



Christina Koutsogianni-Hanke

Die Lehre von der
verdeckten Sacheinlage im
Gemeinschaftsgesellschaftsrecht



PETER LANG

Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage
im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht

Europäische Hochschulschriften

Publications Universitaires Européennes

European University Studies

Reihe II Rechtswissenschaft

Série II Series II

Droit

Law

Bd./Vol. 5321



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Christina Koutsogianni-Hanke

Die Lehre von der
verdeckten Sacheinlage im
Gemeinschaftsgesellschaftsrecht



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2011

D 16

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-631-62274-2 (Print)

ISBN 978-3-653-01321-4 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01321-4

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Meinen Nichten, meinem Neffen

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2010 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff für die Vergabe des Themas, den Freiraum bei der Bearbeitung und die wissenschaftlichen Anregungen, die maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Stefan Geibel für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich meiner griechischen und deutschen Familie, ohne deren finanzielle und moralische Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Unendlich dankbar bin ich auch Herrn Dr. Friedemann Kainer für die zahlreichen konstruktiven Diskussionen und die ständige Ermunterung, die mich zum Fortgang der Dissertation motiviert haben. Für seine Geduld, sein Verständnis und die anstrengenden Stunden des Korrekturlesens danke ich meinem Ehemann Stefan.

Frankfurt am Main, Februar 2012

Christina Koutsogianni-Hanke

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung	27
§ 1. Vorwort	27
I. Gegenstand und Anliegen der Dissertation	28
II. Gang der Darstellung	30
Erster Teil: Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage in Deutschland	33
§ 2. Die Funktion des Kapitals im deutschen Gläubigerschutzsystem	33
I. Garantie-, Eigen- und Fremdkapital, Gesellschaftsvermögen	33
1. Das Garantiekapital	33
2. Das Eigenkapital	34
3. Das Fremdkapital	35
A. Die Haftungsbeschränkung	35
B. Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital	36
4. Das Gesellschaftsvermögen	38
II. Mindestkapital vs. Gläubigerschutz	40
1. Inspire-Art-Entscheidung – das deutsche Gesellschaftsrecht unter Wettbewerbsdruck	41
2. Schwächen des Gläubigerschutzes durch Mindestkapital	43
A. Stellungnahme	43
B. Zusammenfassung	45
3. Alternativer Gläubigerschutz	46
A. Die insolvenzbezogene Haftung	46
i. Die insolvenzbezogene Haftung nach englischem Recht (Haftung aus „ <i>wrongful trading</i> “) – zugleich Stellungnahme	47
ii. Zwischenergebnis	51
B. Freie Festsetzung des haftenden Kapitals in der Satzung	52
i. Individualvertraglicher Gläubigerschutz	52

a.	Vorteile.....	52
b.	Nachteile	53
iii.	Abschaffung des Mindestkapitals mit Beibehaltung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln.....	54
a.	Vorteile.....	54
b.	Nachteile.....	55
iii.	Zwischenergebnis – Stellungnahme	56
4.	Zusammenfassendes Ergebnis	56
§ 3.Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage im deutschen Recht –		
	Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringungsregeln	57
I.	Bedeutung der Einlage bzw. Begriffsbestimmung der Sacheinlage.....	57
1.	Funktion der Einlagenerbringung	57
2.	Erfüllungsvereinbarung.....	59
3.	Sacheinlagefähigkeit	59
II.	Definition der Sachübernahme	64
III.	Mischeinlagen und gemischte Sacheinlagen.....	65
IV.	Umgehung der Sacheinlagevorschriften – verdeckte Sacheinlage.....	66
1.	Regelung der Sacheinlageneinbringung	68
A.	Die klassische Regelung	68
B.	Die Befreiungsregelungen des ARUG – zugleich Bewertung	71
i.	Die Ausnahmen von der Sachgründungsprüfung	71
ii.	Die Gegenausnahmen des § 33 a Abs. 2 AktG.....	73
iii.	Modifikation des Sachgründungsvorgangs – §§ 37 a, 38 Abs. 3 AktG.....	75
iv.	Abweichungen in der Kapitalerhöhung	76
v.	Zusammenfassung.....	76
2.	Regelung der verdeckten Sacheinlage	77
A.	Einleitung	77
B.	Vorbemerkung	77
C.	Anwendungsbereich und Regelungsinhalt.....	78

