

Forschungsassistentin Mag. Janine OELKERS¹⁾, Wirtschaftsuniversität Wien

Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz²⁾ (Teil I)

Das auf dem Mindestkapital aufbauende Gläubigerschutzkonzept wird verstärkt als ineffektiv und verzichtbar angesehen. Damit stellt sich nicht nur die Frage nach seiner tatsächlichen Leistungskraft, sondern auch jene nach Alternativen, vor allem für die GmbH, die der Insolvenzgefahr stärker als die AG ausgesetzt ist. Ein Rechtsvergleich öffnet den Blick für neue Gläubigerschutzmechanismen, die besser als das Mindestkapital geeignet sind, eine angemessene Eigenkapitalausstattung sicherzustellen.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
 1. Europäische Entwicklung
 2. Der europäische Wettbewerb fördert die Abkehr vom gesetzlichen Mindestkapital
 3. Europäische Charta für Kleinunternehmen
- II. Mindestkapital
 1. Das Mindestkapital als effizientes Gläubigerschutzinstrument?
 2. Warum kann das Mindestkapital keinen Haftungsfond bilden?
 - 2.1. Die Höhe des von den Gesellschaftern aufzubringenden Kapitals
 - 2.2. Die Art und Weise der Aufbringung des Kapitals
 - 2.3. Pflicht zur Kapitalaufstockung

I. Allgemeines

1. Europäische Entwicklung

Im Mai 2003 machte die Europäische Kommission mit ihrem Aktionsplan Gesellschaftsrecht³⁾ deutlich, dass für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), die sich nicht an den öffentlichen Kapitalmarkt wenden, die Regelungsvielfalt gefördert werden soll. Damit stellte sie zugleich klar, auf der Ebene der GmbH – entgegen manchen rechtspolitischen Forderungen⁴⁾ – keinen Handlungsbedarf für eine Vereinheitlichung zu sehen.

Somit zeichnet sich auf europäischer Ebene ein Kapitalgesellschaftsrecht der zwei Richtungen ab;⁵⁾ einerseits das einer stetig fortschreitenden Harmonisierung unterliegende Aktienrecht, andererseits das GmbH-Recht, welches der eigenständigen Regelung durch die Mitgliedstaaten überlassen bleibt.⁶⁾

Abgesehen von den Angleichungen durch die 1., 4., 7., 8., 11. und 12. Richtlinie, die sich vor allem auf die Verkehrsfähigkeit und Rechnungslegung beziehen, sind die Mitgliedstaaten in der Gestaltung der GmbH – bzw ihrer jeweiligen Äquivalente – frei von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Diese weit gehende Freiheit stellte die Weichen in Richtung Deregulierung: Die rechtliche Vielfalt begründete – beschleunigt durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften⁷⁾ –

einen Standortwettbewerb, welcher wiederum einen Prozess der Liberalisierung des GmbH-Rechts in Gang setzte.⁸⁾

2. Der europäische Wettbewerb fördert die Abkehr vom gesetzlichen Mindestkapital

Nach und nach erkennen die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten, dass die nationalen Rechtsordnungen bezogen auf

¹⁾ Frau Mag. Janine Oelkers ist Mitarbeiterin des START-Forschungsprojekts „Organisation und Vermögensordnung im Recht der Kapitalgesellschaften“ an der Wirtschaftsuniversität Wien. S www.start-law.at.

²⁾ Der Beitrag war Gegenstand eines Vortrags im Rahmen eines Seminars des Instituts für Bürgerliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien, gehalten in Rust am 23.1.2004. Das Vortragsmanskript wurde für die Publikation erweitert und aktualisiert.

³⁾ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, 21.5.2003, online abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/plan.

⁴⁾ Lutter, Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 9.

⁵⁾ Krause, Die Stellung von KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 24/2003, 747-751.

⁶⁾ Zum sog Spill-over-Effekt der europäischen Gesellschaftsrechtlichen Richtlinien: Wymeersch, Unternehmensrecht in Europa – Perspektiven einer Harmonisierung, in: 40 Jahre Römische Verträge, Schriften des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit, Vol 9 (1998), 187 bis 203. Zwar hat die Ausdehnung des Anwendungsbereiches mancher Richtlinienbestimmungen auf nicht erfasste Rechtsformen, insb auf die GmbH, mancherorts zur einer qualitativen Verbesserung des nationalen Gesellschaftsrechts geführt (in Österreich so im Bereich des Verschmelzungs- und Spaltungsrechts); unbestritten ist jedoch, dass an anderen (und zahlreichen) Stellen gerade dadurch eine stärkere Einengung und Belastung der geschlossenen Gesellschaften erzielt wurde. Zur Erstreckung der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (77/91/EWG) vom 13.12.1976 auch auf die GmbH s Fleischer in: Michalski, GmbHG (2002) Syst Darst 6 Rz 80; Wouters, European Company Law: Quo Vadis, CMLR 2000, 257 bis 307 (264), Rider/Andenas, Developments of European Company Law. The Quest for an Ideal Form for Small Business (1999).

⁷⁾ Die Bejahung der Gründungstheorie durch den EuGH erlaubt es den Gründern einer (Kapital-)Gesellschaft, den Gründungsort als Anknüpfungspunkt und damit mittelbar das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht unabhängig von dem Verwaltungssitz frei zu wählen. Vgl Adensamer/Eckert, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, GeS 2/2004, 52 bis 66; Zollner in Kalss, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes (2002) 51.

⁸⁾ S dazu auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 330.

die Gestaltung der attraktivsten Rahmenbedingungen für Unternehmen in Konkurrenz zueinander stehen und reagieren auf diese Herausforderung, indem sie die Struktur der Rechtsform GmbH entschlacken.⁹⁾ Allein die Zulassung der sog. „GmbH-Light“ in Spanien und Frankreich mit geringeren Anforderungen im Bereich der Kapitalaufbringung und einem beschleunigten Gründungsprozess¹⁰⁾ ist Ausdruck der Bemühung, die Position im innereuropäischen Wettbewerb zu verbessern und der Abwanderung in fremde Rechtsordnungen entgegenzutreten.¹¹⁾

Spanien setzte den Deregulierungsprozess im April 2003 mit der Verabschiedung des Gesetzes über die sog. *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (SLNE)¹²⁾, welche als optionale GmbH-Form eingeführt wurde, in Gang. Die SLNE entspricht in ihrer Grundkonzeption der GmbH, deren Regime jedoch vereinfacht und auf die Bedürfnisse kleinerer und mittlerer Unternehmen zugeschnitten ist.¹³⁾ Neben einer beschleunigten Gründung¹⁴⁾ liegen die bedeutendsten Neuerungen in der Herabsetzung der Buchhaltungsanforderungen sowie in der Gewährung von Steuerhilfen.¹⁵⁾

Frankreich etablierte kurze Zeit später, im August 2003, durch die Verabschiedung des *loi pour l'initiative économique* (LIE) eine Gesellschaft ähnlicher Gestalt und vereinfachte die Gründung¹⁶⁾ und Finanzierung der *société à responsabilité limitée* (SARL) in noch weiter gehendem Maße als Spanien. Mit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Förderung der Wirtschaft¹⁷⁾ wurde die Verpflichtung, ein Mindestkapital von bislang 7.500 Euro aufzubringen, zur Gänze aufgegeben. Die Kapitalausstattung steht nunmehr ausschließlich im Ermessen der Gründer, sie können die Höhe des Stammkapitals in der Satzung frei bestimmen,¹⁸⁾ sodass auch GmbH-Gründungen mit 1 Euro Stammkapital zulässig sind.

Nachdem Frankreich als erster kontinentaleuropäischer Staat¹⁹⁾ von der Anforderung, eine Gesellschaft mit einem vorgeschriebenen Eigenkapital-Sockel auszustatten, abgerückt ist, leitete jüngst auch das deutsche Bundesministerium für Justiz eine Diskussion über die Zweckmäßigkeit des Mindestkapitals ein.²⁰⁾ Zeitgleich verzeichnet die deutsch-britische Handelskammer eine deutlich erhöhte Nachfrage nach der Rechtsform der englischen *Private Limited Company (Ltd)*²¹⁾, welche sich nicht nur durch ein Mindestkapital von 1 Pfund Sterling, sondern auch durch sehr geringe Gründungskosten aus-

⁹⁾ S. Eidenmüller, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 50/2002, 2233 ff sowie Koppensteiner, Centros und die Folgen, Gesellschaftsrecht in der Diskussion (1999) 151 ff; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 327 ff.

¹⁰⁾ Mit Bezug auf diesen auch als „Blitz-GmbH“ bezeichnet.

¹¹⁾ S. Bervoets/Lembeck, Die GmbH-Light – ein Trend in Europa, SWI 7/2004, 355 ff; für Spanien: Vietz, GmbHR 1/2003, 26 bis 28, Fröhlingsdorf, Die neue spanische GmbH: Neues Unternehmen, RIW 08/2003, 584 ff; für Frankreich: Becker, Verabschiedung des Gesetzes über die französische Blitz-S.A.R.L., GmbHR 19/2003, dieselbe, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische Blitz-S.A.R.L., GmbHR 12/2003.

¹²⁾ Am 2.6.2003 ist das spanische Gesetz 7/2003 über die *Sociedad Limitada Nueva Empresa* in Kraft getreten.

¹³⁾ Gesetzestextlich wurde in das bestehende GmbH-Gesetz (Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ein neues Kapitel (XIII) eingefügt, welches die für die SLNE geltenden Sondernormen enthält.

¹⁴⁾ Nach einer Studie des Kölner Instituts der deutschen Wirtschaft, welche basierend auf Untersuchungen der Weltbank am 22.4.2004 veröffentlicht wurde, dauert die Errichtung einer spanischen GmbH derzeit bis zu 115 Tage. Unter Verwendung standardisierter Verträge soll die neue Gesellschaft hingegen binnen 24 Stunden nach der Errichtung der notariellen Urkunde in das Handelsregister eingetragen sein. Zu diesem Zweck wurde das einheitliche elektronische Dokument (*documento único electrónico*) eingeführt, aus dem sämtliche Daten – auch steuer- sowie sozialversicherungsrechtliche Angaben – hervorgehen. Das Dokument wird von dem mit der Gründung befassten Notar gemeinsam mit einer notariellen Urkunde an alle am Gründungsvorgang beteiligten Behörden weitergeleitet – damit wird ermöglicht, alle Gründungsschritte unter Nutzung der neuen Technologien bei Einhaltung der für den elektronischen Verkehr geltenden Sicherheitsstandards zu erledigen; S. Fröhlingsdorf, Die neue spanische GmbH: Neues Unternehmen, RIW 8/2003, 584 ff; Vietz, Verabschiedung des Gesetzes über die neue Blitz-GmbH in Spanien, GmbHR 1/2003, 26 ff sowie 09/2003, 523; zu den IW-Analysen: Kroker/Lichtblau/Röhl, Abbau von Bürokratie in Deutschland (2004).

¹⁵⁾ Damit setzt der spanische Gesetzgeber eine bereits 1995 eingeschlagene Linie fort: Damals wurde die spanische GmbH im Rahmen einer Neukodifizierung an das Recht der AG angeglichen, seitdem gründet sich ihre Attraktivität und Relevanz in der Praxis auf die im Vergleich zur AG geringeren Kapital- und Administrationsanforderungen. Dieser Vorteil wurde für die SLNE aufgegriffen und verstärkt, denn sie weist zusätzlich zum geringen Mindestkapital der klassischen GmbH in Höhe von 3.012 Euro reduzierte Jahresabschlussanforderungen sowie Steuererleichterungen auf; vgl. zur SLNE: Fischer, Das neue GmbH-Gesetz in Spanien, RIW 1/1996, 12 ff.

