

# Unternehmensfinanzierung

Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Rechnungslegung

VON

Dr. Stephan Eilers, Dr. Adalbert Rödding, Dr. Dirk Schmalenbach

2., neu bearbeitete Auflage

[Unternehmensfinanzierung – Eilers / Rödding / Schmalenbach](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Finanzierung, Investition, Leasing](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64625 6

**sche Nutzungsrechte** sind jedenfalls dann einlagefähig, wenn die Nutzungsdauer feststeht oder eine konkrete Mindestlaufzeit vereinbart wird und die Gesellschaft Besitz erlangt.<sup>216</sup>

Hinsichtlich der Einlagefähigkeit von **Forderungen** ist wie bei der AG zu differenzieren: Forderungen gegen Dritte sind ohne Weiteres einlagefähig. Forderungen gegen die GmbH sind ebenfalls einlagefähig, allerdings ist eine Einbringung zum Nennwert nur möglich, wenn die Forderung vollwertig, fällig und liquide ist; anderenfalls ist ein Bewertungsabschlag vorzunehmen.<sup>217</sup> Grundsätzlich ungeeignet ist dagegen eine Forderung gegen den Gesellschafter, da diese nicht über die ohnehin bestehende Pflicht zur Erbringung einer Einlage hinausgeht. Etwas anderes gilt aber seit dem MoMiG für den in § 19 Abs. 5 GmbHG geregelten Fall des zulässigen Hin- und Herbählens, in dem es zum Austausch der Einlageforderung gegen eine Darlehensforderung kommt. Einlagefähig kann eine Forderung gegen den Gesellschafter auch dann sein, wenn für sie akzessorische Sicherheiten bestehen, welche die Position der Gesellschaft verbessern.<sup>218</sup>

**Aufschiebend bedingte Forderungen** oder in ihrer Entstehung von weiteren Voraussetzungen abhängige Forderungen sind nur dann einlagefähig, wenn die Bedingung bzw. die Voraussetzung spätestens bis zur Anmeldung zum Handelsregister eingetreten ist oder ihr Eintritt überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>219</sup>

Die **Verpflichtung zu einer Dienstleistung** kann ohne Rücksicht darauf, ob sie den Einlagenschuldner oder einen Dritten treffen soll, analog § 27 Abs. 2 AktG nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein.<sup>220</sup> Der Grund hierfür liegt in der Schwierigkeit ihrer Durchsetzung gegen den Willen des Verpflichteten.

Der **Wert der Sacheinlage** ist nach den allgemeinen Regeln, wie sie auch für die Eröffnungsbilanz gelten, zu ermitteln. Bei Umlaufvermögen ist daher vom Verkehrswert und bei Anlagevermögen vom Wiederbeschaffungswert auszugehen.<sup>221</sup> Entscheidend ist der Wert im Zeitpunkt der Anmeldung. 62

Eine **Überbewertung der Sacheinlage** ist unzulässig und führt zur Haftung des zur Sacheinlage verpflichteten Gesellschafters. Wird die Überbewertung vor Eintragung der Gesellschaft entdeckt, darf das Handelsregister solange nicht eingetragen, bis der Fehlbetrag in Geld erbracht ist und die Geschäftsführer dies analog § 8 Abs. 2 GmbHG versichern (§ 9c 63

---

<sup>216</sup> BGH v. 15.5.2000 II ZR 359/98, NJW 2000, 2356, 2357; BGH v. 14.6.2004 – II ZR 121/01, ZIP 2004, 1642.

<sup>217</sup> *Veil* in Scholz, GmbHG, § 5 Rn. 46.

<sup>218</sup> *Veil* in Scholz, GmbHG, § 5 Rn. 37ff.

<sup>219</sup> So BGH v. 12.4.2011 II ZR 17/10, ZIP 2011, 1101 (Rn. 14) in dem Fall, dass der Geschäftsführer einer GmbH mit der vom Inferenten geleisteten Bareinlage ein Darlehen ablöste, für dessen Rückzahlung sich der Inferent verbürgt hatte. Der BGH lehnte hier eine verdeckte Sacheinlage ab, da der künftige Regressanspruch des Bürgen noch nicht entstanden sei, sondern nur aufschiebend bedingt und daher nicht sacheinlagefähig sei.

<sup>220</sup> BGH v. 16.2.2009 II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, 42f. – Quivive.

