

Timm Jordans

Die verdeckte Sacheinlage und die verdeckte Finanzierung nach dem MoMiG

Timm Jordans

Die verdeckte Sacheinlage und die verdeckte Finanzierung
nach dem MoMiG.

Zugl. Univ.Diss., Köln 2011

© Tectum Verlag Marburg, 2011

ISBN 978-3-8288-5438-3

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der
ISBN 978-3-8288-2745-5 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind
im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

W. J.

Vorwort

Die Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2010/2011 als Dissertation vor. Für die Veröffentlichung wurde die Rechtsprechung und Literatur bis Mai 2011 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb für die engagierte Betreuung und die hilfreichen Ratschläge, mit denen sie mir wertvolle Anregungen für die Erstellung meiner Arbeit gegeben hat. Ebenso möchte ich mich bei Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald für die äußerst schnelle Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Danken möchte ich auch Herrn Rechtsanwalt Dr. Tim O. Vogels, für den ich mehrere Jahre neben meiner Doktorarbeit als Rechtsanwalt tätig war und der mir ebenso mit Ratschlägen zur Seite stand.

Köln, im Mai 2011

Timm Jordans

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
Kapitel 1: Grundlagen der Kapitalaufbringung	7
A. Funktionen des Stammkapitals	7
B. Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	12
C. Formen der Kapitalaufbringung	13
D. Kapitalaufbringung bei der Gründung	17
Kapitel 2: Die verdeckte Sacheinlage.....	29
A. Grundlagen.....	29
B. Entstehungsgeschichte	33
C. Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage.....	38
D. Die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG	41
I. Überblick über den Regelungsinhalt.....	41
II. Anwendungsbereich	42
III. Tatbestand	46
IV. Rechtsfolgen	72
V. Beweislast	155
E. Die verdeckte Sacheinlage in der Unternehmersgesellschaft	164
F. Die verdeckte Sacheinlage im vereinfachten Verfahren	170
Kapitel 3: Die verdeckte Finanzierung	173
A. Einführung.....	173
B. Entstehungsgeschichte	176
C. Die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG	183
I. Überblick über den Regelungsinhalt.....	183
II. Normzweck	184
III. Tatbestand	187
IV. Rechtsfolgen	245

V.	Beweislast	272
D.	Die verdeckte Finanzierung in der Unternehmergesellschaft und im vereinfachten Verfahren.	273
Kapitel 4: Übergangsvorschriften		275
A.	Anwendungsbereich	275
B.	Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 EGGmbHG	275
C.	Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 EGGmbHG.....	285
D.	Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsfolgen	290
E.	Kosten des Rechtsstreits.....	291
Kapitel 5: Zusammenfassende Würdigung		293
Literaturverzeichnis.....		307

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Darstellung der Problematik	1
B. Gang der Darstellung	4
Kapitel 1: Grundlagen der Kapitalaufbringung	7
A. Funktionen des Stammkapitals	7
I. Keine Gläubigerschutzfunktion	7
II. Seriositätssignal	9
III. Finanzierungsfunktion und Überschuldungsschutz	11
IV. Ergebnis.....	11
B. Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	12
C. Formen der Kapitalaufbringung	13
I. Bareinlage	13
II. Sacheinlage	13
III. Sachübernahme.....	15
IV. Gemischte Sacheinlage	16
V. Mischeinlage.....	17
D. Kapitalaufbringung bei der Gründung	17
I. Reguläres Gründungsverfahren.....	17
1. Allgemeine Gründungsvoraussetzungen	18
a. Leistung der Mindesteinlagen	18
b. Versicherung der Leistung zur endgültig freien Verfügung.....	18
c. Prüfung durch das Registergericht	19
d. Kein Erfordernis einer staatlichen Genehmigung	19
2. Besondere Sacheinlagevoraussetzungen.....	20
a. Festsetzung in der Satzung.....	20
b. Sachgründungsbericht	21
c. Einbringung der Sacheinlage	22
d. Prüfung durch das Registergericht	22

II.	Vereinfachtes Gründungsverfahren.....	23
III.	Sanktionen bei fehlerhafter Anmeldung	24
1.	Verfahrensmängel	24
2.	Differenzhaftung	25
3.	Gründerhaftung.....	25
4.	Strafandrohung.....	26
IV.	Besonderheiten der Einpersonen-GmbH.....	26

Kapitel 2: Die verdeckte Sacheinlage..... 29

A.	Grundlagen	29
I.	Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage	29
II.	Motive für die Umgehung der Sacheinlagevorschriften.....	30
B.	Entstehungsgeschichte	33
I.	Rechtslage vor dem Inkrafttreten des MoMiG	33
II.	Kritik an der Lehre von der verdeckten Sacheinlage	35
III.	Heilung der verdeckten Sacheinlage.....	36
IV.	Gesetzgebungsverfahren.....	37
C.	Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage.....	38
I.	Sacheinlage als Gegenstand eines fingierten Verkehrsgeschäfts.....	39
II.	Einbringung einer Forderung als Bareinlage	39
III.	Abgrenzung von den Fällen der verdeckten Finanzierung	40
D.	Die Regelung des § 19 Abs. 4 GmbHG.....	41
I.	Überblick über den Regelungsinhalt.....	41
II.	Anwendungsbereich.....	42
1.	Sacheinlagefähigkeit	42
2.	Mindest- und Resteinlagen.....	45
III.	Tatbestand	46
1.	Legaldefinition der verdeckten Sacheinlage.....	46
2.	Objektive Tatbestandsvoraussetzungen.....	47
a.	Wirtschaftliche Entsprechung.....	47

