

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Baumbach / Hueck

22. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-74039-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wurde zu S. 2 mit terminologischer Anpassung, die allerdings darüber hinaus materiell-rechtliche Folgen haben soll (→ Rn. 9). **Abs. 4**, der die Voraussetzungen der wirksamen Vereinbarung einer Sacheinlage behandelt, ist in der Sache unverändert geblieben; lediglich der Begriff der Stammeinlage wurde durch den Begriff des Geschäftsanteils ersetzt.

2. Mindeststammkapital, Abs.1, Euro-Umstellung. Mindeststammkapital 3 25.000 €, Abs. 1. Höhe stellt rechtspolitischen Kompromiss zwischen Seriositätsanforderungen und Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes auf der einen und volkswirtschaftlichem Bedürfnis nach Möglichkeit der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit begrenztem finanziellen Risiko dar. Im Rahmen der Diskussion um MoMiG wurde vorgeschlagen, Höhe das Mindeststammkapital auf 10.000 EUR herabzusetzen und damit ungefähr auf den Betrag, der vor der GmbH-Reform von 1980 gegolten hat. Angesichts der im Vergleich zu den Wertverhältnissen bei Entstehung des GmbHG ohnehin schon relativ geringen Höhe des Mindeststammkapitals und der seit 1980 eingetretenen Geldentwertung hätte die geplante Reduzierung die Bedeutung des Stammkapitals marginalisiert. Davon hat der Rechtsausschuss schließlich doch Abstand genommen und das Mindeststammkapital bei dem Betrag von 25 000 EUR belassen, zumal dem Interesse von Kleinunternehmern und Existenzgründern mit geringem Eigenkapitalbedarf durch die Möglichkeit der Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) nach § 5a Rechnung getragen werde.¹ Daher konnte Abs. 1 insoweit unverändert bleiben.

Mindesthöhe des Stammkapitals mit 25 000 EUR in Abs. 1 wurde eingeführt **3a** durch EuroEG 1998 (BGBl. I 1242) im Rahmen der Währungsunion mWv 1.1.1999. Während der Übergangszeit 1999–2001 Neugründungen wahlweise in DM oder Euro, bei DM-Gründungen jedoch auf der Umrechnungsbasis der ab 1999 geltenden Euro-Betragsstufen, um spätere Anpassung zu erleichtern. Zur Übergangsregelung iE → Rn. 58. Für **Altgesellschaften**, die vor dem 1.1.1999 angemeldet wurden und bis zum 31.12.2001 eingetragen werden, bleibt grds. die Regelung in § 5 I aF maßgebend (zur Umstellung für Altgesellschaften → Rn. 58), wonach das Mindeststammkapital 50.000 DM und die Mindeststammeinlage 500 DM betrug. Diese Fassung beruhte auf GmbH-Novelle 1980 und galt seit 1.1.1981. Vorher betrug Mindesthöhe 20.000 DM. Zu den entspr. Übergangsregelungen, auch für Alt-GmbH nach DDR-Recht gem. Anl. 1 zum Einigungsvertrag Baumbach/Hueck/Fastrich, → 17. Aufl. 2000, Rn. 59. Erfordernis eines Sachgründungsberichts in Abs. 4 S. 2 eingeführt durch GmbH-Novelle 1980. Bei Umwandlung ehemals volkseigener Betriebe nach § 11 TreuhG sind Vorschriften über Vermögensausgleich und Eigenkapitalsicherung in §§ 24–26 DMBilG vorrangig, die Sachgründungsvorschriften des GmbHG unanwendbar.²

II. Stammkapital, Abs. 1 und 3

Lit.: *Ekholt*, Materielle Unterkapitalisierung, 2002; *Eidenmüller/Engert*, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, 433; *Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, 2016; *G. H. Roth*, Unterkapitalisierung und persönliche Haftung, ZGR 1993, 182; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009; *Weitbrecht*, Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung, 1990; *Willhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981.

1. Höhe, Festsetzung. Zu Begriff und Funktion des Stammkapitals → § 3 4 Rn. 14; → Einl. Rn. 2f., 7f. – Nach Abs. 1 beträgt seine **Mindesthöhe**

¹ Begr. Rechtsausschuss BT-Drs 16/9737, 96.

² BGH ZIP 1999, 281 gegen OLG Naumburg GmbHR 1997, 506.

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

25 000 EUR. Höherer Betrag beliebig möglich; **keine Obergrenze.** Unterschreitung möglich in Form der UG (haftungsbeschränkt) nach § 5a. Zumindest bei Gründung müssen Stammkapital und **Summe aller Nennbeträge der GAnteile** übereinstimmen (Abs. 3 S. 2). **Festsetzung** erfolgt nach § 3 I Nr. 3 im GesVertrag als fester Betrag in Euro (→ § 3 Rn. 15). Änderung vor HR-Eintragung der Ges. durch Vertragsänderung in der Form des § 2 (→ § 11 Rn. 8). Später Kapitalerhöhung oder -herabsetzung nur durch Satzungsänderung (§§ 55 ff., → § 58 Rn. 17 ff.) zulässig. Durch Kapitalherabsetzung darf Mindesthöhe grds. nicht unterschritten werden (§ 58 II, Ausnahme: § 58a IV), auch nicht im Wege eines Übergangs in UG (haftungsbeschränkt), → § 5a Rn. 16. **Übergangsregelung** zur Euro-Einführung früher in § 86, jetzt in § 1 EGGmbHG (→ Rn. 3; → Rn. 58).