D.	Die objektiven Tatbestandsmerkmale.....	81
i.	Der sachliche Zusammenhang	81
ii.	Der zeitliche Zusammenhang	82
iii.	Sacheinlagefähigkeit des einzubringenden Vermögens- gegenstandes – Stellungnahme	84
E.	Der Streit um den subjektiven Tatbestand der Lehre von der verdeckten Sacheinlage.....	85
i.	Hintergrund der Abrede	86
ii.	Maßgebender Zeitpunkt der Abrede – Stellungnahme.....	87
iii.	Nachweis der Abrede	89
iv.	Andere schuldrechtliche Absprachen	90
F.	Die Umsatzgeschäfte.....	90
3.	Fallgruppen und Beispiele	92
A.	Rückzahlung der Bareinlageschuld durch die Gesellschaft.....	92
i.	Grundfall.....	92
ii.	Dreiecksverhältnisse	94
B.	Die Aufrechnung.....	97
i.	Einbringung einer Altforderung gegen die Gesellschaft	99
ii.	Die Aufbringung einer Neuforderung.....	101
iii.	Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger	103
iv.	Aufrechnung und Verkehrsgeschäft in der Insolvenz	104
C.	Die Einbringung einer Drittforderung	107
D.	Darlehensgewährung.....	107
E.	Abgrenzung des Hin- und Herzahlens von der verdeckten Sacheinlage	108
4.	Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage	111
A.	Allgemein.....	111
B.	Zivilrechtliche Folgen des Verkehrsgeschäfts	112
C.	Die Saldotheorie.....	113
D.	Die Verjährung.....	117

5. Heilung der verdeckten Sacheinlage.....	119
A. Vor Eintragung der Gründung oder Kapitalerhöhung der Gesellschaft in das Handelsregister	120
B. Nach Eintragung der Gesellschaft	120
i. Einheitliche Heilungsmöglichkeiten im GmbH- und Aktienrecht ...	120
a. Heilung durch Umqualifizierung der Einlage.....	121
b. Heilung durch Nachzahlung oder Verrechnung	125
ii. Abweichungen im Aktienrecht	127
a. Die Nachgründung	128
b. Das Verhältnis der Nachgründung zur verdeckten Sacheinlage.....	130
c. Anwendung des § 52 AktG auf die Sachkapitalerhöhung? – Stellungnahme.....	131
d. Heilung durch Nachgründung?	134
§4.Die verdeckte Sacheinlage im deutschen Recht nach dem MoMiG.....	136
I.Einleitung	136
II.Die Kapitalaufbringung im GmbH-Recht hinsichtlich der Lehre von der verdeckten Sacheinlage	137
1. Neuregelung der verdeckten Sacheinlage.....	138
2. Die Neuregelung im Detail – Gesetzesreform oder Korrektur der Rechtsprechung?	139
A. Die Definition	139
B. Die Rechtsfolgen.....	140
i. Die neue Rechtslage.....	140
ii. Der Streit um die Anrechnungslösung.....	144
a. Der Vermögensgegenstand mit seinem Wert als Gegenstand der Anrechnung	144
b. Der zugeführte Wert als Gegenstand der Anrechnung bei einer Gesamtbetrachtung von Bareinlage und Verkehrsgeschäft.....	145
c. Die Bareinlage als Gegenstand der Anrechnung	146
d. Der Wert des Vermögensgegenstandes als Gegenstand der Anrechnung	147

e.	Doppelte Vergütung des Vermögensgegenstandes	148
f.	Geübte Kritik.....	148
g.	Stellungnahme.....	151
aa.	Vor Eintragung.....	151
bb.	Nach Eintragung	152
iii.	Kritische Würdigung der Neuregelung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen	154
C.	Die vorsätzliche Umgehung.....	156
D.	Der zeitliche Zusammenhang	156
E.	Verhältnis der Neuregelung zur offenen Sacheinlage	157
F.	Unvereinbarkeit mit den Erfüllungsvorschriften	158
i.	Der Meinungsstreit.....	158
ii.	Stellungnahme.....	159
G.	Hin- und Herzahlen im Rahmen von Darlehen an den Inferenten – Stellungnahme	161
H.	Die verdeckte Sacheinlage in der UG und bei Verwendung einer Mustersatzung	164
i.	In der UG.....	165
ii.	Verwendung der Mustersatzung	166
I.	Auswirkungen auf die Geschäftsführerhaftung	166
J.	Lösungsansatz des MoMiG – Stellungnahme	167
3.	Übergangsregelung	169
§ 5.	Zwischenergebnis – Zusammenfassung.....	170
Zweiter Teil: Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage im angeglichenen Gemeinschaftsgesellschaftsrecht.....		174
§ 6.	Ziele und Rechtsnatur des Gemeinschaftsgesellschaftsrechts	174
§ 7.	Die Grundlagen des Gemeinschaftsgesellschaftsrechts	175
I.	Das Gemeinschaftsgesellschaftsrecht als Kategorie des Gemeinschaftsprivatrechts	175
II.	Der Binnenmarkt und seine Subjekte	175
1.	Definitionsbefugnis für den Binnenmarkt	175

