

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Dr. Holger Altmeppen, Prof. Dr. Günter H. Roth

8., neubearbeitete Auflage 2015. Buch. XXV, 1445 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 67099 2

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

Gewicht: 1190 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Stammkapital; Geschäftsanteil

§ 5

Unternehmensbeteiligungen in allen denkbaren Rechtsformen, sofern sie übertragbar sind oder übertragbar gestellt werden (näher MüKoBGB/*Roth* § 413 Rn 8 ff), Patent- und Urheberrechte (BGHZ 29, 300), Gebrauchsmuster (OLG Köln GmbHR 1998, 42), auch Marken (§ 27 MarkenG), hingegen Firma und sonstige Geschäftsbezeichnungen, good will nur zusammen mit dem Unternehmen, s § 23 HGB, oder einem selbstständigen Betriebsteil (BGH NJW 2001, 67). Str ist das sog know-how (*Barz* FS W. Schmidt, 1959, S 157; *Ballerstedt* ZHR 127, 92, 97; *Ulmer* 1. Aufl Rn 69; BGH DB 1993, 323). Konzessionen etc, sofern sie übertragbar sind (*Wicke* Rn 11; *Roth* aaO Rn 13). Weitere Kasuistik bei Scholz/*Veil* Rn 49; MüKoGmbHG/*Schwandner* Rn 94 ff; s. auch *Werwigk* Kapitalaufbringung durch Immaterialgüterrechte, 2006.

Das **Unternehmen** insgesamt, mit oder ohne Firma, ist ein praktisch wichtiger und zulässiger, in IV S 2 ausdrücklich erwähnter Gegenstand einer Sacheinlage (RGZ 155, 211; BGHZ 45, 338; BGH DB 1992, 1972). Es gelten die allgemeinen Grundsätze über die Veräußerung des Unternehmens, auch § 25 HGB, s → § 4 Rn 42 (Einzelheiten bei *Ulmer/Casper* Rn 80–85; *Priester* BB 1980, 19). Ebenso einlagerfähig sind einzelne Betriebsstätten. Zur Einbringung in die Vorgesellschaft (§ 7 III!) und Fortführung durch diese s bei § 11. Häufig wird allerdings der Weg der Umwandlung vorteilhafter erscheinen; s zur Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens oder von Unternehmensteilen auf eine GmbH §§ 152 ff UmwG mit Gesamtrechtsnachfolge, wodurch die Notwendigkeit der Singularübertragungen entfällt und die Probleme der Einpersonen-Vorgesellschaft ausgeschaltet werden (s → § 11 Rn 75).

Anteile an anderen Gesellschaften werden ebenfalls als Sacheinlage eingebbracht (s OLG Celle WM 1988, 1375; OGH NZG 2000, 985); auf diese Weise ist Konzernbildung möglich. Zur Übertragung sämtlicher OHG/KG-Anteile auf die GmbH mit der Folge einer Gesamtrechtsnachfolge → § 2 Rn 3. Möglich ist auch in der GmbH & Co die Einbringung von Kommanditanteilen in die GmbH (Grenzen: KG ZIP 2005, 1639), die sich dann mit deren Komplementäranteil vereinigen, aber mit Einbringung des letzten Kommandanteils erlischt die KG (vgl KG ZIP 2007, 1505), wiederum Gesamtrechtsnachfolge der GmbH. Nicht sacheinlagefähig hingegen eigene Anteile der GmbH, etwa bei Kapitalerhöhung, weil damit der Gesellschaft kein neues Kapital zugeführt wird (BGH ZIP 2011, 2097 für AG; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn 19)

4. Festsetzung im Gesellschaftsvertrag (IV S 1). a) Rechtsnatur. Die für alle Fälle der Sachgründung erforderliche Festsetzung im Gesellschaftsvertrag ist eine echte Sacheinlagevereinbarung als Bestandteil der Beteiligungsgerklärung, wenn die Einlagepflicht von vornherein auf den betr Vermögensgegenstand bezogen wird (*Sacheinlage iS*; zur Dogmatik *Ulmer/Casper* Rn 37 mit Nachw.). Davon zu unterscheiden ist dann das *Verfügungsgeschäft*, das den allgemeinen Regeln unterliegt (zB §§ 873, 925, 932 BGB), dessen Erklärungen aber ebenfalls bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein können (s auch → § 2 Rn 26 f).

