Schriften zum Gesellschafts-,
Bilanz- und Unternehmensteuerrecht
Herausgegeben von Joachim Hennrichs

Ulrike Petig

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH- und Aktienrecht

Die Veränderungen durch MoMiG und ARUG

SGBU 8

PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen wurden durch das MoMiG erheblich verändert. Der durch die Rechtsprechung gewährte umfassende, absolute Schutz der realen Kapitalaufbringung wird durch die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG eingeschränkt. Dieser sieht eine Anrechnung des Vermögenswertes auf die Einlageverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen vor. Auch die Fälle des Hin- und Herzahlens haben eine gesetzliche Regelung in § 19 Abs. 5 GmbHG gefunden. Diese Arbeit setzt sich, nachdem sowohl die geschichtliche Entwicklung als auch die verfassungs- wie europarechtlichen Grundlagen dargelegt sind, mit dem Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage, seiner Behandlung durch die Rechtsprechung und die durch das MoMiG erfolgte Kodifikation auseinander. Sodann wird der Frage nachgegangen, ob sich die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG stimmig in das System des Kapitalschutzes einfügt. Die hier herausgearbeiteten „Unstimmigkeiten“ werden zum Anlass genommen, Gesellschaftergeschäfte als solche zu untersuchen. Es werden Gemeinsamkeiten, insbesondere gemeinsame Schutzrichtungen, herausgearbeitet und der Versuch unternommen, für diese eine einheitliche Regelung zu entwickeln, durch welche insbesondere die bestehenden Abgrenzungsprobleme sowie Wertungswidersprüche überwunden werden könnten.

Ulrike Petig studierte von 2002 bis 2007 Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Neben der Promotion arbeitete sie dort als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht mit dem Arbeitsschwerpunkt Gesellschaftsrecht. In der Zeit von 2009 bis 2011 absolvierte sie das Rechtsreferendariat am Landgericht Köln.

www.peterlang.de

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH- und Aktienrecht

Schriften zum Gesellschafts-, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht

Herausgegeben von Joachim Hennrichs

Band 8

PETER LANG
Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Ulrike Petig

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH- und Aktienrecht

Die Veränderungen durch MoMiG und ARUG

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2010

Umschlaggestaltung:
© Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

DOI 10.3726/978-3-653-01782-3
D 38
ISSN 1867-500X
ISBN 978-3-631-62135-6 (Print)
E-ISBN 978-3-653-01782-3 (E-Book)

© Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2012
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die großen Reformvorhaben MoMiG – das Modernisierungsgesetz zum GmbHG und zur Bekämpfung von Missbräuchen – und ARUG – das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie – haben das Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage erstmals einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Als ein von der Rechtsprechung entwickeltes und durch diese geprägtes Rechtsinstitut war es in der Vergangenheit verstärkter Kritik aus der wissenschaftlichen Literatur ausgesetzt. Mit der Fragestellung, welche Auswirkungen die Reform im GmbH-Recht auf das Aktienrecht haben würde, habe ich Ende des Jahres 2007 mit den Recherchen zu dieser Arbeit begonnen. Zwischenzeitlich zeichnete sich ab, dass der Gesetzgeber diese Frage durch eine Reform auch des Aktienrechts selber beantworten würde. Hierdurch veränderte sich meine Fragestellung in der Weise, dass ich nunmehr den Fragen nachging, ob die gesetzgeberische Lösung der Frage nach den angemessenen Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen gelungen ist und ob die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen als eine Erscheinungsform von Gesellschaftergeschäften nicht mit anderen Erscheinungsformen – wie beispielsweise dem sogenannte Hin- und Herzahlen – zu harmonisieren sein könnten.

Das Manuskript dieser Arbeit wurde im September 2010 als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln angenommen. Aktuelle Rechtsprechung und Literatur wurde im Rahmen einer Überarbeitung der Arbeit von April bis Juni 2011 eingearbeitet.

An dieser Stelle möchte ich mich bei verschiedenen Personen und Institutionen bedanken, ohne die diese Arbeit in der vorliegenden Form nicht möglich gewesen wäre.

