



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„‘Flex-GmbH‘ statt UG -
Eine attraktive Schwester für die alte GmbH!“**

Dissertation vorgelegt von Carl Höfer

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Fortdauernder Reformbedarf durch Kritik an MoMiG und UG

1. Gesellschaftsrecht ist ein bedeutender Wirtschaftsfaktor. Als *enabling law* schafft es Möglichkeiten zur Unternehmensgründung und zur Kapitalanlage. Es bietet die Plattform, auf der sich Ideen- und Kapitalgeber zu volkswirtschaftlich vorteilhaften Unternehmungen vereinen und Einzelunternehmer ihre Haftung beschränken können. Dadurch entsteht die Notwendigkeit, fortlaufend auf wirtschaftliche Entwicklungen zu reagieren, um im Wettlauf der Rechtsordnungen um Gesellschaftsgründungen nicht ins Hintertreffen zu geraten.

2. Lange Zeit war das deutsche GmbH-Recht durch die Anwendung der Sitztheorie vor ausländischer Konkurrenz geschützt. So konnte sich über Jahre ein zwar stringentes, aber rückständiges Gläubigerschutzsystem etablieren, das für Gründer wenig attraktiv war. Erst die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit durchbrach diese Protektion und erweckte auch in Deutschland Reformgedanken, die schließlich mit dem MoMiG in geltendes Recht umgesetzt wurden. Zwar konnten durch die Reform ausländische Gesellschaftsformen, namentlich die englische Limited, weitgehend zurückgedrängt, mitnichten aber der Reformbedarf langfristig gestillt werden.

3. Das MoMiG hinterlässt viele Schutzlücken und hat solche erst neu geschaffen. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist rechtlich gesehen kein nachhaltiges Erfolgsmodell. Sie ergänzt die Landschaft der Rechtsformen nicht ausreichend, sondern ist zu sehr an die GmbH angelehnt. Anstatt ein völlig neues System zu schaffen, das von der GmbH nicht befriedigte Bedürfnisse abdeckt, wird am starren Kapitalsystem festgehalten, jedoch mit dem Mindestkapital ein wichtiges Element herausgebrochen. Damit wird zwar die Gründung erleichtert, gleichzeitig aber auch der Gläubigerschutz nachhaltig geschwächt, kann doch ein Kapitalschutz ohne Kapital kaum funktionieren.

4. Das als Kompensation hierfür vorgesehene Prinzip der Kapitalaufholung entfaltet nur wenig Wirkung. Viele Gesellschaften erreichen die Gewinnzone nicht, oftmals auch planmäßig durch konzernrechtliche Gestaltungen. Rechtstatsächlich ergibt sich daher ein nicht gerade überzeugendes Bild: Durch geringe Kapitalausstattungen, „schlechte“ Gründer mit Insolvenzvergangenheit und unausgereifte Geschäftsideen stellt sich eine Frühsterblichkeit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft ein, die derjenigen der „deutschen“ Limited vor dem MoMiG ähnelt und die Gefahr begründet, zu einem vergleichbaren „Schmuddelimage“ zu führen.

5. Auch die Änderungen innerhalb des GmbH-Systems können nicht überzeugen. Angegriffen wurden nicht die als belastend empfundene präventive Kontrolle und die Tatbestände der Umgehungsrechtsprechung, sondern man beschränkte sich auf die Milderung der Rechtsfolgen, insbesondere bei der verdeckten Sacheinlage und dem Hin- und Herzahlen. Dieser missglückte Spagat zwischen traditionellen und modernen Elementen nimmt dem System vollends die Rechtfertigung. Zwar wird an den komplizierten Gründungserfordernissen, die durch den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung entstehen, festgehalten, dieser jedoch durch die sofortige Rückzahlungsmöglichkeit und die geringen Sanktionen weitgehend ausgehöhlt. Der Gläubigerschutz wird dadurch geschwächt, jedoch gehen von den Neuerungen kaum Erleichterungen für die Gründer aus, die weiterhin versteckten Haftungsgefahren ausgesetzt sind.

6. Aufgrund dessen erscheint eine tiefgreifende Reform weiterhin unumgänglich. Die systemfremden Änderungen durch die mindestkapitallose UG und den verstümmelten Grundsatz der realen Kapitalaufbringung bieten keine dauerhafte Perspektive und sollten korrigiert werden. Es muss eine echte Rechtsformalternative geschaffen werden, die die Finanzierungsfreiheit in den Mittelpunkt stellt und offen ist für moderne Finanzierungsmethoden, welche sich durch einen geringen Anfangskapitalbedarf und einer Fokussierung auf den Liquiditätsschutz auszeichnen. Die neue Variante müsste auf repressiven Schutz anstatt präventiver Kontrollen ausgelegt sein, wobei jedoch darauf zu achten ist, das aktuelle Niveau des Gläubigerschutzes aufrechtzuerhalten.

Leistungsfähigkeit des Stammkapitalsystems in seiner aktuellen Ausprägung

7. Das Stammkapitalsystem ist besser als sein landläufiger Ruf. Mit seinen Elementen Mindestkapital, reale Kapitalaufbringung mit präventiver Kontrolle und bilanzielle Kapitalerhaltung wird den Gründern ein Haftungsbeitrag abverlangt, ohne den nicht ins haftungsbeschränkte Geschäftsleben gestartet werden darf und der dauerhaft erhalten werden muss. Zumindest in der Anfangsphase kann das Unternehmen damit (teil-)finanziert und ein erster Verlust abgefangen werden. Insbesondere vor den Risiken der Gründungsphase werden die Gläubiger also umfassend geschützt. Danach verschlechtert sich die Schutzwirkung jedoch ständig, bis in der Krise kaum mehr etwas davon zurückbleibt. Zu Problemen führen außerdem moderne Finanzierungsmethoden. So geht das Stammkapital noch traditionell davon aus, einen Grundstock für den Erwerb von langlebigen Investitionsgütern bereitstellen zu müssen. Nicht alle heutigen Unternehmen passen jedoch in dieses Schema, insbesondere wenn kaum größere Anfangsinvestitionen getätigt werden müssen oder über Leasing nur Nutzungsrechte gegen eine fortlaufende Gebühr erworben werden.

8. Auch das viel gescholtene Mindestkapital kann in der Analyse durchaus überzeugen. Der Mindestbeitrag sorgt für einen Übereilungsschutz, der zumindest redliche Gründer dazu anregt, ihre Unternehmung genau zu überdenken. Insofern kann das Mindestkapital eine gewisse Seriosität gewähren, auch wenn sich Betrüger davon wohl kaum abschrecken lassen. Außerdem unterstützt das Mindestkapital die Funktionen des Stammkapitals, insbesondere die Anfangskapitalisierung und die Verlustabfederung, die ohne eine Mindesthöhe nur auf dem Papier bestünden. Die wichtigste Funktion des Mindestkapitals ist jedoch in der Garantie eines zwingenden Risikobeitrags zu sehen. Dieser verhindert, dass allein auf dem Rücken der Gläubiger gewirtschaftet wird, und sorgt so für einen Gleichlauf der Gläubiger- und Gesellschafterinteressen. Insbesondere wird damit eine zu weitreichende Verlagerung von Risiken in beschränkt haftende Gesellschaften und eine unbillige Haftungssegmentierung in Konzernen und bei Betriebsaufspaltungen eingeschränkt.

9. Kritik erfährt das Mindestkapital dennoch in vielfältiger Weise. Einerseits wird kritisiert, dass bei einem so niedrigen Schwellenwert die Funktionen oftmals nicht erfüllt werden könnten. Andererseits seien die Werte für manche aussichtsreiche Unternehmen dennoch zu hoch und würden so volkswirtschaftlich gewünschte Gründung verhindern. Starre politisch festgesetzte Grenzwerte seien nie am tatsächlichen Bedarf orientiert und führten daher zu hohen Kosten bei einem nur recht beschränkten Nutzen. Die Kritik ist nicht komplett von der Hand zu weisen, lässt aber außen vor, dass kein vollumfassender, sondern nur ein Mindestschutz garantiert werden soll, der für eine Vielzahl von Unternehmen zu leisten ist. Gerade in der Gründungsphase reicht die Höhe des Mindestkapitals dafür meist noch aus, zumal für die wichtigste Funktion, die Garantie eines Haftungsbeitrags, die Relation zum Gesellschaftervermögen entscheidend ist. Mit zunehmendem Wachstum büßt der

Mindestbetrag zwar an Wirkung ein, sodass im Krisenfall kaum mehr eine Steuerungswirkung besteht. Jedoch kann immerhin die Frühsterblichkeit in der besonders sensiblen Gründungsphase eingedämmt werden, was zum Ansehen der Rechtsform in hohem Maße beiträgt.

10. Die Kapitalaufbringungsregelungen helfen dabei, die Funktionen des Stammkapitals frühzeitig abzusichern. So wird vor dem Eintritt des Unternehmens in den Rechtsverkehr kontrolliert, ob der Risikobeitrag geleistet wurde, was die Warnfunktion des Stammkapitals stärkt, indem den Gründern der Verlust deutlich vor Augen geführt wird. Überdies kann nur durch die präventive Leistungspflicht sichergestellt werden, dass der von den Gründern versprochene Beitrag als Anschubfinanzierung bereitsteht. Wird eine über den Mindestbetrag hinausgehende Stammkapitalziffer gewählt, verifiziert die Gründungskontrolle zudem das davon ausgehende Seriositätssignal.

11. Jedoch hat sich über die Jahre ein durch die Rechtsprechung ständig verkompliziertes System entwickelt. Haftungsgefahren lauern in diesem komplexen System an vielen Stellen. Auch dort, wo sie von unerfahrenen und rechtsunkundigen Gründern nicht vermutet werden. Diese werden für Vorgänge bestraft, denen sie nur schwerlich ein Unwerturteil entgegenbringen, sodass sich die GmbH von ihrer ursprünglichen Intention, eine einfache Rechtsform für die breite Masse bereitzustellen, weit entfernt hat. Durch die präventive Prüfung wird die Gründung verzögert und verteuert, was zu Umgehungen animiert. Daraus entsteht ein schwerwiegender Wettbewerbsnachteil im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, da nicht nur kriselnde, sondern selbst die seriösesten Unternehmen belastet werden. Mit dieser weitreichenden (und berechtigten) Kritik kristallisiert sich die Kapitalaufbringung als wichtigster Ansatzpunkt für eine Reform heraus, was sich durch die wenig systemkonformen Änderungen durch das MoMiG (vgl. These 5) noch verstärkt hat. Aufgrund der engen Verzahnung mit den übrigen Elementen des Stammkapitalsystems wird das jedoch nur gelingen, wenn das komplette System weitreichende Änderungen erfährt.

12. Die Kapitalerhaltung sichert das Fortdauern der bereits beschriebenen Funktionen des Stammkapitalsystems. Sie hält das Eigenkapital im Unternehmen, das zwar verbraucht, nicht aber ausgeschüttet werden darf. Der Risikobeitrag hat als Kautionsleistung ständig im Unternehmen zu verbleiben, damit der Interessengleichlauf möglichst lange andauert. Ohne Kapitalerhaltungsregelungen würde das System *ad absurdum* geführt, könnten doch die Einlagen, deren Aufbringung mühsam kontrolliert wurde, sofort wieder zurückfließen. Darüber hinaus sorgen die Kapitalerhaltungsregelungen für eine Zuordnung des Gesellschaftsvermögens. Sie bestimmen, welcher Kapitalanteil den Gläubigern zur Sicherheit belassen werden muss und dem Nachrang des Eigenkapitals unterfällt und auf welchen Teil die Gesellschafter als Frucht ihrer Kapitalbeteiligung sofort zugreifen können. Der bilanzielle Ausschüttungsschutz geht davon aus, dass die Befriedigung der Gläubiger gesichert ist, wenn die Aktiva die Passiva nicht unterschreiten, die Gesellschaft also nicht überschuldet ist. Als Puffer dient der Stammkapitalbeitrag der Gründer, der erste Verluste abfedern und den Wechsel der Bilanzansätze im Falle einer negativen Fortführungsprognose ausgleichen soll und daher nicht ausgeschüttet werden darf.

13. Trotz der häufig geäußerten Kritik ist am bilanziellen Kapitalschutz im aktuellen System festzuhalten. Zwar werden auch an dieser Stelle die starren Wertansätze kritisiert, die insbesondere nicht mit dem Unternehmen „mitwachsen“ und damit schnell die Relation zur Unternehmensgröße verlieren. Daher wird diskutiert, die Ausschüttungssperre an die Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit anzupassen, die rechtstatsächlich sowieso den wichtigeren Insolvenzgrund

bietet. Jedoch halten sich Vor- und Nachteile der vollkommen unterschiedlichen Systemansätze die Waage. Während der Solvenzttest durch Passgenauigkeit und Flexibilität besticht, kann der Bilanztest mit Rechtssicherheit und klaren Verhaltensanweisungen aufwarten, die gerade für unerfahrene Unternehmensbeteiligte einen großen Wert haben. Entscheidend kommt es daher auf die Systemstimmigkeit an, wobei der Bilanztest dem Stammkapitalsystem nahesteht, insbesondere da nur so garantiert werden kann, dass das eingezahlte Mindestkapital im Unternehmen verbleibt. Der grundsätzlich nicht minder wirksame Solvenzttest wäre im aktuellen System der GmbH ein Fremdkörper, korreliert er doch eher mit einem repressiven Haftungssystem.

14. Eine vergleichsweise geringe Bedeutung kommt im deutschen Recht dem repressiven Schutz zu. Das Krisenverhalten der Beteiligten wird nur durch die Existenzvernichtungs- und Insolvenzverschleppungshaftung beeinflusst. Um die Rechtsform der GmbH einfach, überschaubar und damit für unberatene und unerfahrene Gesellschafter nutzbar zu machen, wird die Haftung auf das Nötigste beschränkt: So muss für Fehlverhalten in der Krisenphase unterhalb der Vorsatzgrenze nicht gehaftet werden, solange man die Leitungsmacht rechtzeitig abgibt. In dieser für die Gläubiger durchaus kritischen Phase ergibt sich daher eine Schutzlücke. Insbesondere wird das Verhalten im Vorfeld der Insolvenz, wenn Sanierungen noch aussichtsreich sind, völlig ausgeblendet.

15. Im Ganzen zeigt sich das Stammkapitalsystem deutscher Prägung als kohärentes Regelwerk, in dem – die Verwerfungen durch das MoMiG ausgenommen – die verschiedenen Bestandteile wie Rädchen ineinandergreifen. Deutlich sichtbar wird die Handschrift eines präventiven Systems, das die Gründungsphase besonders absichert, jedoch mangels weitreichender Haftungstatbestände das Krisenverhalten nur wenig kontrolliert und einem *gambling for resurrection* nicht entgegenwirkt.

16. Schutzlücken sind jedoch in jedem System zu finden, sodass auch keine der Alternativen vollends überzeugt. Ein „besseres“ System ist nicht einfach auszumachen. Aufgrund der vielseitigen Interessen wird es keine Ideallösung geben, die alle Beteiligten zufriedenstellt. Das Stammkapitalsystem besticht durch ein hohes Gläubigerschutzniveau, insbesondere in der Anfangsphase, sowie durch einen weitgehend rechtssicher handhabbaren Haftungsfreiraum für die Gesellschafter. Veränderungen wären insofern möglich, als man ein einfacheres System mit einem niedrigeren Gläubigerschutzniveau befürworten könnte, oder aber versucht, denselben Gläubigerschutz über ein solvenz- und haftungsorientiertes System zu gewährleisten. Jedenfalls dürfen nicht nur einzelne Elemente verändert werden, sind diese doch perfekt aufeinander abgestimmt. Vielmehr kann die Lösung nur in einem von Grund auf unterschiedlichen, ebenso kohärenten und stimmigen System liegen.

Das niederländische Modell und Selbstschutzmöglichkeiten

17. Die bis heute weitgehendste Reform einer europäischen geschlossenen Kapitalgesellschaft können die Niederlande mit dem flex-bv aufbieten. Mit einer vergleichbaren Ausgangslage wie in Deutschland vor dem MoMiG startend, entschied man sich für eine Radikalreform, die das Stammkapital in Gänze ablöste. Man erkannte, dass es kaum möglich sein würde, die aufeinander aufbauenden Elemente dieses Systems nur teilweise herauszubrechen, und entschied sich daher, das Mindestkapital abzuschaffen, die Kontrolle der Kapitalerhaltung den Gesellschaftern zu überlassen und den bilanz- durch einen solvenzorientierten Ausschüttungstest zu ersetzen.

18. So konnte ein neues, in seinen einzelnen Bestandteilen perfekt aufeinander abgestimmtes Gesamtsystem geschaffen werden. Das Stammkapital spielt an keiner Stelle mehr eine Rolle, allenfalls kann es freiwillig per Satzung als zusätzliches Schutzelement installiert werden. Das Ziel, den Gesellschaftern weitgehende Flexibilität zu gewähren, wurde damit erreicht. Ebenso positiv ist das Vorgehen zu bewerten: Nur ein so lange andauernder Gesetzgebungsprozess, an dem auch die Wissenschaft durch ausführliche Gutachten beteiligt war, wird den weitreichenden Auswirkungen dieser Radikalreform gerecht.

19. Durch die umfassende Deregulierung kann das niederländische Gesellschaftsrecht allerdings kaum mehr Gläubigerschutz entfalten. Nur noch in Bezug auf die Ausschüttungen wird das Verhalten der Beteiligten präventiv gesteuert. In den Fokus rückt das Haftungsrecht, das in den Niederlanden traditionell durch auslegungsbedürftige Generalklauseln geprägt ist und besonders die Krisenphase in den Blick nimmt. Im Mittelpunkt steht der Geschäftsführer, der die Interessen von Gesellschaftern und Gläubigern ausgleichen soll und daher primärer Adressat der Haftungstatbestände ist. Dies deckt sich jedoch nicht mit der durch Nähebeziehungen zu den Gesellschaftern und deren Weisungs- und Abberufungsrecht schwachen Stellung des Geschäftsführers. Das Sagen haben in geschlossenen Kapitalgesellschaften in der Regel die Gesellschafter, wenn sie sich nicht sogar selbst als Geschäftsführer einsetzen. Ebenso fehlt es aufgrund der allgemein formulierten Haftungstatbestände an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit. Insbesondere für die Klientel der GmbH, die hauptsächlich aus unerfahrenen und juristisch unberatenern Gesellschaftern besteht, sind klare Anweisungen ein wichtiges Gut, um ihr Verhalten zu steuern und den intendierten Gläubigerschutz zu erzeugen. In diesem Modell wären die Gläubiger also noch viel stärker als bisher darauf verwiesen, für ihren Schutz selbst zu sorgen.

20. Doch auch dies kann nicht allen Gläubigern gelingen. Als Mittel zum Selbstschutz stehen vertragliche Nebenbestimmungen (Covenants) und traditionelle Kreditsicherheiten zur Verfügung. Beide eignen sich jedoch nur begrenzt. Covenants können zwar eine flexible, auf die besonderen Risiken des Unternehmens bezogene Lösung darstellen. Hierfür sind aber ausgiebige Vertragswerke vonnöten, deren Kosten sich nur bei hohen Transaktionsvolumina rechtfertigen. In solchen Größenordnungen bewegen sich bei der GmbH nur wenige Gläubiger, die zudem ihrerseits geneigt sein werden, sich durch die Vertragswerke auf Kosten anderer Gläubiger Vorteile versprechen zu lassen. Einen gesetzlichen Minimalschutz können Covenants folglich nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen. Ein ähnliches Problem ergibt sich bei Kreditsicherheiten. Diese gleichen die besonderen Gefahren der beschränkten Haftung nicht aus, sondern führen nur zu einer Vorrangstellung in der Insolvenz. Auch hierdurch werden große Gläubiger bevorzugt, die sich einen solchen Vorteil viel häufiger verschaffen können. Haben sie sich durch den Vorrang weitgehend abgesichert, sinkt ihr Interesse, die Gesellschaft dauerhaft zu überwachen und gläubigerschädigendes Verhalten geltend zu machen. Insbesondere von Ausschüttungen können sie sogar profitieren, wenn sie mithilfe von Sicherheiten auch auf das Privatvermögen zugreifen können.

21. Nur große Gläubiger, insbesondere Finanzgläubiger, haben die Kompetenz und die Macht, sich ausreichend selbst zu schützen. In Bezug auf andere Gläubigergruppen versagt der Selbstschutz des Marktes. Während bei Deliktsgläubigern ein Risikoaufschlag und die Bestellung von Sicherheiten schon denklogisch ausgeschlossen sind, lohnt es sich für kleine vertragliche Gläubiger aufgrund der geringen Forderungshöhe oftmals nicht, weitreichende Informationen einzuholen. Meist würde ihnen auch die nötige Expertise fehlen, um diese auszuwerten und juristisch umzusetzen. Besonders

deutlich wird dies, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass auch Verbraucher und Arbeitnehmer zur Gruppe der Gläubiger gehören. Auch der allgemeine gesetzliche Schutz solcher benachteiligter Gruppen reicht als Kompensation nicht aus, insbesondere weil dadurch nicht die besonderen Risiken der beschränkten Haftung ausgeglichen werden, sondern die Schutzwirkung bei allen Arten von Schuldner eintritt.

22. Ein gesetzlicher Minimalschutz durch das Gesellschaftsrecht ist somit unbedingt zu fordern. Ein Minimalvertrauen in die Rechtsform ist durch den Gesetzgeber herzustellen, um den Rechtsverkehr nicht erlahmen zu lassen, was schon die Erfahrungen mit der Limited und der UG zu erkennen geben. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf einen Haftungsbeitrag der Gründer zu legen, sorgt doch schon der Markteintritt aussichtsloser Unternehmungen für ein Negativimage der Rechtsform. Darüber hinaus wird die Haftungssegmentierung durch Betriebsaufspaltungen als besonderes Problem ausgemacht, das durch einen Haftungsbeitrag wirksam bekämpft und auf sinnvolle Fälle beschränkt werden kann.

Vorschlag einer „flex-GmbH“

23. Aus alldem ergibt sich die Notwendigkeit, der erhaltenswerten GmbH anstatt der UG eine echte Alternativrechtsform, eine flex-GmbH, zur Seite zu stellen. Diese sollte mit einem völlig unterschiedlichen Gläubigerschutzsystem aufwarten und es ermöglichen, zusammen mit der GmbH jedem Gründer eine passende geschlossene Kapitalgesellschaft zur Verfügung zu stellen. Ein einziges „Allzweckmöbel“ reicht mittlerweile nicht mehr aus, um so verschiedenen Unternehmungen und Finanzierungsentscheidungen gerecht zu werden. Daher sollte der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte ins Inland verlagert werden, indem zwei Gesellschaftsformen um Gründer und Vertrauen am Markt buhlen.

24. Die flex-GmbH setzt auf Flexibilität und stellt den Gläubigerschutz nicht durch zwingende präventive Kontrollen, sondern durch Haftungstatbestände sicher, die passgenauen Schutz bieten können und nur gescheiterte Unternehmer belasten. Insbesondere das Gründungsstadium wird dereguliert. Das Mindestkapital und die Kapitalaufbringungsregelungen werden abgeschafft. Den Gläubigerschutz, der gegenüber dem Stammkapital nicht abgeschwächt werden sollte, stellen folgende Schutzinstrumente sicher, die alle im Kern auf die Aufrechterhaltung der Solvenz abzielen.

25. Den Schutz der Gläubiger in der Gründungsphase gewährleistet der Gründungsfinanzplan. Einen solchen haben die Gründer aufzustellen und mit den Gründungsunterlagen zum Register einzureichen, das ihn nichtöffentlich verwahrt und die Gesellschaft nur einträgt, wenn ein Finanzplan eingereicht wird, der nicht evident unzulänglich ist. Es muss die Geschäftsentwicklung der ersten beiden Jahre prognostiziert werden, insbesondere der Kapitalbedarf und der Eigenanteil der Gründer, für den auch Zeitpunkt, Art und Wert der Einlageleistung bestimmt werden müssen. Außerdem müssen Risiken der Planung aufgezeigt und mögliche Sicherheiten festgelegt werden. Kommt es innerhalb der ersten drei Jahre zur Insolvenz, haften die Gründer, wenn die von ihnen festgesetzte Kapitalisierung offensichtlich unzureichend war, die Beiträge nicht wie beschrieben erbracht wurden oder sie trotz einer wesentlichen Abweichung des Geschäftsverlaufs vom Finanzplan das Unternehmen ohne Veränderungen weiterbetrieben haben. Sie haften, wie auch ihre Rechtsnachfolger, gesamtschuldnerisch, wobei der Richter, um die Einzelfallgerechtigkeit zu wahren,

die Höhe der Haftung nach freiem Ermessen bestimmt. Die an der Planerstellung beteiligten Geschäftsführer können nach den allgemeinen Regeln zur Haftung herangezogen werden.

26. So kann die Gründungsphase flexibel und ohne allzu große Belastungen reguliert werden, indem der von den Gründern festgestellte tatsächliche Bedarf des Unternehmens in den Mittelpunkt der Kapitalaufbringungspflicht rückt. Durch die Verschiebung der Kontrolle in nachlaufende Schutzmechanismen wird vermieden, dass jedem noch so seriösen Unternehmen Kosten entstehen. Dennoch wird der Haftungstatbestand durch den Bezug auf den Finanzplan rechtssicher und mit einer klaren Verhaltensanweisung ausgestattet. Der Finanzplan garantiert eine ausreichende Anfangskapitalisierung und schützt redliche, aber zu euphorische Gründer vor übereilten Gründungen, da sie sich ernsthaft mit den Chancen und Risiken der Unternehmung auseinandersetzen müssen. Darüber hinaus macht er die Entscheidung der Gründer nachvollziehbar und damit für das Gericht überprüfbar, womit diese vor Rückschaufehlern und einer allzu verständnislosen Beurteilung der Richter geschützt werden. Außerdem können Gläubiger auf die Vorlage des Finanzplans durch die Gesellschaft vor Abschluss der Geschäfte mit dieser bestehen und somit eine informierte Kreditentscheidung einschließlich der adäquaten Risikoprämie treffen.

27. Die Kapitalaufbringung ist sodann ausschließlich an der Selbstverpflichtung durch den Finanzplan zu messen. Daher sind Umgehungen, wie sie bisher zuhauf auftraten, nicht zu erwarten. So reicht es aus, eine Sacheinlage im Finanzplan zu bewerten, ohne dass eine teure Überprüfung notwendig ist. Außerdem kann festgesetzt werden, dass der Geschäftsbetrieb schon vor der Eintragung beginnt, und sogar Dienstleistungen können sukzessive als Einlage erbracht werden. Haftungsfallstricke wie die Vor-GmbH, verdeckte Sacheinlagen und das Hin- und Herzahlen bestehen für diese Gesellschaftsform nicht.

28. Ausschüttungen werden anhand eines Solvenztests beurteilt, der sich am niederländischen Vorschlag orientiert. So hat der Geschäftsführer bei jeder Ausschüttung zu prüfen, ob die Gesellschaft zahlungsfähig bleibt, und dafür insbesondere die Rentabilität, Solvabilität und Liquidität heranzuziehen. Die Prognose hat das nächste Jahr zu umfassen und muss weder veröffentlicht noch testiert werden. In den ersten beiden Geschäftsjahren muss darüber hinaus kontrolliert werden, ob die Ausschüttung der Finanzplanung widerspricht. Stellt der Geschäftsführer Gefahren für die Solvenz des Unternehmens oder die Plangerechtigkeit fest, hat er die Ausschüttung zu verweigern, eine mögliche Überschuldung ist allerdings unschädlich. Lässt der Geschäftsführer die Ausschüttung zu, obwohl er wusste oder wissen musste, dass Zahlungsschwierigkeiten entstehen können, haftet er in Höhe der Ausschüttungssumme. In diesem Fall sind auch die Gesellschafter zur Rückerstattung des erhaltenen Betrags verpflichtet. Subjektive Voraussetzungen aufseiten der Gesellschafter sind für die Rückerstattungspflicht nicht notwendig, sie kommen erst bei der Frage nach einer Regressmöglichkeit zum Tragen. Hatte der Geschäftsführer die Gesellschafter nicht ausreichend aufgeklärt und blieb ihnen daher die prekäre Situation verborgen, können sie sich beim Geschäftsführer schadlos halten. Waren sie jedoch bösgläubig, kann der Geschäftsführer von ihnen die Erstattung verlangen, falls er von den Gläubigern zuerst herangezogen wurde.

29. Damit wird ein flexibles Ausschüttungskriterium geschaffen, das an die Liquiditätsplanung durch den Finanzplan anknüpft und diesen jährlich fortschreibt. Durch die nicht an subjektive Kriterien geknüpfte Haftung der Gesellschafter besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, den zu Unrecht abgeflossenen Betrag zurückzuerhalten. Präventiv wirkt sich die Gestaltung des Regresses aus: So

wird der Geschäftsführer, um sich schadlos halten zu können, für eine ordnungsmäÙe Unterrichtung der Gesellschafter sorgen. Wird diesen die prekäre Lage schonungslos vor Augen geführt, können Ausschüttungen mit Schädigungspotential soweit als möglich vermieden werden.

30. Den Gläubigerschutz komplettiert der Insolvenzachsuss, der insbesondere in der Krisenphase regelnd eingreift. Mit der Feststellung von Insolvenzgründen durch das Insolvenzgericht werden die Gesellschafter verpflichtet, gesamtschuldnerisch einen Nachschuss von mindestens 25.000€ zu erbringen. Der Nachschuss wird bei jeder Insolvenz, nicht nur bei Masselosigkeit, fällig, und Voreinzahlungen werden nicht anspruchsmindernd berücksichtigt. Der Nachschuss wird vom Insolvenzgericht eingezogen und unterliegt der Justizbeitreibung. Eine Ausnahme von der Nachschusspflicht ist nur vorzusehen, wenn ein freiwilliger Insolvenzantrag mit den Voraussetzungen für ein Schutzschirmverfahren nach §270b InsO vorliegt.

