

## Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Bearbeitet von

Dr. Adolf Baumbach, Prof. Dr. Dr. h.c. Alfred Hueck, Prof. Dr. Michael Beurskens, Prof. Dr. Lorenz Fastrich,  
Ulrich Haas, Prof. Dr. Ulrich Noack

21. Auflage 2017. Buch. XXXIII, 2230 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69106 5

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

Gewicht: 1228 g

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

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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.

HGB).<sup>25</sup> – **Unterpariemission**, also Abschlag vom Nennbetrag des oder der GAnteils/GAnteile (Disagio) ist unzulässig,<sup>26</sup> 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 und 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 Rechtsfolgen des nachträglichen Auseinanderfallens von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der GAnteile → Rn. 10.

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 Amtslöschungsverfahren gem. § 397 FamFG (Einzelheiten → § 75 Rn. 17 ff., → Anh. § 77 Rn. 24 ff.). Hält man § 76 für abschließend, ist Mangel nicht heilbar.<sup>27</sup> Neuere Ansicht kritisiert zu Recht fehlenden Sachgrund und hält Erfordernis einer Neugründung für unangemessen<sup>28</sup> (→ § 76 Rn. 3). – Im Übrigen, also bei Nichtigkeit der Bestimmungen über Stammkapital oder GAnteile bzw. bei Fehlen der Letzteren ist nur das Amtsaufhebungsverfahren 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 Beitrittserklärung entwickelten Gesichtspunkte (→ § 2 Rn. 44) entspr. herangezogen werden.<sup>29</sup> Möglich ist neben Kapitalherabsetzung Aufstockung der bisherigen oder Ausgabe neuer GAnteile.<sup>30</sup>

#### V. Sacheinlagen, Abs. 4

**Lit.:** *Boehme*, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999; *Boehme*, Sacheinlagefähigkeit von Lizenzen, GmbHR 2000, 841; *Bongen/Renauld*, Sachübernahmen, GmbHR 1992, 100; *Bork*, Die Einlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte, ZHR 154 (1990), 205; *Ekkenge*, 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 Lizenzen 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 Unternehmensteils in der Kapitalgesell-

<sup>25</sup> MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 50.

<sup>26</sup> BGHZ 68, 195, unstr.; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 49.

<sup>27</sup> So hM, Voraufgabe Rn. 13; MüKoGmbHG/Hillmann § 76 Rn. 2; Michalski/Zeidler Rn. 23; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann § 76 Rn. 1.

<sup>28</sup> Michalski/Rühlend § 76 Rn. 3; UHL/Paura § 75 Rn. 4; Scholz/Schmidt § 76 Rn. 5; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 76 Rn. 5; Roth/Altmeppen/Altmeppen § 76 Rn. 3; Henssler/Strohn/Büteröwe § 76 Rn. 1.

<sup>29</sup> Auch UHL/Ulmer/Casper Rn. 23; Michalski/Zeidler Rn. 39; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 23.

<sup>30</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 24; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 55; Michalski/Zeidler Rn. 39.

### § 5

#### Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

schaft, 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; Sosnitzer, Die Einlagefähigkeit von Domain-Namen bei der Gesellschaftsgründung, GmbHR 2002, 821.

#### 14 1. Allgemeines, Begriffe und Abgrenzung. a) Bar- und Sachgründung.

Den Gftrn 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 ausdrücklich im GesVertrag festgesetzt sein (Abs. 4; → Rn. 43 ff.), bei Kapitalerhöhung entspr. im Erhöhungsbeschluss (§ 56, → § 56 Rn. 2, 9). Andernfalls sind Einlagen notwendig in Geld zu leisten; insoweit hat Bargründung Vorrang. – Sacheinlage bei UG (haftungsbeschränkt) nach § 5a II 2 ausgeschlossen.

#### 15 Bei Sacheinlagen besteht erhöhte Gefahr unseriöser Gründungen durch Einbringen mangelhafter oder wertloser Gegenstände. Überbewertung von Sacheinlagen 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 RegGericht sowie Verhinderung von Überbewertungen und ggf. Ausgleich durch Geldeinlagen.

