

Ulrich Wackerbarth

Modul 32971

Kapitalgesellschaftsrecht

Leseprobe

Teil 1
Übersicht, Geschäftsleitung

Fakultät für
**Wirtschafts-
wissenschaft**



FernUniversität in Hagen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
---------------------------------	----------

§ 1 Unternehmens- und Gesellschaftsrecht im System des Rechts 1

I. Unternehmen und Macht.....	1
1. Komplexität und Macht.....	1
a) Die Vielzahl von Gesetzen und anderen Regeln	1
b) Warum so kompliziert?	3
c) Komplexität schafft Machtspielräume	4
d) Ebenso das juristische Spezialistentum	5
2. Die Rolle der Wissenschaft.....	6
3. Schlussfolgerungen	6
II. Was ist Unternehmensrecht?	8
III. Einführung in die Problematik der verdeckten Vermögensverlagerungen.....	8
1. Verdeckte Vermögensverlagerung als zentrales Problem.....	8
2. Mögliche rechtliche Konsequenzen.....	9
a) Verbot von Austauschgeschäften?.....	9
b) Veto-Recht der anderen Gesellschafter	10
c) Alternativen?	10
3. Verdeckte Vermögensverlagerungen und Gläubigerschutz	11

§ 2 Übersicht über das Recht der Kapitalgesellschaften und Rechtstatsachen Fehler! Textmarke nicht definiert.

I. Typen der Unternehmensträger	
1. Typenvielfalt im Gesellschaftsrecht.....	
2. Einzelkaufmann <=> Gesellschaft.....	
3. Unternehmensträger mit Haftungsbeschränkung <=> ohne Haftungsbeschränkung	
4. Die Reihenfolge der Darstellung.....	
II. Warum die Unterscheidung zwischen AG und GmbH?	
1. Kein Unterschied im Wesen	
2. Gesetzliche Hauptunterschiede zwischen AG und GmbH	
3. Andere Rechtsordnungen.....	
III. Hauptfragen des Kapitalgesellschaftsrechts (ohne Publikumsgesellschaften).....	
1. Hauptmerkmale der Kapitalgesellschaften.....	
2. Hauptprobleme.....	

- a) Schutz der Gläubiger:
- b) Schutz der Öffentlichkeit vor der Anthropomorphisierung der Juristischen Person
- c) Schutz der Minderheit vor der Mehrheit

§ 3 AktG und GmbHG.....

- I. Zweck der folgenden Darstellung
- II. Die Orientierung der beiden Gesetze am "Lebenszyklus"
 - 1. Der Lebenszyklus einer unternehmenstragenden Kapitalgesellschaft.....
 - 2. Übersicht über AktG und GmbHG
- III. Die wichtigsten beteiligten Personen (Organe)

§ 4 Pflichten, Haftung und Überwachung der Geschäftsführung

- I. Treuepflicht zur Gesellschaft
- 1. Organschaftliche Treuepflicht.....
- 2. Gesetzliche Ausprägungen der Treuepflicht
- a) Wettbewerbsverbot
- b) Geschäftschancenlehre
- c) Geheimhaltungspflichten
- d) Einschränkung der Kreditvergabe an Organmitglieder
- II. Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung.....
- 1. Pflicht zur sorgfältigen Führung des Unternehmens
 - a) Einzelpflichten im Gesetz
 - b) Allgemeine Sorgfaltspflicht
 - c) Pflicht zur Legalität?.....
- 2. Pflichten im Gläubigerinteresse (nicht durch Gesellschafterbeschluss verzichtbar)
- a) Überwachung der Kapitalerhaltung
- b) Insolvenzantragspflicht.....
- c) Insoweit: keine Folgepflicht
- 3. Der unternehmerische Handlungsspielraum
- a) Die Business Judgment Rule im amerikanischen Recht
- b) Deutsches Recht
- c) Die Regelung der BJR in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG
- d) Geltung auch in der GmbH
- III. Haftung der Organmitglieder
- 1. Haftung der Mitglieder der Geschäftsleitung nach außen und innen
 - a) Anspruchsgrundlagen der Gläubiger gegen die Geschäftsleitungsmitglieder

im Außenverhältnis	
b) Anspruchsgrundlagen im Innenverhältnis.....	
c) Haftung von Stroh Männern und faktischen Geschäftsleitern.....	
2. Ausschluss der Haftung durch Entscheidung der Gesellschafter	
a) Aktiengesellschaft.....	
b) GmbH	
c) Ergebnis	
IV. Überwachung der Geschäftsführung	
1. Überwachung durch die übrigen Organe	
2. Bedeutende Geschäfte der Gesellschaft mit den Geschäftsleitern.....	
a) Einschränkung der Kreditvergabe an Organmitglieder	
b) Die Problematik überhöhter Vorstandsgehälter im Aktienrecht	
c) Die Problematik verdeckter Gewinnausschüttungen durch Geschäftsführergehälter in der GmbH.....	
3. Durchsetzung der Haftung	
a) Allgemeines	
b) Durchsetzung der Haftung in der GmbH.....	
c) Durchsetzung der Haftung in der AG.....	

