

1 Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) / Dipl.-Kfm. Thomas
2 Hoffmann, Jena

3

4 **Zwei auf einen Streich: BGH klärt wichtige** 5 **Streitfragen zu UG-Kapitalerhöhungen**

6

7 Endlich! Knapp zweieinhalb Jahre
8 nach Einführung der
9 „Unternehmergesellschaft
10 (haftungsbeschränkt)“ und
11 inzwischen über 50.000 erfolgten
12 UG-Gründungen ergingen nach dem
13 Motto „zwei auf einen Streich“
14 innerhalb kürzester Zeit zwei
15 Entscheidungen des BGH von
16 erheblicher Tragweite für die
17 Kapitalerhöhungspraxis bei
18 Unternehmergesellschaften: Mit
19 Beschluss vom 19.4.2011 -- II ZB
20 25/10, GmbHR 2011, 699 m.
21 Komm. *Bremer* -- in diesem Heft --
22 bejahte der II. Zivilsenat des BGH
23 zum einen die Frage, ob eine UG im
24 Wege einer Sachkapitalerhöhung zur
25 Voll-GmbH aufsteigen kann. Zum
26 anderen verneinte er mit Beschluss
27 vom 11.4.2011 -- II ZB 9/10,
28 GmbHR 2011, 701 m. Komm.
29 *Bremer* -- in diesem Heft -- die
30 Zulässigkeit der Neugründung einer
31 UG durch Abspaltung. In beiden
32 Fällen stand das Sacheinlageverbot
33 des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG im
34 Mittelpunkt des höchstrichterlichen
35 Interesses.

36

37 **I. Erster Streich:** 38 **Sachkapitalerhöhung zur Voll-** 39 **GmbH**

40 Bis zur bejahenden Entscheidung
41 des BGH war außerordentlich
42 umstritten, ob eine UG mittels
43 Einbringung eines Sachgegenstands
44 unter Wegfall der Beschränkungen
45 in § 5a Abs. 1 -- 4 GmbHG in eine
46 reguläre GmbH „umgewandelt“
47 werden kann (vgl. § 5a Abs. 5
48 GmbHG). Die Bedenken der
49 ablehnenden Position richteten sich
50 namentlich auf den Wortlaut des
51 § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG, dem zum
52 Teil ein einschränkungsloses
53 Sacheinlageverbot entnommen
54 wurde. Ein derart striktes Verbot ist
55 indes vom Normzweck der
56 Vorschrift nicht gedeckt (dazu schon
57 ausführlich *Lieder/Hoffmann*
58 GmbHR 2011, 561 [565 f.]). Denn

59 § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG zielt
60 gerade darauf ab, Gründung und
61 wirtschaftliche Betätigung der UG
62 zu vereinfachen und zu
63 beschleunigen. Diese Ratio spricht
64 zwar dafür, die Vorschrift
65 grundsätzlich auch auf
66 Sachkapitalerhöhungen zu
67 erstrecken, bei welchen die
68 Stammkapitalziffer die Schwelle von
69 25.000 € nicht überschreitet (gegen
70 eine Beschränkung auf die
71 Gründung auch BGH v. 19.4.2011 –
72 II ZB 25/10, GmbHR 2011, 699 m.
73 Komm. *Bremer*, Tz. 14 -- in diesem
74 Heft). Für die Anwendung des
75 Sacheinlageverbots ist aber dann
76 kein Raum, wenn die
77 Kapitalerhöhung die UG zu einer
78 vollwertigen GmbH aufwertet. Denn
79 die Anwendung des
80 Sacheinlageverbots auf UG-
81 Upgrades bedeutete einen
82 Wertungswiderspruch zur
83 unmittelbaren Gründung einer
84 regulären GmbH ohne den
85 Zwischenschritt einer UG-
86 Gründung. Der BGH spricht in
87 diesem Zusammenhang von einer
88 „den Zielen der Neuregelung
89 widersprechenden“ Benachteiligung
90 der UG (BGH, aaO, Tz. 18) und hat
91 vollkommen recht.

