

## Europäisches Gesellschaftsrecht

### § 4 GmbH – Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

#### I. Einführung

##### 1. Das kontinentaleuropäische System eines festen Gesellschaftskapitals

- während bei einer OHG die Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, können die Gläubiger von Kapitalgesellschaften grundsätzlich nur auf das Gesellschaftsvermögen zurückgreifen
- um sicher zu stellen, dass ein gewisser Haftungsfonds vorhanden ist, auf den die Gläubiger zurückgreifen können, wird vom Gesetz zunächst die Aufbringung eines Grundkapitals in einer festgelegten Mindesthöhe vorgeschrieben (dazu unter **II.**)
- die Regeln der Kapitalaufbringung sollen dafür sorgen, dass das – zunächst nur auf dem Papier stehende – Gesellschaftsvermögen auch tatsächlich aufgebracht wird (dazu unter **III.**)
- die Bestimmungen für die Kapitalerhaltung sollen verhindern, dass die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführer in späteren Phasen das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Gläubiger gezielt vermindern (dazu unter **IV.**)
- kein Gesetzgeber kann allerdings verhindern, dass bei der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft Verluste „erwirtschaftet“ werden, aber auch für diesen Fall gibt es bestimmte („flankierende“) gesetzliche Schutz- und Warnmechanismen:
  - ist die Kapitalgesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig, haben die Geschäftsführer bzw. der Vorstand Insolvenz anzumelden
  - außerdem sind die Kapitalgesellschaften verpflichtet, wichtige Daten über ihre Vermögensverhältnisse offen zu legen, damit sich die Geschäftspartner der Gesellschaft hierüber informieren können → Publizität als „zweite Säule“, auf der die Haftungsbegrenzung ruht
- die einzelnen Rechtsordnungen enthalten insoweit noch weitere „flankierende“ Regelungen (dazu unter **V.**)
- mit der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie – *Kapitalrichtlinie* – vom 13.12.1976 (Nr. 77/91/EWG, ABl. L 26/1) sind wesentliche Eckpunkte dieses Systems gemeinschaftsweit festgeschrieben worden, allerdings nur für die Aktiengesellschaft → in den meisten Mitgliedstaaten gilt das System (nach nationalem Recht) aber auch für GmbH

##### 2. Der Blick auf die Praxis: aus der deutschen Insolvenzstatistik

- GmbH-Insolvenzen im Jahr 1998: 11.454 (Unternehmensinsolvenzen insgesamt: 19.189)
- Eröffnete Verfahren bei GmbH 3.802 (= 33,2 %); Eröffnungsquote bei AG 56,1 %, bei Personengesellschaften 56,7 % (darunter GmbH & Co. KG 58,1 %)
- als Hauptursachen für hohe Zahl masseloser GmbH-Insolvenzen sind angesehen worden:
  - das statutarische Stammkapital als „Haftungspuffer“ ist häufig zu gering bemessen

- § 30 Abs. 1 GmbHG schützt das Gesellschaftsvermögen nur in Höhe des Stammkapitals vor Eingriffen der Gesellschafter
- die für die Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG) entscheidende Überschuldungsbilanz ist bei positiver Fortführungsprognose auf der Grundlage von Fortführungswerten aufzustellen (§ 19 Abs. 2 Satz 2 Insolvenzordnung) → in der Insolvenz können aber nur Zerschlagungswerte realisiert werden

## II. Festes (Mindest-)Stammkapital

- das Gesetz schreibt die Aufbringung eines „festen“ (ziffernmäßig genau festgelegten) Stammkapitals vor und legt insoweit zudem eine Mindesthöhe fest

	GmbH	Kft	Sp. z o.o.
Mindeststammkapital	25.000 € ( Art. 1 Ziffer MoMiG will auf 10.000 € absenken)	500.000 HUF (ca. 2.000 €) (seit dem 1.9.2007, vorher 3 Mio. HUF)	50.000 Zl. (ca. 12.000 €)
Höchstbetrag für das Stammkapital	<i>keine derartige gesetzliche Regelung</i>	<i>keine derartige gesetzliche Regelung</i>	<i>keine derartige gesetzliche Regelung</i>
Einzahlungsmodalitäten (zu den Einzelheiten vgl. 2. Kapitel, II.3 b)	dauerhaft braucht nur ein Teil des Stammkapitals eingezahlt werden	Volleinzahlung spätestens ein bzw. drei Jahre nach Eintragung	Volleinzahlungspflicht schon bei Anmeldung

- die Gesellschafter können in der Satzung aber auch die Aufbringung eines (weit) oberhalb des Mindestbetrages liegenden Stammkapitals bestimmen (als eine Art „kollektives Vertragsangebot an die Gesellschaftsgläubiger“) → die große Mehrheit der neugegründeten Gesellschaften wird nur mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital ausgestattet
- das feste Stammkapital hat zum einen die Funktion eines „Haftungspuffers“, der auftretende Verluste absorbiert → soll diese Aufgabe tatsächlich effektiv erfüllt werden, so muss allerdings eine angemessene Relation zwischen dem Umfang des „Haftungspuffers“ und der Größe der Verlustrisiken bestehen → hierzu gibt es aber weder im deutschen, noch im polnischen oder im ungarischen Recht gesetzliche Vorschriften
- zum anderen sorgt das feste (Mindest-)Stammkapital für eine gewisse „Seriositätsschwelle“, welche hierbei völlig mittellosen Personen die Gründung von Gesellschaften verwehrt (insoweit kommt es aber nicht nur auf die Mindesthöhe des Stammkapitals an, sondern auch auf die Einzahlungspflichten)
- in Deutschland schlägt Art. 1 Ziffer 5 des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.05.2007 eine Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 € vor → noch weiter geht der Vorschlag von Art. 1 Ziffer 6 des Entwurfs

### **§ 5a Unternehmergesellschaft**

(1) Eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 unterschreitet, muss in der Firma abweichend von § 4 den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

(2) Abweichend von § 7 Abs. 2 darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

(3) In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur für Zwecke des § 57c verwandt werden.

...