¹⁶⁾ Bereits 1981 richtete Frankreich einen One-Stop-Shop (*guichet unique*) für Unternehmensgründer ein: Das sog. *Centre de Formalités des Entreprises* (CFE) entwickelte sich zum zentralen Ansprechpartner für alle Gründungsformalitäten. Mit dem In-Kraft-Treten des neuen Gesetzes können nunmehr auch Unternehmenserklärungen via Internet (*déclaration d'entreprise par internet* – DIE) über den CFE wirksam erledigt werden. Art 4 LIE ändert in diesem Sinne das Gesetz n° 94-126 vom 11.2.1994 ab. Die näheren Modalitäten werden in einer Verordnung (*décret*) geregelt werden.

¹⁷⁾ Das Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, Journal officiel n° 179 du 5 août 2003, 13449 ff trat mit Ausnahme der steuerrechtlichen Bestimmungen, welche erst seit dem Jahreswechsel 2003/2004 geltendes Recht sind, am 6.8.2003 in Kraft; vgl. Becker, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische „Blitz-SARL“, GmbHR 12/2003.

¹⁸⁾ Art 1 LIE ändert in diesem Sinne Art L 223-2 Code de Commerce.

¹⁹⁾ Ratka, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, GeS 2004, 20.

²⁰⁾ Vgl. Bervoets/Lembeck, SWI 7/2004, 355 ff.

²¹⁾ Diese Entwicklung griff bereits auf Österreich über: Österreichische Firmen nach englischem Recht, FORMAT 10/2004, 73. Nach Hirte (Vortrag Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung des Deutschen Aktieninstituts v 15.11.2003) bedienen sich der Ltd in Deutschland derzeit primär drei Personengruppen: Unternehmer, die beabsichtigen, einen Handwerksbetrieb zu führen und weder selbst Meister sind noch einen solchen beschäftigen möchten; Gesellschaften, die mit einem hohen Insolvenzrisiko gegründet werden und die strafbewährte Versäumung der Insolvenzantragspflicht umgehen wollen; Gesellschaften, die von einem Geschäftsführer betrieben werden sollen, der die entsprechenden Erklärungen nach § 6 dGmbHG wegen einschlägiger Vorstrafen nicht abgeben kann, dh einem Bestellungsverbot unterliegt. Vgl. Heckschen, Deutsche GmbH vor dem Aus? Eine merkwürdige „wissenschaftliche“ Diskussion, GmbHR 2/2004, R 25 f. Für Österreich: Holoubek/Kalss/Kwapil/Raschauer, Der qualifizierte Konkurs im Finanzdienstleistungsbereich – Zugleich ein Beitrag zu den Tätigkeitsverboten, ÖBA (in Druck); Roth/Altmeyen, GmbHG⁴ (2003), § 6 Rz 9.

zeichnet,²²⁾ eine Entwicklung, die in den Printmedien aufgegriffen wird²³⁾ und das subjektive Empfinden nach Handlungsbedarf noch verstärkt.

Zuvor zeichnete sich bereits in den Niederlanden eine ähnliche Entwicklung ab: Im Dezember 2003 kündigte die niederländische Regierung die Vereinfachung des GmbH-Rechts an.²⁴⁾ Sie gab eine rechtsvergleichende Studie über Alternativen für den Kapitalschutz in Auftrag, in deren Rahmen zwei Wissenschaftlerinnen der Universität Groningen die Rechtssysteme des Vereinigten Königreichs, Australiens sowie der Niederländischen Antillen untersuchten.²⁵⁾ Zugleich wurde eine Expertengruppe beauftragt, Empfehlungen auszusprechen, wie den von Literatur und Praxis festgestellten Lücken und Schwachstellen des niederländischen GmbH-Rechts zu begegnen ist. Das Gutachten²⁶⁾ empfiehlt unter anderem die Abkehr vom System des Mindestkapitals bei gleichzeitiger Einführung der Geschäftsführerhaftung „*wrongful trading*“²⁷⁾. Ausschüttungen soll ein „*solvency test*“ vorangehen.²⁸⁾ Gemeinsam mit der rechtsvergleichenden Studie werden die Empfehlungen die Grundlage eines Gesetzesentwurfs bilden, der in Kürze vorgestellt werden soll.

Die aktuelle dynamische Situation in Europa ist mit dem amerikanischen Standortwettbewerb, der zu einer Deregulierung des Gesellschaftsrechts führte und durch die Begriffe *race to the bottom*²⁹⁾ sowie *Delaware-Effekt*³⁰⁾ geprägt ist, durchaus vergleichbar.³¹⁾ Obwohl die europäischen Gesetzgeber nicht dem Anreiz zusätzlicher Steuereinnahmen in Form der *franchise tax*³²⁾ unterliegen und Europa als Zusammenschluss verschiedener Kulturen, Sprachen und Kapitalmarktrechte dem Impuls der Abwanderung in eine benachbarte, liberalere Rechtsordnung entgegensteht,³³⁾ wurde

²²⁾ Ein Benchmarking der Europäischen Kommission, dessen Resultate zu Beginn des Jahres 2002 veröffentlicht wurden, legte die durchschnittlichen Kosten für die Gründung einer geschlossenen Gesellschaft mit 90 Euro fest. Für die Errichtung einer österreichischen GmbH wurde ein Betrag von 2.300 Euro ermittelt – der Höchstwert der Untersuchung.

²³⁾ Deutschland: *Priester*, Zu früh fürs Totenglöckchen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31.3.2004, 25; *Gehrmann*, Take it easy, Die Zeit vom 12.2.2004, 22; *Wettach*, Tschüss Deutschland, Wirtschaftswoche 43/2003, 83 f.; *Hirte*, Der Anfang vom Ende der GmbH droht, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.1.2003. Österreich: Österreichische Firmen nach englischem Recht, FOR-MAT 10/2004, 73.

²⁴⁾ In einem am 8.12.2003 dem Parlament präsentierten Aktionsplan legte der Staatssekretär für Ökonomische Angelegenheiten dar, wie er beabsichtige, die Unternehmenslandschaft in den Niederlanden zu verbessern: „In actie voor ondernemers [In Aktion für Unternehmer]“.

²⁵⁾ *Lennarts/Schutte-Veenstra*, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, Endbericht vom 31.3.2004, online abrufbar unter http://www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Onderzoek_kapitaalbescherming.asp?ComponentID=41467&SourcePageID=41138. Die Rechtsordnung der Niederländischen Antillen wurde wohl aufgrund ihrer Besonderheit, erst seit dem Jahr 2001 über eine GmbH (besloten vennootschap/BV) zu verfügen, in die Untersuchung einbezogen. In Einzelfragen des Kapitalschutzrechts verwiesen *Lennarts* und *Schutte-Veenstra* ferner auf die Rechtsordnungen Deutschlands, Belgiens, Kanadas und Neuseelands.

²⁶⁾ *De Kluiver et al*, Vereenvoudiging en flexibilisering van het nederlandse BV-recht, Endbericht vom 6.5.2004, online abrufbar unter http://www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Vereenvoudiging_BV_recht.asp?ComponentID=41135&SourcePageID=3520.

²⁷⁾ Das Konzept des *wrongful trading* findet sich zB im englischen Recht sowie in ähnlicher Form (*action en comblement du passif*) in Belgien und Frankreich. Es setzt in der Krise der Gesellschaft an und wirkt einer Insolvenzverschleppung entgegen: Geschäftsführer und Vorstände unterliegen einer persönlichen Haftung, wenn sie unter Verstoß gegen ihre Geschäftsleiterpflichten die Geschäfte der Gesellschaft fortsetzen, obwohl ihnen hätte bewusst sein müssen, dass für diese keine Überlebenschance besteht. S *Bachner*, Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection? EBOR 5 (2004) 293 bis 319; *Habersack/Verse*, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung, ZHR 168 (2004) 174 bis 215.

²⁸⁾ Zu einem entsprechenden Ergebnis kam auch eine Untersuchung in Großbritannien: *Rickford*, Leiter des Company Law Centers am British Institute of International and Comparative Law gründete im Mai 2003 eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe zur Kapitalerhaltung und zum Bilanzrecht mit dem Ziel, Alternativen zum geltenden Kapitalschutz zu erwägen. Der im Abschlussbericht enthaltene Vorschlag besteht aus zwei Teilen: Das Kapital, das Agio und andere gebundene Kapitalrücklagen sollen nicht mehr als Ausschüttungssperre fungieren; die Direktoren dürfen stattdessen ausschütten, wenn erstens die Aktiva der Gesellschaft ihre Passiva übersteigen (*bare net assets test*) und nach erfolgter Ausschüttung die Gesellschaft in der Lage bleibt, ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu erfüllen (*solvency test*). Vgl *Micheler*, Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht, Reformvorschläge mit Implikationen für Europa, ZGR 2004, 324-347.

²⁹⁾ 1933 stellte der Höchstrichter *Louis D Brandeis* ein „*race to laxity*“ zwischen den amerikanischen Bundesstaaten fest. *Cary* bereite diesen Ansatz 1974 wissenschaftlich auf und legte dar, wie sich das Fallrecht im Laufe der Jahrzehnte zu Lasten der Aktionäre entwickelt hat – er begründete so die Sichtweise des „*race to the bottom*“; vgl *Cary*, Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware, 83 Yale L J (1974) 663; *Gelter*, Wettbewerbsbedingungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 2004/26, 170 ff. Nach *Romano* hingegen führt der regulatorische Wettbewerb zu einer Optimierung des Rechts („*race to the top*“), da die im Wettbewerb stehenden Rechtsordnungen Fehlverhalten des Managements streng sanktionieren müssen, um Anleger zu Investitionen im betreffenden Bundesstaat zu veranlassen; vgl *Romano*, The Genius of American Corporate Law (1993), 139; *Röpke/Heine*, Zur Rolle supranationaler Gesellschaftsformen im Regulierungswettbewerb – eine juristische und ökonomische Betrachtung, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (2004, im Erscheinen) mwN.

³⁰⁾ Ende 1999 waren 57,75 % aller börsennotierten Gesellschaften in Delaware registriert, der Anteil der Gesellschaften nach dem Recht von Delaware an der New Yorker Börse nimmt kontinuierlich zu; vgl *Subramanian*, 150 University of Pennsylvania Law Review (2002) 1804. Die Vorrangstellung Delawares wurde Ende des 19. Jahrhunderts begründet, als New Jersey sein bis zu diesem Zeitpunkt äußerst liberales Gesellschaftsrecht aus politischen Erwägungen (Gouverneur *Woodrow Wilson* bewarb sich für das Präsidentenamt) aufgeben musste. Die in New Jersey ansässigen Unternehmen wanderten in das nahe gelegene Delaware ab, welches erst 1899 das Gesellschaftsrecht New Jerseys zu weiten Teilen übernommen hatte; Vgl umfassend *Gelter*, Wettbewerbsbedingungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 2004/26, 170 ff sowie *Easterbrook/Fischel*, die darauf hinweisen, dass in absoluten Zahlen vergleichsweise wenige Gesellschaften in Delaware registriert sind und es vielmehr Praxis sei, sich in dem Staat zu registrieren, in dem die Gesellschaft überwiegend tätig oder ansässig ist; vgl auch *De Kluiver* in *De Kluiver/Van Gerven*, Europe and the private company in The European Private Company? (1995), 35.

³¹⁾ Vgl *Kahan*, Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law, in: *Hopt/Wymeersch*, Capital Markets and Company Law (2003) 148; *Munari/Terrile*, The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law, in: *Ferrarini/Hopt/Wymeersch*, Capital Markets in the Age of the Euro (2002) 530 f.; *Grundmann*, Regulatory Competition in European Company Law – Some Different Genius? Capital Markets in the Age of the Euro (2002), 565 ff.

