

# Bachelor of Laws

Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth

## Modul W2 (55202) Unternehmensrecht III Kapitalgesellschaftsrecht LESEPROBE

Kurseinheit 2:  
Gläubigerschutz  
(Auszug)

rechts  
wissenschaft

---

Der Inhalt dieses Dokumentes darf ohne vorherige schriftliche Erlaubnis durch die FernUniversität in Hagen nicht (ganz oder teilweise) reproduziert, benutzt oder veröffentlicht werden. Das Copyright gilt für alle Formen der Speicherung und Reproduktion, in denen die vorliegenden Informationen eingeflossen sind, einschließlich und zwar ohne Begrenzung Magnetspeicher, Computerausdrucke und visuelle Anzeigen. Alle in diesem Dokument genannten Gebrauchsnamen, Handelsnamen und Warenbezeichnungen sind zumeist eingetragene Warenzeichen und urheberrechtlich geschützt. Warenzeichen, Patente oder Copyrights gelten gleich ohne ausdrückliche Nennung. In dieser Publikation enthaltene Informationen können ohne vorherige Ankündigung geändert werden.

zwar nicht volkswirtschaftlich, aber unter Gerechtigkeitsaspekten. Aber selbst bei einer Pareto-Effizienz bleibt ein Umverteilungsrisiko bestehen: nämlich das einer Umverteilung zwischen verschiedenen Arten von Gläubigern, z.B. indem gesicherte Gläubiger systematisch bevorzugt werden.

Eine Betrachtung der möglichen Umverteilungsfolgen des Instituts der Haftungsbeschränkung ist besonders schwierig: Komplizierend wirkt nämlich, dass nicht der Unterschied zwischen den Zuständen "keine Umverteilung bei persönlicher Haftung" und "Umverteilung bei Haftungsbeschränkung" zu messen wäre, sondern der Unterschied zwischen der Umverteilung "bei persönlicher Haftung" und der Umverteilung "bei Haftungsbeschränkung". Das liegt daran, dass die Gläubiger auch bei persönlich haftenden Unternehmern keineswegs stets sämtliche Forderungen praktisch durchsetzen können. Auch der voll haftende Einzelunternehmer kann zahlungsunfähig sein und es können daher die Gläubiger mit ihren Forderungen oder Teilen davon ausfallen. Das alles macht eine rechtspolitische Beurteilung des Instituts der Haftungsbeschränkung schwierig.

**139a**

Im Folgenden soll das geltende System des Gläubigerschutzes näher betrachtet werden und zwar vor allem im Hinblick auf die Frage, inwieweit das Recht dem haftungsbeschränkten Unternehmer erlaubt, bestimmte Risiken des von ihm betriebenen Unternehmens zu externalisieren.

### **III. Grundfragen des Gläubigerschutzes**

#### **1. Gläubigerschutz warum?**

Durch das Institut der Haftungsbeschränkung soll das Risiko der Investoren, d.h. der Anteilseigner der Kapitalgesellschaft, begrenzt werden. Sie sollen nicht fürchten müssen, mehr als das von ihnen eingesetzte Kapital zu verlieren. Dies ist ein sehr begrenzter Zweck der Haftungsbeschränkung. Keinesfalls sollte den Anteilseignern durch sie erlaubt werden, auf Risiko und Kosten ihrer Gläubiger das Unternehmen zu betreiben oder diese zu schädigen. Das heißt: Ihr Privatvermögen wird zwar grundsätzlich vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt. Die Anteilseigner sollen aber ihrerseits dieses unternehmerische Vermögen von ihrem Privatvermögen getrennt halten und es nicht zulasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil vermindern. Und ferner muss bei einem absehbaren Scheitern des Unternehmens rechtzeitig ein Verfahren durchgeführt werden, das die Interessen der Gläubiger und das noch vorhandene Vermögen der Kapitalgesellschaft vor weiterem Schaden schützt.