Teil 1: Übersicht, Geschäftsleitung

§ 1 Unternehmens- und Gesellschaftsrecht im System des Rechts

Fall 1:

A (50%), B und C (je 25%) sind Gesellschafter der X-GmbH. A ist zum alleinigen Geschäftsführer bestellt worden, dafür erhält er ein jährliches Gehalt von 100.000 €. Wegen außerordentlicher Leistungen des A erwirtschaftet die X-GmbH im Jahr 2010 einen um 100% höheren Gewinn als in den Vorjahren (300.000 € statt 150.000 €). Daraufhin vereinbart A mit seinem Freund F, dass dieser der GmbH, vertreten durch A, einen neuen Dienstwagen (Marktpreis 20.000 €) für 30.000 € verkauft und dem A persönlich 10.000 € in bar aushändigt. Als B und C von dem Geschäft erfahren sind sie empört. Sie verlangen von A Zahlung von 10.000 € an die Gesellschaft. A macht geltend, seine Anstrengungen im Jahr 2010 rechtfertigten durchaus einen Sonderbonus in dieser Höhe für ihn. Er dürfe das Geld daher behalten. Stimmt das?

1

I. Unternehmen und Macht

1. Komplexität und Macht

a) Die Vielzahl von Gesetzen und anderen Regeln

Im Kapitalgesellschaftsrecht geht es in erster Linie um den Gewinn aus der gemeinsamen Verfolgung eines unternehmerischen Zwecks. Zwar können auch Kapitalgesellschaften zu beliebigen Zwecken gegründet werden, doch steht in der Praxis das Betreiben eines Unternehmens im Vordergrund. Dieses Lehrbuch beschränkt sich entsprechend dem Sinn der Schwerpunkte-Reihe darauf.

2

Wer sich dazu entschließt, allein oder mit anderen ein Unternehmen zu betreiben, muss sich von Anfang an darüber im Klaren sein, dass das Rechtssystem ihm das Leben nicht allzu einfach machen wird: Der Staat will seinen Anteil, wenn das Unternehmen gut läuft (Steuerrecht), die Geschäftspartner, Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit wollen geschützt werden (Gläubigerschutz) und zwar vor allem dann, wenn der oder die Unternehmer nicht persönlich für den Erfolg des Unternehmens haften wollen (Haftungsbeschränkung). Der Staat schreibt zusätzlich vor, dass der Unternehmer all seine Geschäfte aufschreibt und ihre wirtschaftlichen Folgen bewertet (Rechnungslegungspflicht, Bilanzrecht). Ferner genießt eine besondere Gläubigergruppe, nämlich die der Arbeitnehmer, einen noch darüber hinausgehenden Schutz über das Arbeitsrecht. Bei der unternehmerischen Tätigkeit, vor allem

3

beim Abschluss von Rechtsgeschäften sind die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln des BGB und die Spezialregeln für Kaufleute im HGB einzuhalten. Darüber hinaus wollen Konkurrenten vor unlauterem Wettbewerb geschützt werden (UWG), die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs selbst wird durch das Kartellrecht geschützt (GWB) usw. usf. Es besteht in Deutschland wahrlich kein Mangel an Gesetzen und rechtsfortbildendem und lückenschließendem Richterrecht, was die Regulierung unternehmerischer Tätigkeit angeht.

- 4 Das Problem dabei ist, dass einzelne Entscheidungen und Handlungen des Unternehmers Rechtsfragen in unterschiedlichen Gebieten aufwerfen und die verschiedenen Rechtsgebiete untereinander nicht selten schlecht abgestimmt sind.

Beispiel:

Wer einen Alleinvertriebsvertrag mit einem Zulieferer abschließt, **unterliegt** sowohl den zivilrechtlichen Regeln über den Vertragsschluss, muss gleichzeitig überlegen, ob der Vertrag nicht gegen das Kartellrecht verstößt, und die aus dem Vertrag resultierenden Folgen müssen ordentlich bilanziert werden.

