

# Gesellschaftsrecht

Bitter / Heim

6., neu bearbeitete Auflage 2022  
ISBN 978-3-8006-6916-5  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

lichkeiten einschließlich fälliger Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern zurückbleiben.<sup>715</sup> Die Vorschrift erfasst, wie aus dem Wortlaut ersichtlich, keine Zahlungen, die bei bereits bestehender Zahlungsunfähigkeit geleistet werden.<sup>716</sup> Damit verbleibt nur ein **sehr enger Anwendungsbereich** der Norm, weil die Zahlung auf eine fällige Verbindlichkeit gegenüber einem Gesellschafter nicht erfasst wird.<sup>717</sup> Ist nämlich die Gesellschaft unter Berücksichtigung der fälligen Schuld gegenüber dem Gesellschafter *nicht* zahlungsunfähig, tritt auch durch die Erfüllung der Schuld keine Zahlungsunfähigkeit ein, weil der Reduzierung der liquiden Mittel der Gesellschaft eine entsprechende Verkürzung der fälligen Verbindlichkeiten gegenübersteht und sich folglich keine Unterdeckung ergeben kann. Ist die Gesellschaft hingegen unter Berücksichtigung der Schuld gegenüber dem Gesellschafter ohnehin schon zahlungsunfähig, ist die Vorschrift nach dem oben Gesagten ebenfalls nicht einschlägig, sondern § 15b I, IV InsO (→ Rn. 150 ff.). Als Anwendungsfälle des § 15b V InsO verbleiben demnach (nur) Zahlungen auf nicht bestehende oder nicht fällige Ansprüche eines Gesellschafters oder Zahlungen, die (mittelbar) zur Zahlungsunfähigkeit führen, weil infolge einer Zahlung an den Gesellschafter auch andere Geldgeber ihre Mittel (berechtigterweise) abziehen.<sup>718</sup> Sind allerdings die Voraussetzungen des § 15b V InsO im Einzelfall einmal erfüllt, kann die Gesellschaft nach Ansicht der Rechtsprechung eine Zahlung an den Gesellschafter verweigern, d. h. die Vorschrift **gibt der Gesellschaft eine Einrede**.<sup>719</sup> Die Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer entfällt, wenn der Geschäftsführer auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennen konnte, dass die Zahlungen zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten (§ 15b V 1 InsO a. E. mit Verweis auf § 15b I 2 InsO).

#### ddd) Haftung des faktischen Geschäftsführers

Die vorstehend beschriebenen Haftungstatbestände gelten grundsätzlich nur für 153 denjenigen, der tatsächlich zum Geschäftsführer der GmbH bestellt war. In Ausnahmefällen kann allerdings auch der sog. faktische Geschäftsführer haften.<sup>720</sup> Faktischer Geschäftsführer ist jedoch – abgesehen vom fehlerhaft bestellten Organmitglied<sup>721</sup> – in Fällen gänzlich *fehlender* förmlicher Bestellung nach der Rechtsprechung des BGH nur, wer nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus<sup>722</sup> – durch eigenes **Handeln im Außenverhältnis**, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat.<sup>723</sup>

<sup>715</sup> Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit siehe BGHZ 163, 134 = NJW 2005, 3062 = ZIP 2005, 1426; ausführlich Scholz/Bitter, GmbHG, Vor § 64 Rn. 6 ff.

<sup>716</sup> BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 7, 11) zu § 64 S. 3 GmbHG a. F.

<sup>717</sup> Vgl. ausführlich *Altmeyden*, GmbHG, § 64 Rn. 81 ff.; ferner Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 241 ff.

<sup>718</sup> Vgl. BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13) zu § 64 S. 3 GmbHG a. F.; Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 243.

<sup>719</sup> BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 18) zu § 64 S. 3 GmbHG a. F.

<sup>720</sup> Grundlegend BGHZ 104, 44; siehe auch Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 67 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565, 577, 595 und *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 646.

<sup>721</sup> Vgl. Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 68 m. w. N.

<sup>722</sup> Zur Unterordnung der Geschäftsführer unter die Gesellschafterversammlung → Rn. 136.

<sup>723</sup> BGHZ 150, 61; BGH ZIP 2005, 1414; zur Erläuterung dieser in der Literatur höchst umstrittenen Begrenzung siehe *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 565; Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 71.

