

Kapitalerhöhung: Keine „Umwandlung“ einer UG in eine „reguläre“ GmbH ohne Volleinzahlung

GmbHG § 5a Abs. 2 S. 1

Beim „Upgrading“ einer UG zur GmbH ist eine Sachkapitalerhöhung nicht zulässig; die Sonderregelung in § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG entfällt erst dann, wenn zuvor das Mindeststammkapital der GmbH von 25.000 € erreicht und eingetragen ist (Anschluss an OLG München v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210 m. Komm. Klose).*

OLG Hamburg, Beschl. v. 12.11.2010 – 11 W 78/10
(nicht rechtskräftig)

Gründe:

I.

Die Beteiligte begehrt die Eintragung einer Sachkapitalerhöhung in das Handelsregister.

Die Beteiligte ist eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft mit einem eingetragenen Stammkapital i.H.v. 500 € Alleingesellschafter ist Herr OM mit einem Geschäftsanteil in Höhe des Stammkapitals.

Durch den Alleingesellschafter wurde am 16.3.2010 eine Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft auf 25.000 € durch Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils i.H.v. nominal 24.500 € beschlossen. Zur Übernahme wurde der Alleingesellschafter zugelassen. Die Übernahme sollte nach dem Beschluss gegen Erbringung einer Sacheinlage in Form der Übertragung der Beteiligung des Alleingesellschafters OM in Höhe von einem Drittel an der A-GbR mit Sitz in Hamburg erfolgen.

Mit Schreiben vom gleichen Tage meldete der Alleingesellschafter und Geschäftsführer OM beim AmtsG Hamburg unter Einreichung sämtlicher Unterlagen und Versicherung der vollständigen Erbringung der Sacheinlage die Eintragung der Stammkapitalerhöhung, die Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH mit der entsprechenden Umfirmierung und die Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrags an.

Mit weiterem Schreiben v. 15.4.2010 übersandte der Geschäftsführer der Beteiligten eine Werthaltigkeitsbescheinigung über die nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss zu erbringende Sacheinlage.

Mit Beschl. v. 17.8.2010 hat das AmtsG Hamburg die Anmeldung auf Eintragung der Sachkapitalerhöhung und der übrigen Änderungen des Gesellschaftsvertrags zurückgewiesen [*AmtsG Hamburg v. 17.8.2010 – HRB 112959*]. Die Eintragung sei zu versagen gewesen, da bei einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft eine Sachkapitaleinlage erst nach dem wirksamen Erreichen einer Stammkapitalziffer i.H.v. 25.000,00 € zulässig sei.

Gegen den am 20.8.2010 dem Notar zugestellten Beschluss hat die Beteiligte mit bei Gericht am 17.9.2010

eingegangenen Schreiben Beschwerde eingelegt. Darin rügt sie, die Eintragung einer Sachkapitalerhöhung sei bei einer Unternehmergesellschaft entgegen der Auffassung des AmtsG jedenfalls dann zulässig, wenn durch die Kapitalerhöhung die Stammkapitalziffer i.H.v. 25.000 € erreicht werde. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 5a Abs. 5 GmbHG, denn § 5a Abs. 5 GmbHG verlange nicht, dass das Stammkapital den Betrag des Mindeststammkapitals bereits erreicht habe. Darüber hinaus betreffe das Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 GmbHG nur die Gründungsphase der Gesellschaft und nicht die Kapitalerhöhung. Letztlich spreche auch der Zweck des Sacheinlageverbots gegen eine Anwendung auf die Kapitalerhöhung. Das Sacheinlageverbot solle bei Gründung der Unternehmergesellschaft deren Eintragung beschleunigen, bei einer (Sach-)Kapitalerhöhung spiele der Beschleunigungsaspekt keine Rolle mehr. Durch die Kapitalerhöhung auf das Mindeststammkapital entstehe im Übrigen eine reguläre GmbH, so dass die Kapitalerhöhung auch durch Sacheinlagen erfolgen können müsse, da auch eine GmbH im Wege einer gemischten Bar-Sachgründung gegründet werden könne.

