

## § 27 Sacheinlagen. Sachübernahmen; Rückzahlung von Einlagen

(1) <sup>1</sup>Sollen Aktionäre Einlagen machen, die nicht durch Einzahlung des Ausgabetrags der Aktien zu leisten sind (Sacheinlagen), oder soll die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände übernehmen (Sachübernahmen), so müssen in der Satzung festgesetzt werden der Gegenstand der Sacheinlage oder der Sachübernahme, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien oder die bei der Sachübernahme zu gewährende Vergütung. <sup>2</sup>Soll die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernehmen, für den eine Vergütung gewährt wird, die auf die Einlage eines Aktionärs angerechnet werden soll, so gilt dies als Sacheinlage.

(2) Sacheinlagen oder Sachübernahmen können nur Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist; Verpflichtungen zu Dienstleistungen können nicht Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein.

(3) <sup>1</sup>Ist eine Geldeinlage eines Aktionärs bei wirtschaftlicher Betrachtung und auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Aktionär nicht von seiner Einlageverpflichtung. <sup>2</sup>Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. <sup>3</sup>Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet. <sup>4</sup>Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. <sup>5</sup>Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Aktionär.

(4) <sup>1</sup>Ist vor der Einlage eine Leistung an den Aktionär vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 3 zu beurteilen ist, so befreit dies den Aktionär von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. <sup>2</sup>Eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung nach § 37 anzugeben.

(5) Für die Änderung rechtswirksam getroffener Festsetzungen gilt § 26 Abs. 4, für die Beseitigung der Satzungsbestimmungen § 26 Abs. 5.

A. Grundlegung .....	1	2. Rechtsfolgen bei fehlender Festsetzung in der Satzung .....	30
I. Inhalt und Zweck der Norm .....	1	a) Allgemeine Gesichtspunkte .....	30
II. Europarechtliche Aspekte .....	2	b) Einzelfragen .....	31
III. Stellung im Normenzusammenhang .....	3	IV. Anfechtung, Vertragsmängel und Leistungsstörungen .....	32
IV. Verhältnis von Bar- und Sacheinlage .....	4	1. Bei Sacheinlage .....	32
B. Erscheinungsformen der Sachgründung .....	6	2. Bei Sachübernahme .....	33
I. Sacheinlage (Abs. 1) .....	6	V. Verdeckte Sacheinlagen .....	34
1. Begriff .....	6	1. Überblick und historische Entwicklung .....	34
2. Rechtscharakter der Sacheinlagevereinbarung .....	8	2. Übereinstimmung mit EU-Recht .....	40
3. Einlagefähigkeit (Abs. 2) .....	10	3. Tatbestand der verdeckten Sacheinlage .....	41
a) Allgemeines .....	10	a) Allgemeines .....	41
b) Bilanzierungsfähigkeit als Kriterium .....	11	b) Objektiver Tatbestand .....	42
c) Übertragbarkeit .....	12	c) Einzelfragen des objektiven Tatbestandes .....	44
4. Gegenstände der Sacheinlage .....	13	d) Subjektiver Tatbestand .....	45
5. Untaugliche Gegenstände der Sacheinlage .....	19	e) Ausnahmen .....	47
6. Bewertung der Sacheinlage; Verbot der Unterpari-Emission .....	20	4. Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage .....	50
7. Rechtsfolgen einer Überbewertung .....	22	a) Allgemeines .....	50
a) Vor Eintragung .....	22	b) Fortbestehen der Bareinlagepflicht .....	51
b) Nach Eintragung .....	23	c) Wirksamkeit von Verträgen und Durchführungsgeschäften .....	52
8. Gemischte Sacheinlagen und Mischeinlagen .....	24	d) Haftung des Gesellschafters auf die Differenz .....	53
II. Die Sachübernahme (Abs. 1 Alt. 2) .....	25	e) Einzelfragen der Anrechnung .....	62
1. Begriff .....	25	aa) Betrag der Anrechnung und Bewertung .....	62
2. Sachübernahmevereinbarung .....	27	bb) Anrechnung bei verdeckter gemischter Sacheinlage .....	63
III. Festsetzung von Sacheinlage und Sachübernahme in der Satzung .....	29		
1. Allgemeines, einzelne Festsetzungen .....	29		

cc) Anrechnung bei Teileinzahlung...	64	2. Europarechtliche Aspekte .....	75
dd) Beweislast.....	65	3. Tatbestand.....	77
f) Übergangsregelung.....	66	4. Rechtsfolgen.....	89
5. Heilung der verdeckten Sacheinlage.....	69	5. Übergangsregelung.....	92
VI. Hin- und Herzahlen (Abs. 4).....	73	VII. Änderung und Beseitigung.....	94
1. Allgemeines.....	73		

## A. Grundlegung

- 1 **I. Inhalt und Zweck der Norm.** § 27 und einige seiner Folgevorschriften tragen dem Umstand Rechnung, dass in der Praxis das Bedürfnis besteht, an Stelle einer Bareinlage **unmittelbar Sachwerte** wie zB Unternehmen, Beteiligungen oder know how **einzulegen** (Sacheinlagen) oder die Gesellschaft bereits im Gründungsstadium zum Erwerb derartiger Sachwerte zu verpflichten, ohne dass im Gegenzug Aktien ausgegeben werden (Sachübernahmen). § 27 regelt dabei neben § 26 den weiteren und praktisch bedeutsameren Fall einer qualifizierten Gründung. Gesetzestechnisch gibt die Bestimmung zunächst Legaldefinitionen für verschiedene Begriffe, die insbesondere in §§ 32 Abs. 2, 33 Abs. 2 Nr. 4, 33 a Abs. 1, 34 Abs. 1 Nr. 2, 36 a Abs. 2, 37 a Abs. 1, 38 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 2 und § 183 vom Gesetz verwendet werden. Der Zweck der Regelung des § 27 ist es, bei Sacheinlagen und Sachübernahmen im Interesse von Gläubigern und Aktionären sicher zu stellen, dass das Grundkapital **tatsächlich in der Höhe aufgebracht** wird wie es **in der Satzung angegeben** ist. Die Norm ist somit Ausdruck des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung, der als solcher vom Recht der Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH) vorausgesetzt wird. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung fordert, dass bei Kapitalgesellschaften gleichsam als Ausgleich dafür, dass der Durchgriff auf die hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Gesellschafter nur in seltenen Ausnahmefällen möglich ist, den Gläubigern und der Gesellschaft wenigstens das Grundkapital als Garantie- bzw Haftungskapital zur Verfügung steht. Da bei Sacheinlagen und Sachübernahmen anders als bei der Bareinlage die Gefahr droht, dass nicht einlagefähige, nicht werthaltige oder überbewertete Gegenstände eingebracht werden, fordert § 27 ein besonderes Verfahren. Dieses Verfahren besteht in der Offenlegung von Sacheinlagen und Sachübernahmen in der Satzung, die so zum Gegenstand bewusster Beschlussfassung gemacht werden sollen. Wird dieses Verfahren nicht eingehalten, erfolgt in den Fällen, in denen tatsächlich eine verdeckte Sacheinlageleistung an die Gesellschaft erbracht wird, wegen Streichung der bisherigen Absätze 3 und 4 und Neufassung des § 27 Abs. 3 durch das ARUG<sup>1</sup> eine zeitlich nachfolgende Anrechnung des bei Anmeldung bestehenden Wertes der verdeckten Sacheinlage im Zeitpunkt der Eintragung, § 27 Abs. 3, S. 3 und 4. Besteht nach Anrechnung wertmäßig eine Differenz zu dem Ausgabebetrag, hat der Inferent diese durch Geldzahlung auszugleichen. Wegen der zeitlich verzögerten Anrechnung des Wertes ist die bei Anmeldung der Gesellschaft abgegebene Versicherung, die eingeforderten Einlagenbeträge stünden endgültig zur freien Verfügung, falsch und ggf strafbar. Des Weiteren ist nach § 27 Abs. 4 nF die unmittelbare Rückzahlung der Einlage in bestimmten Fällen möglich, weil der Gesetzgeber des ARUG bei einem „Hin- und Herzahlen“ iSv § 27 Abs. 4 (wie bereits zuvor das MoMiG<sup>2</sup> in § 57 Abs. 1 S. 3 bei Fragen der Kapitalerhaltung) die bilanzielle Betrachtungsweise im Rahmen der Kapitalaufbringung anerkannt hat.
- 2 **II. Europarechtliche Aspekte.** Die auf Ebene der Europäischen Gemeinschaften unternommenen Bestrebungen zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts führten mit der zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Kapitalrichtlinie v. 13.12.1976 – 77/91/EWG, ABl. EG Nr. L 26 v. 31.1.1977 S. 1 ff) auch zu einer Vereinheitlichung des Verständnisses des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung in der EU. Die insofern relevanten Bestimmungen der Richtlinie brachten nur eine geringfügige Änderung des § 27 mit der Einfügung der Bestimmungen des Abs. 1 S. 2 und des Abs. 2, die allerdings nur die bisherige Auslegung des geltenden Rechtes bekräftigten.<sup>3</sup> Jedoch ist zu berücksichtigen, dass § 27 aufgrund seiner teilweisen Ausformung durch Gemeinschaftsrecht nach den für die Auslegung angeglichener Rechtes geltenden Grundsätzen richtlinienkonform auszulegen ist.<sup>4</sup> Dies wirkt sich bei der Frage der Einlagefähigkeit aus (dazu unten Rn 10 ff) und ist bei dem Institut der verdeckten Sacheinlage diskutiert worden (dazu unten Rn 34, 40 ff).
- 3 **III. Stellung im Normenzusammenhang.** § 27 trifft ebenso wie § 26 Bestimmungen über den **notwendigen Inhalt der Satzung**. § 27 bildet einen Teil des gesetzlichen Systems zur Sicherstellung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung. Das gesetzliche System sieht einen doppelten, gleichermaßen präventiv wirkenden Schutz vor: zum einen den Schutz durch Offenlegung, zum anderen den Schutz durch zwingende Regis-

1 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie, BGBl. I 2009 S. 2479.

2 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I 2008 S. 2026.

3 MüKo-AktG/Pentz, Rn 2; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 16.

4 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 4; MüKo-AktG/Pentz, Rn 10, Spindler/Stülz/Heidinger/Benz, Rn 5.

terkontrolle des Kapitalaufbringungs- und Gründungsvorganges (vgl. §§ 38, 32 Abs. 2, 33 Abs. 2 Nr. 4, 33 a Abs. 1, 34, 37 Abs. 4 Nr. 2, 4, 37 a Abs. 1).

**IV. Verhältnis von Bar- und Sacheinlage.** Nach hM<sup>5</sup> besteht für den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich eine Geldeinlagepflicht; durch Sachleistung erlangt der Gesellschafter nur dann Befreiung von der Geldbeitragspflicht, wenn die **Sachleistung als Sacheinlage formgerecht festgesetzt** worden ist. Dem gegenüber wird vertreten, dass Bar- und Sacheinlage gleichrangig nebeneinander stehen; aus dem Gesetz selbst folge bereits, dass dem so sei.<sup>6</sup>

Nach richtiger Auffassung folgt aus den aktienrechtlichen und den insoweit gleich gelagerten Vorschriften im GmbH-Recht, dass die Einlageleistung grundsätzlich in Geld zu erbringen ist. Denn der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung lässt sich zwanglos dahin interpretieren, dass die Gesellschafter primär Mittel zur Verfügung zu stellen haben, die keine Bewertungsprobleme aufwerfen, mithin Geld zu leisten haben, dessen Tauschwert innerhalb des Währungssystems durch seinen Nominalwert gewährleistet wird.<sup>7</sup> Der einlegende Gesellschafter (Inferent) erlangt nur dann Befreiung von dieser primären Geldleistungspflicht durch Sachleistung, wenn die Sacheinlage formgerecht festgesetzt worden ist.<sup>8</sup> Im Sonderfall der verdeckten Sacheinlage erfolgt eine zeitlich verzögerte Anrechnung des verdeckt eingebrachten Sachwertes auf die Bar-einlageverpflichtung gem. Abs. 3 (vgl. dazu Rn 54 ff).

## B. Erscheinungsformen der Sachgründung

**I. Sacheinlage (Abs. 1). 1. Begriff.** Nach der Klammerdefinition des Abs. 1 S. 1 ist Sacheinlage jede Einlage, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrages, dh des Nennbetrages oder des höheren Ausgabebetrages zu erbringen ist. Die Zweite Richtlinie spricht ebenfalls im Sinne einer Negativdefinition von „Einlagen, die nicht Bareinlagen sind“.<sup>9</sup> Die Begriffsdefinition der Sacheinlage des § 27, die nicht vollständig deckungsgleich mit der in der Zweiten Richtlinie ist,<sup>10</sup> lässt insbesondere offen, was anstelle von Geld Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, da ein Umkehrschluss des Inhalts, dass alles, was nicht Geld ist, auch eingelegt werden kann, ganz offensichtlich nicht zulässig ist.<sup>11</sup> Unter Einlagen sind nach § 2 Leistungen auf Aktien zu verstehen, die die **Haftungsmasse mehren**.<sup>12</sup> Nebenleistungen iSv § 55 sind mangels Leistung auf die Aktien auch dann keine Sacheinlage, wenn sie dem äußeren Erscheinungsbild nach diesen gleichen.<sup>13</sup>

Der in Abs. 1 genannte Begriff „Ausgabebetrag“, der aufgrund Art. 1 Nr. 4 StückAG<sup>14</sup> durch die Formulierung „Nennbetrag“ bzw. „höheren Ausgabebetrag“ ersetzt wurde, entspricht dem in der Satzung festgesetzten Betrag und ist entweder mit dem Nennbetrag der Aktien, § 8 Abs. 2, oder bei Stückaktien mit dem auf die Stückaktien entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals, § 8 Abs. 3, identisch, jeweils zzgl. eines ggf. zu leistenden Aufgeldes, § 9 Abs. 2. Tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage – oder Sachübernahme – iSv § 27 kann nach dem ebenfalls im Zuge der Zweiten Richtlinie eingefügten Abs. 2<sup>15</sup> jeder Vermögensgegenstand sein, der einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert hat. Nicht erforderlich ist, dass es sich um eine „Sache“ iSv § 90 BGB handelt,<sup>16</sup> womit die praktisch wichtige Einbringung von Rechten ermöglicht wird. Ebenso wenig spielt eine Rolle, ob die Gesellschaft den Vermögensgegenstand endgültig erwerben soll oder nur ein miet- oder pachtähnliches Nutzungsrecht erlangen soll.<sup>17</sup>

**2. Rechtscharakter der Sacheinlagevereinbarung.** Hinsichtlich des Rechtscharakters der Sacheinlagevereinbarung bieten Rechtsprechung und Literatur ein wenig einheitliches Bild, wobei im Ganzen sehr verschiedene Meinungen vertreten werden. Während weitgehende Einigkeit noch darin besteht, dass es sich nicht um einen Kauf- oder Tauschvertrag handelt,<sup>18</sup> wird einerseits vertreten, dass es sich bei der Sacheinlagevereinbarung um einen zum Gesellschaftsvertrag hinzutretenden körperschaftsrechtlichen Verpflichtungsvertrag eigener Art handelt;<sup>19</sup> bei dieser Meinung wird im Übrigen noch weiter dahin differenziert, dass einerseits

5 KölnKomm-AktG/Lutter, § 54 Rn 2, 11, § 183 Rn 8; Hüffer, Rn 2; Geßler/Hefermehl/Bungeroth, § 54 Rn 8, § 183 Rn 9; Ulmer, ZHR 154 (1990) 128, 130; GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, Rn 7; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 4; in diesem Sinne wohl auch BGH ZIP 1996, 669, 672.

6 MüKo-AktG/Pentz, Rn 13 f unter Verweis auf das Zusammenwirken von § 66 Abs. 1 und 2.

7 Vgl. auch GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, Rn 5 ff.

8 GroßKomm-AktienR/Wiedemann, § 183 Rn 27; Scholz/Winter GmbHG, 10. Aufl., § 5 Rn 40.

9 Vgl. Art. 10 der Richtlinie.

10 GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, Rn 12, 80.

11 GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, aaO.

12 MüKo-AktG/Pentz, Rn 11, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 7.

13 Hüffer, Rn 3; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 6.

14 Vom 25.3.1998, BGBl. I S. 590.

15 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 2; GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, Rn 16.

16 Hüffer, Rn 3; MüKo-AktG/Pentz, Rn 11; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 11.

17 Hüffer, Rn 3; MüKo-AktG/Pentz, Rn 11.

18 BGHZ 45, 338, 339, 345; RGZ 45, 101; Schnorr von Carolsfeld, DNotZ 1963, 418; Sengelmann, Die Sachübernahme im Aktienrecht, Diss. 1965, S. 16; Schönle, NJW 1966, 2161 f; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 13; Geßler/Eckardt, Rn 21; GroßKomm-AktienR/Röbri-richt, Rn 13.

19 Geßler/Eckardt, Rn 21 f; Schönle, NJW 1966, 2161; ähnlich: Ritter, AktG 1937 § 20, Anm. 2 a.

vertreten wird, dass es sich im Ganzen um eine körperschaftsrechtliche Regelung handelt<sup>20</sup> oder um eine nicht organisationsrechtliche Bestimmung, die nur aus Publizitätsgründen in die Satzung aufzunehmen ist.<sup>21</sup> Auf der anderen Seite hat sich die inzwischen als herrschende Meinung einzustufende Ansicht herausgebildet, dass es sich bei der **Sacheinlagevereinbarung** um einen – wenn auch faktischen – **unselbstständigen, materiellen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages** handelt, der gesellschaftsrechtliche Pflichten des Gründers erzeugt.<sup>22</sup> Diese Kontroverse ist jedoch für die praktische Rechtsanwendung weitgehend folgenlos, da es für das angestrebte Ziel, bei unwirksamer Sacheinlagevereinbarung eine Geldleistungspflicht aufleben zu lassen,<sup>23</sup> mithin Mängel der Sacheinlage als irrelevant für die Wirksamkeit des Beitrittsversprechens anzusehen,<sup>24</sup> nicht zwingend erforderlich ist, auf gesellschaftsrechtsfremde Zusatzkonstruktionen auszuweichen.

- 9 Das **Vollzugsgeschäft** folgt den allgemeinen Regeln, je nach Art des einzubringenden Gegenstandes. Bewegliche Sachen werden somit gemäß §§ 929 ff BGB, Grundstücke gemäß §§ 873, 925 BGB, Forderungen und forderungsgleiche Rechte gemäß §§ 398, 413 BGB und GmbH-Geschäftsanteile gemäß § 15 GmbH-Gesetz sowie Namensaktien entweder gemäß §§ 398, 413, 952 BGB oder durch Indossament übertragen; bei vinkulierten Namensaktien ist § 68 Abs. 2 zu berücksichtigen. Eigene Forderungen des Gründers gegen die (Vor-)AG werden, sofern sie in diesem frühen Stadium bereits begründet wurden, durch Abtretung und darauf eintretende Konfusion oder Erlassvertrag gemäß § 397 BGB eingebracht. Die Vor-AG wird bei diesen Rechtsgeschäften durch ihren Vorstand vertreten.<sup>25</sup> Sofern der Vollzugsakt mit dem Gesellschaftsvertrag zusammenfällt oder sogar mit in die Satzung aufgenommen wird, was bei formbedürftigen Einbringungen aus Praktikabilitätsgründen tunlich und zulässig ist,<sup>26</sup> wird die AG durch die (Mit-)Gründer vertreten.<sup>27</sup> Hierbei bleiben Wesen und Eigenständigkeit der Erfüllung als Vollzugsgeschäft unberührt.<sup>28</sup>
- 10 **3. Einlagefähigkeit (Abs. 2).** a) **Allgemeines.** Abs. 2 bestimmt, dass Sacheinlagen und Sachübernahmen Vermögensgegenstände sein können, deren **wirtschaftlicher Wert feststellbar** ist. Diese auf die Zweite Richtlinie zurückgehende Bestimmung entspricht der bisherigen deutschen Praxis vor Erlass der Richtlinie; insofern hat sich der europäische Gesetzgeber die deutsche, in Rechtsprechung und Literatur erarbeitete Konzeption zueigen gemacht.<sup>29</sup> Die Norm bildet dabei jedoch nicht eine Mindestnorm, sondern verbietet zugleich, vor dem Hintergrund, dass § 27 richtlinienkonform auszulegen ist, dass auf nationaler Ebene weitere, zusätzliche Kriterien zur Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit geschaffen werden.<sup>30</sup> Dieser Gesichtspunkt spielt bei der Streitfrage, ob es für die Frage der Sacheinlagefähigkeit auf die Bilanzierungsfähigkeit des einzubringenden Gegenstandes ankommt (dazu unten Rn 11) sowie für die Frage, inwiefern obligatorische Nutzungsrechte eingebracht werden können (dazu unten Rn 18) und ob es auf die selbstständige Übertragbar- und Verwertbarkeit der eingebrachten Vermögensgegenstände ankommt (dazu unten Rn 12), eine entscheidende Rolle.
- 11 **b) Bilanzierungsfähigkeit als Kriterium.** In der Vergangenheit wurde ganz überwiegend die Bilanzierungsfähigkeit des als Sacheinlage eingebrachten Vermögensgegenstandes für erforderlich gehalten.<sup>31</sup> Im neueren aktienrechtlichen und GmbH-rechtlichen Schrifttum wird unter Verweis auf BGHZ 29, 300, 304, wonach die Bilanzierungsfähigkeit als Einlagevoraussetzung „nicht wörtlich zu nehmen“ sei, überwiegend vertreten, dass es nicht primär auf die Bilanzierungsfähigkeit ankomme.<sup>32</sup> Die abstrakte Frage der Bilanzierungsfähig-

20 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 13 (körperschaftliche Regelung und Bestandteil des Gesellschaftsvertrages); Geßler/Eckardt, Rn 21; Schönle, NJW 1965, 2133, 2135; ders., NJW 1966, 2161 f.

21 KölnKomm-AktG/Kraft, 1. Aufl., Rn 8 ff; vgl die Nachw. zum Streitstand auch in MüKo-AktG/Pentz, Rn 16.

22 Zur GmbH: BGHZ 45, 338, 345; BGH NJW 1966, 1311; BayOblG DB 1979, 1075; Hüffer, Rn 4; MüKo-AktG/Pentz, Rn 16; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 13 mwN in Fn 8, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 8.

23 Hüffer, Rn 11.

24 MüKo-AktG/Pentz, Rn 16.

25 Hüffer, Rn 4; MüKo-AktG/Pentz, Rn 17; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 15.

26 BGHZ 45, 338, 342; zur GmbH: KG DR 41, 1087; OLG Celle WM 1988, 375; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 24 mwN.

27 MüKo-AktG/Röbriecht, Rn 15, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 9.

28 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 15; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rn 22.

29 Vgl die aml. Begr. BT-Drucks. 8/1678, S. 12; Knobbe-Keuk, ZGR 1980, 214; Hüffer, NJW 1979, 1065, 1066; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, § 29 Rn 17.

30 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 4 unter Hinweis auf die Ausführungen des Generalanwalts Tesaro in dem Verfahren Meilicke./ADV ORGA vor dem EuGH auf Grund einer Vorlage des LG Hannover; dabei Zurückverweisung der Vorlage als unzulässig, abgedruckt in ZIP 1992, 1076; differenzierend zur Frage, ob EG-Recht Mindest- oder Höchststandards setzt, je nach der betreffenden Richtlinie bzw Sachnorm: Wiedemann, DB 1993, 141, 142; aA BGHZ 110, 47, 68 ff = NJW 1990, 982; Hopt, ZGR 1992, 265, 285.

31 KGJ 44, A146; KGJ 45, 175; Geßler/Eckardt, Rn 8; Knobbe-Keuk, ZGR 1980, 214, 217; v. Godin/Wilhelmi, Rn 11; Schmorr von Carolsfeld, DNotZ 1963, 418; eingehend: Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, 214, 231 f; vgl zum älteren Standpunkt im GmbH-Recht: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 5 Rn 23.

