

Stellungnahme

[Mdt]

30.11.2015

I. Vorbemerkung

Die zur Mdt-Gruppe gehörige Mdt İç ve Dış Ticaret Limited Şirketi ist unterkapitalisiert. Für diese Stellungnahme wird davon ausgegangen, dass das Kapital auf unter ein Drittel geschmolzen ist. Es ist beabsichtigt, der Gesellschaft Kapital zuzuführen. Es wird nicht von einer Insolvenzlage ausgegangen, allerdings soll die Vermeidung einer solchen Situation im Auge behalten werden.

Aus den Mails ergibt sich, dass der Beitrag des Unterzeichners aus dem GmbH-Handbuch von Süß/Wachter mit zur Beurteilung herangezogen wurde und eine Nichtübereinstimmung mit der Gesetzeslage festgestellt wurde. Die scheinbare Diskrepanz wird sich mit nachfolgenden Ausführungen auflösen.

II. Rechtsgrundlage

Anlass für die Prüfung ist, dass möglicherweise die in Art. 324 HGB dargestellte Situation erreicht ist. Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Bestimmung des alten HGB handelt. An die Stelle dieser Bestimmung ist Art. 376 HGB n.F. getreten. Nachfolgend diese Bestimmung in ihrem Wortlaut, nebst dem dazugehörigen Umfeld:

„3. Verlust des Kapitals, Zahlungsunfähigkeit

a) Ladung und Bekanntgabepflicht

Art. 376 – (1) Stellt sich aufgrund der letzten Jahresbilanz heraus, dass die Summe des Kapitals und der gesetzlichen Rücklagen infolge von Verlusten auf weniger als die Hälfte des Stammkapitals geschmolzen sind, hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und der Hauptversammlung Vorschläge für geeignete Sanierungsmaßnahmen zu unterbreiten.

(2) Stellt sich aufgrund der letzten Jahresbilanz heraus, dass die Summe des Kapitals und der gesetzlichen Rücklagen in Folge von Verlusten um mehr als zwei Drittel des Stammkapitals abgeschmolzen sind und beschließt die unverzüglich geladene Hauptversammlung nicht, dass das Kapital ausreiche oder aufzufüllen sei, endet die Gesellschaft von selbst.

(3) (aktuelle Fassung v. 26.6.2012) Gibt es Anzeichen für die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, ist durch den Vorstand eine Zwischenbilanz zu erstellen, welche die Aktiva im Sinne des Grundsatzes der Kontinuität des Betriebes und der voraussichtlichen Verkaufspreise ausweist. Stellt sich heraus, dass die Aktiva dieser Bilanz die Verbindlichkeiten nicht ausgleichen, hat der Vorstand dies der Kammer für Handelssachen am Sitz der Gesellschaft zu melden und Insolvenz zu beantragen. Dies ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn vor Erlass des Insolvenzbeschlusses Gläubiger der Gesellschaft mit Forderungen in einer Höhe, die die Verluste der Gesellschaft abdecken und die Zahlungsunfähigkeit beseitigen, durch schriftliche Erklärung mit ihren Forderungen hinter alle anderen Forderungen zurücktreten und diese Erklärung oder Vereinbarung durch Sachverständigengutachten, welches durch das für den Antrag des Vorstandes zuständige Gericht eingeholt wird, als geeignet, realistisch und wirksam bestätigt wird. Wird die Bestätigung nicht erteilt, gilt der Antrag an das Gericht, Sachverständigengutachten einzuholen, als Insolvenzantrag.

b) Aussetzung der Insolvenz

Art. 377 – Der Vorstand oder ein Gläubiger kann die Aussetzung der Insolvenz beantragen, wenn er dem Gericht einen Sanierungsplan vorlegt, in welchem einschließlich neuer Bareinlagen objektive und tatsächliche Mittel und Maßnahmen aufgezeigt werden. In diesem Falle sind die Art. 179 bis 179b des Gesetzes über Zwangsvollstreckung und Konkurs anzuwenden.“

Diese Bestimmungen finden sich im Aktienrecht des HGB, sind jedoch aufgrund der Verweisung in Art. 633 HGB analog auch auf die GmbH anzuwenden. Art. 633 behält ausdrücklich die Bestimmungen über die Nachschusspflichten vor. Ein Unterschied gegenüber der früheren Rechtslage besteht hier insoweit, als die gesetzlich geregelte Nachschusspflicht ein Novum im neuen HGB ist.