(5) Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital so, dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt, finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr; die Firma nach Absatz 1 darf beibehalten werden.“

- Gesetzgeber des GmbHG von 1892 ergänzte das System des festen Stammkapitals um die Möglichkeit, in der Satzung (flexiblere) Nachschussverpflichtungen zu vereinbaren (§§ 26 – 28 GmbHG) → ähnliche Regelungen enthalten auch das Recht der Kft. (§ 120 GWiG) und der Sp. z o.o. (Art. 177 – 179 KSH) → von der deutschen Praxis ist dieses Gestaltungsangebot aber nie wirklich angenommen worden

### III. Kapitalaufbringung

#### 1. Grundsatz der realen Kapitalaufbringung

- im **deutschen** Recht gilt der sog. Grundsatz der realen Kapitalaufbringung → § 19 Abs. 2 bis 5 GmbHG werden als Kern der gesetzlichen Kapitalaufbringungsregeln angesehen → insgesamt ist im deutschen Recht auch bei der GmbH die Kapitalaufbringung sehr streng geregelt → dafür hat man insoweit bislang aber auch auf die Etablierung einer gesetzlichen Durchgriffshaftung (z.B. wegen sog. materieller Unterkapitalisierung) verzichtet
- das **polnische** und das **ungarische** Recht gehen grundsätzlich vom gleichen System aus, regeln die Kapitalaufbringung aber weniger streng → im polnischen Recht beachte insb. das Aufrechnungsverbot des Art. 14 § 4 KSH, das Verbot einer „Unter-pari“-Ausgabe von Stammanteilen (Art. 154 § 3 KSH) und (die vieles erleichternde) Volleinzahlungspflicht (Art. 167 § 1 Ziffer 2 KSH) → im ungarischen Recht besitzt die Vorschrift des § 118 Abs. 1 GWiG zentrale Bedeutung

#### **Art. 14 KSH**

§ 4 Ein Gesellschafter oder Aktionär darf seine Forderungen gegenüber der Kapitalgesellschaft nicht mit den Forderungen dieser Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter wegen der zustehenden Einzahlung auf Anteile oder Aktien aufrechnen. Dieses gilt nicht für die Aufrechnung auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung.

#### **Art. 154 KSH**

§ 3 Die Anteile dürfen nicht zu einem Preis, der unter ihrem Nennwert liegt, übernommen werden. Wird ein Anteil zu einem Preis, der über dem Nennwert liegt, übernommen, so ist der Überschuss in die Kapitalrücklage abzuführen.

#### **Art. 167 KSH**

§ 1 Der Anmeldung der Gesellschaft sind beizufügen: ...

2) eine Erklärung aller Vorstandsmitglieder, dass die Einlagen zur Deckung des Stammkapitals von allen Gesellschaftern vollständig geleistet wurden, ...

#### **§ 118 GWiG**

(1) Die Mitglieder der Gesellschaft sind verpflichtet, die Geldeinlagen einzuzahlen und die nicht geldförmigen Einlagen zur Verfügung zu stellen. Die Gesellschaftsmitglieder können nicht von der Einzahlung befreit werden und eine Aufrechnung ist gegenüber der Gesellschaft nicht zulässig.

- das System der Kapitalaufbringung bei der **deutschen** GmbH ist ferner durch den Mechanismus der §§ 21 bis 24 GmbHG kennzeichnet, der letztlich zur Folge hat, dass jeder Gründer einer GmbH das Risiko trägt, eventuell das gesamte statutarische Stammkapital allein aufbringen zu müssen

- das **ungarische** Recht sieht bei Nichterfüllung der Leistungspflichten auch eine Kaduzierung sowie eine Versteigerung des Anteils vor (§§ 14, 137 ff. GWiG) und das **polnische** Recht regelt die Haftung des Anteilserwerbers (Art. 186 KSH) → beiden Rechtsordnungen ist aber eine § 24 GmbHG entsprechende Ausfallhaftung für die Kapitalaufbringung unbekannt

## 2. Geldeinlagen

- im **deutschen** und im **polnischen** Recht sind die Gesellschafter bei der Gründung der GmbH grundsätzlich völlig frei in der Entscheidung, inwieweit sie das Stammkapital durch Geld- oder durch Sachleistungen aufbringen wollen → es werden also keine Mindestanteile vorgeschrieben
- dagegen sah § 124 Abs. 5 GWiG-1997 vor, dass die Gründer einer **Kft.** mindest 30 % des Stammkapitals als Bareinlage aufbringen mußten, diese Vorschrift ist jedoch im GWiG-2006 ersatzlos gestrichen worden (vgl. § 114)
- nicht frei sind im **deutschen** Recht allerdings der Gesellschafter in der Entscheidung, auf welche Weise (Geld- oder Sachleistung) sie eine im Gesellschaftsvertrag übernommene Verpflichtung erfüllen wollen → *wichtig*: Sachleistungen müssen in der Satzung vereinbart worden sein (§ 5 Abs. 4 Satz 1 GmbH) → wenn insoweit nichts vereinbart worden ist, greift § 19 Abs. 5 GmbHG
- auch bei der **Sp. z o.o.** (Art. 158 § 1 KSH) muss der Gegenstand einer Sachleistung (und die hierfür übernommenen Anteile) in der Satzung bestimmt werden, eine Regelung wie § 19 Abs. 5 GmbHG existiert hier aber nicht; im neuen **ungarischen** Recht fehlt eine eindeutige Vorschrift wie § 123 Abs. 2 lit. a GWiG-1997; die Regelungsbedürftigkeit der Sacheinlage ergibt sich (unscharf) aus § 12 Abs. 1 lit. d und § 116 Abs. 1 GWiG-2006

*Wie viel der Geldeinlage ist vor der Anmeldung mindestens einzuzahlen?*

- im polnischen Recht: Volleinzahlungspflicht (Art. 167 § 1 Ziffer 2 KSH)
- im ungarischen Recht: die Hälfte jeder Geldeinlage (§ 115 Abs. 1 GWiG)
- im deutschen Recht: ein Viertel jeder Geldeinlage, insgesamt aber, einschließlich Sacheinlagen, mindestens 12.500 € (§ 7 Abs. 2 GmbHG)

*Wie vollzieht sich die spätere Einzahlung?*

- im ungar. Recht: Einzahlung bis spätestens ein Jahr nach Eintragung der Kft. ins Register → Satzung muss Modalitäten und Fälligkeit bestimmen (§ 115 Abs. 2 GWiG)
- im deutschen Recht: Gesellschafter können eine entsprechende Regelung in der Satzung treffen; ansonsten Einforderung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Ziffer 2 GmbHG)

*Wer muss zahlen?*

- die Geldeinlage ist durch Zahlung aus dem Vermögen des Gesellschafters zu erbringen (oder durch einen nach § 267 BGB leistenden Dritten) → unzulässig ist dagegen eine auch nur mittelbare Finanzierung durch die GmbH selbst (z.B. Gesellschaft gewährt Gesellschafter Darlehen für Finanzierung der Einlageleistung); vgl. ferner aus der aktuellen Rechtsprechung:

**BGH, 22.03.2004, II ZR 7/02, ZIP 2004, 1046**

Die Stammeinlageverpflichtung wird durch eine am selben Tag über ein Konto der (Vor-)GmbH abgewickelte, der Höhe nach identische Barein- und Barauszahlung nicht getilgt, wenn es sich bei dem Zahlungsvorgang entweder um eine bloße Hin- und Herzahlung oder um eine Zahlung aus Mitteln der Gesellschaft handelt.

*Wie muss gezahlt werden?*

- nach **deutschem** Recht haben die Geschäftsführer bei der Anmeldung zu versichern, dass sich der Gegenstand der Leistung endgültig in ihrer freien Verfügung befindet (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) → gesichert werden soll die endgültige Kapitalzufuhr, siehe Beispiele aus der neueren Rechtsprechung:

**BGHZ 113, 335** – 18.02.1991, II ZR 104/90

b) An einer Leistung der geschuldeten Bareinlage zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer fehlt es nicht nur bei Scheinzahlungen, sondern u.a. auch dann, wenn der Einleger der GmbH das einzulegende (Bar- oder Buch-)Geld absprachegemäß nur vorübergehend mit der Maßgabe zur Verfügung stellt, es ihm umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen. ...

