

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Notar a.D., Prof. Dr. Dieter Mayer, Notar, und Dr. Hartmut Wicke, Notar, Bearbeitet von Eva-Maria Bernauer, Notarin, Dr. Nicolas Böhm, Rechtsanwalt, Dr. Stephan Busch, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, Dr. Hans Diekmann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Robert Freitag, Dr. Michael Fronhöfer, Notar, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar, Dr. Hans Gummert, Rechtsanwalt, Dr. Oliver Habighorst, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht und Notar, Dr. Andreas Heidinger, Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Tobias Hüttche, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Dieter Jasper, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin, Dr. Alexander Kiefner, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Michael Kort, Martin Kraus, Rechtsanwalt, Dr. Michael Marquardt, Rechtsanwalt und Steuerberater, Thomas Oberle, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Dr. Simon Weiler, Notar, Dr. Cornelius Weitbrecht, Rechtsanwalt, und Dr. Reinmar Wolff

5. Auflage 2018. Buch. LXXV, 2051 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70503 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

[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.

dem Kostenprivileg des vereinfachten Verfahrens, soweit es nicht zu Abweichungen vom Musterprotokoll kommt.

§ 8c Gesetzliche Rücklage bei der Unternehmertgesellschaft (haftungsbeschränkt)

Übersicht

	Rn.	Rn.
I. Grundlagen, Zweck der Rücklage	1, 2	IV. Verstöße gegen die Thesaurierungs-
II. Dotierung der Rücklage	3–5	pflicht
III. Auflösung der Rücklage und Kapital- maßnahmen	6–9a	V. Verstoßfolgen
		11–13

Schrifttum: → Schrifttum vor § 4 und bei § 8a

I. Grundlagen, Zweck der Rücklage

Infolge des regelmäßig sehr niedrigen Stammkapitals der Unternehmertgesellschaft (UG) **1** schreibt das Gesetz der UG die Bildung einer gesetzlichen Rücklage vor, die im Wege der **Gewinnthesaurierung** zu dotieren ist. Gem. § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG sind jeweils 25% des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in die Rücklage einzustellen. Die Regelung ist an § 150 AktG angelehnt, unterscheidet sich von diesem jedoch maßgeblich dadurch, dass § 5a GmbHG die Verpflichtung zur Dotierung der Rücklage weder der Höhe noch zeitlich begrenzt.

Die für das GmbH-Gesetz singuläre gesetzliche Rücklage dient in erster Linie dem **2 Gläubigerschutz**, indem sie die Eigenkapitalbasis der UG stärkt.¹ Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG führt zur Nichtigkeit des Gewinnfeststellungsbeschlusses analog § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG und damit analog § 253 AktG auch zur Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses (→ unten Rn. 10ff.). Rechtswidrig erfolgte Ausschüttungen sind daher zurückzuerstatten.² In zweiter Linie macht die fehlende Begrenzung der Thesaurierungspflicht die Verwendung der Unternehmertgesellschaft als Rechtsform spätestens dann unattraktiv, wenn das Gesellschaftsvermögen einschließlich der in der gesetzlichen Rücklage gebundenen Mittel den Betrag von EUR 25 000 erreicht hat. Nur die Umwandlung der Gesellschaft in eine „normale“ GmbH infolge Durchführung einer nominellen Kapitalerhöhung gem. § 57c iVm § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GmbHG ermöglicht es den Gesellschaftern, künftige Gewinne in vollem Umfang umfassend auszuschütten. § 5a Abs. 3 GmbHG stellt damit auch einen wichtigen Anreiz für die Gesellschafter dar, den **Rechtsformwechsel** in die GmbH zu betreiben.³

II. Dotierung der Rücklage

Die **Pflicht** zur Rücklagenbildung entsteht mit Gründung der Gesellschaft, so dass die **3** Rücklage bereits für den das Jahr der Gründung betreffenden **ersten Jahresabschluss** zu bilden ist. Sie endet erst mit Rechtsformwechsel in die GmbH, vgl. § 5a Abs. 5 GmbHG, aber selbstverständlich auch mit Erlöschen der Unternehmertgesellschaft infolge Liquidation. Dagegen enthält § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG anders als § 150 AktG keine Beschränkung der Thesaurierungspflicht in zeitlicher oder betragsmäßiger Hinsicht (→ bereits oben Rn. 1).

Zur Bildung der Rücklage hat die Gesellschaft zunächst ihren Jahresabschluss nach allgemeinen Vorschriften aufzustellen und dabei den in einer „normalen“ GmbH ausschütt-

¹ RegE MoMiG, BT-Drs. 16/1640, 32.

² Nachw. unten Rn. 12.

³ Etwa Joost ZIP 2007, 2242, 2245; Baumbach/Hueck/Fastrich § 5a Rn. 21; Wicke/Wicke § 5a Rn. 9.