Demgegenüber handelt es sich bei der *Sachübernahme* um ein reguläres Veräußerungsgeschäft oö mit der *Anrechnungsklausel* als Vereinbarung einer Erfüllungsmodalität. Hierfür verlangt das Gesetz, dass stets zumindest die **Verrechnungsabrede** nebst dem in IV S 1 statuierten Mindestinhalt in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird. Der **schuldrechtliche Vertrag** als solcher (Kauf-, Werkvertrag etc) könnte demgegenüber entweder in den Rahmen des Gesellschaftsvertrags eingegliedert sein oder aber auch daneben, vorher, nachher abgeschlossen werden, mit den anderen Gründern, mit der Vorgesellschaft (→ Rn 30), oder nach Entstehen der GmbH mit dieser selbst. Allerdings stieß eine derartige Vereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags bislang auf Hindernisse: Vor Entstehen der GmbH war str., ob eine anrechenbare Vergütungspflicht der Gesellschaft überhaupt außerhalb des Gesell-

48

49

50

51

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

schaffsvertrags durch Geschäft mit der Vorgesellschaft begründet werden kann (abl Ulmer/Casper Rn 120, 124; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn 44 gegen die früher hM). Nach ihrer Entstehung – genauer: nach ihrer Anmeldung zum HR – wurde § 7 III (mit § 8 I Nr 4) als Sperre angesehen, → Rn 33. Jedoch geht nunmehr § 19 IV 2 nF von der Gültigkeit derartiger Vereinbarungen aus, s. → Rn 56 (so wohl auch Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 51).

- 52 **b) Inhalt.** Gegenstand der Einlage: Individualisierung genügend, aber auch erforderlich (BGH NZG 2000, 1226 = VIZ 2000, 745; KG NZG 1999, 1235). Vor allem bei Gattungssachen müssen die Angaben so genau sein, dass eine eindeutige Bewertung möglich ist. Hingegen ist die Bewertung als solche nebst Angabe der Bewertungsgrundlagen Inhalt des Gründungsberichts. Bei Unternehmen str, inwiefern Bilanz oder Inventarliste als Bestandteil von IV S 1, als Anlage, im Sachgründungsbericht oder als Unterlage iSv § 8 I zu fordern ist, s Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 45; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn 31; Ulmer/Casper Rn 149. Jedenfalls müssen die zugehörigen Aktiva und Passiva eindeutig festgelegt, aber deswegen nicht notwendigerweise einzeln aufgelistet sein (OLG Düsseldorf NJW 1993, 2123; WM 1996, 679 = NJW-RR 1996, 605).
- 53 **Betrag**, zu dem die Sacheinlage angesetzt wird: genauer Wertansatz in der maßgeblichen Währung. Soll eine Sacheinlage nur zum Teil auf den Geschäftsanteil in Ansatz gebracht und im Übrigen dem Gesellschafter anderweitig vergütet werden (sog. *gemischte Sacheinlage*), so sind beide Teilbeträge anzugeben (OLG Stuttgart GmbHR 1982, 109; einschr Ekkenga ZIP 2013, 541, 547). Sacheinlagerecht gilt für die gesamte Sachleistung jedenfalls dann, wenn sie unteilbar ist (BGH ZIP 2007, 178; Habersack FS Konzen, 2006, S 179; Ulmer/Casper Rn 129). Jedoch kann evtl auch eine definitive Wertermittlung zum Übernahmestichtag vorbehalten bleiben, wenn für eine etwaige Differenz eine Geldeinlagepflicht vorgesehen ist (MüKoGmbHG/Schwandner Rn 213; so für Einbringung eines Unternehmens OLG Zweibrücken GmbHR 1981, 214). Entsprechendes gilt umgekehrt bei gemischter Sacheinlage, wenn dem Einleger der überschließende Betrag anderweitig vergütet werden soll (vgl Priester GmbHR 1982, 112; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 20; aber auch OLG Düsseldorf WM 1996, 679 = NJW-RR 1996, 605). Man wird in diesen Fällen allerdings verlangen müssen, dass dann nach Einbringung der Sacheinlage (§ 7 III) der Sachgründungsbericht um die getroffene Betragsfestsetzung ergänzt, so zum Registergericht eingereicht (§ 8 I Nr 4) und diese Festsetzung in die Veröffentlichung (§ 10 III) aufgenommen wird.
- 54 **Geschäftsanteil mit Nennbetrag**, auf den die Sache eingebracht werden soll. Impliziert notwendigerweise auch Person des Gesellschafters (Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks 8/3908 S 69; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 217). Weitere Individualisierung des Geschäftsanteils, wenn der Gesellschafter mehr als einen Anteil mit gleichem Nennbetrag übernimmt.
- 54a Zur **Bewertung** insbesondere → § 9 Rn 3 ff. Demnach ist eine Unterbewertung oder vorsichtige Bewertung unschädlich; möglich auch, für bestimmte interne Zwecke abweichende Wertansätze festzulegen (Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn 35). Bilanzieller Ansatz bei Unterbewertung entweder mit dem vereinbarten Wert oder, bei offener Unterbewertung, des überschließenden Betrags wie Agio (Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 33). Eine Überbewertung ist, wenn nur unwesentlich, nun kein Eintragungshindernis mehr, § 9c I S 2, die Differenzhaftung nach § 9 bleibt davon aber unberührt (→ § 9 Rn 3a).
- 54b Zur **Belehrungspflicht** und Haftung von Anwälten und Notaren im Hinblick auf Inhalt und Erbringung der Einlagen vgl BGH NJW 1996, 524; 2000, 725; ZIP 2009, 1427.
- 55 **c) Rechtsfolgen. Bei fehlenden oder unzulänglichen Angaben** ist die Sacheinlage- bzw Anrechnungsvereinbarung, die den Zusammenhang zwischen der