**BGHZ 153, 107** – 02.12.2002, II ZR 101/02

a) Eine für die Erfüllung der Einlageschuld (§ 19 Abs. 1 GmbHG) erforderliche Leistung zu freier Verfügung der Geschäftsführung liegt nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend als Darlehen an den Inferenten oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen zurückfließt.

- gerade bei Kapitalerhöhungen stellt sich häufig die Frage, ob bei Einzahlungen auf ein debitorisches Konto eine freie Verfügbarkeit gegeben ist; hierzu:

**BGH**, 18.03.2002, II ZR 363/00, **ZIP 2002, 799** (*dieses Urteil ist – stark gekürzt – auch als BGHZ 150, 197 in der amtlichen Sammlung veröffentlicht worden*)

1. Die Leistung einer Bareinlage aus einer Kapitalerhöhung, durch die der Debetsaldo eines Bankkontos zurückgeführt wird, kann auch dann zur freien Verfügung erfolgt sein, wenn das Kreditinstitut der Gesellschaft mit Rücksicht auf die Kapitalerhöhung auf einem anderen Konto einen Kredit zur Verfügung stellt, der den Einlagebetrag erreicht oder übersteigt.

2. Bei einer Kapitalerhöhung ist die Bareinlage schon dann zur (endgültig) freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet worden, wenn sie nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss in ihren uneingeschränkten Verfügungsbereich gelangt ist und nicht an den Einleger zurückfließt (Aufgabe von BGHZ 119, 177 – Leitsätze 1 + 2).

- nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung des rechtswissenschaftlichen Schrifttums kommen diese Grundsätze auch dann zur Anwendung, wenn die betroffene Gesellschaft in ein sog. Cash-Pool-System einbezogen ist

**BGH**, 16.01.2006, II ZR 76/04, **NJW 2006, 1736**

Die in ein Cash-Pool-System einbezogenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung unterliegen - ohne dass ein „Sonderrecht“ für diese Art der Finanzierung anerkannt werden könnte - bei der Gründung und der Kapitalerhöhung den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Gesetzes und den dazu von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.

- § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG verbietet dem Gesellschafter sich von seiner Stammeinlageverpflichtung durch Aufrechnung zu befreien → eine Aufrechnung durch die Gesellschaft sowie ein Aufrechnungsvertrag ist nur dann zulässig, wenn die Forderung des Gesellschafters gegen die GmbH fällig, liquide und vollwertig ist
- auch das **ungarische** Recht kennt ein Aufrechnungsverbot (§ 118 Abs. 1 GWiG) → ansonsten soll es für die Anerkennung einer Erfüllung der (Geld-)Leistungspflicht ausreichend sein, dass sich die entsprechenden Mittel (irgendwann einmal) auf dem Konto der Kft. befunden haben

- im **polnischen** Recht findet sich ebenfalls ein Aufrechnungsverbot (Art. 14 § 4 KSH); ansonsten sind die praktischen Probleme wegen der Volleinzahlungspflicht („vollständige Leistung“) offenbar geringer

### 3. Sacheinlagen

- „Sacheinlagen“ sind alle nicht durch Zahlung zu bewirkenden Einlagen → in gewisser Weise korrekter spricht das KSH von der „Nicht-Geld-Einlage“ (*wkład niepieniędzy*)
- *Was kann alles Gegenstand einer Sacheinlage sein?*
- nach der im **deutschen** Gesellschaftsrecht h.M. grundsätzlich alle Leistungsgegenstände, die in das haftende Eigenkapital der Gesellschaft überführt werden können und zwar endgültig (vgl. § 7 Abs. 3 GmbHG) → insb. bewegliche und unbewegliche Sachen, Wertpapiere, Rechte, die durch Verfügungsgeschäft in das Gesellschaftsvermögen überführt werden können, dingliche Nutzungsrechte, nicht aber Dienstleistungen und Forderungen gegen Gesellschafter; zur Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte vgl.

#### **BGH, 14.06.2004 - II ZR 121/02, ZIP 2004, 1642**

a) Sacheinlagen können im GmbH-Recht - nicht anders als im Aktienrecht (vgl. § 27 Abs. 2 AktG) - nur Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist.

b) Obligatorische Nutzungsrechte haben jedenfalls dann einen im Sinne der Sacheinlagefähigkeit feststellbaren wirtschaftlichen Wert, wenn ihre Nutzungsdauer in Form einer festen Laufzeit oder als konkret bestimmte Mindestdauer feststeht (vgl. BGHZ 144, 290). Der Zeitwert eines solchen Nutzungsrechts errechnet sich aus dem für die Dauer des Rechts kapitalisierten Nutzungswert.

- zum **polnischen** Recht siehe

#### **Art. 14 KSH**

§ 1 Unveräußerliche Rechte und Arbeits- oder Dienstleistungen können nicht Gegenstand einer Einlage in eine Kapitalgesellschaft sein.

- im ungarischen Recht kam es nach § 124 Abs. 3 GWiG-1997 vor allem darauf an, ob die Gesellschaft das eingebrachte Recht später ohne die Zustimmung eines Dritten übertragen konnte → jetzt neue Regelung in § 13 Abs. 2 GWiG-2006

#### **§ 13**

(2) Die nicht geldförmige Einlage kann jede Sache mit Vermögenswert, sich an eine Geistesschöpfung knüpfendes Recht sowie ein sonstiges verkehrsfähiges Recht sein - einschließlich der vom Schuldner anerkannten oder auf einem rechtskräftigen gerichtlichen Beschluss beruhenden Forderung. Die Verpflichtungsübernahme des Gesellschafters für eine Arbeitsverrichtung, persönliche Mitwirkung bzw. Dienstleistungserbringung kann als Sacheinlage nicht berücksichtigt werden.