32 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 32; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 21 f; Hüffer, Rn 15; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 44; MüKo-AktG/Pentz, Rn 18; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 11; zur GmbH: Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 32 f mwN.

keit sei nicht Vorbedingung der Einlagefähigkeit, sondern umgekehrt dürfe die Bilanzierungsfähigkeit lediglich eine **Folge der Einlagefähigkeit** sein.<sup>33</sup> Das Hauptargument der älteren Auffassung besteht darin, dass Bilanzierungsfähigkeit gefordert werden müsse, weil andernfalls die Einbringung nicht bilanzierbarer Vermögensgegenstände dazu führen könnte, dass die soeben gegründete AG mit einem Bilanzverlust ins Leben trete, was zu verhindern sei.<sup>34</sup> Allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass es für die Frage, ob der Gesellschaft ein Vermögensgegenstand mit feststellbarem wirtschaftlichen Wert iSv Abs. 2 übertragen wurde, nicht entscheidend darauf ankommt, ob der betreffende Vermögensgegenstand in einer am Gedanken der periodischen Erfolgsabgrenzung ausgerichteten Gewinnermittlungsbilanz technisch aktivierungsfähig ist, sondern darauf, dass der wirtschaftliche Wert überhaupt, und sei es erst in einer Überschuldungsbilanz, feststellbar ist.<sup>35</sup> Mithin ist das Gläubigerschutzkonzept der Gewinnermittlungsbilanz nicht auf die Frage der Einlagefähigkeit zu übertragen.<sup>36</sup> Weiter ist zu berücksichtigen, dass die ältere Lehre in Widerspruch zur geschilderten richtlinienkonformen Auslegung (dazu oben Rn 2) steht, da sie neben dem Erfordernis des feststellbaren wirtschaftlichen Wertes noch das zusätzliche engere Kriterium der Bilanzierungsfähigkeit aufstellt; demgegenüber entspricht die vorzugswürdige neuere Lehre der richtlinienkonformen Auslegung iSv Abs. 2.<sup>37</sup> Die handelsrechtliche Aktivierungsfähigkeit bildet auf der anderen Seite ein starkes Indiz dafür, dass der Wirtschaftsverkehr bestimmten Vermögensgegenständen einen Vermögenswert zumisst.<sup>38</sup> Allerdings gilt dies nicht für aktive Rechnungsabgrenzungsposten, vgl § 250 Abs. 1 und 3 HGB.<sup>39</sup> Damit können auch obligatorische Nutzungsrechte im Wege der Sacheinlage in die AG eingebracht werden (dazu noch unten Rn 18), obwohl sie nicht bilanzierungsfähig sind.<sup>40</sup>

c) **Übertragbarkeit.** Die Übertragbarkeit des einzubringenden Gegenstandes vom Gründer auf die AG stellt eine selbstverständliche Voraussetzung der Sacheinlagefähigkeit dar, da das Vermögen der AG andernfalls nicht durch die Sacheinlage gemehrt würde.<sup>41</sup> Streitig ist jedoch, ob Übertragbarkeit auch bedeutet, dass der eingebrachte Gegenstand die Fähigkeit haben muss, **Gegenstand des Rechtsverkehrs** oder wenigstens **Zugriffsobjekt der Gläubiger** sein zu können.<sup>42</sup> Die heute hM stellt demgegenüber darauf ab, dass der Gesellschaft ein ihr Vermögen **tatsächlich erhöhender Wert** zugeführt wird, der von der Gesellschaft im Rahmen ihres Unternehmens genutzt werden kann und dadurch für die Gläubiger einen Wert darstellt, mithin dadurch für Gläubiger die Sicherheit erhöht, mit ihren Forderungen nicht auszufallen.<sup>43</sup> Die Rechtsprechung hat bereits früh diesen Ansatz verfolgt und etwa **Firmen- und Warenzeichenrechte**, die grundsätzlich nur zusammen mit dem Geschäftsbetrieb übertragen werden können, als sacheinlagefähig angesehen.<sup>44</sup> Der hM und der Rechtsprechung ist zu folgen: Auch bei Bareinlagen hat der Gläubiger keinen Anspruch darauf, dass mit dieser von der Gesellschaft nur durch Gläubiger einzeln verwertbare Vermögensgegenstände angeschafft werden.<sup>45</sup> Gründe, die Gläubiger bei Sacheinlagen in diesem Punkt besser zu stellen als bei Bareinlagen, sind nicht ersichtlich. Auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten ist es nicht tunlich, eine isolierte Übertragbarkeit der durch Sacheinlage in das Gesellschaftsvermögen eingebrachten Vermögensgegenstände zu fordern, da auf diesem Wege zusätzliche, nicht mit der Zweiten Richtlinie erfasste Hürden für die Sacheinlage aufgestellt würden.<sup>46</sup> Folglich kommt es allein darauf an, dass der AG die Vermögensgegenstände nicht durch den Sacheinleger einseitig entzogen werden können<sup>47</sup> und im Übrigen zur freien Verfügung der AG stehen.<sup>48</sup>

4. **Gegenstände der Sacheinlage.** Bewegliche und unbewegliche Sachen, die der Gesellschaft zu Eigentum übertragen werden, eignen sich besonders für Sacheinlagen.<sup>49</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Sacheinleger Eigentümer der Sache ist oder jemals wird. Dies bedeutet, dass es ausreicht, dass der Sachein-

33 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 21 ff.

34 KölnKomm-AktG/Kraft, 1. Aufl., Rn 14; Geßler/Eckardt, Rn 8.

35 So auch KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 44.

36 Hüffer, Rn 15; vgl zum GmbH-Recht auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 32.

37 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 21 f; W. Meilicke, BB 1991, 579, 581.

38 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 33.

39 Hüffer, Rn 14; MüKo-AktG/Pentz, Rn 20.

40 Hüffer, Rn 19; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 25, 59; MüKo-AktG/Pentz, Rn 31 mit der Einschränkung, dass eine feste Nutzungsdauer vereinbart sein muss.

41 Vgl KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 46; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 28.

42 Hüffer, Rn 14, i.S.e. abstrakten Verkehrsfähigkeit durch Einzelveräußerung; Lutter, Kapital, S. 232; Haas, in: FS Döllerer, S. 169, 180 f; Fabricius, Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch die Gesellschafter, 1987, S. 169 f; Meyer-

Landrut/Müller/Niehuus/Meyer-Landrut, § 5 Rn 30 ohne weitere Definition des Begriffs der Übertragbarkeit.

43 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 31, 32 f; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 46; W. Meilicke, BB 1991, 579, 850; MüKo-AktG/Pentz, Rn 21; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 35; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 39; Döllerer, in: FS Fleck, S. 35, 46; Bork, ZHR 154 (1990), 205, 228 f; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 12.

44 RG JW 1900, 857; 1911, 121.

45 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 30, 35; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 46; Döllerer, in: FS Fleck, 1988, S. 46; Bork, ZHR 154 (1990), 205, 228, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, § 27 Rn 13.

46 Bork, aaO; Döllerer, aaO.

47 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 34 f.

48 MüKo-AktG/Pentz, Rn 21; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 35.

49 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 36.

leger den Eigentümer anweist, der AG das Eigentum an der einzubringenden Sache unmittelbar, dh ohne Durchgangserwerb des Sacheinlegers zu übertragen.<sup>50</sup> Der Inferent kann auch lediglich eine Beschaffungsschuld übernehmen, sofern die einzubringende Sache spätestens bei Anmeldung der AG existiert. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass aus § 36 a Abs. 2 S. 2 zu folgern sei, dass es ausreiche, dass die einzubringende Sache innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren nach Anmeldung hergestellt werde oder existiere.<sup>51</sup>

- 14 Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, da künftige Sachen, etwa ein erst noch herzustellendes Gebäude, bei Anmeldung der AG durch das Gericht nicht bewertet werden können<sup>52</sup> und andernfalls das Risiko aus dem Einlageversprechen für die AG zu groß wäre. Auch aus § 36 a Abs. 2 folgt nicht, dass bei Anmeldung der AG noch nicht existente Sachen eingebracht werden können. Diese Vorschrift gilt allgemein als missverständlich formuliert.<sup>53</sup> Ihre Auslegung ist streitig (dazu unten § 36 a Rn 6). Der Streitstand soll an dieser Stelle nicht vertieft werden; jedenfalls trifft diese Norm selbst bei richtlinienkonformer Auslegung keine Aussage zur Frage, ob künftige Sachen eingelegt werden können, sondern nur zur Frage, innerhalb welcher Frist sich die Einbringung einer existenten Sache zu vollziehen hat. Schließlich ist im Vergleich zur Bareinlage zu berücksichtigen, dass die AG bestenfalls das Beschaffungsrisiko zu tragen hat, ihr jedoch nicht zuzumuten ist, das Herstellungsrisiko des Inferenten zu tragen, weil andernfalls nur ein gegen den Inferenten gerichteter Anspruch aus einem Werkvertrag Gegenstand der Sacheinlage wäre.<sup>54</sup> Daher muss die einzubringende Sache spätestens bei Anmeldung der AG entstanden sein.<sup>55</sup> Liegen Belastungen der einzubringenden Sache vor, ist diesen bei der Bewertung Rechnung zu tragen.<sup>56</sup> Neben Sachen sind einlagefähig: Grundstücksgleiche Rechte wie das Erbbaurecht oder Bergwerkeigentum,<sup>57</sup> beschränkt dingliche Rechte an Sachen wie Dienstbarkeiten und Nießbrauch,<sup>58</sup> sonstige Rechte wie Gesellschaftsanteile, Urheberrechte und Patentrechte, Sach- und Rechtsgesamtheiten und insbesondere ganze Unternehmen einschließlich der damit verbundenen Kennzeichnungen, wie insbesondere der Firma. Good Will, Kundenstamm und Warenzeichen<sup>59</sup> können ebenfalls Gegenstand einer Sacheinlage sein und nicht geschützte gewerbliche Rechte wie know how<sup>60</sup> sind einlagefähig.<sup>61</sup>
- 15 Des Weiteren sind **Forderungen** grundsätzlich tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage. Hierbei ist jedoch danach zu differenzieren, gegen wen sich die Forderung richtet. Jede Art von Forderungen gegen den einlegenden Gesellschafter selbst wird unter Hinweis auf den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung allgemein als nicht einbringungsfähig angesehen, weil der AG in diesem Fall statt einer Sachleistung nur das Versprechen einer künftigen Einbringung der Leistung zukäme,<sup>62</sup> mithin nur ein Forderungsaustausch zustande käme.<sup>63</sup> Dienstleistungen des Einlegenden zB können somit nicht eingelegt werden,<sup>64</sup> was auch durch Abs. 2 Hs 2 klargestellt wird. Einlagefähigkeit derartiger Forderungen besteht jedoch dann, wenn die Forderung gegen den Einlegenden ihrerseits durch ein dingliches Recht, zB durch Grundpfandrechte, gesichert ist.<sup>65</sup> Forderungen des Einlegenden gegen einen oder mehrere Mitgründer sind nicht einlagefähig,<sup>66</sup> da

50 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 37; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 55; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 36.

51 MüKo-AktG/Pentz, Rn 23, wohl auch GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 36, der nicht existente Sachen und Sachen, die zum Zeitpunkt des Sacheinlageversprechens im Eigentum eines Dritten stehen, insofern gleich behandelt und dazu ausschließlich Rechtsprechung und Literatur zitiert, die sich auf im Eigentum Dritter stehende Sachen bezieht; vgl auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 39, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 15.

52 Geßler/Eckardt, Rn 11; zum vergleichbaren Problem bei weiter Auslegung des § 36 a Abs. 2 S. 2: Mayer, ZHR 154 (1990) 535, 541, 542; Happ, 2.02, Rn 11.

53 S.u. § 36 a Rn 6; Hüffer, § 36 a Rn 4; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, § 36 a Rn 3; MüKo-AktG/Pentz, § 36 a Rn 10.

54 Geßler/Eckardt, Rn 11.

55 Geßler/Eckardt, Rn 11; GroßKomm-AktienR/Wiedemann, § 183 Rn 35; aA KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 48; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 36; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 15.

56 MüKo-AktG/Pentz, Rn 23; aA Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 45.

57 MüKo-AktG/Pentz, Rn 24.

58 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 39; MüKo-AktG/Pentz, Rn 24; BGHZ 45, 338, 344; Hüffer, Rn 17; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 49, Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 16.

59 Warenzeichen können nach neuem Recht unabhängig von dem Unternehmen übertragen werden, vgl MüKo-AktG/Pentz, Rn 24.

60 Vgl zu Betriebsgeheimnissen allg. Krüger, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, S. 16 f; Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn 1 f; Polley, Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre 1993, S. 90.

61 Zu weiteren Einzelfällen einbringungsfähiger Rechte vgl MüKo-AktG/Pentz, Rn 24 f; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 13.

62 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 68; Hüffer, Rn 17 f; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 36, 64; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rn 24; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 48; nach KG NZG 2005, 718 soll für den Fall der Einbringung der Kommanditistenbeteiligung in die Komplementär-GmbH der GmbH & Co. KG im Wege der Sacheinlage das Bestehen von Forderungen der GmbH & Co KG gegen den einbringenden Kommanditisten die Einlagefähigkeit der Kommanditistenbeteiligung ausschließen. Dies ist fraglich, weil eingebrachter Vermögensgegenstand ein Recht, nämlich die KG-Beteiligung, ist und sich die "Einlage" von Forderungen gegen den einbringenden GmbH-Gesellschafter nur als Folge der dann eintretenden Anwachsung vollzieht.

63 MüKo-AktG/Pentz, Rn 26; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 26; aA im Hinblick auf die Kapitalerhöhung im Cash Pool, Cabn, ZHR 166 (2002), 278, 289 ff. Vgl zum Cash Pool auch Rn 44.

64 Ganz hM, vgl Hüffer, Rn 22; MüKo-AktG/Pentz, Rn 33; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 70.

65 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 69; MüKo-AktG/Pentz, Rn 26; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 27.

66 Str, dafür: GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 73; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 45; dagegen: MüKo-AktG/Pentz, Rn 27.

hierdurch die Haftungsbasis für die Aufbringung des Grundkapitals nicht tatsächlich vergrößert wird. Auch hier gilt jedoch, dass eine dingliche Besicherung der Forderung zur Einlagefähigkeit führt.<sup>67</sup> Forderungen gegen Dritte können als Sacheinlage eingebracht werden, wenn ihnen ein wirtschaftlicher Wert zukommt und sie abtretbar sind.<sup>68</sup> Die Art der Forderung spielt bei der Frage der Sacheinlagefähigkeit keine Rolle, wohl aber bei der Bewertung der Forderung.<sup>69</sup> Auch aufschiebend befristete Ansprüche gegen Dritte sind einlagefähig;<sup>70</sup> wegen der Unsicherheit des Entstehens nicht jedoch künftige bzw aufschiebend bedingte Forderungen gegen Dritte.<sup>71</sup>

**Forderungen des Gründers, die gegen die (Vor-)AG gerichtet sind,** können nach ganz hM eingebracht werden.<sup>72</sup> Diese Auffassung überzeugt, sofern die Regeln der Sacheinlage und damit auch die relevanten Bewertungsvorschriften angewandt werden<sup>73</sup> und die AG die Forderungen im Gründungsvertrag übernimmt. In der Praxis wird sich jedoch diese Frage bei der Kapitalerhöhung häufiger stellen als in dem frühen Stadium der Gründung der AG.<sup>74</sup> Damit kann zB auch der Anspruch des Gründers auf Erstattung der Auslagen für Gründungskosten als Sacheinlage eingelegt werden. Künftige Forderungen gegen die AG, zB künftige Ansprüche auf Zahlung von Vorstandsgehalt, sind nicht einlagefähig.<sup>75</sup>

**Die Einbringung erfolgt durch Erlassvertrag** gem. § 397 BGB oder durch Abtretung mit darauf folgender Konfusion.<sup>76</sup> Voraussetzung der Einlage einer Forderung gegen die Gesellschaft ist jedenfalls, dass die Forderung werthaltig ist, mithin die Gesellschaft die Forderung ohne Aufbringung neuen Eigenkapitals durch Kapitalerhöhung oder Einlage bezahlen könnte;<sup>77</sup> ist die (Vor-)Gesellschaft notleidend, aber noch nicht überschuldet,<sup>78</sup> oder ist die Forderung streitig,<sup>79</sup> muss ein Bewertungsabschlag vorgenommen werden; vgl hierzu auch unten Rn 44.

Ob obligatorische Nutzungsrechte einlagefähig sind, ist nach der Rspr zu bejahen,<sup>80</sup> in der Literatur jedoch heftig umstritten. Nach nahezu einhelliger Meinung sind obligatorische Nutzungsrechte wie Ansprüche aus einem Miet- oder Pachtvertrag jedenfalls dann einlagefähig, sofern derartige abtretbare (§ 399 BGB) obligatorische Nutzungsrechte, die dem Einleger gegen Dritte zustehen, Gegenstand der Sacheinlage sind.<sup>81</sup> Sofern die obligatorischen Nutzungsrechte gegenüber dem Einleger selbst bestehen, ist die Einlagefähigkeit grundsätzlich zu bejahen, wenn der Gesellschaft der Besitz an dem zu nutzenden Gegenstand übertragen wird, mithin eine „Aussonderung aus dem Vermögen“<sup>82</sup> des Einlegenden stattgefunden hat und das Nutzungsrecht mit einer bestimmten Mindestlaufzeit eingeräumt wird.<sup>83</sup> Sofern Nutzungsrechte unbefristet eingelegt werden sollen, fehlt es mangels feststehender Nutzungsdauer an der Möglichkeit der Kapitalisierung des Nutzungsrechtes und damit am feststellbaren wirtschaftlichen Wert iSv Abs. 2.<sup>84</sup> Bei derartigen unbefristeten Nutzungsrechten ist jedoch jeweils mittels Auslegung genau zu prüfen, ob nicht eine Einlage auf Dauer des Bestehens der Gesellschaft gemeint ist, so dass bei Grundstücksrechten die Bewertung auf der Grundlage einer ewigen Rente und bei abnutzbaren Vermögensgegenständen der Ansatz auf der Grundlage der Überlassung für die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer erfolgt.<sup>85</sup> Generell kann den verbleibenden Restrisiken bei obligatorischen Nutzungsrechten durch entsprechende Bewertungsabschläge Rechnung getragen werden.<sup>86</sup>

67 MüKo-AktG/Pentz, Rn 27.

68 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 71, 76.

69 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, aaO.

70 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 52; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 45; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, MüKo/Pentz Rn 28; § 5 Rn 42, aA KölnKomm-AktG/Lutter, § 183 Rn 21 aE.

71 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 52; KölnKomm-AktG/Lutter, § 183 Rn 21; aA GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 74; überzeugend dagegen: MüKo-AktG/Pentz, Rn 28.

72 RGZ 42, 1, 4; BGH WM 1959, 1113, 1114; BGHZ 110, 47, 60; Hüffer, Rn 18; MüKo-AktG/Pentz, Rn 29; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 54 ff; aA GroßKomm-AktienR/Bartz, 3. Aufl., Rn 12; vgl auch Rn 44.

73 Nach einigen Stimmen in der Literatur sollen dagegen bei Einbringung von gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen eine Sacheinlage nicht erforderlich sein, vgl zB Karollus, ZIP 1994, 589 ff; Schall, ZGR 2009, 126, 148 f.

74 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 80.

75 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 80; BGH NJW 1970, 469; Lutter, Kapital, S. 237 ff, 324 f.

76 Unstr, vgl BGHZ 110, 47, 60 mwN.

77 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 55 mwN; Hüffer, Rn 18; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 81, streitig; für Einlagefähigkeit auch dann, wenn AG überschuldet ist: Gefler, in: FS Möhring, 1975, S. 173 ff, 191; Meilicke, Die verschleierte Sacheinlage,

1989, 23 f; ders., DB 1989, 1069, 1072 ff und 1119 f; Reuter, BB 1978, 1195; Hannemann, DB 1995, 2055.

78 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 81; BGHZ 113, 335, 341 f.

79 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 83; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 44.

80 BGH NJW 2000, 2356; BGH NZG 2004, 910 (für GmbH); vorher BGHZ 127, 1, 9; BGHZ 127, 17, 25 noch unentschieden; OLG Nürnberg AG 1999, 381, 382 liSp.

81 Knobbe-Keuk, ZGR 1980, 214, 223; BGH NJW 2000, 2356, 2357; Bork, ZHR 154 (1990) 205; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 59; Steinbeck, ZGR 1996, 116, 117 ff.

82 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 40.

83 Ganz hM; vgl nur GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 60 und KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 52; mit Hinweis auf die Voraussetzungen für die Einlagefähigkeit: K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 17; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 33; kritisch zu der Differenzierung zwischen Nutzungsrechten, die gegen den Einlegenden selbst bestehen, und denjenigen, die gegen Dritte bestehen, W. Meilicke, BB 1991, 579, 582.

84 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 64; Brandes, ZGR 1989, 244, 247; auch die hier bestehende Möglichkeit der Kündigung des Nutzungsrechts mag dem wirtschaftlichen Wert entgegenstehen.

85 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 64.

86 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 57.

- 19 **5. Untaugliche Gegenstände der Sacheinlage.** Abs. 2 Hs 2 regelt, dass Verpflichtungen zu Dienstleistungen als Sacheinlagegegenstände ungeeignet sind. Dem Wortlaut nach unterscheidet Abs. 2 Hs 2 nicht zwischen Dienstleistungen eines Gründers und Dienstleistungen Dritter. Dienstleistungen des Gründers selbst wären nach einhelliger Auffassung auch ohne die gesetzliche Klarstellung nicht einlagefähig.<sup>87</sup> Diese Meinung überzeugt, da die Einlage von Dienstleistungen des Gründers wegen ihrer Bindung an die Person und der damit gegebenen Unsicherheit dem Gebot der realen Kapitalaufbringung widerspricht. Auch abtretbare Dienstleistungsansprüche gegen Dritte können nach ganz hM<sup>88</sup> nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein; dieser Meinung ist ebenfalls zu folgen, da auch hier die personelle Bindung mit ihrer damit verbundenen Unsicherheit angesichts des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung gegen Einlagefähigkeit spricht, weil das Risiko für die Gesellschaft andernfalls zu hoch wäre; das Korrektiv des Bewertungsabschlages allein kann hier die Sacheinlagefähigkeit nicht begründen.
- 20 **6. Bewertung der Sacheinlage; Verbot der Unterpari-Emission.** Aus dem Verbot der Unterpari-Emission gem. § 9 Abs. 1 sowie aus den die reale Kapitalaufbringung sichernden gesetzlichen Vorschriften der §§ 33 Abs. 2 Nr. 4, 33 a Abs. 1, 34 Abs. 1 Nr. 2 (externe Gründungsprüfung der Werthaltigkeit festgesetzter Sacheinlagen, soweit nicht die Ausnahmebestimmung des § 33 a greift), 36 a Abs. 2 S. 3, 37 Abs. 1 S. 1, 37 a (Werthaltigkeit als Anmeldevoraussetzung), 38 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 (Eintragungshindernis bei mangelnder Werthaltigkeit) folgt, dass der Wert der Sacheinlage nicht geringer als der Nennwert der Sacheinlage ausgegebenen Aktien sein darf, da andernfalls eine unzulässige Überbewertung der Sacheinlage gegeben wäre.<sup>89</sup> Sofern ein Aufgeld (Agio) zu zahlen ist, muss neben dem Nennwert der Aktien auch das Agio durch die Sacheinlage wertmäßig gedeckt sein.<sup>90</sup> Auch die im Hinblick auf den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung für sich genommen unbedenkliche Unterbewertung der Sacheinlage ist nicht zuzulassen, weil andernfalls schon beim Gründungsvorgang stille Reserven gelegt würden. Dies ist mit Rücksicht auf § 279 Abs. 1 S. 1 HGB und der zusätzlich gegebenen Gefahr überhöhter Gewinnausschüttungen sowie dem Risiko zu geringer Abschreibungen nicht zulässig.<sup>91</sup> Der etwaige überschießende Wert der Sacheinlage ist gem. § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen.
- 21 Die Sacheinlage ist mit dem Zeitwert zu bewerten.<sup>92</sup> Stichtag ist der Zeitpunkt der Registeranmeldung, was im GmbHG in § 9 ausdrücklich geregelt ist.<sup>93</sup> Ist zu diesem Zeitpunkt eine Wertminderung unter den ausgewiesenen Wert eingetreten, greift die Differenzhaftung der Gründer ein.<sup>94</sup> Bei Gegenständen des Anlagevermögens ist der (Wieder-)Beschaffungs- oder Herstellungswert, nicht dagegen der Einzelveräußerungswert maßgeblich.<sup>95</sup> Letzterer ist jedoch bei Gegenständen des Umlaufvermögens anzusetzen.<sup>96</sup> Bei obligatorischen Nutzungsrechten ist höchstens die abgezinste Vergleichsmiete oder -pacht für den Nutzungszeitraum anzusetzen.<sup>97</sup> Bei Einbringung eines Unternehmens ist das Risiko von Über- oder Unterbewertungen sehr hoch; auch hier sind derartige Wertabweichungen zu vermeiden. Anzuknüpfen ist für die Bewertung eines Unternehmens zunächst an den betriebswirtschaftlich ermittelten Ertragswert.<sup>98</sup> Um Wertschwankungen zwischen Sacheinlagevereinbarung und Handelsregisteranmeldung aufzufangen, ist in der Praxis zunächst von einer realistischen Bewertung zum Zeitpunkt der Sacheinlagevereinbarung auszugehen; hinsichtlich eines etwaigen am Anmeldezeitpunkt vorhandenen überschießenden Wertes wird vereinbart, dass diesen die AG durch bare Zahlung an den Inferenten zurückzuführen hat.<sup>99</sup> Ein etwa festgestellter Minderwert ist durch bare Zuzahlung des Inferenten aufzufangen.<sup>100</sup> Abweichend hiervon kann die Einbringung eines Unternehmens auch zu Buchwerten einer letzten Bilanz des einzubringenden Unternehmens erfolgen, wenn mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart wird, dass das Unternehmen ab dem letzten Bewertungszeitpunkt als für Rechnung der AG geführt wird.<sup>101</sup>

87 Hüffer, NJW 1979, 1068, 1067; Hüffer, Rn 22; MüKo-AktG/Pentz, Rn 33; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 70; wegen fehlender Aussonderung aus dem Gründervermögen: KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 66.

