haftungsbeschränkt)“<sup>20</sup> nicht gesondert berücksichtigt, da diese nur vorübergehend ein unter dem für die GmbH geltenden Mindestkapital liegendes Nennkapital aufweisen soll<sup>21</sup> und für die UG zudem die im Schrifttum bereits erschöpfend behandelten Regelungen des GmbHG unmittelbar gelten<sup>22</sup>.)

Übergreifendes Ziel der Arbeit ist die Untersuchung, wie bei Kapitalgesellschaften ohne ein vorgeschriebenes Mindestkapital mit erhöhtem Mindestbe-

---

<sup>16</sup> *Triebel/Otte*, ZIP 2006, 311, 313; Ersatz der §§ 30, 31 GmbHG.

<sup>17</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, Abänderung 33 (Dokument Nr. P6\_TA(2009)0094, zugänglich unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>).

<sup>18</sup> Siehe den Text bei Fn. 1350 f. in Teil 2.

<sup>19</sup> So für die EPG *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925, 933; für die GmbH *Wachendorf*, passim; rechtsformübergreifend „Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“, S. 93 f.

<sup>20</sup> Die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ ist völlig mißraten: 1. Beschränkt ist bei der UG nicht die Haftung der Gesellschaft, die selbstverständlich unbeschränkt haftet. Daß die aus dem Jahr 1892 stammende Bezeichnung der echten GmbH ebenso ungenau, mittlerweile aber allgemein üblich ist, dient kaum als Rechtfertigung. 2. Bei der UG ist vielmehr die Haftung des Gesellschafters auf seine Einlage beschränkt; dies ist aber auch bei jedem Kommanditisten, GmbH-Gesellschafter, Aktionär oder Genossen der Fall, so daß insoweit keine begriffsbildende Besonderheit der UG vorliegt. 3. Die Eigenschaft, Unternehmer (im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs) zu sein, ist ebenfalls keine Besonderheit des Inhabers einer UG, sondern etwa auch bei jedem Einzelkaufmann, oHG-Gesellschafter oder Gesellschafter-Geschäftsführer einer echten GmbH anzutreffen. 4. Der Begriff des Unternehmers ist im Hinblick auf den juristischen Sprachgebrauch zu § 14 BGB unglücklich gewählt; vor dem Hintergrund der Abgrenzungsschwierigkeiten bei Organmitgliedern und Existenzgründern (siehe dazu *Micklitz*, in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, § 13 Rn. 49 ff.) könnten „Unternehmer“, die Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sind, in Erscheinung treten.

<sup>21</sup> Ziel ist die Erhöhung des Nennkapitals auf den für die GmbH geltenden Mindestbetrag von 25.000 € (§ 5 I GmbHG), wozu Gewinne der UG kraft Gesetzes zu thesaurieren sind (§ 5a III, V GmbHG).

<sup>22</sup> § 5a GmbHG.