

**SCHRIFTEN ZUM
WIRTSCHAFTS- UND
MEDIENRECHT,
STEUERRECHT UND
ZIVILPROZESSRECHT**

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 54

Udo Schulze

**Der funktionale
Zusammenhang
zwischen bilanzieller
Betrachtungsweise
und Drittvergleich bei
der Kapitalerhaltung
im GmbH-Recht**

1. Einführung und Gang der Darstellung¹

Am 01.11.2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)² in Kraft getreten. Bei diesem Gesetz handelt es sich um die „umfassendste Reform des GmbH-Rechts seit Bestehen des GmbH-Gesetzes von 1892“.³

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die vertiefte kritische Auseinandersetzung mit der neuen Ausnahmeregelung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, die der Gesetzgeber des MoMiG dem gemeinhin als Grundpfeiler des GmbH-Rechts geltenden Kapitalerhaltungsgrundsatz, der als solcher unverändert blieb, aber nunmehr in § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG verortet ist, hinzugefügt hat, unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte und der zu erwartenden Auswirkungen auf Wirtschaftspraxis und Rechtsprechung.

Durch Artikel 1 Nr. 20 MoMiG⁴ wurde § 30 Abs. 1 GmbHG wie folgt gefasst:

„Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. *Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind.* Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.“

1 Die hier nicht kenntlich gemachten wörtlichen oder sinngemäßen Zitate werden in den nachfolgenden Kapiteln dieser Arbeit mit Fundstellen belegt.

2 Gesetz vom 23.10.2008, BGBl I 2008, 2026ff.

3 Pressemitteilung des BMJ vom 30.10.2008, Das neue GmbH-Recht, seinerzeit abrufbar unter www.bmj.de.

4 BGBl I 2008, 2026, 2029.

Die gesetzliche Neuregelung versteht sich insgesamt als Nichtanwendungsgesetz⁵ in Bezug auf die vornehmlich am Gläubigerschutz und weniger an den Bedürfnissen der GmbH-Gesellschafter orientierten Rechtsprechung des BGH.

Es erscheint allerdings fraglich, ob dem Gesetzgeber des MoMiG der sicherlich nicht einfache Spagat zwischen Modernisierung und Missbrauchsbekämpfung gelungen ist. Er sah seine Hauptaufgabe erklärtermaßen darin, die Attraktivität der deutschen GmbH im europaweiten Wettbewerb der Gesellschaftsformen zu erhöhen.

Ebenso wie die Restaurierung eines Gebäudes dessen Attraktivität allenfalls auf den ersten Blick verbessern kann, wenn dabei gleichzeitig seine Grundpfeiler in Mitleidenschaft gezogen werden, könnte die gesetzliche Neuregelung der Kapitalerhaltung letztlich ungeeignet sein, die Attraktivität der Rechtsform der GmbH zu erhöhen, wenn sie zugunsten außerhalb des Gesellschaftszwecks liegender Interessen der Gesellschafter mit einer unverhältnismäßigen Verkürzung des Gläubigerschutzes verbunden wäre. Denn die Attraktivität liegt bekanntlich immer im Auge des Betrachters. Was nützt es aber letztendlich dem Gesellschafter, wenn er auf der einen Seite über das Gesellschaftsvermögen verfügen darf, als sei es sein eigenes, seine GmbH aber auf der anderen Seite von ihren Geschäftspartnern eben deshalb keinen (ungesicherten) Kredit mehr erhält, so dass er sich persönlich für deren Schulden verbürgen muss? Jede Verbesserung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Gesellschafter wird letztlich mit einer Einbuße an Vertrauen im Geschäftsverkehr erkaufte. Damit kann sich auch jeder Eingriff in das hergebrachte und bewährte Haftkapitalsystem am Ende nachteilig auf die Attraktivität der Gesellschaftsform auswirken.

Auf der anderen Seite ist es ein durchaus legitimes Anliegen und die ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers, durch geeignete Regelungen dafür zu sorgen, dass alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zwischen der Ge-

5 Die Bezeichnung als „Nichtanwendungserlass“ (vgl. z.B. Kallmeyer, DB 2007, 2755, 2757; Schäfer, BB 2006, BB-Special 7, Heft 37, 5, 8) ist genau genommen unzutreffend, weil es sich hier nicht um eine Korrektur der Rechtsprechung durch die Exekutive, sondern um eine unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung verfassungsrechtlich unbedenkliche Korrektur der Judikative durch die Legislative handelt.

sellschaft und ihren Gesellschaftern nicht durch eine als übermäßig restriktiv empfundene höchstrichterliche Rechtsprechung behindert werden. Das hierbei bestehende Spannungsverhältnis zwischen den auf größtmögliche Flexibilität bedachten Gesellschafterinteressen und den aufgrund der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen schutzbedürftigen Gläubigerinteressen ist allerdings unverkennbar. Schon deshalb ist ungeachtet des gegenwärtig scheinbar stattfindenden internationalen „Schönheitswettbewerbs“ ein gewisses Selbstvertrauen in die Durchsetzungsfähigkeit des anerkanntermaßen bewährten und bislang keineswegs überholten nationalen Haftkapitalsystems „im Markt“ angezeigt.