88 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 66; MüKo-AktG/Pentz, Rn 33; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 48; Penné, WPg 1988, 35, 39 f; aA Hüffer, NJW 1979, 1065, 1067; Hüffer, Rn 22; Skibbe, GmbHR 1980, 73, 74 f; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 18; aA Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 31.

89 Vgl nur GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 86; Hüffer, Rn 20.

90 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 100, unter Hinweis auf den Streitstand zu dieser Frage im GmbH-Recht.

91 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 88, Hüffer, Rn 20; Geßler/Eckardt, Rn 36; im GmbHG wird demgegenüber überwiegend vertreten, dass derartige Überbewertungen zulässig sind; vgl nur Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5, 67 mwN; A/D/S, I § 255 HGB Rn 97, akzeptieren jedoch derartige Überbewertungen ersichtlich auch im Aktienrecht.

92 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 89; MüKo-AktG/Pentz, Rn 37.

93 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 91 MüKo-AktG/Pentz, Rn 38; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 21.

94 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 91 MüKo-AktG/Pentz, Rn 38.

95 Hüffer, Rn 20; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 89; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 20.

96 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, aaO; Hüffer, Rn 20; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 20.

97 Hüffer, Rn 20; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 20.

98 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 92.

99 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 93.

100 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 96.

101 Hüffer, Rn 20; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 96 f; MüKo-AktG/Pentz, Rn 38, K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 21.

**7. Rechtsfolgen einer Überbewertung. a) Vor Eintragung.** Wenn der Wert der Sacheinlage wegen einer Überbewertung nicht den in der Satzung für die Sacheinlage festgesetzten Anrechnungsbetrag, dh den Nennwert der als Gegenleistung auszubehenden Aktien erreicht, ist die Übernahmeerklärung und damit die Satzung in Gänze wegen Verstoßes gegen das Verbot der Unterprior-Emission gem. § 9 Abs. 1, § 130 BGB nichtig.<sup>102</sup> Das Registergericht hat die Eintragung der AG wegen eines Errichtungsmangels abzulehnen, § 38 Abs. 2 S. 2, sofern die Gesellschafter nicht vor Eintragung die angegebenen Wertansätze korrigieren oder die fehlende Einlage durch bare Zuzahlung auffüllen.<sup>103</sup> Abzulehnen ist die Eintragung auch dann, wenn die Sacheinlage zwar den Nennwert der ausgegebenen Aktien, nicht aber ein neben dem Nennwert ausgewiesenes Aufgeld erreicht.<sup>104</sup> § 38 ist in diesem Punkt de lege ferenda um eine entsprechende Bestimmung zu ergänzen.

**b) Nach Eintragung.** Ist die Gesellschaft trotz Überbewertung der Sacheinlage eingetragen worden, so ist die AG wirksam entstanden.<sup>105</sup> Weder Nichtigkeitsklage gem. § 275 noch Löschung gem. § 397 FamFG oder Amtslöschung gem. § 399 FamFG greifen ein.<sup>106</sup> Der für die überbewertete Sacheinlage verantwortliche Gründer kann im Wege der Differenzhaftung aus seiner Kapitaldeckungszusage in Anspruch genommen werden.<sup>107</sup> Ebenso kann eine Haftung aus § 46 entstanden sein. Regelmäßig wird Strafbarkeit gem. § 399 Abs. 1 Nr. 1 vorliegen.

**8. Gemischte Sacheinlagen und Mischeinlagen.** Eine gemischte Sacheinlage liegt vor, wenn im Gegenzug zur Einbringung des vom Gründer einzubringenden Vermögensgegenstandes Aktien und daneben auch eine Vergütung (Barzahlung, sonstige Vermögenswerte) gewährt werden.<sup>108</sup> Der Konstruktion nach liegt eine **Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme** vor, die zusammen jedoch einheitlich den für Sacheinlagen geltenden Regeln unterliegt, wenn die Sacheinlage unteilbar ist.<sup>109</sup> Selbst bei teilbarer Leistung liegt nach hM<sup>110</sup> ein einheitliches als Sacheinlage zu behandelndes Rechtsgeschäft vor. Bei der von der gemischten Sacheinlage strikt zu unterscheidenden Mischeinlage legt der Gründer als Gegenleistung für den Aktienwerb neben Barmitteln einen oder mehrere Vermögensgegenstände ein (dazu § 36 Rn 37). Gedanklich ist dieser Vorgang zu trennen;<sup>111</sup> soweit Barmittel eingebracht werden, folgt dieser Vorgang den Regeln über die Bareinlage; soweit Vermögensgegenstände eingelegt werden, greifen die Bestimmungen über die Sacheinlage ein (vgl. § 36 Rn 37 mwN).

**II. Die Sachübernahme (Abs. 1 Alt. 2). 1. Begriff.** Abs. 1 Alt. 2 definiert die Sachübernahme als – bei Gründung vereinbarte – Übernahme vorhandener oder herzustellender Anlagen oder anderer Vermögensgegenstände; das Gesetz geht dabei davon aus, dass anders als bei der Sacheinlage die Gegenleistung für diese Einbringung nicht in Aktien, dh nicht in der Begründung von Mitgliedschaftsrechten besteht, sondern eine (sonstige) Vergütung gewährt wird, die nach Abs. 1 wie die Sacheinlage in der Satzung festgesetzt werden muss.<sup>112</sup> Die Sachübernahme ist folglich kein Instrument der Kapitalaufbringung, sondern in § 27 neben der Sacheinlage geregelt, weil derartige Abreden bei Gründungsvorgängen in der Praxis vorkommen und bei überhöhter Vergütung die Eigenmittelausstattung der Gesellschaft ähnlich gefährden wie überbewertete Sacheinlagen.<sup>113</sup> Eine Verrechnungsabrede mit den anderen Gründern, aufgrund welcher sich der Gründer von seiner Einlagepflicht unter einverständlicher Verwendung seines Vergütungsanspruches befreit, muss nicht vorliegen – die einseitige Aufrechnung ist schon wegen § 66 Abs. 1 S. 2 unzulässig – weil andernfalls die Sachübernahme kraft Gesetzes gem. Abs. 2 S. 2 (dazu sogleich unten Rn 26) als Sacheinlage zu qualifizieren wäre.<sup>114</sup>

Abs. 1 S. 2 („fingierte Sacheinlage“) ist mit Blick auf die Regelungen des § 27 aus sich heraus kaum verständlich, da die Sachübernahme nach den übrigen Bestimmungen des § 27 ohnehin den gleichen Offenlegungs- und Prüfungserfordernissen wie eine Sacheinlage unterliegt.<sup>115</sup> Die Existenz des Abs. 1 S. 2 rechtfertigt sich aber daraus, dass auf die Sachübernahme die in § 36 a Abs. 2 S. 2 geregelte Frist für die Erfüllung

102 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 98; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 23; MüKo-AktG/Pentz, Rn 41, wo allerdings von Wirksamkeit der Satzung ausgegangen wird.

103 GroßKomm-AktienR/Röbriecht aaO; MüKo-AktG/Pentz, aaO; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 25.

104 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 100.

105 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 101; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 26.

106 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 101 zu den entspr. Vorläufervorschriften des FGG.

107 Unstr., BGHZ 64, 52, 62 = NJW 1975, 974; BGHZ 68, 191, 195 = NJW 1977, 119; BGHZ 86, 196.

108 RGZ 159, 321, 326 f zur GmbH; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 35; Hüffer, Rn 8; MüKo-AktG/Pentz, Rn 67; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 106.

109 BGHZ 170, 47, 54 Tz 17; Hüffer, Rn 8.

110 RGZ KG JW 1928, 1822; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 35; MüKo-AktG/Pentz, Rn 66; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 107; Hüffer, Rn 8.

111 Vgl. unten § 36 Rn 37; Hüffer, § 36 Rn 12; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 127.

112 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 112; Hüffer, Rn 5; MüKo-AktG/Pentz, Rn 61.

113 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 116.

114 Hüffer, Rn 5, 7; MüKo-AktG/Pentz, Rn 61; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 114.

115 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 114.

des Sacheinlageversprechens Anwendung finden soll.<sup>116</sup> Da die Sachübernahme nichts anderes ist als ein schuldrechtlicher Austauschvertrag, also meist ein Kauf- oder Werkvertrag, der im Zuge der Gründung der AG geschlossen wird,<sup>117</sup> ist es begrifflich nicht erforderlich, dass der Veräußerer oder Werkverpflichtete Gründer ist; jeder beliebige Dritte, der auch später nicht Aktionär wird, kann sich zur Leistung von Gegenständen im Wege der Sachübernahme verpflichten.<sup>118</sup>

- 27 **2. Sachübernahmevereinbarung.** Die Sachübernahmevereinbarung ist ein **schuldrechtlicher Austauschvertrag** (vgl Rn 26), der den jeweiligen schuldrechtlichen Regeln folgt.<sup>119</sup> Eine Sachübernahme bildet jedoch nicht einen Vertrag, den der Vorstand nach Gründung und Feststellung der Satzung der Gesellschaft mit dem Veräußerer oder Werkverpflichteten schließt.<sup>120</sup> Derartige Verträge können aber, wenn infolge dieser Verträge das Gesellschaftsvermögen den Betrag des Grundkapitals nicht erreicht, die **Differenz- bzw Unterbilanzhaftung** der Gründer auslösen.<sup>121</sup> Wegen der mittlerweile ausgeprägten Dogmatik der Vor-AG ist es gerechtfertigt, bei derartigen Verträgen allein auf die Vertretungsbefugnis des Vorstandes für die Vor-AG abzustellen, die sich im Grundlegungsstadium nicht nach § 82, sondern nach dem Satzungsinhalt bestimmt.<sup>122</sup> Werden derartige Verträge nach Eintragung der AG geschlossen, ist überdies § 52 zu beachten. Unabhängig von dem zuletzt erörterten Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob neben bereits schuldrechtlich verbindlichen Verträgen, denen zur (Voll-)Wirksamkeit nur noch die Aufnahme in die Satzung fehlt darüber hinausgehend auch Sachübernahmevereinbarungen, die von den Gründern nur in Aussicht genommen wurden, als Sachübernahme festgesetzt werden müssen. Nach der Rechtsprechung ist alles in der Satzung festzusetzen, was so feste Gestalt angenommen hat, dass mit der Verwirklichung der Übernahmeabsicht bestimmt gerechnet werden kann.<sup>123</sup> Zwar kann der Adressatenkreis der Satzung durch derartige noch nicht rechtsverbindliche Gründerabreden, die schließlich doch nicht durchgeführt werden, irreführt werden; andererseits besteht bei Durchführung der zunächst noch nicht endgültig wirksamen Sachübernahmevereinbarungen die Gefahr der Rückführung von Mitteln, die auf das Grundkapital eingezahlt wurden, an die Gründer, so dass diese Vorgänge im Interesse der Ermöglichung der Prüfung durch das Registergericht durch Festsetzung in der Satzung publik zu machen sind.<sup>124</sup> Als Gegenstand einer Sachübernahme kommen **alle Vermögensgegenstände** in Betracht, die einen objektiven, mit einer Geldsumme bezifferbaren wirtschaftlichen Wert haben (Abs. 2; vgl Rn 10 ff). Dieses Erfordernis sichert bei Sachübernahmen zwar nicht die Aufbringung des Grundkapitals, wohl aber die Erhaltung des Grundkapitals, da ein nicht durch gleichwertige Vermögensgegenstände kompensierter Barmittelabfluss bei Zahlung der Vergütung für die Sachübernahme vermieden werden muss.<sup>125</sup> Dienstleistungen sind bereits aus diesem Gesichtspunkt heraus kein tauglicher Gegenstand einer Sachübernahme, was auch durch Abs. 2 klargestellt wird; gem. Abs. 1 können aber Werkverträge Gegenstand einer Sachübernahme sein („herzustellende Anlagen“).<sup>126</sup>

- 28 Das auf die Sachübernahmevereinbarung folgende Vollzugsgeschäft folgt den allgemeinen Regeln der §§ 398 ff, 418 BGB; §§ 873, 925 BGB; §§ 929 ff BGB.

- 29 **III. Festsetzung von Sacheinlage und Sachübernahme in der Satzung. 1. Allgemeines, einzelne Festsetzungen.** Es ist nach der gesetzlichen Regelung in Abs. 1 nicht erforderlich, dass die vollständige Sacheinlage- oder Sachübernahmevereinbarung Bestandteil der Satzung werden muss. Die Festsetzungen müssen lediglich den Gegenstand der Sacheinlage- oder Sachübernahme, die Person, von der die Gesellschaft den Vermögensgegenstand erwirbt und den Nennbetrag, der bei Sacheinlage für diese zu gewährenden Nennwertaktien (§ 8 Abs. 2) bzw bei Stückaktien (§ 8 Abs. 3) die Zahl der als Gegenleistung zu erbringenden Aktien oder bei Sachübernahmen die für diese zu gewährende Vergütung enthalten, so dass keine Unklarheiten über den einzulegenden oder von der Gesellschaft zu übernehmenden Gegenstand, die Person des Einlegers oder Veräußerers und die von der AG zu gewährende Gegenleistung bestehen.<sup>127</sup> Die Angaben haben sich am Schutzzweck der Satzungspublizität auszurichten.<sup>128</sup> Die Person des Einlegers oder Veräußerers oder Werkverpflichteten ist mit Name und Anschrift bzw Firma und Firmensitz oder anstelle dessen mit Firmen-

116 BegRegE, BT-Drucks. 8/1678, S. 12; Hüffer, NJW 1979, 1065, 1066; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 114; BGHZ 110, 47, 58 f.

117 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 118; MüKo-AktG/Pentz, Rn 65; Hüffer, Rn 6.

118 Ganz hM, vgl Hüffer, Rn 5; BGHZ 28, 314, 318 f = NJW 1959, 383; MüKo-AktG/Pentz, Rn 61; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 118; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 27; aA Bins/Freundenberg, DB 1992, 2281, 2283.

119 Vgl Nachw. oben Fn 117.

120 HM; wie hier: GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 116; Koch, Die Nachgründung, 2002, S. 144 f; Hüffer, Rn 5 a; MüKo-AktG/Pentz, Rn 61; wN bei Hüffer, aaO und MüKo-AktG/Pentz, aaO, Fn 211.

121 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 116; vgl dazu unten § 41 Rn 14; MüKo-AktG/Pentz, Rn 61.

122 Vgl dazu unten § 41 Rn 5 ff, 9; Hüffer, Rn 5 a; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 116.

123 RGZ 121, 99, 102; 157, 213, 224; 167, 99, 108; kritisch hierzu KölnKomm-AktG/Kraft, 1. Aufl., Rn 43; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 117.

124 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 117.

125 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 122.

126 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 123.

127 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 128 ff.

128 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 113; Hüffer, Rn 9.

niederlassung kenntlich zu machen.<sup>129</sup> Werden Nennbetragsaktien ausgegeben, muss zwar nicht der Gesamtnennbetrag, wohl aber die Zahl der ausgegebenen Aktien und ihr Nennbetrag in der Satzung angegeben werden.<sup>130</sup> Bei Stückaktien reicht die zahlenmäßige Angabe der zu gewährenden Aktien, weil sie keinen Nennbetrag aufweisen.<sup>131</sup> Wenn der anteilige Betrag der Stückaktien am Grundkapital jedoch den Mindestbetrag übersteigt, kann die Wiedergabe der Anzahl der auszugebenen Aktien allerdings Irritationen hervorrufen;<sup>132</sup> hier sind in der Praxis die Zahl der Stückaktien und deren anteiliger Betrag am Grundkapital in die Satzung aufzunehmen.<sup>133</sup> Der Gegenstand von Sacheinlage oder Sachübernahme muss ausreichend genau bezeichnet sein, um identifiziert werden zu können. Bestimmbarkeit genügt.<sup>134</sup> So wäre es ausreichend, wegen der registermäßigen Erfassung der betroffenen Gegenstände etwa zu bestimmen: „alle seine Schiffe“<sup>135</sup> oder „alle Grundstücke des Einlegers, die beim Amtsgericht ... im Grundbuch von ... eingetragen sind“.<sup>136</sup> Gegenstände, die nicht eingelegt oder übernommen werden sollen, müssen einzeln bezeichnet werden, um nicht Inhalt der Sacheinlage oder Sachübernahme zu werden.<sup>137</sup> Werden bei Sacheinlage oder Sachübernahme Nebenabsprachen getroffen, sind diese nur insoweit in die Satzung aufzunehmen, als sie für die Beurteilung des Wertes der einzubringenden Gegenstände oder ihre Identifizierung oder ihren Umfang von Bedeutung sind.<sup>138</sup> Die bei Sacheinlage und Sachübernahme somit zu machenden Angaben sind in die Satzung selbst aufzunehmen; die Aufnahme in eine Anlage gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG oder im Gründungsprotokoll ist nicht ausreichend.<sup>139</sup>

**2. Rechtsfolgen bei fehlender Festsetzung in der Satzung. a) Allgemeine Gesichtspunkte.** Bei Fehlen der gemäß Abs. 1 gebotenen Festsetzung in der Satzung liegt ein Errichtungsmangel iSd § 38 Abs. 1 vor, der – bei Kenntnis des Gerichts – zu der dort vorgesehenen Ablehnung der Eintragung führt, falls der Mangel nicht durch nachträgliche Aufnahme der geforderten Angaben in die Satzung beseitigt wird.<sup>140</sup> Erfolgt die Eintragung trotz dieses Errichtungsmangels, ist die AG wirksam entstanden.<sup>141</sup> Handelt es sich um verdeckte Sacheinlagen (dazu Rn 34 ff), enthält der durch Art. 1 Nr. 1 b ARUG<sup>142</sup> eingefügte § 27 Abs. 3 eine Sonderregelung. Diese Regelung erfasst aber nicht alle denkbaren Fälle: Wenn eine Sacheinlage ohne entsprechende Festsetzung in der Satzung vereinbart wird und keinerlei Leistung auf die Sacheinlagevereinbarung erfolgt, ist § 27 Abs. 3 mangels anrechenbarer Sachleistung nicht anwendbar. In diesem Fall folgt aus dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, der durch die Satzungspublizität verwirklicht werden soll, dass die Sacheinlagevereinbarung zwischen AG und Inferent unwirksam ist und der Anspruch hinsichtlich des Ausgabebetrages der neuen Aktien einschließlich des Agios auf Geldzahlung lautet;<sup>143</sup> § 27 Abs. 3 S. 2 nF steht dem nicht entgegen, da auch diese Regelung eine Sonderregelung bei anrechenbaren, tatsächlich erbrachten Sachleistungen ist.<sup>144</sup> Die im Übrigen eintretende Unwirksamkeit bei unzutreffenden oder gänzlich fehlenden Festsetzungen verbunden mit dem Fehlen einer anrechenbaren Sachleistung ist keine absolute, sondern eine relative, die unter Berücksichtigung des Schutzzweckes der Vorschrift, die Kapitalaufbringung der zukünftigen AG zu gewährleisten, nur im Verhältnis zur Gesellschaft eintritt.<sup>145</sup> Die danach unwirksamen Rechtsgeschäfte geben weder der Gesellschaft noch dem Vertragspartner der Gesellschaft (Gründer oder Dritter) einen Anspruch noch verpflichten sie diese; gegenüber der Gesellschaft bestehen auch **keine Schadensersatzansprüche**.<sup>146</sup> Die Unwirksamkeit tritt jedoch nicht im Verhältnis der Gründer untereinander ein; in diesem Verhältnis und im Verhältnis zu Dritten kommen insbesondere Schadensersatzansprüche in Frage.<sup>147</sup> Im Verhältnis der Gründer untereinander kann dies insbesondere bedeuten, dass die Gründer einander verpflichtet sind, die gewollte, aber nicht ordnungsgemäß in der Satzung aufgenommene Festsetzung nachträglich in die Satzung aufzunehmen, eine Rechtsfolge, die auch aus der allgemeinen gesellschaftlichen Treuepflicht herzuleiten wäre.<sup>148</sup> Erfolgen trotz fehlender Festsetzung dingliche Erfüllungsgeschäfte

30

129 Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 131; Hüffer, Rn 9; MüKo-AktG/Pentz, Rn 71; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 33.

130 Hüffer, Rn 9; Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 132.

131 Hüffer, Rn 9; MüKo-AktG/Pentz, Rn 69.

132 Hüffer, Rn 9.

133 Hüffer, Rn 9.

134 MüKo-AktG/Pentz, Rn 70; Hüffer, Rn 10; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 34.

135 KG OLGR 22, 25 f; Hüffer, Rn 10.

136 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 118, Hüffer, Rn 10.

137 OLG München OLGR 32, 135; Hüffer, Rn 10.

138 RGZ 114, 77, 81 f; Hüffer, Rn 9; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 39; MüKo-AktG/Pentz, Rn 69; Großkomm-AktienR/Röbriecht Rn 135; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 113; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 35.

139 Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 136 mwN; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 112; so jetzt auch Rowedder/Schmidt-

Leithoff, § 5 Rn 23, 44; aA Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rn 43.

140 Herrler/Reymann, DNotZ 2009, 914, 915; Hüffer Rn 12; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 39.

141 Herrler/Reymann, aaO; Hüffer, Rn 12; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 39.

142 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), BGBl. I 2009 S. 3581.