Auch wenn sich der Unternehmer Geld aus dem Unternehmensvermögen herausnimmt und anschließend das Unternehmen seine Schulden nicht mehr bezahlen kann, fragen die Gläubiger nach ihrem Schutz. Dieser Schutz findet sich - leider - auf unterschiedlichen, nicht ausreichend miteinander verzahnten Rechtsgebieten. Einmal sind die Gläubiger durch das Bilanzrecht und kapitalmarktrechtliche Veröffentlichungspflichten, d.h. durch Information geschützt. Wenn der Unternehmer die beschriebene Entnahme veröffentlichen musste und dies auch getan hat, so kann das Recht möglicherweise den Gläubigern sagen: Ihr hättet ja mit dem Unternehmer keine Geschäfte machen müssen, weil ihr sehen konntet, dass er seinen Verpflichtungen nicht würde nachkommen können (das wäre Gläubigerschutz über Information).

- 5 Weiter kann das Gesetz aber auch anordnen, dass der Unternehmer das Geld, das er kurz vor der Insolvenz beiseite geschafft hat, wieder zurückgeben muss (das ist die sog. paulianische Anfechtung im Insolvenzrecht, davon wird noch die Rede sein). Kapitalgesellschaftsrechtlich hat der Gesetzgeber noch darüber hinaus einen Rückerstattungsanspruch (Recht der Kapitalerhaltung) vorgesehen, wenn durch die Geldentnahme das Unternehmen zwar noch nicht insolvent war, aber bereits weniger Vermögen hatte als vom Unternehmer versprochen (sog. Unterbilanz, auch davon wird noch näher gehandelt). Das Recht der Kapitalerhaltung ist im Kapitalgesellschaftsrecht, d.h. im AktG und im GmbHG geregelt.

Und um festzustellen, wie denn die vermögensrechtliche Lage des Unternehmens im fraglichen Zeitpunkt der Entnahme war, braucht man wieder die Vermögensaufstellung, d.h. die Bilanz, also das Bilanzrecht. Sie sehen, ganz unterschiedliche Gesetze und sogar Rechtsgebiete sind aus Sicht der Kapitalgesellschaft "zuständig" zur Problemlösung. Angesichts dieser "Vielfachzuständigkeiten" fehlt es den Unternehmen wie den Juristen häufig vor allem am Überblick. Diesen will das vorliegende Werk erleichtern.

b) Warum so kompliziert?

Gesellschaftsrecht ist im Ausgangspunkt nicht schwierig. Seine oberste Regel, zugleich genereller Leitsatz, steht in § 705 BGB. Die Gesellschafter verpflichten sich dazu, den gemeinsamen Zweck zu verfolgen und dazu ihre Beiträge zu erbringen. Betreiben die Gesellschafter ein Unternehmen, besteht der gemeinsame Zweck in aller Regel in der Gewinnerzielung. Im Kapitalgesellschaftsrecht kommt zur Verpflichtung aller auf den Zweck der Gewinnerzielung die Haftungsbeschränkung hinzu und die Möglichkeit ihres Missbrauchs. Die Beiträge werden nicht nur im Interesse der anderen Gesellschafter, sondern auch und vor allem im Interesse der Gläubiger erbracht. Aus den beiden Grundpflichten folgen letztlich auch die Details. Im Grundsatz aber geht es eigentlich nur darum, die Gesellschafter an ihre Zusagen (Zweckverfolgung, Beiträge) zu erinnern.

6

Es liegt in der menschlichen Natur, dass zumindest einige ihren Verpflichtungen nicht nachkommen wollen. Dann muss das Recht sie zwingen. Das wissen die Verpflichteten. Sie stellen sich ein. Kautelarjuristen helfen ihnen dabei. Die Einhaltung der Regeln wird nicht offen verweigert. Vielmehr versuchen die Verpflichteten, durch geschickte Vertragsgestaltung an ihnen vorbeizukommen. Wenn die Rechtsprechung einen solchen Versuch erkennt, sind sie - oft erfolgreich - auf Gegenmittel. Die einfachen Grundregeln des Gesellschaftsrechts werden detaillierter. Zu den Formulierungen des Gesetzgebers kommen neue hinzu, alles wird komplizierter.

7

In diesem Spiel oder Wettrüsten nimmt die Rechtsprechung eine besonders bedeutende Rolle ein. Sie vervollständigt unvollständige Gesellschaftsverträge und unvollständige Schutznormen. Das nennt man Auslegung oder wenn notwendig Rechtsfortbildung. Gesellschaftsrecht ist deshalb vor allem Richterrecht. Wegen der Bedeutung des Gesellschaftsrechts für die Volkswirtschaft kommt dem II. Senat des BGH durch sein Recht und seine Pflicht zur Rechtsfortbildung eine erhebliche Machtfülle zu. Diese vorausschauend auszuüben, ist seine vornehmste Pflicht.