#### 16 b) Sacheinlage, Sachübernahme. Abs. 4 verwendet nur den Begriff Sacheinlage, ohne ihn näher zu definieren. Vorschrift umfasst **Sacheinlage 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 GesGläubiger erfordert. Abs. 4 idF vor der GmbH-Novelle 1980 hatte beide Fälle ausdrücklich 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.<sup>31</sup> **Sacheinlage iSv Abs. 4 umfasst daher beide Formen**, also neben Sacheinlagen iES auch Sachübernahmen der bezeichneten Art.<sup>32</sup> Daran ist trotz der Aufhebung des § 19 V aF, der dies klarstellte, durch MoMiG festzuhalten, da GesGeb. insoweit keine Änderung beabsichtigte. Die anderen Vorschriften für Sachgründungen (→ Rn. 15) verwenden denselben weiten Begriff der Sacheinlage und gelten dementspr. eben-

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

<sup>32</sup> AllgM, UHL/Ulmer/Casper Rn. 35, 119 ff.; Scholz/Veil Rn. 31; Scholz/Priester § 56 Rn. 5; Michalski/Zeidler Rn. 53; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 38; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 18; Roth/Altmeyers/Roth Rn. 29.

falls für Sachübernahmen mit Anrechnungsabrede.<sup>33</sup> Zur **Mischeinlage** und **gemischten Sacheinlage** → 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 Sacheinlagen** zu werten sind (→ Rn. 18 f., → § 19 Rn. 45), grds. nur den allg. Einschränkungen des § 30, bedürfen insbes. nicht der Aufnahme in die Satzung.<sup>34</sup> – 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, 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 vereinbaren<sup>35</sup> (→ § 3 Rn. 56 f.).

d) **Rechtsfolgen des Fehlens der Festsetzungen, Umgehungsfälle, verdeckte Sacheinlage.** Fehlen entspr. Festsetzungen nach Abs. 4 I, 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 ausdrücklich 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 nicht rückabgewickelt werden; vielmehr wird entspr. § 19 IV wie bei verdeckter Sacheinlage der Wert der Sachleistung auf den fortbestehenden Bareinlageanspruch angerechnet.<sup>36</sup>

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 schuldbeitfreiende 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 entsprechend 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

<sup>33</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 112; Scholz/Veil Rn. 31; Scholz/Veil § 7 Rn. 21, 41; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 29.

<sup>34</sup> BGHZ 28, 314 (318 f.) = NJW 1959, 383 (384); UHL/Ulmer/Casper Rn. 120; Scholz/Veil Rn. 80; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 30 f.; – abw. Wohlschlegel DB 1995, 2053.

<sup>35</sup> BGH BB 1969, 1410.

<sup>36</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 162; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 238; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 32; Wicke Rn. 15; Habersack GWR 2010, 107; Scholz/Veil Rn. 140.

### § 5

#### Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

IV 2), die entspr. ganz oder teilweise 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. Dennoch idR einheitliches Rechtsgeschäft, für das als Ganzes Abs. 4 und das übrige Sachgründungsrecht gilt.<sup>37</sup> Als Folge ist auch bei Beurteilung der Werthaltigkeit nach § 9 I, entspr. bei Prüfung durch RegGericht nach § 9c I 2 gemischte Sacheinlage als Ganzes zu berücksichtigen<sup>38</sup> (→ § 9 Rn. 7). Außer dem Betrag der Anrechnung auf die Einlagepflicht ist, falls darüber hinaus fester Betrag für Vergütung vereinbart wird, auch dieser im GesVertrag anzugeben.<sup>39</sup> Möglich und ausreichend aber auch Vereinbarung, dass später (objektiv) festzustellende Wertdifferenz dem Gftr vergütet wird.<sup>40</sup> Letzteres wichtig für Einlagegegenstände mit schwankendem Wert, insbes. für Einbringung eines Unternehmens (→ Rn. 30 f.). Bestehen und Art des Vergütungsanspruchs sollten ausdrücklich geregelt werden, doch genügt auch Ermittlung durch Auslegung.<sup>41</sup> – Höherer Wert einer Sachleistung muss nicht immer Vergütungsanspruch auslösen, vielmehr kann auch Unterbewertung einer Sacheinlage als Form der Überpariemission gewollt sein. – Von der gemischten Sacheinlage zu unterscheiden ist die **Verbindung von Sach- und Geldeinlage, Mischeinlage** (Sprachgebrauch wechselnd; Bezeichnung als gemischte Einlage missverständlich). Auch sie bildet rechtsgeschäftlich eine Einheit und bedarf nach Abs. 4 der Aufnahme in den GesVertrag.<sup>42</sup> Zur Mindesteinlage → § 7 Rn. 5.

