



Jakob Soroko

Die materiell unterkapitalisierte GmbH in Deutschland und Polen



PETER LANG

I EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit versucht sich einem Thema zu nähern, welches in der deutschen Rechtslehre eine lange Tradition kontroverser Diskussion und Auseinandersetzung aufweist, die sich nicht zuletzt auch in den folgenden Ausführungen widerspiegeln wird. Gleichzeitig findet dieselbe Problematik in der polnischen Rechtslehre kaum Erwähnung und fristet dort insgesamt ein ausgesprochenes Schattendasein. Dies ist umso interessanter, als dass das polnische Recht der *sp.z o.o.*, also der „kleinen“ Kapitalgesellschaft als Alternative zur Aktiengesellschaft, ganz in der Tradition des deutschen GmbH-Gesetzes von 1892 steht und an zahlreichen Stellen dessen unverkennbare Züge trägt. Das wissenschaftliche Interesse an der Rechtsvergleichung innerhalb dieser in Deutschland durchaus ausführlich behandelten Materie wird dabei von zwei Hauptaspekten gerechtfertigt: Zum einen werden hier zwei Systeme einer Kapitalgesellschaft mit Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflichten für die Gesellschafter gegenübergestellt, die in Kontrast stehen zum Entwurf der anglo-amerikanischen *limited* und zudem beide die gleichen Wurzeln besitzen. Zum anderen – wie im Zuge dieser Untersuchung gezeigt werden wird – haben die historischen Umstände und eine individuelle Weiterentwicklung der jeweiligen Konzepte dazu geführt, dass die hier behandelte Problematik der materiellen Unterkapitalisierung weder mit den gleichen Argumenten diskutiert noch mit den gleichen rechtlichen Mitteln gelöst werden kann. Für beide Systeme lässt sich ein Vergleich fruchtbar machen: In Polen als Anstoß zu einer ausführlicheren und engagierten Diskussion und in Deutschland als „Blick von außen“ auf die gängigen Diskussionsbeiträge und Positionen.

A ZIEL DER ARBEIT

Die Untersuchung soll zum einen zeigen, wie unterschiedlich das Phänomen der materiellen Unterkapitalisierung im polnischen und deutschen Gesellschaftsrecht bislang diskutiert wurde und zum anderen eine Grundlage für die Diskussion schaffen, ob es aufgrund der gleichen Grundkonzeption und der Gemeinsamkeiten möglich ist, die 40-jährige Lücke in der Entwicklung der polnischen *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* mit den Erkenntnissen der deutschen Rechtswissenschaft zu füllen, beziehungsweise auf diesen aufbauend neue Lösungsansätze anzubieten. Dabei müssen vor allem diejenigen Elemente des Gläubigerschutzsystems der deutschen GmbH, welche im polnischen Recht keine Entsprechung finden, daraufhin untersucht werden, inwiefern gerade durch das Vorliegen dieser eine breitere Anerkennung der materiellen Unterkapitalisierung in Deutschland bislang ausgeblieben ist und was ihr Fehlen im polnischen Recht für die Problematik bedeutet. Es soll zudem gezeigt werden, wie sich die Bedeutung der materiellen Unterkapitalisierung zur Zeit wandelt und wie dies vom Einfluss des Europäischen Binnenmarktes sowie dem Aufkommen neuartiger, den nationalen Rechtsordnungen fremder Gesellschaftsformen abhängt.

B GANG DER UNTERSUCHUNG

Die vorliegende Analyse ist im Folgenden grob in vier Teile gegliedert (Kapitel II, III, IV und V). Im ersten Teil soll der Stand der Diskussion um die Definition der materiel-

len Unterkapitalisierung und die Möglichkeiten ihrer Erfassung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts dargestellt und bewertet werden.

Hauptaugenmerk des zweiten Teils liegt auf den Ansätzen zu einer konkreten Haftung für materielle Unterkapitalisierung in Deutschland. Dabei wird auch die neueste Rechtsprechung des BGH zum existenzvernichtenden Eingriff und den Reaktionen des Schrifttums auf diese diskutiert, da die Existenzvernichtungshaftung bereits seit ihrer Einführung die Möglichkeit zu eröffnen schien, das Phänomen der materiellen Unterkapitalisierung erstmals mit Hilfe einer Rechtsfigur zu lösen, welche vom BGH nicht nur anerkannt, sondern sogar eigens begründet wurde.