§ 8c 5–7

2. Kapitel. Die Entstehung der Gesellschaft

tungsfähigen Bilanzgewinn zu ermitteln. Soweit Bilanzierungswahlrechte bestehen, darf die Gesellschaft diese ausüben; dies gilt selbst dann, wenn in der Folge ein geringerer Jahresüberschuss erzielt wird und in der Folge die Dotierung der Rücklage geringer ausfällt. Ferner versteht sich von selbst, dass sich Betriebsausgaben der Gesellschaft gewinnmindernd und damit auch zu Lasten der Rücklagenbildung auswirken. Dieser Regelungszusammenhang bewirkt, dass **verdeckte Gewinnausschüttungen** (vGA) in der UG *gesellschaftsrechtlich*⁴ von gesteigertem Interesse sind.⁵ Nach herrschender Auffassung zur „normalen“ GmbH⁶ ist eine vGA gesellschaftsrechtlich zulässig, solange die Grenzen des § 30 GmbHG eingehalten und nicht einzelne Gesellschafter treuwidrig bevorzugt werden, falls nicht sämtliche Gesellschafter der Bevorzugung einzelner zugestimmt haben. Die primär gläubigerschützenden Funktion des § 5a Abs. 3 GmbHG (oben Rn. 1) gebietet es, in der UG verdeckte Gewinnausschüttungen als **gesellschaftsrechtlich unzulässig** anzusehen.⁷ Zumindest für die Zwecke der Dotierung der Rücklage im Zuge des Jahresabschlusses dürfen vGA daher nicht als Betriebsausgaben passiviert werden und mindern dementsprechend auch nicht den Gewinn der Gesellschaft.

- 5 Zumindest theoretisch zulässig sind auch **freiwillige Einzahlungen** in die gesetzliche Rücklage.⁸ Dieser Möglichkeit kommt indes **keine praktische Bedeutung** zu: Wollen die Gesellschafter ihre Eigenkapitalbasis stärken, etwa um das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger in die Kapitalausstattung der Gesellschaft zu stärken, können sie auch eine freiwillige Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB bilden und in diese einzahlen, ohne dabei den strengen Verwendungsbeschränkungen des § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG unterworfen zu sein. Im Übrigen wird ein echter Zuwachs an Vertrauen in der Regel nur durch einen Rechtsformwechsel hin zur GmbH oder durch die Übernahme der persönlichen Haftung durch die Gesellschafter zu erreichen sein.

III. Auflösung der Rücklage Mittel und Kapitalmaßnahmen

- 6 § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG regelt enumerativ die Fälle, in denen die gesetzliche Rücklage aufgelöst werden darf. Dabei handelt es sich um
- Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln gemäß § 57c GmbHG,
 - den Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist,
 - den Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist.
- 7 Von den genannten Verwendungsformen ist hier die **nominelle Kapitalerhöhung** gem. § 57c GmbH zu erörtern. Die Kapitalmaßnahme ist grundsätzlich nach den §§ 55 ff. GmbHG durchzuführen, doch ergeben sich Besonderheiten aus der Rechtsform der Gesellschaft: Unbestritten zulässig ist es, die gesamte gesetzliche Rücklage in Stammkapital umzuwandeln. Der Gesetzeswortlaut legt es darüber hinaus sogar nahe, diese Umwandlung der gesamten Rücklage als zwingend anzusehen. Dieses Ergebnis ist allerdings teleologisch ersichtlich nicht geboten: Erstens gilt für die infolge Kapitalerhöhung entstandene GmbH das Thesaurierungsgebot des § 5a Abs. 3 GmbHG insgesamt nicht. Es wäre daher nicht überzeugend, die in Umwandlung zur GmbH befindliche UG noch dem § 5a Abs. 3 GmbHG zu unterwerfen.⁹ Zweitens könnten die Gesellschafter unmittelbar nach Umwandlung in die GmbH ohne weiteres eine effektive Kapitalherabsetzung beschließen und

⁴ Zur steuerlichen Behandlung der vGA auf Ebene der Gesellschaft (Körperschaftssteuer) bzw. der Gesellschafter ausf. § 60 Rn. 12ff.

⁵ So bereits Freitag/Riemenschneider ZIP 2007, 1485, 1488 f.; Miras Rn. 234 ff.

⁶ Näher MünchKommGmbH/Ekkenga § 29 Rn. 256 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich § 29 Rn. 68 ff.

⁷ Baumbach/Hueck/Fastrich § 5a Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 5a Rn. 42 f.; MünchKommGmbH/Rieder § 5a Rn. 31 ff., 34; Scholz/Westermann § 5a Rn. 26.

⁸ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 5a Rn. 38.

⁹ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 5a Rn. 38; Michalski/Miras § 5a Rn. 223 ff.

die Mittel so dennoch ausschütten.¹⁰ Wird die Kapitalrücklage für die Erhöhung nicht benötigt, kann der verbleibende Restbetrag im Wege der Auflösung der Rücklage für beliebige Zwecke verwandt werden.