- 21 **2. Einzelheiten der Sacheinlage.** Begriff → Rn. 16; – im Folgenden primär Sacheinlage ieS, Besonderheiten der Sachübernahme → Rn. 40 ff.

<sup>37</sup> RGZ 159, 326 f.; OLG Stuttgart GmbHR 1982, 109; auch OLG Zweibrücken GmbHR 1981, 214; für AG BGHZ 170, 47 Rn. 17 = NJW 2007, 765; auch BGHZ 173, 145 Rn. 15 = NJW 2007, 3425 – Lurgi; BGH NJW 2008, 425 Rn. 14 – Rheinmöve; UHL/Ulmer/Casper Rn. 129 ff.; Scholz/Veil Rn. 82; Michalski/Zeidler Rn. 57; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 46 f.; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 53; Habersack FS Konzen, 2006, 179 (181); Habersack ZGR 2008, 48 ff. (zur AG); Fleck, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, RWS-Skript, 2. Aufl. 1982, 15.

<sup>38</sup> BGHZ 170, 47 = NJW 2007, 765; BGHZ 173, 145 = NJW 2007, 3425 – Lurgi; UHL/Ulmer/Habersack § 9 Rn. 11; Scholz/Veil § 9 Rn. 10.

<sup>39</sup> OLG Stuttgart GmbHR 1981, 109, allgM.

<sup>40</sup> RGZ 159, 327; BayObLG DB 1979, 1075; OLG Zweibrücken GmbHR 1981, 214; LG München I GmbHR 2004, 1223; vgl. auch BGHZ 45, 338 (342); hM, UHL/Ulmer/Casper Rn. 121; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 213; Scholz/Veil Rn. 83; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 53; Michalski/Zeidler Rn. 58; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 213; – abw. Günthner NJW 1975, 526; stets fester Wert; OLG Stuttgart GmbHR 1982, 109; Schätzwert.

<sup>41</sup> RGZ 159, 327; BayObLG DB 1979, 1075.

<sup>42</sup> MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 216. Zu einer Umwandlung mit Mischeinlage OLG Oldenburg DB 1994, 88.

**a) Sacheinlagevereinbarung.** Sacheinlagevereinbarung ist nach Abs. 4 notwendig in den GesVertrag aufzunehmen (→ Rn. 43 ff.), entspr. nach § 56 I in Kapitalerhöhungsbeschluss und Übernahmeerklärung (→ § 56 Rn. 6 ff., 16) und muss ausreichend bestimmt sein.<sup>43</sup> Sie begründet zusammen mit der Zeichnung des GAnteils (→ Rn. 10, → § 2 Rn. 4) unmittelbar die mitgliedschaftliche Verpflichtung zur Einlage in Form der vereinbarten Sachleistung. Damit ist sie, wie die Beitrittserklärung selbst, Teil des GesVertrags mit körperschaftlicher, nicht nur schuldrechtlicher, Wirkung.<sup>44</sup> Dementspr. gilt dafür objektivierte Auslegung (→ § 2 Rn. 29, 31).