- 5 2. Eigenkapitalausstattung – Unterkapitalisierung.** Das Stammkapital ist bislang nach Begriff und Funktion wichtigster, wenn auch nicht einziger Faktor für die Ausstattung der GmbH mit dem für den GesZweck erforderlichen Eigenkapital. Daran sollte sich die Höhe des Stammkapitals im Einzelfall orientieren. Jedoch besteht keine gesetzlich normierte Pflicht, Ges. das betriebswirtschaftlich erforderliche Eigenkapital bereitzustellen.³ Nur Mindeststammkapital ist vorgeschrieben (Abs. 1), iÜ bleibt Entscheidung über Art und Umfang der Finanzierung den Gftern überlassen, **Freiheit der Finanzierungentscheidung**. Gftr können daher grds. frei entscheiden, ob sie über Mindeststammkapital hinausgehendes Eigenkapital bereitzustellen und in welcher Form. Gesetz geht davon aus, dass ein Maßstab für eine allein angemessene Eigenkapitalausstattung ex ante nicht besteht und es daher den Kräften des Marktes überlassen werden muss, Gftr ggf. zu Stärkung der Eigenkapitalausstattung oder zur Aufgabe zu zwingen. Gesetzliche Regelungen über ein erhöhtes Mindeststammkapital existieren für Kreditinstitute (§§ 10 f., 33 I Nr. 1 KWG: angemessenes haftendes Eigenkapital), die in der Rechtsform der GmbH betrieben werden. Dagegen hat GesGeb. nicht nur in der GmbH-Novelle 1980,⁴ sondern explizit auch für MoMiG⁵ auf besondere Haftung wegen Unterkapitalisierung verzichtet.
- 6 Unterkapitalisierung** kann bestehen, wenn Eigenkapital (und damit vor allem Stammkapital) nicht in betriebswirtschaftlich angemessenem Verhältnis zu Geschäftsart und -umfang der betr. GmbH steht. Wird Eigenkapitalbedarf iÜ durch GftrDarlehen gedeckt, spricht man von formeller Unterkapitalisierung; von **materieller Unterkapitalisierung** dagegen, wenn wirtschaftlich benötigtes Eigenkapital nicht in zureichendem Maße durch die Gftr aufgebracht wird, die Ges. vielmehr insges. unter- oder in betriebswirtschaftlich unangemessenem Umfang durch Fremdkapital finanziert ist.⁶ Während Gefahr formeller Unterkapitalisierung für Gläubigerschutz im Hinblick auf insolvenzrechtliche Herabstufung der GftrDarlehen und Anfechtbarkeit ihrer Rückzahlung und Besicherung im Rahmen der §§ 39, 135 InsO im wesentlichen gelöst ist, ist Problem der materiellen Unterkapitalisierung bislang ungelöst. Zwar befürwortet Teil der **Lit.** zumindest bei schwerwiegender, „qualifizierter“ (nach manchen bei jeder, auch „einfacher“) **materieller Unterkapitalisierung**, insbes. wenn diese eindeutig und klar erkennbar ist, eine **Haftung** der Gftr, meist als Haftungsdurchgriff im Insolvenzfall (→ § 13 Rn. 47). Gestützt wird eine solche Rechtsfortbildung bevorzugt auf den Normzweck der gesetzlichen Vorschriften über Kapitalhöhe, Kapitalaufbringung und -erhaltung, die nach dieser Auffassung die Haftungs-

³ BGHZ 31, 268; 68, 312; BGH NJW 1979, 2104; stRspr, BGHZ 127, 17 (23) = NJW 1994, 2760 (2762).

⁴ BT-Drs. 8/1347, 39.

⁵ BT-Drs. 16/6140, 30.

⁶ Vgl. UHL/Raiser § 13 Rn. 136; Raiser/Veil KapGesR § 39 Rn. 40.