Die vorstehenden Bestimmungen sehen ein abgestuftes Verfahren vor, das zahlreiche erhebliche praktische Probleme aufwirft, die in der Praxis gerne pragmatisch in einer Weise gelöst werden, die als „Umgehung“ von Insolvenzantragspflichten und Steuerpflichten gewertet werden können.

Die erste Stufe, die in Richtung „Konkurs“ deutet, ist das Abschmelzen der Kapitaldecke incl. Rücklagen auf weniger als die Hälfte des Stammkapitals. An dieser Stelle entsteht allerdings noch keine Insolvenzantragspflicht, vorausgesetzt, die Hauptversammlung trifft geeignete Sanierungsmaßnahmen. Im Zentrum steht dabei der Gläubigerschutz, d.h. die erforderliche Liquidität, um nicht in die Zahlungsunfähigkeit zu geraten.

Die zweite Stufe wird erreicht, wenn das Kapital und die Rücklagen zusammen nur noch weniger als ein Drittel ausmachen. Hier ist die Hauptversammlung verpflichtet, für die Auffüllung des Kapitals Sorge zu tragen. Ziel muss dabei sein, auch über die Schwelle von Art. 376 I HGB hinauszukommen. Das Gesetz bietet hier noch die Möglichkeit, einen Beschluss zu

fassen, dass die geringere Kapitaldecke ausreiche. Allerdings ist dies nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Kapitalherabsetzung vorliegen. Das dürfte in einer solchen Situation regelmäßig nicht der Fall sein, so dass sich die Frage stellt, welchen Sinn diese Vorschrift hat.

Leicht misszuverstehen ist die Rechtsfolge der „Auflösung der Gesellschaft von selbst“. Diese Bestimmung muss vor dem Hintergrund der Funktion des Handelsregisters interpretiert werden, dass ohne Antrag (falls das Gesetz einen solchen ausreichen lässt wie z.B. bei der Gründung einer Gesellschaft oder der Einleitung einer förmlichen Liquidation) oder ohne Gerichtsbeschluss dem Handelsregisterbeamten die Hände gebunden sind. Die Literatur verlangt daher konsequenterweise den Antrag eines Gesellschafters oder Gläubigers auf Feststellung der Auflösung der Gesellschaft. Andernfalls lebt die Gesellschaft fort. Dieser Zustand ist im HGB nicht geregelt, die türkische höchstrichterliche Rechtsprechung enthält zu dieser Frage kaum für uns hier einschlägige Urteile. Vielmehr findet sich in den Urteilen, die zu Art. 324 HGB a.F. ergangen sind (zu Art. 376 HGB sind derzeit noch keine hilfreichen Urteile zu finden), praktisch immer der direkte Übergang von der Nichterfüllung der Voraussetzungen dieses Artikels zur Konkursantragspflicht.

In der Praxis werden im mittelständischen Bereich meist folgende Lösungen verfolgt, wie sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung herauslesen lässt.

- (1) Liquidationsbeschluss
- (2) Kapitalerhöhung
- (3) Antrag auf Aussetzung der Insolvenz

Die Möglichkeiten des Art. 376 HGB werden also oft nicht ausgeschöpft. Dagegen entfalten größere Unternehmen mehr Phantasie und suchen möglichst wenig belastende andere Lösungen, wenn sie die Nähe zur Insolvenz vermeiden wollen.

III. Alternativen zur Kapitalerhöhung

Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzungen werden gerne vermieden, weil sie bürokratischen Aufwand, mehr Kosten und u.U. auch ungünstige steuerliche Folgen nach sich ziehen. Was die steuerlichen Folgen angeht, geht es bei den Alternativen weniger um die Steuerersparnis, sondern eher um liquiditätsfreundliche Lösungen.

In der türkischen Praxis wird hier von „Vorschüssen auf das Kapital“ (sermaye avansı), „Kapitalauffüllungsfonds“ (sermaye tamamlanma fonu) oder „Kompensationsfonds“ (zarar telafi fonu) gesprochen. Beliebte sind diese Methoden der Kapitalerhaltung vor allem bei Unternehmen mit ausländischem Kapital.