**Erfüllung** der Sacheinbringungsverpflichtung ist von dieser zu unterscheiden und erfolgt nach den allg. für den jew. Einlagegegenstand geltenden Übertragungsregeln, bei beweglichen Sachen also durch Einigung und Übergabe (§§ 929 ff. BGB), wobei auch gutgläubiger Erwerb nach §§ 932, 934 BGB möglich ist,<sup>45</sup> bei Grundstücken durch Auflassung und Eintragung (§§ 925, 873 BGB), bei Forderungen durch Abtretung (§ 398 BGB) usw. Leistung muss **vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister** voll bewirkt sein (§ 7 III, → § 7 Rn. 12 ff.). Sie ist daher nach Errichtung der Ges. (→ § 2 Rn. 3f) an diese als VorGes., vertreten durch den GFührer (→ § 11 Rn. 12 ff., 18), zu erbringen. Soweit das Erfüllungsgeschäft sich als Vertrag dazu eignet, kann es bereits mit unmittelbarer Wirkung für die Ges. (VorGes.) im GesVertrag selbst vollzogen werden; wichtig bei Formbedürftigkeit, zB gem. § 15 Einbringung eines GAnteils an anderer GmbH.<sup>46</sup> Verbindung mit dem GesVertrag berührt Wesen und Eigenständigkeit der Erfüllung als Verfügungsgeschäft nicht.

**b) Gegenstand der Sacheinlage.** Gegenstand der Sacheinlage können Sachen, Rechte und sonstige vermögenswerte Positionen sein, die wie Geldleistungen bei Bareinlage zur Bildung der Kapitalgrundlage der Ges. geeignet sind. Einlagefähig ist somit jeder Gegenstand mit gegenwärtig erfassbarem Vermögenswert, der so auf die Ges. übertragen werden kann, dass er zu ihrer freien Verfügung steht.<sup>47</sup> Maßgebend funktionale Betrachtungsweise iGgs zu der in der älteren Rspr. und Lit. vorherrschenden mehr formalen Beurteilung nach Bilanzfähigkeit und Übertragbarkeit.<sup>48</sup> Nach heute hM ist Bilanzfähigkeit nicht maßgebendes Kriterium, sondern regelmäßige Folge des für Einbringung vorausgesetzten Vermögenswerts,<sup>49</sup> der auch Möglichkeit zur Aufnahme in die Eröffnungsbilanz ergibt.<sup>50</sup> Übertragbarkeit an die Ges. zur freien Verfügung der

<sup>43</sup> BGH NZG 2000, 1226.

<sup>44</sup> BGHZ 45, 338 (345); BayObLG DB 1979, 1075; hM, ausführl. mwN UHL/Ulmer/Casper Rn. 37; ferner Scholz/Veil Rn. 35; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 23; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 50; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 13; – aA aber Müllbert FS Priester, 2007, 485 (493).

<sup>45</sup> BGH NZG 2003, 85 (86); OLG Köln GmbHR 2002, 648; Ellers GmbHR 2004, 934 (937).

<sup>46</sup> KG DR 1941, 1087; OLG Celle WM 1988, 1375; – allg. auch BGHZ 45, 338 (342); UHL/Ulmer/Casper Rn. 30 ff.; Scholz/Veil Rn. 36.

<sup>47</sup> Ausführl. mwN UHL/Ulmer/Casper Rn. 39; ebenso, wenn auch mit gewissen, meist mehr terminologischen Unterschieden in Einzelheiten, die heute ganz hM, BGH NZG 2004, 910; Scholz/Veil Rn. 37; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 26 ff.; Roth/Altmeyen Rn. 38 ff.; wohl auch Fleck, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, RWS-Skript, 2. Aufl. 1982, 10 unter Hinweis auf § 27 II AktG.

<sup>48</sup> So KGJ 44, 146; 45, 175; auch Knobbe-Keuk ZGR 1980, 214; – außer den Genannten krit. mwN insbes. Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, 228 ff.; Ballerstedt ZHR 127 (1965), 97.

<sup>49</sup> Daher Indiz hierfür, UHL/Ulmer/Casper Rn. 50 f.