Wird in der UG eine **ordentliche Kapitalerhöhung** gem. §§ 55 ff. GmbHG beschlossen, bei der das Kapital auf nicht mehr als EUR 24 999 erhöht wird, verlangt § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG die Volleinzahlung des Kapitalerhöhungsbeitrages – und zwar auch dann, wenn dies dazu führt, dass die Gesellschaft dann mehr Eigenkapital aufweisen muss, als bei einer originären GmbH-Gründung gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG eingezahlt werden muss. Umstritten ist, ob dies auch gilt, wenn die Gesellschaft durch die Kapitalerhöhung zur GmbH wird. Hier droht eine Privilegierung der UG gegenüber der originären GmbH-Gründung in Bezug auf das **Mindesteinzahlungsgesetz des § 7 Abs. 2 GmbHG**: Wird eine GmbH originär neu errichtet, sind gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG vor Anmeldung mindestens EUR 12 500 einzuzahlen. Diese Mindestaufbringungsregelung gilt gem. § 56a GmbHG allerdings nicht für Kapitalerhöhungen, bei denen gem. § 56a, § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG im Zweifel nur ein Viertel auf jede neue Stammeinlage geleistet werden muss. Eine mit einem sehr geringen Stammkapital gegründete UG, die gem. § 5a Abs. 5 GmbHG durch Barkapitalerhöhung zur GmbH wird, könnte daher womöglich als GmbH eingetragen werden, ohne bei Eintragung über EUR 12 500 an geleisteten Einlagen zu verfügen. Das wird zu Recht als unzulässig angesehen. Bei der Barkapitalerhöhung iVm der Umwandlung zur GmbH ist daher zu fordern, dass die Summe der bei Gründung und Kapitalerhöhung geleisteten Einlagen mind. EUR 12 500 beträgt.¹¹

Zur Unzulässigkeit der **Sachkapitalerhöhung** in der UG für den Fall, dass diese zu einem Stammkapital von unter EUR 25 000 führt, sowie zur Zulässigkeit der Sachkapitalerhöhung bei Erreichen bzw. Überschreiten dieses Schwellenwertes vgl. → § 9 Rn. 4a.

Wandelt sich die Gesellschaft infolge einer der genannten Kapitalmaßnahmen in eine GmbH, erlaubt § 5a Abs. 5, 2. HS GmbHG zumindest theoretisch die weitere Verwendung des bisherigen **Rechtsformzusatzes**. Praktische Bedeutung kommt dieser potentiell dem Ansehen der nunmehrigen GmbH abträglichen Möglichkeit nicht zu.

IV. Verstöße gegen die Thesaurierungspflicht

Aus dem grundsätzlich zwingenden Charakter des § 5a GmbHG folgt, dass auch die Thesaurierungspflicht nicht dispositiv ist. Denkbar sind im Wesentlichen die nachstehend genannten zwei Verstoßformen, zu erwähnen ist noch eine dritte Konstellation: Ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 GmbHG liegt zunächst in der oben Rn. 4 ausführlich geschilderten **verdeckten Gewinnausschüttung**, dh in der (scheinbaren) Minderung des Bilanzgewinns infolge von Zahlungen der Gesellschaft an die Gesellschafter, denen keine hinreichend werthaltige Gegenleistung gegenüber steht. § 5a Abs. 3 GmbHG wird ferner dann verletzt, wenn der **Jahresüberschuss** entgegen den gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften in anderer Weise unzulässig **verkürzt** wird. Denkbar wäre ferner, einen Verstoß gegen das Thesaurierungsgebot des § 5a Abs. 3 GmbHG auch in dem **Ausweis eines überhöhten Jahresfehlbetrags** zu sehen.¹² Ein solches Vorgehen scheint die Auflösung einer bestehender Rücklage entweder zum Ausgleich des aktuellen Jahresfehlbetrages (§ 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GmbHG) oder zum Ausgleich eines Verlustvortrags (§ 5a Abs. 3 S. 3 Nr. 3 GmbHG) zu ermöglichen.

V. Verstoßfolgen

Ausweislich der Gesetzesbegründung führen Verstöße gegen die gesetzliche Thesaurierungspflicht zur **Nichtigkeit des Gewinnfeststellungbeschlusses**, § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog, und damit auch zur **Nichtigkeit des Gewinnverwendungbeschlusses**,

¹⁰ Vgl. nur Scholz/Westermann § 5a Rn. 31.

¹¹ Ausf. MünchKommGmbHG/Rieder § 5a Rn. 37 ff.

¹² So etwa Voraufl. Rn. 9.