143 Hüffer, Rn 12.

144 Hüffer, Rn 12.

145 MüKo-AktG/Pentz, Rn 75; Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 137 ff.

146 MüKo-AktG/Pentz, aaO.

147 BGH AG 1975, 76; MüKo-AktG/Pentz, Rn 75 f; Hüffer, Rn 12.

148 MüKo-AktG/Pentz, Rn 77; Großkomm-AktienR/Röbriecht, § 127 Rn 147 für versehentlich unterbleibende bzw ordnungsgemäße Festsetzungen.

bei Sacheinlagen und Sachübernahmen, sind die dinglichen Willenserklärungen gemäß §§ 929, 398, 873 BGB nunmehr wegen der Streichung des bisherigen § 27 Abs. 3 wirksam.<sup>149</sup>

- 31 **b) Einzelfragen.** Bei Fehlen ordnungsmäßiger Festsetzungen der Sacheinlage gemäß Abs. 1 liegt ein Errichtungsmangel vor, der – bei Kenntnis des Gerichts – gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 zur Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft durch das Registergericht führt.<sup>150</sup> Sofern das Registergericht jedoch vor Ablehnung der Eintragung im Interesse der Beseitigung dieses Mangels eine Zwischenverfügung erlässt und die Gründer daraufhin die gebotene Festsetzung nachholen, wird die Gesellschaft eingetragen.<sup>151</sup> Auch ohne Zwischenverfügung ist die Gesellschaft einzutragen, wenn die Gesellschaft nachweist, dass der Gründer seiner Bareinlageverpflichtung gemäß §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 nachgekommen ist, weil in diesem Fall die Aufbringung des Grundkapitals gesichert ist.<sup>152</sup> Wird trotz Fehlens oder mangelhafter Festsetzung der Sacheinlage eingetragen, ist die AG wirksam entstanden.<sup>153</sup> Sacheinlage- und Sachübernahmevereinbarungen sind trotz fehlender Festsetzung allerdings wegen der Streichung des Abs. 3 wirksam. Die primäre Bareinlageverpflichtung (vgl. Rn 4 f) lebt nur dann auf, wenn bei Vereinbarung einer verdeckten Sacheinlage keinerlei anrechenbare Sachleistung erbracht wird; auf die Wirksamkeit der Beitrittserklärung hat dies in diesem Fall keinen Einfluss, allerdings kann der betreffende Gründer die Gesellschaft gemäß § 723 BGB kündigen, solange die Gesellschaft noch nicht eingetragen wurde.<sup>154</sup> Auch bei der Sachübernahme führen das Fehlen oder Mängel der Festsetzung zum Vorliegen eines Eintragungshindernisses nach § 38 Abs. 1 S. 2,<sup>155</sup> hat der Leistungsaustausch bereits stattgefunden, ist ein erneuter Eintragungsantrag unter Festsetzung der Sachübernahmevereinbarung in der Satzung zu stellen. Wird die Gesellschaft trotz Fehlens der Festsetzung eingetragen, ist die AG auch hier wirksam entstanden; das dingliche Geschäft zur Abwicklung der Sachübernahme ist wirksam.
- 32 **IV. Anfechtung, Vertragsmängel und Leistungsstörungen. 1. Bei Sacheinlage.** Bei der Sacheinlagevereinbarung als gesellschaftsrechtlich verpflichtender Vereinbarung (vgl. Rn 8) können Willensmängel allgemeiner Art, sonstige Wirksamkeitshindernisse sowie allgemeine oder kaufrechtliche Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, oder Mängel) vorliegen.<sup>156</sup> Eine besondere gesetzliche Regelung ist nur für das Fehlen von Festsetzungen oder bei mangelhafter Festsetzung im Sinne von Abs. 1 in Form des Auflebens der Bareinlagepflicht, Abs. 3 S. 1 und 3, vorhanden. Im Grundsatz gilt bei den genannten Leistungsstörungen, dass das Gebot der realen Kapitalaufbringung wenigstens teilweise das übliche zivilrechtliche Instrumentarium außer Kraft setzt.<sup>157</sup> Leistungsstörungen führen daher idR dazu, dass anstelle der Sacheinlageverpflichtung die Verpflichtung zur Bareinlage besteht.<sup>158</sup> Insbesondere bei nachträglicher – nicht zu vertretender – Unmöglichkeit führt die Regelung des Wegfalls der Leistungspflicht nach § 275 auch in der Fassung des SchuldModG vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) nicht zum vollständigen Wegfall der Einlagepflicht.<sup>159</sup> Entsprechend der zum § 275 BGB aF ergangenen Rechtsprechung greift in diesem Fall die Befreiungswirkung nur im Hinblick auf die Sacheinlageverpflichtung durch; der Beitritt als solcher bleibt unwirksam; es besteht eine Bareinlagepflicht. Bei nachträglicher, vom Inferenten zu vertretender Unmöglichkeit ist die Gesellschaft berechtigt, entweder gem. §§ 280 Abs. 3, 283 BGB nF Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Hierbei gibt der Nennwert der betroffenen Einlage wegen des Verbots der Unterpriorität die Untergrenze vor. Alternativ kann die Gesellschaft Rücktritt von der Sacheinlagevereinbarung geltend machen mit der Folge, dass der Gesellschafter in bar zu leisten hat.<sup>160</sup> § 326 Abs. 2 BGB nF findet keine Anwendung; die Barleistungspflicht bleibt bestehen, der Gesellschafter kann Schadensersatz verlangen.<sup>161</sup> Entsprechende Rechtsfolgen gelten bei Verzug. Die Anfechtung der Sacheinlageverpflichtung gemäß §§ 119, 123 BGB ist nicht ohne Weiteres möglich.<sup>162</sup>
- 33 **2. Bei Sachübernahme.** Da das Verpflichtungsgeschäft bei der Sachübernahme rein schuldrechtlichen Charakter hat (vgl. Rn 25 f), ist der Ausgangspunkt bei der Sachübernahme ein anderer.<sup>163</sup> Sofern eine Verrechnungsabrede vorliegt, ist eine Anfechtung nur in Ausnahmefällen möglich<sup>164</sup> Leistungsstörungen sind im Regelfall nach Kaufrecht gem. § 437 BGB abzuwickeln. Kommt es nach diesen Vorschriften nicht zu der

149 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 40.

150 Herrler/Reymann, DNotZ 2009, 914, 915; Hüffer, Rn 12; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 137, 142; MüKo-AktG/Pentz, Rn 78.

151 MüKo-AktG/Pentz, aaO.

152 MüKo-AktG/Pentz, aaO.

153 Hüffer, Rn 12.

154 MüKo-AktG/Pentz, Rn 79.

155 MüKo-AktG/Pentz, Rn 80.

156 Hüffer, Rn 11.

157 Hüffer, aaO.

158 Hüffer, aaO.

159 Hüffer, allerdings zum § 275 aF: Rn 11.

160 KölnKomm-AktG/Kraft, 1. Aufl., Rn 64 noch zur alten Rechtslage.

161 MüKo-AktG/Pentz, Rn 11; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 173 f zur alten Rechtslage.

162 Hüffer, aaO; zu Einzelheiten nach noch nicht reformiertem Schuldrecht: MüKo-AktG/Pentz, Rn 50 f; GroßKomm-AktienR/Röbriecht Rn 168 ff.

163 Hüffer, Rn 11.

164 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 5 Rn 103; Hüffer, Rn 11.

geplanten Verrechnung infolge des Fehlens einer Forderung des Verkäufers, bleibt die Geldleistungspflicht, die er als Aktionär übernommen hat, bestehen.<sup>165</sup>

**V. Verdeckte Sacheinlagen. 1. Überblick und historische Entwicklung.** Das im AktG vorgeschriebene Verfahren der Einbringung von Sacheinlagen – Publizität und Darlegung und Prüfung der Werthaltigkeit des einzubringenden Vermögensgegenstandes durch verschiedene Instanzen (Gründer, Vorstand/Aufsichtsrat, Gründungsprüfer, Registergericht) – wird in der Praxis entweder aus Unkenntnis nicht beachtet oder häufig als aufwändig oder gar als lästig empfunden und deshalb bewusst umgangen. In den Fällen der bewussten Umgehung versucht man, den einheitlichen Vorgang der **Sacheinlage in verschiedene Vorgänge aufzuspalten** um damit dem gesetzlichen Instrumentarium der Sacheinlage zu entgehen.<sup>166</sup> Nach einer in der Praxis zu beobachtenden Variante wird nach außen zunächst durch den zukünftigen Gesellschafter eine Bareinlage übernommen; mit den bar eingelegten Mitteln erwirbt die Gesellschaft sodann den einzubringenden Einlagegegenstand von dem Gesellschafter (Erwerbsgeschäft). Eine alternative Vorgehensweise besteht darin, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter den einzubringenden Gegenstand zunächst abkauft und dieser sodann mit den ihm als Kaufpreis zufließenden Mitteln seine Bareinlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft begleicht. Entsprechendes gilt für die Einbringung einer Forderung des Gesellschafters gegen die (Vor-)AG; auch hier scheint es einfacher zu sein, zB durch Hin- und Herzahlen Einlageanspruch und Forderung gleichermaßen zu befriedigen, statt den beschwerlichen Weg der Einbringung der Forderung im Wege der Sacheinlage zu gehen.

Rechtsprechung und Literatur haben diese Umgehungsversuche als „verdeckte –“ oder „verschleierte Sacheinlage“<sup>167</sup> bereits früh aufgegriffen und in der Vergangenheit bei derartigen Umgehungsversuchen im Wesentlichen folgende Rechtsfolgen befürwortet:

1. Die Bareinlagepflicht des Gesellschafters blieb gem. § 27 Abs. 3 S. 3 aF uneingeschränkt bestehen, da Festsetzung und Prüfung der Werthaltigkeit des eingebrachten Vermögensgegenstandes gem. Abs. 1 unterblieben war, § 27 Abs. 3 S. 1 aF. Jede Zahlung auf die Bareinlagepflicht und jede Erbringung einer Leistung als Erfüllungssurrogat hatten als Umgehungsgeschäft keine Erfüllungswirkung.<sup>168</sup>
2. Dem Gesellschafter standen nach einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften im Hinblick auf den von ihm in das Gesellschaftsvermögen verdeckt eingebrachten Gegenstand wegen Unwirksamkeit des zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter geschlossenen Austauschgeschäftes und aller Rechtshandlungen zu seiner Ausführung gem. § 27 Abs. 3 aF, wenn der Gegenstand noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden war, ein Herausgabeanspruch, aber in der Regel nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 S. 2 BGB, Zweckverfehlungskondiktion) gegen die Gesellschaft zu, da der Herausgabeanspruch in der Praxis oft daran scheiterte, dass der Gegenstand physisch nicht mehr im Gesellschaftsvermögen vorhanden war.<sup>169</sup> Der Gesellschafter konnte wegen § 66 Abs. 1 S. 2 mit diesem Anspruch nicht gegen die fortbestehende Bareinlageforderung aufrechnen. Die Gesellschaft konnte nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB eine etwaig gezahlte Vergütung zurückfordern; auf die beiderseitigen Ansprüche war die Saldotheorie anzuwenden.<sup>170</sup>

Die genannten Rechtsfolgen hatten für den Gesellschafter, der an einer derartigen Umgehung beteiligt war, gerade in der Insolvenz der Gesellschaft zum Teil harte Auswirkungen: Er musste nochmals (nunmehr in bar und endgültig) leisten, seine eigene Forderung aus §§ 812 ff BGB war jedoch nur eine einfache Insolvenzforderung, die mit der Quote befriedigt wurde. Eine Aufrechnung von Bareinlageanspruch und Bereicherungsforderung des Gesellschafters – sei es durch die Gesellschaft oder den Gesellschafter (vgl hierzu bereits Rn 35) – war ausgeschlossen.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> Hüffer, Rn 11.

<sup>166</sup> Vgl Begr. zum Entwurf eines AktG 1884 § 10 III, B, 3 abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, 100 Jahre modernes Aktienrecht, ZGR Sonderheft 4, 1985, S. 453; Lutter/Gebling, WM 1989, 1445, 1446; vgl auch die Sachverhalte der Entscheidungen RGZ 121, 99, 102; RGZ 157, 213, 224; RGZ 167, 99, 108. Zur Gesetzesumgehung in diesen Fällen: Benecke, ZIP 2101, 105, 106.

<sup>167</sup> Vgl Melicke, Die „verschleierte“ Sacheinlage, 1989. Im Folgenden wird entsprechend der neuen gesetzlichen Definition in § 27 Abs. 3 von „verdeckter“ Sacheinlage gesprochen.

<sup>168</sup> Vgl nur Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 193 mwN.

<sup>169</sup> Vgl Großkomm-AktienR/Röbriecht, aaO.

<sup>170</sup> BGH NZG 1998, 428, 429; BGH AG 2007, 741, 744; kritisch hierzu zB Habersack, ZGR 2008, 48, 62 f; vgl, wN bei Köln-Komm-AktG/Arnold, Rn 78. Zu den sich gegenüberstehenden Ansprüchen anders als bisher BGH: K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 51; nach BGH ZIP 2009, 1155, 1157 war auch der Bereicherungsanspruch des Gesellschafters wegen unwirksamer Bareinlageleistung in die Saldierung einzubeziehen.

<sup>171</sup> § 66 Abs. 1 S. 2; vgl nur Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 193; kritisch insb.: Grunewald, in: FS Rowedder, 1994, S. 111 f; Schöpflin, GmbHR 2003, 57, 63 f unter Verweis auf K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 1124, und Brandner, in: FS Boujong, S. 37 f; Differenzhaftung soll genügen. Zu den Möglichkeiten, verdeckte Sacheinlagen in der AG zu vermeiden: Traugott/Groß, BB 2003, 481, 487 ff.

- 37 Diese Rechtsfolgen waren seit einiger Zeit heftiger Kritik ausgesetzt; vielfach wurde eine Abmilderung der als zu hart empfundenen Rechtsfolgen gefordert.<sup>172</sup> Das MoMiG<sup>173</sup> hat für das Recht der GmbH durch Einführung des § 19 Abs. 4 GmbHG aus dieser Kritik Konsequenzen gezogen und die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage stark abgeschwächt. Der im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehene Ansatz, nach dem der Gesellschafter mit dem verdeckt eingelegten Vermögensgegenstand seine Einlageverpflichtung erfüllen konnte und dieser nur auf eine Wertdifferenz haften sollte (Erfüllungslösung),<sup>174</sup> wurde nicht Gesetz, um die verdeckte Sacheinlage stärker als ursprünglich vorgesehen zu sanktionieren<sup>175</sup> und diese nicht – aus Gesellschaftersicht – als gleichwertiges Modell neben die offene Sacheinlage zu stellen und damit die gesetzlichen Regeln für offene Sacheinlagen gegenstandslos zu machen.<sup>176</sup> § 19 Abs. 4 GmbHG bestimmt in der Fassung durch das MoMiG nunmehr, dass die verdeckte Sacheinlage den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit; jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der bei Anmeldung gegebene Wert des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstandes mit der Registertragung angerechnet (Anrechnungslösung). Allerdings führt diese zeitlich verzögerte Anrechnung dazu, dass verdeckte Sacheinlagen nach wie vor nicht bewusst als Gestaltungsinstrument eingesetzt werden können, da durch die verzögerte Anrechnung des verdeckt eingebrachten Sachwertes auf die Einlage die Erklärung des Geschäftsführers in der Registeranmeldung nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG – der Gegenstand der Leistungen auf Anteile stehe endgültig zur freien Verfügung –, die der Anrechnung vorausgeht, falsch ist, was zur zivilrechtlichen (§ 9 a GmbHG)<sup>177</sup> und strafrechtlichen (§ 82 GmbHG) Haftung führt. § 3 Abs. 4 EGGmbHG erstreckt die neue Regelung auch auf Altfälle vor dem 1. November 2008.
- 38 Abs. 3 enthält für das Recht der AG nunmehr ebenfalls eine mit § 19 Abs. 4 GmbHG im Wesentlichen übereinstimmende<sup>178</sup> besondere Regelung für verdeckte Sacheinlagen. Im Gesetzgebungsverfahren des ARUG war eine derartige Regelung zunächst nicht vorgesehen gewesen.<sup>179</sup> Auf Empfehlung des Rechtsausschusses, der darauf hinwies, dass die herkömmlichen Sanktionen der verdeckten Sacheinlage als unangemessen empfunden werden und wirtschaftlich nicht gerechtfertigt sind, wurde schließlich Abs. 3 in der neuen Fassung Gesetz.<sup>180</sup> Diese Regelung enthält eine dem § 19 Abs. 4 GmbHG vergleichbare „Anrechnungslösung“, bei der sich für Gründer, Vorstand und Aufsichtsrat das Risiko einer falschen Versicherung nach § 37 Abs. 1 S. 2 ebenso stellt wie für den Geschäftsführer einer GmbH (vgl. Rn 37). Nach § 20 Abs. 7 EGAktG gilt die Neuregelung mit den dort genannten Ausnahmen auch für Altfälle verdeckter Sacheinlagen vor dem 1.9.2009; die frühere Rechtslage ist somit von der Praxis nicht mehr anzuwenden.
- 39 Durch die Neufassung des Abs. 3 ist die Lehre von der verdeckten Sacheinlage – ähnlich wie in der Parallelvorschrift des § 19 Abs. 4 GmbHG – erstmals gesetzlich geregelt worden; der Streit um die Berechtigung dieses Rechtsgebildes ist damit obsolet.<sup>181</sup> Aus der Neuregelung folgt auch, dass das Institut der verdeckten Sacheinlage neben der Regelung über die Nachgründung, § 52, anwendbar ist.<sup>182</sup> Kritisch ist im Hinblick auf die Neuregelung allerdings anzumerken, dass die nunmehr vorgesehenen abgemilderten Rechtsfolgen zu einem deutlich schwächeren präventiven Gläubigerschutz führen, die Abgrenzung von Bar- und Sacheinlage unklarer fassen und mit dem herkömmlichen System der Kapitalaufbringung dogmatisch nicht harmonisieren.<sup>183</sup>
- 40 **2. Übereinstimmung mit EU-Recht.** Die in der Rechtsprechung entwickelte Figur der verdeckten Sacheinlage war auch vor der gesetzlichen Regelung in Abs. 3 in der Literatur überwiegend anerkannt.<sup>184</sup> Das nun-

172 *Grunewald*, aaO; *Schöpflin*, aaO; *Heidenbain*, GmbHR 1996, 455, 457; *Lutter*, in: FS Stiefel, S. 505, 533.

173 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. I 2008 S. 2026.

174 Vgl. noch RegE ARUG BT-Drucks. 16/6140, S. 7, 40.

175 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/9737 S. 97; *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 11 Rn 231.

176 So die gegen die „Erfüllungslösung“ geäußerte Kritik, vgl. zB *Priester*, ZIP 2008, 55, 56; *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 30 ff, Rn 32.

177 BGH ZIP 2009, 1427 wurde (nach der Rechtslage vor MoMiG) nimmt eine Haftung des Beraters an, der eine verdeckte Sacheinlage empfiehlt.

178 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 53 f.

179 RegEBegr. ARUG, BT-Drucks. 16/11642, S. 28.

180 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 6, 53 ff; vgl. ebenso bereits Handelsrechts-

ausschuss des DAV, vgl. Stellungnahme 38/08 sowie NZG 2007, 211, 222; NZG 2007, 735, 740.

181 KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 84; ablehnend gegenüber der verdeckten Sacheinlage bisher: *Bergmann*, AG 1987, 57, 82; *Meilicke*, Die „verschleierte“ Sacheinlage, 1989, 37 f; *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2685 f; *Loos*, AG 1989, 381, 386 f; *Wilhelm*, ZHR 152 (1988), 333, 346 ff sowie 356 ff.

182 KölnKomm-AktG/*Arnold*, aaO.

183 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 19 Rn 56; KölnKomm-AktG/*Arnold*, aaO.

184 GroßKomm-AktienR/*Röhricht*, Rn 191 f; *Lutter/Gehling*, WM 1989, 1445 f; *Henze*, ZHR 154 (1990), 105; ablehnend vor der gesetzlichen Anerkennung durch § 27 Abs. 3: *Bergmann*, AG 1987, 57, 82; *Meilicke*, Die „verschleierte“ Sacheinlage, 1989, S. 37 f; *Einsele*, NJW 1996, 2681, 2685 f; *Loos*, AG 1989, 381, 386 f; *Wilhelm*, ZHR 152 (1988), 333, 346 ff sowie 356 ff; *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 37 II. 4.6; *Roth* in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 19 Rn 59 ff; *Schöpflin*, GmbHR 2003, 57 ff; *Heidenbain*, GmbHR 2006, 455 ff.

mehr gesetzlich geregelte Institut der verdeckten Sacheinlage ist auch nicht deswegen unzulässig, weil die aktuelle Fassung des § 27 und damit das Gesamtinstrumentarium kapitalschützender Normen auf der Zweiten Richtlinie beruht. Zwar wurde geltend gemacht, die EU-Richtlinie erlaube es nicht ohne Weiteres, in nationalen Rechten weiter gehende Standards zu setzen als bspw Art. 11 der Richtlinie.<sup>185</sup> Wenn auch dieser Aussage im Grundsatz zu folgen ist (vgl Rn 2, 10), ist jedoch bei dem Institut der verdeckten Sacheinlage zu beachten, dass die Bestimmungen der Zweiten Richtlinie, dh insbesondere Art. 11, lediglich einen abstrakten Umgehungsschutz geschaffen haben, der Einzelbestimmungen über die Verhinderung konkreter, bei Gründung der Gesellschaft vorgenommene Umgehungsgeschäfte auf EU-Ebene und entsprechende Regelungen der einzelnen Rechtsordnungen nicht ausschließt.<sup>186</sup> Nach der Rspr des BGH verstößt die Anerkennung des Instituts der verdeckten Sacheinlage denn auch nicht gegen die Kapitalrichtlinie.<sup>187</sup> Der Gesetzgeber des ARUG hat die genannten europarechtlichen Bedenken wiedergegeben, aber letztlich darauf hingewiesen, dass der Wortlaut der gesetzlichen Fassung der verdeckten Sacheinlage zwar an die Rechtsprechung des BGH anknüpfe, aber nur abstrakt eine Umgehung beschreibe und so gegenüber Rechtsentwicklungen auf europäischer Ebene offen sei.<sup>188</sup> Trotz Abmilderung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage durch Abs. 3 ermöglicht diese Regelung keine gezielten verdeckten Sacheinlagen als echte Alternative zur offenen Sachgründung; die Regelung genügt u.a. wegen der Haftung gem. §§ 48, 93 Abs. 2, der Strafbarkeit falscher Angaben nach § 399 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 und der Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Werthaltigkeit der verdeckt eingebrachten Sache gem. § 27 Abs. 3 S. 5 noch einem ggf gemeinschaftsrechtlich geforderten Umgehungsschutz.<sup>189</sup>

**3. Tatbestand der verdeckten Sacheinlage.** a) **Allgemeines.** Abs. 3 S. 1 definiert den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage als eine Geldeinlage eines Aktionärs, die bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist. Die neu geschaffene Legaldefinition sollte nach dem Willen des Gesetzgebers des ARUG die tatbestandlichen Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage in der bisherigen Rechtsprechung und Lehre wiedergeben.<sup>190</sup> Nach der Rechtsprechung liegt jedoch eine verdeckte Sacheinlage dann vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch umgangen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Inferenten aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Die Legaldefinition entspricht somit nicht völlig der Definition der verdeckten Sacheinlage in der Rechtsprechung des BGH, weil es bei der verdeckten Sacheinlage nicht um eine „als Sacheinlage zu bewertende Geldeinlage“, sondern um die Erfassung eines Umgehungsfalls geht.<sup>191</sup> Im Übrigen ist die Formulierung des Gesetzestextes ungenau. Ganz offensichtlich führt das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht zur Befreiung von der Einlageverpflichtung; gemeint ist aber: die Geldeinlage befreit nicht; statt „dies“ müsste es richtigerweise „diese“ heißen.<sup>192</sup> Da der Gesetzgeber lediglich die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage neu regeln und dabei von den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen nicht abweichen wollte, wurde auf der Tatbestandsseite trotz der geringen sprachlichen Abweichungen nichts an den Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage geändert.<sup>193</sup> Aus der gesetzlichen Definition des Abs. 3 S. 1, die

185 Meilicke, Die „verschleierte“ Sacheinlage, 1989, S. 97 f; ders., DB 1989, 1067; ders., DB 1990, 1173.

186 Großkomm-AktienR/Röbriecht, Rn 192, 197, der insoweit nicht auf die Annahme abstellt, die EU-Richtlinie bezwecke nur Mindeststandards, sondern zutreffend zwischen konkretem und abstraktem Umgehungsschutz differenziert. Vgl im Erg. auch Kindler, in: FS Boujong, 1996, S. 299, 301 f sowie Habersack, AG 2009, 557, 559 und zuletzt KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 87; nach BGHZ 110, 47 (68 ff) ist Lehre von der verdeckten Sacheinlage zwar europarechtskonform. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass der EuGH hierzu im Falle einer Sachentscheidung die gegenteilige Auffassung vertreten wird, Schöpflin, GmbHR 2003, 57, 60. Aus EuGH, Urt. v. 16.7.1992 – C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA; vgl hierzu auch Fn 28) folgt nichts Gegenteiliges, da hier die EuGH-Vorlage lediglich wegen unklarer tatsächlicher Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage als unzulässig zurückgewiesen wurde.

187 BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982, wo darauf hingewiesen wird, dass die Richtlinie nur einen Mindestschutz vorsehe; unter Hinweis auf die acte claire-Doktrin des EuGH – EuGH

v. 6.10.1982 – Rs. C-283/8, Slg 1982, I-3415 – wurde auf eine Vorlage an den EuGH verzichtet; BGHZ 118, 83, 93 ff = NJW 1992, 2222.

188 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 54 f.

189 Habersack, AG 2009, 555, 559 f; Hüffer Rn 24; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 88; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 106; kritisch: Adrianensis, WM 2011, 968, 972 f.

190 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 53; vgl auch zuvor RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 40.

191 Pentz, GmbHR 2009, 505, 507.

192 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 55 für den gleichlautenden Wortlaut des § 19 GmbHG.