**140**

## 2. Gläubigerschutz wann?

- 141** Mit dem eben genannten Verfahren ist das Insolvenzverfahren gemeint. Hier kommen sämtliche Gläubiger der Gesellschaft zusammen (deshalb hieß das Verfahren bis 1999 noch "Konkurs" von lat. concurrere: zusammenlaufen), weil das Unternehmen der Kapitalgesellschaft gescheitert ist. Der Insolvenzverwalter nimmt das Vermögen der Gesellschaft in Beschlag und entscheidet fürderhin über die weitere Zukunft des Unternehmens.
- 142** Erst in diesem Moment, wenn der Unternehmer also bereits gescheitert ist, wird in der Praxis auch darüber entschieden, ob die Gesellschafter sich zuvor zu Unrecht zulasten der Gläubiger bereichert haben (Kapitalerhaltung). Und ferner wird auch erst in diesem Moment darüber entschieden, ob im Extremfall der Grundsatz der Haftungsbeschränkung ausnahmsweise durchbrochen wird (Durchgriffshaftung). Es ist wichtig, sich diese rechtspraktische Tatsache vor Augen zu halten: Vor einem Insolvenzverfahren sind sämtliche Ansprüche der Gläubiger durch Klage gegen die Gesellschaft und anschließend im Wege der Einzelzwangsvollstreckung durchsetzbar. Es besteht daher bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Gläubiger kein Anlass, sich über die Einhaltung der Regeln der Kapitalerhaltung oder sonstige dem Gläubigerschutz dienenden Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts Gedanken zu machen. In dem Insolvenzverfahren kann sich freilich herausstellen, dass "kaum noch etwas da ist". Dann beginnt die Suche nach Verstößen gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung. Selbst Fragen der ordnungsgemäßen Gründung der Gesellschaft, soweit sie dem Gläubigerschutz dienen, können noch im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden (insbesondere im Fall der sog. verdeckten Sacheinlage) und werden es häufig auch praktisch. Diese "retroaktive" Wirkung der Insolvenzeröffnung ist zwar offensichtlich, wird häufig allerdings nicht mit in die Betrachtung des Gläubigerschutzes bei Kapitalgesellschaften einbezogen. Deshalb wird sie hier besonders betont.

## 3. Gläubigerschutz vor wem?

- 143** Nicht nur die Gesellschafter können, auch die Geschäftsleitung kann durch ihre Handlungen einen Schaden der Gläubiger verursachen. Daher betrifft der Gläubigerschutz nicht nur mögliche Ansprüche gegen die Gesellschafter sondern auch Regeln über das richtige Verhalten der Geschäftsleitung und mögliche Ansprüche gegen diese.

## 4. Gläubigerschutz wie?

- 144** Dem Recht stehen zum Schutz der Gläubiger grundsätzlich nur zwei Mittel zur Verfügung, nämlich Kompensation (durch Ansprüche auf Schadensersatz) und Verhaltenssteuerung. Der Schaden für die Gläubiger kann zunächst durch bestimmte An-

sprüche gegen Geschäftsleitung oder Gesellschafter kompensiert werden. Da niemand gerne haftet, wirkt allein das Bestehen solcher Ansprüche zugleich auch (in begrenzter Weise) verhaltenssteuernd. Gleichwohl kann es sein, dass der verhaltenssteuernde Aspekt des bloßen Haftungsrisikos nicht ausreicht.

Es ist dann nach weiteren Mitteln und Wegen zu suchen, die für die Gesellschaft Handelnden von einer Schädigung abzuhalten. Solche Mittel können etwa organisatorische Vorkehrungen sein wie etwa die Pflicht zur Dokumentation des Wertes und des Verbleibs der Vermögensgegenstände der Gesellschaft (Bilanzrecht, allgemein Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten) oder aber auch eine Pflicht der Geschäftsführung oder ein korrespondierendes Recht der Gläubiger, rechtzeitig das Insolvenzverfahren einzuleiten, sowie ferner Strafdrohungen bei Pflichtverletzungen. **145**

Im Folgenden wird eine Übersicht über mögliche Ansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsleitung gegeben, deren bedeutsamste dann weiter unten näher besprochen werden.

