

Forschungsassistentin Mag. Janine OELKERS, Wirtschaftsuniversität Wien

Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil II)*)

Das auf dem Mindestkapital aufbauende Gläubigerschutzkonzept wird verstärkt als ineffektiv und verzichtbar angesehen. Damit stellt sich nicht nur die Frage nach seiner tatsächlichen Leistungskraft, sondern auch jene nach Alternativen, vor allem für die GmbH, die der Insolvenzgefahr stärker als die AG ausgesetzt ist. Ein Rechtsvergleich öffnet den Blick für neue Gläubigerschutzmechanismen, die besser als das Mindestkapital geeignet sind, eine angemessene Eigenkapitalausstattung sicherzustellen.

2.3. Pflicht zur Kapitalaufstockung (Fortsetzung)

2.3.1. Frankreich

Frankreich sieht mit Art L 223-42 Code de Commerce eine rigide Kapitalbindung für die SARL vor: Wurde das buchmäßige Eigenkapital der Gesellschaft auf weniger als die Hälfte des Stammkapitals reduziert und nicht bis zum Ende des zweiten darauffolgenden Geschäftsjahrs wieder auf einen über der Hälfteschwelle liegenden Betrag aufgestockt, ist die Auflösung der Gesellschaft (*dissolution*) zu beschließen oder eine entsprechende Kapitalherabsetzung durchzuführen.¹⁾ Die Generalversammlung (*assemblée*) muss innerhalb von vier Monaten mit dieser Entscheidung befasst werden, andernfalls kann jeder Beteiligte die Auflösung der Gesellschaft gerichtlich beantragen. Zudem unterliegt das zuständige Verwaltungsorgan einer Strafdrohung gemäß Art L 224-29 Code de Commerce, die auch zivilrechtlich abgesichert ist.

2.3.2. Spanien

Das spanische GmbH-Gesetz fordert ähnliche Maßnahmen: Art 104.1 lit e Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada bestimmt, dass die Gesellschaft aufzulösen ist, wenn das Buchvermögen auf einen Betrag herabsinkt, welcher weniger als der Hälfte des Stammkapitals entspricht. Die Gesellschaft hat allerdings die Möglichkeit, das Kapital herabzusetzen; freilich nicht unter das gesetzliche Mindestkapital.²⁾ Das Verwaltungsorgan³⁾ hat binnen einer Frist von zwei Monaten die Generalversammlung (*junta general*) einzuberufen, damit diese mit satzungsändernder Mehrheit die Auflösung oder die Beseitigung des Auflösungsgrundes beschließt. Verletzen die Verwalter ihre Einberufungspflicht, so haften sie solidarisch für die gesamten Gesellschaftsverbindlichkeiten, somit für Alt- sowie Neuschulden. Zudem kann jeder Betroffene die gerichtliche Auflösung der Gesellschaft beantragen.

2.3.3. Italien

In Italien ist zu differenzieren, ob sich das Stammkapital infolge von Verlusten (i) um mehr als ein Drittel ver-

ringert hat, ohne jedoch das gesetzliche Mindestkapital von EUR 10.000 zu unterschreiten (Art. 2482^{bis} cc) oder ob es sich hingegen (ii) um mehr als ein Drittel verringert hat und dadurch unter das gesetzliche Mindestkapital fällt (Art 2482^{ter} cc).⁴⁾

Je nachdem, ob die Voraussetzungen des Art. 2482^{bis} cc oder des Art 2482^{ter} cc erfüllt sind, ist das weitere Verfahren unterschiedlich ausgestaltet:

(i) Wenn die Verluste ein Drittel des Stammkapitals übersteigen, aber das Stammkapital nicht unter den gesetzlichen Mindestbetrag fallen lassen, müssen die Verwaltungsratsmitglieder (*amministratori*) unverzüglich eine Gesellschafterversammlung (*assemblea*) einberufen, um geeignete Maßnahmen zu beschließen.⁵⁾ Der Gesellschafterversammlung ist ein Bericht der Verwaltungsratsmitglieder über die Vermögenslage der Gesellschaft und eine Stel-

*) Der erste Teil der Abhandlung ist in GesRZ 2004, 360 abgedruckt.

¹⁾ Art L 224-42 Code de Commerce idF Loi n° 2003-721 du 1 août 2003. Vgl *Guyon*, Droit des affaires¹² (2003) Tz 468; *Le Cannu*, Droit des sociétés² (2003) Tz 896 ff.

²⁾ Art 104 LSRL idF Ley 7/2003 de 1 de abril 2003. S zudem *José Romon Salelles* in *Arroyo/Embid*, Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (2001) 1028 ff.

³⁾ Die Sociedad de responsabilidad limitada (SRL) ist körperchaftlich organisiert, sie verfügt über einen oder mehrere Verwalter (*administrador*) bzw einen Verwaltungsrat (*consejo de administración*) als Leitungsorgan; vgl *Grechenig*, Die Übertragung von Geschäftsanteilen einer spanischen GmbH, in *Kalss* (Hrsg), Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in 14 europäischen Rechtsordnungen (2003), 107-125.

⁴⁾ *Magelli/Masotto*, Reform des italienischen Gesellschaftsrechts: Kapitalmaßnahmen in italienischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RIW 8/2003, 575.

⁵⁾ Art 2482^{bis} Abs 1 cc. In diesem Zusammenhang sieht Art 2631 cc vor, dass diejenigen Verwaltungsratsmitglieder, die es verabsäumen, eine Gesellschafterversammlung in den gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Fällen und Fristen einzuberufen, mit einer Verwaltungsstrafe von EUR 1.032 bis EUR 6.197 bestraft werden. Bei Einberufung aufgrund von Verlusten erhöht sich die Verwaltungsstrafe um ein Drittel (Art 2631 cc letzter Satz). In den Fällen, in denen weder das Gesetz noch die Satzung eine Frist für die Einberufung vorsehen, gilt diese nach Ablauf von 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Einberufungsgrund als versäumt. Vgl *Magelli/Masotto*, RIW 8/2003, 579 f.

lungnahme des *collegio sindacale*⁶⁾ beziehungsweise – sofern bestellt – des Wirtschaftsprüfers vorzulegen.⁷⁾

Bezüglich der Interpretation des Begriffes „*capitale diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite*“,⁸⁾ somit hinsichtlich der Bewertung der eingetretenen Verluste, ist die italienische Lehre uneinheitlich: So wird traditionell vertreten,⁹⁾ dass ein Verlust erst nach Auflösung sämtlicher Rücklagen auszuweisen ist. Eine neuere Auffassung hingegen versteht den Begriff „Verluste von einem Drittel“ unabhängig vom Vorhandensein etwaiger Rücklagen; diese sollen bei der Berechnung außer Betracht bleiben.¹⁰⁾

Auch hinsichtlich der Bedeutung des Begriffes „*relazione sulla situazione patrimoniale*“ (Bericht über die Vermögenslage der Gesellschaft) bestehen zwei gegensätzliche Interpretationen: Während die Lehre einen umfassenden Bericht fordert, der sich aus Bilanz (*stato patrimoniale*) und Gewinn- und Verlustrechnung (*conto economico*) zusammensetzt,¹¹⁾ genügt der Rechtsprechung eine verkürzte Darstellung der finanziellen Situation der Gesellschaft.¹²⁾

Sinnvoll wäre eine individuelle Beurteilung: Lassen sich die Verluste der Gesellschaft auf verschiedene Geschäftsfelder zurückführen, so wird eine Abschätzung der Lage nur anhand der vollen Buchführung möglich sein. Bei kleineren Gesellschaften hingegen mag in vielen Fällen eine verkürzte Präsentation den besseren Überblick geben.