Sachleistung und der Einlagepflicht herstellen soll, unwirksam (BGHZ 45, 338; BGH GmbHR 1978, 268; KG NZG 1999, 1235). Die Einlagepflicht, sofern sie trotzdem wirksam begründet wurde (dazu sogleich), besteht in Geld und kann folglich (und grds!) nur durch eine Geldzahlung (→ § 7 Rn 25) wirksam erfüllt werden. Die dennoch erbrachte Sachleistung wurde deshalb bisher nicht als Einlageleistung anerkannt, ungeachtet ihrer tatsächlichen Vollwertigkeit (vgl. Ulmer ZHR 154, 132 [1990]; Priester DB 1990, 1754; BGH GmbHR 1997, 545; NZG 2000, 1226 gegen OLG Jena NZG 1998, 955). Das galt so jedenfalls und uneingeschränkt nach altem Recht. Die Neuregelung der verdeckten Sacheinlage in § 19 IV hat die Rechtsfolgen jedoch abgemildert, so dass nunmehr wie folgt zu unterscheiden ist.

(1) Im **Eintragungsverfahren** ist die Einlage als Geldeinlage zu behandeln. Demgemäß gelten insoweit auch die Erfordernisse der §§ 7 II, 8 II hinsichtlich der vor Anmeldung zu leistenden Einzahlungen, und wenn diese nicht in Geld ordnungsgemäß geleistet sind, ist das ein Eintragungshindernis (→ § 9c Rn 3). Daselbe gilt uE, wenn ersichtlich ist, dass nach dem Willen der Gründer im Übrigen auf die Einlageschuld eine Sachleistung erbracht oder angerechnet werden soll (→ § 19 Rn 85).

(2) Wirksam erfüllt werden kann die (restliche) Geldeinlageschuld **nach der Eintragung** auch im Wege einer verdeckten Sacheinlage iSv § 19 IV, so dass der Einlageschuldner dann nur noch eine allenfalls verbleibende Wertunterdeckung auszugleichen hat. Aber Sanktionsdrohung: → Rn 69.

(3) Wenn der Einlageschuldner zwecks Erfüllung seiner nach der Eintragung noch offenen Geldeinlageschuld unmittelbar die Sachleistung erbringt und diese von der GmbH **als Erfüllung** entgegengenommen wird (Leistung an Erfüllungs statt, § 364 I BGB), so konnte das nach dem alten § 19 V (1. Alt.) eindeutig keine Erfüllung bewirken. Unter den Wortlaut des neuen § 19 IV 1 fällt diese Vorgangsweise allerdings, genaugenommen, nicht; denn die Vorschrift spricht von einer Leistung pro forma als Geldeinlage, die sich als verdeckte Sacheinlage darstellt, während es sich hier um die offene Sachleistung auf die Geldschuld handelt. Insofern deckt der neue § 19 IV die Tatbestände des alten § 19 V nicht vollständig ab, sondern hinterlässt eine Regelungslücke. Nach der Interessenlage beurteilt, dürfte aber der Versuch, eine Sachleistung unverschleiern an Erfüllungs Statt einzubringen, hinsichtlich der Anrechnungs- und damit Erfüllungswirkung nicht schlechter gestellt werden als eine verdeckte Sacheinlage, so dass es auch hier bei der Haftung auf die Differenz gemäß § 19 IV S 2-4 bleibt (→ § 19 Rn 45; Wicke Rn 15 aE; MükoGmbHG/Schwandner Rn 240). Dasselbe gilt bei Festsetzungen der Sacheinlage, die iSv IV unzureichend sind (vgl. Ulmer/Casper § 19 Rn 46).

(4) Dasselbe gilt, wenn die Parteien bei einem Sachübernahmegeschäft später, aber ohne vorherige Absprache iSv § 19 IV, die wechselseitigen Zahlungsansprüche gegeneinander **aufrechnen** (→ § 19 Rn 34).