aa.	Umgehungshandlungen.....	48
(1)	Verrechnung.....	48
(2)	Hin- und Herzahlen	49
(3)	Her- und Hinzahlen	50
(4)	Zwischenergebnis.....	50
bb.	Exkurs: Aufrechnung	50
(1)	Aufrechnung durch den Gesellschafter	51
(2)	Aufrechnung durch die Gesellschaft.....	53
(3)	Aufrechnungsvertrag.....	55
cc.	Konkretisierung der wirtschaftlichen Entsprechung.....	55
(1)	Austauschbarkeit der Vorgänge	56
(2)	Übereinstimmung von Einlagebetrag und Höhe der Gegenleistung	57
(3)	Identität zwischen eingezahlten und zurückgeflossenen Mitteln.....	58
(4)	Vertretbare und unvertretbare Sachen.....	59
(5)	Stellungnahme	60
b.	Kein Erfordernis eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs	61
c.	Drittbeteiligung	63
3.	Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen	64
a.	Vorherige Abrede.....	64
aa.	Parteien der Abrede	64
bb.	Inhalt der Abrede.....	65
cc.	Zeitpunkt der Abrede	66
b.	Beweislast der Abrede.....	67
aa.	Beweislastumkehr.....	67
(1)	Zeitlicher Zusammenhang.....	69
(2)	Sachlicher Zusammenhang.....	70
bb.	Keine Beweislastumkehr bei gewöhnlichen Umsatzgeschäften.....	71
IV.	Rechtsfolgen	72
1.	Haftung des Gesellschafters	72
a.	Zivilrechtliche Sanktionen	73

aa.	Rechtslage vor der Handelsregistereintragung	73
bb.	Rechtslage nach der Handelsregistereintragung	74
(1)	Theorie von der Umgestaltung der Rechtsverhältnisse	76
(2)	Theorie von der Vorteilsausgleichung	78
(3)	Theorie von der Vergleichbarkeit mit der offenen Sachübernahme	80
(4)	Theorie von der Erfüllungswirkung der Anrechnung	82
(5)	Theorie von der Manifestation des Bereicherungsanspruchs	87
(6)	Entreicherungstheorie	89
(7)	Stellungnahme	92
(a)	Annäherung an das Haftsystem der Kommanditgesellschaft	95
(aa)	Höhe des haftenden Kapitals	96
(bb)	Überprüfung der Kapitalaufbringung .	97
(cc)	Behördliche Genehmigungen	98
(dd)	Sacheinlagen	99
(ee)	Einlagenrückgewähr	100
(ff)	Aufrechnung	102
(gg)	Bewertung	104
(b)	Rechtsnatur der Anrechnungslösung.	108
(c)	Rechtsfolgen der Anrechnung	111
cc.	Auswirkungen der Anrechnungslösung auf verschiedene Fallvarianten der verdeckten Sacheinlage	113
(1)	Einbringung einer vollwertigen verdeckten Sacheinlage	113
(2)	Verdeckte gemischte Sacheinlage mit überhöhtem Kaufpreis	115
(3)	Verdeckte Mischeinlage mit angemessenem Kaufpreis	120
(4)	Verdeckte Mischeinlage mit überbewertetem Kaufpreis	124

(5)	Verdeckte Sacheinlage mit unterbewerteten Kaufpreis	128
(6)	Ergebnis.....	130
dd.	Zeitpunkt der Anrechnung.....	131
ee.	Zeitpunkt der Wertbestimmung	132
b.	Strafrechtliche Sanktionen	132
aa.	Strafbarkeit wegen Gründungsschwindels ...	132
(1)	Tätereigenschaft des Gesellschafters	132
(2)	Objektiver Tatbestand.....	134
(3)	Subjektiver Tatbestand	135
(4)	Stellungnahme	135
bb.	Strafbarkeit wegen Kapitalerhöhungsschwindel	136
cc.	Zwischenergebnis	136
c.	Heilung der verdeckten Sacheinlage	137
aa.	Erforderlichkeit der Heilung nach dem MoMiG	137
bb.	Voraussetzungen der Heilung.....	139
cc.	Rechtsfolgen der Heilung.....	141
2.	Haftung des Geschäftsführers.....	142
a.	Zivilrechtliche Sanktionen.....	142
aa.	Haftung gemäß § 9a Abs. 1 GmbHG	142
bb.	Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG	143
cc.	Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 82 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GmbHG ...	146
b.	Strafrechtliche Sanktionen	147
aa.	Objektiver Tatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG	147
bb.	Subjektiver Tatbestand des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG	150
c.	Zwischenergebnis	150
3.	Haftung der Mitgesellschafter.....	151
a.	Zivilrechtliche Sanktionen.....	151
aa.	Haftung gemäß § 9a Abs. 1 GmbH.....	151

bb.	Haftung gemäß § 24 GmbHG	152
b.	Strafrechtliche Sanktionen	152
4.	Rechtsschutzmöglichkeiten der Mitgesellschafter.....	153
V.	Beweislast	155
1.	Beweislast für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage	155
2.	Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes	156
a.	Schwierigkeiten bei der Wertfeststellung	156
b.	Wertgutachten	158
3.	Prozessuale Möglichkeiten	160
a.	Selbständiges Beweisverfahren.....	160
b.	Feststellungsklage	161
4.	Zwischenergebnis.....	163
E.	Die verdeckte Sacheinlage in der Unternehmergesellschaft	164
I.	Theorie von der Nichtanwendbarkeit des § 19 Abs. 4 GmbHG auf die UG	165
II.	Theorie von der Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 GmbHG auf die UG	167
III.	Stellungnahme	169
F.	Die verdeckte Sacheinlage im vereinfachten Verfahren	170
Kapitel 3: Die verdeckte Finanzierung		173
A.	Einführung	173
I.	Die Problematik der verdeckten Finanzierung.....	173
II.	Begriffsbestimmung	175
B.	Entstehungsgeschichte	176
I.	Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des MoMiG	176
1.	Tatbestand der verdeckten Finanzierung.....	176
2.	Rechtsfolgen der verdeckten Finanzierung	179
II.	Gesetzgebungsverfahren.....	180
1.	Referentenentwurf	180