Insgesamt ist angesichts der zahlreichen noch offenen Fragen davon auszugehen, dass die Kapitalbindung in der Praxis wenig Effektivität entfaltet.

Sowohl *conto economico* als auch *stato patrimoniale* folgen den Kriterien der ordnungsgemäßen Buchführung; ihnen zugrunde zu legen sind *Going-concern*-Werte. Etwaige stille Reserven können ausschließlich in der Erläuterung des Verwaltungsrats berücksichtigt werden. Dieser hat der Gesellschafterversammlung zudem eine ausführliche Einschätzung der Verlustursachen sowie der Schwere der Krise zu geben.

Als geeignete Gegenmaßnahme anerkennt das Gesetz mehrere Möglichkeiten:

1. Verlustvortrag: Nach Art 2482^{bis} Abs 4 cc kann die Gesellschafterversammlung beschließen, die Entscheidung über eine etwaige Kapitalherabsetzung auf das Ende des folgenden Geschäftsjahres zu vertagen. Wenn sich aber bis zu diesem Zeitpunkt der Verlust nicht auf weniger als ein Drittel verringert hat, so muss die über den Jahresabschluss beschließende Gesellschafterversammlung das Stammkapital im Ausmaß der Verluste herabsetzen. Sollte die Gesellschafterversammlung keinen entsprechenden Beschluss fassen, ist die Kapitalherabsetzung von den Verwaltungsratsmitgliedern oder vom *collegio sindacale* beim Landesgericht zu beantragen. Dieses nimmt die Kapitalherabsetzung mittels Verfügung vor, welche im Firmenbuch einzutragen ist.
2. Kapitalherabsetzung: Die Gesellschafterversammlung beziehungsweise der Verwaltungsrat kann auch zugleich eine Kapitalherabsetzung in Höhe der Verluste

beschließen.

3. Kapitalmaßnahmen ohne Auswirkungen auf das Stammkapital: Maßnahmen zur Verlustabdeckung, die sich nicht auf das Stammkapital, sondern nur auf das Gesellschaftsvermögen auswirken, werden als rechtmäßig anerkannt. In der Praxis wird sowohl eine freiwillig von den Gesellschaftern geleistete Eigenkapitalzahlung als auch der Verzicht auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft zur Verlustabdeckung verwendet. In diesen Fällen nimmt die Gesellschafterversammlung nur noch zur Kenntnis, dass diese Maßnahmen vorgenommen wurden und unterlässt die Veranlassung weiterer Schritte.¹³⁾

(ii) Sinkt das Stammkapital durch den Verlust von mehr als einem Drittel unter den gesetzlichen Mindestbetrag, so müssen die Verwaltungsratsmitglieder unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einberufen. Diese hat die Wahl,

1. entweder einen Beschluss über eine nominelle Kapitalherabsetzung unter gleichzeitiger effektiver Erhöhung auf einen über dem Mindeststammkapital liegenden Betrag zu fassen oder
2. die Umwandlung der Gesellschaft zu beschließen. Als Rechtsform kommt etwa eine OHG (*società in nome collettivo*) in Frage. Da es sich hierbei um eine Perso-

⁶⁾ Das *collegio sindacale* (Revisorenrat) ist ein Kontrollorgan. Seine Bestellung ist gemäß Art 2477 cc obligatorisch, sofern die Srl ein Stammkapital von EUR 120.000 aufweist oder zwei der folgenden Grenzen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden: (i) Gesamtbetrag der Aktivseite der Bilanz EUR 3.125.000; (ii) Umsatzerlöse: EUR 6.250.000; (iii) Anzahl der durchschnittlichen Arbeitnehmer: 50. Die Bestellung eines Wirtschaftsprüfers hingegen steht im Ermessen der Gesellschaft.

⁷⁾ Um den Gesellschaftern die Einsichtnahme in den Bericht zu ermöglichen, muss dieser – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht – zumindest acht Tage vor der Versammlung am Gesellschaftssitz hinterlegt werden (Art. 2482^{bis} Abs 2 cc). Werden noch nach seiner Erstellung relevante Tatsachen bekannt, sind auch diese Diskussionsgegenstand in der Versammlung (Art 2482^{bis} Abs 3 cc).

⁸⁾ Der Ausdruck wird sowohl für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 2482^{bis} cc) als auch für die Aktiengesellschaft verwendet (Art 2446 cc).

⁹⁾ *Lo Cascio/Musco/Platanía/Quatraro/Saggio/Viotti*, Società per azioni (2003), 543 f; *Racugno*, Le modificazioni del capitale sociale nella nuova Srl, *Rivista delle società*, 04/2003, 836.

¹⁰⁾ Vereinzelt findet sich zudem die Ansicht, die Rücklagen seien in das sonstige Gesellschaftsvermögen einzubeziehen und Verluste in Höhe eines Drittels der Gesamtsumme vorzusetzen. S *Di Vilio*, Il significato dell'espressione „capitale diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite“, *Interpretazione giuridica ed economica degli artt 2446-2447 cc*; verfügbar unter http://www.tidona.com/pubblicazioni/gennaio02_4.htm.

¹¹⁾ Die Lehre argumentiert, dass sich nur mit Hilfe beider Aufstellungen die finanzielle Situation der Gesellschaft verlässlich widerspiegeln und ein Verlust zurückverfolgen lasse. Unterstützt wird diese Ansicht durch das *principio contabile* n. 30, welches bei Erstellung einer Zwischenbilanz zur Anwendung kommt: Der Gesellschafterversammlung sind drei Dokumente vorzulegen: Bericht der Verwaltungsrats, Bericht der Prüferkollegiums sowie Vermögensaufstellung der Gesellschaft bestehend aus Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung.

¹²⁾ Cass v 4.3.1994, n 4326 in *Corriere giuridico* 1994, 1510.

