

Die Kapitalaufbringung bei der GmbH

- Fallgruppen, Prüfung, Haftung -

unter besonderer Berücksichtigung
der aktuellen Rechtsprechung

Skript

Zusammengestellt von

Martin Horstkotte
Richter am Amtsgericht

1. Regelfall der Neugründung

1.1 Bargründung

Problematik des *zeitnahen Verkehrsgeschäfts* mit dem Gründer oder einer ihm nahe stehenden Person

Praxisrelevante Fallgruppen:

1.1.1 Rückgewähr der Bareinlage als Darlehen

Charakteristikum:

Im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Bargründung wird der Gegenstand der geleisteten Einlage an den Gesellschafter als Darlehen zurückgewährt, wobei als Orientierung für den zeitlichen Zusammenhang ein Zeitraum von ca. 6 Monaten angenommen wird.

Rechtsfolgen:

- Es fehlt an der endgültig freien Verfügbarkeit des Gegenstandes der Bareinlage i.S.v. § 8 Abs. 2 GmbHG

- Welche Ansprüche bestehen wechselseitig? Aufgliederung:

a) Selbst bei ursprünglicher Absicht der Gestaltung ist die Gründung als Bargründung wirksam und nicht als Scheingeschäft (§ 117 BGB) nichtig. Der Bareinlageanspruch der Gesellschaft ist nicht erfüllt, sondern besteht gem. § 19 Abs. 5 GmbHG fort.

b) Der Darlehensvertrag ist nichtig (nahezu unbestritten hinsichtlich des schuldrechtlichen Teils eines jeden Verkehrsgeschäfts). Daraus resultiert (mindestens) ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch der Gesellschaft aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (Leistungskondiktion).

c) Schließlich besteht ein bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch des Gesellschafters wegen Verfehlung des Einlagetilgungszwecks (vgl. Tettinger EWiR 2004, S. 757; Ettinger/Reiff GmbHR 2005, S. 324)

- Eine Aufrechnung des Gesellschafters mit dem Bereicherungsanspruch gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage ist unzulässig wegen § 19 Abs. 2 GmbHG.

- Was ist die Rechtsfolge der späteren Rückzahlung auf den vermeintlichen Darlehensrückgewähranspruch der Gesellschaft durch den Gesellschafter? Streitig; Rückzahlung tilgt Anspruch auf Leistung der Einlage: dagegen OLG Schleswig GmbHR 2000, S. 1045, 2003, S. 1058, 2004, S. 1081; und jüngst GmbHR 2005, S. 357 unter Hinweis auf mangelhafte Tilgungsbestimmung,

dafür in z.B. BGH GmbHR 2003, S. 231 und ausdrücklich OLG Hamburg GmbHR 2005, S. 164).

- Folgt man dem OLG Schleswig, besteht ein Haftungsrisiko in einer Vielzahl von Fällen der Vorratsgründungen auch für die Rechtsnachfolger der Gründer (vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG)! In der Literatur werden folgerichtig bereits Vorschläge für die Heilung solcher Fallgestaltungen gemacht (jüngst Ettlinger/Reiff, a.a.O., die allerdings im Ergebnis die ordnungsgemäße Offenlegung bei wertmäßiger Deckung des Stammkapitals durch das Vermögen der Gesellschaft ausreichen lassen).

Praxishinweis:

Beim Erwerb einer Vorratsgesellschaft sollte sich der Erwerber in jedem Fall die Buchführungsunterlagen / vollständigen Satz Kontoauszüge zeigen lassen. Im Falle der festgestellten Darlehensrückgewähr sollte die Wiedereinzahlung mit der Tilgungsbestimmung „Stammeinlage“ nachgewiesen werden!

1.1.2 Entgeltlicher Erwerb von Vermögensgegenständen

Charakteristikum:

Formal Bargründung im engen zeitlichen (zur Orientierung: 6 Monate) und sachlichen Zusammenhang zu einem Verkehrsgeschäft mit dem Gründer oder einer diesem nahe stehenden Person.

Eine Umgehung des § 19 Abs. 5 GmbHG ist in **verschiedenster Gestalt** möglich (Beispiel: „Hin-und-Her-Zahlung“ auf Grund formal zu trennender Schuldgründe, gleichgültig, ob Gesellschaft wertmäßig Mittel der Bareinlage benutzt, um – später – begründete Verbindlichkeit aus einem Verkehrsgeschäft zu tilgen oder umgekehrt (Vor-) Gesellschaft zunächst Verbindlichkeit aus einem Verkehrsgeschäft tilgt, um Gesellschafter damit die Tilgung seiner Einlagenschuld zu ermöglichen).

Zwar ist erforderlich, dass nicht nur ein objektiver Sach- und Zeitzusammenhang zwischen Bareinlage und Gegengeschäft besteht. Hinzukommen muss ferner eine – wenn auch unwirksame – Abrede zwischen den Gesellschaftern, die den „wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage“ umfasst. Aus dem objektiven zeitlichen und sachlichen Zusammenhang folgt jedoch eine Vermutung für eine solche Abrede

= „Klassischer“ Fall der **verschleierte(n) (verdeckten) Sachgründung!**

Rechtsfolgen:

- Es fehlt an der endgültig freien Verfügbarkeit i.S.v. § 8 Abs. 2 GmbHG

- Welche Ansprüche bestehen wechselseitig? Aufgliederung:

a) Selbst bei ursprünglicher Absicht der Gestaltung ist die Gründung als Bargründung wirksam und nicht als Scheingeschäft (§ 117 BGB) nichtig. Der

Bareinlageanspruch der Gesellschaft ist nicht erfüllt, sondern besteht gem. § 19 Abs. 5 GmbHG fort.

b) Der Kaufvertrag **und die zu ihrer Ausführung geschlossenen dinglichen Verfügungsgeschäfte sind entsprechend § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG nichtig** (BGH GmbHR 2003, S. 1051 – Änderung der Rechtsprechung!)