§ 8c 12, 13

2. Kapitel. Die Entstehung der Gesellschaft

- § 253 AktG analog.¹³ Diese Nichtigkeit rechtfertigt sich dadurch, dass § 5a Abs. 3 GmbHG in erster Linie die Gläubiger schützen will und dieser gesetzliche Regelungszweck verfehlt würde, wenn die entsprechenden Feststellungs- und Verwendungsbeschlüsse nicht nichtig wären.
- 12 Infolge der Unwirksamkeit der Beschlüsse über Gewinnfeststellung und -verwendung sind auch Gewinnausschüttungen auf deren Grundlage unwirksam. Demgemäß haben die Gesellschafter der UG etwa empfangende Zahlungen zurückzugewähren. Im Aktienrecht ergibt sich dieser Anspruch aus § 62 AktG, während in der GmbH ein entsprechender **Rückzahlungsanspruch** gegen den begünstigten Gesellschafter zumindest auf § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB beruht.¹⁴ Bei Zahlungen aus dem (im Wege korrekter Bilanzierung ermittelten) Stammkapital greifen zusätzlich §§ 30, 31 GmbHG ein. Ferner ist der **Geschäftsführer** der UG gem. § 43 GmbHG für den verursachten Schaden verantwortlich, hinzu kommen können freilich noch weitere Haftungstatbestände.¹⁵ Diese Ansprüche können von Gläubigern der UG gepfändet werden, die damit mittelbar auf die begünstigten Gesellschafter der UG zugreifen können. In Hinblick auf BGHZ 110, 342, 360 = NJW 1990, 1725, wonach § 30 GmbHG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt, ist zweifelhaft, ob Verstöße gegen § 5a Abs. 3 GmbHG deliktische Schadensersatzansprüche begründen können. Dafür spricht, dass § 5a Abs. 3 GmbHG ausschließlich gläubigerschützende Wirkung zukommt und das GmbH-Gesetz im Gegensatz zum AktG keine eigene Anspruchslage für derartige Rückzahlungsansprüche kennt. In Hinblick auf diesen Mangel wird zutreffend überwiegend die **analoge** Anwendung des §§ 30, 31 GmbHG im Falle eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 3 GmbHG diskutiert und bejaht.¹⁶ Die Analogie rechtfertigt sich zum einen aus der bestehenden Regelungslücke und zum anderen aus der gläubigerschützenden Funktion der Normen. Jüngst ist auch die analoge Anwendung des § 57 AktG ventiliert worden.¹⁷
- 13 Die genannten Ansprüche helfen den Gläubigern wenig, wenn diese die unzulässige Verkürzung des Jahresüberschusses bzw. eine unzulässige Erhöhung eines Jahresfehlbetrags nicht beweisen können. Ein durch unzulässige Gewinnverwendung geschädigter Gläubiger kann die Einhaltung der Verpflichtung zur Rücklagenbildung nur durch Einsicht in den Jahresabschluss prüfen. Nun sind zwar auch kleine Kapitalgesellschaften im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB, um die es sich bei Unternehmergeellschaften regelmäßig handeln wird, zur Einreichung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses gem. §§ 325 Abs. 1, 326 HGB verpflichtet. Doch haben sie gem. § 326 HGB lediglich die Bilanz und den Anhang einzureichen, nicht aber die aussagekräftigere Gewinn- und Verlustrechnung. Ohne Einblick in die Buchführung hat ein Gläubiger daher letztlich keine praktische Möglichkeit, die Richtigkeit der ausgewiesenen, vor allem aber die Erforderlichkeit einer nicht ausgewiesenen Rücklage zu prüfen und die aus dem Verstoß folgenden Rechte geltend zu machen, namentlich die Rückforderungsansprüche der UG gegen den begünstigten Gesellschafter zu pfänden. Zugleich wird bei Vermögensverfall der UG regelmäßig mangels Masse kein Insolvenzverfahren eröffnet werden, so dass auch nicht etwa ein Insolvenzverwalter zur Sichtung der Unterlagen und Geltendmachung der Ansprüche eingesetzt werden wird. Zur Vermeidung untragbarer Schutzlücken muss daher ein **Auskunftsanspruch** derjenigen Gläubigern der UG angenommen werden, die trotz Vorliegens eines vollstreckbaren Titels nicht befriedigt worden sind und zwar ein Anspruch auf Einsicht in den Jahresabschluss und in die Buchhaltung der UG. Zur Führung letzterer ist die Gesellschaft gesetzlich verpflichtet und daher führt die Ermöglichung der Einsichtnahme zu keiner zusätzlichen Be-

¹³ RegE MoMiG, BT-Drs. 16/1640, 32; Baumbach/Hueck/Fastrich § 5a Rn. 26; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Paura § 5a Rn. 50; MünchKommGmbH/Rieder § 5a Rn. 30; Wicke/Wicke § 5a Rn. 12.

¹⁴ Scholz/Verse § 32 Rn. 1; vgl. auch Nachw. Fn. 13.

¹⁵ Näher Neideck GmbHHR 2010, 624, 628; Kessel GmbHHR 2016, 199, 201 ff.

