

Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

Aufbaustudium in den Grundzügen des Deutschen Rechts

**Das Problem der verdeckten Sacheinlage im Recht der GmbH
– Rechtslage nach dem MoMiG
mit einem rechtsvergleichenden Ausblick
in das Recht der Tschechischen Republik**

vorgelegt von
Name: **Mgr. Vojtěch Steininger**
Adresse: Hájek 45, CZ – 363 01 Ostrov,
Tschechische Republik
Matrikelnummer: 10087414

am

Betreuer: **Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit**

Inhaltsverzeichnis:

Abkürzungsverzeichnis

III

Literaturverzeichnis

V

Einleitung

1

I. Problematik der verdeckten Sacheinlage allgemein

2

II. Entstehungsgeschichte

4

1) Rechtsentwicklung bis zum MoMiG

4

a) Rechtsprechung und Literatur

4

b) Kritik der Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage

6

2) Rechtslage nach MoMiG

6

a) Gesetzgebungsverfahren, Erfüllungslösung

6

b) Anrechnungslösung im MoMiG

7

III. Anwendungsbereich, Frist

7

IV. Tatbestandsvoraussetzungen

9

1) Allgemeine Lage, Legaldefinition

9

2) Wirtschaftliche Entsprechung (objektiver Tatbestand)

9

a) Grundfall

9

aa) Zusammenhang zwischen Geldeinlage und

9

bb) Sacheinlagefähigkeit

10

cc) Gewöhnliches Umsatzgeschäft als

11

Verkehrsgeschäft

b) (Verdeckte) gemischte Sacheinlage

12

c) (Verdeckte) Mischeinlage

13

d) Verdeckte Einbringung von Gesellschafterforderungen

13

e) Cash-Pooling	15
f) Leistung an Erfüllung statt	16
3) Abrede (subjektiver Tatbestand)	16
a) Allgemeine Lage	16
b) Parteien der Abrede	17
c) Inhaltliche Anforderungen an die Abrede	18
d) Maßgeblicher Zeitpunkt der Vorabsprache	19
e) Vermutung einer Abrede bei sachlichem und zeitlichem	19
Zusammenhang	
<i>aa) Sachlicher Zusammenhang</i>	20
<i>bb) Zeitlicher Zusammenhang</i>	21
4) Einschaltung Dritter	22
a) Grundsatz	22
b) Fallgruppen	22
<i>aa) Treuhandverhältnisse</i>	22
<i>bb) Verwandtschaftsverhältnisse</i>	23
<i>cc) Verbundene Unternehmen</i>	23
(1) Grundsatz	23
(2) Verkehrsgeschäft zwischen der Gesellschaft und Schwesterunternehmen	24
(3) Verkehrsgeschäft zwischen Mutter und Enkel der Gesellschaft	24
(4) Verkehrsgeschäft zwischen Inferent und Tochter der Gesellschaft	25

V. Rechtsfolgen

26

1) Allgemein	26
--------------	----

2) Situation vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister	27
a) Keine Erfüllung der Einlagepflicht	27
b) Wirksamkeit der Ausführungsgeschäfte	28
c) Rückabwicklung	29
3) Rechtslage nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister	30
a) Rechtsnatur und dogmatische Einordnung der Anrechnung	30
b) Zeitpunkt der Anrechnung	33
c) Bewertung des Vermögensgegenstandes	33
d) Anrechnung	35
<i>aa) Grundfälle</i>	35
<i>bb) Anrechnung in Sonderfällen</i>	35
(1) Verdeckte gemischte Sacheinlage	35
(2) Verdeckte Mischeinlage	36
(3) Nur teilweise fällige Einlageforderung	37
<i>cc) Kondiktionsanspruch des Gesellschafters</i>	37

VI. Heilung

39

VII. Darlegungs- und Beweislast

40 **VIII. Sanktionen der verdeckten Sacheinlage**

41

- 1) Geschäftsführer
41
- 2) Inferent
41
- 3) Mitgesellschafter
41
- 4) Rechtsnachfolger des Inferenten
41

IX. Bewertung der neuen deutschen Konzeption

42

**X. Tschechische Regelung der verdeckten Sacheinlage,
rechtsvergleichender 44
Ausblick in das Recht der Tschechischen Republik**

**Zusammenfassung
50**

**ANHANG: Wichtigste Gesetzesbestimmungen zum Thema der
verdeckten 51
Sacheinlagen im tschechischen Handelsgesetzbuch und tschechischen
Bürgerlichen Gesetzbuch**

Abkürzungsverzeichnis

aF	alte Fassung
Abs.	Absatz
aE	andere Einsicht
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
aM	andere Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT- Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
CZK	Tschechische Krone (Währung)
DB	Der Betrieb
eb.	ebenso
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
f., ff.	folgende, fortfolgende
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich

HGB	Handelsgesetzbuch
hM.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
L/H	Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchHGR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MünchKomm	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport- Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ObchZ	tschechisches Handelsgesetzbuch
oHG	offene Handelsgesellschaft
OZ	tschechisches Bürgerliches Gesetzbuch
R/A	Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
R/S-L	Rowedder/Schmidt-Leithoff, Kommentar zum GmbHG
S.	Seite
sog.	so genannt
UG	Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)
v.a.	vor allem
zB	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
Urt.	Urteil

Literaturverzeichnis

Baumbach, Adolf, Hueck, Alfred, Fastrich, Lorenz, GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck'sche Kurz-Kommentare, 19. Aufl., Beck: München, 2010.

Benz, Johannes, Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), C.H. Beck: München, 2010.

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drucksache 16/6140) , Drucksache 16/9737.

Bormann, Michael, Verdeckte Sacheinlage: Mitwirkung an heilendem Beschluss aufgrund gesellschaftlicher Treuepflicht, GmbHR 2003, 1051 ff.

Dobeš, Petr, Kritické zamyšlení nad § 196a odst. 3 ObchZ s přihlédnutím k evropskému právu, Právní rozhledy č. 13/2006, S. 477 ff.

Eliáš, Karel, Obchodní zákoník, praktické poznámkové vydání s výběrem judikatury od r. 1900, Linde: Praha, 2004.

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Drucksache 16/6140

Grigoleit, Hans Christoph, Rieder, Markus S., GmbH-Recht nach dem MoMiG, Beck: München, 2009.

Hasche, Daniela, Die Sachgründung der GmbH, Lang: Frankfurt am Main, 1999.

Heckschen, Heribert, Das MoMiG in der notariellen Praxis, C.H. Beck: München, 2009.

Heckschen, Heribert, Heidinger, Andreas, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., Carl Heymanns: Köln, München, 2005.

Heinze, Harald, Verdeckte Sacheinlagen und verdeckte Finanzierung nach dem MoMiG, GmbHR 2008, 1065 ff.

Herrler, Sebastian, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG – Verdeckte Sacheinlagen und Hin- und Herzahlen (§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG n.F.), DB 2008, 2347 ff.

Knappová, Marta, Knapp, Viktor a kol. Občanské právo hmotné, svazek I., 3. Ausgabe, Praha: Aspi, 2002.

Lutter, Marcus, Hommelhoff, Peter, GmbH – Gesetz, Kommentar, 17. Aufl., Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009.

Mayer, Dieter, Ein Betrag zur „Entschleierung“ der verschleierte Sacheinlage im Recht der GmbH, NJW 1990, 2593 ff.

Michalski, Lutz, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, 2. Aufl., Beck: München, 2010.

Müller-Eising, Karsten, Die verdeckte Sacheinlage, München, 1993.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., Beck: München, 2009.

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, Band I, 2010.

Pentz, Andreas, Verdeckte Sacheinlagen nach dem MoMiG und prozessuale Folgen des Übergangsrechts, GmbHR 2009, 126 ff.

Priester, Hans-Joachim, Kapitalaufbringung bei korrespondierenden Zahlungsvorgängen – Zur Präzisierung des Tatbestands „verdeckte Sacheinlage“, ZIP 1991, 345 ff.

Rischbieter, Gerhard, Gröning, Maximilian, Gründung und Leben der GmbH nach dem MoMiG, Beck: München, 2009.

Roth, Günter H., Altmeppen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 6. Aufl., Beck: München, 2009.

Roth, Günter H., Altmeppen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 5. Aufl., Beck: München, 2005.

Rowedder, Heinz, Schmidt-Leithoff, Christian, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Aufl., Franz Vahlen: München, 2002.

Rychlý, Tomáš, Záhady ustanovení § 196a odst. 3 obchodního zákoníku, Právní rozhledy č. 10/2003, S. 512 ff.

Štenglová, Ivana, Plíva, Stanislav a kol. Obchodní zákoník/Handelsgesetzbuch. *Komentář /Kommentar*. XII. vydání/Ausgabe. Praha/Prag: C.H. Beck, 2009.

Theusinger, Ingo, OLG Düsseldorf: Anwendung der Grundsätze für die verdeckte Sacheinlage auch auf nicht sacheinlagefähige Vermögensgegenstände, BB 2009, 180 ff.

Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band I., Aktuelle Gesetzestexte in deutscher Übersetzung, 3. aktualisierte Auflage, C.H.Beck, Praha/Prag, 2001.

Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., Aktuelle Gesetzestexte in deutscher Übersetzung, 4. aktualisierte Auflage, C.H.Beck, Praha/Prag, 2006.

Ulmer, Peter, Die „Anrechnung“ (MoMiG) des Wertes verdeckter Sacheinlagen auf die Bareinlageforderung der GmbH – ein neues Erfüllungssurrogat?, ZIP 2009, 293 ff.

Veil, Rüdiger, Die Reform des Rechts der Kapitalaufbringung durch den RegE MoMiG, ZIP 2007, 1241 ff.

Wicke, Hartmut, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, Beck: München, 2008.

Einleitung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist in der Bundesrepublik Deutschland sowie in der Tschechischen Republik eine sehr häufig vorkommende Gesellschaftsform. Es kommen in der Praxis aber immer Gesellschaftsgründungen vor, die durch Einbringung von Sacheinlagen erfolgen. Hiermit ist auch das Risiko der verdeckten Sacheinlagen verbunden. Obwohl die neue deutsche Regelung - was den Tatbestand betrifft - Kontinuität wahrt, wurden die hart empfundenen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlagen durch das MoMiG wesentlich geändert.

Die vorliegende Arbeit versucht, diese höchst interessante Problematik umfassend darzustellen, und zwar mit dem Ausblick in das tschechische Recht, in dem diese Problematik abweichend geregelt wird.

Dabei wird zunächst erörtert, was man unter der Problematik der verdeckten Sacheinlagen versteht. Nachdem die Entstehungsgeschichte geschildert wird, werden Anwendungsbereich, Frist, Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtsfolgen und Heilung der verdeckten Sacheinlagen dargelegt. Dem folgt die Bewertung der neuen deutschen Konzeption und die tschechische Regelung der verdeckten Sacheinlagen und ein rechtsvergleichender Ausblick in das Recht der Tschechischen Republik.

I. Problematik der verdeckten Sacheinlage allgemein

In der Praxis besteht die Gefahr, dass die Gründer einer GmbH versuchen, die komplexen und langwierigen Vorschriften des Sacheinlagenrechts zu umgehen.

Es wird dann *formell* eine *Bargründung* vereinbart, zugleich wird aber verabredet, dass der Gründer die zunächst ordnungsgemäß bar eingezahlten Mittel unmittelbar nach der Gründung der GmbH im Rahmen eines scheinbar gewöhnlichen Erwerbsgeschäfts mit der Gesellschaft zurückerhält, indem er an sie den Sacheinlagegegenstand veräußert. Solche Konstellationen werden als *verdeckte* (oder auch *verschleierte*¹⁾ *Sacheinlage* bezeichnet. Sie verstoßen gegen den Schutzzweck des Sacheinlagenrechts und daher sind auch *kapitalaufbringungsrechtlich unwirksam*.²⁾

Nach den gleichen Grundsätzen wie verdeckte Sacheinlagen sind auch *verdeckte Sachübernahmen* zu behandeln, weil die Problemstellung insoweit identisch ist und die verdeckte Sacheinlage letztlich ohnehin einen Fall der wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 4 GmbHG unwirksam vereinbarten Sachübernahme mit Anrechnungsabrede darstellt.³⁾

Die Umgehungen aufzudecken kann auch dadurch erschwert werden, dass dem Inferenten *verwandtschaftlich nahe stehende* oder wirtschaftlich mit ihm verbundene Dritte mit einbezogen werden und zB als Partei des Erwerbsgeschäfts fungieren.⁴⁾

Es kann aber auch sein, dass die Gründer einer GmbH *gar nicht wissen*, dass bei der gewählten Gestaltung das Sachgründungsverfahren hätte eingehalten werden müssen, besonders in dem Fall, wenn nicht unmittelbar eine Sachleistung an Stelle der erforderlichen Barzahlung erbracht wurde, sondern das Verhalten der Beteiligten erst insgesamt unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlich als Sacheinlage und eben nicht als Barleistung zu bewerten ist, obschon zwischenzeitlich eine Barzah-

1) Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, S. 31.

2) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider, S.155, § 9, Rn. 61.

3) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider, S.155, § 9, Rn. 61.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1731, § 19, Rn. 157.

lung an die Gesellschaft vorgenommen wurde.¹⁾

„Um eine verdeckte Sacheinlage handelt es sich nach der Rechtsprechung²⁾ des Senats, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine *Bareinlage* vereinbart wird, die Gesellschaft aber *bei wirtschaftlicher Betrachtung* von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen *Abprache* einen Sachwert erhalten soll. (...) Die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG ändert daran insoweit nichts.“³⁾

Die entsprechende Absprache (Abrede), die den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfasst, kann zwischen Einlageschuldner und/oder Mitgesellschaftern oder Geschäftsführern getroffen sein; sie wird *widerleglich bei engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang vermutet*. Es gelten aber *keine festen Fristen* für engen zeitlichen Zusammenhang, in der Regel ist aber innerhalb einer Frist von etwa 6 Monaten⁴⁾ anzunehmen, bei 8 Monaten⁵⁾ regelmäßig überschritten, wobei es auf die Umgehungsabsicht nach der heutigen allgemeinen Meinung nicht ankommt.⁶⁾

Handelt es sich um die *Ein-Personen-Gründung*, ist die Verwendungsabsprache als solche ausgeschlossen, es genügt also, dass der einzige Gründer einen entsprechenden *Vorsatz* hatte. Im Übrigen erkennt die Rechtsprechung keine vollständige Ausnahme vom Verbot der verdeckten Sacheinlagen in den Fällen an, die sich auch als (an sich zulässige) gewöhnliche Verkehrsgeschäfte zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft verstehen ließen.⁷⁾

1) Hasche, S. 149.

2) Bisherige Rechtsprechung des BGH zu diesem Thema: Etwa BGHZ 132, 133, 139 = NJW 1996, 1286; BGHZ 170, 47 = NJW 2007, 765 Tz. 11.

3) BGH Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 – Qivive

4) Erwägungen bei BGHZ 132, 141, 146.

5) BGHZ 152, 37, 45 = NJW 2002, 3774, 3777.

6) Baumbach/Hueck/Fastrich, S. 386-387, § 19, Rn. 49.

7) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider, S.155, § 9 Rn. 62.

II. Entstehungsgeschichte

1) Rechtsentwicklung bis zum MoMiG

a) Rechtsprechung und Literatur

Bereits in der *Rechtsprechung* des Reichsgerichts¹⁾ sowie in der *Literatur*²⁾ herrschte die Auffassung vor, dass in solchen Umgehungsfällen keine ordnungsgemäße Bareinlageleistung, sondern eine Sacheinlage, dem wirtschaftlich Gewollten entsprechend, bewirkt wird. Die formale Barzahlung hatte keine befreiende Wirkung und der Inferent hatte die Einlage nochmals in Geld zu leisten. Diese seine Einlagepflicht umfasste den vollen Nennbetrag des Geschäftsanteils, auch wenn im Endeffekt keine Unterdeckung entstanden war, weil der Wert des Gegenstandes der verdeckten Sacheinlage nicht kleiner war als der Betrag der übernommenen Einlage; der Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstandes war also für die weiter bestehende Einlageverpflichtung unerheblich.³⁾

Nach der überwiegenden Auffassung wurde bei der *verdeckten Sachübernahme* das schuldrechtliche Verkehrsgeschäft über die Einbringung des Sachwerts entsprechend § 27 Abs. 3 S. 1 AktG aF als *unwirksam* angesehen, wobei auch die dinglichen Rechtsgeschäfte zur Ausführung der verdeckten Sacheinlage vom der BGH gem. § 27 Abs. 3 S. 1 AktG aF für unwirksam erachtet werden.⁴⁾

Diese Auffassung hatte den Vorteil, dass dadurch die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit für den Inferenten insofern gemildert wurden, als er, auch wenn er den Sacheinlagengegenstand bereits an die Gesellschaft geleistet hatte, weiter dinglich Berechtigter des Vermögensgegenstands blieb und es stand ihm ggf. in der Insolvenz der Gesellschaft ein Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO zu.⁵⁾

„Die *verdeckte Forderungseinbringung* hatte zur Folge, dass weder die Bareinlageforderung noch die wirtschaftlich als Sacheinlage eingebrachte Gesellschafterforderung durch Erfüllung erloschen sind.“⁶⁾

1) RGZ 141, 204, 210; 157, 213, 224.