Allerdings steht nun auch die **Gültigkeit der Kausalverhältnisse** in zweifacher Richtung in Zweifel: Die Unwirksamkeit der Sacheinlagevereinbarung oder Anrechnungsabrede kann einerseits auf die Beitrittsklausur im Gesellschaftsvertrag, andererseits bei der Sachübernahme iSv → Rn 29 auf deren Kausalgeschäft zurückwirken, und dies wurde im bisherigen Schrifttum uneinheitlich beurteilt (s. zum ersten noch Scholz/Veil Rn 94). Ebenso war bei tatsächlicher Erbringung einer Sachleistung die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts gemäß der jüngeren Rspr zur verdeckten Sacheinlage (BGH ZIP 2003, 1540) zu bezweifeln. Auch insoweit sind nun wieder aus der expliziten Regel des § 19 IV 2 die verallgemeinernden Konsequenzen zu ziehen (ebenso Wicke Rn 15; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 51; s. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn 39; Stiller/Redeker ZIP 2010, 865, 868; Ulmer/Casper Rn 162 und § 19 Rn 162; aA Maul NZG 2014, 251). Der Verstoß gegen § 5 IV 1 macht die Sachübernahme weder als Verpflichtungs- noch als Verfügungsgeschäft unwirksam.

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

- 57 Darüber hinaus kommt aber auch in **§ 19 IV 1 mit 3** die verallgemeinerungsfähige Bewertung zum Ausdruck, dass die Einlageverpflichtung nicht nur durch die Sachleistung nicht erfüllt wird, sondern dass sie ungeachtet der von den Parteien verfolgten Absichten als Geldeinlageschuld fortbesteht. Das gilt im Rahmen von § 19 IV unabhängig davon, ob die Beteiligten § 5 IV umgehen wollten oder unabsichtlich übersahen. Dann braucht nichts anderes zu gelten, wenn den Anforderungen des § 5 IV, aus welchen Gründen auch immer, inhaltlich nicht entsprochen wurde. Daraus folgt indessen nicht schon, dass der Einlageschuldner bereits *vor der Eintragung* dem Mitgesellschaftern gegenüber zur Leistung einer Geldeinlage, insbes der Mindesteinzahlungen nach § 7 II, anstatt einer beabsichtigten Sachleistung verpflichtet ist. Vielmehr wird er eine gültige Anpassung der Gesellschaftsvertrags an das eigentlich Gewollte und an die Erfordernisse des IV verlangen, äußerstensfalls sich aus der vertraglichen Bindung lösen – sofern nicht die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft entgegenstehen (→ § 2 Rn 44; Ulmer/Casper Rn 161 f) – und damit ggf auch die Geschäftsgrundlage für das Sachübernahmegeschäft beseitigen können.
- 58 Bei Überbewertung gilt § 9; vor Eintragung kann der Vertrag uE nach den Grundsätzen über den beiderseitigen Bewertungssrratum (MüKoBGB/Finkenauer § 313 Rn 275) anzupassen oder aufzulösen sein, hingegen kein Nichtigkeitsgrund (letzteres hM).
- 58a Beibehaltung der Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag auch bei späteren Satzungsänderungen wird ohne eigene gesetzliche Grundlage in Analogie zu § 27 V AktG verlangt, und zwar in Anlehnung an die Verjährungsfrist des § 9 II früher gemeinhin auf die Dauer von 5 Jahren, seit dessen Reform zunehmend von 10 Jahren (Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 49; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 220; Ulmer/Casper Rn 139; für 5 Jahre noch Scholz/Veil Rn 86; s ferner HK-GmbHG/Pfisterer Rn 45).
- 59 **5. Der Sachgründungsbericht (IV S 2).** Der Sachgründungsbericht muss eine Beurteilung der Bewertung ermöglichen; zu den zusätzlichen Unterlagen, die bei der Anmeldung vorzulegen sind, s § 8 I Nr 5. Der Bericht ist nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrags und bedarf nur der einfachen Schriftform (MüKoGmbHG/Schwandner Rn 247). Die Anwendung von § 126 I BGB erscheint sinnvoll, auch wenn das Erfordernis sich, anders als nach § 32 AktG, nur mittelbar aus § 8 I ergibt. Maßgeblich ist, wer Gründer im Zeitpunkt der Anmeldung ist (vgl Ulmer/Casper § 8 Rn 13). Die Unterschriften müssen nach hM höchstpersönlich geleistet werden, Stellvertretung ausgeschlossen (Schmidt-Leithoff aaO Rn 63). Gesellschafterbeitritt nach Anmeldung: In der Konsequenz der hier vertretenen Auffassung (→ § 8 Rn 4: Nachmeldung) muss dann auch der Gründungsbericht neu an- bzw ausgefertigt werden (aA die hM, zB Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 54; Ulmer/Casper aaO: nur bei Beitritt mit Sacheinlage). Der Bericht ist mit der Anmeldung zum Handelsregister einzureichen (§ 8 I Nr 4), zusammen mit der Dokumentation gemäß § 8 I Nr. 5, und zwar in elektronischer Form.
- 60 **Inhalt:** Das Gesetz stellt präzise Erfordernisse nur für die Einbringung eines Unternehmens auf, doch dürften auch die Nr 1 und 2 von § 32 II AktG grundsätzlich sinngemäß heranzuziehen sein (MüKoGmbHG/Schwandner Rn 248; Orientierungshilfe). Der Begriff „Jahresergebnis“ ist iSv § 29 zu verstehen.

