

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Anne Fischer, LL.M. (Köln/Paris), LL.M. Eur. (Saarbrücken), RAin,
und Dr. Barbara Lepper, RAin

**Krisenbedingte Verschärfung der Befugnisse der BaFin –
Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und
Versicherungsaufsicht**

962

Dr. Stefan Widder, LL.M., RA

**Befreiung von der Ad-hoc-Publizität ohne Selbst-
befreiungsbeschluss?**

967

BGH: Dienstleistungen des GmbH-Gesellschafters sind nicht
sacheinlagefähig

BB-Kommentar von Dr. Hortense Trendelenburg, RAin

973

// STEUERRECHT

Dr. Florian Haase, RA/FAStR

**Die grenzüberschreitende Organschaft – eine Bestands-
aufnahme**

980

Alfred Kruhl

**Reform des Einkommensteuertarifs durch das Konjunktur-
paket II**

987

BfH: Kein Abzugsausschluss gemäß § 8b Abs. 3 KStG 2002 i. d. F.
bis zur Änderung durch das JStG 2008 für Teilwertabschreibungen
auf eigenkapitalersetzende Darlehen

BB-Kommentar von Klaus D. Hahne, StB

990

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Karin Meier

**Bilanzierung betrieblicher Versorgungsverpflichtungen
nach dem BilMoG**

998

Dr. Thomas Strieder

Erweiterung der Lageberichterstattung nach dem BilMoG

1002

Dr. Frank Beine, WP/StB, und Silke Splinter, WP/StB

Operating Performance Reporting nach IFRS

1006

// ARBEITSRECHT

Dr. Barbara Bittmann, RAin/FAinArbR, und Dr. Susanne Schwarz,
LL.M., RAin

Offenlegung von „Change of Control-Klauseln“

1014

Prof. Dr. Volker Rieble

Gewerkschaftsnützige Leistungen an Betriebsräte

1016

BAG: Auslegung einer Bezugnahme Klausel bei Verbandsaustritt
BB-Kommentar von Kay Jacobsen, RA/FAArbR, und

Dr. Johan-Michel Menke, RA

1022

// BB-MAGAZIN

Prof. Dr. Norbert Herzig, WP/StB

**BilMoG – Neue Ära im Zusammenwirken von Handels-
und Steuerbilanz**

M1

Johannes Rettig

Eigentum schafft Emotion

M16

BGH: Dienstleistungen des GmbH-Gesellschafters sind nicht sacheinlagefähig

BGH, Urteil vom 16.2.2009 – II ZR 120/07; „Qivive“

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-973-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG 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 Einlagenschuld entgegenstehendes Hin- und Herzahlen der Einlagemittel (§ 19 Abs. 5 GmbHG 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.

AktG § 27 Abs. 2 Halbs. 2; GmbHG § 19 Abs. 5, §§ 30, 31, 32a jeweils i.d.F. bis 31.10.2008; GmbHG § 19 Abs. 4, 5 i.d.F. des Gesetzes vom 23.10.2008

SACHVERHALT

Die Klägerin ist Insolvenzverwalterin des Vermögens der Qivive GmbH (nachfolgend: Schuldnerin), die im Jahr 1991 mit einem Stammkapital von 500.000 DM gegründet worden ist. Ihr Geschäftsgegenstand war damals die Entwicklung und der Betrieb eines elektronischen Reservierungs- und Vertriebssystems für Eintrittskarten. Seit 1997 war die nachfolgend: A-GmbH Alleingesellschafterin. Diese schloss am 14.11.2000 mit der Beklagten, einem bedeutenden Medienunternehmen, und der nachfolgend: D-AG eine Konsortialvereinbarung, nach der die beiden Vertragspartner sich an der Schuldnerin als einem „Gemeinschaftsunternehmen“ beteiligen sollten, das zu einem umfassenden Internetmarktplatz für Veranstaltungen, Reisen und zugehörige Leistungen ausgebaut und anschließend an die Börse gebracht werden sollte. Zu den genannten Zwecken sollten die A-GmbH und die D-AG der Schuldnerin Rechte an der benötigten Software als Sacheinlage übertragen; die Beklagte sollte eine Bareinlage von 5 Mio. € leisten und gemäß einem zeitgleich abgeschlossenen „Media-Vertrag“ entgeltliche Werbeleistungen für die Schuldnerin erbringen sowie deren Internetauftritt erstellen. Der Schuldnerin wurde das Recht eingeräumt, Leistungen der Beklagten im Bereich der Druck- und Onlinewerbung im Wert von insgesamt 82,5 Mio. DM abzurufen, diese aber nur bis zu einer Grenze von 10 Mio. DM bezahlen zu müssen. Am 14.12.2000 wurde eine Kapitalerhöhung der Schuldnerin auf 15 Mio. € beschlossen. Die A-GmbH und die D-AG übernahmen jeweils Sacheinlagen in Höhe von circa 5 Mio. €, die Beklagte eine Bareinlage in Höhe von 5 Mio. €, welche am 22.12.2000 auf ein Konto der Schuldnerin eingezahlt wurde. In der Folgezeit nahm die Schuldnerin Leistungen der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag in Anspruch und zahlte hierfür im Zeitraum zwischen März 2001 und Januar 2002 insgesamt u. a. 3 467 627,47 € an die Beklagte. Weitere Zahlungen in Höhe von 789 757,25 € leistete sie an eine Agentur für die Hörfunkwerbung in Sendern, an denen die Beklagte beteiligt ist. Unstreitig handelte es sich um marktübliche Vergütungen.