Die Methode ist, Barmittel zur Verfügung zu stellen, die für eine spätere Kapitalerhöhung bestimmt sind. Diese werden in der Bilanz als „Eigenmittel“ verbucht. Wird dann die Kapitalerhöhung beschlossen, werden diese Beträge auf das Kapitalkonto umgebucht. Oft überlebt diese Buchungssituation Jahre, bis es dann schließlich zur Kapitalerhöhung kommt. Eine eigene gesetzliche Grundlage haben diese Verfahren nicht.

Eindeutige gesetzliche Regelungen gibt es für diese Methoden nicht. Allerdings sind sie auch nicht ausgeschlossen. Allein schon Art. 603 HGB, der die Nachschusspflichten regelt (Voraussetzung: entsprechende Regelung in der Satzung), zeigt, dass das Gesetz sich flexibel zeigt. Auch die Bestimmungen über die Quoren in Art. 421 II HGB (Einstimmigkeit bei Auffüllungsverpflichtung) und Art. 457 II HGB (Mitteilung des Vorstandes über Kapitalmaßnahmen) zeigen, dass das Gesetz von Alternativen zur reinen Kapitalerhöhung ausgeht.

Sie sind allerdings nicht einfach durchzuführen und in steuerlicher Hinsicht problematisch (dazu unten).

Überlegt haben wir noch, ob aus dem System der Rücklagen etwas herauszuholen ist. Hier stoßen wir aber an Grenzen, die im durch das Gesetz definierten Charakter der Rücklagen (Reserven) begründet sind. Letztlich hätte ein Beschluss über die freiwillige Erhöhung der Reserven satzungsändernden Charakter. Eine echte Alternative zur Kapitalerhöhung oder zur Begründung einer Nachschusspflicht stellt er nicht dar.

IV. Steuerliche Betrachtung

Die steuerliche Betrachtung führt zu einem Schreiben der Finanzverwaltung, das auf die verbreiteten Praktiken der Kapitalisierung an der Kapitalerhöhung vorbei reagiert und vor allem Unternehmen mit ausländischem Kapital betrifft. Die zuständige Generaldirektion erwartet hier die Besteuerung als Einnahmenezufluss mit der Körperschaftsteuer. Hinzu kommt dann noch die Mehrwertsteuer, so dass die Belastung insgesamt 38% beträgt. Hier greift das Doppelbesteuerungsabkommen unserer Auffassung nach nicht. Die Mehrwertsteuer ist für den Kapitalgeber nicht erstattungsfähig.

An dieser Stelle empfehlen wir allerdings, nochmals mit der zuständigen Generaldirektion (Gelir İdaresi) Kontakt aufzunehmen, um eine Abklärung herbeizuführen. Das Argument gegen diese Praxis ist einfach, dass nicht sein kann, dass das HGB im Sinne des Gläubigerschutzes offenkundig neben der Kapitalerhöhung alternative Kapitalisierungsstrategien erlaubt, die Steuerverwaltung hier dann aber eine vom Gesellschaftsrecht abweichende Wertung vornimmt, zumal ja auch auf Geberseite keinerlei steuerliche Kompensationsmöglichkeiten entstehen – falls nicht wiederum die deutsche Steuerverwaltung auf diese Situation reagiert.

Die steuerlichen Folgen können allerdings eventuell vermieden werden, wenn nach der Zahlung in den Kompensationsfonds alsbald eine Kapitalerhöhung vorgenommen wird.

V. Haftungsfragen

Bei Anwendung des Art. 376 HGB sind verschiedene Haftungsfragen zu beachten. Gemäß Art. 553 I HGB haften „Vorstand, Gründungsgesellschafter und Liquidatoren“ sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Gläubigern, wenn sie es versäumen, gesetzliche Anordnungen umzusetzen. Art. 376 HGB reflektiert hier einige solcher Haftungsgefahren. So haftet die Geschäftsführung dafür, dass sie

- (1) bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere Zahlungsunfähigkeit) unverzüglich Konkursantrag stellt oder eine Vereinbarung mit einer ausreichenden Anzahl von Gläubigern zur Begutachtung vorlegt;
- (2) „unverzüglich“ eine Hauptversammlung einberuft und dieser Vorschläge zur Bereinigung der Situation vorlegt.