2) Priester ZIP 1991, 345, 348 ff.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1731-1732, § 19, Rn. 159.

4) BGHZ 155, 329, 338 = NJW 2003, 3127.

5) Bormann GmbHR 2003, 1055-1056.

6) MünchKomm/Märtens, S. 1732, § 19, Rn. 160.

Um diese Rechtsfolgen zu mildern hat der Bundesgerichtshof ¹⁾ eine *Heilung* verdeckter Sacheinlagen durch *nachfolgende Satzungsänderung* zugelassen. ²⁾

Unter Befolgung aller Sacheinlagekautele des § 5 Abs. 4 GmbHG war in dem *Heilungsbeschluss* der zur Übertragung vorgesehene Gegenstand als Sacheinlagegegenstand festzusetzen. ³⁾

Gegenstand der Sacheinlage war in diesem Fall der dinglich unwirksam an die Gesellschaft übertragene Vermögensgegenstand, was voraussetzte, dass er noch hinreichend werthaltig war, um die Einlagepflicht im erforderlichen Umfang zu decken. Soweit der Vermögensgegenstand bei der Gesellschaft nicht mehr vorhanden sein und auch nicht mehr erlangbar sein sollte, können auch etwaige an seine Stelle tretende Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft eingelegt werden – Schadensersatzansprüche aus § 989, 990 BGB sowie Bereicherungsansprüche gem. § 812 bzw. § 816 BGB. Solche Ansprüche sind aber lediglich nur bei hinreichender Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft werthaltig. ⁴⁾

Es kam für die *Vollwertigkeit* auf den Wert des Einbringungsgegenstands zum Zeitpunkt der *Anmeldung* des Heilungsbeschlusses an. Nur dadurch konnten die Gesellschafter der gewollten Sacheinlage unter Wahrung der Prinzipien der präventiven Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht und der Publizität nachträglich eine rechtliche Grundlage verschaffen. ⁵⁾

Das große *Risiko* für den Inferenten bestand darin, dass die spätere Aufdeckung v.a. in der *Insolvenz* der Gesellschaft zu *gravierenden Konsequenzen* für den Inferenten führten, in diesem Stadium kam eine nachträgliche Heilung der verdeckten Sacheinlage gar nicht in Betracht: der Inferent blieb wegen der Unwirksamkeit auch des Ausführungsgeschäfts grundsätzlich weiterhin dinglich Berechtigter in Bezug auf den Sachwert. Aber bei späterer Aufdeckung der Umgehung befand sich der Sachwert häufig nicht mehr in der Verfügungsgewalt der Gesellschaft. Der verblei-

1) BGH Beschl. v. 4. 3. 1996 – II ZB 8/95, BGHZ 132,

141, 148 ff. = NJW 1996, 1473.

3) BGHZ 155, 329, 340 = NJW 2003, 3127.

4) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider, S. 157, § 9, Rn. 66.

2) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider, S. 157, § 9, Rn. 66.

5) MünchKomm/Märtens, S. 1733, § 19 Rn. 161.

bende Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft war in deren Insolvenz meist nicht mehr viel wert, so dass der Inferent im Ergebnis *noch einmal* seine *volle Einlage* an den Verwalter zahlen musste, von dem er aber keinen nennenswerten Ausgleich für den Verlust des Sachwerts erhielt. ¹⁾

b) Kritik der Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage

Vor allem Teil ein der Literatur sah wegen der beschriebenen Härten die so gestaltete Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage als *unrichtig*. Es wurde v. a. eine Gesetzeslücke verneint und die Handlungsfreiheit der Beteiligten unangemessen eingeschränkt. Nach dieser Ansicht wäre ausreichend, wenn in den Umgehungsfällen der sich auf die Erfüllungswirkung seiner Einlage-leistung berufende Inferent darlegen und nachweisen müsse, dass das Verkehrsgeschäft *nicht unangemessen* sei. ²⁾

2) Rechtslage nach MoMiG

a) Gesetzgebungsverfahren, Erfüllungslösung

Erst der *Regierungsentwurf* zum MoMiG *definierte* gesetzlich den *Tatbestand* der verdeckten Sacheinlage und zwar aufgrund der von der Rechtsprechung entwickelten Definition, nach der zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Die verdeckte Sacheinlage sollte – in Anlehnung an die Rechtslage bei ordnungsgemäß vereinbarten und offengelegten Sacheinlagen – einer *Differenzhaftung* unterstellt werden: Erreicht der Wert der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der *Anmeldung* der Gesellschaft bzw. zum Zeitpunkt ihrer effektiven Überlassung an die Gesellschaft, wenn diese zeitlich später erfolgt, den Betrag der übernommenen Einlage, so ist die *Einlagepflicht* vollständig *erfüllt*; bei fehlender Vollwertigkeit liegt eine Teilerfüllung vor und die *Differenz* ist in bar zu erbringen. Aufgrund der generellen *Reduzierung der Rechtsfolgen* verdeckter Sacheinlagen auf eine Differenzhaftung des Einlegers wird die Rechtslage erheblich vereinfacht und es sollte sichergestellt werden, dass der Gesellschafter die Einlage

1) MünchKomm/Märtens, S. 1733, § 19 Rn. 162.

2) Roth/Altmeyers, 5. Aufl. 2005, S. 363, § 19 Rn. 61.

wertmäßig *nur einmal leisten* muss.¹⁾

Diese sog. „*Erfüllungslösung*“ ist aber auf erhebliche Kritik gestoßen; sie bezog sich nämlich vor allem auf die Inkonsistenz, die sich daraus ergab, dass der Entwurfsvorschlag zwar vorgab, an der bisherigen Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage festzuhalten, der demnach weiterhin verbotenen verdeckten Sacheinlage aber gleichwohl Erfüllungswirkung beilegen wollte.²⁾

b) Anrechnungslösung im MoMiG

Auf diese Kritik hat der Rechtsausschuss des Bundestages reagiert und hat die Gesetz gewordene sog. „*Anrechnungslösung*“ vorgeschlagen. Diese Lösung beruhte darauf, dass die Einlageschuld bei verdeckter Sacheinlage nicht erfüllt wird und erst im Falle der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister eine Anrechnung des Wertes des Vermögensgegenstands auf die Einlageforderung erfolgt. Der Wert einer verdeckten Sacheinlage sollte auf die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters automatisch angerechnet werden. Auch wenn die Sacheinlage bereits vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eingebracht worden ist, erfolgt die Anrechnung nicht vor der Eintragung. Dadurch wird also klargestellt, dass der Geschäftsführer in der Anmeldung nach § 8 nicht die Versicherung abgeben kann und das Registergericht die Eintragung, auch wenn der Wert der verdeckten Sacheinlage den Wert der geschuldeten Geldeinlage erreicht, gemäß § 9 c GmbHG ablehnen kann. Die Anrechnungslösung führt also im Vergleich zu der Erfüllungslösung im Regierungsentwurf zu einer *stärkeren Sanktionierung* der verdeckten Sacheinlage.³⁾

III. Anwendungsbereich, Frist

§ 19 Abs. 4 GmbHG ist unmittelbar anwendbar bei der *Gründung* einer Gesellschaft, findet aber auch entsprechende Anwendung bei einer *Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen* aufgrund der Verweisung in § 56 Abs. 2 GmbHG.

1) RegE MoMiG, BT- Drucks. 16/6140, S. 40.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1734, § 19 Rn. 166.

3) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses

zum RegE MoMiG, BT – Drucks. 16/9737, S. 56.

Was die *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* betrifft, § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG schließt Sacheinlagen explizit aus. Auch hier greift also das *Verbot der verdeckten Sacheinlage* ein. Es ist aber umstritten, ob auch die in § 19 Abs. 4 GmbHG normierten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage – insbesondere die *Anrechnung des Werts* der Sacheinlage auf die Einlageforderung – auf die UG (haftungsbeschränkt) Anwendung finden.¹⁾

Die eine Ansicht²⁾ geht davon aus, dass die *Folgen einer verdeckten Sacheinlage* sich bei der UG (haftungsbeschränkt) nicht nach § 19 Abs. 4 GmbHG richten, da diese Vorschrift durch § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG i.V.m. § 134 BGB als speziellere Norm verdrängt wird. In der Konsequenz besteht daher entsprechend der gesetzlichen Regelung eine Bareinzahlungspflicht in der Höhe des Nennbetrags des übernommenen Geschäftsanteils, der Sacheinlagegegenstand (und eine möglicherweise dafür erbrachte Gegenleistung) sind gem. § 812 BGB zurückzugewähren. Unterschiedlich von einer Literaturauffassung folgt hieraus aber nicht zwangsläufig die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Übertragung des Sachgegenstands auf die UG (haftungsbeschränkt), da eine analoge Anwendung des § 27 Abs. 3 AktG auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung angesichts des nunmehr grundsätzlich anders strukturierten Sacheinlagerechts ausscheidet.³⁾

Märtens⁴⁾ – die Gegenansicht repräsentierend – behauptet dagegen, dass die im § 19 Abs. 4 GmbHG normierten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage bei der UG (haftungsbeschränkt) abzulehnen sind. Sonst würde die Anrechnung im Ergebnis wie eine Erfüllung der Bareinlagepflicht durch Sachleistung wirken und ist deshalb mit dem strikten Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht zu vereinbaren, wobei die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage bei der UG (haftungsbeschränkt) vielmehr denjenigen entsprechen, welche die Rechtsprechung vor dem MoMiG allgemein für die verdeckte Sacheinlage entwickelt hat.

Wenn aber die *GmbH im vereinfachten Verfahren* gemäß § 2 Abs.

1) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19 Rn. 172.

3) Wicke, S. 69.

2) v.a. Wicke, S. 69; L/H/Bayer, S. 238, § 5a Rn. 13.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19 Rn. 172.

1a GmbHG gegründet wird, ist die Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG unstrittig. Denn auch wenn die jeweilige Ziffer 3 der Musterprotokolle ausschließlich Geldeinlagen vorschreibt, handelt es sich doch auch bei der nach der Mustersatzung gegründeten Gesellschaft um eine „normale“ Gesellschaft, die – im Gegenteil zur UG (haftungsbeschränkt) – im Wege der Sachgründung errichtet werden kann.¹⁾

Übrigens, das Musterprotokoll allein dient der Kostenprivilegierung der Gründung, nicht aber der sonstigen Diskriminierung der so gegründeten Gesellschaften.²⁾

IV. Tatbestandsvoraussetzungen

1) Allgemeine Lage, Legaldefinition

Eine verdeckte Sacheinlage liegt nach der *Legaldefinition* in § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG vor, wenn eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist. Dies beruht also auf den von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien der *wirtschaftlichen Entsprechung* und der *Vorabsprache*.³⁾

A. Heidinger⁴⁾ sieht diese Legaldefinition aber *kritisch*, weil nach seiner Meinung die vielfältigen Abgrenzungsprobleme, ob überhaupt eine verdeckte Sacheinlage vorliegt oder nicht, uneingeschränkt bestehen bleiben, nach seiner Meinung kann insofern von Deregulierung keine Rede sein.

2) Wirtschaftliche Entsprechung (objektiver Tatbestand)

a) Grundfall

aa) Zusammenhang zwischen Geldeinlage und Vergütung

Die komplexen und zeitaufwendigen Vorschriften des Sacheinlage--rechts werden dadurch unterlaufen, dass der Gesellschafter, der zur Bareinlage verpflichtet ist, aufgrund eines Verkehrsgeschäfts der Gesellschaft einen Gegenstand *absprachegemäß* überträgt, und durch die dafür

1) MünchHGR/Freitag/Riemenschneider S. 158, § 9 Rn. 70.

3) RegE MoMiG, BT- Drucks. 16/6140, S. 40.

2) Herrler, DB 2008, 2347, 2349f.

4) Heckschen/Heidinger, S. 446, § 11 Rn. 305.

vereinbarte Vergütung die eingelegten Barmittel faktisch zurückerhält.¹⁾

Die wirtschaftliche Verbindung *zweier formal getrennter Vorgänge* bei der verdeckten Sacheinlage setzt in objektiver Hinsicht einen sachlichen Zusammenhang zwischen der Bareinlageleistung und der Zahlung der Vergütung voraus. Die Koppelung ist eindeutig bei *Aufrechnung oder Verrechnung* beider Ansprüche. Die Koppelung der Leistungen kann aber wegen der wirtschaftlichen Identität mit der Aufrechnung oder Verrechnung in einem bloßen Hin- und Herzahlen bestehen.²⁾

Im Falle eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Hin- und dem Herzahlen ist ein verrechnungsähnliches, verabredetes Hin- und Herzahlen zu vermuten³⁾; wobei die Reihenfolge der Zahlungen für die Bewertung als verdeckte Sacheinlage keine Rolle spielt.⁴⁾

Beim Rückfluss der Barmittel vermittelt des Verkehrsgeschäfts muss es sich wahrscheinlich nicht um die *gegenständlich* gerade vom betreffenden Gesellschafter *eingezahlten Geldmittel* handeln.⁵⁾ Auch wenn die Gesellschaft die Mittel für die Vergütung aufgrund eines *Darlehens* fremdfinanziert, spielt es für die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Verkehrsgeschäft und Barleistung keine Rolle.⁶⁾

Falls ein *Agio* (als Nebenleistung) vereinbart wurde, der Gesellschafter eine den Nennbetrag des Geschäftsanteils übersteigende Bareinzahlung vorgenommen hat und die für das Verkehrsgeschäft vereinbarte Vergütung *nicht* den Betrag des Agios übersteigt, handelt es sich grundsätzlich *nicht* um eine Umgehung der Sachgründungsvorschriften, denn „ein neben der Bareinlage gezahltes Agio unterfällt – anders als bei der AG – nicht den Kapitalaufbringungsvorschriften“. ⁷⁾

bb) Sacheinlagefähigkeit

Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Gegenstand der verdeckten Sacheinlage *sacheinlagefähig* sein.⁸⁾

Ist der Gegenstand der verdeckten Sacheinlage *nicht einlagefähig*,

1) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19 Rn. 174.

5) aM Mayer NJW 1990, 2593,2598.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1736, § 19 Rn. 175-176.

6) MünchKomm/Märtens, S. 1736, § 19 Rn. 177.

3) BGHZ 152, 37, 44f. = NJW 2002, 2347

7) Heckschen/Heidinger, S. 421, § 11 Rn. 174.

4) BGHZ 113, 335, 344 = NJW 1991, 1754.

8) L/H/Bayer, S. 589, § 19, Rn. 52.

zB bei obligatorischen Nutzungsrechten ohne Mindestdauer oder ohne feste Laufzeit oder bei Forderungen gegen den Einleger, dann finden die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage keine Anwendung. Es wäre unlogisch, wenn ein nicht einlagefähiger Gegenstand über die Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG im wirtschaftlichen Ergebnis verwendet werden könnte. Es würde auch die mit dem MoMiG geschaffene Regelung zum ausnahmsweise zulässigen Hin- und Herzahlen gem. § 19 Abs. 5 GmbHG, die subsidiär ggü. § 19 Abs. 4 GmbHG ist, weitgehend leer laufen, wenn der dort benannte Rückgewähranspruch gegen den Inferenten Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage gem. § 19 Abs. 4 GmbHG sein könnte.¹⁾

Aus der Nichtanwendbarkeit des § 19 Abs. 4 GmbHG folgt, falls nicht ein Fall des unzulässigen Hin- und Herzahlens vorliegt, dass die auf den nicht sacheinlagefähigen Gegenstand erbrachten Leistungen der Erfüllungswirkung der Einlageleistung nicht entgegenstehen – das ist wichtig für die Vergütung von Gesellschafter – Geschäftsführern, die folglich auch in der Gründungsphase entgeltlich tätig werden können.²⁾

cc) Gewöhnliches Umsatzgeschäft als Verkehrsgeschäft

Der BGH hat die mitunter geforderte generelle Ausnahme von den Regeln der verdeckten Sacheinlage für „normale“ Umsatzgeschäfte im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs der Gesellschaft abgelehnt.³⁾ Es würde den Grundprinzipien der Lehre von der verdeckten Sacheinlage widersprechen, wenn im Hinblick auf bestimmte Einlagegegenstände mit Rücksicht auf einen vorhandenen Marktpreis vom Erfordernis der Offenlegung und der präventiven Werthaltigkeitskontrolle abgesehen werden könnte; allerdings kann der Charakter des Verkehrsgeschäfts als gewöhnliches Umsatzgeschäft unter Umständen eine Rolle im Zusammenhang mit der Vermutung für eine Vorabsprache spielen.⁴⁾

1) MünchKomm/Märtens, S. 1737, § 19, Rn. 179.