beschränkung des § 13 II nur bei angemessener Eigenkapitalausstattung rechtfertigen; allerdings bestehen erhebliche Unterschiede in Ansatz und Begründung wie auch hinsichtlich Voraussetzungen, Umfang und Ausgestaltung der Haftung iE.⁷ Dem ist die Rspr. mit wenigen Ausnahmen⁸ und ebenso der überw. Teil der neueren Lit.⁹ nicht gefolgt. Vielmehr ist **BGH** Versuchen, spezifische Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung zu begründen, erfreulich klar entgegentreten.¹⁰ Auch GesGeb. des MoMiG geht, wie nicht zuletzt Zulassung einer 1-Euro UG (haftungsbeschränkt) zeigt, von Nichtexistenz einer allg. Unterkapitalisierungshaftung aus.¹¹ Ein **allgemeiner Haftungstatbestand der Unterkapitalisierung** ist somit außerhalb der Voraussetzungen des § 826 BGB¹² **nicht anzuerkennen** (→ § 13 Rn. 47). Unterkapitalisierung daher auch kein Eintragungshindernis bei Gründung. Davon abgesehen ist in jedem Fall zu prüfen, ob anderer Durchgriffstatbestand vorliegt (Vermögensvermischung, → § 13 Rn. 45 ff.) oder Voraussetzungen eines existenzvernichtenden Eingriffs erfüllt sind (→ § 13 Rn. 49).

III. Geschäftsanteile, Abs 2 u. 3

Lit.: Becker, Aktienrechtliches und handelsrechtliches Agio, NZG 2003, 510; Lutter, Fehler schaffen neue Fehler – gegen die Divergenztheorie bei §§ 5 Abs. 3, 34 GmbHG, FS Meilicke, 2010, 481; Ulmer Die Einziehung von GmbH-Anteilen – ein Opfer der MoMiG-Reform, DB 2010, 321; Wagner, Gründung bzw. Kapitalerhöhung von Kapitalgesellschaften: Aufgeld auf satzungsmäßiger bzw. schuldrechtlicher Grundlage, DB 2004, 293.

1. Höhe, mehrere Anteile, Festsetzung. Zum Begriff des Geschäftsanteils → § 14 Rn. 3; → § 3 Rn. 16 f. Kein Höchstbetrag; Mindestbetrag 1 EUR (Abs. 2 S. 1). Früheres Verbot der Übernahme mehrerer GAnteile, das Personalisierung der Beteiligung stärken und Handel von GAnteilen am öffentlichen Kapitalmarkt unterbinden sollte, durch MoMiG aufgehoben. Öffentl. Handel wird weiterhin durch Formvorschrift des § 15 erschwert. Abs. 2 S. 2 erlaubt ausdr. **Übernahme mehrerer GAnteile** durch einen Gftr. Da Erfordernis der Teilbarkeit durch 50 und Mindesteinlage von 100 EUR aufgehoben, ist lediglich Mindesthöhe von 1 EUR, Begrenzung auf volle Euro (Abs. 2 S. 1) und Über-

⁷ UHL/Raiser § 13 Rn. 138 ff., insbes. Rn. 140; Scholz/Bitter § 13 Rn. 143 ff. mwN; ferner etwa Innennga Kapitalgesellschaft S. 402 ff.; Kübler/Assmann GesR § 18 VI 5; Lutter/Hommelhoff ZGR 1979, 31 (57 ff.); Lutter ZGR 1982, 249; Blaurock FS Stimpel, 1985, 553 (558 ff.); Stimpel FS Goerdeler, 1987, 607 ff.; Raiser/Véil KapGesR § 39 Rn. 47; Wiedemann GesR I § 10 IV 3, b, § 4 III 1b; Wüst DStR 1991, 1388; insbes. Wüst DStR 1991, 1424; Lutter/Hommelhoff/ Beyer § 13 Rn. 20; unter Beschränkung auf Innenhaftung der Gftr. K. Schmidt GesR § 9 IV 4, c, § 37 III 7.

⁸ So BSG NJW 1984, 2117; bestätigt ZIP 1996, 1134; vorsichtiger aber NZS 1998, 346 (347); **abl.** aber BAG ZIP 1999, 24; 1999, 878 mAnn Altmeppen; zurückhaltend auch BGH NJW 1999, 2809.

⁹ Scholz/Véil Rn. 15; MHLS/Leitzen Rn. 19; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 8 f.; MüKoGmbH/Schwandtner Rn. 38; iE auch Rowedder/Schmidt-Leithoff/Penz § 13 Rn. 149 ff.; ferner Roth/Altmeppen/Altmeppen Rn. 4; Roth ZGR 1993, 170 (189 f., 198 ff.); Flume BGB AT I/2 § 3 III 1; Schulze-Osterloh ZGR 1983, 143 ff.; Vonnemann GmbHHR 1992, 77; Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, 308 ff., 325 ff., 356 f.; ausf. Weitbrecht, Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH, 1990.

¹⁰ BGHZ 176, 204 = NZG 2008, 547 – GAMMA; strikt **abl.** auch schon VIII. Senat BGHZ 68, 312.

¹¹ RegBegr. BR-Drs. 354/07, 66; dazu krit. etwa Guntermann, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung, 2016, 427 ff.

¹² Die Bildung einer entspr. Fallgruppe offenlascend BGHZ 176, 204 Rn. 25 (GAMMA) = NZG 2008, 547; befürwortend Scholz/Bitter § 13 Rn. 106, 166; Roth/Altmeppen/Altmeppen § 13 Rn. 145 f.