92 Die großzügige Linie des BGH
93 dürfte in der Unternehmenspraxis zu
94 einer nachhaltigen Zunahme von
95 Sachkapital-Upgrades führen. Jüngst
96 haben wir in dieser Zeitschrift darauf
97 hingewiesen, dass
98 Sachkapitalerhöhungen praktisch
99 kaum vorkommen
100 (*Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2011,
101 561 [563, 566]). Die für das
102 Bundesland Baden-Württemberg
103 angestellte rechtstatsächliche
104 Detailuntersuchung ergab, dass nur 2
105 (!) der dort bis Ende Februar 2011
106 durchgeführten 167 Upgrades im
107 Wege der Sachkapitalerhöhung,
108 genauer gesagt in Form der
109 Mischeinlage, d.h. mit kombinierter
110 Bareinlage, erfolgten. Grund für
111 diesen geringen Anteil dürften nicht
112 zuletzt die mit dem Sachkapital-
113 Upgrade verbundenen
114 Unsicherheiten gewesen sein, die
115 durch die restriktive Rechtsprechung
116 der Obergerichte (OLG Hamburg v.
117 12.11.2010 – 11 W 78/10, BeckRS
118 2011, 13174 = www.gmbhr.de; vgl.
119 auch OLG München v. 23.9.2010 –

120 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210
121 m. Komm. *Klose*) noch verstärkt
122 worden ist. Freilich ist auch in
123 Zukunft nicht zu erwarten, dass die
124 Barkapitalerhöhung gegen Einlage
125 ihr Primat abgeben wird. Schließlich
126 sind Sachkapitalerhöhungen auch in
127 der UG mit der Einhaltung des in der
128 Praxis vielfach ungeliebten
129 Sacheinbringungsverfahrens nach
130 §§ 55 ff. GmbHG verbunden. Mit
131 einer Zunahme von Sachkapital-
132 Upgrades ist gleichwohl zu rechnen.

133

134 **II. Zweiter Streich: Neugründung**
135 **einer Unternehmergesellschaft**
136 **durch Abspaltung**

137 In engem Zusammenhang mit der
138 Sachkapitalerhöhungsproblematik
139 steht die Frage, ob sich eine UG als
140 Zielrechtsträger an einer
141 Umwandlung beteiligen kann.
142 Letzteres hat der BGH in
143 Übereinstimmung mit der
144 überwiegenden Auffassung im
145 Schrifttum nun für die Neugründung
146 durch Abspaltung verneint.
147 Zutreffend nimmt der II. Zivilsenat
148 des BGH (BGH v. 11.4.2011 – II ZB
149 9/10, GmbHR 2011, 701 m. Komm.
150 *Bremer*, Tz. 16 -- in diesem Heft)
151 zur Begründung dieses Ergebnisses
152 am Regelungszweck des § 5a Abs. 2
153 S. 2 GmbHG maß. Die Vorschrift
154 verlangt nach einer Vereinfachung
155 und Beschleunigung des
156 Gründungsvorgangs, und zwar
157 unabhängig davon, ob es sich nun
158 um eine originäre Neugründung
159 handelt oder eine Neugründung
160 durch Abspaltung. Zudem findet bei
161 der Abspaltung gem. § 135 Abs. 2
162 S. 1 UmwG das Gründungsrecht des
163 Zielrechtsträgers Anwendung und
164 damit auch das Sacheinlageverbot
165 des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG.
166 Überzeugende systematische
167 Anhaltspunkte für eine Verdrängung
168 des für die UG geltenden
169 Sachgründungsverbots bei
170 Umwandlungen sind nach
171 zutreffender Auffassung des BGH
172 (aaO, Tz. 14) ebenfalls nicht
173 auszumachen.

174 Der BGH hat seine Entscheidung –
175 wie sich dem amtlichen Leitsatz
176 unschwer entnehmen lässt – auf die
177 Neugründung einer UG durch
178 Abspaltung beschränkt. Allerdings
179 sprechen die tragenden Argumente

180 mit Recht dafür, sämtliche Formen
181 der Neugründung von UG durch
182 Umwandlungsvorgänge im Hinblick
183 auf das Sacheinlageverbot des § 5a
184 Abs. 2 S. 2 GmbHG als unzulässig
185 zu betrachten. Das gilt nicht nur für
186 die beiden übrigen Spaltungsformen
187 Aufspaltung und Ausgliederung zur
188 Neugründung, bei welchen § 135
189 Abs. 2 S. 1 UmwG gleichermaßen
190 zur Anwendung gelangt, sondern
191 auch für die Verschmelzung zur
192 Neugründung und den Formwechsel
193 in die UG, für welche § 36 Abs. 2
194 S. 1, §§ 56 ff. UmwG bzw. § 197
195 UmwG jeweils die Geltung des
196 Gründungsrechts der UG anordnen.
197 Umgekehrt bleibt § 5a Abs. 2 S. 2
198 GmbHG unberührt, soweit
199 Unternehmergesellschaften als
200 übertragende Rechtsträger an
201 Umwandlungsvorgängen,
202 namentlich an einer Verschmelzung,
203 beteiligt sind. Neben diesen heute
204 weitgehend geklärten
205 Konstellationen existieren noch
206 einige Streit- und Zweifelsfragen (s.
207 etwa *Werner*, GmbHR 2011, 459
208 [463 f.]), die auch weiterhin einer
209 höchstrichterlichen Entscheidung
210 harren. Das gilt namentlich für die
211 Frage, inwiefern
212 Unternehmergesellschaften bei
213 Verschmelzung und Spaltung als
214 aufnehmende Rechtsträger in
215 Betracht kommen.