## ff) Weitere Vorgaben

154 Die Gesellschaft darf dem Geschäftsführer **keinen Kredit gewähren**, der zulasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens erfolgt (§ 43a S. 1 GmbHG). Ein danach unzulässiger Kredit ist ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zurückzugewähren (§ 43a S. 2 GmbHG). Die Rechtsfolge des § 43a S. 2 GmbHG greift allerdings nicht ein, wenn zunächst ein Darlehen ohne Verstoß gegen § 43a S. 1 GmbHG gewährt wird und es erst später zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals der Gesellschaft kommt.<sup>724</sup>

154a Ein **Wettbewerbsverbot** ist für GmbH-Geschäftsführer – anders als für Vorstände einer AG (→ § 3 Rn. 57) – nicht ausdrücklich gesetzlich normiert. Gleichwohl ist die Geltung eines solchen allgemein anerkannt; es ergibt sich unmittelbar aus der Organstellung auf Grundlage der Treuepflichten des Geschäftsführers.<sup>725</sup>

## c) Aufsichtsrat

155 Im Hinblick auf die Stellung des Aufsichtsrats einer GmbH ist zu unterscheiden, ob der Aufsichtsrat ein fakultativer (freiwilliger) oder ein nach den Regeln der Unternehmensmitbestimmung obligatorischer (zwingender) ist.

156 Wie sich ein **fakultativer Aufsichtsrat** in das Kompetenzgefüge einer GmbH einfügt, ist vorrangig den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zu entnehmen. Nur soweit dieser keine Regelung enthält, verweist § 52 I GmbHG auf verschiedene Regeln des AktG. Allerdings sind der **Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter** auch Grenzen gesetzt, die sich aus dem gesetzlichen Grundmodell der Kompetenzverteilung ergeben:<sup>726</sup> Etwa können dem Aufsichtsrat nicht die zwingend den Geschäftsführern obliegenden Geschäftsführungs- und Vertretungsaufgaben (z. B. Buchführung und Aufstellung des Jahresabschlusses) oder die Kompetenz der Gesellschafterversammlung zur Änderung der Satzung übertragen werden. Entfernt sich das innerhalb dieser Grenzen geschaffene Organ in seinem Erscheinungsbild zu sehr von dem eines Aufsichtsrats, handelt es sich in der Sache um ein *sonstiges* zusätzliches Organ.<sup>727</sup> In der Praxis häufig sind dabei **Beiräte, Verwaltungsräte oder Gesellschafterausschüsse**, die sowohl eine Beratungs- und Überwachungs- als auch eine Entscheidungsfunktion haben können;<sup>728</sup> die (entsprechende) Anwendung der gesetzlichen Regelungen (des GmbHG und AktG) für Aufsichtsräte ist dabei in aller Regel ausgeschlossen, so dass allein der Gesellschaftsvertrag und ggf. eine zusätzlich erlassene Geschäftsordnung maßgeblich sind.

156a Die Einführung eines fakultativen Aufsichtsrats oder eines solchen sonstigen Organs bedarf einer anfänglichen oder im Rahmen einer Satzungsänderung ergänzten Regelung im Gesellschaftsvertrag, die sich aber auch auf eine Ermächtigung an die Gesellschafterversammlung, das Organ durch Gesellschafterbeschluss einzuführen, beschränken kann (sog. **Öffnungsklausel**); ist die Öffnungsklausel hinreichend bestimmt, liegt in dem Beschluss zur Einführung des Organs keine Satzungsänderung, so dass die insoweit geltenden Anforderungen (insbes. zur erforderlichen Mehrheit, zur notariellen Beurkundung oder zur Eintragung ins Handelsregister; → Rn. 23) nicht zu beachten sind.<sup>729</sup>

<sup>724</sup> BGHZ 193, 96 = ZIP 2012, 1071 (Leitsatz 3 und Rn. 39 ff.).

<sup>725</sup> Vgl. Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, § 37 Rn. 83 ff. (auch zu Einzelheiten).

<sup>726</sup> Windbichler, GesR, § 22 Rn. 18 m. N. zu der im Einzelnen umstrittenen Frage, wie weit die Gestaltungsfreiheit reicht.

<sup>727</sup> Windbichler, GesR, § 22 Rn. 18.

<sup>728</sup> Windbichler, GesR, § 22 Rn. 2.

<sup>729</sup> Vgl. zum Ganzen BGHZ 222, 323 = ZIP 2019, 1521 (Leitsatz 2 und Rn. 57 ff.) – sehr lesenswert (!).