¹³⁾ S *Salafia*, *Remissione dei debiti sociali e perdita dei capitale*, *Le Società* 1999, 32.

nengesellschaft handelt, ist ein Mindestkapital nicht vorgesehen.¹⁴⁾

3. Wird keine der beiden Maßnahmen ergriffen, erfüllt die Verminderung des Stammkapitals einen Auflösungs-tatbestand.¹⁵⁾

Die Geschäftsleiter sind verpflichtet, die Auflösung (*scioglimento*) der Gesellschaft im Firmenbuch (*registro delle imprese*) eintragen zu lassen.¹⁶⁾ Der Eintragung kommt konstitutive Wirkung zu;¹⁷⁾ sie definiert den Übergang der Gesellschaft vom Stadium der Werbenden in jenes der Abwicklung.¹⁸⁾

Zudem sind die Verwaltungsratsmitglieder nur mehr be-fugt, die Gesellschaft mit dem Ziel weiterzuführen, das Gesellschaftsvermögen zu erhalten.¹⁹⁾ Richten sie ihre Tätigkeit stattdessen weiterhin auf Gewinnerzielung, dh Risiko aus, haften die *amministratori* persönlich und soli-darisch gegenüber Gesellschaftern, Gläubigern und sons-tigen Dritten.²⁰⁾

Auch die skandinavischen Staaten kennen die vorgela-gerte Schwelle der Unterbilanz und ziehen bei einem Ver-mögensverlust die Notbremse:

2.3.4. Schweden²¹⁾

Das schwedische Kapitalgesellschaftsrecht kennt nur eine einzige Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung: Die Aktiengesellschaft (*aktiebolag*), die sich seit 1995 in eine private²²⁾ (*privat aktiebolag*) und eine öffentliche²³⁾ (*publikt aktiebolag*) Form untergliedert.²⁴⁾

Die für die Kapitalbindung maßgeblichen Bestimmungen sind §§ 12 bis 19 des 13. Kapitels Aktiebolagslag (ABL).²⁵⁾ § 12 ABL normiert eine Handlungspflicht des Verwaltungs-rates (*styrelsen*), sobald dieser Grund zur Annahme hat, dass die Eigenmittel der Gesellschaft auf weniger als die Hälfte des eingetragenen Grundkapitals gesunken sind.²⁶⁾ In diesem Fall hat der Verwaltungsrat unverzüglich²⁷⁾ eine so genannte Kontrollbilanz (*kontrollbalansräkning*) zu erstellen²⁸⁾ und diese durch die Revisoren prüfen zu las-sen.²⁹⁾

Die Kontrollbilanz ist unter Annahme der Unternehmens-fortführung („*Going concern*“)³⁰⁾ und grundsätzlich ge-mäß den Bestimmungen des Gesetzes über den Jahresab-schluss (*Årsredovisningslagen*, ÅRL) zu erstellen.³¹⁾ Je-doch erlaubt § 13 Abs 1 des 13. Kapitels ABL gewisse Abweichungen. Gilt generell das Prinzip der Bilanzkonti-nuität,³²⁾ so wird dieser Grundsatz bei der Kontrollbilanz-erstellung durchbrochen: Führt ein anderer als der beim

¹⁴⁾ Nach herrschender Meinung ist es in diesem Fall nicht zuläs-sig, die Verluste durch ein Verfahren abzudecken, das von den bei-den beschriebenen Verhaltensweisen abweicht. Das Landesgericht Rom hat zwei Beschlüsse einer außerordentlichen Gesellschafterver-sammlung für nicht rechtmäßig erklärt, durch die Verluste lediglich durch Einzahlungen der Gesellschafter oder den Verzicht auf Forde-rungen gegenüber der Gesellschaft abgedeckt werden sollten, ohne dass gleichzeitig auch auf das Stammkapital eingewirkt worden war: Beschlüsse vom Tribunale Rom v 14.7.1998. Allerdings muss die Verlustlage bis zur Beschlussfassung der Gesellschafter fortbestehen. Würde also frühzeitig und in ausreichendem Maße auf Forde-

rungen verzichtet oder Kapital von den Gesellschaftern nachge-schossen, so liegen die Voraussetzungen des Art 2482^{ter} cc nicht vor. S *Magelli/Masotto*, RIW 8/2003, 575.

¹⁵⁾ Art 2484 Abs 1 Nr 4 cc. Der Auflösungsgrund liegt bereits in der Kapitalminderung an sich, einem entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung kommt kein satzungsändernder Charak-ter zu, s *Magrini*, Italienisches Gesellschaftsrecht (2004) 176 ff.

¹⁶⁾ Derselben Verpflichtung unterliegen sie, sofern die Auflösung der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung ausdrücklich be-schlossen wurde. Aus den Materialien zum Abschnitt „*Del lavoro*“ des Codice Civile von 1942 geht hervor, dass der Auflösungsgrund der Unterdeckung der ursprünglichen Auflistung des Codice di Com-mercio von 1882 hinzugefügt wurde, um dem ebenfalls neu einge-fügten Mindestkapitalerfordernis Wirkung zu verleihen, s *Relazione del Ministro Guardasigilli*, cit § 10, n 188.

¹⁷⁾ Die konstitutive Wirkung der die Auflösung feststellenden Er-klärung und der Eintragung wirkt sich auf die Angabepflichten nach Art 2550 Abs 3 cc aus: In Folge der Auflösung ist der Abwicklungs-stand „*in liquidazione*“ ausdrücklich in den Unterlagen und Ge-schäftsbriefen der Gesellschaft zu führen – der Zusatz wird Bestand-teil des Gesellschaftsnamens (Art 2487^{bis} Abs 2 cc).

¹⁸⁾ Vor der Reform 2004 war der Zeitpunkt des Übergangs der Ge-sellschaft in die Phase der Abwicklung strittig. Während Teile des Schrifttums den Beginn des Auflösungsstadiums bereits auf die Ver-wirklichung des Kapitalverlusts festsetzten, betrachtete die hM das Ablehnen eines alternativen Vorgehens (dh der Kapitalberichtigung bzw Umwandlung) seitens der Gesellschafterversammlung als den Moment des Übergangs in die Abwicklung. Vgl *Dimundo in Abate/Dimundo/Lambertini/Panzani/Patti*, Gruppi/Trasformazione/Fusione e Scissione/Scioglimento e Liquidazione/Società Estere, Art 2486 cc, 70 f; *Niccolini*, Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni, in *Colombo/Portale*, Trattato delle società per azioni (1997) 308; *Bonelli*, Gli amministratori di società per azioni (1985), 193 f; *Caijafa*, Società. Scioglimento e liquidazione (1987) 107 f; *Porzio*, L'estinzione della società per azioni (1959) 70.

¹⁹⁾ Art 2486 Abs 1 cc.

²⁰⁾ Art 2486 Abs 2 cc.

²¹⁾ Der folgende Absatz über die Kapitalbindung in Skandinavien entstand in Zusammenarbeit mit Mag *Katharina Zechner*, ebenfalls Forschungsassistentin im Rahmen des START-Projekts, für nähere Informationen vgl www.start-law.at.