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

einstimmung der Summe der Nennbeträge mit Stammkapital (Abs. 3 S. 2) zu beachten. Neuregelung und Aufhebung von § 17 aF erleichtern ua spätere Erb-auseinandersetzung und Regelung der Unternehmensnachfolge. **Höhe der Nennbeträge** der GAnteile **kann** nicht nur für jeden Gfter, sondern bei Übernahme mehrerer GAnteile auch bei jedem einzelnen Gfter unterschiedlich ausgestaltet sein (Abs. 3 S. 1). § 8 I Nr. 3 verlangt Nummerierung der einzelnen GAnteile, die jedoch, wie bei späteren Teilungen, im Rahmen der Einreichung der GfterListe erfolgt. **Festsetzung** nach § 3 I Nr. 4 im GesVertrag, zugleich für Einlage maßgebend (§ 3 I Nr. 4). Angabe gem. Abs. 1 stets als fester Betrag in Euro, auch bei Sacheinlage (→ Rn. 14 ff.), da diese sich nach Abs. 4 auf bestimmten Nennbetrag des GAnteils beziehen muss. **Übergangsregelung** zur Euro-Einführung in § 1 EGGmbHG (→ Rn. 3; → Rn. 58 ff.).

8 Spätere Teilung, auch durch Teilabtretung, mit Zustimmung der GfterVers. möglich (§ 46 Nr. 4), die auch durch Satzung und durch Beschluss auf Vorrat¹³ erfolgen kann. Durch Kapitalerhöhung entstehende GAnteile müssen gleichfalls nur noch die genannten Mindestfordernisse erfüllen (§ 55 Abs. 4). Entspr. gilt nach Art. 17 MoMiG für Umwandlungen.

9 2. Summe der Nennbeträge, Abs. 3 S. 2. Nach Abs. 3 S. 2 muss **Summe der Nennbeträge der GAnteile mit dem Stammkapital übereinstimmen**. Von den Gründern übernommene Nennwerte der GAnteile müssen also Stammkapital voll abdecken (zur Lage bei Unwirksamkeit einer Beitrittsklausur → § 2 Rn. 44 ff.). Zusammenhang mit Stammkapital ergibt zugleich Obergrenze für Betrag des einzelnen GAnteils. Über das Gründungsstadium hinaus war vor MoMiG Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Stammeinlagen vom Gesetz nicht zwingend gefordert, zwar tatsächlich oft gegeben, aber etwa im Fall der Einziehung nicht rechtlich gewährleistet.¹⁴ Das gilt weiterhin auch für spätere Korrektur einer GfterListe, wenn sich diese auf Sachverhalte vor Inkrafttreten des MoMiG bezieht.¹⁵ Nach Ansicht der RegBegr. zu MoMiG sollte dagegen die Übereinstimmung von Stammkapital und Nennbeträgen der GAnteile nicht nur für Gründung, sondern auf Dauer, insbes. auch im Fall der Einziehung (→ § 34 Rn. 17a), der Kapitalerhöhung und -herabsetzung zwingend sein.¹⁶

10 Ob durch MoMiG das Postulat der dauernden Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der GAnteile mit zwingender Wirkung angeordnet wurde, so dass Abweichungen etwa im Rahmen der Einziehung den entspr. Einziehungsbeschluss nichtig machen, war **seit Inkrafttreten des MoMiG sehr umstr.** und wurde vielfach bejaht.¹⁷ Verbot des späteren Auseinanderfallens von Ziffer des Stammkapitals und Summe der Nennbeträge der GAnteile lässt sich jedoch weder aus dem – abgesehen von der Ersetzung des Begriffs der Stammeinlagen durch den des Nennbetrags der GAnteile identischen – Wortlaut der Neuregelung mit der bisherigen Regelung, noch aus der Systematik zwingend herleiten. Wollte man der Vorstellung der RegBegr. Folge leisten, ließe sich dies nur mit nicht unerheblichen Eingriffen an anderer Stelle verwirklichen, die dem von MoMiG allg. angestrebten Ziel der Vereinfachung entgegenlaufen. So müsste man, ohne dass dieser Umschwung in den Voraussetzungen für die Adressaten ohne weiteres erkennbar wäre, die Wirksamkeit etwa der Einziehung

¹³ Wicke § 46 Rn. 9.

¹⁴ UHL/Ulmer/Casper Rn. 23; Scholz/Veil Rn. 27.

¹⁵ OLG München NZG 2012, 349.

¹⁶ RegBegr. BR-Drs. 354/07, 69.

