



Shouzheng Zhao (Autor)

Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung der GmbH im deutschen und im chinesischen Gesellschaftsrecht



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Shouzheng Zhao

**Gesellschafterhaftung wegen
Existenzvernichtung der GmbH
im deutschen und im chinesischen
Gesellschaftsrecht**

Band 57



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/6799>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

A. Einleitung

Im Jahr 1892 wurde die GmbH als eine neue Rechtsform in Deutschland geschaffen. Seitdem hat sie wegen ihrer flexiblen Gestaltung in der weltweiten Entwicklung einen Siegeszug erlebt. Fast jede moderne Wirtschafts- und Rechtsordnung stellt Rechtsformen zur Verfügung, die ihren Mitgliedern eine beschränkte Haftung gewährt. Es erfolgte ein Rechtstransfer des GmbH-Rechts in der Welt, bei welchem Portugal im Jahr 1901¹ den Anfang machte. Darauf folgten Österreich im Jahr 1906, Großbritannien 1907, Frankreich 1925, Luxemburg 1933, Belgien 1935, Japan 1938, Italien 1942, Griechenland 1955, Neuseeland 1971 und verschiedene Bundesstaaten der USA in der 1990er Jahren². China machte sich im Jahr 1994 während

¹ Thiesen, in: Börner/Duss/Hirt/Kastl/Linder/Züsli, Rechtstransfer in der Geschichte, S. 446; seit 1986 wird diese Rechtsform *Sociodelimitada* im aktuellen portugiesischen Handelsgesetzbuch (*Código das Sociedades Comerciais*) geregelt, vgl. Stiebe, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, S. 1356.

² In Österreich heißt es *Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung*; in Großbritannien wurde eine Unterscheidung zwischen der *private company* und der *publiccompany* im *Companies Act 1907* eingeführt; in Frankreich, Luxemburg und Belgien heißt es *Société à responsabilité limitée*; in Japan heißt es *フランス*, in Italien heißt es *società a responsabilità limitata*; in Griechenland heißt es *Eteriaperiorismeniseftinis*; in Neuseeland heißt es auch *limited company* wie in Großbritannien; in den USA wurde die *closecorporation* im Jahr 1981 als die Ergänzung zum *Model Business Corporation Act* eingeführt, zur Gesetzgebung in Großbritannien, Frankreich Luxemburg, Belgien, Japan, Italien, Griechenland, Neuseeland und den USA vgl. Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, S. 1263, 669, 873, 1157, 465, 995, 947, 909, 1989; Lutter, FS 100 Jahre GmbHG, S. 51; Yu, Gesellschafter mit beschränkter Haftung, 2001, Beijing, S. 139; Gesetzgebung in den USA noch in: Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 8 f., 110 f.

der Umwandlungsphase von der Plan- zur Marktwirtschaft diese Rechtsform zu Eigen,³ sie heißt in China“有限责任公司“ (*You Xian Ze Ren Gong Si*). Der Grundgedanke ist im deutschen GmbH-Recht wie im chinesischen Kapitalgesellschaftsgesetz die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter. Die GmbH haftet mit ihrem Aktivvermögen und die Gesellschafter verlieren nur notfalls ihr eingesetztes Kapital. Für die Schulden der Gesellschaft haften die Gesellschafter gem. § 13 Abs. 2 GmbHG und § 3 Chinesisches Kapitalgesellschaftsgesetz nicht. Die wirtschaftliche Entscheidungsmacht und damit die Einflussnahme auf Erfolg und Misserfolg einer Unternehmung kommen den Gesellschaftern und Organen zu.⁴ Die jeweiligen Entscheidungen seitens der Gesellschafter sind auf eine Gewinnmaximierung unter Nutzung der limitierten Haftung ausgerichtet.⁵

Interessenabwägung durch den Gesetzgeber wird durch die dogmatisch rechtliche Konstruktion des deutschen GmbHG durchgeführt. Daneben ist der Gläubigerschutz ein zentrales Bestreben des deutschen Gesellschaftsrechts.⁶ Er findet sich weltweit in allen Gesellschaftsrechtsordnungen in unterschiedlicher Ausprägung wieder.⁷ Den Gläubigern fehlt die Einwir-

³ Thiessen, in: Börner/Duss/Hirt/Kastl/Linder/Züsli, Rechtstransfer in der Geschichte, S. 446. China hat eigentlich schon frühestens im Jahr 1905 in der Qing-Dynastie die GmbH-Rechtsform transferiert, aber in der V. R. China wurde sie erstmals im Jahr 1994 gesetzlich festgelegt. Die kurze Geschichte des Rechtstrfers der GmbH-Rechtsform in China wird unten in:DI 2 dargestellt.