## 5. Übersicht über mögliche Anspruchsgrundlagen und sonstige Rechtspflichten und Verbote, die dem Gläubigerschutz dienen

Rechtsgebiet	Institut	Funktionsweise	Nähere Erläuterungen
Zivilrecht	C.I.C./Vertrag	Unmittelbare Haftung des Gesellschafters und der Geschäftsführung gegenüber den Gläubigern	Rn. 134 ff., 148
Strafrecht	Untreue, § 266 StGB Betrug, § 263 StGB Insolvenzstraftaten, §§ 283 ff. StGB	Die Strafdrohung soll Gesellschafter und Geschäftsführer (aber insbesondere letztere) zu einem ordnungsgemäßen Verhalten anhalten.	

**146**

Gesellschaftsrecht	Gesetzliches Mindestkapital (AG: 50.000 € GmbH: 25.000 €)	Mindestpuffer gegen Verluste, Seriositätsschwelle, Sicherung der Verantwortung der Gesellschafter	Rn 132 ff., 167 f.
	Eigenkapitalerhaltung (§§ 30 ff. GmbHG, § 57 ff. AktG)	Rückzahlungsverbot, Haftung der Gesellschafter	Rn 174 ff.
Handelsrecht	Rechnungslegung §§ 242, 264 HGB	ermöglicht spätere Kontrolle der Unternehmensführung	Rn. 77
	Bilanzierungsgrundsätze	sichern richtige Bewertung	Rn. 252 ff.
	Jahresabschlussprüfung §§ 316 ff. HGB	Abschlussprüfer kontrollieren richtige Bewertung	
	Veröffentlichung des Jahresabschlusses § 325 HGB	Information und Transparenz ermöglicht Gläubigern zu reagieren	
Insolvenzrecht	Insolvenzantragspflicht (§§ 15a, 17 – 19 InsO)	rechtzeitige Wegnahme der Unternehmenskontrolle	Rn. 84, 185 ff.
	Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO)	Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen	Rn. 294 ff.; 344 f., 356, 358 f.
	Durchgriffshaftung	Aufhebung der Haftungsbeschränkung	Rn. 302 ff.
	Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen (§ 39 InsO) und Anfechtung	Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital	Rn. 327 ff., 357