Besteht ein **obligatorischer Aufsichtsrat**, ist die **Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter deutlich geringer**. Im Wesentlichen bestimmen sich Besetzung und Stellung des Aufsichtsrats nach den insoweit einschlägigen Gesetzen (insbesondere DrittelbG und MitbestG; → § 3 Rn. 82). Diese verweisen weitgehend auf das AktG. Jedoch verbleiben Unterschiede sowohl zum Aufsichtsrat einer AG als auch zwischen den einzelnen Gesetzen über die Mitbestimmung.<sup>730</sup> Selbst wenn danach bestimmte Kompetenzen dem Aufsichtsrat zwingend zugewiesen sind, ist auch in der mitbestimmten GmbH die Gesellschafterversammlung das oberste Organ und gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt.<sup>731</sup> 157

Die Unterscheidung zwischen fakultativem und obligatorischem Aufsichtsrat kann auch im Hinblick auf die Frage der **Haftung** der Aufsichtsratsmitglieder gemäß §§ 52 I GmbHG, 116, 93 AktG zu beachten sein. Eine – auf die Verletzung der Überwachungspflicht bezogene – Heranziehung des für die Geschäftsführer geltenden § 15b InsO (→ Rn. 147 ff., 152) ist nämlich nur für die Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats möglich,<sup>732</sup> nicht hingegen beim fakultativen Aufsichtsrat (str.).<sup>733</sup> 158

#### IV. Die Finanzverfassung der GmbH

Da die GmbH – nicht anders als die AG – eine Kapitalgesellschaft ist, wird der Gläubigerschutz über die Aufbringung und Erhaltung eines Kapitalstocks gewährleistet. 159

##### 1. Kapitalaufbringung

Die Kapitalaufbringung bei der GmbH wird durch verschiedene Regeln sichergestellt. 160

##### a) Grundlagen

Der Mindestbetrag des Stammkapitals ist 25.000 EUR (§ 5 I GmbHG). Von den Gesellschaftern können Geld- oder Sacheinlagen übernommen werden. Eine Sacheinlage muss im Gesellschaftsvertrag als solche wirksam gemäß § 5 IV GmbHG vereinbart sein (→ Rn. 169 ff.); andernfalls besteht eine Geldeinlagepflicht. Jeweils sind die Gesellschafter aufgrund der Übernahme des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die versprochene Einlage auf den Geschäftsanteil zu leisten; ihre (Mindest-)Höhe bestimmt sich nach dem Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils (§ 14 S. 2 GmbHG). 161

Von der Pflicht zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter nicht befreit werden (§ 19 II 1 GmbHG). Diese Vorschrift wird gleichsam als Grundnorm der Kapitalaufbringungsvorschriften verstanden, in der der **Grundsatz der realen Kapitalaufbringung** verankert ist.<sup>734</sup> Sie wird entsprechend weit im Sinne des Verbots 162

<sup>730</sup> Windbichler, GesR, § 22 Rn. 19.

<sup>731</sup> Windbichler, GesR, § 22 Rn. 19 m. w. N.

<sup>732</sup> BGH ZIP 2009, 860 = NJW 2009, 2454.

<sup>733</sup> Zur früheren Rechtslage BGHZ 187, 60 = NJW 2011, 221 – Doberlug mit Besprechung von Kiefner/Langen, NJW 2011, 192 (mit Exkurs zum Aufsichtsrat einer AG und zum obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH); dazu auch Scholz/Bitter, GmbHG, § 64 Rn. 75 f.; zur höchst umstrittenen, aber zu befürwortenden Fortgeltung der bisherigen Grundsätze nach dem SanInsFoG Bitter, ZIP 2021, 321, 332.

<sup>734</sup> Vgl. nur MHLS/Ebbing, GmbHG, § 19 Rn. 45.

jeder quantitativen oder qualitativen Einschränkung der Einlagepflicht interpretiert.<sup>735</sup> Bei Einzelfragen kommt ihr und dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung daher häufig die entscheidende Bedeutung zu (→ etwa Rn. 183, 184). Der Einlageanspruch der Gesellschaft verjährt in zehn Jahren ab seiner Entstehung, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab der Eröffnung (§ 19 VI GmbHG).

