Die englische Limited mit Sitz in Deutschland – Auslöser für die Reform des deutschen GmbH-Rechts

Wintersemester 2012/2013

Prof. Dr. Heribert Hirte, LL.M. (Berkeley)

Nachgefragt

Der Anfang vom Ende der GmbH droht

▶ Was bedeutet das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Anerkennung ausländischer Firmen für die deutsche GmbH?

—

Im europäischen Ausland registrierten Gesellschaften, deren tatsächliche Verwaltung in Deutschland ihren Sitz hat, dürfen deutsche Gerichte nicht die Anerkennung versagen, wenn sie nach ihrem „Heimatrecht" in einer solchen Lage die Rechts- und Parteifähigkeit nicht verlieren. Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) vor wenigen Wochen mit seinem Urteil in der Sache „Überseering" auf Vorlage des Bundesgerichtshofs entschieden (Urteil vom 5. November 2002 – C-208/00; F.A.Z. vom 7. November).

Heribert Hirte
Hochschullehrer

Damit sind ausländische Kapitalgesellschaften im Inland zwar noch nicht zwingend als solche anzuerkennen. Insbesondere ist ihnen noch nicht sicher die Berufung auf die beschränkte Haftung der juristischen Person zu erlauben, auch wenn sie die inländischen Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllen. Aber langsam setzt sich doch die Erkenntnis durch – und Andeutungen im Urteil des EuGH lassen ebenfalls diesen Schluß zu –, daß dies nur noch ein kleiner und folgerichtiger Schritt ist, den der EuGH bei nächster Gelegenheit tun dürfte.

Die englische, niederländische oder luxemburgische „GmbH" mit Sitz in Deutschland wird damit zur echten Alternative. Und ein Rechtsberater wird jedenfalls bald auch verpflichtet sein, seinen Mandanten auf diese Möglichkeit unternehmerischer Betätigung hinzuweisen.

Wie sollte sich der deutsche Gesetzgeber vor diesem Hintergrund verhalten? Er könnte zum einen fremdenrechtliche Regelungen erlassen, mit denen „inländische Auslandsgesellschaften" auf deutsches Niveau „hochgehievt" werden. Das ist ein unsicheres Unterfangen. Denn der EuGH hat schon in der „Überseering"-Entscheidung klargestellt, daß die in diesem Zusammenhang immer wieder genannten Gesichtspunkte des Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes – jedenfalls in ihrer Pauschalität – nicht als europarechtlich zulässige Rechtfertigung für die Errichtung solcher Abwehrinstrumente ausreichen. Auf Zeit mag allerdings ein solches Vorgehen eine gewisse Sicherheit bieten.

Der deutsche Gesetzgeber kann aber auch die Herausforderung aufnehmen und die deutsche GmbH so ausgestalten, daß sie gegenüber den „inländischen Auslandsgesellschaften" wettbewerbsfähig bleibt. Das beinhaltet ein Minimalprogramm von drei Punkten. Zunächst sollte das Erfordernis eines Mindeststammkapitals aufgegeben werden; vielmehr sollte es den Gründern überlassen werden, ob sie ein Stammkapital festlegen. Eine solche Regelung wäre (noch) keine vollständige Abkehr vom jetzigen Kapitalaufbringungssystem, denn Ausschüttungen aus dem Gesellschaftsvermögen blieben nach wie vor verboten, weil sie eine Reduktion des Kapitals auf unter Null bedeuten würden. Ergänzend sollte die Rechtsprechung bei Gestaltungen, mit denen wie beim Mantelkauf die Regelungen über Kapitalaufbringung und -erhaltung umgangen oder unterlaufen werden, eher Liberalität walten lassen, als das historische Konzept durchzusetzen. Zweitens sollte das Erfordernis notarieller Beurkundung für die Übertragung von Geschäftsanteilen gestrichen werden. Und schließlich sollte die Zahl der von der unternehmerischen Mitbestimmung erfaßten Gesellschaften deutlich reduziert werden.

Es bleibt nicht viel Zeit. Denn wenn sich erst einmal ein anderes Land als Gründungsland für Gesellschaften und deren Export etabliert hat, wird man dessen Position nur noch schwer angreifen können. Das lehren die erfolglosen Versuche zahlreicher anderer Bundesstaaten in den Vereinigten Staaten, die dominierende Rolle von Delaware als Gründungsstaat anzugreifen.

—

Professor Dr. Heribert Hirte, LL.M., ist Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-, Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg sowie Professeur am Centre universitaire de Luxembourg. Foto Archiv

Quelle: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. Januar 2003, Nr. 18, Seite 19.

AGENDA

Vergleich der Rechtsformen GmbH und Ltd. mit inl. Verwaltungssitz

- **Gründungsvoraussetzungen**
- **Rechungslegung, Publizität und Prüfung**
- **laufender Geschäftsbetrieb**

Rechtsprechungsübersicht

- Sitztheorie versus Gründungstheorie
- EuGH- und BGH-Judikatur

Ausgestaltung der Limited mit Sitz in Deutschland

- Organisationsverfassung
- Betriebsstättenanknüpfung
- Mitgliedschaft
- Finanzverfassung
- Auflösung und Insolvenz
- Umwandlung und Konzernrecht

Fazit und Reaktionen des deutschen Gesetzgebers

- Mindestkapital
- Masseanreicherung und Gläubigerschutz
- Bestellungsverbote
- Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit
- Wegzug ins Ausland

