

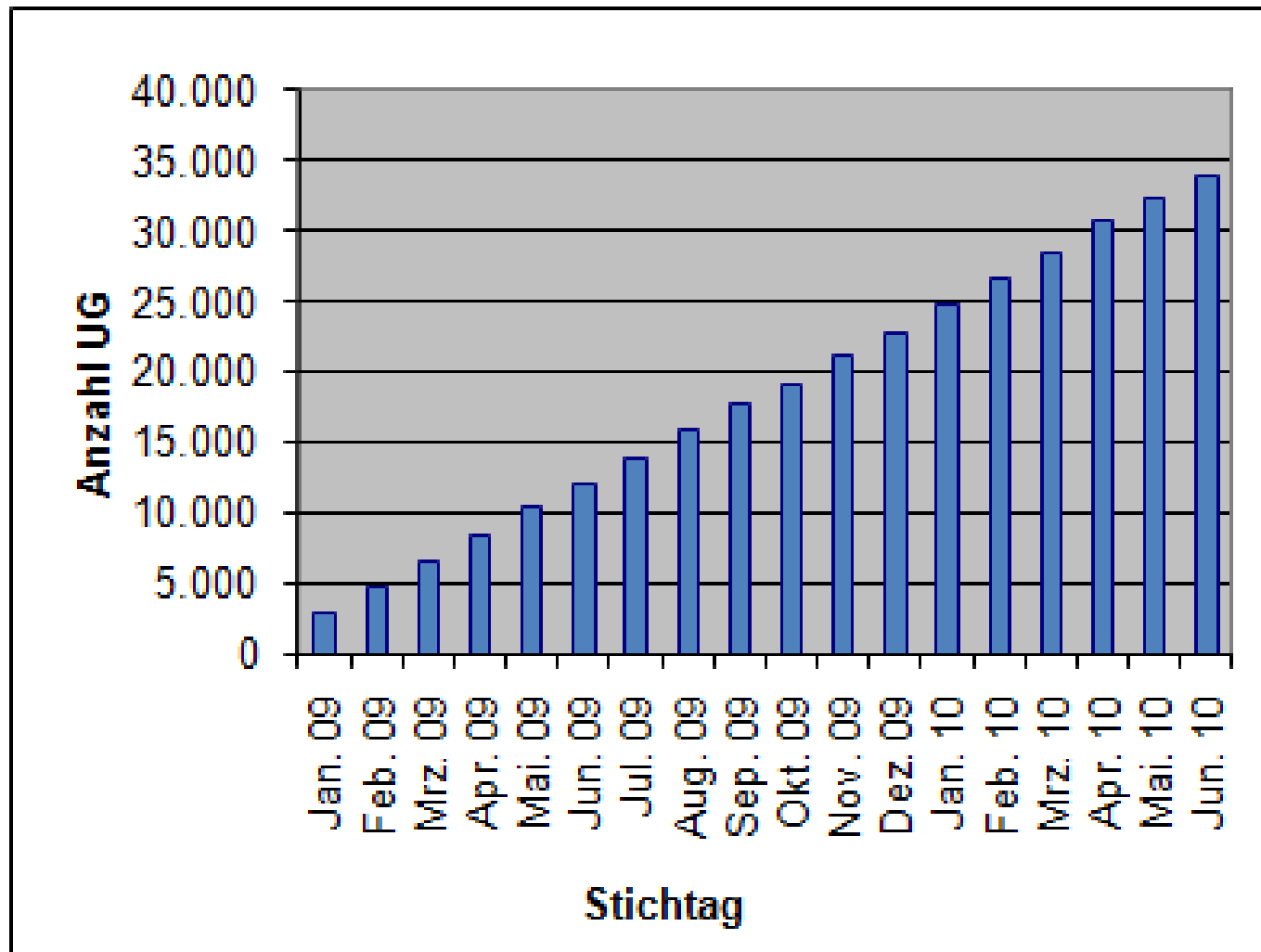
20 Monate MoMiG

Erste Praktische Erfahrungen

Prof. Dr. Florian Jacoby
Bielefeld, 1. Juli 2010

- Modernisierung
 - Gründungserleichterungen durch Musterprotokoll
 - Einführung der UG (haftungsbeschränkt)
 - Stärkung der Gesellschafterliste
 - Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen
 - Erleichterungen bei Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung,
 - Neuregelung der Gesellschafterhilfen
 - Einführung einer rechtsformunabhängigen Insolvenzantragspflicht
- Missbrauchsbekämpfung

UG (haftungsbeschränkt): Statistik (§ 5a GmbHG)



Quelle: Forschungsprojekt UG (haftungsbeschränkt)
Prof. Dr. Walter Bayer, Universität Jena

Gründung im vereinfachten Verfahren (§ 2 Abs. 1a GmbHG)

Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in der Anlage bestimmte Musterprotokoll zu verwenden.

Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste. Im Übrigen finden auf das Musterprotokoll die Vorschriften dieses Gesetzes über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung.

„Ist im Rahmen der Modernisierung des GmbH-Rechts davon auszugehen, dass bei fehlerhaftem Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1a GmbHG eine "normale GmbH-Gründung" vorliegt, fehlt die erforderliche satzungsmäßige Grundlage für die Befreiung des Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB.“

Indessen Bork/Schäfer-Jacoby, § 35 Rz. 37/38:

Befreiung von § 181 bedarf nur in der Einpersonen-, nicht in der Mehrpersonen-GmbH einer Ermächtigung in der Satzung (str.).

- BGHZ 179, 71 = ZIP 2009, 70 (MPS)
- BGHZ 179, 249 = ZIP 2009, 615 (Gut Buschow)
- BGHZ 180, 38 = ZIP 2009, 713 (Quivive)
- BGHZ 182, 103 = ZIP 2009, 1561 (Cash-Pool II)
- BGH ZIP 2010, 423 (EUROBIKE)
- BGH ZIP 2010, 978 (ADCOCOM)

I. Überblick MoMiG

II. Neuregelung der Gesellschafterhilfen

- Nachrang
- Anfechtungstatbestand
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

III. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

- Kapitalerhaltung
- Verdeckte Sacheinlage
- Hin- und Herzahlen

- **Inhalt:** Umqualifizierung der in Form von Fremdkapital erbrachten Gesellschafterleistung (Finanzierungshilfe) in haftendes Kapital („funktionales Eigenkapital“)
- **Voraussetzung:** Leistung erbracht im Zeitpunkt der „**Krise**“ (Verstoß gegen Finanzierungsfolgenverantwortung)
- **Rechtsgrundlagen:**
 - Rechtsprechungs-Grundsätze (§§ 30 f. GmbHG analog)
 - Novellenregeln (§§ 32 a, 32 b GmbHG, 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO)

- Abschaffung des Kapitalersatzrechts,
- Nachrang von Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO),
- Anfechtbarkeit der Deckung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 InsO),
- Spezialregelung für durch Gesellschafter besicherte Darlehen (§§ 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO),
- Spezialregelung der Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO).

- **Rechtsformübergreifende** Anknüpfung (InsO statt GmbHG).
- **Starre Fristen** statt Anknüpfung an „Krise“:
 - Lang bei plötzlichem Niedergang (nach Gesellschafterwechsel),
 - Kurz bei später Antragsstellung.
- **Insolvenzrechtliche** Anknüpfung statt präventivem Ausschüttungsverbot.
- **Konzentration** auf betroffenen Gesellschafter statt Verantwortlichkeit von Mitgesellschaftern (§ 31 Abs. 3 GmbHG) und Geschäftsführern (§ 43 Abs. 3 GmbHG).

Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts

- Rechtsprechungsregeln:
 - Sperre durch **§ 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG**: Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen verstößt nicht gegen Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG.
- Novellenregeln
 - Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG,
 - Streichung des Begriffs Kapitalersatz in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO.