³²⁾ Dass die Eintragung einer großen Gesellschaft zu beträchtlichen Steuereinnahmen in Form der *franchise tax* führt, übt einen starken Anreiz auf die amerikanischen Bundesstaaten aus, Kapitalgesellschaften durch eine liberale Gesetzgebung anzulocken.

³³⁾ S *Handig*, Das Herkunftslandprinzip im Gesellschaftsrecht – Das EuGH-Erkenntnis „Inspire Art“, WBI 12/2003, 564.

durch den Verzicht auf eine Harmonisierung des GmbH-Rechts und begünstigt durch die EuGH-Rechtsprechung ein Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt auf den Weg gebracht, dessen Ergebnis die fortschreitende Liberalisierung dieser Gesellschaftsform ist.

3. Europäische Charta für Kleinunternehmen

Unterstützt wird diese Tendenz durch zahlreiche Initiativen auf der Ebene der Europäischen Union: Bereits 1997 sprachen sich die Staats- und Regierungschefs für eine Vereinfachung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für kleine und mittlere Unternehmen aus.³⁴⁾ Im Mai 2000 wurde die Charta für KMU in Feira/Portugal unterzeichnet – eine Herabsetzung der Zugangsschwelle zur Rechtsform der geschlossenen Gesellschaft bildete eines ihrer Ziele.³⁵⁾

Vor dem Hintergrund dieser Initiativen sowie der Rechtsprechung des EuGH stellt sich die Frage, ob der GmbH in ihrer heutigen Gestalt noch Wettbewerbsfähigkeit zukommt.³⁶⁾ Nicht nur die aufwändigen Gründungsformalitäten, sondern auch die komplexen Bestimmungen der Kapitalaufbringung und -erhaltung könnten im Zentrum eines Reformvorhabens stehen.³⁷⁾ Hierbei ist gerade die Frage nach der Aufrechterhaltung des Mindestkapitalerfordernisses rechtspolitisch umstritten, weshalb eine nähere Betrachtung der ihm zugerechneten Funktionen und Effekte lohnt:

II. Mindestkapital

1. Das Mindestkapital als effizientes Gläubigerschutzinstrument?

Zweifellos ist das im System der realen Kapitalaufbringung und -erhaltung³⁸⁾ eingebundene Institut des Mindestkapitals gerade für die GmbH³⁹⁾ als Instrument des Gläubigerschutzes konzipiert.⁴⁰⁾ Als solches bildet es einen Baustein der grundsätzlichen Regelungsphilosophie, dass die den Kapitalgesellschaften fehlende persönliche Haftung eines Gesellschafters durch deren Ausstattung mit ausreichendem Eigenkapital zu substituieren ist.⁴¹⁾ Bereits in der historischen Konzeption der GmbH von 1906 findet sich dieser Gedanke: Durch das Festsetzen einer Mindesteinlage sollte „ein hinreichendes Interesse der Teilnehmer an der Gesellschaft wach erhalten werden“.⁴²⁾

Schließlich verbleibt dem Gläubiger einer Kapitalgesellschaft nur der Zugriff auf die Gesellschaft selbst,⁴³⁾ während der Gesellschafter gleichzeitig lediglich mit dem Verlust derjenigen Summe rechnen muss, die er dem unternehmerischen Zweck bereits gewidmet hat – er riskiert nur seine Einlage.⁴⁴⁾

Der Grundsatz der beschränkten Haftung birgt so die Gefahr, das Risiko unternehmerischen Handelns in unverhältnismäßigem Umfang vom Unternehmer auf den Gläubiger zu verlagern.⁴⁵⁾ Dieser Gefahr tritt die den Gesellschaftern auferlegte Verpflichtung, ihrer Gesellschaft Eigenkapital zur Verfügung zu stellen, entgegen – sie entspricht somit dem Bedürfnis nach einer gerechten Risikoverteilung. Das Mindestkapital stellt sicher, dass ein gesetzlich ausgewiesener Betrag von den Gesellschaftern tatsächlich erbracht wird und in der Folge nicht wieder an sie zurückfließt.⁴⁶⁾

³⁴⁾ Europäischer Rat von Amsterdam, 16. und 17.6.1997. Im Anschluss an diesen Gipfel wurde von der Kommission eine Arbeitsgruppe mit der Bezeichnung *Business Environment Simplification Task (BEST) Force* eingerichtet, deren Empfehlungen in Form eines Schlussberichts 1998 veröffentlicht wurden; vgl. Krause, Die Stellung von KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 24/2003.

³⁵⁾ Bervoets/Lembeck, SWI 7/2004, 355 ff. Die Europäische Charta für Kleinunternehmen vom 19./20.6.2000 ist online abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/charter/charter_de.pdf. Ende 2000 nahm der Europäische Rat den Vorschlag der Kommission an, mittels eines Maßnahmenpakets die Position der KMUs vor allem hinsichtlich der Herausforderungen der Globalisierung zu stärken: Entscheidung des Rates 2000/819/EC vom 20.12.2000 über ein Mehrjahresprogramm für Unternehmen und unternehmerische Initiative, insbesondere für die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) (2001-2005), ABIL 333 vom 29.12.2000, S. 84.

³⁶⁾ Für Deutschland behandelnd *Altmeppen*: „Auch im Übrigen ist das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht keineswegs ‚unmodern‘, sondern – von Details abgesehen – vorbildlich für ein ‚Europäisches Recht‘“; vgl. *Altmeppen*, Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, NJW 3/2004, 103 f.; ferner *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271; *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2357.

³⁷⁾ Vgl. *Kallmeyer*, Bereinigung der Finanzverfassung der GmbH. Vorschlag für eine GmbH-Reform, GmbHR 07/2004, 377 bis 383; ebenso bereits *Hopt*, Verbesserter Zugang zu Risikokapital für Existenzgründer sowie kleine und mittlere Unternehmen, in: *Brandner-FS* (1996), 545 f.

³⁸⁾ Die Festlegung des bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft aufzubringenden Kapitals sowie die Begrenzung von Ausschüttungen an die Gesellschaft durch das Verbot der Einlagenrückgewähr sind Funktionen des Nennkapitals. Das Mindestkapital greift diese auf und tritt als eine eigene Schwelle hinzu, indem es den Spielraum der Gründer bei der Festsetzung des Nennkapitals begrenzt.

³⁹⁾ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 327 f.

⁴⁰⁾ S. nur *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 327.

⁴¹⁾ „Die Haftungsbeschränkung des Kapitalgesellschafters auf die Erfüllung seiner Einlage bedarf der Rechtfertigung. Sie ist kein naturrechtliches Phänomen und keine verfassungsmäßige Freiheit, vielmehr ein von der Rechtsordnung verliehenes Privileg“: so *Wiedemann* in: *Wiedemann/Bär/Dabin*, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH (1968), 6; ferner *Hopt*, The Rules of Capital Under Pressure of the Securities Market in Capital Markets and Company Law (2003) 95 ff.; deutlich auch *Priester*, Kapitalaufbringung, 100 Jahre GmbHG (1992) 159 und 186; sowie *Frey*, Vom gezeichneten zum garantierten Kapital in *Wiedemann-FS* (2002) 857, die von der „Eintrittskarte“ der Kapitalzuführung sprechen; ebenso *Enriques/Macey*, Creditors versus capital formation: The case against the European Legal Capital Rules, *Cornell Law Review*, 86/2001, 1173: „The basic justification for European-style legal capital rules aimed at protecting creditors is that compliance with such rules is the price that firms must pay to obtain the benefits of limited liability“.

⁴²⁾ EBRV 236 BlgHH 17. Sess. 57 f. Im Aktienrecht hingegen stellte sich die Aufgabe, Schwindelgründungen durch die Beurteilung der Ernsthaftigkeit des Gründungswillens zu verhindern, lange Zeit nicht, da zunächst das Privilegien- und später (ab Beginn des 19. Jahrhunderts) das Konzessionssystem der freien Errichtung einer AG entgegenstanden. Eine Mindestkapitalschwelle, die auf alle Gesellschaften gleichermaßen anzuwenden ist, wurde erst mit dem In-Kraft-Treten des Goldbilanzengesetzes 1925 eingeführt – sie betrug 500.000 Schilling.

⁴³⁾ So *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept (1995) 89 f.; ferner *Pisko*, Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmannes (1910) 14; *Lutter*, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964) 41.

⁴⁴⁾ *Wiedemann* in *Wiedemann/Bär/Dabin*, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH (1968) 18 f.

⁴⁵⁾ So bereits die EB zum GmbHG; vgl. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 320; *Lutter*, Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften in *Riesenfeld-FS* (1983) 166.

⁴⁶⁾ *Klose-Mokroß*, Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel der Lehre von der verdeckten Sacheinlage (1997) 62.

Während ursprünglich der Gedanke im Vordergrund stand, den Gläubigern einen Haftungsfond zur Deckung ihrer Ansprüche zur Verfügung zu stellen⁴⁷⁾, wird heute der verhaltenssteuernde Effekt des Mindestkapital-Konzepts hervorgehoben: Die Anforderung, die Gesellschaft mit einem gewissen Eigenkapitalbetrag auszustatten sowie das darauf aufbauende Bewusstsein, einen Teil des finanziellen Risikos an der Unternehmung zu tragen, wirken disziplinierend auf den Gesellschafter. Hingegen erhöht das Wissen, nicht persönlich für seine Entscheidungen einstehen zu müssen, die unternehmerische Risikobereitschaft. Dieser als *Moral Hazard*⁴⁸⁾ bekannte Effekt birgt eine Gefahr für den Gläubiger, der zu seinen Lasten unverantwortliche Spekulationen befürchten muss.⁴⁹⁾

Dieses Konzept hat seine Stärken, rasch zeigen sich aber auch große Schwächen: Ein Gläubiger ist daran interessiert, seinen Kapitaleinsatz bei Fälligkeit des Darlehens einschließlich der vereinbarten Zinsen zurückzuerhalten. Zu diesem Zeitpunkt ist für ihn die Lebensfähigkeit des Unternehmens bedeutsam, da er davon ausgeht, dass sein Kredit aus den Zahlungsströmen der Gesellschaft befriedigt wird.⁵⁰⁾ Selbst in dem Fall, in dem der laufende *Cash-flow* zur Deckung der Verbindlichkeiten nicht mehr ausreicht, ist das Mindestkapital nur insofern relevant, als es erste Verluste abfedert und somit den Eintritt einer Insolvenz verhindert oder zumindest verzögert.⁵¹⁾ Im Zeitpunkt der Insolvenz der Gesellschaft ändert sich die Situation: Das Unternehmen wird nicht weitergeführt, sondern zerschlagen. Die Gläubiger sind auf den Erlös aus der Verwertung angewiesen – jetzt haben sie ein großes Interesse daran, dass die Gesellschaft noch über ein unbelastetes Vermögen, einen Haftungsfond, verfügt.⁵²⁾

Spätestens im Stadium der Insolvenz jedoch zeigt sich deutlich, dass das Mindestkapital keinen werthaltigen Haftungsfond bildet, da regelmäßig jegliches Kapital verbraucht ist.⁵³⁾ Im Jahr 2003 wurden in Österreich 2.686 Konkursanträge mangels Masse abgewiesen, diese Zahl beinhaltet eine Steigerung in Höhe von 11,1 % gegenüber dem Vorjahr.⁵⁴⁾

2. Warum kann das Mindestkapital keinen Haftungsfond bilden?

Warum kann das Mindestkapital keinen Haftungsfond bilden? Die Antwort liegt darin, dass „die Einlagen der Gesellschafter zugleich echtes der Gesellschaft zur Verfügung stehendes Betriebskapital“ darstellen.⁵⁵⁾ Diese Doppelfunktion birgt einen Zielkonflikt: Vermögen, das ganz legal im Betrieb verbraucht werden darf, kann nicht zugleich in der Insolvenz als Garantiekapital den Gläubigern zur Verfügung stehen. Ursprünglich lag dieser sich widersprechenden Widmung möglicherweise die Vorstellung zugrunde, dass das Nennkapital in den Kauf langlebigen Anlagevermögens investiert werde, welches in Form von Maschinen oder als Fabrik in der Insolvenz als Haftungsmasse vorhanden bleibt.⁵⁶⁾

Die Stärken des Mindestkapital-Konzepts liegen somit weniger im Gedanken des Haftungsfonds – denn dieser kann durch wirtschaftliche Rückschläge rasch aufgezehrt sein⁵⁷⁾ – sie bestehen vielmehr in der Errichtung einer Schwelle, an der übereilte, nicht fundierte Gründungen schei-

tern.⁵⁸⁾ Die Pflicht, den Betrag von zumindest 17.500 Euro bei der Gründung einer GmbH aufzubringen, wird „zumindest die ärgste Spreu absondern.“⁵⁹⁾

Inwiefern jedoch Eigenkapital tatsächlich geeignet ist, das Verhalten der Gesellschafter zu steuern und eine Ernsthaftigkeitsschwelle zu errichten, hängt wesentlich von drei Faktoren ab:⁶⁰⁾

- a) von der Höhe des von den Gesellschaftern aufzubringenden Kapitals (siehe 2.1.),
- b) von der Art und Weise seiner Aufbringung (siehe 2.2.) sowie
- c) von seiner Erhaltung (siehe 2.3.).

