

Corporate Governance in der GmbH

Grenzen der Realisierbarkeit effizienter Corporate Governance Strukturen im geltenden GmbH-Recht und Optimierungsbedarf de lege ferenda unter Berücksichtigung des gesetzlichen Leitbildes

von
Dr. Michael Ilter

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 8487 1718 7

Michael Ilter

Corporate Governance in der GmbH

Grenzen der Realisierbarkeit effizienter Corporate Governance
Strukturen im geltenden GmbH-Recht und Optimierungsbedarf
de lege ferenda unter Berücksichtigung des gesetzlichen Leitbildes



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen und internationalen
Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von der Sozietät Gleiss Lutz

Band 52

Michael Ilter

Corporate Governance in der GmbH

Grenzen der Realisierbarkeit effizienter Corporate Governance
Strukturen im geltenden GmbH-Recht und Optimierungsbedarf
de lege ferenda unter Berücksichtigung des gesetzlichen Leitbildes



Nomos

Dekan: Prof. Dr. Matthias Jestaedt
Erstprüfer: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Zweitprüfer: Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (University of Chicago)
Dissertationsort: Freiburg i. Br.
Tag der mündlichen Prüfung: 10. und 11. November 2014
Erscheinungsjahr: 2015

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1718-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-5770-9 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	21
A. Einführung	21
B. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	23
Erster Teil: Die Rolle der GmbH in der deutschen Wirtschaft und die Bedeutung der Corporate Governance nach der Finanzkrise	25
A. Bedeutung der Rechtsform der GmbH für die deutsche Wirtschaftswirklichkeit	25
B. Corporate Governance als Modeerscheinung?	32
C. Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds durch die Finanzkrise als Katalysator für die Corporate Governance in der GmbH?	38
D. Risiken schlechter und Vorteile guter Corporate Governance	40
E. Bedeutung der Corporate Governance für die GmbH	51
Zweiter Teil: Das gesetzliche Leitbild der GmbH	55
A. Leitbild des GmbHG von 1892	55
B. Veränderungen des Leitbilds im Zuge der Änderungen des GmbHG und der richterlichen Rechtsfortbildung	58
C. Duales Leitbild des GmbHG von heute	74
Dritter Teil: Die typischen Agenturkonflikte in der GmbH	77
A. Erscheinungsformen der GmbH, die Agenturkonflikten ausgesetzt sind	77
B. Principal-Agent-Konflikt als klassischer Agenturkonflikt der (offenen) Kapitalgesellschaften	78
C. Gesellschafterkonflikt als Spannungsfeld zwischen der Gesellschaftermehrheit und der -minderheit	79
D. Gefahr der Gesellschafterblockade (Pattsituation)	80

Inhaltsübersicht

E.	Konflikt zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern der GmbH	80
F.	Folgerungen für die Corporate Governance	87
Vierter Teil: Die Lösungsmöglichkeiten der Agenturkonflikte und ihre Grenzen im geltenden GmbH-Recht		89
A.	Anforderungen an die Lösungsmöglichkeiten	89
B.	Instrumente zur Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts	90
C.	Gesetzliche Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	97
D.	Statutarische Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	119
Fünfter Teil: Der bestehende Handlungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers		161
A.	Divergenz zwischen dem gesetzlichen Leitbild und den Rechtstat- sachen zur GmbH	161
B.	Rolle des Gesetzgebers	165
C.	Instrumente zur Optimierung	171
D.	Forderung an den Gesetzgeber	185
Sechster Teil: Potentielle Optimierungsfelder		187
A.	Ziele und Grenzen wünschenswerter Optimierung	187
B.	Weitere Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts	188
C.	Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	195
D.	Optimierungsvorschläge	213
Siebter Teil: Zusammenfassung und Ausblick		215
A.	Zusammenfassung in Thesen	215
B.	Ausblick	223
Literaturverzeichnis		225