163 Kommt ein Gesellschafter seiner Einlagepflicht nicht nach, droht ihm die sog. **Kaduzierung** seines Geschäftsanteils (§ 21 GmbHG). Er wird dann aus der Gesellschaft ausgeschlossen und verliert geleistete Teilzahlungen (§ 21 II GmbHG). Gleichwohl haftet er weiter für die Einlage (§ 21 III GmbHG). Auch etwaige Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen Gesellschafters haften nach Maßgabe von § 22 GmbHG. Gibt es keine Rechtsvorgänger oder ist der Betrag auch von ihnen nicht zu erlangen, kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil öffentlich versteigern (§ 23 GmbHG). Soweit die Einlage nicht gemäß §§ 21 III, 22, 23 GmbHG zu erlangen ist,<sup>736</sup> besteht – im Gläubigerinteresse zwingend (§ 25 GmbHG) – eine **Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter** (§ 24 GmbHG).<sup>737</sup> Veräußert ein Gesellschafter einen Geschäftsanteil, so haften der Veräußerer und der Erwerber für rückständige, d.h. bei Wirksamwerden der Veräußerung im Verhältnis zur Gesellschaft bereits fällige Einlageverpflichtungen (§ 16 II GmbHG); für nicht in diesem Sinne rückständige Einlageschulden haftet hingegen *nur* der Erwerber.<sup>738</sup>

164 Die Gesellschaft darf gemäß § 7 II 1 GmbHG erst dann zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden, wenn auf jeden einzelnen Geschäftsanteil, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist (**Mindesteinzahlung**).<sup>739</sup> Sacheinlagen muss der Gesellschafter vor der Anmeldung komplett und endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers leisten (§ 7 III GmbHG).<sup>740</sup> Außerdem muss insgesamt auf das Stammkapital mindestens so viel eingezahlt sein, dass der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich des Gesamtnennbetrags jener Geschäftsanteile, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des *Mindeststammkapitals* von 25.000 EUR erreicht (§ 7 II 2 GmbHG); die Mindesteinlage vor der Anmeldung beträgt also 12.500 EUR.

165 **Beispiel:** Eine GmbH mit zwei Gesellschaftern hat ein Stammkapital von 80.000 EUR und jeder Gesellschafter hat einen Geschäftsanteil von 40.000 EUR gegen Geldeinlage übernommen. Gemäß § 7 II 2 GmbHG wären nur 12.500 EUR einzuzahlen (Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals); § 7 II 1 GmbHG fordert aber, dass jeder der Gesellschafter mindestens 10.000 EUR einzahlt (1/4 von 40.000 EUR), so dass im Ergebnis vor der Anmeldung 20.000 EUR einzuzahlen sind.

166 Der Teil der Geldeinlage, der noch nicht bei der Anmeldung geleistet sein muss (**Resteinzahlung**), ist erst nach der **Einforderung** durch die Gesellschafterversammlung

<sup>735</sup> Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 19 Rn. 16.

<sup>736</sup> Siehe zu dieser Voraussetzung näher BGHZ 219, 327 = ZIP 2018, 2018 (Rn. 43 ff.); zur Beweislast vgl. OLG Köln NZG 2009, 505.

<sup>737</sup> Zum Kreis der Verpflichteten näher BGHZ 219, 327 = ZIP 2018, 2018, insbes. Rn. 12: *Alle* Gesellschafter *ab* Fälligkeit – daher: (1) Haftung auch bei Erwerb der Gesellschafterstellung erst *nach* Fälligkeit der Einlageschuld (Leitsatz 1 und Rn. 15); (2) Haftung auch bei Gesellschafterstellung nur *zwischen* Fälligkeit und Eintritt der weiteren Haftungsvoraussetzungen (Leitsatz 2 und Rn. 32 ff.); siehe andererseits BGH ZIP 2015, 1530 zum haftungsbefreienden Ausscheiden eines Gesellschafters *vor* Fälligkeit der Einlageschuld (bestätigt in BGHZ 219, 327 = ZIP 2018, 2018 [Rn. 12 ff.]).

<sup>738</sup> BGH ZIP 2015, 1530 (Rn. 19).

<sup>739</sup> Bei Mischeinlagen gilt dies für den Bareinlageanteil; vgl. OLG Celle ZIP 2016, 368 f.