⁴ Haas, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Band I, E 9, 23 ff, 43 ff. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 515.

⁵ Bitter, in: Scholz GmbHG, § 13 Rn. 60; Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz, 2006, S. 42.

⁶ Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 515.

⁷ Thiessen, in: Börner/Duss/Hirt/Kastl/Linder/Züsli, Rechtstransfer in der

kungsmöglichkeit auf die Entscheidungen der Gesellschaft. Sie haben keinen Einfluss auf Sach- oder Personalfragen der GmbH, da ihnen nur eine schwache Außenstellung zukommt.⁸ Wegen dieser schwachen Risikobeherrschungsposition sind diejenigen Personen, welche der Gesellschaft Geldmittel zuführen oder denen die Gesellschaft zu einer Leistung verpflichtet ist, zu schützen.⁹ Zurzeit wird diese Risikoverlagerung auf die Gläubiger durch die Haftungs- und Vermögensstruktur der GmbH so ausgeglichen, dass erstens die Gläubiger kein unangemessen hohes Risiko des Forderungsausfalls erleiden und zweitens die Verteilung der Verlustgefahr, unter dem Gesichtspunkt der Risikobeherrschung, angemessen ist.¹⁰ Den Gläubigern darf insoweit das einer wirtschaftlichen Unternehmung immanente Risiko nicht durch Gläubigerschutzmechanismen abgenommen werden, da diese sonst die Funktion der Haftungsbeschränkung unterlaufen würden.¹¹ Das Schutzniveau der Gesellschaftsgläubiger beschränkt sich dabei auf einen Mindestschutz und besteht nicht in der Erfüllung der Gläubigerforderung in der Insolvenz.¹² Um den eigenen wirtschaftlichen Verlust zu verhindern, haben Gesellschaftsgläubiger bei einer Gefahr der Gesellschaftsinsolvenz regelmäßig ein Interesse daran, ihre Forderungen gegenüber Gesellschaftern der Gesellschaft geltend zu machen. Der Gläubiger hat jedoch im

Geschichte, S. 446, 447.

⁸ Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 515.

⁹ Pellens/Kemper/Schmidt, ZGR 2008, S. 381 ff; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 515.

¹⁰ Blaurock, FS Raiser, S. 3 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 515, 516.

¹¹ Haas, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Band I, E 9, 12 ff.; Pellens/Kemper/Schmidt, ZGR 2008, 381, 384; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 516.

¹² Hirte, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Band II/1, P 11, 13; Vetter, ZGR 2005, 788 f.

deutschen Recht keinen entsprechenden Einfluss auf die Unternehmensführung wie der Gesellschafter der GmbH.¹³ Außerdem hat der Gläubiger in der GmbH auch keinen Ersatzanspruch auf finanziellen Ausgleich gegen den Gesellschafter wie der Gläubiger der AG.¹⁴ Die Gläubigerbenachteiligung durch die gesetzliche Haftungstrennung in der Insolvenz wirkt in dieser Situation das Ausgangsproblem dieser Arbeit auf. Im deutschen GmbH-Recht ist es anerkannt, dass die Forderungen des GmbH-Gläubigers besonders im Fall der Insolvenz wegen der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft nur teilweise durchgesetzt werden können.¹⁵ Wenn man einen Blick in die Insolvenzstatistik des Statistischen Bundesamtes in Deutschland wirft, findet man das allgemeine Urteil über die hohe Insolvenzanfälligkeit der GmbH bestätigt. Daraus ergibt sich, dass die GmbH hinsichtlich der absoluten Zahlen neben Einzelunternehmen als besonders insolvenzanfällig dargestellt wird.¹⁶ Vergleichsweise haben in China 2.740 Unternehmen jeden Tag Insolvenz angemeldet, davon sind die meisten

¹³ Nach § 37 Abs. 1 GmbHG können die Gesellschafter dem Geschäftsführer Weisungen erteilen.