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO:

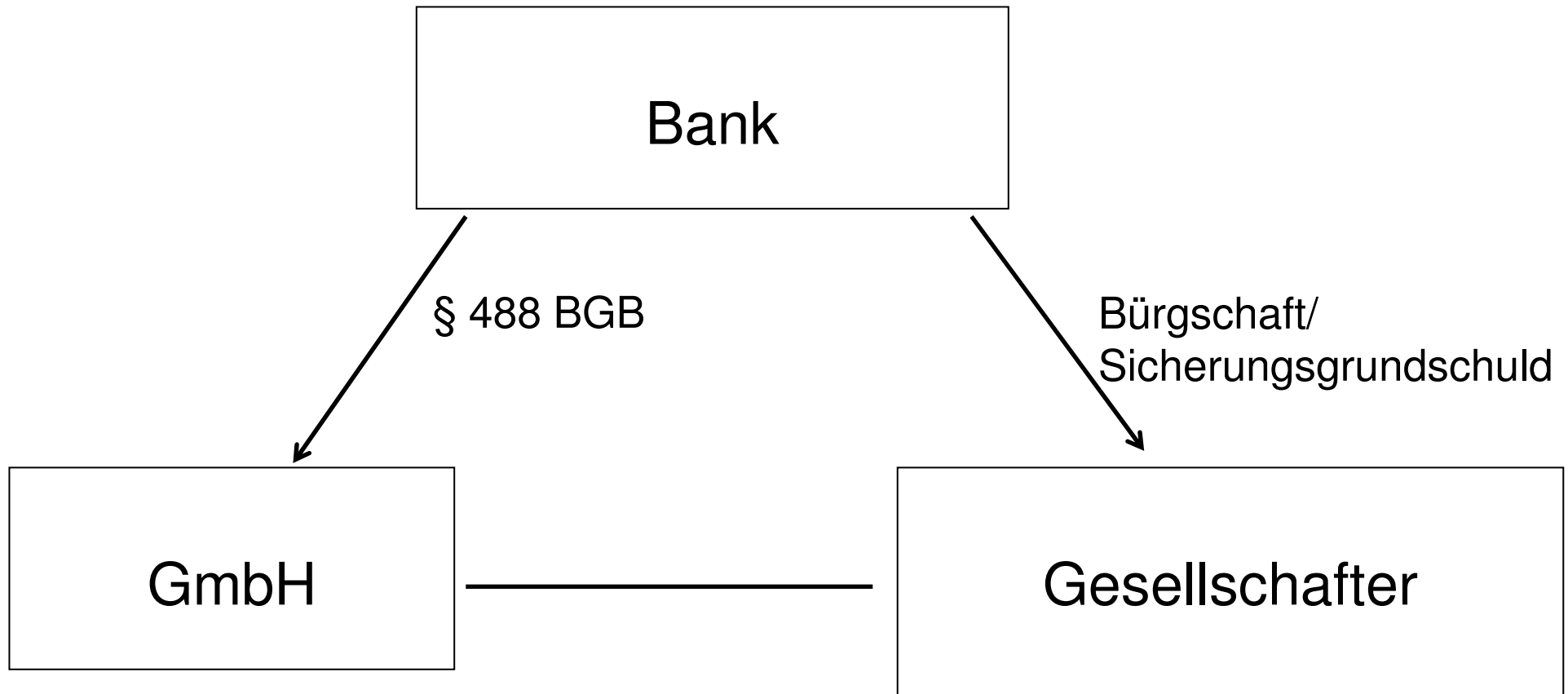
- Voraussetzungen:
 - Erfasste Gesellschaften (§ 39 Abs. 4 S. 1 InsO):
Gesellschaften ohne natürliche Person als Vollhafter,
 - Darlehen eines Gesellschafters oder gleichgestellte Hilfen,
 - Kein Ausnahmetatbestand (Abs. 4 S. 2 u. Abs. 5).
- Folgen:
 - Nachrangige Insolvenzforderung,
 - Aber: Berücksichtigung im Überschuldungsstatus (§ 19 Abs. 2 S. 2 InsO), wenn kein qual. Rangrücktritt.

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung

1. **Sicherung** gewährt hat, wenn die Handlung **in den letzten zehn Jahren** vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist, oder

2. **Befriedigung** gewährt hat, wenn die Handlung **im letzten Jahr** vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

- Befriedigung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO):
 - „Darlehen eines Gesellschafters“ (§ 39 Abs. 1 Nr. 5),
 - Befriedigung im Jahr vor Antragstellung,
 - Ausnahme (str.): Bargeschäft (§ 142 BGB).
- Sicherung (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO):
 - „Darlehen eines Gesellschafters“ (§ 39 Abs. 1 Nr. 5),
 - Sicherung in den letzten zehn Jahren vor Antragstellung,
 - Ausnahme (str.): Bargeschäft (§ 142 BGB).



- Grundtatbestand (§ 135 Abs. 2 InsO)
- Rechtsfolge für den Gesellschafter (§ 143 Abs. 3 InsO)
- Rechtsfolge für den Dritten (§ 44a InsO)
- Sonderfall Doppelsicherheit: Sicherheitenkonkurrenz von Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheit

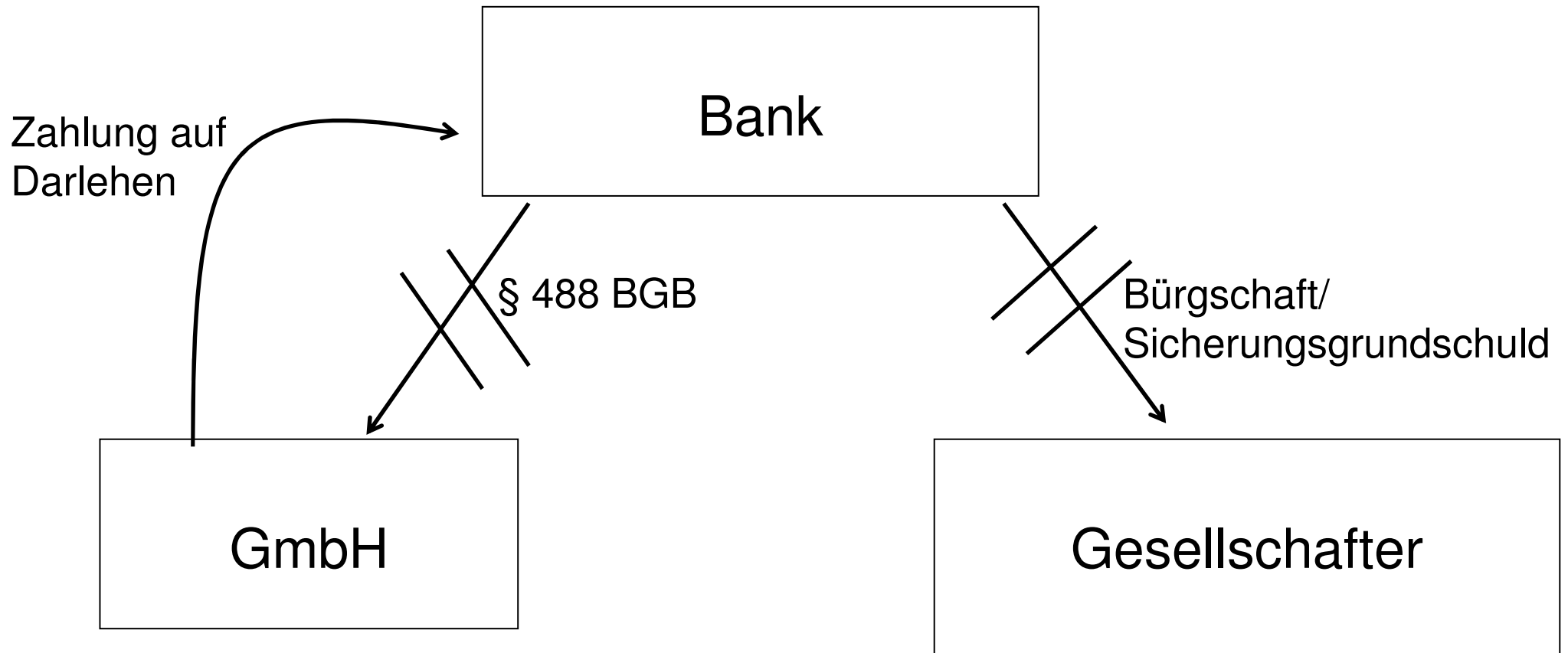
- § 135 Abs. 2 InsO:

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in Absatz 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