### IV. Die Vermögensentwicklung einer Kapitalgesellschaft.

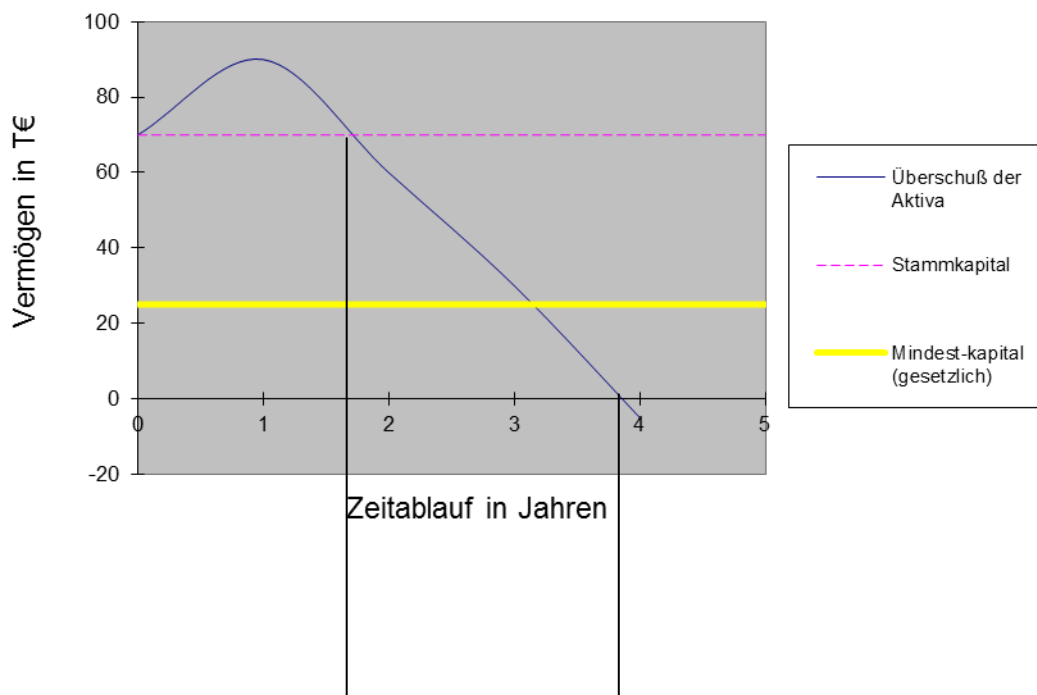
150

**Fall 10:**

Eine GmbH mit einem voll eingezahlten Stammkapital von 70.000 € nimmt ihre Geschäftstätigkeit auf. Die Gesellschaft erhält einen Bankkredit und im ersten Jahr laufen die Geschäfte gut. Am Ende des Jahres ist ein Gewinn von 20.000 € erzielt worden, den die Gesellschafter vollständig entnehmen. Im zweiten Jahr entsteht ein Verlust von 10.000 €, im dritten Jahr ein Verlust von 30.000 €. Am Ende des 4. Jahres stellt der Geschäftsführer einen weiteren Verlust von 35.000 € fest. Hat er bislang einen Rechtsverstoß begangen und besteht nunmehr eine Handlungspflicht (welche)?

### 3 Phasen des Gesellschaftsvermögens

151



PHASE 1    PHASE 2    PHASE 3  
 (Gewinn)    (Unterbilanz)    (Überschuldung)

Abb. 1 Beispiel der Vermögensentwicklung einer GmbH

## 1. Drei Phasen im "Lebenslauf" einer Kapitalgesellschaft

- 152** Wenn im Kapitalgesellschaftsrecht die Unternehmer von ihrer persönlichen Haftung für unternehmerisches Handeln freigestellt sind, dann im Gegenzug für ihr "Versprechen", bei Gründung der Gesellschaft Kapital einzubringen (Stamm- oder Grundkapital), es dort zu lassen (Kapitalerhaltung), und Insolvenzantrag zu stellen, wenn es aufgezehrt ist (Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung). Daraus folgt zwanglos die Dreiphasentheorie des Gesellschaftsvermögens: Wenn die Gesellschaft mehr Vermögen hat, als notwendig ist, um ihre Schulden und das Stammkapital zu decken, so dürfen die Gesellschafter Geld in ihr Privatvermögen überführen (1. Phase). In der Unterbilanz (2. Phase) dürfen sie zwar das Unternehmen fortführen, aber keine "Gewinne" entnehmen. Sollte die Unterbilanz so weit voranschreiten, dass das Stammkapital zur Hälfte verbraucht ist, muss die Geschäftsleitung jedoch eine Gesellschafterversammlung einberufen, um über Maßnahmen zur Abwendung einer Krise zu beraten (§ 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG). Die Überschuldung (3. Phase) schließlich bedeutet das (vorläufige) Ende der Unternehmensfortführung unter alleiniger Kontrolle der Gesellschafter, da die Geschäftsleitung nun die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen muss (§ 15a InsO).
- 153** Bei der durch das MoMiG neu eingeführten Unternehmergesellschaft, die eine besondere Form der GmbH darstellt, ist das Mindeststammkapital u.U. nur 1 €. Gleichwohl gilt auch hier im Grundsatz die 3-Phasentheorie, nur dass eben die Phase der Unterbilanz oder Überschuldung ggf. äußerst schnell erreicht werden kann. Vgl. zur Unternehmergesellschaft noch unten Rn. 169.