¹⁴ Nach § 93 Abs. 5 AktG hat der Gläubiger einen Schadenersatzanspruch gegen die Vorstandsmitglieder, wenn sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben, vgl. Gundlach/Frenzel/Strandmann, DZWIR 2007, 143, 144.

¹⁵ GmbH-Rechtsform MoMiG-Reg, BT-Drucks. 16/6140, S. 1.

¹⁶ Im Jahr 2007 meldeten 10.947 GmbHs von insgesamt 29.160 bei allen Rechtsformen Insolvenz an, auch nach dem MoMiG beliefen sich die Zahlen auf 10.929 von 29.291 im Jahr 2008 , 13.105 von 32.687 im Jahr 2009 , 12.567 von 31.998 im Jahr 2010 , 12.165 von 30.099 im Jahr 2011 und 11.940 von 28.297 im Jahr 2012, siehe Jahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2008, S. 502; Jahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2009, S. 503; Jahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2010, S. 501; Jahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2011, S. 497; Jahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2012, S. 515; ahrbuch des Statistischen Bundesamtes 2013, S. 511.

GmbHs.¹⁷ Einen Grund für solch hohe Insolvenzfälle bei der GmbH wird man sicher in der betriebswirtschaftlich oftmals unzureichenden Kapitalausstattung finden müssen. Besonders liegen viele verdeckende Maßnahmen vor, welche regelmäßig im Vorfeld der Insolvenz bereits eine krisenhafte Entwicklung hervorrufen. Diese werden jedoch nicht rechtzeitig erkannt, so dass nicht umgehend und sachgerecht reagiert wird.¹⁸ Solche Maßnahmen wurden seit den 1980er Jahren im deutschen Recht als die genannten „existenzvernichtenden Eingriffe“ von Gesellschaftern in extremen Fällen anerkannt. Die existenzvernichtenden Eingriffe liegen in einigen Verhaltensweisen, die die Insolvenz der Gesellschaft verursachen können, besonders im Abzug des Gesellschaftsvermögens, der nicht bilanzwirksam ist, und im Entzug von personellen Ressourcen und Gesellschaftsgewinnen bzw. im Verzicht auf Geschäftschancen.¹⁹ Solche Probleme können von Mindestkapital- und Kapitalerhaltungsregeln zum Gläubigerschutz auch nicht gelöst werden.²⁰ In solchen existenzvernichtenden Fällen wird das Gläubigerinteresse allgemein nicht ausreichend geschützt. Das Gläubigerschutzproblem wurde in den vergangenen Jahren mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fast jedes Jahrzehnt von verschiedenen Meinungen geprägt, die auf unterschiedlichen Grundlagen beruhen. In den 1980er Jahren war es die Konzernhaftung, 2002 die Durchgriffshaftung und 2007 die

¹⁷ In China sind die statistischen Daten der insolventen Unternehmen aber nicht amtlich veröffentlicht. Die alten Angaben befinden sich auf der Webseite: http://www.lawtime.cn/qiye/article_231593.html, letzter Zugriff am 01.02.2014.

¹⁸ Vgl. Drenckhan, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 238 ff.

¹⁹ Fastrich, in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 57; Michal/Funke, in Michalski, GmbHG, § 13 Rn. 394; Casper, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rn. 124; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 412, 428.

²⁰ Die Grundkonzeption des Gläubigerschutzes bezüglich der Vermögensverschiebung wird unten im Teil B analysiert.