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	21
A. Einführung	21
B. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	23
Erster Teil: Die Rolle der GmbH in der deutschen Wirtschaft und die Bedeutung der Corporate Governance nach der Finanzkrise	25
A. Bedeutung der Rechtsform der GmbH für die deutsche Wirtschaftswirklichkeit	25
I. Erscheinungsformen der GmbH	25
1. Personalistische GmbH	26
2. Ein-Personen GmbH	26
3. Komplementär-GmbH	27
4. Kapitalistische GmbH	27
5. Sonstige Erscheinungsformen	28
a. Doppelgesellschaft	28
b. Stiftungs-GmbH	29
c. GmbH der öffentlichen Hand	29
II. Rechtstatsachen zur GmbH	29
1. Zunehmende Verbreitung der GmbH während ihrer 120jährigen Geschichte	29
2. Heutige Verbreitung der GmbH im Vergleich zu anderen Rechtsformen	30
III. Vorzüge der GmbH	31
B. Corporate Governance als Modeerscheinung?	32
I. Anfänge der Corporate Governance Diskussion und Entwicklung bis zur Veröffentlichung des DCGK	33
II. Corporate Governance Diskussion seit der Veröffentlichung des DCGK bis heute	35
C. Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds durch die Finanzkrise als Katalysator für die Corporate Governance in der GmbH?	38
D. Risiken schlechter und Vorteile guter Corporate Governance	41
I. Schlechte Corporate Governance als Gefahr für den Bestand des Unternehmens	41

Inhaltsverzeichnis

1.	Die Insolvenzanfälligkeit der GmbH als Gefahr für ihren Fortbestand	42
2.	Drohende Liquiditätsinsolvenz infolge des unregelmäßigen Ausscheidens	44
3.	Gefahren infolge unregelmäßiger Nachfolge und Ehescheidung	45
II.	Vorteile guter Corporate Governance	46
1.	Verbesserte Finanzierungsbedingungen	47
2.	Attraktivität für Eigenkapitalgeber/Investoren	49
3.	Sonstige »weiche« Vorteile guter Corporate Governance	51
E.	Bedeutung der Corporate Governance für die GmbH	52
Zweiter Teil: Das gesetzliche Leitbild der GmbH		55
A.	Leitbild des GmbHG von 1892	55
I.	Kodifiziertes Leitbild der GmbH im GmbHG 1892	55
II.	Faktisches Leitbild der GmbH anhand ihrer tatsächlichen Entwicklung in der Praxis	57
B.	Veränderungen des Leitbildes im Zuge der Änderungen des GmbHG und der richterlichen Rechtsfortbildung	58
I.	Änderungen in den Jahren zwischen 1892 und 1980	58
1.	Das Scheitern der geplanten »großen« Reform des GmbHG	58
a.	Das Scheitern der Reform der dreißiger Jahre	58
b.	Die gescheiterte Reform der siebziger Jahre	60
2.	Wesentliche richterrechtliche Rechtsfortbildungen	61
a.	Anerkennung der Ein-Personen GmbH	62
b.	Minderheitenschutz	62
aa.	Beschlussmängelrecht	62
bb.	Ausschluss und Austritt von Gesellschaftern	63
cc.	Individuelles Auskunfts- und Einsichtsrecht	64
II.	Änderungen durch die GmbH-Novelle von 1980	64
1.	Zulassung der Ein-Personen Gründung	65
2.	Kodifizierung des Auskunfts- und Einsichtsrecht in §§ 51a, 51b GmbHG	66
3.	Änderung des gesetzlichen Leitbildes	67
a.	Aussagen zum Leitbild der GmbH in den Gesetzgebungsmaterialien	67
b.	Die Auswirkungen der Novelle auf das Leitbild der GmbH	68
III.	Änderungen nach 1980 bis heute	70
1.	Schwächung des Minderheitenschutzes durch das BiRiLiG von 1985	70
2.	Kleinere Änderungen bis zum Jahre 2008	71
3.	Das MoMiG als erste große GmbH-Reform im Jahre 2008	71
4.	Weitere Änderungen in den Jahren 2008 bis heute	74