¹⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich § 5a Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 5a Rn. 49; Miras Rn. 232f. mwN; aa Noack DB 2007, 1395, 1396; Wächter, in: Römermann/Wächter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 25, 34.

¹⁷ Kessel GmbHHR 2012, 199, 203f.

lastung. Indem der Auskunftsanspruch auf die Fälle der erfolglosen Befriedigung beschränkt wird, wird ein unzulässiges Auskundschaften der Geschäftsunterlagen ausgeschlossen.

§ 9 Besonderheiten der Sachgründung

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Grundlagen	1–10	4. Leistung zur endgültig freien Ver- fügung der Gesellschaft	39a
1. Allgemeines	1	VI. Sachgründungsbericht	40, 41
2. Anwendungsbereich	4a	1. Erstellung durch die Gesellschafter	40
3. Erscheinungsformen, Abgren- zungsfragen, Terminologie	5	2. Inhalt	41
a) Allgemeines	5	VII. Anmeldung zum Handelsregister	42–44
b) Sacheinlage im engeren Sinne ...	6	1. Voraussetzungen	42
c) Sachübernahmen	6a	2. Inhalt der Anmeldung	43
d) Mischeinlage	9	3. Zusätzliche Unterlagen	44
e) Gemische Sacheinlage (Über- Wert-Sacheinlage)	10	VIII. Prüfung durch das Gericht, Eintra- gung und Bekanntmachung	45–49
f) Verdeckte Sacheinlage, Hin- und Herzahlen	12	1. Allgemeines	45
II. Gegenstand der Sacheinlage	13–19	2. Maßgeblicher Zeitpunkt für Be- wertung von Sacheinlagen	46
1. Allgemeine Kriterien	13	3. Prüfungsgegenstand, -grundlage und -umfang	47
2. Einzelne Vermögenswerte	14	4. Eintragung und Bekanntmachung ..	49
a) Eigentum an Sachen	14	IX. Nachträgliche Änderungen	50–53
b) Rechte an Sachen	15	X. Sachübernahme unter Anrechnung ..	54–56
c) Forderungen	16	1. Allgemeines	54
d) Mitgliedschafts- und sonstige Rechte	17	2. Der Sachübernahmevertrag	55
e) Unternehmen und sonstige Sachgesamtheiten	18	XI. Mängel der Sachgründung, insbeson- dere verdeckte Sacheinlage	57–80
f) Fremde Vermögenswerte	19	1. Überblick	57
III. Die Festsetzung der Sacheinlage in der Satzung	20–31	2. Fehlerhafte Sachgründungen	58
1. „Sacheinlagevereinbarung“	20	a) Situation in der Zeit bis zur Eintragung	58
2. Person des Einlegers und betroffe- ner Geschäftanteil	21	b) Situation nach Eintragung	59
3. Einzulegender Vermögensgegen- stand	23	3. Verdeckte Sacheinlage, § 19 Abs. 4 GmbHG	61
a) Grundsätze	23	a) Allgemeines	61
b) Unternehmen	24	b) Anwendungsbereich	64
4. Anrechnungsbetrag	27	c) Tatbestand	68
5. Prüfliste	31	d) Rechtsfolgen	72
IV. Bewertungsfragen	32–35	e) Heilung	79
1. Über- und Unterbewertung	32	XII. Differenzhaftung gem. § 9 GmbHG bei Überbewertung	81–85
2. Zeitpunkt der Bewertung	33	1. Allgemeines	81
3. Höhe und Ermittlung	34	2. Überbewertung	82
V. Übertragung des Sacheinlagegegen- standes auf die Gesellschaft	36–39	3. Inhalt des Anspruches	83
1. Einbringung und Einbringungs- vertrag	36	4. Entstehen, Fälligkeit und Verjäh- rung	84
2. Vorleistungen in Bezug auf Sach- einlagen	37	5. Verhältnis zu anderen Haftungstat- beständen	85
3. Einzelheiten des dinglichen Ge- schäfts	38	XIII. Besonderheiten der Sachgründung in der Unternehmergeellschaft	86

Schriftum: → Schriftum vor § 4.

I. Grundlagen

1. Allgemeines

Im Rahmen der Kapitalaufbringung müssen die Gründer der Gesellschaft den in der Satzung summenmäßig fixierten **Nennbetrag** eines jeden Geschäftsanteils (auch als