Deliktshaftung.²¹ Doch gab es selbst nach der Trihotel-Entscheidung auch kein Ende der Debatte²² in der Literatur. Die Kernfrage dieser Arbeit ist, wie die Balance zwischen den beiden Wertungsprinzipien, Gesellschafterschutz und Gläubigerschutz, beim Existenzschutz in Krisenfällen der GmbH zu bewerten ist. Mit anderen Worten behandelt die folgende Untersuchung, mit welcher Begründung und welchen Rechtsfolgen die Gesellschafterhaftung in solchen Fällen zum Zwecke des Gläubigerschutzes anzuerkennen ist. Durch die Analyse der Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung werden weitere Probleme erläutert: Innenhaftung oder Außenhaftung? Unbeschränkte persönliche Haftung oder nur schadensersatzende Haftung? Soll die Gesellschaft nach der Trihotel-Entscheidung sowohl während des Insolvenzverfahrens als auch nach der Ablehnung des Insolvenzverfahrens Anspruchsinhaberin sein?

Der Lösungsansatz zur persönlichen Gesellschafterhaftung in entsprechenden Fällen ist in China ebenso umstritten. Das Problem nach der Kodifikation des § 20 Abs. 3 KGG²³ im revidierten Kapitalgesellschaftsgesetz 2005 wird durch die sog. „Negation der Rechtspersönlichkeit bei Gesellschaften“ gelöst. Doch ist der konkrete Haftungstatbestand des § 20 Abs. 3 KGG bei der Rechtsanwendung in China noch nicht klar zu erkennen. Hier stellt sich die Frage, ob die deutsche Rechtsentwicklung der Existenzvernichtungshaftung gegenüber dem chinesischen Lösungsansatz dogmatisch wünschenswerter ist. Eine rechtsvergleichende Betrachtung der Grundkonzeption des

²¹ Siehe unten im Teil C.

²² Kritik der Auffassung des BGH in der Trihotel-Entscheidung von Schwab „Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!!“, ZIP 2008, S. 341, auch Habersack, Trihotel – Das Ende der Debatte?, ZRG 2008, S. 533.

²³ Diese Rechtsnorm wird im Teil F konkret erläutert.

GmbH-Rechts zwischen Deutschland und China sowie der Gesetzeskonkurrenz zwischen § 20 Abs. 3 KGG und sonstigen Gläubigerschutzregeln ist deshalb notwendig. In dieser Arbeit wird der chinesische Lösungsansatz der „Negation der Rechtspersönlichkeit bei Gesellschaften“ im Vergleich mit dem deutschen Recht gewürdigt.

Inhaltlich gliedert sich die Arbeit hauptsächlich in vier Teile: Zunächst wird Grundkonzeption des Gläubigerschutzes bezüglich der Vermögensverschiebung im deutschen GmbH-Recht behandelt (Teil B). Der weitere Teil befasst sich mit den verschiedenen dogmatischen Analysen der Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtender Eingriffe in Deutschland (Teil C und D). Besonders wird auf den dreifachen Wandel in der BGH-Rechtsprechung eingegangen. Hier sollen die Theorien zur Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe, und zwar der „qualifizierten faktischen Konzernhaftung“, „Durchgriffshaftung“, „Deliktshaftung“, „Haftung wegen Treuepflichtverletzung“, „Sorgfaltshaftung“, und der „Insolvenzverursachenden Gesellschafterhaftung“ jeweils bewertet werden. Sodann folgt die eigene Stellungnahme. Ferner wird die vergleichbare Rechtslage zum Gläubigerschutz und der „Negation der Rechtspersönlichkeit bei Gesellschaften“ in China i.V. m. der deutschen Rechtsentwicklung zum existenzvernichtenden Eingriff untersucht, wobei die Lösungsansätze beider Länder miteinander verglichen werden (Teil E und F). Dabei sind insbesondere die dogmatische Einordnung und die Rechtsanwendung der gesetzlichen Norm zur Gesellschafterhaftung in China zu klären. Anschließend folgt eine kurze Zusammenfassung der Arbeit im letzten Teil (Teil G).

B. Grundkonzeption des Gläubigerschutzes bezüglich der Vermögensverschiebung im deutschen GmbH-Recht

Eine der Voraussetzungen der Begründung der Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung ist, dass der Gläubigerschutz durch die vorgeschriebenen Gläubigerschutzregeln im GmbHG nicht gewährleistet wird. Bevor die Rechtsentwicklung der Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung erläutert wird, soll vor allem die Grundkonzeption des Gläubigerschutzes bezüglich der Vermögensverschiebung im deutschen GmbH-Recht dargestellt werden.