2) BGH Ur. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 –

Qivive; aM Theusinger BB 2009, 183, 184.

3) BGH Ur. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06, NZG 2008,

311, 312 = NJW-RR 2008, 843.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1737, § 19 Rn. 181.

b) (Verdeckte) gemischte Sacheinlage

Die sog. „*gemischte Sacheinlage*“ ist gegeben, wenn ein Vermögensgegenstand übertragen wird, dessen Wert den Betrag der übernommenen Einlageverpflichtung übersteigt und für den der Gründer deshalb im Umfang der Einlageverpflichtung Geschäftsanteil(e), hinsichtlich des darüber hinausgehenden Wertes hingegen ein anderes Entgelt erhält.¹⁾

Im einfachsten Fall zahlt die Gesellschaft den die Einlageverpflichtung übersteigenden Betrag an den Gesellschafter, aber die Vergütung kann auch auf andere Weise erfolgen. Es wird also häufig hinsichtlich des überschießenden Wertes ein Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft vereinbart, aber auch die Übernahme von Schulden des Gesellschafters kann ein Entgelt darstellen, das zu einer gemischten Sacheinlage führt. Wenn eine gemischte Sacheinlage vorliegt, unterfällt grds. der Einbringungsvorgang im Ganzen den Sachgründungskautele, also die Werthaltigkeit des einzubringenden Sachgegenstandes ist auch hinsichtlich des nicht durch Gewährung von Gesellschaftsrechten vergüteten Teils darzulegen und der registerrechtlichen Kontrolle zu unterziehen.²⁾

Es handelt sich um *verdeckte gemischte Sacheinlage*, wenn die Sacheinlagevorschriften nicht oder nicht bezüglich der gesamten Sacheinbringung eingehalten werden.³⁾

Also, auch wenn der Wert des mit dem Verkehrsgeschäft eingebrachten Gegenstands den Nennbetrag des Geschäftsanteils *erheblich übertrifft*, ist die *wirtschaftliche Entsprechung* gegeben.⁴⁾

Nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁾ finden auf die verdeckte gemischte Sacheinlage die Regeln der verdeckten Sacheinlage Anwendung, und zwar mindestens bei einem *unteilbaren Einlagegegenstand* – hinsichtlich des ganzen Einbringungsvorgangs.⁶⁾

1) BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 „Rheinmöve“.

2) Benz, S. 20 - 21.

3) Benz, S. 21.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1737, § 19, Rn. 182.

5) BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 „Rheinmöve“; BGH Urt.

v. 20.11.2006 – II ZR 176/05 „Warenlager“ (zur AG);

BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 „Lurgi“ (zur AG).

6) Benz, S. 21.

c) (Verdeckte) Mischeinlage

Bei der *offenen Mischeinlage* wird vereinbart, dass der Gesellschafter einen bestimmten Teilbetrag der von ihm übernommenen Stammeinlage durch Sachleistung, den Rest durch Geldeinlage erbringt.¹⁾

Bei der verdeckten Mischeinlage ist dann der an den Gesellschafter zurückfließende Betrag geringer als die von ihm zu erbringende Geldeinlage. Das ist im § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG so ausgedrückt, dass die Abrede auch „*teilweise* als Sacheinlage zu bewerten ist“.²⁾

d) Verdeckte Einbringung von Gesellschafterforderungen

Nach ganz hM. können die Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft als verdeckte Sacheinlage eingebracht werden, sie müssen aber bereits entstanden sein oder mindestens ihr Wirksamwerden darf nicht ungewiss sein, sacheinlagefähig sind daher nicht künftige oder bedingte Forderungen. Bei der Bewertung ist die Forderung jedoch nur dann mit ihrem Nominalwert anzusetzen, falls sie *fällig, vollwertig* und *liquide* ist. Diese Grundsätze gelten auch für verdeckte Sacheinlage, namentlich bei der Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG.³⁾

Eine sog. „*Altforderung*“ liegt vor, wenn die Forderung bereits im Zeitpunkt der Begründung der Einlageverpflichtung bestand; eine „*Neuforderung*“ besteht definitionsgemäß bei Begründung der Einlageverpflichtung noch nicht – künftige Forderungen sind aber nach allgemeinen Grundsätzen nicht sacheinlagefähig.⁴⁾

Aber nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist auch die verdeckte Einbringung von Neuforderungen als verdeckte Sacheinlage zu bewerten, wenn die Begründung der Forderung bereits bei Entstehen der Einlageverpflichtung definitiv abgesprochen war.⁵⁾

Der entscheidende Unterschied zu den Fällen nicht sacheinlagefähiger Gegenstände, bei denen der BGH eine verdeckte Sacheinlage verneint, ist, dass sich hier die mangelnde Sacheinlagefähigkeit

1) Benz, S. 21.

4) Benz, S. 41.

2) Benz, S. 21 und 173.

5) BGH, Beschl. v. 4.3.1996 – II ZB 8/95.

3) Benz, S. 40-41.

nicht aus der Natur des Gegenstandes ergibt, sondern lediglich daraus, dass ihn der Gesellschafter im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht besitzt – diese Hinsicht ist aber für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht relevant. Andernfalls ließe sich diese stets ganz einfach dadurch umgehen, dass sich der Inferent den betreffenden Gegenstand erst kurze Zeit nach Begründung der Einlageverpflichtung verschafft.¹⁾

Es steht fest, dass auch die verdeckte Einbringung von Neuforderungen den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage verwirklichen kann.²⁾ Dem Kriterium einer vorherigen Absprache über die Einbringung der künftigen Forderung, das der BGH bei der verdeckten Einbringung von Neuforderungen anders als bei Altforderungen hervorgehoben hat, kommt keine eigenständige Bedeutung mehr zu – der Tatbestand des § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG erfordert so eine Abrede ausnahmslos bei allen Einlagegegenständen, egal ob es dabei um eine Alt- oder Neuforderung oder eine andere Sachleistung geht.³⁾

Im Übrigen gilt im Ergebnis selbst dann nichts anderes, wenn die Verrechnung einer solchen Neuforderung mit der Resteinlageschuld des Gesellschafters nicht vorabgesprochen war, denn auch dann tilgt die zur Verrechnung gestellte oder hin- und hergezahlte Gesellschafterforderung die (Rest-) Einlageschuld nur in Höhe ihres tatsächlichen Wertes.⁴⁾

Wenn eine Neuforderung verdeckt eingebracht wurde, gelten für die Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG zunächst allgemeine Grundsätze. Entscheidend ist der tatsächliche objektive Wert der Forderung, mit ihrem Nominalwert kann sie daher nur berücksichtigt werden, falls sie vollwertig, fällig und liquide ist, wobei die Anrechnung erst dann erfolgen kann, wenn die Forderung entstanden und der Gesellschaft überlassen worden ist, diese also von ihrer Verbindlichkeit befreit wurde. Das ist zugleich der für die Bewertung maßgebliche Zeitpunkt, sofern die Anmeldung nicht erst später erfolgt. Kumulativ erforderliche Voraussetzung für die Anrechnung ist die Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung im Handelsregister.⁵⁾

1) Benz, S. 42.

4) L/H/Bayer, S. 592, § 19 Rn. 58.

2) L/H/Bayer, S. 592, § 19 Rn. 58.

5) Benz, S. 43.

3) Benz, S. 42-43.

e) Cash-Pooling

Cash-Pooling ist ein Instrument der Konzernfinanzierung; rechtlich läßt es sich vereinfacht als ein System wechselseitiger Darlehungsverträge bezeichnen.¹⁾ Zentrales Cash Management mit einem *Liquiditäts-ausgleich*, der unter Beteiligung einer Bank über ein zentrales Konto, sog. „Zielkonto“, bei einer Zentralgesellschaft organisiert wird und an dem die Mutter - sowie sämtliche Tochter und Enkelgesellschaften usw. teilnehmen, gehört zur Finanzierungspraxis insbesondere größerer Konzerne. Aus der wirtschaftlichen Betrachtung ist so ein Cash-Pooling für den Konzern und alle beteiligten Unternehmen grds. vorteilhaft. Obwohl v.a. aufgrund des sog. „Novemberurteils“²⁾ der BGH klargelegt hatte, dass Cash Pooling-Systeme mit dem geltenden Recht der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in Konflikt geraten können; hat sich diese Rechtslage mit MoMiG verändert.³⁾

Das *ökonomisch sinnvolle Cash-Pooling* soll – aufgrund der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise, die in § 19 Abs. 5 für Kapitalaufbringung und in § 30 Abs. 1 S. 2 HS 2 für Kapitalerhaltung normiert wird – ermöglicht werden.⁴⁾

Falls sich idR im Rahmen einer Kapitalerhöhung vor der Einlageleistung auf dem Zielkonto für die Gesellschaft ein *negativer Saldo* ergab, so dass eine Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Inferenten oder der ihr zuzurechnenden Zentralgesellschaft bestand, liegt dann in der Zuführung der Mittel, die anschließend mit der Schuld verrechnet wird, eine verdeckte Sacheinlage, die unzulässig ist. Die fortbestehende Einlageverpflichtung wird jedoch im Wege der *Anrechnung* gem. § 19 Abs. 4 S. 3 und 4 GmbHG *getilgt*, wobei aber der Geschäftsführer bei der Anmeldung idR eine falsche Versicherung abgibt.⁵⁾

Wenn aber der *Saldo* für die GmbH *positiv* war, fließt die Einlage zugunsten des Inferenten bzw. anderer Konzerngesellschaften in den Cash Pool zurück, eine solche Konstellation führt nach § 19 Abs. 5 GmbHG zur Erfüllung, sofern die Ansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Cash Pool

1) Benz, S. 46.

4) RegE MoMiG, BT- Drucks. 16/6140, S. 34-35 u. 41.

2) BGH 157, 72 vom 24. 11. 2003

5) L/H/Bayer, S. 611, § 19, Rn. 105.

3) L/H/Bayer, S. 611, § 19, Rn. 104.

vollwertig und fällig bzw. jederzeit fällig stellbar sind. Bei der Anmeldung gem. § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG werden die Geschäftsführer regelmäßig Angaben zur Vollwertigkeit der gegen den Cash Pool gerichteten Forderung machen und die Nachweise darüber vorlegen müssen. Falls ein negativer Saldo durch die Einlageleistung positiv wurde, dann liegt ein Fall einer verdeckten Mischeinlage vor. Was die Höhe des Negativsaldos betrifft, gilt das oben über den negativen Saldo Gesagte; für den überschießenden, positiven Betrag gilt, was oben über den positiven Saldo gesagt wurde.¹⁾

Man kann zusammenfassen, dass der Gesetzgeber durch MoMiG das Cash Pooling auf keinen Fall generell für zulässig erklärt hat, Kapitalaufbringung im Cash Pool bei Sollsaldo der Gesellschaft ist (nach wie vor) unzulässig. Durch MoMiG sollten nur die bisherigen faktisch prohibitiven Hürden abgebaut werden und den finanziell gesunden Konzernen Cash Pool als Form der Innenfinanzierung ermöglicht werden.²⁾

f) Leistung an Erfüllung statt

Leistung an Erfüllung statt iSd § 364 BGB fällt auch unter § 19 Abs. 4 GmbHG, wenn also die Gesellschaft, vertreten durch ihre Geschäftsführer, anstelle der geschuldeten Bareinlage eine Sacheinlage entgegennimmt (oder anstelle der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Sacheinlage einen anderen Sachgegenstand). Auch in diesem – in § 19 Abs. 5 Alt. 1 aF GmbHG vormals explizit geregelten – Falle ist § 19 Abs. 4 nF GmbHG entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass die entgegengenommene Sacheinlage auf die Bareinlagepflicht anzurechnen ist, soweit sie werthaltig ist.³⁾

3) Abrede (subjektiver Tatbestand)

a) Allgemeine Lage

Es war lange Zeit umstritten, ob die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage ein *subjektives Element* enthält.⁴⁾ Eine Meinung legte der verdeckten Sacheinlage ein rein objektives Verständnis zugrunde⁵⁾; das andere Extrem beruhte auf der Auffassung, dass eine ausdrückliche

1) L/H/Bayer, S. 612, § 19, Rn. 106.

4) Hasche, S. 154.

2) L/H/Bayer, S. 612, § 19, Rn. 108.

5) Müller-Eising, S. 125 ff.

3) Wicke, S. 189-190, § 19 Rn. 24.

Umgehungsabsicht erforderlich sei. Der BGH hat diese Streitfrage zunächst offen gelassen¹⁾, sich dann aber der vermittelnden Auffassung angeschlossen, die zwar keine Umgehungsabsicht, wohl aber eine Abrede fordert.²⁾

Aufgrund der MoMiG-Reform wurde diese Ansicht durch den Gesetzgeber im Tatbestand des § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG umgesetzt, wodurch der Streit um das Erfordernis eines subjektiven Elements bei der verdeckten Sacheinlage endgültig entschieden wurde. Nicht hinreichend deutlich hat aber der Gesetzgeber zu den Fragen Stellung genommen, welche inhaltlichen Anforderungen so eine Abrede erfüllen muss, zu welchem Zeitpunkt sie vorliegen muss und inwieweit den Gläubigern Beweiserleichterungen zuzubilligen sind.³⁾

b) Parteien der Abrede

Bei Gründung einer Gesellschaft wird die Abrede über die verdeckte Sacheinlage grundsätzlich zwischen dem Bareinleger und seinen Mitgesellschaftern getroffen.⁴⁾ Sie kann aber auch zwischen dem einlagepflichtigen Gesellschafter und dem Geschäftsführer erfolgen, und zwar auch, wenn die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingetragen ist.⁵⁾

Bei einer Kapitalerhöhung wird die verdeckte Sacheinlage idR zwischen dem Inferenten und der Gesellschaft (vertreten durch ihre(n) Geschäftsführer) vereinbart; es reicht aber auch aus, wenn die Gesellschafter eine entsprechende Abrede untereinander treffen und der Geschäftsführer die ausdrückliche oder konkludente Weisung zum Abschluss und Vollzug des Sachgeschäfts befolgt.⁶⁾

Bei der *Einpersonengesellschaft* reicht für die subjektive Seite allerdings ein entsprechendes Vorhaben des alleinigen Gründungsgesellschafters aus.⁷⁾

1) BGH, Urt. v. 21.2.1994 – II ZR 60/93.

2) BGH, Urt. v. 4.3.1996 – II ZR 89/95.

3) Benz, S. 72.

4) L/H/Bayer, S. 591, § 19 Rn. 54.

5) MünchKomm/Märtens, S. 1742, § 19 Rn. 200.

6) Benz, S. 72.

7) BGH, Urt. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06.

c) Inhaltliche Anforderungen an die Abrede

Die Abrede muss den wirtschaftlichen Erfolg der Sacheinlage umfassen.¹⁾ „Vielfach wird betont, dass diese Abrede nicht die Form eines rechtswirksamen Vertrags zu haben braucht. Das ist schon deshalb richtig, weil eine solche Abrede gar nicht wirksam sein kann.“²⁾

Den Beteiligten muss bei der Abrede *nicht unbedingt bewusst* sein, dass sie mit ihrem Vorhaben die Regeln über die Kapitalaufbringung verletzen, er reicht vielmehr ein *natürlicher Vorsatz*, bzw. dass nach dem Willen der Beteiligten im wirtschaftlichen Ergebnis eine nicht in Geld bestehende Einlageleistung bewirkt werden soll.³⁾

Die Vorabsprache kann aber auch *stillschweigend* durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck kommen; nicht ausreichend ist es aber, wenn die Beteiligten noch keine bestimmten Vorstellungen über die Mittelaufbringung haben und sich lediglich die spätere Möglichkeit der Sacheinbringung offen halten wollen.⁴⁾

Nur die einseitige Absicht oder die bloße Erwartung des Gesellschafters, die Gesellschaft werde einen Gegenstand von ihm erwerben, soll nicht genügen.⁵⁾

Es handelt sich aber um *keine verdeckte Sacheinlage*, falls die Geschäftsführung aufgrund einer *Verwendungsabsprache* verpflichtet wird, mit der durch die Barleistung zugeführten Mittel in einer bestimmten Weise zu verfahren, bspw. die Forderung eines bestimmten Gläubigers zu erfüllen. So eine Umsetzung einer Investitionsentscheidung der Gesellschafter durch die Geschäftsführung ist eine durchaus zulässige Maßnahme der Geschäftspolitik; die Mittel dürfen nur weder unmittelbar noch mittelbar über nahe stehende Dritte an den Gesellschafter zurückfließen.⁶⁾

1) BGH, Urt. v. 20.11.2006 – II ZR 176/05 „Warenlager“

2) Hasche, S. 154.

3) L/H/Bayer, S. 590, § 19 Rn. 54

4) BGHZ 152, 37, 44 = NJW 2002, 2347.

5) Benz, S. 75.

6) MünchKomm/Märtens, S. 1742, § 19, Rn. 198.

d) Maßgeblicher Zeitpunkt der Vorabsprache

Gemäß § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG muss die Abrede „*im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage*“ getroffen sein.

Die *Abrede* muss also zum *Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages* (bzw. der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung) stattfinden.¹⁾

Nach Märtens²⁾ knüpft die Anwendung der Sacheinlageregeln bei der verdeckten Sacheinlage an den Umstand an, dass die Beteiligten bei wirtschaftlicher Betrachtung den Erfolg einer Sacheinlage herbeiführen wollten, dies aber nicht gemäß den gesetzlichen Regeln im Gesellschaftsvertrag offen gelegt haben; die Anwendung der Sacheinlageregeln lässt sich deshalb in denjenigen Fällen rechtfertigen, in denen die Beteiligten bereits zum Zeitpunkt der Beurkundung der Bareinlageverpflichtung etwas anderes als eine Bareinlage beabsichtigen.

Wird die Verknüpfung zwischen Einlageleistung und Verkehrsgeschäft bzw. Forderungstilgung erst *nachträglich verabredet*, finden die Regeln der verdeckten Sacheinlage keine Anwendung, die Erfüllung der Bareinlagepflicht kann dann allenfalls noch wegen Verstoßes gegen §§ 19 Abs. 2 S. 2 (Aufrechnungsverbot) oder S. 1 (Verbot der Annahme an Erfüllung statt) GmbHG ausgeschlossen sein. Falls es sich um die *Mindesteinlage* handelt, dann kann es in diesen Fällen darüber hinaus auch an der gem. § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlichen Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführer fehlen.³⁾

e) Vermutung einer Abrede bei sachlichem und zeitlichem Zusammenhang

Eine Vermutung spricht für eine Vorabsprache, wenn zwischen der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung und dem Verkehrsgeschäft ein *enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang* besteht.⁴⁾

Nach ganz hM. ist der „*enge sachliche und zeitliche Zusammenhang*“ zwischen der *Übernahme der Einlage* und der *Vornahme des Sachgeschäfts* keine zwingende Voraussetzung der verdeckten

1) BGHZ 152, 37, 44 = NJW 2002, 2347; ebenso Benz, S. 78.

3) BGHZ 152, 37, 44 = NJW 2002, 2347.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1743.

4) BGHZ 152, 37, 44 = NJW 2002, 2347.

Sacheinlage; trotzdem kommt ihm in der Praxis eine große Bedeutung zu, weil ggf. das Vorliegen der für den subjektiven Tatbestand erforderlichen Abrede vermutet werden kann.¹⁾

aa) Sachlicher Zusammenhang

Der sachliche Zusammenhang ist grundsätzlich *indiziert*, wenn der objektive Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt ist, also der Gesamtvorgang wirtschaftlich einer Sacheinlage entspricht.²⁾ Nach Märtens³⁾ ist ein *sachlicher Zusammenhang* regelmäßig zu bejahen, falls der jeweilige Vermögensgegenstand bereits bei Gründung bzw. bei Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses hätte eingebracht werden können.

Die Tatsache, dass es sich bei dem Verkehrsgeschäft um ein „gewöhnliches Umsatzgeschäft“ im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs“ handelt, schließt aber eine verdeckte Sacheinlage nicht aus. Dann ist die Vermutung einer vorabgesprochenen verdeckten Sacheinlage wegen der Üblichkeit des Vorgangs nicht ohne weiteres gerechtfertigt; der Inferent muss insoweit jedoch den Charakter als normales Umsatzgeschäft und die Abwicklung zu marktüblichen Preisen und Konditionen darlegen und ggf. nachweisen.⁴⁾

Verschiedene Beträge von Einlage und Übernahme widerlegen allerdings keineswegs die Vermutung einer Vorabsprache, denn es sind auch gemischte Sacheinlagen oder Mischeinlagen als verdeckte Sacheinlagen möglich.⁵⁾ Im Falle einer *verdeckten Forderungseinbringung* geht es bei der Prüfung des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Kapitalmaßnahme und der Forderungstilgung darum, ob die Tilgung der Forderung lediglich im Hinblick auf die Leistung der Einlage erfolgt. Dem Gesellschafter, dem eine demnächst fällige Forderung gegen die Gesellschaft zusteht, soll aber nicht durch einen zu engen Maßstab bei der Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs grundsätzlich unmöglich werden, sich überhaupt noch an einer geplanten Kapitalmaßnahme zu beteiligen.⁶⁾

1) Benz, S. 79.

4) L/H/Bayer, S. 592, § 19 Rn. 57.

2) Benz, S. 86.

5) aM Mayer NJW 1990, 2593, 2598.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1743, § 19 Rn. 204.

6) MünchKomm/Märtens, S. 1744, § 19 Rn. 206.

bb) Zeitlicher Zusammenhang

Für den die Vermutung auslösenden zeitlichen Zusammenhang ist die *Zeitspanne* zwischen der *Gründung* bzw. dem Kapitalerhöhungsbeschluss einerseits und den Zahlungs- bzw. Verrechnungsvorgängen andererseits von Bedeutung.

„Entgegen teilweise geäußerten Forderungen verzichtet der Entwurf auf die Normierung einer festen Frist für den zeitlichen Zusammenhang zwischen der Übernahme der Geldeinlage und dem Verkehrsgeschäft, den die Rechtsprechung als Indiz für eine Abrede über den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage wertet. Eine solche Frist wäre in jedem Fall leicht zu unterlaufen; zudem dürfte infolge der erheblichen Abmilderung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen für den Gesellschafter zugleich das Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung sinken. Angesichts dessen würde eine solche ausdrückliche gesetzliche Fristenregelung eher eine zusätzliche Komplizierung des positiven Rechts anstelle einer Vereinfachung bringen. Die Rechtsprechung ist aber weiterhin frei, die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage innerhalb der gegebenen Definition zu entwickeln und Beweisregeln mit Zeitfaktoren zu verbinden.“¹⁾

In der Praxis wird häufig eine *Zeitspanne* von ca. *sechs Monaten* als Grenze für den die Vermutung auslösenden zeitlichen Zusammenhang angeführt. Es handelt sich aber nur um eine grobe Orientierungshilfe. Damit ist also nicht gesagt, dass die Vermutung nach Ablauf dieser Frist grundsätzlich nicht mehr greifen kann; vielmehr sollen mit dem Merkmal des zeitlichen Zusammenhangs nur diejenigen Geschäfte vom Anwendungsbereich der Vermutung ausgenommen werden, die wegen ihrer zeitlichen Ferne zum Gründungsvorgang bzw. Kapitalerhöhungsbeschluss mit diesem äußerlich keine Einheit mehr bilden. In der Rechtsprechung wurde die Vermutung bisher zB ohne eine starre Grenze festzulegen, nach einem Zeitablauf von dreieinhalb Monaten angewendet, bei Zeiträumen von drei Jahren bzw. acht Monaten hingegen als nicht mehr einschlägig angesehen.²⁾

1) RegE MoMiG, BT- Drucks. 16/6140, S. 41.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1745, § 19, Rn. 208.

Der zeitliche Zusammenhang zwischen der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung und dem Verkehrsgeschäft ist aber lediglich ein die Vermutung der Vorabsprache auslösender Umstand, es ist *kein notwendiges Tatbestandsmerkmal* der verdeckten Sacheinlage.¹⁾

Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage können natürlich Anwendung finden, wenn die Abwicklung des Verkehrsgeschäfts *gezielt* mit der *Absicht verzögert* wird, den zeitlichen Zusammenhang mit dem Einlageversprechen zu zerstören, um so die Aufdeckung der verdeckten Sacheinlage zu erschweren.²⁾

4) Einschaltung Dritter

a) Grundsatz

Auch wenn Dritter auf Seiten der Gesellschaft oder des Gesellschafters eingeschaltet ist, kann eine verdeckte Sacheinlage vorliegen.³⁾ Die Prüfung von Sachverhalten auf die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage wird aber häufig gerade durch Beteiligung Dritter erschwert. Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage ist auch bei *fehlender Personenidentität* erfüllt, wenn der *Einlageschuldner* durch die Leistung an den Dritten *mittelbar in gleicher Weise begünstigt* wird wie in dem Fall, dass an ihn selbst geleistet worden wäre.⁴⁾

b) Fallgruppen

aa) Treuhandverhältnisse

Wenn der Inferent den Geschäftsanteil als Treuhänder oder sonst für Rechnung eines Dritten hält und die Vergütung aus dem Verkehrsgeschäft über die Einbringung des Sachwerts nicht dem Gesellschafter, sondern dem Dritten zufließt, sind die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage anzuwenden. In diesem Fall ist der Dritte als *Treugeber mittelbarer Gesellschafter*, so dass die ihm zugeflossenen Leistungen dem unmittelbar Beteiligten zuzurechnen sind. Ebenso handelt es sich um eine verdeckte

1) BGHZ 132, 133, 140 = NJW 1996, 1286.

4) Michalski/ Ebbing, S. 1431, § 19, Rn. 149;

2) NZG 1999, 28 = NJW-RR 1999, 258.

BGHZ 132, 133, 136 = NJW 1996, 1286.

3) L/H/Bayer, S. 594, § 19, Rn. 61.

Sacheinlage, falls umgekehrt der Dritte als Treuhänder oder anderweit Beauftragter des Inferenten für dessen Rechnung das Verkehrsgeschäft mit der Gesellschaft abschließt und abwickelt.¹⁾

Der Dritte und der Inferent sind auch hier im Hinblick auf die Kapitalaufbringung als Einheit anzusehen und die von der Gesellschaft an den Dritten geleisteten Zahlungen wie solche an den Gesellschafter zu behandeln; ist in den Treuhandfällen ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Begründung der Einlagepflicht und der Abwicklung des Verkehrsgeschäfts gegeben, erstreckt sich die Vermutung der Vorabsprache auch auf die Einbeziehung des Dritten.²⁾

bb) Verwandtschaftsverhältnisse

Ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und einem Dritten, von dem die Gesellschaft in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang einen Gegenstand erwirbt, wird je nach Sachlage häufig ein Indiz für eine getroffene Absprache sein, *Familienbeziehungen* allein können als solche wegen Art. 6 Abs. 1 GG jedoch noch nicht zu einer Beweislastumkehr führen.³⁾

Den in solchen Fällen regelmäßig bestehenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten der Gesellschaft kann jedoch mit der aus § 138 Abs. 2 ZPO abzuleitenden sekundären Behauptungslast des Gegners der beweispflichtigen Partei begegnet werden. Dem Gegner kann es danach im Einzelfall obliegen, nähere Angaben zu Umständen zu machen, die zu seinem Wahrnehmungsbereich, nicht aber zu dem der beweisbelasteten Partei gehören.⁴⁾

cc) Verbundene Unternehmen

(1) Grundsatz

Im Rahmen der Konzerne entstehen oft Konstellationen, in denen der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt ist.

1) MünchKomm/Märtens, S. 1745, L/H/Bayer, S. 594

4) MünchKomm/Märtens, S. 1746, § 19, Rn. 213;

2) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, S. 670, § 19, Rn. 151.

BGHZ 140, 156, 158 = NJW 1999, 579.

3) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, S. 670, § 19, Rn. 152.

Die Regeln über die verdeckte Sacheinlage finden Anwendung, wenn die Barleistung an ein Drittunternehmen weitergeleitet wird, an dem der Einleger *maßgeblich beteiligt* ist. Um maßgeblich beteiligt zu sein reicht eine *Mehrheitsbeteiligung* aus, aufgrund deren der Gesellschafter beherrschenden Einfluss auf das Drittunternehmen ausüben kann, wobei grundsätzlich gem. § 47 Abs. 1 GmbHG eine *einfache Mehrheit* bzw. die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht, also unter dem Vorbehalt, dass keine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag verankert wurde. Für eine Zurechnung ist auch ausreichend, wenn die Gesellschafter mit denjenigen des Drittunternehmens identisch sind.¹⁾

(2) Verkehrsgeschäft zwischen der Gesellschaft und Schwesterunternehmen

Relativ einfach zu beurteilen sind die Fälle, in denen der Vertragspartner des Inferenten aus dem Verkehrsgeschäft über den Sachwert entsprechend § 17 AktG direkt oder über eine Abhängigkeitskette von dem an der Gründung/Kapitalerhöhung beteiligten Unternehmen abhängig ist oder ein Konzernverhältnis entsprechend § 18 AktG besteht – hier ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ungeachtet der nicht vorhandenen Personenidentität eine verdeckte Sacheinlage gegeben. Wenn eine Tochtergesellschaft sich in einem mehrstufigen Konzern an einer Kapitalmaßnahme der Enkelin beteiligt, die ihrerseits ein Verkehrsgeschäft mit einer weiteren Tochtergesellschaft abschließt, an der die Inferentin weder mittelbar noch unmittelbar beteiligt ist, liegt eine verdeckte Sacheinlage mangels Rückflusses der Einlage an ein mit der Inferentin verbundenes Unternehmen nicht vor; etwas anderes gilt aber indes, wenn das Verkehrsgeschäft auf Rechnung der Konzernmutter abgeschlossen wird und mithin ein Rückfluss der Barmittel an diese erfolgt.²⁾

(3) Verkehrsgeschäft zwischen Mutter und Enkel der Gesellschaft

Wenn sich in einem mehrstufigen Konzern ein Tochterunternehmen an einer Kapitalmaßnahme der Enkelgesellschaft beteiligt und wenn das

1) BGHZ 153, 107, 111 = NJW 2003, 825; BGHZ 125, 141, 144 = NJW 1994, 1477.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1747, § 19, Rn. 215.

Verkehrsgeschäft zwischen der Enkelgesellschaft und dem Mutterunternehmen abgewickelt wird, dann greift das Abhängigkeitskriterium nicht, weil das Mutterunternehmen nicht von der eigenen Tochter abhängig ist; unter dem Aspekt des treuhandähnlichen Verhältnisses liegt jedoch in solchem Fall eine verdeckte Sacheinlage vor.¹⁾

(4) Verkehrsgeschäft zwischen Inferent und Tochter der Gesellschaft

Leistet der Gesellschafter im Rahmen einer Barkapitalerhöhung seine Bareinlage an die Obergesellschaft, diese das Geld an das Tochterunternehmen weiterleitet, welches damit vom Gesellschafter wiederum den Sachwert durch Kaufvertrag erwirbt, handelt es sich um einen Fall der verdeckten Sacheinlage. Der Gesellschafter erhält dann seine Bareinlage zurück, und der Gesellschaft fließt im wirtschaftlichen Ergebnis anstatt der im Kapitalerhöhungsbeschluss ausgewiesenen Bareinlage etwas anderes als Geld zu, nämlich die Werterhöhung, die ihre Beteiligung am Tochterunternehmen dadurch erfährt, dass dessen Vermögen um den Sachwert erhöht worden ist.²⁾

Es wird teilweise sog. „*offen gelegte Umgehung*“ vorgeschlagen, um die Folgen der verdeckten Sacheinlagen zu vermeiden, die Festlegung einer Bareinlage und geplante Weitergabe an Tochterunternehmen zum Zwecke des Erwerbs des Sachwerts vom Einleger im Kapitalerhöhungsbeschluss offen zu legen und bei der Anmeldung einen entsprechenden Sachgründungsbericht gem. § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG vorzulegen. Diese Lösung wird aber kritisiert, weil sie die Schwächen vor allem im Rahmen der Differenzhaftung gem. § 9 GmbHG aufweist, da es „einerseits wegen der formell vereinbarten Bareinlage für die Ermittlung einer Unterdeckung an dem Maßstab des Anrechnungsbetrages auf den Nennbetrag des Geschäftsanteils fehlt und andererseits durch eine etwaige Wertunterschreitung nur das Vermögen der Tochter, nicht aber das der die Kapitalmaßnahme treffenden Muttergesellschaft betroffen ist“.³⁾

Als Lösungsweg bejaht Märtens⁴⁾ hingegen, dass auf die

1) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, S. 671, § 19, Rn. 153.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1748, § 19, Rn. 218.

2) Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz S. 672, § 19, Rn. 155.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1748, § 19, Rn. 220.

Abwicklung über einen Kaufvertrag zwischen Inferent und Tochterunternehmen verzichtet werden soll und statt dessen eine Sachkapitalerhöhung bei der Obergesellschaft durchgeführt werden soll, wobei der Einlagegegenstand in der Erhöhung des Wertes der Beteiligung am Tochterunternehmen besteht, die infolge einer unentgeltlichen Überführung des Sachwerts durch den Inferenten in das Vermögen des Tochterunternehmens eintritt. Die Erhöhung des Wertes der Beteiligung am Tochterunternehmen durch den Zufluss des Sachwerts hat einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert, der effektiv in das Gesellschaftsvermögen einfließt und zumindest im Rahmen der Veräußerung und Verwertung des Gesamtunternehmens veräußerbar und verwertbar ist. Nach Übertragung des Sachwerts an das Tochterunternehmen vom Inferenten kann der Wertzuwachs der Gesellschaft nicht einseitig entzogen werden.¹⁾

V. Rechtsfolgen

1) Allgemein

Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlagen wurden aufgrund des MoMiG wesentlich *neu gestaltet*; sie wurden vor allem interessengerecht *entschärft*. Wenn feststeht, dass der Gesellschaft ein bestimmter geldwerter Vorteil als Einlage effektiv zugekommen und verblieben ist, braucht in der Krise die Insolvenzmasse nicht nochmals um denselben Betrag angereichert zu werden, wie es die alte Regelung prinzipiell vorsah. Die Tatsache bleibt bestehen, die verdeckte Sacheinlage stellt einen Verstoß gegen die zwingenden Anforderungen des § 5 Abs. 4 GmbHG dar und unterläuft den damit verfolgten Schutzzweck der präventiven Risikokontrolle. Diese Gesetzesverletzung muss also *sanktioniert bleiben*, um die Beachtung des § 5 Abs. 4 GmbHG erzwingen zu können; es muss aber zugleich im Verhältnis zu den Ausgleichsmechanismen, die im Rahmen des § 5 Abs. 4 GmbHG eingerichtet sind, namentlich der Differenzhaftung nach § 9 GmbHG, ein „Sanktionsgefälle“ wirksam werden.²⁾

1) MünchKomm/Märtens, S. 1748-1749, § 19, Rn. 220.

2) Roth/Altmeyen, S. 416-417, § 19, Rn. 72.

2) Situation vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister

a) Keine Erfüllung der Einlagepflicht

Wenn die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage erfüllt sind, hat die Leistung der Bareinlage keine Erfüllungswirkung, bzw. der Gesellschafter wird dadurch von seiner Einlageverpflichtung nicht befreit. Diese Konsequenzen weichen von der in § 19 Abs. 4 S. 1 RegE des MoMiG¹⁾ vorgesehenen Erfüllungslösung ab. Die verbleibende Forderung ist also die ursprüngliche Einlageforderung des Gesellschafters aus der Übernahme des Geschäftsanteils und es gelten für sie Vorschriften der §§ 19-25 GmbHG uneingeschränkt, d.h. dass die Aufrechnung des Inferenten gegen diese Forderung gem. § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG ausgeschlossen ist, und zwar auch in der Insolvenz der Gesellschaft. Die weiter bestehende Barleistungsforderung unterliegt ab Fälligkeit der *Verzinsung* gem. § 20 GmbHG und ggf. trifft die *Ausfallhaftung* gem. § 24 GmbHG die Mitgesellschafter.²⁾

Falls eine verdeckte Sacheinlage tatbestandlich vorliegt, gewährleistet § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG, dass der Geschäftsführer bei Anmeldung auch dann nicht die vollständige Erfüllung gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG versichern darf, wenn die Bareinlage geleistet wurde und der später zu erwerbende Vermögensgegenstand vollwertig ist. Wenn er dies aber dennoch tut, droht die Strafbarkeit gem. § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Im Falle einer Verurteilung wird der Geschäftsführer für fünf Jahre vom Geschäftsführeramt ausgeschlossen.³⁾

Eine solche Versicherung in der Anmeldung gem. § 8 GmbHG, die sich allein auf die Anrechnung stützt, ist objektiv falsch, und falls das Registergericht dies erkennt, „kann“ es nach der Formulierung des Rechtsausschusses, *muss* er nach Roth⁴⁾ die Anmeldung gem. § 9 c GmbHG beanstanden.

Falls aber der Geschäftsführer daher *korrekt* handelt und die verdeckte Sacheinlage bei der Anmeldung am Registergericht offenlegt,

1) RegE MoMiG, BT- Drucks. 16/6140, S. 7.

3) L/H/Bayer, S. 597-598, § 19, Rn. 73.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1750, § 19 Rn. 225.

4) Roth/Altmeppen, S. 417, § 19 Rn. 75; eb. Wicke, S. 191, § 19 Rn.

erfolgt dann die *Ablehnung der Eintragung* der Gesellschaft in das Handelsregister.

Man kann zusammenfassen, dass die Gesellschafter von der MoMiG Gesetzesreform nur dann profitieren können, wenn der Geschäftsführer entweder von der verdeckten Sacheinlage keine Kenntnis hat oder unwahre Angaben macht. Zu den *Schwächen* der Gesetzesregelung nach MoMiG gehört, dass aus dem Nachweisproblem allerdings eine Strafbarkeitslücke resultiert, weil der sachliche und zeitliche Zusammenhang im Rahmen des § 82 GmbHG nicht vermutet werden kann, sondern hat lediglich *Indizwirkung*.¹⁾

Aufgrund des Gesetzeszwecks, eine doppelte Pflicht zur Einzahlung der Bareinlage im Umfang der Wertdeckung zu vermeiden, ist § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG für den Fall der *verdeckten Mischeinlage* teleologisch zu reduzieren; eine verdeckte Mischeinlage liegt vor, falls der Nominalbetrag der Vergütungsforderung geringer ist als der Betrag der Einlageforderung, wobei in solchem Fall kein Grund besteht, die Einlageforderung auch insoweit von der Erfüllung auszuschließen, als sie nicht von der verdeckten Sacheinlage umfasst wird.²⁾

b) Wirksamkeit der Ausführungsgeschäfte

Die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung sind – im Unterschied zu der früheren Rechtslage – nicht unwirksam bzw. *sind wirksam*.³⁾

Im Grundfall der verdeckten Sacheinlage sind einerseits das *schuldrechtliche Verkehrsgeschäft* über die Übertragung des Sachwerts auf die Gesellschaft und andererseits die *dinglichen Übertragungsakte* zu dessen Ausführung wirksam. Wenn das Verkehrsgeschäft noch nicht ausgeführt ist, werden die daraus resultierenden gegenseitigen schuldrechtlichen Ansprüche von dem Verstoß gegen die Sachgründungsregeln nicht beeinflusst, sie sind deshalb beiderseits zu erfüllen.⁴⁾

Dies wird aber mit Hinblick auf die Fälle bezweifelt, in denen der

1) L/H/Bayer, S. 597-598, § 19 Rn. 73.

3) Baumbach/Hueck/Fastrich, S. 390, § 19, Rn. 56.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1750, § 19 Rn. 227.

4) Ulmer ZIP 2009, 293, 299.

tatsächliche Wert des Vermögensgegenstands geringer ist als die dafür vereinbarte Vergütung.¹⁾

Nach Märtens²⁾ ist diesem Problem indes mit einer *Reduktion des Anrechnungsbetrags* gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG Rechnung zu tragen.

Im Falle der verdeckten Einbringung einer Gesellschafterforderung durch Aufrechnung oder Verrechnung führt § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG nicht dazu, dass die Aufrechnung oder Verrechnung wirksam ist.³⁾

Anderenfalls würde es nämlich zu der gem. § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG gerade ausgeschlossenen Erfüllung der Einlageforderung kommen. „Es erscheint auch konstruktiv nicht plausibel, die Erfüllungswirkung nur im Hinblick auf die Einlageforderung zu versagen, die Gesellschafterforderung aber demgegenüber als nach § 389 BGB erloschen anzusehen. Aus den gleichen Gründen müssen auch die Erfüllungswirkungen eines verrechnungsgleichen Hin- und Herzahlens ausgeschlossen bleiben. Unwirksam bleibt des Weiteren in den Cash-Pool-Fällen (...) die Verrechnung des weitergeleiteten Guthabens im Rahmen eines im Soll befindlichen konzerninternen Verrechnungskontos. Es bleibt bei diesen Fallgruppen im Stadium vor Eintragung der Gesellschaft mithin bei der bisherigen Rechtslage.“⁴⁾

c) Rückabwicklung

Wenn die Gründer von der vor Eintragung in das Handelsregister noch bestehenden Möglichkeit einer Offenlegung der Sacheinlagevereinbarung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit einer Neuanmeldung nicht Gebrauch machen, sondern sie die Eintragungsabsicht aufgeben und die Vorgesellschaft liquidieren, dann verbleibt einerseits der Anspruch der Gesellschaft auf (nochmalige) Leistung der Einlage, soweit dies im Rahmen des Liquidationszwecks notwendig ist, wobei für eine Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG– mangels Eintragung – kein Raum ist.⁵⁾

1) Baumbach/Hueck/Fastrich, S. 390, § 19, Rn. 56.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1751, § 19 Rn. 229.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1751, § 19 Rn. 228.

5) Ulmer ZIP 2009, 293, 299.

3) L/H/Bayer, S. 597. Zweifelnd auch Baumbach/Hueck/Fastrich S. 388, § 19, Rn. 52.

Auf der anderen Seite besteht nach Märtens¹⁾ ein *Anspruch* des Inferenten *auf Rückzahlung* der ohne Erfüllungswirkung geleisteten Bareinlage aus ungerechtfertigter Bereicherung.²⁾ Im Hinblick auf den Bereicherungsanspruch des Inferenten steht der Gesellschaft bis zur Erfüllung der Bareinlagepflicht ein *Zurückbehaltungsrecht* gem. § 273 BGB zu. Der Inferent kann sich aber demgegenüber gem. § 19 Abs. 2 S. 3 GmbHG nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen und er kann auch mit seinem Bereicherungsanspruch gem. § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG nicht einseitig gegen die verbleibende Einlagepflicht aufrechnen; die Gesellschaft kann dagegen von den im Rahmen des Vollwertigkeitsprinzips bestehenden Aufrechnungs- bzw. Verrechnungsmöglichkeiten Gebrauch machen.³⁾

Wenn aber die Gesellschafter die Geschäfte als „*unechte Vorgesellschaft*“ (es handelt sich dann um eine oHG) fortführen, können sie die Einlageleistung als solche anerkennen, wobei die Notwendigkeit einer Rückabwicklung nicht besteht. Die gegenseitigen Leistungen, die im Rahmen des Verkehrsgeschäfts bei der verdeckten Sachübernahme vorgenommen sind, sind infolge ihrer Wirksamkeit gem. § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG nicht rückabzuwickeln. Die Gesellschaft bleibt mithin Berechtigter in Bezug auf den übertragenen Vermögensgegenstand, wobei der Gesellschafter die erhaltene Vergütung behalten kann. Die nach der früheren Rechtslage bestehende bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsproblematik besteht also nicht mehr, es können aber Ansprüche gem. § 313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen.⁴⁾

3) Rechtslage nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister

a) Rechtsnatur und dogmatische Einordnung der Anrechnung

Falls die verdeckte Sacheinlage *unerkannt bleibt* und die Gesellschaft wird trotz der fehlerhaften Errichtung und Anmeldung im Handelsregister eingetragen, wird der Wert des Vermögensgegenstands gem. § 19 Abs. 4 S. 3 und 4 GmbHG auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht *angerechnet*, wobei die Anrechnung nicht vor Eintragung der Gesellschaft

1) MünchKomm/Märtens, S. 1751.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1751, § 19 Rn. 230.

2) aE L/H/Bayer, S. 596, § 19, Rn. 71.

4) Ulmer ZIP 2009, 293, 299.

in das Handelsregister erfolgt. Eine *dogmatische Einordnung* dieser Anrechnung lässt sich dem Gesetz nicht klar entnehmen.

Nach Ulmer¹⁾ handelt es sich bei der Anrechnung jedenfalls *nicht* um eine Form der *rechtsgeschäftlichen Aufrechnung oder Verrechnung*, denn „die Anrechnung erfolgt *automatisch*, also ohne dass eine Willenserklärung einer Partei erforderlich wäre. Sie geschieht aber auch in dem Fall, in dem die Sacheinlage bereits vor Eintragung der Gesellschaft eingebracht worden ist, erst nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Auf diese Weise ist klargestellt, dass einerseits der Geschäftsführer in der Anmeldung nach § 8 nicht versichern kann und darf, die Geldeinlage sei zumindest durch Anrechnung erloschen und damit erfüllt, und andererseits der Richter die Eintragung auch in dem Fall, dass der Wert der verdeckten Sacheinlage den Wert der geschuldeten Geldeinlage erreicht, die Eintragung nach § 9c ablehnen kann. Die verdeckte Sacheinlage wird damit gegenüber der Lösung im Regierungsentwurf stärker sanktioniert.“²⁾

Für eine Aufrechnung oder Verrechnung ist deshalb kein Raum, weil es sich bei dem anzurechnenden „*Wert des Vermögensgegenstands*“ nicht um eine Forderung handelt. Denn die Hauptpflichten aus dem nach § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG wirksam bleibenden Verkehrsgeschäft sind nach der Übertragung des Vermögensgegenstands und der Zahlung der Vergütung beiderseits erfüllt, ohne dass noch eine verrechenbare Forderung des Gesellschafters verbliebe; mangels Verrechnungscharakters der Anrechnung treten somit *nicht* die Aufrechnungswirkungen des § 389 BGB ein.³⁾

Es wurde vorgeschlagen, die *Anrechnung* als eine gesetzlich angeordnete *Annahme an Erfüllungs statt* gem. § 364 Abs. 1 BGB aufzufassen, bei dem das Gesetz das Verkehrsgeschäft als Rechtsgrundlage der Leistung des Vermögensgegenstands „ausblendet“ und die Leistung des Vermögensgegenstandes auf die Einlageverpflichtung als *causa* bezieht. Diese Erklärung ist nicht befriedigend, weil sie mit der Ausblendung des Verkehrsgeschäfts die Bestimmung des § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG über die Gültigkeit des Verkehrsgeschäfts ignoriert und im Grunde noch auf der

1) Ulmer ZIP 2009, 293, 295 ff.

3) Heinze GmbHR 2008, 1065, 1066.

2) BT-Druck, 16/9737, S. 56.

nicht Gesetz gewordenen Erfüllungslösung des Regierungsentwurfs basiert.¹⁾

Nach Ansicht von Benz²⁾ Benz, S. 114 ff. entspricht die Anrechnungslösung in Funktionsweise und Rechtsfolgen der *Differenzhaftung* (§ 9 Abs. 1 GmbHG) bei einer offenen Sachübernahme, wobei die Fälle der verdeckten Sacheinlage mittels Sachgeschäft strukturell mehr einer nicht offengelegten Sachübernahme als einer Sacheinlage i.e.S. entspricht. Nachdem der formelle Verstoß gegen die Sacheinlagekautele die Wirksamkeit des Sachgeschäfts nicht mehr berührt (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG), ist der Vergleich zu den Rechtsfolgen der offenen, nicht der verdeckten Sachübernahme zu ziehen; bei der offenen Sachübernahme wird die Forderung des Gesellschafters zum Nominalwert mit der Einlageforderung der Gesellschaft verrechnet – erreicht die Sachleistung des Inferenten nicht den angesetzten Wert, trifft ihn die Differenzhaftung gem. § 9 Abs. 1 GmbHG. Wichtig ist, dass die Anrechnungslösung diese beiden Schritte lediglich zusammenfasst und dass dieses Verständnis der Anrechnungslösung sich ohne weiteres auch auf die Fälle der verdeckten Forderungseinbringung übertragen lässt.

Die Kritik dieser Ansicht beruht darauf, dass diese These im eher schlichten Begriff der Anrechnung dogmatisch schwer zu verankern sein dürfte. Zudem übergeht er den nicht unerheblichen Unterschied zwischen der Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG und den Wirkungen der Aufrechnung bzw. Verrechnung bei ordnungsgemäßer Sachübernahme im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG.³⁾

Märtens⁴⁾ behauptet, dass es sich bei der Anrechnung um eine gesetzliche *Reduktion* (Kürzung) *der Einlageforderung sui generis* handelt, dh. weder in Form der Aufrechnung/Verrechnung noch in Form einer Erfüllung gem. § 362 ff. BGB, mit Wirkung *ex nunc*. Hueck/Fastrich⁵⁾ sprechen – was Anrechnung betrifft – über *Beseitigung der ursprünglichen Unwirksamkeit der Erfüllung der erfolgten Bareinlage ex nunc*.

1) MünchKomm/Märtens, S. 1752, § 19, Rn. 235;

ablehnend auch Ulmer ZIP 2009, 293, 295.

2) Benz, S. 114 ff.

3) Ulmer ZIP 2009, 293, 296.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1752, § 19 Rn. 237.

5) Baumbach/Hueck/Fastrich, S. 392, § 19 Rn. 63.

Ulmer ¹⁾ spricht in diesem Zusammenhang von der *Parallele zur Vorteilsanrechnung im Leistungsstörungenrecht*, die Gesellschaft soll den Vorteil nämlich ausgleichen müssen, der ihr infolge der Kombination von fehlgeschlagener Bareinlage und wirksamem Verkehrsgeschäft zugeflossen ist. Die Anrechnung vollzieht sich unabhängig vom Willen der Beteiligten.

Bei einer verdeckten Forderungseinbringung erlischt (wie bei einer Verrechnung, aber ohne die Rückwirkung gem. § 389 BGB) im Umfang der Anrechnung auch die zunächst unwirksam mit der Einlageforderung verrechnete Gesellschafterforderung.²⁾

b) Zeitpunkt der Anrechnung

Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, § 19 Abs. 4 S. 4 GmbHG.

Wird der Gegenstand des Verkehrsgeschäfts bei der verdeckten Sachübernahme erst nach der Eintragung auf die Gesellschaft übertragen, erfolgt die Anrechnung zum Zeitpunkt der Übertragung.³⁾

Handelt es sich um eine verdeckte Forderungseinbringung, kommt es gleichfalls auf den Zeitpunkt der Eintragung oder, falls die Aufrechnung/Verrechnung erst danach erfolgt, auf diesen Zeitpunkt an. Nach der hier vertretenen Auffassung ist zwar die Aufrechnung bzw. Verrechnung trotz § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG unwirksam; es erscheint aber nicht angängig, die Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG vor dem Zeitpunkt geschehen zu lassen, zu dem nach der getroffenen Abrede die verdeckte Sacheinbringung vollzogen werden soll. Handelt es sich um verrechnungsgleiches Hin- und Herzahlen, vollzieht sich die Anrechnung frühestens zu dem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft ihre Zahlung an den Gesellschafter leistet.⁴⁾

c) Bewertung des Vermögensgegenstandes

Von dem anzurechnenden Wert hängt es ab, in welchem Umfang die Geldeinlageschuld fortbesteht. Maßgeblich ist der Wert des Vermögens-

1) Ulmer ZIP 2009, 293, 297.

3) Heckschen/Heidinger, S. 437, § 11 Rn. 243.

2) MünchKomm/Märtens, S. 1753, § 19, Rn. 238.

4) MünchKomm/Märtens, S. 1753, § 19, Rn. 240.

gegenstands zum *Zeitpunkt der Anmeldung* im Handelsregister. Im Unterschied zur offenen Sacheinlage gem. § 5 Abs. 4 GmbHG, bei der § 7 Abs. 3 GmbHG einzuhalten ist, wird aber bei der verdeckten Sacheinlage der Vermögensgegenstand häufig erst nach der Anmeldung auf die GmbH übertragen, und dann ist dieser spätere Zeitpunkt für die Bewertung entscheidend.¹⁾

Die *Beweislast* für die *Werthaltigkeit* der verdeckten Sacheinlage trägt gem. § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG der Gesellschafter; er muss – idR gegenüber dem Insolvenzverwalter – beweisen können, dass seine verdeckte Sacheinlage zum Zeitpunkt des Einlagegeschäftes den Wert der vereinbarten Bareinlage erreicht hat. Nach Verstreichen eines längeren Zeitraums wird dies dann, wenn bezogen auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung kein eindeutiges und plausibles Wertgutachten vorliegt, nur schwer möglich oder gar unmöglich sein.²⁾

„Die gedankliche und sprachliche Anlehnung des neuen IV S 3 an § 9 I S 1 legt es nahe, die Wertermittlung auf denselben tatsächlichen Wert auszurichten, der für die Differenzhaftung des § 9 maßgeblich ist (...). Ein Unterschied besteht allerdings unter dem Gesichtspunkt der Liquidität: Während im gesetzlichen Anwendungsfall des § 9 eine Sacheinlage ordnungsgemäß vereinbart wurde, durfte bei der vS die Gesellschaft die Liquiditätszufuhr einer Geldeinlage erwarten. Das spricht dafür, die Fungibilität des Vermögensgegenstands iS eines aktuell realisierbaren Marktwerts in die Bewertung einzubeziehen. Andererseits hat der Gesetzgeber das vergleichbare Problem bei V gesehen und dort gelöst, was dafür spricht, dass er bei IV keinen Unterschied zu § 9 machen wollte. Im Übrigen kann die GmbH derartige und andere ihr erwachsenden Nachteile ggf als Schaden ersetzt verlangen.“³⁾

Der Vermögensgegenstand ist also entsprechend den für die ordnungsgemäße Sacheinlage und die Differenzhaftung gem. § 9 GmbHG geltenden Grundsätzen zu bewerten; maßgeblich ist danach der Zeitwert, also der Betrag, um den der Gegenstand nach objektiver Beurteilung

1) Benz, S. 141.

3) Roth/Altmeppen, S. 418, § 19 Rn. 81.

2) Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis, S. 37.

den Wert des Gesellschaftsvermögens erhöht und der in einer handelsrechtlichen Eröffnungsbilanz als Höchstwert zulässig wäre.¹⁾

Wenn ein höherer objektiver Wert zu ermitteln sein soll, als vertraglich angesetzt, so kommt dieser nach dem Rechtsgedanken des § 9 nicht zur Anrechnung; wenn es sich aber um eine *gemischte verdeckte Sacheinlage* handelt, wenn also ein Kaufpreis berechnet wurde, der die Einlageschuld übersteigt, so ist nur der Wert nach Abzug dieses überschießenden Betrags anrechenbar.²⁾

d) Anrechnung

aa) Grundfälle

Der Wert des Vermögensgegenstandes ist gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG auf die Einlageforderung anzurechnen.

Danach ist der Anrechnungsbetrag mit dem Wert des Vermögensgegenstandes identisch. Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass der Nominalbetrag der Vergütungsforderung dem Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils entspricht und bei dem der Wert des Vermögensgegenstandes den Nominalbetrag der Vergütungsforderung nicht überschreitet. Das gleiche gilt auch für die *Forderungseinbringung*, der Anrechnungsbetrag entspricht nämlich jeweils dem effektiven Wert der Gesellschafterforderung.³⁾

bb) Anrechnung in Sonderfällen

(1) Verdeckte gemischte Sacheinlage

Bei der verdeckten gemischten Sacheinlage sind der Anrechnungsbetrag und der Wert des Vermögensgegenstandes *nicht identisch*. Der Wert des eingebrachten Gegenstandes übersteigt nämlich den Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils. Die *Anrechnung* kann aber *maximal bis zur Höhe der Geldeinlagepflicht* erfolgen.⁴⁾

Märtens⁵⁾ weist darauf hin, dass allein mit dem Gesetzeswortlaut

1) MünchKomm/Märtens, S. 1753, § 19 Rn. 244.

4) Heckschen/Heidinger, S. 442, § 11 Rn. 278.

2) Roth/Altmeppen, S. 418-419, § 19 Rn. 82.

5) MünchKomm/Märtens, S. 1754, § 19, Rn. 246.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1753, § 19, Rn. 244.

der Fall nicht angemessen zu lösen ist, dass bei einer verdeckten gemischten Einlage der tatsächliche Wert des Vermögensgegenstandes den im Verkehrsgeschäft vereinbarten Preis unterschreitet.¹⁾ Dieses Ergebnis kann aufgrund einer *teleologischen Reduktion* des § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG erreicht werden.²⁾

Kompliziert ist aber Fall der verdeckten gemischten Sacheinlage bei *Überzahlung über Einlageforderung*: wenn die Unterdeckung der Vergütung in der vorgenannten Konstellation durch den Wert des Vermögensgegenstandes *größer* ist als der Betrag der Einlageforderung, also Minderwert der Sacheinlage höher ist, als die bare Einlageverpflichtung. In diesem Falle reicht selbst ein vollständiger Ausschluss der Anrechnung auf die Einlageforderung nicht aus, um die Unterdeckung auszugleichen. Es erscheint hier also zu erwägen, den Gedanken der *Differenzhaftung* gem. § 9 GmbHG *analog* anzuwenden, bei der es ebenfalls zu einer die Einlageforderung übersteigenden Ausgleichspflicht kommen kann.³⁾

(2) Verdeckte Mischeinlage

§ 19 Abs. 4 S. 1 erfasst ausdrücklich auch den Fall, dass eine Geldeinlage nur „teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist“ – dann handelt es sich um verdeckte Mischeinlage. Problematisch ist allerdings, dass das Gesetz bei den Rechtsfolgen nicht differenziert. Bei der verdeckten Mischeinlage besteht gem. § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG eine noch offene Einlageforderung nach der hier vertretenen Sichtweise nur in Höhe desjenigen Betrages, der von der verdeckten Sacheinlage umfasst ist; als Ausgangsbetrag für die Anrechnung gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG ist

1) Bspw. der Nennbetrag des Geschäftsanteils beträgt 25.000 €, die der Gesellschaft für 50.000 € verkaufte Maschine war aber lediglich 30.000 € wert. Wenn in diesem Fall eine Anrechnung in Höhe des Wertes des Vermögensgegenstandes vorgenommen würde, würde die Einlageforderung reduziert, im Beispielfall würde sie 0 € betragen, obwohl die Gesellschaft keinen angemessenen Gegenwert für den gezahlten Kaufpreis erhalten hat. Richtig ist deswegen der höchstens anrechenbare Betrag (im Beispielfall 25.000 €) um den Betrag zu reduzieren, um den der Wert des Vermögensgegenstandes die vereinbarte Vergütung unterschreitet (im Beispielfall um 20.000 €, so dass nur ein Anrechnungsbetrag von 5.000 € verbleibt) Ulmer ZIP 2009, 293, 298; Heckschen/Heidinger, S. 442, § 11 Rn. 279

2) MünchKomm/Märtens, S. 1754, § 19, Rn. 246.

3) Heckschen/Heidinger, S. 443, § 19 Rn. 288.

deshalb auch lediglich nur dieser Teil der Einlageforderung anzusetzen.¹⁾ „Die bewährte Berechnungsformel erfasst dann nur den durch die verdeckte Sacheinlage nicht getilgten Teil der Bareinlageverpflichtung.“²⁾ Wenn in so einem Fall der Wert des Vermögensgegenstands der dafür gezahlten Vergütung entspricht, verbleibt nach der Anrechnung folglich keine offene Einlageforderung mehr.³⁾

(3) Nur teilweise fällige Einlageforderung

Wenn ein Teil der Einlageforderung nach den getroffenen Vereinbarungen erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig werden soll, kommt als Ausgangsbetrag für die Anrechnung des Sachwerts zunächst nur der fällige Teil der Einlageforderung in Betracht. Würde man auf diesen Betrag den höchstmöglich anrechenbaren Wert des Vermögensgegenstandes anrechnen, würde sich eine Wertunterdeckung ggf. erst im Zusammenhang mit der Anrechnung auf die Resteinlage auswirken.⁴⁾ Dieses Ergebnis würde indes einer effektiven Kapitalaufbringung zuwiderlaufen; die Wertunterdeckung ist vielmehr bereits bei der Anrechnung auf die zuerst fällige Teileinlageforderung zu berücksichtigen. Als Beispiel: Der Anrechnungsbetrag auf die zuerst fälligen 15.000 € der Einlageforderung beträgt lediglich 10.000 €, so dass die Wertunterdeckung im Ergebnis sofort ausgeglichen wird.)⁵⁾

cc) Kondiktionsanspruch des Gesellschafters

§ 19 Abs. 4 GmbHG regelt das rechtliche Schicksal des *Kondiktionsanspruchs* des Gesellschafters in Bezug auf den Betrag der erfüllungsuntau-

1) Heckschen/Heidinger, S. 441, § 11 Rn. 268. Bsp. der Nennbetrag des Geschäftsanteils beträgt 25.000 €, die Gesellschaft hat dem Gesellschafter eine Maschine für 10.000 € abgekauft – der Ausgangsbetrag für die Anrechnung beträgt 10.000 €.

2) Heckschen/Heidinger, S. 441, § 11 Rn. 270.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1754, § 19, Rn. 248; Heckschen/Heidinger, S. 441, § 11 Rn. 271.

4) Also zB der Nennbetrag des Geschäftsanteils beträgt 25.000 €, der Gesellschafter muss darauf zunächst nur 15.000 € leisten, die Resteinlage soll erst später eingefordert werden, die der Gesellschaft für 25.000 € verkaufte Maschine ist nur 20.000 € wert: bei einer vollen Wertanrechnung auf den zuerst fälligen Teil der Einlageforderung würde dieser auf 0 € reduziert. MünchKomm/Märtens, S. 1754, § 19, Rn. 249.

5) MünchKomm/Märtens, S. 1754-1755, § 19, Rn. 249.

glichen Bareinzahlung im Falle der Anrechnung nicht ausdrücklich. Dieser Anspruch kann aber nicht unverändert fortbestehen, weil anderenfalls der Gesellschafter den ungerechtfertigten Vorteil erlangen würde, sowohl keine weitere Einlageleistung mehr erbringen zu müssen als auch die ursprünglich geleistete Zahlung vollumfänglich zurückerstattet zu bekommen; im Ergebnis hätte er keine Einlage geleistet, sondern der Gesellschaft lediglich den Vermögensgegenstand veräußert.¹⁾

Es besteht jedoch *keine Einigkeit* im Hinblick auf die rechtliche Begründung und den Umfang des Fortfalls des Bereicherungsanspruchs.

Es wird vorgeschlagen, dass der Bereicherungsanspruch des Gesellschafters gem. § 818 Abs. 3 BGB im Umfang des Anrechnungsbetrags erlöschen soll, denn die Gesellschaft sei insoweit durch den Wegfall der Einlageforderung entreichert.²⁾

Nach Märtens³⁾ greift diese Überlegung zu kurz, weil danach der Bereicherungsanspruch in dem Fall, dass der Wert des Vermögensgegenstands hinter der gezahlten Vergütung zurückbleibt, in Höhe des Differenzbetrages bestehen bliebe und die Unterdeckung folglich zu Lasten der Gesellschaft ginge. Bei ordnungsgemäßer Sacheinlage würde dies durch die Differenzhaftung gem. § 9 GmbHG ausgeglichen. Es erscheint also vorzugswürdig, infolge der Anrechnung unabhängig von der Höhe des Anrechnungsbetrags von einem vollständigen Fortfall des Bereicherungsanspruchs des Gesellschafters auszugehen.⁴⁾

Die Rechtsverhältnisse bei der verdeckten Sacheinlage wurden vom Gesetzgeber durch die Anordnung der Anrechnung und der Wirksamkeit des Verkehrsgeschäfts abschließend geregelt.⁵⁾

„Für einen Bereicherungsanspruch des Inferenten hinsichtlich seiner fehlgeschlagenen Geldeinlageleistung ist kein Raum mehr. Im Ergebnis kommt das heraus, was der Gesetzgeber mutmaßlich wollte, nämlich eine Differenzhaftung ohne Erfüllungswirkung im Übrigen.“⁶⁾

1) MünchKomm/Märtens, S. 1755, § 19, Rn. 250.

2) Pentz GmbHHR 2009, 126, 129.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1755, § 19, Rn. 250.

4) So auch Ulmer ZIP 2009, 293, 298.

5) Ulmer ZIP 2009, 293, 298.

6) Heckschen/Heidinger, S. 438, § 11 Rn. 247.

Wenn die Gesellschaft die zur Erfüllung der Einlageforderung untauglichen Barmittel in Erfüllung des vormals bestehenden Bereicherungsanspruchs des Gesellschafters vor dem Anrechnungszeitpunkt zurückgezahlt hat, entsteht das Problem, dass die Gesellschaft durch eine Anrechnung ihrer Einlageforderung verlustig ginge, ohne dass dies durch den Wegfall des Bereicherungsanspruchs kompensiert würde. In so einem Fall ist § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG durch *teleologische Reduktion* dahingehend einzuschränken, dass eine Anrechnung nicht stattfindet, der Gesellschafter mithin die Bareinlage noch einmal zu erbringen hat.¹⁾

VI. Heilung

Obschon nach der Begründung des Regierungsentwurfs des MoMiG die von der Rechtsprechung ermöglichte Heilung verdeckter Sacheinlagen durch Umwandlung der Bar- in eine Sacheinlage in der Praxis nur geringe *Bedeutung* hat, weil verdeckte Sacheinlagen häufig erst in der Insolvenz entdeckt werden und eine Heilung in diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich ist, sah dieser Entwurf daher davon ab, Heilungsmöglichkeiten ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen; sie werden durch den Entwurf aber keineswegs *eingeschränkt* oder gar *abgeschafft*.²⁾

Es ist allerdings durchaus *zweifelhaft*, welchen *Inhalt* eine solche Heilung nach der neuen Konzeption der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage haben müsste und ob sie überhaupt noch *zweckmäßig* sein kann. Zum Teil wird nämlich die Heilung auf der Grundlage der jetzigen Anrechnungslösung bei Wirksamkeit des Verkehrsgeschäfts und der Ausführungshandlungen als *rechtstechnisch nicht mehr zulässig*³⁾ oder *praktisch bedeutungslos*⁴⁾ angesehen.

Trotzdem kann aber die *Heilung* für den Inferenten *interessant* sein, um sich von der *Beweislast* für die Werthaltigkeit der verdeckten Sacheinlage zum Zeitpunkt der Einbringung zu *befreien*.⁵⁾

Die Heilung der verdeckten Sacheinlage kann durch spätere Leistung

1) MünchKomm/Märtens, S. 1755, § 19, Rn. 251.

3) Heckschen/Heidinger, S. 445, § 11 Rn. 298.

2) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 40;

4) Baumbach/Hueck/Fastrich, S. 394, § 19 Rn. 67.

bezweifelt von Veil ZIP 2007, 1241, 1245.

5) Rischbieter/Gröning/Peschke, S. 98.

der Bareinlage, durch Verrechnung mit einer vollwertigen Neuforderung oder durch nachträgliche Erfüllung der Sacheinlagevorschriften erfolgen.¹⁾

Bei Überprüfung der Werthaltigkeit im Zuge der Heilung ist auf den Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung der Bargründung bzw. Kapitalerhöhung oder auf den Zeitpunkt der Überlassung des Vermögensgegenstandes an die GmbH abzustellen, wenn diese später erfolgt; nach Eintritt der Insolvenz kann die Heilung allerdings nicht mehr verwirklicht werden, da mit der Insolvenzeröffnung nicht mehr die Gesellschafterversammlung, sondern nur der Verwalter über den Einlageanspruch verfügt.²⁾

Den Möglichkeiten zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden, dürfte vor dem Hintergrund der nunmehr zugelassenen Anrechnung des Werts der verdeckten Sacheinlage auf die Einlageverpflichtung des Inferenten nur noch *untergeordnete Bedeutung* zukommen.³⁾

VII. Darlegungs- und Beweislast

Die *Beweislast für die Werthaltigkeit* des Vermögensgegenstandes trägt gem. § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG der *Gesellschafter* – er muss (idR gegenüber dem Insolvenzverwalter) beweisen können, dass seine verdeckte Sacheinlage zum Zeitpunkt des Einlagegeschäftes den Wert der vereinbarten Bareinlage erreicht hat. Aber nach Verstreichen eines längeren Zeitraums wird dies dann, wenn bezogen auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung kein eindeutiges und plausibles Wertgutachten vorliegt, nur schwer möglich.⁴⁾

Wenn aber der Gesellschafter ein *Schubladengutachten* über die Bewertung des Vermögensgegenstandes vorlegt, das er vorsichtshalber zeitnah zum Einbringungszeitpunkt hatte anfertigen lassen, um später den Vollwertigkeitsnachweis führen zu können, deutet dies nach Märtens⁵⁾ auf eine vorsätzliche Umgehung der Sacheinlagevorschriften hin.

1) Wicke, S. 191, § 19 Rn. 29.

2) Wicke, S. 192, § 19 Rn. 29.

3) Rischbieter/Gröning/Peschke, S. 98.

4) Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis,

S. 37, Rn. 97.

5) MünchKomm/Märtens, S. 1757, § 19, Rn. 259.

VIII. Sanktionen der verdeckten Sacheinlage¹⁾

1) Geschäftsführer

Der Geschäftsführer kann sich im Zusammenhang mit der Einbringung der verdeckten Sacheinlage gem. § 82 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 3 GmbHG wegen falscher Angaben strafbar machen; § 9a Abs. 1 GmbHG regelt dann die Ersatzansprüche der Gesellschaft.

2) Inferent

Zivilrechtlich kann der Inferent gem. § 9a Abs. 1 GmbHG in Anspruch genommen werden, falls er vorsätzlich oder fahrlässig falsche Angaben zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft bei der Anmeldung zum Handelsregister gemacht hat. § 9a Abs. 2 GmbHG findet nur auf die Gesellschafter (nicht aber auf die Geschäftsführer) als Gesamtschuldner Anwendung.²⁾ Er kommt ggf. als möglicher Täter neben dem Geschäftsführer gem. § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG wegen eines sog. *Gründungsswindels* in Betracht; dies ist aber äußerst strittig, denn der Gesellschafter bei der Anmeldung gar nicht mitwirkt.³⁾

3) Mitgeschafter

Die übrigen Gesellschafter trifft ggf. eine *Ausfallhaftung* gem. § 24 GmbHG für den Fehlbetrag im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, wenn nach der Eintragung bzw. Kapitalerhöhung noch offene Geldeinlagen vom Inferenten nicht erlagt und auch nicht im Kaduzierungsverfahren gedeckt werden kann.⁴⁾

4) Rechtsnachfolger des Inferenten

Der Erwerber haftet neben dem Veräußerer für Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem er im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt gem. § 16 Abs. 2 GmbHG. Wenn infolge einer verdeckten Sacheinlage die Einlageverpflichtung noch nicht vollständig erfüllt ist, haftet somit für den ausstehenden (fälligen) Teil auch der Erwerber des betroffenen Geschäftsanteils.⁵⁾

1) Die Einzelheiten zu diesem Thema können an dieser Stelle im Einzelnen wegen Umfangbeschränkung dieser Magisterarbeit nicht ausgebreitet werden.

2) Benz, S. 233.

3) Benz, S. 230.

4) Wicke, S. 191, § 19 Rn. 28;

Benz, S. 235.

5) Benz, S. 235.

IX. Bewertung der neuen Konzeption

Die neue Regelung geht von der in der Rechtsprechung üblichen Definition der verdeckten Sacheinlage aus und wahrt – was den *Tatbestand* betrifft – Kontinuität. Grundlegend wurden aber die hart empfundenen *Rechtsfolgen* geändert.

Die im RegE vorgeschlagene *Erfüllungslösung* würde nach Märtens¹⁾ eine *schizophrene Situation* verursachen, einerseits unter Strafandrohung gegen den anmeldenden Geschäftsführer auf der exakten Einhaltung aller Sacheinlagekautele zu bestehen, deren Umgehung durch die Gesellschafter aber andererseits mit dem Erlöschen der Einlageverpflichtung zu belohnen, lediglich flankiert von einer Differenzhaftung. Aus dem Gesetzesentwurf resultiert aber, dass die verdeckten Sacheinlagen keine strafrechtlichen Sanktionen mehr auslösen sollten und auch für den Fall der vorsätzlichen Umgehung war keine Ausnahme vorgesehen – sanktioniert wurde die verdeckte Sacheinlage vor allem durch die für den Inferenten ungünstige Beweislastverteilung hinsichtlich des Wertes des verdeckt eingelegten Gegenstandes, hingewiesen wurde auch auf die Haftung der Gesellschafter gem. § 9a Abs. 2 GmbHG und des Geschäftsführers gem. § 43 Abs. 2 GmbHG hin.²⁾

Die Kritik der Rechtslage *nach MoMiG* beruht vor allem darauf, dass die gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG vorgesehene Anrechnung des Wertes des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes auf die Einlageforderung die systematische *Geschlossenheit und Folgerichtigkeit* der *Kapitalaufbringungsregeln* durchbricht, weil sie das Grundprinzip der präventiven Werthaltigkeitskontrolle bei der Sacheinlage, das in §§ 5 Abs. 4, 9 c GmbHG angelegt ist, hintanstellt. Die Anrechnungslösung dürfte zu wesentlich anderen praktischen Ergebnissen (als nach der früheren Rechtslage) in der Mehrzahl der Fälle nicht führen, weil der auf zurückliegende Zeitpunkte bezogene *Vollwertigkeitsnachweis* vom Inferenten häufig schwer zu führen sein wird. Dagegen ist zu erwarten, dass die auf Zahlung der Einlage gerichteten Klageverfahren wegen der jetzt zu prüfenden Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes langwieriger und

1) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19, Rn. 169.

2) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 40.

teurer werden, weil gerichtliche Sachverständigengutachten eingeholt werden müssen.¹⁾

Nach der neuen Regelung wurden also die Sanktionen beschränkt – die wichtigste *haftungsrechtliche Sanktion* ist am spezifischen Risiko der Umgehungsgestaltung ausgerichtet, es handelt sich um die Zuweisung des *Risikos der Überbewertung* und des *Beweisrisikos* an den *Gesellschafter*. Leider ist die *präventive Wirkung* dieser Sanktion, was die Einhaltung der Förmlichkeiten betrifft, ziemlich klein. Auch wenn die Förmlichkeiten eingehalten werden, haftet der Gesellschafter für Überbewertung gem. § 9 GmbHG und muss im Rahmen des Anmeldeverfahrens den Wert der Sacheinlage ggf. beweisen. Das legale Vorgehen ist aber vorteilhaft, die Anforderungen an den Wertnachweis im Anmeldeverfahren sind geringer und bei ggf. späterem Streit nach Einbringung der Sacheinlage muss die Gesellschaft die Bewertung nachweisen. Kaum in Erwägung fällt „die Gefahr, einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sein, weil es regelmäßig an einem relevanten – d.h. über die ohnehin eingreifende Differenzhaftung hinausgehenden – Schaden fehlen wird. Die präventive Absicherung der für Sacheinlagen vorgesehenen Formalitäten hängt daher nunmehr entscheidend von der *Strafverfolgungspraxis* hinsichtlich der Falschangaben bei der Anmeldung ab, die aus der mangelnden Offenlegung des Verkehrsgeschäfts resultieren (§ 82 I Nr. 1 GmbHG). Schreibt man die bisherigen Erfahrungen fort, ist hier jedoch kein hoher Verfolgungsdruck zu erwarten.“²⁾ Wesentlicher Kritikpunkt ist nach Märtens³⁾ Ansicht die Erstreckung der neuen Rechtslage auf die Altfälle gem. § 3 Abs. 4 EGGmbHG, die in ihren Auswirkungen wenig durchdacht erscheint und verfassungsrechtliche Zweifel hervorruft.⁴⁾

Im Licht dieser Kritik ist äußerst fraglich, ob die grundlegende Änderung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlagen dazu beitragen kann, die Attraktivität der GmbH – insbesondere im Vergleich zu der

1) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19, Rn. 170.

2) Grigoleit, S. 68-69.

3) MünchKomm/Märtens, S. 1735, § 19, Rn. 170.

4) Auf diese Problematik kann in dieser Arbeit wegen Umfangbeschränkungen nicht eingegangen werden; übrigens, es handelt sich um ein temporäres Problem.

englischen Limited – zu erhöhen; allerdings wurde im ursprünglichen sog. Referentenentwurf¹⁾ des MoMiG diese Änderung gar nicht vorgesehen.

X. Tschechische Regelung der verdeckten Sacheinlage, rechtsvergleichender Ausblick in das Recht der Tschechischen Republik

Die Problematik der verdeckten Sacheinlage wird im tschechischen Handelsgesetzbuch (auf Tschechisch „obchodní zákoník“, in Abkürzung „ObchZ“) im § 196a geregelt (siehe im Anhang); dieser Paragraph bezieht sich primär auf die Aktiengesellschaften, aufgrund einer ausdrücklichen Verweisung im § 135 Abs. 2 ObchZ findet er auch bei „*společnost s ručením omezeným*“, in Abkürzung „s.r.o.“ (s.r.o. ist äquivalent zur deutschen GmbH) Anwendung.

Für die Problematik der verdeckten Sacheinlage ist vor allem § 196a Abs. 3 ObchZ relevant, wodurch die *Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976*²⁾ umgesetzt wurde. Diese Richtlinie bezog sich ursprünglich lediglich auf die Aktiengesellschaften, der tschechische Gesetzgeber erweiterte aber ihren Geltungsbereich auch auf die s.r.o.

§ 196a Abs. 3 ObchZ stellt fest³⁾: Erwirbt die Gesellschaft oder die von ihr beherrschte Person das Eigentum vom Gründer, Aktionär oder von einer mit ihnen in Absprache handelnden Person oder von einer anderen, im Abs. 1 genannten Person oder von einer von ihr beherrschten Person oder von einer Person, mit der sie zusammen einen Konzern bildet oder auf diese Personen gegen Entgelt Eigentum in Höhe von mindestens einem Zehntel des Grundkapitals überträgt, so muss der Wert des Eigentums durch ein Sachverständigengutachten eines durch ein Gericht bestellten

1) Benz, S. 10.

2) Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten

3) Alle im Text angesprochenen Paragraphen und Absätze siehe im Anhang.

Sachverständigen festgestellt werden. Für die Ernennung und Entlohnung des Sachverständigen gelten die Regelungen des § 59 Abs. 3 entsprechend. Erfolgt der Erwerb innerhalb von drei Jahren nach der Entstehung der Gesellschaft, so muss die Hauptversammlung zustimmen.¹⁾

Die verdeckte Sacheinlage wird vom tschechischen Gesetzgeber sowie von der herrschenden Lehre nicht als „Einlage“ angesehen, sondern vielmehr lediglich als *besondere Handlungsweise*, die einer speziellen Regelung unterliegt.

Zum § 196a ObchZ hat das Oberste Gericht der Tschechischen Republik festgestellt, dass *Zweck dieser Regelung* vor allem der *Schutz der Gesellschaft* als solcher vor unlauterer Handlung der Personen ist, die befugt sind, Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft vorzunehmen. Der nächste Zweck ist dann auch der Schutz Dritter, vor allem der Gläubiger der Gesellschaft.²⁾ „Das Gesetz verfolgt den Zweck, dass der Preis des an die Gesellschaft übertragenen Vermögensgegenstandes nicht nur vom „Willen“ der Vertragsparteien abhängig wird (der Wille kann gerade durch die Stellung des Kontrahenten deformiert werden), sondern dass der Preis auf solch eine Weise festgestellt wird, die ausreichend gewährleistet, dass der Preis dem Realwert entspricht.“³⁾

§ 196a odst. 3 ObchZ stellt v. a. fest, dass der Wert des Eigentums, das die Gesellschaft vom Gründer, Gesellschafter (...) erwirbt, durch ein *Sachverständigengutachten* festgestellt werden muss, es sei denn, dass das Entgelt die Höhe von einem Zehntel des Grundkapitals unterschreitet. Falls der Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes nicht aufgrund eines Gutachtens von Sachverständigen festgestellt wird, ist dieser Vertrag nach hM. gem. § 39 des tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuches (auf Tschechisch „občanský zákoník“, in Abkürzung „OZ“) *nichtig*.⁴⁾

Das Oberste Gericht der Tschechischen Republik bezeichnet einen solchen Vertrag als *absolut ungültiges*, respektive *nichtiges Rechtsgeschäft*

1) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 173-174.

2) Urt. des Obersten Gerichtes der Tschechischen Republik v. 27. 2. 2007, Az. 29 Odo 780/2006.

3) Aus der Begründung des Urteils des Obersten Gerichtes der Tschechischen Republik v. 28. 1. 2009, Az. 29 Cdo 1807/2007

4) Štenglová, S. 757.

gem. § 39 OZ, weil es im *Widerspruch zum Gesetz* steht.¹⁾ Wenn also zB der Gesellschafter im Gesellschaftervertrag die Geldeinlagepflicht übernommen und die Geldeinlage auch geleistet hat, dann aber mit der Gesellschaft einen Kaufvertrag abschließt, aufgrund dessen die Gesellschaft einen Sachgegenstand erwirbt, ohne dass dessen Wert von einem Sachverständigen festgestellt wurde, dann ist dieser Kaufvertrag nichtig. Die Folge der Nichtigkeit ist der *Herausgabeanspruch der ungerechtfertigten Bereicherung* gem. § 451 Abs. 2 OZ. Die ursprüngliche Geldeinlage ist dadurch aber nicht betroffen und ist/bleibt weiter wirksam. Der *Vorsatz* wird – wie in der deutschen Regelung – nicht vorausgesetzt.

Obschon der Zweck des § 196a Abs. 3 ObchZ nach dem oben angedeuteten Urteil des Obersten Gerichts der Tschechischen Republik der Schutz der Gesellschaft als solcher sei, ist äußerst fraglich, ob die von ihm hergeleitete Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, respektive des Verkehrsgeschäfts (gem. § 39 OZ) nicht grob unangemessen ist, weil sie weitgehend in die Rechte Dritter eingreift und dadurch die Rechtssicherheit bedroht ist (im tschechischen Zivilrecht ist gutgläubiger Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten – im Gegenteil zu §§ 932 ff. BGB – grundsätzlich ausgeschlossen²⁾, denn es gilt der Grundsatz: *Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet.*³⁾).

Weil § 39 OZ gewissermaßen *vage* ist, kann dieser Paragraph nach meiner Ansicht nicht ohne weiteres alle Fälle der Widersprüche zum Gesetz oder alle Gesetzesumgehungen betreffen; vielmehr könnte bei der Nichteinhaltung der in § 196a Abs. 3 ObchZ verankerten Pflicht die Haftung des Geschäftsführers in Betracht kommen, denn er könnte seine Pflicht verletzt haben, seine Tätigkeit mit der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuüben, und er könnte gem. §§ 194 Abs. 5 und 6 ObchZ für den hierdurch entstehenden Schaden haften; gleiche Konsequenzen gelten übrigens nach der hM.⁴⁾ auch für Nichteinhaltung der

1) Urt. des Obersten Gerichtes der Tschechischen Republik v. 3. 1. 2001, Az. 29 Cdo 2011/2000.

2) Auf das Thema des gutgläubigen Erwerbs des Eigentums vom Nichtberechtigten in Tschechien kann wegen Platzmangel nicht eingegangen werden.

3) Knappová, S. 300.

4) Dobeš, S. 479.

in § 196a Abs. 3 S. 3 festgestellten Pflicht.

Im Gegensatz zur deutschen Regelung setzt aber § 196a Abs. 3 ObchZ *weder eine wirtschaftliche Entsprechung noch die Abrede* voraus. Die tschechische Regelung *differenziert v.a. strikt* zwischen der Wirksamkeit der Geldeinlageleistung und dem Erwerb des Geschäftsanteils einerseits und der Wirksamkeit des Verkehrsgeschäfts (zB Kaufvertrages) andererseits.

Die Anforderung der Wertfeststellung des Gegenstandes durch ein Sachverständigengutachten betrifft *alle Fälle* ¹⁾, wenn die Gesellschaft vom Inferenten bzw. Gesellschafter einen Gegenstand erwirbt; zu diesem Erfordernis kommt noch in den ersten drei Jahren nach der Entstehung der Gesellschaft die Anforderung der *Zustimmung der Hauptversammlung*.

Fraglich könnte an dieser Regelung vor allem die *Unabhängigkeit* und *Objektivität des Sachverständigen* sein, weil dieser Entgelt für die Erarbeitung des Gutachtens von der s.r.o. bezahlt erhält und die Höhe des Betrags aufgrund einer Vereinbarung zwischen ihm und der s.r.o. festgesetzt wird.

Die Einhaltung dieser Regelung kann in der Praxis vor allem den Gesellschaften mit dem Mindeststammkapital große Schwierigkeiten bereiten²⁾, weil ein Zehntel solchen Stammkapitals relativ niedrig ist.

Weil die im § 196a odst. 3 ObchZ beschriebene Handlungsweise *nichtig* ist, ist sie auch *unheilbar*³⁾. Es entfallen also relativ kompliziert ausgestaltete Heilungsmöglichkeiten, die in BRD vor MoMiG Anwendung gefunden haben und nach der neuen Rechtslage auch grundsätzlich in Betracht kommen können, obgleich diese wegen der nun zugelassenen Anrechnung des Wertes des verdeckt eingebrachten Sacheinlagegegenstandes nur untergeordnete Rolle spielen, bzw. die Zweckmäßigkeit der Heilung nunmehr fraglich ist.

Wenn die im § 196a Abs. 3 S. 1 ObchZ festgestellte Pflicht nicht

1) Mit der oben aufgeführten Ausnahme, wenn also das Entgelt die Höhe von einem Zehntel des Grundkapitals unterschreitet.

2) Mindeststammkapital ist bei der s.r.o. gem. § 108 Abs. 1 ObchZ 200.000 CZK; zum 13.9.2010 entsprach dies in etwa 8.097 EUR).

3) hM., zB Štenglová, S. 682; Eliáš, S. 434.

eingehalten wird, können neben der Nichtigkeit des Verkehrsgeschäfts auch die Haftung der beherrschenden Personen gem. § 66a ObchZ und Haftung der „faktischen Direktoren“ gem. § 66c ObchZ sowie strafrechtliche Konsequenzen (Missbrauch der Auskünfte im Handelsverkehr, Untreue, ggf. Betrug) in Betracht kommen.¹⁾

Im Gegensatz zu der deutschen Regelung der verdeckten Sacheinlage *vor* MoMiG, nach der auch selbst die Geldeinlageleistung unwirksam war, ist/bleibt die *Geldeinlageleistung* nach der tschechischen Regelung *wirksam*. Die Nichtigkeit bezieht sich also lediglich auf das *Verkehrsgeschäft*. Es handelt sich also um zwei getrennte Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit, respektive Nichtigkeit voneinander unabhängig ist.

Dies kann als großer *Vorteil* der tschechischen Regelung gesehen werden, weil die durch § 196a Abs. 3 ObchZ *verbotene Handlungsweise* nicht zu so fatalen Konsequenzen führt, wie die verdeckten Sacheinlagen vor MoMiG in der BRD, weil die Leistung der Geldeinlage wirksam ist/bleibt.

Vorteilhaft ist sie auch im Vergleich zu der *neuen deutschen Regelung*, nach der der Gesellschafter die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt, damit der Wert angerechnet werden kann, wenn es in Frage gestellt wird. Das kann negative Auswirkungen gegen den Gesellschafter haben, weil dies kompliziert ist und ein sog. „Schubladengutachten“ den Vorsatz zur Einbringung der verdeckten Sacheinlage implizieren können.

Die tschechische Regelung verlangt also bei Einbringung eines Sacheinlagegegenstandes zwar obligatorisch *Gutachten* eines Sachverständigen, was – im Vergleich zu der deutschen Rechtslage – *langwierig* und *teuer* sein kann, dies könnte aber die Inferenten eher zur Einbringung der Geldeinlagen motivieren, die seitens des deutschen sowie tschechischen Gesetzgebers bevorzugt sind. Dies ist auch nach meiner Ansicht zu begrüßen, denn erst die Einbringung von teureren Gegenständen gerecht und gerechtfertigt werden kann. Wie schon

1) Rychlý, S. 516; diese Problematik ist so umfassend und kompliziert, dass sie an dieser Stelle wegen Platzmangel nicht näher erörtert werden kann.

angedeutet, die Pflicht, Sachverständigengutachten vorzulegen gilt nicht, wenn das *Entgelt* die Höhe von einem Zehntel des Grundkapitals unterschreitet, dies ermöglicht also auch die Sacheinlagegegenstände einzubringen, die zwar nicht so teuer sind, trotzdem für die Gesellschaft eine grundlegende Rolle spielen können, was sehr *praktisch* sein kann.

Zusammenfassung

In der vorgelegten Arbeit habe ich versucht, die Problematik der verdeckten Sacheinlagen, deren Rechtsfolgen durch das MoMiG grundlegend umgestaltet wurden, möglichst komplex darzustellen und kritisch zu bewerten. Ich habe auch versucht, einen rechtsvergleichenden Ausblick in die tschechische Regelung dieser Problematik zu vermitteln und habe auch auf die positiven sowie negativen Aspekte der jeweiligen Regelung hingewiesen.

Ich bin davon überzeugt, dass aus dieser Arbeit ersichtlich ist, in welchen wichtigen Aspekten die tschechische Rechtslage der verdeckten Sacheinlage von der deutschen Regelung abweicht, obwohl sie sonst im Übrigen aus der deutschen Regelung des GmbH-Rechts grundsätzlich hervorgeht, übrigens – wie bekannt ist – die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist wahrscheinlich der größte Exportartikel Deutschlands im Bereich Recht. Besonders interessant ist auch die Tatsache, wie unterschiedlich die Fragen sind, welche die tschechische und deutsche Regelung hervorbringen.

Dank dieser Arbeit ist es mir gelungen, meine Kenntnisse über das GmbH-Recht zu erweitern und zu vertiefen. Ich habe auch eine wichtige Oberansicht über die tschechische Regelung, viele inspirative Ideen und Anregungen im Bereich des GmbH- respektive s.r.o.- Rechts gewonnen.

Anhang: Wichtigste Gesetzesbestimmungen zum Thema der verdeckten Sacheinlagen im tschechischen Handelsgesetzbuch und tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁾

§ 105 ObchZ²⁾

(1) Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Gesellschaft, deren Stammkapital durch die Einlagen der Gesellschafter gebildet wird und deren Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft so lange haften, bis die Einbringung der Einlagen in das Handelsregister eingetragen wurde (§ 106 Abs. 2).

§ 106 ObchZ³⁾

(2) Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesamtschuldnerisch bis zur Höhe der Summe der nicht erbrachten Einlagen aller Gesellschafter, so wie sie sich aus der Eintragung im Handelsregister ergibt. Mit der Eintragung der Einbringung aller Einlagen in das Handelsregister geht die Haftung unter. Durch die Leistung an einen der Gläubiger geht weder die Haftung unter noch ändert sich ihr Umfang. Leistungen, die auf Grund der Haftung für die Gesellschaft erbracht wurden, werden auf die Einlage des Gesellschafters angerechnet, welcher an den Gläubiger geleistet hat, und falls dies nicht möglich ist, so hat der Gesellschafter das Recht, von der Gesellschaft Ersatz zu fordern. Kann der Ersatz so nicht realisiert werden, hat der Gesellschafter das Recht, den Ersatz von dem Gesellschafter zu fordern, welcher seine Einlage noch nicht erbracht hat, ansonsten von jedem Gesellschafter im Verhältnis seiner Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft.

§ 108 ObchZ⁴⁾

(1) Die Höhe des Stammkapitals der Gesellschaft muss mindestens 200.000 CZK betragen.

§ 194 ObchZ⁵⁾

(5) Die Vorstandsmitglieder sind verpflichtet, ihre Tätigkeit mit der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuüben und Verschwiegenheit über vertrauliche Informationen und Tatsachen zu bewahren, deren Bekanntwerden gegenüber Dritten der Gesellschaft einen Schaden zufügen könnte. Im Zweifelsfalle, ob ein Vorstandsmitglied mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt hat, trägt die Beweislast dieses Vorstandsmitglied. Vorstandsmitglieder, die der Gesellschaft bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch die Verletzung ihrer rechtlichen Pflichten einen Schaden zugefügt haben, haften für diesen Schaden gesamtschuldnerisch. Verträge zwischen der Gesellschaft und den

1) Weitere hier nicht zitierte, aber ggf. im Text der Magisterarbeit erwähnte Paragraphen stehen im Band I oder II des Buches: Tschechischen Wirtschaftsgesetze, Aktuelle Gesetzestexte in deutscher Übersetzung zur Verfügung.

2) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 91.

3) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 91.

4) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 91.

5) Gilt entsprechend auch für s.r.o. Quelle: Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 172.

Vorstandsmitgliedern sowie Bestimmungen der Satzung, die diese Haftung begrenzen oder ausschließen, sind unwirksam. Die Vorstandsmitglieder haften nur dann für den Schaden, welchen sie der Gesellschaft durch Ausführung einer Weisung der Hauptversammlung verursacht haben, falls die Weisung der Hauptversammlung im Widerspruch zu Rechtsbestimmungen steht.

(6) Vorstandsmitglieder, die für einen Schaden der Gesellschaft gegenüber haften, haften dann gesamtschuldnerisch, falls das verantwortliche Vorstandsmitglied den Schaden nicht ersetzt hat und die Gläubiger nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft befriedigt werden können, weil diese zahlungsunfähig ist oder alle Zahlungen eingestellt hat. Der Haftungsumfang ist durch den Umfang der Schadensersatzpflicht der Vorstandsmitglieder begrenzt. Die Haftung des Vorstandsmitglieds geht unter, sobald er den entstandenen Schaden ersetzt hat.

§ 196a ObchZ¹⁾

(1) Die Gesellschaft kann nur zu den handelsüblichen Bedingungen und nur dann einen Vertrag über einen Kredit oder eine Anleihe mit einem Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates, dem Prokuristen oder einer anderen Person, die berechtigt ist im Namen der Gesellschaft einen solchen Vertrag abzuschließen oder einer ihnen nahestehenden Person abschließen, oder Verträge, deren Inhalt die Sicherung der Verbindlichkeiten oder eine unentgeltliche Vermögensübertragung von der Gesellschaft ist, schließen, falls die Hauptversammlung im Voraus ihre Zustimmung erteilt hat.

(2) Sind die in Abs. 1 aufgeführten Personen berechtigt, einen solchen Vertrag auch im Namen einer anderen Person abzuschließen, so werden auf die zu Gunsten dieser Personen erbrachten Leistungen die Bestimmungen des Abs. 1 entsprechend angewendet. Die Zustimmung der Hauptversammlung ist nicht erforderlich, wenn es sich um die Gewährung eines Kredits oder einer Anleihe durch die beherrschende Person an die beherrschte Person oder um die Sicherung von Verbindlichkeiten der beherrschten Person durch die beherrschende Person handelt.

(3) Erwirbt die Gesellschaft oder die von ihr beherrschte Person das Eigentum vom Gründer, Aktionär oder von einer mit ihnen in Absprache handelnden Person oder von einer anderen im Abs. 1 genannten Person oder von einer von ihr beherrschten Person oder von einer Person, mit der sie zusammen einen Konzern bildet oder auf diese Personen gegen Entgelt Eigentum in Höhe von mindestens einem Zehntel des Grundkapitals überträgt, so muss der Wert des Eigentums durch ein Sachverständigengutachten eines durch ein Gericht bestellten Sachverständigen festgestellt werden. Für die Ernennung und Entlohnung des Sachverständigen gelten die Regelungen des § 59 Abs. 3 entsprechend. Erfolgt der Erwerb innerhalb von drei Jahren nach der Entstehung der Gesellschaft, so muss die Hauptversammlung zustimmen.

1) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band II., S. 173-174.

(4) Die Regelungen des Abs. 3 betreffen nicht den Erwerb oder die Veräußerung von Eigentum im Rahmen üblicher Geschäftsbeziehungen oder den Erwerb auf Grund einer Anregung oder unter der Aufsicht von Staatsorganen oder den Erwerb an einer Börse oder einem vergleichbaren regulierten Markt. Die Regelungen des Abs. 1 über die Zustimmung der Hauptversammlung sind entsprechend auf unentgeltliche Eigentumsübertragungen auf einen Aktionär anzuwenden.

(5) Die Regelungen der Abs. 1 bis 3 sind auch auf Übernahme von Bürgschaften anzuwenden.

§ 39 OZ¹⁾

Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das nach Inhalt oder Zweck gegen das Gesetz verstößt, es umgeht oder gegen die guten Sitten verstößt.

§ 451 OZ Ungerechtfertigte Bereicherung²⁾

(1) Wer sich zum Nachteil eines anderen ungerechtfertigt bereichert, muss die Bereicherung herausgeben.

(2) Eine ungerechtfertigte Bereicherung ist ein Vermögensvorteil, der durch Leistung ohne Rechtsgrund, aus einem nichtigen Rechtsgeschäft oder aus einem Rechtsgrund, der weggefallen ist, sowie ein Vermögensvorteil, der aus unredlichen Quellen erlangt worden ist.

1) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band I., S. 15.

2) Tschechische Wirtschaftsgesetze, Band I., S. 53.