§ 9 2, 3

2. Kapitel. Die Entstehung der Gesellschaft

„**Stammeinlage**“ bezeichnet)¹ wertmäßig zur Verfügung stellen, widrigensfalls die Gesellschaft nicht in das Register eingetragen wird. Im Regelfall ist die Einlagenschuld durch Zahlung in inländischer Währung (EUR) zu erfüllen, dh es werden Geldeinlagen geleistet, bei denen der Nominalbetrag der geleisteten Geldmittel dem Betrag der Einlagenschuld entspricht (→ § 7 Rn. 1 ff.). Allerdings hat die Einlage (abgesehen von den Sonderfällen der Gründung einer UG bzw. der Gründung im „vereinfachten Verfahren, → unten Rn. 4a) **nicht zwingend** in **Geld** zu erfolgen, es handelt sich lediglich um eine **Wertver-schaffungsschuld**. Daher dürfen die Gesellschafter nach ihrer Wahl den geschuldeten Einlagebetrag auch durch Leistung sonstiger werthaltiger Vermögensgegenstände (idR des Anlagevermögens) zur Verfügung stellen (sog. **Sacheinlagen**) oder Geld- und Sacheinlage in Form der Mischeinlage bzw. gemischten Sacheinlage kombinieren. Grundsätzlich favorisiert das Gesetz die Geldeinlage; denn Geld ist zwar flüchtig, doch lässt sich der Umfang der erbrachten Einlage infolge des Nominalprinzips hier unproblematisch feststellen.

- 2 Sacheinlagen werfen aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger Probleme im Hinblick auf den Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung, aus Sicht der Mitgesellschafter im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz auf.² Entscheiden sich die Gründer daher für eine Sach- oder Mischgründung, sind **strikte Sonderregelungen** zu beachten, die die reale Kapitalaufbringung sicherstellen sollen. Dies gilt bereits für die **Sacheinlagefähigkeit** der einzubringenden Vermögensgegenstände, die allerdings im GmbHG nur lückenhaft normiert wird, so dass es häufig des Analogieschlusses zum Aktienrecht bedarf. Die **Gründer** müssen gem. § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG den Gegenstand der Sacheinlage und den Nennbetrag des Anteils, auf den die Sacheinlage anzurechnen ist, im Gesellschaftsvertrag festlegen. Ferner ist gem. § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG ein Sachgründungsbericht zu erstellen und schließlich die Sacheinlage gem. § 7 Abs. 3 GmbHG (anders als die Geldeinlage) vollständig vor der Handelsregistereintragung zur endgültig freien Verfügung der Gesellschaft zu erbringen. Die **Geschäftsführer** dürfen in der Folge die GmbH erst zum Handelsregister anmelden, wenn sämtliche Sacheinlagen vollständig erbracht worden sind. Zusätzlich haben sie gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG gegenüber dem Gericht die Erfüllung der Kautelen des § 7 Abs. 3 GmbHG zu versichern und dem Eintragungsantrag gem. § 8 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 GmbHG einen Sachgründungsbericht, die Verträge über die Sacheinlagen und Nachweise über die Werthaltigkeit der Sacheinlagen beizufügen. Das **Registergericht** hat das Vorliegen der genannten formalen Kriterien vor der Eintragung gem. § 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG zu prüfen und die Eintragung bei Mängeln der Sachgründung abzulehnen. Zur Ablehnung der Eintragung kommt es gem. § 9c Abs. 1 S. 2 GmbH auch bei einer nicht nur unwesentlichen Überbewertung des Sacheinlagegegenstandes. Bei erheblichen Zweifeln daran, dass die Sacheinlage tatsächlich bereits zur freien Verfügung der Gesellschaft steht, kann das Gericht gem. § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG auch entsprechende Übertragungsnachweise verlangen. Sollte ein Sacheinlagegegenstand dennoch nicht hinreichend werthaltig sein, kommt es zur **Differenzhaftung** des Gründers gem. § 9 Abs. 1 GmbHG. Einen Schutz vor „Umgehungen“ des Sacheinlagenrechts bieten schließlich die Rechtsprechung zur „freien Verfügbarkeit“ von an die Gesellschaft erbrachten Geldeinlagen (→ § 7 Rn. 20ff.) und die flankierenden Bestimmungen der § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG zur verdeckten Sacheinlage sowie zum Hin- und Herzahlen.
- 3 **Früher** war die Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen im deutschen GmbH-Recht noch restriktiver normiert: Insbesondere war dem Registergericht eine vollständige Wert-haltigkeitskontrolle gestattet und im Fall der „verdeckten Sacheinlage“ die (Geld-)Einlage noch einmal vollständig zu leisten. In der Folge bestanden erhebliche praktische Hindernis-

¹ Vgl. die Legalfinition in § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Begriff der „Stammeinlage“ nur noch übergangsweise Verwendung finden, vgl. Regierungsbegründung MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, 28f.