¹⁷ Befürwortend iSD BegrRegE etwa LG Essen NZG 2010, 867 (868); Gehrlein Der Konzern 2007, 771 (774); Wächter GmbH & Co. Sonderheft Oktober 2008, 5 (11); Heckschen NZG 2010, 521 (524); Römermann NZG 2010, 96 (99).

von einer gleichzeitigen und bisher allg. nicht für erforderlich gehaltenen Beschlussfassung über eine Kapitalherabsetzung, Aufstockung der verbliebenen GAnteile oder Bildung eines neuen GAnteils abhängig machen,¹⁸ was zumindest für Übergangszeit zu einer Vielzahl unwirksamer Einziehungen führen würde (→ § 34 Rn. 17b). Auch fehlt Übergangsregelung für Ges., bei welchen infolge früherer Einziehung keine Übereinstimmung von Stammkapital und Nennbeträgen der GAnteile besteht.¹⁹ Daher ist mit der überwiegenden Lit.,²⁰ der sich auch der **BGH** jedenfalls für den Fall der Einziehung angeschlossen hat, weiterhin davon auszugehen, dass ein späteres Auseinanderfallen von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der GAnteile hinzunehmen ist und insbes. im Rahmen der Einziehung nicht zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses führt, wenn das Auseinanderfallen nicht durch zusätzliche Maßnahmen verhindert wird.²¹ Ob das Reg. Gericht anlässlich späterer Eintragungsanträge eine entspr. Anpassung verlangen kann, ist noch nicht entschieden, wohl aber ebenfalls zu verneinen.²² Transparenz der Beteiligung wird durch Einreichung neuer Gftr. Liste erreicht, in welcher die verbliebenen Gftr. mit ihren unveränderten GAnteilen aufzuführen sind.²³

Kein unzulässiges Auseinanderfallen von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der GAnteile liegt bei **Überpariemission** vor. Sie lässt Stammkapital und Nennbetrag der GAnteile unberührt. Verpflichtung zur Zahlung eines Aufgelds (**Agio**) kann als Nebenleistungspflicht gem. § 3 II begründet werden²⁴ (→ § 3 Rn. 31 ff., 39); bei nur schuldrechtlicher Zahlungsverpflichtung (→ § 3 Rn. 54, 57) Bindung an Mitgliedschaft und Gleichlauf mit Einlagepflicht nicht gewährleistet. Nach § 272 II Nr. 1 HGB ist Aufgeld in der Bilanz als Kapitalrücklage auszuweisen (§§ 266 III A. II., 272 II Nr. 1 HGB).²⁵ – **Unterpariemission**, also Abschlag vom Nennbetrag des oder der GAnteils/GAnteile (Disagio) ist unzulässig,²⁶ iE wie § 9 I AktG; dazu §§ 9, 19 II, III, 30 mit Erl.

IV. Verstoß gegen Abs. 1–3

Abs. 1–3 sind zwingend (→ Rn. 1). Bei Verstoß ist Festsetzung des Stammkapitals bzw. der Nennbeträge der GAnteile nichtig (§ 134 BGB). Dies macht, ebenso wie völliges Fehlen einer solchen Regelung, den ganzen **Gesellschaftsvertrag nichtig**, da es sich nach § 3 I Nr. 3 u. 4 um notwendigen Inhalt handelt (→ § 3 Rn. 22). Die Folgen richten sich nach den Regeln über die fehlerhafte Ges. (→ § 2 Rn. 37 ff.), insbes. besteht ein **Eintragungshindernis** (§ 9c). Zu

¹⁸ So etwa *Wächter* GmbHHR Sonderheft Oktober 2008, 5 (11); *Heckschen* DStR 2009, 166 (169).

¹⁹ Gegen Geltung des Übereinstimmungsgebots für Altfälle OLG München NZG 2012, 349.

²⁰ UHL/Ulmer/Casper § 5 Rn. 14; UHL/Ulmer/Löbbe § 3 Rn. 7; Lutter GmbHHR 2010, 1177 ff.; Lutter FS Meilicke, 2010, 481 ff.; jetzt auch Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 6; GBS/Born Rn. 14; Henssler/Strohn/Schäfer Rn. 7; für den Fall der Einziehung auch Ulmer DB 2010, 321 (322); MüKoGmbHG/Schwandner Rn. 44a; Roth/Altmeppen/Altmeppen § 34 Rn. 89 ff.; Wicke § 34 Rn. 3; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 65a; Bork/Schäfer/Schäfer Rn. 11; Bork/Schäfer/Thiessen § 34 Rn. 55.

²¹ BGHZ 203, 303 Rn. 22 = NJW 2015, 1385; OLG Saarbrücken NZG 2012, 180 (181); OLG Rostock GmbHHR 2013, 752 (753) = BeckRS 2013, 11725.

²² Offen gelassen in BGHZ 203, 303 Rn. 26 = NJW 2015, 1385; wie hier verneinend mit aufz. Begründung Kleindiek NZG 2015, 489 (493); ebenso Wicke § 34 Rn. 3; abw. wohl MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 65a.

²³ BGHZ 203, 303 Rn. 26 = NJW 2015, 1385.

²⁴ Heute allg. M., UHL/Ulmer/Casper Rn. 172; MüKoGmbHG/Schwandner Rn. 50.

²⁵ MüKoGmbHG/Schwandner Rn. 50.

²⁶ BGHZ 68, 195, unstr; MüKoGmbHG/Schwandner Rn. 49.