2. Die Niederlassungsfreiheit.....	176
3. Die Subjekte des Binnenmarktes	177
III.Systemwettbewerb im Binnenmarkt	178
IV.Die Kompetenzgrundlagen	178
V.Der Hintergrund der Richtlinie im System des Gemeinschaftsgesellschaftsrechts – das Subsidiaritätsprinzip	181
VI.Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte.....	185
§ 8.Die Richtlinie im System des Gemeinschafts-rechts	188
I.Allgemein zur Richtlinie als Rechtsakt	188
II.Zur Qualität der Richtlinie als Rechtsnorm.....	189
III.Wirkung der Rechtsangleichungsmaßnahmen.....	191
IV.Umsetzungskontrolle	194
V.Die Auslegung der Richtlinie	195
VI.Die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen harmonisierten Rechts	196
§ 9.Der Charakter der Richtlinien im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht	201
I.Das strengere nationale Recht – überschießende Umsetzung	202
II.Mindestnormcharakter.....	202
III.Höchstnormcharakter	204
IV.Stellungnahme.....	205
§ 10. Hintergrund und Bedeutung der Kapitalrichtlinie im System des Gemeinschaftsgesellschaftsrechts	209
I.Einleitung	209
II.Regelungsziel der Kapitalrichtlinie	210
III.Die historische Entwicklung des Sacheinlagesystems.....	212
IV.Die Änderungsrichtlinie.....	213
§ 11.Die Regelung der Sacheinlage im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht.....	216
I.Die GmbH im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht	216
II.Die Regelungen über die Sacheinlage im Aktienrecht.....	217
1. Artikel 7 der Kapitalrichtlinie.....	217

2.	Zeitpunkt der Einbringung.....	219
3.	Offenlegungspflicht	219
4.	Die Wertprüfung	219
5.	Die Ausnahmen.....	221
A.	Art. 10 Abs. 4 der Kapitalrichtlinie	221
B.	Ausnahmen gem. der Änderungsrichtlinie	222
i.	Art. 10 a der Änderungsrichtlinie	223
a.	Einbringung von Wertpapieren (Art. 10 a Abs. 1 Unterabs. 1).....	223
b.	Art. 10 a Abs. 1 Unterabs. 2.....	224
c.	Bereits vorliegendes Sachverständigengutachten (Art. 10 a Abs. 2 Unterabs. 1).....	225
d.	Art. 10 a Abs. 2 Unterabs. 2.....	225
e.	Art. 10 a Abs. 2 Unterabs. 3 – Nachgründung und Kapitalerhöhung.....	225
f.	Sich aus der Bilanz ergebender Sachwert (Art. 10 a Abs. 3)	226
ii.	Art. 10 b der Änderungsrichtlinie	226
a.	Art. 10 b Abs. 1	226
b.	Art. 10 b Abs. 2.....	227
iii.	Kritische Würdigung der Änderungsrichtlinie	228
6.	Art. 11 der Kapitalrichtlinie.....	230
7.	Abweichungen bei der Kapitalerhöhung	231
III.	Die Aufrechnung im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht	232
§ 12.	Der Umgehungsschutz in der Kapitalrichtlinie.....	233
I.	Die Bedeutung der Centros-Rechtsprechung des EuGH.....	235
II.	Übertragung der Centros-Erkenntnisse auf die Kapitalrichtlinie	236
III.	Zur Konformität der deutschen Lehre von der verdeckten Sacheinlage mit dem Gemeinschaftsgesellschaftsrecht	238
IV.	Mindest- vs. Höchstnormtheorie.....	241
1.	Der Aspekt der Niederlassungsfreiheit	242

2. Wortlaut der Kapitalrichtlinie, Lückenfüllung und richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts	243
V.Stellungnahme	246
§ 13.Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit? – Zugleich Stellungnahme ...	248
I.Die Grenzen der Niederlassungsfreiheit.....	248
II.Verstoß gegen das Beschränkungsverbot? – Stellungnahme	250
III.Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot? – Stellungnahme	253
1. Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes	253
2. Wirkung der Niederlassungsfreiheit auf die Betrachtung einer Richtliniennorm als Mindest- oder Höchnorm	254
3. Verdeckte Sacheinlage als Fall der Inländerdiskriminierung?	255
4. Fazit.....	256
§ 14.Gemeinschaftsgesellschaftsrechtliche Lehre von der verdeckten Sacheinlage? – Ergebnis.....	257
Dritter Teil: Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage in den supranationalen Unternehmensformen des Gemeinschaftsgesellschaftsrechts	260
§ 15.Die supranationalen Unternehmensformen im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht.....	260
I.Einleitung	260
II.Rechtsgrundlage für supranationale Gesellschaftsformen	261
§ 16. Die verdeckte Sacheinlage in der SE	262
I.Einleitung	262
II.Die Gründung der SE	264
III.Die Normenhierarchie	265
1. Das anwendbare Recht.....	266
A. Anwendbares Recht bei der Gründung der SE	266
B. Anwendbares Recht auf die bereits bestehende SE	267
i. Die Rechtsquellenpyramide	267
ii. Insbesondere die Verweisnormen	268
2. Kein SE-spezifisches Aktienrecht.....	270