<sup>740</sup> Zum Begriff der „freien Verfügung“ → § 3 Rn. 147 f.

lung (§ 46 Nr. 2 GmbHG) fällig. Eine Ausnahme gilt allerdings bei Insolvenz oder Liquidation: Der Insolvenzverwalter und der Liquidator können die restlichen Einlagen auch ohne Gesellschafterbeschluss einfordern und damit fällig stellen, soweit es der Insolvenz- bzw. Liquidationszweck, insbesondere die Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft (§§ 1 InsO, 70 GmbHG), erfordert.<sup>741</sup>

Gemäß § 8 II 1 GmbHG muss der Geschäftsführer in der Anmeldung zum Handelsregister versichern, dass die Einlagen auf die Geschäftsanteile entsprechend § 7 II, III GmbHG bewirkt sind und sich zu seiner endgültigen freien Verfügung befinden. 167

Werden zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft **falsche Angaben** gemacht, so haben die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft als Gesamtschuldner fehlende Einzahlungen zu leisten, eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen und für den sonst entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (§ 9a I GmbHG). 168

⇒ Fall Nr. 16 – Wertdifferenz

#### b) Sacheinlagen

Für den möglichen Gegenstand einer Sacheinlage gelten die Ausführungen zur AG bei der GmbH entsprechend, da die Vorschrift des § 27 II Hs. 1 AktG analog anzuwenden ist (zur AG → § 3 Rn. 138 ff.): **Nur Vermögensgegenstände mit einem feststellbaren wirtschaftlichen Wert sind sacheinlagefähig.** Wie bei der AG sind auch bei der GmbH weder Forderungen gegen den Gesellschafter noch – analog § 27 II Hs. 2 AktG – Dienstleistungen und Verpflichtungen zu solchen sacheinlagefähig.<sup>742</sup> Es besteht aber wie im Aktienrecht die Möglichkeit, die Pflicht zu Dienstleistungen als sog. Nebenleistungspflicht im Gesellschaftsvertrag zu begründen (§ 3 II GmbHG). 169

Ist eine wirksame Sacheinlage vereinbart, muss sie nicht nur vollständig vor der Anmeldung endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer erbracht sein (§§ 7 III, 8 II GmbHG), sondern das Gesetz stellt weitere strenge Regeln auf. Der Wert von Sacheinlagen ist nämlich schwer zu bemessen, weshalb es einer genauen **Dokumentation und Prüfung** bedarf (→ § 3 Rn. 142 zur AG). Außerdem führen Sacheinlagen der Gesellschaft keine unmittelbare Liquidität zu; im Gläubigerinteresse muss eine Sacheinlage daher erkennbar sein. Aus diesem Grund hat der Gesellschaftsvertrag den Gegenstand der Sacheinlage und den Nennbetrag des Geschäftsanteils festzulegen, auf den sich die Sacheinlage bezieht (§ 5 IV 1 GmbHG). In einem **Sachgründungsbericht** müssen die Gesellschafter die Umstände darlegen, aus denen sich ergibt, dass die Sacheinlage „angemessen“ ist, d. h. einen Wert in Höhe des Nennbetrags des Geschäftsanteils hat, auf den sie erfolgt; wird ein Unternehmen eingebracht, sind die Jahresergebnisse der letzten beiden Jahre anzugeben (§ 5 IV 2 GmbHG). 170

Bei der Anmeldung müssen verschiedene Unterlagen vorgelegt werden, anhand derer das Registergericht die Sacheinlage und deren **Werthaltigkeit überprüfen** kann (§ 8 I Nr. 4, 5 GmbHG). Gemäß § 9c I 2 GmbHG hat es nämlich die Eintragung abzulehnen, wenn die Sacheinlagen nicht unwesentlich überbewertet worden sind. Wird erst später festgestellt, dass der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils erreicht, hat der Gesellschafter in 171

<sup>741</sup> Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 46 Rn. 53; zum Insolvenzverwalter ferner OLG Jena ZIP 2007, 1571 (Leitsatz 1) m. w. N.

<sup>742</sup> BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713 (Rn. 9, 10) – Qivive.



Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten (**Differenzhaftung** gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 GmbHG).<sup>743</sup>

⇒ Fall Nr. 16 – Wertdifferenz

- 172 Die in §§ 7 III, 8 II GmbHG geforderte „**Leistung zur endgültigen freien Verfügung**“ der Geschäftsführer ist nicht nur – wie es der Wortlaut der Vorschriften vielleicht nahe legt – Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Anmeldung zur Eintragung, sondern auch **Voraussetzung für die wirksame Erfüllung der Sacheinlageverpflichtung**.<sup>744</sup> Wie für die AG bereits ausgeführt (→ § 3 Rn. 145), erlischt die Verbindlichkeit des Gesellschafters zur Sacheinlage also nur dann, wenn (1) die allgemeinen Erfüllungsvoraussetzungen der §§ 362 ff. BGB vorliegen *und* (2) sich die Sache endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.