c) Komplexität schafft Machtspielräume

- 8 Der seinerzeitige Vorsitzende des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats des Bundesgerichtshofs, Volker Röhricht, hat das Hauptproblem des heutigen Gesellschaftsrechts festgehalten.¹ Es sei zu kompliziert und müsse einfacher werden. Und damit meinte er nicht nur die oben beschriebene Tatsache, dass unterschiedliche Rechtsgebiete auf ein- und denselben Sachverhalt einwirken, sondern allein die Regeln des Gesellschaftsrechts selbst, die nicht nur im AktG und GmbHG stehen (sog. "black letter law"), sondern durch Richterrecht fortgebildet und durch tausende Details selbst unübersichtlich geworden sind.
- 9 Wohin komplizierte, in ihren Details nicht mehr oder nur nach langem Studieren nachvollziehbare Regeln führen können, sei nachfolgend kurz abstrakt dargestellt. Durch komplexe, detaillierte Regeln entsteht - angesichts der unüberschaubaren Vielfalt des Lebens - neben den von den Regeln erfassten Sachverhalten fast automatisch eine noch größere Vielzahl von Lebenssachverhalten, die von den detaillierten Regeln gerade nicht unmittelbar erfasst werden.

Gerade im Gesellschaftsrecht ist das aber besonders gefährlich: Denn die Lebenssachverhalte, die von einer Regelung nicht erfasst sind, lassen den handelnden Personen dann automatisch Freiräume. Die Behandlung derartiger Lebenssachverhalte außerhalb des Tatbestands einer Norm ist dann ja ungeklärt. Zwar besteht u.U. die Möglichkeit, die jeweilige Regel analog anzuwenden, aber ob das tatsächlich geschieht, ist jedenfalls bis zu einer Richterentscheidung unsicher.

- 10 Es gibt aber auf der anderen Seite keine wirklich ungeklärten Rechtsfragen. Vielmehr verbirgt sich hinter jedem ungeklärten Rechtsproblem im Gesellschaftsrecht seine schon aktuelle Ausfüllung durch bloße Macht. Geklärte Rechtsfragen kann man auch als Machteinschränkung begreifen, so dass Recht und Macht ein Gegensatzpaar bilden.

Beispiel:

Vorstandsdoublemandate im Konzern (siehe Rn. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Nach dem verstorbenen Uwe Hüffer² seien diese rechtlich nicht problemfrei, aber weder im dogmatischen Ansatz noch im Ergebnis bewältigt. § 88 Abs. 1 S. 2 AktG schreibt vor, dass ohne Einwilligung des Aufsichtsrates der Vor-

¹ Röhricht, ZGR 1999, 445, 476 f.

² Hüffer, § 76 AktG (10. Auflage) Rn 21.

stand nicht Mitglied des Vorstands einer anderen Gesellschaft sein darf. Stellen Sie sich folgende Situation vor. Eine AG (X-AG) hat 60% der Anteile an einer anderen (Tochter-) T-AG: Der Vorstand der X-AG bestellt den Aufsichtsrat der T-AG, dieser bestellt Vorstand der T-AG. Kann als Vorstand der Tochter ein Mitglied des Vorstands der X-AG bestellt werden? Der Aufsichtsrat der Mutter sagt "Ja, das würde der Mutter nur nützen." Der Aufsichtsrat der Tochter sagt ebenfalls "Ja", denn sonst droht ihm der Vorstand der Mutter mit seiner Abberufung. Also scheint die Doppelmitgliedschaft zulässig.

Dahinter steht eine zunächst nicht offensichtliche Problematik. Nehmen Sie an, der Doppelvorstand erfährt von einem guten Geschäft für die Tochter, das aber auch ein gutes Geschäft für die Mutter wäre. Er kann dieses Geschäft nun für die Mutter abschließen (dann erhält sie 100% des Gewinns aus diesem Geschäft) oder für die Tochter (dann erhält sie nur 60% des Gewinns). Was glauben Sie, was er tatsächlich tun wird?

11

Wenn also gesagt wird, die Rechtsfrage der "Doppelmandate im Konzern" sei "ungeklärt" oder "nicht bewältigt", dann steht dahinter das Problem, dass sich ein bestimmtes Interesse (nämlich das der Muttergesellschaft) bereits tatsächlich durchgesetzt hat. Das Geschäft wird also tatsächlich mit der Mutter zustande kommen, auch wenn es der Vorstand nach den konkreten Umständen eher für die Tochter hätte abschließen müssen. Hätte er letzteres getan, hätte auch die 40%ige Minderheit in der Tochter von diesem Geschäft profitiert. Stattdessen geht sie leer aus.

d) Ebenso das juristische Spezialistentum

Die Vielzahl von Gesetzen führt auch dazu, dass sich zu jedem Rechtsgebiet Spezialisten herausbilden, Menschen also, die Experten nur für ihren eigenen Rechtsbereich sind und oft über den Tellerrand nicht hinausblicken. Jeder hält sich selbst für den wichtigsten Experten und sein Spezial-Rechtsgebiet für das allein selig machende.