- die Einbringung von Sacheinlagen muss in der Satzung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG offengelegt werden → § 19 Abs. 5 GmbHG verhindert eine Umgehung dieser Vorschrift
- Art. 158 § 1 KSH verlangt eine „detaillierte“ (bzw. „genaue“) Bestimmung des Gegenstandes der Sacheinlage durch die Satzung → nach neuem ungarischen Recht muss die Satzung nur „die Art und Weise sowie den Zeitpunkt der Bereitstellung“ der Einlagen regeln; vgl. § 12 Abs. 1 lit. d und § 116 Abs. 1 GWiG
- Sacheinlagen sind vor der Anmeldung der Gesellschaft zur „endgültig freien Verfügung“ zu leisten (so § 7 Abs. 3 GmbHG, vgl. auch Art. 163 Ziffer. 2 KSH); nach neuem ungar. Recht gilt dies nur, wenn die Sacheinlage die Hälfte des Stammkapitals erreicht, sonst ist die Leistung innerhalb von drei Jahren zu bewirken (§ 116 Abs. 2 und 3 GWiG)

- nach **deutschem** Recht haben die Gesellschafter einen Sachgründungsbericht anzufertigen (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) und diesen ebenso wie die Ausführungsverträge sowie Unterlagen, welche die Werthaltigkeit der Sacheinlagen belegen, bei der Anmeldung vorzulegen (§ 8 Abs. 1 Ziffer 4 u. 5 GmbHG)
- bei der Gründung einer **Sp. z o.o.** braucht kein Sachgründungsbericht angefertigt zu werden (obwohl das polnische Aktienrecht ein solches Institut kennt, vgl. Art. 311 § 1 KSH) und bei der Anmeldung bestehen auch keinerlei weitergehende Nachweispflichten → Art. 166 § 1 Ziffer 7 KSH verlangt bei Sacheinlagen nur einen bloßen Vermerk dieses Umstandes
- nach dem neuen **ungarischen** Recht ist grundsätzlich eine Bewertungserklärung erforderlich, die durch den Bericht eines Wirtschaftsprüfers ersetzt werden kann:

#### § 114

(3) Die einzelnen Gesellschafter stellen den Wert ihrer nichtgeldförmigen Einlage selbst fest, und diese Bestimmung wird von den Gesellschaftern angenommen. Wenn die Gesellschafter bei der Feststellung des Wertes der Sacheinlage keinen Wirtschaftsprüfer oder einen anderen Experten in Anspruch genommen haben, so müssen sie bestimmen, welche Anhaltspunkte als Grundlage der Bewertung der Einlage gedient haben. Diese Erklärung muss der Erklärung des Geschäftsführers gemäß § 117 Abs.1 beigefügt werden.

*Wer haftet wie, falls die Sacheinlage nicht werthaltig ist?*

- seit der **deutschen** GmbH-Novelle von 1980 gesetzlich geregelte Differenzhaftung des einbringenden Gesellschafters bei fehlender Werthaltigkeit der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung (§ 9 Abs. 1 GmbHG) → Haftung kann eventuell größer sein als vereinbarter Einlagebetrag
- ähnliche Regelung im **ungarischen** Recht (§13 Abs. 4 Satz 1 GWiG) → hiernach kommt es aber auf den Zeitpunkt an, zu dem die Sacheinlage in das Gesellschaftsvermögen geleistet worden ist → zum **polnischen** Recht siehe Art. 14 § 2 KSH
- die vom Verschulden unabhängige Differenzhaftung wird in allen drei Rechtsordnungen ergänzt durch eine – bei den Details abweichend ausgestaltete – Verschuldenshaftung, die im Kern jeweils die bewusste Täuschung insb. des Registergerichts durch die Gründer der Gesellschaft sanktioniert (§ 9a GmbHG, Art. 175 KSH, § 13 Abs. 4 Satz 2 GWiG)

#### Art. 14 KSH

§ 2 Hat ein Gesellschafter oder Aktionär eine mangelhafte Sacheinlage geleistet, so ist er verpflichtet, der Kapitalgesellschaft die Differenz zwischen dem im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung der Gesellschaft angenommenen Wert und dem Verkaufswert dieser Einlage der Gesellschaft auszugleichen. Der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung der Gesellschaft können vorschreiben, dass der Gesellschaft in einem solchen Fall auch andere Rechte zustehen.

#### Art. 175 KSH

§ 1 Wurde der Wert der geleisteten Sacheinlagen gegenüber ihrem tatsächlichen Veräußerungswert zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erheblich zu hoch angesetzt, so sind der Gesellschafter, der eine derartige Einlage eingebracht hat, sowie die Vorstandsmitglieder, die in Kenntnis dieses Sachverhaltes die Gesellschaft beim Register angemeldet haben, als Gesamtschuldner verpflichtet, den der Gesellschaft fehlenden Wert zu ersetzen.

#### § 13 GWiG

(4) Der eine nichtgeldförmige Einlage leistende Gesellschafter (Aktionär) ist verpflichtet, innerhalb einer Ausschlussfrist von fünf Jahren nach der Leistung der Einlage dafür einzustehen, dass der im Gesellschaftsvertrag angegebene Wert den zum Zeitpunkt der Leistung der Sacheinlage bestehenden Wert nicht übersteigt. Die Gesellschafter, die trotz Kenntnis der Umstände die nichtgeldförmige Einlage eines Gesellschafters mit dem Wert angenommen haben, der den bei der Leistung gültigen Wert übersteigt, haften mit dem Leistenden zusammen solidarisch und unbeschränkt gegenüber der Gesellschaft für die dadurch entstandenen Schäden.

#### 4. Die verschleierte (verdeckte) Sacheinlage

*Verschleierte Sacheinlage:* Eine Bareinlage und ein Verkehrsgeschäft werden so eng miteinander verkoppelt (in zeitlicher und sachlicher Hinsicht), dass der Gesamtvorgang Sacheinlagecharakter erhält. Ist Umgehung der gesetzlichen Vorschriften für Sacheinlagen.

- den Regelungen über die verdeckte Sacheinlagen geht es darum, derartige Umgehungsversuche zu verhindern → eine Vorschrift für den „klassischen Fall“ findet sich schon in § 19 Abs. 5 Fall 2 GmbHG → ansonsten hierzu sehr viel Rechtsprechung → vgl. nur die genauere Bestimmung der Tatbestandsvoraussetzungen für die wichtige Fallgruppe der Forderungsverrechnungen in:

**BGH**, 16.9.2002, II ZR 1/00, **ZIP 2002, 2045**, insb. 2047

- die Verrechnung der Bareinlageforderung der GmbH mit (liquiden, fälligen und vollwertigen) Forderungen des Gesellschafters ist unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage grundsätzlich nur dann unzulässig, wenn die Forderung des Gesellschafters bereits zur Zeit der Begründung der Einlagepflicht entstanden war (und daher als Sacheinlage hätte eingebracht werden können)
  - handelt es sich dagegen um eine Forderung, die erst später entstanden ist, so ist eine Verrechnung nur dann unzulässig, wenn diese Vorgehensweise bereits vor oder bei der Begründung der Einlagepflicht abgesprochen worden ist
- Rechtsfolgen: der schuldrechtliche Teil des Umgehungsgeschäfts und das dingliche Erfüllungsgeschäft sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 27 Abs. 3 Satz 1 AktG analog, so BGHZ 155, 329) → der Gesellschafter muss (Bar-)Einlage erneut erbringen, auch wenn die (eventuell untergegangene) Sacheinlage voll werthaltig gewesen ist
  - BGHZ 132, 141: die Heilung einer verdeckten Sacheinlage ist möglich → erforderlich ist ein mit satzungsändernder Mehrheit gefasster Gesellschafterbeschluss, der Gesetzesumgehung offen legt und die an sich erforderlichen Maßnahmen nachholt

#### 5. Vom MoMiG geplante Änderungen im Bereich der Kapitalaufbringung

- der Entwurf für ein MoMiG beabsichtigt eine gesetzliche Regelung für die „verdeckte Sacheinlage“ und Neuregelung des „Hin- und Herzählens“:

§ 19 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 Satz 2 werden die Wörter „nicht zulässig“ durch die Wörter „nur zulässig mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 vereinbart worden ist“ ersetzt.

b) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so steht das der Erfüllung der Einlagenschuld nicht entgegen. § 9 gilt in diesem Fall entsprechend, wenn der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, nicht den entsprechenden Betrag der übernommenen Stammeinlage erreicht. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter. Die Verjährung des Anspruchs der Gesellschaft beginnt nicht vor dem Zeitpunkt der Überlassung des Vermögensgegenstandes.“

c) Absatz 5 wird aufgehoben.

d) Absatz 6 wird Absatz 5.