I. Überblick zum Gläubigerschutz bei der Entwicklung des GmbHG

Bevor die GmbH im Jahr 1892 in Deutschland geschaffen war, hat der damalige Abgeordnete *Oechelhäuser* schon in der ersten Lesung der Aktiennovelle 1884 im Reichstag angeführt, dass eine Schaffung der „*sichersten, einfachsten und mannigfachsten Rechtsreformen für die Vereinigung von Kapital und Personen*“ nötig sei. Die neue Rechtsform könne „*vor anderen Nationen, die hierin zurückbleiben, einen wirtschaftlichen Vorsprung gewinnen*“.²⁴ Im damaligen Reichstag wurde die Frage des Gläubigerschutzes schon bei der Beratung zum GmbHG diskutiert.²⁵ Der Reichstagsabgeordnete *Hoffmann* meinte: „*Das, was[...] vom Registergericht veröffentlicht wird, ist genügend, um den Gesellschaftsgläubigern, falls sie die*

²⁴ Oechelhäuser, Verhandlungen des Reichstages, Session 1884, S. 197, 221; Schubert, FS 100 Jahre GmbHG, S. 4, 5.

²⁵ Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz, S. 55.

*Augen offen halten – und das kann freilich den Kreditgebern hier ebenso wenig wie bei jeder Gesellschaft mit unbeschränkter Haftung erspart werden –, ein Urteil über das aufgebrauchte Gesellschaftskapital zu ermöglichen.*²⁶ Der damalige Gesetzgeber hielt die Gläubigerschutzregeln des GmbHG für ausreichend. Einerseits üben die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften dieser neuen GmbH-Rechtsform eine wichtige Funktion aus; andererseits sollte der wahre Wert der Sacheinlagen bei der Gründung der GmbH vergleichsweise mit der der AG wegen der fehlenden Börsentauglichkeit nach der Prüfung festgelegt werden.²⁷ Die gesetzlichen Bestimmungen über Kapitalaufbringung und -erhaltung gewähren nach der Meinung des historischen Gesetzgebers schon umfassenden Gläubigerschutz.²⁸ Solche Gläubigerschutzregeln wurden aber in der späteren Rechtspraxis als ungenügend angesehen.²⁹ Die Rechtsform der GmbH wurde nach dem Inkrafttreten des deutschen GmbHG mit steigender Tendenz nachgefragt. Allerdings traten viele Probleme bei der Gründung auf, besonders bei der Wertigkeitskontrolle für die Sacheinlagen.³⁰ Um den Gläubigerschutz in der GmbH weiter sicherzustellen, wurden zahlreiche Reformvorschläge zum GmbHG mehrmals beim Deutschen Juristentag gemacht.³¹ Dafür wurde die GmbH-Novelle

²⁶ Hoffmann, in: Verhandlungen des Reichstages, Session 1890-1892, S. 4881-4884, vgl. Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz, S. 55.

²⁷ Hoffmann, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, VIII. Legislaturperiode, 01 Session 1890 – 1892, S. 4884 f.

²⁸ Bamberger, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, VIII. Legislaturperiode, 01 Session 1890 – 1892, S. 4881.

²⁹ Schlegelberger, Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren, 1930, S. 94.

³⁰ Marcus, DJZ 1912, 93, 94.

³¹ Schwennicke, in: Bayer (Hrsg.), Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages, S. 211 ff.; Deutler, Das neue GmbH-Recht, GmbH-Novelle 1980, S. 10.

im Jahr 1980 ganz im Zeichen des Gläubigerschutzes geschrieben. Das damalige Stammkapital wurde auf 50.000 Mark angehoben, und die Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung wurden auch erweitert.³²