#### c) Sachübernahmen

- 173 Von der Sacheinlage begrifflich zu unterscheiden ist die Sachübernahme (→ § 3 Rn. 135 zur AG). Sie ist bei der GmbH nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch lässt sich dem Gesetz mittelbar entnehmen, wie Sachübernahmen zu behandeln sind. Soll die Vergütung für die Überlassung des Vermögensgegenstandes durch Aufrechnung *des Gesellschafters* auf seine Geldeinlagenschuld angerechnet werden, muss die Sachübernahme gemäß § 19 II 2 GmbHG eigentlich wie eine Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag dokumentiert sein, damit die Anrechnung wirksam ist. Allerdings ist es geboten, eine Anrechnung nach näherer Maßgabe der Vorschriften über die verdeckte Sacheinlage in § 19 IV 3, 4 GmbHG auch ohne Dokumentation zuzulassen, wenn – wie meist – jener (Spezial-)Tatbestand der verdeckten Sacheinlage i.S.v. § 19 IV 1 GmbHG unmittelbar einschlägig<sup>745</sup> oder die Wertanrechnung analog § 19 IV 3, 4 GmbHG zuzulassen ist (näher → Rn. 206 ff.).

- 174 Wollen die Gründer allerdings die Risiken nicht hinnehmen, die – immer noch (→ § 3 Rn. 167) – mit einer verdeckten Sacheinlage verbunden sind, müssen sie die Sachübernahme **wie eine originäre Sacheinlage dokumentieren**. Auf eine solch offene Sachübernahme sind nach ganz h.M. alsdann sämtliche vorgenannten Vorschriften über die Sachgründung anzuwenden.<sup>746</sup>

#### d) Geldeinlagen

- 175 Neben § 7 II GmbHG enthält vor allem § 19 GmbHG Vorgaben für Geldeinlagen. Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile sind nach dem Verhältnis der Geldeinlagen zu leisten (§ 19 I GmbHG). Die Gesellschaft muss also die **Gesellschafter gleichmäßig behandeln**, wenn sie die Geldeinlagen einfordert: Fehlt eine abweichende Vereinbarung, muss sie von jedem Gesellschafter den gleichen prozentualen Anteil der jeweils übernommenen Geldeinlage verlangen.
- 176 Oft stellt sich die Frage, ob die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters durch **Erfüllung** erloschen ist. Grundsätzlich erlischt die Geldeinlagepflicht, wenn der Gesellschafter den geschuldeten Betrag in Geld (bar oder bargeldgleich durch Überweisung) an die Gesellschaft zahlt (= Bewirken der Leistung i.S.v. § 362 I

<sup>743</sup> Beruht die fehlende Wertdeckung auf einer Schlechterfüllung des Sacheinlegers, so kommen neben dem Einlagenergänzungsanspruch gemäß § 9 GmbHG auch Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungen- und Sachmängelrecht in Betracht (vgl. Scholz/*Veil*, GmbHG, § 9 Rn. 28 und § 5 Rn. 62 ff.); bei einer den Nennbetrag wertmäßig übersteigenden Leistung können diese für die Gesellschaft günstiger sein.

<sup>744</sup> Vgl. MHLS/*Tebben*, GmbHG, § 7 Rn. 19; BeckOK GmbHG/C. *Jaeger*, § 7 Rn. 21.

<sup>745</sup> Wie hier *Wicke*, GmbHG, § 19 Rn. 24 m. w. N.

<sup>746</sup> Vgl. MHLS/*Zeidler*, GmbHG, § 5 Rn. 53 m. w. N.

BGB).<sup>747</sup> Es gibt jedoch eine Reihe von Ausnahmen bzw. Problemfällen, in denen die Geldeinlagepflicht trotz einer Geldzahlung fortbestehen kann. Insofern ist im Grundsatz zwischen der Mindesteinzahlung vor Anmeldung gemäß § 7 II GmbHG und der (späteren) Resteinzahlung nach Eintragung zu differenzieren, weil die Anforderungen an die Erfüllungswirkung nicht stets identisch sind. Auf die Unterschiede wird bei der nachfolgenden Darstellung im jeweiligen Zusammenhang hingewiesen.