§ 8 wird wie folgt geändert: ...

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert: ...

bb) Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt:

Die vor Einlage getroffene Vereinbarung einer Leistung an den Gesellschafter, die wirtschaftlich einer Einlagenrückgewähr entspricht und die nicht bereits als verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 zu beurteilen ist, steht der Erfüllung der Einlagenschuld nicht entgegen, wenn sie durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist. Das Gericht kann bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung Nachweise (unter anderem Einzahlungsbelege) verlangen.

## IV. Kapitalerhaltung

### 1. Kapitalbindung bei der GmbH

- im **deutschen** Recht schützt § 30 Abs. 1 GmbHG – anders als § 57 AktG – das Gesellschaftsvermögen lediglich insoweit, wie dies zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist → d.h. „oberhalb der Stammkapitalziffer“ können die Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen eingreifen; erforderlich ist aber ein (konkludenter) Beschluss der Gesellschafter (d.h.: Maßnahme fällt nicht in die Kompetenz der Geschäftsführung)
- der Entwurf für ein MoMiG will keine grundlegende Reform, jedoch in § 30 Abs. 1 GmbH einen Satz 2 (und einen Satz 3) einfügen

§ 30 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die zwischen den Vertragsteilen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

- Vorschlag will wirtschaftlich sinnvolle Kreditbeziehungen (z.B. Teilnahme an Cash-Pool-System) zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern ermöglichen
- die neuen Vorschriften des GWiG-2006 (vgl. insb. § 131 Abs. 1) machen noch deutlicher als ihre Vorläuferregelungen (§§ 141, 142 GWiG-1997), dass das Kapitalbindungssystem der **Kft.** grundsätzlich dem der deutschen AG (und nicht dem der GmbH) entspricht; zudem verlangt seit Herbst 2007 § 131 Abs. 3 GWiG zusätzlich einen Solvenz-Test

### **§ 131 GWiG**

(1) Die Gesellschaft kann den Gesellschaftern, im Hinblick auf ihre Mitgliedsverhältnisse, eine Auszahlung aus ihrem Eigenkapital während des Bestehens der Gesellschaft nur im Gesetz bestimmten Fällen und – mit Ausnahme der Senkung des Stammkapitals – nur bei Erfüllung der im Rechnungslegungsgesetz festgelegten Bedingungen, aus dem versteuerten Ergebnis des Berichtsjahres, bzw. aus dem mit freiem Ergebnisresultat ergänzten versteuerten Ergebnis des Berichtsjahres erfüllen. Es kann nicht zur Auszahlung kommen, wenn das laut Rechnungslegungsgesetz korrigierte Eigenkapital der Gesellschaft das Stammkapital der Gesellschaft nicht erreicht oder infolge der Auszahlung nicht erreichen würde. ...

(3) Der Geschäftsführer hat der Gesellschafterversammlung gegenüber eine schriftliche Erklärung darüber abzugeben, dass die Auszahlung die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft bzw. die Durchsetzung der Gläubigerinteressen nicht gefährdet. Für die Schäden, die der Geschäftsführer durch eine Auszahlung unter Versäumung der Abgabe der Erklärung bzw. durch die Abgabe einer unwahren Erklärung verursacht, haftet er nach den für die leitenden Repräsentanten maßgebenden allgemeinen Vorschriften. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Erklärung innerhalb von 30 Tagen beim Registergericht einzureichen. Die Anmeldung zieht keine Gebührenzahlungs- und Veröffentlichungspflicht nach sich.

(4) Die Auszahlungen, die trotz der Bestimmungen im Abs. 1 und 3 erfüllt wurden, müssen der Gesellschaft rückgezahlt werden, wenn die Gesellschaft die Bösgläubigkeit des Gesellschafters beweist.

- im polnischen Recht scheint Art. 189 § 2 KSH zunächst auf ein System hinzudeuten, dass den Regelungen für die GmbH entspricht → tatsächlich verankern dann aber insb. die Art. 191, 192 KSH ein Kapitalschutzsystem, das dem der deutschen AG ähnelt

#### Art. 189 KSH

§ 1 Während des Bestehens der Gesellschaft dürfen den Gesellschaftern die geleisteten Einlagen weder ganz noch teilweise zurückgewährt werden, es sei denn, die Vorschriften dieses Abschnitts bestimmen ein anderes.

§ 2 Die Gesellschafter dürfen keinerlei Auszahlungen aus dem zur vollständigen Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft erhalten.

#### Art. 191 KSH

§ 1 Der Gesellschafter hat unter Berücksichtigung der Vorschrift des Art. 195 § 1 das Recht auf den sich aus dem jährlichen Finanzbericht ergebenden und nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung zur Verteilung bestimmten Gewinn.

§ 2 Der Gesellschaftsvertrag kann unter Berücksichtigung der Vorschriften der Art. 192 bis 197 eine andere Methode der Gewinnverteilung bestimmen.

#### Art. 192 KSH

Der zur Verteilung unter die Gesellschafter bestimmte Betrag darf den Gewinn für das letzte Geschäftsjahr, erhöht um Gewinne aus den vorangegangenen Jahren sowie um Beträge, die aus den aus dem Gewinn gebildeten Kapitalrücklagen und -rückstellungen, welche zur Verteilung bestimmt werden können, entstammen, nicht übersteigen. Dieser Betrag ist um nicht gedeckte Verluste, Selbstbeteiligungen sowie Beträge, die auf Grund des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags aus dem Gewinn für das letzte Geschäftsjahr in Kapitalrücklagen oder -rückstellungen einzustellen sind, zu vermindern

## 2. Rückerstattung unzulässiger Auszahlungen

- im **deutschen** Recht enthält § 31 Abs. 1 GmbHG einen besonderen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch (insb. fehlt hier eine Norm wie § 818 Abs. 3 BGB) → die Regelung des § 31 Abs. 2 GmbHG greift nur selten zugunsten der Gesellschafter ein, da die Rückerstattungsansprüche zumeist erst in der Insolvenz geltend gemacht werden
- GmbH kann Haftung nicht erlassen (§ 31 Abs. 4 GmbHG); außerdem kann der Gesellschafter gegen einen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft aus § 31 Abs. 1 GmbHG gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG analog nicht aufrechnen (so BGHZ 146, 105)
- zum Schicksal des Erstattungsanspruchs nach der (anderweitigen) Wiederauffüllung des Stammkapitals (Frage ist für die Praxis höchst bedeutsam):

**BGHZ 144, 336** – 29.05.2000, II ZR 118/98 („Balsam/Procedo I“):

b) Ein einmal wegen Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG entstandener Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG entfällt daher nicht von Gesetzes wegen, wenn das Gesellschaftskapital zwischenzeitlich anderweitig bis zu Höhe der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist ...