Daraus resultieren:

- kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch der Gesellschaft hinsichtlich des gezahlten „Kaufpreises“,
- kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch des Inferenten hinsichtlich des Besitzes der „Kaufsache“ und der gezogenen Nutzungen,
- dinglicher Herausgabeanspruch hinsichtlich der „Kaufsache“ und Nutzungsersatzanspruch des Inferenten,

c) Bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch des Gesellschafters hinsichtlich der „Bareinlage“ wegen Verfehlung des Einlagetilgungszwecks (vgl. Tettinger EWiR 2004, S. 757)

Heilung:

- Was ist der Einlagegegenstand bei der Heilung?

a) kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch des Inferenten hinsichtlich der zweckverfehlten „Bareinlageleistung“?

Bisher bejaht von den Literaturstimmen, die sowohl den schuldrechtlichen wie den dinglichen Teil des Verkehrsgeschäfts für wirksam hielten. Nach BGH, a.a.O. nein, da bei der Heilung „bei dem Vorgang anzusetzen ist, der den Schutzzweck der Sacheinlagevorschriften verletzt hat“, also dem „verdeckenden Austauschgeschäft“.

b) kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch hinsichtlich der veräußerten Sache oder des übertragenen Rechts?

Bisher bejaht von der h.M., die nur von der schuldrechtlichen Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts ausging.

c) Nach BGH, a.a.O., der von der Nichtigkeit auch des dinglichen Vollzugs der verdeckenden Verkehrsgeschäfte ausgeht, ist maßgeblicher Einlagegegenstand die Sache oder das Recht als solches oder – soweit nicht mehr vorhanden – das an ihre Stelle tretende Surrogat, was jedoch regelmäßig wertlos sein dürfte (vgl. §§ 989, 990 BGB, die Bösgläubigkeit der Gesellschaft voraussetzen)

- Es besteht ein Anspruch der Gesellschafter auf Mitwirkung an der Heilung unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht (BGH, a.a.O.)

- Formalia:

Notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit gem. § 53 Abs. 2 GmbHG mit dem Gegenstand einer nachträglichen Änderung des Einlagegegenstandes (unter Bezugnahme auf das Errichtungsgeschäft) und Zuweisung an die übernehmenden Gesellschafter (Angabe zu: Wer übernimmt was?)

Änderung des Gesellschaftsvertrags in der Bestimmung über die übernommenen Stammeinlagen unter Beachtung von § 5 Abs. 4 GmbHG

Sachgründungsbericht

Einbringungsvertrag (wie bei offener Sachgründung)

Nachweis der Vollwertigkeit (wie bei offener Sachgründung)

Anmeldung zum Handelsregister mit Versicherung sämtlicher Geschäftsführer, dass der Gegenstand der (geänderten), nunmehr Sacheinlage sich zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung befindet

Bei Änderung des Gesellschaftsvertrags (erforderlich bei Heilung des Errichtungsgeschäfts) Beifügung des vollständigen Wortlauts des Gesellschaftsvertrages mit Bescheinigung gem. § 54 GmbHG

Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister (wohl als Änderung des Gesellschaftsvertrages) mit Bekanntmachung des Registergerichts entsprechend § 10 Abs. 3 GmbHG

Ggf. Vereinbarung über die Verrechnung der verbleibenden Ansprüche (Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung der kondizierbaren, nicht erfüllungstauglich geleisteten Bareinlage gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Rückzahlung des „Kaufpreises“ und etwaigen Nutzungsersatzes)

1.2 Sachgründung

Hinweis auf § 9 GmbHG = gesetzlich angeordneter Fall der Differenzhaftung

1.3 Vorbelastungen

1.3.1 Bei Anmeldung:

Nach der Rechtsprechung gilt ein „Jungfräulichkeitsgrundsatz“:

Maßgeblicher Zeitpunkt: Anmeldung, genauer Zugang der Anmeldung bei Gericht (LG Gießen GmbHR 2003, S. 543)

Es ist eine Ergänzung der Versicherung gem. § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlich, dass das Anfangskapital nicht vorbelastet ist (mit Ausnahme der betragsmäßig angegebenen und im Gesellschaftsvertrag offen ausgewiesenen, durch die Gesellschaft zu tragenden Gründungskosten – std. Rechtsprechung seit BGHZ 80, S. 129, 143)

Nach herrschender Meinung stellen jedenfalls nicht ausgeglichene Vorbelastungen zum Zeitpunkt der Anmeldung ein Eintragungshindernis dar.

1.3.2 Zwischen Anmeldung und Eintragung:

Charakteristikum:

Regelmäßig im Zusammenhang mit der Aufnahme der Geschäfte der Vorgesellschaft treten nicht durch aktivierbare Vermögensgegenstände kompensierbare Vermögensminderungen ein.