Aber auch die Gründungsgesellschafter haften, soweit sie gehalten sind, konkrete Maßnahmen zu ergreifen, um die Situation zu bereinigen. Da Verschulden vorausgesetzt wird, ist die praktische Relevanz für die Gründungsgesellschafter begrenzt, kann sich aber gerade unter den Bedingungen des Art. 376 HGB durchaus realisieren, zumal dann, wenn wir es mit einer Ein-Personen-Gesellschaft zu tun haben, wo die Gesellschafterin die Geschäftsführung direkt beherrscht. Im Hinblick auf das Verschulden ist dann noch Art. 369 HGB relevant, der die mit der Führung einer Gesellschaft betrauten Personen zum Verhalten eines ordentlichen Kaufmanns und ausdrücklich zur Beobachtung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet.

Diese Feststellung ist im Hinblick auf den Begriff der „letzten Jahresbilanz“ bedeutsam. Ausschlaggebend für die „unverzügliche“ Einberufung der Hauptversammlung ist nicht die ohnehin durch eine ordentliche Hauptversammlung zu verabschiedende Jahresbilanz, sondern die Kenntnis vom Entwurf. Denn der Vorstand ist es, der nicht nur die Jahresbilanz der Hauptversammlung zur Abstimmung vorlegt, sondern für deren Erstellung verantwortlich ist. Es würde im Hinblick auf den Schutzzweck des Art. 376 HGB keinerlei Sinn machen, wenn man dem Vorstand drei Monate nach Kenntnis der Inhalte der Bilanz Zeit ließe, der innerhalb der genannten Frist – laufend ab Ende des Geschäftsjahres – ohnehin einzuberufenden ordentlichen Hauptversammlung seine Vorstellungen von einer Sanierung zu unterbreiten.

Im vorliegenden Fall ist im Grunde genommen der Zeitpunkt für eine außerordentliche Hauptversammlung längst verpasst, so dass also schnell gehandelt werden muss.

Unerheblich für diese Feststellung ist, wie ein eventuell gegebener Sanktionsmechanismus hier greift. Sicherlich lässt sich die Situation „beherrschen“, wenn Wirtschaftsprüfer, Vorstand und Gesellschafter zusammenwirken und an einem

Strang ziehen. Fehlt es an solcher Übereinstimmung, ist die Situation für keinen der Beteiligten mehr eindeutig berechenbar.

VI. Zusammenfassung

Wir haben im Augenblick eine Situation, die unter Art. 376 II HGB fällt. Von Gesetzes wegen muss unverzüglich eine Hauptversammlung einberufen und müssen dort Sanierungsvorschläge gemacht werden. Der Zeitpunkt ist eigentlich schon vorbei, weil es für seine Bestimmung nicht auf die Absegnung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung ankommt, sondern auf die Kenntnis des Vorstandes (der Geschäftsführung) von deren Inhalt. Der Zustand kann geheilt werden, wenn – wieder unverzüglich! – Maßnahmen zur Kapitalerhaltung getroffen werden.

Die Maßnahmen können nur in einer Kapitalerhöhung (steuerneutral) oder in der Zahlung in einen Kompensationsfonds bestehen. Letztere Maßnahme ist mit einer hohen steuerlichen Belastung verbunden (kann eventuell im Gespräch mit der zuständigen Behörde reduziert oder ausgeschaltet werden).

Es genügt nicht, das Kapital „für ausreichend“ zu erklären. Dazu müssen die Voraussetzungen für eine Kapitalherabsetzung vorliegen.

Die Gesellschaft gilt, wenn die Maßnahmen nicht getroffen werden, zwar als aufgelöst, allerdings hat dies zunächst keine unmittelbare Auswirkung auf den Fortbestand, da eine rechtliche Beendigung einen entsprechenden Feststellungsantrag bei Gericht voraussetzt. Allerdings kann der Haftungsmantel entfallen.

Eine weitere Alternative wäre das Darlehen. Hier ist die steuerliche Belastung jedenfalls geringer als bei der Zahlung in den Kompensationsfonds. Aber auch hier bleibt das Erfordernis der Kapitalerhöhung bestehen.

T./R.