Die Geschäftsentwicklung der Schuldnerin blieb hinter den Erwartungen zurück. Im April 2002 musste sie Insolvenzantrag stellen.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die (nochmalige) Zahlung ihrer Bareinlage von 5 Mio. €. Sie meint, die Beklagte habe ihre Bareinlageverpflichtung nicht erfüllt, weil sie bei wirtschaftlicher Betrachtung anstelle der geschuldeten Bareinlage die in dem Media-Vertrag dargestellten Werbeleistungen, mithin eine „verdeckte Sacheinlage“ erbracht habe. Hilfsweise werde eine Haftung der Beklagten nach Eigenkapitalersatzregeln geltend gemacht. Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die von dem erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin führte zur Zurückverweisung.

AUS DEN GRÜNDEN

Keine Ansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung

I. Ansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung bestehen sowohl nach bisheriger Rechtslage als auch nach der am 1.11.2008 in Kraft getretenen Neufassung des § 19 GmbHG (MoMiG vom 23.10.2008 BGBl. I, S. 2026) nicht, so dass dahinstehen kann, ob die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete Rückwirkung des § 19 Abs. 4, 5 n.F. GmbHG verfassungsgemäß ist (vgl. dazu Bormann, GmbHR 2007, 901).

Im Streitfall finden die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage keine Anwendung

1. Entgegen der Ansicht der Revision geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage im vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

Zum Begriff der „verdeckten Sacheinlage“ nach Senatsrechtsprechung und MoMiG

a) Um eine verdeckte Sacheinlage handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats, 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 Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll (vgl. BGHZ 155, 329, 334; 166, 8 Tz. 11; 170, 46 Tz. 11; 173, 145 Tz. 14). Entsprechendes gilt bei verdeckter Einbringung sonstiger Gegenstände, welche als Sacheinlage eingebracht werden könnten, wie z.B. eine vor Begründung der Einlagenschuld entstandene Altforderung des Inferenten (vgl. BGHZ 113, 335, 341; 132, 133, 144; 152, 36, 42; 166, 8 Tz. 12 „cash-pool“). Die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG ändert daran insoweit nichts (vgl. BegrRegE mit Hinweis auf die Rechtsprechung; abgedruckt bei Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, S. 244). Wollen der oder die Gesellschafter eine Sacheinlage einbringen, sind sie auf die Beachtung der dafür geltenden Sondervorschriften der §§ 5 Abs. 4, 56 GmbHG verwiesen, um dem Registergericht eine Wertdeckungskontrolle gemäß § 9c Abs. 1 Satz 2, § 57a GmbHG zu ermöglichen. Die Umgehung dieser Vorschriften in den Fällen der verdeckten Sacheinlage hat zur Folge, dass der Inferent durch scheinbare Leistung seiner Bareinlage von seiner entsprechenden Einlagepflicht nicht befreit wird (vgl. § 19 Abs. 5 a.F. GmbHG; BGHZ 113, 345). Entsprechendes bestimmt auch § 19 Abs. 4 Satz 1 n.F. GmbHG, wobei allerdings nunmehr der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögens-

gegenstandes nach Maßgabe des § 19 Abs. 4 Satz 3 bis 5 n.F. GmbHG auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht „anzurechnen“ ist (vgl. dazu Pentz, GmbHR 2009, 126 ff.).

Die im Streitfall zu erbringenden Dienstleistungen können nicht Gegenstand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein

- 9 b) Im vorliegenden Fall ist zwar davon auszugehen, dass die von der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag auf Abruf der Schuldnerin entgeltlich zu erbringenden Leistungen bei Begründung der Einlageschuld der Beklagten unter den Beteiligten in Gestalt eines Rahmenvertrages abgesprochen waren und damit ein sukzessiver „faktischer Einlagenrückfluss“ an die Beklagte angestrebt war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat. Den Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage erfüllt jedoch eine derartige Abrede nur dann, wenn sie dazu führt, dass die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage erhält (vgl. BGHZ 170, 47 Tz. 12). Wie der Senat mehrfach betont hat, kann Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage – im Unterschied zum Umgehungstatbestand eines Hin- und Herzahlens (vgl. § 19 Abs. 5 GmbHG n.F.; dazu unten 2) – nur eine sacheinlagefähige Leistung sein (vgl. BGHZ 165, 113, 116 f.; 165, 352, 356; ebenso Habersack, Festschrift Priester, S. 157, 163; im Ansatz auch Bayer, GmbHR 2004, 445, 451, 453). Im vorliegenden Fall handelte es sich jedoch – nach den in der Revisionsinstanz unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts – bei den von der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag zu erbringenden Leistungen nicht um Sach-, sondern um Dienstleistungen. Gemäß § 27 Abs. 2 AktG können Verpflichtungen zu Dienstleistungen nicht Gegenstand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein, was nach h.M. im GmbH-Recht entsprechend gilt (vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 60 f.; Scholz/H. Winter/H. P. Westermann, GmbHG 10. Aufl. § 5 Rdn. 52; Habersack a.a.O. S. 161 f. jew. m.w.Nachw.). Der Grund dafür liegt darin, dass die Durchsetzung von Dienstleistungsverpflichtungen auf Schwierigkeiten stößt (vgl. §§ 887, 888 Abs. 3 ZPO) und sie deshalb als Einlagen nicht geeignet sind (vgl. die vorigen Nachweise).
- 10 Davon abgesehen sind bloße obligatorische Ansprüche gegen den Einlageschuldner nach bisher nahezu allgemeiner, von dem erkennenden Senat geteilter Auffassung ohnehin per se nicht einlagefähig, weil es in einem derartigen Fall an einer Aussonderung des Einlagegegenstandes aus dem Vermögen des Inferenten fehlt (vgl. Ulmer a.a.O. § 5 Rdn. 78) und mit der Einbringung einer solchen Forderung als „Einlageleistung“ lediglich die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung des Inferenten gegen eine schuldrechtliche ausgetauscht würde (vgl. BGHZ 165, 113, 116; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. § 5 Rdn. 14; ebenso zu § 19 Abs. 4 n.F. GmbHG Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208, 1210; zweifelnd insoweit Wicke, GmbHG § 5 Rdn. 11; § 19 Rdn. 33, § 56 a Rdn. 2).

Die fehlende Sacheinlagefähigkeit von Dienstleistungen steht sowohl einer analogen Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage ...

- 11 c) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei der Eingrenzung der verdeckten Sacheinlage auf sacheinlagefähige Gegenstände nicht nur um eine rein begriffliche Unterscheidung. Denn der den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage inhärente Vorwurf einer Umgehung der im Interesse des Gläubigerschutzes bestehenden Vorschriften über Sacheinlagen (vgl. oben a) setzt voraus, dass der oder die Geschafter den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften hätten erreichen können (vgl. Habersack a.a.O. S. 164 f.; im Ansatz auch Hoffmann, NZG 2001, 433 f.) und nach der

ständigen Rechtsprechung des Senats diesen Weg auch hätten wählen müssen (vgl. BGHZ 113, 335, 341). Das ist aber bei Dienstleistungen nicht der Fall. Der Geschafter kann hier auch nicht darauf verwiesen werden, Ansprüche auf Vergütung seiner künftigen Dienstleistungen als Sacheinlage einzubringen, weil erst künftig entstehende und erst recht von einer Dienstleistung abhängige Forderungen – wie z.B. Ansprüche auf künftiges Geschäftsführergehalt – ebenfalls nicht sacheinlagefähig sind (vgl. Habersack a.a.O. S. 165; GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 55; Lutter/Bayer a.a.O. § 5 Rdn. 16 jew. m.w.Nachw.) Da eine Umgehungshandlung den Tatbestandsmerkmalen der umgangenen Norm entsprechen muss (vgl. BGHZ 132, 133, 139), Dienstleistungen aber von den Sacheinlagevorschriften nicht erfasst werden, können die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage hier auch nicht entsprechend herangezogen werden (in diesem Sinne aber Lutter/Bayer a.a.O. § 5 Rdn. 54; Bayer, GmbHR 2004, 445, 451, 453). Die Rechtsordnung kann die dem Bareinlageschuldner nachteiligen Folgen des Rechts der verdeckten Sacheinlage nicht an die Nichteinhaltung eines Verfahrens knüpfen, das sie selbst für den betreffenden Vorgang nicht bereitstellt (vgl. insoweit Hoffmann a.a.O. S. 435).