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

Rechtsfolgen des nachträglichen Auseinanderfallens von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der GAnteile → Rn. 10.

- 13 Erfolgt dennoch **Eintragung ins Handelsregister**, so entsteht die GmbH wirksam (→ § 2 Rn. 40; → § 3 Rn. 23). Nunmehr nach § 75 Nichtigkeit nur noch, wenn Bestimmung über Höhe des Stammkapitals ganz fehlt. Geltendmachung durch Nichtigkeitsklage, ferner Amtslösungsverfahren gem. § 397 FamFG (Einzelheiten → § 75 Rn. 17 ff.; → Anh. § 77 Rn. 24 ff.). Hält man § 76 (Heilungsmöglichkeit) für abschließend, ist Mangel nicht heilbar.²⁷ Neuere Ansicht kritisiert zu Recht fehlenden Sachgrund und hält Erfordernis einer Neu gründung für unangemessen²⁸ (→ § 76 Rn. 3). – IÜ, also bei Nichtigkeit der Bestimmungen über Stammkapital oder GAnteile bzw. bei Fehlen der Letzteren ist nur das Amtsaflösungsverfahren nach § 399 IV FamFG mit § 60 I Nr. 6 vorgesehen (→ Anh. § 77 Rn. 31 ff.). Heilung durch Satzungsänderung, auch noch während des Verfahrens. Besteht der Mangel darin, dass die **Summe der Nennbeträge der GAnteile den Betrag des Stammkapitals nicht erreicht**, so können die für die gleiche Frage bei Unwirksamkeit einer Beitrittskündigung entwickelten Gesichtspunkte (→ § 2 Rn. 44) entspr. herangezogen werden.²⁹ Möglich ist neben Kapitalherabsetzung Aufstockung der bisherigen oder Ausgabe neuer GAnteile.³⁰

V. Sacheinlagen, Abs. 4

Lit.: *Boehme*, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999; *Boehme*, Sacheinlagefähigkeit von Lizzenzen, GmbHR 2000, 841; *Bongen/Renauld*, Sachübernahmen, GmbHR 1992, 100; *Bork*, Die Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte, ZHR 154 (1990), 205; *Ekengå*, Zur Aktivierungs- und Einlagefähigkeit von Nutzungsrechten nach Handelsbilanz- und Gesellschaftsrecht, ZHR 161 (1997), 599; *Ellers*, Die Zurechnung von Gesellschafterwissen an die GmbH – insbesondere beim gutgläubigen Erwerb eines Sacheinlagegegenstands; *Frey*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 1990; *Götting*, Die Einlagefähigkeit von Lizzenzen an Immaterialgüterrechten, AG 1999, 1; *Habersack*, Die gemischte Sacheinlage, FS Konzen, 2006, 179; *Habersack*, Verdeckte (gemischte) Sacheinlage, Sachübernahme und Nachgründung im Aktienrecht, ZGR 2008, 48; *Hoffmann*, Die unzulässige Einlage von Dienstleistungen im GmbH- und Aktienrecht, NZG 2001, 433; *Hoffmann-Becking*, Der Einbringungsvertrag zur Sacheinlage eines Unternehmens oder Unternehmenseils in der Kapitalgesellschaft, FS Lutter, 2000, 453; *Koch*, Die verdeckte gemischte Sacheinlage im Spannungsfeld zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZHR 175 (2011), 55; *Müllert*, Sacheinlagepflicht, Sacheinlagevereinbarung und Sacheinlagefestsetzungen im Aktien- und GmbH-Recht, FS Priester, 2007, 485; *Pentz*, Genehmigtes Kapital, Belegschaftsaktien und Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte – das adidas-Urteil des BGH, ZGR 2001, 901; *Sosnitza*, Die Einlagefähigkeit von Domain-Namen bei der Gesellschaftsgründung, GmbHR 2002, 821.

- 14 **1. Allgemeines, Begriffe und Abgrenzung. a) Bar- und Sachgründung.** Den Gftern steht Wahl zwischen Bar- und Sachgründung frei. Zwar sind Stammkapital und Nennwert der GAnteile im GesVertrag stets als feste Euro-Beträge anzugeben, doch kann die konkrete Einlagepflicht außer auf Geldleistung auch auf Einbringung von Sachen oder sonstigen Vermögenswerten gerichtet sein (Sacheinlagen, Sachgründung). Häufig wird beides kombiniert. Sacheinlagen müssen ausdr. im GesVertrag festgesetzt sein (Abs. 4; → Rn. 43 ff.), bei Kapital-

²⁷ So noch MüKoGmbHG/Hillmann § 76 Rn. 2; MHLS/Leitzen Rn. 23; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann § 76 Rn. 1.

²⁸ MHLS/Lieder § 76 Rn. 5; UHL/Paura § 76 Rn. 4; Scholz/Schmidt § 76 Rn. 5; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 76 Rn. 1; Roth/Altmeppen/Altmeppen § 76 Rn. 3; Hessler/Strohn/Büteröwe § 76 Rn. 3.

²⁹ UHL/Ulmer/Casper Rn. 23; MHLS/Leitzen Rn. 39.

³⁰ UHL/Ulmer/Casper Rn. 24; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 55; MHLS/Leitzen Rn. 39.

erhöhung entspr. im Erhöhungsbeschluss (§ 56, → § 56 Rn. 2, 9). Andernfalls sind Einlagen notwendig in Geld zu leisten; insoweit hat Bargründung Vorrang. Scheinlage bei UG (haftungsbeschränkt) nach § 5a II 2 ausgeschlossen.

Bei Scheinlagen besteht erhöhte Gefahr unseriöser Gründungen durch Einbringen mangelhafter oder wertloser Gegenstände. Überbewertung von Scheinlagen kann Anschein eines solventen Unternehmens erwecken, obwohl reale Aufbringung des Stammkapitals nicht gewährleistet ist, und so zu Täuschungen im Geschäftsverkehr und Gefährdung der Gläubiger führen. GmbHG enthält deshalb besondere **Vorschriften über die Sachgründung** – außer Abs. 4 auch in §§ 7–9, 9c, 10, 19 sowie 82, entspr. §§ 56 ff. für Kapitalerhöhung. Sie bezwecken vor allem Publizität der Kapitalgrundlage der Ges., reale Einbringung, Überprüfung durch das Reg. Gericht sowie Verhinderung von Überbewertungen und ggf. Ausgleich durch Geldeinlagen.

b) Scheinlage, Sachübernahme. Abs. 4 verwendet nur den Begriff Sach-einlage, ohne ihn näher zu definieren. Vorschrift umfasst **Scheinlage ieS**, bei welcher Einlagepflicht selbst unmittelbar auf Einbringung von Sachen oder sonstigen Vermögensgegenständen gerichtet ist; Beteiligung wird gegen Sachleistung gewährt. – Ferner **Sachübernahme**, dh. Übernahme derartiger Vermögenswerte durch die Ges. gegen Vergütung, **die auf die als Bareinlage vereinbarte Einlage angerechnet** wird. Hier kann die Sachleistung ebenso von einem Gftr wie auch von einem Dritten erbracht werden; wesentlich ist, dass sie die Einlagepflicht nur mittelbar erfüllt durch Verrechnung der als Gegenwert angesetzten Vergütung. Trotz äußerer Ähnlichkeit bestehen somit in der rechtlichen Gestaltung Unterschiede, hingegen idR. nicht im wirtschaftlichen Ergebnis, das insbes. stets gleichermaßen den Schutz der Ges. Gläubiger erfordert. Abs. 4 idF vor der GmbH-Novelle 1980 hatte beide Fälle ausdr. unterschieden. Verzicht auf die Differenzierung in der heutigen Fassung von Abs. 4 entspr. iE § 27 I 2 AktG und soll der sprachlichen Vereinfachung dienen, in der Sache jedoch nichts ändern.³¹ **Scheinlage iSv Abs. 4 umfasst daher beide Formen**, also neben Scheinlagen ieS auch Sachübernahmen der bezeichneten Art.³² Daran ist trotz der Aufhebung des § 19 V aF, der dies klarstellte, durch MoMiG festzuhalten, da Ges. Geb. insoweit keine Änderung beabsichtigte. Die anderen Vorschriften für Sachgründungen (→ Rn. 15) verwenden denselben weiten Begriff der Scheinlage und gelten dementspr. ebenfalls für Sachübernahmen mit Anrechnungsabrede.³³ Zur **Mischeinlage** und **gemischten Scheinlage** → Rn. 20.

c) Nicht erfasste Sachleistungen. GmbHG enthält keine Regelung für die Vereinbarung einer Sachleistung in zeitlicher Nähe nach der Gründung, sog. **Nachgründung** (vgl. § 52 AktG). Derartige Geschäfte mit der GmbH, die erst nach der Entstehung vereinbart wurden, unterliegen, soweit sie nicht, wie wohl meist bei engem zeitlichem Zusammenhang, als **verdeckte Scheinlagen** zu werten sind (→ Rn. 18 f., → § 19 Rn. 45), grds. nur den allg. Einschränkungen des § 30, bedürfen insbes. nicht der Aufnahme in die Satzung.³⁴ – Soll allerdings ein Gftr mitgliedschaftlich zu einer Sachleistung außerhalb der Einlage verpflichtet werden, ist das als Nebenleistungspflicht nach § 3 II in der Satzung zu regeln,

³¹ Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 8/3908, 69.

³² AllgM, UHL/Ulmer/Casper Rn. 35, 119 ff.; Scholz/Veil Rn. 31; Scholz/Priester § 56 Rn. 5; MHLS/Leitzen Rn. 53; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 38; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 18; Roth/Altmeppen/Altmeppen Rn. 20.

³³ UHL/Ulmer/Casper Rn. 112; Scholz/Veil Rn. 31; Roth/Altmeppen/Altmeppen Rn. 20.