2.1. Die Höhe des von den Gesellschaftern aufzubringenden Kapitals

Die grundsätzliche Feststellung, dass Eigenkapital ein taugliches Gläubigerschutzinstrument darstellt leitet über zu der Frage, in welcher Höhe dieses sinnvollerweise aufzubringen und zu erhalten ist.⁶¹⁾ Drei Ansätze sind denkbar:

- (i) Die Vorgabe eines für alle Gesellschaften einheitlich geltenden Mindestkapitals (siehe 2.1.1.),

⁴⁷⁾ Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964) 50; auch Luttermann, Unternehmer, Kapital und Genußrechte (1998) 251.

⁴⁸⁾ Easterbrook/Fischel, Limited Liability and the Corporation, University of Chicago Law Review 89, 104 ff.

⁴⁹⁾ Vgl. Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics, 4/1976, 305 bis 360; Roth, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar? In: Doralt-FS (2004) 482; Enriques/Macey, Creditors versus capital formation: The case against the European Legal Capital Rules, Cornell Law Review, 86/2001, 1169 f.

⁵⁰⁾ Klose-Mokroß, Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel der Lehre von der verdeckten Sacheinlage (1997) 70; Halbhuber, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand (2001) 149.

⁵¹⁾ Vgl. Halbhuber, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand (2001) 149.

⁵²⁾ Halbhuber, National Doctrinal Structures and European Company Law, CMLR 2001, 1417; derselbe, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand (2001) 149.

⁵³⁾ Brückner, Das System der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle im Recht der AG und der GmbH (2000) 11.

⁵⁴⁾ Zotter, Insolvenzstatistik 2003 für Österreich, ZIK 1/2004, 10 ff.

⁵⁵⁾ S. Lutter, Sicherung der Kapitalaufbringung und Erhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964) 51.

⁵⁶⁾ Dies vermutet Halbhuber, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand (2001) 149.

⁵⁷⁾ Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften³ (2001) 395; Lutter Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, in: Riesenfeld-FS (1983) 166.

⁵⁸⁾ Primär zielt dieser Aspekt auf die – bei der Gründung der Gesellschaft – tatsächlich zu leistende Mindesteinzahlung. Die Verpflichtung erfasst für die österreichische GmbH somit nur die Hälfte des Mindestkapitals gem § 6 Abs 1 iVm § 6a GmbHG.

⁵⁹⁾ So P. Doralt, Die GmbH-Novelle 1980, ÖStZ 1981, 75.

⁶⁰⁾ Nach Haas, Gläubigerschutz in der europäischen Privatgesellschaft – ein Überblick, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die europäische Privatgesellschaft (2001) 184. Mülbart nimmt eine idente Einteilung vor: Statutarisches Mindestkapital, umgehungsresistente Kapitalaufbringungsregeln und umgehungsresistente Kapitalerhaltungsregeln in Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 3/2004, 153.

⁶¹⁾ Haas, Gläubigerschutz in der europäischen Privatgesellschaft – ein Überblick, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die europäische Privatgesellschaft (2001) 184.

- (ii) die Pflicht, die Gesellschaft mit einem dem unternehmerischen Wagnis entsprechenden Nennkapital auszustatten (siehe 2.1.2.), sowie
- (iii) die Höhe des Nennkapitals in das Ermessen der Gesellschaft zu stellen (siehe 2.1.3.).

2.1.1. Das Konzept des für alle Gesellschaften gleichermaßen geltenden Mindestkapitals

Die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie⁶²⁾ verfolgt den Weg des festen Mindestkapitals. Art 6 Abs 1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Gründung einer AG nur zuzulassen, sofern deren Satzung ein Nennkapital von zumindest 25.000 Euro vorsieht. Für die GmbH besteht auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene – wie bereits eingangs festgestellt – keine entsprechende Vorschrift. Dennoch sieht die Mehrheit der europäischen Rechtsordnungen ein fixes Mindestkapital auch für die geschlossene Gesellschaft vor⁶³⁾ – wenn dessen gläubigerschützende Funktion auch seit einiger Zeit verstärkt in Frage gestellt wird.⁶⁴⁾

Gegenstand massiver Kritik ist die Höhe des Mindestkapitals. Die heutigen Beträge von 35.000 Euro für die GmbH bzw 70.000 Euro für die AG entsprechen bei Weitem nicht mehr ihrem ursprünglichen Wert. Das Mindeststammkapital der österreichischen GmbH von 1906 (20.000 Kronen) entspräche nach heutiger Kaufkraft einem Betrag von rund 100.000 Euro.⁶⁵⁾ Für AG schrieb das Goldbilanzengesetz 1925 ein Mindestgrundkapital von 500.000 Schilling vor, dies wären in heutiger Kaufkraft zirka 1,3 Mio Euro.⁶⁶⁾

Der Gedanke, das Mindestkapital angesichts der Geldentwertung anzuheben, wurde 1980 im Rahmen der Reformüberlegungen, die schließlich zur Novellierung des GmbH-Gesetzes führten, aufgegriffen und der Betrag mit 500.000 Schilling festgesetzt.⁶⁷⁾ Diese Summe wurde als ein adäquater Preis für die Haftungsbeschränkung angesehen. Heute wird vereinzelt eine erneute Anpassung und Erhöhung der entsprechenden 35.000 Euro gefordert.⁶⁸⁾

Fraglich ist jedoch die geeignete Höhe. Die geschätzten Insolvenzverbindlichkeiten betragen 2003 2,4 Mrd Euro, im Vorjahr 3,4 Mrd Euro. Um die Höhe der tatsächlichen Gläubigerverluste zu ermitteln, müssen Quotenzahlungen im Rahmen von Ausgleichen und Zwangsausgleich, Ausschüttungen aus Verwertungen von Konkursmasse sowie Sonderrechte subtrahiert werden. Berücksichtigt man jedoch zusätzlich die Anzahl der mangels Masse abgewiesenen Konkursanträge (2.686) und die Tatsache, dass diese knapp 50 % der Gesamtinsolvenzen stellen, so wird deutlich, dass es nicht möglich sein wird, dem Mindestkapital die durchschnittlichen Gläubigerverluste zugrunde zu legen. Obwohl diese Anknüpfung die Garantie für ein effektives Mindestnennkapital wäre, würde es eine Höhe erreichen, die eine Haftungsbeschränkung für zahlreiche kleine Unternehmer unerreichbar macht.⁶⁹⁾

2.1.2. Die Verpflichtung der Gründer, die Gesellschaft mit einem dem unternehmerischen Wagnis entsprechenden Nennkapitals auszustatten

In der Kritik steht zudem die fehlende Korrespondenz der Mindestkapitalziffer zum tatsächlichen Kapitalbedarf eines Unternehmens⁷⁰⁾ bzw seiner Risikogeneigtheit.⁷¹⁾

Ohne Zweifel ist eine angemessene Höhe des Eigenkapitals Voraussetzung dafür, dass es seine Funktion als Instrument des Gläubigerschutzes erfüllen kann. Da das Gesetz jedoch keine Verpflichtung zu einer über das gesetzliche Mindestkapital hinausgehenden Kapitalausstattung konstituiert, können die Gesellschaften ausschließlich über den Weg des Mindestkapitals zu einer ausreichenden Kapitalaufbringung verpflichtet werden.⁷²⁾

Fraglich ist allerdings, ob es gelingt, den individuellen Kapitalbedarf einer Gesellschaft zu ermitteln. Zunächst wäre die Betriebswirtschaft als sachlich nächste Disziplin aufgefordert, Kriterien zu entwickeln, die Kapitalbedarf und Ausfallrisiko verlässlich angeben. Im Falle des Ge-

⁶²⁾ Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die den Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu erhalten (77/91/EWG), ABl L 26 vom 31.1.1977, S. 1. Die Kapitalrichtlinie ist abgedruckt bei *Habersack*, Europäisches Unternehmensrecht² (2001), zudem ist sie online abrufbar unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de>.

⁶³⁾ Vgl die Aufstellung der jeweiligen nationalen Mindestkapitalanforderung: *Altmeyen*, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97 ff.

⁶⁴⁾ „It has long been recognized by practitioners and legal scholars that the pervasive statutory structure in which ‚par value‘ and ‚stated capital‘ are basic to the state corporation statutes does not today serve the original purpose of protecting creditors ... and may, to the extent security holders are led to believe that it provides some protection, tend to be misleading“, so *Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments to Financial Provision*, A Report of Committee on Corporate Laws bei *Kübler*, *Aktie Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt* (1989), 29 f.

⁶⁵⁾ Für Österreich *Kalss/Eckert*, *Zentrale Fragen des GmbH-Rechts* (2004) 329; für Deutschland *Priester*, *Kapitalaufbringung, 100 Jahre GmbHG*, 161.

⁶⁶⁾ *Kalss/Burger/Eckert*, *Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts* (2003) 294.

⁶⁷⁾ Vgl *P. Doralt*, *ÖStZ* 1981, 75 sowie *JB1* 1977, 126; für Deutschland *Kreutzer*, *ZIP* 8/1980, 598.

⁶⁸⁾ So bereits *Priester*, *Kapitalaufbringung, 100 Jahre GmbH-Gesetz-FS* (1992) 187: „Es bleibt das entscheidende Problem, daß der Mindestkapitalbetrag schon wieder deutlich zu klein ist.“

⁶⁹⁾ Vgl *Fromm*, *Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in Kommanditgesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (1979) 91.

⁷⁰⁾ Eine einheitliche Mindestkapitalziffer stelle ein zu grobfringiges Instrument dar, um dem unterschiedlichen Finanzbedarf verschiedener Branchen gerecht zu werden: *Fleischer*, *Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, *ZGR* 2001, 12 f.

⁷¹⁾ „Clearly it makes no sense for a highly leveraged company that transports radioactive waste to have the same minimum capital requirements as a company with little leverage that designs software.“: *Enriques/Macey*, *Creditors versus capital formation: The case against the European Legal Capital Rules*, *Cornell Law Review*, 86/2001, 1185 f.