Am 01.11.2008 trat das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) in Kraft, das die größte Reform seit der Schaffung der Rechtsform der GmbH 1892 ist.³³ Obgleich der Mindestbeitrag von 25.000 Euro geblieben ist, entstand die Unternehmergesellschaft ohne Forderung einer Mindesteinlage, die auch 1-Euro-GmbH genannt wird, als eine Sonderform der GmbH gem. § 5a GmbHG, um die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen vor dem Hintergrund der europäischen Richtlinie auf dem europäischen Binnenmarkt attraktiv zu halten.³⁴ Durch das MoMiG wurde noch die sog. Rechtsprechungsregel über das Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen an die Gesellschafter beseitigt, und das Eigenkapitalersatzrecht über das eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen aus §§ 32 a, 32 b GmbHG a. F. wurde vom Gesetzgeber aufgehoben.³⁵ In einer Krise der GmbH müssen sich die Geschäftsführer nach § 64 Satz 3 GmbHG für die Zahlungsunfähigkeit der GmbH herbeiführende Leistungen an Gesellschafter verantworten. Im Insolvenzverfahren können diejenigen Zahlungen an Gesellschafter, die im Vorfeld der Insolvenz ein Jahr vor der Insolvenz geleistet worden sind, gem. § 135 InsO zum Gläubigerschutz vom Insolvenzverwalter angefochten werden.

³² Deutler, Das neue GmbH-Recht, GmbH-Novelle 1980, S. 10.

³³ Ulmer, ZIP 2008, S. 45; Fleischer, GmbHR 2009, 1, 11.

³⁴ BT-Drucks. 16/6140, S. 1.

³⁵ BT-Drucks. 16/6140, S. 93.

II. Gläubigerschutz durch Vermögensbindung

1. Stammkapital als Kern des Gläubigerschutzes im GmbHG

Die Haftungsbeschränkung ist das Fundament der Kapitalgesellschaft. Das Mindestkapital nach § 5 GmbHG wird als einer der wesentlichen Bausteine des Gläubigerschutzes angesehen.³⁶ Für die beschränkte Haftung wird das Mindestkapital auch als das Korrelat erachtet.³⁷ Schon 1892 trat die Vorschrift zum Mindestkapital in § 5 GmbHG in Kraft. Bei der Schöpfung der GmbH hat der Gesetzgeber in erster Linie den Gläubigerschutz in den Blick genommen. So wird über die Verhandlungen des Reichstages zum Entwurf des GmbHG berichtet: *„Was die Behandlung des Gesellschaftsvermögens und die hinsichtlich der Aufbringung und Erhaltung desselben den Gesellschaftern aufzuerlegenden Verbindlichkeiten betrifft, so hat in diesen Beziehungen die Rücksicht auf die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger in erster Linie zu entscheiden.“*³⁸ Damals betrug der Mindestbetrag 20.000 Reichsmark, welcher im Laufe der Geschichte von 1948 bis 1980 mit 20.000 Deutsche Mark weitergeführt wurde. Mit der GmbH-Novelle vom 04.07.1980 wurde der Mindestbetrag von 20.000 auf 50.000 Deutsche Mark erhöht. Seit dem 01.01.1999 wurde der Mindestbeitrag mit der Einführung des Euro als Gemeinschaftswährung gem. dem Euro-Einführungsgesetz auf 25.000 Euro festgesetzt.

³⁶ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 5 Rn. 1; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 5 Rn. 9.

³⁷ Böckmann, Gläubigerschutz bei GmbH und closecorporation, S. 51 f; Zeidler, in: Michalski GmbHG, § 5 Rn. 19.

³⁸ Entwurf eines GmbHGs nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe, 1891, S. 38.