Die Beteiligte beantragt,

den Beschl. des AmtsG Hamburg, RegG, Abt. 66 v. 17.8.2010 aufzuheben und die Eintragung der Sachkapitalerhöhung sowie der damit verbundenen Satzungsänderung und Umfirmierung zur GmbH zu bewilligen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, § 58 FamFG, in der Sache aber nicht begründet. Das AmtsG hat zu Recht den Antrag auf Eintragung der Sachkapitalerhöhung zurückgewiesen, denn das Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG erfasst nicht nur die Gründung der Unternehmergesellschaft, sondern auch die Kapitalerhöhung. Das Verbot entfällt erst, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital wirksam in der Weise erhöht hat, dass es das Mindeststammkapital einer GmbH erreicht oder übersteigt.

Die Beantwortung der Frage, ob das in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG aufgestellte Sacheinlageverbot auch für eine Kapitalerhöhung gilt, die dazu führt, dass ein Stammkapital i.H.v. mindestens 25.000 € geschaffen wird, ist umstritten.

Das OLG München (OLG München v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210 m. Komm. *Klose*) sowie Stimmen in der Literatur (*Heckschen*, DStR 2009, 166 [170 f.], *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 5a Rz. 12; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5a Rz. 3) gehen davon aus, dass die Sonderregelungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG erst dann keine Anwendung mehr finden, wenn die geleistete Bareinzahlung den Betrag des Stammkapitals i.H.v. 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) tatsächlich erreicht oder überschritten hat. Diese Auffassung wird insbesondere damit begründet, dass nach dem Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG der maßgebliche Zeitpunkt für

den Wechsel der anzuwendenden Vorschriften derjenige der wirksamen Erhöhung des Stammkapitals sei, für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung es aber neben der Beschlussfassung der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bedürfe (OLG München v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210 m. Komm. *Klose*, juris Tz. 12 u. 14).

Die Gegenauffassung geht unter Berufung auf Sinn und Zweck der Vorschrift bzw. im Wege einer teleologischen Reduktion davon aus, dass eine Sachkapitalerhöhung in jedem Fall zulässig ist, wenn ein Stammkapital in Höhe von 25.000 € auf diesem Weg erreicht wird (*Roth* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 9. Aufl. 2009, § 5a Rz. 26; *Klose*, GmbHR 2009, 294 [295 f.]); *Berninger*, GmbHR 2010, 63 [66]; *Gasteyer*, NZG 2009, 1364 [1367]; *Miras* in *Beck'scher Online-Komm.*, § 5a Rz. 110).

Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass die Sonderregelungen des § 5a Abs. 1 bis Abs. 4 GmbHG erst dann keine Anwendung mehr finden, wenn die geleistete Bareinzahlung bzw. die Barkapitalerhöhung zu einem Stammkapital i.H.v. 25.000 € geführt haben. Wortlaut, Sinn und Zweck sowie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG gebieten es zwar nicht zwingend, anzunehmen, eine Sachkapitalerhöhung, die zu einem Stammkapital i.H.v. 25.000 € führt, könne nicht zugelassen werden. Etwas anderes gilt aber für den Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG. Darin heißt es:

„Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital, so dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt, finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr; ...“.

Nach dem Wortlaut ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Wechsel der anzuwendenden Vorschriften ausdrücklich derjenige der wirksamen Kapitalerhöhung („erhöht“). Für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung bedarf es aber nicht nur der Beschlussfassung durch die Gesellschafter, sondern auch der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (*Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55 Rz. 42; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 55 Rz. 49). Die Eintragung kann allerdings erst erfolgen, wenn die Einlagen auf das neue Stammkapital bewirkt worden sind, bis dahin wird die Unternehmersgesellschaft mithin den Vorschriften des § 5a GmbHG unterstellt, so dass eine Sachkapitalerhöhung nicht in Betracht kommt. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Rahmen der Vorschrift des § 5a Abs. 5 GmbHG ausnahmsweise auf die Beschlussfassung, die Kapitalerhöhung betreffend, abgestellt werden sollte. Vielmehr spricht die Gesetzesbegründung dafür, dass die Kapitalerhöhung auf den Betrag i.H.v. 25.000 € bereits wirksam durchgeführt worden sein muss, bevor die für die Unternehmersgesellschaft aufgestellten Sonderregelungen nicht mehr maßgebend sind. In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/6140, S. 32) wird ausdrücklich auf die *durchgeführte* Kapitalerhöhung abgestellt, wenn es dort heißt:

„Hat die Gesellschaft allerdings genügend Eigenmittel, um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchzuführen und führt sie diese durch, oder wird eine

Kapitalerhöhung durch Einlage der Gesellschafter durchgeführt und wird dadurch im Ergebnis das Mindeststammkapitalerfordernis erfüllt, so entfällt die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 4."