2.	Regierungsentwurf	181
3.	Endfassung	182
C.	Die Regelung des § 19 Abs. 5 GmbHG	183
I.	Überblick über den Regelungsinhalt.....	183
II.	Normzweck	184
1.	Leistung zur endgültig freien Verfügung	184
2.	Regelung des Cash-Poolings	185
3.	Einführung der bilanziellen Betrachtungsweise ...	186
III.	Tatbestand	187
1.	Anwendungsbereich.....	188
a.	Kein Fall der verdeckten Sacheinlage	188
b.	Mindest- und Resteinlage.....	189
2.	Tatbestandsvoraussetzungen der verdeckten Finanzierung	192
a.	Vereinbarung vor der Einlage.....	192
aa.	Vereinbarung.....	192
bb.	Vermutung einer Vereinbarung	195
cc.	Keine analoge Anwendung bei Fehlen einer Vereinbarung.....	197
dd.	Zeitpunkt der Vereinbarung	198
ee.	Abgrenzung: Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen.....	199
b.	Wirtschaftliche Rückzahlung der Einlage.....	201
aa.	Formen der Rückzahlung.....	201
(1)	Hin- und Herzahlen	201
(2)	Her- und Hinzahlen	202
(3)	Verrechnung.....	203
(4)	Gegenleistung für Dienstleistungen.....	206
(5)	Zwischenergebnis.....	210
bb.	Empfänger der Rückzahlung.....	211
(1)	Mittelbare Begünstigung bei der GmbHG & Co. KG.....	211
(2)	Mittelbare Begünstigung beim Cash-Pooling	212

cc.	Gegenstand der Rückzahlung	214
3.	Ausnahmetatbestand vom Verbot der verdeckten Finanzierung	216
a.	Rückgewähranspruch.....	217
aa.	Inhalt des Rückgewähranspruches	217
bb.	Anspruchsberechtigter und -verpflichteter ...	219
b.	Vollwertigkeit	219
aa.	Bilanzielle Bewertung der Vollwertigkeit.....	221
bb.	Verzinsung.....	223
cc.	Besicherung	225
dd.	Durchsetzbarkeit.....	227
ee.	Bewertungszeitpunkt der Vollwertigkeit	228
ff.	Zwischenergebnis	229
c.	Fälligkeit	230
aa.	Anforderungen an die Fälligkeit	230
bb.	Stellungnahme.....	232
d.	Offenlegung	233
aa.	Angabe der verdeckten Finanzierung beim Handelsregister	233
(1)	Theorie von der Offenlegung als Tatbestandsvoraussetzung.....	234
(2)	Theorie von der Offenlegung als formelles Formerfordernis	234
(3)	Auffassung des Bundesgerichtshofs	237
(4)	Stellungnahme	238
bb.	Inhaltliche Anforderungen an die Offenlegung.....	240
cc.	Versicherung der Leistung zur endgültig freien Verfügung.....	242
dd.	Prüfung der Angaben durch das Registergericht	243
IV.	Rechtsfolgen	245
1.	Erlaubte verdeckte Finanzierung.....	245
a.	Rechtsfolgen des § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG	245

aa.	Eintritt der Erfüllungswirkung.....	245
bb.	Stellungnahme.....	247
b.	Haftung.....	250
aa.	Haftung der Gesellschafter	250
bb.	Haftung des Geschäftsführers	251
(1)	Zivilrechtliche Sanktionen	251
(2)	Strafrechtliche Sanktionen	254
2.	Verbotene verdeckte Finanzierung	255
a.	Geltung der bisherigen Rechtsprechung.....	255
b.	„Alles-oder-nichts-Prinzip“	256
c.	Heilung	259
aa.	Heilung durch Rückzahlung der Einlagemittel.....	259
bb.	Heilung durch Erfüllung des Ausnahmetatbestandes.....	260
d.	Haftung.....	262
aa.	Haftung der Gesellschafter	262
(1)	Zivilrechtliche Sanktionen	262
(2)	Strafrechtliche Sanktionen	263
bb.	Haftung des Geschäftsführers	264
(1)	Zivilrechtliche Sanktionen	264
(2)	Strafrechtliche Sanktionen	265
3.	Rechtsfolgen beim Cash-Pooling	266
a.	Negatives Saldo	267
b.	Positives oder ausgeglichenes Saldo.....	267
c.	Mischeinlage	268
d.	Stellungnahme.....	268
V.	Beweislast	272
D.	Die verdeckte Finanzierung in der Unternehmergeellschaft und im vereinfachten Verfahren.....	273

Kapitel 4: Übergangsvorschriften 275

A.	Anwendungsbereich	275
----	-------------------------	-----

B.	Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 EGGmbHG	275
I.	Beurteilungsmaßstab für die Verfassungsmäßigkeit	276
1.	Abgrenzung Art. 14 Abs. 1 GG von Art. 20 Abs. 3 GG.....	276
2.	Abgrenzung der echten von der unechten Rückwirkung	277
II.	Schutzbereich der Eigentumsgarantie.....	278
III.	Eingriff in die Eigentumsfreiheit.....	279
IV.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs.....	280
1.	Beurteilung von Zweipersonenverhältnissen.....	280
2.	Beurteilung von Mehrpersonenverhältnissen	282
V.	Ergebnis.....	284
C.	Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 EGGmbHG.....	285
I.	Auffassung des Schrifttums.....	286
II.	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	287
III.	Stellungnahme	288
IV.	Ergebnis.....	290
D.	Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsfolgen	290
E.	Kosten des Rechtsstreits.....	291
Kapitel 5: Zusammenfassende Würdigung.....		293
Literaturverzeichnis.....		307

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europä- isches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechte- richtlinie
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BB	Betriebsberater
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	derselbe

dies.	dieselben
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGGmbHG	Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit be- schränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
Ltd.	Limited
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH- Rechts und zur Bekämpfung von Missbräu- chen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
S.	Satz
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
UG	Unternehmergesellschaft
Urt. v.	Urteil vom
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

A. Darstellung der Problematik

Im Zuge einer umfassenden Novellierung des GmbH-Gesetzes, die in der Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mündete, hat der Gesetzgeber die als Kernstück¹ des GmbH-Rechts bezeichneten Kapitalaufbringungs Vorschriften weitgehenden Änderungen unterzogen. Zu der Reform des GmbH-Rechts sah sich der Gesetzgeber unter anderem durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Inspire Art*² gehalten,³ die endgültig den innereuropäischen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen der Mitgliedsstaaten einleitete.⁴ Mit dem reformierten GmbH-Gesetz beabsichtigt der Gesetzgeber die Attraktivität der GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Gesellschaftsformen zu steigern,⁵ wobei der Modernisierung der Kapitalaufbringungs Vorschriften eine erhebliche Bedeutung bei der Erreichung dieses Ziels zukommt. Das Herzstück⁶ des am 1. November 2008 in Kraft getretenen MoMiG sieht in § 19 Abs. 4 GmbHG die erstmalige gesetzliche Regelung der verdeckten Sacheinlage und in § 19 Abs. 5 GmbHG der verdeckten Finanzierung vor.