§ 32 II AktG:

¹Im Gründungsbericht sind die wesentlichen Umstände darzulegen, von denen die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen oder Sachübernahmen abhängt.

²Dabei sind anzugeben

1. die vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezieilt haben;
2. die Anschaffungs- und Herstellungskosten aus den letzten beiden Jahren;

Stammkapital; Geschäftsanteil

§ 5

3. beim Übergang eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Betriebserträge aus den letzten beiden Geschäftsjahren.

Rechtsfolgen: Fehlender Bericht oder inhaltliche bzw formale Mängel stellen Eintragungshindernis dar; nach trotzdem erfolgter Eintragung unschädlich (Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 56; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 242; OLG Naumburg GmbHHR 1998, 385). Also nicht wie → Rn 55; allenfalls §§ 9a, 82 I Nr 2.

6. Nachträgliche Vereinbarungen. Unschädlich und möglich sind die nachträgliche Umwandlung einer Sach- in eine Geldeinlage und die Herabsetzung ihres Wertansatzes, so wie dies ja auch von Rechts wegen eintreten kann, s → Rn 57 und sogleich. Allerdings dürfte § 53 III wegen § 24 anwendbar sein. (aA MüKoGmbHG/Schwandner Rn 264; Scholz/Veil Rn 109 mit weiteren Einzelheiten zu dieser Umänderungsvariante. Zur Sacheinlage als Wahlschuld ebd → Rn 110 und Ulmer/Casper Rn 46, ferner → § 19 Rn 44.) Im Übrigen ist die vollständige Umwandlung ab Anmeldung von geringem praktischen Interesse, weil dann die Sacheinlage gem § 7 III bereits geleistet sein müste.

Hingegen konnte gemäß bislang hM eine Geldeinlage nach Entstehung der GmbH (vorher: s → § 2 Rn 27) nicht im Wege der Satzungsänderung in eine Sacheinlage umgewandelt, ebenso wenig der Gegenstand der Sacheinlage geändert, ihre Bewertung erhöht werden. Es blieb allenfalls der Weg einer Herabsetzung und anschließenden Erhöhung des Stammkapitals (OLG Braunschweig OLGZ 32, 140; BayObLG GmbHHR 1978, 132).

Stellungnahme: Als Folge der verschärften Rspr zur verdeckten Sacheinlage ergab sich das Bedürfnis nach einer Heilungsmöglichkeit, dem auch der BGH Rechnung trug (s → § 19 Rn 90 ff). Demnach können die Gesellschafter durch Satzungsänderung die Geldeinlage im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umwandeln. Das OLG Stuttgart (ZIP 1996, 277) hat das auch für Zweifels- und Grenzfälle der verdeckten Sacheinlage zugelassen. Dann muss diese Möglichkeit aber auch eröffnet sein, ohne dass die Gesellschafter vorher eine verdeckte Sacheinlage einzubringen versucht haben (Scholz/Veil Rn 106; Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 53; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 256; aA konsequenterweise Heidinger/Knaier GmbHHR 2015, 1, 6). Allerdings sind alle Kautelen einer Sachgründung (bzw Sachkapitalerhöhung) einzuhalten (KG NZG 2005, 183), wozu bei nachträglichen Änderungen in Bezug auf die Gründungseinlagen uE auch die Einstimmigkeit der Gesellschafter gehört (satzungsändernde Mehrheit also nicht genügt, str, s → § 19 Rn 94), wobei allerdings die Zustimmung kraft Treuepflicht geboten sein kann.

7. Rechtliche Behandlung im Übrigen. Es gelten zwar grundsätzlich die Regeln des BGB, aber doch mit der Einschränkung, dass teilweise die Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags auf die Sacheinlagevereinbarung durchschlagen. Im Einzelnen:

Bei **Willensmängeln** gelten die §§ 116 ff BGB uneingeschränkt, wenn es sich um ein selbstständiges Veräußerungsgeschäft handelt (s → Rn 51). Die Verrechnungsabrede aus dem Gesellschaftsvertrag geht dann ins Leere, die Einlagenschuld bleibt als Geldschuld bestehen (Scholz/Veil Rn 79). Ansonsten, also insbesondere bei der Sacheinlage ieS, kommt es darauf an, ob nach dem Parteiwillen die Beteiligung als solche (dann mit Geldeinlage!) unabhängig von der Sachleistung Bestand haben kann. Wenn nicht, gelten die Regeln über die rechtliche Behandlung der fehlerhaften Beteiligungserklärung, s → § 2 Rn 38 ff, was bedeutet, dass nach der Eintragung der Willensmangel die Geldeinlagenschuld wiederum unberührt lässt (vgl auch Scholz/Veil Rn 77, 94; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 160; für Aufrechterhaltung der Sacheinlagenschuld hier Ulmer/Casper Rn 112; zu den §§ 117, 139 BGB s auch BGH NZG 2001, 27 = ZIP 2000, 2021).