193 Pentz, aaO; ders., GmbHR 2010, 673, 674; der BGH geht ebenfalls davon aus, dass die gesetzliche Definition nichts an den von der Rechtsprechung entwickelten tatbestandlichen Voraussetzungen geändert hat, BGH NJW 2010, 1747, 1748 (Eurobike); BGH GmbHR 2010, 700, 701 (ADCOCOM).

eine „Abrede“ verlangt, folgt auch, dass ein subjektives Element erforderlich ist.<sup>194</sup> Die Diskussion hinsichtlich der Erforderlichkeit dieses Merkmals ist nunmehr gegenstandslos.<sup>195</sup>

- 42 **b) Objektiver Tatbestand.** Kennzeichnend für den objektiven Tatbestand ist die Aufteilung des wirtschaftlich einheitlichen Sacheinbringungs Vorgangs in eine nur scheinbare Leistung der geschuldeten Bareinlage und den Rückfluss der dadurch von der AG eingenommenen Geldmittel an den Inferenten, zu dem es infolge eines den Zufluss der Barmittel kompensierenden Gegengeschäftes kommt.<sup>196</sup> Ist ein Mittelrückfluss, der auch in einer Verrechnung gegenseitiger Forderungen bestehen kann, nicht feststellbar, liegt keine verdeckte Sacheinlage vor.<sup>197</sup> Eine Identität der als Einlage eingezahlten Gelder mit den vor oder nach Einlage an den Gesellschafter zurückfließenden Mittel ist nicht erforderlich.<sup>198</sup> Von Bedeutung ist lediglich, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Einbringung von Sacheinlagen nicht eingehalten werden, eine (ziffermäßige) Identität der Mittel ist somit allenfalls ein Indiz für eine verdeckte Sacheinlage.<sup>199</sup>
- 43 Der objektive Tatbestand der verdeckten Sacheinlage liegt insbesondere bei folgenden Fallgestaltungen vor:
- (1) Der Gesellschafter liefert der Gesellschaft Waren oder andere sacheinlagefähige Gegenstände und der aus dem Gegengeschäft resultierende Kaufpreis wird mit der Bareinlageschuld verrechnet.<sup>200</sup>
  - (2) Im Fall (1) wird nicht verrechnet, der Kaufpreis und die Bareinlage werden hin- und hergezahlt, wobei es auf die Reihenfolge, ob erst die Bareinlage bezahlt wird und dann der Kaufpreis bezahlt wird oder umgekehrt, nicht ankommt.<sup>201</sup>
  - (3) Dem Gesellschafter im Zeitpunkt der Begründung der Einlageschuld gegen die AG zustehende Forderungen wie zB Darlehensforderungen,<sup>202</sup> Gewinnansprüche,<sup>203</sup> Miet- und Pachtzinsansprüche<sup>204</sup> oder sonstige Forderungen<sup>205</sup> werden mit der Bareinlageforderung verrechnet oder es erfolgt auch hier ein Hin- und Herzahlen, dh die Forderung des Gesellschafters wird mit den an die Gesellschaft als Bareinlage gezahlten Mitteln getilgt<sup>206</sup> oder es wird zunächst die Forderung des Gesellschafters bezahlt und sodann die Bareinlageschuld beglichen.
- c) **Einzelfragen des objektiven Tatbestandes**
- 44 (1) **Verdeckte Einbringung von Forderungen**  
Bei der in Rn 43 unter (3) beschriebenen Fallgestaltung ist zu berücksichtigen, dass der betroffene, nicht in Geld bestehende Vermögensgegenstand, der verdeckt eingebracht wird, eine Forderung des Inferenten gegen die Gesellschaft ist. Eine Forderung eines Gründers gegen die (Vor-)Gesellschaft kann grundsätzlich eingebracht werden (vgl Rn 16 f), und zwar durch Abtretung an die Gesellschaft mit der Folge der Konfusion oder durch entsprechenden Erlassvertrag (vgl Rn 17); dabei müssen die Bestimmungen der offenen Sacheinlage beachtet werden, da kein Barmittelzufluss erfolgt (vgl Rn 16). Geschieht dies nicht, dh erfolgt Abtretung oder Erlaß ohne entsprechende Festsetzung in der Satzung, liegt eine verdeckte Sacheinlage vor.<sup>207</sup> Grundsätzlich muss es sich bei den betroffenen Forderungen um Altforderungen des Inferenten gegen die Gesellschaft, dh zum Zeitpunkt der Begründung der Bareinlageforderung bereits bestehende Forderungen, handeln. Bei Verrechnung der Einlageverbindlichkeit mit einer erst nach Begründung der Einlageschuld entstehenden Forderung des Inferenten gegen die Gesellschaft liegt nach hM. nur dann eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die Neuforderung bei

194 KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 89; dagegen (vor Bestätigung des subjektiven Elementes in § 27 Abs. 3 nF) zB *Lutter*, in: FS Stiefel, S. 505, 513 f; *Lutter/Gebling*, WM 1989, 1445, 1449 wozu nach objektiv eine zeitlicher und sachlicher Zusammenhang genügen sollte.

195 *Hüffer*, Rn 29; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 89.

196 BGH NJW 1996, 1286; BGH NJW 2006, 1736 Tz 10 ff; BGHZ 170, 47, Tz 11; BGH NJW 2007, 3285 Tz 7 f; *Hüffer*, Rn 25.

197 BGH NJW 2007, 3285 Tz 10 = GmbHR 2007, 433 m. Anm. *Bormann*.

198 GroßKomm-AktienR/*Röbriecht*, Rn 190 aE.; *Hüffer*, Rn 25.

199 GroßKomm-AktienR/*Röbriecht*, Rn 190 aE.; MüKo-AktG/*Pentz*, Rn 96; *Hüffer*, aaO.

200 BGHZ 132, 141, 144 f; BGHZ 152, 37, 42; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 19 GmbHG, Rn 58.

201 Vgl zB BGH ZIP 2003, 1540, 1541 f; BGHZ 28, 314, 316 ff; OLG Hamburg ZIP 1988, 372, 373; OLG Köln NZG 2000,

489 f; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 19 GmbHG, Rn 58; zu weiteren Fallgruppen: *Priester*, ZIP 1991, 354, 352 ff; *Ulmer*, ZHR 154 (1990), 128, 131 ff.

202 BGHZ 110, 47, 49; BGHZ 125, 141, 142; OLG Celle GmbHR 2003, 898; GroßKomm-GmbHG/*Ulmer*, § 19 Rn 123; *Scholz/Veil*, GmbHG, § 19 Rn 125.

203 BGHZ 113, 335, 336 ff; 152, 37 ff.

204 BGHZ 153, 107, 112.

205 OLG Stuttgart GmbHR 2002, 1123, 1125 ff m. Anm. *Emde*.

206 Vgl zur „verdeckten verdeckten Sacheinlage“ in Form des Hin- und Herzählens, bei der der Gesellschafter den Einlagebetrag (aus einer Kapitalerhöhung) nach Fassung des Erhöhungsbeschlusses ein zweites Mal an die Gesellschaft zahlt verbunden mit der Anweisung die Zahlung an ihn zur Tilgung seiner Bereicherungsforderung aus einem ersten, fehlgeschlagenen Erfüllungsversuch zurück zu überweisen BGH WM 2012, 1771.

207 Vgl nur BGHZ 113, 335, 341; MüKo-AktG/*Pentz*, Rn 114; *Hüffer*, Rn 25.

Gründung schon absehbar war und diesbezüglich eine entsprechende, bei Entstehen der Bareinlageverbindlichkeit getroffene<sup>208</sup> Abrede vorliegt.<sup>209</sup>

- (2) **Fehlende Einlagefähigkeit**  
Fehlt es bei den Fallgruppen oben (1) und (2) an einem sacheinlagefähigen Gegenstand, weil zB mit den auf die Bareinlage eingezahlten Mitteln eine Dienstleistung vergütet werden soll – Dienstleistungen können nach Abs. 2 Hs 2 nicht Sacheinlagen sein – liegt nach der Rspr des BGH keine verdeckte Sacheinlage vor.<sup>210</sup> Denn eine Umgehung der Vorschriften der Sacheinlage könne jedenfalls dann nicht vorliegen, wenn der Inferent den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage auch rechtmäßig unter Beachtung der Sacheinlagebestimmungen nicht hätte erreichen können.<sup>211</sup> Nach der Gegenansicht sollen bei Zufließen nicht einmal sacheinlagefähiger Gegenstände die Regeln über die verdeckte Sacheinlage wegen besonderer Gefährdung der Kapitalaufbringung im Wege eines Erst-Recht-Schlusses zu bejahen sein.<sup>212</sup> Dies überzeugt jedoch nicht, da zB bei der Erbringung von Dienstleistungen und Anrechnung des Wertes der Dienstleistungen Abs. 2 Hs 2 ausgehebelt werden würde.<sup>213</sup> In derartigen Fällen kommt allerdings ein „Hin- und Herzahlen“ im Sinne von Abs. 4 in Betracht, das insofern der realen Kapitalaufbringung ausreichenden Schutz bietet (vgl Rn 84).
- (3) **Einschaltung von Dritten**  
Werden vom Inferenten Dritte eingeschaltet und liegen die Voraussetzungen des Tatbestandes vor, ändert dies nichts an dem Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage. Dies gilt insbesondere dann, wenn die in der Fallgruppe in Rn 43 (2) als Vergütung gezahlten Geldmittel nicht an den Gesellschafter, sondern an einen Dritten gezahlt werden. Da ohnehin Umgehungssachverhalte vorliegen, ändert die Einschaltung eines Dritten nichts an der rechtlichen Bewertung, soweit der Dritte in den Umgehungsplan einbezogen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn an ein von dem Inferenten beherrschtes Unternehmen gezahlt wird, da es nur darauf ankommt, dass bei Weiterleitung der Einlagemittel an einen Dritten der Inferent in gleicher Weise wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst begünstigt wird.<sup>214</sup> Dementsprechend können persönliche Nähebeziehungen sowie Treuhand- und ähnliche Rechtsverhältnisse zwischen Aktionär und Dritten dazu führen, dass die von der AG ausgezahlten Mittel bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Aktionär wieder zufließen.<sup>215</sup> In der Fallgruppe (3) kann zB auch die Einschaltung eines von dem Inferenten beherrschten Unternehmens, das gem. § 267 BGB<sup>216</sup> unter Anrechnung auf die Bareinlageverpflichtung eine ihm zustehende Forderung gegen die AG der AG erlässt bzw eine eigene Forderung in die AG einbringt, zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage führen.
- (4) **Anwendbarkeit auf das Cash Pooling**  
Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>217</sup> und dem Willen des Gesetzgebers<sup>218</sup> finden die Regeln der verdeckten Sacheinlage in § 27 Abs. 3 nF (und die dazu subsidiäre Regelung über das Hin- und Herzahlen in § 27 Abs. 4 nF) uneingeschränkt auf die Kapitalaufbringung bei Gesellschaften Anwendung, die in ein Cash-Pool-System einbezogen sind. Beim Cash Pooling wird bei der Konzernobergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft ein Zentralkonto gebildet und die Haben-Salden der Konten der übrigen Konzerngesellschaften darlehensweise auf dieses Konto zB im Wege des Zero-Balancing transferiert, zB um die akkumulierte Liquidität des Konzerns besser verzinsen zu lassen. Gerät das Konto der dem Pool angeschlossenen (Tochter-)gesellschaft ins Soll, gleicht die den Pool führende Gesellschaft

208 So prägnant: BGHZ 152, 37, 43 m. zust. Anm. Bayer, WUB II C. § 19 GmbHG 1.03.

209 BGHZ 132, 141, 145 ff; 152, 37, 42 ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 66, § MüKo-AktG/Pentz, Rn 114; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 151; Hüffer, Rn 28; dieser Fall unterscheidet sich von dem in § 27 Abs. 4 geregelten Hin- und Herzahlen dadurch, dass mit der Neuforderung eine Forderung gegen die AG entsteht, während (in § 27 Abs. 3 durch das ARUG nunmehr besonders geregelt) beim Hin- und Herzahlen nach Bareinlage eine Forderung für die AG entsteht, vgl hierzu: Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 152.

210 Vgl BGH NJW 2009, 2375 = ZIP 2009, 713 (Qivive) mit zust. Anm. Hecker, jurisPR-HaGesR 5/2009, Anm. 3; BGH NJW 2010, 1747, 1748 Tz 17 (Eurobike) mit zust. Anm. Hecker/Peters, jurisPR-HaGesR 4/2010, Anm. 5.

211 BGH NJW 2009, 2375, 2376 (Qivive) unter Hinweis auf Habersack, in: FS Priester, S. 157; hierzu auch Hecker, jurisPR-HaGesR 5/2009, Anm. 3; BGH NJW 2010, 1747, 1748 Tz 17 (Eurobike); vgl demgegenüber OLG Düsseldorf BB 2008, 180; Pentz, GmbHR 2009, 505, 508; Bayer, GmbHR 2004, 445.

212 Pentz, GmbHR 2009, 505, 508.

213 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 92, ihm folgend: BGH NJW 2010, 1747, 1748 (Eurobike), vgl hierzu Hecker/Peters, jurisPR-HaGesR 4/2010, Anm. 5; Wächter, NJW 2010, 1715.

214 BGHZ 153, 107, 111 = NJW 2003, 825; BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 (Cash Pool I); BGHZ 171, 113 = NJW 2007, 3285; BGHZ 174, 370 = NZG 2008, 143; BGH NJW 2009, 3091 = NZG 2009, 944 (Cash Pool II); BGH NJW 2010, 1747, 1748 (Eurobike); Hüffer, Rn 27.

215 BGH NZG 2011, 667 (Ehegatte); keine verdeckte Sacheinlage aber, wenn mit Einlage ein Darlehen abgelöst wird, für das sich der Inferent (nur) verbürgt hat, BGH aaO; MüKo-AktG/Pentz, Rn 119 ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG § 19 Rn 72; Hüffer, Rn 27.

216 § 267 BGB ist grds. auch auf die Einlageschuld anwendbar, BGH NZG 2004, 618.

217 Vgl BGH GmbHR 2006, 477 m. Anm. Langner sowie Besprechung Bayer/Lieder, GmbHR 2006, 449 BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 (Cash Pool I); BGH NJW 2009, 3091 = NZG 2009, 944 (Cash Pool II).

218 RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 40 r. Sp.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 55.

dieses Konto durch ggf darlehensweise Zuführung von Mitteln aus, um Debetzinsen zu vermeiden. Wird der Einlagebetrag dem Gesellschafter oder einer ihm nahestehenden Person im Wege des Cash-Pooling-Clearings wieder zurückgezahlt, so liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, wenn die Rückführung der Einlage gleichzeitig dazu dient, eine zu diesem Zeitpunkt bestehende Alt-Verbindlichkeit der Gesellschaft, zB ein bestehendes, von der Pool-Führerin gewährtes Darlehen, zu tilgen.<sup>219</sup> Existiert zum Zeitpunkt der Rückzahlung der Einlage keine Altverbindlichkeit, kommt nur ein Hin- und Herzahlen iSv Abs. 4 in Betracht.

- 45 d) **Subjektiver Tatbestand.** Wie Abs. 3 S. 1 nunmehr klarstellt, erfordert das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage eine zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede. Der Gesetzgeber hat insoweit die bisher hM. aufgegriffen, die eine entsprechende Absprache gefordert hat.<sup>220</sup> Das Vorliegen des objektiven Tatbestandes der verdeckten Sacheinlage ist also für sich genommen nicht ausreichend. Wäre dem so, wären normale, alltägliche Umsatzgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in dem betroffenen Zeitraum ausgeschlossen.<sup>221</sup> Es bedarf einer Abrede, die von den Gesellschaftern getroffen wird; ausreichend ist auch die stillschweigende Billigung.<sup>222</sup> Die nur einseitige Absicht oder Erwartung mehrerer Gesellschafter, die Gesellschaft werde mit den eingelegten Barmitteln Gegenstände von ihnen erwerben, ist nicht ausreichend.<sup>223</sup> Die einseitige Absicht ist nur dann ausreichend, wenn es sich um eine Ein-Personen-Gründung der AG handelt.<sup>224</sup> Die Rechtswirksamkeit der Abrede ist nicht erforderlich.<sup>225</sup> Des Weiteren ist entgegen der älteren Rechtsprechung<sup>226</sup> keine Umgehungsabsicht erforderlich.<sup>227</sup> Hinsichtlich des Zeitpunktes der Abrede wird überwiegend vertreten, dass die Abrede im Zeitpunkt der Übernahme der Einlage getroffen werden müsse, also spätestens bei Feststellung der Satzung vorliegen müsse.<sup>228</sup> Teilweise wird demgegenüber vertreten, dass die Abrede auch nach Feststellung der Satzung bis zum Zeitpunkt der Erbringung der Barleistung erfolgen könne.<sup>229</sup> Richtigerweise kann die Abrede noch bis zur Leistung der Bareinlage erfolgen; anderenfalls würde man bei nachträglichen Abreden die Anrechnung nach Abs. 3 S. 3 ausschließen, wofür ein Sachgrund nicht ersichtlich ist.<sup>230</sup>
- 46 Bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage ist es grundsätzlich Aufgabe des Klägers, dh der AG bzw des Insolvenzverwalters, das subjektive Tatbestandsmerkmal der verdeckten Sacheinlage, die Abrede, – wie auch die Merkmale des objektiven Tatbestandes – darzulegen und zu beweisen. Nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre besteht jedoch eine widerlegliche Vermutung für das Vorliegen einer Abrede, wenn zwischen Bareinlage und Gegengeschäft ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang festzustellen ist.<sup>231</sup> Ein sachlicher Zusammenhang liegt regelmäßig dann vor, wenn sich der Gegenstand bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Bareinlageverpflichtung im Vermögen des Inferenten befindet oder es sich bei dem eingebrachten Gegenstand um keine vertretbare Sache handelt oder die Einlageforderung und die Gegenforderung aus dem Gegengeschäft gleich hoch sind.<sup>232</sup> Hinsichtlich des zeitlichen Zusammenhanges wurde überwiegend vor Neufassung des § 27 auf eine Frist von 6 Monaten abgestellt.<sup>233</sup> Der Gesetzgeber des ARUG hat bewusst darauf verzichtet, eine feste Frist für den zeitlichen Zusammenhang festzuschreiben, um der Rechtsprechung die Möglichkeit zu geben, die verdeckte Sacheinlage weiterzuentwickeln und Beweisregeln mit Zeitfaktoren zu verbinden.<sup>234</sup> Damit ist die Frist von sechs Monaten im Regelfall, aber nicht zwingend in allen Fällen zu Grunde zu legen.<sup>235</sup> Greift die Vermutung zugunsten des Klägers ein, muss der Inferent das Fehlen einer Absprache beweisen, was rechtlich schwierig ist.<sup>236</sup> Macht die Gesellschaft oder der Insolvenzverwalter den offenen Einlageanspruch gegen den Gesellschafter geltend (Abs. 3 S. 1), liegt die Beweis-

219 So die Fallgestaltung in BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 (Cash Pool I).

220 Hüffer, Rn 29; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 93.

221 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 93; vgl hierzu auch BGHZ 170, 47, 58.

222 BGH Z 166, 8, 13 Rn 13; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 93.

223 MüKo AktG/Pentz, Rn 94; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 93.

224 BGH NZG 2008, 310, 311, Rn 12; BGH GmbHR 2010, 700, 701 (ADCOCOM); KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 93.

225 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 202; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 94.

226 RGZ 121, 99, 102; 157, 213, 224; 167, 99, 108; BGHZ 28, 314 = NJW 1959, 383; BGH NJW 1979, 216; BGH NJW 1982, 2444, 2446 (Holzmann).

227 Vgl nur BGH NJW 1996, 1286; BGH NJW 2000, 725, 726; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG § 19 Rn 61; MüKo-AktG/Pentz, Rn 96; Hüffer, Rn 29.

228 GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 202; Pentz, ZIP 2003, 2093, 2096; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 60; Scholz/Veil, GmbHG, § 5 Rn 128.

229 Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 140 f; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 95.

230 Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Ansicht wegen neu gefasster Rechtsfolgen; zutr.: KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 95.

231 BGHZ 125, 141, 144; 132, 133, 139; 153, 107, 109; 166, 8, 12; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 96.

232 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 96 mwN, MüKo-AktG/Pentz, Rn 96.

233 OLG Köln NZG 1999, 459, 460; Priester, ZIP 1991, 345, 350; für maximal 6 Monate: Schöpflin, GmbHR 2003, 57, 62, nach BGHZ 152, 37, 45 sind 8 Monate für einen engen zeitlichen Zusammenhang bereits zu lang; für 6 Monate im Regelfall: Pentz, ZIP 2003, 2093, 2095; für längere Fristen: Michalski/Ebbing, GmbHG, 2002, § 19 Rn 144, dh 6 bis 12 Monate; Autenrieth, DStR 1988, 252, 253; 1 Jahr; Mayer, NJW 1990, 2593, 2598: 2 Jahre.

234 BegrRegE, BT-Drucks. 16/ 6140, S. 41.

235 Hüffer, Rn 30; MüKo-AktG/Pentz, Rn 96.

236 Hüffer, Rn 30.

last für die Umstände, die die Vermutung begründen, allerdings bei dem Kläger.<sup>237</sup> Steht die Abrede dagegen erweislich fest, kommt es auf die 6-Monatsfrist nicht an, weil bei Vorliegen einer Abrede (und einem sachlichen Zusammenhang) stets von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen ist.<sup>238</sup>

e) **Ausnahmen.** Besteht das im Rahmen einer etwaigen verdeckten Sacheinlage zu überprüfende Gegengeschäft in einem gewöhnlichen Umsatzgeschäft im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs, wird teilweise vertreten, dass begrifflich schon keine verdeckte Sacheinlage vorliege.<sup>239</sup> Teilweise wird vertreten, dass für „normale“ Umsatzgeschäfte jedenfalls die Vermutung für das Vorliegen einer Abrede bei sachlichem und zeitlichem Zusammenhang nicht gelten soll.<sup>240</sup> Der BGH sieht allerdings „normale“ Umsatzgeschäfte, die deswegen unbedenklich sein sollen, weil der Wert der eingebrachten Gegenstände leicht und zuverlässig zu ermitteln sei, kritisch, weil es im Gründungsstadium der AG regelmäßig an einem schützenswerten bereits „laufenden Geschäftsverkehr“ fehle, dies gelte insbesondere dann, wenn in der Gründungsphase ein komplettes Warenlager eingebracht wird, das ersichtlich nicht zum jeweiligen üblichen Geschäftsbetrieb gehört.<sup>241</sup> Desweiteren verneint der BGH die Unbeachtlichkeit „normaler Umsatzgeschäfte“ für die verdeckte Sacheinlage, wenn die Abrede bewiesen sei. Dem BGH ist insofern beizupflichten, dass zu großzügige Ausnahmen im Hinblick auf „normale“ Umsatzgeschäfte nicht sachgerecht sind; die Ausnahme sollte sich daher lediglich auf Geschäfte im Rahmen der Gründung beziehen, die die Gesellschaft ebenso mit einem Dritten hätte abschließen können. In Betracht kommen hierfür zB der Kauf geringwertiger Büromaterialien, falls nicht ohnehin bereits ein sachlicher Zusammenhang zu verneinen ist.<sup>242</sup>

Eine weitere Ausnahme von der Anwendbarkeit des Instituts der verdeckten Sacheinlage ist jedenfalls dann angebracht, wenn Gewinnansprüche des Gesellschafters in die Gesellschaft eingelegt werden. Sofern hier die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln<sup>243</sup> beachtet werden, liegt keine verdeckte Sacheinlage vor.<sup>244</sup> Zu dem in diesem Zusammenhang bei der GmbH genannte „Schütt-aus-Hol-zurück“-Verfahren<sup>245</sup> ist allerdings anzumerken, dass dieses Verfahren nach Umstellung der Körperschaftsteuer auf das Halbeinkünfte- bzw Teileinkünfteverfahren in der Praxis kaum noch Bedeutung hat.