IV.Die Kapitalaufbringung bei einer SE mit Sitz in Deutschland	271
1. Das Grundkapital in der SE	271
2. Die Kapitalaufbringung bei der Verschmelzung	272
A. Verschmelzung durch Aufnahme	273
B. Verschmelzung durch Neugründung	274
3. Die Kapitalaufbringung bei Gründung einer Holding-SE.....	275
4. Die Gründung einer Tochter-SE	277
A. Das anwendbare Recht.....	278
B. Zur Anwendbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage	278
5. Die Gründung durch Umwandlung.....	280
6. Die Anwendbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage bei Kapitalerhöhung einer SE und Gründung der Tochter-SE einer SE.....	282
7. Zusammenfassung.....	282
§ 17. Die verdeckte Sacheinlage in der SPE	283
I.Einleitung	283
II.Notwendigkeit und Nutzen aus dem SPE-Statut	284
III.Allgemeine Merkmale der SPE.....	285
IV.Regelungstechnik bei der SPE	286
V.Gründung der SPE.....	288
1. Keine obligatorische Mehrstaatlichkeit	288
2. Gründungsformen und -subjekte.....	289
3. Sitz der SPE.....	289
4. Die Gründung unter Beteiligung bereits bestehender Gesellschaften	290
VI.Mindestkapital in der SPE.....	291
VII.Die Kapitalaufbringung bei der SPE	292
1. Ausschluss der Vorbelastungshaftung	292
2. Das Grundkapital bzw. die Sachgründung in der SPE	294
A. Gerichtliche Gründungskontrolle.....	294

B. Differenzhaftung bei Unterprior-Emission	295
3. Die Kapitalerhöhung in der SPE.....	297
VIII. Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage in der SPE mit Sitz in Deutschland – ein Überblick	298
1. Die Kapitalaufbringung bei der Verschmelzung und Spaltung	299
A. Verschmelzung durch Aufnahme	300
B. Verschmelzung durch Neugründung	300
2. Die Gründung durch Formwechsel	300
3. Die Anwendbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage bei Kapitalerhöhung einer SPE und Gründung der Tochter-SPE einer SPE.....	301
4. Ergebnis – Zusammenfassung	301
Vierter Teil: Die positiven Aspekte der gemeinschaftsgesellschafts- rechtlichen Lehre von der verdeckten Sacheinlage.....	303
§ 18. Zusammenfassung der allgemeinen Schlussfolgerungen	303
§ 19. Positive Folgen der gemeinschaftsgesellschaftsrechtlichen Lehre von der verdeckten Sacheinlage – Zusammenfassung.....	304
I. Die Regelung des geplanten SPE-Statuts	304
II. Aktienrechtliche Aspekte – SE.....	306
Epilog – Zusammenfassung in Thesen	308
Literaturverzeichnis.....	311
Kommentare	311
Monographien	313
Aufsätze.....	323
Entscheidungsregister.....	346
Entscheidungen des BGH	346
Entscheidungen der OLG.....	351
Entscheidungen des LG.....	353
Entscheidungen des RG	353
Entscheidungen des BVerfG.....	354
Entscheidungen des BFH	354

Entscheidungen des EuGH.....	354
------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
abw.	Abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärrechte-richtlinie
Aufl.	Auflage
BayObL	Bayrisches Oberlandesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Begr.	Begründung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. III	Bereinigte Sammlung des Bundesrechts, abgeschlossen am 31.12.1968 (in Nachweisform fortgeführt durch FNA)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Zeitschrift)
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BT	Bundestag
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise

ca.	circa
CLR	Cornell Law Review (Zeitschrift)
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	Dieselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzenrecht
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EBOR	European Business Organization Law Review (Zeitschrift)
ECFR	European Company and Financial Law Review (Zeitschrift)
ECL	European Company Law (Zeitschrift)
e. G.	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EwIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FNA	Fundstellennachweis A
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesE	Gesetzesentwurf
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHG-E	Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (bezogen aufs MoMiG)
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GroßKommAktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
HLG	High Level Group of Company Law Experts
Hrsg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
HR	Handelsregister
HV	Hauptversammlung
IAS	International Accounting Standards
i. e.	in exemplum
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsO	Insolvenzordnung
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft

KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KMU	kleinere und mittlere Unternehmen
KölnKommAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KPMG	Klynveld, Peat, Marwick und Goerdeler (Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
MaKonV	Marktmanipulations-Konkretisierungsverordnung
MLR	Modern Law Review (Zeitschrift)
MoMiG	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchKommAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
M & A	Mergers and Acquisitions
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
o. Ä.	oder Ähnliche(s)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabelszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn.	Randnummer
RegE-MoMiG	Regierungsentwurf zum MoMiG
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Zeitschrift)
Rs.	Rechtsache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz

S.	Seite
s.	siehe
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SE	Societas Europaea
SEAG	Gesetz zur Ausführung der SE-VO
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Aktiengesellschaft
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SE-RL	Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
SE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft
Slg.	Sammlung
SLIM	Simpler Legislation for the Internal Market
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SPE	Societas Privata Europaea
SPE-VOE	Verordnungsentwurf über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft
SZWR	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
u.	und
u. a.	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
Univ.	Universität
Unterabs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	versus
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift)
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Solomon saith: There is no new thing upon the earth. So that as Plato had an imagination, that all knowledge was but remembrance; so Solomon giveth his sentence, that all novelty is but oblivion.