Die Normierung der verdeckten Sacheinlage nimmt der Gesetzgeber zum Anlass, die bereits vor der geplanten GmbH-Reform von Teilen des Schrifttums geübten Kritik⁷ an den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage neu zu regeln. Im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung wurde die Lehre von der verdeckten Sacheinlage entwickelt, um Sachverhalte zu erfassen, bei denen im Zuge einer Kapitalmaßnahme eine Bareinlage beim Handelsregister angemeldet wird, obwohl der Inferent bei

1 BGH, Urt. v. 30.6.1958 – II ZR 213/56, BGHZ 28, 77, 78.

2 EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331.

3 Vgl. Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 55.

4 Blaurock, in: Festschrift für Raiser, S. 3, 4; Vossius/Wachter, BB 2005, 2539; Berninger, GmbHR 2010, 63, 64; K. Schmidt, DB 2006, 1096.

5 Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 55.

6 Bormann/Urlichs, GmbHR Sonderheft Oktober 2008, 37.

7 Vgl. Roth, in: Altmeppen/Roth, 5. Aufl., § 19 Rn. 61; Winter, in: Festschrift für Priester, S. 867, 871; Grunewald, in: Festschrift für Rowedder, S. 111, 115 ff.; Brandner, in: Festschrift für Boujong, S. 37, 38; Lutter, in: Festschrift für Stiefel, S. 505, 517.

wirtschaftlicher Betrachtung des Einlagevorganges tatsächlich eine Sacheinlage in die Gesellschaft einbringt.⁸ Auf diese Weise wollen die Beteiligten die Sacheinlagevorschriften des GmbH-Gesetzes umgehen, die im Vergleich zum Bareinlageverfahren als kompliziert, teuer und zeitaufwendig gelten. Infolge der Umgehung des Sacheinlageverfahrens ist es dem Registergericht nicht möglich, die Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes zu überprüfen. Um die reale Aufbringung des Stammkapitals sicherzustellen, versagte die Rechtsprechung der vorgeschobenen Bareinlageleistung bislang die Erfüllungswirkung. Im Falle der Insolvenz der Gesellschaft, bei der die verdeckte Sacheinlage häufig aufgedeckt wurde, bestand die Gefahr, dass der Inferent seine Einlage in wirtschaftlicher Hinsicht nochmals erbringen musste. Im Zuge der Novellierung des GmbH-Rechts entschärft der Gesetzgeber diese als überzogen empfundenen Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage,⁹ indem er die Anrechnung des Wertes des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes auf die Bareinlageschuld des Gesellschafters in § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG anordnet, um eine nochmalige Inanspruchnahme des Inferenten zu vermeiden.

Neben der Entschärfung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage möchte der Gesetzgeber mit dem MoMiG auch eine Erleichterung für die Fälle der verdeckten Finanzierung schaffen. Anders als bei der verdeckten Sacheinlage stimmt bei der verdeckten Finanzierung die beim Handelsregister angemeldete Einlage mit der vom Inferenten wirklich gewollten Einlage überein.¹⁰ Allerdings fließt die Einlage in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Kapitalaufbringungsvorgang entsprechend der vorgefassten Vereinbarung der Beteiligten wieder an den Gesellschafter zurück, so dass die Einlagemittel letztendlich nicht im Gesellschaftsvermögen verbleiben. Die Rechtsprechung sah darin eine Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften, weil aufgrund des vereinbarten Mittelrückflusses die Einlagemittel nicht zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Ebenso wie eine verdeckte Sacheinlage zog eine verdeckte Finanzierung die Unwirksamkeit der Einlageleistung nach sich, mit der Folge, dass die Einlageschuld des Inferenten weiter fortbestand. Diese Rechtsprechung wurde vor allem von Seiten

⁸ Langenfeld, § 7 Rn. 187.

⁹ Vgl. Roth, in: Altmeppen/Roth, 5. Aufl., § 19 Rn. 61; Winter, in: Festschrift für Priester, S. 867, 871; Grunewald, in: Festschrift für Rowedder, S. 111, 115 ff.; Brandner, in: Festschrift für Boujong, S. 37, 38; Grunewald, in: Festschrift für Rowedder, S. 111, 115; Lutter, in: Festschrift für Stiefel, S. 505, 517.

¹⁰ Langenfeld, § 7 Rn. 197.

der Wirtschaft kritisiert,¹¹ weil durch die uneingeschränkte Anwendung der strengen Kapitalaufbringungsvorschriften auf das Cash-Pooling,¹² die wirtschaftliche Betätigung des Cash-Poolings erheblich erschwert wurde.¹³ Der Gesetzgeber versucht mit dem MoMiG Abhilfe zu schaffen, indem durch § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG eine Erfüllung der Einlageschuld trotz der Einlagenrückzahlung ermöglicht wird.

Mit den neuen Vorschriften des § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG will der Gesetzgeber der Kritik an der Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage und zur verdeckten Finanzierung Rechnung tragen, indem er die bisherigen Rechtsfolgen entschärft. Gleichzeitig soll mit der Liberalisierung der Kapitalaufbringungsvorschriften die Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit der GmbH insgesamt verbessert werden. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens stellte sich für den Gesetzgeber die Frage, inwieweit die geltende Rechtslage geändert werden sollte. Vor allem die Wirtschaft hatte ein großes Interesse an einer spürbaren Deregulierung des bestehenden Kapitalschutzes, welches nicht zuletzt auch für den Gesetzgeber ein Motiv für die Beschränkung der strengen Rechtsprechungsgrundsätze war.