Danken möchte ich zuvorderst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Joachim Hennrichs. Er hat mich zunächst im September 2004 als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl angestellt und mir nach meinem ersten Juristischen Staatsexamen im März 2007 die Möglichkeit geboten, bei ihm als Wissenschaftliche Mitarbeiterin zu arbeiten und die Dissertation anzufertigen. Als Wissenschaftliche Mitarbeiterin hat er mir stets interessante Themen zur Bearbeitung anvertraut, mir aber auch die erforderlichen Freiheiten zur Anfertigung dieser Arbeit gelassen. Die angenehme Arbeitsatmosphäre am Lehrstuhl hat sehr zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Daher gilt mein Dank auch dem gesamten Lehrstuhl-Team, insbesondere meinen beiden Büro-Kolleginnen Dr. Ulrike Hoffsümmer und Gudrun von der Laage.

Der Zweitgutachterin dieser Arbeit, Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald, möchte ich nicht nur für die Übernahme und äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken, sondern auch dafür, dass sie mit ihrem Themenvorschlag den Anstoß zu dieser Arbeit gab und mir durch wissenschaftliche Diskussionen über das Thema helfend zur Seite stand.

Besonders danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Jens-Peter Meincke, der mich in meiner Zeit am Lehrstuhl immer sehr unterstützt hat. Ich danke ihm für die vielen Gespräche, die aufmunternden Worte und sein unnachlässiges Interesse für die Rechtswissenschaften, die Lehre allgemein und mein persön-

liches Vorankommen mit der Arbeit, das mir immer wieder neue Kraft und Ansporn gegeben hat.

Weiterer Dank gilt der Friedrich-Ebert-Stiftung, die mich nicht nur als Studentin, sondern auch im Rahmen meiner Promotion als Stipendiatin gefördert und unterstützt hat. Hierdurch hatte ich die Möglichkeit, neben Studium und Promotion so manches Mal über den juristischen Tellerrand hinauszublicken und darüber hinausgehende Erfahrungen zu machen.

Aus meinem privaten Umfeld habe ich ebenfalls viel Unterstützung und Förderung erhalten. Ich danke all meinen Freunden, die mir durch aufbauende Worte, Diskussionen und Korrekturlesen zur Seite standen.

Schließlich gilt jedoch mein größter Dank meiner Familie, meinen Schwestern Andrea und Christiane, meinen Brüdern Ingo und Dennis sowie meinen Eltern Maria Elisabeth Johanna und Paul Bernd Petig, die mich in meinem Wunsch, Jura zu studieren sowie promovieren zu wollen, immer unterstützt und darin bekräftigt haben.

Ulrike Petig

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XV
Einleitung 1
Gang der Darstellung 6
Kapitel 1: Das System der Kapitalaufbringung in der Kapitalgesellschaft 7
A. Das feste Kapital als Korrelat zur Haftungsbeschränkung 8
B. Die Funktionen des gesetzlichen Mindestkapitals 9
C. Die Absicherung des festen Kapitals durch Kapitalaufbringungsrecht 9
I. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung 10
II. Die Möglichkeiten der Kapitalaufbringung 10
1.) Die Kapitalaufbringung durch Bareinlagen 10
2.) Die Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen 11
a) Die Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen im Aktienrecht 11
aa) Die historische Entwicklung der Sacheinlagekautelen im Aktienrecht 11
bb) Die Vorgaben durch die 2. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie 15
cc) Das Sacheinlagerecht 15
(1) Die Publizitäts- und Prüfungspflichten 15
(a) Die Neugründung einer Aktiengesellschaft 16
(b) Die Sachkapitalerhöhung 18
(2) Kodifizierter Umgehungsschutz sowie Schutz der ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung 18
b) Die Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen im GmbH-Recht 20
aa) Die historische Entwicklung der Sacheinlagekautelenim GmbH-Recht 20
bb) Die Sachgründung im GmbH-Recht 23
(1) Die Publizitäts- und Prüfungspflichten 23
(2) Kodifizierter Umgehungsschutz 24
c) Zwischenergebnis 24
d) Der Schutzzweck der Sacheinlagekautelen 25
III. Ergebnis 26
Kapitel 2: Verdeckte Sacheinlagen als einheitliches Regelungsproblem - Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage bis MoMiG und ARUG 29
A. Umgehungsmöglichkeiten 29
B. Definition der verdeckten Sacheinlage 30
C. Die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage 30
I. Sacheinlagefähigkeit 30
II. Zeitlicher und sachlicher Zusammenhang 32
III. Das Erfordernis eines Gestaltungswillens 33
IV. Abgrenzung von bloßen Umsatzgeschäften 34
D. Die Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage 35
I. Das Hin- und Herzahlen gegen die Übertragung von Vermögensgegenständen 35
II. Die Einbringung einer Altforderung gegen die Gesellschaft 36