Francis Bacon: Essays, LVIII

§ 1. Vorwort

Das gesamte Dasein der Kapitalgesellschaften beruht auf dem Konzept der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, wie auch ihr Name verrät. Die Idee der Aufbringung und Erhaltung eines festen, gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitals ist tief in der gesellschaftsrechtlichen Tradition der kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten der EU verankert. Das Mindestkapital bildet den Kern des Kapitalgesellschaftsrechts bzw. die Grundlage der Kapitalgesellschaften. Es stellt zugleich auch die „Gegenleistung“ der Gründer und Gesellschafter der Kapitalgesellschaft dafür dar, dass sie nur beschränkt für die Höhe des eigenen Risikobeitrags haften und ihr persönliches Vermögen getrennt von dem Gesellschaftsvermögen besteht. In dieser Hinsicht erfüllt das Mindestkapital die Funktion des Haftungspuffers zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, und die Risiken werden zwischen letzteren und den Gesellschaftern im Sinne einer Interessenparallelität geteilt. Grundgedanke dieser Konzeption ist die Vermeidung verantwortungsloser Unternehmensgründungen. Die Einbringung eines Risikobeitrags soll unsolides wirtschaftliches Agieren, welches durch Missbrauch der Haftungsbeschränkung zur Gefährdung der Gläubigerinteressen führen könnte, verhindern bzw. sanktionieren.¹

Vor diesem Hintergrund hat sich auch das System der Kapitalaufbringung in Deutschland herausgebildet. Aus der Absicht, reales Aktivvermögen in die Gesellschaft einzubringen, ist ein hochprekäres Normengemenge hervorgegangen, das, Hand in Hand mit der über das gesamte letzte Jahrhundert unübersichtlich gewordenen Rechtsprechung, zu erheblicher Unpraktikabilität geführt hat. Auch

¹ *Blaurock*, FS Raiser, 3 (11); *Eidenmüller/Engert*, GmbHR 2005, 433 (437); *Kleindiek*, ZGR 2006, 335 (338 ff.); *Krüger*, S. 230 ff.; *Kuhner*, ZGR 2005, 753 (768); *Mosthaf*, S. 62 ff.; *Pellens/Kemper/Schmidt*, ZGR 2008, 381 (382); *Vetter*, ZGR 2005, 788 (800 f.).

wenn die Deckung der Stamm- oder Grundkapitalziffer zunächst als vermeintlich einfacher Vorgang erscheint, entstehen oft Zweifel an einer wirksamen Kapitalaufbringung, sodass der Gründungsvorgang sowie die Kapitalerhöhung einer Gesellschaft durch Rechtsunsicherheit beeinträchtigt werden. Die Konsequenz war eine in den letzten Jahren intensive Diskussion, in deren Mittelpunkt die Infragestellung des festen Kapitals als Instrument des Gläubigerschutzes und sein Ersatz durch Alternativmodelle standen. Das Konzept des festen Kapitals hat sich letztlich durchgesetzt, wenn auch die moderne deutsche und europäische Gesetzgebung teilweise die Reduzierung des Mindestkapitals auf einen Euro zugelassen hatten². Die damit zusammenhängenden Probleme sind jedoch rechtlich nicht bewältigt worden.³ Als Paradigma dieser Entwicklung gilt u. a. die Lehre von der verdeckten Sacheinlage.

I. Gegenstand und Anliegen der Dissertation

Die deutsche Lehre von der verdeckten Sacheinlage gehört zu den umstrittensten Themen des deutschen Gesellschaftsrechts. Neben der Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem europäischen Gesellschaftsrecht nach Verabschiedung der Kapitalrichtlinie⁴ beschäftigt die Lehre von der verdeckten Sacheinlage die deutsche Literatur und Rechtsprechung schon jahrzehntelang, was durch den Meinungsstreit in Bezug auf die Verwirklichung ihres objektiven und subjektiven Tatbestandes – falls man von der Notwendigkeit des Letzteren ausgeht – bzw. der Unübersichtlichkeit der von ihr erfassten Fälle dokumentiert wird. Die Änderungsrichtlinie der Kapitalrichtlinie⁵ wirft erneut Fragen hierzu auf. Zudem umfasst die Diskussion aus deutscher Sicht sowohl die Aktiengesellschaft als auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage ist also keine Schöpfung der neuesten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht. Dass diese Lehre aber ihre Aktualität

2 S. UG unter § 4 II 2 H i und SPE unter § 17 VI der Darstellung.

3 Joost, FS Priester, 337 (343 f.).

4 Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 31.01.1977.

5 Richtlinie 2006/68/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 06.09.2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. Nr. L 264/32 vom 25.09.2006.

tät im Laufe der Jahre nicht verloren hat, ist ein Zugeständnis, das ihr die Gesellschaftsrechtler machen sollten. Die Entwicklungen des europäischen Gesellschaftsrechts im Hinblick auf die Projekte der europäischen Kommission, des neuen Bilanzrechts und der Rechtsprechung des EuGH, um von den wichtigsten der relevanten gesellschaftsrechtlichen Bereiche zu sprechen, sind rasant. Hierbei ist es das Sekundärrecht der Europäischen Union, das in den nationalen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten immer präsenter wird; sein Einfluss auf sie nimmt immer mehr zu.