Der dritte Teil der Untersuchung befasst sich mit den Fragestellungen und Diskussionsansätzen der polnischen Rechtswissenschaft zur materiellen Unterkapitalisierung. Hierbei wird vor allem deutlich, wie wenig Beachtung der Thematik – zu Unrecht – geschenkt wurde und wo die Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den Voraussetzungen einer solchen Diskussion liegen. Ausführlichere Exkurse in das polnische Delikts- und Konzernrecht sollen zur Darstellung des Gläubigerschutzsystems in Polen dienen und die Basis für weitere Lösungen bieten. Hier wird gezeigt, dass sich trotz großer Ähnlichkeiten im Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung die im deutschen Schrifttum bekannten Lösungsansätze nur begrenzt auf das polnische Recht übertragen lassen. Tatsächlich wird sich zeigen, dass viele dem deutschen Juristen bekannte Rechtsinstitute und Begrifflichkeiten im polnischen Recht durchaus abgewandelt und missverständlich erscheinen können. Es gilt hierbei trotz der markanten Ähnlichkeiten nicht blind davon auszugehen, dass aus gemeinsamen Konzepten ebenfalls die gleichen Schlussfolgerungen gezogen werden könnten, wie in der deutschen Literatur und Rechtsprechung.

Die Schlussfolgerungen des zweiten und dritten Teils sollen im vierten Teil noch einmal synoptisch dargestellt und in Vergleich zueinander gesetzt werden. Zudem soll durch den Vergleich die Möglichkeit der Übertragung der deutschen Ansätze auf das polnische Recht untersucht werden, um eine differenzierte Lösung für die Unterkapitalisierungsproblematik in Polen zu formulieren und damit der Diskussion auf polnischer Seite neue Impulse zu geben.

1) Aufriss der Problematik

Eines der wichtigsten und gleichzeitig umstrittensten juristischen Probleme im Zusammenhang mit der Betrachtung der deutschen GmbH ist sicherlich die Frage nach der ausreichenden Kapitalausstattung.¹ Gerade diese soll im Rechtsverkehr den Schutz der Gesellschaftsgläubiger sicherstellen und nimmt daher eine zentrale Rolle im Hinblick auf die rechtlichen Pflichten von Geschäftsführern und Gesellschaftern ein.² Doch auch in Polen, wo die *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* (sp.z o.o.) als Entsprechung zur deutschen GmbH die mit Abstand am häufigsten gewählte Gesellschaftsform darstellt, stellt sich zwangsläufig die Frage nach den möglichen Rechtsfolgen für eine Unterkapitalisierung.

1 Zu dieser Einschätzung vgl. u.a. K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 1; Michalski, in: Michalski GmbHG, § 13, Rn 358: „streitigste und wichtigste Fallgruppe der Durchgriffshaftung“.

2 Vgl. K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 4 a.

Das deutsche GmbHG selbst gibt dabei in § 5 Abs.1 lediglich vor, jede Gesellschaft müsse bei Gründung ein Stammkapital von 25.000 € vorweisen.³ Dieser Betrag stellt allerdings nur ein „abstraktes Garantiekapital“⁴ dar, welches tatsächlich nicht einmal von der Gesellschaft zur eventuellen Befriedigung von Gläubigern zurückgehalten werden muss. Die unternehmerische Realität erfordert vielmehr die stetige Investition von Barvermögen, sodass bei GmbHs aller Art nicht unbedingt von Rücklagen in Form von Geldvermögen ausgegangen werden kann. Dies gilt umso mehr, als es nach § 5 Abs. 4 GmbHG auch zulässig ist, als GmbH-Gesellschafter statt einer Bareinlage auch eine Sacheinlage auf das Stammkapital zu leisten.

Sobald aber die GmbH einmal im Handelsregister eingetragen ist, kann ein dem Gesellschaftszweck entsprechendes Mindestkapital von außen weder überprüft noch gerichtlich effektiv durchgesetzt werden. Eine einheitliche gesetzliche Vorgabe für ein „laufendes Mindestkapital“ ist schon deshalb nicht möglich, da es aus betriebswirtschaftlicher Sicht keine verallgemeinerungsfähigen Kapitalvoraussetzungen für jeden möglichen Unternehmensgegenstand geben kann.⁵

Das polnische Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften sieht dem deutschen GmbHG sehr ähnliche Grundstrukturen der geschlossenen Kapitalgesellschaft vor. So ist die Gesellschaft zum Beispiel mit einem Gründungskapital (*kapitał zakładowy*) von mindestens 50.000 Złoty⁶ auszustatten. Dabei ist, anders als nach dem GmbHG, bei Eintragung der Gesellschaft ins Register allerdings bereits das gesamte Stammkapital aufzubringen. Diese und weitere Unterschiede zwischen GmbH und sp.z o.o. sollen im weiteren Verlauf der Bearbeitung dargestellt werden.⁷