<sup>50</sup> BGHZ 29, 304; UHL/Ulmer/Casper Rn. 51; Scholz/Veil Rn. 38; Michalski/Zeidler Rn. 64; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 142; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff

### § 5

#### Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

GFührer ist für Einbringung unerlässlich.<sup>51</sup> Dagegen allg. Verkehrsfähigkeit, insbes. Eignung des einzelnen Gegenstands als Zugriffsobjekt für GesGläubiger nicht notwendig; es genügt, wenn er der Ges. zur Verwendung für ihre Zwecke frei zur Verfügung steht und im Rahmen des GesUnternehmens den Gläubigerinteressen nutzbar gemacht werden kann (zB Firma).<sup>52</sup> Gegenstände ohne oder mit negativem Wert sind grds. nicht sacheinlagefähig. Wird fehlender oder negativer Wert nicht erkannt und Ges. eingetragen, greift Haftung nach § 9 I ein. Zur Frage der verdeckten Einbringung → § 19 Rn. 49. – Nicht erforderlich ist, dass der einlagepflichtige Gfter Eigentümer (Berechtigter) der Sacheinlage ist; auch Einbringung für ihn durch berechtigten Dritten oder mit dessen Zustimmung ist möglich.<sup>53</sup> Maßgebend allg. Regeln für Verfügungsgeschäft, ggf. auch gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten (→ Rn. 22).

- 24 Eine wichtige **Einschränkung** folgt aus der Funktion der Sacheinlage: Diese kann **nicht** allein in der **Begründung obligatorischer Rechte gegen den einlagepflichtigen Gesellschafter selbst** bestehen, da es an Aussonderung der Mittel und Übertragung an Ges. fehlt.<sup>54</sup> Es würde dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung widersprechen, wenn die mitgliedschaftliche Einlagepflicht durch bloßes Eingehen einer anderen, nunmehr rein schuldrechtlichen und damit weniger streng abgesicherten Verpflichtung erfüllt werden könnte. Letzteres erlaubt allerdings nunmehr § 19 V nF unter den dort geregelten engen Voraussetzungen, sodass auf unterschiedlichem Wege vergleichbares wirtschaftliches Ergebnis eintritt. Dennoch kann nicht angenommen werden, dass GesGeb. über § 19 V hinaus auch auf zunächst erforderliche Aussonderung aus dem Vermögen des Gfters im Rahmen der Barleistung verzichten wollte. Daher auch nach MoMiG keine Sacheinlagefähigkeit von Forderungen gegen Gfter<sup>55</sup> (→ § 19 Rn. 22), wohl aber gegen Konzernunternehmen des Gfters.<sup>56</sup> Ebenso grds. **nicht einlagefähig Verpflichtung zu eigenen Dienstleistungen**<sup>57</sup> (vgl. auch § 27 II AktG; zu den Konsequenzen für Frage der verdeckten Einlage → § 19 Rn. 49); möglich aber als Nebenleistungspflicht nach § 3 II, → § 3 Rn. 42; zu Dienstleistungsansprüchen gegen Dritte → Rn. 27; – auch nicht Wechselakzept, Bürgschaft, Darlehensversprechen (zum Kapitalnutzungsrecht aber → Rn. 25) des

Rn. 26; *Boehme*, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999, 14 ff.; wohl auch *Roth/Altmeppen/Roth* Rn. 38; *Steinbeck* ZGR 1996, 116 (121 f.); – abl. *Knobbe-Keuk* ZGR 1980, 216 f.; einschr. auch noch *Lutter*, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, 231: Aktivierungsfähigkeit als „unterste Grenze“.

<sup>51</sup> *Ganz* hM, *Michalski/Zeidler* Rn. 63; *UHL/Ulmer/Casper* Rn. 53; *MüKoGmbHG/Schwandtner* Rn. 75 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff* Rn. 26.

<sup>52</sup> *HM*, *UHL/Ulmer/Casper* Rn. 54; *MüKoGmbHG/Schwandtner* Rn. 75; *Scholz/Veil* Rn. 39; *Michalski/Zeidler* Rn. 67; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 14; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff* Rn. 26.

<sup>53</sup> *RGZ* 118, 120; *RG JW* 1936, 42; allgM, *UHL/Ulmer/Casper* Rn. 56; *Scholz/Veil* Rn. 55.

<sup>54</sup> *BGHZ* 180, 38 Rn. 10 = *NJW* 2009, 2375 – *Qivive*; *BGHZ* 165, 113 = *NJW* 2006, 509; *BGHZ* 165, 352 Rn. 9 = *NJW* 2006, 906; *BGHZ* 153, 107 = *NJW* 2003, 825.