²²⁾ Die Privat-AG hat ein Mindestgrundkapital von SEK 100.000 (ca EUR 11.000); vgl 1 Kapitel § 3 Abs 2 ABL. S *Dejmek*, Die Über-tragung der Gesellschaftsanteile an der schwedischen privaten aktie-bolag, in *Kalss* (Hrsg), Die Übertragung von GmbH-Geschäftsantei-len in 14 Rechtsordnungen Europas (2003) 190 ff.

²³⁾ Nur auf die Publikums-AG findet die Zweite Gesellschafts-rechtliche Richtlinie des Rates vom 13.12.1976 (77/91/EWG) Anwen-dung. Die Publikums-AG muss ein Mindestgrundkapital in Höhe von SEK 500.000, dies entspricht ca EUR 55.000, aufbringen; vgl 1 Ka-pitel § 3 Abs 2 ABL.

²⁴⁾ Sofern nichts Abweichendes normiert ist, gelten die Gesetzes-bestimmungen für beide Gesellschaftsformen; vgl 1 Kapitel § 2 ABL.

²⁵⁾ Nach dem voraussichtlich im Jahr 2006 in Kraft tretenden re-formierten Aktiengesetz, §§ 9 bis 16 des 22. Kapitels. Abrufbar unter <http://www.regeringen.se/content/1/c4/06/10/3a7bc515.pdf>

²⁶⁾ Die Beurteilung einer Situation als pflichtauslösend ist objek-tiviert. Eine Handlungspflicht muss als vorliegend betrachtet werden, wenn dem Verwaltungsrat hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft das Risiko eines Kapitalmangels hätte bewusst sein müssen; vgl *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) 148.

²⁷⁾ Welche Zeitspanne der Begriff „unverzüglich“ umfasst, ist im Einzelfall zu beurteilen, jedoch maximal wenige Monate; vgl *Anders-son*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) sowie Prop 2000/01:150 s 91.

²⁸⁾ Für eine beispielhafte Darstellung einer Kontrollbilanz s *Hei-nestamm*, Fusioner & Fissioner⁵ (2004) 99.

²⁹⁾ Dieselbe Maßnahme ist zu ergreifen, wenn sich bei einer Exe-kution herausstellt, dass es an pfändbarem Vermögen mangelt.

³⁰⁾ Vgl nur *Svensson/Danelius*, Aktiebolagslagen-Kommentar och lagtexter¹⁵ (2002) 279 ff. Der Vorschlag zum reformierten Aktienge-setz verankert diesen Grundsatz nun gesetzlich, s 22. Kapitel § 10 Absatz 1 Vorschlag zum Aktiengesetz.

³¹⁾ 13. Kapitel § 13 Absatz 1 ABL.

³²⁾ 2. Kapitel § 4 Abs 1 ÅRL.

Jahresabschluss maßgebliche Bewertungsgrundsatz zu einem höheren Eigenkapital, darf dieser angewandt werden.³³⁾ § 13 Abs 1 des 13. Kapitels ABL normiert die Möglichkeit, Aktiva höher – nämlich zu ihrem tatsächlichen Wert (*nettoförsäljningsvärdet*) – sowie Passiva niedriger zu bewerten,³⁴⁾ sofern die dabei angewandten Maßstäbe mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (*god revisionssed*) vereinbar sind.

Auch immaterielle Wirtschaftsgüter nehmen in der Kontrollbilanz eine Sonderstellung ein: Während sie im Jahresabschluss nicht aktivierbar sind, dürfen sie im Rahmen dieser zum gemeinen Wert ausgewiesen werden.³⁵⁾

Wird von den in § 13 Abs 1 des 13. Kapitels ABL normierten Abweichungen Gebrauch gemacht, so ist dies gesondert darzulegen.

Bestätigt die Bilanz den Verdacht über den Verlust des halben Grundkapitals, hat der Verwaltungsrat schnellstmöglich³⁶⁾ eine Hauptversammlung (*bolagsstämma*) – die so genannte erste Kontrollhauptversammlung (*första kontrollstämma*) – einzuberufen und dieser die Frage vorzulegen, ob die Gesellschaft zu liquidieren ist.³⁷⁾ Beschließt die erste Kontrollhauptversammlung, dass die Gesellschaft noch nicht in das Stadium der Liquidation treten soll, so ist nach Ablauf von acht Monaten, die gewissermaßen einen Aufschub zur Sanierung der Gesellschaft bzw zur Aufstockung des Kapitals darstellen, erneut eine Hauptversammlung, die zweite Kontrollhauptversammlung, abzuhalten (*andra kontrollstämma*).³⁸⁾

Die schwedische Lehre³⁹⁾ beschreibt drei Methoden der Sanierung:

1. Durch eine Kapitalherabsetzung; das Mindeststammkapital von SEK 100.000 bildet die Untergrenze (*oäkta sanering*).
2. Durch eine Neuemission zu Über-pari-Werten, wobei das Agio zur Verlustdeckung verwendet wird (*äkta sanering*).
3. Durch den Zuschuss frischen Eigenkapitals durch Aktionäre oder Dritte an die Gesellschaft bzw durch die Gewährung eines Darlehens – der Darlehensvertrag hat die Klausel zu enthalten, dass es erst dann zurückzahlen ist, wenn die Gesellschaft wieder über ausreichendes Eigenkapital verfügt (*aktieägartillskott*).⁴⁰⁾

Während der zweiten Kontrollhauptversammlung ist auf Grundlage einer zweiten Kontrollbilanz (*ny kontrollbalans*) erneut über die Liquidation zu beschließen. Ergibt auch diese Bilanz, dass das Grundkapital weiterhin unterschritten wird und beschließt die zweite Kontrollhauptversammlung dennoch nicht die freiwillige Liquidation, wird die Gesellschaft zwangsliquidiert.⁴¹⁾

Erstellt der Verwaltungsrat die Kontrollbilanz nicht, lässt er diese nicht prüfen oder ruft er die Hauptversammlung nicht ein bzw beantragt er nicht nach acht Monaten gegebenenfalls die gerichtliche Zwangsliquidation, so haften die Verwaltungsratsmitglieder persönlich und solidarisch für die Verbindlichkeiten, die seit Unterlassung der gebo-

tenen Handlung entstanden sind. Dasselbe gilt für Personen, die in Kenntnis der Säumnis des Verwaltungsrats im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, etwa der geschäftsführende Direktor.⁴²⁾

Diejenigen Aktionäre, die während der zweiten Kontrollhauptversammlung in Kenntnis der Liquidationspflicht gegen diese gestimmt haben, haften solidarisch mit den oben genannten Personen.⁴³⁾

Die persönliche Haftung der Verwaltungsratsmitglieder, der im Namen der Gesellschaft Handelnden sowie die Ak-

³³⁾ S *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) 146.