Nach der über viele Jahrzehnte gewachsenen Rechtsprechung des BGH, der sich auch der BFH und die herrschende Meinung in der Rechtswissenschaft angeschlossen haben, besteht innerhalb des Haftkapitalsystems ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen den Regelungen über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Auch der Gesetzgeber des MoMiG hat ursprünglich keinen Grund gesehen, im Bereich der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung unterschiedliche Maßstäbe anzulegen, sich dann aber letztlich doch dazu entschlossen, den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung weitgehend aufrechtzuerhalten, gleichzeitig aber den Grundsatz der Kapitalerhaltung zu relativieren. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll daher untersucht werden, ob dieser Eingriff in das System als bloße Klarstellung durchgehen kann oder als Systembruch gewertet werden muss.

Im Vordergrund der Untersuchung steht dabei die nicht ganz konsequente „Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise“, die deshalb kritisch zu hinterfragen ist, weil sie möglicherweise auf einem bisher nicht aufgeklärten Fehlverständnis des in § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG enthaltenen Begriffs der „Auszahlung“ beruhen könnte. Dieselbe Frage stellt sich allerdings gleichermaßen in Bezug auf die vorangegangene „Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise“ durch den BGH, der bei der Auslegung des Auszahlungsbegriffs einen weiteren funktionalen Zusammenhang vernachlässigt haben könnte, nämlich den hier thematisierten funktionalen Zusammenhang zwischen der bilanziellen Betrachtungsweise und dem im Regelungsbereich der Kapitalerhaltung bisher gleichfalls „problemlos anerkannten“ Korrektiv des Drittvergleichs.

Die nachfolgende Darstellung beginnt mit einem Überblick über die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot, um sich anschließend der Entstehungsgeschichte der neuen Ausnahmeregelung zuzuwenden, die sodann einer eingehenden Untersuchung „auf Herz und Nieren“ unterzogen wird. Dabei werden die weiteren gesetzlichen Neuerungen nur insoweit in die Betrachtung einbezogen, wie dies zur Klärung der durch das Thema der Arbeit aufgeworfenen Fragen erforderlich ist. Deshalb unterbleibt insbesondere auch eine umfassende Darstellung und Würdigung der Neuregelungen über die Kapitalaufbringung und den Eigenkapitalersatz. Ein partielles Eingehen auf die Kapitalaufbringungsvorschriften ist jedoch aufgrund des zumindest nach bisherigem Recht bestehenden engen funktionalen Zusammenhangs mit den Kapitalerhaltungsvorschriften unverzichtbar.

2. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung

Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft auch weiterhin nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden.

2.1 Der Sinn und Zweck des Auszahlungsverbots

Das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG ist die zentrale Gläubigerschutzbestimmung zur Erhaltung des Stammkapitals.⁶ Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. Das Privileg des vollständigen Ausschlusses der persönlichen Haftung der Gesellschafter setzt voraus, dass diese zugunsten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger ein bestimmtes Kapital aufbringen und reservieren,⁷ das der Gesellschaft als zweckgebundenes Mindestbetriebsvermögen und den Gläubigern als Befriedigungsreserve dient.⁸

Die strengen Vorschriften über die Kapitalaufbringung wären weitgehend sinnentleert, wenn das Gesetz nicht durch flankierende Bestimmungen sicherstellen würde, dass das einmal aufgebrauchte Stammkapital nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister auch erhalten wird.⁹ Mit der Eintragung tritt also nicht nur die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ein, sondern gleichzeitig wird das von den Gesellschaftern aufgebrauchte Kapital zum „gebundenen Kapital“¹⁰ im Sinne der vorerwähnten Zweckbindung. Das bedeutet einerseits nicht, dass die von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen als Haftungsfonds für die Gläubiger thesauriert werden müssten; vielmehr dürfen sie in den Geld- und Wirtschaftskreislauf der GmbH einbezogen werden.¹¹

6 Roth/Altmeyen, 7. Aufl. (2012), § 30 Rdn. 1.

7 Scholz/Westermann, § 30 Rdn. 1.

8 Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl. (2010), § 30 Rdn. 5.

9 So jedenfalls Goette, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, § 3 Rdn. 1 (S. 64).

10 Roth/Altmeyen, 7. Aufl. (2012), § 30 Rdn. 3.

11 Goette, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, § 3 Rdn.1 (S. 64).

Andererseits darf das gebundene Vermögen der Gesellschaft aber fortan auch nur noch für die betrieblichen Zwecke der Gesellschaft verwendet werden und nicht offen oder verdeckt an die Gesellschafter zurückfließen.¹²

Das Auszahlungsverbot schützt die GmbH und ihre Gläubiger mithin nicht vor einer Aufzehrung des Stammkapitals durch Verluste,¹³ wohl aber vor einer Zweckentfremdung des gebundenen Vermögens durch die Gesellschafter, also davor, dass diese das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht für deren Angelegenheiten, sondern für private oder anderweitige geschäftliche Zwecke verwenden.

Aus dem Umstand, dass das gebundene Vermögen für die betrieblichen Zwecke der GmbH eingesetzt und auch verbraucht werden darf, folgt gleichzeitig, dass es nicht gegenständlich, also in seiner konkreten Zusammensetzung, gegen den Zugriff der Gesellschafter geschützt sein kann, sondern lediglich verhindert werden soll, dass durch die Übertragung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes an den Gesellschafter dieses wertmäßig unter den Betrag der Stammkapitalziffer absinkt.¹⁴

2.2 Die Ermittlung des gebundenen Vermögens

Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen wird durch die bilanzmäßige Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva ermittelt. In der Bilanz, die neben der Gewinn- und Verlustrechnung Teil des nach den §§ 242, 264 HGB aufzustellenden Jahresabschlusses ist, ist das Stammkapital als „gezeichnetes Kapital“ auszuweisen (§§ 42 Abs. 1 GmbHG, 272 Abs. 1 S. 1 HGB).

Die Bilanz ist eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung von Vermögen und Kapital. Auf der linken Seite der Bilanz (Aktivseite) werden gemäß § 266 Abs. 2 HGB die Vermögenswerte der Gesellschaft und deren Zusammensetzung (Anlagevermögen und Umlaufvermögen) gezeigt, während die rechte Seite der Bilanz (Passivseite) Auskunft über die Kapitalherkunft gibt, wobei wiederum Ei-

12 Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl. (2010), § 30 Rdn. 5.

13 Roth/Altmeppen, 7. Aufl. (2012), § 30 Rdn. 6.

14 Vgl. Scholz/Westermann, § 30 Rdn. 1.

genkapital und Fremdkapital zu unterscheiden sind. Gemäß § 266 Abs. 3 HGB setzt sich das Eigenkapital aus den Positionen „gezeichnetes Kapital“, „Kapitalrücklage“, „Gewinnrücklagen“, „Gewinnvortrag/Verlustvortrag“ und „Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag“ zusammen, während es sich bei den Rückstellungen und Verbindlichkeiten um Fremdkapital handelt. Die Aktivseite informiert somit über die Mittelverwendung und die Passivseite über die Mittelherkunft.¹⁵

2.2.1 Das Stammkapital als Rechnungsziffer und die Unterbilanz

Das Stammkapital ist kein Vermögensgegenstand, sondern eine bloße Rechnungsziffer auf der Passivseite der Bilanz und hat die Funktion einer rechnerischen Entsprechungsgröße zum Aktivvermögen.¹⁶ Es kann also als solches weder gegenständlich erhalten noch an den Gesellschafter ausgezahlt werden. Eine Zuwendung an den Gesellschafter kann immer nur aus dem auf der Aktivseite der Bilanz erfassten „realen“ Vermögen erfolgen und ist nach herkömmlichem Verständnis dann verboten, wenn durch sie eine „Unterbilanz“ entsteht oder verstärkt wird.¹⁷ Eine Unterbilanz liegt vor, wenn das Reinvermögen der Gesellschaft (Aktiva abzüglich Verbindlichkeiten und Rückstellungen) nicht mehr die Stammkapitalziffer deckt.¹⁸ Umgekehrt ausgedrückt ist eine Deckung des Stammkapitals nur gegeben, wenn das Aktivvermögen die „echten“ Passiva (Verbindlichkeiten und Rückstellungen) und darüber hinaus die Stammkapitalziffer abdeckt.¹⁹ Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG gebunden ist deshalb nicht lediglich das Aktivvermögen in Höhe der Stammkapitalziffer („das Stammkapital“ als solches), sondern auch und gerade das Aktivvermögen, das darüber hinaus rechnerisch zur Deckung der Verbindlichkeiten und Rückstellungen erforderlich ist. Demgemäß verbietet die Vorschrift nicht die Auszahlung „des Stammkapitals“ an die Gesellschafter, sondern die Auszahlung des „zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens“. Eine Unterbilanz liegt mithin auch dann vor, wenn zwar Vermögensgegenstände (Aktiva) in Höhe der Stammkapitalziffer vorhanden sind, das Vermögen aber nicht ausreicht, darüber hinaus sämtliche Schulden der Gesellschaft abzudecken.

15 Hölzle, ZIP 2004, 1729, 1731 (Fn. 30).

16 Joost, GmbHR 1983, 285, 286.

17 Ulmer/Habersack, § 30 Rdn. 28.

18 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 III 1 (S. 1135).

19 Joost, GmbHR 1983, 285, 286.