Inhaltsverzeichnis

C.	Duales Leitbild des GmbHG von heute	74
	I. GmbH als kapitalorientierte Vermögensgemeinschaft	74
	II. GmbH als personalistische Kapitalgesellschaft	75
	Dritter Teil: Die typischen Agenturkonflikte in der GmbH	77
A.	Erscheinungsformen der GmbH, die Agenturkonflikten ausgesetzt sind	77
B.	Principal-Agent-Konflikt als klassischer Agenturkonflikt der (offenen) Kapitalgesellschaften	78
C.	Gesellschafterkonflikt als Spannungsfeld zwischen der Gesellschaftermehrheit und der -minderheit	79
	I. Gefahr der Übervorteilung der Minderheit durch opportunistisches Verhalten der Mehrheit	80
	II. Gefahr der Blockade der Mehrheit durch obstruierendes Verhalten der Minderheit	82
D.	Gefahr der Gesellschafterblockade (Pattsituation)	83
E.	Konflikt zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern der GmbH	83
F.	Folgerungen für die Corporate Governance	87
	Vierter Teil: Die Lösungsmöglichkeiten der Agenturkonflikte und ihre Grenzen im geltenden GmbH-Recht	89
A.	Anforderungen an die Lösungsmöglichkeiten	89
B.	Instrumente zur Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts	90
	I. Haftungsregime als Handlungsgrenze	90
	II. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als zusätzliche Handlungsgrenze	91
	III. Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers	92
	IV. Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung	93
	V. Kontrollrechte der Gesellschafter	93
	VI. Verhaltenssteuerung durch Vergütungssysteme	93
	VII. Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung	95
	VIII. Analyse des durch die Instrumente zur Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts vermittelten Schutzniveaus	97
C.	Gesetzliche Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	97
	I. Gestaltungsfreiheit des GmbHG	98
	II. Unentziehbare Mitgliedschaftsrechte	100
	III. Qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Beschränkung der Mehrheitsmacht	100
	IV. Mitgliedschaftliche Treuepflicht	102
	V. Gesellschaftsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	105
	VI. Ausübungskontrolle in Gestalt des Beschlussmängelrechts	107

Inhaltsverzeichnis

VII.	Gesellschafterklage ‚actio pro socio‘	110
VIII.	Ausscheiden von Gesellschaftern	111
	1. Ausschluss aus wichtigem Grund	113
	2. Austritt aus wichtigem Grund	115
IX.	Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen	116
X.	Analyse des durch die gesetzlichen Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts vermittelten Schutzniveaus	118
D.	Statutarische Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	119
	I. Statutarische Sonderrechte	120
	II. Regelungen zum Ausscheiden von Gesellschaftern	121
	1. Regelungen zum Ausschluss	121
	a. Ausschluss nach freiem Ermessen	121
	b. Zulässige Regelungen zum Ausschluss	123
	2. Regelungen zum Austritt	124
	a. Ordentliches Kündigungs- und Austrittsrecht	124
	b. Weitere zulässige Regelungen zum Austritt	125
	3. Beschränkung des Abfindungsanspruchs	125
III.	Regelung der Ergebnisverwendung	128
IV.	Regelungen zum Bezugsrecht	131
V.	Einrichtung eines Aufsichtsrats oder Beirats	132
	1. Vor- und Nachteile eines fakultativen Aufsichtsrats	133
	2. Kompetenzen	134
	a. Keine generelle »typisierte Funktion« im Sinne einer Mindestkompetenz	135
	b. Überwachungs- und Kontrollfunktion	137
	c. Leitungsfunktion	139
	aa. Zustimmungsvorbehalte	140
	bb. Weisungsrecht	141
	cc. Personalkompetenz und Haftungsfragen	143
	d. Beratungs- und Repräsentationsfunktion	145
	e. Schlichtungsfunktion	146
	f. Zulässigkeit der weitgehenden Entmachtung der Gesell- schafterversammlung durch die Etablierung eines »starken« Aufsichtsrats?	147
	3. Stellung der Aufsichtsratsmitglieder	148
	4. Zusammensetzung des Aufsichtsrats	150
	5. Möglichkeit der Implementierung eines Board-Systems	151
VI.	Regelung zum Schutz vor einem »Eindringen« unliebsamer Dritter	153
	1. Vinkulierung	153
	2. Vorerwerbs-, Vorkaufs- und Übernahmerechte	154
	3. Erb- und familienrechtliche Regelungen	156