III. Rechtsgeschäfte unter Einschaltung Dritter 37
IV. Das Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren 38
E. Die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen nach der Lehre von der verdeckten Sacheinlage 39
I. Die Rechtsfolgen im Aktienrecht bis zum ARUG 39
1.) Keine Erfüllungswirkung der Geldleistung 39
2.) Rückforderung des Geleisteten 40
3.) Die verdeckte Sacheinlage bei der Kapitalerhöhung 42
4.) Zwischenergebnis 42
II. Die Rechtsfolgen im GmbH-Recht bis zum MoMiG 42
III. Zwischenergebnis 44
F. Abgrenzung vom Hin- und Herzahlen 45
I. Tatbestand 45
II. Rechtsfolge bis MoMiG 45
III. Gemeinsamkeiten mit und Unterschiede gegenüber dem Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage 46
G. Die Kritik an der Lehre von der verdeckten Sacheinlage 49
H. Ergebnis 55
Kapitel 3: Vorgaben durch das EU-Recht 57
A. Vorgaben durch die Kapitalrichtlinie 57
I. Rechtsgrundlage und Regelungsziel 57
II. Die Vorgaben der für die Kapitalaufbringung maßgeblichen Normen ..58
B. Vereinbarkeit einer Abschwächung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen mit der Kapitalrichtlinie 59
I. Meinungsstand bis zum ARUG: Vereinbarkeit der deutschen Rechtsprechung zum Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage mit der Kapitalrichtlinie 59
II. Folgt aus der Kapitalrichtlinie das Gebot eines nationalen Umgehungsschutzes? 60
III. Intensität des aus der Kapitalrichtlinie folgenden Umgehungsschutzes 63
C. Ergebnis 65
Kapitel 4: Vorgaben durch die Verfassung 67
A. Maßstab: Art. 3 Abs. 1 GG 67
I. Vergleichsgruppen: Gesellschafter der AG und GmbH im Bereich der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen 67
II. Die durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtssetzungsgleichheit 68
B. Ergebnis 72
Kapitel 5: Die verdeckte Sacheinlage im GmbH-Recht nach dem MoMiG 73
A. Die Zielsetzung des MoMiG 73
B. Die Neubestimmung der verdeckten Sacheinlage durch das MoMiG 76
I. Die Vorschläge zur Regelung der Rechtsfolgen aus der Literatur 76
1.) Anpassung an die Kommanditistenhaftung 76
2.) Die Einführung einer Differenzhaftung 78