³⁴ BGHZ 28, 314 (318 f.) = NJW 1959, 383 (384); UHL/Ulmer/Casper Rn. 120; Scholz/Veil Rn. 80; abw. Wöhlschlegel DB 1995, 2053.

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

unterliegt aber auch dann nicht den Sachgründungsvorschriften. Generell steht es den Gftern frei, selbst für die Ges. wichtige Sachleistungen weder als Einlage noch als Nebenleistung, sondern rein schuldrechtlich, auch außerhalb der Satzung, zu vereinbaren³⁵ (→ § 3 Rn. 56 f.).

- 18 **d) Rechtsfolgen des Fehlens der Festsetzungen, Umgehungsfälle, verdeckte Sacheinlage.** Fehlen entspr. Festsetzungen nach Abs. 4 S. 1, so kann Einlagepflicht vor **Eintragung** weder durch Sachleistung noch im Wege der Aufrechnung einer für Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung erfüllt werden. Aufrechnungsverbot gilt, anders als in sonstigen Aufrechnungsfällen nach § 19 II, für beide Seiten, schließt folglich auch vertragliche Aufrechnungsvereinbarung mit Ges. aus (→ § 19 Rn. 31). § 19 V aF, der dies ausdr. ausschloss, ist zwar ungeschickterweise durch MoMiG aufgehoben worden. § 19 IV 1 nF setzt aber Unwirksamkeit der Erfüllung vor Eintragung weiterhin voraus. Gftr wird daher, wenn den Festsetzungserfordernissen nach Abs. 4 nicht entsprochen wurde, durch Leistung eines Vermögensgegenstands oder Aufrechnung mit Vergütung für dessen Überlassung von Bareinlagepflicht zunächst nicht befreit (§ 19 IV 1). GFührer kann und darf infolge dessen nicht nach § 8 II 1 zur Eintragung erforderliche Versicherung abgeben, dass Leistungen auf die GAnteile bewirkt sind. Eintragung kann daher nicht erfolgen; ist sie dennoch erfolgt, muss jedoch nicht rückabgewickelt werden; vielmehr wird entspr. § 19 IV wie bei verdeckter Sacheinlage der Wert der Sachleistung auf den fortbestehenden Bareinlageanspruch angerechnet.³⁶
- 19 Unwirksamkeit der Erfüllung gilt auch, wenn ohne die erforderlichen Festsetzungen nach Abs. 4 Gftr zunächst Bareinlage gemacht hat, diese aber auf Grund einer im Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung getroffenen Abrede vor oder nach Eintragung als Gegenleistung für sacheinlagefähigen Gegenstand wieder an Gftr zurückgeflossen ist, **verdeckte** (verschleierte) **Sacheinlage**. Denn in diesem Fall hat vorübergehende Bareinlage keine schuldbefreiende Wirkung (→ § 19 Rn. 45 f.). GFührer kann auch in diesem Fall nicht nach § 8 II erklären, die Barleistung endgültig zur freien Verfügung erhalten zu haben. Kommt es allerdings dennoch zur Eintragung und wurde anstelle der eigentlich geschuldeten Barleistung entspr. der im Zusammenhang mit der Gründung getroffenen Abrede die Sachleistung vor oder nach Eintragung tatsächlich erbracht, wird nach **Eintragung der Wert der Sachleistung auf die Geldeinlagepflicht angerechnet** (§ 19 IV 2), die entspr. ganz oder teils. erlischt (→ § 19 Rn. 84). **Keine verdeckte Sacheinlage** und kein Fall von Abs. 4 liegt dagegen vor, wenn Gftr entspr. im Zusammenhang mit Gründung oder Kapitalerhöhung vereinbart, dass Geldeinlage an ihn wieder als Darlehen zurückfließen soll (sog. Hin- und Herzahlen). Eine solche Vereinbarung und ihr Vollzug ist im Rahmen des § 19 V nF zulässig. Sind dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, erfüllt die unter diesen Umständen gegebene und zurückgeflossene Leistung nicht die Einlagepflicht (→ § 19 Rn. 70 f.). **Übergangsregelung.** Neuregelung wirkt auf noch nicht rkr. abgeschlossene Sachverhalte zurück (§ 3 IV EGGmbHG, → § 19 Rn. 89).
- 20 **e) Gemischte Sacheinlage.** Gemischte Sacheinlage (missverständlich zuweilen gemischte Einlage) liegt vor, wenn der Wert der vorgesehenen Sachleistung den Anrechnungsbetrag der nach dem Nennwert des GAnteils zu bestimmenden Einlage übersteigt und der Gftr für die Differenz von der Ges. eine Vergütung in Geld, dann oft Gutschrift als Darlehen des Gfters, oder in anderen Werten erhält.

³⁵ BGH BB 1969, 1410.

³⁶ UHL/Ulmer/Casper Rn. 162; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 238; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 32; Wicke Rn. 15; Habersack GWR 2010, 107; Scholz/Veil Rn. 95.