VII.	Mitveräußerungsrechte und -pflichten (Tag-along- und Drag-along)	156
VIII.	Analyse des durch die statutarischen Instrumente zur Entschärfung des Gesellschafterkonflikts vermittelten Schutzniveaus	158
Fünfter Teil: Der bestehende Handlungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers		161
A.	Divergenz zwischen dem gesetzlichen Leitbild und den Rechts-tatsachen zur GmbH	161
I.	Bürde der Gestaltungsfreiheit	161
1.	Gestaltungsfreiheit als »Allheilmittel«?	161
2.	Gestaltungsfreiheit als Nachteil bei fehlendem Know-how	163
II.	Minderheitenschutz im Lichte der Gestaltungsfreiheit	164
III.	Unzureichende Umsetzung des Leitbildes der personalisierten Kapitalgesellschaft im geltenden GmbHG	165
B.	Rolle des Gesetzgebers	165
I.	Vertrauenserwartung des Rechtsverkehrs und der Rechtsanwender	166
II.	Erfordernis einer Mindestvorsorge gegen typische Konflikte	167
III.	Reichweite der gesetzgeberischen Pflicht zur Optimierung	169
IV.	Puristischer Ansatz des GmbHG	170
C.	Instrumente zur Optimierung	171
I.	Europäische Vorgaben	171
II.	Soft law - Corporate Governance Kodizes	172
1.	Anwendbarkeit des DCGK auf die GmbH	173
2.	Governance Kodex für Familienunternehmen	174
3.	Autonomer Corporate Governance Kodex für die GmbH?	174
a.	Vorteile	175
b.	Nachteile	1750
c.	Stellungnahme	177
III.	Gesetzliche Regelungen	178
1.	Zwingende Regelungen	178
2.	Dispositive Regelungen	179
3.	Opt-in- und opt-out-Statute	180
4.	Mögliche Ausgestaltungsvarianten: Regeln, Prinzipien und Standards	181
5.	Obligatorische Regelungsaufträge	182
6.	Anregungsnormen	183
7.	Mustersatzungen	184
IV.	Kriterien für die Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen	185
D.	Forderung an den Gesetzgeber	185

Inhaltsverzeichnis

Sechster Teil: Potentielle Optimierungsfelder	187
A. Ziele und Grenzen wünschenswerter Optimierung	187
B. Weitere Entschärfung des Principal-Agent-Konflikts	188
I. Berichtspflicht entsprechend § 90 AktG	188
II. Vorgaben zur Geschäftsführervergütung entsprechend § 87 AktG	190
III. Selbstbehalt bei D&O-Versicherungen entsprechend § 93 Abs. 2 S. 3 AktG	193
IV. Kein zusätzlicher Optimierungsbedarf	195
C. Entschärfung des Gesellschafterkonflikts	195
I. Optimierung des Minderheitenschutzes	195
1. Recht auf angemessene Gewinnausschüttung	196
a. Dispositive Regelung	196
b. Obligatorischer Regelungsauftrag	197
2. Kündigungs- und Austrittsrecht	198
a. Ordentliches Kündigungs- und Austrittsrecht	199
b. An sachliche Gründe gebundenes Kündigungs- und Austrittsrecht	199
aa. Dispositive Regelung	200
bb. Obligatorischer Regelungsauftrag	201
3. Ausschlussrecht	201
4. Instrumente zur Erhöhung der Fungibilität: Vorerwerbs-, Vorkaufs- und Übernahmerechte sowie Mitveräußerungsrechte und -pflichten	203
5. Gesetzliche Regelung des Bezugsrechts	204
II. Aufsichtsrat	207
1. »Starker« Aufsichtsrat	207
2. Monistisches Leitungssystem: Ermöglichung eines Verwaltungsrats	209
III. Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern	212
D. Optimierungsvorschläge	213
Siebter Teil: Zusammenfassung und Ausblick	215
A. Zusammenfassung in Thesen	215
B. Ausblick	223
Literaturverzeichnis	225