⁷²⁾ *S. Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *Kommentar zum Aktiengesetz* (2003) 415.

lingens⁷³⁾ müsste darüber hinaus sichergestellt werden, dass die Gründer ihre unternehmerischen Absichten offen legen, da auf ihren Angaben die Schätzung des konkreten Kapitalbedarfs basiert. Die Gründer können nur zu einer angemessenen Kapitalausstattung im Gründungszeitpunkt verpflichtet werden – nach in Österreich und Deutschland herrschender Meinung liefe die unbegrenzte Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer bestimmten Eigenkapitalquote auf eine Verlustdeckungspflicht und im Endeffekt auf die Abschaffung der Haftungsbeschränkung hinaus.⁷⁴⁾ Sobald die Pflicht zur Aufbringung eines ausreichenden Kapitals jedoch nur im Moment der Gründung besteht, kann sie durch nachträgliche Erweiterungen des Geschäftsbetriebes leicht umgangen werden und ist somit wirkungslos.⁷⁵⁾

2.1.2.1. Lösungsalternativen der Literatur

Als Alternative wird vorgeschlagen, anstelle des Stammkapitals eine Sollgröße für das bilanzielle Eigenkapital einzuführen, die im Gesellschaftsvertrag sowie Firmenbuch festgehalten wird.⁷⁶⁾ Der Begriff „Sollgröße“ bedeutet, dass das satzungsmäßige Eigenkapital zu keinem Zeitpunkt mit den tatsächlich vorhandenen Eigenmitteln übereinstimmen muss. Auch würde es als solches nicht an der Rechnungslegungspflicht teilnehmen, lediglich die tatsächliche Eigenkapitalziffer ist in der Bilanz auszuweisen. Die Bedeutung des satzungsmäßigen Eigenkapitals⁷⁷⁾ soll sich darin erschöpfen, dass die Gesellschafter bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu Einlagen verpflichtet werden, sofern das bilanzielle das satzungsmäßige Eigenkapital⁷⁸⁾ unterschreitet.⁷⁹⁾

2.1.2.2. Der belgische Finanzplan

Eine alternative Methode zur Sicherung einer ausreichenden Anfangskapitalisierung kennt das belgische Recht.⁸⁰⁾ Bereits seit 1978 verpflichtet es Gesellschaftsgründer, einen Finanzplan zu erstellen, in welchem sie die Kapitalausstattung der Gesellschaft darlegen und deren Angemessenheit rechtfertigen.⁸¹⁾ Der Finanzplan verbleibt beim Notar, er ist nicht öffentlich. Aus dem Dokument muss hervorgehen, welche Tätigkeiten die Gesellschaft in ihren ersten zwei Jahren beabsichtigt und wie diese finanziert werden sollen – eine bloße Aufstellung der erwarteten Gewinne genügt nicht.⁸²⁾

Bedeutung erlangt der Finanzplan, falls die Gesellschaft in den ersten drei Jahren ihres Bestehens in Konkurs geht.

⁷³⁾ Skeptisch Schön, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, Der Konzern 3/2004, 165, der von der Unmöglichkeit spricht, ex ante eine Kapitalziffer anzugeben, welche die Haftungsrisiken der juristischen Person, vor allem im Rahmen der Produkt- und Umwelthaftung abdeckt. Jede feste Zahl sei notwendig „overinclusive“ oder „underinclusive“. Schön schlägt hingegen vor, die Ausübung einer riskanten Unternehmung in Form von Kapitalgesellschaften über die Anwalts-GmbH hinaus vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig zu machen. Vgl auch Priester, Kapitalaufbringung, 100 Jahre GmbHG (1992) 112.

⁷⁴⁾ S nur Lutter, Sicherung der Kapitalaufbringung und Erhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964) 51: „Man kann

aber ohne das Prinzip der Nichthaftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft durch eine mittelbare Haftung aufzugeben, von den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft nicht verlangen, daß sie etwaige Verluste zu Lasten des Kapitals immer wieder ausgleichen, um auf diese Weise das dem Kapital entsprechende Vermögen regelmäßig wieder herzustellen“. Ebenso Escher-Weingart, Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht (2001) 121.

⁷⁵⁾ Ausgefeilte – an dem Verhältnis Eigenkapital/Bilanzsumme/Risikogeniegeitheit orientierte – Vorschriften zur Festlegung des Mindestkapitals bestehen im Bankenbereich. Das BWG enthält ein fein aufeinander abgestimmtes Normensystem, das einen angemessenen Risikopolster gewährleisten soll. Es verlangt zusätzlich zu einem höheren Grundkapital, dass die Banken im Verhältnis zu einem Korb von Aktiva, der je nach Risikogehalt unterschiedlich gewichtet wird, zumindest 8 % Eigenkapital zu halten haben; vgl vor allem § 22 Abs 1 BWG. Die Übertragung dieser komplexen Bestimmungen auf die Bandbreite aller Kapitalgesellschaften ist sicherlich nicht wünschenswert, da sie zu einer Kostenexplosion im Gründungsvorgang führen würde und zudem eine umfassende Aufsicht erfordert; vgl Walter, Gesetzliches Garantiekapital und Kreditentscheidung der Banken, AG 8/1998, 370 ff; s ferner Fabricius, Das Stammkapital der GmbH – Zur Frage seiner Rechtfertigung und der Rechtfertigung seiner Höhe, GmbHR 6/1970, 140.

⁷⁶⁾ S Kallmeyer, Bereinigung der Finanzverfassung der GmbH, GmbHR 7/2004, 379.

⁷⁷⁾ Für das Soll-Eigenkapital möchte Kallmeyer ebenso wie bislang einen Mindestbetrag von 25.000 Euro vorsehen, um unseriöse Gründungen zu unterbinden. Diese Schwelle sei jedoch weniger belastend, weil der Betrag bei der Gründung nicht – auch nicht zum Teil – tatsächlich aufgebracht zu werden braucht.

⁷⁸⁾ Das Eigenkapital in diesem Sinne besteht nicht nur aus der Summe der bilanziellen Einlagebeträge, sondern setzt sich auch aus den Kapitalrücklagen und Gewinnrücklagen zusammen; s Kallmeyer, GmbHR 07/2004, 379.

⁷⁹⁾ Die Rechtfertigung dieser Haftung liegt nach Kallmeyer darin, dass die Gesellschafter durch die publizierte Eigenkapitalziffer einen Vertrauenstatbestand für Vertragsgläubiger geschaffen haben; vgl Kallmeyer, GmbHR 07/2004, 379.

⁸⁰⁾ S Meyer, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000) 417 f.

⁸¹⁾ Die Einführung einer von den GmbH-Gründern zu erstellenden Liquiditätserklärung erwägt auch der niederländische Gesetzgeber im Rahmen der aktuellen Reform des Rechts der BV. Zu den Reformvorhaben vgl De Kluyver et al, Vereenvoudiging en flexibilisering van het nederlandse BV-recht, Endbericht vom 6.5.2004, online abrufbar unter http://www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Vereenvoudiging_BV_recht.asp?ComponentID=41135&SourcePageID=3520.

Auch das italienische Recht kennt das Erfordernis eines Finanzierungsplans: Für die Bildung eines Sondervermögens (*patrimonio destinato*), welches der allgemeinen Haftungsmasse entzogen wird und nur bestimmten Geschäftsvorhaben und deren Gläubigern gewidmet ist, ist ein sog piano economico-finanziario zu erstellen. Aus diesem soll sich die Eignung (*congruità*) der Höhe des Zweckvermögens zur Verwirklichung des Geschäftsvorhabens ergeben. Nach den Anforderungen des Art 2447 cc muss der Finanzplan auch eine detaillierte mittelfristige Erfolgsrechnung beinhalten. Ergibt sich die mangelnde Eignung des gewidmeten Betrags für die geplante Unternehmung, so wird die Ausgliederung aus der allgemeinen Haftungsmasse nicht wirksam – mit der Folge, dass das Zweckvermögen allen Gläubigern zur Verfügung steht. *Inzitari*, I patrimoni destinati ad un specifico affare, Le società 2bis/2003, 295 ff; *Lamandini*, I patrimoni „destinati“ nell’esperienza societaria. Prime note sul d.lgs. 17 gennaio 2003, n 6, Rivista delle società 3/2003, 491 ff; *Bartalena*, I patrimoni destinati ad un specifico affare, Rivista del diritto commerciale 1-4/2003, 83 bis 106; *Fauceglia*, I patrimoni destinati ad un specifico affare, Le società 2bis/2003, 809 ff; *Ferro-Luzzi*, Dei creditori dei patrimoni destinati ad un specifico affare, Rivista del diritto commerciale 1-4/2003, 107 bis 121; *Kindler*, Neue Gestaltungsmöglichkeiten im italienischen Aktienrecht: Das Zweckvermögen zur Verfolgung besonderer Geschäftsvorhaben, RIW 1/2004, 34.

⁸²⁾ So Bervoets, Die Übertragung von Anteilen einer belgischen GmbH, in: *Kalss*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (2003) 145 f.

War das Gesellschaftskapital schon im Gründungszeitpunkt erkennbar unzureichend, um die Ausführung der geplanten Tätigkeit für einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren sicherzustellen, stellt sich also anhand des Finanzplans eine offensichtliche materielle Unterkapitalisierung heraus,⁸³⁾ so haften die Gründer als Gesamtschuldner nach außen⁸⁴⁾ – zu einem vom Gericht festzusetzenden Anteil.⁸⁵⁾

In der Insolvenz einer jungen Gesellschaft haben die Gerichte somit anhand des Finanzierungsplanes zu beurteilen, ob das Projekt aus damaliger Sicht eine realistische Aussicht auf Erfolg hatte oder „von Anfang an eine Spekulation auf den Schultern der Gläubiger darstellte.“⁸⁶⁾

Verschulden und die Kausalität der Unterkapitalisierung für den Konkurs sind nicht Voraussetzung für die Haftung.

Für den Finanzplan spricht, dass er an eine der Hauptursachen vieler Gesellschaftskonkurse – die unzulängliche Finanzplanung – anknüpft. Er zwingt die Gründer, eine genaue Planung zu erstellen und deren Finanzierbarkeit zu begründen. So bewahrt der belgische Ansatz in höherem Ausmaß als das feste Mindestkapital vor übereilten Gründungen nicht lebensfähiger Kleingesellschaften, bildet somit eine echte Seriösitätsgewähr. Gleichzeitig verzögert er den Gründungsprozeß nicht zusätzlich – das Erstellen eines Finanzplans stellt keine externe Hürde dar, sondern sollte fester Bestandteil jedes betriebswirtschaftlichen Gründungsmanagements sein.⁸⁷⁾

2.1.2.3. Zwischenergebnis

Die Kritik am Mindestkapital verfügt über gute Argumente: Das Mindestkapital hat in der jetzigen Höhe unzweifelhaft Schwierigkeiten, seinen Aufgaben gerecht zu werden: Als Verlustpuffer ist es nur in der Lage, Startschwierigkeiten der Gesellschaft abzufedern; wahre Substanzverluste durch unternehmerische Fehlentscheidungen können durch die niedrige Mindestkapitalziffer nicht gedeckt werden.⁸⁸⁾

Ist das Mindestkapital erst einmal durch Verluste aufgezehrt, kann es auch die ihm zugedachte Funktion der Verhaltenssteuerung nicht mehr übernehmen: Ein Anreiz zu sorgfältigem Wirtschaften existiert nicht länger, wenn das eingelegte Privatvermögen bereits verloren ist. Vielmehr besteht die Gefahr, dass die Gesellschafter gerade in einer derartigen Situation durch spekulative Unternehmungen versuchen werden, die erlittenen Verluste schnellstmöglich auszugleichen.⁸⁹⁾

Die Aufgabe als Seriositätsschwelle⁹⁰⁾ vermag das Mindestkapital noch am ehesten zu erfüllen – zumindest gegenüber kleinen Unternehmen. Es bewirkt eine Eingangskontrolle, die Schwindelgründungen den Zugang zu beschränkter Haftung erschwert.