Rechtsfolge:

- Stellen Vermögensminderungen ein Eintragungshindernis dar?
Sehr streitig: Die alte Rechtsprechung (grundlegend BGHZ 80, S. 129, 143; BayObLG GmbHR 1998, S. 1225) bejaht dies.
- Dagegen die h.M. in der Literatur, denn in Höhe der bis zur Eintragung entstehenden Vermögensminderung ergibt sich ein – der Höhe nach nicht begrenzter – Differenzhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (Innenhaftung). Wenn dieser Anspruch werthaltig ist, stellen Vorbelastungen zwischen Anmeldung und Eintragung kein Eintragungshindernis dar.

Die Rechtsprechung des LG Berlin war bisher vermittelnd: Ein Differenzhaftungsanspruch gleicht Vorbelastungen aus, wenn und soweit das Stammkapital in Höhe der Mindestaufbringung gem. § 7 Abs. 2 GmbHG wertmäßig

ohne Berücksichtigung des Differenzhaftungsanspruchs vorhanden ist (in diese Richtung könnte auch BGH GmbHR 2003, S. 1125, 1127 gehen.)

Ermittlung der Differenzhaftung:

Stichtag: Eintragung der Gesellschaft

Art der Bewertung des Vermögens:

Bei positiver Fortführungsprognose nach ex-ante-Betrachtung sind die Vermögensgegenstände und Schulden mit den handelsbilanziellen Fortführungswerten anzusetzen, wobei wohl kein Ansatz der Bilanzierungshilfe gem. § 269 HGB zulässig ist (LG Berlin GmbHR 1999, S. 1034). Aber: nach BGH GmbHR 1999, S. 31; 2002, S. 545 kann für den Umfang einer Unterbilanzhaftung die Bewertung des Vermögens einer GmbH auch nach der Ertragswertmethode zu erfolgen haben, wenn die Gesellschaft im Gründungsstadium bereits eine als Unternehmen anzusehende Organisationseinheit ausgebildet hat.

Weitere Haftungstatbestände:

Neben der Differenz(Innen-)haftung kommt auch eine Außenhaftung des Handelnden gem. § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht, wenn die Geschäfte vor Eintragung ohne Billigung der Gesellschafter aufgenommen wurden.

1.4 Sonderfall des Unternehmenserwerbs im Gründungsstadium:

Bei (entgeltlichem) Erwerb eines Unternehmens durch eine GmbH oder AG (im Rahmen eines „asset deals“) kommt eine Haftung für Altverbindlichkeiten des veräußernden Unternehmensträgers gem. § 25 HGB in Betracht, wenn aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise die bisher genutzte und von dem Erwerber weiter geführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem (alten) Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht, wozu eine unveränderte Fortführung nicht erforderlich ist, sofern der prägende Teil der alten in der neuen Firma beibehalten ist (BGH DB 2004, S. 1204).

Praxishinweis:

Die Haftung gem. § 25 Abs. 1 HGB kann gem. § 25 Abs.2 HGB ausgeschlossen werden. Der Ausschluss ist zur Eintragung anzumelden!!

1.5 Sonderfall der „aufgegebenen Gründung“:

Scheitert die Gründung einer GmbH, die im Einverständnis ihrer Gesellschafter schon vor ihrer Eintragung die Geschäfte aufgenommen hat, finden die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung (Haftung der Gesellschafter im Innenverhältnis nach den Grundsätzen der Differenzhaftung) nur Anwendung, wenn die Ge-

schäftstätigkeit sofort beendet und die Vorgesellschaft abgewickelt wird. Werden dem entgegen die Geschäfte fortgeführt, haben die Gründer für sämtliche Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (Haftung im Außenverhältnis, § 128 HGB analog) einzustehen (BGH GmbHR 2003, S. 99).

2. Wirtschaftliche Neugründung:

Erscheinungsformen:

- (Erstmalige) Ausstattung einer als solche („offen“) gegründeten **Vorratsgesellschaft** mit einem Unternehmen. Dieser Vorgang ist verhältnismäßig leicht zu erkennen, da er einhergeht mit der Übertragung der Anteile, der Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern und in aller Regel der Umfirmierung und der Änderung des Unternehmensgegenstandes.
- (Erneute) Ausstattung eines früher operativ tätigen, zwischenzeitlich jedoch inaktiv und damit „unternehmenslos“ gewordenen GmbH-Mantels (Unternehmensträgers) mit einem Unternehmen – sogen. **Mantelverwendung**. Dieser Vorgang ist oftmals von außen nicht zu erkennen, da er **nicht zwingend** eines oder mehrere für die Aktivierung einer Vorratsgesellschaft typische Merkmale (Änderung von Firma und/oder Unternehmensgegenstand, Geschäftsführerwechsel, Anteilseignerwechsel) beinhaltet.

Gemeinsamkeiten beider Fallgruppen:

Für beide Fälle gilt nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH (GmbHR 2003, S. 227 und S. 1125):

Die Verwendung einer unternehmenslosen GmbH stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar. Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft mit einem Unternehmen sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG entsprechend anzuwenden. Das gilt namentlich auch für die sogen. Differenzhaftung.

Die Differenzhaftung knüpft – anders als bei der regulären Neugründung – nicht an den Zeitpunkt der Eintragung (welcher?), sondern **an den Zeitpunkt der notwendigen Offenlegung** der (erstmaligen) Ausstattung des Unternehmensträgers mit einem Unternehmen gegenüber dem Registergericht an.

Einzelheiten:

2.1 Vorratsgesellschaften:

Dem Erfordernis der Offenlegung dürfte mit der Anmeldung der regelmäßig einzutragenden Veränderungen, verbunden mit der Versicherung entspr. § 8 Abs. 2 GmbHG genügt sein.