Von den Projekten der SLIM-Gruppe⁶ zur Verschlinkung und Deregulierung der Binnenmarktverfassung über die Vorschläge⁷ der *High Level Group*⁸ zur Modernisierung des Europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrechts bis zum Aktionsplan der Kommission⁹ mit Ankündigung einer Studie über die Realisierbarkeit einer Alternative zum Kapitalerhaltungssystem, vom Inkrafttreten der IAS-Verordnung bzw. der IFRS¹⁰ als Folge der bislang immer häufigeren Anwendung von US-GAAP¹¹ auf den außereuropäischen Kapitalmärkten über Basel II¹² bis zur Änderungsrichtlinie¹³ der Publizitätsrichtlinie¹⁴ über die

6 *Simpler Legislation for the Internal Market* = Vereinfachung von Rechtsvorschriften im Binnenmarkt.

7 Vorgelegter Abschluss vom 04.11.2002; abrufbar auf www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/index_de.htm.

8 Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

9 Aktionsplan vom 21.05.2003, KOM [2003] 284 endg.

10 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.07.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. Nr. L 243/1 vom 11.09.2002. Dazu *Böcking*, *Der Konzern* 2004, 177 (177 ff.); *Schulze-Osterloh*, *Der Konzern* 2004, 173 (173 ff.).

11 General Accepted Accounting Principles; dazu s. *Claussen/Scherrer*, *KölnKomm AktG*, § 292a HGB, Rdn. 119 ff.

12 Damit wird die „Überarbeitete Rahmenvereinbarung: Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalforderungen“ des in Basel ansässigen Ausschusses für Bankenaufsicht bezeichnet. Diese Rahmenvereinbarung enthält u. a. Vorschriften für Banken zur Unterlegung der ausgereichten Kredite mit Eigenkapital. Beim Baseler Ausschuss handelt es sich um ein Gremium von Bankenaufsichtsbehörden, das von den Zentralbankgouverneuren der G-10-Länder 1974 im Anschluss an die Herstatt-Bankenkrise gegründet wurde. Die Europäische Kommission besitzt Beobachterstatus bei den Treffen in Basel. Näheres auf: www.bis.org/publ/bcbsca.htm. Zur Bedeutung von Basel II für das Gesellschaftsrecht s. *Hennrichs*, *ZGR* 2006, 563 (563 ff.).

13 Richtlinie 2003/58/EG vom 15.07.2003, ABl. Nr. L 221/13.

14 Richtlinie 68/151/EWG, ABl. Nr. L 65/8 (Erste Richtlinie).

elektronische Führung des Handelsregisters und dem BilMoG¹⁵ und schließlich von der EuGH-Rechtsprechung mit den Entscheidungen *Centros*¹⁶, *Übersee-ring*¹⁷, *Inspire Art*¹⁸ – letztere mit Erwägungen zum Verhältnis des Mindestkapitals zum Gläubigerschutz im Falle eines Zuzugs einer Gesellschaft aus einem EU-Staat in einen anderen – und *Sevic*¹⁹ bis zur großen GmbH-Reform durch das MoMiG²⁰, tauchen immer häufiger Themenbereiche auf, welche die deutsche Lehre von der verdeckten Sacheinlage nicht unberührt lassen. Das zeigt die Tatsache, dass die Niederlassungsfreiheit in der Diskussion zur Konformität der deutschen Lehre von der verdeckten Sacheinlage mit dem Gemeinschaftsgesellschaftsrecht mit berücksichtigt wird.

Diese neuesten gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen weisen auf den ersten Blick keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage auf. Eines der Ziele dieser Arbeit ist zu zeigen, dass dennoch Zusammenhänge bestehen. Die Untersuchung wird zeigen, dass diese Schöpfung der deutschen Rechtsprechung in ihrer heutigen Form weder zeitgemäß noch überlebensfähig ist, noch für die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands als wirtschaftlichem und unternehmerischem Standort streitet.

Nach Erreichung dieses ersten Zieles folgt die Analyse eines neuen Modells der Lehre von der verdeckten Sacheinlage, das vor allem den Entwicklungen im Gemeinschaftsgesellschaftsrecht entspricht und zugleich eine möglichst flexible Reaktion von Unternehmen auf neue finanzielle und/oder marktrelevante Standards sichern soll. Die Entwicklung dieser neuen Lehre bildet den wissenschaftlichen Kern der Arbeit.