## 2. Die drei Phasen anhand des Beispiels aus der Grafik

### a) Erläuterung

- 154** Das Stammkapital der Beispiel-GmbH beträgt 70.000 €, also deutlich mehr als das gesetzlich geforderte Mindeststammkapital von 25.000 €. Im Folgenden werden die Bilanzen der Gesellschaft, jeweils **am Ende des Jahres** kurz wiedergegeben. Die Linie "Überschuss der Aktiva" gibt im Beispielbild die Vermögensentwicklung der Gesellschaft wieder.
- 155** Jahr 1: Überschuss der Aktiva = + 90.000 €, da zur Deckung des Stammkapitals nur 70.000 € erforderlich sind, dürfen sich die Gesellschafter 20.000 € aus der Kasse nehmen; 20.000 € ist der sog. Bilanzgewinn.
- 156** Jahr 2 bzw. 3: Überschuss der Aktiva = + 60.000 €, respektive 30.000 €, da das Stammkapital 70.000 € beträgt, dürfen sich die Gesellschafter nichts mehr aus der Kasse der Gesellschaft nehmen (§§ 30, 31 GmbHG). Sie dürfen das Unternehmen aber fortführen und versuchen, aus der Phase der Unterbilanz wieder herauszukommen. Warum heißt diese Phase Unterbilanz? Weil zwar das Aktivvermögen der Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten noch übersteigt (= Überschuss der Aktiva), je-



doch um weniger als den Betrag des Stammkapitals, der Überschuss liegt also "unter" dem Betrag des Stammkapitals.

Jahr 4: Überschuss der Aktiva = - 5.000 €, die Gesellschaft muss Insolvenzantrag stellen, weil sie überschuldet ist (kurz: sie hat mehr Verbindlichkeiten als Vermögen), der Insolvenzantrag muss im Rahmen der Grafik sogar schon vorher gestellt werden, da die Geschäftsleitung gem. § 15a InsO n.F. nicht länger als 3 Wochen warten darf, wenn der Nullpunkt einmal unterschritten ist. **157**

### b) Bilanzielle Betrachtungsweise

Um das oben dargestellte Modell verstehen zu können, müssen Sie sich an die sogenannte **bilanzielle Betrachtung** des Gesellschaftsvermögens gewöhnen. Eine bilanzielle Betrachtung meint folgendes: Das Vermögen der Gesellschaft ergibt sich, indem von der Gesamtheit ihrer sämtlichen Forderungen und dessen, was der Gesellschaft sonst gehört, ihre Schulden (Verbindlichkeiten) abgezogen werden. Das geschieht am besten im Wege einer Bilanz, bei der auf der einen Seite die Aktiva und auf der anderen Seite die Passiva dargestellt werden. **158**

Nur infolge der bilanziellen Betrachtungsweise des Vermögens kann dieses auch "negativ" wie im Jahr 4 werden. Im Bild kann es also so sein, dass die Gesellschaft am Ende des Jahres 4 durchaus noch 400.000 € auf dem Bankkonto liegen hat oder Eigentümerin von Grundstücken ist, die einen entsprechenden Wert haben. Nur hat sie eben auch Verbindlichkeiten (Schulden, z.B. bei ihrer Bank und/oder bei Lieferanten) in Höhe von 405.000 €. **159**

Beispiel einer Bilanz, in der die Gesellschaft bilanziell überschuldet ist (Jahr 4): **160**

<b>Aktiva</b>		<b>Passiva</b>	
		Stammkapital)	( 70.000 €)
Immobilien	(300.000 €)	kurzfristige	
		Verbindlichkeiten	(150.000 €)
Forderungen	(50.000 €)	Bankdarlehen	(255.000 €)
Lager	(50.000 €)		
(Bilanzverlust)	(70.000 €)		
Fehlbetrag	(5.000 €)		