Die Geschäftsführung (m.E. **sämtliche** – ggf. neu bestellten – Geschäftsführer) hat in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich weiterhin in ihrer freien Verfügung befindet. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Anmeldung. Die Versicherung ist dabei an dem **satzungsmäßigen** Stammkapital auszurichten (BGH GmbHR 2003, S. 1125, in GmbHR 2003, S. 227 noch unentschieden).

Im Falle der Vorratsgesellschaft und ihrer „Ingangsetzung“ findet eine doppelte Kapitalaufbringungsprüfung statt. Zunächst bei der Ersteintragung der Vorrats-GmbH, sodann bei ihrer erstmaligen Ausstattung mit einem Unternehmen. Ist im Falle der Gründung der Vorrats-GmbH die Stammeinlage als Darlehen an den Gründer zurückgewährt worden, hat dies nicht zum Erlöschen der Einlagenschuld geführt (zur weiteren Problematik s.o. unter 1.1.1).

Praxishinweis: Bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft sollte mit der Aufnahme des operativen und ggf. Anfangsverluste verursachenden Geschäftsbetriebs bis zur Offenlegung durch Anmeldung der einzutragenden Veränderungen zugewartet werden (Einzelheiten bei Bärwaldt/Balda GmbHR 2004, S. 50).

2.2 Mantelverwendung:

Diese erweist sich als wesentlich riskanter. Dies hängt namentlich mit einer Reihe noch ungeklärter Fragen zusammen. Hier eine Auswahl der wichtigsten Problemfelder:

Wann liegt eine Mantelverwendung vor?

Hier stellt sich die Frage der Abgrenzung der Mantelverwendung von der Restrukturierung / Sanierung.

Hierzu BGH GmbHR 2003, S. 1125, 1126/1127 – „Für die Abgrenzung der Mantelverwendung von der Umorganisation oder Sanierung einer (noch) aktiven GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betrieb, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs - sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets - in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen - neuen oder alten - Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit - ggf. wieder – aufzunehmen.“ (kritisch vor allem Peetz GmbHR 2004, S. 1429).

Wie hat die Offenlegung der Mantelverwendung gegenüber dem Registergericht zu erfolgen?

M.E. reicht die Versicherung sämtlicher Geschäftsführer analog § 8 Abs. 2 GmbHG, denn hierdurch kommt hinreichend zum Ausdruck, dass es sich um eine „wirtschaftliche Neugründung“ handelt (warum eine Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG, wenn keine korrespondierende Kapitalmaßnahme Gegenstand der Anmeldung ist? – aber tendenziell anders BGH GmbHR 2003, S. 1125, 1127 a.E., wo formal zwischen Versicherung und Offenlegung unterschieden wird).

Wie hat die Offenlegung zu erfolgen, wenn mit dieser nicht die Anmeldung von einzutragenden Tatsachen verbunden ist?

M.E. durch notariell zu beglaubigende Erklärung sämtlicher Geschäftsführer mit Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG.

Bedarf es einer Eintragung der „wirtschaftlichen Neugründung“ als solcher in das Handelsregister, insbesondere wenn damit keine weiteren eintragungspflichtigen Änderungen einhergehen?

Dagegen BGH GmbHR 2003, S. 1125, 1127; a.A. Peetz, a.a.O., S. 1435

Wie hat die Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG zu lauten?

Damit ist die systematisch wohl schwierigste Frage angesprochen, denn eine gedanklich auf den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG wird sich schwerlich an der Einlagenleistung zur Zeit der erstmaligen rechtlichen Gründung und ggf. späteren Kapitalerhöhungen, die Jahre oder gar Jahrzehnte zurückliegen kann, orientieren können.

Dazu BGH, a.a.O., S. 1126: „Das bedeutet, dass die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem RegG offenzulegen ist; diese Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung ist mit der Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich zu diesem Zeitpunkt endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet.“

und S. 1127: „Die mit der Offenlegung der Mantelverwendung gegenüber dem Registergericht zu verbindende Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG ist - was der Senat in seinem Beschl. v. 9.12.2002 - II ZB 12/02, ZIP 2003, 251 (252 f.) = GmbHR 2003, 227 mit Komm. Peetz zur Vorrats-GmbH offenlassen konnte - am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichten, so dass im Zeitpunkt der Offenlegung die Gesellschaft *noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss, von dem sich ein Viertel - wenigstens aber 12500 Euro - wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat.*“

Ausgehend von letztzitierten Urteils passage, die deutlich erkennen lässt, dass es entscheidend auf eine Betrachtung des Nettovermögens der Gesellschaft zur Zeit der wirtschaftlichen Neugründung ankommt, hat sich die Versicherung m.E. an der nach einer auf diesen Zeitpunkt aufzustellenden Bilanz zum Ausdruck kommenden Vermögenslage der Gesellschaft zu orientieren.

Ein - unverbindlicher – Formulierungsvorschlag könnte daher lauten: „... versichern wir, dass die Gesellschaft wertmäßig über ein Vermögen in Höhe von EUR (mindestens Höhe des Stammkapitals abzüglich eines ggf. nach Maßgabe der Errichtung der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands) verfügt, von dem sich ein Wert von EUR (mindestens _ des Stammkapitals, wenigstens jedoch 12.500 EUR) in unserer endgültig freien Verfügung als Geschäftsführer befindet“.