<sup>221</sup> *Veil* in Scholz, GmbHG, § 5 Rn. 57 mwN.

Abs. 1 GmbHG).<sup>222</sup> Wird die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, ohne dass die Überbewertung auffällt, so ist weder die Gesellschaft noch die Sacheinlagevereinbarung unwirksam. Vielmehr bleibt es bei der Verpflichtung des Gesellschafters, in Höhe des Fehlbetrages eine Einlage in Geld zu leisten. Dieser Anspruch der Gesellschaft entsteht mit der Anmeldung<sup>223</sup> und wird sofort fällig. Er verjährt zehn Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft (§ 9 Abs. 2 GmbHG). Die Gesellschafter sind aber berechtigt, eine **Unterbewertung der Sacheinlage** vorzunehmen und dadurch stille Reserven zu schaffen.<sup>224</sup> Legen die Gesellschafter hingegen Wert darauf, dass der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag der dafür gewährten Stammeinlage überschreitet, so können sie mit dem Mehrbetrag auf zweierlei Weise umgehen:

Sie können eine **Über-Pari-Emission** vereinbaren: Dabei werden die Stammeinlagen zu einem höheren als dem Nennbetrag ausgegeben, die Gesellschaft erhält ein **Aufgeld**. Dies kann sowohl bei einer Bar- wie auch bei einer Sachgründung der Fall sein. Die Gründe für eine derartige Vorgehensweise, die insbesondere bei Kapitalerhöhungen eine Rolle spielt, wurden oben für die Aktiengesellschaft dargestellt und gelten auch hier.<sup>225</sup> Das GmbHG enthält keine Regelungen über die Ausgaben von Stammeinlagen gegen Aufgeld, dennoch besteht Einigkeit über die Zulässigkeit.<sup>226</sup> Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Nebenleistungspflicht. Im Falle einer Sacheinlage muss diese sowohl den Nennbetrag der Stammeinlage als auch das Aufgeld decken, andernfalls muss das Gericht die Eintragung ablehnen.<sup>227</sup>

Anstelle eines Aufgeldes können die Parteien auch eine **gemischte Sacheinlage** vereinbaren. Eine solche liegt vor, wenn der Gegenwert der eingebrachten Vermögensgegenstände nicht ausschließlich zur Deckung der Einlage verwendet werden soll, sondern der „überschießende“ Wert dem Einleger vergütet werden soll, sei es durch Auszahlung oder durch Übernahme von Schulden. Derartige Regelungen unterfallen nach inzwischen herrschender Meinung in Gänze dem Regime der Sacheinlage, unabhängig davon, ob der Gegenstand der Sacheinlage unteilbar<sup>228</sup> oder teilbar ist.<sup>229</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass alle Angaben zur gemischten

<sup>222</sup> *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 9 Rn. 18f.

<sup>223</sup> *HM*, vgl. *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 9 Rn. 7 mwN zum Streitstand in Fn. 7.

<sup>224</sup> Im Einzelnen strittig, wie hier zB *Ellrott/Brendt* in *BeBiKo*, § 255 Rn. 146; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 5 Rn. 81.

<sup>225</sup> Siehe Rn. 24f.

<sup>226</sup> *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 5 Rn. 8; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 5 Rn. 181.

<sup>227</sup> *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter* GmbHG, § 5 Rn. 184 und § 9c Rn. 36 mwN.

<sup>228</sup> Dann unstreitig: BGH v. 20.11.2006 II ZR 176/05, BGHZ 170, 47, 54 (zur AG); bestätigt durch BGH v. 9.7.2007 II ZR 62/06, BGHZ 173, 145, 152f. – *Lurgi I* (zur AG); BGH v. 18.2.2008 II ZR 132/06, BGHZ 175, 265, 272 – *Rheinmöve* (zur AG); BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 48 – *AdCoCom* (zur GmbH).

<sup>229</sup> Dann herrschende Meinung: *Veil* in *Scholz GmbHG* § 5 Rn. 82; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, § 5 Rn. 20, jeweils mwN.