2) Wirtschaftliche Implikationen materieller Unterkapitalisierung

Die Frage einer ausreichenden Kapitalausstattung von Gesellschaften hat neben der hier im Vordergrund stehenden juristischen auch eine bedeutende ökonomische Dimension. Zwar sollte sich die Bewertung der juristischen Folgen einer entsprechenden Unterkapitalisierungshaftung vor allem auch auf juristische Argumente stützen,⁸ doch wäre es wohl falsch, hier die wirtschaftliche Perspektive gänzlich auszublenden. Zu bedenken ist, dass die GmbH selbst als rechtliches Konstrukt ursprünglich ein Werkzeug der Wirtschaftspolitik darstellte und auch als solches konzipiert wurde.⁹ Gerade diese Ausrichtung auf die Förderung mittelständischer Unternehmungen machte die GmbH in der Vergangenheit als Rechtsformmodell auch im Ausland sehr beliebt. Insofern muss sich der Erfolg nun über 100 Jahre nach Einführung der GmbH auch anhand der volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile messen lassen.

3 Zur zeitweise geplanten Herabsetzung der Stammkapitalziffer siehe III-E-2).

4 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 4a.

5 K. Schmidt, JZ 1984, S. 777.

6 Dies entspricht zurzeit etwa 12.500 €.

7 Ausführlicher siehe unten bei Teil IV-A-2).

8 Z.B. Drukarczyk, Finanzierung, S. 14 ff.; Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, S. 17 f., siehe dazu unten bei II-A-2)-b).

9 Grziwotz, in Münch Hdb GesR, Bd. III, §1, Rn 3.

Die GmbH – und dies gilt sowohl für die deutsche als auch für ihre polnische Entsprechung – gehört immer noch zu den beliebtesten Rechtsformen für Unternehmen.¹⁰ Wichtiger ist allerdings, dass die GmbHs in Deutschland und Polen von allen Rechtsformen insgesamt absolut den meisten Umsatz erwirtschaften, was bedeutet, dass zu der Attraktivität für die Unternehmer ein Gewinn für die Volkswirtschaft hinzukommt.¹¹ Die aus diesen Beobachtungen gezogenen positiven Schlüsse müssen jedoch relativiert werden. Unabhängig von der hohen Anzahl der GmbHs liegt die Insolvenzquote für diese im Vergleich zu den anderen Unternehmensrechtsformen überdurchschnittlich hoch.¹² Die Rangliste der häufigsten Insolvenzgründe führt dabei unangefochten die Unterkapitalisierung an.¹³

Die Eigenkapitalquote von geschlossenen Kapitalgesellschaften ist in Deutschland und Polen – anders als im Übrigen europäischen Raum durchschnittlich sehr niedrig. Das Gros des Kapitalbedarfs wird durch Fremdfinanzierungsinstrumente wie Kredite gedeckt.¹⁴ Ein solch chronisches Eigenkapitaldefizit lässt sich unmittelbar an die Haftungsbeschränkung, welches das Privileg der GmbH/sp.z o.o.-Gesellschafter darstellt, knüpfen: Nicht die Gesellschafter tragen das (finanzielle) Risiko eines schmalen Kapitalpolsters, sondern – spätestens in der Insolvenz – die Gläubiger.¹⁵ Auch die Wahrnehmung einer niedrigen Eigenkapitalquote ist bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Vergleich zu Personengesellschaften in der Öffentlichkeit aus diesem Grund geschärft und stellt die Allgemeingültigkeit der Unterkapitalisierungsproblematik für das *gesamte* Verbandsrecht zu Gunsten der GmbH in den Hintergrund.¹⁶

Der fehlende Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter in der GmbH wird sei jeher als der „Preis“ angesehen, der vom Rechts- und Wirtschaftsverkehr für die Förderung von Innovationen und Risikounternehmungen durch die Haftungsbeschränkung zu zahlen sei.¹⁷ Im Vergleich zu Unternehmen, die als Einzelkaufmann oder als Personengesellschaft organisiert sind, ist die geschlossene Kapitalgesellschaft gerade wegen der Haftungsbeschränkung weniger kontrollintensiv¹⁸ für Gesellschafter, für die mehr das Investitionselement als das konkrete Führen der Tagesgeschäfte und der Einfluss im Unternehmen im Vordergrund steht. Dies wiederum erlaubt erst ein finanzielles Engagement, teilweise auch in mehreren Gesellschaften, ohne die Gefahr einer persönlichen Haftung auf sich nehmen zu müssen oder zu steigern.¹⁹

10 Siehe die Zahlen in *Niemeier*, ZIP 2006, S. 2237 ff.

11 Vgl. dazu die Angaben des Statistischen Bundesamtes „Umsatzsteuerpflichtige Unternehmen 2005“ <<http://www.destatis.de>> (Stand: Mai 2008).