GRÜNDUNGSVORAUSSETZUNGEN DER DEUTSCHEN GMBH UND DER LIMITED

Vergleich der Rechtsformen (1/3)

	deutsche GmbH	englische Limited
Stammkapital	mindestens 25.000 €, § 5 Abs. 1 GmbHG; Ausnahme jetzt: Unternehmergesellschaft	mindestens 1 GBP
Verwaltungsorgane	Geschäftsführer, § 6 GmbHG	Board of Directors, Sec 154 ff CA 2006 Secretary (optional), Sec. 270 CA 2006
Beschränkung	Straftaten nach §§ 283 ff. StGB (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG a.F.); jetzt deutlich erweitert	Directors Disqualification Companies Directors Disqualification Act
Formvorschriften für Gründung	Notarielles Beurkundungserfordernis, § 2 Abs. 1 Satz 2 GmbHG	Registration documents (Sec. 9 ff CA 2006) – auch elektronisch möglich (Unterzeichnung auch durch inl. RA)
Bearbeitungszeit durch das Register	Früher: bis mehrere Monate (dezentrales Handelsregister)`; jetzt deutlich schneller	ein bis drei Tage (zentrales Gesellschaftsregister in Cardiff)
Registered Office	jetzt: besonderer Empfangsvertreter nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG n.F.	Notwendigkeit eines Registered Offices in UK, Sec 16 (4) CA 2006

GRÜNDUNGSVORAUSSETZUNGEN DER DEUTSCHEN GMBH UND DER LIMITED

Vergleich der Rechtsformen (2/3)

	deutsche GmbH	englische Limited
Prüfungspflichten Sacheinlagen	Prüfungspflicht; durch MoMiG reduziert	• keine vergleichbare Prüfungspflicht • aber Verbot der Unter-pari-Emission • Gebot korrekter Bilanzierung
Kreditbesicherung	Sicherungsübereignung	*floating charge*
Gerichtsstand	Deutschland	England
Eintragung der Vertretungsberechtigung	Eintragungspflicht im Handelsregister, § 33 HGB	Gesetzliche Vertretungsmacht des Board of Directors, Sec 40 CA 2006
Kosten Gründung	• ca. 400 € Beurkundung; ca. 100 € Eintragung; ca. 300 € Veröffentlichungen • jetzt für UG § 41d KostO: kein Mindestwert	• 29 € Eintragung • 200 – 2.500 € Beratungskosten

Die Attraktivität der Ltd. bestand – jedenfalls früher – in geringeren Gründungskosten, schnellerer Abwicklung und dem fehlenden Mindestkapitalerfordernis.

RECHNUNGSLEGUNG, PUBLIZITÄT UND PRÜFUNG

Vergleich der Rechtsformen (3/3)

	deutsche GmbH	englische Limited
Rechnungslegung	• Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung • Buchführungspflicht, § 238 HGB • Jahresabschluss, § 242 HGB • Sondervorschriften, §§ 264 ff. HGB	• Rechnungslegung in GB, Sec. 380 ff CA 2006 • keine Anwendbarkeit deutscher Vorschriften (str.); früher Konsequenz der Maßgeblichkeit
Publizität	• Registerpublizität, § 325ff.HGB • (lange Zeit) kein allgemeines elektronisches Handelsregister, insbesondere kein elektronischer Zugang zu Jahresabschlüssen	• Publizitätspflichten in GB, Sec. 441 ff CA 2006 • schon früher öffentlich elektronisch einsehbar • Annual Return, Sec. 854 ff. CA 2006
Prüfungspflicht	• Prüfungspflicht bei Erreichung der Größenkriterien, §§ 316 ff. HGB	• Prüfungspflicht bei Erreichung der Größenkriterien, Sec. 475 ff. CA 2006

AGENDA

Vergleich der Rechtsformen GmbH und Ltd. mit inl. Verwaltungssitz

- Gründungsvoraussetzungen
- Rechungslegung, Publizität und Prüfung
- laufender Geschäftsbetrieb

Rechtsprechungsübersicht

- **Sitztheorie versus Gründungstheorie**
- **EuGH- und BGH-Judikatur**

Ausgestaltung der Limited mit Sitz in Deutschland

- Organisationsverfassung
- Betriebsstättenanknüpfung
- Mitgliedschaft
- Finanzverfassung
- Auflösung und Insolvenz
- Umwandlung und Konzernrecht

Fazit und Reaktionen des deutschen Gesetzgebers

- Mindestkapital
- Masseanreicherung und Gläubigerschutz
- Bestellungsverbote
- Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit
- Wegzug ins Ausland

DIE SITZTHEORIE GEHT VOM RECHT AM TATSÄCHLICHEN VERWALTUNGSSITZ DER GESELLSCHAFT AUS

Sitztheorie

Recht am tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft

Keine identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung

Ausländische Kapitalgesellschaften	**Inländische Kapitalgesellschaften**
Nichtanerkennung bei Verwaltungssitz-verlegung ins Inland	Auflösung bei Verlegung des Verwaltungssitzes vom Inland ins Ausland
Anwendung der §§ 105 ff. HGB bzw. der §§ 705 ff. BGB	Liquidation der Gesellschaft

DIE GRÜNDUNGSTHEORIE GEHT VOM RECHT DES STAATES DER GRÜNDUNG DER GESELLSCHAFT AUS

Gründungstheorie

Recht des Staates der Gründung der Gesellschaft

identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung

Ausländische Kapitalgesellschaften	**Inländische Kapitalgesellschaften**
Anerkennung bei Verwaltungssitz-verlegung ins Inland	Keine Auflösung bei Verlegung des Verwaltungssitzes vom Inland ins Ausland

Anwendung des Gesellschaftsrechts des Staates,
in dem die Gesellschaft gegründet wurde

RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS ZUR NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