**161** Beispiel einer Bilanz, die das Jahr 1 (Bilanzgewinn) widerspiegelt:

<b>Aktiva</b>		<b>Passiva</b>	
		(Stammkapital	( 70.000 €))
Immobilien	(320.000 €)	kurzfristige	
		Verbindlichkeiten	(150.000 €)
Forderungen	(95.000 €)	Bankdarlehen	( 255.000 €)
Lager	(80.000 €)		
(Bilanzgewinn	(20.000 €))		

### 3. Bedeutung und Zweck des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses

**162** Bevor die Regeln der Kapitalerhaltung im Detail dargestellt werden, ist zunächst kurz zur Funktion des Erfordernisses eines Mindestkapitals (vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG, § 7 AktG) im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht Stellung zu nehmen. Einigen Analysen, die den Vorschriften über das Mindestkapital heute weitgehende Funktionslosigkeit bescheinigen, kann nämlich nicht gefolgt werden. Dabei ist zwischen Vorschriften über die Pflicht zur Aufbringung und Erhaltung eines **Mindestkapitals** und denjenigen über die Erhaltung einer **satzungsmäßigen** Ausstattung mit Kapital zu unterscheiden.

**163** Nach der gesetzlichen Regelung unterliegt nicht nur das gesetzliche Mindestkapital der Kapitalerhaltung, sondern das gesamte (möglicherweise höhere) satzungsmäßige Kapital (§§ 57 ff. AktG, §§ 30 ff. GmbHG). "Erhalten" wird also nicht nur das Mindestkapital. Dennoch besitzt dieses aus Sicht der Gläubiger besondere Bedeutung: Die Gesellschafter können durch eine Kapitalherabsetzung die gesetzliche Kapitalerhaltung auf das Mindestkapital begrenzen, vgl. §§ 222 ff. AktG, §§ 58 ff. GmbHG. Andererseits können sie in der Satzung das Kapital nicht unter den Betrag des gesetzlichen Mindestkapitals festlegen. Daher gewährleistet vor allem die Erhaltung des gesetzlichen Mindestkapitals echten Gläubigerschutz, weil das Kapital nicht durch Gesellschafterentscheidungen auf Null reduziert werden kann.

**164** Das gesetzliche Konzept des Mindestkapitalerfordernisses und der Kapitalerhaltung wird von den meisten Studierenden (und auch von anderen) häufig nicht richtig verstanden. So herrscht z.B. die Vorstellung, Leitgedanke des Mindestkapitals sei es, dass vorneweg eine bestimmte Haftungssumme festgelegt wird und dieses Kapital der Gesellschaft als Startkapital zur Verfügung gestellt werde. In dieser Sicht ist das Mindestkapital nur eine Seriosi-

tätsschwelle, eine Eintrittskarte, um die Haftungsbeschränkung erlangen zu können. Ferner herrscht die Vorstellung, das Mindestkapital solle den Gläubigern als Haftungsfonds oder -reserve gewährleistet werden, also als Geldbetrag, auf dessen Vorhandensein die Gläubiger vertrauen können. In dieser fehlgeleiteten Vorstellung ist das Mindestkapital nichts anderes als ein "Sack Geld", der irgendwo in den Geschäftsräumen der Gesellschaft herumsteht und aus dem sich die Gläubiger befriedigen können sollen, wenn die Kapitalgesellschaft insolvent ist. Beide Vorstellungen gehen fehl.

Sähe man die Funktion des Mindestkapitalerfordernisses darin, nur ein bestimmtes Startkapital vorzugeben, dann könnte angesichts der unterschiedlichsten möglichen Gesellschaftszwecke und -umsätze (Tante Emma-Laden einerseits oder Luftverkehrsunternehmen andererseits) kein einheitlicher, fester Mindestbetrag gewählt sein. Vielmehr müsste der zu verlangende Betrag dann dem Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit und ihren Risiken angepasst werden (sog. Erfordernis ausreichender materieller Kapitalisierung). Das ist in der Tat die Sichtweise einer Strömung in der Literatur, zu der weiter unten noch im Rahmen der sog. Unterkapitalisierungshaftung Stellung genommen wird.