Schließlich ist vor der Novellierung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage diskutiert worden, ob die Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage dann ausnahmsweise nicht anzuwenden sind, wenn ein gemischte Sacheinlage (vgl Rn 24) verdeckt wird, und zwischen dem Wert der Einlageforderung und dem Gegenleistungsanspruch des Inferenten ein beträchtlicher Unterschied besteht.<sup>246</sup> Denn nach der Rspr des BGH waren auch in diesen Fällen die schuldrechtlichen und dinglichen Geschäfte einheitlich nichtig.<sup>247</sup> Da nunmehr nach § 27 Abs. 3 nF die schuldrechtlichen und dinglichen Geschäfte wirksam sind und lediglich bei einem etwa fehlenden Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes gemessen an der von der AG gezahlten Gesamtgegenleistung bei der Frage der Anrechnung eine differenzierende Betrachtung erfolgt,<sup>248</sup> bedarf es für die verdeckte gemischte Sacheinlage keiner Ausnahme mehr.<sup>249</sup>

**4. Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage.** a) **Allgemeines.** Abs. 3 S. 1–5 enthalten seit dem 1.9.2009 eine mit § 19 Abs. 4 GmbHG im Wesentlichen übereinstimmende Regelung der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen. Die bisherige Kernaussage, dass die Bareinlage nicht wirksam erbracht worden ist, bleibt bestehen. Abs. 3 S. 3 versagt dem verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstand ebenso wie § 19 Abs. 4 GmbHG die Erfüllungswirkung; es bleibt aus den oben Rn 37 dargestellten Gründen bei der Anrechnung des Wertes des verdeckt eingebrachten Gegenstandes. Anders als § 27 Abs. 3 S. 1 aF bestimmt Abs. 3 S. 2 nunmehr, dass die (schuldrechtlichen) Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam sind. Nach Abs. 3 S. 3 iVm S. 4 findet jedoch eine zeitlich versetzte Anrechnung des Wertes des Vermögensgegenstandes, den dieser zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft hatte, im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister statt. Da die Anrechnung nur in Höhe des Wertes des Gegenstandes erfolgt, bleibt ggf der Bareinlageanspruch dabei teilweise offen. In dieser Höhe haftet der Inferent (Differenzhaftung). Abs. 3 S. 5 bürdet dem Gesellschafter die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes (zum Zeitpunkt der Registeranmeldung) auf. Wegen der zeitversetzten Anrechnung des Wertes und der bis zu diesem Zeitpunkt ungekürzt bestehenden Bareinlageforderung dürfen die Beteiligten die Versicherung nach § 37 Abs. 1 S. 2 nicht abgeben; das Registergericht

237 BGHZ 125, 141, 143 f; Hüffer, Rn 30.

238 BGHZ 170, 47, 58.

239 Henze, ZHR 154 (1990), 105, 112 11; Niemann, DB, 1990, 1531, 1533.

240 Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 142; Joost, ZIP 1990, 549, 560; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 205; GroßKomm-GmbHG/Ulmer, § 5 Rn 171 a; MüKo-AktG/Pentz, Rn 97; Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 160.

241 BGHZ 132, 133, 140; BGHZ 170, 47, 58; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 201; Traugott/Groß, BB 2003, 481, 483.

242 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 97.

243 §§ 207 ff.

244 BGHZ 135, 381 ff, KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 99.

245 Vgl zB Lutter/Zöllner, ZGR 1996, 164 ff.

246 Martens, AG 2007, 732 ff.

247 BGHZ 173, 145, 152 Rn 15 (Lurgi) unter Verweis auf BGHZ 170, 47.

248 Vgl hierzu näher Rn 63; Lutter/Bayer/Hommelhoff, GmbHG § 19 Rn 77; Hüffer, Rn 35.

249 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 98.

muss bei entsprechender Kenntnis den Eintragungsantrag nach § 38 Abs. 1 zurückweisen. Wird die Gesellschaft gleichwohl eingetragen, ist sie wirksam entstanden (vgl Rn 30).

- 51 **b) Fortbestehen der Bareinlagepflicht.** Nach Abs. 3 S. 1 hat weder die scheinbare Zahlung des geschuldeten Geldbetrages noch die verdeckte Einbringung eines anderen Vermögensgegenstandes Erfüllungswirkung hinsichtlich der Bareinlageforderung. Für die scheinbare Zahlung ergibt sich dies bereits daraus, dass die der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Gelder wegen der Abrede der Gesellschafter dem Vorstand nicht im Sinne von § 36 Abs. 2 endgültig zur freien Verfügung stehen.<sup>250</sup> Die verdeckte Übertragung des Vermögensgegenstandes aus dem Gegengeschäft kann die Bareinlageverpflichtung nicht iSv § 362 BGB tilgen, weil sie ein aliud ist.<sup>251</sup> Sofern teilweise die Vorschrift wörtlich verstanden wird und angenommen wird, dass die Bareinlageverpflichtung durch die Sachleistung erfüllt werde und die von der Gesellschaft für den Gegenstand geleistete Vergütung den Bereicherungsanspruch des Inferenten wegen unwirksamer Barleistung tilge,<sup>252</sup> überzeugt dies wegen der Leistung eines aliuds nicht. Die ursprünglich von dem Gesetzgeber des MoMiG geplante Erfüllungslösung (vgl Rn 37) wäre aus diesem Grund dogmatisch nicht zu begründen gewesen.<sup>253</sup>
- 52 **c) Wirksamkeit von Verträgen und Durchführungsgeschäften.** Aus Abs. 3 S. 2 ergibt sich, dass die schuldrechtlichen Verträge über die Sacheinlage und die entsprechenden Durchführungsgeschäfte anders als nach bisheriger Rechtslage wirksam sind, soweit das Verhältnis des Inferenten zur AG betroffen ist. Somit ist auch das dingliche Vollzugsgeschäft wirksam, obwohl ein aliud geleistet wird, wenn dies dogmatisch auch nur schwer nachvollziehbar ist (vgl hierzu im Einzelnen Rn 54 ff). Der Sache nach setzt die „Anrechnungslösung“ jedoch die Wirksamkeit des dinglichen Vollzugsgeschäftes voraus, damit der andernfalls gegebene Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 des Gesellschafter ausgeschlossen wird.<sup>254</sup>
- 53 **d) Haftung des Gesellschafter auf die Differenz.** § 27 Abs. 3 nF beschränkt das Risiko des Gesellschafter, der statt einer Bareinlage eine verdeckte Sacheinlage erbringt, auf die Differenz zwischen dem Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes und der nach Abs. 3 S. 1 fortbestehenden Bareinlageverpflichtung dadurch, dass der Wert des der Gesellschaft übertragenen Vermögensgegenstandes auf die Bareinlageverpflichtung nach Abs. 3 S. 3 angerechnet wird. Für das – auch nach MoMiG und ARUG noch einem Präventivschutz dienenden<sup>255</sup> – System der Kapitalaufbringung ist die Anordnung dieser Rechtsfolge problematisch, weil der Gesellschafter finanziell keine höheren Risiken eingeht als die zum Schein nach außen übernommene Bareinlageverpflichtung (vgl zur Kritik an der Anrechnungslösung bereits Rn 39).<sup>256</sup>
- 54 Die Auffassungen darüber, wie die vom Gesetzgeber angeordnete pragmatische Rechtsfolge des Abs. 3 S. 3 dogmatisch einzuordnen ist, sind geteilt. Ausgangspunkt aller derartigen Überlegungen ist der Umstand, dass der Gesellschafter wegen der unwirksamen Leistung auf die Bareinlageverpflichtung grundsätzlich einen Anspruch aus Zweckverfehlungskondiktion haben müsste.<sup>257</sup> Es geht jedoch darum, einen derartigen Anspruch des Inferenten auszuschließen, weil sich die Haftung des Inferenten sonst nicht auf den Minderwert der Sacheinlage beschränken würde, sondern eine entsprechend höhere Haftung auf die Bareinlage bestünde.<sup>258</sup> Dogmatisch ist es also erforderlich, den wegen der unwirksam erfolgten Barzahlung zunächst einmal bestehenden Kondiktionsanspruch<sup>259</sup> zu „neutralisieren“.<sup>260</sup>
- 55 Im Hinblick auf den zutreffenden dogmatischen Ansatz, eine derartige Neutralisierung eintreten zu lassen, werden verschiedene Wege befürwortet.<sup>261</sup>
- 56 Dabei wird von einigen Stimmen vertreten, dass Abs. 3 von einer Tilgung der Bareinlageverpflichtung ausgeht. Hierbei wird wiederum danach differenziert, wodurch die Tilgung eintreten soll:
- 57 Zum einen wird angenommen, dass Abs. 3 bei wörtlicher Anwendung dazu führe, dass die Bareinlageverpflichtung durch die verdeckt erfolgte Sachleistung erfüllt werde. Das Gegengeschäft müsse als Schuldverhältnis insofern ausgeblendet werden. Die für den Gegenstand von der Gesellschaft bezahlte Vergütung til-

250 Hüffer, Rn 32.

251 Hüffer, Rn 32; Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 31.

252 Maier-Reimer/Wenzel-Reimer, ZIP 2008, 1449, 1452 und ZIP 2009, 1185 ff; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 19 Rn 77; Fuchs, BB 2009, 170, 172; Veil/Werner, GmbHR 2009, 729, 733.

253 Ulmer, ZIP 2008, 45, 51 ff; Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 31; Bayer, ZGR 2007, 220, 233 ff; Hüffer, Rn 32 mwN.

254 Vgl hierzu näher Rn 54 ff; Hüffer, Rn 33 mwN.

255 Vgl Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 13; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 88 im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit von § 27 Abs. 4; Schall, ZGR 2009, 126, 144; Maier-Reimer/Wenzel, ZIP 2009, 1185, 1195.

256 Dauner-Lieb, AG 2009, 217, 219.

257 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 105; Pentz, GmbHR 2010, 673, 681.

258 KölnKomm-AktG/Arnold, aaO; Bormann/Urlichs, GmbHR 2008, Sonderheft MoMiG, S. 37, 39.

259 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 108; Pentz, GmbHR 2010, 673, 681.

260 Kersting, VGR 14 (2008), S. 101, 105; Dauner-Lieb, AG 2009, 217, 222; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 108.

261 Vgl die Übersichten über den Meinungsstand bei KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 105 ff, bei Pentz, GmbHR 2010, 673, 680 und H.-F. Müller, NZG 2011, 761, 762; offen gelassen von BGH GmbHR 2010, 700 (ADCOCOM).

ge ihrerseits den Bereicherungsanspruch des Inferenten wegen unwirksamer Barleistung.<sup>262</sup> Der Rechtsgrund für die wirksame Übertragung des Eigentums an dem Vermögensgegenstand auf die Gesellschaft sei neben dem Gegengeschäft auch die fortbestehende Bareinlageverbindlichkeit.<sup>263</sup>

Zum anderen misst man der ursprünglichen Barzahlung des Inferenten als Konsequenz der Anrechnung – teilweise – Erfüllungswirkung bei.<sup>264</sup> Eine – gemessen an der Höhe Bareinlageverpflichtung – fehlende Werthaltigkeit des übertragenen Vermögensgegenstandes bewirke, dass die ursprüngliche Barleistung nur partiell Erfüllungswirkung im Hinblick auf die Einlageverbindlichkeit habe. Dem Gesellschafter stehe dabei kein Anspruch aus Zweckverfehlungskondition zu, da die Gesellschaft infolge Übernahme des Vermögens für eine unangemessene Gegenleistung entreichert sei.<sup>265</sup> Diesem Ansatz ähnelnd wird von anderen ein Vergleich zur Differenzhaftung bei offener Sachübernahme im Recht der GmbH hergestellt, bei der ein Anspruch des Inferenten wegen Zweckverfehlungskondition verneint wird, weil die ursprüngliche Bareinlage mit ihrer späteren Anrechnung ihren Zweck noch erreiche.<sup>266</sup> Nach einer weiteren Variante der Herleitung der Erfüllungswirkung aus der ursprünglichen Barzahlung wird die aus Abs. 3 resultierende Differenzhaftung zwischen dem Wert des übertragenen Gegenstandes und der Einlageforderung letztlich als Haftung für eine verdeckte Zuwendung angesehen.<sup>267</sup>

Des Weiteren wird die Anrechnung in Abs. 3 dogmatisch nicht als Erfüllung im Sinne einer gesetzlich vorgesehenen Leistung an Erfüllung statt angesehen, sondern dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung, wie zB in § 326 Abs. 2 S. 2 BGG geregelt, zugeordnet. Der Bereicherungsanspruch des Inferenten wegen unwirksamer Einlageerbringung sei ausgeschlossen, weil Satz 3 *lex specialis* gegenüber dem Bereicherungsrecht sei.<sup>268</sup>

Schließlich wird die Anrechnung als die vom Gesetzgeber angeordnete – mithin ipso iure eintretende – Verrechnung einer offenen Geldeinlageforderung einer Gesellschaft mit einer aus einer nicht als Erfüllung anerkannten Bareinlageleistung herrührenden Bereicherungsforderung eines Inferenten gesehen.<sup>269</sup>

Bei Würdigung der verschiedenen Ansätze erscheint es am ehesten überzeugend davon auszugehen, dass es sich bei der Anrechnung iSv Abs. 3 S. 4 weder um Erfüllung noch um Leistung an Erfüllung statt handelt, sondern um ein verrechnungsähnliches Erfüllungssurrogat eigener Art.<sup>270</sup>

Unabhängig von den Schwierigkeiten, die „Anrechnungslösung“ dogmatisch zu erklären, besteht Einigkeit darüber, dass die praktische Bedeutung der Kontroverse über die dogmatische Einordnung nicht überbewertet werden darf, weil hinsichtlich der Wirkungsweise der in Abs. 3 angeordneten Rechtsfolge Konsens herrscht.<sup>271</sup>

**e) Einzelfragen der Anrechnung. aa) Betrag der Anrechnung und Bewertung.** Hinsichtlich des Betrages der Anrechnung, dh des Wertes des verdeckt eingebrachten Gegenstandes, kommt es auf den Zeitpunkt der Anmeldung an; erfolgt die Überlassung an die AG erst zu einem späteren Zeitpunkt, wird auf diesen späteren Zeitpunkt abgestellt, Abs. 3 S. 3. Die Bewertung des Gegenstandes zum Zeitpunkt der Anmeldung erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen einer Sacheinlage.<sup>272</sup> Ist der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes geringer als die Bareinlageforderung und diese nicht geringer als die im Gegengeschäft angesetzte Vergütung, bleibt die Bareinlageforderung in Höhe des Differenzbetrages bestehen.<sup>273</sup> Für die verbleibende Bareinlageforderung gelten die allgemeinen Bestimmungen, nach denen sich auch die Frage der Verjährung richtet (§ 54 Abs. 4).<sup>274</sup> Ist der Wert des Vermögensgegenstandes höher als die im Gegengeschäft vertraglich angesetzte Vergütung und diese nicht höher als die Bareinlageverpflichtung, so ist der überschüssige Wert dem Gesellschafter nicht zu erstatten, da dieser die ggf für ihn ungünstigen Konditionen des Gegengeschäftes privatautonom vereinbart hat und der Wortlaut von Abs. 3 S. 3 sich auf die Anrechnung beschränkt.<sup>275</sup> Ist der Betrag der nach dem Gegengeschäft an den Gesellschafter zu zahlende Vergütung da-

262 Mayer-Reimer/Wenzel, ZIP 2008, 1449 ff; dies., ZIP 2009, 1185 ff; wohl zustimmend: Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 19 Rn 77; Fuchs, BB 2009, 170, 172; Veil/Werner, GmbHR 2009, 729, 733.

263 Mayer-Reimer/Wenzel, aaO.

264 Kersting, VGR 14 (2008), S. 101, 111 ff; Schall, ZGR 2009, 126, 140.

265 Kersting, VGR 14 (2008), S. 101, 112 f; ähnlich: Pentz, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1265, 1275; ders., GmbHR 2010, 673, 682 f, allerdings unter Ablehnung der Zweckerreichung der (vermeintlichen) Bareinlageleistung des Gesellschafters, das Erlöschen der Einlageverbindlichkeit beruhe ausschließlich auf der gesetzlich angeordneten Anrechnung.

266 Benz, Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), 2010, S. 111 ff, 114 ff; zustimmend: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestal-

tungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 11 Rn 247; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Rn 83.

267 Dauner-Lieb, AG 2009, 217, 223 f.

268 Ulmer, ZIP 2009, 293 ff; Hüffer, Rn 35.

269 Sernetz, ZIP 2010, 2173, 2176 ff.

270 So Pentz, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 1265, 1275; ders., GmbHR 2010, 673, 683; Bork/Schäfer/Bartels, GmbHG, § 19 Rn 24; Schall, ZGR 2009, 126, 140 Fn 52; H.-F. Müller, NZG 2011, 761, 762.

271 Dauner-Lieb, AG 2009, 217, 226 f; Meier-Reimer/Wenzel, ZIP 2009, 1185, 1186; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 108.

272 Hüffer, Rn 36; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 110.

273 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 110.

274 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 109; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 81.

275 Mit teilw. abw. Begr.: Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 19 Rn 82.

gegen höher als die Bareinlageverpflichtung, liegt eine verdeckte gemischte Sacheinlage vor, bei der für die Anrechnung zu differenzieren ist (hierzu sogleich Rn 63).

- 63 **bb) Anrechnung bei verdeckter gemischter Sacheinlage.** Bei gemischter verdeckter Sacheinlage liegen nach dem gemeinsamen Willen der Beteiligten sowohl Sacheinlage als auch Sachübernahme vor, denn die Gegenleistungsverpflichtung der Gesellschaft übersteigt den Betrag der Bareinlageverpflichtung. Beide Teile dieses Kapitalaufbringungsverfahrens unterliegen einheitlich den Bestimmungen der Sacheinlage.<sup>276</sup> Daher beziehen sich auch die Rechtsfolgen bei einer verdeckten gemischten Sacheinlage einheitlich auf das gesamte Rechtsgeschäft.<sup>277</sup> Ist der eingebrachte Vermögensgegenstand mehr wert als die vollständig erbrachte Bareinlage, aber weniger als die von der Gesellschaft zu zahlende Gegenleistung wert, ist nach der hM wie folgt vorzugehen: Der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes ist nicht zunächst auf die Bareinlageverpflichtung und dann auf die zusätzlich von der Gesellschaft geleistete Vergütung anzurechnen, da so die Kapitalaufbringung wegen des hier stattfindenden Mittelabflusses nicht gewährleistet ist. Bei einem derartigen Vorgehen wäre aufgrund der Anrechnung die Einlageforderung in voller Höhe erloschen, in Höhe der Differenz des Wertes des Vermögensgegenstandes zum Betrag der von der Gesellschaft gezahlten Gegenleistung läge mit dem Gegengeschäft ein Rechtsgrund vor, aufgrund dessen der an den Gesellschafter abgeflossene Differenzbetrag nicht zurückgefordert werden könnte.<sup>278</sup> Stattdessen ist im Interesse der Kapitalaufbringung vor einer Anrechnung von dem ermittelten tatsächlichen Wert des Vermögensgegenstandes der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Kaufpreis für den Vermögensgegenstand entrichtet worden ist,<sup>279</sup> da dieser Betrag abgeflossen ist und den für eine Anrechnung zur Verfügung stehenden, in das Gesellschaftsvermögen gelangten Wert des Vermögensgegenstandes mindert (Anrechnungssperre).<sup>280</sup> Der verbleibende Differenzbetrag kann angerechnet werden.<sup>281</sup> Ist der verbleibende Differenzbetrag größer als der Einlagebetrag, besteht eine Bareinzahlungspflicht nach den allgemeinen Grundsätzen der Differenzhaftung.<sup>282</sup>
- 64 **cc) Anrechnung bei Teileinzahlung.** Hat der Gesellschafter nur eine Teilleistung auf seine Einlageschuld erbracht und übersteigt der im Zuge Gegengeschäft erfolgte Kapitalabfluss den Betrag der bisher erbrachten Einzahlung auf die Bareinlage, fragt sich, ob der Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes auch auf den nicht eingeforderten Teil der Einlageschuld angerechnet werden kann.<sup>283</sup> Dies ist jedenfalls dann nicht möglich, wenn der Wert des Vermögensgegenstandes der von der Gesellschaft gezahlten Gegenleistung entspricht, da hier kein überschüssender Wert in das Gesellschaftsvermögen eingebracht wird, der für eine weitergehende Anrechnung zur Verfügung stehen könnte.<sup>284</sup> Aber selbst wenn der Wert des Gegenstandes die von der Gesellschaft gezahlte Gegenleistung übersteigt, scheidet eine Anrechnung auf den nicht eingeforderten Teil der Bareinlage aus, da auch hier der Gesellschafter an die privatautonome Festlegung der Gegenleistung gebunden ist<sup>285</sup> und der Gesellschaft im Wege der Anrechnung nicht mehr zugewandt werden muss, als der Gesellschafter als Gegenleistung erhält.<sup>286</sup> Ist der Wert des eingebrachten Gegenstandes dagegen geringer als die von dem Gesellschafter erbrachte Gegenleistung, greift auch hier im Interesse der Kapitalaufbringung eine Anrechnungssperre in Höhe des Fehlbetrages zwischen tatsächlichem Wert und Gegenleistung ein.<sup>287</sup> Ist der Fehlbetrag größer als die bisher erfolgte Teileinzahlung, besteht hier ebenfalls eine allgemeine Differenzhaftung.
- 65 **dd) Beweislast.** Hinsichtlich des Wertes des verdeckt eingebrachten Gegenstandes bürdet Abs. 3 S. 5 dem Inferenten die Beweislast für die Höhe des Wertes, der für eine Anrechnung in Frage kommt, auf. Zweifelhafte ist dabei insbesondere, ob einem von den Gesellschaftern vorsorglich vorbereitetem Gutachten

276 Vgl Rn 24.

277 BGHZ 173, 145, 152 f. Tz 15 (Lurgi); BGH BB 2008, 1026, 1028; *Habersack*, ZGR 2008, 48, 53; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 80; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 91. Vgl zur analogen Anwendbarkeit des § 27 Abs. 3 S. 3 und § 20 Abs. 7 EGActG auf die nicht ordnungsgemäß offengelegte (gemischte) Sacheinlage *Habersack*, GWR 2010, 107.

278 *Pentz*, GmbHR 2010, 673, 706.

279 BGH GmbHR 2010, 700 Tz 57 (ADCOCOM).

280 HM, vgl BGH aaO, Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 91; *Veil/Werner*, GmbHR 2009, 729, 735; *Bormann/Urlichs* in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 40; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 115; *Pentz*, GmbHR 2010, 673, 678 f mit zutr. methodischer Begründung dieser Vorgehensweise; *ders.*, GWR 2010, 285 auch zum Fall der vollständigen Wertdeckung bei verdeckter gemischter Sacheinlage; aA *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 19 Rn 58.

281 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 91; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 115.

282 *Bormann/Urlichs* in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 40; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 92; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 115.

283 Dafür: *Pentz*, in: FS K. Schmidt, S. 1265, 1279 f; dagegen: *Bormann/Urlichs* in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 39 f; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 89; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 113 f.

284 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 113.

285 Vgl bereits Rn 62.

286 *Veil/Werner*, GmbHR 2009, 729, 737; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 113.

287 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 89; *Bormann/Urlichs* in: Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 39 f; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 114.