Was ist die Folge einer auf den Zeitpunkt der Offenlegung ermittelten Unterdeckung des Stammkapitals; insbesondere: Reicht ein werthaltiger, zu aktivierender Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter aus Differenzhaftung aus, um die rechnerische Unterdeckung zu überwinden oder bedarf es einer – wie zu verbuchender – neuen Einzahlung?

Die letztzitierte Auffassung des BGH scheint einen vermittelnden Weg anzudeuten: Die gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG erforderliche „Mindesteinzahlung“ hat der Gesellschaft „liquide“, will sagen ohne Berücksichtigung eines ggf. aktivierbaren Anspruchs aus Differenzhaftung zur Verfügung zu stehen, hinsichtlich der überschießenden Differenz zum satzungsmäßigen Stammkapital reicht ein – werthaltiger – Differenzhaftungsanspruch aus

(ebenso Peetz in Anmerkung zu BGH GmbHR 2003, S. 1125, 1129: „Die Gesellschafter haben dem entsprechend dafür zu sorgen, dass der GmbH Eigenkapital zumindest in Höhe des Stammkapitals zur Verfügung steht. Sie haben also nicht erneut die Stammeinlagen aufzubringen (so aber Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl., § 3 Rz. 22; OLG Frankfurt a.M. v. 4.11.1998 - 21 U 264/97, GmbHR 1999, 32 mit Komm. Börner; AG Erfurt v. 27.6.1996 - 11 b AR 700/95, GmbHR 1997, 74), sondern die Unterbilanz ist von den Gesellschaftern auszugleichen. Ungeklärt bleibt in diesem Zusammenhang die Frage, ob bereits eine bilanzierte Verlustausgleichsverpflichtung der Gesellschafter ausreichend ist, um eine Unterbilanz zu beseitigen. Zumindest soweit nicht die Mindeststammeinlage gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG betroffen, die Forderung gegenüber den Gesellschafter werthaltig ist, dürfte dagegen nichts sprechen (vgl. Goette, Die GmbH, 2. Aufl., § 1 Rz. 61)“. Zum Meinungsstand Peetz GmbHR 2004, S. 1434, dagegen Bärwaldt/Balda GmbHR 2004, S. 350)

Kann eine rechnerische Unterdeckung durch Einbringung von Sachwerten (wenn man denn die Zuführung von Vermögen für notwendig hält) kompensiert werden?

M.E. ja, da es entscheidend auf den Wert des Reinvermögens, nicht seine gegenständliche Zusammensetzung ankommt.

Wie wirkt sich eine – als entscheidungserheblich unterstellte – nicht ausgeglichene Unterdeckung des Stammkapitals auf die Eintragung von im Übrigen angemeldeten Veränderungen aus?

Das ist m.E. sehr zweifelhaft: Hält man die Gründungsvorschriften insgesamt auf die Fälle der „wirtschaftlichen Neugründung“ für anwendbar, spricht viel dafür, jedenfalls die erst in Folge ihrer Eintragung wirksam werdenden angemeldeten Tatsachen, in denen die Neugründung zum Ausdruck kommt, für nicht eintragungsfähig zu halten (§ 9 c GmbHG analog)

Profitieren „Altgläubiger“ der Gesellschaft von einer etwaigen Differenzhaftung der Gesellschafter bezogen auf den Zeitpunkt der notwendigen Offenlegung?

M.E. ja, denn dies ist eine zwangsläufige Folge des Kapitalaufbringungspostulats nach der Rechtsprechung des BGH, da das wertmäßig zu erreichende Reinvermögen der Gesellschaft in Höhe des Stammkapitals unter Berücksichtigung bestehender Verbindlichkeiten zu ermitteln ist.

Welche Rechtsfolge hat eine unterlassene Offenlegung?

Die Gesellschaft wird nach erneuter Ausstattung mit einem Unternehmen zu behandeln sein wie eine Vorgesellschaft. Der Differenzhaftungsanspruch ist nach der Rechtsprechung des BGH zu ermitteln auf den Zeitpunkt der Offenlegung. Unterbleibt diese (zunächst) und kommt es zu „Anlaufverlusten“ der bei wirtschaftlicher Betrachtung neu gegründeten Gesellschaft, so ergibt sich in Höhe der dadurch eintretenden Wertminderung des Vermögens eine sich ggf. weiter vertiefende Haftung der Gesellschafter nach den Regeln der Differenzhaftung (Differenzhaftung „for ever“) – eine Folge, die in der Literatur zwar angegriffen wird (vgl. z.B. Bärwaldt/Balda GmbHR 2004, S. 353), im Rahmen des „Systems“ der BGH-Rechtsprechung jedoch zwingend erscheint (ebenso OLG Thüringen BB 2004, S. 2206, 2207).

Gilt die Rechtsprechung auch für „Altfälle“, also Fälle der Instrumentalisierung von Mantelgesellschaften vor der neuen BGH-Rechtsprechung ohne Beachtung der Verpflichtung zur Offenlegung?

Diese Frage ist höchstrichterlich ungeklärt. Instanzgerichtlich wird vorgeschlagen eine Haftung der Gesellschafter nach Differenzhaftungsgesichtspunkten stichtagsbezogen auf den Zeitpunkt der (erneuten) Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit (so OLG Thüringen, a.a.O.; zustimmend jetzt Ulrich GmbHR 2005, S. 900).