² Allg. Meinung, etwa Baumbach/Hueck/Fastrich § 5 Rn. 15; Ulmer/Ulmer/Casper § 5 Rn. 32; Scholz/Veil § 5 Rn. 32;

se bei der GmbH-Gründung, die die Unattraktivität der GmbH als Rechtsform im internationalen Vergleich bedingten. Der Gesetzgeber sah dieses frühere Sacheinlagenrecht zu Recht als zu kompliziert und zu nachteilig für die Gesellschafter an.³ Durch das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (**Mo-MiG**) vom 23. Oktober 2008“⁴ sind daher erhebliche Erleichterungen eingeführt worden: So kam es durch Änderung des § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG nF zu einer **Vereinfachung des Registerverfahrens** durch Reduktion des Prüfungsumfangs in Bezug auf den Wert des Einlagegegenstands (→ unten Rn. 47). Zugleich wurden durch die Reform des § 19 Abs. 4, Abs. 5 GmbHG die **Folgen eines Verstoßes gegen die strengen Sachgründungsvorschriften** für die Gesellschafter erheblich abgemildert (→ unten Rn. 72ff.). Andererseits hat das MoMiG erstmals auch grundsätzliche **Verbote der Gründung unter Vereinbarung von Sacheinlagen** eingeführt – nämlich bei der Unternehmergeellschaft (§ 5a Abs. 2 GmbHG nF) sowie bei der im vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls gegründeten „normalen“ GmbH (unten Rn. 4a f.).

Die Neuerungen des MoMiG haben eher **geringe Auswirkungen auf die Praxis** der 4 GmbH-Gründung. Zwar mag die Einschränkung der registerrechtlichen Kontrolle der Bewertung von Sacheinlagen in manchen Fällen die Eintragung erleichtern. Bei gleichwohl vorliegenden Überbewertungen des Einlagegegenstandes bleibt es jedoch bei der Differenzhaftung des Inferenten gem. § 9 GmbHG. Keinesfalls aber darf die Normierung der „verdeckten Sacheinlage“ in § 19 Abs. 4 GmbHG und des „Hin- und Her-Zählens“ in § 19 Abs. 5 GmbHG zu der irriegen Annahme verleiten, dass derartige Vorgehensweisen nunmehr legalisiert seien. Insbesondere droht bei Verstößen gegen die Sachgründungsnormen die Strafbarkeit der Geschäftsführer wegen Gründungsschwindels gem. § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Vor einem leichtfertigen Umfang mit den Sachgründungsvorschriften ist daher dringend zu warnen.

2. Anwendungsbereich

Obwohl die Sachgründung grundsätzlich für jede GmbH erlaubt, ist sie in zwei Fällen 4a ausgeschlossen. Zum einen untersagt § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG Sacheinlagen in der **Unternehmergeellschaft**. Werden gleichwohl Sacheinlagen in der Satzung einer UG vereinbart, ist die betreffende Abrede in jedem Fall gem. § 134 BGB nichtig (näher unten Rn. 65). Ferner findet § 19 Abs. 4 GmbHG nF, der die Folgen von Verstößen gegen die für Sacheinlagen geltenden Regeln im Fall der „verdeckten Sacheinlage“ (→ Rn. 61ff.) abmildert, jedenfalls insoweit keine Anwendung.⁵ Stattdessen gelten für die UG die bisherigen Regeln (unten Rn. 63ff.), so dass § 27 Abs. 3 AktG aF im GmbH-Recht weiterhin analog gilt. Aus § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG folgert der Bundesgerichtshof zu Recht, dass eine UG generell **nicht durch Abspaltung** zur Neugründung gegründet werden könne, weil diese Gründungsform als Sachgründung zu werten sei.⁶ Unzulässig sind Sacheinlagen in der UG grundsätzlich auch im Zuge von **Kapitalerhöhungen**, solange das Stammkapital nicht die Grenze von EUR 24 999 überschreitet.⁷ Zulässig werden sie hingegen wegen Rechtsformwechsels, wenn die Gesellschaft **durch Kapitalerhöhung** gem. § 5a Abs. 5 GmbHG auf ein Stammkapital von mindestens EUR 25 000 **zur GmbH** wird.⁸

³ Regierungsbegründung MoMiG (nachw. zu diesem in der folgenden Fn. 4), BT-Drucks. 16/6140, 26 (allgemein), 39 ff. (speziell zu § 19 GmbHG nF).

⁴ BGBl. I 2026, zum Inkrafttreten vgl. Art. 25 MoMiG sowie die speziellen intertemporalen Regelungen des Art. 2 MoMiG, durch die das EGGmbH geschaffen wurde.

⁵ Heckschen, DStR 2009, 166, 171.

⁶ BGH v. 11.4.2011 – II ZB 9/10, NJW 2011, 1883 = GmbHR 2011, 701 Rn. 11 ff.

⁷ Vgl. etwa Ulmer/Paura § 5a Rn. 39; MünchKommGmbH/Rieder § 5a Rn. 25; Hessler/Strohn/Schäfer § 5a Rn. 17.

⁸ Grundlegend BGH v. 19.4.2011 – II ZB 25/1, BGHZ 189, 254 = NJW 2011, 1881 = GmbHR 2011, 699 Rn. 8 ff.; Baumbach/Hueck/Fastrich § 5a Rn. 33; Ulmer/Paura § 5a Rn. 39.