Unterstützt werden könnte die Wirkung des Mindestkapitals durch verschiedene *Ex-post*-Ansätze, die ebenso das Ziel verfolgen, missbräuchlichen Gründungsvorhaben entgegenzuwirken: Neben einer wünschenswerten Effek-

tuierung der unmittelbar gegenüber den Gläubigern bestehenden Geschäftsleiterhaftung wegen verspäteter Konkursantragstellung⁹¹⁾ hält vor allem das englische Insolvenzrecht alternative Schutzmechanismen bereit:⁹²⁾ Einem *director*, der sich in einer früheren Insolvenz als zur Geschäftsführung nicht geeignet (*unfit*) erwiesen hat, untersagt Section 6 des Companies Directors Disqualification Act 1986 (CDDA) die erneute Ausübung dieser Position.⁹³⁾ Die Insolvenz indiziert zwar bereits die Ungeeignetheit des Geschäftsleiters, begründet jedoch noch kein Tätigkeitsverbot. Vielmehr muss ein zurechenbares Fehlverhalten hinzutreten.⁹⁴⁾ Das Instrument der Disqualifizierung versteht sich als Gegenpol zur beschränkten Haftung.⁹⁵⁾

⁸³⁾ Art 229 Z 5 GGB; *Benoît-Moury/Tilleman*, Code des Sociétés. Code des Sociétés annoté avec législation spéciale (2002) 131.

⁸⁴⁾ *Wouters*, Towards a European Private Company? A Belgian Perspective, in: *De Kluiver/Van Gerven*, The European Private Company (1995) 165 f.

⁸⁵⁾ *Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000) 418.

⁸⁶⁾ So *Meyer*, Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften (2000) 418.

⁸⁷⁾ Gegen die belgische Regelung mag sprechen, dass sie das Verhalten in der Krise – Sanierungsbemühungen und vor allem die Rechtzeitigkeit des Insolvenzantrags – nicht berücksichtigt.

⁸⁸⁾ „Je höher das Nominalkapital, desto größer ist die Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft gegenüber verlustbringenden exogenen Schocks; ceteris paribus korreliert die Höhe des Nominalkapitals mit der Wahrscheinlichkeit einer überschuldungsbedingten Insolvenz“: *Mülbert*, Der Konzern 3/2004, 154; ebenso bereits *Mülbert/Birke*, EBOR 2002, 718; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 5 Rn 5 sowie *Zollner* in: *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes, 38 ff.

⁸⁹⁾ Als Gegengewicht wirkt das in die Gesellschaft investierte Humankapital.

⁹⁰⁾ *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften³ (2001) 395.

⁹¹⁾ S zum Konzept des wrongful trading FN 27.

⁹²⁾ Vgl *Holoubek/Kalss/Kwapil/Raschauer*, Der qualifizierte Konkurs im Finanzdienstleistungsbereich – Zugleich ein Beitrag zu den Tätigkeitsverboten, ÖBA (in Druck).

⁹³⁾ Das Mindestmaß des Tätigkeitsverbots beträgt zwei Jahre, die maximale Dauer 15 Jahre. Die Höchststrafe bleibt jedoch sehr gravierenden Fällen vorbehalten, zudem besteht die Möglichkeit der Nachsicht durch das Gericht; s *Gower/Davies*, Principles of Modern Company Law⁷ (2003) 213.

⁹⁴⁾ Ein entsprechender Kriterienkatalog im Anhang des CDDA beinhaltet etwa die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für den wirtschaftlichen Zusammenbruch der Gesellschaft, die Vornahme von Geschäften, die der Insolvenzanfechtung unterliegen sowie das wiederholte Betreiben eines unterkapitalisierten Unternehmens zu Lasten der Gläubiger (*breach of commercial morality*).

⁹⁵⁾ „The law should protect the non-executive directors in large enterprises, while severely penalising those who abuse the privilege of limited liability by operating behind one-man, insufficiently capitalised companies“, so *Gower/Davies*, Company Law⁷, 211; *Fleischer* unterscheidet zwei Regelungsansätze: Den kapitalmarktrechtlichen Ansatz, der auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt ist und das Ziel einer ordnungsgemäßen Kapitalmarkt-Kommunikation verfolgt, sowie den kapitalgesellschaftsrechtlichen Ansatz, der in erster Linie auf die Geschäftsleiter geschlossener Gesellschaften zugeschnitten ist und einen Missbrauch der beschränkten Haftung zu unterbinden sucht. Insoweit empfiehlt *Fleischer* auch für das deutsche Recht eine wertungsstimmige Ausweitung der Ausschlussgründe des § 6 Abs 2 dGmbHG bzw des § 76 Abs 3 dAktG (*Fleischer*, Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote von Geschäftsleitern im Aktien-, Bank-, und Kapitalmarktrecht, WM 2004, 157 bis 166).

2.1.3. Die Abkehr vom gesetzlichen Mindestkapital / Die Freiheit, für ein Mindestkapital zu optieren

Für die AG wurde die Effektivität des Mindestkapitals auf europarechtlicher Ebene im Zuge der Empfehlungen der Hochrangigen Expertengruppe⁹⁶⁾ mit dem Ergebnis diskutiert, dass es zwar in seiner derzeitigen Form nur die Funktion der Abschreckung vor allzu leichtfertigen Gesellschaftsgründungen erfülle, dennoch aber beibehalten werden sollte.⁹⁷⁾

Auch die „*German Group of Corporate Law Experts*“ äußerte Bedenken gegen einen Systemwechsel in Richtung der angloamerikanischen Gläubigerschutzregelungen und verwies auf die Pfadabhängigkeit der Rechtssysteme. Das Institut des Mindestkapitals sei derart fest im deutschen (und auch österreichischen) Recht verankert, dass eine Abkehr unweigerlich mit einem enormen Aufwand und einer zeitweiligen Rechtsunsicherheit verbunden wäre.⁹⁸⁾

Allein die eingangs dargestellte Liberalisierung der Kapitalaufbringung und -erhaltung auf der Ebene der GmbH zeigt jedoch, dass die Diskussion über die Tauglichkeit des Mindestkapitals damit nicht erschöpft ist. Auch für die AG zeichnet sich unterdessen eine größere Offenheit in der Diskussion ab. So soll das Gläubigerschutzsystem einer rechtsvergleichenden und rechtsökonomischen Untersuchung unterworfen werden, um allfällige Alternativen zu entwickeln.⁹⁹⁾

Möchte der österreichische Gesetzgeber (noch) nicht der Ansicht folgen, dass die Voraussetzung eines Mindestkapitals verzichtbar ist, so sollte er doch zumindest ein optionales Modell erwägen, das dessen Charakter als Seriositäts-Signal betont: Die Entscheidung, ob eine Gesellschaft mit Kapitalausstattung antritt, könnte dem Ermessen der Gründer überlassen und somit als ein „kollektives Vertragsangebot“¹⁰⁰⁾ ausgestaltet werden. Entscheiden sich die Gründer dagegen, haben sie dies offen zu legen („GmbH ohne Mindeststammkapital“). Begleitet werden kann dieses Konzept durch Sicherungsmaßnahmen, die besser als das Mindeststammkapital geeignet sind, ein Abwälzen des Unternehmerrisikos auf die Gläubiger zu verhindern.¹⁰¹⁾ Hier kommen Pflichtversicherungen¹⁰²⁾ ebenso wie *Financial Covenants*¹⁰³⁾ in Betracht, aber auch Solvenzerklärungen, an die im Insolvenzfall eine persönliche Haftung anknüpft sowie das Erstellen eines Finanzplans – wie ihn das belgische Recht kennt.

Das optionale System gibt das Konzept des Mindestkapitals nicht auf – das bisherige GmbH-Modell bleibt in seiner jetzigen Form erhalten. Durch die Schaffung der Wahlmöglichkeit überantwortet der österreichische Gesetzgeber die Entscheidung für oder gegen eine Abkehr vom Mindestkapitalsystem dem Markt. Ob für einen Kreditgeber die Rechtsform seines Schuldners von Bedeutung ist oder er vielmehr auf dessen Marktstellung oder Produkte vertraut, wird sich dann herausstellen. Die Erfahrung wird letztendlich auch zeigen, inwieweit die aktuelle europäische Entwicklung den Bedürfnissen auch des

österreichischen Marktes entspricht,¹⁰⁴⁾ ob also tatsächlich Bedarf für die Einrichtung einer Gesellschaft ohne Mindestkapital besteht.

2.1.4. Zusammenfassung: Mindestkapital

Aufgabe einer Gesellschaftsrechtsordnung ist es insb in Bezug auf die GmbH, die Rahmenbedingungen für ein verantwortungsvolles Wirtschaften zu schaffen und die

⁹⁶⁾ Die Europäische Kommission hat im Herbst 2001 eine High Level Group of Company Law Experts eingesetzt und zunächst mit der Erarbeitung von Vorschlägen für einen neuen Ansatz für die 13. Richtlinie/Take-over-RL beauftragt. Dieser Auftrag wurde im April 2002 anlässlich der Zusammenkunft der europäischen Finanzminister erweitert und die hochrangige Expertengruppe ersucht, Vorschläge und Empfehlungen für eine Verbesserung des gesamten Rechts der börsennotierten Gesellschaften zu erarbeiten. Am 4.11.2002 übergab die Expertengruppe ihre Empfehlungen der Europäischen Kommission. Der Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4.11.2002 (*Winter-Bericht*) ist online abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/news/hlg01-2002_de.pdf.

Die Kommission veröffentlichte aufbauend auf den Empfehlungen des Winter-Berichts am 21.5.2003 den sog Aktionsplan: *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward* vom 21.5.2003. Zu den Reformvorhaben: *Baldamus*, Reform der Kapitalrichtlinie (2002); hierzu ferner *Wiesner*, Neue Brüsseler Impulse für Corporate Governance und Gesellschaftsrecht, BB 5/2003, 213 f; *Maul*, Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, Der Betrieb 1/2003, 27 ff sowie *Haberer*, The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, GesRZ 2003, 211 ff. Zu der Stellungnahme der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht: ZIP 19/2003, 863 ff.

⁹⁷⁾ Auch die Kommission schloss sich im Mai 2003 in ihrem Aktionsplan den Empfehlungen der Hochrangigen Expertengruppe an und sprach sich für die vorläufige Aufrechterhaltung des Mindestkapitals aus.

⁹⁸⁾ S Stellungnahme der Group of German Experts on Corporate Law zum Konsultationspapier der High Level Group of Experts on Corporate Law, ZIP 2002, 1310 ff (1317); zum Aktionsplan der Europäischen Kommission: ZIP 2003, 863 bis 880 (872).

⁹⁹⁾ Auf der ZGR Tagung vom 17./18.1.2004 (Frankfurt) wurde von den Teilnehmern ein entsprechender Beschluss gefasst.

¹⁰⁰⁾ So *Schön*, Der Konzern 3/2004, 166.

¹⁰¹⁾ *Bachmann*, ECLR Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa, ZGR 3/2001, 365.

¹⁰²⁾ *Schön*, Der Konzern 3/2004, 165.

¹⁰³⁾ *Financial Covenants*, dh Absprachen in Kreditverträgen, die dem Gläubiger Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldner-Unternehmens sichern, sind auch in Österreich bereits durchaus Praxis. Gläubiger können sich Mitspracherechte ebenso zusichern lassen wie Verfügungsbeschränkungen oder das Einhalten einer bestimmten Eigenkapitalquote. Bei Verletzung der Absprachen greifen Sanktionen, wie die sofortige Fälligkeit des Kredits, die Bestellung zusätzlicher Sicherheiten oder die Ausweitung des Gläubigereinflusses auf die Unternehmensleitung. Insgesamt verfolgen *Financial Covenants* den Zweck, Kreditrisiken zu senken, indem sie die unternehmerische Freiheit des Schuldners zugunsten der Gläubiger einschränken. S *Fleischer*, Covenants und Kapitalersatz, ZIP 8/1998, 313; *Gelter*, Neue Rechnungslegungsnormen im Handelsrecht (2001) 94 f.