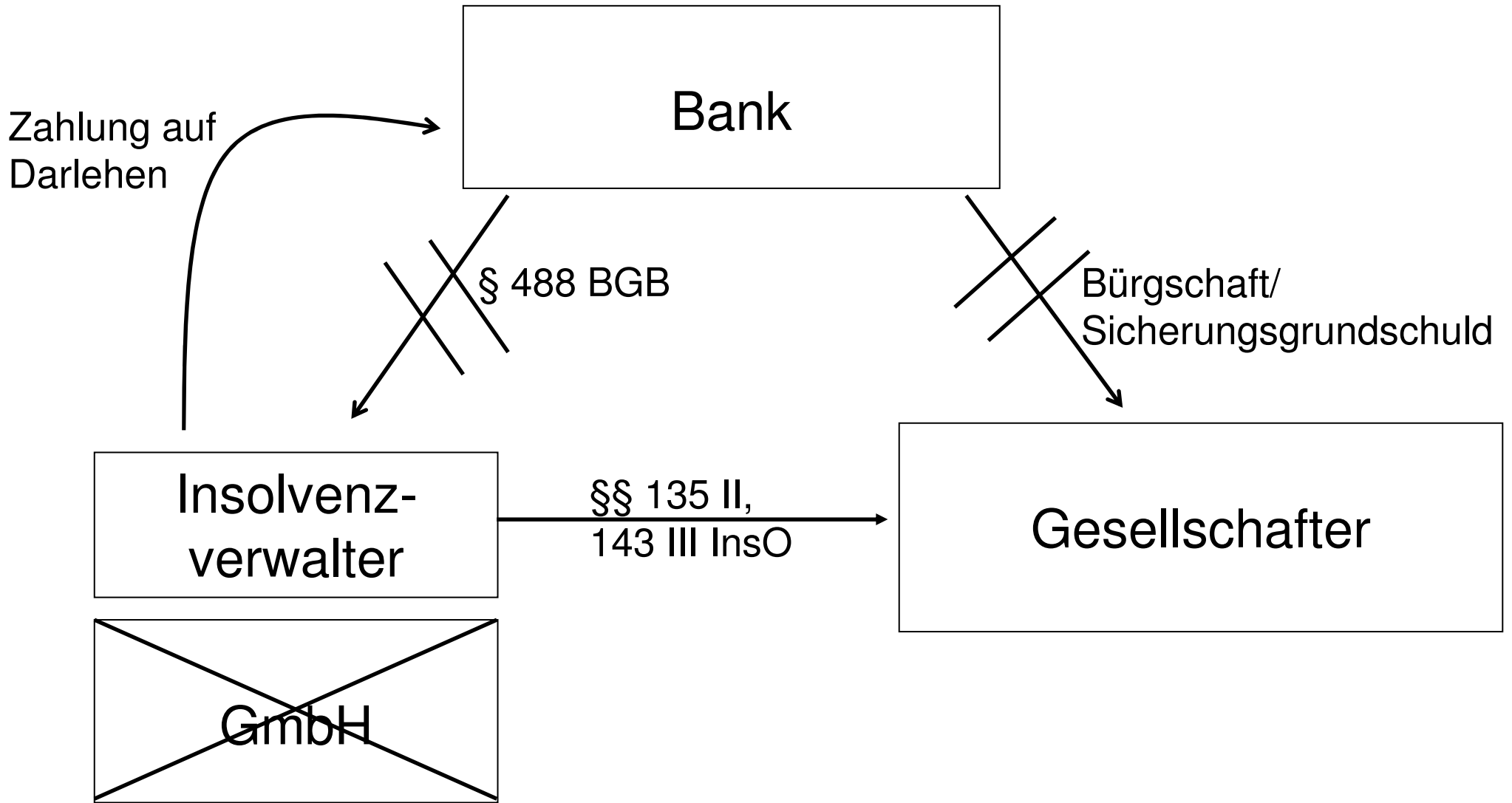
- § 143 Abs. 3 InsO:

Im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse zu erstatten. Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt.