II. Gang der Darstellung

Vor der Beschreibung des vorgeschlagenen Modells wird im ersten Teil der Darstellung zunächst die Basis untersucht, welche den Ausgangspunkt der dieser Arbeit zugrunde liegenden Gedankenfolge bildet, nämlich die Lehre von der verdeckten Sacheinlage aus deutscher Perspektive. In diesem Zusammenhang

15 RegE, BT-Drucks. 16/10067, abrufbar auf: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/100/1610067-pdf>. Dazu Claussen, AG 2008, 577 (577 ff.); Hommelhoff, ZGR 2008, 250 (250 ff.); Pellens/Kemper/Schmidt, ZGR 2008, 381 (400 ff.).

16 EuGH, Slg. 1999, I-1459 (1459 ff.).

17 EuGH, Slg. 2002, I-9919 (9919 ff.).

18 EuGH, Slg. 2003, I-10155 (10155 ff.).

19 EuGH, NJW 2006, 425 (425 ff.).

20 BGBl. I Nr. 48 vom 28.10.2008.

wird auch die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, die in dem MoMiG zum Ausdruck kommt, diskutiert.

Anschließend werden im zweiten Teil die gemeinschaftsgesellschaftsrechtlichen Aspekte der Lehre von der verdeckten Sacheinlage und die relevanten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften geprüft. Hierfür wird ein Überblick über die gemeinschafts- bzw. gemeinschaftsgesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Sachgründungsrechts gegeben. In das gleiche Kapitel gehören ferner die Vertiefung der Normen der Kapital- bzw. Änderungsrichtlinie sowie eine Stellungnahme zur Konformität der deutschen Lehre von der verdeckten Sacheinlage mit dem Gemeinschaftsgesellschaftsrecht. In der Folge wird im dritten Teil nach einer Basis für die zu entwickelnde Theorie der verdeckten Sacheinlage im Recht der gemeinschaftsgesellschaftsrechtlichen supranationalen Gesellschaftsformen gesucht.

Die Schlussfolgerungen dieser Bewertungen werden im vierten und letzten Teil der Darstellung aufgeführt. Zur Vollständigkeit der wissenschaftlichen Argumentation gehört schließlich das Aufzeigen der positiven Konsequenzen, die aus dieser gemeinschaftsgesellschaftsrechtlichen Rechtsschöpfung zu ziehen sind.

Erster Teil: Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage in Deutschland

§ 2. Die Funktion des Kapitals im deutschen Gläubigerschutzsystem

Sowohl die AG als auch die GmbH sind bekanntermaßen Kapitalgesellschaften. Sie sind beide Vereine im Sinne des BGB, unabhängig vom Mitgliederbestand und körperschaftlich organisiert. Sie haben ferner eine eigene Rechtspersönlichkeit, sind also juristische Personen. Als selbstständige Rechtssubjekte sind die AG und die GmbH Träger von Rechten und Pflichten und können beispielsweise Vertragspartner oder Bereicherungsschuldner sein. Für die Gesellschaftsschulden haften diese Gesellschaften selbst mit ihrem gesamten Vermögen. Die persönliche Haftung der Mitglieder, die bei rechtsfähigen Personengesellschaften zulässig ist, bleibt hier grundsätzlich ausgeschlossen. Weder die Aktionäre einer AG noch die Gesellschafter einer GmbH haften für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft. Erklärungen, welche der Vorstand einer AG bzw. die Geschäftsführung einer GmbH für die Gesellschaft abgeben, werden auch der Gesellschaft zugerechnet.²¹ Nur AG und GmbH haften also nach außen unbeschränkt für ihre Verbindlichkeiten.²²

I. Garantie-, Eigen- und Fremdkapital, Gesellschaftsvermögen

Als Kapitalgesellschaften verfügen die AG und die GmbH über festes Kapital. Die Wirkungen des festen Kapitals auf den Gläubigerschutz haben eine lange Zeit juristische Auseinandersetzungen ausgelöst. Da die Lehre von der verdeckten Sacheinlage vor allem dem Gläubigerschutz dient, sind zunächst die Begriffe „Garantiekapital“ sowie „Eigenkapital“, „Fremdkapital“ und „Gesellschaftsvermögen“ erläuterungsbedürftig.

1. Das Garantiekapital

Die Gesamtzahl der Einlagebeträge, welche die Gesellschafter oder Gründer im Gesellschaftsvertrag übernehmen, bildet das Garantiekapital der Kapitalgesell-

21 § 78 AktG; § 35 GmbHG.

22 Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. A, S. 216, 2. C, S. 240; Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, §§ 2 Rdn. 1 ff., 20, Rdn. 3, 25, Rdn. 1.

schaft. Bei der GmbH heißt dieses Stammkapital, bei der AG Grundkapital. Das Garantiekapital wird in Rechnungseinheiten festgelegt, die arithmetisch mit der Gesamtzahl der Nennwerte aller Gesellschaftsanteile übereinstimmen. Für das Garantiekapital sehen GmbHG und AktG zwingend eine Mindestgrenze vor. Diese stellt das Mindestkapital dar.²³ Nach oben besteht keine Grenze für die Höhe des Garantiekapitals. Im Übrigen hängt die Höhe des Garantiekapitals vom Ermessen der Gesellschafter oder Gründer ab. Eine Modifizierung des Betrags durch Satzungsänderung ist jederzeit möglich.²⁴ Zunächst ist anzumerken, dass es keine Rechtsvorschrift gibt, welche eine angemessene, vom angestrebten Geschäftsumfang abhängige Grund- bzw. Stammkapitalausstattung fordert.²⁵