3.) Die Anrechnungslösung 79
II. Die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG 80
III. Der Tatbestand des § 19 Abs. 4 GmbHG 80
1.) Überblick/ Definition des Begriffs der verdeckten Sacheinlage 80
2.) Bewertung 81
IV. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten – Einordnung in das System der Kapitalaufbringung 82
1.) Die Leistung zur freien Verfügung des Geschäftsführers 82
2.) Das Hin- und Herzahlen im Sinne des § 19 Abs. 5 GmbHG 82
a) Voraussetzungen des Hin- und Herzahlens 82
b) Rechtsfolge 83
c) Verhältnis zu § 19 Abs. 4 GmbHG 83
3.) Die Regelung des § 30 GmbHG 87
a) Das Novemberurteil des BGH 87
b) Die Regelung des § 30 Abs. 1 GmbHG nach dem MoMiG 89
4.) Beispielsfälle 90
a) Sachverhalte 90
b) Lösung der Fälle nach dem MoMiG 91
aa) Fall 1: Verdeckte Sacheinlage 91
bb) Fall 2: Hin- und Herzahlen 91
cc) Fall 3: Kapitalaufbringung, §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG - Kapitalerhaltung, § 30 GmbHG 92
dd) Fall 4: Kapitalerhaltung 94
5.) Stellungnahme 94
V. Die Rechtsfolgen des § 19 Abs. 4 GmbHG 97
1.) Das Weiterbestehen der Einlagepflicht 97
2.) Die Anrechnung des Wertes des Vermögensgegenstandes, § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG 98
3.) Wirksamkeit der verdeckt vorgenommenen Rechtsgeschäfte 99
4.) Wirkungsweise und Probleme der Neuregelung 100
a) Rechtslage vor der Eintragung der Gesellschaft 100
b) Rechtslage ab Eintragung der Gesellschaft 101
aa) Rechtsdogmatische Einordnung der Anrechnungslösung 101
(1) Leistung an Erfüllungs Statt 102
(2) Verrechnungsähnliches Erfüllungssurrogat eigener Art 102
(3) Verdeckte, verschleierte Erfüllungslösung 103
(4) Gedanke der Vorteilsausgleichung 103
(5) Stellungnahme 105
bb) Der Bereicherungsanspruch des Gesellschafters 106
(1) Zahlung der Gesellschaft als Tilgung der Bereicherungsschuld 107
(2) Wirksamkeit der Sacheinlage 107
(3) Erfüllungswirkung der Geldzahlung 108
(4) Entreicherung der Gesellschaft 108
(5) Kein Bereicherungsanspruch 109

(6) § 19 Abs. 4 GmbHG lex specialis gegenüber dem Bereicherungsrecht 110
(7) Bereicherungsanspruch teleologisch gesperrt? 110
(8) Stellungnahme 110
c) Mängel des Verkehrsgeschäfts 112
d) Gemischte verdeckte Sacheinlage 113
e) Aufgabe des beabsichtigten Verkehrsgeschäfts 113
f) Praktische Schwierigkeiten der Beweislastregel 114
VI. Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 EGGmbHG 114
1.) Vereinbarkeit mit Art. 20 Abs. 3 GG 115
a) Probleme mit der Rückwirkungsanordnung 115
b) Auslegung der Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG 116
c) Durch die Rückwirkung „betroffen" 117
aa) Die unbeschränkte Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO 118
bb) Die Kosten des Rechtsstreits 118
d) Beurteilungsmaßstab 119
aa) Differenzierung zwischen echten und unechten Rückwirkungen 121
bb) Echte Rückwirkung 123
cc) Unechte Rückwirkung 125
dd) Bewertung 125
2.) Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG 126
3.) Ergebnis 127
VII. Rechtspolitische Bewertung 127
1.) Die Wahrung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung 128
2.) Anreiz zur Einhaltung der Sacheinlagekautelen 129
a) Die Verpflichtung zur Ablehnung der Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister 130
b) Die Beweislastregelung des § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG 131
c) Die Regelungen der §§ 9a, 43, 82 GmbHG 132
3.) Die Schutzinteressen der Mitgesellschafter 133
4.) Die Gewährleistung von mehr Rechtssicherheit 134
C. Ergebnis 135
Kapitel 6: Die verdeckte Sacheinlage im Aktienrecht nach dem ARUG 137
A. Die Ziele des ARUG 137
B. Die Deregulierung der Kapitalrichtlinie 137
C. Die Regelung der verdeckten Sacheinlagen in § 27 Abs. 3 AktG durch das ARUG 138
I. Diskussion bis zur Veränderung des AktG durch das ARUG 138
1.) Gesetzgeber 138
2.) Rechtsprechung: Die Entscheidungen Lurgi und Rheinmöve 139
3.) Literatur 140
4.) Stellungnahme 141