3. Kapitalerhöhung

3.1 Aufgabe des Gebots der wertgleichen Deckung

Bei der Barkapitalerhöhung ist die Bareinlage dann zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet, wenn sie nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss in ihren uneingeschränkten Verfügungsbereich gelangt ist und nicht an den Einleger zurückfließt. Bei der Anmeldung ist daher in den Fällen, in denen die Einlage zum Zeitpunkt des Zugangs der Anmeldung bei Gericht auch wertmäßig nicht mehr zur Verfügung steht, zu versichern, dass der Einlagebetrag für die Zwecke der Gesellschaft zur endgültig freien Verfügung eingezahlt und in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist. Auf eine wertgleiche Deckung zum Zeitpunkt der Anmeldung kommt es daher **nicht** mehr an.

Grundlegend BGH GmbHR 2002, S. 545:

„An dieser Rspr. (zum Erfordernis der wertgleichen Deckung bei der Kapitalerhöhung) hält der Senat nicht mehr fest. Gegen sie ist zu Recht eingewandt worden, der Vorbehalt wertgleicher Deckung komme nur dann in Betracht, wenn Verfügungen über Einlagen, die zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluss und dem Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister vorgenommen würden, in ähnlicher Weise das Erfordernis eines besonderen Gläubigerschutzes auslösen würden wie Verfügungen über Einlagen, die bei der Gründung zwischen der Errichtung der Gesellschaft und dem Antrag auf ihre Eintragung geleistet werden. Das ist jedoch nicht der Fall, weil bei der Kapitalerhöhung die Einlage - anders als bei der Gründung - an die bereits bestehende Gesellschaft geleistet wird und es deswegen besonderer Maßnahmen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufbringung des Stammkapitals nicht bedarf.“

Wichtig: Es wird nicht darauf verzichtet, dass der Gegenstand der Einlage wenigstens **vor der Anmeldung** zur endgültig freien Verfügung eingezahlt war! Das heißt: Die Aufgabe des Gebots der wertgleichen Deckung hat nur zu einer Verlagerung des für die Prüfung der Einlagenleistung maßgeblichen Zeitpunkts geführt. Insbesondere die Rechtsprechung zur Tilgung der Einlagenschuld bei Zahlung auf ein debitorisches Konto bleibt unverändert. Danach kommt einer Zahlung nur dann Erfüllungswirkung i.S. eines „Zur-endgültig-freien-Verfügbarkeit-Stehens“ i.S.v. § 57 Abs. 2 GmbHG zu, wenn die Zahlung zu einer Verminderung eines Negativ-Saldos im Rahmen eines vertraglich eingeräumten Überziehungskredits führt.

3.2 Voreinzahlungen

Begriff der Voreinzahlung:

Leistung auf eine gesellschaftsrechtlich noch nicht wirksam begründete Einlageverpflichtung (der BGH stellt maßgeblich auf den Zeitpunkt der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ab).

Grundsatz:

Im Kapitalaufbringungssystem des GmbHG bildet (nach der Rechtsprechung des BGH) der Kapitalerhöhungsbeschluss die maßgebende Zäsur, von der ab der Geschäftsführer ihm auf Grund dieses Beschlusses zugewandene Einlagenleistungen für Zwecke der Gesellschaft verwenden darf, ohne dass der Gesellschafter Gefahr läuft, von seiner Einlageverpflichtung nicht frei zu werden. Vorher erbrachte Geldleistungen werden grundsätzlich nicht als Zahlungen auf die Bareinlage anerkannt. Einlagegegenstand ist in diesem Fall vielmehr die entsprechende Rückzahlungsforderung, die nur auf dem Wege einer offen zu legenden und der registergerichtlichen Prüfung zu unterwerfenden Sacheinlage eingebracht werden kann.

Ausnahme:

Davon macht der BGH allein aus Gründen der Vereinfachung eine Ausnahme: Eine Voreinzahlung auf eine erst nachfolgend durch entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschluss begründete Verpflichtung zur Einlagenleistung hat dann - aber auch nur dann - Erfüllungswirkung, wenn der eingezahlte Betrag **im Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses als solcher** noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist. Erfüllt ist diese Voraussetzung, wenn der geschuldete Betrag sich entweder in der Kasse der Gesellschaft befindet oder wenn der Gesellschafter auf ein Konto der Gesellschaft einzahlt und dieses anschließend und fortdauernd bis zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses **ein Guthaben** in entsprechender Höhe ausweist (BGH GmbHR 2004, S. 736 mit instruktiver Anmerkung von Heidinger).

Ob eine Voreinzahlung, die z.Zt. der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses bereits verbraucht ist, gleichwohl in **Sanierungsfällen** als erfüllungstauglich anzuerkennen ist, lässt der BGH ungeklärt (m.E. sehr zweifelhaft).

Im Übrigen gilt systematisch gleiches für die **Voreinbringung** im Fall einer **Sachkapitalerhöhung** (BGH GmbHR 2004, S. 1219 – zugleich für die Frage der Einbringungsfähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte).