Die Schwäche des Stammkapitals zum Gläubigerschutz ist heutzutage anerkannt. Zum einen ist der Wert des damaligen Mindestkapitals von 20.000 Reichsmark im Jahr 1892 nach 100 Jahren Entwicklung nicht mit den heutigen 25.000 Euro gleichwertig.³⁹ 1892 enthielt das Mindeststammkapital von 20.000 Reichsmark vielleicht noch eine gewisse Sicherung für die Gesellschaftsgläubiger im Sinne der ursprünglichen Gestalt des GmbHG.⁴⁰ Bei einer Krise der GmbH bietet der Mindestbeitrag nur einen geringen Schutz gegen das Risiko eines Forderungsausfalls. In der Insolvenz dient der Mindestbeitrag auch kaum zur Stärkung verbleibender Haftungsmasse.⁴¹ Außerdem könnte das Stammkapital wegen der Anfangsverluste nach der Gründung der GmbH schnell aufgebraucht werden.⁴² Zur Vermeidung dieses Umstandes besteht jedoch weder eine gesetzliche Pflicht zur Leistung von Nachschüssen nach § 26 Abs. 1 GmbHG noch sind die Gesellschafter verpflichtet, das Stammkapital wieder aufzufüllen.⁴³ Dadurch ergibt sich, dass das Stammkapital für eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gesellschafter und Gläubiger nicht ausreicht. Einerseits wird das Mindeststammkapital in Höhe von 25.000 Euro als begrenzter Beitrag zum Gläubigerschutz seinem Primärziel bereits nicht mehr gerecht. Andererseits kann der Gläubiger gegenüber dem mit der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ver-

³⁹ 1 Mark im Jahr 1900 entspräche heute 6,00 Euro, vgl. Deutsche Währungsgeschichte in:

http://de.wikipedia.org/wiki/Deutsche_W%C3%A4hrungsgeschichte, letzter Zugriff am 04.02.2014.

⁴⁰ Altmeppen, NJW 2005, S. 1911; ders., ZIP 2008, S. 1204.

⁴¹ Krüger, Mindestkapital und Gläubigerschutz, S. 217 f.

⁴² Roth in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn. 6.

⁴³ Eidenmüller/Engert, GmbHR 2005, S. 435 f; Müller, in: Ulmer/Habersack/Winter GmbHG, § 26 Rn. 7 f.

bundenen Risiko auch nicht allein vom Stammkapital geschützt werden.⁴⁴

2. Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung

Das Stammkapital allein kann die Durchsetzung des Gläubigerinteresses nicht gewährleisten. Die Gesellschaft muss in weiterer Folge mit genügend Kapital ausgestattet werden. Das Stammkapital sichert nur das Anfangsvermögen. Vor diesem Hintergrund darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nach § 30 GmbHG nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden.⁴⁵ Zudem wird die Ausschüttungssperre noch durch den Erstattungsanspruch des § 31 GmbHG ergänzt. Das Gebot der Kapitalerhaltung gem. § 30 Abs. 1 GmbHG schützt das Stammkapital, sodass die willkürliche Verringerung durch Leistungen an Gesellschafter ausgeschlossen ist. Dies ist zunächst eine Minderung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens durch eine Auszahlung, wobei der Empfänger der Auszahlung der Gesellschafter sein und die Auszahlung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben muss. Da § 30 Abs. 1 GmbHG an sich nur Auszahlungen an Gesellschafter erfasst, kommen zunächst auch nur diese als Erstattungspflichtige im Sinne von § 31 Abs. 1 GmbHG in Betracht.⁴⁶ Die Zuwendung aus dem Vermögen zu Gunsten des Gesellschafters bzw. einer ihm nahe stehenden Person ist erforderlich.⁴⁷

⁴⁴ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3 Rn. 14; ders., § 31 Rn. 1; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 5 Rn. 4.

⁴⁵ Verse, in: Scholz GmbHG, § 30 Rn. 1 ff.

⁴⁶ Verse, in: Scholz GmbHG, § 31 Rn. 10, 11.

⁴⁷ Verse, in: Scholz GmbHG, § 31 Rn. 9-14; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 31 Rn. 8, 9.