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, das Haftsystem der Kommanditgesellschaft auf die GmbH zu übertragen¹⁴ oder sogar die neue Gesellschaftsform der „KmbH“ – eine Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung – einzuführen.¹⁵ Eine so weitgehende Deregulierung kam für den Gesetzgeber jedoch nicht in Betracht. Mit der Neuregelung der verdeckten Sacheinlage und der verdeckten Finanzierung will er die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen normieren und dabei die einschneidenden Rechtsfolgen abmildern. Dafür hat sich der Gesetzgeber in der Endfassung des GmbH-Gesetzes bei der verdeckten Sacheinlage für die sog. Anrechnungslösung entschieden, wobei die Strukturen des geltenden Kapitalaufbringungssystems, wie z.B. die Differenzierung zwischen Bar- und Sacheinlage, weitgehend beibehalten werden sollen. Darüber hinaus wird für die Fälle der verdeckten Finanzierung in § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG eine bilanzielle Betrachtungsweise eingeführt, die eine Rückzahlung der Einlage trotz des weiterhin gültigen Grundsatzes der Leistung zur endgültig freien Verfügung (§ 8

¹¹ Vgl. Autschbach, Finance 11/2004, 48, 49 f.

¹² Vgl. BGH. Urt. v. 16.1.2006 – II ZR 76/04, GmbHR 2006 477, 479.

¹³ Vgl. auch Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 78.

¹⁴ Bayer, ZGR 2007, 220, 235 ff.

¹⁵ Drygala, ZIP 2006, 1797, 1802 ff.

Abs. 2 S. 1 GmbHG) ermöglicht. In der wissenschaftlichen Diskussion werden diese scheinbar moderaten Änderungen massiv kritisiert. Die Kritik wendet sich im Kern vor allem dagegen, dass die neuen Kapitalaufbringungsvorschriften mit dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung nicht in Einklang stehen.¹⁶ In den Fokus rückt damit die Frage, ob der Gesetzgeber mit dem MoMiG an den bisherigen Grundsätzen der realen Kapitalaufbringung festhält oder eine Abkehr vom geltenden System vollzieht. Die Einführung der Anrechnungslösung in § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG sowie der bilanziellen Betrachtungsweise in § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG legen den Verdacht nahe, dass mit der Neugestaltung des GmbH-Gesetzes eine Aufweichung der bisherigen Kapitalaufbringungsgrundsätze einhergeht.

B. Gang der Darstellung

Im ersten Kapitel werden zunächst die Grundlagen und die Grundprinzipien der Kapitalaufbringung, auf denen die Regelungen des § 19 Abs. 4 und Abs. 5 GmbHG aufbauen, dargestellt, wobei das Hauptaugenmerk auf den durch das MoMiG vorgenommenen Änderungen liegt. Das zweite Kapitel behandelt die neue Vorschrift des § 19 Abs. 4 GmbHG. Dabei wird zunächst kurz auf die Entstehungsgeschichte (Abschnitt B) und die Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage (Abschnitt C) eingegangen. Sodann wird ein Überblick über den Regelungsinhalt des § 19 Abs. 4 GmbHG (Abschnitt D) gegeben und anschließend der Tatbestand (Abschnitt E) und die Rechtsfolgen (Abschnitt F) der verdeckten Sacheinlage eingehend erläutert. Einen Schwerpunkt bildet die im Schrifttum kontrovers diskutierte Frage nach der Funktionsweise und der Dogmatik der Anrechnungslösung (Abschnitt F.I.1.b.) und die Folgen, die die Anrechnungslösung für das System der Kapitalaufbringung insgesamt hat (Abschnitt F.I.1.b.ff.). In diesem Zusammenhang wird der Frage nachgegangen, inwieweit durch die Neuregelungen im Bereich der Kapitalaufbringung das bisherige Kapitalaufbringungsrecht in seiner Systematik verändert wird. Zur Beantwortung dieser Frage werden die Kapitalaufbringungsregelungen des GmbH-Rechts mit den Regelungen zur Aufbringung der Kommanditeinlage des KG-Rechtes verglichen, um hieraus Rückschlüsse für die Zielrichtung des neuen GmbH-Rechts ziehen zu können (Abschnitt F.I.1.b.ff.). Im

¹⁶ Vgl. Dauner-Lieb, AG 2009, 217, 220 ff.; Bormann, in: Bormann/Kauka/Ockelmann, Kap. 4 Rn. 65; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1447; Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 1121, 1129; Goette, Einf. Rn. 28; Ulmer, ZIP 2008, 45, 54; Veil, ZIP 2007, 1241, 1247; vgl. auch die Kritik von Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1071 f.; Büchel, GmbHR 2007, 1065, 1068; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 782.

Rahmen des dritten Kapitels wird zuerst ein Überblick über den Regelungsgehalt (Abschnitt I.) und den Normzweck (Abschnitt II.) des § 19 Abs. 5 GmbHG gegeben und anschließend der Tatbestand (Abschnitt III.) und die Rechtsfolgen (Abschnitt IV.) der verdeckten Finanzierung dargestellt. Innerhalb des Tatbestandes und der Rechtsfolgen des § 19 Abs. 5 GmbHG wird zwischen zwei verschiedenen Regelungen unterschieden, die in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander stehen. Auf das für die Praxis wichtige Cash-Pooling wird in verschiedenen Abschnitten innerhalb des dritten Kapitels eingegangen. Das vierte Kapitel behandelt die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 4 EGGmbHG, wobei auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit (Abschnitt B) besonders eingegangen wird. Schließlich werden im fünften Kapitel die Ergebnisse und Thesen der Arbeit zusammenfassend dargestellt.

Kapitel 1: Grundlagen der Kapitalaufbringung

A. Funktionen des Stammkapitals

Vor dem Hintergrund der historischen Motive des Gesetzgebers wird die wesentliche Funktion des Mindeststammkapitals heute noch überwiegend¹⁷ in der Bereitstellung eines Haftungsfonds gesehen, welcher den Gesellschaftsgläubigern als Ausgleich für die beschränkte Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht. Vor allem in Hinblick auf die Geldentwertung wird dieser Zweck aber zunehmend in Zweifel gezogen, weshalb sich die Frage stellt, worin die Funktion des Stammkapitals heute besteht.