3.3 Verschleierte (verdeckte) Sachkapitalerhöhung

Charakteristikum:

formal Barkapitalerhöhung in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zu einem Verkehrsgeschäft mit dem Inferenten, Rechtsgedanke des § 19 Abs. 5 GmbHG (Einzelheiten wie oben 1.1.2)

Rechtsfolgen:

- Es fehlt an der endgültig freien Verfügbarkeit der Bareinlage i.S.v. §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG

- Welche Ansprüche bestehen wechselseitig? Aufgliederung:

a) Selbst bei ursprünglicher Absicht der Gestaltung ist der Kapitalerhöhungsbeschluss wirksam. Der Bareinlageanspruch der Gesellschaft ist nicht erfüllt, sondern besteht fort (§§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 5 GmbHG).

b) Der (Kauf-) Vertrag **und die zu seiner Ausführung geschlossenen dinglichen Verfügungsgeschäfte sind entsprechend § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG nichtig** (BGH GmbHR 2003, S. 1051 – Änderung der Rechtsprechung!)

Daraus resultieren:

- kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch der Gesellschaft hinsichtlich des gezahlten „Kaufpreises“,
- kondiktionsrechtlicher Rückgewähranspruch des Inferenten hinsichtlich des Besitzes der „Kaufsache“ und der gezogenen Nutzungen,
- dinglicher Herausgabeanspruch und Nutzungsersatzanspruch des Inferenten
(wichtig für den Fall der Insolvenz der Gesellschaft: da das fortbestehende Eigentum des Inferenten diesen zur **Aussonderung** berechtigt - § 47 InsO – wird das Risiko der verschleierte Sachgründung u.U. letztlich auf die Gesellschaft verlagert!!)

c) Bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch des Gesellschafters hinsichtlich der „Bareinlage“ wegen Verfehlung des Einlageteilungszwecks (vgl. Tettinger EWIR 2004, S. 757)

Heilung:

- Einlagegegenstand bei der Heilung:

Nach BGH a.a.O. die schuldrechtlich wie dinglich unwirksam übertragene Sache als solche (s.o. unter 1.1.2)

Das bedeutet, dass „alte Heilungen“ durch Einbringung des kondiktionsrechtlichen Rückgewähranspruchs des Inferenten (sachenrechtlich)

möglicherweise – insbesondere bei formbedürftigen Übertragungsgeschäften – unwirksam sind!!

- Formalia:

Notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit gem. § 53 Abs. 3 GmbHG mit dem Gegenstand einer nachträglichen Änderung des Einlagegegenstandes (unter Bezugnahme auf den Barkapitalerhöhungsbeschluss) mit Festlegung des Gegenstandes der Sacheinlage und Zuweisung an die übernehmenden Gesellschafter (Frage: Wer übernimmt was?; § 56 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)

Übernahmeerklärungen sämtlicher Inferenten (mit Aufnahme der Festsetzungen über den Gegenstand der jeweiligen Sacheinlagen, § 56 Abs. 1 Satz 2 GmbHG!)

Einbringungsvertrag (wie bei offener Sachgründung)

Nachweis der Vollwertigkeit (wie bei offener Sachgründung)

Da mit der Heilung nicht zwingend die (einzutragende) Änderung des Gesellschaftsvertrages verknüpft ist, ist die Änderung des Gegenstandes der Einlage aus der am (Datum des Barkapitalerhöhungsbeschlusses) beschlossenen Kapitalerhöhung anzumelden, verbunden mit der Versicherung sämtlicher Geschäftsführer, dass der Gegenstand der (geänderten), nunmehr Sacheinlage sich zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung befindet

Eintragung des Beschlusses im Handelsregister (wohl als Änderung des ursprünglichen Beschlusses über die Barkapitalerhöhung) mit Bekanntmachung des Registergerichts entsprechend § 57 d GmbHG (ähnlich Priester in Scholz, GmbHG, 9. Aufl., § 56, Rdnr. 44)

Ggf. Vereinbarung über die Verrechnung der verbleibenden Ansprüche (Anspruch des Gesellschafters auf Rückzahlung der kondizierbaren, nicht erfüllungstauglich geleisteten Bareinlage gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Rückzahlung des „Kaufpreises“ und ggf. Nutzungersatz)

Hinweis für die Aktiengesellschaft: Eine Heilung in der vorbeschriebenen Weise kommt bei der AG wegen § 183 Abs. 2 Satz 4 AktG nicht in Betracht; dort bleibt nur die Kapitalherabsetzung (zum Zwecke des Erlasses von Einlageverpflichtungen) mit nachfolgender Kapitalerhöhung

Besonderheiten im mehrstufigen Unternehmensverbund:

Problem: Gelten die Regeln über die verschleierte Sacheinlage auch im zwei- oder mehrstufigen Unternehmensverbund?

Beispiel: Y-GmbH ist die hundertprozentige Tochtergesellschaft der X-AG. Die X-AG produziert Kraftfahrzeuge, die Y-GmbH vertreibt diese. Das Stammkapital der Y-GmbH wird gegen Bareinlagen durch die X-AG erhöht. Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erwirbt die Y-GmbH – u.a. mit Mitteln der bar aufgebrauchten Stammeinlage – bestimmungsgemäß gegen Entgelt von der X-AG Kraftfahrzeuge zur weiteren Distribution.

Lösungsvorschlag: M.E. kein Fall der verschleierte Kapitalerhöhung, Analogie zu § 52 Abs. 9 AktG.