¹⁰⁴⁾ *Rickford*, Which requirements should a modern competitive company law meet? Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief (2002) 159: „In our view, the law in the field of companies should be regarded as a product. The legislators must produce a product which is suitable for the users“.

Motivation der Geschäftsführung dahin zu lenken, „bestehende Verbindlichkeiten zu erfüllen und nur erfüllbare Verbindlichkeiten einzugehen“.¹⁰⁵) Das Mindestkapital trägt zu der Bewältigung dieser Aufgabe wenig bei. Es ist nicht geeignet, ein Vertrauen der Gläubiger in die Rechtsform der GmbH per se zu rechtfertigen.

Während ein Teil der Mitgliedstaaten diesem Gedanken folgend die Verantwortung für Kreditentscheidungen allein dem jeweiligen Gläubiger überlassen und ihm zutrauen, selbst geeignete Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, befürchten vor allem Österreich und Deutschland eine Überforderung des Rechtsverkehrs durch die individuelle Beurteilung jeder einzelnen GmbH.¹⁰⁶)

In der Entscheidung *Inspire Art*¹⁰⁷) vom 30.9.2003 hat der EuGH dargelegt, dass er es für den besseren Weg erachtet, sich auf die Selbstregulierung des (Kredit-)Marktes zu verlassen, die vom Gesetzgeber lediglich durch weitgehende Publizitätspflichten unterstützt werden sollte. Somit zieht er das Informationsmodell dem Konzept des gesetzlichen Kapitalschutzes vor.¹⁰⁸) Er beantwortete die Frage, ob es zulässig sei, das liberale Gründungsrecht ausländischer Gesellschaften, das keinen dem österreichischen Standard entsprechenden Gläubigerschutz kennt, durch die ergänzende Anwendung unserer Kapitalschutzregeln auf ein höheres Niveau zu heben, mit einem eindeutigen „Nein“.

Die potenziellen Gläubiger seien durch das Auftreten als ausländische Gesellschaft ausreichend informiert, dass diese nicht den innerstaatlichen Rechtsvorschriften – etwa dem Erfordernis des Mindestkapitals – unterstellt ist.¹⁰⁹)

Information kann nicht auf die gleiche Weise Gläubigerschutz gewährleisten wie das Modell des Kapitalschutzes: Das Transparenzgebot fordert nicht nur den Verpflichteten, sondern verlangt auch dem Adressaten ein eigenständiges Handeln ab – ihm wird auferlegt, seine Interessen selbst zu wahren.¹¹⁰) Damit ist das Informationskonzept lediglich auf Vertragsgläubiger zugeschnitten.¹¹¹) Es richtet nicht – wie das Kapitalschutzkonzept in Gestalt des Mindestkapitals – eine Ernsthaftigkeitsschwelle, die zumindest eine grundlegende Eigenkapitalausstattung jeder Gesellschaft bei ihrer Gründung gewährleistet und mittelbar auch Deliktsgläubiger begünstigt.

Dabei kann das Eigenkapital gerade im Rahmen des Informationskonzepts als Seriositäts-Signal eingesetzt werden: Die Entscheidung, freiwillig weit über dem Mindestkapitalbetrag liegende Eigenmittel aufzubringen, suggeriert Solvenz und Größe einer Gesellschaft – inwiefern diese Maßnahme von den Gläubigern wahrgenommen und der Kreditentscheidung zugrunde gelegt wird, bleibt jedoch fraglich.¹¹²)

2.2. Die Art und Weise der Aufbringung des Kapitals

Neben der Höhe des Mindestkapitals hängt die Effektivität des Kapitalschutzkonzepts, also seine Schlagkraft als Instrument zur Disziplinierung der Gesellschafter, zur Überbrückung von Anlaufschwierigkeiten sowie zum

Schutz der Liquidität der Gesellschaft, von der Art und Weise der Kapitalaufbringung ab. Um einen wirksamen Gläubigerschutz leisten zu können, muss eine reale Kapitalaufbringung gewährleistet sein – sie läuft ins Leere, wenn Einlagen nicht im versprochenen Umfang oder in der vereinbarten Art und Weise erbracht werden.¹¹³)

Die Gesellschafter schulden entweder eine Bar- oder eine Sacheinlage. Letztere ist im Interesse der realen Kapitalaufbringung an Sicherheitsvorkehrungen gebunden. Während Österreich und Deutschland den Kreis der zugelassenen Sacheinlagen stark eingrenzen,¹¹⁴) beurteilen die Gesetzgeber Großbritanniens¹¹⁵) und Frankreichs¹¹⁶)

¹⁰⁵) Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften (1989) 3 ff.

¹⁰⁶) Zur Frage der Stärke und damit der Schutzwürdigkeit der einzelnen Gläubigergruppen vgl nur *Manning/Hanks*, *Legal Capital*³ (1990) 100.

¹⁰⁷) Vgl statt vieler *Adensamer/Eckert*, *GeS* 2004, 63 (Fn 105) mwN.

¹⁰⁸) S *Merkt*, Das Informationsmodell ist weiter auf dem Vormarsch, *RIW* 12/2003, 1; *Grundmann*, *Regulatory Competition in European Company Law – Some Different Genius?* in: *Ferrarini/Hopt/Wymeersch*, *Capital Markets in the Age of the Euro* (2002), 561 bis 595 (584).

¹⁰⁹) *Spindler/Berner*, *Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet*, *RIW* 12/2003, 953; *Merkt*, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, *RIW* 1/2004, 7.

¹¹⁰) S hierzu *Kalss*, Ausprägungen und Auswirkungen des Transparenzgebots im Kapitalmarkt-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, in: *Doralt-FS* (2004), 276 bis 302; *Merkt*, *European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach*, *ECFR*, 1/2004, 3 bis 35.

¹¹¹) Vgl *Spindler/Berner*, Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach *Inspire Art*, *RIW* 1/2004, 13; *Bayer*, Die EuGH-Entscheidung „*Inspire Art*“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, *BB* 45/2003, 2357; *Leible/Hoffmann*, Wie inspiriert ist „*Inspire Art*“? *EuZW* 22/2003, 677 (682); *Eidenmüller*, *ZIP* 50/2002, 2233 f.

¹¹²) *Walter* wies als Vorstandssprecher der Dresdner Bank bereits 1998 darauf hin, dass sich das Kreditvolumen der vergebenen Kredite auf einen Bruchteil reduzieren würde, wenn die Banken ihrer Kreditentscheidung Nennkapital statt Reinvermögen bzw Cashflow zugrunde legen würden; vgl *AG* 8/1998, 373.

¹¹³) *Haas*, Gläubigerschutz in der europäischen Privatgesellschaft – ein Überblick, in: *Hommelhoff/Helms*, *Neue Wege in die europäische Privatgesellschaft* (2001) 187.

¹¹⁴) Vgl für Österreich § 20 Abs 2 AktG: „Verpflichtungen zu Dienstleistungen können nicht Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein“; für Deutschland: § 7 Abs 3 GmbHG und § 27 Abs 2 AktG. *Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴ (2002), 572 f. „Was einlagefähig ist und was nicht einlagefähig ist, bestimmt sich nach dem Merkmal der ‚funktionalen Äquivalenz‘ von Sach- und Geldeinlage. Die Sacheinlage muss ‚so gut wie Geld‘ sein und dazu genügt nicht jeder Beitrag, der aus kaufmännischer Sicht etwas wert ist und der Gesellschaft Aufwendungen erspart“; *Roth* in: *Roth/Altmeppen*, *GmbHG*, § 5 Rn 35; *Ulmer* in: *Hachenburg*, *GmbHG*, § 5 Rn 30 f. Somit kommen als Sacheinlage nur Vermögensgegenstände mit feststellbarem Wert in Betracht, die zur endgültig freien Verfügung des Geschäftsführungsorgans geleistet werden können. Dienstleistungen hingegen können in der Regel nicht endgültig an einem Stichtag eingebracht werden und sie stellen auch kein im Gesellschaftsvermögen verwertbares Wirtschaftsgut dar; aA *Skibbe*, *Dienstleistungen als Sacheinlage bei der GmbH*, *GmbHR* 4/1980, 74 f.

¹¹⁵) Für private limited companies gilt: Die Erbringung von Dienstleistungen als Sacheinlage ist zulässig; vgl *Pennington*, *Pennington's Company Law*⁸, 172. Für public companies verbietet dies section 99 CA 1985 in Umsetzung von Art 7 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

¹¹⁶) Article L 223-7 Code de Commerce idF *Loi* n° 2001-420 du 15 mai 2001 art: „Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie“.

die Sacheinlagefähigkeit großzügiger und lassen auch Dienstleistungen zu. Seit Jahresbeginn erkennt nun auch Italien Dienst- sowie Werkleistungen als Sacheinlage an, sodass auch hier eine Liberalisierungstendenz besteht.

In Italien ist seit dem 1.1.2004 ein grundlegend neugestaltetes Gesellschaftsrecht in Kraft.¹¹⁷⁾ Das fünfte – allgemein die Unternehmen betreffende – Buch des *Codice Civile* (in der Folge cc)¹¹⁸⁾ wurde im Zuge der Reform neu gefasst und die GmbH (*Società a responsabilità limitata/Srl*), für die bislang kaum eigene Bestimmungen existierten,¹¹⁹⁾ von der AG abgekoppelt und in sehr liberaler Weise geregelt.¹²⁰⁾

Nachdem die Vorschriften zur GmbH-Gründung bereits im Jahr 2000 vereinfacht wurden¹²¹⁾, verfolgt die Reform 2004 das Ziel der Deregulierung der Kapitalaufbringung und der Förderung der unternehmerischen Initiative.¹²²⁾ Der novellierte *Codice Civile* anerkennt jede verwertbare Vermögensposition als Einlageleistung auf das Stammkapital. So ist es den Gesellschaftern – wie auch in Frankreich¹²³⁾ – möglich, ihre Einlage in Form einer Dienstleistung zu erbringen.¹²⁴⁾ Im Gegensatz zu Frankreich akzeptiert der italienische Gesetzgeber jedoch ausdrücklich selbst die Verpflichtung zu einer zukünftigen Dienst- oder Werkleistung, sofern diese durch eine Bankbürgschaft oder Versicherungspolice besichert ist.¹²⁵⁾

Im Aktienrecht steht Art 7 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie¹²⁶⁾ der Zulässigkeit von Dienstleistungen als Einlage entgegen. Der italienische Gesetzgeber bewältigte die Hürde dieses gemeinschaftsrechtlichen Verbots, indem er den AG erlaubte, für Werk-, Dienst- oder sonstige Leistungen neuartige Beteiligungsrechte, sog *strumenti finanziari* zu begeben.¹²⁷⁾ Die Ausgabe der *strumenti finanziari* ist ohne Einfluss auf das Grundkapital. Die mit ihnen verbundenen Vermögens- und Verwaltungsrechte können im Gesellschaftsvertrag frei bestimmt werden – ebenso ihre Handelbarkeit. Lediglich das allgemeine Stimmrecht in der Hauptversammlung können *strumenti finanziari* nicht gewähren, ein außerordentliches Stimmrecht allerdings, beschränkt auf spezielle Themen, nennt das Gesetz selbst als denkbare Ausstattung.¹²⁸⁾

Für die Wertermittlung der Sacheinlagen wird lediglich das beglaubigte Gutachten eines in der Liste der Wirtschaftsprüfer eingetragenen Sachverständigen oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verlangt.¹²⁹⁾

Mit der Anerkennung auch zukünftiger Dienst- und Werkleistungen als Einlage verlässt Italien den europäischen Weg.¹³⁰⁾ Da sich die Verpflichtung, eine Dienstleistung zu erbringen, schwer bewerten lässt, ist deren Anerkennung als Einlage geeignet, den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zu unterwandern. Der Schritt Italiens wird daher von jenen europäischen Staaten, die dem Kapital-

¹¹⁸⁾ Durch die 1942 in Italien vorgenommene Vereinheitlichung von bürgerlichem Recht und Handelsrecht erhielten auch die Gesellschaften im 5. Buche des *Codice Civile* ein einheitliche Regelung. Die Zweckmäßigkeit, das bürgerliche Recht und das Handelsrecht zu vereinen, war seitdem wiederholt Gegenstand von Diskussionen. Mit dem In-Kraft-Treten des Sondergesetzes für börsennotierte Gesellschaften (Gesetzesdekret vom 24.2.1998, Nr 58/II Testo Unico della intermediazione finanziaria) rückte der Gesetzgeber vom Prinzip der Einheitlichkeit des Privatrechts wieder ab; vgl *Weigmann*, Aspekte des italienischen Gesellschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der börsennotierten Aktiengesellschaft als neuen Gesellschaftstyps, in: *Lutter-FS* (2000) 203 ff; *Schioppa*, *Saggi di storia del diritto commerciale* (1992) 205 ff.