Sacheinlage in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind. Dies betrifft insbesondere die Pflicht zur Festlegung der an den Gesellschafter zurückzugewährenden Ausgleichsleistung, die zumindest der Höhe nach bestimmbar sein muss.<sup>230</sup>

Die **Erbringung der Sacheinlage** erfolgt in zwei Schritten: Die Festsetzung im Gesellschaftsvertrag verpflichtet den Gesellschafter zur Leistung der Sacheinlage. Die Erfüllung dieser Verpflichtung geschieht durch die Bewirkung der Sacheinlage, dem Verfügungsgeschäft. Die Voraussetzungen für dieses Verfügungsgeschäft hängen von der Art der Sacheinlage ab: Bewegliche Sachen werden nach §§ 929 ff. BGB übertragen, Grundstücke durch Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925 BGB). Da die Sacheinlagen grundsätzlich vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister so zu bewirken sind, dass sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen (§ 8 Abs. 2 GmbHG), sind alle zur Übertragung erforderlichen Rechtshandlungen spätestens bis zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen. Ob dies auch für die Übertragung von Grundstücken im Wege der Sacheinlage gilt<sup>231</sup> oder ob in diesem Falle eine bindende Auflassung (§§ 873 Abs. 2, 925 BGB) mit rangwahrender Eintragungsbewilligung bzw. eine Erwerbsvormerkung (§ 883 BGB) ausreichen,<sup>232</sup> ist streitig.

Sind alle Sacheinlagen bewirkt, kann die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister beantragt werden. Der **Anmeldung** sind die in § 8 GmbHG genannten Unterlagen beizufügen. Bei der Sachgründung ist gegenüber der Bargründung zusätzlich der **Sachgründungsbericht** beizufügen sowie Unterlagen, die belegen, dass der Wert der Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlagen erreicht. Hierbei handelt es sich regelmäßig um **Wertgutachten von Sachverständigen**. Der Sachgründungsbericht ist von allen Gesellschaftern – unabhängig davon, ob sie eine Sacheinlage erbracht haben oder nicht – zu verfassen. Er muss die Angaben enthalten, die der Registerrichter benötigt, um die Werthaltigkeit der Sacheinlage zu prüfen.<sup>233</sup>

Auf Grund der Anmeldung prüft dann das Handelsregister, ob die Voraussetzungen für eine Eintragung vorliegen und insbesondere, ob die Sacheinlagen nicht überwertet wurden (§ 9 Abs. 1 GmbHG). Die Prüfung bezieht sich auf die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung, entscheidender Zeitpunkt ist also die Anmeldung der Gesellschaft.<sup>234</sup> Ob dies auch für die Werthaltigkeit der Sacheinlagen gilt, ist streitig. Die wohl herrschende Meinung will hier auf den Eintragungszeitpunkt abstellen und

<sup>230</sup> Siehe die Nachweise unter Fn. 228 sowie OLG Zweibrücken v. 26.11.1980 3 W 169/80, GmbHR 1981, 214, 215; *Veil* in Scholz GmbHG, § 5 Rn. 83 ff. mwN.

<sup>231</sup> So unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte *Veil* in Scholz, GmbHG, § 7 Rn. 43 mwN.

<sup>232</sup> Dafür unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten beispielsweise *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 7 Rn. 51 mwN zum Streitstand.

<sup>233</sup> *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 8 Rn. 11 und § 5 Rn. 156 f.; *Veil* in Scholz, GmbHG, § 8 Rn. 17 und § 5 Rn. 98 ff.

<sup>234</sup> *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 9c Rn. 17; wohl auch *Veil* in Scholz, GmbHG, § 9c Rn. 28; aA *Roth/Altmeyen* GmbHG § 9c Rn. 12 (Zeitpunkt der Eintragung).

Wertveränderungen nach der Anmeldung, dh auch nach der Leistung der Einlage, berücksichtigen.<sup>235</sup> Nach § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG (idF des MoMiG) ist die registergerichtliche Wertdeckungskontrolle – in Übereinstimmung mit § 38 Abs. 2 S. 2 AktG – auf die Frage einer „nicht unwesentlichen“ Überbewertung beschränkt. Hierdurch sollen Verzögerungen des Eintragungsverfahrens, die auf eine exakte Ermittlung bloß unwesentlicher Wertdifferenzen zurückzuführen sind, vermieden werden.<sup>236</sup>