Anfechtung der Darlehensrückführung

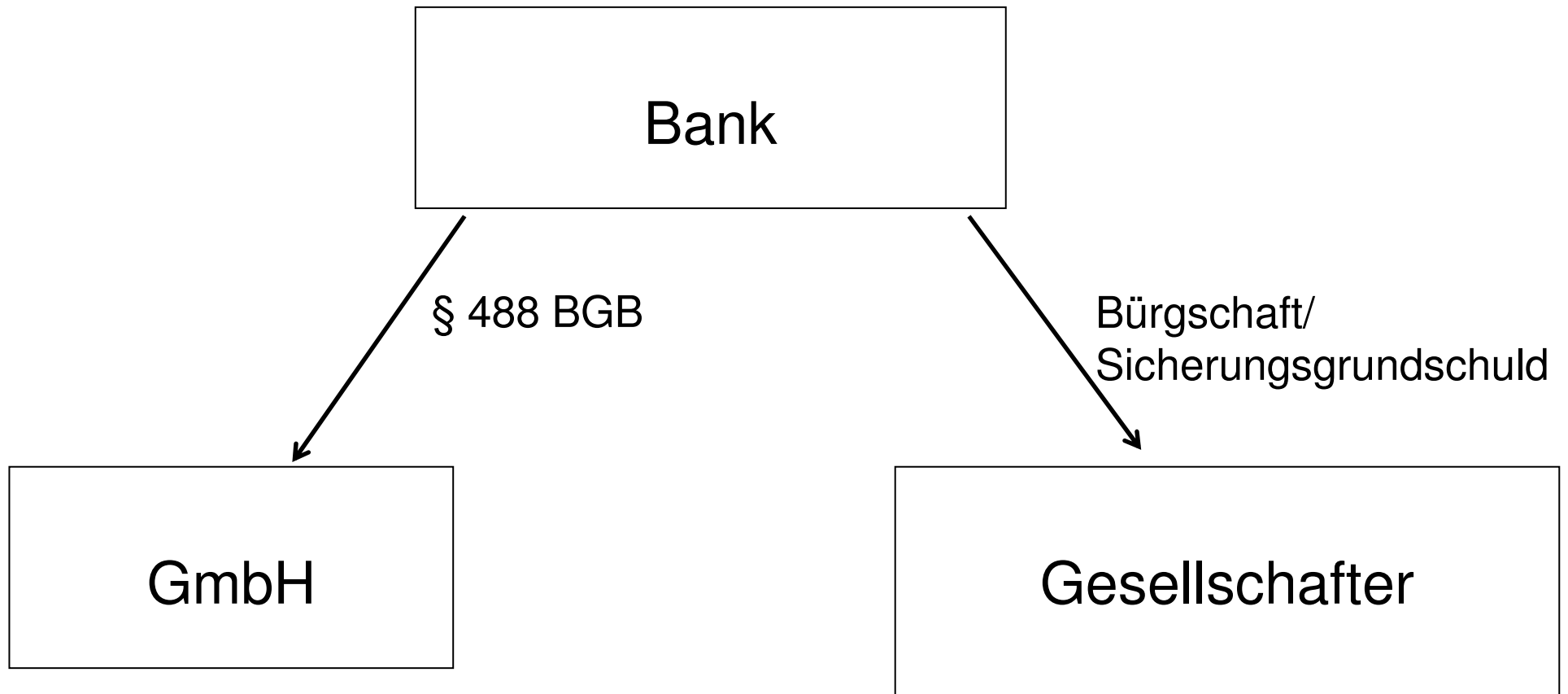


Anfechtung der Darlehensrückführung

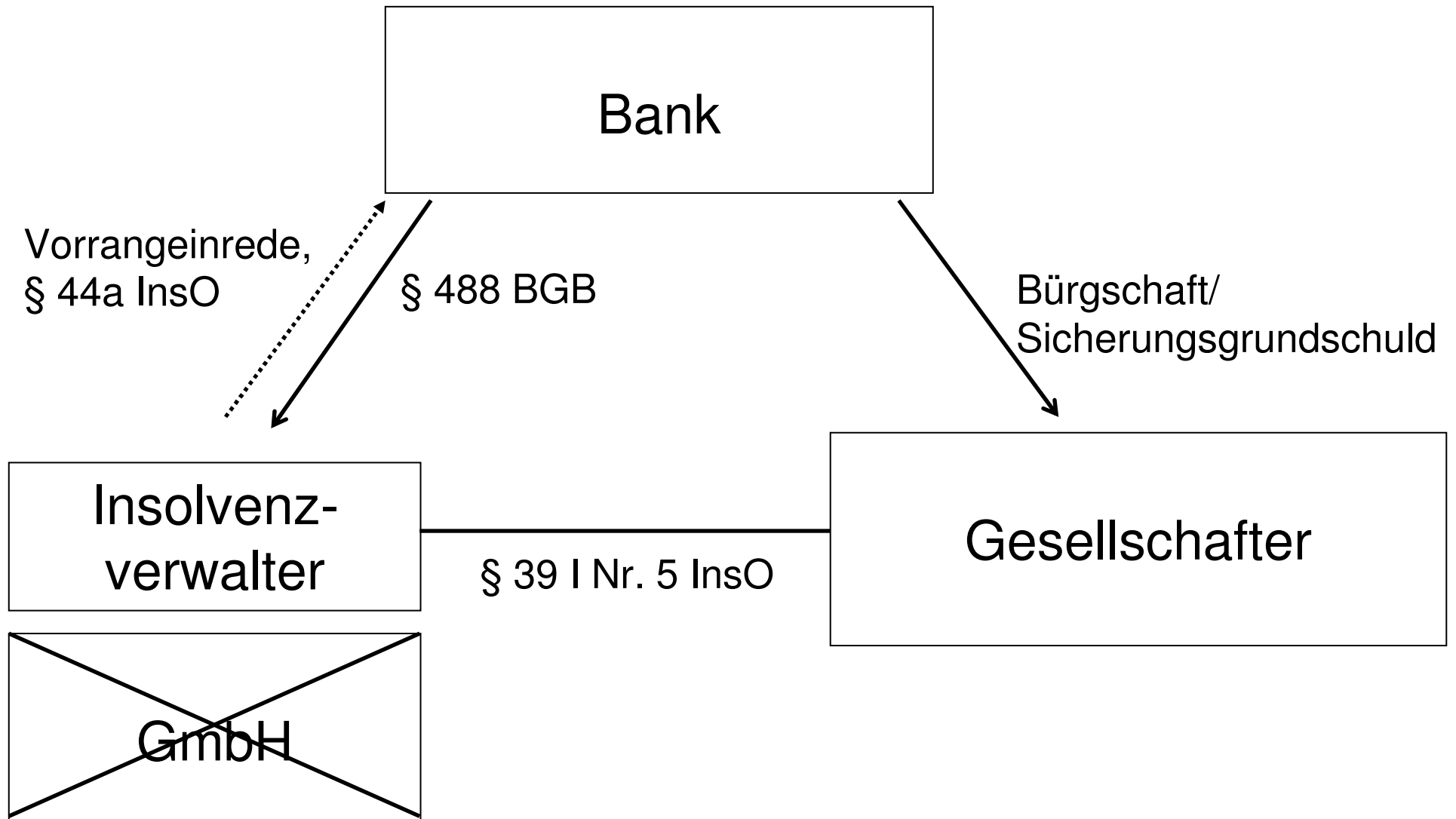


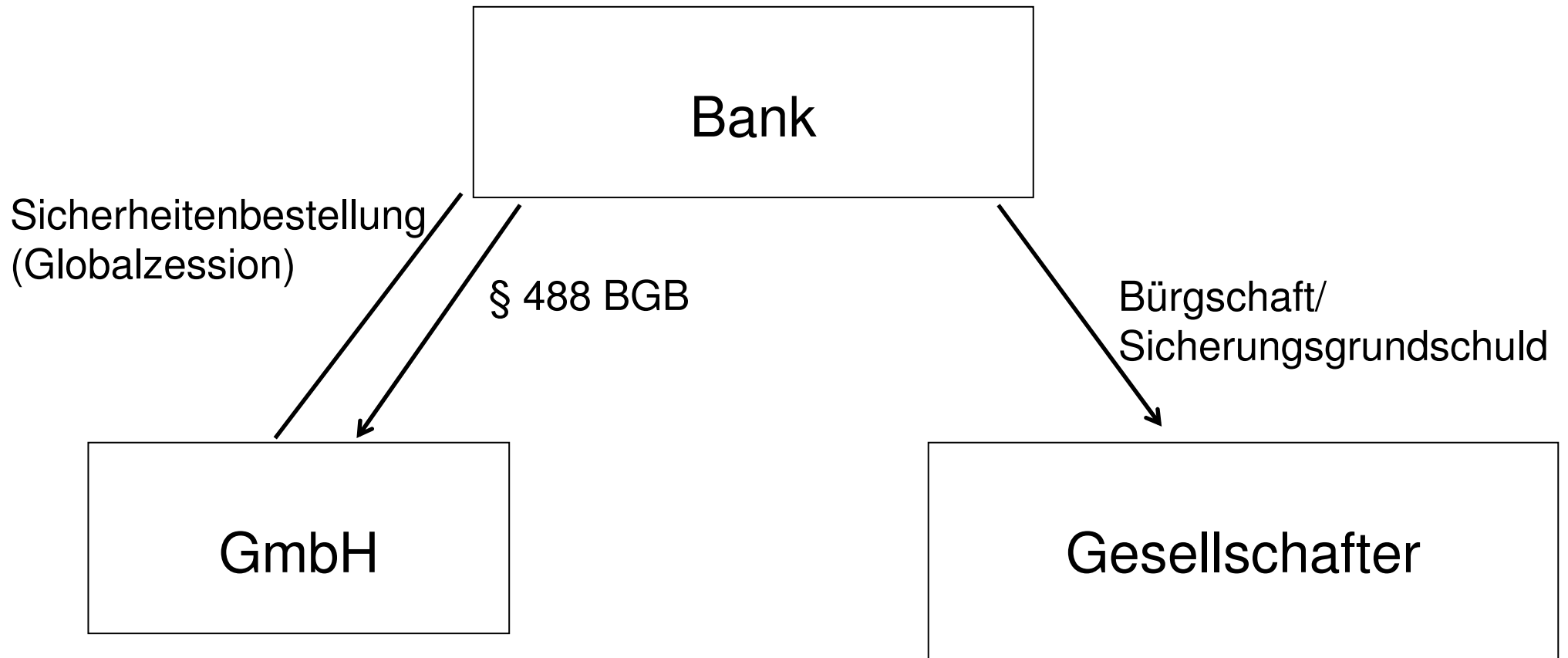
In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft kann ein Gläubiger nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder für die er sich verbürgt hat, nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, **soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist.**

Vorrangeinrede, § 44a InsO

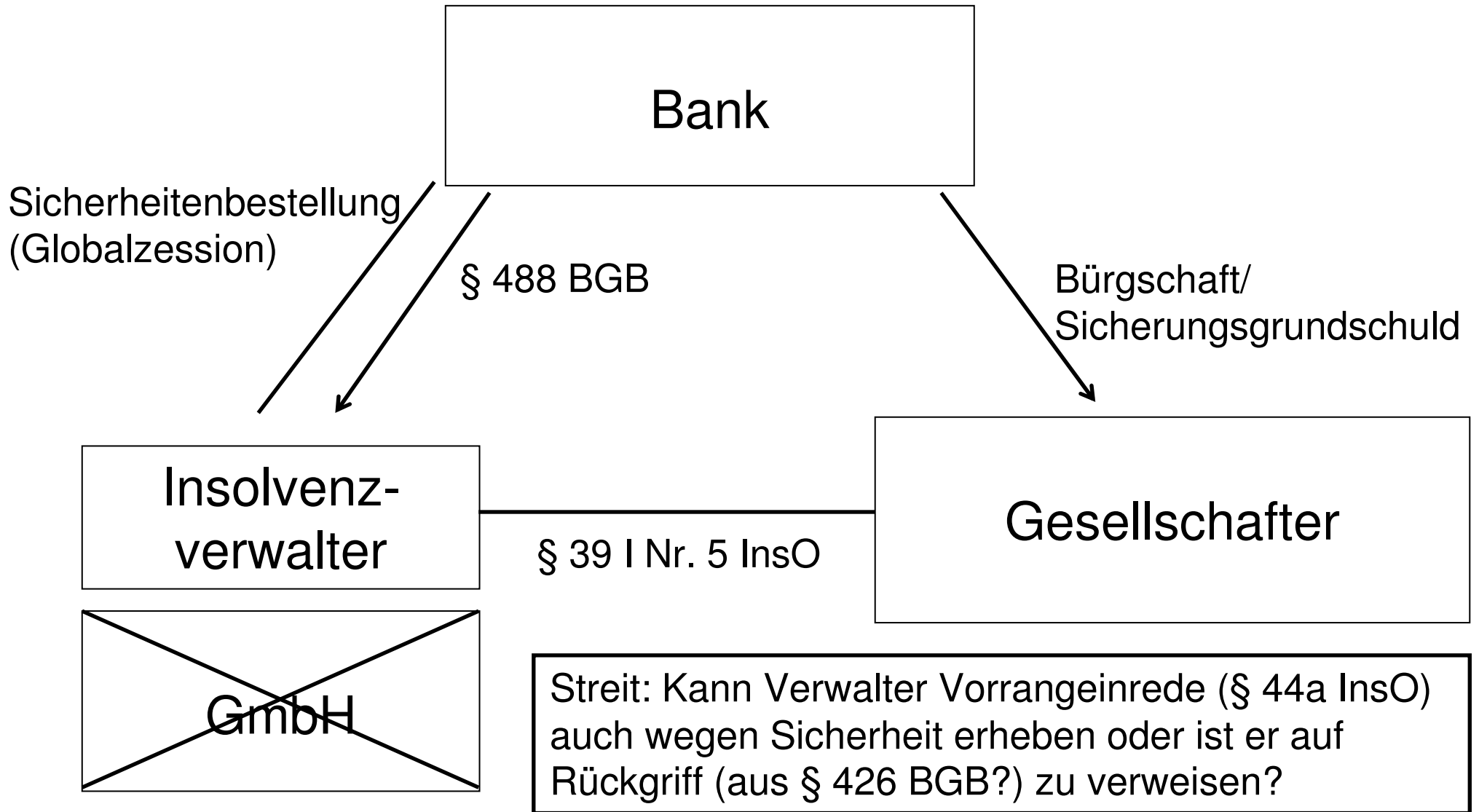


Vorrangeinrede, § 44a InsO





Sicherheitenkonkurrenz



Gebrauchsüberlassung

§ 135 Abs. 3 InsO

- Beschränkung des Aussonderungsrechts
 - begrenzt auf 1 Jahr ab Eröffnung
 - nur bei erheblicher Bedeutung für die Betriebsfortführung
- Ausgleichszahlung
- Offene Fragen
 - Verhältnis zu §§ 108 ff. InsO
 - Anfechtbarkeit vorzeitiger Rückgabe
 - Anfechtbare Zahlungen bei der Berechnung der Ausgleichszahlung
 - Zwangsverwaltung/Doppelinsolvenz

Übergangsrecht Gesellschafterhilfen

Art. 103d EGlInsO

- Auf Insolvenzverfahren, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) am 1. November 2008 eröffnet worden sind, sind die bis dahin geltenden **gesetzlichen Vorschriften** weiter anzuwenden.
- Im Rahmen von nach dem 1. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren sind auf vor dem 1. November 2008 vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden **Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung** von Rechtshandlungen anzuwenden, soweit die Rechtshandlungen nach dem bisherigen Recht der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfang unterworfen sind.

Das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt der Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) und der Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbH a.F. analog) findet gemäß der Überleitungsnorm des Art. 103d EGVinsO wie nach allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts auf "Altfälle", in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) eröffnet worden ist, als zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes des Schuldverhältnisses geltendes "altes" Gesetzesrecht weiterhin Anwendung.

I. Überblick MoMiG

II. Neuregelung der Gesellschafterhilfen

- Nachrang
- Anfechtungstatbestand
- Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

III. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

- **Kapitalerhaltung**
- **Verdeckte Sacheinlage**
- **Hin- und Herzahlen**

- § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG:
Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden.
- § 31 Abs. 1 GmbH:
Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.

- Unterbilanz
 - Nettovermögen
(Bilanzielles Aktivvermögen minus „echten Passiva“
[Verbindlichkeiten und Rückstellungen])
wiegt
 - Stammkapitalziffer
nicht auf.
- Auszahlung

Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, sind **auch dann** grundsätzlich **als verbotene Auszahlung** von Gesellschaftsvermögen **zu bewerten, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.**

(sog. November-Entscheidung)

- Wie ist das Auszahlungsverbot der §§ 30 Abs. 1 GmbHG, 57 AktG zu verstehen?
 - Welche Grenzen gelten für die bilanzielle Betrachtungsweise?
 - Darlehen an Gesellschafter (Mutter),
 - Besicherungen von Gesellschafterverbindlichkeiten,
 - Behandlung stiller Reserven.
 - Gelten Sonderregeln für den Cash Pool?
 - Gelten Sonderregeln für den Vertragskonzern?
- Daneben Grundlagendiskussion: Ist am System eines durch Ausschüttungssperren geschützten festen Kapitals festzuhalten (Alternative: solvency test)?

Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. **Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die** bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder **durch einen vollwertigen** Gegenleistungs- oder **Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind.** *Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen .*

- Qualifizierung des § 30 Abs. 1 GmbHG:
 - **Bilanzielle Ausschüttungssperre**,
 - Kein gegenständlicher Schutz.
- Befreiung vom Verbot für
 - Partner eines Vertragskonzerns,
 - Bei Deckung durch vollwertigen Gegenleistungsanspruch, wofür es auf den Markt-, nicht den Abschreibungswert ankommt,
 - Bei Deckung durch vollwertigen Rückzahlungsanspruch, woran es bei mit geringen Mitteln ausgestatteter Erwerbsgesellschaft fehlen soll.
- Parallelregelung: § 57 Abs. 1 S. 3 AktG

Wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist [...] liegt [...] kein Verstoß gegen § 57 AktG vor, wie dessen Abs. 1 Satz 3 in der Fassung vom 23. Oktober 2008 klarstellt. An der gegenteiligen Auffassung im Senatsurteil vom 24. November 2003 (BGH, 24. November 2003, II ZR 171/01, BGHZ 157, 72 zu § 30 GmbHG) wird **auch für Altfälle nicht festgehalten.**

Verdeckte Sacheinlage Tatbestand

- § 19 Abs 4 Satz 1 GmbHG: Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage)
- Zerlegt:
 - Bareinlage (vereinbart und formell erbracht)
 - Bei wirtschaftlicher Betrachtung Sacheinlage, da abredegemäß
 - Inferent anderen (sacheinlagefähigen) Gegenstand leistet
 - Bar gezahlter Betrag an Inferenten zurückfließt (als Vergütung der Sachleistung).

Beispiel VSE



- Keine Erfüllungswirkung der erbrachten Einlage,
- Nichtigkeit des (schuldrechtl.) Verpflichtungsgeschäfts und des (dingl.) Erfüllungsgeschäfts, § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG aF
- Fortbestehende Leistungspflicht des Inferenten
- Heilungsmöglichkeit durch Nachgründung, § 52 AktG

Ist eine Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung. Jedoch sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam. Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters 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. Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Gesellschafter.

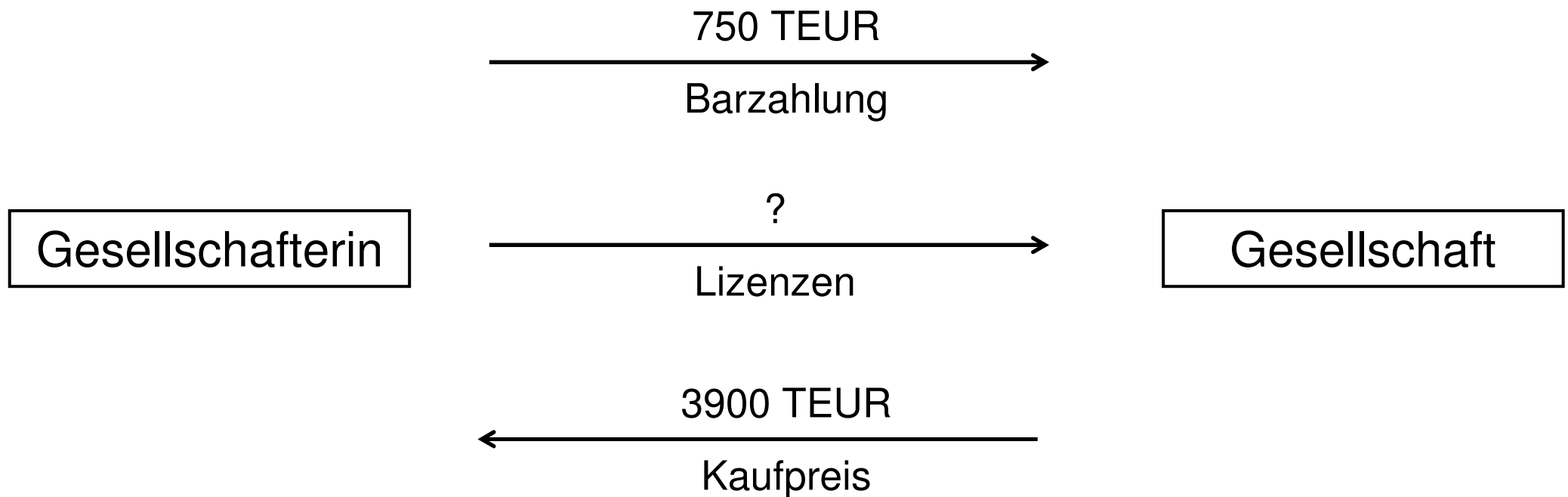
- Keine Erfüllungswirkung der Barzahlung, Satz 1.
- Wirksamkeit der Ausführungsrechtsgeschäfte, Satz 2.
- Anrechnung des Wertes auf fortbestehende Bareinlagepflicht, Sätze 3 - 5.

Sachverhalt ADCOCOM

BGH ZIP 2010, 978

- Beklagte Alleingesellschafterin der Schuldnerin (GmbH mit Stammkapital 250 TEUR)
- Letter of intent für MBO, der im Folgenden umgesetzt wird
- Kapitalerhöhung über 750 TEUR
- Einzahlung durch Beklagte in Höhe von 750 TEUR
- Einzahlung in die Kapitalrücklage durch Beklagte in Höhe von 3000 TEUR
- Beklagte verkauft an Schuldnerin „Lizenzen“ für 3900 TEUR, deren Wert umstritten ist
- Beklagte verkauft Geschäftsanteile für 1 EUR
- Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens macht Insolvenzverwalter Ansprüche gegen Beklagte geltend

- § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB: Als Kapitalrücklage sind auszuweisen der Betrag von anderen Zuzahlungen, die Gesellschafter in das Eigenkapital leisten.
- BGH: Die Regelungen über die Kapitalaufbringung sichern das im Handelsregister verlautbarte Stammkapital. Nur im Umfang dieser Verlautbarung besteht ein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger der Gesellschaft an einer realen Kapitalaufbringung. Das gilt, wenn - wie hier - die Leistung als eine solche im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gekennzeichnet ist, unabhängig davon, auf welchen Konten der Gesellschaft diese Zuzahlungen verbucht werden.



Sind im Saldo der Gesellschaft 750 TEUR zugeflossen:

- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3900: Zufluss TEUR 750
- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3525: Zufluss TEUR 375
- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3150: Zufluss TEUR 0

Leitsatz 2:

Die Anrechnung des Wertes der verdeckt eingelegten Sache auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG darf im Fall der **verdeckten gemischten Sacheinlage** nicht zu Lasten des übrigen Gesellschaftsvermögens gehen. *Daher ist vor einer Anrechnung von dem tatsächlichen Wert der eingelegten Sache der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen über den Nominalbetrag der Bareinlage hinaus als Gegenleistung (hier: Kaufpreis für Lizenzen) aufgewendet worden ist.*

- Unterbilanz

- Nettovermögen

- (Bilanzielles Aktivvermögen minus „echten Passiva“
[Verbindlichkeiten und Rückstellungen])

- wiegt

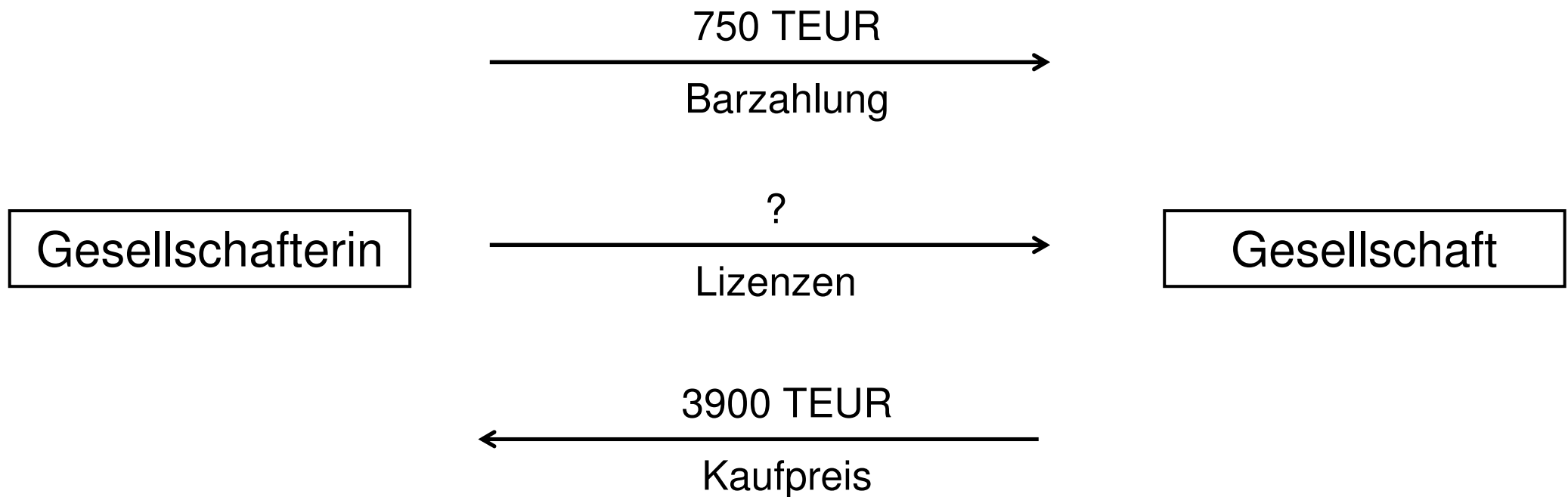
- Stammkapitalziffer

- nicht auf.

- Auszahlung

- Austauschverträge ohne vollwertige Gegenleistung stellen in bilanzieller Betrachtung Auszahlung dar.

Auszahlung nach § 30 GmbHG?



Stellt Austauschvertrag eine Auszahlung dar?

- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3900: Zufluss TEUR 750
- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3525: Zufluss TEUR 375
- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 3150: Zufluss/Abfluss TEUR 0
- Bei Wert der Lizenzen = TEUR 0: Abfluss TEUR 3150

Leitsatz 3:

Bestand oder entsteht im Zeitpunkt einer verdeckten gemischten Sachkapitalerhöhung eine Unterbilanz oder war die Gesellschaft sogar bilanziell überschuldet, können auf den Teil der Gegenleistung der Gesellschaft, der den Nominalbetrag der Bareinlage übersteigt, §§ 30, 31 GmbHG Anwendung finden.

- Altes Recht:
 - Alle Verträge wären unwirksam,
 - Rückforderung der 3900 TEUR nach Bereicherungsrecht denkbar (freilich abzüglich Wert der Lizenzen, Saldotheorie).
- Neues Recht:
 - Alle Verträge sind wirksam.
 - Problem Kapitalaufbringung:
Anrechnung des Werts der Lizenzen bei gemischter VDE
 - Problem Kapitalerhaltung:
 - Im Falle einer Unterbilanz
 - bei realem (bilanziellen) Kapitalabfluss durch wirks. KV

Übergangsrecht Kapitalaufbringung

§ 3 Abs. 4 EGGmbHG

§ 19 Abs. 4 und 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der ab dem 1. November 2008 geltenden Fassung gilt auch für Einlagenleistungen, die vor diesem Zeitpunkt bewirkt worden sind, soweit sie nach der vor dem 1. November 2008 geltenden Rechtslage wegen der Vereinbarung einer Einlagenrückgewähr oder wegen einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllung der Einlagenverpflichtung bewirkt haben. Dies gilt nicht, soweit über die aus der Unwirksamkeit folgenden Ansprüche zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bereits vor dem 1. November 2008 ein rechtskräftiges Urteil ergangen oder eine wirksame Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter getroffen worden ist; in diesem Fall beurteilt sich die Rechtslage nach den bis zum 1. November 2008 geltenden Vorschriften.

Übergangsrecht Kapitalaufbringung (verkürzt)

- Grundsatz: Neues Recht gilt auch für Altfälle
- Ausnahmen (altes Recht):
 - Rechtskräftiges Urteil
 - Wirksame Vereinbarung (Vergleich)

- Rz. 38: Eine unechte Rückwirkung [...] greift in gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen ein [...] Abzustellen ist [...] auf den einheitlichen Lebenssachverhalt der Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung, der bis zur Einführung der Anrechnungslösung [...] wegen der fehlenden Erfüllungswirkung der einzelnen Geschäfte nicht abgeschlossen war.
- Rz. 41: In Fällen, in denen die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungs- und des dinglichen Erfüllungsgeschäfts weder von der Gesellschaft noch von dem Inferenten erkannt worden ist, wird durch die rückwirkende Anerkennung der Rechtsgeschäfte keine Vertrauensinvestition nachteilig beeinflusst, sondern es werden die von den Beteiligten tatsächlich gewollte Rechtslage bzw. die von ihnen als bereits eingetreten bewerteten Rechtsfolgen hergestellt.