Niederlassungsfreiheit – Art. 49 ff. AEUV (= Art. 43 ff. EG)

Daily Mail Ltd. (1988)	Auflösungsfolge bei Sitzverlegung ins Ausland
Centros Ltd. (1999)	Gründung von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften
Überseering BV (2002)	Anerkennung der Partei- und Rechtsfähigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften
Inspire Art Ltd. (2003)	niederländisches „Abwehrgesetz“ für ausländische Kapitalgesellschaften
de Lasteyrie du Saillant (2004)	Unzulässigkeit sofort fälliger französischer Wegzugsbesteuerung für *natürliche* Personen
SEVIC (2005)	Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzung

RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS ZUR NIEDERLASSUNGSFREIHEIT (II)

Niederlassungsfreiheit – Art. 49 ff. AEUV (= Art. 43 ff. EG)

Cartesio (2009)	keine aus der Niederlassungsfreiheit abzuleitende *Wegzugs*freiheit
National Grid Indus BV (2011)	Wegzugsbesteuerung auch nicht realisierter stiller Reserven (Kursgewinne) bei *juristischen* Personen: keine sofortige Fälligkeit der Steuer bei Wegzug
VELA (2012)	Wegzug
## (20##)	##
## (20##)	##
## (20##)	##

EuGH-JUDIKATUR DURCH BGH ANERKANNT UND AUF EWR (LIECHTENSTEIN) SOWIE USA ERSTRECKT

Nationale Rechtsprechung

Endgültige Anerkennung der EuGH-Judikatur durch

BGH (v. 14.3.2005 - II. Zs.) ZIP 2005, 805 = JZ 2005, 848 *(Rehberg)* = BB 2005, 1016

Erstreckung auf

EWR (Liechtenstein): BGHZ 164, 148 = ZIP 2005, 1869 = DStR 2005, 1870

USA (Grundlage: **Deutsch-Amerikanischer Freundschaftsvertrag** vom 29. Oktober 1954 [BGBl. II 1956, 487]; der eine ausdrückliche Anknüpfung an das Gründungsstatut enthält):

- jedenfalls bei *genuine link* (Übertragung der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten innerhalb der EU): BGH (II. Zs.) ZIP 2004, 1549 = NZG 2004, 1001 = NJW-RR 2004, 1618 = DStR 2004, 1841 = EWiR § 128 HGB 1/04, 919 *(Paefgen);*
- *äußerst geringe* wirtschaftliche Beziehungen zu den USA sollen ausreichen: BGH (I. Zs) ZIP 2004, 2230 = BB 2004, 2595 (*Elsing*) = DStR 2004, 2113 (*Goette*) (GEDIOS)

nicht aber sonstige **Drittstaaten***:*

- **Schweiz***:* BGH (II. Zs.) ZIP 2008, 2411 = NJW 2009, 289 *(Kieninger)* („Trabrennbahn“)
- **Singapur**: BGH (IX. Zs.) ZIP 2009, 2385

GRUNDSÄTZLICH DAS RECHT DES MITGLIEDSTAATES ANWENDBAR, IN DEM DIE GESELLSCHAFT GEGRÜNDET WURDE

Anwendbares Recht

Anwendung des *Gründungs*rechts

Rechtsfähigkeit

- Parteifähigkeit
- Insolvenzfähigkeit
- Grundbuchfähigkeit
- Kaufmannseigenschaft
- Komplementärfähigkeit

Organisationsverfassung
Finanzverfassung

Anwendung *deutschen* Rechts

Eingriff in die Niederlassungsfreiheit

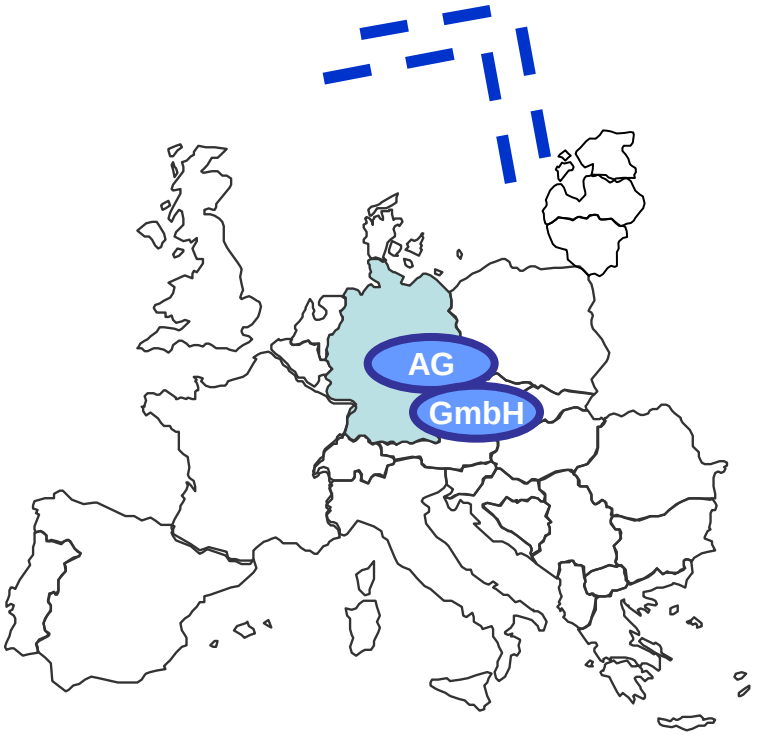
- Rechtfertigung anhand der Maßstäbe von Segers, Überseering und Inspire Art. Ltd.
  - zwingende Gründe des Gemeinwohls
  - nicht diskriminierend
  - verhältnismäßig
- Missbrauch

Deutsches Gesellschaftsrecht ist nur unter engen Voraussetzungen anwendbar.

SITZVERLEGUNG DEUTSCHER KAPITALGESELLSCHAFTEN FÜHRTE BISLANG ZUR AUFLÖSUNG DER GESELLSCHAFT

Keine Sitzverlegung ins Ausland möglich, da Auflösungsfolge

Schlechterstellung deutscher Gesellschaften gegenüber ausländischen Gesellschaften



Problematik der Inländerdiskriminierung

AGENDA

Vergleich der Rechtsformen GmbH und Ltd. mit inl. Verwaltungssitz

- Gründungsvoraussetzungen
- Rechungslegung, Publizität und Prüfung
- laufender Geschäftsbetrieb

Rechtsprechungsübersicht

- Sitztheorie versus Gründungstheorie
- EuGH- und BGH-Judikatur

Ausgestaltung der Limited mit Sitz in Deutschland

- **Organisationsverfassung**
- **Betriebsstättenanknüpfung**
- **Mitgliedschaft**
- **Finanzverfassung**
- **Auflösung und Insolvenz**
- **Umwandlung und Konzernrecht**

Fazit und Reaktionen des deutschen Gesetzgebers

- Mindestkapital
- Masseanreicherung und Gläubigerschutz
- Bestellungsverbote
- Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit
- Wegzug ins Ausland

ORGANISATIONSVERFASSUNG

Bestellung und Rechtsstellung der Direktoren / Vertretung der Gesellschaft	Englisches Recht (abweichend möglicherweise, soweit die Regelungen auch Gläubigerschutz bezwecken); zum Strafrecht BGH ZIP 2010, 1233, 1235 Tz. 18 ff: Pflichten i.R. der Untreue nach englischem Recht; Anstellungsvertrag aber nach Vertragsstatut: LAG Stuttgart ZIP 2010, 1619 f.
Beschlussfassung in der Gesellschafter-versammlung [1)]	Englisches Recht (auch internationale Zuständigkeit englischer Gerichte: BGHZ ## = ZIP 2011, 1837 [sehr zweifelhaft]) (beides ungeklärt für Nebenabreden)
Informationsrecht der Gesellschafter	Englisches Recht
Aufnahme, Austritt und Ausschluss von Gesellschaftern	Englisches Recht
Regelungen des Anlegerschutzes	Möglicherweise Recht des „Marktortes“ (Qualifikation des Bezugsrechts?)

Anmerkungen: [1)] einschließlich des Minderheitenschutzes

MITBESTIMMUNG

Betriebliche Mitbestimmung	Unternehmerische Mitbestimmung
Recht des Ortes der Betriebsstätte	Gesellschaftsstatut
Anwendung deutschen Rechts, §§ 1ff. BetrVG 1952	Anwendung deutschen Mitbestimmungsrechts ***nur*** aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls

RECHNUNGSLEGUNGS- UND OFFENLEGUNGSPFLICHTEN DER LIMITED MIT SITZ IN DEUTSCHLAND

	Rechnungslegungspflicht	Publizitätspflicht
englisches Recht	- Buchführungspflicht (Original Accounting Records), Sec.386 CA 2006	- Offenlegung des Jahresabschlusses gegenüber Companies House innerhalb von 10 Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres, Sec. 441 CA 2006 - Erstellung des Annual Returns, Sec. 854 CA 2006
deutsches Recht (Zweigndl.)	- nicht anwendbar	- Einreichung des Jahresabschlusses der englischen Limited zum deutschen Handelsregister am Verwaltungssitz nach § 325a HGB (Zweigniederlassung) - Jahresabschluss kann in englischer Sprache eingereicht werden (EuroBilG)

In der Praxis wird von Kleinunternehmen häufig ein nach den deutschen HGB Vorschriften erstellter Jahresabschluss beim Companies House in Cardiff eingereicht.

BETRIEBSSTÄTTENANKNÜPFUNG

Begründung einer Zweigniederlassung	• Noch nicht abschließend geklärt • AG Duisburg, Beschl. V.12.09.2003: „argumentum a minore ad maius“ • BGH ####
IHK Mitgliedschaft	Nach dem Gesetzeswortlaut erstreckt sich die Pflichtmitgliedschaft auch auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland, § 2 Abs. 1 IHKG
Gewerberechtliche Anzeigepflicht	Ja, allerdings schon nach altem Recht kein Erfordernis des Genehmigungsnachweises für die Gewerbeausübung bei Gründung der Gesellschaft nach § 8 I Nr. 6 GmbHG a.F.; § 37 IV Nr. 5 AktG a.F.
Sozialversicherungs-pflicht von Geschäftsführern	Nein, mangels gesetzlicher Regelung
Betriebliche Mitbestimmung	Deutsches Recht

MITGLIEDSCHAFT

Anteilsübertragung	Anteilsübertragung
Gesellschaftsstatut	Recht des Marktortes
Anwendung englischen Rechts	Anwendung deutschen Rechts

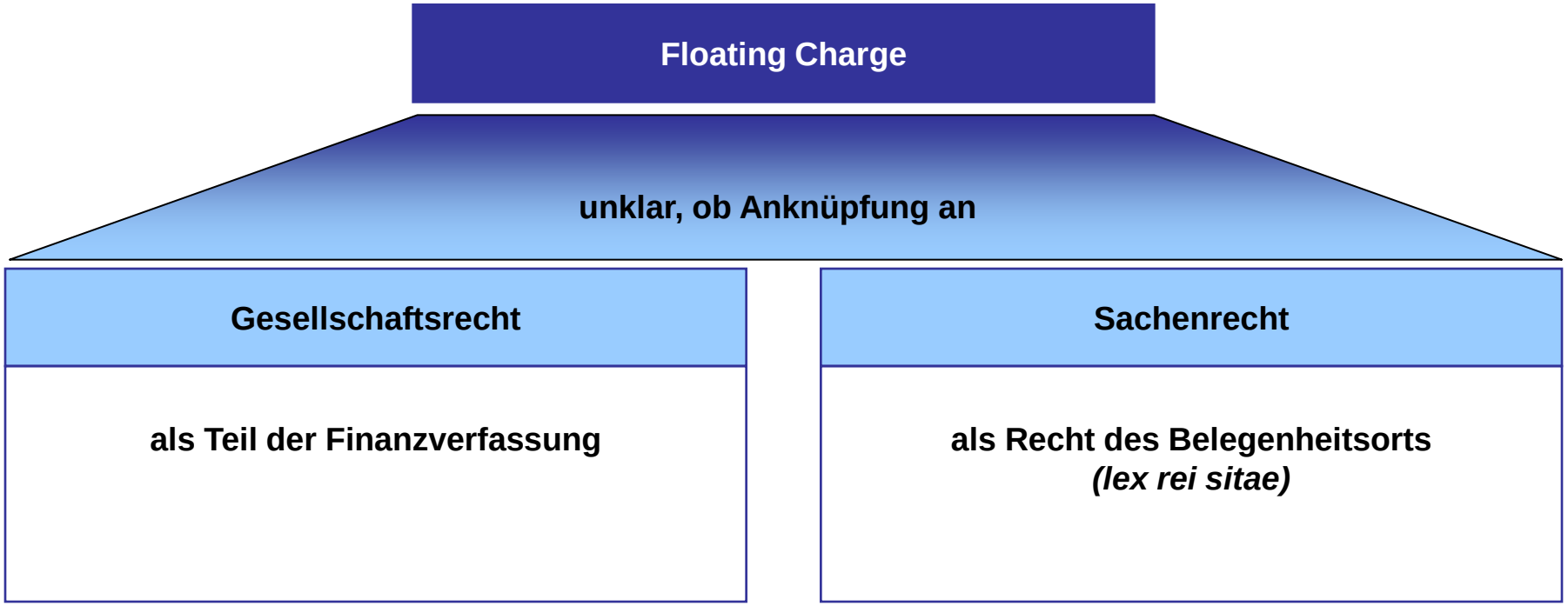
FINANZVERFASSUNG

Grundsatz:
Anerkennung als beschränkt haftende juristische Person

Sonderanknüpfung zum Zwecke des Gläubigerschutzes?

Durchgriffshaftung	? →	• Unverhältnismäßigkeit • Diskriminierung
Existenzvernichtender Eingriff	? →	• Allgemeiner Haftungstatbestand für unterkapitalisierte Gesellschaften?
culpa in contrahendo	? →	• Fehlende Aufklärung über schlechte Finanzverfassung • Ausschluss über deutliche Firmierung möglich
Deliktsrecht	? →	• Im Grundsatz ja • Aber nicht, wenn Bezug zum Gesellschaftsrecht

KREDITBESICHERUNG



INSOLVENZRECHT (1/2)

Gesellschaftsrecht	Verfahrensrecht
Recht des Gründungsstaates	**Recht des Staates der Verfahrens-eröffnung *(lex fori concursus)***

Abgrenzung durch internationalprivatrechtliche Qualifikation
aber: Vereinbarkeit der Qualifikation mit der EuInsVO erforderlich

INSOLVENZRECHT (2/2)

Insolvenzfähigkeit	Rechtsfähigkeit
Zuständigkeit	Art. 3 Abs.1 EuInsVO grundsätzlich Satzungssitz, aber ausnahmsweise tatsächlicher Interessenmittelpunkt
Insolvenzantragsrecht	Anwendung der §§ 13 ff. InsO (also nicht das deutlich weiter reichende englische Antragsrecht des Gläubigers)
Insolvenzantragspflicht	Gesellschaftsrechtliche Qualifikation ➔ Anwendung der Bestimmungen des Gründungsstaates (keine Pflicht in England, aber *wrongful trading*) Insolvenzrechtliche Qualifikation ➔Anwendung der § 15a InsO (früher § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG)
Insolvenzanfechtung	Insolvenzrecht (Art. 4 Abs. 2 m) EuInsVO), aber nur wenn Anfechtbarkeit auch nach Recht des Gründungsstaates zu bejahen ist (Problem bei kapitalersetzenden Darlehen)
Haftungsverwirklichung	Grundsätzlich Gesellschaftsrecht; aber streitig für § 64 (früher Abs. 2) GmbHG/ *wrongful trading / action en comblement du passif* (EuGH: Insolvenzrecht)

„ANSPRUCHSGRUNDLAGEN“ NACH ENGLISCHEM RECHT

Grundsatz

Ansprüche der Gesellschaft gegen die Direktoren

- **Gewinnherausgabe nach *case law* bei Verstoß gegen die *no-conflict-rule* („*corporate opportunity*“)**
- **Kodifizierte Ansprüche bei Verstößen gegen Konfliktregeln in Sec. 188 ff. CA 2006**
- **Schadenersatzansprüche aus Verletzungen der Sorgfaltspflicht („*duty of care and skill*“) und anderer jetzt in den Sec. 170 ff. CA 2006 kodifizierter Pflichten**
- **Ansprüche wegen Bilanzfälschung**

Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter

- **Einlageansprüche aus dem *contract of subscription*, ggf. auch aus der Satzung nach Sec. 33 CA 2006**
- **Rückgewähransprüche bei unzulässigen Ausschüttungen**
- **Haftungsansprüche für Pflichtverletzungen als „*shadow directors*“ (Sec. 251 CA 2006)**

Ansprücher der Gläubiger gegen Direktoren oder Gesellschafter

- **Durchgriffshaftung (“*piercing the veil*”) nach *case law*: “*fraud exception*”**
- **Persönliche Haftungsansprüche wegen Sonderbeziehung**
- **Sec. 216, 217 IA („*phoenix companies*“)**

AUFLÖSUNG

Folgen der Löschung im englischen Handelsregister

Vermögensanfall an die Krone (Sec. 1012 CA 2006)

Bildung einer (gesondert insolvenzfähigen) deutschen Spaltgesellschaft
(OLG Düsseldorf ZIP 2010, 1852, 1853)

UMWANDLUNG

SEVIC Entscheidung des EuGH	Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten
13.12.2005 Rs. C-411/2003	Richtlinie 2005/56/EG Abl. L 310/1 vom 25.11.2005
Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des deutschen Umwandlungsrechts	Gemeinschaftsrechtliche Regelung zur Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen, die dem Recht unterschiedlicher Mitgliedsstaaten unterliegen

KONZERNRECHT

= Schutzrecht für die Gläubiger und die außenstehenden Gesellschafter einer *abhängigen* Gesellschaft

nach h.M. Anknüpfung an deren Gesellschaftsstatut (Nationalität ebenso wie Rechtsform eines *herrschenden Unternehmens* sind ohne Bedeutung)

Einfache Abhängigkeit

Schutz einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft *deutschen Rechts* nach deutschem Konzernrecht

Schutz einer in Deutschland ansässigen Schein-Auslandsgesellschaft nach deren (Konzern-)Recht

- **daher für Limited allgemeine Rechtsbehelfe**
- **Sonderanknüpfung deutschen Konzernrechts kaum zu rechtfertigen (daher kein Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG)**

Vertragskonzern

Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit des Vertragsschlusses bei Schein-Auslands-gesellschaft nach deren (Konzern-)Recht

Schein-Auslandsgesellschaft kann steuerrechtlich sowohl Organgesellschaft wie Organträger sein

Folge: Anwendbarkeit der §§ 302, 303 AktG zu Gunsten der Organgesellschaft *qua* Vereinbarung

POLITISCHE FOLGERUNGEN

Im Wettbewerb mit dem ausländischem Recht ist eine Reform des deutschen Rechts erforderlich

- kein Abwehrgesetz nach niederländischem Vorbild

  aber: Ausdehnung inländischer Bestellungsverbote

- Aufnahme des Wettbewerbes mit dem ausländischen Recht

  durch:
  + Abschaffung der Kapitalaufbringungsvorschriften, mindestens aber die Herabsetzung des erforderlichen Mindest-Stammkapitals
  + Verschärfung von § 64 Abs. 2 GmbHG
  + Abschaffung, mindestens aber Verringerung der Beurkundungserfordernisse
  + Diskussion über die Grenzen des Mitbestimmungsrechts
  + gesetzliche Einführung der Gründungstheorie
  + Lobby für die deutsche GmbH

AGENDA

Vergleich der Rechtsformen GmbH und Ltd. mit inl. Verwaltungssitz

- Gründungsvoraussetzungen
- Rechungslegung, Publizität und Prüfung
- laufender Geschäftsbetrieb

Rechtsprechungsübersicht

- Sitztheorie versus Gründungstheorie
- EuGH- und BGH-Judikatur

Ausgestaltung der Limited mit Sitz in Deutschland

- Organisationsverfassung
- Betriebsstättenanknüpfung
- Mitgliedschaft
- Finanzverfassung
- Auflösung und Insolvenz
- Umwandlung und Konzernrecht

Fazit und Reaktionen des deutschen Gesetzgebers

- **Mindestkapital**
- **Masseanreicherung und Gläubigerschutz**
- **Bestellungsverbote**
- **Zustellprobleme bei Vertreterlosigkeit**
- **Wegzug ins Ausland**

FAKTISCH HAT(TE) DIE LIMITED EINE BEDEUTENDE WETTBEWERBSPOSITION ZUR DEUTSCHEN GMBH ERREICHT

Fazit zum Vergleich zwischen Ltd. und GmbH

Kernthesen

1	Rechtsfähigkeit	• die Limited als ausländische Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland hat Rechtsfähigkeit erlangt
2	Gründung	• Gründung einer Ltd. innerhalb weniger Tage ohne Problematik Vorgesellschaft möglich • kostengünstige Gründung, allerdings Folgekosten auf Grund des Registered Offices in UK
3	Insolvenz	• tatsächlicher Interessenmittelpunkt ist maßgebend
4	Haftungsbeschränkung	• grundsätzlich beschränkt haftende juristische Person • Sonderanknüpfung zum Zwecke des Gläubigerschutzes
5	Wettbewerb der europ. Rechtsformen	• kein Abwehrgesetz, aber Ausdehnung der Bestellverbote • Reform der Kapitalaufbringungsvorschriften und der Beurkundungserfodernisse

AUSLÖSER DER DISKUSSION

Beschluss derJustizministerkonferenz auf ihrer Herbstkonferenz am 14. November 2002

- Verbesserung des Gläubigerschutzes
- Bekämpfung der „organisierten Bestattung“ von Gesellschaften (Stellungnahme von *Hirte*, ZInsO 2003, 833)

„Wettbewerb der Rechtsformen“

- Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit
- später auch aufgenommen in Beschlusslage der JuMiKo

GESETZGEBERISCHE REAKTION

- RefE eines „Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (MiKaTraG)“ vom 30.11.2004 (unv.)
- RegE eines „Mindestkapitalgesetzes“ (BT-Drucks. 15/5673; wegen Diskontinuität gescheitert)
- RefE eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ vom 29.5.2006 (Inkrafttreten: 1. Oktober 2007?).

ALTERNATIVEN ZUM GESETZGEBER?

FRANKFURTER ALLGEMEINE SONNTAGSZEITUNG, 12. SEPTEMBER 2004, NR. 37

Droht Insolvenz?

Selbst in schwierigen Fällen bieten wir konkrete Lösungen an. Binnen 24 Stunden übernehmen bzw. vermitteln wir Ihr Unternehmen (GmbH/KG/AG) in gebotener notarieller Form. In diesem Zusammenhang wird der Geschäftsführer abberufen und entlastet. Wir verfügen über jahrelange Erfahrung, arbeiten bundesweit und qualifizieren uns durch hervorragende Referenzen. Durch ein neues Unternehmenskonzept ermöglichen wir einen Neuanfang. Ausführliche Informationen im Internet.

Juricon GmbH
Tel.: 030/25460-70, Fax: -730

Web: www.juricon.de
eMail: info@juricon.de
– Keine Rechtsberatung –

Sanierungsbedarf? Insolvenzgefahr?

Die **DST Deutsche Sanierungstreuhand GmbH** unterstützt Sie, wenn in Ihrem Unternehmen Sanierungsmaßnahmen notwendig sind oder gar die Insolvenz droht.
Wir erarbeiten maßgeschneiderte Konzepte zur Lösung Ihrer Finanzprobleme. Dabei vermitteln wir gerne auch erfahrene und qualifizierte Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Sofern Sie sich von Ihrem Unternehmen trennen wollen, können wir auch Käufer für Unternehmen in schwieriger Lage vermitteln. **Mit unserer Hilfe können Sie auch die Möglichkeit nutzen, die Geschäftsleitung und den Geschäftssitz Ihres Unternehmens in andere EU-Staaten zu verlegen.**
Wir verfügen über Niederlassungen in Frankfurt/Main, Berlin, Hamburg, Hannover, Köln, Landau und Leipzig und arbeiten nicht nur in Deutschland, sondern in allen wichtigeren Ländern der EU mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern zusammen. Für eine erste Anfrage steht Ihnen gerne unsere Frankfurter Zentrale zur Verfügung.

DST Deutsche Sanierungstreuhand GmbH
Telefon: 0049-69-97557500

Keine Rechtsberatung

ODER SO?

Inkasso Team Moskau: **Wir sind kein herkömmliches, normales, zugelassenes Inkassounternehmen! Und wollen es auch nicht sein.**

Wenn Sie so etwas suchen, wenden Sie sich an ein Inkassounternehmen
oder den Bundesverband für Inkassounternehmen.
Suchen Sie mehr? Dann **ITM – Moskau Inkasso**
Oder etwas anderes, dann auch
ITM, das Inkasso Team Moskau mehr…

Schauen Sie sich unsere Infoseiten an mehr…
Interessenten erhalten das Passwort (**+49(0)30 398 33 838**)

Oder sprechen Sie mit uns einmal über Ihrer Probleme mehr…

In unserer Deutschen Zentrale
von ITM – Moskau Inkasso
werden auch die Sprachen:

Englisch, Spanisch, Russisch,
Iranisch und Hebräisch
gesprochen

Interessanter Artikel aus der BILD Zeitung:

MINDESTKAPITAL?

Erhöhung der Eigenkapitalquote; aber:

- kein Bezug zum realen Kapitalbedarf; deshalb
  - teilweise zu hoch
  - teilweise zu niedrig
- „punktueller Ansatz“

„Seriositätskontrolle“; aber:

- wenig zielgenau
- deshalb verfassungsrechtlich bedenklich

ALTERNATIVEN?

Eigenkapital: „Solvenztest“

- zeitliche Perspektive?
- zusätzliches Polster?
- ansatzweise in Rechtsprechung zum „existenzvernichtenden Eingriff“ und jetzt in § 64 Abs. 2 GmbHG n.F.
- indirekte Mechanismen?

MoMiG

Seriositätskontrolle: *Directors Disqualification*

- Abkoppelung vom Strafrecht
- aufbauend auf dem vorhandenen § 35 GewO
- Verzahnung (zentralisiert) mit dem Handelsregister

MoMiG ZUR KAPITALAUFBRINGUNG

- Senkung des Mindeststammkapitals von € 25.000 auf € 10.000 (§ 5 GmbHG-E)
- unverändert: Erfordernis hälftiger Einzahlung bei Gründung (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG)
- Ausdrückliche Gestattung des *cash pooling* (§ 30 GmbHG-E, § 57 AktG-E)

MoMiG ZU BESTELLUNGSVERBOTEN

- Erweiterung der Inhabilitätsgründe bei der Bestellung (§ 8 Abs. 2 GmbHG-E, § 76 Abs. 3 AktG-E)
- auch in Bezug auf „Zweigniederlassungen“ (§ 13 Abs. 3 Satz 2 HGB-E)
- unverändert: nur Straftaten, jetzt sogar nur Vorsatz

MASSEANREICHERUNG

- Krisenverschleppungshaftung: einheitliche Haftungsgrundlage
  - zeitliche Vorverlagerung (*wrongful trading*; *Hirte*)
  - persönlicher Anwendungsbereich
- Spekulationshaftung: § 826 BGB *(Haas)*

(KAPITALERSETZENDE) GESELLSCHAFTERDARLEHEN

- Verlagerung in das Insolvenzrecht
  - Subordination aller Gesellschafterforderungen unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Gewährung
  - (erneute!) Abschaffung der „Rechtsprechungs-regeln“
  - keine Verhaftung des Nutzungsrechts mehr
- Rückforderung innerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 InsO (zu kurz?)