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rückwirkung, § 20 Abs. 7 EGAktG 146
III. Die Regelung des § 27 Abs. 3 AktG n.F. 146
IV. Vereinbarkeit des § 27 Abs. 3 AktG mit der Kapitalrichtlinie 147
V. Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte 148
VI. Systematisches Verhältnis zu den Regelungen des AktG 148
1.) § 134 AktG – Das Stimmrecht 148
2.) § 60 AktG – Der Dividendenanspruch 150
3.) Bewertung: Stimmigkeit mit anderen aktienrechtlichen Regelungen 151
a) § 71a Abs. 1 S. 1 AktG – Das Verbot der „financial assistance" 151
b) Fehlende Auseinandersetzung mit der Problematik des Bereicherungsanspruchs 154
4.) Heilungsmöglichkeit 154
D. Regelung des Hin- und Herzahlens in § 27 Abs. 4 AktG n.F. 155
E. Ergebnis 155
Kapitel 7: Verdeckte Sacheinlagen in der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) 157
A. Das Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG 158
I. Sinn und Zweck des Sacheinlageverbots 158
II. Sacheinlageverbot auch bei Kapitalerhöhungen? 159
1.) Geltung des Sacheinlageverbots bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister 160
2.) Geltung nur bis zur Schwelle zur regulären GmbH 160
3.) Keine Anwendung des Sacheinlageverbots 160
4.) Rechtsprechung 161
5.) Stellungnahme 162
III. Einbringung eines Einzelunternehmens in die UG 163
1.) Gründung einer UG mit anschließender Kapitalerhöhung 163
2.) Umwandlungsrechtliche Möglichkeiten 163
3.) Einstellung in die Kapitalrücklage der UG 165
4.) Anwachsungsmodell 165
IV. Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen 166
1.) Unmöglichkeit verdeckter Sacheinlagen 166
2.) Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG 166
3.) Fortgeltung der „alten Rechtsprechungsregeln" 167
4.) Stellungnahme 168
B. Ausblick 169
Kapitel 8: Überlegungen de lege ferenda 171
A. Umgehungsschutz über § 52 AktG sowie § 57 AktG 171
I. Spannungsverhältnis zu § 71a Abs. 1 S. 1 AktG – Das Verbot der financial assistance 172
II. § 57 AktG als Maßstab für verdeckte Sacheinlagen 172
III. Bewertung 173
B. Schaffung einer Regelung für Gesellschaftergeschäfte 173

I. Teleologischer Begründungsansatz 176
II. Anforderungen an eine tatbestandliche Ausgestaltung 176
1.) 7Grundsatz der Zulässigkeit von Gesellschaftergeschäften - Erforderlichkeit eines Drittvergleichs 176
a) Durchführung eines Drittvergleichs 177
b) Beurteilungsspielraum des Vorstands/ des Geschäftsführers 179
2.) Bilanziell neutrale Rechtsgeschäfte 179
3.) Erfordernis einer betrieblichen Rechtfertigung 180
4.) Erforderlichkeit eines subjektiven Erfordernisses 181
5.) Einbeziehung von Leistungen an Dritte 181
III. Rechtsfolge: Anordnung einer Differenzhaftung 182
IV. Sonstige Rechtsfolgen 183
1.) Haftung des Vorstands 183
2.) Transparenz 184
3.) Information und Mitwirkungsmöglichkeit der übrigen Gesellschafter 186
V. Für und Wider – Rechtspolitische Bewertung 191
1.) Vereinbarkeit mit der Kapitalrichtlinie 191
2.) Signifikante Absenkung des Gläubigerschutzniveaus? 193
3.) Vereinfachung der Rechtslage 195
4.) Überwindung dogmatischer Schwierigkeiten 195
VI. Formulierungsvorschlag und abschließende Bewertung 196
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform 201
Literaturverzeichnis 203

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv der civilistischen Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bungesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drs.	Bundesrat-Drucksache
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwaltsverein

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitung (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DR	Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DstRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbHStB	Der GmbH-Steuer-Berater (Zeitschrift)
grds.	grundsätzlich
GS	Gedenkschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
MittBayNot	Mitteilungen des bayerischen Notarvereins
m.N.	mit Nachweisen
MoMiG	Das Modernisierungsgesetz zum GmbHG und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Prof.	Professor
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
RStBl.	Reichssteuerblatt
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte(r)
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Stbg	Steuerberatung (Zeitschrift)
StBP	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)
StuB	Steuern und Bilanzen (Zeitschrift)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
u.a.	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom
Verh.	Verhandlung(en)
Vfg.	Verfügung
vgl.	vergleiche

WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen zählen zu den am meisten diskutierten Rechtsfragen der letzten Jahre im Kapitalgesellschaftsrecht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es durch die beiden großen Gesetzgebungsverfahren MoMiG[1] und ARUG[2] erstmals zu einer Kodifikation des durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage gekommen ist und sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden hat, die zu nicht bloß unerheblichen Änderungen in der Handhabung dieses Rechtinstituts führen muss(te). Auch die Rechtsprechung hatte sich mit diesem Sachkomplex auseinander zu setzen.[3] Dass gleich vier[4] der ergangenen Entscheidungen Aufnahme in die amtliche Entscheidungssammlung des BGH gefunden haben, zeigt deren Bedeutung für Praxis und Wissenschaft.

Das Zivilrecht geht von dem Gedanken der Privatautonomie aus, welcher seinerseits den Grundsatz der Vertragsfreiheit beinhaltet. Dieser besagt, dass ein jeder frei ist, ob, mit wem und zu welchen Konditionen er Verträge abschließt. Da jede Vertragspartei beim Vertragsschluss ihre eigenen Interessen verfolgt und diese regelmäßig gegenläufig zu denjenigen der anderen Partei sind, wird davon ausgegangen, dass aus den Vertragsverhandlungen ein „fairer" Vertrag hervorgeht.[5] Zu Durchbrechungen dieses Grundsatzes kommt es jedoch in Fällen, in denen der Gesetzgeber von der Unterlegenheit der einen bzw. der Überlegenheit der anderen Vertragspartei ausgeht sowie in solchen Fällen, in denen nicht allein die Interessen der Vertragsparteien in Rede stehen, sondern sogleich die Interessen Dritter betroffen sind. In diesen Fällen ist es Aufgabe von Gesetzgebung und Rechtsprechung, einen angemessenen Ausgleich zu schaffen, um so die Berücksichtigung der Drittinteressen hinreichend sicher zu stellen. Im Kapitalgesellschaftsrecht ist ein klassischer Fall der potentiellen Beeinträchtigung von Drittinteressen derjenige der so genannten Gesellschaftergeschäfte. Ein solches liegt vor, wenn auf der einen Seite des Rechtsgeschäfts die Gesellschaft, auf der anderen Seite einer ihrer Gesellschafter tätig wird. In diesen Fällen werden neben den Interessen der Gesellschaft und dem Gesellschafter regelmäßig auch die Interessen der übrigen Gesellschafter sowie diejenigen der Gläubiger der Gesellschaft berührt. Auch ver-

---

1 Das Modernisierungsgesetz zum GmbHG und zur Bekämpfung von Missbräuchen: BT-Drs. 16/6140 v. 25.7.2007; BGBl. I, S. 2026.

2 Das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, BR-Drs. 512/09 vom 29.05.2009; BT-Drs. 16/13098; BGBl. I, S. 2479.

3 BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 ff. (Lurgi), BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 = BGHZ 175, 265 = NZG 2008, 425 (Rheinmöve), BGH, Urt. v. 11.5.2009 – II ZR 137/08 = DB 2009, 1285 (Lurgi II), BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 = BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713 (Qivive), BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 = WM 2009, 1574 (Cash-Pool II).

4 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 = BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713 (Qivive), BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 = BGHZ 182, 103 (Cash-Pool II); BGH, Urt. v. 01.02.2010 – II ZR 173/08 (EUROBIKE) = BGHZ 184, 158 ff.; BGH, Urt. v. 22.03.2010 – II ZR 12/08 (ADCOCOM) = BGHZ 185, 44 ff.