Ein Abstellen auf den Kapitalerhöhungsbeschluss wäre auch missbrauchsanfällig, da dieser unabhängig von der tatsächlichen Erbringung der Einlage gefasst wird und damit der Wegfall der für die Unternehmergesellschaft geltenden Beschränkungen nicht an die tatsächliche Kapitalaufbringung gekoppelt wäre (so auch OLG München v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210 m. Komm. *Klose*, juris Tz. 20).

Ein weiteres Argument kommt insoweit hinzu, als § 5a Abs. 5 GmbHG darauf abstellt, dass infolge der Kapitalerhöhung auf das Mindeststammkapital die Sondervorschriften des § 5a Abs. 1 bis Abs. 4 GmbHG nicht mehr anzuwenden sind. Wenn § 5a Abs. 5 GmbHG per se keine Kapitalerhöhungen erfassen würde, wäre der Hinweis der Unanwendbarkeit der Vorschriften im Falle der Kapitalerhöhung bei einem bestehenden Stammkapital über dem Schwellenwert obsolet. Dass eine überflüssige Regelung hätte geschaffen werden sollen, ist nicht ersichtlich.

Diese am Wortlaut orientierte Auslegung ist auch nicht mit Rücksicht auf den Zweck des Sacheinlageverbotes im Wege teleologischer Reduktion zu korrigieren. Zwar liegt der Zweck des Sacheinlageverbotes in erster Linie in der Beschleunigung und Vereinfachung des Eintragungsverfahrens und in der Tatsache begründet, dass Sacheinlagen nicht erforderlich sind, da das Stammkapital bei Gründung in der Höhe festgesetzt werden kann, in der es von den Gesellschaftern im Wege der Bareinzahlung aufgebracht werden kann, diese Erwägungen führen aber nicht dazu, davon auszugehen, der Gesetzgeber habe bei Aufstellung des Sacheinlageverbots nur die Gründung der Gesellschaft im Auge gehabt. Aus dem Wortlaut des § 5a Abs. 5 GmbHG lässt sich eher, wie bereits ausgeführt, der gegenteilige Schluss ziehen.

Auch die Tatsache, dass bei einer GmbH eine Gründung mit Bar- und Sacheinlage möglich wäre und die Gesellschafter einer bereits gegründeten Unternehmergesellschaft dadurch schlechter gestellt werden, dass erst ab Erreichen des Mindeststammkapitals weitere Kapitalerhöhungen im Wege der Sacheinlage zulässig sind, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen in § 5a GmbHG die Unternehmergesellschaft der „regulären“ GmbH gleichstellen wollte, vielmehr ist die Unternehmergesellschaft insoweit benachteiligt, als Sacheinlagen unstreitig jedenfalls im Rahmen der Gründung ausgeschlossen sind und das Stammkapital in voller Höhe einzuzahlen ist. Etwaige Unterschiede zwischen den für die Unternehmergesellschaft und die GmbH geltenden Regelungen sind daher systembedingt und „der Preis für die Wahl des Einstiegsmodells“ (*Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5a Rz. 33; so auch OLG München v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, GmbHR 2010, 1210 m. Komm. *Klose*, juris Tz. 17).

Die Pflicht zur Zahlung der Gerichtskosten ergibt sich aus dem Gesetz. Einer Geschäftswertfestsetzung bedarf es nicht (Festgebühr nach § 131c Abs. 1 S. 1 KostenO, § 4 HRegGebV i.V.m. Handelsregistergebührenverzeichnis).

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

Ann. der Redaktion: Auf die Rechtsbeschwerde wurde diese Entscheidung aufgehoben durch Beschl. des BGH v. 19.4.2011 – II ZB 25/10, GmbHR 2010, 699 m. Komm. *Bremer*; s. dazu auch den „Blickpunkt“ von *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2011, R 193 f.

* Leitsatz der Redaktion.