§ 9 4b–6a

2. Kapitel. Die Entstehung der Gesellschaft

- 4b** Zum anderen scheidet die Vereinbarung von Sacheinlagen bei der **Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren** gem. § 2 Abs. 1a GmbHG aus, da Ziffer 3 des jew. Musterprotokolls ausschließlich die Einbringung von Geldeinlagen vorsieht. In Bezug auf die UG handelt es sich insoweit um eine deklaratorische Wiederholung des aus § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG folgenden generellen Sacheinlagenverbots, während ein solches für im vereinfachten Verfahren gegründete GmbHs eine Ausnahme darstellt. Hinsichtlich der Verstoßfolgen zu beachten ist, dass Verletzungen der Vorgaben des Musterprotokolls aufgrund der notariellen Beurkundung jedenfalls keine Formnichtigkeit der Satzung zur Folge haben und dass daher bei Verstößen primär die Kostenprivilegierung der Gründer in Bezug auf die Notarkosten verloren geht (→ ausführlich § 8b Rn. 8). Zu bedenken ist ferner, dass in der „normalen“ GmbH mit einem Stammkapital von EUR 25 000 oder mehr die Sachgründung grundsätzlich möglich ist. Die Vereinbarung von Sacheinlagen entgegen den Vorgaben des Musterprotokolls berechtigt bei einer normalen GmbH daher das Registergericht zur Zurückweisung des Antrags wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 1a GmbHG iVm den Anhängen zum GmbHG, während die Eintragung einer UG abzulehnen ist. Eine gleichwohl eingetragene UG ist trotz Verstoßes in jedem Fall als existent anzusehen, auf sie ist § 19 Abs. 4 GmbHG entsprechend anzuwenden.

3. Erscheinungsformen, Abgrenzungsfragen, Terminologie

- 5** **a) Allgemeines.** Das GmbHG verwendet den Begriff der „Sacheinlage“, ohne ihn näher zu definieren. Es ist indes allgemein anerkannt, dass die Legaldefinition der Sacheinlage in § 27 Abs. 1 S. 1 AktG auch für das GmbH-Recht gilt, dh dass es sich bei Sacheinlagen um die Einbringung von nicht in Geld bestehenden Vermögensgegenständen gegen Gewährung von Beteiligungsrechten handelt.⁹ Im Übrigen hat sich die nachfolgende Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Formen der Sacheinlage im weiteren Sinne etabliert:¹⁰
- 6** **b) Sacheinlage im engeren Sinne.** Eine Sacheinlage i. e. S.¹¹ liegt vor, wenn der Infereint Sachen oder sonstige, nicht in Geld bestehende Vermögenswerte **unter Anrechnung auf seine Einlagenschuld** an die Gesellschaft bewirkt.
- 6a c) Sachübernahmen.** Bei der Sachübernahme vereinbaren die Gründer in der Satzung, dass die Gesellschaft von einem Gesellschafter oder einem Dritten einen Vermögensgegenstand zu erwerben hat (vgl. § 27 Abs. 1 AktG). Der Erwerb soll auf einem zusätzlich zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bzw. Dritten abzuschließenden schuldrechtlichen Geschäft beruhen. Dass eine derartige Belastung der Gesellschaft mit Erwerbsverpflichtungen überhaupt statthaft sein kann, erscheint vor dem Hintergrund des Verbotes von Verträgen zu Lasten Dritter nicht selbstverständlich. Dennoch ist die grundsätzliche **organisationsrechtliche Zulässigkeit** von Sachübernahmepflichten allgemein anerkannt und für das Aktienrecht in § 27 Abs. 1 S. 1 AktG auch gesetzlich festgeschrieben. Für die Statthaftigkeit der Sachübernahme streitet, dass die Gesellschaft ein Vehikel ihrer Gründer ist, die sie folglich auch bereits mit Belastungen ins Leben treten lassen können. Für das Aktienrecht folgt der Bedarf einer gesetzlichen Regelung der Sachübernahme aus § 76 Abs. 1 AktG: Da der Vorstand die AG (vorbehaltlich einer Konzernierung) eingeständig und weisungsunabhängig leitet, können die Gründer ihn nur durch eine Satzungsabrede zur Durchführung der Sachübernahme verpflichten. In der GmbH ergibt sich dagegen aus dem Weisungsrecht der Gesellschafter aus organisationsrechtlichen Gründen kein zwingender organisationsrechtlicher Bedarf für entsprechende Satzungsklauseln. Da Sachübernahmen jedoch die Kapitalausstattung der Gesellschaft bedrohen, unterliegen sie kapitalaufbringungsrechtlich zum Teil den für die Sacheinlage geltenden Bestimmungen, wobei wie folgt zu differenzieren ist:

⁹ Ulmer/Ulmer/Casper § 5 Rn. 35; Scholz/Veil § 5 Rn. 34.

¹⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich § 5 Rn. 16; Scholz/Veil § 5 Rn. 30ff.; Ulmer/Ulmer/Casper § 5 Rn. 35.

¹¹ Scholz/Veil § 5 Rn. 34.