- Mitgesellschafter haften nach § 31 Abs. 3 GmbHG → Haftung ist aber auf Betrag der Stammkapitalziffer beschränkt (so BGHZ 150, 1 Leitsatz a)
- *beachte*: Gesellschafterhaftung nach § 31 GmbHG wird flankiert durch Haftung der Geschäftsführer: gegenüber Gesellschaft (§ 43 Abs. 3 GmbHG) und gegenüber Gesellschaftern (§ 31 Abs. 6 GmbHG)
- im **ungarischen** Recht regelt § 131 Abs. 4 GWiG einen (schwachen) Rückerstattungsanspruch (vgl. S. 9 oben)
- im **polnischen** Recht sieht Art. 198 KSH eine recht strenge Haftung vor → ohne Schutz gutgläubiger Empfänger und mit einer Ausfallhaftung für Mitgesellschafter:

#### **Art. 198 KSH**

§ 1 Ein Gesellschafter, der entgegen den Rechtsvorschriften oder den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages eine Auszahlung erhalten hat (Empfänger), hat diese zurückzugewähren. Die Mitglieder der Gesellschaftsorgane, welche für diese Auszahlung verantwortlich sind, haften für ihre Rückgewährung gesamtschuldnerisch mit dem Empfänger.

§ 2 Kann die Rückerstattung weder von dem Empfänger noch von den für die Auszahlung verantwortlichen Personen erlangt werden, haften die übrigen Gesellschafter im Verhältnis zu ihren Anteilen für den Verlust am Vermögen der Gesellschaft, das für die vollständige Deckung des Stammkapitals erforderlich ist. Beträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, sind auf die übrigen Gesellschafter im Verhältnis zu ihren Anteilen aufzuteilen.

§ 3 Die Verpflichteten können von der in den §§ 1 und 2 bezeichneten Haftung nicht befreit werden.

### 3. (Weitergehender) Schutz der GmbH gegen bestandsvernichtende Eingriffe

- im GmbH-Recht hat der BGH von 2001 an eine für das deutsche Recht neue Haftung wegen bestandsverzichtendem Eingriff in das Gesellschaftsvermögen entwickelt → hat wegen des beschränkten Schutzes, den das GmbH-Kapitalerhaltungssystem bietet, besondere Bedeutung
- nachdem die dogmatische Konstruktion dieser Haftung zunächst unklar blieb, vgl. BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“), erklärte sie der BGH mit der Entscheidung BGHZ 151, 181 („KBV“) ausdrücklich zu einer Durchgriffshaftung

#### **BGHZ 151, 181 – 24.06.2002, II ZR 300/00 („KBV“)**

a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter 1. genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Ergänzung zu BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan sowie BGHZ 150, 1)

- diese Haftung erinnerte an die – nur bei der Auflösung einer Gesellschaft (eventuell) eingreifende – Durchgriffshaftung des ungarischen Rechts gemäß § 50 GWiG

#### **§ 50**

(1) Bei Auflösung ohne Rechtsnachfolger bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft darf sich derjenige Gesellschafter nicht auf seine beschränkte Haftung berufen, der diese missbraucht hat. Die Mitglieder (Aktionäre) der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft, welche ihre beschränkte Haftung bzw. die gesonderte Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft zum Schaden der Gläubiger missbraucht haben, haften unbeschränkt und solidarisch für die nicht beglichenen Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft.

(2) Die Haftung der Gesellschafter gemäß Absatz 1 kann insbesondere dann festgestellt werden, wenn sie über das Vermögen der Gesellschaft wie über ihr eigenes verfügt haben bzw. wenn sie das Gesellschaftsvermögen zum eigenen Vorteil oder zugunsten anderer Personen in einem Maße verringert haben, von dem sie wussten bzw. bei Bekundung einer mit der im Allgemeinen zu erwartenden Sorgfalt hätten wissen müssen, dass die Gesellschaft infolgedessen nicht in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu erfüllen, ferner im Fall nach § 13 Abs. 4.

- mit seiner „Trihotel“-Entscheidung vom 16.7.2007 (BGH ZIP 2007, 1552) hat der Bundesgerichtshof unterdessen jedoch bereits wieder vom Modell eines speziellen gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung zugunsten einer (Innen-)Haftung wegen sittenwidriger Schädigung Abstand genommen:

**BGH**, 16.07.2007, II ZR 3/04 („Trihotel“), **ZIP 2007, 1552**

1. An dem Erfordernis einer als „Existenzvernichtungshaftung“ bezeichneten Haftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen wird festgehalten.

2. Der Senat gibt das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.

3. Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gem. § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG nicht subsidiär; vielmehr besteht zwischen ihnen – soweit sie sich überschneiden – Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.

## **V. Flankierende Regelungen**

### **1. Zum deutschen Eigenkapitalersatzrecht**

a) Vorbemerkung: Die Unterscheidung in Eigenkapital- und Fremdkapital

- **Eigenkapital** – rührt grundsätzlich von den Gesellschaftern her, ist gebundenes Kapital und haftendes Kapital → hierzu gehören vor allem: Stammkapital, Rücklagen, Gewinnvortrag, stille Reserven
- **Fremdkapital** – stammt häufig von Dritten, ist nicht dauerhaft gebunden (§ 490 Abs. 1 BGB), ist auch kein haftendes Kapital → insb. Kredite, auch Warenkredite
- **Selbst- und Fremdfinanzierung** sind **Finanzierungsmethoden** (dürfen nicht mit der Unterscheidung von Eigen- und Fremdkapital verwechselt werden!)
- es existieren keine sanktionsfähigen Rechtsgrundsätze für eine ordnungsgemäße Eigenkapitalausstattung → (auch) deshalb hat der sog. Durchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung bislang im deutschen Gesellschaftsrecht keine praktische Bedeutung erlangt → **aber:** zumindest teilweise wird ein solcher Durchgriff funktional vom Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen ersetzt

b) Zur Notwendigkeit eines flexiblen Finanzierungsinstruments

- der (Eigen-)Kapitalbedarf von Unternehmen entwickelt sich nicht gleichförmig
- eine Finanzierung allein über Stammeinlagen erweist sich häufig als zu unflexibel und aufwendig; zudem trifft der Eigenkapitalbedarf der Gesellschaft nicht immer auf eine Finanzierungsfähigkeit und -bereitschaft bei sämtlichen Gesellschaftern
- nach dem Konzept des Gesetzgebers sollten die Nachschussregelungen eine flexible Finanzierung der GmbH ermöglichen → diese Regelungen sind jedoch von der Praxis nicht angenommen worden

c) Finanzierungsfreiheit und Finanzierungsfolgenverantwortung

- die Vorschriften des Eigenkapitalersatzrechts bauen auf der *Finanzierungsfolgenverantwortung* der Gesellschafter auf:
- die Gesellschafter sind zwar nicht verpflichtet, der Gesellschaft in einer Krise über die Einlage hinaus weitere Mittel zur Verfügung zu stellen – insoweit gilt Finanzierungsfreiheit; entschließen sich die Gesellschafter aber zur Unterstützung der Gesellschaft, so müssen sie dieses Eigenkapital (und kein Fremdkapital) zur Verfügung stellen

d) Tatbestand

- Grundtatbestand: Gesellschafter vergibt Darlehen an kreditunwürdige Gesellschaft