<sup>55</sup> *MüKoGmbHG/Schwandtner* Rn. 110; *Scholz/Priester* § 56 Rn. 12; *Seibert/Decker* ZIP 2008, 308; *Bork/Schäfer/Schäfer* Rn. 26; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 15; jetzt wohl auch *Wicke* NotBZ 2009, 1 (3); – für Anerkennung der Zulässigkeit der Einbringung einer Forderung gegen Gfter. als Sacheinlage im Hinblick auf § 19 V nF; *Gehrlein/Witt* GmbH-Recht Kap 6 Rn. 21; *Heinze* GmbHHR 2008, 1065 (1072); *Bormann* GmbHHR 2007, 897 (903); *Gehrlein* Der Konzern 2007, 771 (782); *Joost* ZIP 2007, 2242 (2245); für ausreichend besicherte Forderungen auch *Michalski/Zeidler* Rn. 87; *Wicke* Rn. 33.

<sup>56</sup> *MüKoGmbHG/Lieder* § 56 Rn. 18.

<sup>57</sup> *BGHZ* 180, 38 Rn. 9, 12 = *NZG* 2009, 463 – *Qivive*; *BGHZ* 184, 158 Rn. 16 = *NJW* 2010, 1747 – *Eurobike*.



Gfeters usw.<sup>58</sup> Entspr. können auch schuldrechtliche Forderungen gegen MitGfeter nicht als einlagefähig anerkannt werden.<sup>59</sup> – Dagegen keine Beschränkung für dinglich wirkende Rechte, etwa Grundpfandrecht oder Erbbaurecht an Gesellschaftsgrundstück, Nießbrauch ua, da der Ges. mit der Einräumung ein gesicherter realer Vermögenswert zufließt.<sup>60</sup> Zur Frage obligatorischer Nutzungsrechte → Rn. 25. – Hat Gfeter gegen ihn gerichtete Forderung erfüllt und daraus Vergütungsforderung gegen Ges., ist diese sacheinlagefähig (→ Rn. 28); im Fall verdeckter Einlage kann insoweit Wertanrechnung erfolgen (→ § 19 Rn. 53a).

**c) Einzelfälle.** Allg. einlagefähig sind bestehende **Sachen**, gleichermaßen Grundstücke wie bewegliche Sachen. Künftig erst herzustellende Sachen nur, wenn sie bis zur HR-Anmeldung der Ges. entstanden und übertragen sind (§ 7 III, allgM); sonst allenfalls Forderungseinlage (→ Rn. 27), wenn Herstellungsanspruch gegen Dritten besteht. – Neben **Übertragung des Eigentums** erkennt hM auch **Einräumung obligatorischer Nutzungsrechte – Gebrauchsüberlassung** – an Sachen Dritter wie auch des Einlegers (Gfeters) durch dessen dauerhafte, insbes. langfristige bzw. unkündbare Verpflichtung an.<sup>61</sup> Langjährige Praxis entspr. hM; ihr ist zu folgen, jedoch nicht ganz ohne Bedenken, weil damit entgegen dem sonst allg. geltenden Grundsatz (→ Rn. 24) als Sacheinlage ein obligatorisches Recht gegen den Einleger zugelassen wird, das sich von anderen Forderungen nur geringfügig durch die damit verbundene Besitzeinräumung abhebt,<sup>62</sup> deren nachhaltige vertragliche Sicherung gegen Eingriffe Dritter beim Gfeter-Eigentümer problematisch ist.<sup>63</sup> Jedenfalls muss Besitzeinräumung im Zeitpunkt des § 7 III erfolgt sein. Auch nach hM bei Bewertung strenger Maßstab geboten.<sup>64</sup> Dafür ua Überlassungsdauer wesentlicher Faktor; deshalb präzise Bestimmung der Zeit bzw. (Un-)Kündbarkeit notwendig.<sup>65</sup> – Keine Bedenken bestehen bei **dinglicher Sicherung** des Nutzungsrechts, etwa durch beschränkte

