

Schriften zum Gesellschafts-, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht

Herausgegeben von Joachim Hennrichs

Ulrike Petig

Verdeckte Sacheinlagen im GmbH- und Aktienrecht

Die Veränderungen
durch MoMiG und ARUG

SGBU 8



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

Die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen zählen zu den am meisten diskutierten Rechtsfragen der letzten Jahre im Kapitalgesellschaftsrecht. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es durch die beiden großen Gesetzgebungsverfahren MoMiG¹ und ARUG² erstmals zu einer Kodifikation des durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage gekommen ist und sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden hat, die zu nicht bloß unerheblichen Änderungen in der Handhabung dieses Rechtsinstituts führen muss(te). Auch die Rechtsprechung hatte sich mit diesem Sachkomplex auseinander zu setzen.³ Dass gleich vier⁴ der ergangenen Entscheidungen Aufnahme in die amtliche Entscheidungssammlung des BGH gefunden haben, zeigt deren Bedeutung für Praxis und Wissenschaft.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs¹¹ war dieser Vorgang nicht geeignet, die Einlagepflicht des Gesellschafters zu erfüllen. Vielmehr bestand diese – unabhängig vom Wert des eingebrachten Vermögensgegenstandes – in voller Höhe fort. Auf das zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getätigte Rechtsgeschäft wurde § 27 Abs. 3 S. 1 AktG a.F. (analog¹²) angewendet. Sie waren unwirksam, so dass der Gesellschaft hinsichtlich des an den Gesellschafter gezahlten Geldes und dem Gesellschafter hinsichtlich des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstandes Rückabwicklungsansprüche zustanden. Diese – zumindest auf den ersten Blick – konsequent¹³ erscheinende Rechtsfolge erlangte ihre Dramatik dadurch, dass verdeckte Sacheinlagen regelmäßig erst in der Insolvenz der Gesellschaft vom Insolvenzverwalter aufgedeckt wurden. Diesen freute es, die Insolvenzmasse durch Einforderung der vereinbarten Bareinlage mehren zu können. Der Gesellschafter war hingegen oftmals überrascht und erlebte die „katastrophale“ Konsequenz: Stand ihm gegen die Gesellschaft ein Anspruch aus § 985 BGB zu, konnte er den verdeckt eingelegten Vermögensgegenstand mittels Aussonderungsrecht gem. § 47 S. 1 InsO zurückfordern und musste „nur“ den inzwischen eingetretenen Wertverlust tragen; stand ihm ein solcher Anspruch – wie dies regelmäßig der Fall war – nicht (mehr) zu, musste er mit ansehen, dass sein Bereicherungsanspruch regelmäßig zur wertlosen Insolvenzforderung wurde. Er erlangte von der Gesellschaft nahezu nichts zurück, musste aber die Einlagepflicht voll erfüllen. War der verdeckt eingelegte Gegenstand werthaltig, leistete der Gesellschafter wirtschaftlich betrachtet doppelt.

Diese „katastrophale“¹⁴ Rechtsfolge hinnehmend, unterstützten Lehre und Literatur den BGH lange Zeit. Ende der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts wurde erstmals Kritik¹⁵ an dieser Rechtsprechung geäußert. Diese Kritik fand in der Folgezeit immer mehr Zuspruch.¹⁶ Dem BGH wurde vorgeworfen,

-
- 10 St. Rspr., zuletzt: BGH, Urt. v. 22.03.2010 – II ZR 12/08 (ADCOCOM) = NJW 2010, 1948 ff.; BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 = WM 2009, 1574 (Cash-Pool II); BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 = BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713; BGH, Urt. v. 20.11.2006 – II ZR 176/05 = BGHZ 170, 47 = BB 2007, 458 (459); BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 (1753); BGH, Urt. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06 = NZG 2008, 311 f.; BGH, Urt. v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 = NZG 2008, 425 (426).
 - 11 Bis zum MoMiG sowie ARUG.
 - 12 Die Vorschrift des § 27 Abs. 3 S. 1 AktG a.F. wurde auf die GmbH analog angewendet, BGH, Urt. v. 7.7.2003 – II ZR 235/01 = BGHZ 155, 329 = NJW 2003, 3127.
 - 13 *Dauner-Lieb*, AG 2009, 217 (219).
 - 14 *Lutter*, in: FS Stiefel, S. 505 (S. 517).
 - 15 *Bergmann*, AG 1987, 57 ff.; *Loos*, AG 1989, 381; *Meilicke*, Die verschleierte Sacheinlage; ders., DB 1989, 1067 ff.; ders., DB 1989, 1119 ff.; ders., GmbHR 1989, 411 ff.; *Roth*, NJW 1991, 1913; *Wilhelm*, ZHR 152 (1988), 333.
 - 16 *Brandner*, in: FS Boujong, S. 37 (38); *Einsele*, NJW 1996, 2681 (2688), *Gesell*, BB 2007, 2241 (2245); *Grünwald*, *GesellR*, 6. Aufl., S. 241; dies., in: FS Rowedder, S. 111 (114 ff.); dies., WM 2006, 2333 (2335 f.); *Heidenhain*, GmbHR 2006, 455; *Karsten*, GmbHR 2006, 57 (61);