(WEITERE) REFORM DES ANFECHTUNGSRECHTS?

- Ersatz von Kapitalaufbringung/-erhaltung durch §§ 133, 134 InsO?
- Verbesserung der Anfechtung bei Grenz-überschreitung
  - Einschränkung von Art. 4 Abs. 2 m) EuInsVO
  - Ausdehnung der *vis attractiva concursus* auf Insolvenzanfechtungsklagen
- Kollektive Feststellung des *moment of truth* (157 RegE InsO)

INSOLVENZAUSFALLRISIKO?

- Abschaffung der Insolvenzantrags-pflicht?
- Erstreckung der Insolvenzantragspflicht (bzw. einer modifizierten Handlungs-pflicht) auf die Gesellschafter

MoMiG: ERWEITERUNG VON INSOLVENZ-ANTRAGSRECHT UND -PFLICHT AUF GESELLSCHAFTER

- alle Gesellschafter, auch Minderheitsgesellschafter (str.)
- Kenntnis von Führungslosigkeit und Insolvenzgrund wird vermutet
- im Falle von „Führungslosigkeit“ (35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, 78 Abs. 1 Satz 2 AktG-E)
  - rechtliche (Abberufung/Amtsniederlegung des einzigen/letzten Geschäftsführers)
  - faktische (Geschäftsführer mit unbekanntem Aufenthaltsort)

ZUSTELLPROBLEME BEI VERTRETERLOSIGKEIT

- Pflicht zur Eintragung der *inländischen* Geschäfts-anschrift in das Handelsregister (8 Abs. 4 GmbHG-E, 37 Abs. 3 AktG-E, 29, 106 HGB-E)
- Zustellvertreter (englisches Modell) kann ins Handelsregister eingetragen werden (10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG-E, 39 Abs. 1 Satz 2 AktG-E, 13e Abs. 2 Satz 4 HGB-E)
- Erleichterung der öffentlichen Zustellung (132 BGB) bei fehlender bekannter *inländischer* Anschrift (einschließlich des neuen Zustellvertreters) (15a HGB-E, 185 ZPO-E)

ANTWORT NEUE RECHTSFORM:

- Unternehmergesellschaft (haftungs-beschränkt) (UG)
- durch MoMiG auf Initiative des MdB (CDU) *Jürgen Gehb* eingeführt

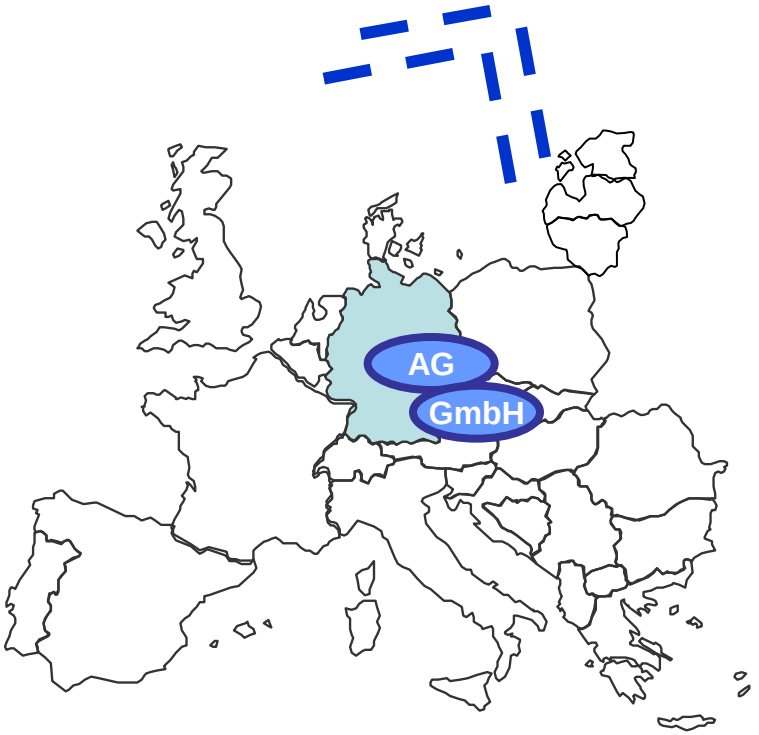
WEITERE ÄNDERUNGEN (OHNE BEZUG ZUM GLÄUBIGERSCHUTZ)

- Gründung der Einpersonen-GmbH ohne Sicherheitsleistung (Aufhebung von § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG)
- Gutgläubiger Erwerb von Geschäfts-anteilen durch Aufwertung der Gesell-schafterliste (§ 16 Abs. 3 GmbHG-E); aber: *keine* Änderungen bei den Beur-kundungserfordernissen

ERMÖGLICHUNG DER SITZVERLEGUNG DEUTSCHER KAPITALGESELLSCHAFTEN INS AUSLAND DURCH AUFHEBUNG VON § 4a GMBHG, § 5 ABS. 2 AKTG (FOLGE BISLANG U.U.: AUFLÖSUNG DER GESELLSCHAFT)

Keine Sitzverlegung ins Ausland möglich, da Auflösungsfolge

Schlechterstellung deutscher Gesellschaften gegenüber ausländischen Gesellschaften



Problematik der Inländerdiskriminierung

DAS ALLES – UND NOCH MEHR – KÖNNEN SIE NACHLESEN IN ...