31. Der Nachschuss dient dazu, den zwingenden Haftungsbeitrag der Gesellschafter sicherzustellen. Dieser wird als „Austrittsgebühr“ in diesem Modell nur dann verlangt, wenn es tatsächlich zu einer Gläubigerschädigung gekommen ist, sodass Gesellschafter solventer Unternehmen nicht belastet werden. Durch die drohende Haftung haben die Gesellschafter auch in der Krise, wenn das Eigenkapital bereits aufgebraucht ist, noch etwas zu verlieren, weshalb der Anreiz für opportunistische Verhaltensweisen nivelliert wird. Nur ein frühzeitiges Eingreifen, solange die Restrukturierung noch ohne Insolvenzantrag gelingen kann, verhindert die Zahlungspflicht, sodass gerade das Verhalten im Vorfeld der Insolvenz eine hervorgehobene Stellung einnimmt. Sollte eine Insolvenz dennoch unvermeidbar sein, so hilft der Nachschuss, eine Abweisung mangels Masse abzuwenden. Durch die Verfahrenseröffnung wird mit dem Insolvenzverwalter ein Spezialist eingesetzt, der sich um die Aufdeckung von Fehlverhalten und die Durchsetzung der Haftung ebenso kümmert wie um die Gleichbehandlung der Gläubiger, von der insbesondere Kleingläubiger profitieren. Nur bei einer solch effektiven Haftungsdurchsetzung kann diese auch ihre präventive Funktion der Verhaltenssteuerung erfüllen.

32. Ergänzend ist auf die bekannten Tatbestände der Existenzvernichtungshaftung und der Insolvenzverschleppungshaftung zurückzugreifen. Die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe ist weiterhin notwendig, um Betrügern das Handwerk zu legen. Die speziellen Haftungstatbestände sind mit einer begrenzten Haftung ausgestattet, um nicht auch für redliche Gründer allzu abschreckend zu wirken, und müssen daher ergänzt werden, wenn ein besonders skrupelloser Gesellschafter planmäßig die Gläubiger schädigt. Ebenso reicht der Insolvenzachsuss nicht allein aus, um die rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrags zu garantieren. Dies ist weiterhin durch die Insolvenzverschleppungshaftung zu erreichen, deren Durchsetzung durch die gesicherte Verfahrenseinleitung verbessert wird. Um zu verhindern, dass die Gesellschafter Druck auf den Geschäftsführer ausüben, keinen Insolvenzantrag zu stellen, sollten auch diese haftbar gemacht werden, wenn sie trotz Kenntnis der Insolvenzgründe diesbezüglich Einfluss auf den Geschäftsführer genommen haben. Statt dies wie bisher im Rahmen einer Beihilfehandlung zur Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers zu bestrafen, muss ein eigener Haftungstatbestand geschaffen werden, der einen deutlicheren Appell an die Gesellschafter aussendet. Darüber hinaus sollte der Geschäftsführer Regress nehmen dürfen, was ihn dazu bewegen wird, die Gesellschafter frühzeitig aufzuklären.

33. So ergibt sich im Ganzen eine flexible Rechtsform, die auf die für die Gläubiger kritischen Momente bei der Gründung, bei Ausschüttungen und in Krisensituationen mit passgenauen Instrumenten reagiert. Diese schaffen ein repressives Gläubigerschutzsystem, dessen Schwächen in der Durchsetzbarkeit und der Vorhersehbarkeit deutlich abgemildert werden. Mit klaren Appellen ausgestattet, zeigen die Haftungstatbestände auch eine wahrnehmbare präventive Wirkung, die das Verhalten der Beteiligten effektiv steuern kann. Besondere Flexibilität schafft die Trennung von Betriebs- und Haftkapital. So kann Eigenkapital frei ein- und ausgezahlt werden, was Anreize zu einer verbesserten Eigenkapitalausstattung schafft. Darüber hinaus können die Mitgliedschaftsrechte im Innenverhältnis flexibel ausgestaltet werden, da Haftung und Einzahlungspflicht nicht länger von der Anzahl der Anteile abhängen. Im Übrigen kann auf die Organisationsverfassung der GmbH zurückgegriffen werden. Mit diesen Gestaltungsmöglichkeiten, die denen einer Personengesellschaft angenähert sind, wird dem rechtstatsächlichen Bild einer personalistisch ausgestalteten geschlossenen Kapitalgesellschaft entsprochen. So könnte eine für Gesellschafter wie Gläubiger gleichermaßen interessante Rechtsformalternative geschaffen werden.

Hinweis: Die Arbeit erscheint unter dem Titel „Flex-GmbH statt UG: Eine attraktive Schwester für die alte GmbH“ im Jahr 2015 in der AHW-Reihe des Verlags Heymanns, Köln.