12 Vgl. die Angaben des Statistischen Bundesamtes „Insolvenzen und Insolvenzhäufigkeiten von Unternehmen nach Rechtsformen“ <<http://www.destatis.de>> (Stand: Mai 2008); *Altmeyen*, in *Roth/Altmeyen, GmbHG*, § 64, Rn 3 bezeichnet die Insolvenzstatistik der GmbH als „geradezu katastrophal“.

13 *Meyer*, Haftungsbeschränkung, S. 1079 ff. m.w.N.

14 *Achleitner/Fingerle*, *Venture Capital*, S. 4 ff.

15 *K.Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 18 II 4 b, S. 524.

16 Zum Vereinsrecht BGHZ 54, S. 222 ff. (Siedler); zur besonderen Bedeutung der Rechtsform GmbH in diesem Zusammenhang *Hermes*, Wunsch und Wirklichkeit, S. 105 ff.

17 Vgl. *Möller*, Die materiell unterkapitalisierte GmbH, S. 15 m.w.N.

18 Siehe *Möller*, Die materiell unterkapitalisierte GmbH, 16; *Lehmann*, ZGR 1986, S. 345 (354 f.).

19 *Roth*, ZGR 1993, S. 170 (180).

Es wäre nur äußerst schwierig, den oben genannten volkswirtschaftlichen Nutzen sowie den durch die Insolvenzanfälligkeit entstehenden Schaden konkret zu beziffern und betragsmäßig gegenüberzustellen, um den „Erfolg“ der geschlossenen Kapitalgesellschaft in den hier untersuchten Rechtsordnungen bemessen zu können. Allein die absolute oder auch relative Zahl von Gründungen und Insolvenzen kann hierfür nur sehr bedingt als Anhaltspunkt fungieren, ohne weitere Umstände des komplexen ökonomischen Gefüges, in dem sich jede einzelne Gesellschaft befindet, mit heranziehen zu müssen.

Die Realität des Haftungsprivilegs stellt allerdings oft einen Kontrast zur rechtlichen Konzeption der GmbH dar. Kreditaufnahmen und viele andere Tätigkeiten des Geschäftsverkehrs sind oft abhängig von persönlichen Sicherheiten und Garantien der Gesellschafter, sodass zumindest bei Vertragsgläubigern die Beschränkung der persönlichen Haftung für die Gesellschafter zumeist nur formeller Art ist.²⁰ Somit besteht die Relevanz der Unterkapitalisierungsthematik für die *Rechtspraxis* gegenwärtig vor allem in Bezug auf Fälle, in denen regelmäßig keine persönlichen Garantien der Gesellschafter vereinbart werden und – wohl noch wichtiger – in Hinblick auf Gläubiger, denen diese Möglichkeiten von vornherein nicht offen stehen, wie Deliktsgläubiger und Arbeitnehmer.²¹ Ausgehend von den statistischen Daten zur Haftungsbeschränkung, die eindeutig ein unterschiedlich hohes Schutzniveau bei Vertrags- bzw. gesetzlichen Gläubigern belegen, ist eine Differenzierung zwischen einzelnen Gläubigergruppen entgegen anders lautender Meinungen²² durchaus sinnvoll und der hier vertretenen Ansicht nach sogar geboten.²³

20 Vgl. *Meyer/Hermes*, GmbHHR 2005, S. 807 (814 f.).

21 Zur Besicherungspraxis bei der GmbH *Meyer/Hermes*, GmbHHR 2005, S. 807 (814).

22 Siehe z.B. *Weitbrecht*, Haftung, S. 71; *Ehricke* AcP 199 (1999), S. 257, 288; *Henze*, NZG 2003, S. 649 (657 f.).

23 So auch *Escher-Weingart*, Reform, S. 118 f.; *Drüke*, Haftung, S. 50 ff.; *Bitter*, Durchgriffshaftung, S. 185 ff. (206 f., 556 f.); *ders.*, WM 2001, S. 2133 (2140 f.); mit Vorbehalten auch *Fleischer* ZGR 2001, S. 1 (19); siehe dazu unten bei III-B-2).