seine Rechtsprechung belaste die Gesellschafter über die Maßen und schränke die Gesellschaft in ihrer Handlungsfreiheit nicht nur unerheblich ein. Kritisiert wurde insbesondere, dass der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes im Rahmen der Rechtsfolge völlig ohne Beachtung blieb. Der BGH zeigte sich jedoch unbeeindruckt von dieser Kritik.

Die Dramatik der Rechtsfolgen soll durch einen Fall aus der jüngsten Vergangenheit vor der Gesetzesänderung, der an der Angemessenheit der Rechtsfolgen durchaus zweifeln lässt, verdeutlicht werden: In der Entscheidung *Lurgi*¹⁷ ging es um die Rechtsvorgängerin der Beklagten, eine GmbH, die im Rahmen einer Barkapitalerhöhung ein Jahr nach deren Gründung Anteile an einer AG erworben hatte. Die Einlageschuld betrug 30.000 DM nebst Agio in Höhe von 2 Mio. DM. In unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang verpflichtete sich die Erwerberin zur Herstellung einer Industrieanlage für den Preis von 292,2 Mio. DM für die AG. In der Folgezeit stellte sich jedoch heraus, dass es der AG nicht möglich war, die Anlage wirtschaftlich zu betreiben. Über das Vermögen der AG musste das Insolvenzverfahren eröffnet werden. Der Insolvenzverwalter klagte nunmehr auf Rückzahlung des geleisteten Werklohns aus § 62 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 S. 2 AktG, mit der Begründung, dass der Werkvertrag ein unwirksames Nachgründungsgeschäft gewesen sei. Der BGH sah hier eine verdeckte gemischte Sacheinlage¹⁸ mit der Folge, dass die Bareinlageverpflichtung mangels befreiender Zahlung noch fortbestand und das gem. § 183 Abs. 2 S. 1 AktG unwirksame Verkehrsgeschäft rückabzuwickeln war.

Besonders hart traf die Beklagte hier nicht die noch offene Einlageforderung in Höhe von 30.000 DM, sondern vielmehr die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Austauschgeschäftes, welches ein Auftragsvolumen von 292,2 Mio. DM hatte. Hätte sich die Beklagte nicht an der Gesellschaft beteiligt, wäre das für die AG im Ergebnis ungünstige Rechtsgeschäft für die Beklagte ohne Konsequenzen geblieben. Allein die Beteiligung mit einer Einlageschuld von 30.000 DM setzte sie dem Risiko der verdeckten Sacheinlage aus und führte zu einer Rückabwicklung eines Rechtsgeschäfts über 292,2 Mio. DM. Dass der für die Errichtung der Anlage vereinbarte Preis bzw. deren Wert die übernommene Einlageverpflichtung nebst Agio um ein Vielfaches überstieg, führt nach Ansicht des BGH zu keiner anderen Beurteilung des Falles.¹⁹

Krieger, ZGR 1996, 674 (691); Maier-Reimer, ZIP 2008, 1449; Seibert, ZIP 2006, 1157 (1168); Triebel/Otte, ZIP 2006, 1321 (1323); DAV, WiB 1996, 707 ff.; K. Schmidt, in: Blaurock, Recht der Unternehmen in Europa, 1993, S. 103 (S. 116 ff.).

17 Vereinfachte Darstellung des Sachverhalts der Entscheidung BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 ff. Vgl. auch die Kritik aus der Literatur: Martens, AG 2007, 732 ff.; Kersting, in: VGR Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008, S. 101 (S. 125).