(„Schubladengutachten“) zur Werthaltigkeit der verdeckten Sacheinlage entscheidender Beweiswert zukommt.<sup>288</sup>

f) **Übergangsregelung.** § 20 Abs. 7 EGAktG ordnet die Geltung der Neuregelung des § 27 Abs. 3 grundsätzlich auch für Einlageleistungen an, die vor dem 1.9.2009 bewirkt worden sind, soweit sie nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage wegen Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllung der Einlageschuld bewirkt haben. Diese Regelung wird überwiegend so gedeutet, dass die Rechtshandlungen zur Ausführung der verdeckten Sacheinlage rückwirkend wirksam werden, damit die vom Gesetzgeber angestrebte Vereinfachung der Rechtsfolgen erzielt werden kann.<sup>289</sup> Diese Ansicht wurde inzwischen vom BGH bestätigt; aus dem Umstand, dass sich § 20 Abs. 7 EGAktG auf den gesamten § 20 Abs. 3 AktG und damit auch auf Abs. 3 S. 3 (Anrechnung) Bezug nimmt, ergebe sich auch eine Anrechnung in Altfällen.<sup>290</sup> Die in § 20 Abs. 7 EGAktG vorgesehene Rückwirkung wird teilweise wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und wegen Verstoßes gegen das im Geltungsbereich des Art. 14 zu berücksichtigende Vertrauensschutzprinzip für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten,<sup>291</sup> denn die von der Bestimmung angeordnete Rückwirkung greift u.a. in die nach alter Rechtslage fortbestehende Einlageforderung und die Rückabwicklungsforderung der Gesellschaft und darüber hinaus – wegen Anordnung der Wirksamkeit der Verträge über die Sacheinlage und der Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung – in Eigentums- und Rückabwicklungsforderungen des Inferenten ein.<sup>292</sup> Allerdings handelt es sich bei § 20 Abs. 7 EGAktG um eine dem Gebot des Interessenausgleichs und den Kriterien einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung entsprechende Regelung, da sie Rechtsgeschäften, deren fehlende rechtliche Anerkennung aus der Sicht der handelnden Personen nicht ohne Weiteres erkennbar war, nunmehr Rechtswirksamkeit verleiht. Denn damit sorgt die Regelung für Rechtssicherheit unter zulässiger Herabstufung des bisher hochgehaltenen präventiven Schutzes bei gleichzeitiger Betonung der Relevanz des tatsächlichen Mittelzuflusses.<sup>293</sup> Im Übrigen enthält die Bestimmung eine zulässige unechte Rückwirkung, die nicht gegen das Vertrauensschutzprinzip verstößt.<sup>294</sup> Auch stellen sich in der Praxis in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 14 GG bereits wegen der Sachverhaltsgestaltung von vornherein nicht.<sup>295</sup> Die Rückwirkung nach § 20 Abs. 7 EGAktG greift nach den in der Bestimmung vorgesehenen Ausnahmen dann nicht ein, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bereits vor dem 1.9.2009 ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist oder eine wirksame Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist. Hierbei genügt es, dass ein rechtskräftiges Urteil nur im Hinblick auf einen der aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche ergangen ist.<sup>296</sup>

**5. Heilung der verdeckten Sacheinlage.** Auch vor Verabschiedung des ARUG konnte ein in dem Verstoß gegen § 27 Abs. 1 liegender Errichtungsmangel bis zum Zeitpunkt der Eintragung durch nachträgliche Aufnahme der erforderlichen Festsetzungen geheilt werden.<sup>297</sup> Diese – durch den Erlass des ARUG unveränderte – Heilungsmöglichkeit gilt insbesondere bei als verdeckten Sacheinlagen konzipierten Geschäften, dh bei Geschäften, bei denen zusätzlich zum objektiven Fehlen der erforderlichen Festsetzungen die übrigen Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage gem. Abs. 3 vorliegen.<sup>298</sup> Die Gründer sind im Innenverhältnis untereinander zur Mitwirkung an derartigen Satzungsänderungen bzw Heilungsmaßnahmen verpflichtet.<sup>299</sup> Findet die offene Umwidmung der Bareinlagepflicht in eine Sacheinlagepflicht vor Eintragung statt, wird die Einlagepflicht durch die Sacheinlage erfüllt, die in Abs. 3 festgesetzten Rechtsfolgen greifen nicht,

288 Handelsrechtsausschuss des DAV, Stellungnahme zum RegE MoMiG, NZG 2007, 735, 740; Mayer-Reimer/Wenzel, ZIP 2008, 1449, 1451; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 112; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 79; Heckschen, BB 2007, 771, 781; Gehrlein, Der Konzern 2007, 784; Wicke, GmbHG, 2008, § 19 Rn 27; für Beweiswert ersichtlich: Schall, ZGR 2009, 126, 145.

289 Bormann/Urlrichs, GmbHHR 2008, Sonderheft MoMiG, S. 37, 41; Fuchs, BB 2009, 170, 173; aA Heinze, GmbHHR 2008, 1065, 1073; Badenhop, ZinsO 2009, 793, 802.

290 BGH GmbHHR 2010, 700, 703 Tz 27 und 32 (ADCOCOM) für die Parallelbestimmung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG unter Verweis auf die identischen Rückwirkungsfolgen in § 20 Abs. 7 EGAktG.

291 Bormann, GmbHHR 2007, 897, 900 f; Heinze, GmbHHR 2008, 1065, 1073; Pentz, GmbHHR 2009, 505, 506 f; ders. differenzierend für den Fall von Zwischenverfügungen des Gesellschafters GmbHHR 2010, 673, 676 f; dagegen, wegen Fehlen eines gesetzlichen Vertrauenstatbestandes: Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 138.

292 BGH GmbHHR 2010, 700, 704 (ADCOCOM).

293 Vgl zur Parallelvorschrift des § 3 Abs. 4 EGGmbHG unter Hinweis auf § 27 Abs. 7: BGH GmbHHR 2010, 700, 704 (ADCOCOM).

294 Näher BGH GmbHHR 2010, 700, 704 f (ADCOCOM); OLG Köln, GmbHHR 2010, 1213; Kleindiek, ZGR 2011, 334, 341 f. im Hinblick auf die Parallelbestimmung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG; Hüffer, Rn 23; kritisch Adrianensis, WM 2011, 968, 972 unter Hinweis auf unzulässige echte Rückwirkung bei Zwischenverfügungen des Aktionärs hinsichtlich der verdeckt eingebrachten Sache.

295 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 85.

296 Pentz, in: FS K. Schmidt, S. 1265, 1282 f; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 127.

297 KölnKomm-AktG/Kraft, 1. Aufl., Rn 94; Hüffer, Rn 37 f.

298 Lutter/Gebling, WM 1989, 1445, 1454; Hüffer, Rn 31.

299 BGH WM 2003, 1720, 1723; MüKo-AktG/Pentz, § 41 Rn 41, ders., ZIP 2003, 2093, 2101.

auch die in Abs. 3 S. 5 vorgesehene Beweislastumkehr findet keine Anwendung, die Beweislast für eine etwaige Überbewertung trifft in diesem Fall die AG.<sup>300</sup>

- 70 Im Aktienrecht war nach Eintragung der AG der Weg einer derartigen Heilung der verdeckten Sacheinlage bisher durch § 27 Abs. 4 aF versperrt.<sup>301</sup> Nach Streichung dieser Bestimmung durch den Gesetzgeber des ARUG können nunmehr die von der Rechtsprechung im GmbH-Recht entwickelten Grundsätze der Heilung einer verdeckten Sacheinlage<sup>302</sup> nach Eintragung auch bei der AG angewandt werden.<sup>303</sup> Es bedarf daher eines mit satzungsändernder Mehrheit gefassten Hauptversammlungsbeschlusses; die dem Ausgabebetrag der Aktien entsprechende Werthaltigkeit der Sacheinlage muß nach dem von der Rechtsprechung vorgezeichneten Verfahren nachgewiesen werden, dh die Gesellschafter sind verpflichtet, entsprechend §§ 37 Abs. 1 S. 1, 36 a Abs. 2 S. 3 die Werthaltigkeit zu versichern.<sup>304</sup>
- 71 Eine etwaige Wertdifferenz muß ausgeglichen werden. Der Bewertungsstichtag ist nicht der Tag der Satzungsänderung sondern nach Abs. 3 S. 3 analog der Tag der Anmeldung der ursprünglichen Bargründung oder – bei späterer Überlassung des Gegenstandes – dieser Zeitpunkt.<sup>305</sup> Des Weiteren erfordert die Heilung im Recht der AG die nachträgliche Beachtung der §§ 32 ff im Hinblick auf die Sachgründung; der etwaige Vorteil der Heilung gegenüber einer Anrechnung gem. § 27 Abs. 3 S. 3 wird im Entfallen der Beweislastumkehr nach Abs. 3 S. 5<sup>306</sup> und darin gesehen, dass eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Gesellschaft nicht mehr festzustellen ist;<sup>307</sup> das Risiko von Falschangaben bei Anmeldung (hierzu Rn 38) bleibt allerdings bestehen.<sup>308</sup>
- 72 Eine Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch ordentliche Kapitalherabsetzung gem. §§ 222 ff<sup>309</sup> ist somit nicht mehr erforderlich; auch eine Korrektur der verdeckten Sacheinlage im Wege der analogen Anwendung des Institutes der Nachgründung<sup>310</sup> ist wegen Streichung des § 52 Abs. 10 durch das ARUG obsolet. Selbstverständlich hat das Institut der Nachgründung neben der Neuregelung der verdeckten Sacheinlage eine eigenständige Bedeutung behalten. Sofern die durch Abs. 3 abgemilderten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage im Einzelfall durch die Regelungen des § 52 wieder verschärft werden, muss dieses unharmonische Nebeneinander beider Institute de lege lata hingenommen werden.<sup>311</sup>
- 73 **VI. Hin- und Herzahlen (Abs. 4). 1. Allgemeines.** Abs. 4 wurde ebenso wie Abs. 3 durch das ARUG in das Gesetz eingefügt und überträgt die in § 19 Abs. 5 GmbHG durch das MoMiG getroffene Regelung im Wesentlichen unverändert in das Aktienrecht.<sup>312</sup> Die hier vorgesehene Regelung des Hin- und Herzahlens wurde in der Vergangenheit als Unterfall der verdeckten Sacheinlage verstanden,<sup>313</sup> aber bereits vor Verabschiedung des MoMiG in jüngerer Rechtsprechung und Literatur als Sonderfall einer fehlgeschlagenen Einlageleistung gewertet.<sup>314</sup> Die neue Regelung will insbesondere in den Fällen eines Cash Pools, in denen in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft die Einlage aufgrund einer Vorabsprache wieder an den Inferenten zurückfließt, die bisherige Rechtsfolge des fortbestehenden Bareinlageanspruches vermeiden, wenn der Gesellschaft aufgrund ihrer Leistung gegen den Inferenten ein liquider und vollwertiger Rückgewähranspruch zusteht.<sup>315</sup>
- 74 Diesbezüglich beabsichtigte der Gesetzgeber eine Harmonisierung mit der bereits durch Art. 5 MoMiG in das AktG eingefügte Bestimmung des § 57 Abs. 1 S. 3 AktG und erkennt nunmehr auch für den Fall des Hin- und Herzahlens die bilanzielle Betrachtungsweise an. Die entsprechende neugefasste Bestimmung im GmbHG ist auf Kritik gestoßen, weil mit der Anerkennung der Erfüllungswirkung trotz Mittelabfluss an

300 Hüffer, Rn 37, KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 123; Veil, ZIP 2007, 1241, 1245.

301 Vgl zur Rechtslage vor ARUG: Ammon, FGPrax 1996, 201, 203; Krieger, ZGR 1996, 674, 691; MüKo-AktG/Pentz, Rn 83; Ulmer, ZHR 154 (1990) 128, 143; aA GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 219.

302 Vgl nur BGHZ 132, 674, 150 ff = ZIP 1996, 668, 673 = NJW 1996, 1473.

303 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 54; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 122; Hüffer, Rn 38; zu Recht auf rechtspolitische und rechtsdogmatische Bedenken hinweisend: Spindler/Stilz/Heidinger/Benz Rn 205 ff.

304 BGHZ 132, 674, 150 ff = ZIP 1996, 668, 673 = NJW 1996, 1473; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 125.

305 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 98; Hüffer, aaO.

306 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 123.

307 Veil, ZIP 2007, 1241, 1245.

308 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 123.

309 Vgl hierzu nur BayObLG DB 1978, 337 f; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 217 mwN in Fn 243.

310 Vgl hierzu Lutter/Gebling, WM 1989, 1445, 1455 f; Ulmer, ZHR 154 (1990) 128, 143.

311 Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 117. Der Gesetzgeber hat zwar nach der Gesetzesbegründung, vgl: BT-Drucks. 16/13098 S. 36, das Konkurrenzverhältnis zwischen verdeckter Sacheinlage und Nachgründung gesehen, aber dem Umstand, dass die Rechtsfolgen der Nachgründung nunmehr im Verhältnis zu den Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage strenger ausfallen, nicht hinreichend Rechnung getragen, vgl hierzu Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 114 ff mwN.

312 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 55; vgl zur Reformgeschichte: Illhardt, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4, S. 33 ff.

313 BGH GmbHR 2003, 231; vgl hierzu Bayer, GmbHR 2004, 445.

314 BGHZ 165, 113, 116 = NJW 2006, 509 = GmbHR 2006, 43; BGHZ 165, 352, 355 = NJW 2006, 906; Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 21 ff; Drygala, NZG 2007 561, 563 f; vgl auch Vorauflage § 27 Rn 41.

315 BT-Drucks. 16/6140, S. 35 und BT-Drucks. 16/9737, S. 56; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 55; Hüffer, Rn 39.

den Inferenten eine Substitution der Einlageforderung durch eine schlichte schuldrechtliche, wenn auch vollwertige Forderung vorrangig für Cash-Pool-Situationen eingeführt wird, dh ersichtlich ein Sonderrecht für Konzerne oder Unternehmensverbindungen geschaffen wurde, die einen Cash Pool unterhalten.<sup>316</sup> Auch werde das Prognoserisiko für den Ausfall des Rückgewähranspruchs – rechtspolitisch bedenklich – vom Gesellschafter auf die Gesellschaft verlagert.<sup>317</sup>

**2. Europarechtliche Aspekte.** Fraglich ist mit Blick auf das Europarecht zunächst, ob § 27 Abs. 4 mit Art. 9 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie harmoniert, deren Umsetzung in deutsches Recht § 36 a Abs. 1 Alt. 1 dient, wonach die reale Kapitalaufbringung bei Gründung die Leistung einer Mindesteinlage iHv 25 % des Nennwertes oder des rechnerischen Wertes der Aktien verlangt. In diesem Zusammenhang fragt sich weiter, ob § 27 Abs. 4 mit der (überschießenden) Umsetzungsbestimmung des § 36 a Abs. 1 Alt. 2, wonach auch ein etwaiges Agio der Gesellschaft bei Gründung ungeschmälert zustehen muss, im Einklang steht.<sup>318</sup> In Art. 9 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie ist grundsätzlich die effektive Leistung gemeint; ein Zahlungsverprechen des Inferenten soll die effektive Leistung nicht ersetzen können.<sup>319</sup> Daher wird im neueren Schrifttum vertreten, § 27 Abs. 4 müsse richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass 25 % des Einzahlungsbetrages und das eingezahlte Agio nicht dem in einen Cash Pool einbezogenen Konto gutzubringen, sondern auf ein Separatkonto einzuzahlen sind, um zu vermeiden, dass gegen die Vorgaben der Richtlinie bzw den Rechtsgedanken des § 36 a Abs. 1 verstoßen wird.<sup>320</sup> Diese Überlegung führt für die Kapitalaufbringung der in einen Cash Pool einbezogenen Gesellschaften zu vergleichbaren Hindernissen wie das „November“-Urteil des BGH,<sup>321</sup> die mit der Wiederbelebung der bilanziellen Betrachtungsweise durch das MoMiG bzw ARUG (vgl Rn 1, 74) als überwunden galten, nämlich dazu, dass gebundene Vermögensmassen nicht verschoben werden dürfen.<sup>322</sup> Der Gesetzgeber hat im Bestreben eine pragmatische Lösung für Cash-Pool-Systeme zu finden, diesen Punkt ersichtlich nicht bedacht.<sup>323</sup> Bei der Frage, ob Art. 9 Abs. 1 der Kapitalrichtlinie tatsächlich ein unter die besonderen Anforderungen des § 27 Abs. 4 gestelltes Hin- und Herzahlen ausschließt, ist es mE jedoch nicht ausreichend, allein darauf hinzuweisen, dass Art. 9 Abs. 1 ersichtlich eine bare Einzahlung erwartet (und deshalb keinen Mittelabfluss an den Inferenten toleriert).<sup>324</sup> Denn eine Darlehensvergabe an Dritte ist jedenfalls durch Sinn und Zweck des Art. 9 Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Wenn man weiter bedenkt, dass die von § 27 Abs. 4 gestellten Anforderungen an einen Rückgewähranspruch gegen den Inferenten (Werthaltigkeit, jederzeitige Fälligkeit, vgl Rn 83) sehr hoch sind, ist die Gesellschaft im Einzelfall bei einem Hin- und Herzahlen und entsprechendem Rückgewähranspruch iSv § 27 Abs. 4 sogar besser abgesichert als zB bei Darlehensvergabe an einen Dritten, der die jederzeitige Fälligkeit der Darlehensvaluta vertraglich ausgeschlossen hat. Auch ist zu beachten, dass der Gesellschaft bei einem Hin- und Herzahlen im Regelfall immerhin tatsächlich zunächst Barmittel in Höhe von mindestens 25% des Ausgabebetrages zugeführt werden. Sofern zur Verdeutlichung des Gedankens, Art. 9 Abs. 1 toleriere eine Wiederauszahlung des Mindesteinzahlungsbetrages von 25% an den Inferenten nicht, Sec. 586 Companies Act 2006 herangezogen wird,<sup>325</sup> sei schließlich darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung in Abs. 3 selbst eine Ausnahme von der Mindesteinzahlungspflicht zulässt, die auf einem Anspruch gegen den Inferenten gründet.<sup>326</sup> Obwohl derzeit vereinzelt bereits nahegelegt wird, bei Anwendung des § 27 Abs. 4 unter Beachtung des Art. 9 Abs. 1 bzw § 36 a Abs. 1 Alt. 1 zu verfahren,<sup>327</sup> wird man die Frage, ob § 27 Abs. 4 mit Art. 9 Abs. 1 kulli-

75

316 Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 21 ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 19 Rn 104; Pentz, GmbHR 2009, 505, 511 f; Goette, DStR 2009, 51, 53; Priester, ZIP 2008, 55.

317 Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn 104; Bayer/Lieder GmbHR 2006, 1121, 1123; Pentz, GmbHR 2009, 505, 511 f; K. Schmidt, GmbHR 2006, 449, 451 ff; der Neuregelung zustimmend: Saenger, in: FS Westermann, 2008, S. 1381, 1395 ff.

318 Vgl Habersack, AG 2009, 557, 561.

319 Habersack, aaO.

320 Habersack, aaO; Ekkenga, ZIP 2010, 2469, 2470; so wohl auch KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 133.

321 BGHZ 157, 72 = ZIP 2004, 263.

322 Vgl BGH GmbHR 2006, 477 (Cash Pool I); vgl hierzu Altmep-pen, ZIP 2006, 1025, 1029.

323 Hüfner, Rn 44.

324 So Habersack, AG 2009, 557, 561.

325 Habersack, aaO.

326 Sec. 586 Public companies: shares must be at least one-quarter paid up

(1) A public company must not allot a share except as paid up at least as to one-quarter of its nominal value and the whole of any premium on it.

(2) This does not apply to shares allotted in pursuance of an employees' share scheme.

(3) If a company allots a share in contravention of this section-

(a) the share is to be treated as if one-quarter of its nominal value, together with the whole of any premium on it, had been received, and

(b) the allottee is liable to pay the company the minimum amount which should have been received in respect of the share under subsection (1) (less the value of any consideration actually applied in payment up, to any extent, of the share and any premium on it), with interest at the appropriate rate.

(4) [...]

Dies entspricht dem Ansatz des britischen Rechts, ein bloßes Leistungsversprechen an die Gesellschaft einer Bareinlage gleichzustellen, vgl Sec. 583 (3)(d), (5) CA 2006. In diesem Sinne ebenso im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 KapRL auf die Zulässigkeit einer bilanziellen Betrachtungsweise abstellend: Spindler/Stilz/Heidinger/Benz, Rn 262; für Vereinbarkeit des § 27 Abs. 4 mit Art 9 Abs. 1 auch Illhardt, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 209 ff, 213.

327 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 125; Habersack, AG 2009, 557, 561; K. Schmidt/Lutter/Bayer, Rn 95 trotz des zutreffenden Hinweises auf Sec. 583 (3)(d), (5) CA 2006.

diert, somit wohl eher als offen bezeichnen<sup>328</sup> und im Ergebnis wohl verneinen müssen. Hinsichtlich § 36 a Abs. 1 Alt. 2, der Volleinzahlung des Agios, sollte der Gedanke greifen, dass § 27 Abs. 4 später als der am 1.7.1979 in Kraft getretene § 36 a in das Gesetz eingefügt wurde und letzteren als *lex posterior* verdrängt.<sup>329</sup>

- 76 Weitere Bedenken folgen für die Neuregelung des § 27 Abs. 4 aus § 71 a Abs. 1 S. 1, weil die Rückführung der als Bareinlage eingenommenen Mittel an den Aktionär im Grundsatz als finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes zu deuten sein könnte, für die § 71 a Abs. 1 S. 1 die Nichtigkeit anordnet.<sup>330</sup> § 71 a wurde in Umsetzung von Art. 23 der Kapitalrichtlinie in das Gesetz eingefügt. Aus dem Wortlaut (statt von „Zeichnung“ der Aktien ist von dererem „Erwerb“ die Rede) sowie aus Sinn und Zweck der Bestimmung des § 71 a folgt jedoch, dass das hier niedergelegte Verbot, zur Finanzierung des Aktienerwerbs Vermögen der AG einzusetzen, jedenfalls auf den originären Aktienerwerb bei Gründung keine Anwendung findet.<sup>331</sup> § 27 Abs. 4 kollidiert somit nicht mit § 71 a Abs. 1 S. 1.
- 77 **3. Tatbestand.** Bei dem in der Praxis auftretenden Fall des Hin- und Herzählens wird die Bareinlage zunächst an die Gesellschaft gezahlt, die Einlagemittel werden sodann mit geringem zeitlichen Abstand zB als Darlehen oder aufgrund einer Treuhandabrede<sup>332</sup> an den Inferenten zurückgezahlt. Eine Altforderung des Gesellschafters besteht dabei vor Einlageleistung nicht. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH<sup>333</sup> war dieser Fall wie folgt zu bewerten: Die Einlage ist nicht zur freien Verfügung des Vorstandes im Sinne von § 36 Abs. 2 S. 1 bzw. § 188 Abs. 2 S. 1 eingezahlt worden, weil der Inferent nichts geleistet hat; das Darlehen ist wegen Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften unwirksam. Ein Darlehensrückzahlungsanspruch gem. § 488 Abs. 1 BGB ist daher nicht entstanden; ohne Rücksicht auf den von dem Gesellschafter bestimmten Tilgungszweck ist die zuletzt von dem Gesellschafter getätigte Zahlung als (Rück-)Zahlung auf die – ursprünglich nicht erfüllte – Einlageschuld zu werten.<sup>334</sup> Eine verdeckte Sacheinlage liegt nicht vor, weil es an einer zuvor bestehenden Forderung des Gesellschafters fehlt, die als Sacheinlage dienen könnte.<sup>335</sup>
- 78 Nach Abs. 4 S. 1 tritt nunmehr in derartigen Fällen Befreiungswirkung hinsichtlich der Einlageverbindlichkeit unter folgenden kumulativen Tatbestandsvoraussetzungen ein:
- Die Geldeinlage muss eingezahlt sein.
  - Aufgrund einer Abrede der Gründer vor Einlageleistung erfolgt nach Zahlung der Einlage eine Leistung an den Aktionär, die wirtschaftlich der Rückzahlung der Einlage entspricht.
  - Das Hin- und Herzahlen ist nicht als verdeckte Sacheinlage iSv Abs. 3 zu werten.
  - Der Gesellschaft steht aus dem Vorgang der Rückzahlung ein vollwertiger und jederzeit fälliger oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig zu stellender Anspruch auf Rückgewähr zu.
  - Das Hin- und Herzahlen wird in der Registeranmeldung nach § 37 offengelegt, wobei umstritten ist, ob die Offenlegung gem. Abs. 4 S. 2 notwendige Voraussetzung des Eintritts der Befreiungswirkung ist (vgl Rn 88).
- 79 Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes: Der Gesellschafter muss zunächst seine Einlage wie geschuldet in bar erbracht haben. Zwischen Gesellschaft und Aktionär wird vor der Einlage eine Leistung an den Aktionär vereinbart, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht. Das Gesetz geht also davon aus, dass zunächst die Einlageleistung und dann – abredegemäß – ein Rückfluss der Einlage an den Aktionär eintritt. Hinsichtlich der zeitlichen Abfolge von Einlageleistung und Zahlung macht es allerdings wegen der vergleichbaren Interessenlage keinen Unterschied, wenn der Gesellschafter zunächst – abredegemäß – zB im Wege eines Darlehens eine Zahlung von der Gesellschaft erhält und erst dann die Einlageschuld erfüllt (Her- und Hinzahlen). Bei Vorliegen der sonstigen oben genannten Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruches, ist kein Grund ersichtlich, das Her- und Hinzahlen

328 Vgl *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 926 f.

329 So im Erg. wohl *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 927.

330 *Hüffer*, Rn 39, 45.

331 Zutreffend: *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 914, 929; wohl auch KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 136; trotz Art. 23 Abs. 1 Unterabs. 5 Alt. 2 der Richtlinie 2006/68/EG zur Änderung der Kapitalrichtlinie vom 6.9.2006, ABl. EU Nr. L 264/32 v. 25.9.2006, wo der originäre Erwerb im Rahmen einer Kapitalerhöhung erwähnt wird, ebenso der Gesetzgeber des ARUG, vgl Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 55 f; offen gelassen von *Bayer/J. Schmidt*, ZGR 2009, 805, 839 f; kritisch: *Hüffer*, Rn 45; aA *Habersack*, AG 2009, 557, 561 ff; differenzierend: *Illhardt*, Die

Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 268 ff., der das Verbot der finanziellen Unterstützung des Art 23. Abs. 1 Kapitalrichtlinie sowohl auf den originären als auch auf den derivativen Aktienerwerb bezieht und eine richtlinienkonforme Auslegung des § 27 Abs. 4 dahingehend fordert, dass das Hin- und Herzahlen nicht zu einer Änderung in den Herrschaftsverhältnissen der Gesellschaft führen darf, aaO, S. 282.