#### aa) Leistung zur endgültigen freien Verfügung

Nach § 8 II 1 GmbHG ist in der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung u. a. 177 zu versichern, dass sich die Mindesteinzahlungen gemäß § 7 II GmbHG endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Für die **Mindesteinzahlung** ist die „endgültige freie Verfügung“ daher nach ganz h. M. – wie generell bei der Sacheinlage (→ Rn. 172) – eine die §§ 362 ff. BGB ergänzende und teilweise verdrängende, spezifisch kapitalgesellschaftsrechtliche **Erfüllungsvoraussetzung**.<sup>748</sup> Es gilt also das Gleiche wie bei der AG (→ § 3 Rn. 148). Ferner leitet die h. M. aus dem Wortlaut des § 7 II 1 GmbHG („eingezahlt“) ab, dass der Mindestbetrag nur durch **bare oder bargeldgleiche Zahlung** an die Gesellschaft erbracht werden kann.<sup>749</sup>

Für die **Resteinzahlung** gelten die Erfordernisse der endgültigen freien Verfügung 178 und der baren oder bargeldgleichen Zahlung nach h. M. nicht.<sup>750</sup> Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung verlangt die h. M. aber auch hier als Grundvoraussetzung der Erfüllungswirkung, dass bei der Gesellschaft ein **vollwertiger, unbeschränkter und definitiver Vermögenszufluss** erfolgt.<sup>751</sup> In der Sache muss also bei der Resteinzahlung ebenfalls eine Verfügungsfreiheit der Geschäftsführer hergestellt und die Einlage real aufgebracht werden. Im Ergebnis besteht daher allenfalls ein geringer Unterschied zu dem Erfordernis der endgültigen freien Verfügung.

Die vorstehend dargelegten Anforderungen an eine wirksame Erfüllung des Einlageanspruchs werden insbesondere in folgenden Fällen relevant: 179

#### aaa) Tilgung von Gesellschaftsschulden

Ein Gesellschafter kann zum Zwecke der Erfüllung seiner Geldeinlagepflicht eine 180 Schuld der (Vor-)Gesellschaft tilgen, indem er an deren Gläubiger zahlt (§ 267 I BGB). Erfolgt dies im Einvernehmen mit der Gesellschaft, so führt die Tilgung der Gesellschaftsschuld nach allgemeinen Grundsätzen gleichzeitig dazu, dass die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft erlischt. Die Zahlung des Gesellschafters, des Schuldners der Einlagepflicht, hat nämlich aufgrund der

<sup>747</sup> Zur Beweislast des Inferenten BGH ZIP 2014, 261; zum Sonderfall der Zahlung an einen Gläubiger der Gesellschaft sogleich → Rn. 180 ff.

<sup>748</sup> MHLS/Tebben, GmbHG, § 7 Rn. 19; Altmeyden, GmbHG, § 7 Rn. 23; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, § 7 Rn. 21; siehe auch Schäfer, GesR, § 35 Rn. 7, allerdings ohne Beschränkung auf die Mindesteinzahlung.

<sup>749</sup> Altmeyden, GmbHG, § 7 Rn. 25; Wilhelm, KapGesR, Rn. 340; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, § 7 Rn. 14; jeweils m. w. N. Unklar ist, ob – darüber hinaus – die abschließende Aufzählung der zulässigen Zahlungsformen in § 54 III AktG strikt zu beachten ist; vgl. hierzu Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 7 Rn. 9; Altmeyden, GmbHG, § 7 Rn. 25; ferner Schäfer, GesR, § 35 Rn. 9 m. w. N. in Fn. 10 (auch zur Gegenauffassung).

<sup>750</sup> BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713 (Rn. 17) – Qivive; Altmeyden, GmbHG, § 19 Rn. 21; BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 30 m. w. N.; a. A. Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 19 Rn. 23.

<sup>751</sup> OLG München, ZIP 2016, 2361 f.; Altmeyden, GmbHG, § 19 Rn. 21; BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 30; jeweils m. w. N.



Ermächtigung der Gesellschaft, an einen Dritten – den Gläubiger der Gesellschaft – zu zahlen, nach §§ 362 II, 185 BGB Erfüllungswirkung.