18 Zur Rechtslage nach neuem Recht: BGH, Urt. v. 22.03.2010 – II ZR 12/08 (ADCOCOM) = NJW 2010, 1948 ff.

19 BGH, Urt. v. 9.7.2007 – II ZR 62/06 = BGHZ 173, 145 = ZIP 2007, 1751 (1753).

Der Gesetzgeber erhörte die Kritiker inzwischen und setzte sich im Rahmen der Reform des GmbH-Gesetzes²⁰ erstmals mit den Vorschlägen der Literatur auseinander. Letztlich entschied er sich für das sog. Anrechnungsmodell. Die Vorschrift des § 19 Abs. 4 GmbHG n.F.²¹ sieht nunmehr vor, dass die Einlagepflicht im Falle einer verdeckten Sacheinlage fortbesteht, dem Gesellschafter jedoch – nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister – der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes auf diese angerechnet wird. Auch wenn dieses Modell dogmatischen Diskussionsbedarf beinhaltet, stellt es im Ergebnis eine sachgerechte Antwort auf das „*Umwegungsgeschick einiger Gesellschafter*“ dar, da es den vom Gesellschafter in die Gesellschaft eingebrachten Wert berücksichtigt. Nachdem sich aufgrund einer Nichtanpassung des AktG im Bereich verdeckter Sacheinlagen durch das MoMiG zunächst die Frage stellte, ob die Veränderung des GmbH-Gesetzes auch Auswirkungen auf aktienrechtliche Fallgestaltungen haben müsse, änderte der Gesetzgeber im Zuge des ARUG²² nunmehr auch das Aktiengesetz. Die Neufassung des § 27 Abs. 3 AktG folgt ebenso wie § 19 Abs. 4 GmbHG der Anrechnungslösung.

Zu ersten Aussagen des BGH zu der Kodifikation durch das GmbHG ist es durch die Entscheidungen Qivive²³ und Cash-Pool-II²⁴ gekommen. In letzterer hat sich der BGH mit den Rechtsinstituten der verdeckten Sacheinlage sowie des Hin- und Herzahlens sowie dem Verhältnis dieser beiden Rechtsinstitute zueinander auseinandergesetzt. Die Anwendung der gesetzlichen Neuregelung durch die Rechtsprechung führt zu der sich bereits während des Gesetzgebungsverfahrens abzeichnenden Frage nach der Stimmigkeit der Neuregelung sowie der Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute voneinander sowie einer sachgerechten Abgrenzung der Kapitalaufbringung von der Kapitalerhaltung. Im Rahmen dieser Arbeit wird der Frage nachzugehen sein, ob – de lege ferenda – der Kapitalschutz im Bereich der Gesellschaftergeschäfte noch weitergehend vereinfacht werden könnte, ohne dass hierdurch der Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger eingeschränkt würde.

20 Vgl. hierzu: RefE des Bundesjustizministeriums vom 29. Mai 2006; Bundesrat, BR-Drs. 354/07; RegE vom 23. Mai 2007, BT-Drs. 16/6140; Bundesrat, Br-Drs. 615/08; BGBl. I 2008, S. 2026.

21 In der seit dem 1.11.2008 gültigen Fassung.

22 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie: RefE vom 6. Mai 2008; RegE vom 5. November 2008, BR-Drs. 847/08.

23 BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 120/07 = BB 2009, 729 (Qivive).

24 BGH, Urt. v. 20.7.2009 – II ZR 273/07 = WM 2009, 1574 (Cash-Pool II).

Gang der Darstellung

Die Arbeit wird zunächst die Grundstrukturen der Finanzverfassung der Aktiengesellschaft erläutern, sodann die Problematik der verdeckten Sacheinlage darstellen. Diese Arbeit analysiert die Neuregelungen und setzt sich mit einem Teil der sich nunmehr stellenden Fragen auseinander. Hierbei wird insbesondere das Rechtsinstitut der verdeckten Sacheinlage in das Kapitalschutzsystem eingeordnet und zu verwandten Rechtsinstituten abgegrenzt. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob durch die Kodifikation des Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage und der damit einhergehenden Neubestimmung deren Rechtsfolgen eine sachgerechte sowie dogmatisch stimmige Lösung gefunden wurde. Die Regelungen sollen auf ihre Praxistauglichkeit überprüft werden. Im Rahmen der Veränderung des AktG soll es primär darum gehen, ob § 27 Abs. 3 AktG n.F. zum einen mit den Vorgaben der 2. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie²⁵ zu vereinbaren ist und zum anderen, ob sich die Regelung stimmig in das sonstige Konzept der aktienrechtlichen Regelungen einfügt.

Hauptteil und Schwerpunkt der Arbeit soll schließlich sein, ob die vom Gesetzgeber in § 19 Abs. 4 GmbHG sowie § 27 Abs. 3 AktG getroffene Regelung zu befürworten ist und an welchen Stellen noch Diskussionsbedarf besteht. Ferner ist der Frage nachzugehen, wie die Regelungen von anderen Regelungen und Rechtsinstituten abzugrenzen ist. Hier soll jedoch nicht stehengeblieben werden. Vielmehr ist zu untersuchen, ob eine noch über die bereits jetzt vom Gesetzgeber vorgenommenen hinausgehende Vereinfachung so genannter Gesellschaftergeschäfte *de lege ferenda* zulässig und sinnvoll wäre.

25 RL 77/91/EWG vom 13.12.1976 Richtlinie zur Koordinierung der Schutzbestimmungen im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie der Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31.1.1977 Nr. L 26/1, so genannte Kapitalrichtlinie (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm).