

**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**

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis.....	17
1. Einführung und Gang der Darstellung	35
2. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung.....	39
2.1 Der Sinn und Zweck des Auszahlungsverbots.....	39
2.2 Die Ermittlung des gebundenen Vermögens	40
2.2.1 Das Stammkapital als Rechnungsziffer und die Unterbilanz	40
2.2.2 Die Entstehung einer Unterbilanz durch die Auszahlung.....	42
2.2.3 Die Vertiefung einer bereits bestehenden Unterbilanz	43
2.3 Das Erfordernis der Vermögensminderung	47
2.3.1 Die Zulässigkeit drittüblicher Austauschgeschäfte.....	47
2.3.2 Das Verbot von Leistungen „causa societatis“	48
3. Die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Auszahlungsverbot.....	49
3.1 Die Bedeutung des Erstattungsanspruchs	49
3.1.1 Die bilanzielle Darstellung.....	51
3.1.2 Die bilanzielle Bewertung.....	53
3.1.3 Die Funktion als materiell-rechtliche Ausschüttungssperre	55
3.1.4 Die „fingierte“ Unterbilanz	57
3.2 Die Verschleierung verbotener Auszahlungen als Darlehen	58
3.3 Die Problematik des Aktivtauschs	59
4. Die Entstehungsgeschichte des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG.....	61
4.1 Das November-Urteil des BGH	61

4.2 Die Kritik in der Literatur	63
4.3 Die Auswirkungen des November-Urteils auf das Cash-Pooling	64
4.3.1 Die wirtschaftliche Bedeutung des Cash-Pooling.....	64
4.3.2 Die rechtliche Qualifizierung der Zahlungsströme im Cash-Pool.....	68
4.3.3 Die Reichweite des Darlehensverbots.....	79
4.3.3.1 Das November-Urteil des OLG München	80
4.3.3.2 Das Rückzugsgefecht	81
4.3.4 Die praktischen Probleme	85
4.4 Die verbleibende Rechtsunsicherheit.....	87
4.5 Der Referentenentwurf.....	88
4.6 Der Regierungsentwurf.....	92
4.7 Die endgültige Fassung	98
5. Das Konzernprivileg (§ 30 Abs. 1 S. 2 1. Alt. GmbHG)	101
5.1 Die Rechtslage im Vertragskonzern.....	101
5.2 Die Rechtslage im faktischen Konzern	108
5.3 Ergebnis.....	119
6. Die Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise - Klarstellung oder Systembruch?	121
6.1 Der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 S. 2 2. Alt. GmbHG	125
6.1.1 Der Anwendungsbereich: Gegenleistungs- und Rückgewähr- ansprüche.....	125
6.1.2 Das Vollwertigkeitserfordernis	125
6.1.3 Das Deckungsgebot.....	129
6.1.4 Die Beweislast.....	129
6.1.5 Die Haftungsfolgen für die Geschäftsführer.....	132

6.2	Das Auszahlungsverbot als bilanzielle Ausschüttungssperre	134
6.2.1	Die begrenzte Aussagekraft der Bilanz.....	134
6.2.2	Das Verhältnis zwischen Bilanzrecht und materiellem Recht	136
6.2.3	Die verschiedenen Funktionen der Bilanz	137
6.3	Die wirtschaftliche Betrachtungsweise	139
6.3.1	Kein Vermögensschutz durch Schutz einer Rechnungsziffer.....	139
6.3.2	Die bisher anerkannten Ausnahmen von der bilanziellen Betrachtungsweise.....	142
6.3.3	Liquiditätsentzug und Vermögensgefährdung	142
6.3.4	Die bilanzielle und wirtschaftliche Bewertung des Kreditrisikos.....	144
6.3.5	Das verbleibende Störgefühl	148
6.4	Die rechtssystematischen Bedenken gegen eine rein bilanzielle Betrachtungsweise.....	150
6.4.1	Das Verhältnis zum Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	151
6.4.1.1	Die ausstehende Einlage als schuldrechtliche Forderung.....	152
6.4.1.2	Die untergeordnete Bedeutung der Kapitalaufbringung	153
6.4.1.3	Die gesetzliche Absicherung der ausstehenden Einlage	154
6.4.1.4	Das Stammkapital als „Verlustpuffer“	160
6.4.1.5	Das Stundungsverbot bei der Kapitalaufbringung	160
6.4.1.6	Zwischenergebnis.....	160
6.4.2	Das Stundungsverbot bei der Kapitalerhaltung	161
6.4.3	Das Kreditvergabe­verbot des § 43a GmbHG	167
6.4.3.1	§ 43a GmbHG als Gefährdungstatbestand und Liquiditätsschutzvorschrift.....	167
6.4.3.2	Die „fiktive Ausbuchung“ des Rückzahlungsanspruchs.....	168
6.4.3.3	Die analoge Anwendung auf Darlehen an Gesellschafter	169
6.4.3.4	Zwischenergebnis.....	173
6.4.4	Die Verschlechterung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger.....	174

6.4.5 Die Rechtfertigung des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG.....	179
6.4.6 Das Stammkapital als Risikobeitrag und Bonitätssignal	186
6.4.7 Die verbleibende Schutzlücke.....	190
6.4.7.1 Die Existenzvernichtungshaftung	191
6.4.7.2 Die Haftung des Geschäftsführers gemäß § 64 S. 3 GmbHG	192
6.4.7.3 Die Haftung des Geschäftsführers gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG.....	192
6.4.8 Ergebnis und Konsequenz für die weitere Untersuchung.....	193
6.5 Das zutreffende Verständnis der bilanziellen Betrachtungsweise	196
6.5.1 Die Darlehensgewährung als Dauerleistung und der maßgebliche Auszahlungszeitpunkt	197
6.5.2 Der Unterschied zwischen der Auszahlung der Darlehensvaluta und der „Auszahlung“ i.S.d. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG	197
6.5.3 Der Unterschied zwischen Vollwertigkeit und Gleichwertigkeit	203
6.5.4 Der Vergleich zur Rechtslage bei der Bestellung von Sicherheiten.....	210
6.5.5 Der Vergleich zur Rechtslage im Steuerrecht.....	219
6.6 Der Drittvergleich als Korrektiv zur bilanziellen Betrachtungsweise	221
6.6.1 Die Herleitung des Drittvergleichs aus dem Steuerrecht.....	223
6.6.2 Die Doppelfunktion des Drittvergleichs	226
6.6.2.1 Die Abgrenzungsfunktion	226
6.6.2.2 Die Bewertungsfunktion	230
6.6.3 Die Wirkungsweise des Drittvergleichs.....	237
6.7 Die Konsequenzen für die Auslegung des § 30 Abs. 1 S. 2 2.Alt. GmbHG	246
6.7.1 Nochmals: Die Reichweite des Darlehensverbots	248
6.7.2 Die Beweislastproblematik	263

6.7.2.1 Die grundsätzliche Beweislastverteilung	264
6.7.2.2 Die gesetzlichen Beweislastregeln	266
6.7.3 Der Sorgfaltsmaßstab der Business Judgment Rule	268
6.7.3.1 Die Anwendbarkeit auf Geschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter	269
6.7.3.2 Die Auswirkungen auf das Gläubigerschutzsystem und die Zulässigkeit des Cash-Pooling im faktischen GmbH-Konzern. ..	271
6.7.4 Die Rechtslage bei der Bestellung von Sicherheiten	277
7. Zusammenfassung in Thesen	281