³⁴⁾ Vereinzelt ist die Möglichkeit vorgesehen, Passiva gar nicht auszuweisen: So ist eine Verbindlichkeit, die durch die Aufnahme eines staatlichen Kredits entstand und deren Rückzahlungspflicht von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft abhängt, nicht in die Kontrollbilanz aufzunehmen, sofern die Schuld im Konkurs- oder Liquidationsfall erst nach Begleichung der anderen Verbindlichkeiten zurückzahlen ist; 13. Kapitel § 13 Abs 3 ABL.

³⁵⁾ Prop 2000/01:150, 39 f.

³⁶⁾ Dieser Ausdruck impliziert, dass die Einberufung unverzüglich zu veranlassen ist, jedoch steht dem Verwaltungsrat nach hA die volle Einberufungsfrist, welche Gesetz oder Satzung vorsehen, zu (dies sind maximal sechs Wochen, vgl. 9. Kapitel § 13 ABL); *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) 150.

³⁷⁾ 13. Kapitel § 14 ABL.

³⁸⁾ 13. Kapitel § 15 ABL.

³⁹⁾ Vgl *Svensson/Danelius*, Aktiebolagslagen-Kommentar och lagtexter¹⁵ (2002) 279 ff; *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) 151; *Rodhe*, Aktiebolagsrätt²⁰ (2002) 79 f; *Johansson*; Nials svensk associationsrätt i huvuddrag⁸ (2001) 329; *Hemström*, Bolagens rättsliga ställning⁵ (2002) 149.

⁴⁰⁾ Zugleich steht es der Gesellschaft frei, keine dieser Maßnahmen zu ergreifen – in der Hoffnung, dass sich die Geschäftslage automatisch bessert (*wait and pray*).

⁴¹⁾ In diesen Fällen hat der Verwaltungsrat die gerichtliche Liquidation binnen zwei Wochen zu beantragen. Antragsberechtigt sind zudem das einzelne Verwaltungsratsmitglied, der geschäftsführende Direktor, ein Prüfer sowie der einzelne Aktionär – nicht jedoch ein Gläubiger. Die Gesellschaft ist auch dann zu liquidieren, wenn eine zweite Kontrollhauptversammlung nicht innerhalb von acht Monaten abgehalten wird sowie wenn die zweite Kontrollbilanz keiner Prüfung durch die Revisoren unterzogen wird. Das Gericht hat die Liquidation jedoch zu versagen, wenn die Hauptversammlung in der Zwischenzeit, dh nach dem Antrag auf Zwangsliquidation, eine Kontrollbilanz feststellt, aus welcher hervorgeht, dass das Eigenkapital dem Grundkapital zumindest entspricht; 13. Kapitel § 16 ABL.

⁴²⁾ 13. Kapitel § 17 Abs 3 ABL normiert eine Beweislastumkehr. Das Verwaltungsratsmitglied sowie der im Namen der Gesellschaft Handelnde kann sich von der Haftung befreien, indem er vorbringt, dass er dem Beschluss des Kollegiums, keine Kontrollbilanz zu errichten, nicht zugestimmt hat und seinen Vorbehalt im Verwaltungsratsprotokoll dokumentieren ließ.

⁴³⁾ Die Haftung wegen Nichterrichtung der ersten Kontrollbilanz bzw ihrer unterlassenen Prüfung greift jedoch nur dann, wenn das Eigenkapital in dem Zeitpunkt, zu dem die Verpflichtung, die erste Kontrollbilanz zu errichten, vorlag, tatsächlich weniger als die Hälfte des registrierten Grundkapitals betrug, vgl NJA 1988:620. Es kommt ferner zu keiner Haftung, wenn das Eigenkapital nach diesem Zeitpunkt aber vor dem spätestmöglichen Errichtungszeitpunkt doch noch die kritische Grenze überschreitet. Es genügt somit für eine Haftung nicht, dass bloß Grund zur Annahme mangelnden Kapitals besteht. Wen in dem oben beschriebenen Fall die Beweislast trifft, ist nicht gesetzlich normiert, der Gesetzgeber überlässt diese Frage der Judikatur. In der Rechtsprechung wurde bisher angenommen, dass den Gläubiger die Last trifft, zu beweisen, dass tatsächlich ein Kapitalmangel vorlag; vgl *Andersson*, Kapitalskyddet i aktiebolag⁴ (2002) 155 sowie *Svensson/Danelius*, Aktiebolagslagen-Kommentar och lagtexter¹⁵ (2002) 289. Zudem greift die Haftung nicht für jene Verbindlichkeiten, die nach Beantragung der Liquidation entstehen.

tionäre soll zum gebotenen Handeln motivieren, der Haftung kommt somit „verhaltenssteuernde Funktion“⁴⁴⁾ zu.

2.3.5. Finnland

Wie Schweden besitzt Finnland nur eine Kapitalgesellschaftsform – die Aktiengesellschaft (*osakeyhtiö*, OY). Seit September 1997 wird diese in zwei Formen unterteilt, in die private (*yksityinen osakeyhtiö*)⁴⁵⁾ sowie in die öffentliche AG (*julkinen osakeyhtiö*).⁴⁶⁾ Die im finnischen Aktiengesetz⁴⁷⁾ maßgeblichen Bestimmungen sind die §§ 2 sowie 2a des 13. Kapitels OYL. Wird dem Verwaltungsrat (*hallitus*) im Rahmen der Errichtung des Jahresabschlusses ersichtlich, dass das Eigenkapital weniger als die Hälfte des registrierten Grundkapitals beträgt,⁴⁸⁾ hat er ohne Verzug eine Zwischenbilanz zu erstellen.⁴⁹⁾ Maßgeblich zur Bestimmung des Eigenkapitals sind grundsätzlich die Buchwerte. Ließe sich jedoch bei einer Veräußerung ein höherer Erlös erzielen, ist diese Differenz als zusätzlicher Posten dem Eigenkapital hinzuzuzählen.⁵⁰⁾ Bestätigt die Bilanz den Verdacht des Kapitalverlusts, hat der Verwaltungsrat eine Prüfung durch die Revisoren zu veranlassen und die Hauptversammlung (*yhtiökokous*) einzuberufen, die über die Gesellschaftsliquidation beschließt.⁵¹⁾

Die Gesellschaft ist aufzulösen, wenn das Eigenkapital nicht innerhalb eines Jahres nach Abhaltung der Hauptversammlung auf die Hälfte des Grundkapitals aufgestockt wird. Fasst die Hauptversammlung dennoch keinen Liquidationsbeschluss, so ist die Auflösung vom Verwaltungsrat gerichtlich zu beantragen⁵²⁾ und kann nur mehr durch ein ebenfalls gerichtlich zu bestätigendes⁵³⁾ Sanierungsverfahren⁵⁴⁾ abgewendet werden.⁵⁵⁾