12

Es gibt also Bilanzrechtler, Insolvenzrechtler, Gesellschaftsrechtler: keiner weiß noch genau, was der jeweils andere tut. Insbesondere die Bilanzrechtler haben den Zweck des Bilanzrechts für sich umdefiniert, so dass es seine Hilfsfunktion für den Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nicht mehr erfüllen kann.

Beispiel:

Wenn eine neu entwickelte Horizontalbohrmaschine aus Sicht des Kaufmanns bilanziert wird, liegt ihr Wert, da die Maschine für das Unternehmen wichtig ist, vielleicht bei 100.000 €. Wenn sie dagegen aus Sicht der Gläubiger bewertet wird, hat sie, da sie auf dem Gütermarkt nicht veräußerbar ist, vielleicht allenfalls Schrottwert.

In wessen Interesse - glauben Sie - muss der Kaufmann nun aufschreiben, welchen Wert die Maschine hat? Im Gläubigerinteresse, damit nicht Vermögen beiseite geschafft werden kann? Das glauben Sie vielleicht - die Realität sieht anders aus (vgl. unten Teil 3 Rn. 242 ff.).

2. Die Rolle der Wissenschaft

- 13** Wissenschaftler und Studierende mit begrenztem Aufnahmevermögen dürfen an den Spezialisten nicht verzweifeln. Zwar können diese sich die anfallende Arbeit teilen, der Studierende und der Wissenschaftler sind dagegen fast immer allein und auf sich gestellt. Ein Vorteil aber ist es, sich nicht stets mit alltäglichen, intensive Detailarbeit erfordernden Problemen beschäftigen zu müssen, sondern den Blick auf dahinter liegende Strukturfragen, d.h. auf sich wiederholende Abläufe und Prinzipien richten zu können und eine gewisse Übersicht über die Zusammenhänge erreichen zu können. Diese Übersicht befähigt dann auch später zur Analyse von Detailfragen, während sich die arbeitsteiligen Organisationen in solchen Detailfragen auch verlieren können.

3. Schlussfolgerungen

- 14** Wegen der eben genannten Tatsachen richtet dieses Werk den Blick nur auf ausgewählte Detailfragen. Denn dieses Buch ist nicht als Kommentar zum Kapitalgesellschaftsrecht gedacht, sondern will Ihnen als Lernenden ein Verständnis für die Probleme vermitteln. Daher wird der Schwerpunkt auf der Funktion des Kapitalgesellschaftsrechts in seiner Einbindung in andere Rechtsgebiete liegen. Es wird namentlich versucht darzustellen, wie unternehmerische Macht im deutschen Recht ausbalanciert wird oder werden kann. Wir beschäftigen uns im Folgenden vor allem mit den tatsächlichen und wirtschaftlichen Folgen einzelner rechtlicher Institutionen im Kapitalgesellschaftsrecht. Das Weglassen vieler Details heißt allerdings nicht, dass die Themen rein abstrakt behandelt werden. Eine Vorstellung der rechtlichen und ökonomischen Probleme des Kapitalgesellschaftsrechts kann man sich im Gegenteil nur dann bilden, wenn man die handelnden Akteure und den konkreten Sachverhalt "vor dem geistigen Auge" hat und ihre Reaktionen (häufig Ausweichreaktionen auf nicht genehme Rechtsregeln) psychologisch nachvollziehen kann.

Wirtschaftsrecht hat eine Menge mit Psychologie zu tun. Insbesondere aus rechtspolitischer Sicht, d.h. bei der Abfassung neuer Regeln durch den Gesetzgeber oder rechtsfortbildender Entscheidungen der Gerichte, stellt sich stets die Frage, wie die Handelnden auf eine Rechtsänderung reagieren werden. Die vorauszusehende Reaktion muss in die neu zu findende Regel selbst mit eingeplant werden, damit sie funktionieren kann. Was wir Ihnen als Studierenden damit nahezubringen versuchen, ist sogenanntes konsequentialistisches Denken, auch folgenorientiertes oder funktionales Denken genannt.