181 Im Rahmen der Kapitalaufbringung wird dieser allgemeine Grundsatz jedoch – differenziert nach Mindest- und Resteinzahlung – eingeschränkt:

182 Für die **Mindesteinzahlung** verlangt die h. M. – wie gesagt – eine bare oder bargeldgleiche Zahlung an die Gesellschaft (→ Rn. 177). Dementsprechend bewirkt die Zahlung an einen Gläubiger der Gesellschaft nach h. M. nicht die Erfüllung der Pflicht zur Leistung der Mindesteinzahlung.<sup>752</sup> Auf die Frage der endgültigen freien Verfügung kommt es nicht an.

183 Die Verpflichtung zur Leistung der **Resteinlage** kann ein Gesellschafter hingegen grundsätzlich durch die Tilgung einer Gesellschaftsschuld erfüllen. Aufgrund des Erfordernisses einer Verfügungsautonomie und des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung ist aber Erfüllungsvoraussetzung, dass die Zahlung (1) auf Veranlassung der Gesellschaft erfolgt und (2) ihr einen vollwertigen Vermögensvorteil verschafft.<sup>753</sup> Letzteres setzt voraus, dass die (getilgte) **Gläubigerforderung im Zeitpunkt der Leistung vollwertig, fällig und liquide** (= unstreitig) ist.<sup>754</sup> Sind die Voraussetzungen der Erfüllung nicht gegeben, wird die Gesellschaft zwar von der Schuld gegenüber dem Gläubiger frei (§ 267 I BGB), aber ihre Einlageforderung besteht fort. Als Kompensation für die Schuldtilgung erwirbt der Gesellschafter jedoch einen Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft.<sup>755</sup> Dieser Rückgriffsanspruch ist, sofern der Gesellschafter die Aufrechnung erklärt, auf die fortbestehende Einlageforderung **anrechenbar**, soweit er werthaltig ist, weil in diesem Umfang eine reale Wertzuführung an die Gesellschaft stattfindet (zur Aufrechnung → Rn. 206 ff.; zur AG allgemein → § 3 Rn. 172 ff.). Da die Werthaltigkeit des Rückgriffsanspruchs nach denselben Grundsätzen zu bestimmen ist wie diejenige der getilgten Gläubigerforderung, wird der Gesellschafter damit im Ergebnis insoweit von seiner Einlagepflicht frei, wie diese Gläubigerforderung werthaltig war.

*bbb) Zahlung auf ein debitorisches Konto*

184 Ein eng mit der Tilgung von Gesellschaftsschulden verknüpftes Problem ergibt sich, wenn ein Gesellschafter die Geldeinlage auf ein Konto der Gesellschaft überweist, das sich im Minus befindet (debitorisches Konto). Hier wird die eingehende **Zahlung mit dem Minus verrechnet**, das sich aus der Darlehensschuld der Gesellschaft gegenüber der Bank ergibt; die Leistung wird also automatisch dazu genutzt, das Darlehen zurückzuführen. Diese zwingende Verwendung der Leistung steht einer realen Mittelzuführung im Sinne neuer Liquidität und der endgültigen freien Verfügung bzw. Verfügungsfreiheit bezüglich der Einlage und damit der Erfüllungswirkung der Einlageleistung dann *nicht* entgegen, wenn die Bank nach der Rückführung des Debets Verfügungen in Höhe des Einlagebetrags (1) erneut zulassen muss, weil eine eingeräumte Kreditlinie wieder zur Verfügung steht,<sup>756</sup> oder (2) jedenfalls stillschweigend tatsächlich gestattet.<sup>757</sup> Liegt einer der beiden Fälle vor, tritt Erfüllung bezüglich der Resteinlage und der Mindesteinzahlung ein, letzteres weil eine bargeldgleiche Leistung auf ein Konto der Gesellschaft vorliegt und daher

<sup>752</sup> MHLS/Tebben, GmbHG, § 7 Rn. 33; BeckOK GmbHG/C. Jaeger, § 7 Rn. 16 m. w. N.; BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 45.

<sup>753</sup> Altmeyden, GmbHG, § 19 Rn. 23.

<sup>754</sup> BeckOK GmbHG/Ziemons, § 19 Rn. 44.

<sup>755</sup> Rechtsgrundlage: §§ 683, 670, 684, 812 BGB.

<sup>756</sup> Vgl. BGHZ 150, 197.

<sup>757</sup> Vgl. BGH ZIP 2005, 121 unter 2. b) der Gründe m. w. N.