5 Vgl. *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 25.

deckte Sacheinlagen sind als Gesellschaftergeschäfte in diesem Sinne zu qualifizieren. Sie bedürfen daher einer Regulierung. Bei einer Regulierung durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung besteht die Gefahr einer Überregulierung. Die Rechtsprechung sah sich im Bereich der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen lange Zeit von Teilen der Lehre dem Vorwurf einer solchen Überregulierung ausgesetzt. Die Rechtsprechung wurde mit folgender Sachlage konfrontiert:

Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft kann ebenso wie das Stammkapital einer GmbH durch Bar- sowie Sacheinlagen erbracht werden. Da der Wert der Sacheinlagen nicht ohne weiteres erkennbar ist, sehen Aktien- und GmbH-Recht Prüfungs- sowie Publizitätspflichten bei deren Aufbringung vor. Geschützt werden hierdurch zum einen die Gläubiger der Gesellschaft, zum anderen die übrigen Gesellschafter.[6]

Nicht zuletzt die Gründungsprüfung sowie die Überprüfung durch das Registergericht kosten Zeit und Geld. Um sich dieses zu ersparen, aber oftmals auch aufgrund unzutreffender „Parallelwertung in der Laiensphäre"[7], wählen Gesellschaftsgründer einen anderen Weg: Sie bringen Geld als Bareinlage in die Gesellschaft ein; von diesem kauft die Gesellschaft sodann vom Gesellschafter den „Vermögensgegenstand"[8], der andernfalls als Sacheinlage eingebracht worden wäre. Rechtsprechung und Literatur sehen hier die Gefahr, dass dem Gesellschafter ein unangemessen hoher Kaufpreis gezahlt wird und es letztlich nicht zu einer realen Kapitalaufbringung kommt. Als Antwort auf dieses *„Umgehungsgeschick einiger Gesellschafter"* entwickelten Rechtsprechung und Lehre das Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage.[9] Eine solche soll vorliegen, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammen-

---

6 *Pentz*, in: MüKo AktG, § 27 Rn. 84; *Bayer*, ZIP 1998, 1985 (1985); *Dauner-Lieb*, AG 2009, 217 (217); *Schöpflin*, GmbHR 2003, 57 (58); *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128 (131); *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 26 Rn. 62

7 *Grunewald*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23.1.2008; *Markwardt*, BB 2008, 2414 (2414).

8 Hierunter kann bspw. auch die Einbringung von Forderungen oder Patenten fallen.

9 Vgl. hierzu nur: BGH, Urt. v. 15.1.1990 – II ZR 164/88 = BGHZ 110, 47 (Konkurs IBH/Lemmerz); BGH, Urt. v. 18.2.1991 – II ZR 104/90 = BGHZ 113, 335 = NJW 1991, 1754 ff.; BGH, Urt. v. 13.4.1992 – II ZR 277/90 = BGHZ 118, 83 (Konkurs BuM); BGH, Urt. v. 5.4.1993 – II ZR 195/91 = BGHZ 122, 180 = NJW 1993, 1983 ff.; BGH, Urt. v. 4.3.1996 – II ZR 89/95 = BGHZ 132, 133 = NJW 1996, 1286; BGH, Urt. v. 18.9.2000 – II ZR 365/98 = BGHZ 145, 150 = GmbHR 2000, 1198; BGH, Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 235/01 = BGHZ 155, 329 = GmbHR 2003, 1051; BGH, Urt. v. 20.11.2006 – II ZR 176/05 = BGHZ 170, 47 (51) = BB 2007, 458 (459); BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 ff (Lurgi); BGH, Urt. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06 = NZG 2008, 311 ff.; BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 = NZG 2008, 425 (Rheinmöve); OLG Köln, Urt. v. 2.2.1999 – 22 U 116/98 = GmbHR 1999, 663 f.; OLG Brandenburg, Urt. v. 1.7.1998 – 7 U 17/98 = GmbHR 1998, 1033 f.