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

- 67 Das Recht der **Leistungsstörungen** und der **Mängelgewährleistung** wurde nach früher hM neben der gesellschaftsrechtlichen Haftung für die Einlage iW uneingeschränkt angewandt (Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 39; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt aaO Rn 41; BGHZ 45, 338; vgl auch noch Ulmer/Casper Rn 117). Das neuere Schrifttum geht zunehmend von einem Vorrang der letzteren aus, wonach es für den Inferenten iW bei der verschuldensunabhängigen Geldeinlageschuld auf den Nenn- bzw. Differenzbetrag bleibt (Scholz/Veil Rn 70; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn 30). Teilweise werden dann allerdings daneben bestimmte Leistungsansprüche nach BGB dennoch zugelassen (Veil aaO), teilweise wird zwischen Sacheinlage ieS und Sachübernahme ein Unterschied gemacht (MüKoGmbHG/Schwandner Rn 179, 203; vgl Ulmer/Casper Rn 126). Richtig ist, dass die Verpflichtung auf die Einlage von anderer rechtlicher Qualität ist als die Erfüllungspflicht aus Kauf- und anderen Austauschverträgen; aber das muss einer analogen Anwendung kaufrechtlicher Vorschriften noch nicht entgegenstehen (Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff aaO; Ulmer/Casper Rn 117). Im Ergebnis scheint allerdings in den zwei zentralen Punkten Einigkeit zu bestehen: Vorschriften des BGB dürfen sich nicht zu Lasten der Sicherung der Kapitalaufbringung der GmbH auswirken, der Gesellschafter ist daher, soweit er infolge der Leistungsstörung oder des Mangels von der Sachleistung frei oder deren Wertansatz gemindert wird, jedenfalls zur vollen Geldeinlage verpflichtet; und soweit nach BGB Schadensersatz geschuldet wird, billigt die neuere Meinung wohl ebenfalls der Gesellschaft (BGH ZIP 2003, 30) Schadensersatz auch über den Einlagebetrag hinaus zu (zur Haftung für „negativen Wert“ einer Sacheinlage, zB überschuldetes Unternehmen, Altlasten eines Grundstückes → § 9 Rn 6). Es ist also stets zu beachten, dass die Haftung auf die Wertdifferenz (§ 9) von der Beurteilung der Sachleistungspflicht nach BGB unberührt bleibt, und dann erscheint es beispielsweise auch unbedenklich, die Gewährleistungsrechte im Übrigen von den §§ 377 HGB, 438 BGB abhängig zu machen (Baumbach/Hueck/Fastrich § 9 Rn 11). Nicht möglich ist ein Ausgleich des Minderwerts in der Weise, dass die Beteiligung des Inferenten im entsprechenden Ausmaß gekürzt und anteilig an die GmbH übertragen wird, weil dadurch die Kapitalaufbringung unterlaufen würde (vgl auch Heer ZIP 2012, 2325 zu BGH ZIP 2012, 73 betr die AG). Macht die Gesellschaft allerdings erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend und wird dadurch der Minderwert (auch noch nachträglich) ausgeglichen, so muss dies bei der Differenzhaftung berücksichtigt werden können (Ulmer/Casper aaO; → § 9 Rn 3b).

- 68 **8. Verdeckte Sacheinlage.** Wenn die Gründer den Anforderungen des IV nicht entsprechen, namentlich sich die Publizität und Bewertungskontrolle des Sacheinlagesrechts ersparen, aber dennoch im Ergebnis Sachwerte statt Geldeinlagen einbringen wollen, so bieten sich naheliegende Umgehungsstrategien an. Die Gesellschafter vereinbaren eine Geldeinlage, verbinden dies aber in einer Weise mit anderen Geschäften, dass es im Ergebnis wertungsmäßig einer Sacheinlage gleich- oder nahe kommt oder – umgekehrt betrachtet – dasselbe Ergebnis auch im Wege einer Sacheinlage herstellbar gewesen wäre. Bspw schließt der Gesellschafter zur Einbringung der Sache ein eigenes Austauschgeschäft (Kauf) mit der GmbH, und es wird von vornherein die Anrechnung des Vergütungsanspruchs auf die Einlageschuld vorgesehen oder ein weniger unmittelbarer Zusammenhang durch „Hin- und Herzahlen“ hergestellt, indem also der Gesellschafter zunächst seine Bareinlage einzahlt und die GmbH sodann diese Mittel zur Erfüllung seiner Gegenforderung verwendet oder – bei Kapitalerhöhungen – auch in der umgekehrten Reihenfolge, dass der Gesellschafter aus dem von der GmbH erhaltenen – evtl vorfinanzierten – Zahlungsbetrag seine Einlageschuld begleicht (Beispiele: BGHZ 125, 141 = ZIP 1994, 701; BGH NJW 1998, 1951; OLG Köln WM 1995, 488; ZIP 1999, 399; OLG Karlsruhe GmbHR 1992, 113; OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1253). Doch dann treten die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage (vS) ein. In dieser Hinsicht hatte sich