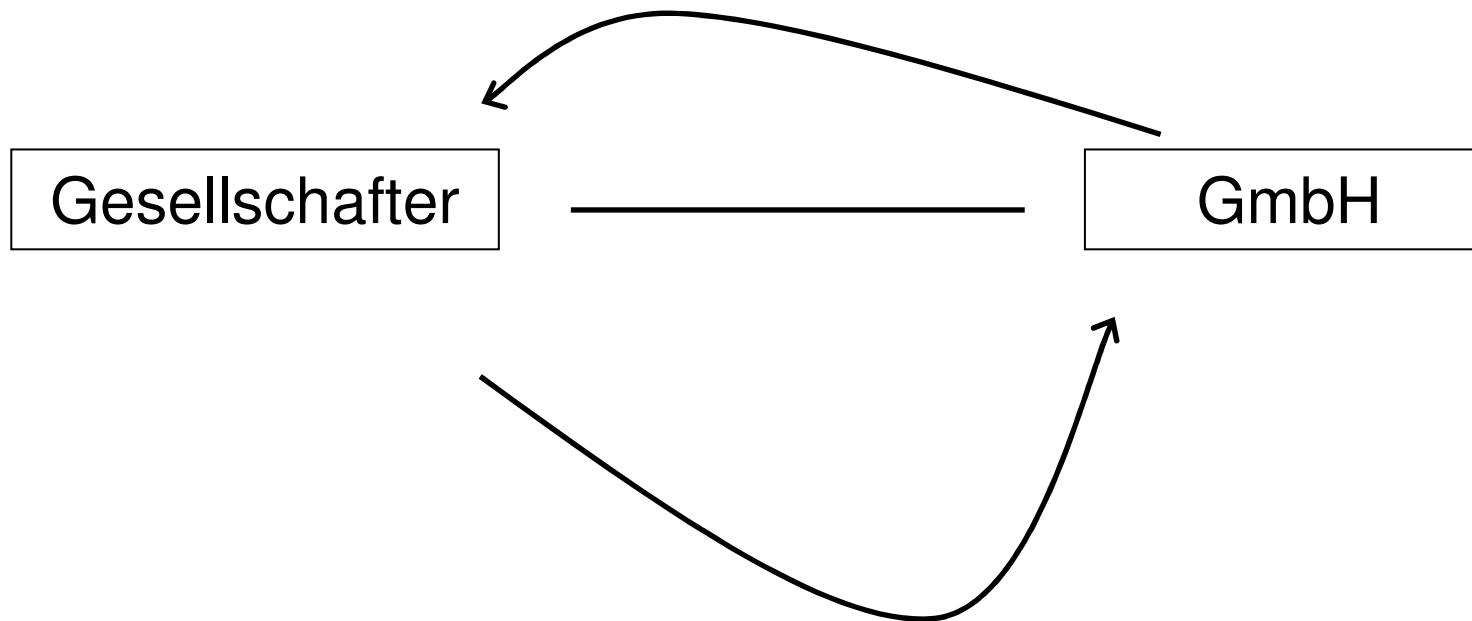
1. Die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG i.d.F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2007 (BGBl. I S. 2026) begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.
2. Die Anrechnung des Wertes der verdeckt eingelegten Sache auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG darf im Fall der verdeckten gemischten Sacheinlage nicht zu Lasten des übrigen Gesellschaftsvermögens gehen. Daher ist vor einer Anrechnung von dem tatsächlichen Wert der eingelegten Sache der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen über den Nominalbetrag der Bareinlage hinaus als Gegenleistung (hier: Kaufpreis für Lizenzen) aufgewendet worden ist.
3. Bestand oder entsteht im Zeitpunkt einer verdeckten gemischten Sachkapitalerhöhung eine Unterbilanz oder war die Gesellschaft sogar bilanziell überschuldet, können auf den Teil der Gegenleistung der Gesellschaft, der den Nominalbetrag der Bareinlage übersteigt, §§ 30, 31 GmbHG Anwendung finden.

Hin- und Herzahlen Tatbestand

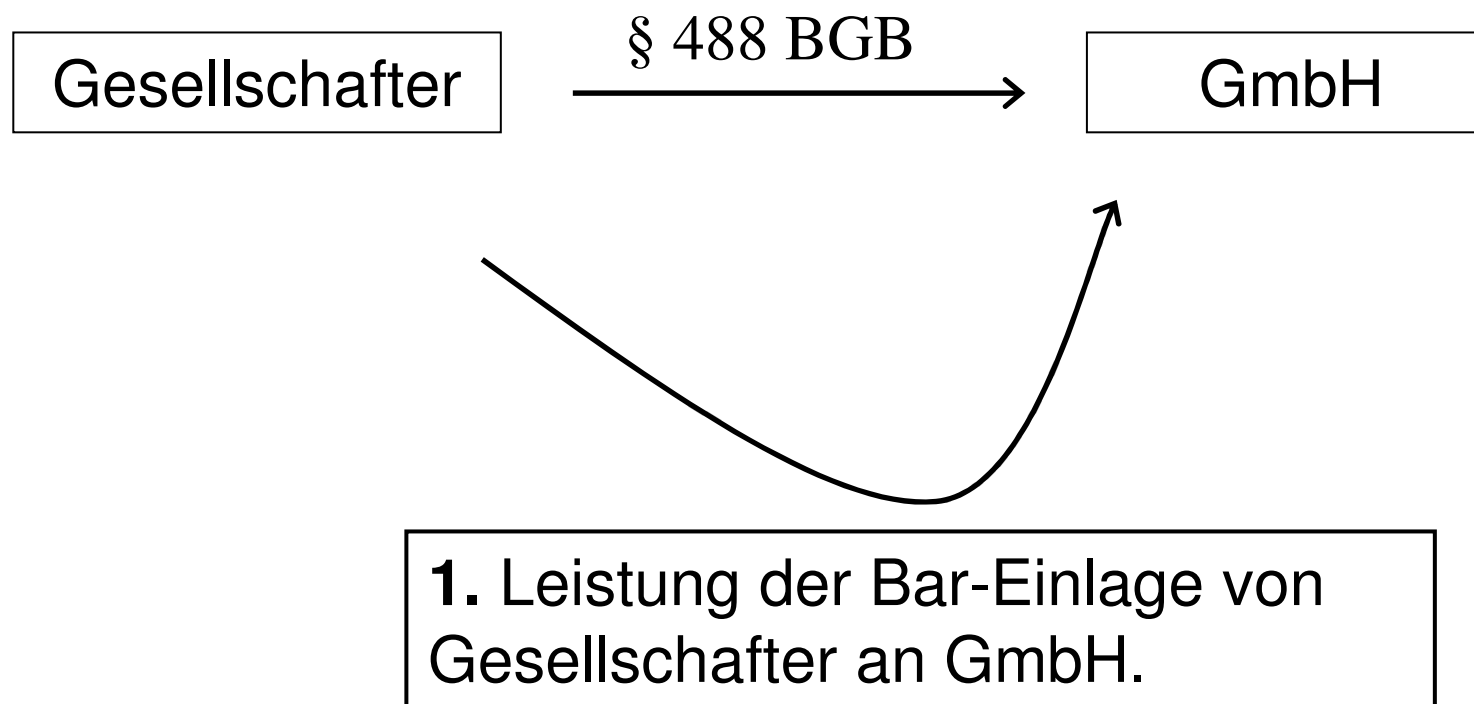
§ 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG: Ist vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 4 zu beurteilen ist.

Tatbestand: Hin- und Herzahlen

2. Rückfluss als Darlehen an
Gesellschafter.

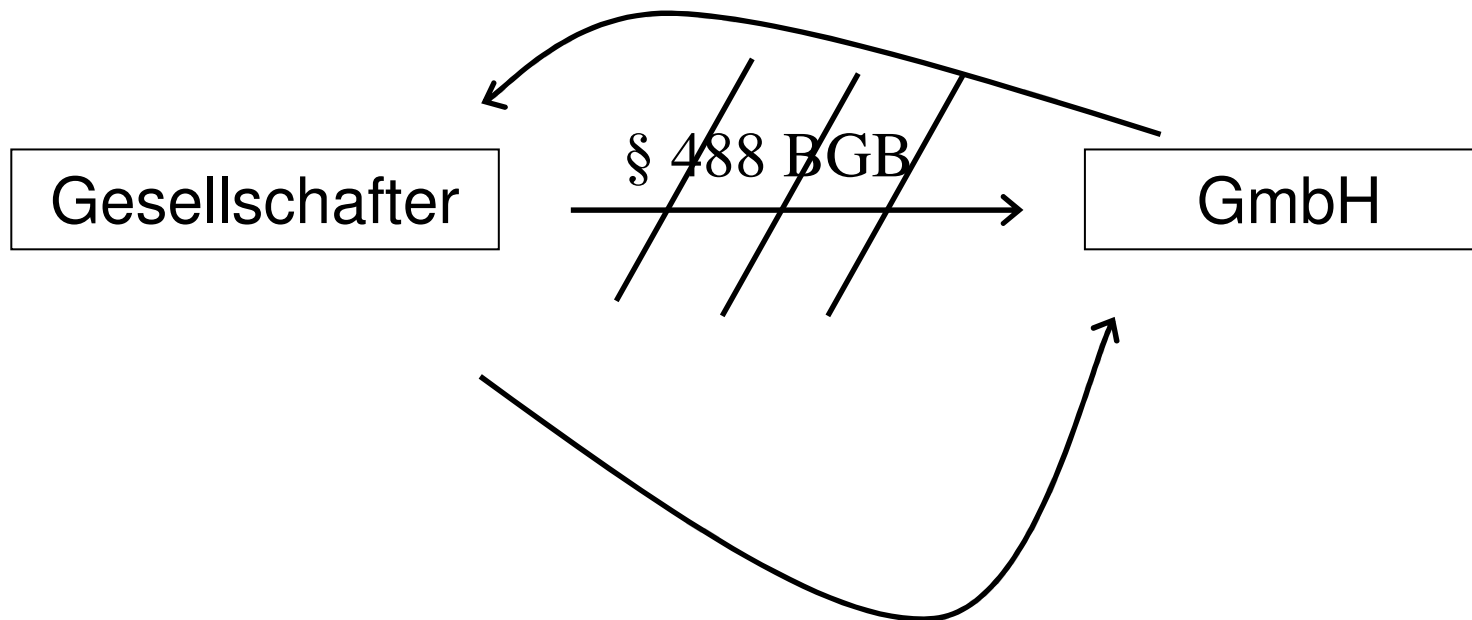


1. Leistung der Bar-Einlage von
Gesellschafter an GmbH.



Abgrenzung: VSE

2. Rückfluss als Darlehenstilgung an Gesellschafter.



1. Leistung der Bar-Einlage von Gesellschafter an GmbH.

BGH ZIP 2010, 423 „EUROBIKE“ Rz. 24: Her- und Hinzahlen

Dem Hin- und Herzahlen steht auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung wegen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit, für die die **Reihenfolge der Leistungen ohne Belang** ist, das **Her- und Hinzahlen** gleich, bei dem die Einlagemittel nicht an den Gesellschafter zurückfließen, sondern die Gesellschaft dem Inferenten die Einlagemittel schon vor Zahlung der Einlage aus ihrem Vermögen zur Verfügung stellt.