I. Keine Gläubigerschutzfunktion

Mit der GmbH-Novelle von 1980 wurde das gesetzliche Mindestkapital von 20.000 DM auf 50.000 DM angehoben. Der Gesetzgeber wollte mit der Anhebung des Mindestkapitals eine höhere Eintrittshürde für die Inanspruchnahme der beschränkten Haftung schaffen. Das vor der GmbH-Novelle von 1980 geltende Mindestkapital von 20.000 DM reichte nach Auffassung des Gesetzgebers nicht mehr aus, um die Haftungsbeschränkung zu rechtfertigen.¹⁸ Mit der Einführung des Euros wurde das Mindeststammkapital von 50.000 DM auf 25.000 EUR für eine ab dem 1. Januar 2002 gegründete Gesellschaft umgestellt. Zweifelhaft ist, ob das heutige Mindestkapital von 25.000 EUR den Gesellschaftsgläubigern ein hinreichendes Maß an Sicherheit bieten kann.¹⁹ Bei der Einführung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 betrug das Mindestkapital 20.000 Goldmark. *Priester* weist darauf hin, dass man sich mit diesem Betrag eine relativ noble

¹⁷ BGH, Beschl. v. 16.3.1992 - II ZB 17/91, BGHZ 117, 323, 331; Wiese/Matschernus, in: Münchener Anwaltshandbuch, § 5 Rn. 11; Schwaiger, in: Müller/Winkeljohann, § 2 Rn. 86; Lutter, in: Festschrift für Stiefel, S. 505; Priester, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 159; Ring, in: Ring/Grziwotz, § 5 Rn. 3; Wicke, § 5 Rn. 3; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, § 11 Rn. 2; Gehrlein/Witt, Kap. 6 Rn. 1; Naraschewski, in: Festschrift für Priester, S. 523, 525; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 II 1; Karsten, § 1 Rn. 106.

¹⁸ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 8/1347, S. 27; Bericht Rechtsausschuss, BT-Drucks. 8/3908, S. 66 ff.

¹⁹ Verneinend: Blaurock, in: Festschrift für Raiser, S. 3, 15; Priester, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 159, 187; Merkt, ZGR 2004, 305, 317; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, Band I, § 5 Rn. 10; Goette, DStR 2006, 106.

Villa kaufen konnte, hingegen mit dem heutigen Mindestkapital allenfalls eine kleine Eigentumswohnung.²⁰ Der Wertverlust, der seit der Einführung des GmbH-Gesetzes eingetreten ist, wurde vom Gesetzgeber also nicht durch eine entsprechende nominelle Anhebung des Mindestkapitalbetrages ausgeglichen.

Aufgrund des zu geringen Mindestkapitals konnte bereits lange vor dem Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr davon ausgegangen werden, dass das Mindestkapital ein wirksames Instrument zur Gläubigersicherung ist. Dies belegen die in der Praxis zu beobachtenden minimalen Befriedigungsquoten für einfache Insolvenzgläubiger und die große Zahl masseloser Insolvenzen.²¹ Hinzu kommt, dass die Zahl der Insolvenzen gerade im ersten Geschäftsjahr nach der Gründung hoch ist, was die unzureichende Höhe des Mindestkapitals zeigt.²²

Neben der Erkenntnis, dass ein zu geringes Mindestkapital keinen wirksamen Haftungsfonds bilden kann, ist zudem festzustellen, dass kein zwingender Zusammenhang zwischen einem Mindeststammkapital und einer institutionellen Haftungsbeschränkung besteht.²³ Davon geht auch der Gesetzgeber aus, der in den Gesetzesmaterialien zu § 5a RegE-GmbHG ausführt:

„Der Entwurf des MoMiG zielt nicht auf eine generelle Aufgabe des Mindeststammkapitals der GmbH. Dies wäre theoretisch möglich, weil das Mindeststammkapital kein zwingender Bestandteil des Haftkapitalsystems der GmbH ist.“²⁴

Der Gesetzgeber geht also selbst nicht mehr davon aus, dass das Mindestkapital eine zwingende Voraussetzung für das Haftungssystem der GmbH ist. Dieses wird im Übrigen auch an der Einführung der UG deutlich, die ab einem Mindeststammkapital von 1 EUR gegründet werden kann und deren Gesellschafter dennoch das Privileg der beschränkten Haftung genießen.

²⁰ Priester, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 159, 161; zustimmend: Paura, in: Ulmer/Habersack/Winter, Ergänzungsband MoMiG, § 5a Rn. 21.

²¹ Blaurock, in: Festschrift für Rasier, S. 3, 10; Vossius/Wachter, BB 2005, 2539; vgl. Steffek, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts, S. 291, 298.

²² Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, Band I, § 5 Rn. 10 m.w.N.

²³ Schall, ZGR 2009, 126, 131 ff.

²⁴ Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 70.

II. Seriositätssignal

Wenn damit feststeht, dass ein Mindeststammkapital nicht ein systemimmanenter Bestandteil des Haftungssystems der GmbH ist, so stellt sich die Frage, welches die rechtspolitischen Motive für die Beibehaltung des bisherigen Mindestkapitals von 25.000 EUR sind. Die Gesetzesmaterialien geben hierzu folgenden Hinweis:

„Der Gedanke einer völligen Aufgabe [des Mindestkapitals, Anm. des Verf.] fand aber in der Diskussion keine ungeteilte Zustimmung. Der Grund dafür ist, dass mit der Seriositätsschwelle, die in einem angemessenen Mindeststammkapitalbetrag liegt, auch eine gewisse Seriosität auf die Rechtsform der GmbH insgesamt ausstrahlt. [...] Von Seiten der Wirtschaft wurde teilweise befürchtet, dass mit einer vollständigen Aufgabe des Mindeststammkapitals dieses Prestige der GmbH gerade auch für den größeren Mittelstand beschädigt werden könnte.“²⁵

In der Begründung des Rechtsausschusses zu § 5a GmbHG heißt es weiter:

„[Die Absenkung des Mindestkapitals, Anm. des Verf.] sollte daher unterbleiben, auch um das Ansehen der bereits gegründeten GmbHs nicht zu unterlaufen. Damit wird auch einer Sorge des deutschen Mittelstands entsprochen, [...] die in über 100 Jahren erworbene Reputation der normalen GmbH als verlässliche Rechtsform des etablierten Mittelstandes könne durch die Absenkung des Mindeststammkapitals mit seiner Funktion der Seriositätsschwelle Schaden nehmen.“²⁶

Der Gesetzgeber begründet somit das Festhalten an einem Mindeststammkapital mit der Seriosität, die von einem angemessenen Mindeststammkapital ausgeht.²⁷ Damit unterscheidet sich die Begründung des Gesetzgebers hinsichtlich der Funktion des Mindestkapitals entscheidend von der Begründung²⁸ in der GmbH-Novelle von 1980, wonach das Mindestkapital die Haftungsbeschränkung rechtfertigen sollte. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Funktion des Mindestkapitals nicht mehr in einem Ausgleich für die beschränkte Haftung der Gesellschafter, sondern in einer Seriositätsschwelle zu sehen ist. Diese Annahme wird von der

²⁵ Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 70.