die deutsche Rspr unter Führung des II. Zivilsenates des BGH sehr weit vorgewagt und eine Rechtsentwicklung vollzogen, die nicht nur im benachbarten Ausland ohne Parallel war (krit *Meilicke* DB 1989, 1067; vgl auch *Roth* ZIP 1999, 861, 863), sondern bei der auch (im Aktienrecht) die Vereinbarkeit mit europäischem Einheitsrecht in Zweifel gezogen werden musste (s Vorlagebeschluss des LG Hannover ZIP 1991, 369 – erledigt mit EuGH ZIP 1992, 1076 [hierzu *Ebenroth/Neiß* BB 1992, 2085] – einerseits, BGHZ 110, 47, BGH ZIP 2007 aktuell Nr 2 andererseits).

Der durchaus nachvollziehbare gedankliche Ansatz war dabei, dass eine **Umgehung des § 5 IV** nicht folgenlos bleiben sollte, damit nicht zu dessen Missachtung geradezu eingeladen würde, das Problem aber, dass diese Rechtsentwicklung in ihren Sanktionen über das Ziel hinausschoss, sich in bedenklicher und unnötiger Weise vom Gesetz löste und vor allem zusammen mit den Umgehungsvarianten auch Fälle erfasste, in denen die Gesellschafter in aller Arglosigkeit den Sachzusammenhang zwischen der Einlageschuld und dem zweiten Geschäft, beispielsweise der Auszahlung von Gewinnanteilen, nicht erkannten. Das Schrifttum schloss sich dem dennoch und zunächst kritiklos an, so dass der BGH in seiner den weitesten Pendelausschlag markierenden Entscheidung BGHZ 113, 335 nur noch diesen Kommentar in der 2. Aufl. als Gegenmeinung zu zitieren brauchte (hierzu abl *Roth* NJW 1991, 1913). In der Folge erfuhren die Unzuträglichkeiten dieser Entwicklung allmählich immer breiteren Widerspruch, so dass die Begr zum Reformentwurf 2007 sich auf „eine zunehmende Kritik in Praxis und Wissenschaft an den derzeit geltenden drastischen Rechtsfolgen“ berufen konnte. Die stark abgeschwächten Rechtsfolgen sind nun in **§ 19 IV** festgeschrieben, die Auswüchse von Rspr und Schrifttum damit korrigiert (dazu *Roth* FS Hüffer, 2009, S. 853), und bezeichnend für die Dringlichkeit des Reformbedarfs ist die Übergangsregelung, der zufolge die neue Rechtslage auch in Altfällen und anhängigen Verfahren darüber vom Inkrafttreten des MoMiG an gilt (§ 3 IV EGGmbHG). In der Quintessenz heisst dies, dass die Verschleierung der Scheinlage weiterhin verboten bleibt und die Sanktion von Verstößen gegen die Gründungsvorschriften bis hin zu den strafrechtlichen Sanktionen des § 82 auslösen kann, dass aber nach erfolgter Eintragung dem Einlageschuldner der Wert des Vermögenszuflusses an die GmbH auf seine Geldeinlageschuld gutgeschrieben wird.

Für den **Gesellschaftsvertrag** ergibt sich aus § 19 IV Folgendes: Wenn der Vertragsinhalt die Tatbestandsmerkmale, die nach § 19 IV S1 für eine vS konstitutiv sind, erkennen ließe, müsste die Eintragung wegen Missachtung von § 5 IV abgelehnt werden. Daraus folgt auch, dass die Abrede iSv § 19 IV S1 nicht im Gesellschaftsvertrag selbst getroffen wird oder in Erscheinung tritt. Um die Eintragungsvooraussetzungen herbeizuführen, muss der Geschäftsführer weiter versichern, dass auf die im Vertrag festgesetzte Geldeinlage die **Mindesteinzahlungen** ordnungsgemäß erbracht wurden (§§ 7 II, 8 II). Ob der Einlageschuldner vor Anmeldung diese Geldzahlungen verweigern und ggf. eine Vertragsänderung entspr IV verlangen kann, hängt davon ab, von welchen Vorstellungen und möglichen Rechtsirrtümern die Gründer bei ihrem ursprünglichen Vorgangsweise geleitet waren (vgl → Rn 57). Wenn die GmbH eingetragen wird, und uE auch schon, wenn der Einlageschuldner die erwähnten Geldzahlungen auf seine Einlage leistet, bestimmen die weiteren Ansprüche sich ausschließlich nach § 19 IV und dem Sachübernahmegeschäft, sofern dieses ebenfalls wirksam abgeschlossen wird.