... als auch einer entsprechenden Anwendung ihrer Rechtsfolgen entgegen

d) Aus dem zuletzt genannten Grund lässt sich auch aus der fehlenden 12 Sacheinlagefähigkeit von Dienstleistungen (§ 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG) – jedenfalls für das GmbH-Recht – nicht ein „Verbot“ der Verabredung entgeltlicher Dienstleistungen des Inferenten in Zusammenhang mit der Begründung seiner Bareinlageschuld ableiten und darauf eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage stützen (so aber im Ansatz Hoffmann a.a.O. S. 435 f.). Anderenfalls hätten z.B. der oder die Geschafter, welche sich an einer Barkapitalerhöhung oder Bargründung beteiligen, keine Möglichkeit, anschließend als Geschäftsführer der GmbH entgeltlich tätig zu werden, sondern müssten einen Fremdgeschäftsführer einstellen. Für die Gläubiger der GmbH wäre damit nichts gewonnen, während die Geschafter, welche auf ein Geschäftsführergehalt angewiesen sind, dadurch ungerechtfertigt beeinträchtigt würden. Dass ein solches Ergebnis vermieden werden muss, entspricht allgemeiner Auffassung, wobei zum Teil eine teleologische Reduktion der (vermeintlich auf Dienstleistungen zu erstreckenden) Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage (so Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. § 19 Rdn. 161), zum Teil auch weitergehend vorgeschlagen wird, gewöhnliche Umsatzgeschäfte zu marktüblichen Preisen im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs aus dem Anwendungsbereich der verdeckten Sacheinlage generell auszuklammern (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 18. Aufl. § 19 Rdn. 40; T. Bezenberger, JZ 2007, 948 f.; Henze, ZHR 154, 105, 112 f.; Hoffmann a.a.O. S. 436 f.; dagegen für den Bereich der Gründung einer AG BGHZ 170, 47 Tz. 22) oder bei derartigen in zeitlichem Zusammenhang mit der Bareinlageleistung abgeschlossenen Geschäften die Vermutung für eine Vorabsprache (vgl. dazu BGHZ 152, 37, 43) der Beteiligten nicht eingreifen zu lassen (vgl. Habersack a.a.O. S. 165; GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 171 a; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff a.a.O. § 19 Rdn. 126; Lutter/Bayer a.a.O. § 5 Rdn. 43; offen gelassen in BGHZ 170 a.a.O. Tz. 24 f.). Letzteres würde in den paradigmatisch genannten Geschäftsführerfällen nicht weiterhelfen, weil dort regelmäßig eine derartige Vorabsprache vorliegt und dafür bei einem geschäftsführenden Alleingeschafter schon sein entsprechendes „Vorhaben“ ausreicht (vgl. Sen.Urt. v. 11.2.2008 – II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 12). Richtigerweise kommt es darauf weder in den Geschäftsführerfällen noch im vorliegenden Fall an, weil eben Dienstleistungen nicht Gegen-

stand einer verdeckten Sacheinlage sein können (vgl. auch Habersack a.a.O. S. 167; ebenso Wicke, GmbHG § 19 Rdn. 23).

- 13 e) Das von der Revision angeführte Senatsurteil vom 21.9.1978 (II ZR 214/77, WM 1978, 1271 = NJW 1979, 216) steht den dargelegten Grundsätzen nicht entgegen, weil es nicht den Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage, sondern eine Aufrechnung ohne tatsächliche Bareinlageleistung betraf, wie Habersack (a.a.O. S. 163f.) mit Recht herausgestellt hat.

Auch der Umgehungstatbestand des Hin- und Herzahlens ist nicht erfüllt

- 14 2. Entgegen der Ansicht der Revision hält das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend auch den Umgehungstatbestand eines Hin- und Herzahlens der von der Beklagten geleisteten Bareinlage nicht für gegeben.

Zum Begriff des Hin- und Herzahlens nach der Senatsrechtsprechung und nach § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG

- 15 a) Der erkennende Senat hat diesen Umgehungstatbestand (jetzt § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG) in seiner neueren Rechtsprechung in Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage präzisiert. Danach handelt es sich um Fälle, in denen es an einer Bareinlageleistung zu freier Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 GmbHG) fehlt, weil der Einlagebetrag absprachegemäß umgehend wieder an den Einleger, sei es als Darlehen (BGHZ 165, 113; 174, 370 Tz. 7) oder auch aufgrund einer Treuhandabrede (BGHZ 165, 352), zurückfließen soll. Der Sache nach zielt das Vorgehen des Inferenten in solchen Fällen darauf ab, die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung durch eine in dieser Hinsicht schwächere schuldrechtliche Forderung (z.B. aus Darlehen) zu ersetzen (vgl. BGHZ 165, 113, 116), was der Senat (a.a.O.) für unzulässig erachtet und so behandelt hat, als habe der Inferent bis dahin nichts geleistet. Der Gesetzgeber ist dem bei der Neufassung des § 19 Abs. 5 GmbHG zwar nicht schlechthin, sondern nur für die Fälle einer nicht vollwertigen Gegenleistungsforderung gefolgt, hat aber den Gedanken des Forderungsaustauschs aufgegriffen (BegrRegE MoMiG bei Goette a.a.O. S. 210f.; vgl. auch Seibert/Decker a.a.O. S. 1210) und in § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG bestimmt, dass ein Hin- und Herzahlen des Einlagebetrages den Inferenten nur dann von seiner Einlageverpflichtung befreit, wenn der dadurch begründete Rückgewähranspruch der Gesellschaft (insbesondere aus Darlehen) vollwertig und jederzeit fällig ist.
- 16 Insgesamt handelt es sich sonach bei dem Hin- und Herzahlen sowohl nach der dargestellten Rechtsprechung des Senats als auch nach § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG um Fälle einer verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft (vgl. BGHZ 153, 107, 110; Scholz/Schneider/H. P. Westermann, GmbHG 10. Aufl. § 19 Rdn. 38; vgl. auch BGHZ 28, 77f.), deren Offenlegung nunmehr § 19 Abs. 5 Satz 2 n.F. GmbHG ausdrücklich und als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld verlangt. Mit der Neuregelung des § 19 Abs. 5 GmbHG soll insbesondere auch der darlehensweise Einlagenrückfluss in einem cash-pool erfasst werden, soweit dieser Rückfluss nicht im Sinne einer verdeckten Sacheinlage (dazu BGHZ 166, 8 Tz. 11f.) zu einer Tilgung bereits vorher bestehender Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Inferenten führt (BegrRegE MoMiG, bei Goette a.a.O. S. 210; vgl. auch Seibert/Decker a.a.O. S. 1210f.; Wicke, GmbHG § 19 Rdn. 31).

Im Streitfall findet keine verdeckte Finanzierung statt

- 17 b) Im vorliegenden Fall einer späteren Zahlung auf nach der ordnungsgemäß erbrachten Einlagenzahlung geleistete Dienste des Inferenten ist ein derartiges Hin- und Herzahlen nicht gegeben. Hier findet weder eine verdeckte Finanzierung noch ein bloßer Austausch der Einlageforderung ge-

gen eine andere schuldrechtliche Forderung der Gesellschaft statt. Das ist nicht anders als in dem schon erwähnten Paradigma des Gesellschaftergeschäftsführers als Inferenten, dem es nicht verwehrt sein kann, ein Gehalt für seine Tätigkeit zu vereinbaren und zu beziehen, auch wenn dies in zeitlichem Zusammenhang mit der Einlageleistung geschieht. Soweit er oder ein sonstiger Inferent die Einlagemittel nicht für seine Zwecke „reserviert“, sondern in den Geldkreislauf der Gesellschaft einspeist, ist das – ohnehin nur für den Betrag der Mindesteinzahlung gemäß § 7 Abs. 2, § 56a GmbHG geltende – Erfordernis einer Einzahlung zu „endgültig freier Verfügung der Geschäftsführer“ (§ 8 Abs. 2, § 57 Abs. 2 GmbHG) nicht berührt. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Inferenten ausgeschieden und der GmbH derart zugeflossen ist, dass sie uneingeschränkt für Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann (vgl. Lutter/Bayer a.a.O. § 7 Rdn. 16; Scholz/H. Winter/Veil, GmbHG 10. Aufl. § 7 Rdn. 34). Zu Zwecken der GmbH werden Einlagemittel auch dann verwendet, wenn sie ihr erbrachte Dienstleistungen eines Gesellschafters bezahlt, die sie ansonsten anderweitig hätte einkaufen müssen.

Die Einlagemittel standen zur freien Verfügung

c) Zu Unrecht beruft sich die Revision auf das Senatsurteil vom 2.12.2002 (BGHZ 153, 107, 110) als Beleg dafür, dass die im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung in dem Media-Vertrag getroffenen Abreden einer freien Verfügung der Geschäftsführer der Schuldnerin über den auf ihr Geschäftskonto eingezahlten Einlagebetrag entgegengestanden hätten. Nach diesem Urteil sind schuldrechtliche Verwendungsabreden, durch welche die Geschäftsführung der Gesellschaft verpflichtet wird, mit den Einlagemitteln in bestimmter Weise zu verfahren, aus der Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich, wenn sie allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen (vgl. auch Sen.Urt. v. 22.6.1992 – II ZR 30/91, ZIP 1992, 1303, 1305). Anders ist es nur, wenn die Abrede dahin geht, die Einlagemittel *unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln* wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen. Das betraf im dortigen Fall einen darlehensweisen Rückfluss und betrifft insbesondere auch Rückflüsse im Rahmen einer verdeckten Sacheinlage (vgl. dazu BGHZ 113, 335, 348f.). Beides liegt hier nicht vor.

Ebenso wenig war die Geschäftsführung der Schuldnerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Verwendung der Einlagemittel derart gebunden, dass sie diese für die Beklagte zu „reservieren“ und nur für die Begleichung ihrer Forderungen einzusetzen hatte. Vielmehr konnte die Schuldnerin mit den eingezahlten Mitteln „in jeder Weise arbeiten und über diese verfügen“, wie das Berufungsgericht feststellt ... [wird ausgeführt].

3. Da nach allem im vorliegenden Fall weder eine verdeckte Sacheinlage noch ein Hin- und Herzahlen der Einlagemittel in dem dargelegten Sinne gegeben war, hat die Beklagte ihre Einlageverpflichtung erfüllt (§ 362 BGB).