Auch kann man sich das Kapital nicht wie den eben angesprochenen "Sack Geld" vorstellen, der ständig in den Geschäftsräumen der Gesellschaft herumsteht und völlig unabhängig von dem sonstigen Vermögen und den Schulden der Gesellschaft ist: Das Gesetz verlangt vielmehr zwar, dass die Gesellschafter zu Beginn einen solchen "Sack Geld" mit in das Unternehmen einbringen. Dieser ist aber gegen eine Aufzehr durch Verluste aus der unternehmerischen Tätigkeit am Markt nicht geschützt und kann dementsprechend auch den Gläubigern einen solchen Schutz nicht vermitteln.

Das Gesetz verlangt (nur), dass die Gesellschafter das ursprünglich in die Gesellschaft eingezahlte Geld als Investment dort auch (dem wirtschaftlichen Werte nach) belassen und es nicht **durch Gewinnauszahlungen wieder entnehmen**. Gewinnauszahlungen sollen nur unter der Bedingung möglich sein, dass auch nach der Auszahlung noch das zu Beginn eingezahlte Kapital wirtschaftlich in Form des Überschusses der Aktiva über die Passiva noch vorhanden ist (zur bilanziellen Betrachtungsweise siehe Rn.158 ff.). **165**

Kommt es in der Folge zu Verlusten und schließlich der Insolvenz der Kapitalgesellschaft, so hat das Gesetz auf diese Weise sichergestellt, dass diese Verluste **zuerst** die Investoren tatsächlich-wirtschaftlich treffen, indem sie diesen Überschuss der Aktiva über die Passiva (ihr Investment) eben verlieren. **166**

Daher sollte das Mindestkapital nicht nur als Seriositätsschwelle verstanden werden, **167** die von den Gesellschaftern bei der Gründung überschritten werden muss. Vielmehr gibt das satzungsmäßige Kapital den Betrag an, dessen Verlust die Investoren in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft hinzunehmen haben. Und die Regelung

über das gesetzliche Mindestkapital benennt dann nur die Höhe des Geldbetrags, dessen Verlust der Gesetzgeber als ausreichend ansieht, um die Gesellschafter von einem Zugrunderichten ihrer Gesellschaft durch schlechte Unternehmensführung abzuhalten. Freilich setzt die Wirksamkeit dieser Überlegung voraus, dass die Gesellschafter tatsächlich etwas "zu verlieren haben" und das ist nur solange der Fall, wie bei einer gedachten Liquidation der Gesellschaft tatsächlich noch etwas für sie übrig bliebe.

- 168** Die Funktionalität des gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisses beruht nach diesem Verständnis auf der regelmäßig zutreffenden **psychologischen Einschätzung**, dass kein Gesellschafter "sein" Unternehmen ruiniert, solange er bei der Alternative "Liquidation der Gesellschaft" noch mit der Rückzahlung des von ihm in die Gesellschaft investierten Kapitals rechnen kann.