2. Das Eigenkapital

Die Begriffe des Garantiekapitals und des Eigenkapitals fallen nicht immer zusammen. Das Eigenkapital ist das Kapital, das die Gründer bzw. Gesellschafter in die Gesellschaft einbringen, welches das haftende Eigenvermögen der Kapitalgesellschaft bildet. Garantie- und Eigenkapital decken sich also bis zur Höhe des Grund- bzw. Stammkapitals. Darüber hinaus ist die Begriffsbestimmung des Eigenkapitals in betriebswirtschaftlicher Hinsicht nicht einheitlich, während aus rechtlicher Sicht verschiedene Vorschriften von teilweise denselben Abgrenzungskriterien Gebrauch machen.²⁶

Insgesamt ist unter Eigenkapital das von den Gesellschaften herrührende gebundene Kapital zu verstehen, das mit mitgliedschaftlichen Rechten (z.B. Stimm- oder Informationsrechten) verbunden ist. Als solches ist das Eigenkapital einer freien Kreditkündigung entzogen und von einer Festverzinsung ausgeschlossen. Als haftendes Kapital kann das Eigenkapital im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht werden.²⁷

Im Übrigen gehören laut § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB zum Eigenkapital die bilanziell ausgewiesenen Anteile (gezeichnetes Kapital), die bilanziell ausgewiesenen Rücklagen, der bilanziell ausgewiesene Gewinnvortrag und der Jahresüberschuss. § 10 KWG sieht wiederum vor, dass zum „haftenden Eigenkapital“ einer Kapitalgesellschaft das Grund- oder Stammkapital und die Rücklagen ge-

23 § 5 Abs. 1 GmbHG; § 7 AktG.

24 Vgl. Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 25 Rdn. 3; Klose-Mokroß, S. 59.

25 Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 25 Rdn. 3.

26 Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 II, S. 514.

27 Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 II, S. 514 f.

hören.²⁸ Eigenkapital können auch in der Bilanz nicht ersichtliche stille Reserven sein.²⁹

3. Das Fremdkapital

A. Die Haftungsbeschränkung

Bekanntermaßen gilt im deutschen GmbH- und Aktienrecht das Prinzip der Haftungsbeschränkung. Dieses Prinzip besagt, dass Gläubiger der Gesellschaft nicht auf das Vermögen der Gesellschafter zugreifen dürfen.³⁰ Die Bedeutung der Haftungsbeschränkung soll an dieser Stelle erläutert werden.

Jeder Gläubiger trägt allgemein ein bedingtes Ausfallrisiko, das aus den Unwägbarkeiten des Wirtschaftsverkehrs resultiert. Es ist etwa möglich, dass der durch den Gläubiger geleistete Kreditbetrag zuzüglich der vereinbarten Zinsen nicht vollständig zurückgewährt wird. Dieses Risiko ist bei Haftungsbeschränkung erhöht, da die persönliche Haftung der Gesellschafter sich auf die Einbringung ihrer Einlage beschränkt. Da im Insolvenzfall die Gesellschaft aufgelöst und liquidiert wird, gibt es keinen weiter haftenden Schuldner mehr.³¹ Dieser Zustand regt oft Unternehmer dazu, wirtschaftlich unverantwortlich zu agieren. Somit ist das Bedürfnis des Gläubigerschutzes bei Kapitalgesellschaften äußerst groß und die gerechte Risikoteilung zwischen Gläubigern und Schuldnern unverzichtbar.³² Abgesehen von einer Risikoteilung dient die Verteilung jeglicher Informations-, Transaktions- und Überwachungskosten zwischen Gläubigern und Schuldnern auch dem Zweck des Gläubigerschutzes.³³

Das Prinzip der beschränkten Haftung birgt aber natürlich auch Vorteile. Dank diesem können Gesellschafter bzw. Anleger an wirtschaftlichen Aktivitäten mit einem bestimmten Kapitaleinsatz teilnehmen, um ihr Risiko auf das des Kapitalverlustes einzugrenzen. Die Gläubiger gewinnen auch einen Vorteil, da ihr Ausfallrisiko bei Insolvenz eines Schuldners gestreut und damit geringer ist.³⁴ Ihrerseits genießen Gläubiger auch das Privileg der beschränkten Haftung, da ihr eigenes Risiko auf die Höhe des Kreditbetrages beschränkt und somit

28 Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 II, S. 515.

29 Klose-Mokroß, S. 60.

30 Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 3 Rdn. 1.

31 Bauer, S. 93 f.

32 Bauer, S. 95.

33 Bauer, S. 97 f.

34 Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 4 Rdn. 8; vgl. auch *Wilhelmi*, GmbHR 2006, 13 (14).