Die Schwächen des Gläubigerschutzes bei der Regelung der Kapitalerhaltung sind auch offensichtlich. Nur der zur Deckung des Stammkapitals nach § 30 Abs. 1 GmbHG benötigte Teil des Gesellschaftsvermögens ist gesichert. Die konkrete Zusammensetzung des Vermögens wird nicht durch die Kapitalerhaltungsvorschriften geschützt.⁴⁸ Viele zur Schädigung bzw. Insolvenz führende Eingriffe von Gesellschaftern sind nicht von der Haftung aus §§ 30, 31 GmbHG erfasst. Dies gilt insbesondere für den Abzug nicht bilanziell erfasster Ressourcen,⁴⁹ welche zum Beispiel die Veräußerung von Patenten,⁵⁰ die Verlagerung von Geschäftsfeldern,⁵¹ die Entnahme betriebsnotwendiger Produktionsmittel⁵² sind. Ferner verbieten §§ 30, 31 GmbHG nur die Auszahlung des Gesellschaftsvermögens, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist. Der von den existenzvernichtenden Eingriffen verursachte Schaden ist normalerweise größer als der Wert des entzogenen Vermögens.⁵³ Die Vermögensverlagerung, die sich bilanziell erst gar nicht niederschlägt oder die über ihren bilanziellen Niederschlag hinausreichende Folgeschäden (sog. Kollateralschäden) verursacht, wird nicht von § 31 GmbHG erfasst.⁵⁴ Hier bedarf es eines über die Rückerstattungspflicht nach §§ 30, 31 GmbHG hinausgehenden Gläubigerschutzes.⁵⁵ Außerdem kann ein Rechtsanspruch aus §§ 30, 31 GmbHG nicht mehr durchgesetzt werden, wenn die GmbH wegen existenzvernichtender

⁴⁸ Fastrich, in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 6.

⁴⁹ Altmeppen, ZIP 2001, 1837, 1842; Röhrlich, FS 50 Jahre BGH, S. 92.

⁵⁰ Drygala, GmbHR 2003, S. 729 ff.

⁵¹ Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, S. 183; Vetter, ZIP 2003, S. 601.

⁵² Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 412, 421; Bruns, WM 2003, 815, 819; Haas, WM 2003, 1929, 1934; Vetter, ZIP 2003, S. 601.

⁵³ Fastrich, in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 30 Rn. 5.

⁵⁴ Altmeppen, ZIP 2001, 1837, 1842; Röhrlich, FS 50 Jahre BGH, S. 92.

⁵⁵ Bitter, WM 2001, 2133, 2136; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 412, 422.

Eingriffe in der Insolvenz masselos geworden ist.⁵⁶ In der Praxis kann die GmbH durch den Abzug von Produktionsmitteln bewusst in die masselose Insolvenz geführt werden, wobei allerdings nach § 31 GmbHG nur das abgezogene Gesellschaftsvermögen erstattet werden kann.⁵⁷ Die Rechtsfolge von §§ 30, 31 GmbHG beschränkt sich vielmehr auf die Rückerstattung des Kapitalabflusses. Alles in allem reicht das in §§ 30, 31 GmbHG geregelte Auszahlungsverbot in existenzvernichtenden Fällen für den Gläubigerschutz nicht aus.

3. Gläubigerschutz durch Liquidationsvorschriften

Nach der Konstruktion der GmbH wird die Gesellschafterhaftung gegenüber der Gläubigerforderung nach dem Trennungsprinzip des § 13 Abs. 2 GmbHG auf das investierte Vermögen beschränkt. Diese Risikoverteilung hat auf Antrag der Gesellschafter eine zwingende Liquidationspflicht des Geschäftsführers zum Zwecke des Gläubigerschutzes zur Folge, wenn die Geschäftstätigkeit der GmbH beendet werden soll. Nach § 65 GmbHG kann die Auflösung der Gesellschaft nach Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister durch das Liquidationsverfahren durchgeführt werden, damit die Vermögenswerte der GmbH zunächst der Gläubigerbefriedigung dienen können.⁵⁸

In der Rechtspraxis ist eine sog. „kalte Liquidation“ gegenüber dem geordneten Liquidationsverfahren verboten. Eine kalte Liquidation liegt vor, wenn der Gesellschafter seine Rückerstattungspflicht nicht gem. § 73 Abs. 1 GmbHG ordentlich er-

⁵⁶ Casper, in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Anh. § 77 Rn. 139.

⁵⁷ Keßler, GmbHR 2002, 945, 949.

⁵⁸ K. Schmidt, in: Scholz GmbHG, § 64 Rn. 6; Paura, in: Ulmer/Habersack/Winter GmbHG, § 65 Rn. 1.