Rechtsfolgen des Hin- und Herzahlens nach altem Recht

- Überhaupt keine Leistung des Inferenten: Hin- und Herzahlen als einheitlicher, sich selbst neutralisierender Vorgang.
- Deshalb auch keine Leistung zur endgültig freien Verfügung des Vorstands und keine Erfüllung der Einlageschuld.
- Unwirksamkeit der Darlehensabrede wegen Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften
- **Spätere Zahlung (auf die vermeintliche Darlehensverbindlichkeit) führt zur Erfüllung der Einlageschuld.**

1. Beim Hin- und Herzahlen eines Bareinlagebetrages leistet der Inferent unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts. Das gilt auch, wenn die "Herzahlung" als "Darlehen" bezeichnet wird; eine entsprechende "Darlehensabrede" ist unwirksam.
2. Mit der Zahlung auf die vermeintliche "Darlehensschuld" erfüllt der Inferent die offene Einlageschuld.

Rz. 22: Auch beim bloßen Hin- und Herzahlen wird die fortbestehende Einlageschuld nicht durch spätere Leistungen über den Cash-Pool an Gläubiger der Gesellschaft getilgt. Zwar kann in den Fällen, in denen mit dem "her" gezahlten Geld eine Darlehensschuld des Inferenten gegen die Gesellschaft begründet wurde, in der späteren Rückzahlung des "Darlehens" eine Tilgung der Einlageschuld liegen (vgl. BGHZ 165, 113, 117). Einer solchen erneuten Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen Zahlungen des Cash-Pool-Managers an Gläubiger für Rechnung der Gesellschaft aber nicht gleich. Im Rahmen des Zero-Balancing lassen sich die einzelnen Leistungen nicht wie im Falle der vermeintlichen Darlehensrückzahlung zweifelsfrei der noch offenen Einlage zuordnen (vgl. BGHZ 166, 8 Tz. 25 "Cash-Pool I").

Ist vor der Einlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 4 zu beurteilen ist, so befreit dies den Gesellschafter 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. Eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung ist in der Anmeldung nach § 8 anzugeben.

Befreiung von der Einlagepflicht, wenn

- Tatbestand des Hin- und Herzahlens,
- Leistung der Bareinlage,
- Vorherige Absprache über „Hin- und Her“ (dass Inferent Einlage zurückerhält, ohne einlagefähigen Gegenstand zu erbringen),
- Vollwertigkeit und jederzeitige Fälligkeit des Anspruchs der AG gegen Inferenten auf „Rückgewähr der Bareinlageleistung“,
- Offenlegung der Absprache bei Registergericht nach Satz 2 (str.).

- BGH ZIP 2009, 713 „Qivive“, Rn. 16:
Insgesamt handelt es sich sonach bei dem Hin- und Herzahlen [...] um Fälle einer verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft, deren **Offenlegung nunmehr § 19 Abs. 5 Satz 2 n.F. GmbHG ausdrücklich und als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld verlangt.**
- BGH ZIP 2009, 1561 „Cash-Pool II“, Rz. 25:
Wie der Senat bereits entschieden hat ("Qivive"), **ist die Offenlegung** der verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft (§ 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG n.F.) **eine Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld.**

Das soll auch für Altfälle gelten!!!

- Schlagwort des BMJ: Gute Zeiten für Online-Aktionäre – schlechte Zeiten für Berufskläger
- **G**esetz zur **U**msetzung der **A**ktionärsrechte**R**ichtlinie (ARUG) v. 30.07.2009 (BGBl I 2479)
- In-Kraft-Treten am 1. September 2009
- Gesetzesmaterialien
 - RegE BT-Drucks. 16/11642
 - RA BTDrucks. 16/13098

- Maßnahmen gegen missbräuchliche Aktionärsklagen, § 246a
- Stärkung der Aktionärsrechte, §§ 118, 121, 122, 123, 124, 124a, 125, 126, 128, 130, 134, 135, 175, 176, 179a
- Deregulierung bei der Gründung
 - Sachgründung, §§ 33a, 34 II, 37a, 38 Abs. 3, 52, 71, 183, 183a, 184, 195, 206
 - **Verdeckte Sacheinlage/Hin- und Herzahlen,** §§ 27 III u. IV, 183 II, 194 II, 195, 205, 206:
§ 27 Abs. 3 u. 4 AktG entspricht § 19 Abs. 4 u. 5 GmbHG!

§ 71a Abs. 1 Satz 1 AktG

Ein Rechtsgeschäft, das die Gewährung eines Vorschusses oder eines Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen anderen zum Zweck des Erwerbs von Aktien dieser Gesellschaft zum Gegenstand hat, ist nichtig.

- § 71a AktG bleibt von der Neuregelung in Absatz 4 unberührt. § 71a AktG verbietet der AG unter anderem eine Darlehensgewährung zum Zweck des Erwerbs von Aktien der Gesellschaft.
- Liegt ein wirksamer Rückgewähranspruch vor, ordnet § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG unter bestimmten Voraussetzungen Erfüllungswirkung an. Darin erschöpft sich der Regelungsgehalt der hier vorgeschlagenen Vorschrift zur Hin-und-Her- Zahlung. Insbesondere begründet Absatz 4 Satz 1 die Wirksamkeit des Rückgewähranspruchs nicht, sondern setzt sie voraus. Für das Verhältnis zu § 71a AktG folgt hieraus, dass eine Erfüllungswirkung nach § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG nicht eintritt, wenn das Hin- und Herzahlen zugleich eine nach § 71a AktG verbotene finanzielle Unterstützung dar- stellt und deswegen kein wirksamer Rückgewähranspruch entsteht.
- Das alles zeigt, dass der Anwendungsbereich von § 71a AktG, Artikel 23 der Kapitalrichtlinie zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht klar konturiert ist. Diese Konturierung vorzunehmen, ist Aufgabe der (europäischen) Rechtsprechung und der Wissenschaft. Fälle von Einlageleistungen mit vorheriger Rückzahlungsvereinbarung, die dabei aus dem Anwendungsbereich der § 71a AktG, Artikel 23 f. der Kapitalrichtlinie ausscheiden, können von § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG-E aufgefangen werden.

- Gefestigte BGH-Rechtsprechung zur VSE:
 - Kein Ausnahmetatbestand für „gewöhnliche Umsatzgeschäfte“
 - VSE-Abrede ist bei engem zeitlichen Zusammenhang von (offener) Bareinlage und (verdeckter) Sacheinlage zu vermuten.
- Problem bei entgeltlicher Erbringung von Dienstleistungen:
 - Gesellschafter-Geschäftsführer,
 - Beratervertrag für Gesellschafter

1. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 n. F.) finden auf Dienstleistungen, welche ein GmbH-Gesellschafter nach Leistung einer Bareinlage entgeltlich erbringen soll, keine Anwendung.
2. Ebenso wenig liegt in dem o.g. Fall ein der Erfüllung der Einlageschuld entgegenstehendes Hin- und Herzahlen der Einlagemittel (§ 19 Abs. 5 n. F.) vor, sofern der Inferent diese nicht für die Vergütung seiner Dienstleistungen "reserviert".
3. Dienstleistungsverpflichtungen eines Gesellschafters können als solche nicht in Eigenkapitalersatz umqualifiziert werden; jedoch können stehen gelassene Vergütungsansprüche eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen.

1. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden auf Dienstleistungen, die der Bezieher neuer Aktien im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung entgeltlich für die Aktiengesellschaft erbracht hat oder durch eine von ihm abhängige Gesellschaft hat erbringen lassen, keine Anwendung (Fortführung von "Qivive"). Entgeltliche Dienstverträge zwischen der Gesellschaft und dem Inferenten sind im Aktienrecht nicht verboten.
2. Die Bezahlung von Beratungsleistungen vor Leistung der Einlage ist keine verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft im Sinn eines rechtlich dem Hin- und Herzahlen gleichstehenden Her- und Hinzahlens, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/