15

Kapitalgesellschaftsrecht ist in der heutigen Zeit immer mehr - und insofern dem Arbeitsrecht immer ähnlicher - auch Richterrecht. Deshalb wird auch ein Schwerpunkt auf die Entwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung gelegt, die häufig dort eingreift, wo der Schutz bestimmter Akteure durch geschriebenes Recht versagt: z.B. stellt das Recht der Haftung für existenzvernichtende Eingriffe (unten Rn. 313 ff.) eine Reaktion der Rechtsprechung auf für zu starr empfundene geschriebene Regeln des Kapitalerhaltsrechts dar. Mit dem MoMiG hat der Gesetzgeber seinerseits wieder auf die Rechtsprechung reagiert, diesen "Dialog" zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung gilt es zu sehen.

Auch das vorliegende Werk ist freilich nur eine Teillösung des Komplexitätsproblems. Zwar soll hier zumindest versucht werden, eine teils gesetzesübergreifende Betrachtung anzustellen, die Ihnen den Überblick über das Recht der Kapitalgesellschaften vermitteln bzw. erhalten soll. Daher geht dieses Buch über seinen Titel einerseits hinaus: Gegenstand ist das Kapitalgesellschaftsrecht mit seinen bilanz-, insolvenz- und kapitalmarktrechtlichen Bezügen. Andererseits bleibt die Darstellung entsprechend der Philosophie der Schwerpunkte-Reihe auch unvollständig. Nicht dargestellt wird insbesondere das Recht der Aufbringung des Kapitals mit den Spezialproblemen der sog. verdeckten Sacheinlage. Es fehlen auch nähere Ausführungen zum Recht der Kapitalerhöhung und -herabsetzung oder eine Darstellung des Erwerbs eigener Anteile.³ Ferner werden Fragen des Umwandlungsrechts ausgelassen, obschon alle genannten Fragen in der Praxis wichtig sind. Auch die neu geschaffenen europäischen Rechtsformen (*societas europaea* und *societas privata europaea*, letztlich Abwandlungen der AG und der GmbH) sowie die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KG a.A.) bleiben außen vor. Wenn Sie aber die hier behandelten Schwerpunkte des Kapitalgesellschaftsrechts tatsächlich verstanden haben, werden Sie sich ohne Mühe anhand der jeweiligen Kommentare auch in die nicht behandelten Fragen einarbeiten können. Vor allem dazu soll Sie das Buch befähigen.

16

³ Einführend zu diesen Fragen *Eisenhardt/Wackerbarth*, GesR I Rn. 574 - 591, 601, 756 - 758, 772 - 775.

II. Was ist Unternehmensrecht?

17 ...

III. Einführung in die Problematik der verdeckten Vermögensverlagerungen

1. Verdeckte Vermögensverlagerung als zentrales Problem

- 18 Kapitalgesellschaften existieren in aller Regel nicht um ihrer selbst willen, sondern dienen der Gewinnerzielung ihrer Gesellschafter durch den Betrieb eines Unternehmens. Eine der **Grundregeln** für das Zusammenwirken der Gesellschafter in einer Kapitalgesellschaft ist die gesellschaftsvertragliche Gewinnverteilung. Das GmbHG (§ 29 Abs. 3) und das AktG (§§ 11, 60) sehen insoweit vor, dass im Zweifel (vorbehaltlich der Satzung) der Gewinn je nach dem Kapitalanteil jedes Gesellschafters aufgeteilt wird. Diese Gewinnverteilungsregel kann nur unter erschwerten Umständen wieder abgeändert werden. Ein zentrales Problem, das sich wie ein roter Faden durch das Kapitalgesellschaftsrecht zieht, ist nun das der verdeckten Vermögensverlagerung durch Austauschgeschäfte. Worum es dabei geht, lässt sich am besten anhand eines Beispielsfalls erläutern:

19 **Beispiel:**

In einer GmbH hat A eine Kapitalmehrheit von 55%, während B 25% und C 20% der Stammeinlage geleistet haben. Wird die Ausschüttung eines Gewinns beschlossen, erhalten die drei Gesellschafter ihren Anteil entsprechend dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. A meint nun (etwa, weil er einen besonders fähigen Geschäftsführer für die Gesellschaft gesucht hat und sich auch sonst seiner Meinung nach mehr für die Gesellschaft eingesetzt hat als B und C), ihm stünden 20.000 € zusätzlich von dem im Jahr erwirtschafteten Gewinn zu. Er fragt, ob er einfach mit seinen Stimmen mehrheitlich eine solche Zusatzgewinnausschüttung an sich beschließen kann.

Die Frage ist zu verneinen. Der erwirtschaftete Gewinn ist im Verhältnis 55:25:20 zu verteilen. Eine Änderung der Gewinnverteilungsregel kann A nicht durch einfachen Beschluss bewirken, sondern nur durch eine Satzungsänderung, der die übrigen Gesellschafter zustimmen müssen, weil die Änderung ja zu ihren Lasten ginge (§ 53 Abs. 3 GmbHG).