Zu den hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen aus Eigenkapitalersatz

II. Zu Recht rügt die Revision indessen, dass sich das Berufungsgericht in keiner Weise mit den von ihr hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen aus Eigenkapitalersatz auseinandergesetzt, sondern ohne Stellungnahme zu ihrem Berufungsvorbringen lediglich ausgeführt hat, das Landgericht habe „die Klage mit zutreffender Begründung abgewiesen“. Nach Ansicht des Landgerichts sollen die Dienstleistungen der Beklagten nicht eigenkapitalersetzend gewesen sein, weil die Beklagte aufgrund des

Media-Vertrages weder ein Recht zur Ablehnung der Aufträge noch zu vorzeitiger Kündigung gehabt habe. Das greift zu kurz.

Stehen gelassener Vergütungsanspruch kann eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen

- 24 1. Entgegen der Ansicht der Klägerin können zwar Dienstleistungsverpflichtungen eines Gesellschafters als solche schon mangels Einlagefähigkeit nicht in Eigenkapitalersatz umqualifiziert (vgl. Priester, DB 1993, 1173, 1175f.) und erst recht nicht entsprechend den Grundsätzen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung (BGHZ 109, 55 „Lagergrundstück I“; zur Sacheinlagefähigkeit vgl. BGHZ 144, 290, 294; Sen. Urt. v. 14.6.2004 – II ZR 121/02, ZIP 2004, 1642) behandelt werden (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 16. Aufl. § 32a Rdn. 36; Lutter/Hommelhoff a.a.O. §§ 32a/b Rdn. 154; Scholz/K. Schmidt a.a.O. §§ 32a, b Rdn. 143; Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 32a Rdn. 218; a.A. Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff a.a.O. § 32a Rdn. 169), zumal dies zu dem inakzeptablen Ergebnis einer Verpflichtung des Gesellschafters zu vertragsgemäßer Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Entgeltanspruch führen würde (vgl. Fastrich a.a.O.). Nicht ausgeschlossen ist aber, dass ein stehen gelassener Vergütungsanspruch eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen kann (vgl. Fastrich a.a.O.; Scholz/K. Schmidt a.a.O. §§ 32a, b Rdn. 143 i.V.m. Rdn. 131). Das lässt sich im vorliegenden Fall nicht ausschließen, aber anhand der spärlichen Feststellungen des Landgerichts nicht abschließend beurteilen.

Auf den vorliegenden Fall kommt die Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln in Betracht, ...

- 25 2. Nach dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Klägerin soll die Schuldnerin seit Januar 2001 in einer zunehmenden Krise und Ende Juli 2001 in Höhe von 549 000,00 € bilanziell überschuldet gewesen sein. Spätestens ab Mai 2001 sei sie nicht mehr kreditwürdig gewesen. Offenbar wurden Rechnungen der Beklagten von der Schuldnerin schleppend und unter Überschreitung der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, was die Beklagte geschehen ließ. Dadurch können Zahlungsansprüche der Beklagten nach den von dem Senat entwickelten Rechtsprechungsregeln (BGHZ 90, 370, 376) in Eigenkapitalersatz umqualifiziert worden sein, mit der Folge, dass die verspäteten Zahlungen der Schuldnerin gegen § 30 GmbHG in analoger Anwendung verstießen und von der Klägerin entsprechend § 31 GmbHG zurückgefordert werden können. Darüber hinaus übersieht das Landgericht, dass die Beklagte ab Kriseneintritt entsprechend § 321 BGB berechtigt gewesen wäre, ihre Vorleistungen zu verweigern, Sicherheiten zu verlangen oder auf sofortiger Barzahlung zu bestehen, und schon die Unterlassung derartiger Maßnahmen zur Umqualifizierung der Vergütungsansprüche in Eigenkapitalersatz führen kann.

... die nach jüngster Senatsrechtsprechung auch auf Altfälle Anwendung finden

- 26 3. Der Anwendung der oben genannten Eigenkapitalersatzregeln auf den vorliegenden Fall steht nicht entgegen, dass durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026) die §§ 32a, b GmbHG a.F. aufgehoben (Art. 1 Nr. 22 MoMiG), ihr Regelungsgehalt (teilweise gleichlautend) in das Insolvenzrecht verlagert (Art. 9 Nr. 5, 6, 8, 9 MoMiG) und die so genannten Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG a.F. analog) durch das neu eingefügte „Nichtanwendungsgesetz“ des „§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F. (Art. 1 Nr. 20 MoMiG) ebenfalls aufgehoben worden sind. Diese Neuregelungen finden, wie der Senat jüngst entschieden hat (Urteil vom 26. Januar 2009 – II ZR 260/07, z.V.b.) auf Altfälle wie den vorliegenden keine Anwendung. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

III. Da es an den erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen für eine abschließende Beurteilung der Sache fehlt und den Parteien gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit gegeben werden muss, zu den auch von ihnen zum Teil verkannten Gesichtspunkten in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen, ist die Sache nicht entscheidungsreif. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen, ggf. nach ergänzendem Parteivortrag, zu treffen.