²⁶ Begründung Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 16/9737, S. 55.

²⁷ Vgl. Schall, ZGR 2009, 126, 131.

²⁸ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 8/1347, S. 27; Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drucks. 8/3908, S. 66 ff.

Feststellung des Gesetzgebers gestützt, dass das Mindestkapital keine zwingende Voraussetzung für das Haftungssystem der GmbH ist.²⁹ Schall spricht in diesem Zusammenhang prägnant von einem Zweckwechsel des Mindestkapitals vom Gläubigerschutz zum Seriositätsgedanken.³⁰ Die Funktion des Mindestkapitals bestehe nicht mehr in einem Haftungsfonds, der als Ausgleich für die beschränkte Haftung der Gesellschafter den Gläubigern als Kompensation dienen soll, sondern in einem Seriositätssignal, mit dem das Prestige der „ordentlichen“ GmbH einhergehe.³¹

Zu beachten ist aber, dass den Gläubigern das Stammkapital real nur im Zeitpunkt der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung zur Verfügung steht, weil es zugleich Betriebskapital ist, mit dem die Gesellschaft arbeitet.³² Deswegen kann das aufgebrachte Stammkapital schon kurz nach der Gründung durch Verluste aufgezehrt werden.³³ Somit sagt der Betrag des Stammkapitals nur wenig über das tatsächliche Vermögen einer in Vollzug gesetzten Gesellschaft aus.³⁴ Hinzu kommt, dass die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, dass festgesetzte Stammkapital an den tatsächlich benötigten Kapitalbedarf der Gesellschaft anzupassen.³⁵ Damit erweist sich das Mindestkapital zwar durchaus als Eintrittshürde,³⁶ welches die bei neu gegründeten Gesellschaften regelmäßig anfallenden Anfangsverluste in einem gewissen Umfang auffangen und der GmbH in der Startphase Solidität geben kann. Dennoch stellt das Mindestkapital kein aussagekräftiges Indiz für die finanzielle Solidität einer Gesellschaft dar.³⁷ Das Mindestkapital kann deshalb nur als Seriositätssignal im ordnungspolitischen Sinne verstanden werden, indem es die Gründung völlig unterkapitalisierter Gesellschaften verhindern soll.

²⁹ Begründung Regierungsentwurf, BR-Drucks. 354/07, S. 70.

³⁰ Schall, S. 103 ff.; ders., ZGR 2009, 126, 131.

³¹ Schall, S. 105; ders., ZGR 2009, 126, 131; so auch Goette, DStR 2006, 106.

³² Blaurock, in: Festschrift für Raiser, S. 3, 9, 17; Heidinger, in: Heck-schen/Heidinger, § 11 Rn. 4; Windbichler, § 20 Rn. 5.

³³ Joost, ZIP 1990, 549, 554; Windbichler, § 20 Rn. 5; Triebel/Otte, ZIP 2006, 1321 f.

³⁴ Achilles, in: Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 5 Rn. 3.

³⁵ Füller, in: Ensthaler/Füller/Schmidt, § 5 Rn. 5; Joost, ZIP 1990, 549, 554.

³⁶ Vgl. Leyendecker, GmbHR 2008, 302, 305, der durch die Pflicht, ein Mindestkapital aufbringen zu müssen, die Wahrscheinlichkeit verringert sieht, dass völlig aussichtslose und unseriöse Unternehmer Zugang zu der Rechtsform der beschränkten Haftung suchen.

³⁷ Vgl. Paura, in: Ulmer/Habersack/Winter, Ergänzungsband MoMiG, § 5a Rn. 17.

III. Finanzierungsfunktion und Überschuldungsschutz

In einem engen Zusammenhang mit der Funktion des Mindestkapitals als ordnungspolitische Seriositätsschwelle steht auch die Funktion der Finanzierung und des Überschuldungsschutzes. Das Stammkapital, welches gleichzeitig als Betriebskapital dient, ermöglicht in der Gründungsphase der GmbH, den Geschäftsbetrieb aufzunehmen und eine Überschuldung, die ohne ein Mindestkapital aufgrund von Gründungskosten und Anfangsverlusten eintreten kann, zu verhindern.³⁸ Mit einem ganz geringen Mindestkapital, welches unter der jetzigen Schwelle von 25.000 EUR läge, wäre die Gesellschaft von Beginn an latent insolvenzgefährdet.³⁹ Das zeigt ein Blick auf die in Deutschland geführten Ltds., bei denen schätzungsweise jede zweite innerhalb der ersten zwei Jahre das Geschäftsvorhaben nicht weiterverfolgt.⁴⁰ Der Grund für das frühe Scheitern besteht – neben einem undurchdachten Geschäftsvorhaben – häufig in einer unzureichenden Eigenkapitalausstattung.⁴¹

IV. Ergebnis

Die Funktion des Mindeststammkapitals besteht nicht mehr darin, einen Ausgleich für die beschränkte Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen zu schaffen. Vielmehr soll mit dem Mindeststammkapital die Gründung unterkapitalisierter Gesellschaften verhindert und damit ein gewisses Maß an Seriosität und Solidität signalisiert werden. Allerdings kann das Mindeststammkapital nur als Seriositätssignal im ordnungspolitischen Sinne verstanden werden, weil es keine Aussage über die finanzielle Solidität einer einzelnen in Vollzug gesetzten GmbH trifft. Daneben dient das Mindeststammkapital der Finanzierung der GmbH und bildet einen geringen Schutz vor einer frühen Überschuldung in der Gründungsphase.