*Kreditunwürdigkeit:*

Wenn ein außenstehender – wirtschaftlich vernünftig handelnder – Dritter der GmbH das konkrete Darlehen in Kenntnis der kreditrelevanten Umstände überhaupt nicht oder aber bloß zu marktüblichen Bedingungen gewährt hätte.

- Erweiterung des Tatbestandes (hat in der Praxis größere Bedeutung als der Grundtatbestand): „stehen gelassene Gesellschafterdarlehen“ → sind der Gesellschaft vor der Krise gewährt und bei Krisenausbruch nicht abgezogen worden
- es muss den Gesellschaftern möglich gewesen sein, die Krise zu erkennen und ihre Mittel abzuziehen; bei fehlender Abzugsfähigkeit ist die Gesellschaft zu liquidieren

e) Rechtsfolgen

- das deutsche Eigenkapitalersatzrecht beruht insoweit auf zwei Säulen → zum einen gibt es die vom BGH entwickelten Regeln („BGH- oder Rechtsprechungsregeln“), zum anderen die vom Gesetzgeber 1980 mit der GmbH-Novelle neu geschaffenen Vorschriften, vgl. insb. §§ 32a und 32b GmbHG („Novellen- oder Gesetzgebungsregeln“)
- größere praktische Bedeutung haben die BGH-Regeln, weil sie die Gesellschaft – anders als die Novellen-Regeln – schon vor dem Eintritt in die Insolvenz schützen, also ein sog. *gesellschaftsrechtliches Schutzkonzept* verfolgen
- Rechtsfolgen der BGH-Regeln
  - der vom BGH entwickelte Ansatz beruht auf einer analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG → mit § 30 Abs. 1 GmbHG analog lässt sich eine Bindung der Gesellschafterdarlehen nur insoweit begründen, wie diese Darlehen verlorengegangenes Stammkapital ersetzen, also eine sog. Unterbilanz abdecken
  - § 31 Abs. 1 GmbHG analog: wird ein (nach § 30 Abs. 1 analog) gebundenes Darlehen dennoch zurückgezahlt, so hat die Gesellschaft einen sofort fälligen Rückerstattungsanspruch → die Geschäftsführer sind nach § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, diesen Anspruch auch geltend zu machen
- Rechtsfolgen der Novellen-Regeln
  - vor der Eröffnung der Insolvenz: freie Rückzahlung der Darlehen möglich
  - in der Insolvenz: der Gesellschafter ist nur nachrangiger Insolvenzgläubiger (§ 32a Abs. 1 GmbHG); kann auch nicht mit seinem Rückzahlungsanspruch aufrechnen
  - nach § 135 InsO kann der Insolvenzverwalter die Rückzahlung des gesamten Darlehens anfechten (aber nur binnen Jahresfrist); zudem Anfechtungsrecht nach § 6 AnfG

- Zusammenspiel von Rechtsprechungs- und Novellen-Regeln: Zweistufiges Schutzsystem

#### **BGHZ 90, 370**

b) Die Rechtsprechungsgrundsätze über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sind neben den Vorschriften der GmbH-Novelle von 1980 weiterhin auch auf solche Darlehen anzuwenden, die nach dem 1. Januar 1981 gewährt worden sind.

- Merkformel: in Höhe der Unterbilanz sind die Gesellschafterdarlehen von den (strengeren) Rechtsprechungsregeln erfasst; darüber hinaus nur von den Gesetzgebungsregeln
- f) Reformvorschläge
  - der Entwurf für ein MoMiG schlägt die Abschaffung der speziellen Rechtsregeln für eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen vor:

20. § 30 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„... Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.“

22. Die §§ 32a und 32b werden aufgehoben.

- stattdessen sollen zukünftig alle Gesellschafterdarlehen unabhängig von ihrem eigenkapitalersetzenden Charakter in der Insolvenz der Gesellschaft als nachrangig behandelt werden (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 u. 5 InsO i.d.F. des MoMiG), zudem Anfechtung von Tilgungsleistungen im Zeitraum eines Jahres vor Insolvenz (§ 135 Abs. 1 InsO i.d.F. des MoMiG)
- g) Vergleichbare Regelungen im ungarischen und polnischen Recht?
  - das für die damalige Zeit sehr moderne *ungarische* Gesetz Nr. V/1930 über die Kft. und die stille Gesellschaft enthielt bereits gesetzliche Vorschriften für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen → diese Regelungen werden allerdings 1988 nicht ins Gesetz über die Wirtschaftsgesellschaften übernommen
  - im *polnischen* Recht enthält Art. 14 § 3 KSH eine Bestimmung, die auf den ersten Blick den deutschen Novellen-Regeln zu entsprechen scheint → wegen der Anknüpfung am Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird die Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter aber wohl weitergehender beschränkt

#### **Art. 14 KSH**

§ 3 Die Forderung eines Gesellschafters oder Aktionärs aus einem der Kapitalgesellschaft gewährten Darlehen gilt als Einlage dieses Gesellschafters in die Gesellschaft, wenn innerhalb einer Frist von zwei Jahren von dem Tag an, an dem der Darlehensvertrag geschlossen wurde, die Insolvenz der Gesellschaft erklärt wird.

## 2. Spezielle Solvenzprüfung bei Auszahlungen in Krisen

- das MoMiG will in § 64 Abs. 2 GmbHG einen Satz 3 einfügen, der nicht nur eine Haftungsregelung trifft, sondern den Geschäftsführer auch zur Vornahme einer entsprechenden Prüfung verpflichtet

#### **§ 64 GmbHG**

(2) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

43. § 64 wird wie folgt geändert: ....

b) Absatz 2 wird wie folgt geändert: ...

bb) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar.“

### 3. „Wrongful trading“-Haftung im ungarischen Recht

#### **§ 30 GWiG**

(3) Nach dem Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Wirtschaftsgesellschaft, sind die leitenden Repräsentanten verpflichtet, ihre geschäftsführenden Aufgaben aufgrund einer Priorität der Gläubigerinteressen zu versehen. Ein Sondergesetz kann für den Fall einer schuldhaften Verletzung dieser Anforderung eine Einstandspflicht der leitenden Repräsentanten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vorschreiben, falls die Wirtschaftsgesellschaft zahlungsunfähig geworden ist.