V. Sondervorteile, Gründungsaufwand

Das in § 26 *AktG* verankerte Erfordernis, dass Sondervorteile für einzelne Gesellschafter und der Gründungsaufwand, sofern von der Gesellschaft zu tragen (OLG Frankfurt ZIP 2010, 1238; *Wachter* NZG 2010, 734), im **Gesellschaftsvertrag**

§ 5

Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

festgesetzt sein müssen, um der Gesellschaft gegenüber zu wirken, erachtete der Rechtsausschuss für „geltendes ungeschriebenes Recht“ und nahm daher davon Abstand, die im Entwurf 1977 vorgesehene ausdrückliche Regelung zu übernehmen (BT-Drucks 8/3908 S 70). Man kann mithin davon ausgehen, dass die damals vorgeschlagene Regelung (§ 5a), die – mit gewissen Abweichungen in Abs V – praktisch wörtlich § 26 AktG entsprach, in ihren Kernaussagen (I–III S 1) auch ohne gesetzliche Verankerung im GmbH-Recht gilt. Vgl auch §§ 9a I, 82 I Nr 1, die weiterhin von einer solchen Festsetzung des Gründungsaufwands ausgehen (ferner Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 57; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 271, 280; BGHZ 107, 1; BayObLG AG 1989, 132; OLG Düsseldorf GmbHHR 1991, 20). Hingegen wird man eine nachträgliche einstimmige Satzungsänderung abweichend von § 26 III S 2 AktG zulassen können (ebenso Ulmer/Casper Rn 203 für Sondervorteile, anders → Rn 208 für Gründungsaufwand; aA die hM, Baumbach/Hueck/Fastrich Rn 57; Michalski/Zeidler Rn 202). Die Sperrfrist des § 26 IV AktG bejaht OLG München ZIP 2010, 2096, und zwar auch für die UG mit Musterprotokoll.

§ 5a sollte lauten:

(1) *Jeder einem einzelnen Gesellschafter eingeräumte besondere Vorteil muß im Gesellschaftsvertrag unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden.*

(2) *Der Gesamtaufwand, der zu Lasten der Gesellschaft an Gesellschafter oder andere Personen als Entschädigung oder als Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird, ist im Gesellschaftsvertrag gesondert festzusetzen.*

(3) *Ohne diese Festsetzung sind die Verträge und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Nach der Eintragung der Gesellschaft in das HR kann die Unwirksamkeit nicht durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags geheilt werden.*

(4) *Die Festsetzungen können erst geändert werden, wenn die Gesellschaft fünf Jahre im HR eingetragen ist.*

(5) *Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über die Festsetzungen können durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erst beseitigt werden, wenn die Rechtsverhältnisse, die den Festsetzungen zugrunde liegen, seit mindestens fünf Jahren abgewickelt sind.*

72 Der **Gründungsaufwand** muss also auch betragsmäßig (OLG Zweibrücken GmbHHR 2014, 427 = ZIP 2014, 623) näher definiert sein, eine allgemeine Vereinbarung der Übernahme von Gründungskosten genügt nicht (BGH und OLG Düsseldorf aaO; weitergehend KG ZIP 2012, 1123). Zum Gründungsaufwand gehören die notwendigen Kosten der Gründung (Gebühren, Steuern), Entgelte für beigezogene Dritte (Anwälte, Wirtschaftsprüfer, Berater), ferner Vergütungen an Gesellschafter für ihre Leistungen im Zuge der Gründung (vgl Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn 68 ff; MüKoGmbHG/Schwandner Rn 273). Die letzteren bezeichnet man auch als Gründerlohn, er gehört iW zu den Gründer- oder Sondervorteilen, die einzelne Gründer bzw Gesellschafter sich einräumen lassen, und zwar auch ohne dass spezielle Leistungen abzugelten wären. Teilweise werden auch die Aufwendungen für ein in der Gründungsphase bereits betriebenes oder in Gang zu setzendes Unternehmen zum Gründungsaufwand gerechnet. Die Gründervorteile müssen im Einzelnen spezifiziert werden (§ 26 I AktG); dasselbe Erfordernis wird aber auch für den sonstigen Gründungsaufwand (über § 26 II AktG hinaus) aus § 9a I abgeleitet (Lutter/Hommelhoff/Bayer § 3 Rn 64).

73 Über das Erfordernis der gesellschaftsvertraglichen Festsetzung hinaus ist zu beachten: Sie vermag nicht das zweite hier einschlägige Postulat der **Kapitalerhaltung** außer Kraft zu setzen (§ 30). Im Hinblick darauf differenziert man innerhalb des