2.3.6. Norwegen

Seit 1997 bestehen in Norwegen zwei Kapitalgesellschaftsformen, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*aksjeselskap*)⁵⁶⁾ und die Aktiengesellschaft (*allmennaksjeselskap*).⁵⁷⁾ Sowohl das Aktien- als auch das GmbH-Gesetz legen fest, dass das Eigenkapital der Gesellschaft zu jeder Zeit – in Hinblick auf die unternehmerische Wagnis und die Größe des Geschäftsbetriebes – angemessen sein muss.⁵⁸⁾ Wenn angenommen werden kann, dass dieses Kriterium nicht erfüllt wird, hat der Verwaltungsrat (*styret*) die Hauptversammlung (*generalforsamling*) einzuberufen, ihr über die wirtschaftliche Stellung der Gesellschaft zu berichten und Maßnahmen vorzuschlagen, um das Eigenkapital wieder auf eine angemessene (*forsvarlig*) Höhe zu bringen.⁵⁹⁾ Dasselbe gilt, wenn angenommen werden kann, dass das Eigenkapital weniger als die Hälfte des Grundkapitals beträgt, wobei in diesem Fall die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft⁶⁰⁾ innerhalb von sechs Monaten⁶¹⁾ einzuberufen ist. Ist der Verwaltungsrat der Ansicht, dass Maßnahmen zur Eigenkapitalaufstockung nicht zielführend sein werden, hat er die Liquidation vorzuschlagen.⁶²⁾ Ein abweichendes Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder kann eine Haftung

⁴⁴⁾ Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*⁴ (2002) 147 f.

⁴⁵⁾ Das Grundkapital einer Privat-OY muss mindestens EUR 8.000 betragen; vgl. 1. Kapitel § 1 3. Abs OYL; vgl. *Miettinen*, Anteilsübertragung und Geschlossenheit der finnischen privaten Aktiengesellschaft, in *Kalss* (Hrsg), Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (2003) 205 f.

⁴⁶⁾ Nur auf die Publikums-OY findet die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates vom 13.12.1976 (77/91/EWG) Anwendung. Das Grundkapital einer Publikums-OY muss mindestens EUR 80.000 betragen; vgl. 1. Kapitel § 1, 3. Absatz OYL.

⁴⁷⁾ Soweit das Gesetz nicht Abweichendes normiert, gelten die Bestimmungen des finnischen Aktiengesetzes (*Osakeyhtiölaki/OYL*) für beide Aktiengesellschaftsformen. Das Aktiengesetz wird derzeit einer Reform unterzogen. Die zuständige Arbeitsgruppe legte am 6.5.2003 ihren Schlussbericht samt eines Vorschlages für ein neues Aktiengesetz vor; vgl. *Airaksinen*, Förslag till en ny aktiebolagslag i Finland, *Nordisk Tidskrift för Selskabsret* 1/2004, 62 ff, sowie FN 55.

⁴⁸⁾ Den Verwaltungsrat trifft die Verpflichtung, die Entwicklung des Eigenkapitals ständig zu verfolgen. Hat er aufgrund dieser Pflicht Grund zur Annahme, dass ein entsprechender Verlust eintrat, hat er ebenso die oben beschriebene Vorgangsweise einzuhalten.

⁴⁹⁾ 13. Kapitel § 2 erster Absatz OYL.

⁵⁰⁾ 13. Kapitel § 2 Absatz 3 OYL.

⁵¹⁾ Die Einberufung hat in jedem Fall innerhalb von zwei Monaten zu erfolgen; vgl. 13. Kapitel § 2 Abs 3 OYL.

⁵²⁾ Vom Verwaltungsrat als Gesamtheit, von den Prüfern oder von einer Aktionärsminorität von 10 %. Im Gegensatz zu Schweden ist das einzelne Verwaltungsratsmitglied oder der geschäftsführende Direktor nicht antragsberechtigt, vgl. *Toiviainen*, About the duties of the directors of an insolvent company, *Nordisk Tidskrift för Selskabsret* 3/2001, 274.

⁵³⁾ Der Antrag muss spätestens zwölf Monate nach Abhaltung der ersten Hauptversammlung erfolgen.

⁵⁴⁾ Im Rahmen des Gesetzes über die Unternehmenssanierung (*Laki yrityksen saneerauksesta* 47/93). Nach einem solchen Sanierungsverfahren muss eine nach 13. Kapitel § 2 Absatz 3 OYL erstellte Bilanz zeigen, dass das Eigenkapital zumindest 50 % des Grundkapitals beträgt, widrigenfalls ist eine Hauptversammlung innerhalb von zwei Monaten nach Abschluss des Sanierungsverfahrens einzuberufen, welche die Entscheidung für oder wider eine Liquidation trifft. Beschließt die Hauptversammlung nicht die Liquidation, kommen wiederum die Bestimmungen des 13. Kapitels § 2 Absatz 2 OYL zur Anwendung (dh Zwangsliquidation, wenn das Eigenkapital nicht innerhalb einer Frist von zwölf Monaten mindestens auf die Höhe des halben Grundkapitals aufgestockt wird); vgl. 13. Kapitel § 2a Abs 2 OYL.

⁵⁵⁾ Das finnische Aktienrecht wird derzeit einer Novellierung unterzogen, welche auch den Pflichtenkatalog bei schweren Verlusten des Gesellschaftskapitals einbezieht. Die voraussichtlichen Neuerungen: Die Pflicht des Verwaltungsrats, spätestens nach Ablauf von 12 Monaten die Zwangsliquidation zu beantragen, wird entfallen. Bestätigt künftig die vom Verwaltungsrat zu erstellende Bilanz den Verdacht des erheblichen Verlusts, hat der Verwaltungsrat nur mehr die Hauptversammlung einzuberufen, welche Maßnahmen zwecks Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft beschließt. Weiteren Verhaltensanforderungen soll er nicht unterliegen. Ist das Kapital allerdings zur Gänze verbraucht, so ist davon die Registerbehörde in Kenntnis zu setzen. Die Lockerung der Regelungen – mit der Finnland der allgemeinen Tendenz, den Kapitalschutz zu verschärfen, entgegenläuft – wird damit begründet, dass sich annähernd jede neu gegründete Gesellschaft in einer finanziellen Situation befindet, in der sie nach derzeitiger finnischer Rechtslage bereits wieder abgewickelt werden müsste, obwohl keine Liquiditätsprobleme bestehen. Die Gesetzesänderung soll 2006 in Kraft treten. Vgl. <http://www.om.fi/uploads/fi3usm2zbtbik.pdf>.

⁵⁶⁾ Ihr Grundkapital muss mindestens NKR 100.000 (ca EUR 12.000) betragen; vgl. 3. Kapitel § 3-1 (1) *Aksjeloven* (GmbHG).

⁵⁷⁾ Ihr Grundkapital muss mindestens NKR 1.000.000 (ca EUR 120.000) betragen; vgl. 3. Kapitel § 3-1 (1) *Allmennaksjeloven* (AktG).

⁵⁸⁾ 3. Kapitel § 3-4 *Allmennaksjeloven*; 3. Kapitel § 3-4 *Aksjeloven*. Jedenfalls nicht mehr angemessen sind Eigenmittel, die auf die Höhe des halben Stammkapitals herabgesunken sind.

