

Vorwort

Das hiermit vorgelegte RWS-Skript ist die Neuauflage eines erstmals im Jahre 2003 gemeinsam mit Herrn Professor Dr. Ulrich Haas, Zürich, unter dem gleichen Titel verfassten Textes. Den Part von Herrn Professor Dr. Haas (Kapitalerhaltung) hat in dieser Auflage Herr Rechtsanwalt Dr. Ferdinand Kruis übernommen.

Angesichts der Fülle der durch das MoMiG geänderten bzw. ergänzten Bestimmungen und Regelungen wird allgemein von der größten Reform des GmbHG seit 1892 gesprochen. Ein bedeutender Teil des durch das MoMiG geschaffenen Regelwerks besteht jedoch nicht in einer Veränderung des GmbHG, sondern in dem Versuch, die allgemein als unerträglich empfundenen Folgen eines von der Rechtsprechung praeter legem entwickelten und als erforderlich angesehenen, präventiven Kapitalschutzrechts zu entschärfen. Ausgehend von der fragwürdigen These, dass die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter im GmbH-Recht nur über eine strikt formgerechte Kapitalaufbringung zu rechtfertigen sei, hat die Rechtsprechung den Grundsatz der sog. realen Kapitalaufbringung aufgestellt. Gegen diesen werde insbesondere dann verstoßen, wenn nicht erkennbar sei, dass statt einer erklärten Bareinlage in Wirklichkeit ein Gegenstand eingebracht werden soll (verdeckte Sacheinlage). Der präventive Kapitalschutz soll daneben sicherstellen, dass offene oder verdeckte Ausschüttungen des einmal geschaffenen Risikofonds an Gesellschafter bzw. diesen zuzurechnenden Personen unterbleiben.

Die Gesetzesinitiative für den Erlass des MoMiG war im Bereich der Kapitalaufbringung in erster Linie begründet durch die allgemein als verheerend betrachteten Rechtsfolgen eines Regelverstoßes, insbesondere die Doppelzahlungspflicht ohne Aufrechnungsmöglichkeit. Hinzu kam die Unsicherheit bei der Feststellung von Umgehungsgeschäften, die nach der Rechtsprechung aus einem nicht näher definierten, sachlichen und zeitlichen Zusammenhang abzulesen seien. Auf dem Gebiet der Kapitalerhaltung wurde es als besonders problematisch angesehen, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter auch dann als verbotene Auszahlungen gewertet werden sollten, wenn diese durch einen vollwertigen, jederzeit realisierbaren Gegenanspruch gedeckt waren.

Für die Beurteilung des Resultats der Reform ist der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht ohne Bedeutung. Während der Regierungsentwurf die bisher geltenden üblen Folgen einer verdeckten Sacheinlage durch Umwandlung des präventiven Kapitalschutzes in ein nachgelagertes Kapitalschutzsystem mit einer Differenzhaftung zu eliminieren versucht hat, folgte der Gesetzgeber am Ende einem Vorschlag des Rechtsausschusses, der unter Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtssystematik die Lösung in einer Anrechnungsmöglichkeit suchte. Dies hat zur Folge, dass – soweit eine Anrechnung nicht reicht (Grenze: Wert des verdeckenden Vermögensgegenstands) – alles beim Alten bleibt. Die wirtschaftlich schlimmsten Folgen wurden zwar teilweise

entschärft; die juristischen Schwierigkeiten haben sich jedoch eher vermehrt. Dies wird nicht zuletzt durch die Tatsache bestätigt, dass in vielen Punkten eine teleologische Reduktion der geltenden Gesetzesbestimmungen für erforderlich gehalten wird.

Was die Kapitalerhaltung anbelangt, hat die Rechtsprechung relativ spät entdeckt, dass ihre Bedenken gegen das Hin- und Herzahlen (Nebenform der verdeckten Sacheinlage) in der gängigen Praxis der Cash-Pools allgemein vernachlässigt worden waren. Hier hat die Neuregelung des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine verbreitete, bisher wenig beanstandete Praxis legitimiert.

Zwar nicht dem Recht der Kapitalerhaltung angehörend, aber diesem zum Teil unterworfen, hat der Gesetzgeber die bisher unter dem Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a und 32b GmbHG) behandelte Finanzierungsfolgenverantwortung aufgehoben und sie der insolvenzrechtlichen, zeitlich begrenzten Anfechtung zugeordnet.

Die besonders im Bereich der verdeckten Sacheinlage nunmehr entstandenen Schwierigkeiten wären leicht vermeidbar gewesen, wenn der Bundesgerichtshof seine diesbezügliche Rechtsfortbildung – wie schon länger vorgeschlagen; siehe Voraufgabe Rn. 334 – selbst zurückgeführt hätte. Der Ruf nach dem Gesetzgeber wäre entbehrlich gewesen.

Wir danken Frau Rechtsanwältin Theves-Telyakar für ihre Bereitschaft das Stichwortverzeichnis zu erstellen.

München, im März 2013

*Dr. Herbert Sernetz
Dr. Ferdinand Kruis*