Führt die Prüfung zu keinen Beanstandungen, so wird die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen. **Bis zur Eintragung** können die Gesellschafter jederzeit von der Geld- zur Sacheinlage wechseln und umgekehrt.<sup>237</sup> Dazu müssen sie nur den Gesellschaftsvertrag ändern und, falls die Gesellschaft bereits angemeldet ist, die Anmeldung wiederholen. **Nach der Eintragung** ist zu differenzieren: Ein **Übergang von der Bar- zur Sacheinlage** im Rahmen einer Änderung des Gesellschaftsvertrags ist angesichts der durch das MoMiG – auch im GmbH-Recht – eingeführten Anrechnungslösung bei der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG) **weder nötig noch möglich**. Auch das im Schrifttum in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung des BGH<sup>238</sup> vorgeschlagene Verfahren zur „echten“ Heilung einer verdeckten Sacheinlage im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags sieht lediglich einen **Gesellschafterbeschluss** vor, mit dem **ex nunc festgestellt** wird, dass der ursprüngliche Vermögenswert erbracht wurde und die **Bareinlageverpflichtung** gem. § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG **erloschen** ist. Der Grund hierfür liegt darin, dass entgegen der früheren Rechtslage infolge der Wirksamkeit von Umsatz- und Erfüllungsgeschäft gem. § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG bei einer unzulässigen Forderungsverrechnung die Gesellschafterforderung – sofern ihr tatsächlicher Wert die Einlageverpflichtung nicht übersteigt – vollständig erloschen ist und bei einem verdeckten Verkehrsgeschäft das Eigentum an der eingebrachten Sache wirksam auf die GmbH übertragen worden ist. Es ist daher kein Einlagegegenstand mehr vorhanden, weshalb – anders als früher – ein nachträglicher Übergang von einer Bar- zu einer Sacheinlageleistung nicht mehr in Betracht kommt.<sup>239</sup> Der nachträgliche **Übergang von der Sach- zur Bareinlage** ist dagegen nach wie vor unproblematisch, da die Sacheinlagevereinbarung die originär bestehende Bareinlageverpflichtung lediglich modifiziert.<sup>240</sup> Zulässig ist es schließlich auch, unter Berücksichtigung der Vorschriften über die Sachgründung, ein Wahlrecht zwischen Sacheinlage und Bareinlage zu vereinbaren.<sup>241</sup>

<sup>235</sup> BGH v. 9.3.1981 II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 136f.; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 9c Rn. 21; *Roth/Altmeyen* GmbHG, § 9c Rn. 9ff.; aA: *Veil* in *Scholz*, GmbHG, § 9c Rn. 33 mwN zum Streitstand.

<sup>236</sup> *Habersack* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG Ergänzungsband MoMiG, § 9c Rn. 1.

<sup>237</sup> Statt aller *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 5 Rn. 33ff.

<sup>238</sup> BGH v. 4.3.1996 II ZB 8/95, BGHZ 132, 141, 150ff.

<sup>239</sup> Vgl. *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 19 Rn. 96.

<sup>240</sup> *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 5 Rn. 37.

<sup>241</sup> *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 5 Rn. 37; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 5 Rn. 37.

Auch im GmbH-Recht sind – wie im Aktienrecht – die Anforderungen an eine wirksame Sacheinlage hoch. Deswegen besteht die Gefahr, dass Sacheinlagen aus Unwissenheit oder zur Umgehung der Sachgründungsvorschriften verdeckt erbracht werden.

**Tatbestand.** Eine **verdeckte Sacheinlage** liegt nach der durch das MoMiG eingeführten Legaldefinition gem. § 19 Abs. 4 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.“ Dabei knüpft der Gesetzgeber – wie im Aktienrecht – mit der abstrakten Beschreibung des Tatbestands der verdeckten Sacheinlage an die in der Rechtsprechung übliche Definition an, so dass insoweit eine Kontinuität gewahrt bleibt.<sup>242</sup> Erforderlich ist damit nach wie vor eine Abrede zwischen den Gründungsbeteiligten betreffend die Einbringung anderer Vermögensgegenstände anstatt der eigentlich geschuldeten Bareinlage unter ganzem oder teilweise Rückfluss der Bareinlage an den Inferenten, wobei ein **enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen der Begründung bzw. Erfüllung der Bareinlagenschuld und dem Erwerbsgeschäft** eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer solchen Abrede begründet.<sup>243</sup>