⁵⁹⁾ 3. Kapitel § 3-5 (1) *Allmennaksjeloven*; 3. Kapitel § 3-5 (1) *Aksjeloven*.

⁶⁰⁾ Im *Aksjeloven* fehlt eine vergleichbare Bestimmung hinsichtlich der Einberufungsfrist.

⁶¹⁾ 3. Kapitel § 3-5 (1) letzter Satz *Allmennaksjeloven*.

⁶²⁾ 3. Kapitel § 3-5 (2) *Allmennaksjeloven*; 3. Kapitel § 3-5 (2) *Aksjeloven*.

gegenüber der Gesellschaft auslösen.⁶³⁾ Zur gerichtlichen Beantragung der Zwangsliquidation ist der Verwaltungsrat im Unterschied zum schwedischen, finnischen und dänischen Recht hingegen weder verpflichtet noch berechtigt⁶⁴⁾ – vielmehr fällt dies allein in die Zuständigkeit der Aktionäre.⁶⁵⁾

2.3.7. Dänemark⁶⁶⁾

Das dänische GmbH-Gesetz (*anpartsselskabsloven*) normiert eine Handlungspflicht des Verwaltungsrats (*bestyrelse*)⁶⁷⁾ bei 40-prozentigem⁶⁸⁾ Verlust des Grundkapitals. Dieser hat innerhalb von sechs Monaten die Abhaltung einer Hauptversammlung (*generalforsamling*) zu veranlassen, in der eine Einschätzung der wirtschaftlichen Lage erfolgen und geeignete Sanierungsmaßnahmen vorschlagen werden sollen.⁶⁹⁾ Daraufhin haben die Gesellschafter einen Beschluss zu fassen, welcher entweder die Gesellschaftsauflösung oder die Berichtigung des Gesellschaftskapitals zur Folge hat. Entscheidet sich die Hauptversammlung für Letzteres, ist eine der folgenden drei Maßnahmen zu ergreifen:⁷⁰⁾

1. Kapitalherabsetzung bis zum gesetzlichen Mindestkapital,⁷¹⁾
2. Kapitalerhöhung oder
3. reiner Gesellschafterzuschuss ohne Einfluss auf das Nennkapital.

Wird keine der genannten Maßnahmen ergriffen, erfolgt die Zwangsliquidation.⁷²⁾

2.3.8. Beurteilung

Die den oben beschriebenen Ländern gemeinsame strenge Kapitalbindung dient den Interessen dreier Gruppen:

- Bestehenden Gläubigern, die im Falle einer ausweglosen Krise an einer frühestmöglichen Liquidation der Gesellschaft interessiert sind (Liquidationsfunktion);
- potentiellen Gläubigern, die über einen etwaigen Kapitalmangel informiert sein wollen (Warnfunktion);
- den Aktionären, denen eine gewisse Zeitspanne gewährt wird, in der sie geeignete Maßnahmen setzen können (Sanierungsfunktion).

Die Wirkungskraft der Eigenkapitalbindung wird erhöht und die geringe Mindestkapitalanforderung, die den behandelten Staaten gemein ist,⁷³⁾ kompensiert. Es wird ein zweiter Weg eröffnet, der in seiner Wirkung an die Stelle des Konkursstatbestands der Überschuldung tritt, welcher den genannten Rechtsordnungen⁷⁴⁾ unbekannt ist.⁷⁵⁾

Zu befürchten bleibt jedoch die sich aus der automatisierten, keine Fortbestehungsprognose einzubeziehenden Konsequenz der Zwangsliquidation ergebende Folge, dass Gesellschaften vernichtet werden, die an keinem oder nur kurzfristig an einem Liquiditätsmangel leiden – etwa weil sich soeben (oder noch nicht) lancierte Produkte nur mit einem geringen Wert ansetzen lassen. Diese Gefahr, der Finnland (wie auch Schweden) bereits mit von den allge-

meinen Bilanzierungsvorschriften erhöhten Aktivierungsmöglichkeiten begegnete, veranlasste den finnischen Gesetzgeber nun, einen Rückbau der Kapitalerhaltungsvorschriften in Aussicht zu stellen.⁷⁶⁾

⁶³⁾ S in Gegenüberstellung zum schwedischen Gesellschaftsrecht: Statens offentliga utredningar/ SOU (Bericht des staatlichen Komitees zur Überarbeitung des schwedischen Gesellschaftsrechts) 36/1999, 68; vgl 17. Kapitel § 17-1 Allmennaksjeloven bzw 17. Kapitel § 17-1 Aksjeloven.

⁶⁴⁾ Die Eröffnung des Konkursverfahrens hingegen fällt in die Kompetenz des Verwaltungsrats, er ist hierzu im Insolvenzfall bei sonstiger strafrechtlicher Haftung (§ 284 Abs 1 lit b) – an die regelmäßig auch eine zivilrechtliche Haftung geknüpft wird – verpflichtet. Das norwegische Recht definiert Insolvenz in § 61 des Konkursgesetzes (Lov om gjeldsforhandling og konkurs) als dauerhaftes Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Hinzukommen muss, dass die Passiva die Aktiva übersteigen. Somit kombiniert das norwegische Konkursrecht Elemente der Zahlungsunfähigkeit mit jenen der Überschuldung.

⁶⁵⁾ Bleiben die Aktionäre (zumindest fahrlässig) untätig, riskieren sie gemäß § 17-1 Aksjeloven eine persönliche Haftung gegenüber der Gesellschaft.

⁶⁶⁾ Für eine Darstellung des dänischen Kapitalgesellschaftsrechts vgl Kuszniar, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht (2003).

⁶⁷⁾ Beziehungsweise, falls ein solcher nicht eingerichtet wurde, der Geschäftsführung (*direktion*).

⁶⁸⁾ Im Gegensatz dazu normiert das Aktiengesetz (Aktieselskabsloven) diese Handlungspflicht erst bei 50-prozentigem Verlust. Vgl § 69a Aktieselskabsloven.

⁶⁹⁾ § 52 Abs 1 Anpartsselskabsloven.

⁷⁰⁾ § 52 Abs 1 Anpartsselskabsloven; das Gewerbe- und Gesellschaftsamt (*erhvervs- og selskabsstyrelsen*) kann eine Frist festsetzen (§ 52 Abs 2 Anpartsselskabsloven).

⁷¹⁾ Das Mindestkapital der anpartsselskab beträgt gemäß § 1 Abs 3 Anpartsselskabsloven DKK 125.000 (ca EUR 17.000). Wird dieses durch den Verlust unterschritten, so hat der Verwaltungsrat eine Kapitalerhöhung bis zu diesem Betrag sicherzustellen.

⁷²⁾ Auf Antrag des Leitungsorgans, subsidiär durch das Gewerbe- und Gesellschaftsamt (*erhvervs- og selskabsstyrelsen*).

