

KAPITALERHALTUNG IM DEUTSCHEN UND NORWEGISCHEN RECHT



Dr. Roland Mörsdorf
Advokatfirmaet Grette DA, Oslo

romo@grette.no

Gesellschaften, insbesondere Kapitalgesellschaften, für deren Verbindlichkeiten die Gesellschafter nicht persönlich haften, werden in aller Regel zum Betreiben eines Unternehmens gegründet. Die Gesellschaft soll mit dem Unternehmen Gewinne erwirtschaften, die sie anschließend an die Gesellschafter auszahlen soll. Die Gesellschafter sind also daran interessiert, das in der Gesellschaft erwirtschaftete Kapital aus der Gesellschaft herauszuholen. Dem steht das Interesse der Gläubiger der Gesellschaft – beispielsweise der Lieferanten, Arbeitnehmer und Steuerbehörden – entgegen, denen es darauf ankommt, dass die Gesellschaft – zunächst – ihre Verbindlichkeiten begleicht, zumal die Gläubiger von Kapitalgesellschaften nicht auf deren Gesellschafter zugreifen können. Weiterhin wird der Gesellschaft ein eigenes Interesse an einer vernünftigen Kapitalausstattung zuerkannt, das mit übermäßigen Auszahlungen an die Gesellschafter nicht in Einklang steht.

Diesen Interessenkonflikt versuchen sowohl das deutsche als auch das norwegische Recht für die typische Kapitalgesellschaft, nämlich die deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die norwegische aksjeselskap (AS), durch Kapitalerhaltungsvorschriften zu regeln. Diese Kapitalerhaltungsvorschriften sollen eine gewisse Mindestkapitalausstattung der Gesellschaft garantieren.

Gemäß der deutschen Grundregel darf das zur Erhaltung des Stammkapitals der GmbH erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Das deutsche Recht orientiert sich also an der – im Gesellschaftsvertrag festgelegten und im Handelsregister eingetragenen – Stammkapitalziffer und nimmt daher eine rein bilanzielle Betrachtungsweise ein. Durch einen Blick in die Bilanz der GmbH lässt sich stets feststellen, ob mehr als das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen vorhanden ist. Ist dies der Fall, darf eine Auszahlung an die Gesellschafter bis zur Grenze dessen, was zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, vorgenommen werden. Anderenfalls ist die Auszahlung verboten. Die bilanzielle Betrachtungsweise war im deutschen Recht lange Zeit vorherrschend, wurde dann aber im Jahre 2003 durch die Rechtsprechung verworfen. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde die bilanzielle Betrachtungsweise im Jahre 2008 wieder in das deutsche Recht eingeführt. Gleichzeitig wurde ausdrücklich festgelegt, dass u.a. Auszahlungen an die Gesellschafter, die durch einen vollwertigen Gegenleistungsanspruch gegen die Gesellschafter gedeckt sind, und Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen stets zulässig sind. Allerdings können sie im Falle einer nachfolgenden Insolvenz der GmbH innerhalb bestimmter Fristen durch den Insolvenzverwalter angefochten werden. Außerdem werden Geschäfte zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern, die wie zwischen fremden Dritten abgeschlossen werden, nicht von dem Auszahlungsverbot erfasst.

Das norwegische Recht geht konzeptionell einen anderen Weg. Es orientiert sich nämlich nicht an der Stammkapitalziffer der AS, sondern legt fest, dass Auszahlungen nur gemäß den gesetzlichen Bestimmungen über die Gewinnausschüttung, die Kapitalherabsetzung, die Umwandlung und die Auflösung, die den auszahlungsfähigen Betrag in diesen Fällen im Einzelnen festschreiben und damit begrenzen, vorgenommen werden

dürfen. Als Auszahlung gilt dem Gesetzeswortlaut nach jede Überlassung von Vermögenswerten, die den Gesellschaftern unmittelbar oder mittelbar zugutekommen. Wie im deutschen Recht fallen jedoch Geschäfte zwischen der AS und ihren Gesellschaftern, die wie zwischen fremden Dritten abgeschlossen werden, nicht hierunter. Wenn ein solches Geschäft zwischen der AS und ihren Gesellschaftern jedoch ein Volumen hat, das größer als 10 % des Stammkapitals der AS ist, ist grundsätzlich dessen Genehmigung durch die Gesellschafterversammlung erforderlich. Hierfür muss eine Begründung des Verwaltungsrats, die durch einen Wirtschaftsprüfer zu bestätigen ist, vorgelegt werden. Lediglich Geschäfte, die im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und wie zwischen fremden Dritten abgeschlossen werden, sind von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen.

Aksjeeierne både i tyske Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) og norske aksjeselskaper (AS) har regelmessig interesse i å ta ut penger fra selskapet som selskapet tjener i sin forretningsvirksomhet. Interessen til selskapets kreditorer – eksempelvis leverandører, ansatte og skattemyndigheter – ligger derimot i at selskapet – først – oppfyller sine forpliktelser overfor dem. I tillegg har selskapet som sådan en egen interesse i å ha tilstrekkelig kapital. Både tysk og norsk rett har derfor implementert kapitalbeskyttelsesregler som skal forhindre at aksjeeierne tar ut for mye penger.

Etter tysk rett er enhver utdeling til aksjeeierne av GmbHets verdier kun tillatt hvis verdiene overstiger det som er nødvendig for å dekke den i vedtektene fastsatte og i foretaksregisteret registrerte aksjekapital. I tysk rett gjør man altså en ren balansemessig vurdering. Dersom det – i henhold til GmbHets balanse – vil finnes tilstrekkelige verdier til å dekke GmbHets aksjekapital etter utdelingen, kan utdelingen foretas med det overskytende. Dersom dette ikke er tilfelle, kan utdelingen ikke foretas. Denne balansemessige vurderingen var den tradisjonelle fremgangsmåte i tysk rett, men ble senere avvist av de tyske domstolene. I 2008 endret imidlertid den tyske lovgiveren GmbH-loven slik at det igjen er den balansemessige vurderingen som skal komme til anvendelse. Videre bestemte lovgiveren at GmbHet fritt kan tilbakebetale lån som selskapet har fått fra aksjeeiere, og foreta utdelinger som selskapet har et fullverdig krav på motytelse fra aksjeeierne for. Dessuten kan GmbHet og aksjeeierne til enhver tid inngå avtaler på vanlige forretningsmessige vilkår.

Norsk rett følger et annet spor og henviser i utgangspunktet ikke til aksjekapitalen. Etter norsk rett kan en utdeling fra ASet bare skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper og tilbakebetaling etter oppløsning som fastsetter og dermed begrenser beløpene som kan utdeles. Som utdeling regnes enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeierne til gode. Dette gjelder imidlertid ikke avtaler mellom ASet og aksjeeierne som inngås på vanlige forretningsmessige vilkår, og vederlagene – basert på slike avtaler – som utbetales av selskapet for varer og tjenester til selskapet. Slike avtaler må imidlertid godkjennes av ASets generalforsamling dersom selskapets ytelse har en verdi som utgjør over en tidel av selskapets aksjekapital. Dette gjelder imidlertid ikke avtaler som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder vilkår som er vanlige for slike avtaler.