<sup>58</sup> IE ganz hM, wenn auch mit verschiedenen Begründungen, ausführl. UHL/Ulmer/Casper Rn. 46, 54, 60, 78; Michalski/Zeidler Rn. 88 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 29; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 44; auch Scholz/Veil Rn. 50; ferner etwa Fleck, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, RWS-Skript, 2. Aufl. 1982, 11; Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, 231 f., 324; Knobbe-Keuk ZGR 1880, 221 f.; Boehme, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999, 55 f.; – abw. bzgl. Dienstleistungen Skibbe GmbH Rn. 1980, 73.

<sup>59</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 63; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 46; Michalski/Zeidler Rn. 88; iE auch MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 113; aA Scholz/Veil Rn. 45; GES/Franzmann/Born Rn. 31.

<sup>60</sup> MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 111.

<sup>61</sup> BGH NZG 2004, 910; auch BGHZ 144, 290 = NZG 2000, 836; KGJ 38, A 161, 168; UHL/Ulmer/Casper Rn. 62; Scholz/Veil Rn. 42 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 22 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff Rn. 28; Roth/Altmeyen/Roth Rn. 39; ausführl. mwN Bork ZHR 154 (1990), 205; Haas FS Döllerer, 1988, 169; trotz gewisser Bedenken auch Fleck, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, RWS-Skript, 2. Aufl. 1982, 11; ähnl. Döllerer FS Fleck, 1988, 35 (38 ff.); – nur für bewegliche Sachen, dagegen abl. für obligatorische Nutzungsrechte an Grundstücken Michalski/Zeidler Rn. 103; ebenso K. Schmidt GesR § 20 II 3a cc; K. Schmidt ZHR 154 (1990), 237 (254 ff.); abl. auch für obligatorische Nutzungsrechte wegen fehlenden Schutzes bei Insolvenz des Einlegers Boehme, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999, 154 ff.; – generell abl. Knobbe-Keuk ZGR 80, 214; Fabritius, Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch Gesellschafter, 1988, 161 ff.; Ekkenga ZHR 161 (1997), 599 ff.

<sup>62</sup> Dazu insbes. UHL/Ulmer/Casper Rn. 62.

<sup>63</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 22; Michalski/Zeidler Rn. 101 f.

<sup>64</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 66; Döllerer FS Fleck, 1988, 35 (38 ff.); auch insofern krit. Knobbe-Keuk ZGR 1980, 214.

<sup>65</sup> Allg. dazu ausführl. Bork ZHR 154 (1990), 224 ff., 229 f.; K. Schmidt ZHR 154 (1990), 251 (254 f., 257).



### § 5

#### Abschnitt 1. Errichtung der Gesellschaft

persönliche Dienstbarkeit<sup>66</sup> oder Nießbrauch. – Ganz allg. sind **beschränkte dingliche Rechte** einlagefähig, zB Erbbaurecht, Grundpfandrechte, und zwar unabhängig davon, ob sie an einer Sache des Einlegers oder eines Dritten bestehen. Bereits bestehender Nießbrauch oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind unübertragbar, können aber durch Überlassung der Ausübung eingebracht werden (§§ 1059, auch 1059a ff., § 1092 BGB).<sup>67</sup> – **Kapitalnutzungsrecht** durch (längerfristige) zinslose Zuführung ist entspr. den Regeln für obligatorische Nutzungsüberlassung einlagefähig.<sup>68</sup> Kapital muss entspr. § 7 III auf Ges. übertragen sein; Bedenken gegen Sachnutzungsüberlassung (s. oben) greifen dann nicht.