⁷³⁾ Lediglich Dänemark verlangt mit DKK 125.000 (EUR 17.000) ein hohes Mindeststammkapital, die weiteren Staaten gestaffelt nach der Höhe der Kapitalanforderung: Norwegen NKR 100.000 (ca EUR 12.000), Schweden SEK 100.000 (ca EUR 11.000), Italien EUR 10.000, Finnland EUR 8.000, und Spanien EUR 3.012, Frankreich: keine Mindestkapitalanforderung.

⁷⁴⁾ Eine Ausnahme stellt das norwegische Konkursrecht dar, welches einen aus Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zusammengesetzten Insolvenztatbestand normiert; vgl FN 64.

⁷⁵⁾ Das Statut der Europäischen Privatgesellschaft kombiniert beide Ansätze, indem es eine hohe Mindestkapitalziffer (gemäß Art 3 Abs 1 EPG-VO: EUR 25.000) mit weit vorgelagerten Krisenwarnsignalen verbindet. Als Warnsignal auslösendes Moment nennt Art 28 Abs 2 EPG-VO den Fall, dass das Eigenkapital der Gesellschaft auf weniger als die Hälfte des Stammkapitals absinkt. Eine weitere Anknüpfung enthält Art 28 Abs 1 EPG-VO: Handlungsbedarf besteht, wenn das Eigenkapital unter den Betrag des Mindestkapitals fällt. Tritt eine Krise iS des Art 28 Abs 2 EPG-VO ein, so müssen die Gesellschafter innerhalb eines Monats entscheiden, ob Anlass besteht, die Gesellschaft aufzulösen. Wird die Liquidation nicht beschlossen, muss die EPG binnen sechs Monaten entweder die Verluste durch eine Kapitalherabsetzung bilanziell ausgleichen oder das Eigenkapital auf den Betrag des Stammkapitals erhöhen. Mit Eintritt des Warnsignals nach Art 28 Abs 1 EPG-VO haben die Gesellschafter innerhalb eines Monats nach Feststellung der Verluste über die Liquidation oder Fortführung der Gesellschaft zu beschließen. Im letztgenannten Fall sind sie verpflichtet, Eigenmittel bis zur Höhe des Mindestkapitals nachzuschießen. Vgl Hommelhoff, Die Europäische Privatgesellschaft – Diskussionsstand 2003 und Fortgang, in Doralt-FS (2004), 199 ff; Haas, Gläubigerschutz in der europäischen Privatgesellschaft – ein Überblick, in Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die europäische Privatgesellschaft (2001) 197 f; vgl zur EPG ferner Helms, Die Europäische Privatgesellschaft (1998); Boucourechliev/Hommelhoff, Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft (1999).

⁷⁶⁾ Vgl FN 55.

Vollkommen offen bleibt in diesem Zusammenhang auch, wie sich die zumindest langfristig absehbare Umstellung vom Vorsichtsprinzip der Handelsbilanz auf die Rechnungslegung nach IFRS auch für Einzelabschlüsse auswirken wird.⁷⁷⁾

III. Resümee und Ausblick

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Effektivität des Mindestkapitals in seiner derzeitigen Ausgestaltung zumindest zweifelhaft ist. Bei der Beurteilung des Mindestkapitalerfordernisses als noch zeitgemäßes Gläubigerschutzinstrument darf der Einschnitt, den eine plötzliche Abkehr von diesem System darstellen würde, allerdings nicht zu gering bewertet werden.⁷⁸⁾

Aus meiner Sicht ebenfalls zu überlegen ist, ob das strikte Verbot der Einbringung von Dienstleistungen als Sacheinlage angesichts deren Funktionalität in der Aufbauphase eines Unternehmens tatsächlich aufrecht erhalten werden sollte.

Die über allem stehende Frage, ob eine rigide Kapitalbindung besser als der konkursrechtliche Ansatz der Überschuldung geeignet ist, den Grad der Insolvenzwahrscheinlichkeit zu beeinflussen, wird sich aus heutiger Sicht nicht beantworten lassen. Bei grundsätzlich identer Zielsetzung sind beide auf unterschiedliche Wirkungen ausgerichtet: Während das Mindestkapital als Risikopuffer der Gesellschaft „ein geringfügig größeres Zeitfenster zur Sanierung

der Gesellschaft eröffnet“,⁷⁹⁾ zielen die insolvenzrechtlichen Bestimmungen darauf ab, im Falle einer absehbaren Insolvenz die Höhe der Gläubigerausfälle zu minimieren. Im Ergebnis bleibt vorerst wohl nur die Feststellung, dass ein Schutzzanliegen mit unterschiedlichen Mitteln verfolgt werden kann und von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der verschiedenen nationalen Gläubigerschutzkonzepte auszugehen ist, sofern sie in der Praxis nur Anwendung finden.⁸⁰⁾ Der aus einem zusammenwachsenden Europa entstehende Wettbewerb verschiedener Systeme⁸¹⁾ eröffnet die Möglichkeit, den eingeschlagenen Weg an der Vielfalt der Methoden zu messen und gegebenenfalls zu korrigieren.

⁷⁷⁾ Merkt geht von einer Sogwirkung aus, die durch das erhöhte Aktivierungspotenzial des IFRS-Abschlusses im Unterschied zum HGB-Abschluss bei gleichzeitiger Verminderung der Passivierungsmöglichkeiten begründet wird. Insgesamt stelle sich das Vermögen eines Unternehmens um durchschnittlich 30 % positiver dar als mit der HGB-Bilanz. Vgl. Merkt, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze, ZGR 2004, 307.

⁷⁸⁾ Zur Pfadabhängigkeit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zwischen Gesellschaftsrechten, s. Heine, Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht (2003), 120 bis 287 (194 ff).

⁷⁹⁾ Mülbart, Der Konzern 3/2004, 155.

⁸⁰⁾ Eidenmüller, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 28.

⁸¹⁾ Zu den europäischen Harmonisierungsbestrebungen der Verhaltenspflichten in der Unternehmenskrise vgl. zudem Adensamer/Oelkers/Zechner, Verhaltenspflichten der Geschäftsleitung in der Unternehmenskrise: Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Berichten aus Österreich, Deutschland, Slowenien, Spanien, Italien und Skandinavien, ZfRV 2005 (in Vorbereitung).



Praxistipps zur Umgründung

- Zahlreiche praktische Beispiele
- Auswirkungen der Steuerreform 2005
- Berufsrechtliche Rahmenbedingungen
- Steuerliche Vermögensübertragung
- Die Einbringung in Handelsrecht, allgemeinem Steuerrecht und UmgrStG
- Ermittlung des Verkehrswertes

2004, 160 Seiten, kart.
ISBN 3-7073-0700-X
EUR 38,-

Tel.: +43 (1) 24 630 - 0
Fax: +43 (1) 24 630 - 23

office@lindeverlag.at
www.lindeverlag.at

Scheydgasse 24
1210 Wien

Linde