#### **4. Einführung der UG (haftungsbeschränkt)**

- 169** Dem Bedürfnis, Unternehmen mit geringem Kapitalbedarf eine erleichterte Gründung (mit Haftungsbeschränkung) zu ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH gegenüber vergleichbaren ausländischen Rechtsformen zu steigern, wird nun über die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) abgeholfen. Seit dem 1.11.2008 ermöglicht es § 5a GmbHG eine GmbH mit einem Stammkapital unter 25.000 € zu gründen. Der Mindestbetrag liegt bei 1 €. Dabei muss die Gesellschaft die Abweichung vom Mindestkapital iSd § 5 GmbHG nach außen durch die Firmierung als „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ bzw. „UG (haftungsbeschränkt)“ kenntlich machen, § 5a Abs. 1 GmbHG. Dies ist wahrlich eine kleine Revolution in Deutschland, wo lange Zeit das Mindestkapital als wichtiges Instrument zum Schutze der Gläubiger eingeordnet wurde. Hinter dem Entwurf steht die Idee, dass die Allgemeinheit und potentielle Gläubiger gewarnt sein werden, wenn sie es nicht mit einer "GmbH" sondern mit einer "UG (haftungsbeschränkt)" zu tun bekommen. Diese Überlegung lässt indessen die Gläubiger, von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung der UG unberücksichtigt, die sich ihren Schuldner eben nicht ausgesucht haben
- 170** Die UG kann später in eine GmbH umbenannt werden, wenn sie – durch erfolgreiches Wirtschaften - genügend Kapital angesammelt hat und ihr Kapital entsprechend erhöht hat. Zu diesem Zweck muss die UG jährlich mindestens 1/4 ihrer Gewinne ansparen, darf sie also nicht an die Gesellschafter ausschütten. Diese Rücklage darf ausschließlich zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln oder zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages oder Verlustvortrags verwendet werden (§ 5a Abs. 3 GmbHG). Sobald das Mindestkapital auf diese Weise erreicht ist, entfällt der "Sparzwang" durch die gesetzliche Rücklage, aber nur, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital (aus den vorhandenen Rücklagen) auf mindestens 25.000 € erhöht, vgl. § 5a Abs. 5 GmbHG.

**Vertiefungshinweis:** Siehe dazu auch meinen Blog-Beitrag "Besonders strenge Kapitalerhaltung in der UG (haftungsbeschränkt), zu finden unter:

<http://blog.fernuni-hagen.de/blawg/2009/05/07/>

Siehe im Übrigen zur UG (haftungsbeschränkt) bereits *Eisenhardt/Wackerbarth*, Gesellschaftsrecht I (15. Aufl.) Rn. 708 ff.

### Lösung zu Fall 10:

171

Im Fall 10 liegt ein Rechtsverstoß zunächst weder in der Gründung noch im anschließenden Geschäftsbetrieb oder dem Erwirtschaften von Verlusten:

1. Die GmbH wurde mit einem über das gesetzliche Mindestkapital (25.000 €) hinausgehenden Stammkapital gegründet.
2. Die Gewinnentnahme am Ende des ersten Geschäftsjahres ist durch §§ 29 ff. GmbHG gestattet.
3. Das Entstehen von Verlusten aus der Geschäftsführung ist nicht per se ein Rechtsverstoß

Ein Rechtsverstoß liegt jedoch spätestens am Ende des zweiten Geschäftsjahres vor, wenn der Geschäftsführer bis dahin keine Gesellschafterversammlung gem. § 49 Abs. 3 GmbHG einberufen hat.

Der Geschäftsführer muss spätestens am Ende des 4. Jahres, da die Verbindlichkeiten das Vermögen nunmehr um 5.000 € übersteigen, grundsätzlich einen Insolvenzantrag für die GmbH stellen.

## V. Das Prinzip der Kapitalerhaltung und wie es die Gläubiger schützen soll

### Fall 11

172

**(angelehnt an BGH v. 11.5.1987, WM 1987, 1040, sowie BGH v. 26.5.2000, BGHZ 144, 336):** Während einer Unterbilanz der X-GmbH im Jahr 2004 schließt die X-GmbH für die Dauer von 2 Jahren einen Beratungsvertrag mit dem Gesellschafter G, aufgrund dessen dem G jährlich 5.000 € zu bezahlen sind. G empfiehlt, weiterzumachen wie bisher, und wiederholt seine Empfehlung im nächsten Jahr. Anschließend wirtschaftet die GmbH so erfolgreich, dass die Unterbilanz Ende 2005 beseitigt wird und im Jahr 2006