#### **§ 33/A Insolvenzgesetz**

(1) Der Gläubiger oder der Konkursverwalter kann während des Konkursverfahrens mit einer Klage die Feststellung vom Gericht (§ 6 Abs. 1) beantragen, dass die Personen, die in den letzten drei Jahren vor dem Zeitpunkt der Konkursbeginns die Leiter der Wirtschaftsorganisation waren, nach dem Eintritt einer Lage, in der die Zahlungsunfähigkeit drohte, ihre Aufgaben der Geschäftsführung nicht auf der Grundlage des Vorrangs der Interessen der Gläubiger versehen haben (einschließlich der Beseitigung von Umweltbelastungen), wodurch das Vermögen der Gesellschaft in einem in der Klage festgelegten Umfang verringert wurde. Der Eintritt einer Lage, in der die Zahlungsunfähigkeit droht, ist der Zeitpunkt, von dem an die Leiter der Wirtschaftsorganisation vorausgesehen haben oder voraussehen konnten, dass die Wirtschaftsorganisation nicht in der Lage sein wird, die ihr gegenüber bestehenden Forderungen bei Fälligkeit zu erfüllen. Wenn mehrere den Schaden verursacht haben, haften sie gesamtschuldnerisch.

(2) Nicht verantwortlich ist derjenige in Abs. 1 erwähnte Leiter, wenn er nachweist, dass er nach dem Eintritt einer Lage, in der die Zahlungsunfähigkeit drohte, in der gegebenen Situation sämtliche zu erwartende Maßnahmen zur Senkung der Gläubigerverluste ergriffen hat. Soweit der Leiter vor dem Zeitpunkt des Konkursbeginns seiner in einer gesonderten Rechtsnorm bestimmten Pflicht zur Hinterlegung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses (zusammengefasster (konsolidierter) Jahresabschluss) des Schuldners nicht nachgekommen ist, ist die Verletzung der Interessen der Gläubiger zu vermuten.

(3) Bei der Anwendung von Abs. 1 wird als Leiter der Wirtschaftsorganisation auch die Person angesehen, die bei der Entscheidungsfindung der Wirtschaftsorganisation tatsächlich einen bestimmenden Einfluss ausgeübt hat.

### 4. Beratungspflicht der Gesellschafterversammlung

- in allen drei Rechtsordnungen sind die Geschäftsführer (der Vorstand) verpflichtet, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, falls ein wesentlicher Teil des Kapitals verloren gegangen ist (in erster Linie wird auf die Hälfte des Stammkapitals abgestellt, vgl. § 49 Abs. 3 GmbHG, Art. 233 § 1 KSH, § 143 Abs. 2 und 3 GWiG)
- grundsätzlich bezwecken diese Vorschriften, den Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, möglichst rasch über das weitere Vorgehen zu beraten → Regelung bewirkt so reflexiven Gläubigerschutz
- während das deutsche Recht das Ergebnis dieser Beratung völlig offen lässt, erwähnt Art. 233 § 1 KSH eine „Beschlussfassung über das Fortbestehen der Gesellschaft“ → noch weiter geht das ungarische Recht, das die Gesellschafter vor eine Alternative stellt: Liquidation der Gesellschaft oder Zufuhr frischen Kapitals; das neue Gesetz bestimmt jetzt hierfür auch noch einen zeitlichen Rahmen → in gewisser Weise macht eine solche Vorschrift spezielle Regelungen über den Eigenkapitalersatz überflüssig

### **§ 143 GWiG**

(2) Über die in diesem Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag festgehaltenen Fälle hinaus muss die Gesellschafterversammlung auch dann einberufen werden, wenn das ansonsten im Interesse der Gesellschaft notwendig ist. Die Gesellschafterversammlung muss vom Geschäftsführer zur Ergreifung der notwendigen Maßnahmen unverzüglich einberufen werden, wenn ihm zur Kenntnis kommt, dass

- a) das Eigenkapital infolge von Verlusten auf die Hälfte des Stammkapitals gesunken ist, oder
- b) wenn der Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit droht, oder die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hat, bzw. ihr Vermögen die Schulden nicht deckt.

(3) In den in Absatz 2 angegebenen Fällen müssen die Gesellschafter die Anordnung von Nachschüssen oder, wenn der Gesellschaftsvertrag deren Möglichkeit nicht beinhaltet, eine andere Art und Weise der Sicherung des Stammkapitals oder die Senkung des Stammkapitals und in Ermangelung deren die Umwandlung der Gesellschaft in eine andere Gesellschaft, bzw. die Auflösung der Gesellschaft ohne Rechtsnachfolger beschließen. Die Beschlüsse sind spätestens innerhalb von drei Monaten durchzuführen.

### **Art. 233 KSH**

§ 1 Weist die vom Vorstand aufgestellte Bilanz Verluste auf, welche die Summe der Rücklagen und Rückstellungen sowie die Hälfte des Stammkapitals übersteigen, ist der Vorstand verpflichtet, die Gesellschafterversammlung zwecks Beschlussfassung über das Fortbestehen der Gesellschaft unverzüglich einzuberufen.

## 5. Umwandlungspflicht gemäß § 51 GWiG

- während in Deutschland eine GmbH, deren Nettovermögen nicht mehr die Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals erreicht, dauerhaft fortbestehen kann, solange nicht der Insolvenzfall eintritt, verlangt § 51 GWiG die Umwandlung einer solchen Gesellschaft

### **§ 51 GWiG**

(1) Wenn die Wirtschaftsgesellschaft aufgrund der Daten ihres laut Rechnungslegungsgesetz angefertigten Abschlusses in zwei aufeinander folgenden vollständigen Geschäftsjahren nicht über das Eigenkapital in einer Höhe verfügt, die dem für ihre Gesellschaftsform verbindlich vorgeschriebenen gezeichneten Kapital entspricht, und die Mitglieder (Aktionäre) der Gesellschaft innerhalb von drei Monaten nach der Annahme des Abschlusses laut Rechnungslegungsgesetz des zweiten Jahres nicht für die Sicherung des notwendigen Eigenkapitals sorgen, muss die Wirtschaftsgesellschaft innerhalb von sechzig Tagen ab dieser Fristablauf ihre Umwandlung in eine andere Wirtschaftsgesellschaft oder ihre Auflösung ohne Rechtsnachfolger beschließen.

(2) Bei der Umwandlung muss eine Gesellschaftsform gewählt werden, bei der das Gesetz keine Mindesthöhe für das gezeichnete Kapital festlegt oder es eine solche Höhe besitzt, die durch die Wirtschaftsgesellschaft mit der Umwandlung erfüllt werden kann.

(3) Dieses Gesetz kann für die Rechtsfolgen der Verminderung durch Verlust des Stammkapitals der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und des Grundkapitals der Aktiengesellschaft abweichende Vorschriften feststellen.