// BB-Kommentar

Dr. Hortense Trendelenburg, RAin, Solicitor (England & Wales) und Partnerin bei Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt



„Keine verdeckte Sacheinlage bei Dienstleistung des Gesellschafters“

Problem

Die Rechtsprechung hat zur verdeckten Sacheinlage relativ klare Regeln entwickelt. Wenn der Gesellschafter in vergleichbarer Situation eine Dienstleistung erbracht, war die Rechtslage streitig.

Entscheidung

Der BGH hat entschieden, dass die Regeln über die verdeckte Sacheinlage nicht analog anzuwenden sind. Auch ein Hin- und Herzahlen liege selbst dann nicht vor, wenn die Erbringung der Dienstleistung bereits bei Leistung der Bareinlage vereinbart war, solange die eingebrachten Mittel nicht ausschließlich für den Gesellschafter „reserviert“ waren (vgl. auch BGH, ZIP 1992, 1303).

Anders als Sachen sind Dienstleistungen als lediglich obligatorische, wegen §§ 887, 888 ZPO nur eingeschränkt durchsetzbare Ansprüche nicht einlagefähig (vgl. auch BGHZ 165, 113, 116f.; *Habersack*, in: FS Priester, 2007, S. 157, 163). Daher können Dienstleistungen nach Ansicht des BGH auch nicht verdeckt eingelegt werden.

Im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur hält der BGH Dienstleistungen nicht für eigenkapitalersetzend, da der Gesellschafter sonst ohne Vergütung weiter Dienstleistungen erbringen müsse (vgl. BGHZ 109, 55; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 32a, b Rn. 143; a.A. *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 32a Rn. 169). Anders ist es bei den dazugehörigen Vergütungsansprüchen. Der BGH bestätigte seine Ansicht, dass Zahlungen auf eigenkapitalersetzende Leistungen nach Inkrafttreten des MoMiG jedenfalls dann zurückgefordert werden können, wenn das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft vor Inkrafttreten des MoMiG eröffnet wurde (vgl. BGH, BB 2009, 918 – Gut Buschow mit Komm. *Manz* = GmbHR 2009, 427 m. Anm. *Blöse*).

Praxisfolgen

Der BGH hat die in der Literatur diskutierten Streitfragen bezüglich der Verwendung einer Bareinlage zur Vergütung von Dienstleistungen des Gesellschafters zugunsten des Gesellschafters entschieden (vgl. auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, a.a.O., § 19 Rn. 126; *Habersack*, a.a.O., S. 157, 170ff.; *Hoffmann*, NZG 2001, 433, 437f., jeweils m.w.N.). Dies bringt für die Beratungspraxis mehr Rechtssicherheit.

Der BGH hat sich der Argumentation der Literatur weitgehend angeschlossen. Insbesondere muss es nach Ansicht des BGH erlaubt sein, dass die Geschäftsführungsvergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers aus eingelegten Mitteln bezahlt wird (vgl. nur *Habersack*, a.a.O., S. 157, 170). Zur Vermeidung von Missbräuchen werden in der Literatur weitere Einschränkungen diskutiert, z.B. bei marktunüblichen Vergütungen oder bei Auszahlung großer Teile des Stammkapitals (vgl. *Hoffmann*, a.a.O., 433, 436f.). Der BGH nahm hierzu nicht ausdrücklich Stellung. Er stellte allgemein fest, dass Dienstleistungen mangels Sacheinlagefähigkeit nicht als verdeckte Sacheinlagen anzusehen seien.

Diese Formulierung ist sehr weit. Für die Beratungspraxis stellt sich die Frage, welche Konstruktionen noch als zulässig angesehen werden. Bei marktunüblichen Vergütungen dürfte es eher zu Problemen kommen als z.B. bei (Unternehmens-)Beratungshonoraren, bei denen hohe Summen auch bei Beauftragung fremder Dritter nicht unüblich sind.

Im Hinblick auf die Vergütungsansprüche wiederholte der BGH seine Auffassung, dass die Regeln über den Eigenkapitalersatz rückwirkend anzuwenden seien (vgl. nochmals BGH, GmbHR 2009, 427 („Gut Buschow“)). Entschieden wurden bisher nur Fälle, in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des MoMiG eröffnet worden war. Diese Beschränkung war in den Leitsätzen herausgestellt. Die Begründung ist allerdings weit gefasst und würde auch auf Fälle passen, in denen vor Inkrafttreten des MoMiG eine eigenkapitalersetzende Leistung erbracht wurde, ohne dass ein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre (in diese Richtung OLG Jena, GmbHR 2009, 431 (obiter dictum); *Blöse*, GmbHR 2009, 430, 431). Bei eigenkapitalersetzenden Sachleistungen könnte eine solche weite Auslegung zum seltsamen Ergebnis führen, dass der Gesellschafter den Gegenstand nicht bereits in der Krise, sondern erst in der Insolvenz der Gesellschaft gemäß § 135 Abs. 3 InsO zurückfordern kann.