216

217 **III. Dritter Streich (?):**
218 **Anwendung des**
219 **Volleinzahlungsgebots bei**
220 **Upgrades**

221 Mit den beiden Beschlüssen hat der
222 BGH für zwei Sonderfälle Klarheit
223 geschaffen. Eine weitere, in
224 praktischer Hinsicht noch weitaus
225 bedeutsamere Frage ist aber noch
226 immer ungeklärt, und zwar, ob das
227 Volleinzahlungsgebot des § 5a
228 Abs. 2 S. 1 GmbHG auch dann zur
229 Anwendung gelangt, wenn mittels
230 Barkapitalerhöhung aus der UG eine
231 vollwertige GmbH werden soll. Die
232 Frage wird ebenso streitig diskutiert
233 wie das inzwischen vom BGH
234 „gelöste“ Parallelproblem der
235 Zulässigkeit von Sachkapital-
236 Upgrades. Das Schrifttum ist
237 gespalten. Das OLG München hat
238 die uneingeschränkte
239 Anwendbarkeit des

240 Volleinzahlungsgebots mit
241 Beschluss vom 23.9.2010 -- 31 Wx
242 149/10, GmbHR 2010, 1210 m.
243 Anm. *Klose* bejaht und damit die
244 registergerichtliche Praxis derart
245 beeinflusst, dass sich Registerrichter
246 in vielen Teilen Deutschlands
247 weigerten, teileingezahlte
248 Barkapitalerhöhungen in
249 Unternehmergeellschaften zu
250 akzeptieren (vgl. die
251 rechtstatsächliche Untersuchung von
252 *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2011,
253 561 [563 ff.]). Gleiches tat auch ein
254 Registerrichter am AmtsG
255 Recklinghausen, der mit
256 Zwischenverfügung vom 6.1.2011
257 die Eintragung einer
258 Kapitalerhöhung von der
259 Volleinzahlung des erhöhten
260 Stammkapitals abhängig machte.

261 Dem trat nun das OLG Hamm mit
262 Beschluss vom 5.5.2011 -- 27 W
263 24/11, GmbHR 2011, 655 entgegen
264 und lehnte die Anwendung des § 5a
265 Abs. 2 S. 1 GmbHG bei Erhöhung
266 des Stammkapitals einer UG auf
267 einen Gesamtbetrag von 25.000 €
268 oder mehr ab. In Übereinstimmung mit
269 Stellungnahmen aus der Literatur (s.
270 exemplarisch *Lieder/Hoffmann*
271 GmbHR 2011, 651 [653 ff.])
272 vermochte das OLG Hamm
273 insbesondere keinen
274 nachvollziehbaren Grund dafür zu
275 erkennen, weshalb an die
276 Kapitalerhöhung in
277 Unternehmergeellschaften, welche
278 die UG zu einer vollwertigen GmbH
279 werden lassen, strengere
280 Anforderungen zu stellen sind als an
281 den Kapitalschutz bei der originären
282 Gründung einer Voll-GmbH.
283 Zutreffend plädiert das Gericht
284 daher für eine entsprechende
285 Anwendung des § 7 Abs. 2 GmbHG,
286 so dass auf Barkapitalerhöhungen in
287 der UG auf einen Gesamtbetrag von
288 25.000 € oder mehr wenigstens 25 %
289 des Erhöhungsbetrags und auf den
290 Gesamtbetrag wenigstens die Hälfte
291 der Mindeststammkapitalziffer (also
292 wenigstens 12.500 €) einzuzahlen
293 sind.

294 Damit ist freilich das letzte Wort in
295 Sachen Volleinzahlungsgebot bei
296 der UG nicht gesprochen. Eine
297 höchstrichterliche Stellungnahme
298 zum Thema steht noch aus. Indes
299 weist die vorliegende Rechtsfrage
300 beachtliche Parallelen zur

301 Zulässigkeit von Sachkapital-
302 Upgrades auf. Es käme daher
303 überraschend, würde der BGH nicht
304 dem OLG Hamm folgen, sondern
305 sich die (nicht überzeugende)
306 Position des OLG München zu
307 Eigen machen.
308