3.4 Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren

Charakteristikum:

Im engen zeitlichen Zusammenhang (Orientierung: 6 Monate) mit der Fassung eines die (Teil-) Ausschüttung eines Jahresüberschusses oder Gewinns vorsehenden Beschlusses wird die „Wiedereinlage“ des entweder tatsächlich ausgezahlten Gewinnanteils oder die „Umbuchung“ des darauf gerichteten Anspruchs im Wege einer Barkapitalerhöhung beschlossen

Grundsätzliche Einordnung als verschleierte Sachkapitalerhöhung mit den Rechtsfolgen wie oben 3.3, es sei denn, es erfolgt gegenüber dem Registergericht die Offenlegung, dass die Kapitalerhöhung im Wege der Wiedereinlage des ausgeschütteten Gewinnanteils erfolgen soll. Dann sind jedoch die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entsprechend zu beachten (BGH GmbHR 1997, S. 788). Das heißt im Einzelnen:

- Festsetzung im Gesellschafterbeschluss, dass die Einlage durch Rückzahlung ausgeschütteter Gewinnansprüche der Gesellschafter oder Einbringung des darauf gerichteten Anspruchs erfolgen soll,
- entsprechende Übernahmeerklärung gem. §§ 55 Abs. 1, 56 GmbHG,
- Offenlegung in der Registeranmeldung durch sämtliche Geschäftsführer (§ 78 2. Alt. GmbHG)
- „doppelte“ Versicherung der Geschäftsführer: Hinsichtlich der Bewirkung der Einlage gem. § 57 Abs. 2 GmbHG, ferner analog § 57 i Abs. 1 Satz 2 GmbHG
- Beifügung einer Bilanz, auf die wohl § 57 i Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GmbHG Anwendung findet.

Praxishinweis:

Zumeist dürfte das letztgenannte Tatbestandsmerkmal (unabhängig von der Größenklasse der Gesellschaft **geprüfte** Bilanz, die bei Zugang der Anmeldung nicht älter als 8 Monate ist) Schwierigkeiten bereiten.

Lösungsvorschlag: Kapitalerhöhung nach den Regeln über die Sachkapitalerhöhung wenn eine Auszahlung des Gewinnanspruchs noch nicht erfolgt ist. Gegenstand der Einlage = Anspruch auf Auszahlung des Gewinnanspruchs nach Maßgabe des Gewinnverwendungsbeschlusses, Nachweis der Werthaltigkeit dieses Anspruchs durch Testat eines Angehörigen des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes. Dieser Weg ist allerdings nicht geeignet, wenn der Gewinnanspruch bereits tatsächlich ausgezahlt wurde.

4. Kapitalerhaltung

BGH GmbHR 2004, S. 302: Darlehensgewährung an Gesellschafter ist nur aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen zulässig, d.h. auch wenn die Bonität des empfangenden Gesellschafters unzweifelhaft, der Darlehensrückgewähranspruch mithin vollwertig ist und das Darlehen marktangemessen verzinst wird, liegt eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Auszahlung vor, wenn durch die Ausbuchung des Liquiditätsabflusses ohne Einbuchung des Rückzahlungsanspruchs eine Unterbilanz entstehen oder vertieft würde.

BGH: „... § 30 GmbHG verpflichtet die Gesellschafter nicht, das Gesellschaftsvermögen i.S. eines gegenständlichen Eigentumsschutzes in einer bestimmten Zusammensetzung zu erhalten. Vielmehr untersagt § 30 GmbHG lediglich, das in der Satzung festgelegte Garantievermögen in seiner rechnerischen Wertbindung zugunsten eines Gesellschafters anzutasten. Die Gewährung eines Darlehens ist im Falle eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs als bloßer Aktivtausch bilanzrechtlich neutral. Mangels einer bilanziellen Vermögensminderung wird deshalb die Hingabe eines Darlehens verbreitet als mit § 30 GmbHG vereinbar erachtet, sofern das Darlehen angemessen verzinst und der Gesellschafter auf Dauer solvent und kreditwürdig, der Rückzahlungsanspruch also vollwertig ist ... Diese rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise greift aber mit Rücksicht auf die Bedeutung des in § 30 Abs. 1 GmbHG verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz. Vermögensschutz erschöpft sich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer, sondern gebietet die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer deckenden Haftungsmasse (Schön, ZHR 159 [1995], 351 [362]). Dementsprechend soll nach Sinn und Zweck des § 30 GmbHG das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden; damit soll nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werden. Mit diesem Ziel wäre es nicht vereinbar, wenn die Gesellschafter der GmbH zu Lasten des gebundenen Gesellschaftsvermögens Kapital entziehen könnten und der GmbH im Austausch für das fortgegebene reale Vermögen (von etwaigen Zinsansprüchen einmal abgesehen) nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbliebe...“

Unabhängig von der Frage der Wirksamkeit des Darlehensvertrages und der dort ggf. geregelten Rückzahlungsmodalitäten stehen der Gesellschaft folgende, sofort fällige Ansprüche zu:

a) Empfänger des Darlehens ist Geschäftsführer: § 43 a Satz 2 GmbHG

b) Empfänger des Darlehens ist Gesellschafter: § 31 Abs. 1 GmbHG

c) Geschäftsführer, ohne selbst Darlehensempfänger zu sein: Schadensersatz gem. § 43 Abs. 1, 3 GmbHG

d) Übrige Gesellschafter: Ausfallhaftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG

Auswirkungen der Entscheidung auf Cash-Pool-Systeme im Konzern:

M.E. ergeben sich aus dieser Rechtsprechung keine Auswirkungen im Vertragskonzern, da analog § 291 Abs. 3 AktG Leistungen auf Grund eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages nicht als Verstoß gegen Kapitalerhaltungsbestimmungen (insbes. §§ 57 AktG, 30 ff. GmbHG) gelten, ansonsten ist die Entscheidung m.E. auch für einen Unternehmenskonzern von Bedeutung.