Für die Beratungspraxis sind vor allem die Fälle interessant, bei denen Gesellschafter nach der alten Rechtslage eigenkapitalersetzende Leistungen gewährt haben, aber noch kein Insolvenzverfahren eröffnet wor-

den ist. Hier geht es nicht nur um Rückforderungsansprüche, sondern z.B. auch um Debt-Equity-Swaps zu Sanierungszwecken. Die Frage der Werthaltigkeit der einzubringenden Forderungen kann davon abhängen, ob sie analog §§ 30, 31 GmbHG vollumfänglich einem Rückforderungsverbot unterliegen. Auch bei einer Einbringung in die Kapitalrücklage kann die Frage der Werthaltigkeit je nach Fallgestaltung steuerlich von Bedeutung sein. Eine solche Einbringung in die Rücklage kann der Bilanzbereinigung dienen. Sie ist aber auch in Kombination mit einem Anteilsverkauf vom bisherigen Gesellschafter denkbar. Im Vergleich zum klassischen Debt-Equity-Swap ist dies trotz § 32 a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F. eine weniger haftungsrelevante Konstruktion, mit der das gewünschte Ergebnis ebenso erreicht werden kann.

Der BGH stützt die Rückforderung bzw. das Auszahlungsverbot bei eigenkapitalersetzenden Leistungen auf §§ 30, 31 GmbHG a.F., Art. 170, 229 § 5, 232 § 1 EGBGB analog. Insbesondere im Hinblick auf § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG n.F. lässt sich jedoch mit guten Gründen vertreten, dass nach Inkrafttreten des MoMiG im Zeitpunkt der Geltendmachung des Auszahlungsverbots keine Rechtsgrundlage mehr dafür besteht (vgl. zur Rückwirkung auch BGHZ 3, 75, 84ff.). Soweit damit eine rückwirkende Schlechterstellung verbunden ist, mag man dies unter Vertrauensschutzgesichtspunkten als problematisch ansehen. Bei der Abwägung ist auf der einen Seite das Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung, auf der anderen Seite aber auch die Tatsache einzubeziehen, dass diese Rechtsprechung im Gesetzeswortlaut nur eine sehr schwache Stütze fand und auch nicht unbedingt dem Willen des Gesetzgebers entsprach (vgl. Begr. zum RegE, BT-Drs. 8/1347, S. 39; a.A. BGH, NJW 1984, 1891, 1892).

Aus Beratersicht lässt sich die Wahrscheinlichkeit, dass eine eigenkapitalersetzende Leistung auch nach neuem Recht als nicht rückforderbar angesehen wird, durch Gestaltung verringern. Z.B. kann man die Gesellschaft in eine Gesellschaft ausländischen Rechts umstrukturieren. Sofern die Forderung ansonsten ganz oder teilweise werthaltig ist, kann dadurch ein Debt-Equity-Swap möglich werden.

// Entscheidungsreport

// GESELLSCHAFTSRECHT

Durchführung eines Freigabeverfahrens nach Handelsregistereintragung

OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2008 – I-6 W 24/08

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2009-977-1

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Das Freigabeverfahren ist auch nach Eintragung der angefochtenen Maßnahmen zulässig. Das vorrangige Vollzugsinteresse im Sinne von § 246a Abs. 2, 3. Alt. AktG besteht nicht nur aus den Interessen der Gesellschaft und der Anfechtungskläger, sondern auch aus den Interessen der übrigen Aktionäre.

2. Die Bitte, eine Eintrittskarte bei der Hauptversammlung vorzulegen, ist nicht zu beanstanden. Insbesondere liegt darin keine unzulässige Teilnahmebestimmung.

3. Die Hauptversammlungseinladung muss Modalitäten zur Bevollmächtigung von Kreditinstituten oder diesen nach § 135 Abs. 9 AktG gleichgestellten Personen oder Institutionen nur dann nennen, wenn die Satzung von den gesetzlichen Erfordernissen abweichende Regelungen enthält oder selbst entsprechende Informationspflichten vorsieht.

4. Bei der Feststellung der Beschlussergebnisse muss der Wortlaut des Beschlusses nicht wiederholt werden.

5. Ein Business Combination Agreement, das im Vorfeld einer Übernahme abgeschlossen wurde, steht nicht in einem so engen Zusammenhang mit einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der nach der Übernahme abgeschlossen wird, dass auch darüber mit abgestimmt werden müsste.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Wege eines freiwilligen Übernahmeangebots, das durch ein so genanntes Business Combination Agreement (BCA) vorbereitet wurde, er-