Abwandlung des Beispiels:**20**

Da A nicht mit der Zustimmung seiner beiden Mitgesellschafter rechnet, greift er zu anderen Mitteln: Er nimmt sich zwar nicht einfach die ihm (wie er ja glaubt) zustehenden 20.000 € aus der Kasse der Gesellschaft, aber er schlägt dem Geschäftsführer X der GmbH ein Austauschgeschäft vor. Geplant ist, dass A der Gesellschaft eine Leistung erbringt, z.B. einen Pkw verkauft, und die GmbH ihrerseits die Leistung des A mit 20.000 € über dem Marktwert des Pkw vergütet.

A hat die Mehrheit der Stimmrechte und kann mit seiner den Geschäftsführer der GmbH abbestellen und entlassen. Diese Möglichkeit verleiht seinen Wünschen Nachdruck. X wird sich daher möglicherweise für die GmbH auf das Geschäft einlassen. B und C dagegen wird das Geschäft nicht gefallen: Das wirtschaftliche Ergebnis des Vorgangs ist das gleiche, wie wenn A das Geld einfach aus der Kasse der Gesellschaft genommen oder aber die Gewinnverteilungsregel abgeändert worden wäre. Das Austauschgeschäft verschleiern also die in Wahrheit durchgeführte Vermögensverlagerung von der GmbH hin zu A (sog. verdeckte Vermögensverlagerung oder verdeckte Gewinnausschüttung).

2. Mögliche rechtliche Konsequenzen**a) Verbot von Austauschgeschäften?**

Mit dem dargestellten Austauschgeschäft wird also die geltende Gewinnverteilungsregel umgangen. Wie aber soll das Recht nun darauf reagieren? Man könnte etwa auf den Gedanken kommen, Austauschgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern vollständig zu verbieten. Wären diese Geschäfte verboten, so könnte es zu der dargestellten Umgehung gar nicht erst kommen. Das würde allerdings zu weit gehen. Denn es ist durchaus auch denkbar, dass in einer konkreten Situation die (Gegen-)Leistung des Gesellschafters ihren Preis wert ist und für die Gesellschaft notwendig oder sogar vorteilhaft ist.

21**Abwandlung des Beispielsfalles:**

A verfügt über ein Grundstück, auf das die Gesellschaft momentan angewiesen ist, da sie ihren Produktionsbetrieb erweitern will und das Grundstück günstig liegt.

In einem solchen Fall werden die anderen Gesellschafter gegen den Vertrag mit A nichts einzuwenden haben, soweit er zu einem vernünftigen Preis zustande kommt. Ein vollständiges Verbot von Austauschgeschäften ist deshalb abzulehnen.

b) Veto-Recht der anderen Gesellschafter

- 22** Erforderlich ist aber, dass, wegen der beschriebenen Gefahr einer Vermögensverlagerung, der A über den Kaufvertrag nicht nur mit dem von ihm abhängigen und daher erpressbaren Geschäftsführer "verhandelt" (dieser wird sich gegen einen unfairen Preis kaum wehren, da er weiß, dass A ihn entlassen könnte). Vielmehr müssen die beiden anderen Gesellschafter ein **Veto-Recht** gegen das Austauschgeschäft besitzen, so dass A nicht ohne ihre Zustimmung den Vertrag mit der GmbH abschließen kann und folglich mit ihnen verhandeln muss. B und C können also den problematischen Vertrag verhindern. Sie werden es freilich nicht tun, wenn er zu Bedingungen zustande kommt, die für beide Seiten (d.h. für A und die Gesellschaft) vorteilhaft sind. Auf diese Weise können sinnvolle Geschäfte dieses Kontrollverfahren passieren, während eine verdeckte Vermögensverlagerung praktisch ausgeschlossen ist.
- 23** Die hier angebotene grundsätzliche Lösung des Problems ist es also, **die Minderheitsgesellschafter als Kontrollinstanz** für die Frage heranzuziehen, ob sogenannte In-Sich-Geschäfte rechtlich akzeptiert werden oder nicht. Der Mehrheitsgesellschafter soll nicht auf beiden Seiten des Geschäfts stehen können und seine Mehrheitsmacht innerhalb der Gesellschaft ausspielen können. Vielmehr soll er - wie in einer Marktwirtschaft üblich - bei derartigen Austauschgeschäften⁴ mit anderen, namentlich mit seinen Mitgesellschaftern, über den Preis verhandeln müssen. Im deutschen GmbH-Recht ist diese Notwendigkeit von Verhandlungen durch § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG auch gesetzlich anerkannt, während im Aktienrecht andere Lösungen diskutiert werden, siehe dazu das Folgende.

c) Alternativen?