Beispiele für eine verdeckte Sacheinlage sind

- der **Erwerb einer Betriebsausstattung** vom Inferenten mit der zuvor geleisteten Einlage,<sup>244</sup>
- die **Verrechnung der Einlageforderung** mit Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, ob diese Forderungen bereits vor der Entstehung der Einlagenschuld<sup>245</sup> oder erst danach entstanden sind, sowie<sup>246</sup>
- die Einzahlung der geleisteten Einlagemittel auf ein in einen Cash-Pool eingebundenes Teilnehmerkonto der Gesellschaft und ihre anschließende **Weiterleitung** im Rahmen des „Automatic Balancing“ auf das Zentralkonto des den **Cash-Pool** führenden Inferenten, soweit im Zeitpunkt der Weiterleitung des Einlagebetrags der Saldo auf dem Zentralkonto zulasten der Gesellschaft negativ ist.<sup>247</sup>

Da Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage nur eine sacheinlagefähige Leistung sein kann, finden die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auf

<sup>242</sup> Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 40; zur Rechtsprechung vgl. statt aller BGH v. 16.2.2009 II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, 41 – Quivive.

<sup>243</sup> So zuletzt BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 49 – AdCoCom; zu Einzelheiten bezüglich des Tatbestands der verdeckten Sacheinlage siehe oben Rn. 38.

<sup>244</sup> Vgl. BGH v. 11.2.2008 II ZR 171/06, ZIP 2008, 643.

<sup>245</sup> Vgl. BGH v. 18.9.2000 II ZR 365/98, BGHZ 145, 150.

<sup>246</sup> BGH v. 4.3.1996 II ZB 8/95, BGHZ 132, 141.

<sup>247</sup> BGH v. 16.1.2006 II ZR 76/04, BGHZ 166, 8, 12 – Cash Pool; BGH v. 20.7.2009 II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, 107 – Cash Pool II; zur Abgrenzung von der (teilweisen) verdeckten Sacheinlage und dem Hin- und Herzahlen bei der Kapitalaufbringung im Rahmen des Cash-Pooling siehe unter Kap. C Rn. 558ff., 564ff.

**entgeltliche Dienstleistungen**<sup>248</sup> ebenso wenig Anwendung wie auf **aufschiebend bedingte Ansprüche**.<sup>249</sup>

**Rechtsfolgen.** Im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage kann auf die Ausführungen zur AG verwiesen werden,<sup>250</sup> da die Neuregelungen in § 27 Abs. 3 AktG (idF des ARUG) und § 19 Abs. 4 GmbHG (idF des MoMiG) inhaltsgleich sind. Sie sollen daher an dieser Stelle nur kurz zusammengefasst werden: Die verdeckte Sacheinlage befreit den Gesellschafter nach wie vor nicht von seiner Einlageverpflichtung, doch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Durchführungsgeschäfte wirksam (§ 19 Abs. 4 S. 1 und 2 GmbHG). Vor allem aber wird auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht der Wert des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstandes – und dies ist entscheidend – im Zeitpunkt der Anmeldung oder einer eventuell späteren Überlassung an die Gesellschaft angerechnet (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG), wobei die Anrechnung nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter (§ 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG); ansonsten trifft ihn eine Differenzhaftung. Die Sacheinlage ist und bleibt unzulässig. Gesellschafter (§ 9a Abs. 2 GmbHG) und Geschäftsführer (§ 43 GmbHG) haften gegenüber der Gesellschaft für die durch eine verdeckte Sacheinlage entstehenden Schäden und machen sich uU sogar strafbar (§ 82 Abs. 1 Nr. 1, 3 GmbHG). Die Neuregelung gilt gem. § 3 Abs. 4 EGGmbHG auch **für Einlageleistungen, die vor dem 1.11.2008 bewirkt worden sind**, soweit sie nach der alten Rechtslage wegen der Vereinbarung einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllung der Einlageverpflichtung bewirkt haben; dies ist nur dann anders, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche bereits vor dem 1.11.2008 rechtskräftig entschieden oder eine wirksame Vereinbarung getroffen worden ist.<sup>251</sup>

66 **Heilung.** Auch nach Inkrafttreten des MoMiG ist bei der GmbH die „echte“ Heilung einer verdeckten Sacheinlage nach Eintragung im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich. Die Rechtfertigung für eine solche Heilungsmöglichkeit besteht darin, dass der Schutzzweck der maßgeblichen Vorschriften nach der MoMiG-Konzeption erreicht ist, wenn die Publizitäts- und Werthaltigkeitsprüfungserfordernisse nachgeholt werden.<sup>252</sup> Auch der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Neuregelung durch das MoMiG ohne Auswirkungen auf die Möglichkeit der Heilung

<sup>248</sup> BGH v. 16.2.2009 II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, 42f. – Quivive.