hang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll.[10]

Nach der ständigen Rechtsprechung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs[11] war dieser Vorgang nicht geeignet, die Einlagepflicht des Gesellschafters zu erfüllen. Vielmehr bestand diese – unabhängig vom Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes – in voller Höhe fort. Auf das zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getätigte Rechtsgeschäft wurde § 27 Abs. 3 S. 1 AktG a.F. (analog[12]) angewendet. Sie waren unwirksam, so dass der Gesellschaft hinsichtlich des an den Gesellschafter gezahlten Geldes und dem Gesellschafter hinsichtlich des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstandes Rückabwicklungsansprüche zustanden. Diese – zumindest auf den ersten Blick – konsequent[13] erscheinende Rechtsfolge erlangte ihre Dramatik dadurch, dass verdeckte Sacheinlagen regelmäßig erst in der Insolvenz der Gesellschaft vom Insolvenzverwalter aufgedeckt wurden. Diesen freute es, die Insolvenzmasse durch Einforderung der vereinbarten Bareinlage mehren zu können. Der Gesellschafter war hingegen oftmals überrascht und erlebte die „katastrophale" Konsequenz: Stand ihm gegen die Gesellschaft ein Anspruch aus § 985 BGB zu, konnte er den verdeckt eingelegten Vermögensgegenstand mittels Aussonderungsrecht gem. § 47 S. 1 InsO zurückfordern und musste „nur" den inzwischen eingetreten Wertverlust tragen; stand ihm ein solcher Anspruch – wie dies regelmäßig der Fall war – nicht (mehr) zu, musste er mit ansehen, dass sein Bereicherungsanspruch regelmäßig zur wertlosen Insolvenzforderung wurde. Er erlangte von der Gesellschaft nahezu nichts zurück, musste aber die Einlagepflicht voll erfüllen. War der verdeckt eingelegte Gegenstand werthaltig, leistete der Gesellschafter wirtschaftlich betrachtet doppelt.

Diese „katastrophale"[14] Rechtsfolge hinnehmend, unterstützten Lehre und Literatur den BGH lange Zeit. Ende der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts wurde erstmals Kritik[15] an dieser Rechtsprechung geäußert. Diese Kritik fand in der Folgezeit immer mehr Zuspruch.[16] Dem BGH wurde vorgeworfen,

---

10 St. Rspr., zuletzt: BGH, Urt. v. 22.03.2010 – II ZR 12/08 (ADCOCOM) = NJW 2010, 1948 ff.; BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 = WM 2009, 1574 (Cash-Pool II); BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 = BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713; BGH, Urt. v. 20.11.2006 – II ZR 176/05 = BGHZ 170, 47 = BB 2007, 458 (459); BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 (1753); BGH, Urt. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06 = NZG 2008, 311 f.; BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 = NZG 2008, 425 (426).

11 Bis zum MoMiG sowie ARUG.

12 Die Vorschrift des § 27 Abs. 3 S. 1 AktG a.F. wurde auf die GmbH analog angewendet, BGH, Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 235/01 = BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127.

13 *Dauner-Lieb*, AG 2009, 217 (219).

14 *Lutter*, in: FS Stiefel, S. 505 (S. 517).

15 *Bergmann*, AG 1987, 57 ff.; *Loos*, AG 1989, 381; *Meilicke*, Die verschleierte Sacheinlage; ders., DB 1989, 1067 ff.; ders., DB 1989, 1119 ff.; ders., GmbHR 1989, 411 ff.; *Roth*, NJW 1991, 1913; *Wilhelm*, ZHR 152 (1988), 333.

16 *Brandner*, in: FS Boujong, S. 37 (38); *Einsele*, NJW 1996, 2681 (2688), Gesell, BB 2007, 2241 (2245); *Grunewald*, GesellR, 6. Aufl., S. 241; dies., in: FS Rowedder, S. 111 (114 ff.); dies., WM 2006, 2333 (2335 f.); *Heidenhain*, GmbHR 2006, 455; *Karsten*, GmbHR 2006, 57 (61);