¹¹⁹⁾ „Selbständige Bestimmungen bestanden vor dem Inkrafttreten der Reform nur in jenen Punkten, in denen eine Abweichung der GmbH von der AG beabsichtigt war. So verstand die herrschende Lehre die GmbH als eine Kapitalgesellschaft, deren Struktur derjenigen der AG voll entsprach, so daß Lücken in der gesetzlichen Regelung durch analoge Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften gefüllt werden konnten“: So *Roth*, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich (1990) 74 ff.

¹²⁰⁾ Gesamtdarstellungen der Reform: *Galgano*, *Diritto commerciale/Le società*¹³ (2003) 453 ff; *Campobasso*, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative* (2003) 194 ff; *Ianiello*, *La riforma del diritto societario* (2003) 161 ff; *Vietti*, *Le linee guida della riforma del diritto societario*, *Le Società* 2bis/2003, 266 ff; *Buenger*, *Die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts*, *RIW* 4/2004, 249 ff; *Steinhauer*, *Die Reform des Gesellschaftsrechts in Italien*, *EuZW* 12/2004. Zur Srl: *Martinelli*, *La società a responsabilità limitata*⁵ (2003); *Racugno*, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova Srl*, *Rivista delle società* 4/2003, 810 bis 845; *D'Ambrosio*, *I titoli di debito nella nuova società a responsabilità limitata*, *Le Società* 10/2003, 1341 bis 1345; *Carestia/Di Amato/Iannello/Lo Cascio/Manzo/Pietraforte*, *Società a responsabilità limitata* (2003).

¹²¹⁾ Die gerichtliche Gründungsprüfung wurde abgeschafft und durch eine notarielle Kontrolle ersetzt. Diese Neuerung beschleunigte die Errichtung spürbar und wurde in der italienischen Literatur sehr positiv aufgenommen; vgl Gesetz vom 24.11.2000, Nr 340; s *Padovini*, *Aktueller Stand des italienischen Gesellschaftsrechts: Die neueste Gesetzesnovelle für die Reform*, *GesRZ* 2002, 75 f; *derselbe*, *Die neueste Gesetzesnovelle des italienischen Gesellschaftsrechts*, *ZfRV* 4/2003, 138 bis 143.

¹²²⁾ Zu der Notwendigkeit, der Reform des Gesellschaftsrechts nun eine Reform des Insolvenzrechts folgen zu lassen vgl *Vietti*, *Via al societario, ora il fallimentare*, *Il Sole* 24 Ore v 02.01.2004, 9; *Abriani*, *Dal Caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, *Le Società* 03/2004, 269 ff.

¹²³⁾ (*Apport en industrie*) Art L 223-7 Code de Commerce, eingeführt durch das Gesetz 2001-420 vom 15.5.2001.

¹²⁴⁾ *Salafia*, *Il conferimento di opere e servizi secondo la riforma societaria*, *Le Società* 12/2003, 1576 ff.

¹²⁵⁾ Art 2464 S 2 cc: „Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica“. So auch *Martinelli*, *La società a responsabilità limitata*⁵ (2003), 74: „Fra i conferimenti potranno essere ricompresi anche specifici obblighi assunti dal socio aventi ad oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società“.

¹²⁶⁾ Art 7 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG (Kapitalrichtlinie) bestimmt, dass das gezeichnete Kapital nur aus Vermögensgegenständen bestehen darf, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist. Damit bringt die Richtlinie zum Ausdruck, dass nur ein mit einem Geldbetrag eindeutig bewertungsfähiger Vermögensgegenstand – ein Wirtschaftsgut – als Sacheinlage eingebracht werden kann. Dienst- sowie Arbeitsleistungen werden ausgeschlossen.

¹²⁷⁾ Sog *strumenti finanziari*, s Art 2349 cc.

¹²⁸⁾ Art 2351 cc; *Hartl*, *Reform des italienischen Gesellschaftsrechts*, *NZG* 14/2003, 667 f.

¹²⁹⁾ Art 2465 cc.

¹³⁰⁾ Nach einhelliger Meinung sind Verpflichtungen zu Arbeits- und Dienstleistungen vom Begriff der Sacheinlage gem § 20 AktG nicht erfasst; vgl *Kalss*, *Die Bedeutung der Publizitäts-, Kapital-, Zweigniederlassungs- und Einpersonengesellschaftsrichtlinie der Europäischen Union für das österreichische Gesellschaftsrecht (AG und GmbH)*, in: *Koppensteiner*, *Österreichisches und europäisches Wirtschaftsprivatrecht*, Teil 1 (1994), 221; *Reich-Rohrwig*, *Das österreichische GmbH-Recht*² (1997) 39; *Wünsch*, *Kommentar zum GmbHG* (1987) § 6 Rz 17.

¹¹⁷⁾ Die generelle Richtung der Reform gab bereits das Ermächtigungsgesetz Nr 366 vom 3.10.2001 vor. Dieses diente drei ausführenden Gesetzesdekreten als Grundlage, wobei die Neufassung des Aktien- und GmbH-Rechts – Art 2325 bis 2548 cc (*Codice Civile*) – durch das decreto legislativo 17 gennaio 2003, n 6 erfolgte.

schutzkonzept folgen, mit Skepsis registriert.¹³¹⁾ Andererseits ist auch die Bewertung von Immaterialgütern, deren Einlagefähigkeit unbestritten ist, selten eindeutig.¹³²⁾ Zugleich besitzen Dienstleistungen für junge Gesellschaften regelmäßig einen entscheidenden Wert und sind ihnen durch die Qualifikation als einlagefähiges Vermögen leichter zugänglich. In diesem Sinne entspricht das italienische Vorgehen den Empfehlungen der Europäischen Charta für KMU¹³³⁾ – es fördert schnellere und kostengünstigere Firmengründungen.

2.3. Pflicht zur Kapitalaufstockung

Das aufgebrachte Eigenkapital kann nur dann einen Beitrag zum Gläubigerschutz leisten, wenn es nicht nur an einem Stichtag vorhanden ist, sondern auch für die Zukunft erhalten bleibt. Bei der Frage, in welcher Höhe das Eigenkapital zu schützen ist, gehen die GmbH-Rechte der Mitgliedstaaten unterschiedliche Wege.¹³⁴⁾ Stets steht diese Frage jedoch in einem direkten Zusammenhang zum Mindestkapitalerfordernis, sodass Betrachtungen über die Abkehr vom Mindestkapital gemeinsam mit dem jeweiligen nationalen Kapitalerhaltungskonzept anzustellen sind.

Häufig bildet ein strenges Kapitalerhaltungsregime mit weit vorgelagerten Krisenwarnsignalen das Gegengewicht zu einer weniger rigiden Regelung der Kapitalaufbringung.

Das österreichische GmbH-Recht statuiert die Pflicht, bei Verlust des halben Stammkapitals eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.¹³⁵⁾ Weitere Konsequenzen zieht der Kapitalverlust nicht nach sich: Mangels Publizität ist mit der Einberufung kein Warnsignal nach außen verbunden. Auch ist die Gesellschaft zu keinen Gegenmaßnahmen verpflichtet, insb muss sie weder eine Nachzahlung noch eine Kapitalherabsetzung beschließen. Die Geschäftsführer haben allenfalls eine ihrer Ansicht nach zweckmäßige Vorgangsweise vorzuschlagen, die Geschäfte

können sie jedoch bis zum Eintritt eines Insolvenzauslösetatbestands wie gewohnt weiterführen. § 36 Abs 2 GmbHG überlässt den Gesellschaftern somit nicht nur die Frage, wie, sondern sogar die Frage, ob sie überhaupt auf die Krise reagieren.

Eine Vielzahl europäischer Staaten verfügt hingegen über zeitlich vorgelagerte Krisenwarnsignale, die strenge Verhaltenspflichten auslösen.

Der zweite Teil dieser Abhandlung wird in der nächsten Ausgabe dieser Zeitschrift veröffentlicht.

¹³¹⁾ So Roth, Die Perspektive Deutschlands und Österreichs, in: Hilpold, Die Reform des italienischen Gesellschaftsrechts im europäischen Kontext (in Druck); in Audioversion sind die Beiträge zum Convegno „La riforma del diritto societario nel contesto europeo“ (Bozen, 5.12.2003) online unter www.regione.taa.it/giunta/conv/cooperazione_dicembre_2003/index_coop.htm verfügbar. Ebenso bereits von Carolsfeld, Zur Arbeitsleistung im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen Hueck-FS (1959) 265 f. „Eine Bindung, welche den Einsatz der Persönlichkeit verlange, könne und dürfe aus der notwendigen Rücksichtnahme auf deren Wesen niemals so festem Bestand haben, wie das für eine Kapitalisierung erforderlich sei“.

¹³²⁾ Skibbe, Dienstleistungen als Sacheinlage bei der GmbH, GmbHR 4/1980, 74.

¹³³⁾ Vgl Europäische Charta für Kleinunternehmen vom 19./20.6.2000, online verfügbar unter http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/charter/charter_de.pdf.

¹³⁴⁾ Die Kapitalerhaltung im Aktienrecht erfuh hingegen eine Harmonisierung durch Art 17 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates vom 13.12.1976 (77/91/EWG): Bei schweren Verlusten des gezeichneten Kapitals muss die Hauptversammlung innerhalb einer durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu bestimmenden Frist einberufen werden, um zu prüfen, ob die Gesellschaft aufzulösen ist. Die Höhe des als schwer zu erachtenden Verlustes kann nicht auf mehr als die Hälfte des gezeichneten Kapitals festgesetzt werden. Diese Norm mag einen gewissen Spill-over-Effekt auch auf das GmbH-Recht einiger Mitgliedstaaten entfaltet haben; vgl Wymeersch, Unternehmensrecht in Europa – Perspektiven einer Harmonisierung, in: 40 Jahre Römische Verträge, Schriften des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit, Vol 9 (1998) 187 bis 203.

¹³⁵⁾ § 36 Abs 2 GmbHG, bzw § 49 Abs 3 dGmbHG. Dazu Nowotny, Verlust des halben Stammkapitals, in: Semler-FS (1993), 231 bis 260.



Praxistipps zur Umgründung

- Zahlreiche praktische Beispiele
- Berufrechtliche Rahmenbedingungen
- Steuerliche Vermögensübertragung
- Ermittlung des Verkehrswertes
- Auswirkungen der Steuerreform 2005
- Kriterien zur Rechtsformwahl
- Die Einbringung in Handelsrecht, allgemeinem Steuerrecht und UmgrStG

2004, 160 Seiten, kart.
ISBN 3-7073-0700-X

€ 38,-

L LINDE
VERLAG

Linde Verlag Wien

www.lindeverlag.at

Scheydggasse 24 • 1211 Wien • Tel.: (01) 24 630 • Fax: (01) 24 630-23 • E-Mail: office@lindeverlag.at