<sup>249</sup> BGH v. 12.4.2011 II ZR 17/10, ZIP 2011, 1101 (Rn. 14), in dem Fall, dass der Geschäftsführer einer GmbH mit der vom Inferenten geleisteten Bareinlage ein Darlehen ablöste, für dessen Rückzahlung sich der Inferent verbürgt hatte.

<sup>250</sup> Siehe Rn. 38.

<sup>251</sup> Der BGH hat in seinem Urteil v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 51ff. – AdCoCom, judiziert, dass § 3 Abs. 4 EGGmbHG keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegne, da es sich lediglich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 GG handle und nur eine „unechte Rückwirkung“ vorliege. Damit dürfte für die Praxis anzunehmen sein, dass auch § 3 Abs. 4 EGGmbHG verfassungsgemäß ist.

<sup>252</sup> Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 19 Rn. 95.

verdeckter Sacheinlagen bleibt.<sup>253</sup> Hinsichtlich der Einzelheiten des – nach vorheriger Abstimmung mit dem Registerrichter – durchzuführenden Verfahrens wird auf die Ausführungen zur AG verwiesen.<sup>254</sup> Konsequenz der Heilung ist, dass der Einlagenleistung **ex nunc Erfüllungswirkung** zukommt und für eine etwaige Differenzhaftung ab Eintragung des Heilungsbeschlusses § 9 GmbHG analog mit der für den Inferenten günstigeren Beweislastverteilung gilt.<sup>255</sup> Ob die Geschäftsführer infolge der Heilung von der gesellschaftsrechtlichen Haftung befreit werden, ist strittig.<sup>256</sup> Die Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen vorhergehenden Falschanzeige nach § 82 GmbHG dürfte hingegen nicht entfallen.<sup>257</sup>

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Anrechnungslösung bei der **gemischten verdeckten Sacheinlage**. Eine gemischte Sacheinlage liegt wie bereits dargestellt vor, wenn die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernimmt, dessen Wert den Betrag der übernommenen Einlage übersteigt und für den der Gründer deshalb als Gegenleistung im Umfang der Einlage **Geschäftsanteile**, hinsichtlich des darüber hinausgehenden Wertes eine **Vergütung** erhält (Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme). Nach § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG ist der Wert der verdeckten Sacheinlage auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters anzurechnen. Erreicht der Wert des eingebrachten Gegenstandes nicht einen Wert, welcher der Gegenleistung der Gesellschaft (bestehend aus Geschäftsanteilen im Umfang der Einlage und der darüber hinausgehenden Vergütung) entspricht, ist zu berücksichtigen, dass die Anrechnung wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung nicht zu Lasten des übrigen Gesellschaftsvermögens gehen darf. Das bedeutet, dass vor einer Anrechnung von dem ermittelten tatsächlichen Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes der Betrag abzuziehen ist, der von der Gesellschaft über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Vergütung entrichtet wurde. Eine Anrechnung auf die Bareinlageforderung findet erst dann statt, wenn und soweit der verdeckt eingebrachte Vermögensgegenstand einen höheren Wert als die – die Bareinlageforderung übersteigende – Vergütung hat.<sup>258</sup>

Bei der weiteren Prüfung von Ansprüchen nach §§ 30, 31 GmbHG ist zu beachten, dass als verbotene Auszahlung iSv § 30 Abs. 1 GmbHG lediglich die den Nominalwert der Einlageforderung übersteigende Vergütung in Betracht kommt. Würde man dies anders sehen, müsste der Inferent – die übrigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG insoweit als erfüllt unterstellt – die Einlageforderung im Ergebnis zweimal leisten. Dieses der früheren Rechtslage wirtschaftlich entsprechende, aber als unbefriedigend

<sup>253</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 40.

<sup>254</sup> Siehe oben Rn. 38.

<sup>255</sup> Zu Einzelheiten siehe oben Rn. 38.