332 BGH ZIP 2009, 713, 715 Tz 15 (Qivive); BGH NJW 2010, 1747, 1749 Tz 23 (Eurobike).

333 BGHZ 165, 113 = BGH GmbHR 2006, 43, 44; vgl auch BGHZ 165, 352 = NJW 2006, 906.

334 BGH GmbHR 2006, 43, 44.

335 BGH aaO.

für die Frage der Kapitalaufbringung anders zu behandeln. Insofern ist die Bestimmung daher analog anzuwenden.<sup>336</sup>

Des Weiteren muss eine entsprechende Abrede zwischen den Gründern vorliegen.<sup>337</sup> Liegt keine Vorabsprache der Gründer vor, ist Abs. 4 nicht anwendbar. Die Verpflichtung zur Leistung der Einlage zur freien Verfügung des Vorstandes ist nicht verletzt; ist der Rückzahlungsanspruch nicht vollwertig, findet allein § 57 Anwendung.<sup>338</sup> Allerdings wird vertreten, dass sich auch in den Fällen des Hin- und Herzahlens aus einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang eine Vermutung für eine entsprechende Abrede ergibt.<sup>339</sup> Erforderlich ist des Weiteren nach dem Gesetzeswortlaut, dass die Abrede vor der Einlage getroffen wird. Wird die Abrede erst nach Einlageleistung des Gesellschafters getroffen, wird einerseits vertreten, dass dann allein die Kapitalerhaltungsvorschriften, dh insbesondere § 57, anwendbar seien.<sup>340</sup> Nach anderer Auffassung soll – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung – Abs. 4 auch bei einer nachträglichen Vereinbarung anwendbar sein, um Umgehungen zu verhindern.<sup>341</sup> Dieser Meinung kann nicht entgegengehalten werden, dass nach bisheriger Auffassung bei nachträglichen Rückzahlungsvereinbarungen die als Bareinlage eingezahlten Gelder keine Leistung zur freien Verfügung des Vorstandes iSd § 36 Abs. 2 darstellten,<sup>342</sup> so dass ein Eintragungshindernis bestand, das nur ausgeräumt werden konnte, wenn der Vorstand die Rückzahlung der Gelder an den Inferenten verweigerte. Denn die Frage der Leistung zur freien Verfügung ist wegen der gesetzgeberischen Wertung in Abs. 3 und 4 in Fällen des Hin- und Herzahlens bzw bei Auszahlungen an den Gesellschafter iSv § 57 Abs. 1 nicht berührt.<sup>343</sup> Bei nachträglicher Abrede unterbleibt jedoch – jedenfalls wenn die Abrede erst nach Eintragung im Handelsregister getroffen wird – die Aufdeckung des Hin- und Herzahlens in der Registeranmeldung gem. Abs. 4 S. 2, so dass aus diesem Grund Abs. 4 nicht eingreift, weil die vom Gesetzgeber angestrebte Überprüfung der Erfüllungsvoraussetzungen<sup>344</sup> (vgl Rn 88, 91) nicht möglich ist. Eine zeitlich beschränkte Übernahme im Interesse der Berücksichtigung einer nachträglichen Abrede ist daher nur für die Schwebezeit zwischen Einlage und Verfügung der Eintragung bzw der Eintragung zuzulassen, um eine entsprechende Nachbesserung der Registeranmeldung zu ermöglichen.<sup>345</sup> Dies erscheint auch im Interesse der Kapitalaufbringung sachgerecht, weil das Schutzniveau des Abs. 4, der neben der Vollwertigkeit die jederzeitige Fälligkeit bzw durch fristlose Kündigung zu erzielende Fälligkeit des Rückgewähranspruchs verlangt, höher ist als das des § 57 Abs. 1, der lediglich Vollwertigkeit des Anspruchs gegen den Gesellschafter verlangt. Erfolgt die Abrede erst nach Einreichung der Registeranmeldung bzw entsprechender registergerichtlichen Verfügung, scheidet die Anwendbarkeit von Abs. 4 aus; die Eintragung der AG erfolgt zu Recht als einfache Bargründung, so dass die nachträgliche Abrede und die entsprechende Zahlung allein § 57 Abs. 1 unterfällt.

Der Vorgang darf als verdeckte Sacheinlage anzusehen sein, Abs. 3 hat somit Vorrang vor Abs. 4.<sup>346</sup> Insbesondere beim Cash Pooling<sup>347</sup> ergibt sich aus der Subsidiarität des Abs. 4 Folgendes: Besteht im Rahmen des Cash Pools zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einlage bereits eine Altforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, besteht also ein Negativsaldo auf dem Zentralkonto zulasten der Gesellschaft, handelt es sich wirtschaftlich um die Einlage der Altforderung, dh eine verdeckte Sacheinlage, wenn der Gesellschafter zunächst seine Einlage zahlt und sodann der bestehende Negativsaldo ausgeglichen wird.<sup>348</sup> In Höhe eines etwaigen Differenzbetrages des Wertes der verdeckt eingebrachten Forderung haftet der Inferent nach Abs. 3. Handelt es sich dagegen um den umgekehrten Fall, dass zunächst ohne Bestehen eines Negativsaldos im Rahmen eines Cash Poolings die Einlage erbracht wird und sodann erstmalig eine Darlehensforderung gegen die Pool-führende Gesellschaft begründet wird, liegt Hin- und Herzahlen iSv Abs. 4 vor. Liegt ein Negativsaldo zulasten der Gesellschaft vor, der durch die Einlage nicht nur ausgegli-

336 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 128; Maier-Reimer/Wenzel, ZIP 2008, 1449, 1454; Herrler, DB 2008, 2347, 2348; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 139; Blasche, GmbHR 2010, 288, 290; BGH NJW 2010, 1747, 1749 Tz 24 (Euro-bike); im Erg. zustimmend: Wachter, NJW 2010, 1715, 1717; kritisch Bormann/Urichs, GmbHR 2008, Sonderheft MoMiG, S. 37, 43; BGH WM 2009, 612 steht nicht entgegen, weil hier noch das vor Erlass des MoMiG geltende Eigenkapitalersatzrecht angewandt wird und deswegen kein wirksamer Darlehensrückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter entstanden ist, so dass in der Zahlung des Gesellschafters auf die Einlage folgerichtig nur eine Leistung auf die Erstattungsforderung aus § 31 GmbHG aF gesehen wurde.

337 Hinsichtlich der Einzelheiten einer Vorabsprache vgl auch Rn 45.

338 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 109; Wicke, GmbHG, § 19 Rn 36; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 136.

339 BGH ZIP 2008, 1281; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 137; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 108. Vgl zur Vermutungswirkung bei verdeckter Sacheinlage Rn 46.

340 Bormann, GmbHR, 2007, 897, 902; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 110.

341 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 138.

342 GroßKomm-AktienR/Röbriicht, Rn 66 f; Büchel, GmbHR 2007, 1065, 1067; Markwardt, BB 2008, 2414, 2420.

343 Zutreffend: Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 110.

344 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 55.

345 AA Illhardt, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 77. Ergänzungen der eingereichten Anmeldung sind allerdings bis zur Verfügung der Eintragung bzw, wenn der Richter selbst einträgt, bis zur Eintragung zulässig. Die formgerecht nachgereichten Dokumente stellen einen integralen Bestandteil der Anmeldung dar, vgl Herrler, GmbHR 2010, 785, 788.

346 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 137.

347 Vgl allg. zum Cash Pool Rn 44 unter (4).

348 BGH ZIP 2009, 1561, 1562 (Cash Pool II).

- chen, sondern positiv wird, so ist in Höhe des Negativsaldos von einer verdeckten Sacheinlage iSv Abs. 3 auszugehen, hinsichtlich des überschießenden Betrages findet Abs. 4 Anwendung.<sup>349</sup>
- 83 Die Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruches, der selbstverständlich wirksam sein muss,<sup>350</sup> liegt vor, wenn das Vermögen des Inferenten im Zeitpunkt der Rückgewähr<sup>351</sup> zur Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten ausreicht und auch nicht damit zu rechnen ist, dass zum Zeitpunkt der späteren Fälligkeit die Rückzahlung nicht oder nur teilweise möglich ist.<sup>352</sup> Liquide ist der Anspruch dann, wenn er jederzeit fällig ist (§ 271 BGB) oder die AG es in der Hand hat, den Anspruch jederzeit durch fristlose Kündigung fällig zu stellen.<sup>353</sup> Überdies ist für die Liquidität des Anspruchs zu fordern, dass der Rückzahlungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach außer Zweifel steht und Einwendungen und Einreden nicht entgegenstehen.<sup>354</sup> Ein Anspruch auf eine Sachleistung genügt nicht den Voraussetzungen des Rückgewähranspruches.<sup>355</sup>
- 84 Die Fälle, in denen ein wirksamer, vollwertiger und liquider Rückgewähranspruch begründet wird und deswegen – bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 4 – die Befreiungswirkung eintritt, sind nach neuerer Rspr des BGH<sup>356</sup> von den Fällen abzugrenzen, in denen der Inferent oder ein ihm nahe stehender Dritter im zeitlichen Zusammenhang mit der Begründung der Bareinlageforderung entgeltlich werthaltige Dienstleistungen für die Gesellschaft erbringt. Hier liegt mangels Sacheinlagefähigkeit der Dienstleistungen<sup>357</sup> bzw fehlender Einlagefähigkeit künftiger Vergütungsforderungen, die wegen der Dienstleistungen entstehen<sup>358</sup> keine verdeckte Sacheinlage vor,<sup>359</sup> so dass es im Rahmen einer etwaigen verdeckten Sacheinlage auf eine ggf bereits vor der Einlage getroffene definitive Absprache der Beteiligten nicht mehr ankommt.<sup>360</sup> Allerdings steht der Gesellschaft wegen Bezahlung der vereinbarten Gegenleistung für eine werthaltige Dienstleistung auch kein Rückgewähranspruch iSv Abs. 4 zu, so dass weder zulässiges noch unzulässiges Hin- und Herzahlen oder Her- und Hinzahlen iSv Abs. 4 vorliegt. Ein unzulässiges Her- und Hinzahlen liegt nach der Rspr des BGH in diesen Fällen jedenfalls dann nicht vor, wenn die als Einlage eingebrachten Mittel weder rechtlich noch tatsächlich für Zwecke der Bezahlung der Dienstleistungen des Gesellschafters reserviert werden und daher der Gesellschaft uneingeschränkt zur Verfügung stehen, die Dienstleistungen tatsächlich erbracht werden, werthaltig und aus Sicht der Gesellschaft auch brauchbar sind und die gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält. Denn dann erbringt die Gesellschaft die Einlage wirtschaftlich nicht aus ihrem Vermögen, weil der Zahlung eine vollwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>361</sup>
- 85 Ob der Rückgewähranspruch angemessen verzinst werden muss, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>362</sup> Allerdings kann ein Verzinsungserfordernis nicht deswegen verneint werden, weil zB eine Abzinsung von Forderungen des Umlaufvermögens mit Restlaufzeiten von weniger als einem Jahr handelsbilanziell generell unterbleiben darf, denn dies geschieht nur aus bilanziellen Praktikabilitätsgründen.<sup>363</sup> Da die Gesellschaft das Geld jedoch auch am Kapitalmarkt hätte anlegen können, erfordert die Vollwertigkeit der Forderung eine angemessene Verzinsung.<sup>364</sup>

349 BGH ZIP 2009, 1561, 1563 (Cash Pool II).

350 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13098, S. 56; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 141; ausführlich zu den Voraussetzungen des Rückzahlungsanspruches: Illhardt, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 101 ff.

351 Bormann, GmbHR 2007, 897, 902; Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 782; Herrler, DB 2008, 2347, 2349; Wicke, GmbHG, § 19 Rn 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 115.

352 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 115, dem folgend: KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 142; großzügiger: Schall, ZGR 2009, 126, 141 ff; Blasche, GmbHR 2010, 288, 293; spätere Verschlechterungen des Anspruchs werden von § 27 Abs. 4 nicht erfasst, können aber den Vorstand in Orientierung an BGHZ 179, 71 (MPS) zur Kündigung des Darlehens oder zur Anforderung von Sicherheiten zwingen; Blasche, aaO; zu den Handlungsmöglichkeiten bei Scheitern der Einlageteilung mangels Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruches oder Offenlegung: Herrler, DStR 2011, 2300.

353 Hüffer, Rn 42.

354 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 19 Rn 116.

355 Bormann/Urlubs, GmbHR 2008, Sonderheft MoMiG, S. 37, 43; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 141; aA Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1070.

356 BGH NJW 2010, 1747 (Eurobike).

357 Vgl hierzu Rn 15; BGH NJW 2009, 2375 = ZIP 2009, 713 (Qivive) und BGH NJW 2010, 1747, 1748 (Eurobike).

358 Vgl zur fehlenden Einlagefähigkeit künftiger Forderungen vgl Rn 15.

359 BGH NJW 2010, 1747, 1748 (Eurobike) unter Bestätigung von BGH ZIP 2009, 713 (Qivive).

360 Vgl zur Vorabsprache bezogen auf Neuforderungen Rn 44 unter (1).

361 BGH NJW 2010, 1747, 1749 (Eurobike), vgl hierzu Wachter, NJW 2010, 1715, 1717 f unter Hinweis auf die zusätzlich zu beachtenden Sorgfaltspflichten des Vorstandes und die Regeln über die Nachgründung, die grds. auch für Dienstleistungen gelten.

362 Dagegen (im Rahmen der Kapitalerhaltung): Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289, 1293; dafür: Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1071, Eusani, GmbHR 2009, 795, 796 f; Blasche/König, GmbHR 2009, 897, 899 f; Heckschen, DStR 2009, 166, 173; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 143.

363 Eusani, aaO; Blasche/König, aaO.

364 KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 143; Illhardt, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 109 ff.

Eine Besicherung des Rückgewähranspruches ist dagegen regelmäßig nicht erforderlich; eine Besicherung würde insbesondere einen Cash Pool administrativ verkomplizieren.<sup>365</sup> Im Einzelfall mag aber die Vollwertigkeit der Forderung letztlich nur bei Besicherung gegeben sein.<sup>366</sup>

Die Beweislast für Vollwertigkeit, Fälligkeit und Liquidität des Rückzahlungsanspruches, die in Abs. 4 anders als in Abs. 3 nicht geregelt ist, trägt der Gesellschafter; dies ergibt sich aus der negativen Formulierung des Abs. 4.<sup>367</sup>

Die wirtschaftlich auf Rückzahlung der Einlage gerichtete Leistung an den Inferenten oder die entsprechende Vereinbarung muss schließlich in der Registeranmeldung offengelegt werden, Abs. 4 S. 2, damit die Befreiungswirkung eintritt. Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung, ist aber im Interesse einer vom Registergericht zu überprüfenden Kapitalaufbringung erforderlich.<sup>368</sup> Die Offenlegung muss Art und Höhe der Leistung bzw die entsprechende Vereinbarung sowie Angaben zu Vollwertigkeit und Fälligkeit enthalten,<sup>369</sup> mangels gesetzlicher Anordnung nicht aber zwingend einen Werthaltigkeits- und Liquiditätsnachweis,<sup>370</sup> wenn dies auch in der Praxis tunlich ist.<sup>371</sup>

**4. Rechtsfolgen.** Liegen alle unter Rn 77 ff dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen vor<sup>372</sup>, tritt vollumfänglich Erfüllungswirkung hinsichtlich der Einlageschuld ein und zwar – anders als bei Abs. 3 – bereits mit Anmeldung,<sup>373</sup> dh vor Eintragung der AG in das Handelsregister. Der Sache nach wird die Einlageverpflichtung durch eine vollwertige und liquide schuldrechtliche Forderung substituiert.<sup>374</sup> Auf diese Forderung finden jedoch die Sicherungsbestimmungen der §§ 63 – 66 keine Anwendung.<sup>375</sup>

Im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des Hin- und Herzahlens muss darauf hingewiesen werden, dass bei Vorliegen aller Voraussetzungen zwar die Einlagepflicht des Gesellschafters erfüllt ist; davon unabhängig muß der Vorstand – zwecks Vermeidung einer eigenen Haftung – nach wirtschaftlicher Rückgewähr der Einlage an den Inferenten die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches permanent überprüfen und den Rückgewähranspruch bei erkennbarer Gefährdung der Rückzahlung wegen Verschlechterung der Bonität des Inferenten umgehend fällig stellen.<sup>376</sup>

Fehlt es an nur einer der genannten Tatbestandsvoraussetzungen, tritt keine Befreiungswirkung hinsichtlich der Einlageschuld ein, es gilt das vom BGH zur bisherigen Rechtslage Ausgeführte:<sup>377</sup> Die Einzahlung der Einlage ist eine Nichtleistung; auch eine anteilige Tilgung unterbleibt;<sup>378</sup> die Rückgewähr an den Inferenten begründet weder eine wirksame Darlehensschuld noch einen sonstigen wirksamen Rückgewähranspruch; zahlt der Inferent ein zweites Mal, etwa auf die vermeintliche Darlehensschuld, so erfolgt die Zahlung auf die bisher unerfüllte Einlageschuld.<sup>379</sup> Erforderlich hierfür ist aber, dass sich die spätere Leistung des Infe-

365 Besicherungen sind bei Cash-Pooling-Vereinbarungen unüblich; hierbei werden bestenfalls Sicherheiten zugunsten der finanzierenden Banken, nicht aber zugunsten des Pool-Führers gestellt, vgl nur *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 28.

366 KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 143.

367 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 19 Rn 117; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 781; Köln-Komm-AktG/*Arnold*, Rn 146; aA *Büchel*, GmbHR 2007, 1065, 1067.

368 *Heckschen*, DStR 2009, 166, 173; *Hüffer*, Rn 42; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 143; so auch BGH ZIP 2009, 713, 715 (Qivive) und BGH ZIP 2009, 1561, 1564 (Cash Pool II); OLG Stuttgart ZIP 2011, 1959 auch zur wirksamen Nachholung der Offenlegung bis zur Eintragung; mit Bedenken: *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 19 Rn 123; aA *Winter* in: *Goette/Habersack*, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Kap. 2 Rn 53; *Herrler*, GmbHR 2010, 785, 786 f; *Avvento*, BB 2010, 202, 203; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz*, Rn 248; bei fehlender Offenlegung für Beschränkung auf zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Sanktionen: *Illhardt*, Die Einlagenrückzahlung nach § 27 Abs. 4 AktG, S. 144 ff; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131, 1133; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz*, Rn 248 ff gegen evtl Strafbarkeit: *Altmeyden*, ZIP 2009, 1545, 1548 f.

369 *Wachter*, NotarBZ 2008, 361, 369; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 19, Rn 112; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 143; nach OLG München MittBayNot 2011, 331, kann das Registergericht Nachweise für die Angaben zu Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruches verlangen.

370 AA OLG München, aaO; *Schall*, ZGR 2009, 126, 143; *Wachter*, NotarBZ 2008, 361, 369; aA *Lutter/Hommelhoff/Bayer*,

§ 19, GmbHG, Rn 112; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 143; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2349.

371 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 19, GmbHG, Rn 112; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Bormann*, Hdb GmbHR, 2009, Kap. 4 Rn 63.

372 Keine der genannten Tatbestandsvoraussetzungen darf fehlen, sog. Alles-oder-nichts-Prinzip, vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 19, GmbHG, Rn 124, andernfalls entfällt die Erfüllungswirkung; zur Heilung des Hin- und Herzahlens, z.B. bei fehlender Offenlegung, *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 19 GmbHG, Rn 126 f., *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 19, GmbHG, Rn 248; *Herrler*, DStR 2011, 2300; gegen Heilung: OLG Stuttgart GmbHR 2012, 215 und *Roth/Altmeyden*, § 19, GmbHG, Rn 114.

373 *Pentz*, GmbHR 2009, 505, 511. Zur Relativierung der Vorverlegung des Tilgungszeitpunktes durch Behandeln der Offenlegung als Wirksamkeitserfordernis: *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz*, Rn 259.

374 BGH NJW 2010, 1747, 1749 (Eurobike); kritisch: *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 28; *Hüffer*, Rn 44.

375 *Hüffer*, Rn 44; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 148 mwN; so für die GmbH: *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 23.

376 *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn 28; *König/Bormann*, DNotZ 2008, 652, 662; KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 149.

377 BGH GmbHR 2006, 43, 44; vgl auch Rn 77.

378 KölnKomm-AktG/*Arnold*, Rn 150 mwN; *Herrler*, DB 2008, 2347, 2348.

379 BGH GmbHR 2006, 43, 44; *Hüffer*, Rn 43.

renten objektiv eindeutig der Einlageverbindlichkeit zuordnen lässt.<sup>380</sup> Erfolgt jedoch ein nicht den Kriterien des Abs. 4 entsprechendes Hin- und Herzahlen im Rahmen einer Cash-Pooling-Vereinbarung, tritt Erfüllung der Einlageverbindlichkeit weder durch Liquiditätsrückfluss an die Gesellschaft noch durch spätere Leistungen über den Cash Pool an Gläubiger der Gesellschaft ein, da sich die einzelnen Leistungen im Cash Pool bei Zero-Balancing nicht wie bei Rückzahlung einer vermeintlichen Darlehensschuld zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen lassen.<sup>381</sup>

- 92 **5. Übergangsregelung.** § 20 Abs. 7 EGAktG bestimmt, dass die neu geschaffene Regelung zum Hin- und Herzahlen in § 27 Abs. 4 – ebenso wie die neue Regelung zur verdeckten Sacheinlage in Abs. 3, vgl hierzu Rn 66 ff – auch für Einlageleistungen gilt, die vor dem 1.9.2009 bewirkt worden sind und diese wegen Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr nach der Rechtslage vor dem 1. September 2009 keine Erfüllungswirkung haben. Dies ist nur dann nicht der Fall, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bereits vor dem 1.9.2009 ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist; in diesen Fällen gilt die alte Rechtslage. Zu Einzelheiten vgl Rn 68.
- 93 Die hier vorgesehene unechte Rückwirkung ist verfassungsgemäß (vgl Rn 67 f); da es in Altfällen aber regelmäßig an der Offenlegung des Hin- und Herzahlens bzw der diesem zugrunde liegenden Vereinbarung (vgl Rn 80 f) fehlt, kommt es nach zutr. überwiegender Ansicht<sup>382</sup> auf eine Offenlegung in Altfällen nicht an, um die vom Gesetzgeber erstrebte Rückwirkung nicht zu vereiteln.
- 94 **VII. Änderung und Beseitigung.** Rechtswirksam getroffene Festsetzungen im Sinne von § 27 Abs. 1 können nur nach Maßgabe des § 26 Abs. 4 geändert werden (vgl dazu Kommentierung zu § 26). Eine Beseitigung von Satzungsbestimmungen über die Festsetzung von Sacheinlagen oder Sachübernahmen vollzieht sich nach § 26 Abs. 5 (vgl hierzu Kommentierung zu § 26). Da hier eine Veränderungssperre für die Dauer von 30 Jahren gilt, ist es in der Praxis ratsam, umfangreiche Regelungstexte in einer Anlage zur Satzung niederzulegen, sofern hier nicht zwingend die Satzungsform gemäß § 27 Abs. 1 S. 1 erforderlich ist.<sup>383</sup>

380 BGHZ 165, 113, 117; BGH GmbHR 2006, 477 (Cash Pool I); BGH NZG 2008, 511, 512; BGH GmbHR 2010, 700, 702 (ADCOCOM); KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 151.

381 BGH ZIP 2009, 1561, 1564 (Cash Pool II); KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 151.

382 Altmeyden, ZIP 2009, 1545, 1548; Bormann/Urlichs, GmbHR 2008, Sonderheft MoMiG, S. 37, 44; Wälzholz, MittBayNot

2008, 425, 432; KölnKomm-AktG/Arnold, Rn 152; Heckschen, GWR 2011, 51 unter Hinweis auf das entsprechende Urteil des LG Erfurt DZWIR 2010, 525; für Offenlegung als Vorbedingung der Erfüllungswirkung auch in Altfällen: BGH ZIP 2009, 1561, 1564 (Cash Pool II); OLG Koblenz GmbHR 2011, 579.

383 Hüffer, Rn 46; GroßKomm-AktienR/Röbriecht, Rn 136.