³⁸ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 5 Rn. 1, 5; Schwaiger, in: Müller/Winkeljohann, § 2 Rn. 86; Blaurock, in: Festschrift für Raiser, S. 3, 14; Hennrichs, NZG 2009, 921, 922; Priester, in: Die GmbH-Reform in der Diskussion, S. 1, 6.

³⁹ Hennrichs, NZG 2009, 921, 922.

⁴⁰ Niemeier, ZIP 2006, 2237, 2250.

⁴¹ Niemeier, ZIP 2006, 2237, 2250; ders. ZIP 2007, 1794, 1800 f.

B. Grundsatz der realen Kapitalaufbringung

Die Kapitalaufbringungs Vorschriften werden maßgeblich vom Grundsatz der realen Kapitalaufbringung geprägt. Reale Kapitalaufbringung bedeutet, dass die von den Gesellschaftern übernommenen Einlagen unverkürzt und in der Form erfüllt werden, wie sie von ihnen zugesagt und in der Satzung festgesetzt wurden.⁴² Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gilt sowohl für die Gründung als auch für jede spätere Kapitalerhöhung.⁴³ Er findet in verschiedenen Regelungen zur Kapitalaufbringung seine Ausgestaltung, wobei formelle und materielle Sicherungsnormen unterschieden werden können.⁴⁴ Die formellen Sicherungsnormen regeln die Aufbringung des Stammkapitals vor der Handelsregisteranmeldung und die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Registergericht.⁴⁵ Zu den formellen Sicherungsnormen gehören beispielsweise die Verfahrensregeln zur Einbringung einer Sacheinlage gemäß §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3 GmbHG, die Prüfungskompetenz des Registergerichts nach § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG, das Erfordernis der freien Verfügbarkeit der Einlage gemäß §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG und die Leistung einer Mindesteinzahlung vor der Handelsregisteranmeldung nach § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG. Die materielle Sicherung der Kapitalaufbringung wird durch die Regelungen des § 19 GmbHG gewährleistet, wonach jede Vereinbarung, die den Einlageanspruch der Gesellschaft aushöhlen will, unzulässig ist.⁴⁶ Darunter fallen beispielsweise das Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG, das dem Gesellschafter eine Aufrechnung mit der Einlageforderung verbietet, oder das Verbot der verdeckten Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG und der verdeckten Finanzierung gemäß § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG, die nur bei Vorliegen eines vollwertigen und jederzeit fälligen oder fristlos kündbaren Rückgewähranspruches zulässig ist. Allen Kapitalaufbringungs Vorschriften ist gemein, dass sie sicherstellen wollen, dass die Gesellschaft die zugesagten Einlagen tatsächlich erhält und ihr diese real zur Verfügung stehen.

⁴² BGH, Urt. v. 18.2.1991 - II ZR 104/90, NJW 1991, 1754, 1755.

⁴³ Joost, ZIP 1990, 549, 553.

⁴⁴ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 II 1; Karsten, § 3 Rn. 13 ff.; Gehrlein/Witt, Kap. 6 Rn. 1.

⁴⁵ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 II 1; Karsten, § 3 Rn. 14; Gehrlein/Witt, Kap. 6 Rn. 1.

⁴⁶ Karsten, § 3 Rn. 15; Westermann, in: Scholz, Band I, § 19 Rn. 29.

C. Formen der Kapitalaufbringung

Den Gesellschaftern stehen bei der Aufbringung des Stammkapitals mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, die sie im Gesellschaftsvertrag regeln können. Grundsätzlich haben sie die Wahl, ob sie ihre Einlage in Geld oder in Form einer Sachleistung erfüllen möchten.⁴⁷ Innerhalb dieser beiden Einlageformen haben die Gesellschafter weitere Gestaltungsmöglichkeiten.

I. Bareinlage

Bareinlagen sind Geldleistungen, die nur in Form einer Barzahlung in inländischer Währung, eines bestätigten Bundesbankschecks oder einer Gutschrift auf einem inländischen Bankkonto erfolgen können.⁴⁸ Sofern im Gesellschaftsvertrag keine Regelung über die Art der Einlage getroffen wird, ist von einer Bareinlage auszugehen, weil die Erbringung einer Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG besonders festgesetzt werden muss.⁴⁹ Bei der Einbringung einer Bareinlage ergeben sich keine Schwierigkeiten bei der Bewertung, weil der tatsächliche Wert der Bareinlage dem nominellen Betrag entspricht. Aus diesem Grund gestaltet sich das formelle Verfahren im Vergleich zur Einbringung einer Sacheinlage einfacher, weil es keiner Überprüfung der Werthaltigkeit des Einlagegegenstandes bedarf.

II. Sacheinlage

Demgegenüber sind Sacheinlagen nicht auf eine Geldzahlung, sondern auf die Leistung anderer Vermögenswerte gerichtet.⁵⁰ Sie müssen im Gründungsprotokoll oder im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzt werden.⁵¹ Gegenstand einer Sacheinlage können alle verkehrsfähigen Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher

⁴⁷ Achilles, in: Achilles/Ensthaler/Schmidt, § 5 Rn. 7; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 5 Rn. 14, 48; Karsten, § 3 Rn. 43.

⁴⁸ Schwaiger, in: Müller/Winkeljohann, § 2 Rn. 91; Wiese/Matschernus, in: Münchener Anwaltshandbuch, § 5 Rn. 42.

⁴⁹ Westermann, in: Scholz, Band I, § 5 Rn. 36; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, Band I, § 5 Rn. 14.

⁵⁰ Wiese/Matschernus, in: Münchener Anwaltshandbuch, § 5 Rn. 45; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 5 Rn. 12; Roth, in: Altmeppen/Roth, § 5 Rn. 27.

⁵¹ Wiese/Matschernus, in: Münchener Anwaltshandbuch, § 5 Rn. 45; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 5 Rn. 12; Roth, in: Altmeppen/Roth, § 5 Rn. 50; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 5 Rn. 43.