<sup>256</sup> Nach *Bormann* in *Bormann/Kauka/Ockelmann*, Handbuch GmbH-Recht, Rn. 254 wird der Geschäftsführer „vom Vorwurf der Pflichtverletzung befreit“. Differenzierend *Casper* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG Ergänzungsband MoMiG, § 19 Rn. 90.

<sup>257</sup> So *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 19 Rn. 95 aE mwN.

<sup>258</sup> BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 64 – AdCoCom.



und überschießend empfundene Ergebnis wollte der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG gerade beseitigen.<sup>259</sup>

Unterstellt, der Inferent hat für den verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstand von der Gesellschaft EUR 180 000 als Gegenleistung erhalten und seine Bareinlageverpflichtung lag bei EUR 50 000, führt dies zu folgenden Berechnungen:<sup>260</sup>

- Sollte der Wert der eingebrachten Sache der Gegenleistung entsprechen, also bei EUR 180 000 liegen, scheiden Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG aus. Denn dann liegt, bezogen auf die unter dem Gesichtspunkt der **Kapitalaufbringung** potenziell schädliche Auszahlung in Höhe der – den Nominalwert der Einlageforderung übersteigenden – Vergütung von EUR 130 000 lediglich ein bilanzneutraler Aktivtausch vor.<sup>261</sup>
- Liegt der Wert des eingebrachten Gegenstands unter der Gegenleistung von EUR 180 000, aber über der – den Nominalwert der Einlageforderung übersteigenden – Vergütung von EUR 130 000, gilt nichts anderes. Dann besteht in Höhe des Fehlbetrags (bis zu EUR 50 000) der Bareinlageanspruch fort. Für einen Ausgleich nach §§ 30, 31 GmbHG besteht insoweit kein Bedürfnis.
- Erst wenn der Wert des eingebrachten Gegenstandes geringer ist als die unter dem Gesichtspunkt der **Kapitalerhaltung** potenziell schädliche Vergütung von EUR 130 000, ist – die sonstigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG als erfüllt unterstellt – aufgrund der bei Austauschgeschäften grundsätzlich – auch im Umfang der nur teilweisen Wertäquivalenz – gebotenen bilanziellen Betrachtungsweise der ermittelte tatsächliche Wert, beispielsweise EUR 100 000, von dem Betrag von EUR 130 000 abzuziehen. Nur in Höhe dieser Differenz von EUR 30 000 kann eine schädliche Auszahlung iSv §§ 30, 31 GmbHG vorliegen.<sup>262</sup>

66b Von der verdeckten Sacheinlage zu unterscheiden sind die **Fälle des Hin- und Herzahls**.<sup>263</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich um Fälle, in denen es an einer Bareinlageleistung **zur endgültig freien Verfügbarkeit des Geschäftsführers** fehlt, weil der Einlagebetrag absprachegemäß wieder an den Einleger zurückfließen soll, sei es als Darlehen oder auch aufgrund einer Treuhandabrede.<sup>264</sup> Dem ist der Gesetzgeber in § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG (idF des MoMiG) insoweit gefolgt, als ein Hin- und Herzahlen nur vorliegt, wenn es wirtschaftlich einer Rückzah-

<sup>259</sup> BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 64f. – AdCoCom.

<sup>260</sup> Berechnungsbeispiel nach *Henze/Born GmbH-Recht – Höchststrichterliche Rechtsprechung*, RWS-Skript 324, S. 116.

<sup>261</sup> BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 64f. – AdCoCom.

<sup>262</sup> BGH v. 22.3.2010 II ZR 12/08, BGHZ 185, 44, 64f. – AdCoCom.

<sup>263</sup> Zur Unterscheidung siehe bereits oben unter Rn. 39. Zur Abgrenzung von der (teilweisen) verdeckten Sacheinlage und dem Hin- und Herzahlen bei der Kapitalaufbringung im Rahmen des Cash-Pooling siehe unter Kap. C Rn. 558ff., 564.

<sup>264</sup> BGH v. 21.11.2005 II ZR 140/04, BGHZ 165, 113, 116f.; BGH v. 16.2.2009 II ZR 120/07, BGHZ 180, 38, 45f. – Quivive (zur GmbH); BGH v. 20.7.2009 II ZR 273/07, BGHZ 182, 103, 107f. – Cash Pool II (zur GmbH); BGH v. 1.2.2010 II ZR 173/08, BGHZ 184, 158, 166f. – EUROBIKE (zur AG).