- 24** Insbesondere im Aktienrecht wird das beschriebene Kontrollverfahren für solche Austauschgeschäfte allerdings für zu umständlich gehalten und deshalb auf andere Lösungen ausgewichen. Zum einen wird bereits eine hypothetische Verhandlung über den Preis für eine Leistung des Gesellschafters für ausreichend gehalten. Dann wäre das Geschäft zwischen A und der Gesellschaft auch dann gültig, wenn B und

⁴ Zur zentralen Bedeutung des Austauschvertrages für das Sozialleben siehe *Rittner*, JZ 2011, 269 - 274.

C tatsächlich nicht zugestimmt haben, solange es nur "**zu Marktpreisen**" zustande gekommen ist. Oder aber man befragt nicht B und C, sondern einen **unabhängigen Dritten**, der das Geschäft zwischen A und der Gesellschaft genehmigt. Im praktischen Ergebnis würde A dann mit diesem unabhängigen Dritten verhandeln müssen.

Gegen beide Alternativen bestehen Einwände, die später (Rn. 628 ff.) noch etwas näher diskutiert werden. Hier nur so viel: Es besteht einerseits stets das Risiko, dass die **Vorhersage** des Ausgangs einer solchen hypothetischen Verhandlung **fehlerhaft** ist, so dass etwa im konkreten Fall der Marktpreis nicht das ist, worauf sich die Gesellschafter bei vollständiger Information tatsächlich geeinigt hätten. "Marktpreise" liefern im Übrigen stets nur ein ungenaues Ergebnis, da sie von einem Sachverständigen ermittelt werden müssen, der stets nur eine **Bandbreite** von angemessenen Preisen angibt.

25

Und die zweite Alternative, eine Verhandlung mit einem unabhängigen Dritten, um Streit zwischen den Gesellschaftern zu verhindern, geht im Ergebnis zu Lasten von B und C. Der "Unabhängige" (also eine neutrale Person, die weder zu A noch zu B oder C in einer familiären oder freundschaftlichen Beziehung steht) verhandelt dann mit A. Das **praktische Ergebnis** einer solchen Verhandlung wird (statistisch betrachtet) in der Mitte zwischen dem Neutralen und A liegen und das ist weniger als die Mitte zwischen A und den gegenläufig interessierten Gesellschaftern B und C. Ein Unabhängiger kann also nicht das leisten, was Verhandlungen zwischen den Gesellschaftern leisten können.

3. Verdeckte Vermögensverlagerungen und Gläubigerschutz

Durch die Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht bedingt ist noch ein weiteres Problem verdeckter Gewinnausschüttungen. Unterstellt wird, A, B und C seien sich einig und schließen sämtlich ähnliche Austauschverträge mit der GmbH, so dass im Ergebnis Vermögensverlagerungen hin zu allen drei Gesellschaftern entsprechend dem Verhältnis ihrer Anteile stattgefunden haben. Die **gesellschaftsrechtliche** Problematik verschwindet in diesem Fall. Für die Gläubiger stellen diese Verlagerungen jedoch ein zentrales Problem dar. Denn sie vermindern das Vermögen der Kapitalgesellschaft, das allein den Gläubigern haftet (§ 1 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG). Austauschverträge zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern müssen daher auch aus Gründen des Gläubigerschutzes auf die Prüfbank, um einen Mittelabfluss zu verhindern, wenn und soweit er die Gläubiger gefährdet.

26

Lösung zu Fall 1:

27

B und C könnten einen Anspruch der X-GmbH gegen A auf Zahlung von 10.000 € geltend machen, wenn ein solcher Anspruch besteht und B und C ihn geltend machen können. Zur Anspruchsgrundlage siehe Rn. 470ff.

Letztlich ist A in Höhe von 10.000 € auf Kosten der Gesellschaft bereichert. Ihm steht nur ein festes Gehalt als Geschäftsführer zu und von dem erwirtschafteten Gewinn ein Anteil entsprechend seiner Beteiligung. Darüber hinaus ist für einen Sonderbonus kein Rechtsgrund ersichtlich. Mit der gesamten Transaktion erhöht A entweder einseitig seine Geschäftsführervergütung oder aber seinen Gewinnanteil als Gesellschafter. Beides kann nicht ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfolgen. Wenn A meint, ihm stehe ein solcher Bonus zu, muss er mit B und C über eine Änderung des Gesellschaftsvertrags (Änderung der Gewinnverteilungsregelung) verhandeln oder über eine nachträgliche Prämie als Geschäftsführer der X-AG. Ohne Information und Zustimmung von B und C ist die Zahlung an ihn jedoch rechtswidrig und der GmbH zu erstatten.