- 26 **Andere Rechte** und Rechtspositionen können Sacheinlage sein, wenn sie der Ges. als Vermögenswert übertragen werden können (→ Rn. 23). So **Immateri-  
algüterrechte**,<sup>69</sup> also insbes. Urheber-, Verlags-, Geschmacksmusterrechte, wohl auch Marken (§ 27 I MarkenG),<sup>70</sup> ferner Patente und Gebrauchsmusterrechte<sup>71</sup> sowie Lizenzen daran,<sup>72</sup> auch noch nicht patentierte Erfindung,<sup>73</sup> Herstellungsverfahren,<sup>74</sup> gewerblich verwertbares Know-how,<sup>75</sup> Lizenz zur Verwertung bekannter Namen und Logos,<sup>76</sup> wohl auch Domain-Namen.<sup>77</sup> Firma, Geschäftsbezeichnung und Goodwill können nicht isoliert, aber zusammen mit dem Unternehmen (§ 23 HGB; – vgl. auch § 27 II MarkenG, regeln. dann Mitübertragung von Marken), auch selbständig geführtem Betriebsteil,<sup>78</sup> Einlage sein. – Einlagefähig sind ferner zB übertragbare **Mitgliedschaftsrechte**, Aktien und GAnteile anderer Ges.,<sup>79</sup> bei Kapitalerhöhung nicht solche der Ges. selbst;<sup>80</sup> sacheinlagefähig aber **stille Beteiligung** an der Ges.<sup>81</sup> Beteiligungen an PersonenGes. nur, wenn deren GesVertrag das zulässt oder deren Gftr zustimmen,<sup>82</sup> Erbteile.<sup>83</sup> – Möglich auch **öffentlich-rechtliche Positionen**, insbes. Konzessionen, sofern nicht an die Person gebunden.<sup>84</sup>
- 27 **Forderungen** des Einlegers **gegen Dritte** können Sacheinlage sein, wenn sie bestehen, für die Ges. Vermögenswert haben und auf sie übertragbar sind

<sup>66</sup> BGHZ 45, 338.

<sup>67</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 72; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 84; Scholz/Veil Rn. 41. – Abw. Michalski/Zeidler Rn. 80.

<sup>68</sup> Wohl hM, UHL/Ulmer/Casper Rn. 62 aE; MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 93; Scholz/Veil Rn. 44; Michalski/Zeidler Rn. 106, 108 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 23; Döllerer FS Fleck, 1988, 35 (44 ff.); Haas FS Döllerer, 1988, 169; Boelme, Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen, 1999, 145 ff.; – abl. K. Schmidt ZHR 154 (1990), 251 (254 f., 257).

<sup>69</sup> Bewertung allerdings vielfach problematisch, vgl. BGHZ 29, 300 (304) für Operette eines unbekannten Komponisten, weitgehend.

<sup>70</sup> Dazu Ingerl/Rohrke NJW 1994, 1253.

<sup>71</sup> BGH NJW 1999, 143.

<sup>72</sup> BGHZ 144, 290 (294) = NJW 2000, 2356 – adidas; UHL/Ulmer/Casper Rn. 73.

<sup>73</sup> KGJ 45, 175.

<sup>74</sup> RG JW 1936, 42.

<sup>75</sup> BGH NJW 1993, 1139 (1140) obiter; UHL/Ulmer/Casper Rn. 73, 78 mwN; Scholz/Winter Rn. 50.

<sup>76</sup> BGHZ 144, 290 (294) = NJW 2000, 2356 – adidas; – str., dazu krit. Boelme GmbHR 2000, 841.

<sup>77</sup> MüKoGmbHG/Schwandtner Rn. 96a; Sosnitzer GmbHR 2002, 821; unentschieden Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 22; abl. UHL/Ulmer/Casper Rn. 73 Fn. 156.

<sup>78</sup> BGH GmbHR 2000, 1198.

<sup>79</sup> OLG Celle WM 1988, 1375 mit Abgrenzung gegenüber Verschmelzung; UHL/Ulmer/Casper Rn. 74.

<sup>80</sup> UHW/Ulmer/Casper § 56 Rn. 18; Scholz/Priester § 56 Rn. 19.

<sup>81</sup> BGH NJW 2015, 3786 Rn. 18; dazu ausführl. Schmidt NZG 2016, 4 ff.

<sup>82</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 74; Scholz/Veil Rn. 49; Scholz/Priester § 56 Rn. 10.

<sup>83</sup> Dazu Wolf FS Schippel, 1996, 536.

<sup>84</sup> UHL/Ulmer/Casper Rn. 73.